

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

VİYANA SATIM SÖZLEŞMESİ'NDE SATICININ AYIPTAN DOĞAN
SORUMLULUĞU

Yüksek Lisans Tezi

CEREN SAYIN

Ankara-2019

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

VİYANA SATIM SÖZLEŞMESİ'NDE SATICININ AYIPTAN DOĞAN
SORUMLULUĞU

Yüksek Lisans Tezi

CEREN SAYIN

Tez Danışmanı
Prof. Dr. Hasan AYRANCI

Ankara-2019

**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

**VIYANA SATIM SÖZLEŞMESİ'NDE SATICIN AYIPTAN
DOĞAN SORUMLULUĞU**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Prof. Dr. Hasan AYRANCI

TEZ JÜRİSİ ÜYELERİ

Adı ve Soyadı

İmzası

1-

2-

3-

4-

5-

Tez Savunması Tarihi

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ'NE

Bu belge ile, bu tezdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu beyan ederim. Bu kural ve ilkelerin gereği olarak, çalışmada bana ait olmayan tüm veri, düşünce ve sonuçları andığımı ve kaynağını gösterdiğimi ayrıca beyan ederim. (...../...../2019)

Tezi Hazırlayan Öğrencinin

Adı ve Soyadı

Ceren SAYIN

İmzası

.....

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	i
KISALTMALAR CETVELİ	viii
GİRİŞ.....	x

BİRİNCİ BÖLÜM

VİYANA SATIM SÖZLEŞMESİ'NİN TARİHÇESİ, YAPISI VE UYGULAMA ALANI

§1. VİYANA SATIM SÖZLEŞMESİ'NİN TARİHÇESİ VE YAPISI	1
I. Tarihçesi.....	1
A. Genel Olarak.....	1
B. Hazırlık Evresi.....	4
C. 1964 Tarihli Lahey Antlaşması	5
D. Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması	6
II. Hukuk Sistemlerine Göre Yapısı	8
A. Anglosakson Hukuk Sistemi	8
B. Kıt'a Avrupası Hukuk Sistemi	12
C. Sistemler Arasındaki Farklar.....	14
D. Viyana Satım Sözleşmesi'nin Temel Prensipleri	16
§2. VİYANA SATIM SÖZLEŞMESİ'NİN UYGULAMA ALANI	17
I. Zaman Bakımından Uygulama Alanı	17
A. Viyana Satım Sözleşmesi'nden Önce Yapılmış Viyana Satım Sözleşmesi Kapsamındaki Sözleşmeler	18

B. Taraflar Açısından Viyana Satım Sözleşmesi'nin Hüküm ve Sonuç Doğuracağı Tarih	19
C. Taraf Devletin Sözleşmeden Çekilme Bildirimlerinin Geçerli Olacağı Tarih	21
II. Yer Bakımından Uygulama Alanı	22
A. Genel Olarak.....	22
B. Şartlar	23
1. Tarafların İş Yerlerinin Farklı Ülkelerde Bulunması.....	23
a. İş Yeri Kavramı	27
b. Tarafların İş Yerlerinin Bulunduğu Ülkelerin Âkit Devlet Olması	29
c. Devletlerarası Özel Hukuk Kurallarının Sözleşmeye Taraf Bir Devlete Atıf Yapması	31
III. Konu Bakımından Uygulama Alanı	35
A. Genel Olarak.....	35
B. Mal Kavramı.....	37
C. Satım Sözleşmesi Kavramı.....	41
D. Sözleşme'nin 2'nci Maddesi Uyarınca Sözleşme'nin Uygulanamayacağı Satım Sözleşmeleri	44
1. Satım Sözleşmesinin Niteliği ve Kuruluş Biçim İtibariyle Sözleşme Kapsamında Değerlendirilmeyen Sözleşmeler	45
a. Tüketici Sözleşmeleri	45
b. Açık Artırma Yoluyla Yapılan Satımlar	48
c. Cebri İcra Yoluyla Yapılan Satımlar.....	49
2. Satım Konusu Mal Nedeniyle Sözleşme Kapsamında Değerlendirilmeyen Sözleşmeler	50
a. Menkul Kıymet, Kambiyo Senedi ve Para Satımı	50

b. Gemi, Tekne, Hava Yastıklı Taşıt ve Hava Taşıtı Satımı	52
c. Cebri İcra Yoluyla Yapılan Satımlar.....	52
E. Sözleşme'nin 3'üncü Maddesi Uyarınca Viyana Satım Sözleşmesi	
Kapsamında Değerlendirilen Sözleşmeler	53
1. Mal İmal Etmeye veya Üretmeye İlişkin Kurulan Sözleşmeler.....	54
2. Hizmet Sözleşmeleri	57

İKİNCİ BÖLÜM

VİYANA SATIM SÖZLEŞMESİ'NDE SÖZLEŞMEYE AYKIRILIK

VE ESASLI İHLAL KAVRAMI

§3. VİYANA SATIM SÖZLEŞMESİ'NDE SÖZLEŞMEYE AYKIRILIK KAVRAMI. 59

I. Genel Olarak	59
II. Malların Sözleşmeye Uygunluğu.....	60
III. Sözleşmeye Aykırılık.....	62
A. Sübjektif Ölçütler	63
1. Miktar Tutarsızlığı.....	64
2. Kalite Tutarsızlığı.....	65
3. Tür Tutarsızlığı.....	66
4. Paketleme ve Muhafaza Tutarsızlığı	67
B. Objektif Ölçütler.....	69
1. Malların Mutat Kullanım Amacına Uygun Olması.....	69
2. Alıcı Tarafından Malların Belirtilen Özel Kullanım Amacına	
Uygun Olması	75
a. Amaç İçin Bilgilendirme	76
b. Satıcının Bilgisine ve Değerlendirmesine Güvenme.....	78

3. Malların Örnek veya Modele Uygun Olması	79
4. Malların Mutat Muhafazası veya Paketlenmesine Uygun Olması	81
C. Alıcının Malların Sözleşmeye Uygun Olmadığını Bilmesi veya Bilmemesinin Mümkün Olmaması	83
§4. VİYANA SATIM SÖZLEŞMESİ'NDE ESASLI İHLAL KAVRAMI	85
I. Esaslı İhlal Kavramı	85
II. Esaslı İhlalin Gerçekleşmesi İçin Aranılan Şartlar	87
A. Sözleşmenin İhlali	88
B. Önemli Ölçüde Gerçekleşmiş Menfaat Kaybı	90
C. Önemli Menfaat Kaybının Öngörülmesi veya Öngörülebilir Nitelikte Olması	93
III. Esaslı İhlalde İspat Yükü	96
IV. Ayıplı İfa ile Esaslı İhlalin İlişkisi	97

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

VİYANA SATIM SÖZLEŞMESİ'NDE AYIP KAVRAMI, İFA ENGELLERİ ARASINDA AYIP, AYIPTAN DOĞAN SORUMLULUĞUN ŞARTLARI VE HUKUKİ SONUÇLARI

§5. SATICININ AYIPTAN DOĞAN SORUMLULUĞU İÇİN VİYANA

SATIM SÖZLEŞMESİ'NDE ARANAN ŞARTLAR	101
I. Genel Olarak	101
II. Maddi Şartlar	102
A. Satılanın Ayıplı Olması	102
1. Türk Borçlar Kanunu'nda Ayıbın İfa Engelleri İçerisindeki Yeri	104
2. Türk Borçlar Kanunu'nda Satıcının Ayıptan Doğan Sorumluluğu	105
3. Türk Borçlar Kanunu'nda Ayıp Türleri	106

a. Maddi Ayıp	106
b. Hukuki Ayıp.....	107
c. Ekonomik Ayıp	108
d. Önemli Ayıp ve Önemli Olmayan Ayıp	109
e. Açık Ayıp ve Gizli Ayıp	109
B. Ayıbın Satılanın Alıcıya Geçmesinden Önce Mevcut Olması.....	110
C. Alıcının Satılanı Satın Alırken Ayıptan Habersiz Olması.....	112
III. Şekli Şartlar.....	114
A. Gözden Geçirme Külfeti	116
1. Genel Olarak.....	116
2. Gözden Geçirmenin Kapsamı ve Şekli	117
3. Gözden Geçirmenin Zamanı	121
4. Gözden Geçirmenin Yeri.....	122
B. Bildirim Külfeti	122
1. Bildirimin Kapsamı	123
2. Bildirimin Şekli	124
3. Bildirimin Zamanı	125
§6. VİYANA SATIM SÖZLEŞMESİ'NDE ERKEN TESLİM HÂLİNDE	
AYIP	126
I. Genel Olarak	126
II. Şartları.....	127
A. Erken Teslimin Alıcı Tarafından Kabul Edilmesi.....	127
B. Ayıbın Sözleşmede Taraflarca Belirlenen Teslim Anına Kadar	
Giderilmesi	129

C. Satıcının Ayıbı Giderirken Alıcıyı Makul Olmayan Bir Zahmet ve Masrafa Sokmaması	129
III. Hukuki Sonuçları	131
A. Alıcının Viyana Satım Sözleşmesi'nin 45/1-a Maddesinde Öngörülen Hukuki İmkânlara Sözleşmede Kararlaştırılan Teslim Tarihine Kadar Başvuramaması	131
B. Alıcının Tazminat Talep Etme Hakkı	132
§7. AYIPTAN DOĞAN SORUMLULUĞUN HUKUKİ SONUÇLARI	133
I. Genel Olarak	133
II. Satıcının Sorumsuzluğu	134
III. Viyana Satım Sözleşmesi Açısından Alıcının Seçimlik Hakları	137
A. Genel Olarak.....	137
B. Aynen İfa Talebi.....	140
1. Genel Olarak	140
2. Satılanın Ayıpsız Bir Benzerinin Teslimini Talep Etme Hakkı	141
a. Genel Olarak	141
b. Şartları	141
aa. Satıcının Sözleşmeye Uygun Mal Teslim Etmemesi	141
bb. İhlalin Esaslı Bir İhlal Teşkil Etmesi	144
cc. Alıcının Satılanın Ayıpsız Bir Benzeri ile Değiştirme Talebini Satıcıya Uygun Bir Zamanda Yöneltilmesi	145
3. Ücretsiz Onarımını İsteme Hakkı.....	146
C. Satım Bedelinden İndirim İsteme Hakkı	148
1. Genel Olarak	148
2. Şartları	149

3. Satım Bedeli İndiriminin Belirlenmesi	150
D. Sözleşmeden Dönme Hakkı	152
1. Genel Olarak	152
2. Şartları	153
3. Sözleşmeden Dönmenin Hukuki Sonuçları.....	156
a. Hukuka Uygun Sözleşmeden Dönmenin Sonuçları	156
b. Hukuka Aykırı Sözleşmeden Dönmenin Sonuçları	157
E. Tazminat Hakkı.....	157
1. Genel Olarak	157
2. Tazminatın Belirlenmesinde Genel Kural.....	159
3. Tazminatın Belirlenmesinde Somut Yöntem	161
4. Tazminatın Belirlenmesinde Soyut Yöntem	163
SONUÇ	165
BİBLİYOGRAFYA	169
ÖZET	185
ABSTRACT	186

KISALTMALAR CETVELİ

ABD	: Ankara Barosu Dergisi
AC	: Advisory Council
AT	: Avrupa Topluluğu
a.g.e.	: Adı geçen eser
a.g.m	: Adı geçen makale
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Art.	: Article, Artikel
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch
Bkz.	: Bakınız
BM	: Birleşmiş Milletler
C.	: Cilt
Cal.	: California
Co.	: Company
CIETAC	: Çin Uluslararası Ekonomik ve Ticari Tahkim Komisyonu
CISG	: United Nations Convention On Contracts For The International Sale Of Goods
dn	: Dipnot
E.	: Esas
E.T	: Erişim Tarihi
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD	: Hukuk Dairesi
ICC	: International Chamber Of Commerce
Inc.	: Incorporated
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
in	: içinde
K.	: Karar
m.	: madde

MHB	: Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni
MÖHUK	: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
N.	: Number
N.Y.S	: New York State
P	: Page
para.	: paragraf
R.G.	: Resmî Gazete
s.	: sayfa
s.a	: sayfa aralığı
S.	: Sayı
Sept.	: September
SÜHFD	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
T.	: Tarih
TAAD	: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
UCC	: Uniform Commercial Code
UNICITRAL	: United Nations Commission on International Trade Law
UNIDROIT	: International Institute for the Unification of Private Law
ULFC	: The Convention on a Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods
ULIS	: The Convention on a Uniform Law of International Sales.
v.	: versus
vd.	: ve devamı
Vol.	: Volume
VSS	: Viyana Satım Sözleşmesi
Y.	: Yıl, Year
Yarg.	: Yargıtay

GİRİŞ

Dünya ticaretinin gelişmesi, piyasada yabancı mallara ihtiyaç duyulması ve ticaretin ülke sınırlarının dışına çıkması ile satım sözleşmeleri uluslararası alanda en çok uygulanan sözleşme tiplerinden biri hâline gelmiştir. Bu gelişmelerin sonucunda devletler satım sözleşmelerini kendi toplumunun kültür ve özelliklerine göre hukuki düzenlemelerle şekillendirmiştir.

Zamanla yabancılık unsuru taşıyan satım sözleşmelerinin giderek çoğalması ile bu konuda taraflar açısından önceden bilinebilir, güvenilebilir ve herhangi bir tarafı üstün konuma getirmeyecek hükümlere ihtiyaç duyulmuştur. Nitekim bu düzenlemeler ile milletlerarası ticarete alıcı ve satıcının akdettikleri sözleşmede kendilerini güvende hissetmeleri hedeflenmiştir.

Satım sözleşmelerinin uluslararası alanda yeknesaklığını sağlayabilmek için gerçekleştirilen çalışmaların ardından 11 Nisan 1980 tarihinde Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG¹) birçok devlet tarafından imzalanarak uygulama alanı bulmuştur. Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nde ise, CISG 7 Nisan 2010 yılında Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. 1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 90'ıncı maddesine uygun bir şekilde yürürlüğe giren söz konusu bu milletlerarası Sözleşme, günümüzde Türk kanunları gibi uygulanmaktadır.

Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması Kanunu'nda “*satım sözleşmeleri*” olarak tanımlanmış bu sözleşme tipi, Türk Borçlar Kanunu'nun İkinci Kısım, Birinci Bölümünde 207 vd. maddeleri arasında düzenlenmiş olup kanun metninde “*satış sözleşmesi*” olarak kaleme alınmıştır. Bu anlamda

¹ Çalışmamızda “*Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması*” yerine İngilizce kısaltılışı “*CISG*” kullanılmıştır.

çalışmamızda farklı ifadelerden kaçınabilmek için “*satış*” yerine “*satım*” kelimesi kullanılmıştır.

Viyana Satım Sözleşmesi’nin uygulanması yer, zaman ve konu olmak üzere üç şekilde sınırlandırılmıştır. CISG’te sözleşme taraflarının tacir veya şirket olması gerekliliğini öngören herhangi bir hükmün yer almamasına rağmen Sözleşme’nin tüketici sözleşmelerine uygulanamaması sözleşme taraflarının uygulamada genellikle tacir veya şirket olmasına yol açmaktadır.

Satım sözleşmesinde satıcı bir malın teslimini borçlanırken, alıcı malın sözleşmede kararlaştırılmış bedelini ödemekle yükümlüdür. Bazı durumlarda satıcı bu borcunu gereği gibi yerine getirememekte ve alıcıya sözleşme konusu malı ayıplı bir şekilde teslim edebilmektedir. Bu bakımdan çalışmamızda satıcının milletlerarası ticarete geniş bir uygulama alanına sahip olan CISG’teki ayıptan doğan sorumluluğu incelemiş bulunmaktayız.

Türk hukukunun da içinde bulunduğu Kıt’a Avrupası hukuk sistemlerinde “*ayıp*” kavramı, ifa engelleri (*leistungsstörungen*) arasında düzenlenmiştir. Satıcı tarafından sözleşme konusu malın gereği gibi ifa edilmemesi satıcının sorumluluğunu gerektirir. Satıcının kötü ifası sonucunda ayıplı ifa alıcıya kanundan doğan seçimlik haklarını kullanma imkânı sunarken, satıcıyı alıcının oluşan zararını tazmin etmekle yükümlü kılmaktadır.

Viyana Satım Sözleşmesi’nde, “*ayıp*” kavramına Sözleşme metninde yer verilmemiştir. Bu anlamda Anglosakson hukuk sisteminden fazlasıyla etkilenen CISG, ayıplı ifayı bütün ifa engellerini tek bir çatı altında birleştiren sözleşmeye aykırılık başlığı altında düzenlemektedir. Ancak burada önemli olan ayıbın hangi başlık adı altında incelendiği değil, satıcı açısından yarattığı sorumluluktur.

Anglosakson hukuk sisteminde sözleşmeye aykırılık sonucunu doğuran ihlaller, esaslı ve esaslı olmayan ihlal olmak üzere iki şekilde ele alınmaktadır. Bu ayrım satıcının ayıplı ifası

karşısında alıcının seçimlik haklarında değişime yol açmaktadır. Zira “*ultima ratio*” ilkesi² gereğince, alıcıya sözleşmeden dönme hakkı en son çare olarak öngörülmüştür. Yani esaslı ihlal oluşturmayacak sözleşmeye aykırılıklar, alıcıya sözleşmeden dönme hakkını vermemektedir. CISG’te de bu ilkeye paralel hükümler öngörülerek, alıcının malı ayıplı teslim alması hâlinde sözleşmeden dönme hakkını kullanılabilmesi için bu ayıbın esaslı ihlal olarak nitelendirilmesi gerekir.

Kıt’a Avrupası hukuk sisteminde satıcının ayıplı ifasının ardında kusurunun bulunup bulunmaması satıcının sorumluluğunu etkilerken, Anglosakson hukuk sistemine sahip ülkelerin hukuk düzenlerinde tazminat sorumluluğu ilkesine dayanıldığı için satıcının sorumluluğunda kusur aranmamaktadır. Bu konu CISG’te yine Anglosakson hukuk sistemine benzetilmiştir.

Alıcının seçimlik haklarını kullanabilmesi için tarafların külfetlerine ilişkin düzenlemeler CISG’te ve Türk Borçlar Kanunu’nda genel itibariyle uyumludur. Çalışmamızın ana hatlarını oluşturan bu hususlar aşağıda detaylı bir şekilde açıklanmıştır.

² Kıt’a Avrupası hukuk sistemlerinde “*favor contractus*” ilkesi olarak bilinen prensibe göre, kötü ifa karşısında sözleşmenin zamanından önce bitmesini engelleyecek herhangi bir çözümün bulunması hâlinde, bu çözüm doğrultusunda taraflar sözleşmeyi ayakta tutmayı amaçlamalıdır. Anglosakson hukuk sistemlerinde öngörülen “*ultima ratio*” ilkesine göre ise, sözleşmeye aykırılık karşısında sözleşmeden dönme seçimlik hakkı son çare olarak kullanılmalıdır. Dolayısıyla “*ultima ratio*” ilkesi özü itibariyle “*favor contractus*” ilkesi ile aynı anlamı ifade etmektedir.

BİRİNCİ BÖLÜM

VİYANA SATIM SÖZLEŞMESİ'NİN TARİHÇESİ, YAPISI VE UYGULAMA ALANI

§1. VİYANA SATIM SÖZLEŞMESİ'NİN TARİHÇESİ VE YAPISI

I. Tarihçesi

A. Genel Olarak

Gün geçtikçe toplum ve birey ihtiyaçlarına cevap vermek için gelişen ve çeşitliliğini artıran sözleşme hukukunun temel taşıını oluşturan satım sözleşmeleri, günümüz hukuk sistemleri arasında önemli bir yere sahiptir. Bunu Kıt'a Avrupası hukuk sistemini benimsemiş ülkelerin Borçlar Kanunu kitaplarında özel sözleşme tiplerinin en başında satım sözleşmelerini düzenlemelerinden de anlayabiliriz. Satım sözleşmeleri Alman hukukunda (BGB m.433-479), İsviçre (OR m.184-286), Fransız hukukunda (CC m.1582-1589) ve Türk hukukunda da (TBK m.207-281) ilk sırada düzenlenmiştir.

Teknoloji, bilişim ve iletişim alanında yaşanan gelişmelerle küreselleşen dünyanın giderek küçük bir köye dönüşmesi ile farklı milletlerin hukuk kültürleriyle uluslararası düzeyde her ülkeye uygulanabilecek hukuki düzenlemelerin nasıl yapılacağı konusu yeni düzen hukuk sistemlerinin en büyük sorunu hâline gelmiştir. Zira ulus devleti kavramının güçlenmeye başlamasından itibaren yasa yapma yalnızca ulusal yargı erklerince gerçekleştirilmekteyken artan küreselleşmenin bir sonucu olarak yasaların ulusal çapta kalması bazı hukuki sorunlara yol açmaktadır. Böylece arz ve talep dinamiğini sağlayan sözleşme hukuku da hâliyle etkilenmiş, bazı değişikliklerin varlığına gereksinim duyulmuştur. Her hukuk sisteminde özel hukukun çekirdeğini¹ oluşturan satım sözleşmesinin ise, bu değişiklikler açısından başlangıç noktası olarak seçilmesi son derece olağandır.

¹ Şen, Murat, *Giriş*, in: *Milletlerarası Mal Satım Hukuku (CISG)*, Editör: Sinan Okur, Ankara, 2016, s.1.

Özel hukukta küreselleşme, ulusal ve uluslararası düzeyde sözleşme ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde yeknesaklaşmayı sağlayarak devletlerin uluslararası alanda yaptıkları sözleşmeleri ulusal hukuka aktarmaları ile mümkün olabilir. Bir uyuşmazlıkta milletlerarası özel hukuk kurallarının varlık nedenini oluşturan yabancılık unsurunun bulunması hâlinde, uyuşmazlığın çözümüne uygulanacak ülke hukukunun tespiti ile yine uyuşmazlığa milletlerarası özel hukuk kuralları gereğince tespit edilecek bir ülkenin ulusal hukuk kuralları uygulanmaktadır. Ancak bu durum uluslararası alanda giderek daha fazla kullanılmaya başlanılan sözleşme hukukunda artık taraflar açısından hakkaniyete uymayan kararlara ve uygulamalara yol açması nedeniyle bu alanda uluslararası yeknesaklaşmaya gidilmiştir. Bu kapsamda hazırlanan birçok sözleşmeye ilk olarak, AET'nin kurucu anlaşması olan 25.03.1957 tarihli Roma Antlaşması örnek verilebilir. Ancak söz konusu çoğu antlaşmayla, üye ülkelerin imzalanan antlaşmaları iç hukuklarına aktarmalarında boşluklar oluşmuş ve bu boşlukların yorumlanmasında sorunlar ortaya çıkmıştır. Dolayısıyla imzalanan bu antlaşmalara rağmen amaçlanan uluslar üstü bir yeknesaklaşma gerçekleştirilememiştir.

Özel hukukun uluslararası alanda birleştirilmesi konusunda yaşanan bu sorunların cevabı için ortaya atılmış iki görüş bulunmaktadır. Bunlardan ilki *Savigny'ler*, iş dünyasından gelen destekle bu hukukun akademisyenlerinin öncülüğünde özel hukukun insanlar arasında doğal bir şekilde yavaşça büyümesine izin verilmesiyle uluslar üstü bir hâle getirilebileceğini savunmuştur². Yani bu görüşün savunucuları üniversiteleri gelecekteki hukuk yeknesaklığı için tartışma platformu olarak görmektedirler³. Fakat Hollandalı hukukçu *Ole Lando* tarafından bu görüş, akademide böyle bir hukuki ortamın oluşabilmesi için oldukça uzun bir süreye ihtiyacın

² Lando, Ole, *Principles of European Contract Law and UNIDROIT Principles: Moving from Harmonisation to Unification?*, Uniform Law Review - Revue de Droit Uniforme, Vol. 8 2003-1/2, 2003, s.a 123-133, s.127.

³ Lando, a.g.e, s.128.

olduğu ve mahkemelerin bu uygulamayı kendiliğinden kabul etmeyeceğini ileri sürerek eleştirmiştir⁴.

Diğer görüşün savunucuları⁵ ise, uluslararası alanda hukukun birleştirilmesi için aşılması gereken problemlerin çözümünde belirli ilkelerin benimsenmesi gerektiğini ileri sürmüşlerdir⁶. Bu zamana kadar ise bu metotta başarılı olmuş iki çalışma bulunmaktadır. Bunlardan ilki, Hollandalı hukukçu *Ole Lando* liderliğinde Avrupa Sözleşme Hukuku Komisyonu'nun hazırladığı “Avrupa Sözleşmeler Hukuku İlkeleri”dir; ikincisi ise, UNIDROIT'in hazırladığı “Uluslararası Ticari Sözleşmeler İlkeleri”dir⁷.

Hukukun yeknesaklaştırılması amacıyla başlanan söz konusu çalışmaların en önemlileri milletlerarası ticaret hukuku alanındadır. Zira ticaret ile uğraşanlar mal ve hizmet satın alımlarını uluslararası alanda aktif bir şekilde gerçekleştirebilmeleri için ithalat ve ihracat kapsamında küreselleşen ticaret ağına katılmaları gerekmiştir⁸. Ticaretin en temel sözleşmesi olarak kabul gören satım sözleşmesinin yabancılık unsuru taşıması hâlinde, yukarıda bahsedildiği üzere uygulanması gereken hukukun tespitinden sonra uygulanacak hukukun kurallarının belirlenmesi gerekir. Birçok hukuk kuralının aynı anda varlığı sonucunda uygulamada yaşananlar ve uluslararası alanda satım sözleşmesinin taraflarının hukuka güven

⁴ Lando, a.g.e, s.129.

⁵ David, Rene, *The Methods of Unification*, American Journal of Comparative Law, Vol. 16, N. Issues 1 & 2 (1968), s.a. 13-27.

⁶ Bonell, M. J., *Unification of Law by Non-Legislative Means: The UNIDROIT Draft Principles for International Commercial Contracts*, The American Journal of Comparative Law Vol. 40, N. 3, Summer, 1992, s.a. 617-633, s. 618.

⁷ Bonell, a.g.e, s.619.

⁸ Kanışlı, Erhan, *CISG Uyarınca Alıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılık Halinde Satıcının Hakları*, İstanbul, 2013, s.2.

içinde satım sözleşmesi akdederek ticari gayelerinin gerçekleştirebilmeleri için uluslararası ticarete de uyumlaştırma yoluna gitme gereksinimi doğmuştur⁹.

B. Hazırlık Evresi

Uluslararası alanda hukukun satım sözleşmeleri açısından birleştirilmesi için yapılan Viyana Satım Sözleşmesi, ilk olarak UNIDROIT'in ortaya koyduğu Lahey Özel Hukuk Konferansı ve son olarak da Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Komisyonu tarafından yürütülen çalışmalarla elde edilmiş oldukça uzun bir sürecin ürünüdür. Bu sürecin başlamasında oldukça etkili olan Avusturyalı hukukçu *Ernst Rabel* sadece dönemine önemli eserler¹⁰ katmamış aynı zamanda dünya çapında satım hukukunun uyumlaştırılması için sürecin başlatılmasına da öncü olmuştur¹¹.

Ernst Rabel 1926 yılında kendilerinin oluşturacağı bir projeyle uluslararası satımı yeknesaklaştırabilmek için UNIDROIT'a bir teklifte bulunduktan bir yıl sonra, bu konu ile ilgili bir ön rapor sunmuştur. UNIDROIT ise bu konuda, 1930 yılında satım hukuku alanında uluslararası yeknesaklaştırmayı sağlayabilmek için bir komiteyi görevlendirmiştir. Çalışmalara başlayan komite aynı yıl içerisinde ilk taslağı sunduktan sonra, Milletler Cemiyeti'ne üye devletlerin de görüşü alınıp, UNIDROIT'in yönetim kurulu 1939 yılında taslağın revize edilmiş hâlini kabul etmiştir¹².

⁹ Tarman, Zeynep Derya, *Viyana Satım Anlaşmasını Uygulamak veya Uygulamamak (CISG'in Uygulama Alanı)*, İstanbul 2015, s.5; Schlechtriem, Peter/Butler, Petra, *UN Law on International Sales*, Berlin, Heidelberg, 2009, s.7.

¹⁰ Rabel, Ernst, *Das Recht des Warenkaufs*, Berlin, Vol. 1-1936, Vol. 2-1957.

¹¹ Huber, Peter/ Mullis, Allastair, *The CISG, A New Text Book For Beginners and Practitioners*, Sellier European Law Publishers, Munich, 2007, s.2.

¹² Huber/Mullis, a.g.e, s. 2.

C. 1964 Tarihli Lahey Antlaşması

İkinci Dünya Savaşı'nın satım sözleşmelerinde uluslararası alanda yeknesaklaşma sürecini bölmesiyle¹³ bu çabalar 1951 yılında Hollanda Lahey'de düzenlenen bir konferansta *Ernst Rabel*'in de üye olduğu bir satım konferansının kuruluşuna kadar durmuştur. Bu komisyon, Malların Milletlerarası Satımına İlişkin Yeknesak Kanun (ULIS) ve Malların Milletlerarası Satımı Sözleşmelerinin Kurulmasına İlişkin Yeknesak Kanun (ULFC) şeklinde milletlerarası satımla ilgili olarak iki taslak oluşturmuş ve bu taslaklar 1964 yılında yine Lahey'de az sayıda devlet¹⁴ tarafından kabul edilmiştir¹⁵. Bu taslakların sadece 13 devlet tarafından kabul edilmesi bir başarısızlık olarak görülmüş ve bu başarısızlığın sebebi olarak da ekonomisi gelişmiş Avrupa ülkelerinin antlaşmanın hükümlerinin belirlenmesi aşamasında baskın gelerek Antlaşmayı Kıt'a Avrupası hukuk sistemi ağırlıklı bir düzenlemeye dönüştürdüğü ileri sürülmüştür¹⁶.

¹³ Bkz. Tunc, André, *Les ventes internationales de marchandises*, Colloque de la Fondation Internationale pour l'Enseignement du Droit des Affaires, Faculté de Droit d'Aixen Provence, 7 et 8 mars 1980, Paris, 1981, s. 408.

¹⁴ Belçika, Fransa, Gambiya, Almanya, Yunanistan, Vatikan, Macaristan, İsrail, İtalya, Lüksemburg, Hollanda, San Marino, Birleşik Krallık. Bkz. <https://www.unidroit.org/status-ulis-1964> ; <https://www.unidroit.org/status-ulfc-1964> , (E.T: 14.05.2018)

¹⁵ Tunc, a.g.e, s.410.

¹⁶ Atamer, Yeşim, *Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları*, İstanbul, 2005, s.21; Yelkenci, Işıl, *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Alıcının Sözleşmeden Dönmesi*, İstanbul, 2014, s.9; Zeytin, Zafer, *Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hukuku-CISG*, Ankara, 2015, s.30; Kaya, Cansu, *CISG (Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması) Gereğince Alıcının Satım Bedelini Ödeme Borcu*, İstanbul, 2012, s. 8; Kröll, Stefan/ Mistelis, Loukas /Perales Viscaillas, Pilar, *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*, 2018, para.6, s.3.

Devletlerin ULIS ve ULFC’yi iç hukuklarına aktarmaları sırasında, milletlerarası ticaret alanında alınan kararların mevcut hukuk sistemleri ile uyumunu sağlamak amacıyla Birleşmiş Milletler Milletlerarası Ticaret Komisyonu (UNICITRAL) 1966 yılında kurulmuştur. Üye devletlerin de görüşü alındıktan sonra, BM bünyesinde kurulan bu konseyde 1968 yılında on dört kişilik bir çalışma grubu oluşturulmuştur. Söz konusu bu gruba, ULIS üzerinde hukuki, sosyal ve ekonomik alanlarda sistemsel farklılıkları bulunan devletlerin kabul edebileceği düzenlemeler ve değişiklikler yapma görevi verilmiştir¹⁷. Bu çalışma grubunca 1978 yılında sunulan New York taslağının üzerine, BM konuyla daha ayrıntılı ilgilenmek istemiş ve üye devletlerin de katıldığı Viyana’da 1980 yılında diplomatik bir konferans düzenlemiştir.

D. Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması

1977 yılında onuncu kez toplanan UNICITRAL, çalışma grubu tarafından hazırlanan Viyana Satım Sözleşmesi’nin metnini düzenlemiş ve onaylamıştır. On birinci oturum ise 1978 yılında gerçekleşmiş ve bu tarihte UNICITRAL, sözleşme için şekil şartları ve yorumla ilgili yeni hükümler eklenmiştir¹⁸. Bu uzun süren aşamalardan sonra 1980 yılında son hâlini bulan uluslararası alanda satım sözleşmesinin yeknesaklaştırılması için hazırlanmış olan metin, Viyana’da düzenlenen bir konferansla birçok devlet tarafından kabul edilmiştir. Antlaşma metni, İngilizce, Fransızca, İspanyolca, Rusça, Arapça ve Çince olmak üzere toplamda altı dile çevrilerek yayınlanmıştır.

Türkiye Viyana Konferansı’na katılmasına rağmen, sözleşmenin kabulü aşamasında imzadan imtina etmiştir. Ancak CISG’in 1/b maddesi gereğince, milletlerarası özel hukuk kurallarının uygulanması sonucunda âkit bir devletin hukukuna atıfta bulunulursa, CISG

¹⁷ Huber/ Mullis, a.g.e, s.3; Farnsworth, E. Allan, *The Vienna Convention: History and Scope*, The International Lawyer, Vol. 18, N. 1, Winter 1984, s.a. 17-20, s.18.

¹⁸ Farnsworth, a.g.e, s.17.

hükümlerinin uygulanacağı öngörülmüştür. Türkiye'nin ise, satım alanında ticaret yaptığı devletlerin çoğunun Avrupa devleti olması ve söz konusu bu devletlerin âkit devlet olması, pratikte antlaşmanın kabulü ihtiyacını doğurmuştur. Dolayısıyla Türk mahkemeleri Viyana Satım Sözleşmesi kapsamına giren uyuşmazlıklarda, kanunlar ihtilafı kuralları gereğince sözleşme hükümlerini zaten sıkça uyguladığından Türkiye 2 Nisan 2010 tarihinde Sözleşme metnini çekince koymadan kabul etmiş ve 10 Nisan 2010'da ise Resmî Gazete'de yayımlayarak âkit devlet olmuştur. Âkit devlet olabilmek için gerekli belgelerin tevdi edilmesinden sonra, on iki ay içinde Sözleşme'nin yürürlüğe gireceğini öngören CISG'in 99/2'inci maddesi uyarınca Türkiye Sözleşme'yi 1 Ağustos 2011 yılında iç hukukuna aktarmıştır. 1982 Türk Anayasası'nın 90/5'inci maddesinde öngörülen usule göre yürürlüğe giren Viyana Satım Sözleşmesi, kanun hükmünde kabul edilerek Türk hukukundaki yerini almıştır. Yani Viyana Satım Sözleşmesi yabancılik unsuru taşıyan her türlü milletlerarası mal satım sözleşmesinden kaynaklanan veya kaynaklanabilecek uyuşmazlıklara Türk hukukun bir parçası olarak uygulanabilecektir. Ancak iç hukukta satım ile ilgili uyuşmazlıklarda Türk Borçlar Kanunu'nun 207-236 hükümlerinin, ticari satımlar için 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 23'üncü maddesinin, tüketici satımlarında ise 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 4'üncü maddesinin ve en sonunda Viyana Satım Sözleşmesi ile milletlerarası ticari mal satımlarında da CISG'in 30 ve 88'inci maddelerinin uygulanmasının satımla ilgili mevzuatın Türk hukukunda çok başlı hâle geldiğini ileri sürerek bu farklılıkları eleştiren yazarlar da bulunmaktadır¹⁹.

¹⁹ Erdem, Ercüment, *Viyana Satım Antlaşması'ndan Dönme*, in: *Milletlerarası Ticaret Hukuku ile ilgili Makaleler (2007-2016)*, İstanbul, 2017, s.106; Erdem, Ercüment, *Viyana Satım Antlaşması'na Göre Alıcı ve Satıcının Borçlarının İhlalinin Sonuçları ve Türk Hukuku ile Karşılaştırılması*, in: *Milletlerarası Ticaret Hukuku ile ilgili Makaleler (2007-2016)*, İstanbul, 2017, s.346.

II. Hukuk Sistemlerine Göre Yapısı

A. Anglosakson Hukuk Sistemi

Viyana Satım Sözleşmesi'nin uluslararası alanda ticari satım sözleşmesine uygulanacak hukuk kuralları açısından yeknesak bir düzen oluşturmasıyla dünya çapında birçok devlet Sözleşme'ye üye olmuştur. Bunlar içinde hukuk sistemleri farklı olan devletler açısından sözleşmenin yeknesak hâle getirilebilmesi için belirlenecek hukuk kurallarının günümüze kadar ulaşmış olan Anglosakson ve Kıt'a Avrupası hukuk sistemlerinin bir potada eritilmesi gerekliliği doğmuştur.

İngiltere'de doğan Anglosakson hukuk sistemi bünyesinde yasa metinleri taşımayan, her uyuşmazlığın mahkemelerle çözümlenmesiyle gelişmiş içtihat birikimden oluşan bir hukuk sistemidir. Bu hukuk sistemi bazen yasama organının çıkardığı çeşitli alanlarda uygulanan tüzüklere dayansa da genel olarak daha önceki uyuşmazlıklarda uygulanan mahkeme kararlarının emsal alınarak kullanılmasıyla ilerlemiş ve dinamiğini korumuştur.

Borçlar hukukunda yazılı bir kaynağı olmayan Anglosakson hukuk sisteminde, Kıt'a Avrupası hukuk sistemindeki gibi bir özel ve genel ayrımı yapılmamıştır²⁰. Dolayısıyla tarafların bir sözleşme yapmaları hâlinde bırakacakları boşlukların kanun metnlerinin tamamlayıcı hükümleri ile desteklenmesi mümkün değildir. Bu sebeple sözleşme hükümleri tarafların hakları ve borçlarını belirleme açısından son derece önemlidir.

Sözleşme serbestisi ilkesinin genel olarak esas alındığı Anglosakson hukuk sisteminde borçlunun sözleşme hükümlerine aykırı davranması hâlinde sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulması oldukça basittir. Sistemin aradığı cevap, sözleşmenin

²⁰ Atamer, Yeşim, *Satıcının Sözleşmeye Aykırı Davranışı Ekseninde CISG'in İfa Engelleri Sistemine Genel Bakış*, in: *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG)*, Editör: Yeşim M. Atamer, İstanbul, 2008, s.a 221-265, s.224.

ihlal edilip edilmediğidir. Zira bu hukuk sisteminde Kıt’a Avrupası sisteminde olduğu gibi ifa engelleri kavramı bulunmamaktadır. Bunun yerini sözleşmenin ihlali almıştır.

Sözleşmeler sürekli bir borç taahhüdü ihtiva ettiğinden sözleşmelerin kutsallığını ifade eden “*sanctity of contract*” ilkesi egemendir²¹. Yani borçlu alacaklıya sözleşme konusu hakkını elde edeceğine dair garanti (*warranty*) vererek sözleşmeyi kurmaktadır²². Dolayısıyla Anglosakson hukuk sistemine sahip olan hukuk düzenlerinde, borçlu açısından önem arz eden husus, alacaklıya sunduğu garantinin yerine getirilmemesindeki sebepler değil, garanti taahhüdünde bulunduğu sözleşme konusunu alacaklının elde edememesidir. Burada sözleşme ile borçlunun üstlendiği garanti taahhüdü daha ziyade kusursuz sorumluluk olarak değerlendirilebilir²³. Ancak Kıt’a Avrupası hukuk sistemlerinde Anglosakson hukuk sisteminden farklı olarak sözleşmenin ifasını engelleyen sebeplerin sözleşmenin sona erdiriliş noktasında borçlunun sorumluluğuna etkisi vardır.

Sözleşmeye aykırılıkta borçluya öngörölmüş yaptırım çoğunlukla tazminat, istisnai olarak da aynen ifa talebi öngörölmüştür²⁴. Aynen ifa talebine yaklaşım Anglosakson hukuk sisteminde Kıt’a Avrupası hukuk sisteminden biraz daha farklıdır. Tazminat sorumluluğu sözleşme türüne göre değişmemekte olup, temel alınan hukuki çare alacaklının sözleşme ihlalinden kaynaklı olan zararının tazmin edilmesidir²⁵.

²¹ Canpolat, Selin Sert, *Viyana Satım Sözleşmesinde İfa Engelleri ve Sonuçları*, İstanbul, 2013, s.33.

²² Özdemir, Hayrunnisa, *Türk Borçlar Kanunu ve Viyana Satım Sözleşmesi’ne (CISG) Göre Ayıptan Doğan Sorumluluğun Şartları*, Ankara, 2013, s.77; Zimmermann, Reinhard, *The Law of Obligations- Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, 1996, s.803.

²³ Canpolat, a.g.e, s.35; Dayıoğlu, Yavuz, *CISG Uygulamasında Sözleşmenin İhlali Halinde Alıcının Hakları ve Özellikle Tazminat Talep Etme Hakkı*, İstanbul, 2011, s.76.

²⁴ Özdemir, a.g.e, s.77.

²⁵ Canpolat, a.g.e, s.38.

Sözleşme ile üstlenilen her türlü yükümlülüğün borçlu açısından bir garanti taahhüdü oluşturması nedeniyle herhangi bir ihlal, sözleşmenin ihlali olarak değerlendirildiğinden uygulamada hakkaniyete aykırı kararlar verilmiştir. Zamanla bazı durumlarda sözleşmenin ihlali kapsamında sözleşmeyi sona erdirmeye hakkının da kabul edilmesi gerektiği anlaşılmıştır. Dolayısıyla hukukun toplum ihtiyaçlarını karşılaması ve taraflar açısından adalete uygun kararlar verilebilmesi için, zamanla içtihatlar, sözleşmenin sadece borçlunun garanti taahhüdünü temsilen “*warranty*” olarak değil de “*condition*” koşulunu da göz önünde bulundurarak gelişmiştir²⁶.

Bu değişikliğin kabulü ile borçlunun “*warranty*” kapsamındaki daha az önemli sözleşme hükümlerini ifade eden klasik sözleşme taahhütlerini ihlal etmesi hâlinde alacaklıya tazminat talebinde bulunma imkânı verilmiştir. Ancak sözleşmenin akdedilmesinin sebebini oluşturan sözleşme koşulu olan “*condition*” ihlali borçlu tarafından gerçekleştirilmişse, alacaklıya sözleşmeyi sona erdirmeye olanağı da sunulmuştur²⁷. Bu ayrımın en iyi şekilde yapılabilmesi için alacaklının sözleşmenin ihlali halinde sözleşmeden beklediği menfaatten ne kadar yoksun kaldığı hususunun tespiti gerekir. Yani borçlunun sözleşmeyi ihlali hâlinde alacaklının sözleşmeden beklediği menfaati önemli ölçüde elde edememesi durumunda, alacaklıya sözleşmeyi sona erdirmeye imkânı tanınmıştır. Aksi durumda ise sadece tazminat talebi mümkün olacaktır²⁸. Sonuç itibarıyla ihlalcinin ihlal ettiği sözleşme şartının önemine göre, yaptırımlar değişebilmektedir.

İngiliz yargıç *Lord Diplock* ise bu konuda başka bir görüş olarak üç tür ihlalin varlığını ileri sürmüştür. *Diplock*’a göre, sözleşmenin aslî ediminin ihlal edilmesi hâlinde alacaklı tarafın sözleşmeden beklediği menfaati büyük ölçüde elde edememesi durumunda “*condition*”;

²⁶ Canpolat, a.g.e, s.35-36; Atamer, *İfa Engelleri*, s.232.

²⁷ Zimmermann, a.g.e, s.803; Atamer, *İfa Engelleri*, s.232; Canpolat, a.g.e, s.36.

²⁸ Atamer, *İfa Engelleri*, s.233.

sözleşmenin yan edimlerinin ihlal edilmesi hâlinde ise “*warranty*”; bu iki terimin arasında yer alan sözleşme hükümlerinin taraflara yüklediği aslî yükümlülüklerin ihlaline rağmen tarafların sözleşmeden bekledikleri bütün menfaatleri elde etmesi durumunda ise “*innominate*” veya “*intermediate*” ihlal söz konusu olacaktır²⁹. Bu ihlallerin gerçekleşmesi hâlinde ise alacaklının haklarını şu şekilde açıklamıştır:

“Sözleşmenin warranty olarak değerlendirilen bir şartının ihlali hâlinde alacaklı, ihlalden kaynaklı zararlarını tazmin edebilme hakkını haizken, sözleşmeden doğan yükümlülüklerinden kurtulma imkânı bulamamaktadır; sözleşmedeki iki tarafın da yükümlülüklerini yerine getirmesi gereklidir. Eğer condition ihlali söz konusuysa alacaklı hem zarar tazmini hem de sözleşmeye yükümlülükleriyle devam edip etmemeye karar verme hakkına sahiptir. Intermediate bir ihlalin varlığında ise durum yine farklıdır. Böyle bir terimin ihlalinin sonucu belirli bir sınıflandırmaya tâbi olamaz. Daha ileri gitmek ve ihlalin gerçek etkisinin niteliğini değerlendirmek gerekir. Eğer ihlal (condition ise) alacaklıyı sözleşmenin kurulmasındaki menfaati elde etmesinden alıkoyuyorsa, alacaklı sözleşmeyi sona erdirip zararların tazminini isteme hakkına sahiptir; ancak ihlalin (warranty ise) etkisi ciddi değilse, alacaklı tarafların sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yerine getirmesinin devam etmesi şartıyla, ihlalden kaynaklı zararlarının tazmin edilmesini talep edebilir.”³⁰

Sonuç olarak Anglosakson hukuk sisteminde borçlunun kusurunun olup olmadığı, sözleşme ihlalinin bir imkânsızlığın varlığı hâlinde gerçekleşip gerçekleşmediği veya bir temerrüt hâlinin bulunup bulunmadığı borçlunun tazminat sorumluluğunun doğması açısından

²⁹ Flannigan, Robert, *Hunter Engineering: The Judicial Regulation of Exculpatory Clauses*, The Canadian Bar Review, Vol.69, 1990, s.a 514-537, s.516.

³⁰ Detaylı bilgi için bkz. Flannigan, a.g.e, s.516.

bir önem taşımamaktadır. Ancak bu yaptırımın borçludan talep edilmesinden önce borçluya ihlalini giderebilmesi için ek bir sürenin verilmesi zorunludur³¹.

B. Kıt'a Avrupası Hukuk Sistemi

Civil Law terimi, Romalıların sadece Roma vatandaşları veya halk olarak tanımlanan “*cives*” için keyfi ayrıcalıklardan yararlanmalarını sağlayan Latin kökenli kanun *Ius Civile*'den gelmektedir³². Bu eski ve katı hükümlere sahip olan kanunun zamanla uygulanan kurallarının esnetilmesi ve *praetor*'lar tarafından geliştirilen adalete ve hakkaniyete uygun verilmiş kararlarla desteklenmesi kanaatine ulaşılmıştır.

Görüşleri ve onayları her konuda aranan Romalı yargıçların içtihatları sadece somut olaya özgü teknik bir çözüm olmakla kalmamış, hukukun gelişmesinde de harcanamaz bir duruma gelmiştir³³. Hâliyle en sonunda *İmparator Iustinaus* döneminde bu içtihatlar “*Corpus Iuris Civilis*” adlı eserle birleştirilerek bugün Kıt'a Avrupası hukuk sisteminin temeli atılmıştır.

Yargıçların uyuşmazlıkların çözümünde takip etmekte zorunlu oldukları kanunlar ve hukuk kuralları nedeniyle Anglosakson hukukundan ayrılan Kıt'a Avrupası hukuk sisteminde, yargıçların somut uyuşmazlıklara söz konusu yazılı hukuk kaynaklarından bir çözüm bulamamaları durumunda mahkeme içtihatlarından yararlanmaları gerekir. Ancak içtihatlara rağmen somut uyuşmazlık için herhangi bir hukuki çözüm bulunamazsa, yargıçlar yasa koyucu gibi hareket ederek karar verebilmektedir. Zaten içtihatların gelişmesi ve genişlemesi de ancak yargıçların somut uyuşmazlıklara buldukları yaratıcı çözüm yolları ile sağlanabilir.

³¹ Atamer, *Satıcının Yükümlülükleri*, s. 334; Serozan, Rona, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme*, İstanbul, 2016, s. 141, Canpolat, a.g.e s.38.

³² Dainow, Joseph, *The Civil Law and the Common Law: Some Points of Comparison*, The American Journal of Comparative Law, Vol. 15, N. 3, 1966-1967, Oxford University Press, s.a. 419- 435, s.420.

³³ Dainow, a.g.e, s.421.

Sistematik açıdan Anglosakson hukuk sisteminden farklı olduğu kadar hukuki uyumsuzluklara getirdikleri yaklaşımlar bakımından da son derece birbirinden farklı olan Kıt’a Avrupası hukuk sisteminde, sözleşme hükümlerindeki ihlalinin ağırlığının alacaklının seçimlik hakları üzerindeki etkisi Anglosakson hukuk sisteminden tamamen farklıdır. Zira ifa engellerinin temelinde genel bir sözleşmenin ihlali kavramı bulunmamakta olup borçlunun sözleşme ihlali yapmasına yol açan nedenler borçlunun sorumluluğunu değiştirebilmektedir³⁴.

Anglosakson hukuk sistemindeki sözleşme ihlali durumunda alacaklının seçimlik haklarının alacaklının sözleşmeden beklentisinin ne derecede karşılanıp karşılanmadığına göre değişmesi durumu söz konusuysa; Kıt’a Avrupası hukuk sistemlerinde sözleşmenin ihlali, ifa engelleri kapsamında imkânsızlık, temerrüt ve gereği gibi ifa etmeme³⁵ başlıkları altında incelenmektedir. Ayrıca Kıt’a Avrupası hukuk sistemlerinde satım hukukunun karakteristik bir özelliğinin bulunmasından dolayı satıcının ayıptan doğan sorumluluğunun sözleşmelerdeki genel sorumluluktan ayrı olarak incelenmesi de bu iki hukuk sisteminin farklılığını gösteren noktalardan biridir³⁶. Bu yönüyle sözleşmenin ihlali konusu Anglosakson hukuk sisteminden çok daha karışık bir yapıya sahiptir. Zira ihlal türlerine göre yaptırımlar değişmekte ve bu ihlallerin hangi normlarla ilişkilendirilmesi hususunun tespiti ise kimi zaman açık olmadığından uygulayıcılar hangi normun somut olaya uygulanacağına karar verme konusunda zorlanmaktadır.

İmkânsızlık ve temerrüt kavramlarının son derece önem teşkil ettiği Kıt’a Avrupası hukuk sisteminde, “*aynen ifa*” istisnâ olmayıp birincil yapıdadır. Yani sistemin temelinde sözleşmenin ihlali hâlinde alacaklının seçimlik haklarından aynen ifayı seçmesi beklenerek

³⁴ Canpolat, a.g.e, s.39; Kanışlı, a.g.e, s.118; Serozan, a.g.e, s.140.

³⁵ Ayrıntılı tarihsel gelişim için bkz. Atamer, *İfa Engelleri*, s. 219 vd.

³⁶ Atamer, *İfa Engelleri*, s.222.

sözleşmeden tarafların tam olarak tatmin edilmesi amacı yatmaktadır³⁷. Aynen ifanın mümkün olmaması durumunda ise tazminat, satım bedelinde indirim, sözleşmeden dönme gibi yaptırımlarla alacaklının sözleşme konusu alacağını alamamış olmaması nedeniyle tatmin edilmesi amaçlanır. Ayrıca alacaklının seçimlik haklarından yararlanabilmesi için borçluya bu ihlali gidermesi için ek bir sürenin verilmesi bazı durumlarda söz konusu olsa da Kıt'a Avrupası hukuk sistemleri için öncelikli bir kural değildir³⁸.

C. Sistemler Arasındaki Farklar

Konumuz açısından karşılaştırmalı özel hukukun inceleme alanında olan Anglosakson ve Kıt'a Avrupası hukuk sistemleri ayırımındaki farklılıkları satıcının ayıplı ifası kapsamında inceleyeceğiz.

Taraflardan birinin sözleşmeyi ihlal etmesi hâlinde Anglosakson hukuk sisteminde ihlalin esaslı olup olmamasına göre alacaklının seçimlik hakları değişebilmektedir. Anglosakson hukuk sisteminde ihlal giderilebilir bir ihlal ise, alacaklının sözleşmeden dönme hakkını kullanmasından önce borçluya bildirimde bulunarak borçlunun sözleşmeyi, sözleşmenin imzalandığı sırada tarafların sözleşmenin akdedilmesindeki menfaat beklentilerine uygun konuma getirmesi için olanak tanır³⁹. Yani satıcı tarafından ayıplı bir malın teslimi söz konusu olduğunda, satıcının sözleşme ihlalini giderme hakkı mevcuttur⁴⁰. Zaten Anglosakson hukuk sisteminde verilen bu ek sürenin bu kadar önem taşımasının nedeni de alacaklının

³⁷ Canpolat, a.g.e, s.40.

³⁸ Yelkenci, a.g.e, s.53-57.

³⁹ Gergen, Mark P, *The Law's Response to Exit and Loyalty in Contract Disputes*, in: *Comparative Remedies for Breach of Contract*, Editörler: Nili Cohen/ Ewan McKendrick, Oxford and Portland, Oregon 2005, s. 78; Bununla ilgili olarak bkz. *Pollard v. Saxe&Yolles Development Co.* 12 Cal. 3d 374 (Cal.1974), <https://casetext.com/case/pollard-v-saxe-yolles-dev-co>, (E.T: 11.06.2019).

⁴⁰ Atamer, *Satıcının Yükümlülükleri*, s.337; Yelkenci, a.g.e, s.54.

borçluya son bir şans verip sözleşmenin varlığını sürdürebilmesini sağlamaktır. Bu bildirimin ardından alacaklının sözleşmeden doğan yükümlülüğünü yerine getirmekten dönme hakkını kullanmasını, sözleşme ihlalinin giderilmesi için verilen ek süreye rağmen borçlunun ihlali gidermemesi haklı çıkarır. Ancak ihlalin sözleşmeye verdiği zarar giderilemez ise, alacaklı sözleşmeyi sona erdirmeye hakkını haiz olduğu gibi diğer seçimlik haklarına da başvurabilmektedir⁴¹.

Üzerinde durulması gereken başka bir husus ise, alacaklının giderilebilir bir ihlalden dolayı sözleşmeye devam etmemeyi seçerek uğradığı zararı daha da artırmasından dolayı ihlalcinin tazminat sorumluluğuna başvuramamasıdır⁴².

Kıt'a Avrupası hukuk sisteminde ise, sözleşme hukuku açısından "*pacta sunt servanda*" ilkesinin sözleşmelerdeki egemen etkisinden dolayı, ifa engelleri sistemi başlığı altında incelenen imkânsızlık, temerrüt, gereği gibi ifa etmeme gibi etkenler bulunmaktadır. Bu ilkenin etkisini ilk olarak, sözleşme ihlalleri hâlinde aynen ifanın birincil konumda başvurulması gereken hukuki çare olarak görülmesinden anlamaktayız⁴³. Taraflar açısından "*ahde vefa*" ilkesi ışığında tam bir tatminin gerçekleştirilmesi fikri, Kıt'a Avrupası hukuk sisteminin temelinde yatmaktadır.

⁴¹Gergen, a.g.e, s.78.

⁴² Örneğin *Heinrici v. South Feather Land& Water Co.* 177 Cal. 442, 170P 1135 (1918) olayında, taraflar Heinrici çiftliğinin su tedarikinin South Feather tarafından uzun süreli sağlanmasına yönelik bir sözleşme imzalamış, ardından South Feather'ın Heinrici'nin ödeme planında yaptığı artış yüzünden taraflar uzlaşamamış ve Heinrici başka su kaynakları olmamasına rağmen South Feather'dan su tedarik almayı keserek topraklarında çok büyük bir zarara sebebiyet vermiştir. Burada Heinrici'nin yapması gereken, topraklarında geri dönülemez bir zarara sebebiyet vermeden sözleşmeye devam ettikten sonra, yaptığı fazla ödemeler için South Feather'ı dava etmek olmalıydı. Gergen, a.g.e, s.79.

⁴³ Canpolat, a.g.e, s.40.

D. Viyana Satım Sözleşmesi'nin Temel Prensipleri

CISG'in metninin hazırlanmasının yıllar sürmesinin en büyük nedeni, Viyana Satım Sözleşmesi'nin uluslararası uygulanabilirliğini artırıp iki ayrı hukuk sistemine ait devletler açısından yeknesak bir sözleşmenin oluşturulabilmesi için bu iki hukuk sisteminin bir potada eritilmesiyle ayrı hukuk sistemlerinden gelen üye devletlerin menfaatler dengesinin sağlanması için verilen uğraşlardır. Bahsi geçen bu iki hukuk sistemine sahip devletlerin vermiş olduğu tavizlerle CISG'in temellerinin atıldığını söylemek de bu açıdan mümkündür⁴⁴. Ancak bunu söylemek Sözleşme'nin tamamıyla verilen tavizlerden oluştuğu anlamına gelmez. Zira *Rabel*'in amacı ve vizyonu da her satım problemi için gerekli karşılaştırmaların yapılarak en iyi hukuki çözümün bulunup CISG'te kendine özgü bir dinamik oluşturmaktır. Bu süreçte elbette Sözleşme hükümlerinin bazı maddelerinin ulusal kimlik⁴⁵ taşımasını önlemek mümkün olmamıştır. CISG'te bulunan ulusal kimliğe sahip maddelerin yorumlanmaları CISG'in 7'nci maddesi ile yumuşatılmaya çalışılmıştır.

Viyana Satım Sözleşmesi'nde sözleşmenin ihlali konusu daha çok Anglosakson hukuk sisteminin etkisi altında kalmıştır. Zira sözleşme tarafları akdettikleri sözleşme gereğince girdikleri yükümlülüklerle sıkı sıkıya bağlıdırlar. Bu sorumluluğun temelinde *garanti sorumluluğu ilkesi*⁴⁶ hâkim olup, ihlalci alacaklının oluşan zararını tazmin etmekle yükümlüdür. Sözleşmeyi sona erdirmeye ancak “*esaslı*” bir ihlalin varlığı ile alacaklı tarafından kullanılabilen bir hak olarak ortaya çıkmaktadır. Borçlu açısından sorumluluğun kısıtlanması,

⁴⁴ Bianca, Massimo Cesare/Bonell, Joachim Michael, *Commentary On The International Sales Law*, Giufreè, Mailand, 1987, Introduction 2.2.1.

⁴⁵ CISG m. 46/1, 62, 74, 75'te Anglosakson; m. 46/2, 46/3, 49/1-b, 50, 64/1-b ve 82'de Kıt'a Avrupası etkilerinin görüldüğü söylenebilir.

⁴⁶ Basedow, Jürgen, *Towards a Universal Doctrine of Breach of Contract: The Impact of the CISG*, International Review of Law and Economics 25, 2005, s.a, 487–500, s. 495; Serozan, a.g.e, s.141.

sadece borçlunun önlem alsa dâhi gerçekleşecek dış etkenlerden kaynaklanan bir ihlal hâlinde mümkündür. Ayrıca sözleşmeye aykırılık konusunda ihlalcinin kusurunun bulunup bulunmamasının ihlalcinin sorumluluğunun kapsamı bakımından Kıt’a Avrupası hukuk sisteminde olduğu gibi bir etkisi yoktur⁴⁷.

Sonuç itibariyle taraflardan birinin CISG çerçevesinde genel hatlarıyla çizilen ya da tarafların aralarında kararlaştırdıkları sözleşme hükümleri uyarınca yükümlülüklerine aykırı davranışları hâlinde, ihlal eden taraf için yaptırım birincil olarak daima tazminattır. Ancak ihlalin “*esaslı*” olması durumunda, tazminat isteminin yanında sözleşmeden dönme, sözleşme bedelinden indirim, onarım veya malın yenisi ile değiştirilmesi gibi farklı yaptırımların talep edilebilmesi de mümkündür. Dolayısıyla CISG’in uygulama alanının bulunduğu sözleşmelerde sözleşme ihlalden kaynaklan uyuşmazlıklarda ihlalcie uygulanabilecek yaptırımlar, ihlalin esaslı olup olmamasına göre değişiklik göstermektedir.

§2. VIYANA SATIM SÖZLEŞMESİ’NİN UYGULAMA ALANI

I. Zaman Bakımından Uygulama Alanı

Viyana Satım Sözleşmesi’nin 99’uncu maddesi, CISG’i kabul eden ülkelerde Sözleşme’nin ne zaman uygulama alanı bulacağı sorusunun cevabını veren bir hükümdür. Bu maddenin 1’inci fıkrasında CISG’in, CISG’i imzalayan ülkelere; 2’nci fıkrasında ise CISG’e sonradan dâhil olmak isteyen ülkeler için ne zaman yürürlüğe gireceği öngörülmüştür. 3,4, 5 ve 6’ncı fıkralarında ise daha önceden Lahey Sözleşmesi’ni imzalamış devletler bakımından, bu ülkelerin Hollanda devletine ilgili Sözleşme’den çekildiklerini bildirmeleri hâlinde CISG’in uygulama alanı bulabileceği ifade edilmiştir⁴⁸.

⁴⁷ Atamer, *Satıcının Yükümlülükleri*, s.294; Atamer, *İfa Engelleri*, s. 229; Kanışlı, a.g.e, s.49; Zeytin, a.g.e, s.66.

⁴⁸ Toker, Ali Gümrah, *11 Nisan 1980 Tarihli Uluslararası Taşınır Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’nin (Viyana Sözleşmesi) Uygulama Alanı*, Ankara, 2005, s.139.

A. Viyana Satım Sözleşmesi'nden Önce Yapılmış Viyana Satım Sözleşmesi Kapsamındaki Sözleşmeler

Satım sözleşmesinin uluslararası alanda yeknesaklaştırılması ve günümüzdeki formunu alması oldukça uzun sürmüştür. Bu anlamda yapılan temel çalışmalardan 1 Temmuz 1964'te Lahey'de hazırlanan Milletlerarası Mal Satım Sözleşmelerinin Kurulması Hakkında Yeknesak Kanuna İlişkin Antlaşma veya 1 Temmuz 1964'te Lahey'de hazırlanan Milletlerarası Mal Satımı Hakkında Yeknesak Kanuna İlişkin Antlaşması, CISG'in yürürlüğe girdiği tarihte hâlâ yürürlükteydi. CISG'e katkıda bulunan devletlerin de bu Antlaşmalara olan üyelikleri devam etmekteydi. Bu alanda gerçekleştirilmiş birden fazla Antlaşmaya üyeliğin devletler açısından çıkarabileceği sorunlar öngörülerek, 1964 tarihli Lahey Antlaşmalarına taraf olan devletlerde CISG'in hükümlerinin yürürlüğe girip uygulanabilmesi için bu devletlerin bu Antlaşmalardan duruma göre birinden veya her ikisinden de çekilmeleri ön şartı öngörülmüştür⁴⁹. Yani bu devletlerde CISG'in yürürlüğe girebilmesi için Hollanda hükümetine yapılacak bir bildirimle bu Antlaşmalardan her ikisine üye olması hâlinde anılan Antlaşmaların her ikisinden de sadece birine üye olması durumunda ise birinden çekilmesi gerekmektedir. Bu çekilmenin etkisini doğurmasından itibaren de söz konusu Antlaşmalardan çekildiklerini belirten bildirimi yapan ilgili devletlerde CISG yürürlüğe girebilecektir⁵⁰.

Yine CISG'in 99/4'üncü maddesine göre, CISG'in II. Kısımını kapsayan milletlerarası mal satımına ilişkin sözleşmelerin kurulması hükümlerine CISG'in 92'nci maddesine uygun olarak bağlı olmadığını açıklayan bir devletin, Satıma ilişkin Lahey Antlaşması'na taraf olması hâlinde; 99/5'inci maddesinde ise, milletlerarası mal satımı sözleşmelerinde malların satımını içeren Sözleşme'nin III. Kısımına ilişkin hükümlere Sözleşme'nin 92'inci maddesine uygun

⁴⁹ Toker, a.g.e, s.139

⁵⁰ Toker, a.g.e, s.139.

olarak bağılı olmadıklarını açıklayan veya açıklamış olan devletin Kuruluşa ilişkin Lahey Antlaşması taraf olması durumunda bu Antlaşmalardan da Hollanda hükümetine bildirimde bulunarak çekilmesi hâlinde CISG'in söz konusu devletlerde uygulanabilecektir⁵¹; 99/6'ncı maddesinde ise, söz konusu durumda olan devletlerin Viyana Satım Sözleşmesi'ni onaylaması, kabul etmesi, uygun görmesi veya katılması hâli Hollanda hükümetine yapılacak fesih bildirimine kadar hüküm ifade etmeyeceği ve bu hususta koordinasyonun sağlanması açısından Hollanda ile işbirliği sağlanacağı belirtilmiştir.

B. Taraflar Açısından Viyana Satım Sözleşmesi'nin Hüküm ve Sonuç Doğuracağı

Tarih

Viyana Satım Sözleşmesi'nin 99/1'inci maddesinde, CISG'in ilgili belgelerin tevdi edilmesinden itibaren on iki ayın tamamlanmasını izleyen ayın ilk gününde üye devletlerde yürürlüğe gireceği öngörülmüştür. CISG'in uluslararası alanda hüküm ve sonuç doğurabilmesi için ise toplamda CISG'e taraf on üye devlet şartı 11 Aralık 1986 yılında gerçekleşmiştir⁵². Dolayısıyla ilgili madde uyarınca, CISG bu tarihten sonra on iki ayın tamamlanmasını izleyen ayın ilk günü olan 1 Ocak 1988'de uluslararası alanda yürürlüğe girmiştir⁵³.

Viyana Satım Sözleşmesi'nin yürürlüğe girmesinden sonra CISG'e dâhil olmak isteyen devletlerde CISG, ilgili devletlerin Sözleşme'nin 99/2'nci maddesi uyarınca hâriç bıraktığı kısım dışında 6'ncı fıkra saklı kalmak üzere onay, kabul, uygun bulma veya katılma belgesinin

⁵¹ Toker, a.g.e, s.139.

⁵² Atamer, Yeşim, *Birleşmiş Milletler Satım Hukukunun Uluslararası Uygulama Alanı*, İBD, S. 69, Y. 1995, s. 552; Mistelis, Loukas, *CISG'in Uygulama Alanı: Yer, Zaman ve Kişi Bakımından, Milletlerarası Satım Hukuku*, in: *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG)*, Editör: Yeşim M. Atamer, İstanbul, 2008, s. 10; Toker, a.g.e, s. 136.

⁵³ Atamer, *Uluslararası Uygulama Alanı*, s. 552; Mistelis/Atamer, a.g.e, s.10; Toker, s. 136.

tevdî edildiği tarihten itibaren on iki ayın tamamlanmasını izleyen ayın ilk gününde yürürlüğe gireceği belirtilmiştir⁵⁴.

Âkit devlet olmak isteyen ülkelerin izleyecekleri yolu belirten CISG'in 99'uncu maddesinin devamında, Viyana Satım Sözleşmesi kapsamında gerçekleştirilen sözleşmelerin tarafları açısından CISG hükümlerinin ne zaman yürürlüğe gireceği açıklanmıştır. Buna göre, madde metninin lâfzından yola çıkılarak satım sözleşmesinin kurulabilmesi için gönderilen icabın⁵⁵ CISG'in yürürlüğe girmesinden sonra yapılması gerekiyken; satım sözleşmesinin ifasına CISG hükümlerinin uygulanabilmesi için ise, icabın değil de satım sözleşmesinin CISG'in yürürlüğe girmesinden sonra yapılmış olması şartı aranır⁵⁶. Yani icabı kabul beyanının CISG'in yürürlüğe girdiği veya daha sonraki bir tarihte icapçıya ulaşması yeterlidir. Dolayısıyla CISG'in hükümlerinin aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça geriye yürütmesi mümkün değildir⁵⁷.

Fransız Temyiz Mahkemesi'nin 30 Ocak 2001'de *Vanderlinden v. S.A Vergers de Seru* kararında⁵⁸; 1996 yılının yazında Fransa'da meyve ve sebze toptancılığı yapan *Vergers de Seru* şirketi, Belçikalı bir üreticiden tonlarca elma ve armut satın almayı içeren başarılı bir sözleşme akdetmiştir. Alıcı meyvelerin sözleşmede belirtilen uygunluğu taşımamasından kaynaklı olarak sözleşmede öngörülen bedeli kısmen ödedikten sonra satıcı tarafından satım bedelinin kalan kısmının ödenmesi için 1998 yılında Fransız mahkemelerinde alıcıya dava açılmıştır. Satıcı ve alıcı arasında gerçekleştirilmiş olan bu sözleşmede uyuşmazlık hâlinde uygulanacak hukukun belirlenememesi nedeniyle, satıcı Belçika hukukunun, alıcı ise Fransız hukukunun uygulanması

⁵⁴ Toker, a.g.e, s.137.

⁵⁵ Zeytin, a.g.e, s.57.

⁵⁶ Atamer, *Uluslararası Uygulama Alanı*, s.559; Toker, a.g.e, s.140.

⁵⁷ Mistelis/Atamer, a.g.e, s.21, Toker, a.g.e, s.140.

⁵⁸ Kararı detaylı incelemek için bkz. France 30 January 2001 Appellate Court Amiens (*Vanderlinden v. Vergers de Seru*), <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/010130f1.html#ctoc> (E.T: 12.06.2019)

için talepte bulunmuştur. Bunun sonucunda, mahkemede uyuşmazlığın çözümünde uygulanacak hukukun belirtilmemesi ve sözleşmenin kapsamının CISG dâhilinde olması nedeniyle, CISG hükümlerinin uygulanması gerektiğine karar verdi. Ancak mahkemenin dikkate almadığı husus, CISG'in 100'üncü maddesi uyarınca, CISG'e âkit devletlere tâbi taraflar arasında gerçekleştirilmiş satım sözleşmesine uygulanabilmesi için Sözleşme'nin ilgili devletlerde ne zaman yürürlüğe girdiği konusudur. Zira Viyana Satım Sözleşmesi'nin Belçika Devleti bakımından 01.10.1997 tarihinde⁵⁹ yürürlüğe girmesi göz ardı edilerek verilmiş bu karardan sonra, mahkeme tarafların CISG'in uygulanıp uygulanamayacağı hususuna ilişkin tüm maddi ve hukuki delilleri sunarak tekrar incelemek için başvuruda bulunmaya davet etmiştir.

C. Taraf Devletin Sözleşmeden Çekilme Bildirimlerinin Geçerli Olacağı Tarih

Viyana Satım Sözleşmesi'nin 101/1'inci maddesi uyarınca, CISG'e taraf olan her ülke, CISG'in tamamını, ikinci kısmı olan genel hükümleri veya üçüncü kısım olan alıcının yükümlülüklerine dair hükümlerin uygulanmasını tevdi makamına yapacağı fesih bildirimiyle sona erdirebilir. CISG'e göre, bildirimin tevdi makamına ulaşmasından itibaren on ikinci ayın tamamlanmasını izleyen ayın ilk gününde bu fesih bildirimi hukuken geçerliliğini kazanır. Ancak taraf devletin CISG'ten çekilme bildirimini yaparken bu feshin ne zaman hüküm ifade edeceğine ilişkin daha ileri bir tarih öngörmesi hâlinde belirtilen sürenin geçmesiyle çekilmeyi içeren fesih bildirimi hüküm ve sonuç doğurur⁶⁰.

⁵⁹ Belçika devleti için Viyana Satım Sözleşmesi'nin yürürlüğe girme tarihi için bkz.

<https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/countries/cntries-Belgium.html> (E.T: 12.06.2019)

⁶⁰ Toker, a.g.e, s.144.

II. Yer Bakımından Uygulama Alanı

A. Genel Olarak

Viyana Satım Sözleşmesi'nin yer bakımından uygulanması konusunda âkit devletlerle âkit olmayan devletler açısından CISG'in doğrudan veya dolaylı olarak nasıl uygulanacağını düzenleyen 1'inci maddesi uyarınca, CISG tek taraflı bir kanunlar ihtilafı kuralıdır⁶¹. Yani CISG kapsamında bir uyuşmazlığın bulunması hâlinde, yabancılık unsuru içeren bu uyuşmazlığın çözümü için kaynağını milletlerarası özel hukuktan alan kanunlar ihtilafı kuralları uygulanmaz. Ancak Viyana Satım Sözleşmesi, uyuşmazlığın CISG kapsamında olmaması durumunda, uygulanacak hukuktan bahsetmemektedir. Dolayısıyla bu durumda, yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlığın çözümü için devletlerin kendi hukuklarının bir parçası olan kanunlar ihtilafı kuralları doğrultusunda öngörülen hukuk kuralları uygulanacaktır.

Her ne kadar CISG'in 1'inci maddesinde “uluslararası” kavramı kullanılmamışsa da Sözleşme hükümlerinin milletlerarası etkinliğe sahip olduğu Sözleşme'nin başlığından ve uygulamasının kapsamından açıkça anlaşılmaktadır. CISG'in uygulama alanının belirlenmesi hassas bir konudur. Zira CISG'in uluslararası bir Sözleşme olması nedeniyle hükümlerinin âkit devletlerin iç hukuk kurallarından bağımsız olarak uygulanması gerekir. Bu anlamda hangi mal satım sözleşmelerinin uluslararası özelliğe sahip olduğunun tespiti son derece önemlidir⁶². Bu konuda CISG'in uygulanabilirliği konusunda aranan en önemli şart, tarafların iş yerlerinin sözleşmenin kurulduğu sırada farklı devletlerde olmasıdır⁶³. Ancak söz konusu iş yerlerinin

⁶¹ Mistelis /Atamer, a.g.e, s.16.

⁶² Heiderhoff, Bettina, *Milletlerarası Satım Hukuku Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG)*, İstanbul, 2008, Editör: Yeşim Atamer, s.25.

⁶³ Özdemir Kocasakal, Hatice, *Viyana Konvensiyonu'nun Milletlerarası Özel Hukuk Bakımından Uygulama Alanı*, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2013/1, s.a 19-53, s.22; Schlechtriem/ Butler, a.g.e, para.9, s.11; Tarman, Zeynep Derya, a.g.e, s.20.

farklı ülkelerde olduğu bu devletlerin bir şekilde CISG ile bir bağlantısı olmalı ki Sözleşme hükümleri uygulanabilsin. Bu bağlantı ise, CISG'in 1'inci maddesinde, tarafların iş yerlerinin bulunduğu devletlerin CISG'e üye devletlerden olması veya milletlerarası özel hukuk kurallarından *lex fori*, yani hâkimin hukukunun âkit bir devlet olması ile sağlanabileceği şeklinde açıklanmıştır.

Viyana Satım Sözleşmesi'nin 1'inci maddesinin devamı fıkralarında ise, tarafların kurdukları sözleşmeden, tarafların iş yerlerinin farklı devletlerde olduğu sözleşmenin kurulması veya sözleşme görüşmeleri sırasında paylaşılmış bilgiler vasıtasıyla anlaşılabilir olması gerektiği belirtilmiştir. Ancak tarafların iş yerlerinin farklı âkit devletlerde olduğuna ilişkin bir bilgi edinilmemişse, CISG'in uygulanması için öngörülen tarafların CISG'e üye farklı devletlerde iş yerleri bulundurma şartı sağlanmış sayılmaz. Bu durumda da CISG'in hükümlerinin uygulanması mümkün olmaz. Son olarak, Sözleşme kapsamındaki mal satım sözleşmelerinde tarafların vatandaş oldukları ülke, tacir sıfatı veya sözleşmenin niteliğinin adı veya ticari olmasının CISG'in uygulanmasında dikkate alınmayacağı belirtilmiştir⁶⁴.

B. Şartlar

1. Tarafların İş Yerlerinin Farklı Ülkelerde Bulunması

Viyana Satım Sözleşmesi'nin hükümleri sadece mal satım sözleşmesinin taraflarının işyerlerinin farklı âkit devletlerde veya milletlerarası özel hukuktan doğan kuralların yaptığı atıf uyarınca CISG'e taraf olan bir devlette bulunması hâlinde uygulanabilir. Bu şartı CISG'in uygulanması için temel alan CISG'in 1/1'inci maddesi, CISG'e uluslararası nitelik kazandırmaktadır. Buradaki iki farklı devletten kasıt, iki ayrı devlette iş yerleri bulunan iki ayrı tarafın mal satım sözleşmesi kurmasıdır. Örneğin, (A) ve (B)'nin taraf olduğu bir mal satım sözleşmesi düşünelim. (A)'nın iş yerinin İspanya'da, (B)'ninkinin ise Türkiye'de olmasından

⁶⁴ Zeytin, a.g.e, s.55

kaynakla malların devri Cordoba'dan Ankara'ya yapılacaktır. Söz konusu durumda CISG'in hükümlerinin uygulanması CISG'in uygulanmasının temel kıstası olan tarafların iş yerlerinin farklı devletlerde bulunması şartını sağlaması nedeniyle mümkün olacaktır. Ancak CISG (A)'nın İspanyol veya (B)'nin Türk vatandaşı olması gibi bir gereklilik aramamakta, sadece tarafların iş yerlerinin farklı ülkelerde bulunmasını CISG'in uluslararası alanda uygulanabilirliği açısından yeterli bulmaktadır. Keza satım konusu malların üretildikleri ve teslim edildikleri yerlerin veya alıcının sözleşme konusu mal karşılığında edimi olan para borcunun ifasının iki farklı devlette gerçekleşmesi, CISG'in uygulanabilirliği konusunda dikkate alınmayan durumlardır⁶⁵. O hâlde bu örnek üzerinden gidilecek olursa, satıcı (A)'nın iş yerinin Cordoba'da olmasına rağmen, sözleşme konusu malların üretiminin Türkiye'de yapılması ya da (A)'nın malları (B)'ye Türkiye'de teslim etmesi veya (B)'nin sözleşme konusu mallar karşılığında sözleşme bedelini Türkiye'de ödemesi, sözleşmeden doğan uyuşmazlıkların çözümünde CISG'in uygulanmasına engel teşkil edecek bir durum yaratmayacaktır. Bunun tam tersinin olması durumunda ise, yani (A) ve (B)'nin iş yerlerinin Türkiye'de olması ancak ifa yerleri veya üretim yerleri gibi yan edim yükümlülüklerinin İspanya'da gerçekleştirileceği üzerine tarafların anlaşması hâlinde, bu sözleşmeye CISG hükümlerinin uygulanması mümkün değildir. Zira böyle bir durumda, CISG'in uygulanabilmesi için öngörülmüş en temel şart olan tarafların iş yerlerinin farklı ülkelerde olma koşulu sağlanamamıştır⁶⁶.

Tarafların kurdukları sözleşmenin uluslararası nitelik taşıyıp taşımadığının tespiti sözleşmenin kuruluş anı dikkate alınarak belirlenir⁶⁷. Sözleşmenin kurulması sırasında iş yerleri

⁶⁵ Özdemir Kocasakal, a.g.e, s.23; Toker, a.g.e, s.33-34; Zeytin, Zafer, *CISG'in Yer, Zaman, Kişi ve Konu Bakımından Uygulama Alanı*, in: *Milletlerarası Mal Satım Hukuku (CISG)*, Editör: Sinan Okur, Ankara, 2016, s.42; Atamer, *Uluslararası Uygulama Alanı*, s.557; Atamer, *Satıcının Yükümlülükleri*, s.48.

⁶⁶ Özdemir Kocasakal, a.g.e, s.24; Tarman, a.g.e, s.177; Toker, a.g.e, s.34; Zeytin/Okur a.g.e, s.42.

⁶⁷ Atamer, *Uygulama Alanı*, s. 558; Atamer, *Satıcının Yükümlülükleri*, s.49; Toker, a.g.e, s.35.

farklı devletlerde olan tarafların iş yerlerini daha sonra aynı ülkeye taşımaları durumunda satım sözleşmesinin ani edimli bir sözleşme olması sebebiyle Sözleşme hükümleri uygulanmaya devam eder. Zira önemli olan sözleşmenin kurulması sırasında tarafların iş yerlerinin farklı ülkelerde olmasıdır. Ancak alıcı açısından taksitli satım sözleşmeleri ve satıcı bakımından art arda teslimli satım sözleşmelerinin varlığında edimin ani edimden çıkıp dönemli edime dönüşmesi nedeniyle, sözleşmenin kurulması sırasında iş yerleri farklı devletlerde bulunan tarafların daha sonradan iş yerlerini aynı ülkeye taşımaları hâlinde somut olayın özelliklerine göre CISG'in uygulama alanı bulup bulmadığına bakılır. Bunun değerlendirilmesi ise, ancak sözleşmenin amacının anlaşılmasıyla yapılabilir⁶⁸. Örneğin satım bedelinin ifasının alıcı açısından daha kolay gerçekleştirilebilmesi için ifanın taksitlendirilmesi söz konusu ise, burada ani edimli bir satım sözleşmesinin varlığı kabul edilirken, belirli bir zaman için satıcının alıcı için satım konusunu karşılaması hâlinde sözleşme sürekli bir borç ilişkisi doğuracaktır⁶⁹.

CISG'in uygulanabilirliği açısından tarafların iş yerlerinin farklı devletlerde bulunması gerekliliğinin yanı sıra ülkelerinde birden fazla ülkesel birimi olan CISG'e âkit devletlerde CISG'in nasıl uygulama alanı bulacağı ise, CISG'in 93'üncü maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, bu tipteki devletlerin CISG'i yürürlüğe koydukları süre içerisinde, CISG'in etkisinin tüm ülkesel birimlerinde uygulama alanı bulacağını beyan etmelerinin mümkün olmasıyla birlikte, farklı hukuk sistemlerini CISG'in etkisinden bağımsız tutması da olanaklıdır⁷⁰. Dolayısıyla CISG'e âkit olsa da ülkesel birimlerinde CISG'in uygulama alanı bulmadığı devletlerde,

⁶⁸ Doğan, Gülmelehat, *Sürekli Borç İlişkilerinde Borçlunun Temerrüdü*, ABD 2014/4, s.a 385-483, s.392.

⁶⁹ Eren, Fikret, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 2017, s.107-108; Oğuzman, Kemal / Öz, Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. 1, İstanbul, 2016, s.12.

⁷⁰ Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art.93, para.1.

tarafından birinin iş yerinin CISG'in uygulama alanı bulmadığı bölgede yer alması hâlinde CISG uygulanamayacaktır⁷¹.

CISG'in uygulama alanı bulacağı bir sözleşmenin, temsilci aracılığıyla kurulması hâlinde ise, temsilcinin ve temsil edenin iş yerlerinin farklı ülkelerde gerçekleşmesi durumunda, uyuşmazlığın çözümü hakkında yargılamayı yapan ülkenin milletlerarası özel hukuk kurallarının atıf yaptığı ülkenin iç hukukunda temsile ilişkin düzenlemelerine bakılarak CISG hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağına karar verilir. Bu hususta Türk hukukuna bakıldığında, temsil ilişkisi sonucunda hukuki işlem temsilci adına fakat temsil edilenin hesabına kuruluyorsa ve bu işlemleri üzerine alabilmesi için başka bir hukuki işleme ihtiyaç duyuluyorsa, TBK 40/3'üncü maddesi uyarınca dolaylı temsil söz konusudur⁷². Dolaylı temsil ile gerçekleştirilmiş bir milletlerarası mal satım sözleşmesinde ise, sözleşmenin etkileri temsil edenin şahsında doğduğundan temsilcinin iş yeri CISG'in uygulama alanı açısından belirleyici olacaktır⁷³. Ancak hukuki işlemin hüküm ve sonuçları doğrudan doğruya temsil edilenin şahsında doğuyorsa, buradaki temsil TBK 40/1'inci maddesi uyarınca doğrudan temsildir ve doğrudan temsilin söz konusu olduğu hâllerde, sözleşme tarafı temsil edilenin iş yeri dikkate alınacaktır⁷⁴.

⁷¹ Detaylı bilgi için bkz. Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art. 93, para.2-5.

⁷² Eren, *Genel Hükümler*, s.446-447; Oğuzman/Öz, a.g.e, s.214; Yavuz, Cevdet, *Türk- İsviçre ve Fransız Medeni Hukuklarında Dolaylı Temsil*, İstanbul, 1983, s.57.

⁷³ Çalışkan, a.g.e, s.132; Eren, *Genel Hükümler*, s.447; Oğuzman/Öz, a.g.e s.240; Zeytin, a.g.e, s.51.

⁷⁴ Schlechtriem, Peter/ Schwenzer, Ingeborg, *Commentary on UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Second (English) Edition Oxford University Press, Oxford, 2005, Art.1, para.41-42; Staudinger, Julius von, *J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Wiener UN-Kaufrecht (CISG)*, Berlin 2018, Art. 1, para.68; Zeytin, a.g.e, s.51; Tarman, a.g.e, s.22.

a. İş Yeri Kavramı

CISG’te iş yeri kavramı tanımlanmamıştır. Bunun nedeni CISG’in kurulması sırasında taraf devletlerin bu hususta bir görüş birliğine varamamış olmasıdır⁷⁵. Yani taraf devletlerin iş yeri tanımını yapmak konusunda anlaşamamaları nedeniyle burada üye devletler tarafından bilinçli olarak kural içi boşluk bırakılmıştır. Ancak iş yeri tanımının yapılmamış olmasına rağmen, CISG’in 10’uncu maddesinde tamamlayıcı bir hüküm olarak tarafların birden fazla iş yerinin bulunması hâlinde hangi iş yerinin esas alınması gerektiğini düzenleyen bir hüküm öngörülmüştür⁷⁶.

Taraflardan birinin birden fazla iş yerinin bulunması durumunda CISG’in 10’uncu maddesi gereğince, sözleşmenin kurulması sırasında veya sözleşmenin kurulmasından önce sözleşme taraflarınca bilinen veya somut olaydaki şartlar değerlendirildiğinde sözleşme ve sözleşmenin ifası ile ilgili en yakın irtibat içinde olan iş yeri esas alınır⁷⁷. Ancak 10’uncu

⁷⁵ Çalışkan, Yusuf, *Uluslararası Satım Hukukunda Kanunlar İhtilafı Meseleleri*, İstanbul, 2014, s.129-130; Zeytin/Okur, a.g.e, s. 41; Zeytin, a.g.e, s.51.

⁷⁶ Zeytin, a.g.e, s.51.

⁷⁷ Ayrıntılı tartışmalar için bkz. Schlechtriem/ Schwenger, Art.10, para.25-29; Şirket iş merkezlerinin California’da olduğu Asante Technologies Inc, başka bir şirketin temsilcisi olarak faaliyet gösteren ancak iş yeri California’da olan PMC-Sierra Inc’ten uygulamalı özel devre satın almıştır. Satıcının iş yeri Delaware’de olmasına rağmen, California’da da bir şubesi bulunmaktadır. Ancak bunlara rağmen, şirketin idare ve yönetimi, Burnaby, British Columbia’dan (Kanada) görülmekteydi. Alıcı, malları doğrudan Burnaby’den sipariş vermesine rağmen, faturalandırma Californialı şube tarafından gerçekleştirilmiştir. Yerel Mahkeme, uyuşmazlığın çözümünde tarafların şirket iş merkezlerinin Sözleşme’ye âkit iki ayrı devlet olan Kanada ve Amerika’da gerçekleştirilmiş olması gerekçesiyle Viyana Satım Sözleşmesi’nin uygulanabileceğine karar verdiler. CISG’in 10/1-a maddesi uyarınca, California’daki şubenin alıcı ile olan ilişkileri, Kanada’dakinden daha az bir öneme sahip olması ve en yakın ilişkinin Kanada’daki şube ile gerçekleştirilmiş olması taraflar açısından gerçek anlamda

maddenin devamında, taraflardan birinin hiçbir iş yerinin olmaması hâlinin de sözleşmenin kurulmasına engel olmayacağı ve bu durumda, ilgili tarafın mutat meskeninin iş yeri olarak değerlendireceği öngörülmüştür. CISG'in öngördüğü bu madde ile yer bakımından uygulama alanı genişletilmiştir⁷⁸.

CISG'te iş yeri tanımının yapılmamasından doğan boşluk doktrinde tamamlanmaya çalışılmıştır. Buna ilişkin hâkim görüş⁷⁹ iş yeri kavramının değerlendirilmesinde *süreklilik* ve *düzenlilik* unsurları esas alınarak vasıflandırmanın yapılması gerektiği yönündedir. Yani bu görüşe göre, alıcı ve satıcının sürekli ve düzenli olarak ticari faaliyetlerini sürdürdükleri merkez CISG kapsamında iş yeri olarak değerlendirilmelidir. Ancak belirtilmesi gereken bir husus var ki, iş yeri kavramının tespiti yapılırken, vasıflandırmanın milletlerarası özel hukuk kurallarından olan hâkimin kendi hukukunu uyguladığı *lex fori* kurallarından bağımsız olarak değerlendirilmesi gerekir⁸⁰. Diğer bir görüşe göre ise iş yeri, tarafların mesleki faaliyetlerini ağırlıklı olarak yürüttükleri yer olarak tanımlanmaktadır⁸¹.

İş yerinin tespitinde kullanılan tanımlardan işlerin ağırlıklı olarak yürütüldüğü yerin kıstas olarak alınmayıp da işlerin yürütüldüğü yerin bağımsız ve düzenli olması unsurlarının aranması, sadece şirketin reklamını yapan ve şirketten bağımsız olmayan irtibat bürolarının

kurulmuş bir sözleşmenin varlığını göstermekte yeterlidir. United States 27 July 2001 Federal District Court [California] (*Asante Technologies v. PMC Sierra*),

<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/010727u1.html>, (E.T: 13.06.2019)

⁷⁸ Tarman, a.g.e, s.2; Zeytin, a.g.e, s.51.

⁷⁹ Fawcett, James/ Harris, Jonathan/ Bridge, Michael, *International Sale of Goods in the Conflict Laws*, Oxford Private International Law Series, Oxford, 2005, para 13.122, s. 701; Schlechtriem/Schwenzer, Art.1, para.46; Tarman, a.g.e, s.177; Toker, a.g.e, s.37; Zeytin/*Okur*, a.g.e, s.41; Zeytin, a.g.e, s.51.

⁸⁰ Çalışkan, a.g.e, s.130.

⁸¹ Atamer, *Satıcının Yükümlülükleri*, s.49.

CISG kapsamında milletlerarası mal satım sözleşmesi akdetmelerini önlemek amacıyla daha çok tercih edilmektedir⁸². Ayrıca satım sözleşmesi görüşmelerinin yapıldığı ve kurulduğu yerin de iş yerinin belirlenmesinde herhangi bir önemi bulunmamaktadır⁸³.

b. Tarafların İş Yerlerinin Bulunduğu Ülkelerin Âkit Devlet Olması

Viyana Satım Sözleşmesi'nin uygulanabilmesi için sözleşme taraflarının iş faaliyetlerini sürekli ve düzenli olarak sürdürdükleri iş yerlerinin farklı ülkelerde bulunması gerektiğinden yukarıda bahsedilmiştir. Ancak tarafların iş yerlerinin farklı ülkelerde olması tek başına CISG'in hükümlerinin uygulanması için yeterli değildir. Bunun yanında CISG'in 1/1-a maddesi gereğince, tarafların iş yerlerinin farklı ancak Sözleşme'ye âkit bir devletin ülkesinde gerçekleşmesi gerekmektedir. Bu hüküm, sadece CISG'e taraf olan devletleri bağlayan bir objektif uygulanabilirlik şartıdır⁸⁴. O hâlde CISG'e taraf olmayan devletlerde iş yeri bulunan tarafların Sözleşme'nin konusu dâhilinde gerçekleştirdikleri milletlerarası mal satım sözleşmesi sonucunda uyuşmazlık sonucu açılan davanın, âkit olmayan devlet mahkemesinde açılması hâlinde, CISG hükümlerinin uygulanması mümkün değildir⁸⁵.

CISG'in uygulanabilmesi için doğrudan ve dolaylı olmak üzere iki alternatifin olduğunu söylemek mümkündür⁸⁶. İlk olarak CISG'in doğrudan uygulama alanı bulabilmesi için milletlerarası mal satım sözleşmesi kuran tarafların iş yerlerinin bulundukları devletlerin

⁸² Zeytin/Okur, a.g.e, s.41; Toker, a.g.e, s.37; Zeytin, a.g.e, s.52.

⁸³ Toker, a.g.e, s.38.

⁸⁴ Atamer, *Satıcının Yükümlülükleri*, s.51; Mistelis/Atamer, a.g.e, s.16; Tiryakioğlu, Bilgin, *11 Nisan 1980 Tarihli Milletlerarası Mal Satımlarına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi ve Sözleşmenin Milletlerarası Özel Hukuk Kuralları ile İlişkisi*, AÜHFD, C. 3, S. 1, 1989-1990, s. 195, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/301/2825.pdf> (E.T: 13.06.2018); Toker, a.g.e, s.42.

⁸⁵ Tiryakioğlu, *Özel Hukuk Kuralları ile İlişkisi*, s.195.

⁸⁶ Çalışkan, a.g.e, s.136-148; Toker, a.g.e, s.41.

CISG’e taraf devletlerden olması gerekir. İkinci alternatif ise, milletlerarası özel hukuk kurallarının uygulanmasıyla CISG’e taraf bir devletin hukukuna atıf yapılması durumunda da dolaylı olarak CISG yer bakımından uygulanabilecektir. Yani CISG’in yer bakımından uygulanabilirliğinden bahsedebilmek için, sözleşme taraflarının iki farklı devlette iş yerlerinin bulunmasından sonra CISG hükümlerinin *otonom/doğrudan* uygulanabilmesi için tarafların iş yerlerinin bulunduğu devletlerin CISG’e âkit devlet olması gerekmektedir⁸⁷ ya da dolaylı yoldan CISG hükümleri uyuşmazlığa milletlerarası özel hukuk kurallarının CISG’e üye bir devletin hukukuna atıf yapılmasıyla uygulanacaktır.

Viyana Satım Sözleşmesi’nin 95’inci maddesi uyarınca taraf devletlerin CISG’in 1/1-b maddesine çekince koymaları mümkündür⁸⁸. Satıcı ve alıcının iş yerlerinin farklı âkit devletlerde bulunmasıyla birlikte uyuşmazlığı çözüme ulaştıracak yargılama yeri mahkemesinin bir başka CISG’e âkit devlet olduğu durumlarda, bu âkit devletlerden herhangi birinin veya hepsinin madde 1/1-b’ye çekince koymaları, CISG’in uygulanmasını engellemez⁸⁹. Zira bu devletler CISG’in uygulanabilmesi için aranan CISG 1/1-a maddesinde bahsedilen tarafların âkit devlet olma şartını sağladıklarından dolayı CISG hükümleri uygulanır.

Tarafların iş yerlerinin farklı ülkelerde olmasının CISG’in uygulama alanı bulabilmesi için tek başına yeterli kabul etseydik, CISG’e âkit olmayan devletlerde iş yeri sahibi olan taraflar olası bir uyuşmazlıkta mevzuatlarında bulunmayan bir hükmün uyuşmazlığın çözümüne uygulanmasına ilişkin herhangi bir öngörüye sahip olamayacaktı. Bu durum da çoğu

⁸⁷ Atamer, *Satıcının Yükümlülükleri*, s.51; Çalışkan, a.g.e, s.136; Özdemir Kocasakal, a.g.e, s.29; Toker, a.g.e, s.42; Mistelis/Atamer, a.g.e, s.16.

⁸⁸ Amerika, Singapur, Slovanya, Saint Vincent ve Grenadinler, Çin Halk Cumhuriyeti, Ermenistan http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html (E.T: 13.06.2018)

⁸⁹ Zeyin/Okur, a.g.e, s.42; Zeytin, a.g.e, s.53-54.

zaman ticaret yapan taraflar için olumsuz sonuçlar doğurabilecekti⁹⁰. Dolayısıyla tarafların kurdukları sözleşmeye hangi hükümlerin uygulanacağını bilmeleri ve sözleşme tarafları için adaletli koşulları içeren bir şart olarak CISG’te öngörülmüştür.

Özetle, "*tarafların iş yerlerinin CISG’e taraf farklı devletlerde bulunması*" şartı sağlandığı sürece, CISG doğrudan taraflar arasında gerçekleştirilecek uluslararası satım sözleşmesine uygulanabilecektir⁹¹.

c. Devletlerarası Özel Hukuk Kurallarının Sözleşme’ye Taraf Bir Devlete Atıf Yapması

Tarafların farklı devletlerde iş yerlerinin bulunması şartının sağlanmasına rağmen, bu devletlerin âkit devlet olmaması hâlinde Viyana Satım Sözleşmesi’nin 1/1-a maddesinin doğrudan uygulanması mümkün değildir. Bu sebeple, CISG’in hazırlanması aşamasında birçok

⁹⁰ La Haye’de kabul edilen Yeknesak Satım Hukuku’na Dair Sözleşme Ek, m.2 ve Kuruluş’a Dair Yeknesak Sözleşme Ek I, m.1 gereğince, bu Sözleşmeler’in uygulama alanı aksi öngörülmedikçe kanunlar ihtilafı kurallarından bertaraf edilerek belirleneceği düzenlenmiştir. Buna ek olarak, Sözleşmeler metninde, sözleşmenin uygulama alanı bulabilmesi için “*âkit devletler*” kavramının kullanılması yerine “*farklı devletlerin ülkesi*” ibaresine yer verilmiştir. Bu da âkit devlet önüne gelen Yeknesak Sözleşmelerin kapsamında olan bir uyumsuzluğun taraflarının iş yerlerinin âkit olmayan devletlerde olmasına rağmen, uyumsuzluğu çözecek olan âkit devlet hâkimi Yeknesak Sözleşme hükümlerini uygulamak durumunda kalacaktır. Detaylı bilgi için bkz. Tiryakioğlu, Bilgin, *Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk*, Ankara, 1996, s. 98-100; Ancak tarafların farklı ülkelerde iş yerlerine sahip olması şartını gerçekleştirip, bu iş yerlerinin en az birinin âkit devletlerde bulunmaması sonucunda Sözleşme hükümlerinin uygulanamamasının Sözleşme’nin evrensellik yaklaşımını reddettiği düşüncesinde olan birtakım yazarlar da bulunmaktadır. Detaylı için Bkz. Honnold, J. O., *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, Editör: Harry M. Flechtner, Kluwer Law International, Deventer, 1982, Art.1, para.45.1; Winship, Peter, *The Scope of the Vienna Convention on International Sales Contracts*, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/winship5.html> (E.T: 13.06.2018), s.17.

⁹¹ Schlechtriem/Butler, a.g.e, para.11, s.13

tartışmalara yol açan 1/1-b maddesi öngörölmüştür. Tarafların iş yerlerinin bulundukları devletlerin ulusal hukuklarında CISG'in benimsememelerine rağmen, uyuşmazlığın çözüme kavuşturulacağı devlette sözleşmedeki yabancılık unsurundan dolayı kanunlar ihtilafı kurallarını uygulamasıyla taraflar açısından CISG hükümlerinin uygulama alanı bulması mümkündür. Bu şekilde CISG'in dolaylı olarak uygulanması sağlanarak uygulama alanı genişletilmiştir⁹².

Hukuk seçimi yapmamış olan taraflar için CISG'in uygulanması her ne kadar şaşırtıcı olsa da milletlerarası mal satımı sözleşmeleri için oluşturulmuş en yeni modern hukuk olduğu gerçeği ve akademik olarak dünya çapında hukuki eserlere konu olmuş CISG'in uygulanması hem taraflar hem de hukuki uyuşmazlığa çözüm bulacak yargıç açısından daha kolaydır⁹³. Zira yargıç açısından farklı ve modern bir hukuki yaklaşıma sahip olan ve 6 resmî 37 gayri resmî dilde⁹⁴ tercüme edilmiş CISG'in hükümlerine ulaşmak ve uygulamak, hiç dilini bilmediği ve kaynaklarına ulaşmakta sıkıntı çekeceği ulusal bir hukuku uygulamaktan çok daha kolay olacaktır. Bu durum taraflar açısından ele alındığında ise, taraflardan birinin aşına olduğu ulusal hukukun uygulanmasındansa, beklenmedik bile olsa CISG'in uygulanmasının sözleşmenin tarafları için daha adaletli bir sonuç ortaya çıkaracaktır⁹⁵.

Viyana Satım Sözleşmesi'nin 1/1-a maddesinin uygulanamamasına rağmen tarafların iş yerlerinin farklı devletlerde olması hâlinde uyuşmazlığı çözecek olan mahkeme öncelikle yabancılık unsuru içermesinden dolayı uyuşmazlığı çözecek devletin kendi iç hukuk kuralları olan kanunlar ihtilafı kurallarını uygulayarak, uyuşmazlığın çözümü için hangi hukuku

⁹² Mistelis/Atamer, a.g.e, s.17; Tiryakioğlu, *Özel Hukuk Kuralları ile İlişkisi*, s.195.

⁹³ Schlechtriem/Butler, a.g.e, para.16, s.16.

⁹⁴ Buna ilişkin bkz. <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/text.html> (E.T: 30.06.2019)

⁹⁵ Schlechtriem/Butler, a.g.e, para.16 s.16.

uygulayacağına karar verir. Bu kuralların sonucunda uyuşmazlığı çözecek devlet mahkemesi ya tamamen ulusal bir hukuk uygulayabilir ya da tek tip kanunlar ihtilafı kuralları oluşturmak için kurulmuş uluslararası sözleşmelerin⁹⁶ benimsenmesi ile izlenecek hükümler sonucunda uyuşmazlığa çözüm bulabilir⁹⁷.

Uyuşmazlığı çözecek devletin âkit devlet olup olmamasının burada bir önemi yoktur. Örneğin CISG’e taraf olmayan Japonya ve İngiltere gibi devletlerin kanunlar ihtilafı kurallarını uygulayarak başka bir âkit devletin hukukuna atıf yapmaları mümkündür. Ancak bu hükmü uluslararası özel hukukun bir hükmü olarak değerlendirmemek gerekir. Zira uyuşmazlığı çözüme kavuşturacak devletin göndermede bulunduğu âkit devletin hukuku milletlerarası bir sözleşme olarak değil, o devletin iç maddi hukuku olarak uygulanacaktır⁹⁸.

CISG’in 1/1-b maddesinin uygulanması 95’inci madde uyarınca, bu maddeye çekince koymuş bir âkit devlette iş yeri bulunan taraf ile CISG’e âkit olmayan bir devlette iş yeri bulunan taraf arasında gerçekleştirilmiş taşınır mal satımına ilişkin sözleşmelerde özellikle anlam kazanacaktır⁹⁹. Böyle bir durumda, CISG’in 95’inci maddesinin geniş yorumlanarak,

⁹⁶5 Haziran 1955 Tarihli Uluslararası Satış Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuka Dair Sözleşme, 1980 Tarihli Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Sözleşmesi veya ileride uygulanacak AT düzenlemeleri.

⁹⁷ Schlechtriem/Schwenzer, Art.1, para. 37.

⁹⁸ Schlechtriem/ Butler, a.g.e, para. 17, s.16-17; Schlechtriem/ Schwenger, Art.1, para.37.

⁹⁹ Örneğin, Amerika Birleşik Devletleri CISG’in 95’inci maddesi uyarınca, bağlama kurallarının uygulama alanı bulmasına çekince koymuş bir âkit devlettir. İngiltere ise CISG’e taraf olmayan bir devlettir. Satıcının Boston’da, alıcının ise Brighton’da iş yerinin olduğu ve aralarında taşınır mal satımına ilişkin bir sözleşme yapıldığı bir durumu varsayacak olursak, bu takdirde CISG’in doğrudan uygulama alanı bulması, tarafların iş yerlerinin ikisinin de âkit devlet ülkelerinde olmamaları nedeniyle mümkün değildir. Yine Amerika mahkemelerinin uyuşmazlığı çözüme kavuşturacak devlet olması durumunda da CISG’in hükümlerinin uyuşmazlığın çözümüne uygulanması

CISG'in 1/1-b maddesi ile kanunlar ihtilafı kurallarının uygulama alanı bulmasına çekince koyan bir âkit devletin hukukuna atıf yapılmasıyla engellenebileceğini ileri süren yazarlar mevcuttur¹⁰⁰. Doktrinde CISG'e âkit devletlere ilgili maddeye çekince koyma hakkının tanınması uygulamada farklılıklar yaratma potansiyelinden dolayı eleştirilmiştir¹⁰¹. Diğer bazı yazarlara göre ise, bu maddenin her durumda dar yorumlanmasının daha faydalı sonuçlar ortaya çıkaracağı ileri sürülmüştür¹⁰². Zira bu yazarlara göre, CISG milletlerarası taşınır mal satımında mevzuat bakımından farklı uygulamaları değil, yeknesaklaşmayı amaçlayan uluslararası bir Sözleşme'dir¹⁰³.

Uyuşmazlığı çözüme kavuşturacak devletin bir âkit devlet olması ve bu devletin yargıcının önüne gelen uyuşmazlığın konusunun CISG'in uygulama alanına girmesi hâlinde¹⁰⁴,

mümkün değildir, çünkü Amerika CISG'i yürürlüklerine sokmadan bununla ilgili olarak çekincelerini ileri sürerek CISG'in uygulama alanını bu şekilde daraltmışlardır.

¹⁰⁰ Schlechtriem/Schwenzer, Art.1, para. 36; Schlechtriem/ Butler, para. 17, s.16-17.

¹⁰¹ Honnold/Flechtner, Art.1, para. 46.1,47; Tiryakioğlu, *Özel Hukuk Kuralları ile İlişkisi*, s. 199.

¹⁰² Atamer, *Uluslararası Uygulama Alanı*, s.564; Tiryakioğlu, *Özel Hukuk Kuralları ile İlişkisi*, s. 199; Tiryakioğlu, *Milletlerarası Satım*, s.111-112.

¹⁰³ Örneğin bu konuda bazı yazarların görüşüne göre, madde 1/1-b'nin uygulanmasına 95'inci madde uyarınca çekince koyan devletin ancak bağlama kuralları neticesinde kendi mahkemelerinde bu çekince hakkını kullanabilmeleri mümkündür. Yani bu çekince sadece çekinceyi koyan devletin uyuşmazlığı çözüme ulaştıracak devlet olması ve kanunlar ihtilafı neticesinde kendi iç hukuklarına atfin olması hâlinde geçerlilik kazanacak, diğer devletlerde ise çekince koyan devletin hukukuna atıf yapıldığında CISG uygulanabilecektir. Atamer, *Uluslararası Uygulama Alanı*, s.564; Tiryakioğlu, *Özel Hukuk Kuralları ile İlişkisi*, s.199; Tiryakioğlu, *Milletlerarası Satım*, s.111-112.

¹⁰⁴ Türk hâkiminin böyle bir durumda karşılaşması halinde, MÖHUK 24'üncü maddesi uyarınca uygulanacak hukuku tespit ederken, CISG'e âkit devlet olarak CISG'in yer itibariyle uygulama alanına ilişkin hükümlerine dikkat etmesi gerekir.

sözleşmenin taraflarının iş yerlerinin âkit devletlerde olmamasına rağmen, yer itibariyle CISG’in 1/1-b maddesi uyarınca CISG’in dolaylı yoldan uygulama alanı bulup bulmadığının araştırılması gerekir.

III. Konu Bakımından Uygulama Alanı

A. Genel Olarak

Viyana Satım Sözleşmesi’nde mal satım sözleşmesi ile ilgili tanımlama yapılırken ne “mal” ne de “satım sözleşmesinin” neyi ifade ettiğine dair net bir açıklamaya yer verilmemiştir¹⁰⁵. Bunun nedeni ise, uluslararası alanda satım sözleşmesinin tanımına ilişkin para karşılığında taşınır malların mülkiyetinin satıcıdan alıcıya geçirilmesi olarak genel bir algının bulunmasından kaynaklanmaktadır¹⁰⁶. Zaten CISG’in genel itibariyle yorumlanmasından da bu tanım rahatlıkla çıkarılabilir. Zira CISG’in 30’uncu maddesine göre satıcının sözleşmedeki aslî ediminin taşınır malı teslim ederek mülkiyeti alıcıya geçirme ve sözleşme konusu mallara ilişkin belgeleri alıcıya teslim etmesinden; 53’üncü maddesinde ise alıcının sözleşme bedelini ödeme ve 60’ncı maddedeki malı teslim alma borcundan bahsedilerek sözleşmenin temel unsurları belirtilmektedir¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Kıt’a Avrupası hukuk sistemine ait çoğu devlette de bu tanımlar mevzuatta mevcut değildir. Ancak Anglosakson hukuk sistemini uygulayan CISG’e âkit devletlerden Amerika Birleşik Devletleri’nin 50 eyaletinin ticaret alanında aynı mevzuatı takip etmesi için öngörülen UCC bölüm 2-105’de “mal” tanımı açıkça yapılmıştır. Richards, Bradley J., *Contracts for the International Sale of Goods: Applicability of the United Nations Convention*, Iowa Law Review, 1983, N. 69, s.a 209-240, s. 227-228; Del Ducca, Louis F./ Del Ducca, Patrick, *Practice Under the Convention on International Sale of Goods (CISG), A Primer for Attorneys and International Traders*, Part I, Uniform Commercial Code Law Journal, Vol.27, Y.1995, s.347.

¹⁰⁶Del Ducca, Louis F./Del Ducca, Patrick, a.g.e, s.347; Schlechtriem/Schwenzer, Art.1, para.12; Zeytin, a.g.e, s.55.

¹⁰⁷ Atamer, *Satıcının Yükümlülükleri*, s.33,35; Kaya, a.g.e, s.34; Tarman, a.g.e s.43; Develioğlu, Hüseyin Murat, *CISG’nin Sözleşmelerin Konusu ve Niteliği Bakımından Uygulama Alanı*, Galatasaray Üniversitesi Hukuk

Viyana Satım Sözleşmesi'nde kavramlarla ilgili olarak açık tanımlara yer verilmemesi bazen yorum farklılıkları¹⁰⁸ nedeniyle uyuşmazlığın çözümü kapsamında CISG'in uygulama alanı bulup bulmadığı konusunda sorunlara yol açmaktadır. Örneğin bazı yabancı mahkemeler dağıtım sözleşmesinin satım sözleşmesi kapsamında değerlendirilemeyeceğine ilişkin kararlar vermişken, bir başka mahkemenin ise bireysel satım yapan dağıtım sözleşmelerinin satım sözleşmesi olarak kabul edilebileceğine dair kararı¹⁰⁹ mevcuttur. CISG'teki bu yorum farklılığının nedeni ise, CISG'in mal kavramını tanımlamadan sadece CISG kapsamında mal sayılmayan maddeleri belirtmesinden kaynaklanmaktadır¹¹⁰.

Viyana Satım Sözleşmesi taşınır mal satımından farklı görünüme sahip satım sözleşmelerine de uygulanabilmektedir. Bunların bazılarını CISG'in kendi metninden de tespit etmek mümkündür. Örneğin, art arda teslimli satım sözleşmesi¹¹¹, numune ve deneme üzerine satım sözleşmesi¹¹², gönderme borcu içeren satım sözleşmesi¹¹³, dropshipping¹¹⁴, alıcının tahsis kaydıyla satım sözleşmesi¹¹⁵ ve CISG'in 33 ve 49'uncu maddelerinde yer alan kesin vadeli

Fakültesi Dergisi, 2013/1, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Anlaşması'nın (CISG) Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Değerlendirilmesi Sempozyumu Özel Sayısı, s.a. 53-73, s. 53; Schlechtriem/Schwenzer, Art.1, para.13 vd.; Staudinger/Magnus, Art.1, para.13; Zeytin, a.g.e, s.56.

¹⁰⁸ Richards, a.g.e, s.227-228.

¹⁰⁹ Daha detaylı bilgi için bkz. Richards, a.g.e, s.227-228.

¹¹⁰ Richards, a.g.e, s.227-228.

¹¹¹ CISG m.73/1.

¹¹² CISG m.35/2.

¹¹³ CISG m.31.

¹¹⁴ Türkçeye stoksuz satış olarak çevrilmekte olan dropshipping, satıcının stok ve alıcıya teslim masrafları olmaksızın tedarikçi firmaya müşteri akımını kendi iş sahasından sağlamasıyla malı tedarikçinin deposundan alıcıya teslim ettirdiği düşük sermayeli bir iş modelidir.

¹¹⁵ CISG m.65.

satım sözleşmeleri CISG kapsamında değerlendirilen satım sözleşmelerindendir¹¹⁶. Bununla birlikte ön alım, alım ve geri alım hakları üzerine kurulmuş satım sözleşmelerinde de CISG'in uygulama alanına sahip olduğu kabul edilmektedir¹¹⁷.

CISG'in konu bakımından uygulama alanını düzenleyen 2, 3, 4, 5 ve 6'ncı maddeleri ile bazı mallar CISG'in kapsamı dışında bırakılırken, yukarıda da bahsi geçen diğer bazı hükümler ile de CISG'in uygulama alanı genişletilmiştir.

B. Mal Kavramı

Viyana Satım Sözleşmesi'nin 2'nci maddesinde her ne kadar CISG'in uygulama alanına girmeyen malların neler olduğu belirtilmiş olsa da¹¹⁸ genel itibariyle CISG'ten mal kavramına dair bir tanım elde etmenin zor olduğunu yukarıda da ifade etmiştik¹¹⁹. CISG'in orijinal metninde sözleşmenin konusunu oluşturan mal kavramı “good” olarak belirtilmektedir. Buradaki “good” hem mal hem de eşya kavramlarını içermektedir¹²⁰.

¹¹⁶ Zeytin/Okur, a.g.e, s.51; Zeytin, a.g.e, s.61.

¹¹⁷ Atamer, *Satıcının Yükümlülükleri*, s.38; Schlechtriem/ Schwenger, Art.1, para.21; Staudinger/Magnus, Art.1, para.41; Zeytin/Okur, a.g.e, s.52; Zeytin, a.g.e, s. 61.

¹¹⁸ Bridge, Michael, *International Sale of Goods*, Law and Practice, Second Edition, Oxford University Press, United States, 2007, para. 11.18, s.519; Del Ducca, Louis F./ Del Ducca, Patrick, a.g.e, s.347; Develioğlu, a.g.e, s.54; Fawcett/Harris/Bridge, a.g.e, para.16.84, s.953; Huber/Mullis, a.g.e, s.49; Poikela, Teija, *Conformity of Goods in the 1980 United Nations Convention of Contracts for the International Sale of Goods*, Nordic Journal of Commercial Law Issue, 2003/1, s.12 Tarman, a.g.e, s.37.

¹¹⁹ Tarman, a.g.e, s.36; Zeytin/Okur, a.g.e, s.47.

¹²⁰ Zeytin/Okur, a.g.e, s.46; Fransızca metne bakıldığında ise mal kavramı için “marchandise” kelimesi kullanılmıştır. Bu kelimenin anlamı ise, eşya, ürün, fikri eser gibi kavramlardan oluşmaktadır. Farklı hukuk sistemlerinin sahip olduğu hukuk terminolojisindeki farklılıklar nedeniyle Sözleşme'deki “goods” kelimesi, hem eşyayı hem de mal kavramlarını temsil etmektedir. Kaplan, Yavuz, *1980 tarihli Birleşmiş Milletler Viyana*

Satım sözleşmesinin konusunu hem taşınır hem de taşınmaz mallar oluşturabilir. Hatta satım sözleşmelerinde maddi veya gayri maddi mal ayrımı yapılmaz¹²¹. Bu bakımdan alıcının para karşılığında ekonomik değeri olan maddi veya gayri maddi malların hepsini satım sözleşmesinin konusu yapabilmesi mümkündür¹²². CISG taşınır ve taşınmaz satım sözleşmeleri ayrımında ise yalnızca konusu taşınır mal satımı olan sözleşmelerde uygulama alanı bulurken, maddi ve gayri maddi mal ayrımında daha belirsiz bir tutum sergileyerek çoğunlukla maddi mallar için uygulanmaktadır. CISG'in uygulanabilmesi için malın taşınır olması şartı sözleşmenin kurulması aşamasında değil, teslim anında önem arz eder¹²³. Bazı durumlarda CISG'in geniş yorumlanması ile “software” gibi mallar da¹²⁴ satım sözleşmelerine konu olabilmektedir¹²⁵. CISG'in uygulama alanını kısıtlayan 2'nci maddenin bir istisna olması ve istisnaların da dar yorumlanması ilkesinden hareketle 2'nci maddeyi dar yorumlayıp mal

Sözleşmesi Çerçevesinde İnternet Ortamında Bilgisayar Programı Satış Sözleşmesi, in: MHB, Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan, Y.22, S.2, İstanbul, 2002, s.a. 325-356, s.344.

¹²¹ Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Ankara, 2017, s.31-33; Örneğin, satıcı ile alıcı arasında LED lamba satımına ilişkin bir satım sözleşmesi gerçekleştirilebileceği gibi elektronik bir ortamda kullanılmak üzere hazırlanmış bir ses, görüntü ve benzeri şeylerin satımına ilişkin olarak da satım sözleşmesi gerçekleştirilebilir. Ancak cismani varlığı olmayan *software* dışındaki alacak hakkı, patent, marka, lisans hakları satım sözleşmesine konu olsalar da CISG bu tür konulara sahip satım sözleşmelerine uygulanamaz. Schlechtriem/Schwenzer, Art. 1, para.36; Zeytin, a.g.e, s.59.

¹²² Schlechtriem/Schwenzer, Art.1, para.7; Zeytin, a.g.e, s.56.

¹²³ Heiderhoff/ Atamer, a.g.e, s.32; Zeytin/Okur, a.g.e, s.47.

¹²⁴ Detaylı bilgi için bkz. Green, Sarah/Saidov, Djakhongir, *Software as Goods*, Journal of Business Law, March 2007, Published by Sweet&Maxwell, s.a 161-181, s.164-165.

¹²⁵ Staudinger/Magnus, Art.1, para. 41a; Schlechtriem/Butler, a.g.e, para.31-32, s.29-30; Toker, a.g.e, s.88-89; Zeytin/Okur, a.g.e, s.46; Zeytin, a.g.e, s.57.

kavramının geniş yorumlanmasında fayda bulunmaktadır¹²⁶. Dolayısıyla mal kavramı, cisim sahibi¹²⁷ taşınır mallara ek olarak nakledilmesi mümkün olan malları da ihtiva edecek şekilde tanımlanabilir¹²⁸.

Maddi mal varlığı olan malların ayrımında taşınmazların CISG kapsamında değerlendirilmemesi ve cismani varlığa sahip bir yerden başka bir yere nakledilmesi mümkün olan taşınır malların CISG'in uygulama alanı içerisinde bulunması hususunda hiçbir tartışma bulunmamaktadır. Ancak gayri maddi varlığı olan bilgisayar yazılımları (*software*) gibi malların CISG çerçevesinde mal olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği konusu doktrinde tartışmalı bir konudur¹²⁹. Çoğunluğun görüşüne göre eğer yazılım taşıyıcı disk veya hafıza çubuğu gibi taşınır mallara aktarılabiliriyorsa ve bu şekilde alıcıya teslim edilebiliyorsa, bu takdirde CISG'in dar yorumlanarak yazılımın CISG kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmektedirler¹³⁰. Ancak bu konuda CISG'in geniş yorumlanması gerektiğini düşünen yazarlar, malın maddi varlığının olup olmamasının bir öneminin bulunmadığını, nakledilebilir şeylerin de CISG kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini savunmaktadırlar¹³¹.

¹²⁶ Tarman, a.g.e, s.37.

¹²⁷ Cismani bir biçime sahip olmasa da maddi bir varlığı bulunan gaz CISG kapsamında değerlendirilmektedir. Bunu CISG'in uygulama alanını konu bakımından sınırlayan 2'nci maddesinin f bendinden anlamaktayız. Zira bu maddede elektrik enerjisinin satımı CISG kapsamı dışında bırakılarak, gaz satımına dair herhangi bir hükmün bulunmaması, gaz satımının CISG'in uygulama alanında olduğunu göstermektedir. Honnold/*Flechtner*, Art.2, para. s.55.

¹²⁸ Atamer, *Satıcının Yükümlülükleri*, s.44; Tarman, a.g.e, s.37.

¹²⁹ Çalışkan, a.g.e, s.134; Heiderhoff/ *Atamer*, a.g.e, s.32-33; Huber/Mullis, a.g.e, s.43; Tarman, a.g.e, s.38; Zeytin, a.g.e, s.57; Ayrıntılı bilgi için bkz. Kaplan, a.g.e, s.a. 325-356.

¹³⁰ Honnold/*Flechtner*, Art.2, para.56.4; Schlechtriem/Butler, a.g.e, para.32, s. 30; Schlechtriem/ Schwenzer, Art.1, para.36-38; Staudinger/Magnus, Art.1, para.44; Toker, a.g.e, s.89.

¹³¹ Kaplan, a.g.e, s.355; Zeytin, a.g.e, s. 57.

Teknolojinin gelişmesiyle birlikte son yıllarda bir yazılımın somut bir cisme aktarılması yerine alıcının yazılımı bilgisayarına indirmesi (*download*) yönteminin tercih edilmesi de doktrinde tartışılan başka bir husustur¹³². Kanımızca kişisel kullanım için tasarlanmamış bir bilgisayar programının bilgisayara indirilerek alıcıya teslim edilmiş olması durumunda CISG uygulama alanı bulacaktır. Zira alıcı programı bilgisayarına indirerek sabit diske kaydetmekte ve söz konusu programı dilediği zaman cismani bir varlığa sahip hafıza çubuğuna atma olanağına sahiptir¹³³. Bu hâliyle bilgisayar yazılımları diğer patent, alacak, marka ve lisans hakları gibi gayri maddi mallardan farklı olarak, alıcının programı *download* yoluyla da teslim alması önem arz etmeden taşınır satımına konu olması gerekmektedir¹³⁴. Zira CISG'in yeknesak bir satım sözleşmesi oluşturmayı amaçladığı göz önüne alındığında bu yönüyle gelişen teknoloji şartlarına da ayak uydurması gerekir¹³⁵. Satıcının yazılımın kullanılmasını değil mülkiyetin devrini öngören bir satım sözleşmesi yapma niyetiyle hareket etmesi sonucunda alıcının hâkimiyet alanına geçen bir yazılımın CISG kapsamında değerlendirilerek CISG hükümlerinin uygulanması uygun olacaktır¹³⁶.

¹³² Bridge, a.g.e, para.11.18, s.520; Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art.1, para.40; Lookofsky, Joseph, *In Dubio Pro Conventione? Some Thoughts About Opt-Outs, Computer Programs And Preemption Under The 1980 Vienna Sales Convention (CISG)*, Duke Journal of Comparative & International Law, Vol 13:258, Special Issue 2003, s.a. 264-289, s.275-276; Tarman, a.g.e, s.38; Zeytin, a.g.e, s. 57.

¹³³ Honsell, Heinrich, *Kommentar zum UN-Kaufrecht*, Springer, 2. Auflage, Berlin, 2009, Art.2, para.4; Kaplan, a.g.e, s.355; Siller, Christian, *Internationales UN-Kaufrecht, Das Recht in Fragen und Antworten sowie in Praxisfällen und Lösungen*, Europäischer Hochschulverlag, 1.Auflage, 2009, para.45, s.17-18.

¹³⁴ Kaplan, a.g.e, s.347,355,356; Tarman, a.g.e, s.39; Zeytin, a.g.e, s.58-89; Zeytin/Okur, a.g.e, s.49.

¹³⁵ Bridge, a.g.e, s.520, para. 11.18; Lookofsky, a.g.e, s.275.

¹³⁶ Heiderhoff/ Atamer, a.g.e, s.32-33; Huber/ Mullis, a.g.e, s.43; Lookofsky, a.g.e, s.279; Tarman, a.g.e, s.39.

Teknik bilgi ve tecrübelerin paylaşımını ifade eden *know-how* sözleşmeleri ise, aksi gayri maddi malların CISG kapsamında değerlendirilip değerlendirilmesi konusu altında tartışılabilir. *know-how* sözleşmesi CISG'in uygulama alanı kapsamında değildir¹³⁷. Zira burada her ne kadar mal kavramının geniş yorumlanması gerektiği savunulmuş olsa da teknik bilgi içeren gayri maddi mal satımını öngören *know-how* sözleşmeleri, bilgisayar program yazılımını içeren bir satım sözleşmesinden farklıdır. Zira taşınır bir ayağa aktararak kullanıma her zaman hazır hâle getirilebilen bir yazılım programından farklı olarak teknik bilginin bu şekilde taşınır mal satımına konu edilmesi mümkün değildir.

C. Satım Sözleşmesi Kavramı

Viyana Satım Sözleşmesi'nde satım sözleşmesinin tanımlanmamasına rağmen CISG'in 30'uncu ve 53'üncü maddeleri temel alınarak satım sözleşmesinin tanımının yapılabilmesi mümkündür¹³⁸. Satıcının yükümlülüğü malın sözleşmede kararlaştırıldığı şekilde ve bunlara ilişkin belgelerle birlikte alıcıya teslim edilerek mülkiyetinin devrini¹³⁹ sağlamak; alıcının yükümlülüğü ise, taraflar arasında kararlaştırılan sözleşmenin ve CISG'in öngördüğü hükümler gereğince satılan malın bedelini ödemek ve bu malı satıcıdan teslim almak olarak

¹³⁷ Ferrari, Franco, *Specific Topics of the Light of Judicial Application and Scholarly Writing*, 15 Journal of Law and Commerce, 1995, s.a. 1-126, s.66; Heiderhoff/Atamer, a.g.e, s.32; Honnold/Flechtner, Art.2, para.56; Aksi görüş için bkz. Staudinger/Magnus, Art.1, para.46, s.82.

¹³⁸ Atamer, *Satıcının Yükümlülükleri*, s.36; Fawcett/ Harris/Bridge, a.g.e, s.956, para.16.89; Heiderhoff/Atamer, a.g.e, s.26; Huber/Mullis, a.g.e, s.43.

¹³⁹ Eren, *Özel Hükümler*, s.59-61; Burada satıcının satılan malın mülkiyetin devrini sağlamak Sözleşme'nin 4/b maddesi ile sınırlandırılmıştır. Zira ilgili madde uyarınca, CISG taraflar arasında aksine bir hüküm belirlenmediği sürece sözleşmenin satılan malın mülkiyetinin üzerindeki olası etkileri düzenlememektedir. Fawcett/Harris/Bridge, a.g.e, para. 16.89, s.956.

belirtilmektedir¹⁴⁰. Dolayısıyla satıcının satılan ve satılan malla belgeleri de beraberinde alıcıya teslim ederek malın mülkiyetini alıcıya geçirdiği, alıcının da satıcıdan malı teslim alarak aralarında kararlaştırdıkları sözleşme bedelini, tarafların akdettiği sözleşme ve CISG hükümlerine uygun olarak ifa ettiği sözleşmelere satım sözleşmesi denmektedir.

Viyana Satım Sözleşmesi'nde satılan malın mülkiyetinin alıcıya ne zaman geçeceği, sözleşmenin şarta veya vadeye bağlanması sözleşmenin satım sözleşmesi niteliğini değiştirmemekte veya etkilememektedir¹⁴¹.

Çoğu zaman CISG kapsamındaki mal satım sözleşmelerini ayırt etmek kolay olsa da bazı sözleşme türlerine CISG'in uygulanıp uygulanamayacağı hususu üzerine tartışmalar bulunmaktadır¹⁴².

Viyana Satım Sözleşmesi'nde mal satım sözleşmesinin tanımına ilişkin bir hükme yer verilmemesine rağmen, CISG'in taşınmaz mallara, ön sözleşmelere ve çerçeve sözleşmelere, trampa sözleşmelerine uygulanamayacağı açıktır¹⁴³. Bu konu aşağıda detaylı olarak incelenecektir. Zira çerçeve sözleşmeler ileride yapılacak bir sözleşmeyi içeren¹⁴⁴ tamamlayıcı niteliğe sahip aslî edim yükümü içermeyen ve sözleşme yapma borcu doğurup doğurmayacağı

¹⁴⁰ Eren, *Özel Hükümler*, s.26; Yavuz, Cevdet, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, İstanbul, 2014, s.332-333;

¹⁴¹ Atamer, *Satıcının Yükümlülükleri*, s. 36-37; Schlechtriem/Schwenzer, Art.1, para.15; Zeytin, a.g.e, s. 60; Zeytin/Okur, a.g.e, s.51.

¹⁴² Çerçeve sözleşmeler için bkz. Atamer, *Satıcının Yükümlülükleri*, s.38; Bridge, a.g.e, s.521, para. 11.19; Fawcett/Harris/Bridge, a.g.e, s.959, para.16.95; Zeytin, a.g.e, s. 61; Ön sözleşme ile ilgili olarak bkz. Schlechtriem/Schwenzer, Art. 1, para.21; Zeytin, a.g.e, s. 61.

¹⁴³ Atamer, *Satıcının Yükümlülükleri*, s.37-38; Çalışkan, a.g.e, s.127; Develioğlu, a.g.m, s.54; Staudinger/Magnus, Art.1, para.53; Toker, a.g.e, s.77.

¹⁴⁴ Ayrancı, Hasan, *Ön Sözleşme*, Ankara 2006, s.110.

hususlu tartışmalı¹⁴⁵ olan sözleşmelerdir. Oysaki milletlerarası mal satım sözleşmesi CISG’te tarafların aslî edimleri, satıcı açısından malın mülkiyetinin devri, alıcı açısından ise satım sözleşmesi konusu malın bedelini alıcıya ödeme olarak açıkça belirtilmiştir. Ön sözleşmeler de asıl sözleşmenin hazırlık aşaması olan tamamlayıcı sözleşmelerden olduğu için, mal satım sözleşmesi kapsamında CISG’in uygulama alanına girmez¹⁴⁶.

6775 sayılı Finansal Kiralama Kanunu’nun 4’üncü maddesi uyarınca, finansal kiralama sözleşmeleri (*leasing*) kiralayanın, kiracının talebi ve seçimi üzerine üçüncü kişiden yatırım amaçlı satın aldığı veya başka bir amaçla temin ettiği bir malın zilyetliğini, her türlü faydayı elde etmek üzere ve belli bir süreliğine feshedilmemek koşulu ile kira bedeli karşılığında kiracıya bırakmasını öngören bir sözleşme olarak tanımlanmıştır. Finansal kiralama sözleşmelerinde mülkiyetten ziyade zilyetliğin devri esaslı unsur olduğundan, mal satım sözleşmelerinden bu yönüyle ayrılmaktadır¹⁴⁷.

Trampa sözleşmesi ise, taraflardan birinin diğer tarafa bir şeyin teslim ve mülkiyetini geçirmeyi, diğer tarafın ise başka bir şeyin teslim ve mülkiyetini diğer tarafa geçirmeyi taahhüt ettiği sözleşmelerdir¹⁴⁸. Trampa sözleşmesinde satıcı açısından aslî edimin hemen hemen mal satım sözleşmesiyle benzerlik göstermesine rağmen, alıcı bakımından aslî edim satıcıya

¹⁴⁵ Çerçeve sözleşmenin münferit sözleşme yapma borcu doğurmayacağını ileri süren yazarlar bkz. Ayrancı, a.g.e, s.107; Atamer, Yeşim, *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi*, İstanbul, 2001, s.96; Barlas, Nami, *Çerçeve Sözleşme Kavramı ve Çerçeve Sözleşmelerin Özellikleri*, in: *Makalelerim*, C.1, İstanbul, 2008, s.a.89-111, s.97. Çerçeve sözleşmenin münferit sözleşme yapma borcu doğurduğunu ileri süren yazarlar için bkz. İşgüzar, Hasan, *Tek Satıcılık Sözleşmesi*, Ankara 1989, s.33; Eren, *Özel Hükümler*, s.957.

¹⁴⁶ Ayrancı, a.g.e, s.50; Eren, *Genel Hükümler*, s.328.

¹⁴⁷ Develioğlu, a.g.e, s.54; Huber/Mullis, a.g.e, s.48; Zeytin, a.g.e, s.65; Schlechtriem/Schwenzer, Art.1, para.16.

¹⁴⁸ Yavuz, C., *Özel Hükümler*, s.343.

sözleşme konusu mal için sözleşme bedelini ödemek yerine bir başka malın mülkiyetinin devrini gerçekleştirmektedir. Ancak yukarıda da belirtildiği üzere, mal satım sözleşmelerinde alıcının satım bedelini ödemesi 34'üncü madde gereğince aslî edim borcu olduğundan, çoğu ulusal hukuk düzeninde trampanın satım sözleşmesi hükümlerine tabi tutulmasına rağmen bu yönüyle CISG kapsamında satım sözleşmelerinden ayrılmaktadır¹⁴⁹.

D. Sözleşme'nin 2'nci Maddesi Uyarınca Sözleşme'nin Uygulanamayacağı Satım Sözleşmeleri

Viyana Satım Sözleşmesi'nde hangi tür satımların CISG'in uygulama alanının kapsamında değerlendirileceğine ilişkin hükümler yerine CISG kapsamında değerlendirilmeyecek satım sözleşmelerine CISG'in 2'nci maddesinde açık olarak yer verilmiştir¹⁵⁰. Bu anlamda mahkemelerin istisna madde olan 2'nci maddedeki olumsuz uygulanabilirlik koşullarının tespitini yaparak uyumsuzluğun CISG kapsamında olup olmadığına karar vermesi gerekir¹⁵¹.

CISG'in 2'nci maddesi, istisnaî bir hüküm olduğu göz önüne alındığında maddenin dar yorumlanması gerekmektedir¹⁵². Ayrıca CISG'in selef Sözleşmesi niteliğinde olan 1964 yılı tarihli Lahey Antlaşmalarının uygulama alanı bakımından getirdiği istisnalara ek olarak

¹⁴⁹ Atamer, *Satıcının Yükümlülükleri*, s.38; Heiderhoff/Atamer, a.g.e, s. 31; Schlechtriem, Peter, *Requirements of Application and Sphere of Applicability of the CISG*, Victoria University of Wellington Law Review, 2005/4, s. 787; Aksi görüş için bkz. Toker, a.g.e, s.77.

¹⁵⁰ Bridge, a.g.e, s.517, para. 11.16; Honsell, Art.2, para.1.

¹⁵¹ Ferrari, Franco, *Contracts for the International Sale of Goods- Applicability and Applications of the 1980 United Nations Sales Convention*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2012, s.129.

¹⁵² Zeytin/Okur, a.g.e, s.53; Tarman, a.g.e, s.39.

özellikle açık artırma yoluyla yapılan satım sözleşmelerine getirilen sınırlamayla satım sözleşmelerinin uygulama alanını daha da daraltılmıştır¹⁵³.

Viyana Satım Sözleşmesi'nin 2'nci maddesinde CISG'in uygulanması, satım türleri ve satım konusu olarak ikili bir ayrıma tabi tutularak sınırlandırılmıştır¹⁵⁴. Satım türleri bakımından kişisel, ailesel ve eve ilişkin kullanımlar için yapılan tüketici sözleşmeleri, açık artırma veya cebri icra yoluyla kurulan satım sözleşmeleri; satım konusu bakımından ise, menkul kıymet, kambiyo senedi, para, gemi, tekne, hava yastıklı taşıt, hava taşıtı ve elektrik enerjisi satımını konu edinen sözleşmelerde CISG hükümleri uygulama alanı bulmayacaktır. Bunlara ilişkin kısa açıklamalar aşağıda yapılacaktır.

1. Satım Sözleşmesinin Niteliği ve Kuruluş Biçimi İtibariyle Sözleşme Kapsamında Değerlendirilmeyen Sözleşmeler

a. Tüketici Sözleşmeleri

Viyana Satım Sözleşmesi'nin 1/3'üncü maddesi uyarınca, tarafların tacir olup olmaması dikkate alınmaksızın milletlerarası mal satım sözleşmelerinde CISG'in uygulama alanı bulacağının belirtilmesine rağmen CISG'in 2'nci maddesinin (a) bendi uyarınca kişisel, ailesel ve eve ilişkin kullanımlar için yapılan satımlar CISG kapsamı dışında bırakılmıştır¹⁵⁵. Yani her

¹⁵³ Ferrari, *Why One Has to Look Beyond the CISG*, s.322; Ferrari, *Contracts for the International Sale of Goods*, s.131.

¹⁵⁴ Bazı yazarlara göre, Viyana Satım Sözleşmesi'nin uygulanmasındaki istisnaların ayrımı, malın iktisap edilmesindeki amaç, satım sözleşmesinin tipi, malların çeşidi olmak üzere üçlü bir ayrım ile da incelenebilir. Daha detaylı bilgi için bkz. Ferrari, Franco, *What Sources of Law for Contracts for the International Sale of Goods? - Why One Has to Look Beyond the CISG?*, *International Review of Law and Economics* 25, 2005, s.a 314-334, s 323.

¹⁵⁵ Atamer, *Satıcının Yükümlülükleri*, s.40; Atamer, *Uygulama Alanı*, s.555; Develioğlu, a.g.m, s.66;

ne kadar tarafların tacir olma gerekliliği CISG'in uygulanması için CISG'te aranmasa da CISG'in konu itibariyle uygulandığı satım sözleşmeleri genellikle tarafların ağırlıkta tacir olduğu sözleşmelerdir.

Tüketici sözleşmelerinin CISG'in uygulama alanına dışında tutulmasının en büyük nedenlerinden biri, tüketici satımlarında çoğu âkit devletin iç hukukunda tüketicinin zayıf taraf olması nedeniyle tüketiciyi korumaya yönelik emredici hükümlerin yer alması ve bu hükümler arasında yeknesak bir mevzuat oluşturulmasının zorluğudur¹⁵⁶. Ayrıca âkit devletlerin iç hukuklarında tüketiciyi korumaya ilişkin farklı emredici hükümlerin bulunmasından dolayı bu hükümler arasında çıkabilecek çatışmanın yanı sıra CISG'in hazırlanması aşamasında da böyle bir hükmün CISG'te yer almasının daha sonradan CISG'i imzalamayacak devletlerin ilgili hükümden çekinecekleri düşüncesi de tüketici sözleşmelerinin CISG'in haricinde bırakılmasında etkisi vardır¹⁵⁷.

Tüketici sözleşmelerinin CISG'in kapsamı dışında bırakılmasına rağmen, satım sözleşmenin kuruluş veya kurulmasından önce malların alıcı tarafından tüketim ihtiyacı için satın alındığını satıcının bilmemesi ya da bilmek gerekliliği olmaması durumunda CISG

Heiderhoff/Atamer, a.g.e, s.26; Staudinger/Magnus, Art.2, para.11; Tiryakioğlu, *Özel Hukuk Kuralları ile İlişkisi*, s.200; Toker, a.g.e, s.79. Ancak, mallar ticari bir amaç için bir tacir olmayan bir birey tarafından satın alınmışsa, satım CISG'e tâbi olacaktır. Örneğin, işinde kullanmak için profesyonel bir fotoğrafçı tarafından bir fotoğraf makinesinin satın alınması Sözleşme kapsamında değerlendirilecektir.

<https://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/secomm/secomm-02.html> (E.T: 13.06.2019)

¹⁵⁶ Atamer, *Satıcının Yükümlülükleri*, s.40; Çalışkan, a.g.e, s.127; Siller, a.g.e, para.36, s.13;

Schlechtriem/Schwenzer, Art.2, para.16; Tarman, a.g.e, s.46; Tiryakioğlu, *Özel Hukuk Kuralları ile İlişkisi*, s.201; Toker, a.g.e, s.79 vd.; Zeytin, a.g.e, 63-64; Zeytin/Okur, a.g.e, s.55.

¹⁵⁷ Erdem, Ercüment, *Viyana Satım Antlaşması'na Genel Bakış ve Maddi Uygulama Alanı*, in *Milletlerarası Ticaret Hukuku ile ilgili Makaleler (2007-2016)*, İstanbul, 2017, s.263; Ferrari, *Why One Has to Look Beyond the CISG?*, s.322-323; Schlechtriem/Butler, a.g.e, para. 29b, s. 28.

hükümleri iyiniyetli satıcının iradesini korumak amacıyla uygulanacaktır¹⁵⁸. Diğer bir ifadeyle, alıcı sözleşme konusu malı tüketici sözleşmesi kapsamına girecek bir amaç için satın almışsa ve satıcının bu durumu sözleşmenin kurulması veya kurulmasından önce bilmemesi ya da bilme zorunluluğu altında değilse, satıcı açısından sözleşmenin milletlerarası mal satım sözleşmesi olarak kurulmasından dolayı, CISG hükümleri uygulama alanı bulabilecektir¹⁵⁹. O hâlde alıcının satılan malı elde etmesindeki kişisel, ailesel veya eve ilişkin satın alma amacını satıcının sözleşmenin kurulmasından sonra öğrenmesi CISG'in uygulama alanını etkilemez¹⁶⁰. Yine bu hükmün bir başka bakış açısıyla ele alınırsa tarafların aynı anda tüketici sıfatını haiz olup alıcının satım konusu malı kişisel, ailesel veya eve ilişkin kullanım amacıyla iktisap etmiş olmasına rağmen, bu durumu satıcının bilmemesi veya bilebilecek konumda olmaması durumunda da CISG hükümleri uygulanacaktır¹⁶¹. Zira tarafların tacir olma zorunlulukları bulunmadığından tüketici-tüketici arasında gerçekleştirilmiş bir alım satım ilişkisi de CISG kapsamındadır. Ancak bunun ispat yükü, sözleşmenin mal satımı sözleşmesi niyetiyle kurulduğunu ve alıcının malı kişisel kullanımına yönelik amaçla satın aldığını sözleşme

¹⁵⁸ Atamer, *Satıcının Yükümlülükleri*, s.40-41; Erdem, *Maddi Uygulama Alanı*, s.264; Fawcett/Harris/Bridge, a.g.e, para.16.85, s.951-952; Ferrari, *Why One Has to Look Beyond the CISG?*, s.323; Honsell, Art.2, para. 13-14; Siller, a.g.e, para. 37-38, s.14; Tarman, a.g.e, s.47; Toker, a.g.e, s.82-83; Zeytin/*Okur*, a.g.e, s.55; Zeytin, a.g.e, s.64; Bkz. Alman Temyiz Mahkemesi'nin bu konuda vermiş olduğu bir karar

<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/011031g1.html> (E.T: 22.02.2019).

¹⁵⁹ Fawcett/Harris/Bridge, a.g.e, s.952, para. 16.85.

¹⁶⁰ Ferrari, *Why One Has to Look Beyond the CISG?*, s.323; Tiryakioğlu, *Milletlerarası Satım*, s.113.

¹⁶¹ Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art.2, para.8; Tarman, a.g.e, s.47

kurulurken bilmediğini veya bilmesi beklenmeyecek konumda olduğunu iddia eden satıcıda olacaktır¹⁶².

b. Açık Artırma Yoluyla Yapılan Satımlar

Viyana Satım Sözleşmesi'nin hazırlanması aşamasında açık artırma yoluyla yapılan satımların genelde yerel hukuk kurallarıyla gerçekleştirilmesi ve ülkelerin çoğunda bu hususta emredici hükümlerin bulunması nedeniyle açık artırma yoluyla yapılan satımlar CISG kapsamı dışında tutulmuştur¹⁶³. Bu istisnanın yukarıda belirtildiği üzere CISG'in selefleri niteliğinde olan 1964 tarihli Lahey Antlaşmalarında bulunmaması nedeniyle bazı yazarlarca bu istisna CISG'in yenilikçi karakterlerinden biri olarak yorumlanmaktadır¹⁶⁴.

Doktrinde bu bent için iki ayrı görüş bulunmaktadır. Bunlardan ilki, açık artırma usulü ile yapılan bir satımda alıcı olmaya talip olan birden fazla kişinin fiyat teklifinde bulunmasından sonra alıcı olmaya hak kazanan teklif sahibinin kim olacağı önceden öngörülemediğinden CISG'in uygulanabilirliğinin belirsiz olacağı savunulmaktadır¹⁶⁵. Bu görüşteki yazarlara göre,

¹⁶² Ferrari, *Specific Topics*, s.18; Zeytin/Okur, a.g.e, s.56; Zeytin, a.g.e, s.64; Alıcı satım konusu malı kişisel, ailesel veya ev ihtiyaçları için almadığını, satıcı ise bunu bilmediğini ve bilmesinin mümkün olmadığını ispatlamakla yükümlüdür. Honnold/Flechtner, a.g.e, s.48; Alıcının satım konusu malı kişisel, ailesel veya eve ilişkin kullanım için alması sadece alıcı tarafından bilinebilecek bir gerçektir. Dolayısıyla ispat yükü alıcıdadır. Atamer, *Uygulama Alanı*, s.555; CISG'te ispat yüküne ilişkin net bir hüküm bulunmadığından buna ilişkin uyumsuzluklarda CISG değil yetkili devlet hukuku kuralları uygulanır. Toker, a.g.e, s.86.

¹⁶³ Çalışkan, a.g.e, s.128; Heiderhoff/Atamer, a.g.e, s.26; Honnold/Flechtner, Art.2, para.51; Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art.2, para.27; Siller, a.g.e, para.39, s.15; Toker, a.g.e, 86-87.

¹⁶⁴ Ferrari, *Why One Has to Look Beyond the CISG?*, s.322; Daha detaylı için bilgi için bkz. Carbone, Sergio M./Lopez de Gonzalo, *Commento all'art. 2 della Convenzione di Vienna, Nuove Leggi Civ. Commentate* 6,7 (1989), Ferrari, *Why One Has to Look Beyond the CISG?* dn.65'den naklen.

¹⁶⁵ Siller, a.g.e, para.39, s.15; Tiryakioğlu, *Özel Hukuk Kuralları ile İlişkisi*, s.201; Tiryakioğlu, *Milletlerarası Satım*, s.113; Toker, a.g.e, s.87.

mal satım sözleşmelerini genel çerçeve içinde düzenleyen CISG’te böyle bir belirsizliğin taraflar açısından hukuken sağlıklı sonuçlar vermeyeceğinden bu tür satımların CISG kapsamında tutulmaması isabetli olmuştur¹⁶⁶. Diğer bir yandan, bazı yazarlar, elektronik yolla gerçekleştirilen satımlarda bu açık artırmaların yerel değil de milletlerarası alanda uygulama alanı bulması hâlinde CISG’in uygulanması gerektiğini ileri sürmektedirler¹⁶⁷.

Açık artırma yoluyla yapılan milletlerarası mal satım sözleşmelerinin CISG kapsamı dışında tutulması, icap ve kabullerin çok hızlı gerçekleşmesi sebebiyle açık artırma yoluyla yapılan satım sözleşmelerinden ayrılan emtia borsasındaki satımların da CISG’in uygulama alanından dışlandığı anlamına gelmez¹⁶⁸.

İnternet üzerinden gerçekleştirilen açık artırma yoluyla yapılan satım sözleşmelerinin CISG’in 2’nci maddesinin (b) bendi kapsamında olup olmadığı konusu ise yukarıda belirtildiği gibi doktrinde tartışmalıdır¹⁶⁹.

c. Cebri İcra Yoluyla Yapılan Satımlar

Viyana Satım Sözleşmesi’nin 2’nci maddesinin (c) bendi uyarınca, cebri icra veya kanundan doğan bir zorunluluk neticesinde gerçekleştirilen satımlar CISG’in kapsamı dışında

¹⁶⁶ Honnold/*Flechtner*, a.g.e, s.48; Lichtsteiner, Rene A., *Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises: présentation et comparaison avec le droit suisse*, Les contrats de vente internationale de marchandises, édité par François Dessemontet, Lausanne, 1991, s. 186, Develioğlu dn. 15’ten naklen.

¹⁶⁷ Schlechtriem, *Requirements of Application*, s. 786-787; Aksi görüş için bkz. Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art.2, para.31-32.

¹⁶⁸ Kantor, Mark, *The Convention on Contracts for the International Sales of Goods: An International Sales Law*, Int’l L. Practicum 10, N.Y.S. Bar Association, Autumn 1988, s.10; Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art.2, para.28.

¹⁶⁹ Özellikle eBay gibi internet üzerinden açık artırma yoluyla yapılan satım sözleşmelerinin CISG’in dâhilinde olup olmadığına ilişkin detaylı bilgi için bkz. Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art.2, para.31.

bırakılmıştır. Bunun nedeni ise, cebri icra yoluyla mal satımı yapılırken sözleşmenin kurulması sırasında satıcının serbest iradesinden yerel hukukun öngördüğü emredici hukuk kuralları nedeniyle söz edilmesinin pek mümkün olmamasıdır¹⁷⁰.

Viyana Satım Sözleşmesi'nin taraf iradesindeki özerkliğe verdiği önem dikkate alındığında cebri icra yoluyla yapılan satımların CISG dışında bırakılması da yerinde bir hüküm olmuştur. Diğer bir yandan cebri icradan kaynaklanan satım sözleşmelerinde, kamu menfaatinin daha çok ön planda olması sebebiyle cebri icraya ilişkin konuların yerel hukukun düzenleme yetkisinde kalmasında fayda vardır¹⁷¹.

2. Satım Konusu Mal Nedeniyle Sözleşme Kapsamında Değerlendirilmeyen Sözleşmeler

a. Menkul Kıymet, Kambiyo Senedi ve Para Satımı

Menkul kıymet, kambiyo senedi ve para satımları da devletlerin iç hukuklarında genellikle devletlerin kendine münhasır emredici hukuk kurallarıyla düzenlenmesi ve bazı devletlerce belirtilen bu satım konusu malların mal olarak değerlendirilmemesi nedeniyle CISG'in 2'nci maddesinin (d) bendinde bu mallar CISG kapsamına dâhil edilmemiştir¹⁷². Bu madde CISG'in selefi niteliğinde olan ULIS'in 5'inci maddesinin 1'inci fıkrasının (a) bendiyle

¹⁷⁰ Çalışkan, a.g.e, s.128; Develioğlu, a.g.e, s.57; Erdem, *Maddi Uygulama Alanı*, s.266; Heiderhoff/Atamer, a.g.e, s.27; Honnold/Flechtner, Art.2, para.52; Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art.2, para. 33; Tarman, a.g.e, s.46; Toker, a.g.e, s.48; Zeytin, a.g.e, s.65; Zeytin/Okur, a.g.e, s.56.

¹⁷¹ Tarman, a.g.e, s.46.

¹⁷² Atamer, *Satıcının Yükümlülükleri*, s.45; Çalışkan, a.g.e, s.135; Develioğlu, a.g.e, s.57; Erdem *Maddi Uygulama Alanı*, s.266; Ferrari, *Why One Has to Look Beyond the CISG?*, s.323-324; Ferrari, Franco/ Kieninger, Eva-Maria/Mankowski, Peter, *Internationales Vertragsrecht*, 3.Auflage, Beck Verlag, München 2018, *CISG*, Art.2, para.2; Tarman, a.g.e, s.39; Toker, a.g.e, s.91; Zeytin/Okur, a.g.e, s.53.

tamamen aynıdır¹⁷³. Bu maddedeki istisna CISG'in hakların satımına değil de sadece mal satımlarına uygulanabileceğini vurgulayan açıklayıcı bir karaktere sahiptir¹⁷⁴.

Bir hakkı temsilen verilen senet niteliğindeki kıymetli evraklar kendilerine sıkı sıkıya bağlı hakları içerir. Bu sebeple CISG hükümleri çek, bono ve poliçe gibi kıymetli evraklara uygulanmaz¹⁷⁵. Ancak mukabil, konşimento veya emtia senedi gibi bir malı temsil etmeyi içeren senetlerin CISG'in uygulama alanındadır¹⁷⁶.

Viyana Satım Sözleşmesi'nde ifade edilen para kavramı ise, tedavüldeki kâğıt ve madeni paralardır¹⁷⁷. O hâlde tedavülde olmayan paraya ilişkin kurulacak milletlerarası satıma ilişkin bir sözleşmede CISG hükümleri uygulama alanı bulacaktır¹⁷⁸. *Bitcoin* gibi dijital paraların milletlerarası satımı konusunda ise böyle bir işlemin CISG'in 1'inci maddesi kapsamında mal olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğinin tartışmalı olmasıyla birlikte, özel bir kuruluş tarafından basılan bir paranın varlığında CISG'in uygulanması gerektiğini belirtmektedir¹⁷⁹.

¹⁷³ Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art.2, para.36; Staudinger/Magnus, Art.2, para.3.

¹⁷⁴ Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art.2, para.36

¹⁷⁵ Honsell, Art.2, para.17; Zeytin/Okur, a.g.e, s.53.

¹⁷⁶ Atamer, *Satıcının Yükümlülükleri*, s.45; Çalışkan, a.g.e, s.261-272; Develioğlu, a.g.e, s.57; Tarman, a.g.e, s.40; Zeytin/Okur, a.g.e, s.54; Zeytin, a.g.e, s.62.

¹⁷⁷ Ferrari/Kieninger/Mankowski, *CISG*, Art.2, para.10; Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art. 2, para.40; Tarman, a.g.e, s.40.

¹⁷⁸ Tarman, a.g.e, s. 40; Toker, a.g.e, s.91; Tedavülü olmayan ve yalnızca tarihi ve sanatsal değeri bulunan bir ticari senedin ise taşınır olarak kabul edilerek satımına ilişkin sözleşmelerin CISG kapsamında olması gerekli olduğuna ilişkin görüşler için bkz. Çalışkan, a.g.e, s. 135; Develioğlu, a.g.e, s.57; Toker, a.g.e, s.91.

¹⁷⁹ Honnold/Flechtner, Art. 2, para. 53; Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art.2, para.40.

b. Gemi, Tekne, Hava Yastıklı Taşıt ve Hava Taşıtı Satımı

Bazı devletlerin iç hukukunda gemi, tekne, hava yastıklı taşıt veya hava taşıtlarının tescil edilememesinden dolayı CISG’te bu tür mallara ilişkin satımlarda CISG hükümlerinin uygulanamayacağına karar verilmiştir¹⁸⁰. Ayrıca bu malların taşınır veya taşınmaz olarak nitelendirilmeleri devletten devlete değişkenlik göstermesi de bu malların CISG’in uygulama alanı dışında bırakılmasındaki başka bir nedendir¹⁸¹.

Doktrinde bu taşıtların büyük veya küçük olması¹⁸², su ve hava taşıtlarının sportif ve eğlence amaçla kullanılmak üzere satın alınması¹⁸³ hâlinde bu istisna hükmünün uygulanıp uygulanamayacağı konuları tartışmalıdır. Ancak bu araçlara ait yedek parçalar bu taşıtlardan bağımsız maddi mallar olduğu için bunların satımlarını içeren bir milletlerarası mal satımı sözleşmesi şüphesiz CISG kapsamında değerlendirilecektir¹⁸⁴.

c. Elektrik Satımı

Hukuki niteliği tartışmalı olan elektriğin gayri maddi veya maddi mal ayrımında bir görüş birliğinin bulunmaması nedeniyle CISG’in 2’nci maddesinin (f) bendinde elektrik

¹⁸⁰ Atamer, *Satıcının Yükümlülükleri*, s.45; Çalışkan, a.g.e, s.134-135; Develioğlu, a.g.e, s.57-58;

Honnold/Flechtner, Art.2, para.54; Honsell, Art.2, para. 19; Schlechtriem/Schwenzer, Art.2, para.27; Tarman, a.g.e, s.40; Zeytin/Okur, a.g.e, s.54; Winship, a.g.e, s.a. 1-50; Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art.2, para.41; Örneğin Türk hukukunda üç tür gemi sicili bulunmaktadır: Milli Gemi Sicili, İnşa Halindeki Gemilere Özgü Sicil ve son olarak Türk Uluslararası Gemi Sicili.

¹⁸¹ Tarman, a.g.e, s.40; Zeytin/Okur, a.g.e, s.54; Zeytin, a.g.e, s.62-63.

¹⁸² Atamer, *Satıcının Yükümlülükleri*, s.45; Erdem, *Maddi Uygulama Alanı*, s.267; Honnold/Flechtner, Art.2, para. 54; Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art.2, para.44; Toker, a.g.e, s.94; Zeytin, a.g.e, s.63.

¹⁸³ Çalışkan, a.g.e, s.135; Tarman, a.g.e, s.41; Zeytin, a.g.e, s.63.

¹⁸⁴ Develioğlu, a.g.e, s.58; Erdem, *Maddi Uygulama Alanı*, s.267; Honsell, Art.2, para. 19;

Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art.2, para.42; Tarman, a.g.e, s.42; Toker, a.g.e, s.95; Zeytin, a.g.e, s.63; Zeytin/Okur, a.g.e, s.54.

satımına ilişkin sözleşmeler CISG'in kapsamı dışına alınmıştır¹⁸⁵. Gaz ve petrolün milletlerarası satımının da CISG'in kapsamı dışında tutulmasına ilişkin yapılan başvurular ise Viyana Konferansı sırasında reddedilmiştir¹⁸⁶. Bu bakımdan CISG'in tutarlılığı bir ölçüde çelişmektedir. Zira enerji kaynakları mal satım sözleşmelerinin konusu olabileceği gibi taşınabilir hâle de getirilebilir¹⁸⁷. Aynı zamanda CISG'in diğer enerji kaynaklarına uygulanabilmesi söz konusu olup da elektrik satımına uygulanamaması da bu tutarsızlığın başka bir işaretidir.

E. Sözleşme'nin 3'üncü Maddesi Uyarınca Viyana Satım Sözleşmesi Kapsamında Değerlendirilen Sözleşmeler

Viyana Satım Sözleşmesi'nin 3'üncü maddesi, 2'nci maddesinin aksine satım sözleşmesi kavramını ve CISG'in uygulama alanını genişleten bir hükümdür¹⁸⁸. Bu maddeye göre alıcının sipariş üzerine satıcının üreteceği veya imal edeceği mallara ilişkin kurulan sözleşmeler ve mal teslim eden tarafın ediminin, işgücü veya diğer bir hizmet ediminden

¹⁸⁵ Çalışkan, a.g.e, s. 135; Erdem, *Maddi Uygulama Alanı*, s.267; Ferrari, *Why One Has to Look Beyond the CISG?*, s.324; Honsell, Art.2, para.20; Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art.2, para. 47; Tarman, a.g.e, s.42; Zeytin/Okur, a.g.e., s.54; Zeytin, a.g.e, s.63; Daha detaylı bilgi için bkz. Winship, a.g.e, s.1-25.

¹⁸⁶ Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art.2, para.48; Staudinger/Magnus, Art.2, para.7; Tarman, a.g.e, s.42-43; Zeytin, a.g.e, s.63; Gazın Sözleşme kapsamında değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin görüş için bkz. Honnold/Flechtner, Art. 2, para. 56; Hatta bir Avusturya mahkemesi, propan gazının satımına ilişkin bir uyuşmazlıkta Viyana Satım Sözleşmesi'nin konu bakımında uygulanacağına ilişkin bir karar vermiştir. Austria 6 February 1996 Supreme Court (*Propane case*), <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960206a3.html>, (E.T: 14.06.2019) Buna ilişkin bkz. Atamer, *Satıcının Yükümlülükleri*, s.46; Toker, a.g.e, s.96.

¹⁸⁷ Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art.2, para. 48; Tarman, a.g.e, s.42.

¹⁸⁸ Atamer, *Satıcının Yükümlülükleri*, s.38; Çalışkan, a.g.e, s.128; Heiderhoff/Atamer, a.g.e, s.27; Honsell, Art.3, para. 1; Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art.3, para.1; Tarman, a.g.e, s.49.

oluşması durumunda bazı şartların da bulunmasıyla CISG'in uygulama alanı bulması mümkündür¹⁸⁹. Bu şartlar konumuz kapsamında aşağıda incelenecektir.

1. Mal İmal Etmeye veya Üretmeye İlişkin Kurulan Sözleşmeler

Viyana Satım Sözleşmesi'nin 3/1'inci fıkrası uyarınca, mal üretmeye veya imal etmeye yönelik sözleşmelerde alıcı bu üretim veya imalat için gerekli olan malzemenin esaslı kısmını (*substantial part*) sağlamazsa gerçekleştirilecek satım sözleşmesi CISG kapsamındadır¹⁹⁰.

Bu maddeden doğan uyumsuzluklarda CISG'in uygulanabilmesi için esaslı bölüm kavramının açıklığa kavuşturulması gereklidir¹⁹¹. Esaslı kısım kavramı CISG'in orijinal metninde “*substantial*” olarak kullanılmıştır. Burada UNCITRAL'in konu ile ilgili mevzuatında da esaslı kısım teriminin “*substantial*” olarak kullanıldığını ve CISG'e bu terimin hiçbir değişime uğramadan geçtiğini görmekteyiz. Buna karşılık milletlerarası mal satımına ilişkin hazırlanmış olan ULFC¹⁹² ve ULIS¹⁹³'te ise “*essential*” ve “*substantial*” kelimeleri birlikte kullanılarak bu terim anlatılmaya çalışılmıştır. Yine UNCITRAL'in hazırlamış olduğu 1974 tarihli Maddi Taşınırın Satımında Zamanaşımı Hakkında Sözleşmesi'nde de sadece “*substantial*” kelimesi tercih edilmiştir¹⁹⁴. Ancak CISG'in Fransızca çevirisinde bu kavramın

¹⁸⁹ Tarman, a.g.e, s.49; Zeytin/Okur, a.g.e, s.51-52.

¹⁹⁰ Çalışkan, a.g.e, s.128; Heiderhoff/Atamer, a.g.e, s.31; Honnold/Flechtner, Art. 3, para.59; Huber/Mullis, a.g.e, s.44; Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art.3, para.5; Tarman, a.g.e, s.49; Zeytin, a.g.e, s.65-66.

¹⁹¹ Atamer, *Uygulama Alanı*, s.554; Atamer, *Satıcının Yükümlülükleri*, s.39; Huber/Mullis, a.g.e, s.44; Schlechtriem/Schwenzer, Art. 3, para.3a,3b; Tarman, a.g.e, s.49.

¹⁹² Annex I, Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods, Art. 1/7, <https://www.unidroit.org/instruments/international-sales/international-sales-ulfc-1964-en> (E.T: 02.07.2019) .

¹⁹³ Chapter I, Sphere of Appllication of the Law Art.6. <https://www.unidroit.org/instruments/international-sales/international-sales-ulis-1964> (E.T: 02.07.2019)

¹⁹⁴ Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods, Art.6/2, https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/sales/limit/limit_conv_E_Ebook.pdf (E.T: 02.07.2019)

“essential” kelimesini hedef alarak tercüme edilmesi nedeniyle “essential” mı yoksa “substantial” mı kelimesinin kullanılması gerektiği hususu hala tartışmalıdır¹⁹⁵.

Viyana Satım Sözleşmesi’nin 3/1’inci maddesinde zaman zaman yorum farklılıklarının gözlenmesinin bir başka sebebi ise, bu sözleşmelerin eser sözleşmesi ile benzerliğidir. Sözleşmenin kurulması sırasında sözleşme konusu eşyanın bulunmaması hâlinde, eser sözleşmesinin uygulama alanı bulabileceği ihtimalinin varlığı bu maddenin ne zaman uygulanacağını tespit edilmesini güçleştirmektedir¹⁹⁶. Türk hukukunda eser sözleşmesi Türk Borçlar Kanunu’nun 470 ve 486’ncı maddeleri arasında düzenlenmiş olup iş sahibinin eser karşılığında ücret ödediği, yüklenicinin de bu ücret karşılığında iş sahibinin sözleşmeyi kurma amacına yönelik sözleşmeye uygun, ayıpsız bir eser oluşturarak iş sahibine teslim ettiği sözleşmeler olarak tanımlanmaktadır¹⁹⁷. Dolayısıyla Türk hukukunda üretim ve imal edilecek malın teslim edilmesine yönelik akdedilen sözleşmeler eser sözleşmesi olarak anılmaktadır¹⁹⁸.

Viyana Satım Sözleşmesi’nde yapılan kıstas, malzemenin esaslı bölümünün alıcı tarafından temin edilmemesidir. Zira alıcının burada satıcının imal edeceği veya üreteceği mala ne kadar miktarda katkıda bulunacağına göre sözleşmeye CISG uygulanıp uygulanamayacağına

¹⁹⁵ Daha detaylı bilgi için bkz. Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art.3, para. 11-13.

¹⁹⁶ Develioğlu, a.g.e, s.60; Schlechtriem/Butler, para.26, s.23-24.

¹⁹⁷ Eren, *Özel Hükümler*, s.583; Aral, Fahrettin/Ayrancı, Hasan, *6098 Sayılı Türk Borçla Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 2015, s, 359; Gümüş, Alper, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Kısa Ders Kitabı*, İstanbul, 2015, s.283; Yargıtay 15. HD., 1.07.2015 Tarihli, 2015 / 2801 E.- 2015 / 3820 K., sayılı ilam.

¹⁹⁸ Toker, a.g.e, s.99; Üretimin seri şekilde gerçekleştirildiği sözleşmelerde iş sahibi devreye girip talimat veriyor ise “gelecekteki eşyanın satışı” olarak isimlendirileceğine ilişkin bkz. Develioğlu, a.g.e, s.60.

karar verilecektir¹⁹⁹. Eğer alıcı bu malzemelerin esaslı bölümünü satıcıya malı üretmesi veya imal etmesi için temin ediyorsa, sözleşmenin eser sözleşmesi özelliği ağır basacağından sözleşmeden doğan uyumsuzluklara CISG hükümleri uygulanamayacaktır²⁰⁰. Ancak aksi durumda, alıcı sözleşmenin esaslı kısmını karşılayacak olan malzemeleri satıcıya sağlamadan mal imal etmeye veya üretmeye yönelik bir sözleşme akdediyorsa CISG'in 3'üncü maddesinin 1'inci fıkrası uyarınca CISG uygulama alanı bulacaktır.

Esaslı bölümden ne anlaşılacağı ile ilgili olarak çok sayıda yayınlanmış eser ve mahkeme kararı bulunmasına rağmen bu konuda henüz bir görüş birliği bulunmamaktadır²⁰¹. Zira esaslı bölümden üretim ve imalat için satıcıya temin edilecek malzemelerin ekonomik değere sahip olmasının yeterli olacağı görüşü²⁰²; esaslı bölümün yüzde olarak belirlenebileceğini savunan görüş²⁰³; esaslı bölümü temin edilecek malzeme ile mala olan katkısının önemi ile tespit edileceğini savunan görüş²⁰⁴ ve son olarak her somut olayın ayrı ayrı

¹⁹⁹ Atamer, *Satıcının Yükümlülükleri*, s.39; Heiderhoff/Atamer, a.g.e, s.27; Huber/Mullis, a.g.e, 43 vd.; Tarman, a.g.e, s.50-51.

²⁰⁰ Atamer, *Uluslararası Uygulama Alanı*, s. 554; Toker, a.g.e, s. 100.

²⁰¹ Heiderhoff/Atamer, a.g.e, s.28; Schlechtriem/ Butler, para.26, s.24; Tarman, a.g.e, s.51; Toker, a.g.e, s.97 vd.

²⁰² Atamer, *Satıcının Yükümlülükleri*, s.39; Zeytin, a.g.e, s.52.

²⁰³ Ferrari, *Specific Topics*, s.59-60; Heiderhoff/Atamer, a.g.e, s.27.

²⁰⁴ Bu görüş genellikle ekonomik değerle birlikte savunulmakta olup genellikle mahkeme kararları da bu yönde tespit yaparak esaslı bölümü değerlendirmektedir. Zira CISG'in Danışma Konseyi'nin 4 numaralı görüşünün 2'nci ve 3'üncü paragraflarında, öncelikle ekonomik değer kriterin göz önüne alınması, ancak bu kritere göre esaslı bölümün ne ifade ettiği anlaşılamiyorsa, bu takdirde imal edilen mala olan değere bakılması gerektiği önerilmektedir. CISG- AC Opinion No 4, Contracts for the Sale of Goods to be Manufactured or Produced Mixed Contracts (Art.3 CISG) 24 Ekim 2004, Raportör: Prof. Pilar Perales Viscasillas. Detaylı bilgi için bkz.

<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op4.html> (E.T: 14.06.2019) Aynı görüş için bkz.

Slechtriem/Schwenzer, Art.3, para.7.

değerlendirilerek esaslı bölümün ne ifade ettiğinin tespitinin yapılması gerektiğini ileri süren görüşler mevcuttur²⁰⁵. Kanımızca alıcı tarafından mala yapılan katkının malın değerindeki önemi ile birlikte her somut olayın kendi koşullarının değerlendirilmesiyle esaslı bölümün tespiti yapılabilir.

2. Hizmet Sözleşmeleri

İş gücü ve hizmet sağlanmasına ilişkin sözleşmelerin unsurlarını bünyesinde barındıran sözleşmelere CISG'in 3'üncü maddesinin 2'nci fıkrası uyarınca CISG hükümleri uygulanabilecektir. Ancak burada buna ilişkin karma sözleşmelerde malı temin edenin borcunun ağırlıklı kısmının iş gücü ve hizmet sözleşmesinin unsurlarından oluşmaması gerekmektedir. Yani bu tür bir sözleşmenin CISG kapsamında değerlendirilebilmesi için sözleşmedeki satım unsuru ağır basmalıdır²⁰⁶. Ancak yine yukarıda olduğu gibi burada ağır basan hususunun nasıl tespit edileceği konusu tartışmalıdır²⁰⁷. Ağır basma durumunun yüzdelik dilimle tespit edileceğine ilişkin görüşü savunan yazarlar olsa da hâkim görüş ekonomik değer faktörünün tarafların sözleşme kurdukları sıradaki iradeleriyle birlikte mevcut bulunan şartların değerlendirilmesiyle belirlenebileceğini ileri sürmektedir²⁰⁸. Satım unsurunun ağır

²⁰⁵ Huber/Mullis, s.45; Tarman, a.g.e, s.51.

²⁰⁶ Atamer, *Satıcının Yükümlülükleri*, s.39; Çalışkan, a.g.e, s.129; Develioğlu, a.g.e, s.63; Huber/Mullis, a.g.e, s.45; Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art. 3, para.17-20; Schlechtriem/Butler, a.g.e, para.2, s.25-26; Tarman, a.g.e, s.52.

²⁰⁷ Huber/Miller, a.g.e, s.46-47; Kröll/Mistelis/ Viscasillas, Art.3, para. 18; Schlechtriem/Schwenzer, Art.3, para.18.

²⁰⁸ Kröll/Mistelis/ Viscasillas, Art.3, para. 19; Bu maddenin tartışıldığı bir uyuşmazlık için bkz. Belgium 15 May 2002 Appellate Court Gent (NV A.R. v. NV I.) (*Design of radio phone case*)

<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020515b1.html> (E.T: 14.06.2019)

basmasından, malların satımı anlaşılmalıdır²⁰⁹. Aksi durumun varlığı hâlinde, yani bu karma sözleşmenin iş gücü ve hizmet sağlama unsurunun sözleşmenin yoğunlaştığı unsur olması durumunda CISG hükümleri uygulanamayacaktır²¹⁰. Zira böyle bir durumda hizmet sözleşmesinin varlığı kabul edilmektedir.



²⁰⁹ Tarman, a.g.e, s.52; Schlechtriem, *Requirements of Application*, s.787; Erdem, *Maddi Uygulama Alanı*, s.270-271.

²¹⁰ Heiderhoff/*Atamer*, a.g.e, s.27; Honnold/*Flechtner*, Art.3, para.60.6.

İKİNCİ BÖLÜM

SATIM SÖZLEŞMESİ, VİYANA SATIM SÖZLEŞMESİ'NDE SÖZLEŞMEYE

AYKIRILIK VE ESASLI İHLAL KAVRAMI

§3. VİYANA SATIM SÖZLEŞMESİ'NDE SÖZLEŞMEYE AYKIRILIK KAVRAMI

I. Genel Olarak

Viyana Satım Sözleşmesi'nde sözleşmeye aykırılık ve sözleşmenin esaslı ihlalinden bahsedebilmek için öncelikle alıcı ve satıcı arasında CISG'e uygun bir milletlerarası mal satım sözleşmesi akdedilmelidir. Tarafların hak ve yükümlülüklerinin iradelerine uygun bir şekilde açıklandığı bu sözleşmede, taraflardan birinin sözleşmede kararlaştırılmış yükümlülüğünü yerine getirmemesi hâlinde, sözleşmeye aykırılıktan bahsedilir²¹¹. Sözleşmeye aykırılık kavramı CISG'te tanımlanmayarak kapsamı geniş tutulmaya amaçlanmıştır. Ancak CISG'in 35'inci maddesinde de malların sözleşmeye uygunluğu başlığı altında satıcının hangi durumlarda sözleşmeye aykırı davranmaktan sorumlu olacağı belirtilmiştir²¹².

Satıcının sözleşmeye aykırılığı CISG'in 45'inci maddesinde satıcının CISG'in veya tarafların sözleşmede kendi iradeleriyle öngördüğü yükümlülükleri yerine getirmemesi olarak kabul edilmektedir. CISG malı teslim etmeme, geç teslim etme, malları sözleşmeye uygun olarak teslim etmeme gibi her türlü uyuşmazlığı bünyesinde barındıran tek tip bir sözleşme ihlaline dayandırmaktadır. Yine tek tip bir sözleşme ihlali ilkesinin benimsenmesinin bir sonucu olarak, ihlale uğrayanın farklı sözleşme ihlallerine karşı başvurabileceği haklar da aynıdır.

²¹¹ Toker, Ali Gümrah, *Viyana Satım Sözleşmesi (CISG) Uyarınca Sözleşmenin Esaslı İhlali*, MHB, Y.33, S. 1, 2013, s.a. 213-250, s.217; Özdemir, a.g.e, s.97.

²¹² Özdemir, a.g.e, s.97-98,101.

Anglosakson hukuk sistemin CISG’te güçlü etkilerinin bulunduğu bir başka konu ise CISG’in 25’inci maddesinde düzenlenen, sözleşme şartlarını taraflardan birinin “*esaslı*” olarak ihlal etmesiyle ihlale uğrayan tarafa sözleşmeden dönme veya malın iadesi talebinde bulunma hakkını veren “*esaslı ihlal*” kavramıdır. Bu yönüyle ULIS her bir sözleşmeye aykırılık hâli için ayrı bir hukuki çare öngören hükümler içermesi ve Kıt’a Avrupası hukuk sistemine sahip ulusal hukuk düzenleri de sözleşmeye aykırılıkları ifa engelleri sistemi içerisinde incelemesiyle CISG’ten ayrılmaktadır.

Esaslı ihlal kavramı, sözleşmeye aykırılıkta olduğu gibi CISG’te ayrıca tanımlanmamıştır. Ancak 25’inci maddede “*esaslı ihlal*” ile “*esaslı olmayan ihlal*” arasında bir ayırım yapılmıştır²¹³. Söz konusu ayrımla esaslı ihlal, sözleşmeye aykırılığın ihlalcisi açısından doğuracağı sonuçlar bakımından oldukça önem taşımakta ve âkit devletler bakımından da yeknesak bir uygulama sağlamaktadır.

II. Malların Sözleşmeye Uygunluğu

Viyana Satım Sözleşmesi’ne göre, “*sözleşmeye aykırılık*” başlığı altında bir düzenleme bulunmamaktadır. Sözleşmeye aykırılık hâlleri, tarafların CISG’in 35’inci maddesine göre iki şekilde mümkün olabilmektedir²¹⁴. Temellerini sözleşme serbestisinden alan CISG’in 35’inci maddesinin 1’inci fıkrasında satıcı, tarafların kendi iradelerine uygun olarak düzenledikleri mal

²¹³ Toker, *Esaslı İhlal*, s.217; Yılmaz, Süleyman, *Sözleşmenin İhlali Halinde Alıcının Hakları*, Ankara, 2013, s.89.

²¹⁴ Baysal, Pelin, *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Çerçevesinde Satıcının Ayrıntı Sorumluluğu*, in: *Yeni Türk Borçlar Kanunu ve CISG’e Göre Satış Sözleşmeleri*, İstanbul Kemerburgaz Üniversitesi, Editörler: Şükran Şıpka, Ahmet Cemil Yıldırım, İstanbul, 2012, s.222; Honnold/Flechtner, Art.35, para.224-225; Özdemir, a.g.e, s.98; Williams, Joyce, *Analysis of CISG Article 35 - Conformity of the Goods in the Changing Power Dynamics of Corporate Social Responsibility*, Trade Development Through Harmonization of Commercial Law, 2014, s.a. 299-306, s.304-305; Yavuz, C., *Özel Hükümler*, s..123.

satım sözleşmesi hükümlerine uygun olarak malı teslim etmelidir²¹⁵. Bu hususlar, malın niteliği, türü, miktarı, kalitesi ile ilgili olabileceği gibi paketlenme veya muhafazaya ilişkin de olabilir²¹⁶. Malların satım sözleşmesine uygun olarak teslim edilip edilmediğinin yorumu CISG’in 8’inci maddesine göre tespit edilir.

Viyana Satım Sözleşmesi’nin 35’inci maddesinin 2’nci fıkrası ise, tarafların sözleşmede kararlaştırmadıkları ancak CISG kapsamında mal satım sözleşmesine konu olan malların karşılaması gereken bazı genel özelliklere dayanan ve bu özelliklere göre malların sözleşmeye uygunluğunu gösteren talî bir hükümdür²¹⁷.

Viyana Satım Sözleşmesi’nde “*malların sözleşmeye uygunluğu*” başlığı altında düzenlenen 35’inci madde çoğu hukuk düzeninde ifa engeli olarak kabul edilen “*ayıba karşı sorumluluk*” müessesesini karşılamaktadır. Bu bakımdan CISG, Kıt’a Avrupası hukuk sistemini benimsemiş çoğu hukuk düzeninden iki yönüyle ayrılmaktadır. Bunlardan ilki, başlıkların düzenlenirken nasıl isimlendirildiklerine dairdir. Zira CISG’te “*malların sözleşmeye uygunluğu*” olarak düzenlenen müessese, diğer hukuk düzenlerinde “*ayıba karşı sorumluluk*” olarak ifa engelleri içerisinde yerini almıştır. İkincisi ise, içeriklerin nasıl düzenlendikleri ile

²¹⁵ Flechtner, Harry M., *Malların Sözleşmeye Uygunluğu, Üçüncü Kişilerin Talepleri ve Alıcının İhlal Bildirimi*, in: *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG)*, Editör: Yeşim M. Atamer, İstanbul, 2008, s. 165; Özdemir, Hayrunnisa, *Viyana Satım Sözleşmesi’nde Sözleşmeye Aykırılık ve Aykırılığın Şartları*, in: *Milletlerarası Mal Satım Hukuku (CISG)*, Editör: Sinan Okur, Ankara, 2016, s.204; Özdemir, a.g.e, s.97.

²¹⁶ Dayıoğlu, a.g.e, s.25-26; Honnold/Flechtner, Art.35, para.224; Yavuz, C. *Özel Hükümler*, s.334; Yücer Aktürk, İpek, *Viyana Satım Sözleşmesi Kapsamında Satıcının Ayıptan Doğan Sorumluluğu*, ABD, 2015/1, s.a. 211-238, s.214.

²¹⁷ Dayıoğlu, a.g.e, s. 26; Flechtner/Atamer, a.g.e, s. 166; Joyce, a.g.m, s.305; Özdemir/Okur, a.g.e, s.204; Yücer Aktürk, a.g.m, s.213-214

ilgili bir farklılıktır. Buna göre, CISG’te olumlu ifadeler kullanılarak açıklanmış malların sözleşmeye uygunluğunda aranan şartlar, Türk Borçlar Kanunu 219’uncu maddesi de dâhil olmak üzere çoğu hukuk düzeninde malın niceliğinde, niteliğinde veya kalitesinde eksiklik olarak olumsuz ifadelerle tarif edilmiştir²¹⁸. Bu içerik farklılığının bir sonucu olarak, CISG’in 35’inci maddesinin uygulama alanı, Türk Borçlar Kanunu 219’uncu maddesinin uygulama alanından daha geniştir. Bunun sebebi ise, satıcının malları sözleşmeye uygun olarak teslim edip etmediğinin, CISG’te 35’inci maddenin ters yorumuyla 35’inci maddede belirtilen özelliklere uymayan malların tesliminden; ayıptan doğan sorumluluğu ifa engelleri içerisinde düzenleyen hukuk düzenlerinde ise “*ayıp*” tanımına dâhil olacak mal teslimlerinden tespit edilmesidir²¹⁹. Dolayısıyla olumlu bir tanımda tanımın dışına çıkacak her şey sözleşmeye aykırılık oluşturacak iken, olumsuz bir tanımda sadece o tanıma kapsayan eylemler için ayıptan doğan sorumluluk gündeme gelecektir. Böylelikle CISG’in ayıptan doğan sorumluluk konusunda uygulama alanının kapsamının daha geniş olduğunu söylemek mümkündür.

III. Sözleşmeye Aykırılık

Viyana Satım Sözleşmesi’nde sözleşmeye aykırılığın içeriğinin geniş tutulduğunu yukarıda belirtmiştik. Konumuz itibariyle satıcının CISG’in 35’inci maddesine uymayarak teslim ettiği mallardan kaynaklanan sözleşmeye aykırılıklardan ve alıcıya seçimlik hakları konusunda farklı hukuki çareleri sunabilecek esaslı ve esaslı olmayan ihlalden bahsedeceğiz.

Öncelikle CISG’in 35’inci maddesi birçok hukuk sisteminden ve selefi ULIS’ten etkilenerken düzenlenmiş bir maddedir. CISG’e getirilen en önemli değişikliklerden biri, teslim etme yükümlülüğü ile sözleşmeye uymama ve malların sözleşmeye uygunluğu ile ayıplı mal arasındaki fark konusunda olmuştur²²⁰. ULIS’in 33’üncü maddesinin 1’inci fıkrasında, satıcı

²¹⁸Özdemir/Okur, a.g.e, s.204-205; Özdemir, a.g.e, s.97-98; Williams, a.g.e, s.305; Yücer Aktürk, a.g.m, s. 214.

²¹⁹ Dayıoğlu, a.g.e, s.25; Özdemir, a.g.e, s.97; Özdemir/Okur, a.g.e, s.204; Yücer Aktürk, a.g.m, s.214.

²²⁰ Huber/Mullis, a.g.e, s.107; Kröll/ Mistelis/Viscasillas, Art.35, para. 5..

sadece malları sözleşmeye uygun olarak teslim ederse, malları teslim etme yükümlülüğünü yerine getirmekteyken, CISG’te ise satıcının malları kalite veya türe aykırı olsa bile 30’uncu maddede belirtilen genel kurala uygun teslim etmesi hâlinde satıcı malları teslim etme yükümlülüğünü yerine getirmiş olarak kabul edilmektedir²²¹. Dolayısıyla alıcı CISG’in 49/1-b maddesi gibi malları teslim etmemeye ilişkin bağlanmış hukuki haklarını kullanamamakta, yalnızca sözleşmeye uygun olmayan malların teslimi sebebiyle bu hakkını kullanabilmekteydi. İkinci değişiklik ise, ULIS’in 33’üncü maddesinin 2’nci fıkrasında alıcının sözleşmeden dönme gibi hukuki çarelere başvurabilmesi için öngörülen maldaki miktar tutarsızlığının önemi şartı kaldırılarak yerine genel bir aykırılık hâli olarak düzenlenmiş “*esaslı ihlal*” kavramı getirilmesidir.

Viyana Satım Sözleşmesi’nde malların sözleşmeye uygun olmaması hâlleri sübjektif olarak tarafların belirledikleri sözleşme koşullarına ve taraflar düzenlememiş olsa bile objektif olarak CISG’in düzenlemiş olduğu malla ilgili kalite, miktar, tür, paketleme ve muhafaza konusundaki hususlara aykırı davranılmasında söz konusu olmaktadır²²².

A. Sübjektif Ölçütler

Viyana Satım Sözleşmesi’nin 35/1’inci maddesine göre, satıcı mal satım sözleşmesinde kararlaştırılan miktar, kalite, tür ve paketleme veya muhafazaya ilişkin koşulları yerine getirmek zorundadır. Zira bu hususların üzerinde anlaşılması tarafların irade beyanlarını bu yönde açıklayarak sözleşmeden beklentilerini yansıtmakta olup CISG tarafından bu iradelere

²²¹ Buna ilişkin bir karar için bkz. Germany 3 April 1996 Supreme Court (*Cobalt sulphate case*), <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960403g1.html> (E.T: 05.09.2019); Kröll/ Mistelis/Viscasillas, Art.35, para. 5; Staudinger/Magnus/, Art.35, para.4; Siller, a.g.e, para.109, s.48.

²²² Baysal/Şipka/Yıldırım, a.g.e, s.224; Kröll /Mistelis/Viscasillas, Art.35, para. 5; Yücer Aktürk, a.g.m, s. 214.

üstünlük tanınmaktadır²²³. Dolayısıyla satıcının CISG'in 35/1'inci maddesi uyarınca mal ile ilgili sözleşmede belirlenen hususlara uygun mal teslim etmesi, sözleşmeye uygun mal teslimi olacaktır. Buradaki ölçütünün sübjektif olması tamamıyla tarafların bu noktalar üzerinde sözleşmede anlaşmasından kaynaklanmaktadır.

1. Miktar Tutarsızlığı

Maldaki miktar tutarsızlığı, satıcının malı ya sözleşmede kararlaştırılardan eksik ya da fazla teslim etmesi ile sözleşme konusu malı sözleşmeye uygun olarak teslim etmemesi hâlidir. CISG'in 51'inci maddesindeki malların yalnızca bir bölümünün alıcıya kısmen ifası hükmüne rağmen, 35'inci madde miktar tutarsızlığı konusunda son derece açıktır. Taraflarca akdedilmiş bir sözleşmede kararlaştırılan malın eksik teslimi, satıcının malı kısmen teslim etmemesini değil, CISG'in 35'inci maddesi uyarınca sözleşmeye uygun olmayan mal ifasını oluşturacaktır²²⁴. Malda bulunan az miktardaki eksiklikler uygulamada çoğu zaman sözleşme bedelinin indirilmesiyle sonuçlanmaktadır²²⁵. Malın miktarını sözleşmeye aykırı olarak eksik teslim eden satıcıya karşı alıcının seçimlik haklarını kullanabilmesi için alıcı, CISG'in 39'uncu maddesi uyarınca söz konusu eksikliği fark ettiği anda satıcıya bildirmelidir²²⁶. Ancak alıcı maldaki eksikliği satıcıya bildirme külfetinden CISG'in 40'ıncı maddesine dayanarak kurtulabilir²²⁷.

Satıcının malları sözleşmede belirlenenden fazla teslim etmesi hâlinde ise, alıcının CISG'in 52/2'nci maddesi uyarınca iki seçeneği söz konusudur. Buna göre, alıcı ya sözleşmede

²²³ Baysal/Şipka/Yıldırım, a.g.e, s.223; Kröll /Mistelis/ Viscasillas, Art.35, para. 5, s.488; Yücer Aktürk, a.g.m, s.213-214.

²²⁴ Kröll /Mistelis/ Viscasillas, Art.35, para. 19; Özdemir, a.g.e, s. 104-105; Özdemir/Okur, a.g.e, s.209.

²²⁵ Kröll/Mistelis/ Viscasillas, Art.35, para. 20; Schlechtriem/Schwenzer, Art.35, para.8.

²²⁶ Özdemir, a.g.e, s.105.

²²⁷ Baysal/Şipka/Yıldırım, a.g.e, s.225; Kröll /Mistelis/ Viscasillas, Art.35, para. 19.

kararlaştırılardan fazla malı kabul eder ve sözleşmede kararlaştırılardan fazla teslim alınan kısmın ücretlendirilmesi yine sözleşme koşullarına göre yapılır ya da reddeder. Ancak alıcının bu hakkını kullanabilmesinin ön koşulu, fazla malı teslim aldığı andan itibaren en kısa zamanda CISG’in 39’uncu maddesine göre satıcıya sözleşmede kararlaştırılardan daha fazla mal gönderdiğine ilişkin bildirimde bulunmasıdır²²⁸.

Taraflar arasında kurulmuş mal satım sözleşmesinde mal miktarı yaklaşık bir miktar belirtmek amacıyla “*takriben*”, “*daha az olmayacak*” veya “*aşağı yukarı*” gibi kelimelerle ifade edilmişse, bu takdirde mal miktarındaki küçük sapmalar 35’inci madde kapsamında sözleşme ihlali olarak değeriendirilmez²²⁹. Böyle ifadelerin bulunmamasına rağmen CISG’in 9’uncu maddesinde bahsedilen ticari teamüller göz önüne alınarak sözleşmede bulunan ufak nitelikteki hoş görülebilir tutarsızlıklar söz konusuysa yine CISG’in 35’inci maddesine göre sözleşmeye aykırılıktan bahsedilemez²³⁰.

Alıcının belirli zamanda belirli bir miktar mala ihtiyaç duyduğu hâller dışında, ödemenin taksitlere bölündüğü sözleşmelerde önceki taksitlerde eksik olarak teslim edilmiş mal, sonraki taksitlerin teslimi sırasında daha fazla mal teslimiyle giderilebilir²³¹.

2. Kalite Tutarsızlığı

Viyana Satım Sözleşmesi’nin 35/1’inci maddesi uyarınca, sözleşmede taraflarca belirlenmiş mal kalitesinin sözleşmeye uygun olması gerekir. Aksi takdirde satıcı tarafından sözleşmeye aykırı davranıldığı kabul edilir. Malın fiziksel veya kimyasal bileşimi ile genel

²²⁸ Baysal/Şipka/Yıldırım, a.g.e, s.225; Kröll/Mistelis/ Viscasillas, Art.35, para. 22.

²²⁹ Baysal/Şipka/Yıldırım, a.g.e, s.225; Kröll/Mistelis/ Viscasillas, Art.35, para. 20; Özdemir, a.g.e, s.105; Özdemir/Okur, a.g.e, s.209.

²³⁰ Baysal/Şipka/Yıldırım, a.g.e, s.225; Özdemir, a.g.e, s.105; Özdemir/Okur, a.g.e, s.209;

Schlechtriem/Schwenzer, Art.35, para.9.

²³¹ Kröll /Mistelis/ Viscasillas, Art.35, para. 20-21.

özelliklerinin malın kalitesini etkileyeceği gibi malın içinde bulunduğu kamu hukuku kuralları veya üretimdeki teknik standartlar gibi bazı durumlar da etkileyebilir²³². Yine malın orijinal olması, mala ilişkin ithalat kotası ve gümrük vergisi veya malların politik sebeplerden dolayı genel olarak satılabilir olması da malın kalitesinde etki yaratan durumlardandır²³³.

Viyana Satım Sözleşmesi'nin 30'uncu maddesi gereğince, malın teslimi mala ilişkin belgelerin teslimini de kapsadığı için malın orijinalliğini gösteren sertifikalar veya malın nasıl kullanılacağına dair talimatlar da mallarla birlikte sunulmalıdır. Bunlarla ilgili herhangi bir tutarsızlık da kalite eksikliği olarak değerlendirilmektedir²³⁴.

3. Tür Tutarsızlığı

Viyana Satım Sözleşmesi'nin 35'inci maddesi uyarınca mal satım sözleşmesinde tür tutarsızlığı ile karşı karşıya kalınacak durum “*aliud ifa*” olarak adlandırılmakta olup satıcının alıcıya sözleşmede kararlaştırılandan farklı bir mal teslim ettiği hâllerde söz konusudur²³⁵.

Türk hukuk düzeni de dâhil olmak üzere Kıt'a Avrupası hukuk sistemini benimsemiş hukuk düzenlerinin genelinde aliud ifanın karşılaşacağı hukuki sonuç ifanın hiç

²³² Baysal/Şipka/Yıldırım, a.g.e, s.226-227; Kröll /Mistelis/Viscasillas, Art.35, para. 24-25; Özdemir, a.g.e, s.101-102; Özdemir/Okur, a.g.e, s.210-211; Detaylı bilgi için bkz. Maley, Kristin, *The Limits to the Conformity of the Goods in the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, 12, International Trade and Business Law Review:12, 2009, s.82 vd.

²³³Baysal/Şipka/Yıldırım, a.g.e, s.226-227; Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art.35, para. 25; Özdemir, a.g.e, s.102-103; Özdemir/Okur, a.g.e, s.211

²³⁴Baysal/Şipka/Yıldırım, a.g.e, s.226; Ferrari/Kieninger/Mankowski, CISG, Art. 35, para.8; Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art.35, para. 26; Maley, a.g.m, s.87.

²³⁵ Aral/Ayrancı, a.g.e, s.117; Baysal/Şipka/Yıldırım, a.g.e, s.226; Gümüş, *Kısa Ders Kitabı*, s.60; Özdemir, a.g.e, s.105; Özdemir/Okur, a.g.e, s.212; Zeytin, a.g.e, s.130-131.

gerçekleşmemiş kabul edilmesidir²³⁶. Buna karşın CISG’te aliud ifa için CISG’in 35’inci maddesine dayanılarak satıcının ifayı gerçekleştirdiği, ancak sözleşmeye aykırı olarak gerçekleştirdiğini söylemek mümkündür.

CISG’te edimin hiç ifa edilmemesiyle sözleşmeye uygun olmayan malların ifası arasındaki farkın bir sonucu olarak, 39’uncu maddedeki alıcının bildirim külfeti sadece sözleşmeye uygun olmayan malların tesliminde söz konusu olacaktır. Ayrıca alıcının sözleşmeden dönebilmesi için sözleşmede belirlenen malların sözleşmeye uygun olmaması, sözleşmeyi CISG’in 49/1-a maddesi kapsamında esaslı olarak ihlal etmiş olmalıdır. Hâlbuki, malların tesliminin yapılmamasında alıcı, CISG’in 49/1-b maddesine dayanarak bu hakkına ek olarak satıcının verilen ek sürede malları teslim etmemesi veya söz konusu bu sürede malları teslim etmeyeceğini açıklaması hâlinde verdiği ek süreyi beklemesi gerekmeksizin sözleşmeden dönebilir²³⁷.

4. Paketleme ve Muhafaza Tutarsızlığı

Viyana Satım Sözleşmesi’nin 35’inci maddesinde satıcının malın paketleme ve muhafazasına ilişkin sözleşmeye uygun davranmamasının sözleşmeye aykırılık olarak değerlendirilmesinin ardındaki amaç, uluslararası mal satım sözleşmelerinde malın gönderileceği adresle malın teslim edileceği adresin birbirinden çok uzak olmasından dolayı malın alıcıya emniyetle teslim edilebilmesini sağlamaktır²³⁸.

²³⁶Baysal/Şıpka/Yıldırım, a.g.e, s.227; Gümüş, *Kısa Ders Kitabı*, s.61; Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art. 35, para. 31; Özdemir, a.g.e, s.106; Özdemir/Okur, a.g.e, s.212; Yavuz, C., *Özel Hükümler*, s.129; Yavuz, a.g.e, s.912.

²³⁷ Baysal/Şıpka/Yıldırım, a.g.e, s.227-228; Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art. 49, para. 51; Buna ilişkin detaylı örnek için bkz. *Secreteriat Commentary on 1978 Draft*, Art.29, para.3.

²³⁸ Baysal/Şıpka/Yıldırım, a.g.e, s. 228; Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art. 35, para. 34; Schlechtriem/Schwenzer, Art. 35, para.12.

Taraflar sözleşmede mal için belirlenmiş bir paketleme ve muhafaza şekli öngörmüşse, satıcının bu şekle uymaması veya sözleşmede böyle bir hüküm olmasa bile zımnî olarak tarafların önceki ilişkilerinden belli bir paketleme ve muhafaza şekli varsa buna aykırı bir şekilde malı paketlemiş ve muhafaza ederek teslimatı gerçekleştirirse alıcı satıcının sözleşmeye aykırı davrandığını iddia edebilir²³⁹.

Viyana Satım Sözleşmesi'nin 7'nci maddesindeki dürüstlük kuralı uyarınca, satıcının sözleşmede taraflarca kararlaştırılmış paketleme ve muhafaza şekline uymamasına rağmen, malları alıcıya ayıpsız olarak teslim etmesi hâlinde sözleşmeye aykırılıktan bahsedilemez²⁴⁰. Zira aksi bir durum hakkın kötüye kullanımını oluşturacaktır.

Malın paketlenmesi malı korumayı amaçladığı kadar bazı durumlarda üçüncü kişilere veya onların mallarına zarar vermemeyi de amaçlar²⁴¹. Ambalaj olarak bir markayı temsil eden paketlemelerde ise, sözleşme konusu malın orijinalliğini temsil eden paketleme şekline satıcı tarafından uyulmaması, malların sağlam olarak teslim edilmesine rağmen satıcı tarafından sözleşmeye aykırılık oluşturacaktır²⁴².

Hasarın alıcıya geçmesinden sonra paketlemenin yetersiz olmasından dolayı malda oluşmuş bir zarardan dolayı satıcının sözleşmeye uygun olmayan bir mal teslim ettiği kabul edilerek alıcı tarafından sorumluluğuna başvurulabilecektir²⁴³.

²³⁹ Baysal/Şıpka/Yıldırım, a.g.e, s.228; Ferrari/Kieninger/Mankowski, Art. 35, para. 10; Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art. 35, para. 34.

²⁴⁰ Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art. 35, para. 35; Özdemir, a.g.e, s.111; Özdemir/Okur, a.g.e, s.215.

²⁴¹ Baysal/Şıpka/Yıldırım, a.g.e, s.229; Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art. 35, para. 35.

²⁴² Atamer, *Satıcının Yükümlülükleri*, s.195; Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art. 35, para.35, s.495.

²⁴³ Baysal/Şıpka/Yıldırım, a.g.e, s. 229; Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art. 35, para. 36; Özdemir/Okur, a.g.e, s.215.

B. Objektif Ölçütler

Viyana Satım Sözleşmesi tarafından 35'inci maddenin 1'inci fıkrasındaki özelliklere sözleşme taraflarınca kararlaştırılması beklenilmektedir. Ancak söz konusu bu unsurlara ilişkin düzenlemeler alıcı ve satıcı tarafından sözleşmede kararlaştırılmadığında CISG 35/2'nci maddesi devreye girerek malların sözleşmeye uygunluğunda objektif kriterleri taraflar için belirtmiştir. Dolayısıyla aşağıda incelenecek bu objektif ölçütler, taraflar arasında kurulacak satım sözleşmesinde yedek hukuk kuralı niteliğindedir²⁴⁴. Bu maddenin aynı zamanda, malın asgarî düzeyde bulundurması gereken nitelikleri öngördüğü anlamına da gelmektedir²⁴⁵.

1. Malların Mutat Kullanım Amacına Uygun Olması

Viyana Satım Sözleşmesi'nin 35'inci maddesinin 2'nci fıkrasının (a) bendi gereğince, sözleşme konusu mal ile aynı türden başka bir mal karşılaştırıldığında, sözleşme konusu mal ile aynı tür malın kullanım amaçları birbirine uyumluysa teslim edilen mal sözleşmeye uygun olarak teslim edilmiş sayılır. Bu kullanım amacı belirlenirken sözleşme konusu malın muhtemel tüm alıcılarının beklentisi esas alınmaktadır²⁴⁶.

Viyana Satım Sözleşmesi'nin 1'inci maddesinin 3'üncü fıkrası uyarınca, CISG hükümlerinin uygulanması için tarafların tacir olma zorunlulukları bulunmamaktadır. Ancak CISG'in 2'nci maddesi gereğince, tüketici satımlarına CISG'in uygulanamamasından dolayı bu satım sözleşmesi uygulamada genellikle tacirler arasında gerçekleşmektedir. Muhtemel

²⁴⁴ Huber/Mullis, a.g.e, s.135; Schlechtriem/Schwenzer, Art. 35, para. 14.

²⁴⁵ Baysal/Şıpka/Yıldırım, a.g.e, s.229; Özdemir, a.g.e, s.141; Özdemir/Okur, a.g.e, s.216

²⁴⁶ Atamer, *Satıcının Yükümlülükleri*, s.199; Baysal/Şıpka/Yıldırım, a.g.e, s. 230; Schlechtriem/Butler, a.g.e, para. 136; Secretariat Commentary on 1978 Draft, Art. 33, para.5; Yücer Aktürk, a.g.m, s.215.

alıcıların genelini tacirler oluşturduğundan doktrinde mutat kullanım amacıyla tacirlerin beklentilerinin temel alınması gerektiği konusunda hâkim görüş oluşmuştur²⁴⁷.

Malların mutat kullanımı ile ilgili olarak doktrinde “*average quality*”, “*merchantability*” ve “*reasonable quality*” olmak üzere üç görüş bulunmaktadır. Kıt’a Avrupası hukuk sisteminden gelen birçok ülke, mutat malların ortalama kaliteye sahip olması gerektiğini savunmaktadır. Zira bu ülkelerin hukuk düzenlerinde mal satım sözleşmesi akdeden taraflar iç hukuklarında mutat kullanım amacının ortalama kaliteye sahip bir malın üzerinden yapıldığını bilmektedir. Bu sebeple CISG’in uygulanacağı bir malın satımına dair bir sözleşmede taraflar mutat kullanımı bu hususa göre belirleyecektir²⁴⁸.

Malın ticari elverişliliğini koruduğu sürece malın kalitesinin göz ardı edilebileceğini öne süren “*merchantability*” görüşü ise, daha çok Anglosakson hukuk sistemine sahip ülkeler tarafından savunulmaktadır. Bu görüşe göre, bir mal ortalama kalitede olmasa bile ticari olarak tekrardan satılabilecek potansiyele sahip olabilir²⁴⁹. Mutat kullanım için önemli olan, söz konusu malın tekrardan bir alıcısının olma ihtimalidir. Bu potansiyele sahip mallar, mutat kullanım amacı yönünden sözleşmeye uygun olarak kabul edilirler.

Sözleşmedeki boşlukların CISG ilkeleri ile doldurulması gerektiğini ifade eden CISG’in 7/2’nci maddesi hükmüne dayanan bir başka görüş olan “*reasonable quality*” gereğince ise

²⁴⁷ Baysal/Şıpka/Yıldırım, a.g.e, s.230; Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art. 35, para.79; Özdemir, a.g.e, s.141; Özdemir/Okur, a.g.e, s.216.

²⁴⁸ Atamer, *Satıcının Yükümlülükleri*, s.200; Huber/ Mullis, a.g.e, s.135; Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art. 35, para. 82; Özdemir, a.g.e, s.142; Özdemir/ Okur, a.g.e, s.217; Schlechtriem/Schwenzer, a.g.e, para.139, s.119.

²⁴⁹ Baysal/Şıpka/Yıldırım, a.g.e, s.231; Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art. 35, para. 81; Schlechtriem/Schwenzer, Art.36, para.14.

makul kalitenin mutat kullanımının içeriğinde belirleyici olacağını ileri sürmektedir²⁵⁰. Bu görüşe göre, CISG’in amacı olan uluslararası yeknesaklığı korumak için diğer hukuk sistemlerine ait terimlerden kaçınılması ve kendine ait ilkelere göre yorum yapılması gerekmektedir²⁵¹. Bu ilkelerin ışığında, mutat kullanımdan anlaşılan “*makul*” kelimesinin CISG’in birçok hükmünde kullanıldığı²⁵² ve CISG’in 7’nci maddesinin 2’nci fıkrasının da tartışmaya uygunluğu göz önüne alındığında makul bir maldan ne bekleniyorsa o beklenti, mutat kullanımdır.

Bir diğer tartışmalı konu ise, malın mutat kullanımı için iş yerleri farklı ülkelerde bulunan alıcı ve satıcının mutat kullanım kavramından ülkelerindeki kamu hukuku kuralları gereğince farklı anlamlar çıkarması durumudur²⁵³. Kamu hukuku kurallarına göre malın mutat kullanımı alıcı ve satıcının ülkesinde değişiklik gösteriyorsa, hangi tarafın ülkesinin kamu hukuk düzeninin baskın geleceğine ilişkin karara bağlanmış ilk dava “*New Zealand mussels(midye) davası*” olarak bilinmektedir²⁵⁴. Bu davada, Alman Yüksek Mahkemesi, satıcının bulunduğu ülkedeki yasal düzenlemelerin üstün geleceğine ilişkin karar vererek bu kurala üç istisna öngörmüştür. Buna göre, alıcının ülkesindeki malın mutat kullanımına ilişkin kurallarla satıcının ülkesindeki sözleşme konusu mal ile ilgili düzenlemeler paralellik gösteriyorsa veya satıcı alıcının ülkesindeki mal ile ilgili düzenlemeler hakkında

²⁵⁰ Huber/ Mullis, a.g.e, s.135-136; Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art. 35, para. 83; Schlechtriem/Butler, a.g.e, para.137/a, s.116; Özdemir, a.g.e, s.153; Özdemir/Okur, a.g.e, s.150.

²⁵¹ Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art. 35, para. 85.

²⁵² 8/2-3, 16/2-b, 18/2, 25, 33/c, 34, 35/2-b, 37, 39/1, 43/1, 44, 46/2-3, 47/1, 48/1-2, 49/2-b-iii, 60, 63/1, 64/2-b-ii-iii, 65/1-2, 72/2, 73/2, 75, 76/2, 77, 79/1-4, 85, 86/1-2, 87, 88/1-2-3.

²⁵³ Atamer, *Satıcının Yükümlülükleri*, s.206; Baysal/Şıpka/Yıldırım, a.g.e, s.233; Huber/ Mullis, a.g.e, s.136; Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art. 35, para. 89.

²⁵⁴ İlgili karar için bkz. Germany 8 March 1995 Supreme Court (*New Zealand mussels case*) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950308g3.html> (E.T: 10.03.2019).

bilgilendirilmişse ya da satıcının ilgili kamu hukuk düzenlemesini biliyor veya bilmesi gerekiyorsa, satıcının ülkesindeki kamu hukuku kuralları üstünlüğünü yitirecektir. *Flechtner'e* göre, federal mahkeme kararı ile CISG'in 7/1'inci maddesindeki yeknesak bir uygulama oluşturma ilkesi yanlış yorumlanarak CISG'in 35/2-a maddesi kapsamında midye ve diğer tüm mallar için uygulanabilecek tek bir küresel ticaret standardı öngörülmüştür²⁵⁵. Karara göre, alıcının ülkesinde kamu hukukundan kaynaklı kuralların öngördüğü mutata kullanım standartları içerisine girmeyen bir malın satıcı tarafından tesliminde, satıcının bu kuralları bilmesi beklenmemektedir. Mahkeme, satıcının ülkesindeki kamu hukuku kuralları uyarınca malın satılabilir nitelikte olmasından dolayı alıcının kendi ülkesindeki malın mutata kullanımına ilişkin farklı kamu hukuku kurallarını gözetmesi ve satıcıyı da bu konuda aydınlatması gerektiğini belirtmiştir²⁵⁶. Ancak satıcının böyle bir durumu biliyor veya bilmesi gerekiyorsa malların sözleşmeye aykırılığından dolayı sorumluluğu söz konusu olmalıdır. Örneğin alıcının ülkesinde satıcının bir şubesi varsa veya satıcı alıcı ile sözleşmeden önce alıcının ülkesinde aynı mallara ilişkin satım sözleşmesi gerçekleştirmişse, satıcının alıcının ülkesindeki farklı kamu hukukundan doğan yasal düzenlemeleri bilmesi beklenir. Satıcının söz konusu kamu hukuku kurallarını bilmemesi veya bilmesi beklenemez ise, alıcının satıcının sorumluluğuna gitmesi hayatın olağan akışına aykırı bir beklenti olacaktır. Böyle bir uyumsuzlığa yol açmamak için

²⁵⁵ Flechtner, Harry M., *The Several Texts of the CISG in a Decentralized System: Observations on Translation, Reservations and Other Challenges to the Uniformity Principle in Article 7(1)*, 17 Journal of Law and Commerce, 1998, s.a 187-217, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/flecht1.html> (E.T: 06.09.2019)

²⁵⁶ Austria 19 April 2007 Supreme Court (*Scaffold hooks case*) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/070419a3.html> (E.T: 14.03.2019) Baysal, a.g.m, s.233-234; Huber/Mullis, a.g.e, s. 137; Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art. 35, para. 94; Flechtner/Atamer, a.g.e, s. 170.

tarafların sözleşme şartı olarak satıcının alıcının ülkesinin öngördüğü standartlara uygun bir mal teslimi yapması gerektiğine ilişkin bir hüküm öngörmeleri gerekebilir²⁵⁷.

Doktrinde *New Zealand mussels davasına* getirilmiş eleştirileri destekleyecek şekilde Alman Federal Mahkemesi'nde başka bir mahkeme kararı çıkmıştır. "*Frozen pork*"²⁵⁸ olarak bilinen bu davada, hasarın intikali sırasında satıcının ülkesinde satım konusu mal ile ilgili herhangi bir kamu hukukundan kaynaklanan yasal düzenlemenin bulunmaması, ancak hasarın intikal etmesinden sonra bu düzenlemenin getirilmiş olması durumu söz konusudur. Olaya göre, Alman alıcı Belçikalı satıcıdan dondurulmuş domuz eti almıştır. Tarafların akdettiği sözleşmeye göre, mallar doğrudan alıcının ülkesindeki gümrüklere getirilerek, son varma yeri olan Bosna Hersek'e ulaştırılacaktır. Her teslimat için mallar tüketim uygunluğu sertifikası taşıyacak şekilde üç taksitte dondurulmuş domuz etleri alıcıya teslim edilmiştir. En son teslimat 4 Haziran 1999 tarihinde yapılmıştır. Daha sonra Almanya ve Belçika'da satım konusu dondurulmuş domuz etlerinin dioksin içerebiliyor olabileceğine ilişkin bir şüphe doğmaya başlamıştır. Bu şüphenin ardından Almanya, belli tarihlerde üretilen domuz etinin satım sözleşmesine konu olabilmesi için satıcının sattığı ette dioksin olarak adlandırılan bu maddenin bulunmadığına ilişkin sertifika sunmasını, Belçika ise 23 Temmuz 1999 tarihinde veya daha öncesinde kesilen hayvan etlerinin satılamayacağını öngören yasal düzenlemeler yapmıştır. Davalı alıcı, Belçikalı satıcının Alman otoriteleri tarafından etin satımına ilişkin istenilen gerekli sertifikayı sağlayamamasından dolayı Alman Gümrüklerinde mallara el konulması hasebiyle sözleşme bedelini ödemeyi reddetmiştir. Davacı satıcı ise, sözleşme konusu mallar ile ilgili kontaminasyon şüphesi çıkmadan önce alıcının malları teslim aldığını ileri sürerek

²⁵⁷ Bu konuda bkz. Germany 21 August 1995 District Court Ellwangen <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950821g2.html> (E.T: 10.03.2019)

²⁵⁸Germany 2 March 2005 Federal Supreme Court (*Frozen pork* case) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050302g1.html> (E.T:06.09.2019)

satım bedelinin ödenmesi için alıcıya dava açmıştır. Uyuşmazlığı çözen Alman Federal Mahkemesi, satıcının talebini reddetmiştir. Mahkeme, hasarın intikal etmesiyle ilgili CISG'in 36 ve 67/1'inci maddeleri uyarınca etlere ilişkin şüphenin hasarın alıcıya intikal etmesinden sonra doğmasına rağmen, şüphenin dayandığı gerçeklerin hasarın intikal etmesinden önce bulunması, satılan malların sağlığı tehdit eden bir şüphe içermesi nedeniyle malların sözleşmeye uygun olarak teslim edilmediği anlamına geldiğine karar vermiştir. Yani mahkemeye göre, hasarın intikali sırasında bu gerçeklerin bilinip bilinmediğinin herhangi bir önemi bulunmamaktadır. Alıcıya satılan domuz etleri, Belçika'nın halk sağlığını korumayı önlem amaçlı 23 Temmuz 1999 günü ve öncesinde kesilen hayvanların etlerinin satılamayacağına ilişkin yasal düzenlemesinde yer alan tarihlerde kesilen domuzlardan elde edilmesi nedeniyle etlerin bariz bir kontaminasyon şüphesi taşıdığını ifade eden mahkeme, malların sözleşmeye uygun olarak teslim edilmediğine hükmetti.

Satıcının ülkesinde satım konusu mal için öngörölmüş kamu hukukundan kaynaklanan standartların alıcının ülkesinde öngörölenlerden daha nitelikli olması durumunda ise, tarafların sözleşmede standart belirtip belirtmemelerine veya satıcının sattığı malın standartlarının ne kadar düşük olduğuna göre mal sözleşmeye aykırılık teşkil edebilir²⁵⁹. Zira taraflar sözleşmede mal için bir standart belirlemişlerse veya satıcı mala ilişkin belli bir standardı taahhüt etmişse ve buna uygun mal teslimi yapmamışsa, bu takdirde satıcı sözleşmeye aykırı mal teslim etmiş olacaktır. Aynı zamanda satıcının malın standardını çok düşük tutarak uluslararası alanda kabul görmeyecek bir mal teslim etmesi yine satıcının malı sözleşmeye aykırı bir şekilde teslim ettiği sonucunu doğuracaktır²⁶⁰.

²⁵⁹ Baysal/Şıpka/Yıldırım, a.g.e, s.235; Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art. 35, para. 100-101.

²⁶⁰ Bu konuda bkz. Netherlands 23 April 2003 Appellate Court 's-Gravenhage <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/030423n1.html> (E.T: 10.03.2019)

Malın mutlak kullanımı aynı zamanda, malın teslim edilmesinden makul bir süre sonra da işlevsel bir durumda kalmasını gerektirir²⁶¹. Malın tesliminin üzerinden makul bir sürenin geçmesinden sonra da malın kullanılabilir olması için öngörülmüş bu makul süre, CISG'in 39/2'nci maddesindeki iki yıllık süre ile sınırlı değildir²⁶². Dolayısıyla iki yıldan fazla bir kullanımı gerektirecek malın sözleşmeye uygunluğu ile yasal kesinlik nedenleriyle iki yıllık sürenin dolmasından sonra taleplerin getirilip getirilemeyeceği arasında bir ayrım yapılması gerekir. Örneğin malın imalından kaynaklanan bir sorundan dolayı alıcı çok yüksek bir sözleşme bedeline sahip bir malı yalnızca üç yıl kullanabilmişse, burada alıcı CISG'in 39/2'nci maddesine bakılmaksızın 35/2-a maddesine dayanılarak sözleşmeye aykırılık iddiasında bulunulabilir²⁶³.

2. Alıcı Tarafından Malların Belirtilen Özel Kullanım Amacına Uygun Olması

Viyana Satım Sözleşmesi'nin 35'nci maddesinin 2'nci fıkrasının (b) bendi uyarınca, alıcının açık veya zımnî olarak sözleşmeye konu olan malı ne amaçla aldığına ilişkin iradesini satıcıya açıklaması hâlinde, satıcının bu kullanım amacına uygun olarak malı teslim etmesi gerekir. Ancak özel kullanım ile ilgili olarak malı satanın malı daha iyi tanıdığı varsayılarak satılan ile ilgili özel kullanım nedenlerini satıcının alıcıdan daha iyi tahlil edebileceği düşünülür. Dolayısıyla alıcının malı satın alma konusundaki özel nedenini satıcıya iletip, malın belirtilen bu kullanım özelliklerine sahip olup olmadığının değerlendirmesini satıcıya bırakması durumunda, alıcının bu tahlilin yapılması hususunu emanet ederken satıcıya güvenmemesi veya

²⁶¹ Baysal/Şipka/Yıldırım, a.g.e, s.235; Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art. 35, para. 107.

²⁶² Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art. 35, para. 107.

²⁶³ Baysal/Şipka/Yıldırım, a.g.e, s.235; Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art. 35, para. 107.

güvenmesinin makul olmaması söz konusu ise, alıcı sözleşmeye aykırı mal tesliminden dolayı CISG'in 35/2-b maddesine dayanarak satıcının sorumluluğuna gidemez²⁶⁴.

Viyana Satım Sözleşmesi'nde malın özel kullanımına ilişkin bu maddenin öngörülmesi, alıcıların genellikle malların mutlak kullanıma ilişkin ihtiyaçlarının ve bunun doğrultusunda bilgilerinin bulunması nedeniyle malın özel kullanımı hakkında satıcıya ayrıntılı bir tanımlama yapabilecek yeterli bir bilgiyi haiz olmadıkları varsayımı sonucunda gerçekleşmiştir²⁶⁵. Aynı zamanda satıcının malın özel kullanıma ilişkin sahip olduğu bilgiler doğrultusundaki sorumluluğunun, alıcının satıcıya malın özel kullanım ile ilgili bilgi ve değerlendirilmesinde güvenmemesi veya güvenmesinin makul olmaması ile sınırlandırılması da CISG'in hakkaniyete uymayacak olası risklerden alıcıyı koruduğu kadar satıcıyı da koruyarak dengeli bir sistemin oluşturulduğunun göstergesidir²⁶⁶.

a. Amaç ile ilgili Bilgilendirme

Viyana Satım Sözleşmesi'nin 35/2-b maddesinin uygulanabilmesi için satıcının malın özel kullanım ile ilgili yeterli bir şekilde açıkça veya zımnen bilgilendirilmesi gerekir. Alıcının sadece özel kullanımla ilgili olarak satıcının bilgilendirildiğini ve CISG'in 35/1'nci maddesi gereğince satıcının malın özel kullanımına ilişkin alıcı tarafından açıklanan beyana rıza gösterdiğini kanıtlaması gerekir²⁶⁷. Satıcının alıcı tarafından malın özel kullanımı ile ilgili bilgilendirilmesinden sonra malın istenilen ve belirtilen kullanıma uygun olarak teslim edileceğinin kabul edilmesi noktasında herhangi bir şekil şartı aranmamaktadır.

²⁶⁴ Baysal/Şipka/Yıldırım, a.g.e, s.235-236; Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art.35, para. 112; Schlechtriem/Schwenzer, Art. 35, para. 23; Yücer Aktürk, a.g.m, s.216.

²⁶⁵ Honnold/Flechtner, Art.35, para.226; Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art.35, para. 112.

²⁶⁶ Baysal/Şipka/Yıldırım, a.g.e, s.236.

²⁶⁷ Baysal/Şipka/Yıldırım, a.g.e, s.236; Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art.35, para. 115; Schlechtriem/Butler a.g.e, para.140, s.120.

Satıcının özel kullanımla ilgili olarak kendisine bildirilenden alıcının malı hangi özel amaca dayanarak satın aldığını anlaması gerekir. Zaten genellikle malın özel kullanımından kaynaklanan ihtilaflar, satıcının kendisine sağlanan özel kullanım ile ilgili bilgilendirmeden anladığı kullanım amacı ile alıcının talepte bulunduğu özel kullanım amacının örtüşmemesinden doğmaktadır. Hâkim görüşe göre, alıcının bu bilgilendirmeyi, bilgilendirme sonucunda satıcıdan malın özel kullanımı ile ilgili bilgiyi anlamasının beklenebilir şekilde yapması gerekir²⁶⁸.

Satıcının özel kullanımla konusunda bilgilendirilmesi alıcı tarafından bizzat yapılabileceği gibi alıcıyı temsil eden üçüncü bir kişi tarafından da sözleşmenin kurulduğu sırada yapılabilir. Burada önem arz eden konu, alıcının mal ile ilgili özel kullanım amacından satıcının sözleşmenin kurulduğu sırada haberdar olmasıdır²⁶⁹. Aksi takdirde alıcının CISG'in 35/2-b uyarınca satıcının özel kullanım ile ilgili üstün bilgisinin bulunduğu dair iddiaları dinlenemez.

Malın özel kullanımı ile ilgili irade açıklamasının satıcıya açık yapılabileceği gibi zımni yapılması da mümkündür. Taraflar arasındaki netlik en kolay alıcının açık bir şekilde satıcıya ileteceği özel kullanım amacı ile sağlanmaktadır. Dolayısıyla taraflar arasında açık olarak belirtilen özel kullanım amacından bir ihtilafın doğması, alıcının satıcıya zımnen²⁷⁰ ilettiği özel kullanım amacından çıkabilecek bir ihtilafa göre daha düşük bir ihtimale sahiptir.

²⁶⁸ Baysal/Şipka/Yıldırım, a.g.e, s.236; Huber/Mullis, a.g.e, s.138; Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art. 35, para. 117; Schlechtriem/Schwenzer, Art.35, para.21; Schlechtriem/Butler, a.g.e, para.138, s.117; Ancak aksi görüşte yani özel kullanım amacının gerçekten bilinmesi gerektiği şeklinde olan görüş için bkz. Secretariat Commentary on 1978 Draft, Art.33, para.8.

²⁶⁹ Baysal/Şipka/Yıldırım, a.g.e, s.237; Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art. 35, para. 118-119.

²⁷⁰ Örneğin, alıcının satıcıya sözleşme konusu malı nerede kullanacağına ilişkin bir broşür vermesi halinde, sözleşme konusu malları mutlak kullanımdan ziyade özel bir kullanım için satın alındığını satıcıya zımnen bildirdiğinin kabulü gerekir.

Viyana Satım Sözleşmesi'nin 35/1'nci maddesi gereğince tarafların sözleşmede subjektif olarak kararlaştırdıkları özellikler bazı durumlarda CISG'in 35/2-b maddesindeki ek yükümlülükleri belirlemeye yardımcı olabilmektedir. Örneğin taraflarca sözleşmede malların belli bir dilde etiketlenerek paketlenmesi konusunda anlaşılmışsa, satıcının malı belirlenmiş dilde etiketleyip paketleyerek alıcıya teslim etme sorumluluğu CISG'in 35/1'inci maddesi kapsamındadır. Ancak satıcı etiketlemeyi yaptığı dilden yola çıkarak, malların hangi ülkede kullanılacağını ve buna bağlı olarak CISG'in 35/2-b maddesi gereğince, malın o ülkedeki iklim koşullarına ve sadece o ülkeye münhasır diğer özelliklere göre kullanıma uygun bir şekilde teslim etmesi gerekir²⁷¹.

b. Satıcının Bilgisine ve Değerlendirmesine Güvenme

Alıcı satıcıya malın özel kullanımına ilişkin ilettiği bilgilendirmeye rağmen, her zaman satıcının sattığı malın kullanımına ilişkin daha geniş bir bilgiye sahip olduğuna ve alıcının malı hangi özel amaç için aldığının değerlendirmesini yapabileceğini iddia edebilir. Alıcı CISG kapsamında bu konuda satıcının sorumluluğuna başvurabilir. Ancak alıcı malın özel kullanımı konusunda satıcının mal ile ilgili mevcut bilgi ve değerlendirmesine güvenmiyorsa veya güvenmesinin makul bir durum olarak kabul edilmemesi söz konusu ise alıcının bu madde kapsamında korunması mümkün değildir.

Alıcının malın özel kullanımı ile ilgili satıcının bilgi ve değerlendirmesine güvenmemesi veya güvenmesinin makul olmaması ya alıcının malın kullanım şekline ilişkin yeterli bilgisinin veya satıcıdan daha fazla bilgisinin olması hâlinde ya da satıcının bariz olarak malın kullanım şekillerine ilişkin bilgisinin olmaması durumunda söz konusu olur²⁷². Alıcının satın aldığı mal ile ilgili yeterli bilgiye sahip olması mümkündür. Ancak alıcının bu bilgisi satıcının sattığı mala ilişkin bilgi ve değerlendirmesine dair güvenini etkilemez. Yani satıcının

²⁷¹ Baysal/Şipka/Yıldırım, a.g.e, s.237; Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art. 35, para. 121.

²⁷² Baysal/Şipka/Yıldırım, a.g.e, s.240; Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art. 35, para. 129.

sattığı mal ile ilgili bilgisinin, alıcının satın aldığı mal ile ilgili bilgisinden daha üstün olması hâlinin devamı söz konusu olduğu sürece, satıcıya olan güven etkilenmez. Dolayısıyla satılan mala ilişkin alıcıdan üstün bilgi ve değerlendirme yetisine sahip satıcının malın özel kullanımına göre malın teslimini gerçekleştirmesi gerekir²⁷³.

Satıcının açıkça sattığı mala ilişkin detaylı bir bilgisinin olmaması, örneğin kompleks malları acente olarak satması veya satılan mal hakkında bilgili olmadığı konusunda alıcıyı uyarması hâlinde alıcının güven şartına dayanarak satıcının soru şekli bmluluğuna başvurması beklenemez²⁷⁴.

3. Malların Örnek veya Modele Uygun Olması

Viyana Satım Sözleşmesi'nin 35'inci maddesinin 2'nci fıkrasının (c) bendi uyarınca, sözleşmenin ifası sırasında teslim edilen malın, satıcının alıcıya sunduğu mala ilişkin örnek veya modellere uygun olması gerekir. Alıcıya mala ilişkin örnek veya model gösterilmesi, satıcıya sözleşmenin ifasında gösterilen örnek veya modele uygun mal teslimi sorumluluğunu yükler.

Alıcıya satılacak mal ile ilgili örnek veya modelin gösterilmesi, satılan mala ilişkin fiili bir tanımlama olarak kabul edilmektedir²⁷⁵. Bu sebeple CISG'te de aynı selef Sözleşme ULIS'in 33'üncü maddesinde olduğu gibi satıcının örnek veya model göstermesinden sonra bu örnek ve modele uygun bir mal teslimi yapma sorumluluğunun doğabilmesi için satıcıdan ayrıca buna ilişkin bir taahhüt vermesi beklenmez²⁷⁶. Zira satıcı mala ilişkin örnek veya model

²⁷³ Honnold/Flechtner, Art.35, para.226; Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art. 35, para. 130; Schlechtriem/Schwenzer, Art. 35, para.25.

²⁷⁴ Baysal/Şıpka/Yıldırım, a.g.e, s.240; Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art. 35, para. 131.

²⁷⁵ Honnold/Flechtner, Art.35, para. 227; Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art. 35, para. 135; Yücer Aktürk, a.g.m, s.217.

²⁷⁶ Baysal/Şıpka/Yıldırım, a.g.e, s.240; Huber/Mullis, a.g.e, s.139; Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art. 35, para. 135.

sunduğunda malın kalitesinin bu örnek veya modele uygun olarak teslim edileceğini garanti etmiş kabul edilir²⁷⁷.

Satım sözleşmesine konu mal birçok özelliğe sahip olabilir. Alıcıya gösterilen mala ilişkin modeldeki bütün özelliklerin mal ile ilişkilendirilmesi kimi zaman mümkün olmayabilir. Zaten ihtilafların birçoğu da modeldeki hangi özelliklerin teslim edilecek olan malda bulunması gerektiği konusunda taraflarca netlik sağlanamamasından kaynaklanmaktadır. Eğer satıcı mala ilişkin gösterdiği modelde bulunan ancak malın aslında bulunmayan özellikler konusunda alıcıyı sözleşmenin kurulduğu sırada veya öncesinde uyarırsa veya modelde bulunan sadece belirli özelliklerin malda bulunacağını üzerinde durulmuşsa satıcı belirttiği özelliklerin malda bulunmamasından dolayı sorumlu tutulamayacaktır²⁷⁸.

Örnek veya model sunulmuş mal satım sözleşmelerinde ihtilaf çıkabilecek diğer başka konular ise, örnek veya modelin tarafların CISG'in 35/1'inci maddesi uyarınca sözleşmede kararlaştırdıkları özelliklerle çelişkili olması veya CISG'in 35/2-a maddesinde malın mutata kullanım ya da CISG'in 35/2-b maddesindeki özel kullanım özelliklerine uygun olmamasından kaynaklanabilir²⁷⁹. Tarafların sözleşmede kararlaştırdıkları ile örnek veya modelin sözleşmede kararlaştırılan maldan farklı olması durumunda, burada tarafların ortak iradesinin malın hangi özelliklerine üstünlük verdiğinin tespiti yapılması gerekir²⁸⁰. Malın örnek veya modele uygun olarak ancak CISG'in 35/2-a maddesi uyarınca mutata kullanıma uygun olmadan alıcıya teslim edilmesi de söz konusu olabilir. Böyle bir durumda kural olarak, daha nitelikli olan CISG'in

²⁷⁷ Baysal/Şipka/Yıldırım, a.g.e, s.240; Özdemir, a.g.e, s.160-162; Özdemir/Okur, a.g.e, s.227

²⁷⁸ Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art. 35, para. 136; Schlechtriem/Schwenzer, Art.35, para.26.

²⁷⁹Baysal/Şipka/Yıldırım, a.g.e, s.241; Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art. 35, para. 138; Schlechtriem/Schwenzer, Art.35, para.25.

²⁸⁰ Baysal/Şipka/Yıldırım, a.g.e, s.241; Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art. 35, para. 139; Özdemir, a.g.e, s.164; Özdemir/Okur, a.g.e, s.230; Schlechtriem/Schwenzer, Art.35, para.25.

35/2-c maddesi yani alıcıya gösterilen örnek veya modelin özelliklerine üstünlük tanımak gerekir²⁸¹. Zira örnek veya model üzerinde gösterilen özellikler, alıcı açısından daha görseldir. Yine CISG'in 35/2-c maddesi uyarınca malın özel kullanıma uygun olmayan ama gösterilen örnek veya modele uygun bir şekilde teslim edilmesi hâlinde de alıcının sözleşmenin kurulması esnasında veya öncesinde örnek veya modeli inceleme imkânının bulunmasından dolayı malın sözleşmeye uygun teslim edildiği kabul edilmektedir²⁸².

Viyana Satım Sözleşmesi'nin 35/2-c maddesiyle ilgili olarak son olarak belirtilmesi gereken husus ise, satıcı tarafından alıcıya örnek veya modelin sunulmuş olması gerekir²⁸³. Eğer alıcı mal ile ilgili örnek veya modelin çizilmesini isterse, bu çizim satıcının buna uygun mal teslimi yapma sorumluluğu CISG'in 35/2-c maddesi kapsamında değerlendirilmez. Zira böyle bir durumda, satıcı ve alıcı arasında satım konusu maldan beklenen özellikler CISG'in 35/1 maddesi uyarınca kararlaştırılmış kabul edilir.

4. Malların Mutat Muhafazası veya Paketlenmesine Uygun Olması

Viyana Satım Sözleşmesi'nin 35'inci maddesinin 2'nci fıkrasının (d) bendi gereğince, alıcının sözleşmeden beklentisini sözleşme konusu maldan karşılayabilmesi için malın uygun bir şekilde paketlenerek muhafaza edilmiş bir şekilde alıcıya teslim edilmesi gereklidir. Satıcının yan yükümlülüğü olarak düzenlenmiş bu hükümde, taraflar arasında aksi kararlaştırılmamışsa satıcı malı normal şartlar altında nasıl paketliyorsa o şekilde, satıcının mallarına özgülediği herhangi bir paketlenme şekli yoksa uygun bir şekilde malı paketleyip

²⁸¹ Bianca/Bonell, *Commentary*, Art. 35 para. 2.6.1; Huber/Mullis, a.g.e, s.140; Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art. 35, para. 140; Özdemir, a.g.e, s.164; Özdemir/Okur, a.g.e, s.230; Schlechtriem/Schwenzer, Art.35, para.25.

²⁸² Baysal/Şıpka/Yıldırım, a.g.e, s.241; Bianca/Bonell, *Commentary*, Art. 35 para. 2.6.1; Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art. 35, para. 141; Özdemir, a.g.e, s.164; Özdemir/Okur, a.g.e, s.230; Schlechtriem/Schwenzer, Art.35, para.27.

²⁸³ Baysal/Şıpka/Yıldırım, a.g.e, s.242; Huber/Mullis, a.g.e, s.140; Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art. 35, para. 142; Schlechtriem/Butler, para.141, s.120; Schlechtriem/Schwenzer, Art.35, para.29.

sağlam bir şekilde alıcıya teslim etme yükümlülüğü altındadır²⁸⁴. Satıcının malları mutat kullanımına göre paketleyip muhafaza etme yükümlülüğü, sözleşme konusu malların stoktan çıkartılıp alıcıya teslim edilme anına kadar devam eder²⁸⁵.

Malların mutat şekilde paketlenmesinin neye göre belirleneceği hususu CISG'in 9'uncu maddesinin 1'inci fıkrasına göre tespit edilir. Buna göre, öncelikle tarafların kendi aralarında bulunan teamüllere bakılır. Eğer bu yönde teamül yoksa uluslararası teamüllerin incelenmesi gerekir²⁸⁶. Zira tarafların ülkelerindeki malın mutat kullanım paketleme şekilleri birbirinden farklı olabilir²⁸⁷. Böyle bir durumda, alıcının ülkesindeki malın paketlenmesine ilişkin teamülleri satıcının biliyor olması veya bilmesi beklenmediğinden satıcının ülkesindeki malın paketlenmesi ile ilgili teamüllere, bu yükümlülüğün satıcıda olmasından dolayı öncelik verilir²⁸⁸.

Viyana Satım Sözleşmesi'nde satıcının malı paketleme sorumluluğu ile ilgili olarak satıcının önce mutat kullanım daha sonra eğer böyle bir kullanım yoksa uygun bir şekilde malı paketlemesinden bahsedilmektedir. Dolayısıyla satıcının malı mutat kullanıma göre paketlemesinin nasıl bir paketleme olduğunu belirleyememesi hâlinde, malı uygun bir şekilde paketleyerek alıcıya sağlam olarak teslim etmesi, mutat kullanıma göre paketlemenin yanında

²⁸⁴ Baysal/Şipka/Yıldırım, a.g.e, s.242; Honnold/Flechtner, Art.35, para228; Huber/Mullis, a.g.e, s.141;

Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art. 35, para. 143; Özdemir, a.g.e, s.165; Özdemir/Okur, a.g.e, s.231;

Schlechtriem/Butler, para.142, s.120.

²⁸⁵ Baysal/Şipka/Yıldırım, a.g.e, s.242; Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art. 35, para.143; Schlechtriem/Schwenzer, Art.35, para.32.

²⁸⁶ Atamer, *Satıcının Yükümlülükleri*, s. 214; Baysal, a.g.m, s.242.

²⁸⁷ Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art. 35, para.146.

²⁸⁸ Baysal/Şipka/Yıldırım, a.g.e, s.242; Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art. 35, para.146; Özdemir, a.g.e, s.166; Özdemir/Okur, a.g.e, s.231.

ikincil niteliktedir²⁸⁹. Uygun paketleme, malın karşılaşılabileceği olası riskler gibi durumların önceden öngörülerek malın paketlenerek muhafaza edilmesini de ifade eder²⁹⁰. Olağan dışı riskler paketleme yapılırken dikkate alınmaz.

Paketlemenin amacı sadece malı sözleşmede kararlaştırıldığı gibi teslim etmek olduğu için malın teslimi sırasında paket zarar görse bile mal sözleşmede belirtilen gibi teslim edildiği sürece malın sözleşmeye uygun olarak teslim edildiği kabul edilir²⁹¹.

C. Alıcının Malların Sözleşmeye Uygun Olmadığını Bilmesi veya Bilmemesinin Mümkün Olmaması

Viyana Satım Sözleşmesi'nin 35'inci maddesinin 3'üncü fıkrasına göre, alıcının malın sözleşmeye uygun teslim edilmediğini CISG'in 35/2 maddesi kapsamında bilmesi veya bilmemesinin mümkün olmaması hâlinde satıcı sözleşmeye aykırı maldan sorumlu tutulmayacaktır²⁹². Alıcı normal şartlar altında satın aldığı malın CISG'in malın sözleşmeye uygunluğunu tespit etmek için kullandığı objektif ölçütlere uygun olarak teslim edilmesini bekler²⁹³. Bu anlamda alıcının menfaati korunsa da alıcı satıcının ne tür bir mal teslim edeceğini biliyor veya bilmemesinin mümkün olmaması hâlinde, satıcıdan daha kaliteli veya daha farklı özelliklere sahip bir mal teslim etmesi beklenemez²⁹⁴.

²⁸⁹Huber/Mullis, a.g.e, s.141; Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art. 35, para.144; Schlechtriem/Schwenzer, Art.35, para. 31; Schlechtriem/Butler, para. 142, s.120.

²⁹⁰ Baysal/Şipka/Yıldırım, a.g.e, s.242; Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art. 35, para.147.

²⁹¹ Baysal/Şipka/Yıldırım, a.g.e, s.243; Zeytin, a.g.e, s.128.

²⁹² Baysal/Şipka/Yıldırım, a.g.e, s.243; Honnold/Flechtner, Art.35, para. 229; Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art. 35, para.155; Özdemir, a.g.e, s.190; Özdemir/Okur, a.g.e, s.232.

²⁹³ Secretariat Commentary on 1978 Draft, Art. 33, para.13.

²⁹⁴ Baysal/Şipka/Yıldırım, a.g.e, s.243; Bianca/Bonell, *Commentary*, Art.35, para. 2.8.1; Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art. 35, para.155, s.524.

Alıcı ve satıcı tarafından CISG'in 35/1'inci maddesine göre malda bulunması gereken özelliklerin belirlenmesi durumunda alıcının satıcının sözleşmeye uygun mal teslim etmeyeceğini bilmesi veya bilmemesinin mümkün olmaması hâli doktrinde tartışmalı bir husustur. Hâkim görüşe göre, CISG'in 35/3'üncü maddesinin lafzî yorumlanarak madde metnine sadık kalınmalı ve sadece objektif ölçütlere göre uygun olmayan mal tesliminde satıcının sorumluluğuna ilişkin kural uygulanmalıdır²⁹⁵.

Alıcının hangi durumlarda malın sözleşmeye uygun olmadığını bilmesi veya bilmemesinin mümkün olmamasının tespiti maddenin uygulanması bakımından kilit noktalardan biridir. Alıcının maldaki sözleşmeye aykırılığı bilmemesinin mümkün olmaması, alıcının ağır ihmali veya ağır ihmali de aşan durumlarda söz konusu olacaktır²⁹⁶. Bu bilginin bilinip bilinebilirliğinin tespiti konusunda, somut bir uyuşmazlıktaki alıcının yerinde emsal bir başka alıcının olması durumunda, bu alıcı tarafından da sözleşme kurulmadan önce maldaki sözleşmeye aykırılığın anlaşılabilecek nitelikte olup olmadığına bakılır²⁹⁷.

Satıcının CISG'in 35/3'üncü maddesi kapsamında maldaki sözleşmeye aykırılıklardan dolayı sorumluluğunun bulunmaması için alıcı sözleşmenin kurulması anında CISG'in 35/2'nci maddesindeki maldaki aykırılıkları biliyor veya bilmemesinin mümkün olmaması gerekir. Dolayısıyla sözleşmenin kurulmasından sonra ancak malın tesliminden önce bilinen maldaki aykırılıklarda satıcının sorumluluğu söz konusu olacaktır²⁹⁸. Satıcının alıcıya malları sözleşme kurulmadan önce inceleme imkânı tanınması durumunda, alıcının sonradan sözleşmeye aykırılık

²⁹⁵ Baysal/Şipka/Yıldırım, a.g.e, s.243; Huber/Mullis, a.g.e, s.142; Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art. 35, para.158; Schlechtriem/Butler, para.144, s.120-121; Schlechtriem/Schwenzer, Art.35, para.38.

²⁹⁶ Huber/Mullis, a.g.e, s.142; Schlechtriem/Butler, para.144, s.121; Schlechtriem/Schwenzer, Art.35, para.34.

²⁹⁷ Atamer, *Satıcının Yükümlülükleri*, s.217; Baysal/Şipka/Yıldırım, a.g.e, s.244; Özdemir, a.g.e, s.194; Özdemir/Okur, a.g.e, s.234; Schlechtriem/Schwenzer, Art.35, para.35.

²⁹⁸ Baysal/Şipka/Yıldırım, a.g.e, s.244; Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art.35, para.162.

iddiasında bulunup bulunamayacağı konusu doktrinde tartışmalıdır. Kanaatimizce satıcının alıcıya sözleşmeye aykırılıkları tespit etmesi için olanak sağlaması ve buna rağmen alıcının sözleşme kurulurken bu açık ayıpları bilip de satıcıya bildirmemesi hâlinde, alıcı satıcının teslim ettiği malla CISG'in 35/2'inci maddesine aykırı davrandığını iddia ederek satıcının sözleşmeye aykırı davranması sonucunda öngörölmüş haklarını kaybetmiş olacaktır²⁹⁹. Yani satıcının malı incelemesi için alıcıyı daveti üzerine alıcının açık ayıpları bildiği veya bilmesi gerektiği varsayılır. Ancak gizli ayıplar da satıcı alıcıyı malı incelemeye davet etse bile, sözleşmeye aykırı mal tesliminden dolayı sorumlu tutulur³⁰⁰. Zira gizli ayıplar zamanla ortaya çıktığından dolayı alıcı tarafından malın bir kere incelenmesiyle fark edilmeyebilir.

§4. VIYANA SATIM SÖZLEŞMESİ'NDE ESASLI İHLAL KAVRAMI

I. Esaslı İhlal Kavramı

Viyana Satım Sözleşmesi'nde ihlal ile ilgili herhangi bir tanımlama yapılmamasına rağmen CISG'in 25'inci maddesinde ihlale uğrayana sözleşmeyi sona erdirmeye seçimsel hakkını tanıyan esaslı ihlalin tanımı yapılmıştır³⁰¹. Sözleşmenin ihlalinde kural olarak sözleşmenin varlığının devam etmesi gerektiğini benimseyen CISG, 25'inci maddesiyle bu kurala bir istisna öngörmüştür³⁰². Buna göre, bir mal satım sözleşmesinde herhangi bir ihlale uğrayan bir taraf için bazı belli haklardan yararlanabilmek ortak iken, sözleşmeyi sona erdiren dönme hakkını ve ikame mal teslim edilmesini talep etme haklarını sadece esaslı ihlale uğrayan taraf kullanabilmektedir.

²⁹⁹ Baysal/Şipka/Yıldırım, a.g.e, s.244; Huber/Mullis, a.g.e, s.143; Schlechtriem/Schwenzer, Art. 35, para.35.

³⁰⁰ Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art.35, para.164.

³⁰¹ Schlechtriem/Butler, a.g.e, para. 111, s.97; Schlechtriem/Schwenzer, Art. 25, para.2; Toker, *Esaslı İhlal*, s.217; Honnold/Flechtner, Art. 25, para. 181; Zeytin, a.g.e, s.117-119.

³⁰² Honnold/Flechtner, Art. 25, para. 181.2; Kröll/Mistelis, Viscasillas, Art.25, para.4.

Viyana Satım Sözleşmesi'nin esaslı ihlal kavramını tanımlayan 25'inci maddesinin CISG'e eklenmesinde Anglosakson ve Kıt'a Avrupası hukuk sistemlerinin birlikte etkileri söz konusu olsa da bu maddenin yorumlanmasında herhangi bir hukuk sisteminin yorum ilkesinden yola çıkılmamaktadır³⁰³. Anglosakson hukuk sisteminde esaslı ihlal (*fundamental breach*) kavramı bulunsa da CISG'in 25'inci maddesinin yorumu otonom bir yapıya sahiptir. Bu nedenle esaslı ihlal kavramı, CISG'in ilkeleri doğrultusunda ulusal normlardan ve yorum ilkelerinden bağımsız olarak değerlendirilmelidir. Ancak bu görüşe rağmen ulusal mahkemeler CISG'in hükümlerini kendi bakış açılarından yorumlayarak karar vermekten vazgeçmemiştir³⁰⁴. Örneğin esaslı ihlal kavramında Alman ve İsviçre Mahkemeleri sözleşmenin sona erdirilmemesi için daha sert bir tutum izlerken; Fransız, Avusturya ve Amerikan Mahkemeleri daha esnek bir yaklaşım benimseyerek sözleşmeden dönmeye daha kolay şartlarda izin vermektedir³⁰⁵.

Amerikan hukukundan gelen ve İngiliz hukukunda da aynı etkiye sahip, yer aldığı orijinal metinlerinde "*perfect tender rule*"³⁰⁶ olarak geçen prensibe göre, sözleşme konusu mallar sözleşmede belirtilen özelliklerden farklılık gösterirse, alıcının malı teslim almayı reddetme hakkının olduğu gibi sözleşmenin ihlal edildiğini ileri sürme hakkı da bulunmaktadır³⁰⁷. Bu kural alıcıyı, CISG'teki esaslı ihlal kuralına nazaran daha çok koruyor olsa da alıcının bu haklardan sınırsız yararlanması söz konusu değildir. Örneğin, *perfect tender kuralının* uygulanması alıcının malları kabul etmesinden önceki dönemi kapsamakta olup, alıcının malı kabul etmesinden sonra malda bulunan sözleşmeye aykırılıklar için alıcının

³⁰³ Schlechtriem/Butler, a.g.e, para.111, s.97; Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art.25, para.6; Zeytin, a.g.e, s.119.

³⁰⁴ Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art.25, para. 6.

³⁰⁵ Detaylı bilgi için bkz. Schlechtriem/Butler, a.g.e, para. 115, s. 101; Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art.25, para. 6.

³⁰⁶ Uniform Commercial Code §2-601.

³⁰⁷ Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art.25, para. 7.

iddialarının ispatı gereklidir³⁰⁸. Ayrıca bu kuralın taksitli satım sözleşmelerine uygulanamaması³⁰⁹ alıcının korunması açısından sınırlayıcılığının bir başka göstergesidir. Kusur kavramının yer almadığı CISG’te esaslı ihlali Türk ve İsviçre hukukunda bulunan ağır kusur-hafif kusur ayırımından ağır kusura benzetebiliriz³¹⁰.

Sözleşmeye aykırı davranışın esaslı ihlal oluşturup oluşturmadığı konusunda şüphe edildiği durumlarda, ihlalin esaslı olmadığı kabul edilir³¹¹. Zira esaslı ihlalin varlığı durumunda ihlale uğrayana sözleşmeden dönme gibi seçimlik haklar tanınmasından dolayı ihlalcı açısından sonuçları ağır durumlar yaratabilir.

Esaslı ihlal hem alıcı hem de satıcı tarafından gerçekleştirilebilen bir ihlal türü olup³¹², ihlale uğrayana sözleşmeden dönme veya ikame mal talebinde bulunma gibi haklar bahsetmektedir. Sözleşmeye aykırılığı “*esaslı ihlal*” yapan şartların incelenmesinin satıcının ayıplı mal teslim etmesinden sonra alıcının seçimlik hakları açısından oluşturacağı farklılıklar nedeniyle önemli görmekteyiz. Bu açıklama yapılırken CISG’in 25’inci maddesi yol gösterici hüküm olarak kullanılacaktır.

II. Esaslı İhlalin Gerçekleşmesi için Aranılan Şartlar

Viyana Satım Sözleşmesi’nin 25’inci maddesine göre, alıcı veya satıcının kurmuş olduğu sözleşmede taraflardan birinin öngördüğü veya normal koşullar altında aynı durumda

³⁰⁸ UCC §2-608(1).

³⁰⁹ UCC §2-612(2).

³¹⁰ Öz, Turgut, *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG)*, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması’nın (CISG) Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Değerlendirilmesi Sempozyumu Özel Sayısı, 2013/1, İstanbul, 2013, s.10.

³¹¹ Aktürk, a.g.e, s.212.

³¹² Dayıoğlu, a.g.e, s.35.

bulunan makul bir kişinin de öngörebileceği sözleşme ihlali, ihlale uğrayanın sözleşmeyi akdetmesindeki menfaatini elde etmesini engelliyorsa, esaslı ihlal gündeme gelecektir.

İlgili hüküm, esaslı ihlalin tespit edilmesinin zorluğu ve CISG’in 25’inci maddesinin beklenildiği kadar da bu tespitin yapılması konusunda yol gösterici olmadığı hususunda eleştirilmektedir³¹³. Bu tartışmalar genel olarak “öngörülebilirlik”³¹⁴ ve “esaslı”³¹⁵ kelimelerinin içeriğinin tespitindeki karmaşıklık üzerinde yoğunlaşmıştır.

A. Sözleşmenin İhlali

Viyana Satım Sözleşmesi kapsamında sözleşmenin ihlal edilmesinden söz edebilmek için öncelikle CISG’e uygun olarak kurulmuş bir sözleşmenin varlığı ve bu kapsamda değerlendirilen bir mal satım sözleşmesinin alıcı veya satıcı tarafından bir şekilde ihlal edilmesi gerekir. Tarafların kurduğu bu satım sözleşmesinde alıcı ve satıcının asli ve talî yükümlülükleri üzerinde anlaşmış olması gerekmektedir. Örneğin, satıcının 100 tane modüler su deposunu bu mal ile ilgili belgelerle birlikte alıcıya teslim etmesi karşılığında alıcının sözleşmede kararlaştırılan bedeli ödeyeceğine ilişkin bir mal satım sözleşmesinin kurulduğunu varsayalım. Satıcının asli yükümlülüğü, 100 adet modüler su deposunu belgeleriyle birlikte alıcıya teslim etmesi; alıcının sözleşmede kararlaştırılan bedeli satıcıya ödemesi ise alıcının sözleşmedeki asli yükümlülüğünü oluşturacaktır. Ancak alıcının modüler su deposunu

³¹³ Schlechtriem/Butler, a.g.e, para.111, s.97; Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art.25, para.9, s.340; Zeytin, a.g.e, s.119.

³¹⁴ Tarafların çıkarları sözleşmenin kurulması esnasında zaten belli veya belirlenebilir nitelikte olduğundan CISG’in 25’inci maddesinde bahsedilen “öngörülebilirlik” hususunun ne zaman uygulanacağı tartışmalı olup, ihlale uğrayan tarafından kullanılacak olası bir sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasını sağlayabilmek için sözleşmede tarafların öngörebildikleri her şeyin açıkça düzenlenmesi gerektiği tavsiye edilmektedir. Bianca/Bonell, *Commentary*, Art.25, para.2.2; Schlechtriem/Butler, a.g.e, para. 112, s.98;

Slechtriem/Schwenzer, Art.25, para.3.

³¹⁵ Schlechtriem/Butler, a.g.e, para.11 s.97-98; Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art.25, para.10-19, s.340-342.

sözleşmeyi akdetmesindeki amacına uygun olarak kullanabilmesi için satıcı tarafından malın montaj edilmesi bu mal satım sözleşmesinde satıcı bakımından bir talî yükümlülüktür. CISG’te alıcı veya satıcının sözleşmede ihlal ettikleri yükümlülüğün asli veya talî olmasının esaslı ihlal oluşturup oluşturmayacağı konusunda herhangi bir ayrımı bulunmamaktadır. Bununla beraber talî yükümlülüğün esaslı bir ihlal olarak nitelendirilebilmesi için tarafların bu hususu düzenlemeleri veya söz konusu bu talî yükümlülüğün malın satımına ilişkin olması gerektiğini düşünen yazarlar da mevcuttur³¹⁶.

Tarafların yükümlülüklerini sözleşmede kararlaştırdıkları gibi yerine getirmeleri hâlinde sözleşme ifa ile tam ve gereği gibi sona ermiş olacaktır. Ancak tarafların sözleşmede belirtilen yükümlülüklerine aykırı davranışları durumunda, ifa tam ve gereği gibi gerçekleşmeyecektir. Sözleşmeden doğan sorumluluğu kusur sorumluluğu³¹⁷ olarak düzenleyen 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, CISG’ten ifanın sözleşmede öngörülen şekilde yapılmaması konusunda ayrılmaktadır. Buna göre, tarafların sözleşme yükümlülüklerini yerine getirmemesi, Türk hukukunda ifa engelleri başlığı altında tek tek imkânsızlık, temerrüt ve satıcının ayıptan doğan sorumluluğunu da içine alan gereği gibi ifa etmeme olarak düzenlenmiştir³¹⁸. Kıt’a Avrupası ülkelerinde sözleşmenin ifa edilmemesi hâlindeki düzenlemeler böyleyken, CISG bu yönüyle Anglosakson hukuk sisteminden etkilenmiştir³¹⁹. Burada tarafların ihlalden kaynaklanan sorumluluğu belirlenirken ne kusur ne de sözleşmeye aykırılığın türüne dikkat edilmektedir³²⁰. Yani CISG’te alıcı ve satıcının yükümlülüklerini

³¹⁶ Atamer, *İfa Engelleri*, s.238; Dayıoğlu, a.g.e, s.36-37; Schlechtriem/Schwenzer, Art. 25, para.24.

³¹⁷ Aral, Fahrettin, *Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa*, Ankara, 2011, s.176; Eren, *Genel Hükümler*, s. 1082; Oğuzman/Öz, a.g.e, s.33.

³¹⁸ Aral, a.g.e, s.67; Atamer, *İfa Engelleri*, s.226.

³¹⁹ Atamer, *İfa Engelleri*, s.224; Dayıoğlu, a.g.e, s.34.

³²⁰ Bianca/Bonell, *Commentary*, Art.79, para. 2.6.2; Dayıoğlu, a.g.e, s.34; Toker, *Esaslı İhlal*, s.219.

neden veya hangi yükümlölükleri ihlal ettiklerinin cevabını oluşturan hukuki olgular üzerinde durmak yerine, ihlalin ağırlık derecesine göre hukuki sonuçlara önem verilmiştir³²¹.

Viyana Satım Sözleşmesi kapsamında alıcı veya satıcının gerçekleştirdikleri sözleşmeye aykırılıkların esaslı ihlal sayılabilmesi için, bu yükümlölüklerin ya CISG’te ya da taraflar arasında kararlaştırılan satım sözleşmesinde belirtilmiş olması gerekir³²². Yukarıda da belirtildiği üzere bazı yazarlar talî yükümlölüklerin ancak taraflarca sözleşmede ihlalinin esaslı ihlal oluşturacağı kararlaştırılmışsa, bu yükümlölüğün ihlali hâlinde esaslı ihlalden bahsedileceğini iddia etmektedir³²³. Böyle bir durumda somut olayın özelliklerini sözleşmenin diğer şartlarıyla birlikte CISG’in 25’inci maddesini değerlendirerek ele almak gerekir³²⁴.

Bazı durumlarda tarafların hâkimiyet alanlarında olmayan nedenlerden dolayı sözleşme ihlal edilebilir. Böyle durumlarda ihlalcı taraf CISG’in 79’uncu maddesi uyarınca ispat yükünü üzerine alarak sözleşmeye aykırılıktan doğan tazminat sorumluluğundan kurtulabilir³²⁵. Ancak ihlalcinin bu sorumsuzluğu sadece CISG’in 74’üncü maddesi kapsamındaki tazminat sorumluluğu ile sınırlı olup, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluğuna herhangi bir etkisi bulunmamaktadır³²⁶.

B. Önemli Ölçüde Gerçekleşmiş Menfaat Kaybı

Viyana Satım Sözleşmesi’nin 25’inci maddesine göre, ihlale uğrayan satıcı veya alıcı sözleşmeyi gerçekleştirmedeki menfaatini önemli ölçüde kaybetmişse, bu takdirde sözleşmenin

³²¹ Atamer, *İfa Engelleri*, s.229; Özdemir, a.g.e, s.81; Toker, *Esaslı İhlal*, s.218-219; Zeytin, a.g.e, s.127.

³²² Schlechtriem/Schwenzer, Art.25, para.14.

³²³ Atamer, *İfa Engelleri*, s.238; Dayıoğlu, a.g.e, s.35.

³²⁴ Atamer, *Satıcının Yükümlölükleri*, s.302; Huber/Mullis, a.g.e, s.326; Schlechtriem/Schwenzer, Art.25, para.15; Zeytin, a.g.e, s.119.

³²⁵ Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art.79, para.1; Schlechtriem/Schwenzer, Art. 25, para. 13.

³²⁶ Bianca/Bonell, *Commentary*, Art.79, para. 2.10.1; Dayıoğlu, a.g.e, s.34.

ihlalcı tarafından esaslı olarak ihlal edildiği kabul edilmektedir. Esaslı ihlal için öngörülen bu şart, esaslı ihlalin tespitindeki en belirleyici şarttır.

Viyana Satım Sözleşmesi'nde önemli ölçüde menfaat kaybının neyi ifade ettiği tanımlanmamıştır. Keza UNCITRAL'in 1978 yılında yayımladığı taslakta, her somut olayın kendi koşulları içerisinde değerlendirilmesi gerektiğini, örneğin taraflarca yapılan mal satım sözleşmesinin malî değeri, alıcı veya satıcının yapmış olduğu ihlalin malî olarak sözleşmeye etkisi gibi hususların göz önüne alınarak esaslı ihlalin tespit edilmesi gerektiği belirtilmiştir³²⁷. O hâlde, bu kavramın CISG'in 74'üncü maddesinde geçen “zararlar” kavramından daha geniş bir içeriğe sahip olduğu söylenebilir³²⁸. Zira menfaat kaybı, ölçülebilir zarardan öte ihlale uğrayan sözleşme tarafının ticari itibarında da kayba yol açmış ya da müşteri kaybına sebebiyet vermiş olabilir³²⁹. Aynı zamanda menfaat kaybının, şimdiki veya geçmiş zamanda olması zorunluluğu bulunmamakta, gelecekte gerçekleşebilecek kayıpların da bu kavramın içine dâhil edilmesi mümkündür³³⁰.

Sözleşmede tarafların sözleşmeden bekledikleri menfaat, sözleşmenin içeriğine bakılarak belirlenebilir³³¹. Sözleşmenin içeriğinde tarafların sözleşmeyi kurma nedenlerindeki beklentilerinin ne olduğu esaslı ihlalin varlığının tespitinde bir pusula gibidir. Taraflar sözleşmenin kurulması sırasında, sözleşmeden beklentilerine sözleşme metninde yer vererek bu beklentilerin ihlali hâlinde esaslı ihlalin gerçekleşeceğine ilişkin hüküm koyma konusunda

³²⁷ Secreteriat Commentary on 1978 Draft, Art. 23, para.3; Zeytin, a.g.e, s.127.

³²⁸ Atamer, *İfa Engelleri*, s. 239; Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art.25, para.12, s.341; Toker, a.g.m, s.225.; Özdemir, a.g.e, s.80; Schlechtriem/Schwenzer, Art.25, para. 22.

³²⁹ Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art.25, para.12, s.341; Staudinger/Magnus, Art. 25, para.11.

³³⁰ Schlechtriem/Schwenzer, Art. 25, para.22; Toker, *Esaslı İhlal*, s.226; Zeytin, a.g.e, s.128.

³³¹ Atamer, *Satıcının Yükümlülükleri*, s.299; Dayıoğlu, a.g.e, s.33; Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art.25, para.11, s.341; Toker, *Esaslı İhlal*, s.225; Özdemir, a.g.e, s.81; Zeytin, a.g.e, s.128.

serbesttirler³³². Örneğin, taraflar sözleşme konusu malın teslimi için bir tarih belirlemiş ve bu tarihte gerçekleşmeyen teslimin satıcı tarafından esaslı ihlal oluşturacağı konusunda taraflar anlaşmışsa, satıcının kararlaştırılan tarihte malı teslim etmemesi, satıcının sözleşmeyi esaslı olarak ihlal ettiği anlamına gelir. Zira böyle bir durumda alıcı sözleşmeden beklentisini sözleşmede açıkça belirtmiş ve bu konuda satıcıyla anlaşmıştır. Buna rağmen bu beklentisinin karşılanmaması alıcının menfaatinde önemli ölçüde bir yoksunluk meydana getirecektir³³³. Satıcının esaslı ihlal yaptığı sözleşme koşulları gereğince açık ve ortadır. Ancak tarafların böyle bir belirleme yapmaması hâlinde, esaslı ihlalin tespiti için CISG 8'inci maddesindeki yorum ilkeleri uygulanacaktır³³⁴. Böyle bir durumda öncelikle taraflar arasındaki sözleşmede yer alan iradeler tespit edilecek, daha sonra aynı konumda makul bir üçüncü kişinin vereceği anlama bakılacak ve en sonunda da taraflar arasında gerçekleştirilen sözleşme görüşmelerine veya taraflar daha önceden herhangi bir hukuki ilişki kurdularsa geçmiş tarihli olan hukuki ilişkideki alışkanlıklar ve teamüllere göre değerlendirme yapıp ihlalin esaslı olup olmadığına karar verilecektir³³⁵.

Viyana Satım Sözleşmesi'nde "*ultima ratio*" ilkesinin benimsenmesi nedeniyle, yani taraflarca sözleşmenin son ana kadar ayakta tutulması için gereken her şeyin yapılması kuralı, sözleşmenin ihlali hâlinde ihlale uğrayan tarafın sözleşmeden dönme yerine CISG'te ihlale

³³² Huber/Mullis, a.g.e, s.214; Schlechtriem/Schwenzer, Art.25, para.9; Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art.25, para.17, s.342-343.

³³³ Schlechtriem/Schwenzer, Art. 25, para.9; Detaylı bir örnek için bkz. Zeytin, a.g.e, s.128.

³³⁴ Dayıoğlu, a.g.e, s. 38-39.

³³⁵ Huber/Mullis, a.g.e, s.215; Dayıoğlu, a.g.e, s.38; Toker, *Esaslı İhlal*, s.227.

uğrayan taraf için öngörölmüş seçimlik haklarla tatmin edilip edilemeyeceğı de kontrol edilmelidir³³⁶.

C. Önemli Menfaat Kaybının Öngörölmesi veya Öngörülebilir Nitelikte Olması

Sözleşmeyi ihlal eden tarafa CISG'in 25'inci maddesinde, ihlale uğrayan tarafın sözleşmeden dönmesini engelleyebilecek bir hak tanımıştır. “Öngörülebilirlik” ilkesi olarak geçen bu prensip, CISG'in 74'üncü maddesindeki tazminat sorumluluğunu ihlalci için sadece sınırlandırırken, CISG'in 25'inci maddesinde ihlale uğrayanın esaslı ihlal iddiasında bulunabilmesi için bir şart olarak öngörölmüştür³³⁷. İhlale uğrayan tarafın esaslı ihlale dayanarak sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmesi için ihlalcinin sözleşmeye aykırılık sonucunu öngörmesi veya öngörmesinin beklenilmesi şartı gerçekleşmelidir³³⁸. O hâlde ihlalci tarafın bu ihlali öngöremediğini veya onun konumunda ve şartlarında olacak başka bir makul üçüncü kişinin de bu ihlali öngöremeyeceğini ispat etmesi durumunda, ihlale uğrayan esaslı ihlal iddiasında bulunamayacak ve CISG'in esaslı ihlal hâlinde ihlale uğrayan tarafa sağladığı seçimlik haklardan yararlanamayacaktır.

Viyana Satım Sözleşmesi'nin 25'inci maddesi “öngörölme” ile ilgili hukuk uygulayıcılarına sübjektif ve objektif olmak üzere iki kıstas sunmaktadır³³⁹. Bu minvalde tarafların esaslı ihlalin gerçekleşeceğini öngörmesi sübjektif kıstası oluştururken, aynı koşullar

³³⁶ Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art.25, para.17, s.342; Toker, *Esaslı İhlal*, s.228; Ayıbın satıcı tarafından giderilip giderilemeyeceğine ilişkin esaslı ihlalin varlığı hususunda doktrinde tartışmalar olmakla birlikte, hâkim görüşe göre, satıcının ayıbı alıcı için makul bir süre içerisinde ve külfetsiz olarak gidermesi hâlinde ayıbın ağırlığına rağmen esaslı ihlalden bahsedilemeyeceğini savunmaktadır. Staudinger/Magnus, Art.49, para.14; Zeytin, a.g.e, s.130.

³³⁷ Huber/Mullis, a.g.e, s.215; Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art.25, para.20, s.344; Zeytin, a.g.e, s.131.

³³⁸ Toker, *Esaslı İhlal*, s.228.

³³⁹ Toker *Esaslı İhlal*, s.228; Zeytin, a.g.e, s.131-132.

ve ortamda makul bir kişinin de bu ihlali öngörebileceği objektif kıstası açıklamaktadır. Ancak bazı yazarlar, sübjektif ve objektif kıstasların esaslı ihlalde öngörülebilirlik unsurunun belirlenmesinde kümülatif bir şekilde bulunması gerektiğini savunurken³⁴⁰, hâkim görüşe göre objektif kıstas sübjektif kıstası tamamlayıcı bir hüküm niteliğindedir³⁴¹. Yani sözleşmenin esaslı ihlalinin değerlendirilmesi yapılırken, öncelikle ihlalci tarafın bu ihlali öngörüp öngörmediğine, bunun tespitinin yapılamaması durumunda ise makul bir kişinin aynı koşullar altında ihlali görüp göremeyeceğine bakılmaktadır.

Öngörülebilirliğin CISG'in 25'inci maddesi kapsamında esaslı ihlal iddiasını engellemesi için en geç ne zamana kadar bilinmesi veya bilinmesi gerektiği hususu CISG'te açıkça düzenlenmediğinden dolayı tartışmalıdır. Ancak bu konuda sözleşmenin kurulduğu anın belirleyici olduğu hâkim görüş olarak kabul edilmektedir³⁴². Bazı yazarlara göre ise, sözleşmenin kurulmasından sonra fakat malın teslimatından önce alıcı tarafından satıcıya yapılan bildirimler neticesinde satıcının bu yükümlülükleri ihlal etmesinin öngörülebilir nitelikte olup olmadığının da esaslı ihlalin tespitinde değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir³⁴³. Kanımızca sözleşmenin kurulduğu sırada, tarafların birbirlerine ilettikleri bilgiler çerçevesinde tarafların sorumluluklarının sınırları çizileceği için sözleşmelerin

³⁴⁰ Bu iki kıstasın birbirine alternatif olamayacağına ilişkin bkz. Toker, *Esaslı İhlal*, s.231.

³⁴¹ Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art.25, para.21, s.344.

³⁴² Atamer, *Satıcının Yükümlülükleri*, s.305; Bianca/Bonell, *Commentary*, Art. 25, para. 2.2.2.2.5; Huber/Mullis, a.g.e, s.216; Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art.25, para.25, s.345; Schlechtriem/Schwenzer, Art.25, para.33; Toker, *Esaslı İhlal*, s.230.

³⁴³ Atamer, *Satıcının Yükümlülükleri*, s.307; Dayıoğlu, a.g.e, s.39; Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art.25, para.25, s.345; Schlechtriem/Schwenzer, Art.25, para.33.

yapıldığı sırada öngörülebilirliğin ölçülmesi gerektiği görüşündeyiz³⁴⁴. Zira CISG'in sistematik yorum yöntemiyle ele alınmasıyla da genel olarak sözleşmenin kurulduğu anın tarafların sorumluluklarının belirlendiği son nokta olarak tarif edildiği görülmektedir³⁴⁵.

Öngörülebilirliğin objektif kıstasını oluşturan makul kişi ifadesinden ne anlaşılması gerektiği hususunda da tartışmalar söz konusudur. Fakat belirtilmelidir ki, makul kişinin tespitinde de objektif unsurlar mevcuttur³⁴⁶. Makul kişinin belirlenmesindeki ilk objektif unsur, makul kişinin sözleşmede ihlalci taraf ile aynı konum içerisinde bulunmasıdır³⁴⁷. Bundan anlaşılması gereken, makul üçüncü kişinin ihlali yapan alıcı ve satıcının sözleşme konusu malın satımıyla ilgili ticarî bir branştan olması gerektiğidir³⁴⁸. İkinci objektif unsur ise, makul üçüncü kişinin ihlalci ile aynı koşullara sahip olmasıdır. Yani makul üçüncü kişi ihlalci ile aynı sosyal ve ekonomik koşullara içinde olmalıdır³⁴⁹. Somut olayın özellikleri ve ihlalin gerçekleştiği zaman dilimi göz önüne alındığında ihlalcinin konumu ve şartlarındaki makul kişinin de sözleşme ihlalinin öngörememesi söz konusu ise, ihlalci ihlalin esaslı olmadığını ispat edebilir³⁵⁰.

³⁴⁴ Huber/Mullis, a.g.e, s.216; Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art.25, para.26, s.345; Schlechtriem/Butler, a.g.e, para.112, s.98.

³⁴⁵ İlgili maddeler için bkz. m. 31-b, m. 42/2-a, m. 73/3, m. 74, m. 79/1.

³⁴⁶ Toker, *Esaslı İhlal*, s.229.

³⁴⁷ Dayıoğlu, a.g.e, s.39-40; Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art.25, para.22, s.344; Toker, *Esaslı İhlal*, s.229.

³⁴⁸ Bianca/Bonell, *Commentary*, Art. 25, para. 2.2.2.2.1; Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art.25, para.22, s.344; Toker, a.g.m, s.229.

³⁴⁹ Bianca/Bonell, *Commentary*, Art. 25, para. 2.2.2.2.1.

³⁵⁰ Toker, *Esaslı İhlal*, s.229.

III. Esaslı İhlalde İspat Yüğü

Viyana Satım Sözleşmesi'nin 25'inci maddesi kapsamında esaslı ihlalin ispat yüğü iki aşamalıdır. Öncelikle ihlale uğrayan taraf bakımından, sözleşmenin ihlal edildiğı ve bu ihlalin bahsi geçen taraf açısından önemli menfaat yoksunluğına sebep olduğı ispatlanmalıdır³⁵¹. Burada ihlale uğrayan taraf öncelikle mal satım sözleşmesinin CISG'in 25'inci maddesi uyarınca bir olumsuzluk sonucu ihlal edildiğı, daha sonra da bu ihlalin önemli bir menfaat kaybına sebebiyet verdiğini ispatlayacaktır.

Esaslı ihlal iddiasının karşısında, bu ihlalin öngörülmediğı veya makul bir kişi tarafından da ihlalin öngörülemez nitelikte olduğunun ispatını ise sözleşmeyi esaslı ihlal ettiğı edilen kişi tarafından üstlenilmektedir³⁵². Öngörülebilirlik unsurunun iki kıstası olan objektif ve sübjektif kıstasların birbirlerini tamamlayıcı hükümler olduğı kabul edildiğinde, ihlalcinin öncelikle ihlal konusunu öngöremediğini, bunu ispat edemediğinde ise makul bir üçüncü kişinin de aynı konum ve şartlarda bu ihlali öngöremeyeceğini ispat etmesi gerekmektedir.

Sonuç olarak, esaslı ihlal iddiasında bulunan taraf, ihlalin varlığını ve bu ihlal neticesinde önemli bir menfaat kaybına uğradığını ispat ederse, ispat yüğü karşı tarafa geçecek ve karşı taraf bu ihlali öngöremediğini veya makul bir üçüncü kişinin de öngöremeyeceğini ispat etmesi gerekecektir. Eğer sözleşmeyi ihlal ettiğı iddia edilen taraf bu konuda kanun uygulayıcılarını ikna ederse, ihlale uğrayan taraf sözleşmenin esaslı ihlal edilmesine dayanarak esaslı ihlalden kaynaklanan seçimlik haklarını kullanamayacaktır³⁵³.

³⁵¹ Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art.25, para.19, s.344; Schlechtriem/Schwenzer, Art.25, para.35; Zeytin, a.g.e, s.142.

³⁵² Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art.25, para.19; Schlechtriem/Schwenzer, Art.25, para.36; Zeytin, a.g.e, s.142; Toker, *Esaslı İhlal*, s.231.

³⁵³ Toker, *Esaslı İhlal*, s.231.

IV. Ayıplı İfa ile Esaslı İhlalin İlişkisi

Türk ve İsviçre hukukunda sözleşmeye aykırılık ve ayıba karşı tekeffül hükümleri ayrı ayrı değerlendirilmiştir. Ancak sözleşmeye aykırılık konusunda Anglosakson hukuk sisteminden büyük ölçüde etkilenmiş olan CISG’te ayıba karşı tekeffül sözleşmeye aykırılığın içerisinde incelenmiştir³⁵⁴. Bu bakımdan CISG kapsamında satıcının ayıplı mal teslim etmesinden doğan sorumluluğundan bahsedebilmek için satıcının malı sözleşmede kararlaştırıldığı gibi alıcıya teslim etmemesi gerekir. Malın sözleşmeye uygunluğu CISG’in 35’inci maddesinde düzenlenmiş olup, bu konu yukarıda detaylı olarak incelenmiştir.

Viyana Satım Sözleşmesi’nin 35’inci maddesinde tarafların malın sözleşmeye uygunluğunu sübjektif olarak belirledikleri 1’inci fıkrası uyarınca, sözleşme konusu mal, tarafların sözleşmede irade uygunluklarının sonucu olarak kararlaştırılana uygunluk göstermek zorundadır. Aksi bir durumda satıcının ayıptan doğan sorumluluğu gündeme gelecektir. Bu sorumluluğun sınırlarını ise alıcının sözleşme kurarken sözleşmeden beklediği menfaattaki azalma çizecektir. Yani malın sözleşmeye uygun olarak teslim edilmemesinden dolayı alıcının satım sözleşmesini kurarken satım konusu maldan beklediği menfaatten önemli ölçüde yoksun kalması, alıcının sözleşmenin esaslı ihlaline dayanarak sözleşmeden dönme dâhil CISG’te alıcıya öngörülmüş bütün seçimlik haklarını kullanabileceği anlamına gelmektedir. Alıcının söz konusu seçimlik haklarını kullanabilmesi için satım konusu malın ayıplı ifa edilmesi nedeniyle alıcının sözleşmeden beklediği menfaati elde edememesi veya bu menfaate önemli ölçüde zarar vererek alıcıyı bu menfaatten mahrum bıraktığını ispat etmesi gerekir³⁵⁵. Bazı yazarlara göre, maldaki uygunsuzluğun ayıbın giderilmesiyle³⁵⁶, ayıp oranında alıcının ödemesi gereken

³⁵⁴ Atamer, *Satıcının Yükümlülükleri*, s.181-184; Baysal, a.g.m, s.222; Dayıoğlu, a.g.e, s.40-43; Özdemir, a.g.e, s.97; Toker, *Esaslı İhlal*, s.235.

³⁵⁵ Toker, *Esaslı İhlal*, s.236-237.

³⁵⁶ Yılmaz, a.g.e, s.118.

sözleşme bedeli üzerinden indirim yapılmasıyla veya alıcının tazminat hakkını kullanmasına rağmen tatmin olmamasıyla ayıplı ifadan dolayı alıcının menfaatinin ne kadar zedelendiğinin tespitini yapmanın en doğru yöntem olacağını savunmaktadır³⁵⁷.

Taraflar bazen malın sahip olması gereken özelliklere sözleşmede yer vermemekte ve böyle bir durumda oluşabilecek ihtilafları önlemek amacıyla CISG'in 35'inci maddesinin 2'inci fıkrasında, objektif olarak malın bulundurması gereken özellikler belirtilmiştir. Yukarıda kapsamlı olarak ele alınan bu objektif özelliklere sahip olmayan malın teslim edilmesi hâlinde de sözleşmeye aykırı mal tesliminden bahsedileceği açıktır. Bu malın söz konusu objektif kriterlere uygun olmaması ve bunun sonucunda alıcının uğradığı önemli menfaat kaybı neticesinde, alıcı sözleşmenin esaslı ihlalini iddia edebilecektir³⁵⁸.

Satıcının ayıplı mal tesliminden doğan uyuşmazlıkların çözümünde alıcının esaslı ihlale dayanarak seçimlik haklarını kullanabilmesi için üç unsur dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Bu unsurlar, sözleşmeye aykırılığı oluşturan ayıbın ciddi olup olmadığı, satıcı tarafından ayıbın giderilebilmesinin mümkün olup olmadığı³⁵⁹ ve alıcının ayıplı maldan dolayı uğradığı menfaat kaybının CISG uyarınca alıcıya tanınan diğer seçimlik haklarla giderilip giderilemeyeceğidir³⁶⁰. Kanımızca da bu ölçütün “*ultima ratio*” ilkesiyle çelişmemesi nedeniyle bu yorum genel CISG ilke ve kurallarına uygundur³⁶¹.

Sonuç olarak, CISG somut bir uyuşmazlıkta alıcıya ayıplı malın teslimi hasebiyle sadece esaslı ihlalin tanındığı seçimlik haklardan sözleşmeden dönme hakkı gibi imkânların kullanımını belirli unsurların kümülatif varlığı hâlinde vermektedir. Maldaki ayıbın alıcının

³⁵⁷ Huber/Mullis, a.g.e, s.228; Dayıoğlu, a.g.e, s.41.

³⁵⁸ Toker, *Esaslı İhlal*, s.236.

³⁵⁹ Bianca/Bonell, *Commentary*, Art.48, para.3.2.1.

³⁶⁰ Atamer, *İfa Engelleri*, s.250; Schlechtriem/Butler, a.g.e, para. 115, s.105 Toker, *Esaslı İhlal*, s.237.

³⁶¹ Atamer, *Satıcının Yükümlülükleri*, s.307; Dayıoğlu, a.g.e, s.42.

sözleşmeden beklediği menfaati önemli ölçüde engellememesi durumunda ise, CISG’de alıcı için öngörülmüş seçimlik haklar ile ayıbın giderilip giderilemeyeceğine bakılır. Alıcının tatmin edilebilmesi için satım konusu ayıplı malın öncelikle tamiri, tamiri yapılamıyorsa alıcının mal için ödediği sözleşme bedelinden ayıp oranında tenzil edilmesi denenecektir³⁶². Yani ayıplı bir mal teslim alan alıcının söz konusu bu malı başka bir şekilde değerlendirme imkânına veya zararına bile olsa bu malı müşterilerine satabilme ihtimaline sahip olması sözleşmenin ihlalinin esaslı olmadığı anlamına gelmektedir³⁶³. Zira malı müşterilerine zararına satan alıcı açısından oluşacak zarar tazminat yoluyla giderilebilir.

Literatürde *aliud ifa* olarak geçen, satıcının sözleşme konusu mal yerine başka bir malı teslim etmesi, yani sözleşmede tarafların belirledikleri mal türünün dışına çıkılarak ifanın gerçekleştirilmesi, satıcının malları teslim ettiği ancak sözleşmeye aykırı olarak teslim etmesi durumudur³⁶⁴. Yani *aliud ifa*da satıcının malları teslim etmemesinden değil, sözleşmeye aykırı mal teslim etmiş olmasından doğan sorumluluğunu gündeme getirecektir. Hâlbuki bu durum Türk hukukunda malların teslim edilmemesi olarak kabul edildiği için satıcı tarafından borcun ifası gerçekleşmemiş sayılıp, alıcı satıcıyı bu konuda temerrüde düşürme hakkını haizdir³⁶⁵.

³⁶² Atamer, *Satıcının Yükümlülükleri*, s.399; Toker, *Esaslı İhlal*, s.238; Ayhan, Hilal L., *Birleşmiş Milletler Viyana Satım Sözleşmesi’ne Göre Uluslararası Satım Sözleşmelerinde Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu*, GÜHFD, C.15, S.2, 2011, s.10.

³⁶³ Atamer, *Ifa Engelleri*, s.250; Zeytin, a.g.e, s.138.

³⁶⁴ Ayhan, a.g.e, s.9; Bianca/Bonell, *Commentary*, Art.46, para.2.2.1.2; Oğuzman/Öz, a.g.e, s.273-274; Schwenzer/Schlechtriem, Art. 45, para.7; Schlechtriem/Schwenzer, Art.25, para.49; Zeytin, a.g.e, s.137.

³⁶⁵ Aral/Ayrancı, a.g.e, s.121; Baysal, a.g.m, s.227; Gümüş, Mustafa Alper, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, C.1, İstanbul, 2013, s.71-72.

Aliud ifanın varlığı hâlinde alıcının esaslı ihlale dayanarak sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmesi için ihlalin yine CISG'in 25'inci maddesindeki şartları taşıması gereklidir³⁶⁶. Sözleşmeden dönme hakkının hangi hâllerde kullanılabileceğini düzenleyen CISG'in 49'uncu maddesinin 1'inci fıkrasının (a) bendi uyarınca da tarafların sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yerine getirmemesinin esaslı ihlal oluşturması hâlinde bu talebin istenebileceği belirtilmiştir³⁶⁷. Yani tek başına *aliud ifa* esaslı ihlal olarak kabul edilmemektedir. O hâlde malın türünün sözleşmede kararlaştırılandan farklı olarak teslim edilmesi durumunda, alıcının esaslı ihlal iddiasında bulunabilmesi için satıcının ayıptan doğan sorumluluğunda olduğu gibi ihlalin alıcıyı önemli bir menfaat kaybına uğratması gerekir. Ancak bazı yazarlara göre zaten çoğu durumda tarafların sübjektif olarak sözleşmede kararlaştırdıkları malın türü, alıcının sözleşmeyi akdetmesindeki menfaatinin önemli bir bölümünü oluşturmaktadır³⁶⁸. Dolayısıyla söz konusu malın sözleşmede belirtilen türden farklı olması sözleşmenin esaslı ihlalini oluşturacaktır. Hatta aliud ifanın satıcı tarafından doğrudan sözleşmenin esaslı ihlal edilmesi anlamına geldiğini savunan görüşler de mevcuttur³⁶⁹. Ancak CISG'te aliud ifayı kendiliğinden sözleşmenin esaslı ihlali olarak gösteren herhangi bir hükmü bulunmamaktadır. Bu nedenle kanımızca, sözleşmenin esaslı ihlali konusunda aliud ifanın CISG'te ayıplı ifa ile aynı hükümlere tâbi olacağını söylemek mümkündür³⁷⁰.

³⁶⁶ Dayıoğlu, a.g.e, s.42; Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art.46, para.6, s.675; Schlechtriem/Schwenzer, Art. 25, para.50; Schlechtriem/Schwenzer, Art.46, para.24; Toker, *Esaslı İhlal*, s.238.

³⁶⁷Slechtriem/Butler, a.g.e, para.189, s.144.

³⁶⁸Dayıoğlu, a.g.e, s.42-43; Toker, *Esaslı İhlal*, s.238.

³⁶⁹ Bianca/Bonell, *Commentary*, Art. 46, para. 2.2.1.2.

³⁷⁰ Zeytin, a.g.e, s.137.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

VİYANA SATIM SÖZLEŞMESİ'NDE AYIP KAVRAMI, İFA ENGELLERİ ARASINDA AYIP, AYIPTAN DOĞAN SORUMLULUĞUN ŞARTLARI VE HUKUKİ SONUÇLAR

§5. SATICININ AYIPTAN DOĞAN SORUMLULUĞU İÇİN VİYANA SATIM SÖZLEŞMESİ'NDE ARANAN ŞARTLAR

I. Genel Olarak

Viyana Satım Sözleşmesi satıcının ayıptan doğan sorumluluğunu Türk ve İsviçre hukukundan farklı olarak sözleşmeye aykırılığın içinde düzenlemiştir. Yani, CISG'te satıcının ayıplı mal tesliminden dolayı doğacak sorumluluğuna ilişkin ayrı bir düzenleme yer almamaktadır. Satıcının ayıptan doğan sorumluluğunun diğer sözleşmeye aykırılıklar gibi değerlendirilmesi CISG'in uluslararası kapasitesi bakımından yerinde bir düzenleme olmuştur.

Viyana Satım Sözleşmesi'nin satıcının ayıptan doğan sorumluluğunu tek tip ifa engeli olarak benimsemesinden başka, Türk ve İsviçre hukukunda satıcının ayıplı mal teslimi, satıcının teslim borcunu yerine getirmediği anlamına gelirken, CISG'te ayıplı mal tesliminde, teslimin sözleşmeye uygun yapıldığının ancak malların sözleşmeye uygun olmamasından kaynaklı olarak satıcının sözleşmeyi ihlal ettiği kabul edilmektedir.

Viyana Satım Sözleşmesi kapsamında satıcının ayıptan doğan sorumluluğundan bahsedebilmek için somut uyumsuzlukta bazı şartların varlığı bulunmalıdır. Bu şartlar, satıcının sorumluluğu kapsamında alıcı için öngörülmüş hukuki çarelerin alıcı tarafından kullanılabilmesi için mutlaka bulunması gereken maddi ve şekli şartlar olarak ikiye ayrılmaktadır.

Satıcının ayıplı bir maldan dolayı alıcıya karşı sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için öncelikle, malın ayıplı da olsa alıcıya teslim etmesi gereklidir³⁷¹. Zira malın teslimi olmazsa malın ifasının gerçekleşmediği hasebiyle satıcının sözleşmeye aykırı davrandığı kabul edilir. Alıcıya teslimi gerçekleşmiş malı alıcı gözden geçirmeli etmeli ve herhangi bir ayıbın varlığında buna ilişkin bildirimini satıcıya makul zaman içerisinde yapmalıdır³⁷². Bu anlamda, bu şartları incelerken maldaki ayıbın çeşitlerini, ayıbın zaman itibarıyla varlığını, alıcının ayıbın varlığından haberdar olup olmamasını ve ayıbın alıcı tarafından görülmesinden sonra Viyana Satım Sözleşmesi'nde öngörülmüş seçimlik haklarını kullanabilmesi için satıcıya maldaki ayıpla ilgili bildirimde bulunmasını inceleyeceğiz.

II. Maddi Şartlar

Satıcının ayıptan doğan sorumluluğunda maddi şartlar, malın sözleşmeye uygun olmamasından kaynaklanan durumlardır. Kısaca da denilebilir ki, maddi şartlar ayıbın temelleridir. Yani alıcı bu şartların varlığı olmadan herhangi bir sözleşmeye aykırılıktan bahsedemez.

Sözleşme konusu malı alıcı teslim aldıktan sonra, malın sözleşmede kararlaştırılandan farklı olduğunun tespiti satıcının ayıptan doğan sorumluluğunda büyük bir öneme sahibidir. Aşağıda da kapsamlı olarak inceleyecek bu şartlar, alıcının seçimlik haklarını kullanabilmesi için belirtilmiştir.

A. Satılanın Ayıplı Olması

Viyana Satım Sözleşmesi hükümlerine uygun olarak kurulmuş bir satım sözleşmesinde Viyana Satım Sözleşmesi uyarınca taraflardan beklenen, satıcı ve alıcının kendi iradelerini ortaya koyarak sözleşmede belirttikleri yükümlülüklerinin gereğini yaparak ifalarını

³⁷¹ Özdemir, a.g.e, s.83; Zeytin, a.g.e, s.137.

³⁷² Özdemir, a.g.e, s.83, Özdemir/Okur, a.g.e, s. 235.

gerçekleştirmeleridir. CISG’te Türk ve İsviçre hukukundan farklı bir şekilde yer alan ayıp kavramı, yukarıda da belirtildiği üzere tek bir kavramın altında düzenlenmiştir³⁷³.

Türk hukukunda sözleşmeye aykırılık, üç ana neden olan imkânsızlık, temerrüt ve gereği gibi ifa etmemeden kaynaklanmaktadır. Ancak Anglosakson hukuk sistemini benimseyen hukuk düzenlerinde, sözleşmede taraflarca öngörülen edimlerin yerine getirilip getirilmemesine göre doğan, doğmuş veya doğacak zararın tazmin edilmesine yönelik bir yaklaşım söz konusudur. Dolayısıyla kusur veya zamanaşımı gibi konular Türk hukukunda olduğu gibi ayıp için önem arz etmemektedir. Hâlbuki Türk hukukunda temerrüt ve imkânsızlık hâlinde sözleşme aykırı hareket eden tarafın sözleşme aykırılık konusunda kusurunun bulunmadığını ispat etmesi durumunda sorumluluktan kurtulma imkânı bulunmaktadır³⁷⁴.

Yukarıda da incelendiği üzere CISG’te malın bulundurması gereken özellikler, CISG’in 35’inci maddesinde ayrıntılı olarak açıklanmıştır. Satım konusu malın ayıplı olabilmesi için öncelikle CISG’in 35/1’inci maddesinde yer alan mala ait sübjektif kriterler ve 35/2’nci maddesindeki tarafların kararlaştırmadığı ancak objektif olarak malın sahip olması gereken özelliklerde eksiklik yüzünden alıcının maldan faydalanamaması, malı tasarruf edememesi veya maldan beklediği kullanım amacını elde edememesi gerekir. Dolayısıyla genel olarak

³⁷³ Atamer, *İfa Engelleri*, s.226; Atamer, *Satıcının Yükümlülüğü*, s.181-182; Baysal/Şipka/Yıldırım, a.g.e, s.222; Dayıoğlu, a.g.e, s.41; Türk hukukunda 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun’un 8’inci maddesinde, sözleşmede kararlaştırılan sürede malın teslim edilmemesi hâlinde tüketiciye satıcının ayıptan doğan sorumluluğuna ilişkin hükümlerden yararlanma imkânı tanınmıştır. Bu anlamda kanun sistematığına uymayan bu hüküm ile ilgili eleştiri ve çözümler için bkz. Erkan, Vehbi Umut, *Tüketici Satış Sözleşmelerinde Kararlaştırılan Sürede Malın Teslim Edilmemesi Durumunda 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Ayıplı Mallara İlişkin Hükümlerinin Uygulanması*, TAAD, Nisan 2017, S. 30, s. 293 vd.

³⁷⁴ Atamer, *İfa Engelleri*, s.230.

alıcının “*esaslı ihlal*” neticesinde kullanabileceği ayıba karşı tekeffül hükümleri için ayıbın önemli olması gereklidir³⁷⁵.

Çalışmamızda ayıp konusunda bulunan sistemsal farklılıklardan ve ayıbın öneminin tespiti bakımından konunun daha iyi anlaşılabilmesi için Türk hukukunda bulunan ayıp kavramı kısaca aşağıda incelenecektir.

1. Türk Borçlar Kanunu’nda Ayıbın İfa Engelleri İçerisindeki Yeri

Türk hukukunda borç kavramı, geniş ve dar olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Dar anlamda borç, sözleşme taraflarının birbirlerine karşı yerine getirmek zorunda olduğu davranışları ifade ederken, geniş anlamda borç ise alacaklı, borçlu ve tarafların verme, yapma veya yapmamaya ilişkin edim yükümlülüklerini simgeleyen borç ilişkisi anlamına gelir³⁷⁶.

Türk Borçlar Kanunu’na göre borcu sona erdiren hâllerden birisi olan ifanın sözleşmede kararlaştırıldığı gibi gerçekleştirilmesi gerekir. Aksi bir ifa sözleşmenin ihlali olan borca aykırılık hâllerinden sayılacaktır. Bu ihlaller sözleşmeye aykırılık olarak değerlendirilip üç başlık altında incelenmektedir. Bunlar Türk Borçlar Kanunu’na göre, “*gereği gibi ifa etmeme*” (TBK m.112-117), “*temerrüt*” (TBK m.117- 126) ve son olarak “*imkânsızlık*” (TBK m.27, 136-139) olarak düzenlenmiştir³⁷⁷.

Borçlunun sözleşmede kararlaştırılan edimini hiç veya gereği gibi ifa etmemesi kötü ifa sonucunu doğurur. Borcun gereği gibi ifa edilmemesi genel itibariyle üç türlü gerçekleşebilir. Tarafın sözleşmeden kaynaklanan ediminin nitelik yönünden ayıplı olması, miktar bakımından eksik olması veya zaman itibariyle sözleşmede kararlaştırılandan geç ifa edilmesi borcun gereği

³⁷⁵ Atamer, *Satıcının Yükümlülüğü*, s.215; Ayhan, a.g.m, s.23.

³⁷⁶ Eren, *Genel Hükümler*, s.1070.

³⁷⁷ Aral, a.g.e, s.67; Canpolat, a.g.e, s.41 vd.; Özdemir, a.g.e, s.72.

gibi ifa edilmemesi sonucunu ortaya çıkaracaktır. Bu bakımdan gereği gibi ifa etmeme, nicelik, nitelik ve zaman yönünden borçlunun kötü ifa yapması olarak tarif edilebilir³⁷⁸.

Edimin ifasında ifanın her yönden, yani unsurları taraf, yer, zaman, nitelik ve niceliği sözleşmeye uygun olarak gerçekleştirilmedir. Bu yönden ayıplı ifa, borçlunun edimini nitelik yönünden eksik olarak yerine getirmesinden kaynaklı olarak borçlunun sözleşmeyi gereği gibi yerine getirmemesi hâlidir.

2. Türk Borçlar Kanunu'nda Satıcının Ayıptan Doğan Sorumluluğu

Türk Borçlar Kanunu'nda ayıba ilişkin hükümlerden yola çıkarak ayıby, satıcının sözleşmede satım konusu mala ait nitelikler konusundaki taahhütlerine rağmen malı bu niteliklere uygun teslim etmemesi şeklinde tanımlayabiliriz³⁷⁹. Daha kapsamlı açıklanacak olursa, alıcıya teslim edilen sözleşme konusu malın satıcının bildirdiği niteliklere sahip olmaması veya sözleşmede belirlenen miktardan oldukça az olması neticesinde malın niteliğinin bu miktar azlığından etkilenecek, alıcının maldan beklediği kullanım amacının önemli ölçüde azaltan veya kaldıran eksiklikler ve farklılıklardır³⁸⁰.

Satıcının ayıptan doğan sorumluluğu, satım sözleşmesine özgü bir kötü ifa türüdür³⁸¹. Zira burada satıcı (borçlu) malı alıcıya (alacaklıya) bildirdiği nitelik özellikleriyle teslim

³⁷⁸ Aral, a.g.e, s.92-97,106; Aral /Ayrancı, a.g.e, s.117,161; Eren, *Genel Hükümler*, s. 1070; Eren, *Özel Hükümler*, s.102-104; Yavuz, a.g.e, s.881-882.

³⁷⁹ Aral, a.g.e, s.112; Eren, *Özel Hükümler*, s.102; Gümüş, *Kısa Ders Kitabı*, s.54; Oğuzman/Öz, a.g.e, s.369; Daha detaylı bilgi için bkz. Yavuz, Cevdet, *Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu*, İstanbul, 1989, s.19 vd.

³⁸⁰ Aral/Ayrancı, a.g.e, s.117; Arbek, Ömer, *Satım Konusu Ayıplı Malın Tamir Edilmesi*, Ankara, 2005, s.163; Eren, *Özel Hükümler*, s.103; Gümüş, a.g.e, s.82; Gümüş, *Kısa Ders Kitabı*, s.58; Yavuz, C., *Özel Hükümler*, s.132; Yavuz, C., *Satıcının Sorumluluğu*, s.12.

³⁸¹ Canpolat, a.g.e, s.55; Özdemir, a.g.e, s.72; Yavuz, a.g.e, s.882.

etmemekte ve malı sözleşmeye uygun teslim etme edimini gereği gibi ifa etmemektedir. Bunun neticesinde de 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 227'inci maddesi uyarınca alıcıya sözleşmeden dönme, sözleşme bedelinde tenzil, malın onarımı veya ayıpsız benzeri ile değişimi ve son olarak tazminat hakkını vermektedir.

Kural olarak, ayıp niteliksel olarak malın kullanım amacındaki azalma veya yok olmalardır. Ancak Türk Borçlar Kanunu'nun 219'uncu maddesinde de belirtildiği üzere, nicelik olarak niteliği etkileyen veya miktar azlığından dolayı alıcının malı kullanma amacındaki eksiklik de ayıp olarak kabul edilmektedir³⁸².

3. Türk Borçlar Kanunu'nda Ayıp Türleri

Türk hukukunda ayıp, Türk Borçlar Kanunu'nun 219'uncu maddesinde maddi, hukuki ve ekonomik ayıp, 314 ve 315'inci maddelerinde önemli ve önemli olmayan ayıp ile ayıbın açıkça ortada olup olmamasına göre 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'un 12/3 ve 16/3 maddelerinde yer alan açık ve gizli ayıp olarak düzenlenmiştir. Aşağıda bunlara kısaca değinilecektir.

Satıcının ayıptan doğan sorumluluğundan bahsedilebilmesi için yukarıda bahsedilmiş olan ayıp türlerinin ayıbın varlığına herhangi bir etkisi bulunmamakta olup bu ayrımın tek nedeni, alıcıya satılndaki eksikliklere uygun dava açmasını sağlamaktır³⁸³.

a. Maddi Ayıp

Satıcının alıcıyla gerçekleştirdiği satım sözleşmesindeki aslî edimi, alıcıya sözleşmenin kurulduğu sırada bildirdiği nitelik ve niceliklere sahip malı teslim etmektedir. Sözleşme konusu

³⁸² Aral/Ayrancı, a.g.e, s.117; Eren, *Özel Hükümler*, s. 103; Gümüş, *Kısa Ders Kitabı*, s.54.

³⁸³ Özdemir, a.g.e, s.91.

malın fizikî yapısında, sözleşmede kararlaştırılan özellikler bulunmuyorsa, bu takdirde maddi bir ayıptan bahsetmek mümkündür³⁸⁴.

Genellikle maddi ayıplar, malın dış özelliklerine ilişkin şekil, renk, boyut, hacim gibi eksikliklerden dolayı alıcının malı kullanma amacına engel olur³⁸⁵. Bu eksikler sebebiyle alıcının malı kullanma kapasitesi, satılanın eşdeğerlerinin sunduğu kullanım kapasitesine göre düşmektedir³⁸⁶. Ayrıca uygulamada ayıba karşı tekeffül hükümleri genelde, maddi ayıplardan kaynaklanmaktadır³⁸⁷.

b. Hukuki Ayıp

Türk Borçlar Kanunu'nun 219'uncu maddesinde bahsi geçen hukuki ayıp, sözleşme konusu malın üzerinde bulunan kamu veya özel hukuktan kaynaklanan hukuki engeller nedeniyle alıcının maldan yararlanamamasını veya tasarruf edememesi ya da bu olanakların azalması veya ortadan kalkmasıdır³⁸⁸.

Hukuki ayıp, kamu hukukundan kaynaklanabileceği gibi özel hukuktan da kaynaklanabilir. Örneğin, hacizli bir malın satımına ilişkin bir sözleşmede alıcının maldan

³⁸⁴ Arbek, a.g.e, s.165; Ayan, Nurşen, *Taşınır Satımında Satıcının Kanundan Doğan Ayıba Karşı Tekeffül Borcu*, SÜHFD, 1, Konya, 2007, s.16; Eren, *Özel Hükümler*, s.104; Gümüş, a.g.e, s.72; Gümüş, *Kısa Ders Kitabı*, s.62; Yavuz, Nihat, *Ayıplı İfa*, Ankara, 2016, s.43-44.

³⁸⁵ Aral/Ayrancı, a.g.e, s.118-119; Ayhan, a.g.m, s.5; Gümüş, a.g.e, s.86; Özdemir, a.g.e, s.91.

³⁸⁶ Yani bu ayıbın belirlenmesindeki ölçüt benzer malların kullanım içeriği ve kapasitesidir. Fakat özel bir eşyanın yapımının üstlenildiği bir eser sözleşmesinde, sözleşme konusunun bir başka benzerinin olmaması durumuna karşı malın ayıplı olup olmadığını sözleşme hükümlerinin dürüstlük kurallarına göre yorum yapılarak tespit edilmesi gerekir; Özdemir, a.g.e, s.92.

³⁸⁷ Arbek, a.g.e, s.165; Ayhan, a.g.m, s.5; Özdemir, a.g.e, s.93.

³⁸⁸ Aral/Ayrancı, a.g.e, s.119 vd.; Arbek, a.g.e, s.164; Ayan, a.g.m, s. 17; Eren, *Özel Hükümler*, s. 105-106; Gümüş, a.g.e, s.72; Gümüş, *Kısa Ders Kitabı*, s.62; Özdemir, a.g.e, s.93; Yavuz, C., *Satıcının Sorumluluğu*, s.62; Yavuz, a.g.e, s.44.

istediği gibi faydalanamaması veya tasarruf edememesi kamu hukukundan kaynaklanırken; mala ait hukuka aykırı bir markanın bulunması ise özel hukuktan doğmaktadır³⁸⁹.

Nitelik itibariyle birbirinden oldukça farklı olan zapta karşı tekeffül ile hukuki ayıbı birbirine karıştırmamak gerekir³⁹⁰. Türk Borçlar Kanunu'nun 214 ve devamı hükümlerinde düzenlenen zapta karşı tekeffül, üçüncü kişilerin alıcıdan daha üstün bir aynî hakka dayanarak satım konusuna el koyabilme durumudur³⁹¹. Ancak hukuki ayıpta, üçüncü kişilerin satılan üzerindeki haklarından dolayı doğan bir eksiklik değil, bu eksikliğin alıcı açısından malı beklediği gibi kullanamamasına neden olması söz konusudur³⁹².

c. Ekonomik Ayıp

Ekonomik ayıp, satıcının satım konusu malı, mala ait ekonomik değerlerini azaltan eksikliklerle teslim etmesi hâlidir³⁹³. Burada ayıbı sadece tarafların sözleşmede öngördükleri ekonomik özelliklerin eksikliği oluşturmaz, aynı zamanda bir malın kullanım amacı için zarurî niteliklerin eksikliğinde de ekonomik ayıbın varlığından bahsedilir³⁹⁴.

Ekonomik ayıba örnek verilecek olunursa, sözleşmede taahhüt edilen üretim kapasitesinin altında üretim kapasitesine sahip bir mal veya mahalle olarak rayiçlerinden az kira getiren bir daire ekonomik ayıplı mallardan olup, satıcının bu kapsamda sorumluluğunu doğuracaktır.

³⁸⁹ Ayan, a.g.m, s.17; Gümüş, *Kısa Ders Kitabı*, s.62-63; Yavuz, a.g.e, s.44.

³⁹⁰ Ayan, a.g.m, s.17; Eren, *Özel Hükümler*, s.106; Yavuz, C. *Özel Hükümler*, s.128; Özdemir, a.g.e, s.94-95.

³⁹¹ Aral/Ayrancı, a.g.e, s.96; Özdemir, a.g.e, s.94.

³⁹² Özdemir, a.g.e, s.95.

³⁹³ Aral/Ayrancı, a.g.e, s.119; Ayan, a.g.m, s.17; Gümüş, a.g.e, s.71; Eren, *Özel Hükümler*, s.105; Gümüş, *Kısa Ders Kitabı*, s.63; Özdemir, a.g.e, s.96; Yavuz, C., *Özel Hükümler*, s.128; Yavuz, a.g.e, s.44.

³⁹⁴ Arbek, a.g.e, s.164-165; Özdemir, a.g.e, s.96; Yavuz, C., *Özel Hükümler*, s.128.

d. Önemli Ayıp ve Önemli Olmayan Ayıp

Önemli ve önemli olmayan ayıp arasındaki fark, özellikle satıcının ayıptan doğan sorumluluğunun kapsamı, yani alıcının başvurabileceği hukuki yollar açısından önem arz etmektedir.

Satılarda bulunan önemli ayıplarda, alıcının sözleşmeye devam etmesi beklenmez. Zira alıcı sözleşmedeki menfaatini ayıptan dolayı elde edemeyecek durumda olduğundan malı geri vererek sözleşmeden dönme hakkına Türk Borçlar Kanunu'nun 227'inci maddesinin 1'inci fıkrası uyarınca haizdir³⁹⁵. Ayıp önemsiz bir eksiklikten ibaretse, eksiklik oranında sözleşme bedelinden indirim ya da ayıp maldaki bir arıza ise, bunun onarımı alıcı tarafından talep edilebilir³⁹⁶.

Önemli ayıp ile önemli olmayan ayıp arasındaki fark, sübjektif değerlendirmelere göre değil, Türk Medeni Kanunu'nun 2'inci maddesinde düzenlenen dürüstlük kurallarına göre belirlenir³⁹⁷. Ayrıca doktrinde önemli olmayan ayıplardan dolayı satıcının sorumluluğunun söz konusu olmayacağı da belirtilmektedir³⁹⁸.

e. Açık Ayıp ve Gizli Ayıp

Alıcının malı olağan gözden geçirme yükümlülüğü neticesinde gözden geçirmesinden sonra satılarda tespit ettiği ayıplar, açık ayıp olarak kabul edilmektedir³⁹⁹. Ancak alıcının malı olağan bir şekilde gözden geçirmesine rağmen fark etmediği, malı kullandıkça ortaya çıkan

³⁹⁵ Gümüş, a.g.e, s.75; Bu ayırım, Viyana Satım Sözleşmesi'nin 25'inci maddesindeki “*esashi ihlal*” kavramına, alıcıya vermiş olduğu sözleşmeden dönme hakkı ile benzemektedir.

³⁹⁶ Y. 14. HD, E. 2012/2363, T. 26.3.2012, K. 2012/4433.

³⁹⁷ Ayan, a.g.m, s.18; Yavuz, C., *Özel Hükümler*, s.132.

³⁹⁸ Gümüş, *Kısa Ders Kitabı*, s.63; Yavuz, C., *Özel Hükümler*, s.132.

³⁹⁹ Eren, *Özel Hükümler*, s.111; Gümüş, a.g.e, s.75; Yavuz, C., *Satıcının Sorumluluğu*, s.94; Yavuz, a.g.e, s.924.

ayıplarda gizli ayıp söz konusudur⁴⁰⁰. Alıcının ayıbı tespit ettikten sonra seçimlik haklarını kullanabilmesi için öngörülen bildirim yükümlülüğünü açık ayıpta malın teslim anında, gizli ayıpta ise ayıbın ortaya çıktığı anda yapması gerekmektedir⁴⁰¹.

Satıcının ayıptan sorumlu olabilmesi için ayıbın gizli olması gereklidir⁴⁰². Açık ayıplarda ayıba karşı tekeffül hükümlerinin uygulanabilmesi için sözleşmede satıcı tarafından açık olarak taahhüt edilmiş bir niteliğin malda bulunmaması gerekir⁴⁰³.

Gizlenmiş ayıp olarak bilinen bir başka ayıp türüne göre ise, satıcı mala ilişkin bir ayıbı bilinçli ve kasten alıcının olağan bir gözden geçirme ile fark edemeyeceği ancak zamanla kullandıkça fark edebileceği şekilde saklar. Burada satıcının ağır kusurlu olduğu kabul edilir⁴⁰⁴.

B. Ayıbın Satılanın Alıcıya Geçmesinden Önce Mevcut Olması

Viyana Satım Sözleşmesi'nin 36'ncı maddesinin 1'inci fıkrasına göre, satıcının ayıptan doğan sorumluluğundan bahsedebilmek için, maldaki ayıbın hasarın alıcıya geçmesinden önce bulunması gerekmektedir⁴⁰⁵. Burada önem arz eden husus, ayıbın ne zaman ortaya çıktığı değil var olma zamanıdır. Zaten uygulamada da ayıptan doğan uyuşmazlıkların çoğu hasarın alıcıya geçmesinden sonra söz konusu olmaktadır⁴⁰⁶.

⁴⁰⁰ Ayan, a.g.m, s.19; Eren, *Özel Hükümler*, s.111; Gümüş, a.g.e, s.75; Gümüş, *Kısa Ders Kitabı*, s.63; Yavuz, C., *Satıcının Sorumluluğu*, s.94; Yavuz, a.g.e, s.924.

⁴⁰¹ Yarg. 15. HD, E. 1992/1182, T. 12.10.1992, K. 1992/4671.

⁴⁰² Eren, *Özel Hükümler*, s.113; Gümüş, a.g.e, s.76; Yavuz, C., *Özel Hükümler*, s.132.

⁴⁰³ Ayan, a.g.m, s.19.

⁴⁰⁴ Eren, *Özel Hükümler*, s.111.

⁴⁰⁵ Aral/Ayrancı, a.g.e, s.123; Ayhan a.g.m, s.20; Çalışkan, a.g.e, s.203; Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art.36, para.5, s.540; Yavuz, C., *Özel Hükümler*, s.334; Yücer Aktürk, a.g.m, s.218.

⁴⁰⁶ Ayhan, a.g.m, s.20.

O hâlde, hasar ve yararın alıcıya geçtiği an, satıcının ayıptan doğan sorumluluğunda etkili olacaktır. Öncelikle hasarın geçiş zamanını tespit etmek için sözleşmede tarafların kararlaştırdığı özel bir hükmün var olup olmadığına bakılacaktır⁴⁰⁷. Buradan çıkarım yapılamıyorsa, ticari teamüller veya taraflar arasında yerleşik alışkanlıklara bakılır. Daha sonra, eğer sözleşmede böyle bir hüküm ya da konuya ilişkin bir teamül ve alışkanlık yoksa, Türk Borçlar Kanunu'nun 208'inci maddesiyle de uyumlu olan Viyana Satım Sözleşmesi'nin 67'inci ve 70'inci maddeleri arasında düzenlenen hasarın geçişi konusunda kural olarak benimsenen, hasarın alıcıya teslim anında geçmesi ilkesi uygulanacaktır⁴⁰⁸.

Alıcının satılan malın ayıplı olmasından dolayı seçimlik haklarını kullanabilmesi için kural olarak ayıbın malın alıcıya teslim edilmesinden önce bulunması gerekir. Ancak bu kurala CISG'in 36'ıncı maddesinin 2'nci fıkrasında bazı istisnalar öngörülmüştür. İlgili maddeye göre bazı durumlarda satıcı, malda sonradan meydana gelmiş sözleşmeye aykırılıklardan da sorumlu olabilmektedir⁴⁰⁹. Örneğin, satıcının malın nasıl kullanılacağına dair sunmuş olduğu kullanma kılavuzundan dolayı malda bir ayıp meydana gelmişse, satıcının sorumluluğu sözleşmeye aykırılığın hasarın alıcıya geçmesinden sonra gerçekleşmiş olmasına rağmen devam edecektir⁴¹⁰. Bir başka istisnayı ise, teslimden sonra malın özellikleri ile ilgili satıcının taahhütte bulunması hâli oluşturmaktadır. Bu taahhüt bir garanti niteliğindedir⁴¹¹. Malın teslim tarihinden

⁴⁰⁷ Atamer, *Satıcının Yükümlülükleri*, s.219.

⁴⁰⁸ Yavuz, C., *Satıcının Sorumluluğu*, s.92; Daha detaylı bilgi için bkz. Bayram, Aziz Erman, *Türk Borçlar Kanununa ve Viyana Satım Sözleşmesine (CISG) Göre Satış Sözleşmesinde Hasarın Geçişi*, Ankara Üniversitesi / Sosyal Bilimler Enstitüsü / Özel Hukuk Anabilim Dalı / Medeni Hukuk Bilim Dalı, 2016, Yayınlanmamış Tezi.

⁴⁰⁹ Yücer Aktürk, a.g.m, s.218.

⁴¹⁰ Yücer Aktürk, a.g.m, s.218.

⁴¹¹ Atamer, *Satıcının Yükümlülüğü*, s.220, Ayhan, a.g.m, s.21.

sonra da malın kullanım amacını ve bildirilen özellikleri koruyacağına dair verilmiş taahhüde rağmen, malda ortaya çıkan ayıp satıcının sorumluluğu sonucunu doğuracaktır⁴¹².

Hasarın alıcıya geçtiği anda ayıbın bulunması konusu Türk hukukunda Türk Borçlar Kanunu'nun 208'inci maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre yarar ve hasar alıcıya geçmeden önce var olmalıdır ki alıcı satıcının ayıptan doğan sorumluluğu kapsamındaki seçimlik haklarına başvurabilsin⁴¹³. Bu an, taşınır mallarda zilyetliğin devri, taşınmaz mallarda ise tescil anı olarak kabul edilmektedir. Ancak bazı durumlarda ayıp, malın tesliminden önce kaynaklanan bir durumdan dolayı malın tesliminden sonra ortaya çıkabilir. Böyle bir durumda, satıcının sorumluluğu malın teslim alınması ve hasarın alıcıya geçmesi ilkesine rağmen devam edecektir⁴¹⁴. Ayrıca sözleşmede taraflarca öngörülmüş özel nedenler de satıcının sorumluluğunun devamını gerektirecektir. Bu anlamda CISG'in 36'ıncı maddesi ile Türk Borçlar Kanunu'nun 208'inci maddesi hasar ve yararın alıcıya geçmesi konusunda birbirine paralellik göstermektedir.

C. Alıcının Satılanı Satın Alırken Ayıptan Habersiz Olması

Viyana Satım Sözleşmesi'nin 35'inci maddesinin 3'üncü fıkrasına göre, alıcı sözleşme konusu mala ilişkin söz konusu olabilecek sözleşmeye aykırılıkları biliyorsa veya bilmemesinin mümkün olmaması durumunda, satıcının ayıptan doğan sorumluluğuna başvuramaz⁴¹⁵. Ancak ilgili hüküm sadece, sözleşmenin mal konusunda objektif bulunması gereken özelliklerle ilgili satıcının sorumluluğuna ilişkindir⁴¹⁶.

⁴¹² Schlechtriem/Schwenzer, Art.36, para.3.

⁴¹³ Ayhan, a.g.m s.22; Yavuz, C., *Özel Hükümler*, s. 334; Yavuz, C. *Satıcının Sorumluluğu*, s. 86 vd.

⁴¹⁴ Yavuz, C., *Borçlar Özel*, s. 334; Yavuz, C. *Satıcının Sorumluluğu*, s. 91 vd.

⁴¹⁵ Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art.35, para.160, s.525.

⁴¹⁶ Bu konuda doktrinde bu fıkranın sözleşmede mala ait subjektif unsurlar için öngörülmüş Viyana Satım Sözleşmesi'nin 35/1'inci fıkra için de uygulanabileceğine dair tartışmalar bulunmaktadır. Ancak bu konuda hâkim

Satıcı sadece alıcının varlığını bilmediği veya makul bir gözden geçirme sonrasında anlayamadığı ayıplardan sorumlu tutulabilir⁴¹⁷. Bu durum açık ayıp için önem arz etmektedir. Zira satılandaki ayıp makul bir gözden geçirme ile alıcı tarafından anlaşılabiliriyorsa ve alıcı bu konuda satıcıya herhangi bir bildirimde bulunmamışsa, alıcının örtülü olarak malı kabul ettiği varsayılır⁴¹⁸. Fakat malların gerçek kalitesi ile ilgili alıcının açık ve örtülü bilgisine rağmen, alıcıya ayıpsız mal teslim yapılacağına dair sözleşmeye güvenin olması gerekir. Zira alıcının bilgisi, satıcının taahhüdünün içeriğini değiştirmemeli ve satıcıyı üstlendiği yükümlülüklerden kurtarmamalıdır⁴¹⁹. Doktrinde alıcının ayıplı malı bilmemesinin mümkün olmaması hâli, alıcının ağır ihmali de geçen hâller olarak tarif edilmektedir⁴²⁰. Bunun tespitini yaparken emsal alıcılar somut olay için değerlendirilir ve eğer emsal alıcıların da ayıbı bilmemesinin mümkün olmaması durumu ile karşılaşırsa, satıcı satılan maldaki ayıptan dolayı sorumlu tutulamayacaktır⁴²¹.

Viyana Satım Sözleşmesi'nde alıcının ayıplı mal tesliminden dolayı doğan haklarını kullanabilmesi için öngörülmüş olan 35/3'üncü maddesi ile Türk Borçlar Kanunu'nun 222'inci maddesinin bu konudaki karşılaştırılması yapıldığında, CISG'te alıcının bilgisi bazı seçimlik

görüş, Viyana Satım Sözleşmesi'nin 35/3'üncü maddesinin lafzî yorumuyla açık bir şekilde maddenin uygulama alanının Viyana Satım Sözleşmesi'nin 35/2 ile sınırlı olduğunu savunmaktadır. Zira alıcının önceden sözleşmeden bildiği ayıplara karşı sözleşmeden sonra ayıp iddiasında bulunması alıcı açısından tutarlı bir davranış oluşturmaz. Ayhan, a.g.m, s.36; Özdemir, a.g.e, s.193-194; Schlechtriem/Butler, a.g.e, para.144, s.120; Schlechtriem/Schwenzer, Art.35, para.38.

⁴¹⁷ Ayhan, a.g.m, s.36.

⁴¹⁸ Ayhan, a.g.m, s.36; Özdemir, a.g.e, s.190-191; Yücer Aktürk, a.g.m, s.224.

⁴¹⁹ Bianca/Bonell, *Commentary*, Art.35, para. 2.9.2; Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art.35, para. 158, s.524; Secretariat Commentary on 1978 Draft, Art.33, para.14.

⁴²⁰ Baysal, a.g.m, s.243; Schlechtriem/Schwenzer, Art.35, para.34.

⁴²¹ Atamer, *Satıcının Yükümlülükleri*, s.217.

hakların kullanılmasını engellemekteyken, Türk Borçlar Kanunu'nda ayıptan doğan haklarının tümünü kaybetmesine yol açmaktadır⁴²².

III. Şeklî Şartlar

Alıcının satıcıya karşı ayıplı maldan dolayı öngörölmüş haklarını kullanabilmesi için CISG'in 38 ve 39'uncu maddelerinde bahsedilen külfetleri yerine getirmesi gerekir. Bu maddelerde alıcı satılan malın gözden geçirmesini yaptığı sırada herhangi bir ayıp tespit ederse, bu ayıbın varlığına ilişkin satıcıya bir bildirimde bulunması gerekir. Zira seçimlik haklarını kullanabilmesi için bu külfetler zorunlu şeklî şartlar olarak Viyana Satım Sözleşmesi'nde öngörölmüştür.

Alıcının satılanı gözden geçirmesi ve satıcıya bildirimde bulunması CISG'e göre bir külfettir⁴²³. Külfet, hak sahibinin hakkını elde edebilmesi için kanunda yapması gerekenleri yapma borcudur. Dolayısıyla mal yukarıda bahsedilen maddi şartlara sahip olsa da alıcı seçimlik haklarını kullanabilmesi için şeklî şartları yerine getirmelidir.

Ayıba karşı tekeffül hükümlerinin satılan mala ilişkin uygulanabilmesi için bu şartların kümülatif gerçekleşmesi gerekir. Ancak her şeye rağmen yine de alıcı 38 ve 39'uncu maddedeki külfetlerini yerine getirmese de satıcının ayıptan doğan sorumluluğunun devam edeceğine ilişkin istisnalar da CISG'te öngörölmüştür. Satıcının ayıptan haberdar olması durumunda alıcıyı koruyan CISG'in 40'ıncı maddesindeki hükme göre, bu ayıbı alıcıya bildirmeyen satıcının alıcı muayyene ve bildirim külfetlerini gerçekleştirmese bile ayıptan doğan

⁴²² Ayhan, a.g.m, s.37.

⁴²³ Atamer, *Satıcının Yükümlölükleri*, s.222.

sorumluluğu devam edecektir⁴²⁴. Zira bu hüküm satıcı açısından hafife alınmaması gereken CISG’te iyi niyet kuralının *de facto* olarak hukuk kuralı hâline getirilmiş hâlidir⁴²⁵.

Satıcının CISG’in 40’ıncı maddesinde belirtilen durumda olabilmesi ancak satıcının kastı veya ağır ihmali ile mümkün olabilir⁴²⁶. Satıcının mal ile ilgili ifşa etmesi gerekenler, sadece malın özellikleri ile ilgili değil, aynı zamanda satıcının sorumluluğunun dışında malı etkileyerek karakterini değiştirebilecek unsurlardır⁴²⁷. Bunun sebebi ise, zaten gözden geçirme ile alıcının açık ayıpları tespit edeceğine olan beklentidir.

Viyana Satım Sözleşmesi’nin 40’ıncı maddesine getirilecek herhangi bir kısıtlama için tarafların açık bir dil kullanması gereklidir. Tarafların muhtemel ayıplı mala ilişkin olarak farklı bildirim süreleri öngörmeleri veya ayıbın bulunması için son tespit tarihi gibi süreler üzerinde değişiklik yapmaları, CISG’in 40’ıncı maddesinin uygulama alanını ilke olarak kapsam dışı bırakmaz⁴²⁸. Bu maddenin taraflarca sözleşme dışı bırakılması konusu doktrinde oldukça tartışmalı bir konu olup bazı yazarlara göre, CISG’in 40’ıncı maddesinin temellerini iyi niyet kuralından alması sebebiyle ve bazı âkit devletlerin ulusal hukuk kuralları gereğince iyi niyet kurallarını kısıtlayan hükümleri geçersiz sayma ihtimalinin bulunmasından dolayı tarafların sözleşmede böyle bir hükme yer veremeyeceğini ileri sürmektedir⁴²⁹. Sonuç itibarıyla taraflar sözleşmede satıcının bu konudaki def’i hakkından feragat etmesini öngören bir hükme sözleşmede yer verseler bile satıcının sorumluluğu devam edecektir.

⁴²⁴ Ayhan, a.g.m, s.24.

⁴²⁵ Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art.40, para.4, s.619.

⁴²⁶ Schlechtriem/Butler, a.g.e, para.156, s.128-129.

⁴²⁷ Schlechtriem/Butler, a.g.e, para.156, s.128-129; Yavuz, C., *Özel Hükümler*, s.334.

⁴²⁸ Bianca/Bonell, *Commentary*, Art.40, para.2.2; Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art.40, para.5, s.619.

⁴²⁹ Atamer, *Satıcının Yükümlülüğü*, s.239; Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art.40, para.5, s.619.

Yine CISG'in 44'üncü maddesinde alıcının makul bir nedene dayanması şartıyla bildirim zamanında veya CISG'te belirtilene uygun yapamaması durumunda, seçimlik haklarından bazılarını kullanabilmesinin mümkün olacağı öngörülmüştür⁴³⁰. Bu maddede olağanüstü hâller için iyi niyet kuralına alıcı açısından istisna getirilmesi söz konusu olduğu için bu madde dar yorumlanmaktadır⁴³¹.

Alıcının ihbar külfetini gerçekleştirememesinin ardındaki objektif ve sübjektif engellere bakılarak özrün makul olup olmadığı değerlendirilir. Buna göre, alıcı objektif ve sübjektif koşullara dikkat edip özen göstermesine rağmen bildirim ya yapamamış ya da uygun bir şekilde gerçekleştirememişse, alıcı sözleşme bedelinden indirim veya yoksun kalınan kâr hariç ayıptan dolayı oluşmuş zararının tazminini isteyebilir⁴³².

Türk hukukunda da alıcının bildirim ve muayyene sorumlulukları bir yükümlülük değil, bir külfet olarak kabul edilmektedir. Yani bu külfetlerin yerine getirilmesiyle alıcı ayıba karşı tekeffül hükümlerine başvurabilecektir. Yine Türk Borçlar Kanunu'nun 225'inci maddesinde satıcının "ağır kusur" ile hareket etmesinin neticesi CISG'in 40'inci maddesi ile uyum içindedir⁴³³.

A. Gözden Geçirme Külfeti

1. Genel Olarak

Viyana Satım Sözleşmesi'nin 38'inci maddesi alıcının satılanı gözden geçirme külfetini düzenlemiştir. Maddenin 1'inci fıkrasında, alıcı satın aldığı malın gözden geçirmesini mevcut koşulların izin verdiği ölçüde yapmalıdır veya yaptırmakla yükümlüdür; 2'inci ve 3'üncü

⁴³⁰ Schlechtriem/Butler, a.g.e, para.150, s.125.

⁴³¹ Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art.44, para.7, s.660.

⁴³² Atamer, *Satıcının Yükümlülüğü*, s.237-240; Ayhan, a.g.m, s.25.

⁴³³ Atamer, *Satıcının Yükümlülüğü*, s.237.

fıkraları açısından ise sırasıyla malların taşınması ve makul bir inceleme fırsatı olmadan alıcı tarafından malın yeniden nakliyesi veya yeniden gönderilmesi gibi durumlarda alıcının malı gözden geçirebilmesine ilişkin özel kuralları içerir⁴³⁴. CISG'in 38'inci maddesinin 2'inci ve 3'üncü fıkraları, 1'inci fıkrasında yer alan alıcının malı gözden geçirme külfetinin satıcının malı teslim etme yükümlülüğünü yerine getirdiği zaman ve yerde yapılması gerektiği kuralına getirilmiş istisna hükümlerdir.

Viyana Satım Sözleşmesi'nde alıcıya böyle bir külfetin öngörülmesindeki amaç, eğer satılan ayıplı ise, bu ayıba en kısa sürede çare bulunmasıdır. Ancak nihai hedefinin CISG'in 39'uncu maddesinin alıcıya yüklediği diğer bir külfet olan satıcıya ayıp doğrultusunda bildirim yapılmasının süresinin nispeten kısaltılması, satıcının yükümlülüklerini sözleşmeye uygun yerine getirmesi ve gerekli önlemleri alabilmesi için satıcıya fırsat verilmesinden ibarettir⁴³⁵. O zaman alıcı açısından öngörülmüş bildirim ve gözden geçirme külfeti aslında satıcıyı alıcının herhangi bir zamanda ayıp iddiasında bulunmasından korumaktadır. Aynı zamanda alıcı için geçerli olan CISG'in 39'uncu maddesindeki ayıba ilişkin satıcıya bildirimde bulunması için alıcının öncelikle malı gözden geçirmesi gerektiği de unutulmamalıdır⁴³⁶.

2. Gözden Geçirmenin Kapsamı ve Şekli

Viyana Satım Sözleşmesi'nin 38'inci maddesinde alıcı için öngörülmüş gözden geçirme külfetinin uygulama alanı, gözden geçirmenin kapsamı, türü ve metoduna ya da maliyetine

⁴³⁴ Bianca/Bonell, *Commentary*, Art.38, para 2.1; Flechtner/Atamer, a.g.e, s.176; Honnold/Flechtner, Art. 38, para. 249; Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art.38, para.2, s.553; Schlechtriem/Butler, a.g.e, para.152, s.126; Yavuz, C., *Özel Hükümler*, s.334.

⁴³⁵ Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art.38, para.4, s.553-554.

⁴³⁶ Baysal/Şıpka/Yıldırım, a.g.e, s.253; Bianca/Bonell, *Commentary*, Art.38, para. 2.1; Schlechtriem/Schwenzer, Art.38, para.3.

ilişkin açık bir ifadeye yer verilmemiştir⁴³⁷. Taraflar öncelikle alıcı için herhangi bir gözden geçirme şekli veya kapsamı öngörmüşse, CISG'in 6'ncı maddesinin taraflara öngörmüş olduğu irade serbestisi ilkesi gereğince, alıcının malı kararlaştırılan şekilde gözden geçirmesi gerekir⁴³⁸. Sözleşmede gözden geçirmeye ilişkin bir ifadeye yer verilmemişse, CISG'in 9'uncu maddesinde bahsedilen ticari teamüllere bakılır⁴³⁹.

Gözden geçirmenin kapsamını genel olarak CISG'in 35'inci maddesinde malla ilgili belirtilen objektif ölçütler de dâhil olmak üzere bütün özelliklerinin alıcı tarafından gözden geçirilerek malın sözleşmede kararlaştırılan niteliklere sahip olup olmadığının kontrol edilmesi ile ifade edilebilir⁴⁴⁰. O hâlde her somut olayda şartlar, satılan veya oluşturulmuş eserin özellikleri dikkate alınarak alıcı tarafından malın gözden geçirilmesi gerekir⁴⁴¹.

Gözden geçirme külfeti, aslında teslim edilen malların yerine veya mevcut kusurları gidermek amacıyla gönderilen mallar dâhil olmak üzere alıcının teslim aldığı tüm malları kapsamaktadır⁴⁴². Ancak CISG'in 35/2-c maddesine dayanılarak satıcı tarafından model ve örnekler alıcının gözden geçirme külfeti altında değildir. Zira ayıplı gönderilmiş bir örnek veya modele rağmen, alıcının malın aslının da örnek veya modele uygun olarak gönderilmesini istemesi malın örnek veya model gibi teslim edilmesini onaylamak anlamına geldiği için böyle bir durumda malın ayıplı olduğu iddiasında bulunulamaz⁴⁴³.

⁴³⁷ Bianca/Bonell, *Commentary*, Art.38, para.2.3; Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art.38, para.3, s.553.

⁴³⁸ Schlechtriem/Schwenzer, Art.38, para.13; Özdemir, a.g.e, s.204.

⁴³⁹ Ayhan, a.g.e, s.27; Atamer, *Satıcının Yükümlülükleri*, s.224; Özdemir, a.g.e, s.205.

⁴⁴⁰ Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art.38, para.27, s.558; Yücer Aktürk, a.g.m, s.219.

⁴⁴¹ Kanışlı, a.g.e, s.39; Schlechtriem/Butler, a.g.e, para. 151, s.125; Yücer Aktürk, a.g.m, s.219.

⁴⁴² Kröll/Mistelis/Viscasillas Art.38, para.28, s.559.

⁴⁴³ Kröll/Mistelis/Viscasillas Art.38, para.28, s.559.

Alıcının gözden geçirme külfetinin mal ile ilgili belgeleri de kapsadığına ilişkin doktrinde farklı görüşler bulunsa da hâkim görüş, CISG'in 30'uncu maddesinde satıcının yükümlülükleri arasında mallara ilişkin belgelerin de alıcıya teslim edilmesi gerektiğinden bahsedilmesi nedeniyle buna ilişkin bir ayıbın varlığı hâlinde alıcının seçimlik haklarının da etkileneceği savunulmaktadır. Yani CISG'in 38'inci maddesi gereğince mala ait belgeler de alıcının gözden geçirme külfeti içerisinde yer almaktadır⁴⁴⁴.

CISG'in 41 ve 42'inci maddeleri uyarınca, hukuki ayıplar alıcının gözden geçirme külfeti kapsamında değildir. Zira CISG'in 43'üncü maddesi alıcıyı üçüncü kişinin hak veya iddiasını bilmesi gereken makul zamandan sonra satıcıya bu konuya ilişkin bildirimde bulunması gerektiği ile ilgili yükümlendirdiği için, alıcı bakımından malı bu yönde gözden geçirme zorunluluğu bulunmamaktadır⁴⁴⁵. Aynı zamanda hukuki ayıpların alıcının gözden geçirmesi ile kolayca anlaşılamayacağı da hesaba katıldığında, kanımızca hukuki ayıpların CISG'in 38'inci maddesinin kapsamı dışında bırakılması doğru bir tercihtir.

Taksitli satım sözleşmelerinde her bir taksit için alıcının ayrı bir gözden geçirme ve ayıbın varlığında ayrı bir bildirim külfeti söz konusudur. Dolayısıyla alıcının bir taksitinin sonuncunda teslim edilen malda bulunan ayıba rağmen söz konusu külfet yerine getirilmemişse, alıcı CISG kapsamındaki hukuki imkânlarına sadece ilgili taksit için başvuramayacaktır⁴⁴⁶.

⁴⁴⁴ Kröll/Mistelis/Viscasillas Art.38, para.29, s.559; Aksi görüşte olanlar, Sözleşme'nin 34'üncü maddesinde malla ilgili belgelere ait bir düzenlemenin bulunması ve CISG'te bu konuda bir boşluğun olmadığını ileri sürmektedir. Daha detaylı bilgi için bkz. Gruber, Peter Urs, *CISG*, Art.38, in: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 4: Schuldrecht, Besonderer Teil I §§ 433-534, Finanzierungsleasing, CISG*, 8. Auflage, 2019. Buch.

⁴⁴⁵ Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art. 38, para.30, s.559; Aksi görüşte olan yazarlar için bkz. Yücer Aktürk, a.g.m, s.219.

⁴⁴⁶ Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art.38, para.31, s.559.

Gözden geçirme külfetinin ne şekilde yapılması gerektiği CISG'in 38'inci maddesinde belirtilmemiştir. Ancak *Secreteriat Commentary*'de tarafların alıcının herhangi bir ayıp karşısında gözden geçirme külfetini nasıl kullanacağı hususunda sözleşmede herhangi bir hükme yer verilmemesi hâlinde alıcı ve satıcının menfaatlerinin dengelenerek somut olayın koşulları altında gözden geçirmenin gerçekleştirilmesi gerektiği belirtilmiştir⁴⁴⁷. O hâlde öncelikle tarafların bu konuda sözleşmede alıcının mal tesliminden sonra malı gözden geçirme şekline ilişkin bir hüküm öngörüp öngörmediklerine bakılır⁴⁴⁸. Eğer sözleşmede böyle bir hüküm bulunmuyorsa, CISG'in 38/1'inci maddesinde de belirtildiği üzere alıcıdan, somut olayın koşullarına göre malı gözden geçirmesi beklenir.

Geniş çaplı ve detaylı gözden geçirmelerde tespit edilebilecek istisnâ ayıplar normal şartlar altında alıcıya yüklenmiş bir külfet değildir, meğerki istisnâ ayıp kendini belli etsin. Örneğin, büyük miktarlarda mal teslim almış bir alıcının malların hepsini tek tek gözden geçirmesi beklenemez. Tek tek bütün malları incelemek yerine, malların değerine ve gözden geçirmenin gelecekte mallar üzerindeki etkisine göre makul sayıda malın incelenmesi ile alıcı gözden geçirme külfetini yerine getirmiş sayılacaktır⁴⁴⁹. Ancak alıcının az fakat pahalı mallar teslim alması durumunda ise, bütün malları tek tek gözden geçirmesi beklenebilir. Görüldüğü üzere somut olayın koşullarına bağlı olarak alıcının gözden geçirme külfetini ne şekilde gerçekleştirmesi gerektiği değişebilmektedir.

Viyana Satım Sözleşmesi'nin ticari alanda uygulanabilirliğinin fazla olması, gözden geçirmenin de alıcı tarafından ticari hayatın gereklerine uygun bir şekilde yapılmasını

⁴⁴⁷ Ayhan, a.g.m, s.27; Bianca/Bonell, *Commentary*, Art.38, para.2.3; Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art.35, para.34; *Secreteriat Commentary on 1978 Draft*, Art. 36, para.3; Yücer Aktürk, a.g.m, s.219.

⁴⁴⁸ Baysal/Şipka/Yıldırım, a.g.e, s.255.

⁴⁴⁹ Ayhan, a.g.m, s.28; Bianca/Bonell, *Commentary*, Art.38, para.2.3; Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art.38, para.35.

gerektirir⁴⁵⁰. Bazı durumlarda alıcının bilgisi, malı gözden geçirmek için yeterli olmayabilir. Bu gibi hâllerde alıcı, mal konusunda uzman biri aracılığıyla malın gözden geçirmesini gerçekleştirmek durumunda kalabilir⁴⁵¹.

Alıcının gözden geçirme külfeti yalnızca açık ayıplara ilişkindir. Malın gözden geçirmesinden sonra ortaya çıkabilecek gizli ayıpların alıcı tarafından fark edilmemesi alıcının gözden geçirme külfetini yerine getirmediği anlamına gelmez. Zira aksi bir durum hakkaniyete göre alıcıdan beklenemez⁴⁵².

3. Gözden Geçirmenin Zamanı

Sözleşme serbestisini öngören CISG'in 6'ncı maddesi uyarınca taraflar, malların gözden geçirmek için belli bir zaman kararlaştırabilirler. Taraflarca alıcının malları inceleyebilmesi için herhangi bir zaman öngörülmemesi ve kendi aralarında yerleşik bir uygulamanın olmaması ya da ticari teamüllerin bulunmaması gibi durumlarda CISG'in 38/1'inci maddesinde malların gözden geçirilmesinin en kısa zamanda alıcı tarafından tamamlanması gerektiği ifade edilmiştir⁴⁵³. Buna göre malın teslimi ile gözden geçirme süresi kural olarak başlamakta olup maddenin devam fıkralarında malın taşınmasına ilişkin hükümlerde gözden geçirmenin, malların varma yerine ulaşmasından sonraya ertelenebileceği belirtilmektedir.

Gözden geçirme süresinin başlayabilmesi için malın öncelikle alıcıya teslim edilmesi gerekmektedir. Ancak bazı durumlarda satılanın montajı alıcının maldan tam anlamıyla

⁴⁵⁰ Atamer, *Satıcının Yükümlülükleri*, s.224; Ayhan, a.g.m, s.27.

⁴⁵¹ Baysal/Şipka/Yıldırım, a.g.e, s.244; Kröll/Mistel/Viscasillas, Art.38, para.67.

⁴⁵² Atamer, *Satıcının Yükümlülükleri*, s.225; Eren, *Özel Hükümler*, s.116; Gümüş, *Kısa Ders Kitabı*, s.64,70; Honnold/Flechtner, Art.38, para.252.1; Özdemir, a.g.e, s.194; Yücer Aktürk, a.g.m, s.219.

⁴⁵³ Aral/Ayrancı, a.g.e, s.130; Bianca/Bonell, *Commentary*, Art.38, para.2.5; Yavuz, C., *Özel Hükümler*, s.334; Honnold/Flechtner, Art.38, para. 252.

faaydalanabilmesi için zorunlu bir h l olduğundan, bu tür mallarda montajın bitmesinden sonra gözden geçirme süresi bařlar⁴⁵⁴. En kısa zamanın tespitinde göz önüne alınması gereken ise somut olayın  zellikleridir⁴⁵⁵.

4. Gözden Geçirmenin Yeri

Gözden geçirme yeri yalnızca CISG’in 38’inci maddesinin 2’nci ve 3’üncü fıkrasına giren sözleşmeler için doğrudan düzenlenmiştir. Diğer bütün hâllerde CISG’in 31’inci maddesi gereğince, ilke olarak gözden geçirmenin malın teslim yerinde yapılması gerektiği kabul edilmektedir⁴⁵⁶. Ancak sözleşmenin tarafları alıcının satılanı gözden geçirmesi için başka bir yeri gözden geçirme yeri olarak belirlemesi mümkündür.

Viyana Satım Sözleşmesi’nin 38/2’nci maddesi, uygulamada malın taşınmasını öngören ve en çok rastlanan mal satım sözleşmelerinde, malların teslim edildiği yerde değil de varma noktasında gözden geçirilmesi gerektiğini belirtmektedir. Bu durum satıcı açısından son varış yerinin gözden geçirme yeri olması itibariyle satıcıya zaman kazandıran satıcının lehine bir h k md r.

B. Bildirim Külfeti

Viyana Satım Sözleşmesi’nin 39’uncu maddesinde alıcı için düzenlenmiş olan bildirim külfeti, aslen satıcıyı alıcının zamansız ayıp taleplerinden koruyan bir h k md r⁴⁵⁷. Bu maddeye CISG yer verilmesinin nedeni, satıcının en kısa zamanda maldaki ayıpla ilgili olarak bilgilendirilerek ayıbı gidermesine olanak tanınmasıdır.

⁴⁵⁴ Baysal/şıpka/Yıldırım, a.g.e, s.256.

⁴⁵⁵ Kanışlı, a.g.e, s.39;  zdemir/Okur, a.g.e, s.245; Schlechtriem/Schwenzer, Art. 38, para.15; Teknolojik malların gözden geçirilmesinin daha uzun bir süre gerektireceğine ilişkin bkz. Bianca/Bonell, *Commentary*, Art.38, para.2.5.

⁴⁵⁶ Kr ll/Mistelis/Viscasillas, Art.38, para.70.

⁴⁵⁷ Baysal/şıpka/Yıldırım, a.g.e, s.260; Honnold/Flechtner, Art.39, para. 254.

Alıcının bildirim külfeti sayesinde satıcı malın ayıplı olduğuna dair ortaya atılan iddianın haklı olup olmadığını tespit etmek için malların gözden geçirmesini test ederek kolaylaştırır. Zira satıcı malların sözleşmeye uygun olmadığı iddiasına karşın kendisini potansiyel bir uyuşmazlığa karşı hazırlamak ve malın sözleşmeye uygun olduğuna ilişkin kanıtları güvence altına almak istemesi mümkündür.

Bildirim külfeti satıcıya ayıbın giderilmesine ilişkin gerekli çareleri alıcıya sunma imkânı verdiği için dolayı ikinci faydalı neden olarak da gösterilebilir. Örneğin satıcı, malın yenisini, kaybolan belge ve parçaları gönderebilmekte veya uyuşmazlık çıkmadan malı tamir edebilmektedir.

1. Bildirimin Kapsamı

Alıcı teslim aldığı malı gözden geçirmesi sonucunda malda bir ayıp tespit ederse CISG'in 39/1'inci maddesi uyarınca, maldaki sözleşmeye aykırılığı satıcıya bu tespiti yaptıktan sonra uygun bir zaman içerisinde bildirmesi gerekir.

Ayıp bildirimini tek başına hukuki sonuç doğuran bir beyan olmadığı için bu bildirimde satıcının malın sözleşmeye aykırı olarak teslim edildiği hâliyle kesinlikle kabul etmeyeceğine yer vermesi gerekir⁴⁵⁸. Ancak bildirimin içeriğinde alıcının hangi seçimlik hakkını kullandığına ilişkin açıklama yapılması gerekmez. Yani malın ayıplı olmasından dolayı yapılacak bildirimde asgarî düzeyde aranan unsur, maldaki ayıbın somutlaştırılarak tarif edilmesinden sonra malı kabul etmeme iradesini ortaya koymaktır⁴⁵⁹. Maldaki sözleşmeye aykırılık açık olarak bildirimde belirtilmelidir ki satıcı da alıcının yaptığı bu bildirimden yukarıda sayılan avantajlar

⁴⁵⁸ Bianca/Bonell, *Commentary*, Art.39, para.2.3; Eren, *Özel Hükümler*, s. 119; Gümüş, *Kısa Ders Kitabı*, s.71; Özdemir, a.g.e, s. 260; Yücer Aktürk, a.g.m, s. 221.

⁴⁵⁹ Atamer, *Satıcının Yükümlülükleri*, s.228-229; Baysal/Şıpka/Yıldırım, a.g.e, s.262; Özdemir, a.g.e, s.269; Schlechtriem/Butler, a.g.e, para.153, s.127.

kapsamında faydalanabilsin. Sadece malın beklenildiği gibi teslim edilmediğine dair genel beyanlarda bulunmak 39'uncu madde kapsamında uygun yapılmış bir bildirim olarak kabul edilmemektedir⁴⁶⁰.

Alıcının malı gözden geçirmesi sonucunda tespit ettiği ayıplar ve gözden geçirme sonrasında ortaya çıkabilecek gizli ayıplar sonucunda seçimlik haklarını kullanabilmesinin ön şartı, CISG'in 39'uncu maddesinde belirtilen bildirim külfetini gereği gibi yerine getirmesidir. Dolayısıyla alıcının gözden geçirme neticesindeki belirlemiş olduğu açık ayıplar dâhil hukuki ayıplar, gizli ve gizlenmiş ayıplar satıcıya gönderilecek olan bildirimin kapsamındadır⁴⁶¹.

2. Bildirimin Şekli

Sözleşmenin tarafları bildirimin şekli konusunda CISG'in 9'uncu maddesine dayanarak diledikleri gibi hatta sözlü⁴⁶² bir şekilde bile bildirimin gerçekleşebileceğini sözleşmede kararlaştırabilirler. Ancak makul olmayan bazı sözleşme şartlarını uygulama konusunda mahkemeler tereddütlü davranabilmektedir⁴⁶³.

Bildirimin, CISG'in yazılı bildirimini öngördüğüne ilişkin çevirilerinin bulunduğu Sırbistan gibi ülkelerde tarafların ispatta zorluk yaşamamaları açısından yazılı yapmaları önerilmektedir⁴⁶⁴. Zira bazı durumlarda satıcı tarafından bildirimin yapılmadığına ilişkin iddialar alıcı açısından sözlü yapılan bildirimlerde alıcıya sorun yaşatabilir.

⁴⁶⁰ Özdemir, a.g.e, s.269.

⁴⁶¹ Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art.39, para.19.

⁴⁶² Honnold/*Flechtner*, Art.39, para. 257.2; Sözlü olarak belirleme, CISG 'nin 96'ncı maddesi uyarınca sözleşmelerin yazılı olarak veya ispat edilmesini koşul olarak gösteren ülkelerde işyeri bulunan taraflar için bile uygulanabilmektedir. Ferrari/Kieninger/Mankowski, CISG, Art.39, para.9; Alıcının bildirim yapması e-mail ve telefax yöntemlerini tercih etmesi de mümkündür. Schlechtriem/Schwenzer, Art.39, para.12.

⁴⁶³ Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art.39, para.27.

⁴⁶⁴ Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art.39, para.28.

Yapılan bildirimin dili, sözleşmede kullanılan dil ile aynı olmalıdır. Ancak satıcının dili veya satıcın anlayacağı herhangi bir dilin bildirimde kullanılması da bildirimin uygun bir şekilde yapıldığının kabulünü gerektirir⁴⁶⁵.

3. Bildirimin Zamanı

Viyana Satım Sözleşmesi'nin 39/1'inci maddesinde belirtildiği üzere, alıcının ayıbı tespit ettiği sırada veya ayıbı tespit etmesi gereken andan itibaren makul bir sürenin geçmesinden sonra bildirimin satıcıya yapılması gerekir. Sözleşmenin tarafları sözleşme serbestisi ilkesi gereğince bu konuda sözleşmede bir düzenleme yapabilirler. Ancak böyle bir düzenlemenin bulunmaması durumunda, somut olayın koşullarına göre, alıcı ve satıcının menfaatleri dengelenerek makul sürenin belirlenmesi yapılır⁴⁶⁶.

Ayıbı bildirme süreleri birçok hukuk sisteminde bildirim süresinin ne zaman başlayıp biteceğini içeren mutlak bildirim süresi ve bu sürelerin belirsiz olduğu nispî bildirim süresi olarak ikiye ayrılmaktadır⁴⁶⁷. Bildirim süresine ilişkin 39/1'inci madde, alıcının makul bir süre içerisinde bildirimde bulunmasını öngörmesinden ve bu sürenin her somut olay için değişiklik göstereceğinden belirsiz olması, bu sürenin nispî bildirim süresi; 2'nci fıkrası ise, bu bildirimin en geç malın fiili tesliminden sonra iki yıl içerisinde yapılması gerektiğine ilişkin alıcıyı zaman

⁴⁶⁵ Ferrari/Kieninger/Mankowski, *CISG*, Art.39, para.10.

⁴⁶⁶ Bianca/Bonell, *Commentary*, Art.39, para.2.5; Kanışlı, a.g.e, s.39; Yavuz, C., *Özel Hükümler*, s.334; Örneğin, meyve satımında ayıbın varlığından alıcının haberdar olmasından sonra bir günlük bir süre makulken, Almanya ve Avusturya arasında odun satımını içeren bir sözleşmede ayıbın fark edilmesinden sonra alıcının 14 günlük bir süresinin olması, bildirim süresindeki makul ifadesinin tanımının somut olaydan olaya değişiklik gösterebileceğinin bir göstergesidir. Austria 30 June 1998 Supreme Court (*Pineapples case*), <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/980630a3.html> (E.T: 10.04.2019); Almanya'da bildirim sürelerinin çok dar bir zamanda gerçekleştirilme zorunluluğundan dolayı getirilen eleştiri için bkz. Flechtner/Atamer, a.g.e,s.178.

⁴⁶⁷ Kanışlı, a.g.e, s.39; Yücer Aktürk, a.g.m, s.221.

bakımından sınırlandıran bir hüküm olması sebebiyle bu sürenin mutlak bildirim süresi olduğunun göstergesidir.

Nispî bildirim süresi, gözden geçirmeye gerek olsun veya olmasın görülen açık ayıplar için uygulama alanı bulmaktadır. Burada açık ayıplarda, eğer malı gözden geçirmeye gerek kalmadan tespit edilebilecek bir ayıptan söz ediliyorsa malın teslim edilmesinden sonra; gözden geçirme ile anlaşılabilecek bir ayıptan bahsediliyorsa gözden geçirme süresinin bitiminden sonra somut olaydaki malın ve ayıbın özelliklerine göre alıcı tarafından satıcıya bildirimde bulunma süresi işlemeye başlayacaktır. Dolayısıyla açık ayıplar için herhangi bir sabit bildirim süresi bulunmamaktadır. Mutlak bildirim süresinde ise, eğer sözleşmenin tarafları CISG'in öngördüğü iki yıllık sürede bir değişiklik yapmamışlarsa, malın fiilen alıcıya ulaşmasından sonra iki yıllık bir sürecin geçmesinden sonra alıcı açık ayıplara ilişkin olarak satıcıya malın ayıplı olduğuna dair bildirimde bulunamaz⁴⁶⁸.

Gizli ayıplarda ise alıcının malı gözden geçirmesinin ayıbı tespit etme konusunda etkisinin bulunmamasından dolayı, ihbar süreleri ayıbın öğrenildiği andan itibaren işlemeye başlar⁴⁶⁹. Yine gizli ayıplar için doktrinde iki yıllık bildirim süresini sınırlayıcı hükmün geçerli olup olmayacağına ilişkin tartışmalar mevcuttur⁴⁷⁰.

§6. VİYANA SATIM SÖZLEŞMESİ'NDE ERKEN TESLİM HÂLİNDE AYIP

I. Genel Olarak

Viyana Satım Sözleşmesi'nin 37'inci maddesi uyarınca satıcı için öngörülmüş sözleşmeye aykırılıkların alıcı tarafından erken tesliminin kabul edildiği bir satım sözleşmesinde

⁴⁶⁸ Ayhan, a.g.m, s.29-30; Bianca/Bonell, *Commentary*, Art.39, para.2.7; Yavuz, C., *Özel Hükümler*, s.334; Honnold/Flechtner, Art. 39, para.258.

⁴⁶⁹ Ferrari /Kieninger/Mankowski, *CISG*, Art. 39, para. 20; Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art.39, para.70; Özdemir, a.g.e, s.287; Özdemir/Okur, a.g.e, s.251.

⁴⁷⁰ Atamer, *Satıcının Yükümlülükleri*, s.230-231.

sözleşmede kararlaştırılan teslim tarihine kadar satıcı tarafından giderilmesi hâlinde satıcı için sözleşmeye aykırılıktan doğan bir sorumluluk söz konusu olmayacaktır. Ancak satıcının sözleşmeye aykırılıkları giderebilmesi hakkından yararlanabilmesi için ön şart olarak öncelikle alıcının malın erken teslimini kabul etmesi gerekmektedir.

Satıcının satım konusu mala ilişkin belgeleri erken teslim etmesi durumunda da satıcıya CISG'in 37'inci maddesinde tanınan hakka göre, sözleşmeye olan aykırılıkları sözleşmede kararlaştırılan teslim anına kadar tamamlaması hâlinde sözleşmeye aykırı mal teslim etmesinden doğabilecek sorumluluktan kurtulabilmesi mümkündür⁴⁷¹.

Taraflar arasında akdedilmiş bir satım sözleşmesinin son aşamaya kadar ayakta tutulmasına ilişkin “*ultima ratio*” ilkesi ile paralellik gösteren bu hüküm, Kıt'a Avrupası hukuk sistemine sahip ülkelerdense, Anglosakson hukuk sistemin sahip ülkelerin hukukuna daha yakındır.

II. Şartları

A. Erken Teslimin Alıcı Tarafından Kabul Edilmesi

Viyana Satım Sözleşmesi'nin 52/1'inci maddesinde satıcının satılanı erken teslim etmesi durumunda alıcının yapılan erken teslimi reddetmesi ya da kabul etmesi mümkündür. Ancak öncelikle bu konuda aydınlatılması gereken husus, teslim tarihinin neye göre belirleneceğidir. Taraflar mal satım sözleşmesi yaptıkları sırada teslim tarihine ilişkin net bir tarih belirlemiş olabilirler. Bu takdirde, kararlaştırılan tarihten önce satıcı tarafından yapılacak herhangi bir tarih, erken teslim olarak kabul edilecektir. Satıcının satılanı ayıplı olarak alıcıya erken teslim ettiği durumlarda, maldaki ayıpları CISG'in 37'inci maddesi kapsamında tarafların aralarında kararlaştırdıkları ana kadar giderebilme imkânı, alıcının CISG'in 52'nci maddesinde

⁴⁷¹ Baysal/Şipka/Yıldırım, a.g.e, s.250; Bianca/Bonell, *Commentary*, Art.37, para.2.3; Honnold/Flechtner, Art. 37, para. 244 Yavuz, C., *Özel Hükümler*, s.334.

kendisine verilen erken teslimi kabul etmesine bağlanmıştır⁴⁷². Dolayısıyla teslim tarihinde temel alınan nokta, satıcının borcunu oluşturan malların tesliminin muaccel olduğu andır⁴⁷³.

Bazı durumlarda taraflar satılan için kesin bir tarih belirlemektense, teslim için belirli bir zaman dilimi öngörebilirler. Böyle bir durumda teslimin ne zaman erken teslim oluşturacağı hususu doktrinde tartışmalı bir konudur⁴⁷⁴. Hâkim görüşe göre, satıcının malları alıcıya teslim etme borcunun muaccel olması, öngörülen zaman diliminin son bulduğu an olacaktır. Bu nedenle, erken teslim kavramının yorumu geniş tutularak, sözleşmede belirlenmiş zaman dilimine kadar satıcı tarafından yapılacak herhangi bir teslim erken teslim olacaktır⁴⁷⁵. Böylelikle satıcı söz konusu sürenin sonuna kadar ayıplı olarak erken teslim ettiği satım konusu malların ayıbını gidererek sözleşmeye aykırı hareket etmekten dolayı doğacak sorumluluğundan kurtulabilir. Bu görüşün aksini savunanlar ise, erken teslimin CISG'in 52'nci maddesinde alıcıya verdiği erken teslimi reddetme hakkını vermesinden dolayı, teslim için belirli bir zaman diliminin öngörüldüğü sözleşmelerde sürenin içinde yapılan teslimlerin erken teslim olarak kabul edilemeyeceğini ileri sürmektedir⁴⁷⁶.

Yine alıcının talebi üzerine gerçekleştirilecek teslimi öngören sözleşmelerde de talepten önce yapılacak teslimler, satıcının satılanı erken teslim etmesi anlamına gelecektir⁴⁷⁷.

⁴⁷² Bianca/Bonell, *Commentary*, Art.37, para.2.4; Ferrari/Kieninger/Mankowski, *CISG*, Art.37, para.5-6; Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art. 37, para.5.

⁴⁷³ Baysal/Şıpka/Yıldırım, a.g.e, s.250.

⁴⁷⁴ Baysal/Şıpka/Yıldırım, a.g.e, s.250; Ferrari/Kieninger/Mankowski, *CISG*, Art.37, para.5; Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art.37, para.6.

⁴⁷⁵ Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art.37, para.6; Schwenger/Schlechtriem, Art.37, para.4.

⁴⁷⁶ Baysal/Şıpka/Yıldırım, a.g.e, s.250-251.

⁴⁷⁷ Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art.37, para.6; Sözleşme gereği taraflar arasında kararlaştırılan tarihten sonra ayıbın giderilmesi CISG'in 48/1'inci maddesi kapsamındadır. Bianca/Bonell, *Commentary*, Art.37, para.2.4.

B. Ayıbın Sözleşmede Taraflarca Belirlenen Teslim Anına Kadar Giderilmesi

Viyana Satım Sözleşmesi'nin 37'nci maddesinde satıcının malları erken teslim etmesi hâlinde, satıcı sözleşmede kararlaştırılan teslim tarihine kadar eksik teslim edilen mallardaki eksiklikleri tamamlayabileceği gibi sözleşmeye uygun olmayan mallar için de bu aykırılıkları giderebilme imkânına sahiptir. Yani satıcı sadece erken teslim ettiği maldaki ayıpları değil, aynı zamanda ayıptan bağımsız herhangi bir sözleşmeye aykırılığı da teslim tarihine kadar giderebilmektedir. Örneğin, Sözleşme'nin 41 ve 42'nci maddelerine göre gerçekleştirilmiş erken teslimlerde de satıcı bu aykırılıkları teslim tarihine kadar giderme hakkını haizdir. Ancak konumuz itibarıyla sadece ayıptan kaynaklanan erken teslimleri inceleme alanımız dâhilinde tutacağız.

Satıcının bu anlamda erken teslim ettiği malda ortaya çıkan ayıpları gidermesi ve yaptığı erken teslimdeki ayıbı giderme imkânı ancak sözleşmede kararlaştırılan teslim tarihine kadar geçerlidir. Yukarıda da açıklandığı üzere, teslimatın belirli bir süre içerisinde gerçekleşmesi durumunda da en geç söz konusu sürenin son günü maldaki ayıpların giderilmesi gerekir⁴⁷⁸.

Sözleşmede kararlaştırılan teslim tarihinden sonra satıcı tarafından gerçekleştirilecek herhangi bir ayıp giderme CISG'in 48'inci maddesinde öngörülen 37'nci maddeye nispeten satıcı açısından daha ağır koşulları içeren hükme göre gerçekleştirilecektir⁴⁷⁹.

C. Satıcının Ayıbı Giderirken Alıcıyı Makul Olmayan Bir Zahmet ve Masrafa Sokmaması

Satıcının erken teslim ettiği maldaki sözleşmeye aykırılıkları giderme konusundaki içeriğin tespitinde CISG'in 37'inci maddesi yol gösterici bir hüküm olarak kullanılmalıdır. Mal eksik olarak teslim edilmişse, bu eksikliğin tamamlanması, ayıplı mal yerine ayıpsız yeni malın gönderimi veya malı sözleşmeye uygun hâle getirme şeklinde sözleşmeye aykırılıklar teslim

⁴⁷⁸ Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art.37, para. 10.

⁴⁷⁹ Ferrari/Kieninger/Mankowski, CISG, Art.37, para.5.

tarihine kadar giderilebilir. Ancak bu hükümde yer alan örneklerin ayrıntılı olmaması amaçlanmıştır. Örneğin, satıcının malı sözleşmede kararlaştırılandan erken ve alıcıya malın kullanımına yarayan talimatları ihmal ederek teslim etmesi durumunda, gerekli talimatların alıcıya ulaştırılması veya malın nasıl kullanacağına ilişkin bir eğitimin verilmesi ile de bu ihlal giderilebilir⁴⁸⁰.

Viyana Satım Sözleşmesi'nin 37'ci maddesindeki sözleşmeye aykırı olarak erken teslim edilen mallarda, yukarıda bahsedilen sınırlamalar sebebiyle, satıcı kural olarak hangi önlemleri alacağına ilişkin takdir yetkisine sahiptir⁴⁸¹. Yani satıcı ayıbı gidermek için kendisine sunulan ve somut olaya uygun olabilecek ayıbı giderme yöntemini seçme konusunda özgürdür.

Satıcı teslim tarihine kadar maldaki ayıbı gidermek için madde metninde öngörülen imkânlardan birini kullanmasına rağmen ayıbı giderememişse, satıcı diğer ayıp giderme yöntemlerine başvurabilir. Zira maddenin amacı sözleşmeye aykırı olarak teslim edilmiş maldaki aykırılığı gidermek olduğundan satıcının maldaki ayıbı gidermek için ne kadar uğraştığının veya hangi yöntemi seçtiğinin bir önemi yoktur⁴⁸². Satıcının söz konusu seçim hakkının tek sınırını, bu seçimin alıcıyı makul olmayan bir zahmete veya masrafa sokması oluşturmaktadır.

Özetle, alıcı satıcıdan ayıbın ne şekilde giderilmesini istediğine ilişkin içeriğe sahip taleplerde bulunamazken, satıcının seçtiği ayıbı giderme yönteminin de alıcıyı alıcıdan beklenen zahmetten öte bir zahmete veya masrafa sokmaması gerekmektedir.

⁴⁸⁰ Kröll/Mistel/Viscasillas, Art.37, para. 17.

⁴⁸¹ Ferrari/Kieninger/Mankowski, *CISG*, Art.37, para.9; Schlechtriem/Schwenzer, Art. 37, para.7; Zeytin, a.g.e, s.137.

⁴⁸² Baysal/Şipka/Yıldırım, a.g.e, s.252; Bianca/Bonell, *Commentary*, Art.37, para.2.5; Schlechtriem/Schwenzer, Art.37, para. 11.

III. Hukuki Sonuçları

A. Alıcının Viyana Satım Sözleşmesi'nin 45/1-a Maddesinde Öngörülen Hukuki İmkânlara Sözleşmede Kararlaştırılan Teslim Tarihine Kadar Başvuramaması

Satıcının erken teslim ettiği maldaki ayıbı gidermesi durumunda, alıcının CISG'in 45'inci maddesinde belirtilen malın sözleşmeye uygun teslim edilmediğine ilişkin olarak başvurabileceği hukuki imkânları sözleşmedeki asıl teslim tarihine kadar talep edemez. Ancak bazı istisnaî durumlarda ileriye yönelik esaslı ihlal teşkil edebilecek bir sözleşmeye aykırılığın varlığı hâlinde alıcı CISG'in 72'nci maddesine dayanarak sözleşmeden dönebilir⁴⁸³.

CISG'in 72'nci maddesinin böyle bir olaya uygulanabilmesi için öncelikle erken bir teslimin ve teslim edilen malın sözleşmeye uygun olmaması gereklidir. Daha sonrasında satıcının teslim tarihine kadar söz konusu maldaki ayıbı gidermemesi hâlinde bu ayıbın sözleşmeyi esaslı olarak ihlal edeceği ve satıcının da açıkça bu ayıbı gideremeyeceği veya böyle bir isteğinin bulunmadığı açık ise alıcı Sözleşme'nin 72'nci maddesine dayanarak sözleşmeden dönme hakkını haizdir⁴⁸⁴.

Alıcının CISG'in 52'nci maddesine göre, satıcının erken teslimini kabul etmek zorunda olmamasına rağmen, satılanın erken teslimine rıza göstermesi hâlinde alıcının katlanması gereken durumlar söz konusu olabilir. Bunlardan birisi de satıcının erken teslim ettiği mallarda bulunan sözleşmeye aykırılıklar için sözleşmede kararlaştırılan teslim tarihine kadar sözleşmeye aykırılık hâllerinde kullanabileceği hukuki imkânlarına başvuramamasıdır. Hatta satıcının ayıbı giderebilmesi için alıcı ile iş birliği yapması gerekiyorsa, iyi niyet kurallarının alıcıdan bekleyeceği üzere alıcı bu konuda gerekli iş birliğini satıcıya sağlamalıdır⁴⁸⁵. Alıcının

⁴⁸³ Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art.37, para.21.

⁴⁸⁴ Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art.37, para.21; Schlechtriem/Schwenzer, Art.37, para.15.

⁴⁸⁵ Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art.37, para.22.

satıcı ile iş birliğinde bulunmamasından dolayı satıcının sözleşmede belirlenen teslim tarihine kadar ayıbı giderememesi söz konusu ise, alıcının sözleşmeye aykırılığa dayanarak kullanabileceği hukuki imkânları talep edememe ihtimali mümkündür. Zira CISG'in 80'inci maddesinde de açıkça belirtildiği üzere, alıcının eylemsizliği satıcının maldaki ayıbı giderememesine yol açarsa alıcı satıcının malı sözleşmeye uygun olarak ifa etmemesine dayanarak hukuki imkânlarına başvuramayacaktır⁴⁸⁶.

Bazı durumlarda, satıcının sözleşmedeki teslim tarihine kadar ayıbı giderme hakkı, halihazırda ayıplı mallar için sözleşme bedelini ödemiş bir alıcı bakımından dezavantajlı bir konum yaratabilir. Örneğin satıcı ayıplı mallardaki ayıbı giderebilmek için alıcıya ayıplı olarak teslim edilmiş malların iadesini talep edebilir. Bazı yazarlar⁴⁸⁷, böyle bir talebin alıcıyı zahmetli bir duruma sokacağını ileri sürerek satıcının ayıbı giderme hakkını kullanamayacağını iddia etmektedir. Diğer bir yandan başka yazarlarca⁴⁸⁸, böyle bir durumda malların satıcıya ayıbı gidermesi için iade edilmesinden sonra alıcıya ayıpsız bir şekilde geri döneceğine ilişkin yeterli bir güvence sağlayana kadar alıcının malları alıkoyma hakkına sahip olduğunu da ileri sürmektedir.

B. Alıcının Tazminat Talep Etme Hakkı

Viyana Satım Sözleşmesi'nin 37'nci maddesinin 2'nci cümlesi uyarınca, satıcının erken teslim ettiği bir maldaki ayıbı gidermesi, alıcının erken teslim aldığı maldaki ayıptan dolayı uğradığı zararların tazminini talep edemeyeceği anlamına gelmez. Zira satıcının ayıbı sözleşmedeki teslim tarihine kadar gidermesi sürecinde alıcı açısından satıcıyla gerçekleştirdiği

⁴⁸⁶ Bianca/Bonell, *Commentary*, Art.37, para.3.2; Ferrari/Kieninger/Mankowski, *CISG*, Art.37, para.14;

Schlechtriem/Schwenzer, Art. 38, para. 3.

⁴⁸⁷ Staudinger/Magnus, Art.37, para.17.

⁴⁸⁸ Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art.37, para.23.

iş birliğinden kaynaklı olarak alıcı açısından oluşmuş nakliye gibi birtakım maliyetler söz konusu olabilir⁴⁸⁹. Bu masrafların giderilmesi için Sözleşme alıcıya masrafları dâhilinde satıcıdan tazminat talep etme hakkını tanımıştır.

Bazı durumlarda alıcının erken teslim aldığı ayıplı mal, alıcının diğer mallarına da zarar verebilir. Bu hâlde de alıcı CISG'in 37'nci maddesinin 2'nci cümlesine dayanarak bu yönde oluşan zararlarını da satıcıdan tazminat talep etme hakkına sahiptir⁴⁹⁰.

§7. AYIPTAN DOĞAN SORUMLULUĞUN HUKUKİ SONUÇLARI

I. Genel Olarak

Viyana Satım Sözleşmesi'nin 45'inci maddesinde belirtildiği üzere, satıcının tarafların kurdukları sözleşme ve CISG'ten doğan yükümlülüklerini yerine getirmemesi hâlinde, alıcının CISG'in 46'ncı maddesinde alıcıya öngörölmüş seçimlik haklarını kullanması mümkündür. Satıcının yükümlülüklerini yerine getirmemesinden kastedilen satıcının sözleşmeye aykırılık teşkil edecek yapabileceği bütün ihlallerdir. Bu anlamda satıcının ayıptan doğan sorumluluğunun da bir sözleşmeye aykırılık olmasından dolayı şartların varlığı hâlinde alıcının seçimlik haklarından birini talep edebilir. Bu seçimlik hakların kullanılması, elbette ki alıcının zararlarını CISG'in 74'üncü maddesi kapsamında tazmin etme talebine engel oluşturmayacaktır.

Daha önce de açıklandığı üzere Türk ve İsviçre hukuk sistemlerinde olduğu gibi CISG'te sözleşmeye aykırılık durumunda kusurun kusurlu tarafın sorumluluğuna herhangi bir etkisi bulunmamaktadır. Yani satıcının ayıplı bir mal teslim etmesinde satıcının bu konuda bir kusurunun bulunmaması, satıcının sorumluluğunu değiştirmeyecektir.

Satıcının ayıplı mal tesliminden dolayı alıcının CISG'in 46'ncı maddesinde kullanabileceği seçimlik hakları, aynen ifa, ayıplı malın ayıpsız ile değiştirilmesi, aybın onarılarak malı

⁴⁸⁹ Schlechtriem/Schwenzer, Art. 37, para. 16.

⁴⁹⁰ Baysal/Şipka/Yıldırım, a.g.e, s.253; Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art. 37, para.24.

ayıpsız hâle getirilmesi ve sözleşmeden dönme şeklindedir. Ayrıca CISG'in 46'ncı maddesinde, alıcının bu haklarını kullanırken, kural olarak satıcıya ek bir süre tanıma zorunluluğu yoktur.

II. Satıcının Sorumsuzluğu

Satıcının ayıplı mal tesliminden dolayı sorumlu tutulamayacağına ilişkin bazı istisnâî durumlar CISG'in 35'inci maddesinin 3'üncü fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre, alıcının ayıbı bilmesi veya malın ayıplı olduğunu bilememesinin kendisinden beklenemez olduğu durumlarda, satıcı CISG'in 35/2'nci maddesindeki malın sahip olması gereken objektif özellikler uyarınca sözleşmeye uygun olmasını sağlama sorumluluğuna aykırı davranmasından dolayı sorumlu olmayacaktır.

Viyana Satım Sözleşmesi'nin 35/2'nci maddesi, satıcıya sözleşme gereğince yerine getirmesi gereken yükümlülükler konusunda uygulanır. Zira taraflar sözleşmede bu özelliklere ilişkin herhangi bir açık veya örtülü bir hükme yer vermemiş bile olsalar, alıcının CISG'in hükümleri gereğince satıcının bu yükümlülükleri yerine getireceğini beklemesi mümkündür⁴⁹¹. Alıcının teslim aldığı mallarda bu özelliklerin bulunmayacağını bilmesi veya bilmemesinin mümkün olmaması hâlinde alıcının bu konuda geçerli bir beklentisi olamaz⁴⁹². Bu maddenin CISG'in hükümleri arasında yer almasındaki mantık, alıcının hangi özelliklere sahip bir mal teslim alacağını biliyor veya bilmesi gerekiyorsa, bu mallardan daha iyi bir kaliteye sahip mal teslim etmesini satıcıdan talep etmesini önleyebilmektir⁴⁹³.

Doktrinde CISG'in 35/3'üncü fıkrasının 35/1'inci, yani tarafların iradelerinin uyuşarak karar verdikleri sözleşme hükümleri için de uygulanıp uygulanamayacağı hususunda

⁴⁹¹ Ayhan, a.g.m, s.35; Baysal/Şipka/Yıldırım, a.g.e, s.243; Secreteriat Commentary, Art. 33, para.13.

⁴⁹² Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art.35, para.155.

⁴⁹³ Bianca/Bonell, *Commentary*, Art. 35, para.2.8.1.

tartışmalar⁴⁹⁴ olsa da kanımızca hâkim görüşün⁴⁹⁵ ileri sürdüğü CISG'in 35/3'üncü madde hükmünün, maddenin sadece 35/2 maddesine uygulanacağına dair açık hükmü nedeniyle alıcı tarafından ayıbın bilinmesi veya bilinmemesinin mümkün olmaması durumu maldaki objektif kriterler için uygulanabileceğine katılmak yerinde olacaktır.

Alıcıya CISG'in 35/2-c maddesi uyarınca, satım sözleşmesi öncesinde gönderilmiş bir örnek veya model varsa, CISG'in 35/3'üncü maddesinin sınırlı bir uygulaması vardır⁴⁹⁶. Zira örnek veya modelden elde edilen gözlemler neticesinde alıcının burada sözleşme konusu malın sahip olduğu özellikler hakkında genel bir bilgisinin bulunacağı kabul edilir⁴⁹⁷. Ancak istisnâî iki durumda alıcı açısından satıcının sorumluluğuna başvurulabilir. Buna göre, ilk olarak alıcının örnek veya modelde sözleşme konusu malın içermesi gereken nitelikleri incelemesine rağmen malda bu özelliklerin bulunmaması; ikinci olarak ise, örnek veya modelde bulunmasa bile CISG'in 35/1 gereğince tarafların sübjektif olarak kararlaştırdıkları niteliklerin malda bulunmamasıdır⁴⁹⁸.

Alıcının maldaki ayıbı bilmemesinin beklenemez olduğu durumlarla ilgili olarak da doktrinde tartışmalar mevcut olmakla birlikte, bu görüşlerden biri⁴⁹⁹ alıcının ayıbın varlığı konusunda ağır ihmalini de aşan bir durumunun söz konusu olması gerektiğini ileri sürerken,

⁴⁹⁴ Bianca/Bonell, *Commentary*, Art.35, para.2.9.2; Schlechtriem/Schwenzer, Art. 35, para.38; Staudinger/Magnus, Art.35, para.50-51.

⁴⁹⁵ Ferrari/Kieninger/Mankowski, *CISG*, Art.35, para.14; Schlechtriem/Butler, a.g.e, para.144, s.102-121.

⁴⁹⁶ Örnek veya modelin sunulduğu sözleşmelerde Viyana Satım Sözleşmesi'nin 35/3 maddesinin uygulama alanı bulamayacağına ilişkin bkz. Schlechtriem/Butler, para.144, s.121.

⁴⁹⁷ Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art. 35, para.157.

⁴⁹⁸ Bianca/Bonell, *Commentary*, Art.35, para.2.9.1; Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art.35, para.157.

⁴⁹⁹ Schlechtriem/Schwenzer, Art. 35, para. 34

bir diğeri⁵⁰⁰ ise, bu konuda daha yumuşak bir görüş benimsemekte olup ağır ihmalin yeterli olacağını savunmaktadır.

Satıcının malları gösterdiği ve alıcının da malları incelemek için fırsatının bulunduğu bir durumda, satıcının 35/3'e dayanarak sorumluluktan kurtulabilmesi ancak maldaki açık ayıplar için mümkündür⁵⁰¹. Hâliyle gizli ayıplar veya ayıbın bulunması için uzun bir zaman veya masraf gerektirecek incelemeler için de satıcı alıcının ayıbı biliyor veya bilmemesinin mümkün olmadığına dayanarak ayıptan doğan sorumluluğunu bertaraf edemez.

Viyana Satım Sözleşmesi'nin 35/3'üncü maddesinde satıcının ayıplı mal teslim ettiğinin farkında olmadığı durumlarda ne olacağına ilişkin kesin bir açıklamaya yer verilmemiştir. Kural olarak satıcının sorumluluğu, satıcının maldaki ayıbı bildiği ve bunu alıcıdan sakladığı durumlarda gündeme gelmektedir. Ancak alıcının bu ayıbı bilmesi veya bilmemesinin mümkün olmaması satıcıya ayıptan doğacak sorumluluğundan kaçma fırsatı yaratmaktadır. Zira alıcı 35/3'ten imtina etmek için ulusal hukukundaki satıcının yalan beyan vermesine ilişkin hükümlerden yararlanamaz. Dolayısıyla satıcının maldaki ayıbı biliyor olmasına rağmen alıcının ayıbı "*bilmemesinin mümkün olmadığı*" durumlarda satıcının sorumluluğunun hariç tutulmasına ilişkin CISG'in 35/3'üncü maddesi uygulanamaz⁵⁰². Bu kapsamda Sözleşme'deki iyi niyet kuralının bir yansıması olan 40'ıncı maddesine göre, satıcının ayıbı bildiği hâlde bu durumu alıcıdan saklıyor olması kötü niyetle hareket ettiği anlamına gelmekte olup alıcının 38'inci ve 39'uncu maddelerindeki külfetlerini yerine getirmedeki başarısızlıklarına rağmen ayıplı maldan dolayı satıcının hâlâ sorumluluğunun söz konusu olacağını söylemek mümkündür⁵⁰³. Dolayısıyla burada da satıcının CISG'in 35/3 maddesindeki maldaki ayıba

⁵⁰⁰ Ferrari/Kieninger/Mankowski, *CISG*, Art.35, para. 29; Gruber, Art.35, para.36.

⁵⁰¹ Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art.35, para.164.

⁵⁰² Staudinger/Magnus, Art.35, para.52.

⁵⁰³ Ferrari/Kieninger/Mankowski, *CISG*, Art.35, para.30; Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art.35, para.168.

ilişkin sorumsuzluk hükmünden faydalanabilmesi için ayıbı biliyorsa alıcıdan saklamaması gerekmektedir.

Viyana Satım Sözleşmesi'nin 79'uncu maddesinin sözleşmenin taraflarına getirdiği bir başka sorumsuzluk hâli daha mevcuttur. Buna göre, CISG'in 79'uncu maddesi konumuz kapsamı dâhilinde incelenecek olunursa, satıcının öngöremeyeceği veya aşamayacağı bir engel nedeniyle satıcının alıcıya ayıplı mal teslim etmek zorunda kalması ve bu iddiasını ispat etmesi hâlinde, alıcının ayıptan kaynaklanan zararını tazmin etme sorumluluğu yoktur⁵⁰⁴. Her ne kadar CISG'in 79/5'inci maddesindeki engellerin sadece satıcının tazminat sorumluluğunu sınırlandırması eleştirilse⁵⁰⁵ de satıcının hâkimiyet alanı dışında öngörülmesi beklenemez ve aşamayacağı bir engel alıcının seçimlik haklarını etkilemeyecektir.

III. Viyana Satım Sözleşmesi Açısından Alıcının Seçimlik Hakları

A. Genel Olarak

Satıcının alıcıya satılanı ayıplı olarak teslim ettikten sonra alıcının üç tane seçimlik hakkı mevcuttur. Bunlar CISG'in 46'ncı maddesine göre ifa talebi başlığı altında aynı maddenin 1'inci fıkrası gereğince malın aynen ifasını isteme, 2'nci fıkrasında belirtilen ikame

⁵⁰⁴ Atamer, Yeşim, *Borçlunun CISG Madde 79 Uyarınca Tazminat Sorumluluğundan Kurtulması Halinde Alacaklının Diğer Taleplerinin Akıbeti Ne Olur?*, Journal of Yaşar University, 2013, C. 8, S. Özel, s.a. 487-509, s.488; Kaya, a.g.e, s.105-106; Dayıoğlu, a.g.e, s.140; Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art.79, para.43 vd.; Urfaher, Melike, *Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (CISG) Madde 79 ve 80 Kapsamında Tazminat Sorumluluğundan Kurtulma*, in: *Milletlerarası Mal Satım Hukuku (CISG)*, Editör: Sinan Okur, Ankara, 2016, s.535-553.

⁵⁰⁵ Eleştiriler özellikle alıcının seçimlik haklarından aynen ifa talebinde yoğunlaşmıştır. Zira satıcının hâkimiyet alanı dışında meydana gelen bir engel sebebiyle, Türk ve İsviçre hukukunda çoğunlukla kesin imkânsızlık müessesesinin uygulama alanı bulmasına yol açmasından dolayı aynen ifa talebinin Sözleşme kapsamında anlamsızlaştırdığına ilişkin eleştiriler için bkz. Atamer, *Tazminat Sorumluluğu*, s.490-506; Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art.79, para.43 vd.

mal veya 3'üncü fıkrasındaki malın tamirini talep etme, 50'nci maddesindeki malın satım bedelinde indirim veya eğer ki ayıp sözleşmeyi esaslı olarak ihlal etmişse 49'uncu maddedeki sözleşmeden dönmedir. Bunlar dışında da alıcı uğradığı zarar neticesinde CISG'in 74 ve 75'nci maddelerine dayanarak zararlarının tazminini satıcıdan talep edebilir. Burada belirtilmesi gerekir ki, alıcının seçimlik haklarını kullanabilmesi için somut olayda aranan şartlar mevcut olduğu sürece, söz konusu seçimlik haklar ve tazminat hakkı bütün sözleşmeye aykırılıklar için kullanılabilir.

Viyana Satım Sözleşmesi'nde alıcının ayıplı mal teslim alması hâlinde seçimlik haklarını kullanmasında iki ilke CISG'in kendine özgü yapısını açıklama konusunda oldukça önemli bir yere sahiptir. Bunlardan birincisi "*ultima ratio*" ilkesi gereğince, tarafların mal satım sözleşmesine olan ihlallerine rağmen sözleşmenin tasfiyesi yerine sözleşmeyi ayakta tutmayı amaçlamaktadır. Dolayısıyla alıcının ayıplı mal karşısında sözleşmeden dönebilmesi için ancak son çare olarak sözleşmeden dönebilmesi mümkündür⁵⁰⁶. Ancak alıcının sözleşmeden dönme hakkının doğabilmesi için öncelikle satıcının ayıplı mal tesliminin esaslı bir ihlal oluşturması gerekir.

İkinci ilke ise, kusursuz sorumluluk ilkesidir. CISG'in uygulama alanı bulduğu sözleşmelerde Türk ve İsviçre hukukundan farklı olarak, alıcının ayıplı mal karşısında seçimlik ve tazminat haklarını kullanabilmesi için satıcının ayıbın oluşmasında kusurunun bulunması şartı aranmamaktadır⁵⁰⁷.

Viyana Satım Sözleşmesi'nde alıcı için öngörülmüş bu seçimlik hakların kullanılarak sözleşmede taraflar için adaletli bir ortam oluşturulması amaçlanmıştır. Örneğin, CISG'in 79'uncu maddesi kapsamında değerlendirilebilecek bir engelin satıcının ayıplı bir mal teslimine

⁵⁰⁶ Serozan, a.g.e, s.141.

⁵⁰⁷ Bianca/Bonell, *Commentary*, Art.45, para.2.1.2; Dayıoğlu, a.g.e, s.45.

yol açması hâli bile alıcının seçimlik haklarını kullanmasına engel olamamaktadır⁵⁰⁸. Ancak kanımızca satıcının hâkimiyet alanında olmayan bir engel nedeniyle malı ayıplı teslim etmesinde satıcının Kıt'a Avrupası hukuk sisteminin aksine sorumluluğunun sınırlandırılmaması satıcı açısından çok da adaletli bir durum yaratmayacaktır.

Alıcı seçimlik haklarından hangisini kullanacağı konusunda serbesttir. Alıcı aynı zamanda seçimlik haklarını kullanılabilmesi için ulusal hukuk düzenlerinde olduğu gibi satıcıya ek bir süre tanımak zorunda değildir. Ancak CISG'in 47/1'inci maddesi gereğince, alıcı bu süreyi satıcıya tanıyabilir⁵⁰⁹. Söz konusu ek sürenin verilmesinde ise sözleşme ihlalinin niteliği, içeriği veya kaynağı herhangi bir öneme sahip değildir⁵¹⁰.

Alıcı tarafından satıcıya ayıbı gidermesi için ihtiyarî olarak ek bir süre verilmesi hâlinde, alıcı verdiği bu ek süre zarfında seçimlik haklarını kullanamaz. Zira alıcı tarafından satıcıya verilen bu ek sürenin mahiyeti sözleşmeyi sona ermekten kurtarmak veya satıcıya malı sözleşmeye uygun olarak teslim etmesine fırsat vermektir. Ancak satıcının ayıbı verilen süre içerisinde gidermemesi, alıcının CISG'in 45'nci maddesindeki haklarını kullanmasına tekrardan izin verecektir. Satıcının bu ek süre dâhilinde ayıbı gidermesi durumunda, alıcının seçimlik haklarına başvurabilmesi için bir nedeni kalmadığından, söz konusu seçimlik haklarına başvuramayacaktır. Elbette ki alıcının seçimlik haklarından yararlanamaması, malın satıcı tarafından sözleşmeye uygun hâle getirilene kadar beklediği sürede uğradığı zararları satıcıdan tazmin edemeyeceği anlamına gelmemektedir. Buna göre CISG'in 47/2'nci maddesi uyarınca alıcı, bu süre içinde gecikmiş ifa nedeniyle oluşmuş zararlarını satıcıdan talep edebilecektir.

⁵⁰⁸ Dayıoğlu, a.g.e, s.45,76.

⁵⁰⁹ Bianca/Bonell, *Commentary*, Art.47, para. 2.1.1; Huber/Mullis, a.g.e, s.183; Yılmaz, a.g.e, s.102.

⁵¹⁰ Dayıoğlu, a.g.e, s.46.

B. Aynen İfa Talebi

1. Genel Olarak

Sözleşmenin ihlali alıcı ve satıcı tarafından da gerçekleştirilebilir. Bu sebeple, alıcı tarafından ihlal edilen sözleşmede satıcı tarafından aynen ifa beklentisi CISG'in 62'nci maddesinde; ihlalcinin satıcı olması durumunda ise satıcının aynen ifa ile yükümlendirilmesi CISG'in 46'ncı maddesinde düzenlenmiştir. Ancak konumuz itibariyle CISG'in 46'ncı maddesini incelemekle yetineceğiz.

Viyana Satım Sözleşmesi'nin 46'ncı maddesinin 1'inci fıkrası satıcının gerçekleştirebileceği bütün ihlalleri kapsayan genel bir düzenleme iken; CISG'in 46'ncı maddesinin 2'nci ve 3'üncü fıkrasındaki düzenleme ise, malların sözleşmeye uygun olmayan bir şekilde teslim edilmesi durumunda alıcının ikame mal talebinde bulunabileceği veya ayıbın onarılarak giderilmesini tercih edebileceğini öngören özel hükümlerdir⁵¹¹. O zaman alıcının ayıplı bir mal teslim alması hâlinde ilk seçimlik hakkı olan “*aynen ifayı talep etme*” hakkını alıcı iki şekilde kullanabilmektedir. Öncelikle eğer ki sözleşme konusu mal mislî bir eşya ise alıcı satıcıdan CISG'in 46'ncı maddesine dayanarak malın ayıpsız bir benzeri ile değiştirilerek tekrardan alıcıya teslim edilmesini talep edebilir. Ancak burada söz konusu hakların satıcıdan istenebilmesi için alıcının hiçbir şekilde bu haklarla bağdaşmayan bir haktan yararlanmamış olması ön şartı gözden kaçmamalıdır⁵¹².

Alıcının ayıplı mal karşısında sözleşmedeki ifanın aynen yerine getirilmesi hakkını, malın CISG'in 46/3'üncü maddesi kapsamında onarılmasını tercih etme suretiyle de kullanabilmesi mümkündür.

⁵¹¹ Bianca/Bonell, *Commentary*, Art.46, para.2.1; Huber/Mullis, a.g.e, s.179; Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art.46, para.3; Yavuz, C., *Özel Hükümler*, s.335.

⁵¹² Atamer, *Satıcının Yükümlülükleri*, s. 363; Bianca/Bonell, *Commentary*, Art.46, para.2.1.1.1.

2. Satılanın Ayıpsız Bir Benzerinin Teslimini Talep Etme Hakkı

a. Genel Olarak

Viyana Satım Sözleşmesi'nin 46'ncı maddesinin 2'nci fıkrasındaki alıcının malın ikamesi ile değiştirilip teslim edilmesi hakkını kullanabilmesi için, maldaki ayıbın sözleşmenin genelinde esaslı bir ihlal oluşturması ve alıcının bu ayıptan dolayı malın ayıpsız benzeri ile değiştirilmesini istediğini CISG'in 39'uncu maddesi kapsamında satıcıya bildirimde bulunduğu sırada veya bildirimden sonra makul bir sürenin geçmesinden sonra talep etmesi gerekir⁵¹³. Yani alıcının malın ayıpsız benzeri ile değiştirilmesini talep edebilmesi için bazı şartlara sahip olması gerekir.

Özetle, öncelikle malların sözleşmeye uygun olmaması CISG'in 46/2'üncü maddesi kapsamında kabul edilecek bir aykırılık oluşturmalıdır. Satıcı tarafından malların sözleşmeye uygun olarak teslim edilmemesi ile yapılan sözleşmeye aykırılık esaslı bir ihlal oluşturmalıdır. Daha sonra alıcının malın ayıpsız benzeri ile değiştirilip satıcıdan bu malı yeniden teslim etmesi talebini uygun bir süre içerisinde satıcıya yöneltmesi beklenilmektedir⁵¹⁴. Bu şartları daha detaylı inceleyelim.

b. Şartları

aa. Satıcının Sözleşmeye Uygun Mal Teslim Etmemesi

Viyana Satım Sözleşmesi'nde yukarıda da birçok kez değinildiği üzere Türk ve İsviçre hukuk sistemlerinde olduğu gibi kusurun ve imkânsızlığın satıcının ayıptan doğan

⁵¹³ Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art.46, para.31; Schlechtriem/Butler, a.g.e, para.179, s.139 Yavuz, C., *Özel Hükümler*, s.335-336.

⁵¹⁴ Yılmaz, Süleyman, *Milletlerarası Satım Hukuku (CISG) Uyarınca Sözleşmenin Esaslı İhlali Halinde Alıcının İkame Mal Talebi ve Onarım Hakkı*, in: *Milletlerarası Mal Satım Hukuku (CISG)*, Editör: Sinan Okur, Ankara, 2016, s.367-368.

sorumluluğunu etkilediği ifa engelleri sisteminden farklı olarak, satıcının sorumluluğu sözleşmede kararlaştırılan özelliklerden farklı bir malı teslim etmekten kaynaklanmaktadır⁵¹⁵.

Viyana Satım Sözleşmesi'nde satıcının sözleşmeye uygun mal teslim etmediği ve bu sözleşmeye aykırılığın CISG'in 46/2'nci maddesi kapsamında alıcıya malın ayıpsız benzeri ile değiştirilip satıcı tarafından teslim etmesi hakkını verebilmesi için, satıcının ayıplı olarak teslim ettiği malın, sözleşmeye uygun mal teslimini düzenleyen CISG'in 35'inci ve 37'nci maddeleri arasındaki hükümlere aykırılık teşkil etmesi gerekir⁵¹⁶.

Malın parça veya çeşit borcu olup olmadığı gözetilmeksizin ayıpsız bir benzeri ile değiştirilip yeniden alıcıya teslim edilip edilemeyeceği hususu doktrinde tartışmalı olmakla birlikte, hâkim görüş, CISG'in 46/2'nci maddesinin sadece çeşit borçları için uygulama alanı bulacağını savunmaktadır⁵¹⁷. Kanımızca her ne kadar parça borcuna konu olan malın yerine ayıpsız olarak teslim edilen diğer bir mal alıcıyı ekonomik ve işlevsel açıdan tatmin edebilecek olsa da sözleşmeye konu olan maldan farklı bir malın teslimi söz konusu olacağı için CISG'in 46/2'nci maddesi parça borçlarında uygulanamaz.

Satıcı tarafından sözleşmede kararlaştırılardan farklı bir malın alıcıya teslimi durumu CISG kapsamında satıcının sözleşmeye uygun mal teslim etmediği anlamına geldiğini yukarıda belirtmiştik. Doktrinde *aliud ifa* karşısında alıcı açısından CISG'in 46/1'inci maddesi kapsamında sözleşme ihlallerinin genelini kapsayan aynen ifa için düzenlenmiş

⁵¹⁵ Atamer, *Satıcının Yükümlülükleri*, s.181-184; Ayhan, a.g.m, s.4; Honnold/*Flechtner*, Art. 46, para. 283.

⁵¹⁶ Huber/Mullis, a.g.e, s. 197; Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art.46, para.4; Schlechtriem/Schwenzer, Art.46, para.20; Yılmaz/*Okur*, a.g.m, s.369.

⁵¹⁷ Atamer, *Satıcının Yükümlülükleri*, s.374; Schlechtriem/Schwenzer, Art.46, para.18; Yılmaz/*Okur*, a.g.m, s.369; Bazı yazarlar, parça borcuna konu olan malın ayıplı olarak ifa edilmesinde de alıcının malı ayıpsız ile değiştirilmesini talep etme hakkını haiz olduğunu ileri sürmektedir. Detaylı bilgi için bkz.

Schlechtriem/Schwenzer, Art. 46, para.18.

hükümünün mü yoksa 46/2-3'deki sözleşmeye uygun mal teslim edilmemesi için öngörölmüş özel nitelikteki hükümlerin mi uygulanacağı hususu tartışmalıdır. Ancak çoğunluğun savunduğu görüşe⁵¹⁸ göre, CISG'in 35'inci maddesinin lafzında *sözleşmede kararlaştırılandan farklı bir malın teslimi* hâlini de kapsadığından, *aliud ifa* karşısında alıcı CISG'in 46/2-3'üncü maddelerine başvurabilecektir.

Bir başka tartışma konusunu ise satıcının sözleşme konusu malı üçüncü kişilerin hak ve taleplerinden arındırmadan, yani CISG'in satıcının yükümlölükleri arasında saydığı 41 ve 42'nci maddelerine aykırı olarak alıcıya teslim etmesi hâlinde, söz konusu sözleşmeye aykırılığın alıcıya ikame mal talebinde bulunma hakkını verip vermeyeceğine ilişkindir. Buna göre CISG'in Bölüm II, Ayrım II başlığında yer alan “*Malların Sözleşmeye Uygunluğu ve Üçüncü Kişilerin Hak veya Talepleri*” ifadesindeki ayrıma dayanılarak, bu sözleşmeye aykırılığın alıcıya satıcıdan ikame mal talebinde bulunma hakkını vermediği savunulmaktadır⁵¹⁹. Aynı zamanda CISG'in 46/2-3'üncü maddelerinin sadece sözleşmeye uygun mal teslim edilmemesi hâlinde uygulanan CISG'te alıcının bildirim yükümlölüğüne ilişkin 39'uncu maddesine atıf yapılmasına rağmen üçüncü kişilerin haklarını ilgilendiren CISG'in 43'üncü maddesine herhangi bir göndermede bulunulmamıştır⁵²⁰.

Satıcının sözleşme konusu malı eksik ifa etmesi durumunda ise, CISG'in 51'inci maddesi dikkate alınmalıdır. Bu hükme göre, maldaki eksik kısma CISG'in 46 ve 50'nci maddeleri uygulanabilecektir. Burada eksik ifanın sonucunun sözleşmeye uygun mal teslim

⁵¹⁸ Bianca/Bonell, *Commentary*, Art. 46, para.2.2.1.2; Dayıoğlu, a.g.e, s.52-53; Huber/Mullis, a.g.e, s.197-198; Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art.46, para. 6; Schlechtriem/Butler, a.g.e, para.189, s.143-144; Schlechtriem/Schwenzer, Art. 46, para.20.

⁵¹⁹ Huber/Mullis, a.g.e, s.198; Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art.46, para. 7; Schlechtriem/Schwenzer, Art.46, para.22.

⁵²⁰ Staudinger/Magnus, Art.46, para.15; Yavuz, C., *Özel Hükümler*, s.334-335.

etmeme ile aynı sonucu doğurmadığını görmekteyiz. Bu konuyu sözleşmede kararlaştırılana göre 200 tane makinenin alıcıya teslim edilmesi gerekirken, satıcının 175 tane teslim etmesi örneği ile açıklayabiliriz. 25 tane makinenin eksikliği CISG'in 51/1'inci maddesi altında değerlendirilebilecek bir durumdur. Burada satıcı 25 makinenin sözleşmeye uygun olarak teslim edilmemesinden değil, hiç teslim edilmemesinden sorumlu olacaktır. Dolayısıyla alıcının CISG'in 46/2'nci maddesine dayanarak hiç ifasının gerçekleşmediği malların ayıpsız ile değiştirilmesini talep etmesi mümkün değildir. Alıcı eksik ifa hâlinde CISG'in 46/1'inci maddesine dayanarak, satıcıdan sözleşmede öngörülmüş yükümlülüklerine riayet ederek 25 makineyi de alıcıya teslim etmesini talep edecektir⁵²¹.

bb. İhlalin Esaslı Bir İhlal Teşkil Etmesi

Viyana Satım Sözleşmesi'nin 46/2'nci maddesine dayanarak alıcının satıcıdan ikame mal talebinde bulunabilmesi için, ayıbın esaslı ihlal şartlarını taşıması gereklidir. Esaslı ihlalin tespitinde ise mesnet alınacak CISG hükmü 25'inci maddedir⁵²².

Alıcının satıcıdan ikame mal talep edebilmesi için ayıbın esaslı ihlal oluşturması gerektiği şartı, CISG'in "*ultima ratio*" ilkesinden kaynaklanmaktadır. Alıcının ayıplı bir mal teslim alması neticesinde bu malın ikamesini talep etmesi hâlinde talebin özü gereği ayıplı malın satıcıya iade edilmesi ve ikamesinin alıcıya ulaştırılması gereklidir. Yani malların taraflar arasında transfer edilmesi, alıcının CISG'in 46/2'nci maddesindeki hakkını kullanması durumunda mutlaka söz konusu olacaktır. Bahsi geçen transferlerin gereksiz yere yapılmasını önlemek amacıyla CISG'te ayıplı mal ifası yapan satıcının bu ayıbı ile sözleşmeyi CISG'in 25'nci maddesi uyarınca esaslı olarak ihlal etmesi gerektiğini öngörmüştür⁵²³.

⁵²¹ Huber/Mullis, a.g.e, s.198 vd.

⁵²² Bianca/Bonell, *Commentary*, Art.38, para.2.2.1.2; Dayıoğlu, a.g.e, s.53; Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art. 46, para.32.

⁵²³ Huber/Mullis, a.g.e, s.199 vd.

Alıcının ikame mal talebinde bulunabilmesi için ihlalin esaslı olması şartının alıcının mallardaki ayıbı malların başlangıç noktasında tespit etmesi hâlinde hâlen aranıp aranmayacağı konusu doktrinde tartışmalıdır. Bazı yazarlara göre⁵²⁴ böyle bir duruma uyacak istisnâ bir hükme CISG’te rastlanılmadığından mallardaki ayıbın esaslı ihlal olması gerektiğini, diğerleri ise söz konusu durumun genel ifa aykırılığı kapsamında değerlendirilen CISG’in 46/1’inci maddesinin uygulama alanında olması ve 46/1 için esaslı ihlal şartının aramadığını, dolayısıyla mallardaki ayıbın esaslı ihlal teşkil etmesine gerek olmadığını ileri sürmektedir⁵²⁵.

cc. Alıcının Satılanın Ayıpsız Bir Benzeri ile Değiştirme Talebini Satıcıya Uygun Bir Zamanda Yönelmesi

Alıcının Viyana Satım Sözleşmesi’nin 46/2’nci maddesindeki hakkını kullanabilmesi için satıcıya bu hakkını kullanacağına ilişkin bir bildirimde bulunması gerekir. Bu bildirimin ise CISG’in 39’uncu maddesi uyarınca yapılacak bildirimde veya bu bildirimden sonra makul bir sürenin beklenilmesinden sonra talebin satıcıya iletilmesi gerektiği ön şart olarak açıkça belirtilmiştir⁵²⁶.

Alıcı bu bildirim makul bir sürede yapmazsa, maldaki ayıp nedeniyle CISG’in 46/2’nci maddesindeki ikame mal talep etme hakkını kaybeder. Ancak sözleşmeye aykırılık talebini örneğin CISG’in 40’ıncı maddesine dayanarak yapması mümkündür. Bunun karşılığında da diğer seçimlik haklarından olan sözleşmeden dönme ve sözleşme bedelinden indirim haklarına tazminat ile birlikte veya ayrı olarak başvurabilir⁵²⁷. Sürenin başlayabilmesi için

⁵²⁴ Kröll/Mistelis/Viscasillas, At. 46, para.34.

⁵²⁵ Schlechtriem/Schwenzer, Art.46, para.19.

⁵²⁶ Bianca/Bonell, *Commentary*, Art.46, para.2.2.1.1; Yılmaz/Okur, a.g.e, s.373.

⁵²⁷ Yılmaz/Okur, a.g.e, s.373.

alıcının öncelikle ayıbı tespit etmesi gerekir⁵²⁸. Taraflar sözleşmede aksini kararlaştırmadıkça CISG'in 27'nci maddesi uyarınca, bildirim normal koşullar ve araçlarla yapması yeterli olup, bu bildirimin iletiliminde yaşanan gecikmeler alıcının haklarını etkilememektedir⁵²⁹.

Makul sürenin tespiti doktrinde tartışmalı olmakla birlikte hâkim görüş, bu sürenin belirlenmesinde yorum yapılacak hükmün CISG'in 39/1'inci maddesi olduğunu savunmaktadır⁵³⁰. Ayrıca bu görüşü savunanlar, bu sürenin kısa tutulması gerektiğini ve hatta bu süreye ilişkin iki hafta gibi genel bir kuralın uygulanmasını da ileri sürmektedir⁵³¹.

3. Ücretsiz Onarımını İsteme Hakkı

CISG'in 46/3'üncü maddesine göre, satıcının sözleşme konusu malı ayıplı teslim etmesi hâlinde alıcının bu ayıbın satıcı tarafından onarılması yönünde talep hakkını kullanması mümkündür. Bu talep hakkı, CISG kapsamında alıcıya tanınmış seçimlik haklardan bir başkasıdır.

Alıcının malların onarımını satıcıdan isteyebilmesi için mallardaki ayıbın sözleşmeye aykırı sonucunu doğurması gereklidir. Bu ayıbın sözleşmeye esaslı aykırılık oluşturması alıcının malın yenisi ile değiştirilmesini veya sözleşmeden dönme talebinde bulunabildiği durumlarda olduğu gibi zorunlu değildir⁵³². Bunun nedeni ise, yukarıda bahsedilen ayıplı

⁵²⁸ Huber/Mullis, a.g.e, s.200; Staudinger/Magnus, Art.46, para.45.

⁵²⁹ Schlechtriem/Schwenzer, Art.46, para.33.

⁵³⁰ Staudinger/Magnus, Art. 46, para.43; Schlechtriem/Schwenzer, Art. 46, para.33.

⁵³¹ Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art. 46, para. 36.

⁵³² Atamer, *Satıcının Yükümlülükleri*, s.384; Bianca/Bonell, *Commentary*, Art.46, para.3.1; Schlechtriem/Butler, a.g.e, para.187, s.142; Schlechtriem/Schwenzer, Art.46, para.39; Yılmaz/Okur, a.g.e, s.376; Alıcının malın değiştirilmesini talep edebileceği gibi onarılmasını da isteyebileceği durumlarda alıcının hangi hakkı kullanması gerektiğine ilişkin doktrinde tartışmalar mevcuttur. Hâkim görüşe göre, alıcı bu haklar arasından tercih yapma konusunda her ne kadar serbest olsa da satıcı şartların uygunluğunu sağlayarak CISG'in 48'inci maddesine

malların alıcıdan satıcıya transferi meselesi, malların onarılması talebinde gerek olmayacağındandır⁵³³.

Alıcının malın onarımı hakkını kullanabilmesi için satıcının sözleşmeye uygun olmayan ayıplı mal tesliminin yanında malların onarımı talebinin yerinde bir talep olması gerekir. Alıcının satıcıdan malların onarımını istemesi ile satıcının durumunda aşırı bir kötüleşme söz konusu değilse, alıcının malların onarımı talebi makul kabul edilir⁵³⁴. Bu kötüleşme satıcının malların onarımı için harcayacağı zaman, para ve çaba gibi değerlerin satıcıda yarattığı kayıpların değerlendirilmesiyle belirlenir⁵³⁵. Eğer ki alıcının ayıplı malların onarımı ile ilgili talebi satıcının pasifindeki azalış ile dengeli değilse, bu takdirde alıcı CISG'in 46/3'üncü maddesine dayanarak ayıplı malların onarımını satıcıdan talep edemeyecektir⁵³⁶.

Alıcının onarım talebinin makul kabul edilemeyeceği bir başka durum ise, alıcının malların onarımını organize etme konusunda satıcıdan daha avantajlı bir konuma sahip olmasıdır. Eğer ki alıcının malları ayıplı malların bulunduğu yerden uzaktaki satıcıdan daha kolay bir şekilde onarımını gerçekleştirebileceği bir ortam varsa, alıcı malların onarımı için gerekli ortamı sağladıktan sonra oluşan zararları satıcı CISG'in 45/2-b ve 74 vd. maddeleri

dayanarak alıcıya mallardaki ayıba ilişkin onarmayı taahhüt eden bir talepte bulunarak alıcının malların yenisi ile değiştirilmesi hakkını durdurabilir. Detaylı bilgi için bkz. Huber/Mullis, a.g.e, s. 203 vd.; Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art. 46, para.42, 53; Schlechtriem/Schwenzer, Art.46, para.35.

⁵³³ Atamer, *Satıcının Yükümlülükleri*, s.384; Honnold/Flechtner, Art.46, para. 284.

⁵³⁴ Bianca/Bonell, *Commentary*, Art.46, para.2.2.2.2; Yavuz, C., *Özel Hükümler*, s.336.

⁵³⁵ Alıcının malın onarımını talep etme hakkını kullanabilmesi için talebinin makul olduğu konusunda aranan ölçüt, onarım masraflarının satılan malın satım bedelinden değil, malın ayıpsız yenisi ile değiştirilmesi hâlinde oluşacak maliyetten az olmasıdır. Huber/Mullis, a.g.e, s.205; Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art.46, para.47; Staudinger/Magnus, Art.46, para.61; Schlechtriem/Schwenzer, Art.46, para.40; Yılmaz/Okur, a.g.e, s.377.

⁵³⁶ Huber/Mullis, a.g.e, s.205; Schlechtriem/Schwenzer, Art. 46, para.40; Yılmaz/Okur, a.g.e, s.376.

kapsamında tazmin etmekle yükümlüdür⁵³⁷. Yine de her somut olayın özel durumu ayrı ayrı değerlendirilerek alıcının onarım talebinin makul olup olmadığının değerlendirilmesi yapılmalıdır.

Alıcının onarım talebinde bulunabilmesi için bunu yukarıda da bahsedilen malın yenisi ile değiştirilmesi için öngörülen bildirim sürelerine uygun bir şekilde satıcıya bildirmek zorundadır. Aksi hâlde alıcının CISG'in 46/3 maddesindeki satıcıdan ayıplı malların onarımını talep etme hakkını kullanması mümkün değildir.

Taraflar arasında sözleşmede aksine bir hüküm düzenlenmemişse satıcı, ayıplı malların onarımını malları teslim ettiği yerde yapar. Eğer ki mal teslim edilen yerde değil de bir başka yerde bulunuyorsa, satıcının onarımı ayıplı malın halihazırda bulunduğu yerde gerçekleştirmesi gerekir⁵³⁸. Malların onarımı için yapılacak bütün masraflar satıcıya ait olacaktır⁵³⁹.

C. Satım Bedelinden İndirim İsteme Hakkı

1. Genel Olarak

Viyana Satım Sözleşmesi'nin 50'nci maddesinde satıcının ayıplı mal tesliminde bulunması hâlinde alıcı için başka bir seçimlik hak olan satım bedelinden indirim talebinde bulunma hakkı öngörülmüştür. Bu hakkın kullanılabilmesi için alıcının satım bedelini satıcıya ödeyip ödememesi önem taşımamaktadır⁵⁴⁰.

⁵³⁷ Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art.46, para.48.

⁵³⁸ Huber/Mullis, a.g.e, s.206; Yılmaz/*Okur*, a.g.e, s.379; Bu konu ile ilgili olarak doktrindeki tartışmalar için bkz. Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art.46, para.52.

⁵³⁹ Huber/Mullis, a.g.e, s.206; Schlechtriem/Butler, a.g.e, para.187, s.142; Schlechtriem/Schwenzer, Art.46, para.45.

⁵⁴⁰ Bianca/Bonell, *Commentary*, Art.50, para. 2.2; Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art. 50, para.7; Yavuz, C., *Özel Hükümler*, s.336.

Viyana Satım Sözleşmesi satım bedelinden indirim isteme hakkını alıcıya tanıyarak Anglosakson sisteminden ziyade Kıt'a Avrupası hukuk sistemine yaklaşmıştır⁵⁴¹. Satım bedelindeki indirim, ayıp oranında gerçekleşmelidir ki satıcının sözleşmeye aykırı mal teslimine karşılık bedel indirimi seçimlik hakkını kullanarak sözleşme şartlarını tek taraflı değiştirebilen alıcı için hakkaniyete uygun bir sonuç doğuracağı kadar satıcı tarafından da doğurabilsin⁵⁴².

2. Şartları

Alıcının Viyana Satım Sözleşmesi'nin 50'nci maddesindeki satım bedelinden indirim hakkının doğabilmesi için öncelikle satıcının sözleşmeye aykırı ayıplı bir mal tesliminde bulunması gerekir. Buna ilişkin olarak açıklamalar yukarıda belirtildiği için burada satıcının ayıplı ifa da bulunması gerekliliğine değinilmekle yetinilecektir. Ancak yine de söylemek gerekir ki, *aliud ifada* da alıcının satım bedelinden indirim talep etme hakkı haiz olacaktır. Alıcının satım bedelinden indirim istemesi için onarım talebinde olduğu gibi ayıptan kaynaklanan sözleşmeye aykırılığın esaslı bir ihlal oluşturmasına gerek yoktur. Bu hak, alıcının gerçek bir zararının bulunmamasına rağmen satıcının Kıt'a Avrupası hukuk sistemlerinde yer alan satıcının sorumluluğunu etkileyen kusur veya öngörülebilirlik gibi ifa engelleri dikkate alınmadan alıcı tarafından talep edilebilecektir. Bu da demek oluyor ki alıcı ayıptan dolayı herhangi bir zarara uğramasa da ayıp neticesinde satım bedelinden indirim istemeyi haizdir⁵⁴³.

Alıcı mallardaki ayıplarla ilgili açık ve tereddütte yer vermeyecek şekilde herhangi bir şekil şartına bağlı kalmadan satım bedelinden indirim hakkını kullanma talebini satıcıya

⁵⁴¹ Bianca/Bonell, *Commentary*, Art.50, para. 1.2; Dayıoğlu, a.g.e, s.54.

⁵⁴² Bianca/Bonell, *Commentary*, Art. 50, para.2.1.1; Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art.50, para.4;

Schlechtriem/Butler, a.g.e, para.203, s.152; Schlechtriem/Schwenzer, Art. 50, para.1.

⁵⁴³ Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art. 50, para.5.

yapacağı bildirimde belirtmelidir⁵⁴⁴. Ancak CISG'in 50'nci maddesi, alıcının gerçekleştireceği bu bildirimde ayıptan doğan indirim talebindeki indirim miktarını açıkça satıcıya belirtip belirtmeme ile ilgili olarak herhangi bir açıklamaya yer verilmemiştir. CISG'in söz konusu maddesinde sözleşmede indirimin hesaplanmasına ilişkin belli bir yöntem öngörüldüğü için sözleşmede yapılacak indirim sözleşmenin kurulmasından itibaren taraflar açısından bellidir. Dolayısıyla buna ilişkin açıklamanın alıcı tarafından satıcıya gönderilecek bildirimde yer almasına gerek yoktur⁵⁴⁵. Alıcı makul bir süre içinde bu bildirimi yapamazsa, alıcı CISG'in 50'nci maddesine dayanak ayıp oranında sözleşme bedelinden indirim isteme hakkını kaybeder. Ancak bu bildirimi zamanında yapamamasın geçerli bir sebebe dayandığını ispat eden alıcı CISG'in 40'nci maddesi uyarınca satım bedelinden indirim ve tazminat talebinde bulunma hakkına sahip olmaya devam edecektir. Alıcının bu hakkını kullanabilmesi için CISG'te malın yenisi ile değiştirilmesi veya onarım hakkında olduğu gibi herhangi bir süre öngörülmemiştir. Alıcının satıcıya ayıpla ilgili olarak yapacağı bildirim ile malın ayıpsızıyla değiştirilmesi veya onarım hakkının kullanıldığına ilişkin bu süreler karıştırılmamalıdır⁵⁴⁶.

Alıcının satım bedelinde indirim talep edebilmesi için satıcının hiçbir surette CISG'in 37'nci ve 48'nci maddesinde satıcı açısından ikinci bir şans niteliğinde olan ayıbı gidermesi için öngörülmüş haklardan yararlanmaması gerekir⁵⁴⁷.

3. Satım Bedeli İndiriminin Belirlenmesi

Viyana Satım Sözleşmesi'nin 50'nci maddesindeki satım bedelinin indirimi için öngörülmüş hesaplama yöntemi, CISG'in 74'üncü maddesindeki tazminat için kullanılan

⁵⁴⁴ Dayıoğlu, a.g.e, s.55-56; Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art. 50, para.29.

⁵⁴⁵ Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art. 50, para.30; Staudinger/Magnus, Art.50, para.16.

⁵⁴⁶ Bianca/Bonell, *Commentary*, Art.50, para.2.1.3.

⁵⁴⁷ Atamer, *Satıcının Yükümlülükleri*, s. 344; Bianca/Bonell, *Commentary*, Art.50, para. 2.3; Dayıoğlu, a.g.e, s.55,65.

yöntemden farklıdır. Tazminatın hesaplanması için kullanılan yöntem, “*lineer metot*” olarak adlandırılmakta, yani doğrusal bir yapıdan bahsedilmektedir. Buna göre, sözleşmeye uygun olsaydı malların değerinden ayıplı ifa edilmiş malların değeri çıkartılır ve elde edilen değer, alıcının zararını ifade eder⁵⁴⁸. Hâlbuki satım bedelinden indirim yapılmasında “*orantısal metot*” uygulanmaktadır⁵⁴⁹. Satım bedelindeki indirimin hesaplanmasına ilişkin formül aşağıdaki gibidir.

İndirim Yapılmış Satım Bedeli

$$= \frac{\text{Ayıplı Olarak İfa Edilen Malların Değeri}}{\text{Sözleşmeye Uygun Olan Malların Değeri}} \times \text{Satım Bedeli}$$

Satım bedelindeki indirimin belirlenmesi konusunda malların asıl değerleri ekonomik pazardaki fiyatlarının sürekli değişmesinden dolayı önemli bir role sahiptir. Malların fiilen alıcıya teslim edildiği an, malların değerlerindeki esas alınması gereken andır⁵⁵⁰. Ancak malların hangi yerdeki fiili teslim anına göre değerlerinin esas alınacağına ilişkin bir bilgiye CISG’te yer verilmemiştir. Bu konuda doktrindeki hâkim görüş, malların alıcının malları teslim aldığı varma yerindeki değerinin esas alınacağını savunmaktadır⁵⁵¹.

Satım bedelinden indirim talebinde bulunan alıcının mahkemeden CISG’in 50’nci maddesi kapsamında indirimin hesaplanması için bir talepte bulunmasına gerek yoktur⁵⁵². Ancak alıcı talebinde CISG’in 50’nci maddesine göre hesaplanan indirimden daha fazla bir indirim talebinde bulunmuşsa, mahkeme 50’nci maddede hesaplanacak indirime göre karar

⁵⁴⁸ Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art.50, para.36.

⁵⁴⁹ Huber/Mullis, a.g.e, s.251.

⁵⁵⁰ Bianca/Bonell, *Commentary*, Art. 50, para.1.3.2; Dayıoğlu, a.g.e, s.56-57; Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art.50, para.40.

⁵⁵¹ Atamer, *Satıcının Yükümlülükleri*, s.392; Dayıoğlu, a.g.e, s.57-58; Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art.50, para.46.

⁵⁵² Bianca/Bonell, *Commentary*, Art. 50, para.2.1.3.

verirken; CISG'in 50'nci maddesinde belirlenenden daha az bir indirim talep söz konusuysa, mahkeme istenilen taleple bağılı kalarak talep miktarınca karar verecektir⁵⁵³.

D. Sözleşmeden Dönme Hakkı

1. Genel Olarak

Daha önce de pek çok defa yukarıda söylendiği gibi, sözleşmeyi ayakta tutabilmek adına taraflar CISG'te bulunan sözleşmedeki aykırılığı diğer tarafı zarara uğratmayacak şekilde telafi etme imkânı tanıyan bütün hükümleri kullanmalıdır⁵⁵⁴. Dolayısıyla alıcıya CISG'in 49'uncu maddesinde tanınan sözleşmeden dönme hakkının her sözleşmeye aykırılıkta kullanılması mümkün değildir.

Alıcının sözleşmeden dönme hakkını genel itibariyle ele aldığımızda, üç ayrı ilkenin dayanak olarak kullanıldığını görmekteyiz. Buna göre, bir sözleşmede tarafların sözleşmeye sadık kalmalarını öngören ahde vefa (*pacta sunt servata*) ilkesinin istisnası olarak öngörölmüş CISG'in 50'nci maddesi sözleşmenin ayakta tutulması için taraflar ellerinden geleni yapsa da sözleşmeden dönmekten başka çarelerinin bulunmaması (*ultima ratio*) durumunda ve bu hakkın CISG'e konuluş amacı (*ratio legis*) göz önüne alındığında sadece istisnaî hâllerde kullanabileceği belirtilmiştir. O hâlde ayıplı ifa karşısında alıcıya sözleşmeden dönme hakkının tanınmasında yukarıdaki sayılmış hukuki ilkelerin temel alındığını söylemek mümkündür⁵⁵⁵. Alıcı için son çare olarak kullanılması gereken sözleşmeden dönme hakkı, bu hakkın kullanılması için aranan şartların oluşması hâlinde, alıcının sözleşmeden dönebilmesi için diğer seçimlik haklarına başvurma zorunluluğu yoktur. Yani sözleşmeden dönme hakkının

⁵⁵³ Atamer, *Satıcının Yükümlülükleri*, s.390.

⁵⁵⁴ Atamer, *Satıcının Yükümlülükleri*, s.396; Dayıoğlu, a.g.e, s.58-89; Huber/Mullis, a.g.e, s.184; Yavuz, C., *Özel Hükümler*, s.336; Yelkenci, a.g.e, s.31; Yücer Aktürk, a.g.m, s.229.

⁵⁵⁵ Atamer, *Satıcının Yükümlülükleri*, s.278,293, 394 vd.; Dayıoğlu, a.g.e, s.59; Yücer Aktürk, a.g.m, s.229.

kullanılabilmesi için aranan şartlar bulunduğu sürece alıcı, onarım veya satım bedelinden indirim gibi diğer seçimlik haklarına başvurma zorunluluğu olmadan sözleşmeden dönebilecektir⁵⁵⁶.

Alıcı CISG'e göre iki şekilde sözleşmeden dönme hakkını haiz olur. Bunlardan ilki, satıcının ayıplı ifa ettiği malların sözleşmeye esaslı ihlal teşkil etmesi, ikincisi ise, teslim edilmemiş mallara ilişkin CISG'in 47/1'inci maddesine göre verilmiş ek süreye rağmen satıcının bu süre içerisinde malları teslim etmemiş olması veya malları teslim etmeyeceğini açıklaması hâlinde söz konusudur⁵⁵⁷. Ancak bu konunun genişliği, çalışmamızın ise sınırları itibariyle sadece satıcının sözleşmeye aykırı ayıplı mal teslim etmesi bölümü incelenecektir. Yani Viyana Satım Sözleşmesi'nin 49/1-a maddesi inceleme alanımız olacaktır.

2. Şartları

Alıcının ayıplı maldan dolayı sözleşmeden dönme hakkının CISG'in 49/1-a maddesi kapsamında kullanılabilmesi için öncelikle aranan şart, satıcının ayıplı olarak teslim ettiği mal ile alıcının sözleşmedeki menfaatinin önemli ölçüde zedelenmiş olması veya hiç kalmaması gerekmektedir. Yani sözleşmeye aykırı olarak teslim edilmiş ayıplı mallar sözleşmeyi esaslı olarak ihlal etmiş olmalıdır⁵⁵⁸. Esaslı ihlal yukarıda detaylı bir şekilde incelendiğinden dolayı, burada sadece ayıplı mallarda esaslı ihlalin varlığı için gerekli olan şartlardan bahsedilecektir.

Viyana Satım Sözleşmesi'nin 25'nci maddesinde düzenlenmiş olan esaslı ihlalin CISG'in 49/1-a maddesine yansımaları için, öncelikle taraflar arasında kararlaştırılmış sözleşmede ve CISG'in 35/2'nci maddesindeki objektif kriterlere aykırı ayıplı bir malın satıcı

⁵⁵⁶ Dayıoğlu, a.g.e, s.59.

⁵⁵⁷ Bianca/Bonell, *Commentary*, Art.49, para.2.2.2; Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art.49, para.5; Yılmaz, a.g.e, s.150.

⁵⁵⁸ Bianca/Bonell, *Commentary*, Art.49, para.2.1.2; Dayıoğlu, a.g.e, s.60; Kanişlı, a.g.e, s.67;

Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art.49, para.11; Schlechtriem/Butler, a.g.e, para.188.

tarafından teslimi olmalıdır⁵⁵⁹. Bu ayıplı mallar sebebiyle alıcının sözleşmeden elde etmeyi planladığı menfaatten önemli ölçüde yoksun kalması⁵⁶⁰ ve satıcının CISG'in 48'nci maddesi kapsamında ihlalin esaslı olmasına rağmen sözleşmeye aykırılığı gidermek için teklifte bulunmaması veya aykırılığı gidermemiş olması⁵⁶¹ gerekir. Son olarak da alıcı açısından ayıplı malların makul kullanıma elverişli olmaması alıcının sözleşmeden dönme hakkına sahip olmasını sağlar⁵⁶².

Alıcı sözleşmeden dönme iradesine ilişkin beyanını herhangi bir şekilde tâbi olmadan açık ve tartışmaya yer bırakmadan yapmalıdır⁵⁶³. CISG'in 26'ncı maddesi uyarınca da alıcının sözleşmeden dönme iradesini mutlaka satıcıya bildirmesi gerekliliği vurgulanmıştır.

Alıcının sözleşmeden dönme beyanını açıklamasından sonra alıcının sözleşmeden dönme hakkını elde edebilmesi için bu beyanının satıcıya varmasının gerekli bir şart olup olmadığı konusu doktrinde tartışmalıdır. Bu konuda iki görüş mevcuttur. Buna göre, söz konusu beyanın hukuki sonuç doğurabilmesi için satıcıya varması gerekli olduğunu savunanlara⁵⁶⁴ karşın dönme beyanının hukuken geçerli olabilmesi için satıcıya varmasının gerekli olmadığını ileri sürenler de mevcuttur⁵⁶⁵.

⁵⁵⁹Huber/Mullis, a.g.e, s.217,231.

⁵⁶⁰ Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art.49, para.1; Yavuz, C., *Özel Hükümler*, s.336.

⁵⁶¹ Bu şart doktrinde tartışmalı olup, detaylı bilgi için bkz. Huber/Mullis, a.g.e, s.221 vd.

⁵⁶² Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art.49, para.28.

⁵⁶³ Gülşen, Mehmet Bilgehan, *CISG'a Göre Alıcının Sözleşmeden Dönmesi*, in: *Milletlerarası Mal Satım Hukuku (CISG)*, Editör: Sinan Okur, Ankara, 2016, s.423; Dayıoğlu, a.g.e, s.60; Ferrari/Kieninger/Mankowski, *CISG*, Art.49, para.2; Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art.49, para.65; Staudinger/Magnus, Art.49, para.25; Schlechtriem/Schwenzer, Art.49, para.24; Yücer Aktürk, a.g.m, s.229.

⁵⁶⁴ Atamer, *Satıcının Yükümlülükleri*, s.402,403; Bianca/Bonell, *Commentary*, Art.27, para.2.1.1; Dayıoğlu, a.g.e, s.61.

⁵⁶⁵ Schlechtriem/Schwenzer, Art.49, para.25; Yücer Aktürk, a.g.m, s.229.

Alıcının açıklaması gereken dönme beyanında bulunması gereken asgarî şartların sağlanmasına rağmen bu beyanın satıcıya varmasında gecikme veya hatanın oluşması veya ulaşamaması CISG'in 27'nci maddesine göre alıcıyı sözleşmeden dönme hakkını kullanmaktan mahrum bırakmaz⁵⁶⁶.

Dönme beyanının tâbi olduğu süre bakımından ise CISG'in 49/2-b maddesi yol göstericidir. Buna göre, alıcının sözleşmeden dönme iradesini açıklamasındaki süre için üç seçenek öngörülmüştür. Bunlardan ilki, alıcının ayıbı bildiği veya bilmesi gerektiği andan başlar ve bu andan itibaren makul bir sürenin geçmesiyle sona erer. Bu süre açık ayıplara ilişkin olarak yukarıda da açıklandığı üzere CISG'in 38'inci maddesine göre gözden geçirme süresinin bitmesinden sonra işlemeye başlayacaktır⁵⁶⁷. Gizli ayıplarda ise CISG'in 39/2'nci maddesindeki iki yıllık bildirim süresini aşmamak koşuluyla ayıbın tespit edildiği andan itibaren makul bir sürede alıcının sözleşmeden dönme iradesini ortaya koyan beyanı satıcıya açıklaması gerekir⁵⁶⁸. İkinci seçenekte ise, alıcı satıcıya CISG'in 47/1'inci maddesi uyarınca teslim ettiği ayıplı mallarla ilgili olarak sözleşmeye aykırılığı gidermesi için ek bir süre tanıyabilir. Bu ek süreye rağmen sürenin sonunda satıcının aykırılığı gidermemesi veya süre dolmadan aykırılığı gidermeyeceğini açıklaması durumunda alıcı sözleşmeden dönme beyanını açıklayabilir. Son olarak ise, satıcı CISG'in 48/2'nci maddesine göre, sözleşmeye aykırılık oluşturan ayıplı mallardaki sözleşmeye aykırılığı giderirse bunu alıcının kabul edip etmeyeceğine ilişkin alıcıdan bir açıklama yapmasını talep edebilir. Alıcı bu talebi makul bir süre içerisinde reddetmişse, alıcı sözleşmeden dönme beyanını satıcının talebini reddetmesinden sonra açıklayabilir. Satıcının talebine karşın alıcı bu talebi kabul edip etmeyeceğini makul bir sürede açıklamazsa, alıcının sözleşmeden dönme beyanını

⁵⁶⁶ Gülşen/Okur, a.g.e, s.424; Huber/Mullis, a.g.e, s.211; Schlechtriem/Schwenzer, Art. 49, para.25.

⁵⁶⁷ Bianca/Bonell, *Commentary*, Art.49, para.2.2.2.1; Yücer Aktürk, a.g.m, s.230.

⁵⁶⁸ Bianca/Bonell, *Commentary*, Art.49, para.2.2.2.1; Kanışlı, a.g.e, s.77; Yücer Aktürk, a.g.m, s.230-231.

açıklayabilmesi için satıcının talebinde sözleşmeye aykırılığı gidermek için kendisince taahhüt etmiş olduğu sürenin geçmesi gerekir.

Makul sürenin belirlenmesi, her somut olayın kendine münhasır özelliklerine göre tespit edilir ve bu süreler hak düşürücü sürelerdir⁵⁶⁹. Alıcı sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmek için mutlaka bu süreleri riayet etmelidir.

3. Sözleşmeden Dönmenin Hukuki Sonuçları

a. Hukuka Uygun Sözleşmeden Dönmenin Sonuçları

Alıcının yukarıdaki şartlara uygun bir şekilde gerçekleştirmiş olduğu dönme beyanını kullanmasından sonra, bu beyanın hukuki sonuçları CISG'in 81'nci maddesi ve devamı kapsamında meydana gelecektir. Buna göre sözleşmenin iki tarafı da sözleşme çerçevesindeki bütün yükümlülüklerinden kurtulacaktır⁵⁷⁰.

Alıcının sözleşmeden dönmesinden sonra sözleşmeden doğan ilişki bütünüyle sona ermez. Sözleşmenin tasfiyesi için gerekli sözleşme hükümleri çerçevesinde sözleşme varlığını sürdürecektir⁵⁷¹. Örneğin CISG'in 81/2 ve 84'üncü maddeleri uyarınca tarafların ifa ettikleri edimlerini ve bu edimlerden elde ettikleri yararları iade etme yükümlülükleri ve 82/1'inci maddesi ile de söz konusu iade yükümlülüklerini ifa edememeleri hâlinde alıcının sözleşmeden dönmeye ilişkin hakkının düşeceğine ilişkin hükümler devam eder⁵⁷². Aynı zamanda sözleşmede yer alan uyuşmazlık durumunda uyuşmazlığın giderilebilmesi için öngörülmüş

⁵⁶⁹ Sözleşmeden dönme beyanı için işleyecek makul sürenin uygulamadaki hâllerine ilişkin olarak bkz. Yücer Aktürk, a.g.m, s.231.

⁵⁷⁰ Dayıoğlu, a.g.e, s.63; Gülşen/Okur, a.g.e, s.427; Huber/Mullis, a.g.e, s.243; Kanışlı, a.g.e, s.81; Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art.49, para.85; Staudinger/Magnus, Art.81, para.5.

⁵⁷¹ Erdem, *Sözleşmeden Dönme*, s.131; Huber/Mullis, a.g.e, s.243; Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art. 49, para.85; Schlechtriem/Schwenzer, Art.81, para. 12; Staudinger/Magnus, Art.81, para.6.

⁵⁷² Ayhan, a.g.m, s.49-50; Huber/Mullis, a.g.e, s.243; Yelkenci, a.g.e, s.179,187,188.

tahkim şartı, yetkili mahkeme ve uygulanacak hukuk, tarafların sorumsuzluklarına ilişkin sözleşmeye koydukları sorumsuzluk kayıtları, sözleşmenin sona ermesinden dolayı öngörölmüş cezaî şart ve cayma tazminatına ilişkin hükümler de varlığını sürdürecektir⁵⁷³.

b. Hukuka Aykırı Sözleşmeden Dönmenin Sonuçları

Alıcı yukarıda belirtilen şartlara uygun bir şekilde dönme hakkını kullanmazsa alıcının sözleşmeyi esaslı ihlal etmiş olması söz konusu olabilir. Alıcının sözleşmeden dönme iradesi sözleşmeden doğan yükümlölüklerini kesin bir şekilde yerine getirmeyeceğine ilişkin bir reddetme olarak yorumlanabilir⁵⁷⁴. Bunun sonucunda da satıcı, Viyana Satım Sözleşmesi'nin 64/1-a maddesine dayanarak sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir.

Satıcı alıcının dönme iradesini bilmesine rağmen sözleşmeye devam etmeyi de seçebilir. Satıcının sözleşme hükümleri altında alıcıdan sözleşme bedelini alabilmesi için alıcı ile aynı anda ve hatta bazı durumlarda alıcıdan önce edimini yerine getirmesi gerekir. Ancak alıcının hukuka uygun olmayan bir şekilde sözleşmeden dönme hakkını kullanması durumunda, CISG'in 80'inci maddesi satıcıya edimini ifa etmeksizin, alıcıdan satım bedelinin ödenmesini talep etme hakkını sağlamaktadır. Böylelikle satıcının edimini ifa etmemesiyle, alıcı satım bedelini ödemeyi reddedemez⁵⁷⁵.

E. Tazminat Hakkı

1. Genel Olarak

Viyana Satım Sözleşmesi'nin 74-77 maddeleri “*tazminat talep etme hakkına*” ilişkin olarak düzenlenmiştir. Alıcının CISG'in 45/1-b'inci fıkrası kapsamında uğramış olduğu zararların tazmininin sağlanması bakımından uygulanan genel hüküm niteliğinde olan CISG

⁵⁷³ Atamer, *Satıcının Yükümlölükleri*, s.418; Erdem, *Sözleşmeden Dönme*, s.132; Gülşen/Okur, a.g.e, s.428.

⁵⁷⁴ Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art. 49, para.86.

⁵⁷⁵ Schlechtriem/Schwenzer, Art. 49, para.48.

hükmü 74'üncü maddedir⁵⁷⁶. Zararların tespit edilmesine dair iki özel durum ise, CISG'in 75'inci ve 76'ncı maddesinde düzenlenmiştir. 77'nci madde ise, sözleşme ihlalden doğan zararların azaltılması borcuna ilişkindir. Zarara uğrayan sözleşme tarafının bu hesaplama yöntemlerinden dilediğini seçmesi mümkündür⁵⁷⁷. Yine CISG'in 79'uncu maddesinde de taraflar için tazminat sorumluluğuna bir istisna getirilerek bu sorumluluktan kurtulmaya olanak sunulmuştur.

Viyana Satım Sözleşmesi'nde tazminata ilişkin öngörülen hükümlerde hedeflenen, alıcı ve satıcının sözleşmedeki edimlerini gereği gibi ifa etmiş olmaları hâlinde alıcı ve satıcının ulaşacakları ekonomik duruma tekrardan getirilmesidir⁵⁷⁸. Bu prensip tazminat hukukunda çokça kullanılan “denkleştirme ilkesi” olarak bilinmektedir⁵⁷⁹.

Viyana Satım Sözleşmesi'nde zararın tazminatı her zaman para ile karşılanmaktadır. Ayrıca sözleşme kapsamında aykırılıktan dolayı uğranan zarar ve bunun tazmini daima maddi zararlara yöneliktir. Manevî zararların tazmini CISG'in kapsamı alanında değildir⁵⁸⁰.

⁵⁷⁶ Bianca/Bonell, *Commentary*, Art.74, para.2.2; Dayıoğlu, a.g.e, s.70; Dayıoğlu, Yavuz, *CISG Kapsamında Tazminat Talep Etme Hakkı*, in: *Milletlerarası Mal Satım Hukuku (CISG)*, Editör: Sinan Okur, Ankara 2016, s.300; Erdem, *Sözleşmeden Dönme*, s.121; Huber/Mullis, a.g.e, s.256; Kanişlı, a.g.e, s.84; Kaya, a.g.e, s.53-54.

⁵⁷⁷ Huber/Mullis, a.g.e, s.283; Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art.74, para.3.

⁵⁷⁸ Atamer, *Satıcının Yükümlülükleri*, s.424; Bianca/Bonell, *Commentary*, Art.74, para.2.3; Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art.74, para.2.

⁵⁷⁹ Eren, *Genel Hükümler*, s.535; Kanişlı, a.g.e, s.85; Schlechtriem/Butler, a.g.e, para.300, s.210; Schlechtriem/Schwenzer, Art.74, para.5.

⁵⁸⁰ Erdem, *Sözleşmeden Dönme*, s.120, 124-125; Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art.74, para.21.

2. Tazminatın Belirlenmesinde Genel Kural

Genel kural olarak tazminatın hesaplanmasında uygulanan CISG’in 74’üncü maddesine göre zararın belirlenmesinde “*tam tazmin*” ve “*sorumluluğun öngörülebilirlik ölçütü ile sınırlandırılması*” prensipleri temel alınmaktadır⁵⁸¹.

Alıcının tazminat talebinin haklı olabilmesi için, satıcı öncelikle tarafların kendi aralarında akdettikleri sözleşmeye veya CISG’e aykırı davranmış olmalıdır. Konumuzla ilgili olarak bu şartı, satıcının sözleşme konusu mala ilişkin subjektif ölçütlere veya CISG’in 35/2’nci maddesindeki belirtilen objektif ölçütlere uygun bir şekilde satılanı teslim etmemesi olarak açıklayabiliriz. Aykırılığın esaslı bir ihlal oluşturup oluşturumaması alıcının zararları açısından tazminat talebinde bulunabilmesi için etkili değildir⁵⁸².

Satıcı sözleşmeye aykırı hareket ederse, alıcının talebi doğrultusunda uğramış olduğu zararları tazmin etmekle yükümlüdür. Fakat satıcının bu konuda sorumluluğunun daraltılması amacıyla CISG’e öngörülebilirlik ölçütü getirilmiştir. Buna göre, satıcı sadece öngördüğü veya öngörebileceği zararlar kapsamında alıcının zararını tazmin etmelidir⁵⁸³.

Tam tazmin ilkesi gereğince, satıcı alıcının sadece fiilî zararını değil, aynı zamanda alıcının mahrum kaldığı kârı da tazmin etmekle yükümlüdür. Yani satıcı ayıplı ifadan dolayı alıcının katlandığı bütün olumsuzlukları tazmin etmelidir⁵⁸⁴. CISG’in 74’üncü maddesinin 1’inci cümlesinde ifade edildiği üzere “... *mahrum kalınan kâr dâhil olmak üzere*...” alıcının

⁵⁸¹ Bianca/Bonell, *Commentary*, Art.74, para.3.2; Dayıoğlu, a.g.e, s.70,77; Dayıoğlu/Okur, a.g.e, s.300; Kanışlı, a.g.e, s.85; Schlechtriem/Schwenzer, Art.74, para.2; Yücer Aktürk, a.g.m, s.234.

⁵⁸² Erdem, *Sözleşmeden Dönme*, s.124; Schlechtriem/Butler, a.g.e, para.201, s.151.

⁵⁸³ Bianca/Bonell, *Commentary*, Art.74, para.2.7; Dayıoğlu, a.g.e, s.122-123; Erdem, *Sözleşmeden Dönme*, s.125.

⁵⁸⁴ Bianca/Bonell, *Commentary*, Art.74, para.2.6; Dayıoğlu, a.g.e, s.71; Dayıoğlu/Okur, a.g.e, s.301; Erdem, *Sözleşmeden Dönme*, s.124; Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art.74, para.40,42.

müspet zararı da satıcının tazminat yükünün içinde⁵⁸⁵. Ayıplı mallar sonucunda sözleşmeden dönen alıcının sözleşmeye güvenmesi sebebiyle uğramış olduğu zararlar olarak tanımlanabilecek menfi zarar istemi de CISG'in tazminat sistemi dâhilinde satıcıdan talep edilebilecek menfaatler arasındadır⁵⁸⁶. Bu iki menfaatin aynı anda talep edilebilmesi ise mümkün değildir⁵⁸⁷.

Alıcı tarafından talep edilen bu zararların tazmini zarar miktarı ile sınırlıdır. Yani satıcıya hükmolunacak tazminat, zararı aşamaz. Bu duruma taraflarca sözleşmede öngörülecek bir cezaî şart hükmüyle istisna getirilebilir⁵⁸⁸.

Satıcının ayıplı mal teslim etmesinde kusurunun bulunmaması tazminat sorumluluğu açısından herhangi bir etkiye sahip değildir. Zira kural olarak, tazminat sorumluluğunda sözleşmeyi ihlal eden ve karşı tarafı zarara uğratan tarafın “*kusursuz sorumluluğu ilkesi*” benimsenmiştir⁵⁸⁹.

Satıcının ayıplı ifası ile CISG'in 74'üncü maddesi kapsamındaki kusursuz sorumluluğa dayanan tazminat sorumluluğunun alıcı açısından olduğu kadar satıcı bakımından da adaletli bir sonuç doğurabilmesi için ilgili CISG'in 74'üncü maddesinin 2'nci cümlesinde konumuzla ilgili olarak satıcının sorumluluğu “*öngörülebilirlik*” ölçütü ile sınırlandırılmıştır⁵⁹⁰. Bu ilke ile

⁵⁸⁵ Atamer, *Satıcının Yükümlülükleri*, s.327,427; Kanışlı, a.g.e, s.90; Bianca/Bonell, *Commentary*, Art.74, para.3.3.

⁵⁸⁶ Ayhan, a.g.m, s.51; Dayıoğlu, a.g.e, s.73-74; Dayıoğlu/Okur, a.g.e, s.303; Kanışlı, a.g.e, s.91; Schlechtriem/Schwenzer, Art. 74, para.3.

⁵⁸⁷ Atamer, *Satıcının Yükümlülükleri*, s.428.

⁵⁸⁸ Bianca/Bonell, *Commentary*, Art.74, para.3.7.

⁵⁸⁹ Bianca/Bonell, *Commentary*, Art.74, para.2.5; Dayıoğlu, a.g.e, s.76; Dayıoğlu/Okur, a.g.e, s.304; Yılmaz, a.g.e, s.99.

⁵⁹⁰ Huber/Mullis, a.g.e, s.272; Schlechtriem/Butler, a.g.e, para.302, s.211.

satıcının kusursuz tazminat sorumluluğu birbirini tamamlamaktadır⁵⁹¹. İlgili maddeye göre, “*öngörülebilirlik*” ölçütü objektif ve sübjektif olmak üzere iki kategoride ele alınmıştır⁵⁹². Buna göre, satıcı ayıplı mal teslim ederken bu mallardaki ayıbın sözleşmeye aykırı mal olarak sözleşme ihlaline neden olacağını öngörebiliyorsa, bu takdirde sübjektif olarak öngördüğü kısım ile ilgili olarak tazminat sorumluluğu söz konusu olacaktır. Ancak satıcının böyle bir durumu öngörmemesi hâlinde de alıcıya karşı tazminat sorumluluğu devam edebilir. Bu noktada objektif ölçüt gündeme gelecektir. Eğer ki satıcı malların ayıplı tesliminin sözleşmeye aykırılık oluşturacağını öngöremiyorsa, fakat satıcının yerinde makul bir üçüncü kişi bunu öngörebilecekse, satıcının yine tazminat sorumluluğu öngörmesi gerektiği zararlar oranında devam edecektir⁵⁹³. Ancak bu “*öngörme*” veya “*öngörme gerekliliği*” sözleşmenin kurulması sırasında söz konusudur.

3. Tazminatın Belirlenmesinde Somut Yöntem

Viyana Satım Sözleşmesi’nin 75’inci maddesinde tazminatın somut yöntem ile hesaplanması düzenlenmiştir. Buna göre, alıcının teslim aldığı malların ayıplı olması nedeniyle alıcının sözleşmeden dönmesinden sonra makul bir süre içerisinde alıcının ayıplı mal yerine ikame mal alımı yapması hâlinde, alıcı sözleşme bedeli ile ikame işlem bedeli arasında oluşan farkı tazminat olarak talep edebilir.

CISG’in 75’inci maddesi, alıcının sadece ayıplı ifadan dolayı sözleşmeden dönme seçimlik hakkını kullanması durumunda mümkün olan özel bir hükümdür. Ancak bu hüküm, alıcı açısından tazminat isteminde bulunduğu sırada uygulanması zorunlu bir madde değildir.

⁵⁹¹ Schlechtriem/Schwenzer, Art.74, para.4.; Staudinger/Magnus, Art.74, para.31.

⁵⁹² Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art.74, para.28.

⁵⁹³ Atamer, *Satıcının Yükümlülükleri*, s.447; Bianca/Bonell, *Commentary*, Art.74, para.2.9.

Alıcı ayıplı mal teslim almasından dolayı sözleşmeden dönerse, oluşan zararlarını yine CISG'in 74'üncü maddesindeki genel kurala dayanarak talep edebilecektir⁵⁹⁴.

Somut yönetime göre alıcının tazminat istemesi için öncelikle ikame işlem ile sözleşme bedelinin arasında farkın bulunması gerekir ki, bu farka dayanılarak satıcıdan tazminat istenebilsin⁵⁹⁵. Dolayısıyla sözleşme bedeli ile alıcının ikame mal alımı için ödediği bedel birbirine eşitse, somut yöntem kullanılarak tazminat talebinde bulunulamaz.

Alıcının ayıplı mal yerine ikame mal alımını makul bir şekilde ve alıcının sözleşmeden dönmesinden sonra makul bir zaman dilimi içerisinde gerçekleştirmiş olması gerekir⁵⁹⁶. İkame alımının makul bir şekilde yapılıp yapılmadığını belirlemek için genellikle Mahkemeler, ayıplı mal ifasında zarara uğrayan alıcının ikame alımını yaparken basiretli bir iş adamı gibi davranıp davranmadığını, ilgili ticaret uygulamalarını gözlemlerken harekete geçip geçmediğini, olası bütün araştırmaları tükettikten sonra ikame alımı yapıp yapmadığı gibi konuları göz önüne alır⁵⁹⁷.

İkame alımının zamanlaması ise, somut olayın özelliklerine göre değişkenlik gösterebilen bir durumdur. CISG'in 75'inci maddesinde de bu hususun açıkça belirtilmesinin amacı, ayıplı ifa yaparak sözleşmeyi esaslı olarak ihlal eden satıcıyı, zarara uğrayan alıcının ikame mal alımı yaparken piyasada spekülasyon yapma girişiminden dolayı kaynaklanabilecek aşırı zararlardan korumaktır⁵⁹⁸.

Alıcının ikame mal alımına ilişkin satım bedelinden farklı oluşan zararının tazminini talep ederken bu farkın ispat yükünü alıcı üstlenmektedir. Zira alıcı sözleşmeden dönmesini

⁵⁹⁴ Kaya, a.g.e, s.54; Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art. 75, para.1.

⁵⁹⁵ Ayhan, a.g.e, s.51; Dayıoğlu, a.g.e, s.88; Kanışlı, a.g.e, s.96; Erdem, *Sözleşmeden Dönme*, s.121.

⁵⁹⁶ Erdem, *Sözleşmeden Dönme*, s.121-122; Kanışlı, a.g.e, s.96-97; Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art. 75, para.18.

⁵⁹⁷ Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art. 75, para.18; Secreteriat Commentary on 1978 Draft, Art.71, para.4.

⁵⁹⁸ Huber/Mullis, a.g.e, s.286.; Schlechtriem/Butler, a.g.e, para.311a, s.218-219.

satıcının ayıplı ifası sonucunda sözleşmeyi esaslı ihlal etmesine bağlayarak sözleşmeden dönme seçimlik hakkını kullandıktan sonra makul bir süre içerisinde ayıplı mallar yerine ikame mal satın almak zorunda kaldığını ve bu ikame malların da sözleşme bedeli ile arasındaki fark dolayısıyla zarara uğradığını ispatlamalıdır⁵⁹⁹.

4. Tazminatın Belirlenmesinde Soyut Yöntem

Satıcının ayıplı ifa yapması neticesinde alıcının sözleşmeden dönme seçimlik hakkını kullanmasına rağmen ikame mal alımını yapmaması hâlinde ise Viyana Satım Sözleşmesi'nin 76'ncı maddesinde zararının soyut yöntemle hesaplanmasına ilişkin düzenleme yer almaktadır. Buna göre, alıcının ayıplı mal ifasından dolayı sözleşmeden dönmesinden sonra ikame mal alımı yapmaması durumunda, sözleşme bedeli ile sözleşmeden dönüldüğü sırada malın piyasadaki cari fiyatı arasındaki fark için alıcı tarafından tazminat talebinde bulunulması mümkündür. Yukarıda somut yöntemde de söylenildiği gibi alıcının tazminat hesaplanmasında soyut yöntemi tercih edebileceği gibi genel kural olan 74'üncü maddedeki yöntemin kullanılmasını da seçebilir⁶⁰⁰.

Cari fiyatın nasıl ve neye göre belirleneceğine ilişkin düzenleme CISG'nin 76/2'inci fıkrasında belirtilmiştir. İlk olarak, yer bakımından incelendiğinde, malların CISG'nin 31'inci maddesine göre teslim edilmesi gerektiği yerde sahip olduğu fiyat, cari fiyat oluşturmaktadır⁶⁰¹. Ancak böyle bir fiyatın malların teslim edilmesi gereken yerde mevcut olmaması hâlinde, makul ikame yeri olarak kabul görebilecek bir yerde malların sahip olduğu fiyat, cari fiyat olarak esas alınır⁶⁰². Makul ikame yerinin tespitinde benzer şartlar altında

⁵⁹⁹ Erdem, *Sözleşmeden Dönme*, s.122.

⁶⁰⁰ Huber/Mullis, a.g.e, s.283; Kaya, a.g.e, s.54; Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art. 76, para.3.

⁶⁰¹ Atamer, *Satıcının Yükümlülükleri*, s.437; Ayhan, a.g.m, s.52; Erdem, *Sözleşmeden Dönme*, s.123; Kanışlı, a.g.e, s.97.

⁶⁰² Dayıoğlu, a.g.e, s.112; Secretariat Commentary on 1978 Draft, Art.72, para.7.

bulunan tipik bir tacirin ticari bakış açısından değerlendirme yapılarak cari fiyat belirlenmesi yapılır⁶⁰³. Belirtmek gerekir ki, böyle bir durumda yapılacak tazminat hesaplamasında makul ikame yere yapılacak nakliye masrafları da dikkate alınır⁶⁰⁴.

Son olarak, cari fiyatın zaman yönünden belirlenmesi incelendiğinde, alıcının sözleşmeden döndüğünü açıkladığı sırada malların sahip olduğu fiyat cari fiyat olarak kabul edilmekle beraber⁶⁰⁵; malların teslim alınmasından sonra alıcı tarafından sözleşmeden dönülürse, ayıplı malların zilyetliğinin kazanıldığı anda malların sahip olduğu fiyat üzerinden cari fiyat hesaplamasını yapılabileceği de belirtilir⁶⁰⁶.

⁶⁰³ Bianca/Bonell, *Commentary*, Art.76, para.3.5; Dayıoğlu, a.g.e, s.107.

⁶⁰⁴ Erdem, *Sözleşmeden Dönme*, s.123; Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art. 76, para.22.

⁶⁰⁵ Schlechtriem/Schwenzer, Art. 76, para.10.

⁶⁰⁶ Kröll/ Mistelis/Viscasillas, Art. 76, para.20.

SONUÇ

11 Nisan 1980 yılında yürürlüğe girmiş Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması, bugüne kadar ticaret hukuku, medeni hukuk ve milletlerarası özel hukuk alanında yapılmış en önemli Konvensiyon'dur.

Dünya ekonomisinde büyük ticaret hacmine sahip Amerika Birleşik Devletleri gibi ülkelerin çoğunun dâhil olduğu CISG, 2019 yılı itibarıyla 93 ülkenin imzaladığı uluslararası bir Sözleşme'dir. Amerika Birleşik Devletleri'nin iç hukukunda uygulanan satım ve diğer ticari işleri düzenleyen *Uniform Commercial Code*'a benzer bir işleve sahip olan CISG, milletlerarası mal satımı konusunda yeknesaklığı sağlayabilmek için uluslararası alanda atılmış en büyük adımlardan biridir.

Viyana Satım Sözleşmesi'nin uygulanabilmesi için öncelikle bazı temel şartların yerine getirilmesi gerekir. Örneğin CISG'in yer bakımından uygulanabilirliği konusunda tarafların iş yerlerinin birbirlerinin bulunduğu ülkelerden farklı ve CISG'e âkit devletlerde veya kanunlar ihtilafı kuralları gereğince Sözleşme'ye âkit bir devletin hukukuna atıf yapılması gerekir. Konu bakımından ise, CISG'in 2'nci maddesinde yer alan Sözleşme'nin uygulama alanı bulmadığı sözleşmeler dışında bütün satım sözleşmelerine Sözleşme hükümleri uygulanır. Ancak burada belirtmek gerekir ki, Sözleşme'nin sadece tacirler veya şirketler arasında akdedilebileceğine ilişkin herhangi bir ifadeye CISG'te yer verilmemesine rağmen Sözleşme'nin tüketici sözleşmelerine uygulanamaması pratikte bu sonucu doğurmaktadır. Viyana Satım Sözleşmesi'nin zaman bakımından ne zaman devletler için ne zaman taraflar için yürürlüğe gireceği ise CISG'in 99'uncu maddesinde açık ve ayrıntılı olarak belirtilmiştir. Zaman bakımından Sözleşme'nin yürürlüğe girmesinde vurgulanması gereken noktalardan birisi de CISG'in hazırlanışına kadar uluslararası alanda satım sözleşmelerini yeknesaklaştırma çabaları neticesinde akdedilmiş Lahey Sözleşmeleri'ne taraf olan devletler, CISG'in ülkelerinde

uygulama alanı bulabilmesi için bu Sözleşmeler'den çekildiklerine dair Hollanda hükümetine bildiride bulunmaları gerekmektedir.

Uluslararası boyutu nedeniyle âkit devletlerin hukuk sistemleri birbirlerinden farklılık göstermektedir. Bu nedenle CISG'te Kıt'a Avrupası ve Anglosakson hukuk sistemleri bir potada eritmeye çalışılarak satım sözleşmesinin tarafları açısından basit ve uygulaması kolay hükümler yaratılmıştır. Bunlardan birisi de CISG'in satıcının ayıptan doğan sorumluluğu konusunda Kıt'a Avrupası hukuk sisteminde ifa engelleri başlığı altında birçok unsurun satıcının ayıptan doğan sorumluluğunu etkilediği düzenlemeler yerine daha basit ve pratik uygulanan Anglosakson hukuk sistemine benzetilerek kaleme alınan hükümlere yer verilmesidir.

Kıt'a Avrupası hukuk sisteminde satıcının kötü ifası olarak geçen satıcının malı ayıplı ifasında satıcının bu ifadaki kusur oranı alıcıya karşı ayıptan doğan sorumluluğunu etkilerken, CISG hükümleri gereğince değerlendirilen sadece satıcının taraflar arasında akdedilmiş sözleşme ve CISG'in 35'inci maddesinde mallarla ilgili olarak belirtilen özelliklere uymadan malı teslim etmesidir. Yani önemli olan satıcının ayıplı ifada bulunarak taraflar arasında akdedilmiş sözleşmeye aykırı davranmasıdır. Burada alıcıya, aynı Kıt'a Avrupası hukuk sisteminde olduğu gibi sözleşmeye aykırı davranılmasından dolayı oluşan zararını talep etme hakkı tanınmıştır. Ayrılan nokta ise seçimlik haklardadır. Zira CISG, Anglosakson hukuk sistemini temel alarak sözleşmeden dönme ve malın aynen ifası talep etme haklarının ancak sözleşmenin esaslı olarak ihlal edilmesi durumunda alıcı tarafından kullanılabileceğini öngörmüştür.

Esaslı ihlal ve esaslı olmayan ihlal arasındaki fark ise, CISG'in 25'inci maddesinde ifade edilmiştir. Buna göre alıcının satıcının ayıplı ifasından dolayı sözleşmeden beklediği menfaati hiç ya da önemli ölçüde elde edememesi durumunda satıcının sözleşmeyi esaslı olarak ihlal ettiği kabul edilmektedir. Bu konuda satıcının sorumluluğunu sınırlandıran tek şart

satıcının ayıplı ifa gerçekleştireceğini öngörmemesi veya makul bir üçüncü kişinin de satıcının durum ve konumunda olsaydı ayıplı ifa yapılacağını öngörememesi oluşturmaktadır. Eğer ki satıcı ayıbı daha önce belirtildiği gibi öngörememişse, bu takdirde sözleşmeye aykırılık esaslı ihlal sayılmayacaktır.

Satıcının teslim edeceği mala ilişkin özellikler CISG'in 35'inci maddesinde belirtilmiştir. Söz konusu maddenin ilk fıkrasında, tarafların, akdettikleri sözleşmede satılan malla ilgili olarak kalite, miktar, tür ve paketlenme veya muhafazaya ilişkin özelliklerin öngörüldüğü varsayılarak, satıcının kararlaştırılan üzerinden mal teslimi yapması gerektiği öngörülmektedir. İkinci fıkrasında ise, malın objektif uygunluğu olarak ifade edilen tarafların sözleşmede kararlaştırmamış olsalar bile CISG tarafından belirtilen birtakım özelliklerin satılan malda bulunması gerekliliğinden bahsedilmektedir. Taraflar bunun aksini kararlaştırmak konusunda serbesttirler. O hâlde satılan malın sözleşmeye uygun olarak teslim edilebilmesi için satıcı öncelikle CISG'in 35/1'inci maddesinde de belirtildiği gibi tarafların mal ile ilgili kararlaştırdıkları sübjektif özelliklere, daha sonra da 35/2'nci maddesinde kaleme alınmış sözleşmede belirtilmese bile malda bulunması gereken objektif özelliklere uygun olarak mal teslim edilmelidir. Satıcının bu kriterlere uymadan gerçekleştireceği her ifa ayıplı olarak değerlendirilip, sözleşmeye aykırılık olarak kabul edilmektedir.

Bazı durumlarda satıcı satılan malı, sözleşmede kararlaştırılan tarihten daha önce hazır edip alıcıya teslim edebilir. Ancak bu teslimin bir ifa sayılabilmesi için alıcının erken teslimi açıkça kabul etmesi gerekir. Bu şekilde erken teslimin kabul edildiği bir mal tesliminde de malın ayıplı çıkması söz konusu olabilir. Böyle bir durumda CISG'in 37'nci maddesine göre satıcının sözleşmede kararlaştırılan tarihe kadar maldaki ayıbı alıcıyı makul olmayan bir zahmet veya masrafa sokmadan giderebilmesi mümkündür. Eğer ki satıcı söz konusu koşullara uygun olarak erken fakat ayıplı olarak teslim ettiği maldaki ayıbı sözleşmede kararlaştırılan asıl tarihten önce gidermişse, alıcıyı CISG'in 45/1-a maddesinde belirtilen seçimlik haklarını

kullanamaz duruma getirebilir. Ancak alıcının bu anlamda seçimlik haklarını kullanamaması, satıcının sözleşmeye aykırı davranmasından dolayı oluşan zararını tazmin edemeyeceği anlamına gelmez.

Satıcının CISG'in 35'inci maddesine uygun olmayan şekilde mal tesliminde bulunması durumunda alıcı tarafından malın aynen ifası, yani ikame mal ile değiştirilmesi veya onarım hakkı, sözleşme bedelinden indirim ve en son ayıplı ifanın esaslı ihlal oluşturması hâlinde sözleşmeden dönme hakkı kullanılabilir. Bu seçimlik hakların kullanılabilmesi için ise, CISG'te alıcı tarafından birtakım külfetler öngörülmüştür. Her şeyden önce maldaki ayıbın malın alıcıya geçmesinden önce malda bulunuyor olması ve alıcının satılanı satın alırken bu durumdan habersiz olması gereklidir. Alıcı daha sonra, teslim aldığı malı CISG'in 38'inci maddesine göre gözden geçirmelidir. Bu gözden geçirmenin sonucunda satılan malda mevcutsa, açık ayıplar zaten ortaya çıkacaktır. Alıcı tespit edilen bu ayıpları CISG'in 39'uncu maddesine uygun olarak makul bir sürede satıcıya bildirmelidir. Alıcının bu külfetlerini ihmal ederek yerine getirmemesi sözleşmeye aykırılıktan kaynaklanan seçimlik haklarını kullanamaması sonucunu doğuracaktır.

BİBLİYOGRAFYA

- Aral, Fahrettin** :*Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa*, Ankara, 2011.
- Aral, Fahrettin/**
- Ayrancı, Hasan** :*6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Ankara, 2015.
- Arbek, Ömer** :*Satım Konusu Ayıplı Malın Tamir Edilmesi*, Ankara, 2005.
- Atamer, Yeşim** :*Birleşmiş Milletler Satım Hukukunun Uluslararası Uygulama Alanı*, İBD, S. 69, Y. 1995. (**Kısaltılışı: Atamer, Uluslararası Uygulama Alanı**)
- :*Borçlunun CISG Madde 79 Uyarınca Tazminat Sorumluluğundan Kurtulması Halinde Alacaklının Diğer Taleplerinin Akıbeti Ne Olur?*, Journal of Yaşar University, 2013, C. 8, S. Özel, s.a. 487-509.
- :*Satıcının Sözleşmeye Aykırı Davranışı Ekseninde CISG'in İfa Engelleri Sistemine Genel Bakış*, in: *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG)*, Editör: Yeşim M. Atamer, İstanbul, 2008. (**Kısaltılışı: Atamer, İfa Engelleri**)
- :*Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi*, İstanbul, 2001.
- :*Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları*, İstanbul, 2005. (**Kısaltılışı: Atamer, Satıcının Yükümlülükleri**)

- Ayan, Nurşen** :*Taşınır Satımında Satıcının Kanundan Doğan Ayıba Karşı Tekeffül Borcu*, SÜHFD, 1, Konya, 2007.
- Ayhan, Hilal L.** :*Birleşmiş Milletler Viyana Satım Sözleşmesi'ne Göre Uluslararası Satım Sözleşmelerinde Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu*, GÜHFD, C.15, S.2, 2011.
- Ayrancı, Hasan** :*Ön Sözleşme*, Ankara 2006.
- Basedow, Jürgen** :*Towards a Universal Doctrine of Breach of Contract: The Impact of the CISG*, International Review of Law and Economics 25, 2005, s.a, 487–500,
<https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/basedow.html> (E.T: 26.06.2019)
- Barlas, Nami** :*Çerçeve Sözleşme Kavramı ve Çerçeve Sözleşmelerin Özellikleri*, in: *Makalelerim*, C.1, İstanbul, 2008, s.a.89-111.
- Bayram, Aziz Erman** :*Türk Borçlar Kanununa ve Viyana Satım Sözleşmesine (CISG) Göre Satış Sözleşmesinde Hasarın Geçışı*, Ankara Üniversitesi / Sosyal Bilimler Enstitüsü / Özel Hukuk Anabilim Dalı / Medeni Hukuk Bilim Dalı, 2016, Yayınlanmamış Tezi.
- Bridge, Michael** :*International Sale of Goods, Law and Practice*, Second Edition, Oxford University Press, United States, 2007.
- Baysal, Pelin** :*Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Çerçevesinde Satıcının Ayıptan Sorumluluğu*, in: *Yeni Türk Borçlar Kanunu ve CISG'e Göre Satış Sözleşmeleri*, İstanbul Kemerburgaz Üniversitesi,

Editörler: Şükran Şıpka, Ahmet Cemil Yıldırım, İstanbul, 2012.

(Kısaltılışı: Baysal/Şıpka/Yıldırım)

Bonell, M. J. :*Unification of Law by Non-Legislative Means: The UNIDROIT Draft Principles for International Commercial Contracts*, The American Journal of Comparative Law Vol. 40, N. 3 (Summer, 1992), s.a. 617-633.

Bianca, Massimo Cesare/

Bonell, Joachim Michael :*Commentary On The International Sales Law*, Giufreè, Mailand, 1987. **(Kısaltılışı: Bianca/Bonell, Commentary)**

Carbone, Sergio M./

Lopez de Gonzalo :*Commento all'art. 2 della Convenzione di Vienna, Nuove Leggi Civ. Commentate* 6,7 (1989), Ferrari, *Why One Has to Look Beyond the CISG?* dn.65'den naklen.

Canpolat, Selin Sert :*Viyana Satım Sözleşmesinde İfa Engelleri ve Sonuçları*, İstanbul, 2013.

Çalışkan, Yusuf :*Uluslararası Satım Hukukunda Kanunlar İhtilafı Meseleleri*, İstanbul, 2014.

Dainow, Joseph :*The Civil Law and the Common Law: Some Points of Comparison*, The American Journal of Comparative Law, Vol. 15, N. 3, 1966 - 1967, Oxford University Press, s.a. 419- 435, http://www.dphu.org/uploads/attachements/books/books_4037_0.pdf (E.T: 26.06.2019)

David, Rene :*The Methods of Unification*, American Journal of Comparative Law, Vol. 16, N. Issues 1 & 2, 1968, s.a. 13-27,

<https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/david.html> (E.T: 26.06.2019)

Dayıoğlu, Yavuz :*CISG Uygulamasında Sözleşmenin İhlali Halinde Alıcının Hakları ve Özellikle Tazminat Talep Etme Hakkı*, İstanbul, 2011.

Del Ducca, Louis F./

Del Ducca, Patrick :*Practice Under the Convention on International Sale of Goods (CISG), A Primer for Attorneys and International Traders*, Part I, Uniform Commercial Code Law Journal, Vol.27, Y.1995, <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/delducca.html> (E.T: 26.06.2019)

Develioğlu,

Hüseyin Murat :*CISG'nin Sözleşmelerin Konusu ve Niteliği Bakımından Uygulama Alanı*, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2013/1, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Anlaşması'nın (CISG) Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Değerlendirilmesi Sempozyumu Özel Sayısı, s.a. 53-73,

http://dosya.gsu.edu.tr/Docs/HukukFakultesi/TR/FakulteDergisi/GUHFD-2013_1.pdf (E.T: 26.06.2019)

Doğan, Gülmelehat

:*Sürekli Borç İlişkilerinde Borçlunun Temerrüdü*, ABD, 2014/4, s.a 385-483, <https://dergipark.org.tr/download/article-file/398217> (E.T: 26.06.2019)

- Erdem, Ercüment** :*Viyana Satım Antlaşması'ndan Dönme*, in: *Milletlerarası Ticaret Hukuku ile ilgili Makaleler (2007-2016)*, İstanbul, 2017.
(Kısaltılışı: Erdem, Sözleşmeden Dönme)
- :*Viyana Satım Antlaşması'na Genel Bakış ve Maddi Uygulama Alanı*, in *Milletlerarası Ticaret Hukuku ile ilgili Makaleler(2007-2016)*, İstanbul, 2017. **(Kısaltılışı: Erdem, Maddi Uygulama Alanı)**
- :*Viyana Satım Antlaşması'na Göre Alıcı ve Satıcının Borçlarının İhlalinin Sonuçları ve Türk Hukuku ile Karşılaştırılması*, in: *Milletlerarası Ticaret Hukuku ile ilgili Makaleler (2007-2016)*, İstanbul, 2017.
- Eren, Fikret** :*6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 2017.
- :*Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Ankara, 2017.
- Erkan, Vehbi Umut** :*Tüketici Satış Sözleşmelerinde Kararlaştırılan Sürede Malın Teslim Edilmemesi Durumunda 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Ayıplı Mallara İlişkin Hükümlerinin Uygulanması*", TAAD, Nisan 2017, S. 30, s.293 vd.
- Flechtner, Harry M.,** :*The Several Texts of the CISG in a Decentralized System: Observations on Translation, Reservations and Other Challenges to the Uniformity Principle in Article 7(1)*, 17 Journal of Law and Commerce, 1998, s.a. 187-217,
<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/flecht1.html>
(E.T: 06.09.2019)

Gülşen, Mehmet Bilgehan :*CISG'a Göre Alıcının Sözleşmeden Dönmesi*, in: *Milletlerarası Mal Satım Hukuku (CISG)*, Editör: Sinan Okur, Ankara, 2016.

(Kısaltılışı: **Gülşen/Okur**)

Green, Sarah/

Saidov, Djakhongir :*Software as Goods*, Journal of Business Law, March, 2007, Published by Sweet&Maxwell, s.a 161-181, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/green-saidov.html>

(E.T: 26.06.2019)

Gümüş, Mustafa Alper :*Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, C.1, İstanbul, 2013.

Gümüş, Alper :*Borçlar Hukuku Özel Hükümler Kısa Ders Kitabı*, İstanbul, 2015. (Kısaltılışı: **Gümüş, Kısa Ders Kitabı**)

Farnsworth, E. Allan :*The Vienna Convention: History and Scope*, The International Lawyer, Vol. 18, N. 1, Winter 1984, s.a. 17-20, <https://scholar.smu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3670&context=til> (E.T: 26.06.2019)

Fawcett, James/

Harris, Jonathan/

Bridge, Michael :*International Sale of Goods in the Conflict Laws*, Oxford Private International Law Series, Oxford, 2005.

Ferrari, Franco :*Contracts for the International Sale of Goods- Applicability and Applications of the 1980 United Nations Sales Convention*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2012. (Kısaltılışı: **Ferrari, Contracts for the International Sale of Goods**)

- :*Specific Topics of the Light of Judicial Application and Scholarly Writing*, 15 Journal of Law and Commerce, 1995, s.a. 1-126.
(Kısaltılışı: **Ferrari, Specific Topics**)
- :*What Sources of Law for Contracts fort he International Sale of Goods?-Why One Has to Look Beyond the CISG?*, International Review of Law and Economics 25, 2005, s.a 314–334.
(Kısaltılışı: **Ferrari, Why One Has to Look Beyond the CISG?**)
- Ferrari, Franco/**
- Kieninger, Eva-Maria/**
- Mankowski, Peter** :*Internationales Vertragsrecht*, 3.Auflage, Beck Verlag, München 2018. (Kısaltılışı: **Ferrari/Kieninger/Mankowski**)
- Flannigan, Robert** :*Hunter Engineering: The Judicial Regulation of Exculpatory Clauses*, The Canadian Bar Review, Vol.69, 1990, s.a 514-537, <https://cbr.cba.org/index.php/cbr/article/view/3477/3470> (E.T: 26.06.2019)
- Flechtner, Harry M.** :*Malların Sözleşmeye Uygunluğu, Üçüncü Kişilerin Talepleri ve Alıcının İhlal Bildirimi*, in: *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG)*, Editör: Yeşim M. Atamer, İstanbul, 2008.(Kısaltılışı: **Flechtner/Atamer**)
- Gergen, Mark P.** :*The Law’s Response to Exit and Loyalty in Contract Disputes*, in: *Comparative Remedies for Breach of Contract*, Editörler: Nili Cohen/ Ewan McKendrick, Oxford and Portland, Oregon, 2005.

- Heiderhoff, Bettina** :*Milletlerarası Satım Hukuku Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG)*, Editör: Yeşim Atamer, İstanbul, 2008. **(Kısaltılışı: Heiderhoff/Atamer)**
- Honnold, J. O.** :*Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, Editör: Harry M. Flechtner, Kluwer Law International, Deventer, 1982. **(Kısaltılışı: Honnold/Flechtner)**
- Honsell, Heinrich** :*Kommentar zum UN-Kaufrecht*, Springer, 2. Auflage, Berlin, 2009.
- Huber, Peter/**
- Mullis, Allastair** :*The CISG, A New Text Book For Beginners and Practitioners*, Sellier European Law Publishers, Munich, 2007.
- İşgüzar, Hasan** :*Tek Satıcılık Sözleşmesi*, Ankara, 1989.
- Kantor, Mark** :*The Convention on Contracts for the International Sales of Goods: An International Sales Law*, Int'l L. Practicum 10, N.Y.S. Bar Association, Autumn 1988.
- Kaplan, Yavuz** :*1980 tarihli Birleşmiş Milletler Viyana Sözleşmesi Çerçevesinde İnternet Ortamında Bilgisayar Programı Satış Sözleşmesi*, in: MHB, Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan, T.22, S.2, İstanbul, 2002.
- Kaya, Cansu** :*CISG (Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması) Gereğince Alıcının Satım Bedelini Ödeme Borcu*, İstanbul, 2012.

Kröll, Stefan/

Mistelis, Loukas /

Perales Viscaillas, Pilar :*UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*, 2018. (**Kısaltılışı: Kröll/Mistelis/Viscasillas**)

Kanışlı, Erhan :*CISG Uyarınca Alıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılık Halinde Satıcının Hakları*, İstanbul, 2013.

Lando, Ole :*Principles of European Contract Law and UNIDROIT Principles: Moving from Harmonisation to Unification?*, Uniform Law Review - Revue de Droit Uniforme, Vol. 8 2003-1/2, 2003, s.a 123-133.

Maley, Kristin :*The Limits to the Conformity of the Goods in the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, 12, International Trade and Business Law Review:12, 2009, s.82 vd., <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/maley.html> (E.T: 26.06.2019)

Mistelis, Loukas :*CISG'in Uygulama Alanı: Yer, Zaman ve Kişi Bakımından, Milletlerarası Satım Hukuku*, in: *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG)*, Editör: Yeşim M. Atamer, İstanbul, 2008. (**Kısaltılışı: Mistelis/Atamer**)

Lichtsteiner, Rene A. :*Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises: présentation et comparaison avec le droit suisse*, Les contrats de vente internationale de marchandises, édité par François Dessemontet, Lausanne, 1991 (Develioğlu dn. 15'ten naklen).

Oğuzman, Kemal /

Öz, Turgut

:*Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. 1, İstanbul, 2016.

Öz, Turgut

:*Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG)*, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın (CISG) Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Değerlendirilmesi Sempozyumu Özel Sayısı, 2013/1, İstanbul, 2013.

Özdemir, Hayrunnisa

:*Türk Borçlar Kanunu ve Viyana Satım Sözleşmesi'ne (CISG) Göre Ayıptan Doğan Sorumluluğun Şartları*, Ankara, 2013.

.....

:*Viyana Satım Sözleşmesi'nde Sözleşmeye Aykırılık ve Aykırılığın Şartları*, in: *Milletlerarası Mal Satım Hukuku (CISG)*, Editör: Sinan Okur, Ankara, 2016. (Kısaltılışı: **Özdemir/Okur**)

Özdemir Kocasakal,

Hatice

:*Viyana Konvensiyonu'nun Milletlerarası Özel Hukuk Bakımından Uygulama Alanı*, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2013/1, s.a 19-53.

Poikela, Teija

:*Conformity of Goods in the 1980 United Nations Convention of Contracts for the International Sale of Goods*, Nordic Journal of Commercial Law Issue, 2003/1, <https://journals.aau.dk/index.php/NJCL/article/view/3038/2604> (E.T: 26.06.2019)

- Rabel, Ernst** :*Das Recht des Warenkaufs*, Berlin, Vol. 1-1936, Vol. 2-1957.
- Richards, Bradley J.** :*Contracts for the International Sale of Goods: Applicability of the United Nations Convention*, Iowa Law Review, 1983, N. 69, s.a 209-240,
<https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/richards.html> (E.T: 26.06.2019)
- Serozan, Rona** :*Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme*, İstanbul, 2016.
- Schlechtriem, Peter** :*Requirements of Application and Sphere of Applicability of the CISG*, Victoria University of Wellington Law Review, 2005/4.
(Kısaltılışı: Schlechtriem, Requirements of Application)
- Schlechtriem, Peter/**
- Butler, Petra** :*UN Law on International Sales*, Berlin, Heidelberg, 2009.
- Schlechtriem, Peter/**
- Schwenzer, Ingeborg** :*Commentary on UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Second (English) Edition Oxford University Press, Oxford, 2005.
- Siller, Christian** :*Internationales UN-Kaufrecht, Das Recht in Fragen und Antworten sowie in Praxisfällen und Lösungen*, Europäischer Hochschulverlag, 1.Auflage, 2009.
- Staudinger, Julius von** :*J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Wiener UN-Kaufrecht (CISG)*, Berlin, 2018. **(Kısaltılışı: Staudinger/Magnus)**

- Şen, Murat** :*Giriş*, in: *Milletlerarası Mal Satım Hukuku (CISG)*, Editör: Sinan Okur, Ankara, 2016.
- Tarman, Zeynep Derya** :*Viyana Satış Sözleşmesi'ni Uygulamak veya Uygulamamak (CISG'in Uygulama Alanı)*, İstanbul, 2015.
- Tiryakioğlu, Bilgin** :*11 Nisan 1980 Tarihli Milletlerarası Mal Satımlarına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi ve Sözleşmenin Milletlerarası Özel Hukuk Kuralları ile İlişkisi*, AÜHFD, C. 3, S. 1, 1989-1990. (BM Satım Sözleşmesi)
<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/301/2825.pdf> (E.T: 13.06.2018) (**Kısaltılışı: Özel Hukuk Kuralları ile İlişkisi**)
- Tiryakioğlu, Bilgin** :*Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk*, Ankara, 1996 (**Kısaltılışı: Tiryakioğlu, Milletlerarası Satım**)
- Toker, Ali Gümrah** :*11 Nisan 1980 Tarihli Uluslararası Taşınır Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin (Viyana Sözleşmesi) Uygulama Alanı*, Ankara, 2005.
- :*Viyana Satım Sözleşmesi (CISG) Uyarınca Sözleşmenin Esaslı İhlali*, MHB, Y.33, S. 1, 2013, s.a. 213-250,
<https://dergipark.org.tr/download/article-file/411329> (E.T: 26.06.2019) (**Kısaltılışı: Toker, Esaslı İhlal**)
- Tunc, André** :*Les ventes internationales de marchandises*, Colloque de la Fondation Internationale pour l'Enseignement du Droit des Affaires, Faculté de Droit d'Aixen Provence, 7 et 8 mars 1980, Paris, 1981.

- Urfaher, Melike** :*Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (CISG) Madde 79 ve 80 Kapsamında Tazminat Sorumluluğundan Kurtulma*, in: *Milletlerarası Mal Satım Hukuku (CISG)*, Editör: Sinan Okur, Ankara, 2016.
(Kısaltılışı: Urfaher/Okur)
- Williams, Joyce** :*Analysis of CISG Article 35 - Conformity of the Goods in the Changing Power Dynamics of Corporate Social Responsibility, Trade Development Through Harmonization of Commercial Law*, 2014, s.a. 299-306.
- Winship, Peter** :*The Scope of the Vienna Convention on International Sales Contracts*,
<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/winship5.html> (E.T: 13.06.2018)
- Yavuz, Cevdet** :*Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, İstanbul, 2014.
(Kısaltılışı: Yavuz, C., Özel Hükümler)
- :*Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu*, İstanbul, 1989. **(Kısaltılışı: Yavuz, C., Satıcının Sorumluluğu)**
- :*Türk-İsviçre ve Fransız Medeni Hukuklarında Dolaylı Temsil*, İstanbul, 1983.
- Yavuz, Nihat** :*Ayıplı İfa*, Ankara, 2016.
- Yelkenci, Işıl** :*Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Alıcının Sözleşmeden Dönmesi*, İstanbul, 2014.
- Yılmaz, Süleyman** :*Sözleşmenin İhlali Halinde Alıcının Hakları*, Ankara, 2013.

- :*Milletlerarası Satım Hukuku (CISG) Uyarınca Sözleşmenin Esaslı İhlali Halinde Alıcının İkame Mal Talebi ve Onarım Hakkı*, in: *Milletlerarası Mal Satım Hukuku (CISG)*, Editör: Sinan Okur, Ankara, 2016. (Kısaltılışı: **Yılmaz/Okur**)
- Yücer Aktürk, İpek** :*Viyana Satım Sözleşmesi Kapsamında Satıcının Ayıptan Doğan Sorumluluğu*, ABD, 2015/1, s.a. 211-238, <http://www.ankarabarosus.org.tr/siteler/ankarabarosus/tekmakale/2015-1/06.pdf> (E.T:26.06.2019)
- Zeytin, Zafer** :*Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hukuku-CISG*, Ankara, 2015.
- :*CISG'in Yer, Zaman, Kişi ve Konu Bakımından Uygulama Alanı*, in: *Milletlerarası Mal Satım Hukuku (CISG)*, Editör: Sinan Okur Ankara, 2016. (Kısaltılışı: **Zeytin/Okur**)
- Zimmermann, Reinhard** :*The Law of Obligations- Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, 1996.

Yabancı Mahkeme Kararları

- Pollard v. Saxe&Yolles Development Co. 12 Cal. 3d 374 (Cal.1974), <https://casetext.com/case/pollard-v-saxe-yolles-dev-co>, (E.T: 11.06.2019)
- France 30 January 2001 Appellate Court Amiens (*Vanderlinden v. Vergers de Seru*), <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/010130f1.html#ctoc> (E.T: 12.06.2019)
- United States 27 July 2001 Federal District Court [California] (*Asante Technologies v. PMC-Sierra*), <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/010727u1.html>, (E.T: 13.06.2019)
- http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html (E.T: 13.06.2018)

- <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/text.html> (E.T: 30.06.2019)
- http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html (E.T: 13.06.2018)
- Belçika devleti için Viyana Satım Sözleşmesi'nin yürürlüğe girme tarihi için bkz. <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/countries/cntries-Belgium.html> (E.T: 12.06.2019)
- <https://www.unidroit.org/status-ulis-1964> ; <https://www.unidroit.org/status-ulfc-1964> , (E.T: 14.05.2018)
- CISG- AC Opinion No 4, Contracts for the Sale of Goods to be Manufactured or Produced Mixed Contracts (Art.3 CISG) 24 Ekim 2004, Raportör: Prof. Pilar Perales Viscasillas. <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op4.html> (E.T: 14.06.2019)
- Austria 6 February 1996 Supreme Court (*Propane case*), <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960206a3.html>, (E.T: 14.06.2019)
- Chapter I, Sphere of Application of the Law Art.6. <https://www.unidroit.org/instruments/international-sales/international-sales-ulis-1964> (E.T: 02.07.2019)
- Annex I, Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods, Art. 1/7, <https://www.unidroit.org/instruments/international-sales/international-sales-ulfc-1964-en> (E.T: 02.07.2019)
- Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods, Art.6/2, https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/sales/limit/limit_conv_E_Ebook.pdf (E.T: 02.07.2019)
- Germany 8 March 1995 Supreme Court (*New Zealand mussels case*) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950308g3.html> (E.T: 10.03.2019)

- Austria 19 April 2007 Supreme Court (*Scaffold hooks case*)
<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/070419a3.html> (E.T: 14.03.2019)
- Germany 21 August 1995 District Court Ellwangen
<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950821g2.html> (E.T: 10.03.2019)
- Netherlands 23 April 2003 Appellate Court 's-Gravenhage
<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/030423n1.html> (E.T: 10.03.2019)
- Germany 2 March 2005 Federal Supreme Court (*Frozen pork case*)
<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050302g1.html> (E.T:06.09.2019)

ÖZET

Milletlerarası mal satımı sözleşmelerini uluslararası alanda yeknesaklaştırma girişimlerinin ardından 11 Nisan 1980 tarihinde Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG), altı resmî dilde tercüme edilerek birçok devlet tarafından imzalanmıştır. CISG’e üye devletler ve kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca CISG’e üye bir devletin hukukuna atıf yapıldığı takdirde uygulama alanı bulan CISG’te taraflar arasında pratikte en çok karşılaşılan uyuşmazlık malların sözleşmeye uygun teslim edilmemesinden kaynaklanmaktadır. Kıt’a Avrupası hukuk sistemlerinde ifa engelleri arasında düzenlenen satıcının ayıptan doğan sorumluluğu, CISG’te “*malların sözleşmeye uygunluğu*” başlığı altında 35’inci maddede kaleme alınmıştır. Bu maddenin özellikle CISG’in 25’inci maddesi uyarınca belirtilmiş esaslı ihlal kavramı ve ayıplı teslim edilen mal ile satıcının sözleşmeyi esaslı ihlal etmesi hâlinde alıcının seçimlik haklarında oluşturacağı değişiklikler üzerinde durulmuştur. Çalışmamızda CISG’in tarihçesinden başlanarak, uygulama alanı incelendikten sonra CISG kapsamında ayıp kavramı, ayıplı teslim ve satıcı açısından doğuracağı sonuçlar incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Viyana Satım Sözleşmesi, CISG, Sözleşmenin Esaslı İhlali, Malların Sözleşmeye Uygunluğu, Ayıp, Ayıplı İfa, Alıcının Seçimlik Hakları, Erken Teslim, Sözleşmeden Dönme.

ABSTRACT

Following efforts to uniform the international sale of goods, the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) was translated into six official languages and signed by many states. In practice, the most common dispute between the parties under CISG, which applies to the member states or by the conflict of law which attributes to the one of the CISG member state, is that the goods are not delivered in accordance with the contract. The seller's liability, which is regulated amongst irregularities of performance in Civil Law, is set in the Article 35 under the title of conformity of goods in the CISG. In particular, the notion of the fundamental breach under Article 25 of the CISG and how a defective performance of the goods constitutes a fundamental breach changes the buyer's remedies are discussed. In our study, starting from the history of CISG, after examining the field of application, the notion of defect, defective delivery and the liability will be born on seller within the scope of CISG were examined.

Keywords: Convention on International Sale of Goods, CISG, Fundamental Breach of a Contract, Conformity of Goods, Defect, Defective Performance, Remedies for the Buyer, Early Delivery, Avoidance of the Contract.