

**T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
HUKUK ANABİLİM ÖZEL HUKUK BİLİM DALI**

**BİRLEŞMİŞ MİLLETLER ANLAŞMASI (CISG)
ÇERÇEVESİNDE ULUSLARARASI TİCARİ
SATIMLARDA MALLARIN SÖZLEŞMEYE
UYGUNLUĞU**

Yüksek Lisans Tezi

**Hazırlayan
Hakan Özdemir**

İSTANBUL – 2010

**T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
HUKUK ANABİLİM ÖZEL HUKUK BİLİM DALI**

**BİRLEŞMİŞ MİLLETLER ANLAŞMASI (CISG)
ÇERÇEVESİNDE ULUSLARARASI TİCARİ
SATIMLARDA MALLARIN SÖZLEŞMEYE
UYGUNLUĞU**

Yüksek Lisans Tezi

**Hazırlayan
Hakan Özdemir**

**Tez Danışmanı
Doç. Dr. Burak Özen**

İSTANBUL – 2010

Marmara Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü

Tez Onay Belgesi

HUKUK Anabilim Dalı ÖZEL HUKUK Bilim Dalı Yüksek Lisans öğrencisi
HAKAN ÖZDEMİR nin BİRLEŞMİŞ MİLLETLER ANLAŞMASI (CISG)
ÇERÇEVESİNDE ULUSLARARASI TİCARİ SATIMLARDA MALLARIN SÖZLEŞMEYE
UYGUNLUĞU adlı tez çalışması ,Enstitümüz Yönetim Kurulunun 01.03.2010 tarih ve
2010-3/27 sayılı kararıyla oluşturulan jüri tarafından oybirliği/oyçokluğu ile Yüksek
Lisans Tezi olarak kabul edilmiştir.

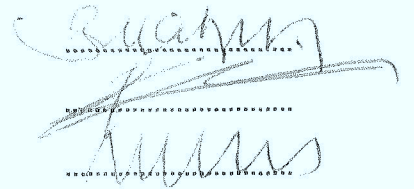
Öğretim Üyesi Adı Soyadı

İmzası

Tez Savunma Tarihi

09.07.2010

- 1) Tez Danışmanı : DOÇ. DR. BURAK ÖZEN
2) Jüri Üyesi : YRD. DOÇ.DR. İPEK SAĞLAM
3) Jüri Üyesi : YRD. DOÇ.DR. MURAT İNCEOĞLU



İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	II
KISALTMALAR.....	V
KAYNAKÇA.....	VII
GİRİŞ:.....	1
§ 1. SÖZLEMEYE AYKIRILIK.....	4
I. Maddenin Tarihi Gelişim Süreci (CISG Madde 35).....	4
II: Genel Olarak.....	6
III. Sözleşmeye Aykırılık Koşulları	9
1. Sözleşmeye Aykırılığın Sübjektif Koşulları	10
a. Genel Olarak.....	10
b. Miktar (Nicelik).....	12
aa. Genel Olarak.....	12
bb. Türk Hukuku Açısından.....	15
c. Kalite (Nitelik).....	17
aa. Genel olarak.....	17
bb. Türk Hukuku Açısından.....	20
d. Tür - Farklı Bir Malın Teslimi – Aliud.....	22
aa. Genel Olarak.....	22
bb. Türk Hukuku Açısından.....	30
e. Muhafaza ve Paketleme	37
aa. Genel Olarak.....	37
bb. Türk Hukuku Açısından.....	43
2. Objektif ölçütlere (Tarafların varsayılan ifadelerine) Aykırılık (CISG 35/2).....	43
a. Genel olarak	43
b. Mutat Kullanım Amacına Uygunluk (CISG madde 35/2/a).....	46
aa. Genel Olarak.....	46
bb. Türk Hukuku Açısından.....	48
cc. Malların Ticarete Elverişliliğinin (Yeniden Satılabilir olmasının) Mutat kullanım amacı çerçevesinde değerlendirilip değerlendirilemeyeceği sorunu.....	49
dd. Mutat Kullanım Amacının Belirlenmesinde Dikkate Alınacak Ülke kriteri	56
ee. Sonuç:.....	69

c. Tahsis Edilen Amaca (Subjektif bir Kullanım Amacına) Uygunluk (CISG Madde 35/ f 2)	70
aa. Genel olarak.....	70
bb.Özel Kullanım amacının belirlenmesindeki ölçüt.....	75
cc.Satıcının bilgi ve değerlendirmesine güven meselesi	80
d.Numune veya Modele Uygunluk	82
e. Mutat ve Emtianın Muhafazasına Uygun Surette Paketleme.....	91
3. Sözleşmeye Aykırılık Önemli Olması.....	95
a. Genel Olarak.....	95
b. Türk Hukukunda Durum.....	97
4. Sözleşmeye Aykırılığın Alıcı Tarafından Bilinmemesi (CISG 35/3)	98
a. Genel Olarak.....	98
b. Türk Hukukunda Durum.....	103
5. Sözleşmeye Aykırılık Hasarın İntikali Anında Mevcut Olması Gerektiği (CISG madde 36)	105
a. Maddenin Tarihçesi (CISG Madde 36).....	105
b. Genel Olarak	107
c. Hasarın İntikali (Riskin Alıcıya Geçişi) anındaki sorumluluk.....	109
d. Hasarın İntikali (Riskin Alıcıya geçişi) Sonrasındaki Sorumluluk	113
aa.Satıcının Bir Yükümlülüğünün İhlali.....	113
bb. Satıcı Tarafından Garanti Verilmesi Hali	114
e. Türk Hukuku Açısından.....	116
6. Sözleşmeye Aykırılığın Alıcıya Yüklenebilmesi hali	117
IV. Sözleşmeye Aykırılığın İspatı.....	118
V Hasarın İntikalinde (CISG 36) İspat Yükümü.....	124
§ 2 MUAYENE	124
I. Maddenin Tarihçesi.....	125
II. Muayene külfetinin amacı ve kapsamı.....	128
III. Muayene Metodu.....	131
1. Alıcı veya Üçüncü Şahısça Muayene	131
2. Tarafların Uzlaşması ve Taraflar arası Uygulamalar Halinde Muayene	132
3. Taraflarca Anlaşma veya Teamül Yokluğunda Muayene	134

IV. Muayene Periyodu.....	137
1. Muayene Süresinin Belirlenmesi.....	137
2. Sürenin Başlangıç anı	142
a. Prensip olarak	142
b. Gönderme Borcu İçeren Sözleşmelerde	143
c. Malların Taşıma Halindeyken Bir Başka Yere Yönlendirilmesi veya Varış Sonrası Derhal Başkaca Bir Yere Gönderilmesi Hali.....	145
V. Türk Hukuku Açısından Muayene	148
1.Genel Olarak	148
2.Muayenenin kimin tarafından gerçekleştirileceği:	150
3.Muayenenin kapsamı ve usulü	151
4.Muayene zamanı ve müddeti	154
5.Muayene Yeri:.....	156
6.Mesafe satımlarında satılanın ayıplı olması halinde alıcının yükümlülükleri	157
SONUÇ:	162

KISALTMALAR

AB	Avrupa Birliği
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (Avusturya Medeni Kanunu)
a.e	Aynı eser
Art	Artikel
BB	Hollanda Medeni Kanunu
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu)
BK	Borçlar Kanunu
BGH	Bundesgerichtshof (Alman Federal Mahkemesi)
Bkz	Bakınız
BW	Burgerlijk Wetboek (Hollanda Medeni Kanunu)
Cc	Code Civil (Fransız Medeni Kanunu)
Cciv	Codice civile (İtalyan Medeni Kanunu)
Cd	Court decisions (Mahkeme ilamı)
CISG	United Nations Convention On Contracts For The International Sale Of Goods 1980
Compromex	Meksika Uluslararası Ticareti Himaye Komisyonu (Mexican Commission for the Protection of Foreign Trade)
Dn	Dipnot
EVHGB	Vierte Verordnung zur Einführung handelsrechtlicher Vorschriften im Lande Österreich (Implementation of German Commercial Code in Austria in 1938, published RGBL 1938 I 1999)
EWİR	Entscheidungen Zum Wirtschaftsrecht (Almanya)
FOB	Free on board (Gemi bordasında teslim)
HGB	Handelsgesetzbuch (Alman Ticaret Kanunu)
ICC	International Chamber of Commerce
Karş.	Karşılaştırınız
No.	Numara
OR	Obligationenrecht (İsviçre Borçlar Kanunu)
p	page (sayfa)
para.	Paragraf
PICC	Unidroit Principles of International Commercial Contracts

PECL	Principles of European Contract Law
RIW	Recht Der Internationalen Wirtschaft
s.	Sayfa
UCC	Uniform Commercial Code (ABD Yeknesak Ticaret Kanunu)
ULIS	Uniform Law on the International Sale of Goods
UK SGA	United Kingdom Sale of good acts.
UN	United Nations (BM)
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
UNIDROIT	Institut International pour l'Unification du Droit Private/International Institute for the Unification of Private Law
UNILEX	Database of international case law and bibliography on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)

KAYNAKÇA

- Andre Janssen, Franco Ferrari (Edited by):** QUA VADIS CISG, The 25th Anniversary of The Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Bruylant 2005. (Janssen)
- Aral, Fahrettin:** Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Yetkin ayınları, Ankara 2007. (Aral).
- Atamer, Yeşim M.:** Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Anlaşması Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları İstanbul 2008. (Atamer).
- Bernstein, Herbert & Lookofsky, Joseph:** Understanding the CISG in Europe Second Edition Kluwer Law International (Bernstein & Lookofsky).
- Bianca, C. M. & Bonell M.J.:** Commentary on the International Sales Law, Giuffrè: Milan (1987) (Bianca). <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bianca-bb35.html>
- Bout, Patrick (Translated by):** Gerechtshof [Appellate Court] 's-Gravenhage 23 April 2003 - Netherlands 23 April 2003 Appellate Court 's-Gravenhage (*Rynpoort Trading v. Meneba Meel*) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/030423n1.html> (Bout).
- Bridge, Michael:** (Edited by Sarcevic Petar - Paul Volken) The International Sale of Goods Revisited, Kluwer Law International 2001. (Bridge)
- CISG Advisory Council – AC- Opinion No. 2:** Examination of the Goods and Notice of Non-Conformity: Articles 38 and 39, 7 June 2004. 3. Drafting History a) The duty to examine the goods under article 38 <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op2.html> (CISG Advisory Council Opinion Drafting History article 38)
- CISG number 36 LEGISLATIVE HISTORY 1980:** Vienna Diplomatic Conference Summary Records of Meetings of the First Committee 15th meeting Thursday, 20 March 1980, at 10 a.m. <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/link36.html>
- CISG Online Commentary** <http://www.globalsaleslaw.org>
- CISG ve ULIS hükümlerinin karşılaştırmalı ve bazı maddeler adına yorumları da kapsayan incelemeleri** <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/matchup>
- DiMatteo, Lucien Dhooge, Stephanie Greene, Virginia Maurer, Marisa Pagnattaro :** The Interpretive Turn in International Sales Law: An Analysis of Fifteen Years of CISG Jurisprudence Northwestern University School of Law'un *Northwestern Journal of International Law and Business* (Winter 2004) The Interpretive Turn in International Sales Law: An Analysis of Fifteen Years of CISG Jurisprudence

- <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/dimatteo3.html> (*DiMatteo, Dhooge, Greene, Rene, Maurer, Pagnattaro*).
- Edis, Seyfullah:** Türk Borçlar Hukukuna Göre Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara 1963. (*Edis*)
- Enderlein, Fritz & Maskow, Dietrich:** INTERNATIONAL SALES LAW United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods Oceana Publications 1992 (*Enderlein & Maskow*)
- Enderlein, Fritz:** Rights and Obligations of the Seller under the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods *Petar Sarcevic & Paul (Volken Edited by)* International Sale of Goods: Dubrovnik Lectures, Oceana (1996) Oceana Publications. <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/enderlein1.html> (*Enderlein*)
- Ferrari, Flechtner Brand** (Edited By): The Draft Uncitral Digest and Beyond (2004) (UNCITRAL DIGEST).
- Ferrari Franco:** *Burden of Proof under the CISG*, Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), Kluwer Law International (2000-2001) <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/ferrari5.html#ii> (*Ferrari*)
- Flechtner, Harry:** (Edited By *M. Atamer Yeşim*) Milletlerarası Satım Hukuku Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması CISG Oniki Levha Yayıncılık I. Bası, İstanbul Haziran 2008. (*Flechtner*).
- Flechtner, Harry:** *M. Funky Mussels, a Stolen Car, and Decrepit Used Shoes: Non-Conforming Goods and Notice thereof under the United Nations Sales Convention ("CISG")* *Boston University International Law Journal* (Spring 2008) <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/flechtner8.html>. (*Flechtner*)
- Heber, Peter; Mullis, Alistair:** The CISG, A New Textbook for Students and practitioners, Sellier, European Law Publishers 2007. (*Peter & Mullis*)
- Henschel, Rene Franz:** The Conformity of Goods in International Sales, (An analysis of Article 35 in the united Nations Convention on Contracts for the International Sales of Goods), Forlaget Thompson, 2005. (*Henschel*).
- Henschel, Rene Franz:** “Conformity of the Goods: Interpreting or Supplementing Article 35 of the CISG by using the Unidroit Principles of International Commercial Contracts” *Felemegas, John* (Edited By) An International Approach to the Interpretation of UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods as Uniform Sales Law, Cambridge University Pres 2007. (*Henschel & Felemegas*)

- Honnold, John O.** Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention, 3. Bası 1999 <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/ho35.html>. (Honnold).
- Hyland, Richard:** Conformity of Goods to the Contract Under the United Nations Sales Convention and the Uniform Commercial Code “Einheitliches Kaufrecht und nationals Obligationenrecht, Baden-Baden: Nomos (1987)” Peter Schlechtriem (Edited By) ‘dan alıntı ile <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/hyland1.html> adresinde yayınlanmış bölüm. (Hyland)
- Karollus, Martin** Judicial Interpretation and Application of the CISG in Germany 1988-1994 *Cornell Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods* (1995) (Karollus)
- Kuhm, Stefan** (translated by): (Translation Edited By Camilla Baasch Andersen) **Lack of conformity of the Globes Queen Mary Case Translation Programme** February 2002 München District Court Decision <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020227g1.html> (Kuhm)
- Kuoppala, Sanna:** Examination of the Goods under the CISG and the Finnish Sale of Goods Act <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/kuoppala.html> (Kuoppala).
- Kuoppala, Sanna:** Examination of the Goods under the CISG and the Finnish Sale of Goods Act *Sanna Kuoppala Turku 2000. – Court Decisions* <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/kuoppala-toc.html>. (Kuoppala cd.)
- Kritzer, Albert H.:** “Reasonableness“ <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/reason.html> (Kritzer)
- Legislative History Match-up** of 1978 Draft and Official Text <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/matchup>
- Linne, Anna L.:** Pace International Law Review (Spring 2008) Burden of Prof Under CISG Article 35, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/linne.html>
- M. Garro, Alejandro:** The U.N. Sales Convention in the Americas: Recent Developments 17 Journal of Law & Commerce 1998. The U.N. Sales Convention in the Americas: Recent Developments <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/garro2.html> ile <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960429m1.html> adresinde bulunan aynı yazarca kaleme alınmış karar özeti (Garro).

- Neumann, Thomas:** Burden of proof governed by CISG” 11 *Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration* (2007/1)
<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/neumann.html> (*Neumann*)
- Pace International Law Review** (Edited by): Review of the Convention for the International Sale of Goods 2003-2004, Sellier European Law Publishers 2005. (Pace Review)
- Posch, Willibald & Petz, Thomas:** Austrian Cases on the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods", 6 *Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration* (2002) 1-24 <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000321a3.html> (*Posch & Petz*)
- Schlechtriem, Peter – Butler, Petra:** UN Law on International Sales, The UN Convention on the International Sale of Goods – Springer 2008. (*Schlechtriem & Butler*).
- Schlechtriem, Peter:** (commented by);Cortier, André (Translated by) Medical Marketing International, Inc. v. Internazionale Medico Scientifica, S.r.l. U.S. District Court, Eastern District of Louisiana, 17 May 1999, Conformity of the goods and standards established by public law Treatment of foreign court decision as precedent <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/990517u1.html> (*Schlechtriem*)
- Schlechtriem, Peter:** Compliance with local law; seller's obligations and liability Annotation to German Supreme Court decision of 2 March 2005 December 2005 <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtriem7.html> (*Schlechtriem* 2005)
- Schlechtriem, Peter:** Uniform Sales Law - The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods Published by Manz, Vienna: 1986.
<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtriem-38.html> (*Schlechtriem* Manz1986)
- Schwenzer, Ingeborg:** (Edited by *Schlechtriem, Peter & Schwenzer Ingeborg*) Commentary on the UN Convention on the International Sale Of Goods (CISG) Second Edition (In translation) Oxford 1998. (*Schwenzer* 1998).
- Schwenzer, Ingeborg:** (Edited by *Schlechtriem, Peter & Schwenzer Ingeborg*) Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods Second English Edition Oxford University Press 2005. (*Schwenzer* 2005).
- Sharma, Rajeev:** The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: The Canadian Experience *Victoria University of Wellington Law Review* (2005/4) 849-851 <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/sharma.html#> (*Sharma*)

Stadtländer, Kirstin (Translated by): *Queen Mary Case Translation Programme* ICC Arbitration Case No. 6653 of 1993. (*Stadtländer*).
<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/936653i1.html>

Şahiniz, C.Salih: Tacirler arası Ticari Satımlarda Satıcının Ayıplı İfadan (Ayıplı Mal Tesliminden) Sorumluluğu, Seçkin, Ankara, 2008. (*Şahiniz*).

Tandoğan, Haluk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt: I/1 İstanbul 1988. (*Tandoğan*).

UK Sale of Good Act Text <http://www.opsi.gov.uk>

UNCITRAL Digest of Case Law on the United Nations Convention on the International Sale of Goods http://www.uncitral.org/pdf/english/clout/08-51939_Ebook.pdf

Voogd, Nathalie M.N.: CISG Case Presentation,
<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/021015n1.html> (*Voogd*)

Yavuz, Cevdet: Özellikle Tüketicinin Korunması Sorunu Bakımından Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu, İstanbul 1989. (*Yavuz*)

GİRİŞ:

Birleşmiş milletler tarafından 1980 yılında kabul edilmiş ve 1988 yılında yürürlüğe girmiş “Uluslararası Mal Satımına ilişkin Birleşmiş Milletler anlaşması” CISG¹ (Convention on the International Sale of Goods) uluslararası ticaret hukukunun bir bütün haline getirilmesi çalışmalarının en başarılısı olarak nitelendirilebilir. Konvansiyonun, aralarında dünya ticaretinin önde gelen ülkelerinden A.B.D, Çin, Rusya Federasyon’u, Fransa ve Almanya’nın da bulunduğu, günümüz itibariyle 74² ülkede yürürlükte oluşu, mahkemelerce ve tahkim kurullarınca işbu konvansiyon uyarınca verilen binlerce karar oluşu bu iddiayı destekleyen en basit ve bir o kadar da kuvvetli dayanaklardan biridir.

Konu hakkında, günden güne artan kararlarla birlikte gelişen içtihat hukukunun yanı sıra anlaşmanın muhtelif konu ve sorunları hakkında hatırı sayılır sayıda yazılmış kitap paralelinde, hukuki görüş, sayısız araştırmacı ve hukukçu bulunmaktadır.

Meseleye taraf ülkeler ile bu ülkelerin sayısı açısından bakıldığında ve yakın bir zamanda anlaşmanın tarafı olması umulan Türkiye göz önünde bulundurulduğunda, yukarıda da sayılan ve birçoğu ülkemiz ticaret ana ortakları olan ülkeler ile Avrupa Birliği’nin 27 üyesinden 23’ünün işbu konvansiyonun tarafı oluşu meseleye ayrı bir önem kazandırmaktadır.

Tüm bunların yanında anlaşmanın getirdiği kolaylık ve yenilikler açısından CISG, sözleşmenin taraflarına olabildiğince yeknesak, tarafsız ve kolayca anlaşılabilir bir metin sunmaktadır. Bu durum, tarafların iş ve ülke kültürlerinin ve başkaca farklılıkların, akdin kurulmasında önem arz ettiği hallerde oylarını akdin kurulmasından yana kullanmalarını da sağlayacaktır. Bu sayede tarafların akdin kurulması aşamasında uygulanacak hukuka atıf yapmadıkları hallerde otomatik olarak CISG’nin sağladığı

¹ Uluslararası Satım Sözleşmelerine ilişkin Birleşmiş Milletler Anlaşması çalışmanın geri kalanında CISG olarak anılacaktır.

² Katılımcı ülkelerin listesine <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/countries/cntries.html>, haritasına <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/cisgintro.html> adresinden ulaşılabilir.

himayeden yararlanabilecek olmaları anlaşmanın onaylanmasının taraftarı bir bakış açısıyla ortaya konulabilecek en basit örneklerden sadece biridir.

Anlaşmanın Türkiye tarafından onaylanması halinde Türkiye'nin uluslararası ticaret arenasındaki güvenilirliğine sağlayacağı katkı tartışılmazdır. Ayrıca bu durum ülkemizde faaliyet gösteren sermaye ve ticaret hacmi anlamında oldukça büyük şirketlerden, küçük ve orta ölçekli işletmelere kadar uzanan geniş bir yelpaze ile ticari faaliyette bulunan tacirler ve bulunacak olan ülke tacirleri açısından da hukuki güvenliğin artması sonucunu beraberinde getirecektir.

CISG satım hukuku gibi ticaret hukukunun en temel sözleşmelerinden birine ilişkin kuralları yeknesak hale getirmesinin yanında "Common Law" ve "Civil Law"un satım hukuku konusundaki birbirlerinden farklı uygulamalarını bir potada eritebilme özelliği ile de öne çıkmaktadır. Bahsetmiş olduğumuz bu haliyle CISG, Avrupa da devam etmekte olan borçlar hukuku uyumlaştırma projelerine ışık tuttuğu gibi, başta Alman Medeni Kanunu Borçlar Hukuku kısmı 2002 yılı reformu olmak üzere bir kısım ülkelerce borçlar kanunlarında yapmış oldukları yenileme çalışmalarında da büyük bir rol oynamıştır.³

Bu bağlamda CISG, III. Kısım içerisinde bulunan "Satıcının Yükümlülükleri" başlıklı II. Bölüm altında II. ayrımında (madde 35-44) ele alınmış olan "Malların Sözleşmeye Uygunluğu ve Üçüncü Şahısların Hak ve Talepleri" başlıklarından malların sözleşmeye uygunluğu (CISG madde 35), sözleşmeye aykırılığın hasarın hasarın intikali anında bulunması gerektiği (CISG madde 36) ve muayene (CISG madde 38) kavram ve konularının incelenmesi bu çalışmanın amacı ve konusunu oluşturacaktır.

CISG'nin yukarıda da belirtildiği üzere III. Kısım II. Bölüm II. Ayrımında, Malların Sözleşmeye Uygunluğu ve Üçüncü Şahısların Talepleri (madde 35-44) başlığı altında, satım hukukunun yapı taşları olarak nitelendirilebilecek konulara değinilmiştir. Bu başlık altında, önce malların sözleşmeye uygunluğu için hangi kıstasları haiz olması gerektiği hem objektif hem de sübjektif açılardan belirtilmiş olup, bunlarla ilgili sorumluluğun (şartların gerçekleşmesi halinde) ne zaman doğacağı sorunu ele almıştır

³ Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. *Atamer* s.27-29.

(CISG m. 35-37 ile 41-42)⁴. Sonrasında da tarafların anlaşmanın kendilerine sağlayacağı haklardan⁵, alıcı ve satıcı bakımından hangi yükümlülüklerin yerine getirilmesi suretiyle yararlanabileceklerine ve bu yükümlülüklerin yerine getirilmemesi halinde ortaya çıkacak olan sonuçlara açıklama getirilmiştir. (CISG madde (38-40 ile 43-44).

Çalışmanın bu bölümünde, incelenecek olan maddelerinden bazıları hakkında, konvansiyonun satım hukuku açısından ne denli önemli olduğunu vurgulamak adına bu güne değin ilgili maddelerle bağlantılı dava sayıları istatistikine atıfta bulunmak sanırım yerinde olacaktır. Bu tarz bir yaklaşım ve değerlendirmede esas alınması gerektiğini düşündüğümüz husus, maddelerin uygulamada ne kadar sıklıkla karşılaşıldığı ölçütüdür. Buna göre bugün itibariyle CISG madde 35 anlamında yapılmış ve karara bağlanmış 406⁶ adet başvuruya ulaşılabilmektedir. Aynı örnekleme CISG madde 38 için yapıldığında da bu rakam 354⁷'ü bulmaktadır.

Bu çalışmada izlenecek olan yöntem, bir kısım maddelerin tarihçelerine değinilmek suretiyle, anlaşmada belirtilen sıraya uygun olarak değerlendirme yapılması ve bu inceleme yapılırken de mümkün olduğunca sözleşmeye taraf olan ve yakın bir zamanda taraf olması muhtemel ülkelerin iç hukuklarında ilgili maddelerin nasıl bir görünüme sahip olduğunu hususunda bilgi verilmesi şeklinde olacaktır. Bu anlamda

⁴ Konvansiyon sözleşmede ayıba ilişkin sorumluluk hallerinden madde 35'te kalite, 41'de hukuki ayıpları ve 42'de 3. Kişilerin fikri mülkiyet haklarından kaynaklanan halleri düzenlemiştir. Pace Review s. 62.

⁵ Bu haklar özetle CISG 45-52. maddelerde belirtildiği üzere sözleşmenin esaslı ihlalinin söz konusu olduğu hallerde malın misli ile değiştirilmesini talep veya sözleşmeden dönülmesidir. Lakin ihlalin esaslı olmadığı durumlarda madde 50 uyarınca semenin tenzili yoluna gidebilecektir. Ayrıca koşulların gerçekleşmesi halinde alıcının CISG madde 74-76 maddeleri uyarınca tazminat talep hakkı saklıdır. Yine 46/3 uyarınca tamirat talep edilmesi de mümkün olabilecektir.

⁶ Cısg madde 35 anlamındaki bu listeye <http://www.cisg.law.pace.edu/> tr adresinden http://www.cisg.law.pace.edu/cgi-bin/isearch?DATABASE=cases2&SEARCH_TYPE=ADVANCED&ISEARCH_TERM=35&ELEMENT_SET=TITLE&MAXHITS=500 linki ile ulaşılabilir.

⁷ Cısg madde 38 anlamındaki bu listeye <http://www.cisg.law.pace.edu/> tr adresinden http://www.cisg.law.pace.edu/cgi-bin/isearch?DATABASE=cases2&SEARCH_TYPE=ADVANCED&ISEARCH_TERM=38&ELEMENT_SET=TITLE&MAXHITS=500 linki ile ulaşılabilir.

çalışmada, Türk Hukuku açısından ayrıca başlıklar açılmasının uygun olacağının düşünüldüğü hallerde bu başlıklar altında bir inceleme yapılacak aksi hallerde de Türk Borçlar Hukuku başta olmak üzere diğer iç hukuk kurallarına, yukarıda bahsedilen inceleme çerçevesinde değinilecektir. Taraf ülke mahkemeleri veya tahkim kurullarınca verilmiş olan ilgili kararlar da bu incelemeyi desteklemeleri ve çalışmanın sağlıklı bir şekilde var olabilmesinin kaçınılmaz bir sonucu olmaları nedeniyle yine mümkün olduğunca çalışmanın bir parçası haline getirilecek ve içindekiler bölümünde yer alan başlıklar altında inceleme konusu yapılacaktır.

§ 1. SÖZLEMEDEN AYKIRILIK

I. Maddenin Tarihi Gelişim Süreci ⁸ (CISG Madde 35)

CISG madde 35 tasarısı çalışması ULIS madde 33'ü temel alan üç ayrı aşamadan oluşmaktadır⁹. UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law)¹⁰ tarafından atanan çalışma gurubu 1970 – 1976 tarihleri arasında tasarı üzerinde ULIS madde 33'e yeni görünümünü kazandırmak üzere bir kısım çalışmalar yapmıştır.¹¹ Bu çalışma sonrası ortaya çıkan taslak UNCITRAL Komisyonu tarafından 1978 tarihli Taslak Konvansiyonu'na (1978 Draft Convention) dâhil edilmiş ve maddenin CISG 35 olarak son halini aldığı Viyana Konferansı öncesinde, 1978 tarihli Taslak Konvansiyonu'nda yer alan her bir madde için Secretariat Commentary hazırlanmıştır¹².

⁸ Bu paragraf altında yer alan bilgiler büyük ölçüde *Schwenzer ile Bianca'dan* alınmıştır. Bu nedenle değinilen diğer kaynaklara atıfta bulunulup bu yazarlara ilişkin bölümlere istinaden ayrıca atıf yapılmayacaktır.

⁹ *Henschel* s. 53.

¹⁰ Birleşmiş Milletler Uluslar arası Ticaret Komisyonu. Komisyonun resmi web sitesine <http://www.uncitral.org/index.html> adresinden altı farklı dilde erişilebilir.

¹¹ *Henschel* s.54.

¹² *Henschel* s.54. Bahsetmiş olduğumuz bu üç aşamalı oluşum (çalışma gurubu Komisyon ve Diplomatik Konferanstaki çalışmalara ilişkin ayrıntılı bilgi için) bkz. a.e. s. 53-65.

CISG madde 35. “malların sözleşmeye uygunluğunu”¹³ düzenlemekte olup (CISG 41-42. maddelerde düzenlenmiş olan) 3. şahısların mallar üzerindeki hak ve talepleri ile fikri mülkiyet dayalı hak ve taleplere ilişkin düzenleme getirmemektedir. CISG madde 35 malların sözleşmeye uygunluğunu düzenlerken aynı zamanda hangi hallerde malların sözleşmeye uygun addedileceğinin kıstaslarını da belirtmiş ve bu anlamda uygunluk kıstasları olarak adlandırabileceğimiz bir takım koşullar öngörmüştür.

Hükmün doğrudan bağlantılı olduğu geçmişteki örnekleri ULIS’in (Uniform Law on the International Sale of Goods) 19/1, 33/1, 36 maddeleridir. ULIS madde 19/1 teslimi, malların sözleşmeye uygun bir şekilde teslimi olarak tanımlamıştır. Madde 33/1 malların sözleşmeye uygun olmaması halinde satıcının teslim görevini yerine getirmemiş sayılacağını belirtmiştir. Bu anlamda CISG madde 35 ve ULIS madde 33 sözleşmeye aykırılık hallerinin sınıflandırmaları amaçlı kullanmış oldukları dogmatik terimler açısından birbirlerinden farklılık göstermektedir. Yukarıda da belirtildiği üzere ULIS madde 33 malların sözleşmeye uygun olmaması halini teslim yükümlüğünün yerine getirilmemesi nedeniyle sözleşmeye aykırılık olarak nitelerken¹⁴, CISG malların sözleşmeye aykırılığının teslim yükümlüğünü ile arasındaki ilişkiyi ortadan kaldırmıştır. Buna karşın 45 ve devamı maddelerde satıcının sözleşmeyi ihlali halinde alıcının sahip olduğu haklar hususunda yeni düzenlemeler içermektedir¹⁵.

CISG’de yer alan önemli yeniliklerden bir diğeri de satıcının malları uluslararası taşımacılık teamüllerine, böyle bir usulün yokluğu halinde ise malların

¹³ “Bu yaklaşım zaten ULIS madde 33’te de benimsenmiş olan yaklaşımdır. CISG dışında AB yönergesi madde 2 Hollanda Medeni kanunu madde 7.17/II sözleşmeye uygunluk kavramı ile çalışmaktadır. Finlandiya ve İsveç çözümlerinin de aynı olduğu yönünde bkz. Swartze, *Sacmangelgewährleistung*,⁷⁴” Atamer s.181 dn. 265.

¹⁴ Maddenin hazırlanması aşamasındaki “Çalışma Gurubu” nda da ULIS madde 33’e göre malların tesliminin, sözleşmeye uygunluğunun belirlenmesindeki kriter olarak ele alınmasının kabul edilemez olduğundan bahsedilmektedir. *Henschel* s.54.

¹⁵ Malların sözleşmeye aykırılığı ile teslim yükümünün birbirlerinden keskin çizgilerle ayrılması alıcının malların muayenesi ve ihbar yükümlülükleri açısından önem arz edecektir.

korunması ve muhafazası amacına uygun bir şekilde, paketleme ve muhafaza yükümlüdür¹⁶.

CISG madde 35/2'nin kaleme alınışı da ULIS'e kıyasen farklılık göstermektedir. ULIS'in kendisini, satıcının teslim yükümlüğünü ihlalini açıklığa kavuşturmakla sınırlayan menfi yaklaşımına karşın CISG madde 35 satıcının teslim yükümlüğünün kapsamını belirten müspet bir açıklamayı tercih etmiştir. Ancak ULIS'in bu menfi yaklaşımından da satıcının teslim yükümünü yerine getirmesi için kendisinden ne beklendiği çıkarımını yapmak mümkün olduğundan gelinen nokta iki madde arasındaki farkın çok da önemli olmadığıdır.

Bu açıklamalardan sonra genel olarak bir değerlendirme yapmak gerekirse CISG madde 35'in ULIS'e nazaran esaslı değişikliklerle karşımıza çıkmamamsına rağmen, daha basit ancak daha kesin ve kapsamlı bir metin olduğu sonucuna varılabilecektir.

II. Genel Olarak

CISG birçok hukuk düzeninden ayrılarak ayıp kavramını terk etmiş ve yerine sözleşmeye uygunluk kavramını kullanmayı yeğlemiştir.¹⁷ Bu yönü ile CISG, ULIS'te de olduğu gibi ayıba karşı tekeffülü genel sözleşmeye aykırılık kuralları içerisinde değerlendiren İngiliz ve İskandinav modellerine yakınlaşmıştır.¹⁸ CISG özellikle ayıplı ifanın da bir sözleşmeye aykırılık teşkil ettiği fikrinden hareket etmiş ve Kıta Avrupası ülkelerinin aksine ayıp hükümlerinin ayrıca düzenlenmesine lüzum görmemiştir. Bu yaklaşım AB yönergesinin CISG'yi örnek alması ve bu bağlamda da bir kısım ülkelerin anlaşmayı iç hukuklarına aktarması yönünde bir ilham kaynağı olmuştur.¹⁹

CISG madde 35, satıcı tarafından teslim edilen malların, tür, kalite, miktar, paketleme ve muhafaza yönleriyle sözleşmeye uygunluğunun belirlenmesinde

¹⁶ Ancak bu durum UCC Amerika Yeknesak Ticaret Kanunu açısından bir yenilik teşkil etmemektedir.

¹⁷ *Atamer* s.181.

¹⁸ *Bianca* s. 269.

¹⁹ *Atamer* s.182.

kullanılacak kriterleri tanımlamaktadır²⁰. CISG 35'deki bu ifade şeklinin ülkelerin iç hukuk sistemlerindeki garanti kavramının yerini aldığı, iki mahkeme tarafından kararlarına konu edilmiştir.²¹ Madde 35 sözleşmeye uygunluk-aykırılık tanımıyla, birçok iç hukuk sisteminin değişik ayıp türlerine ilişkin sorumluluk hükümlerinden önemli derecede farklılık yaratacak derecede bir düzenleme getirmektedir. Örneğin German hukuk sistemlerindeki malların genel karakteri itibari ile sahip olduğu özellikler (Sacheigenschaft) ile bir malda var olduğu vaad edilen muayyen özellikler (Zusicherung) arasındaki²², peius²³ ve aliud²⁴ (ayıplı mallar ile aluid teslim arasındaki) ayrımlara CISG'de önem atfedilmemiş olup bu hallerin tümü sözleşmeye aykırılık tanımı potasında eritilmiştir. Bunun sonucu olarak da belirtilen hallerin tümüne uygulanacak yaptırımların yeknesaklaştırılması yoluna gidilmiştir. Yine Fransız hukuk sistemindeki vice cache²⁵ ve vice apparent²⁶ (açık ve gizli ayıp ayrımı)²⁷, UCC'deki (American Uniform Commercial Code) sarıh ve zımni garantiler (vaatler) ayrımlarına

²⁰ Uncitral Digest s. 627. (Eserin tamamına http://www.uncitral.org/pdf/english/clout/08-51939_Ebook.pdf adresinden elektronik kitap olarak da ulaşılabilir.)

CISG'nin sözleşmeye uygunluk konusunda saymış olduğu bu kriterler, aynı zamanda İsviçre Tüketicinin Korunması hakkında Kanun'da da benimsenmiştir. Yasanın 16. Paragrafı uyarınca, malın "*türü, miktarı kalitesi, diğer özellikleri ve ambalajı itibariyle sözleşmede kararlaştırılanla örtüşmesi gerekir*". Atamer s.184, dn 286. 4077 sayılı Tüketicinin korunması hakkında kanunda madde 4'te ayıplı mal tanımı ise şu şekilde yapılmıştır. "Ambalajında, etiketinde, tanıtmaya ve kullanma kılavuzunda ya da reklam ve ilanlarında tarafından bildirilen veya standardında veya teknik düzenlemesinde tespit edilen nitelik veya niteliği etkileyen niceliğine aykırı olan ya da tahsis veya kullanım amacı bakımından değerini veya tüketicinin ondan beklediği faydaları azaltan veya ortadan kaldıran maddi, hukuki veya ekonomik eksiklikler içeren mallar, ayıplı mal olarak kabul edilir."

²¹ CLOUT Case 256: Switzerland: Tribunal Cantonal du Valais (Ile Cour Civile); CI 97 288 (29 June 1998), (*Kuoppala cd.*); İngiliz Ticari malların Satımı'na ilişkin sözleşme garanti kavramı ve CISG ile The UK. Sale of Goods Act Karşılaştırması konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Bridge s.115-154

²² Almaya Borçlar Kanunu §§ 459 463; İsviçre Borçlar Kanunu (OR) §197; Avusturya Borçlar Kanunu (ABGB) § 922. Bu ayırım hukukumuzda yapılan luzumlu vasıflar ile vaad edilen vasıflar arasında yapılan ayrıma eşdeğer olarak nitelendirilebilir.

²³ Sözleşmeye aykırı mallar – (non-confirming goods)

²⁴ Sözleşmede belirtilenden-tamamıyla - farklı mallar – (Totally- different goods)

²⁵ Gizli Ayıp (Latent Defect).

²⁶ Açık Ayıp (Apparent Defect).

²⁷ French Civil Code (Cc) Articles 1641-1642.

CISG’de yer verilmemiştir.²⁸ Sayılan bu haller her ne kadar sözleşmeye aykırılık/uygunluk değerlendirmesi yapılırken birbirlerinden farklı addedilmeyecekse de, sözleşmenin ihlali söz konusu olduğunda, alıcı ve satıcının hakları açısından önem arz edecektir²⁹.

Maddenin temel olarak belirttiği üzere, mallar sözleşmeye uygun olmak zorundadır. Satıcı tarafından teslimi öngörülen malların kalitesi miktarı ve paketlenmesi ile ilgili yükümlülüklerini sözleşmenin kendisi belirleyecektir³⁰. Bu düzenleme konvansiyonun ana prensibine uygun olup irade serbestisini ön plana çıkarmakta ve bazı ulusal satım hukuku sistemlerinin aksine, miktar, kalite ve malların paketlenmesi ve muhafazasına ilişkin sözleşmesel yükümlülükler yaratacak şekilde özel şartlar getirmemektedir³¹.

Bu anlamda malların sözleşmeye uygunluğunun belirlenmesinde ele alınacak olan öncül ölçüt, malların nitelik ve nicelik anlamında hangi karakteristik özellikleri içermesi gerektiğidir³². Bu denetim yapılırken de yukarıda da belirtildiği üzere tarafların sözleşmede belirtmiş oldukları sübjektif şartlar³³ ön plandadır³⁴. Bir kısım hukuk

²⁸ *Schwenzer* 1998 s.275-276; *Butler* s.113. Ancak ae. dn. 114. bir kısım Amerikalı yazarların CISG madde 35/1’i UCC’deki sarıh (sözleşmesel) garanti ile 35/2’yi ise aynı kanunun zımmî garanti terimi ile ilişkilendirdikleri belirtilmektedir.

²⁹ *Henschel* s.150 Bu noktada yazar konvansiyonun nitelik, anlayış ve sistematik olarak milli hukuk sistemlerinden farklılıklarından çok benzerliklerinin olduğunu belirtmektedir. Ayrıca bkz. dn. 11.

³⁰ *Flechtner* s.165. Eserde yayınlanan makalenin İngilizce metni için ayrıca bkz *Boston University International Law Journal* (Spring 2008) izni ile <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/flechtner8.html>.

³¹ *Flechtner*, s.165; Örneğin Amerikan Hukukunda eskiden satıcının teslim edeceği malların belirli bir kaliteye sahip olması konusundaki yükümlülüğünü düzenleyebilmek için farklı bir terminolojiye ihtiyaç duyuluyordu. Karş. UCC § 2- 313 - , Satım sözleşmesinin konusunu oluşturan malların kalitesi konusunda açık bir güvence oluşturmak amacıyla “tekeffül” veya “garanti” gibi ifadeleri kullanmış olması gereği ile ilgili her türlü şartın ortadan kaldırılması. *Flechtner*, s.165 dn.8 aynen.

³² *Schwenzer* 1998 s. 278

³³ *Schwenzer* 1998 s. 278; *Atamer* s. 182, *Schlechtriem & Butler* s.114.

³⁴ Çin tahkim Kurulu bir kararda mallar objektif olarak mutad bir kaliteye sahip olmasına karşın tarafların sübjektif yükümlülükleri göz önünde bulundurularak malların sözleşmeye uygun olmadığına hükmetmiştir. *Schlechtriem & Butler* s.113 kararın İngilizce metninin tamamına

sistemlerinde³⁵ de paylaşılan, taraflar arasındaki sözleşmenin malların sözleşmeye uygunluğu/aykırılığı denetiminde asli kaynak olduğu yaklaşımı aynı zamanda UNCITRAL Sekretaryası tarafından hazırlanmış olan Commentary’de de vurgulanmıştır³⁶.

“Sözleşmede bu konu ile ilgili açıkça veya zımni olarak bir düzenleme yapılmış ise bu düzenlemeye, yapılmamış ise tarafların objektif beklentilerine itibar edilecektir. Sadece genel olarak o mallarda aranan özelliklere sahip olmamak değil somut sözleşme ile aranan özelliklere sahip olmamak da malı ayıplı olması anlamına gelir. Bu açıdan CISG, örneğin Alman Hukuku’nda BGB reformuna kadar tartışılan ayıp kavramının sübjektif olarak mı yoksa objektif olarak mı belirleneceği hususunu kural olarak sübjektif ayıp kavramı lehine çözmüştür³⁷.”

Son olarak CISG’de, malın objektif niteliklerinin hangileri olacağı konusundaki düzenleme yapılırken, Kara Avrupa’sı sistemi aksine Amerikan Uniform Commercial Code (UCC), İngiliz Sale of Goods Act’in, - (tarafların sözleşme de kararlaştırmış oldukları hususların yanında, kararlaştırmış oldukları varsayılan şartları “implied warranties” veya “implied terms” kavramları altında ayrıntılı olarak belirlemesi) - yönteminden yararlanılmıştır³⁸.

III. Sözleşmeye Aykırılık Koşulları

<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=1112&step=FullText> adresinden ulaşılabilir.

³⁵ The New Chinese Contract Law Art. 153, German Civil Code (BGB) 434/1,

³⁶ Henschel s 147.

³⁷ Atamer, s. 182-183.

³⁸ “Kara Avrupa’sı sisteminde çok yaygın olmayan bu metot son yıllarda sadece CISG’nin kaleme alınmasında değil AB yönergesi madde 2 Hollanda Medeni kanunu madde 7:17/II ve reform sonrası BGB 434 ‘te kullanılmıştır.” Atamer, s183-184;

Ayrıca Hollanda Mahkemeleri’nin CISG 35. Maddeye ilişkin vermiş oldukları kararlardan emin olmalarının nedenini Hollanda Medeni kanunu madde 7:17 (Dutch Law Article 7:17 Burgerlijk Wetboek)’in konvansiyonun bu maddesi ile olan yakın ilişkisine bağlayan görüş ve örnek karar için bkz. Janssen s146.

1. Sözleşmeye Aykırılığın Sübjektif Koşulları³⁹

a. Genel Olarak

CISG madde 35/1 gayet açık bir şekilde, satıcının her şeyden evvel, sözleşmede belirtilen miktar kalite ve türde malı teslim etmesi gerektiğini belirtmektedir. Malların sözleşmede belirtilen paket ve muhafaza şekillerine uygun bir şekilde alıcıya sunulması gerektiği sözleşmeye uygun ifanın 35/1’de belirtilen diğer bir şartıdır⁴⁰. Bu nedenle incelenmesi gereken ilk husus, tarafların sözleşme konusu malların hangi kalitede ve miktarda olması gerektiği konusundaki anlaşmalarını gösteren açıklamalardır.⁴¹ Bu açıklamalar (vasıflandırmalar) zaten tarafların sözleşmesel yükümlülüklerinin içeriğini de belirler.⁴² Buna göre satıcı icabı ile bağlı olup belirtmiş olduğu vasıfların sözleşme konusu malda var olmasını sağlamak yükümü altındadır. Örneğin, icap zımni dahi olsa, malın kendisini ve kalitesini tanımlayıcı bir reklama gönderme yapıyor ise malların bu özellikleri taşıdığı kabul edilecektir⁴³.

Bu tanımlama alıcı tarafından da yapılabilir. Bu halde satıcı tarafından bir itirazın söz konusu olmadığı hallerde malların alıcı tarafından talep edildiği şekildeki özellikleri taşıması gerekecektir⁴⁴.

Maddenin destekleyici rolü itibariyle etkisi sınırlıdır. Gerçekten 35/1’de belirtilen ve sözleşme gereği satıcı tarafından sağlanma yükümlülüğü olan malların

³⁹ Bu başlık bir kısım yazarlarca (tarafların)sarih yükümlülükleri (Borçları) olarak adlandırılmıştır. Bu yazarlar: *Bernstein & Lookofsky* s. 74; *Hyland* s. 311. Burada sarih teriminden kastedilen tarafların sözleşmede üzerinde uzlaştıkları “sarih veya zımni” hususlardır. Bir diğer deyişle, bu terim (tarafların iradesini esas alarak) sözleşmede açıkça belirtilen veya sözleşmede açıkça belirtilmemiş olsa dahi (sözleşmeye göre) zımni olarak tarafların üzerinde anlaştıkları varsayılabilen hususlara dalalet etmektedir.

⁴⁰ “CISG’nin sözleşmeye uygunluk konusunda saymış olduğu bu kriterler İsveç Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’da da benimsemiştir. Bu yasanın 16.paragrafı uyarınca malın türü, miktarı, kalitesi diğer özellikleri ve ambalajı itibariyle sözleşmede kararlaştırılanla örtüşmesi gerekir.” *Atamer*, s.184. dn.286

⁴¹ *Schwenzer* 1998 s.276.

⁴² *Bianca* s 273.

⁴³ *Bianca* s 273.

⁴⁴ *Bianca* s 273.

kıstaslarına ilişkin olarak, taraflarca (minimum düzeyde de olsa) bir kısım düzenlemeler yapılması şarttır⁴⁵. Başka bir deyişle, madde 35/1’de sayılan haller dışında, tarafların mallara ilişkin olarak diledikleri şekilde sözleşme yapma hakkı vardır. Ancak taraflar arasındaki düzenlemelerin CISG 35 kapsamına girmesi için düzenlemelerin doğrudan malın nesne olarak özelliklerine ilişkin olması şartı aranmaktadır⁴⁶.

Malların maddenin kapsamı çerçevesinde taşınması gereken özellikler sözleşmede zımni veya sarıh şekilde belirtilebilir⁴⁷. Özellikle tarafların ticari teamüllere ve bir kısım normlara (Örneğin DIN – Alman Endüstri Kuralları – *DIN* Deutsches Institut für Normung) atıfta bulundukları hallerde açıkça uzlaşıldığı sonucuna ulaşmak mümkündür⁴⁸.

Birinci paragrafta da değinildiği üzere satıcı tarafından reklam⁴⁹ vasıtasıyla malların belli bir kaliteyi haiz olduğu izleniminin yaratıldığı hallerde, satıcının icapta bulunduğu ve kabul beyanı ile sözleşmenin kurulup kurulamayacağı meselesi de ayrı bir tartışma konusudur⁵⁰.

⁴⁵ Bianca s 273.

⁴⁶ Atamer, s. 185.

⁴⁷ Schwenger 1998 s. 276; Atamer, s. 185, Bianca s 273.

⁴⁸ Schwenger 1998 s. 276; Atamer, s. 185.

⁴⁹ “Özellikle AB Yönergesi m.2.f.2 d bendinde tüketici satımları açısından bu çözümün açıkça kabul edilmiş olmasının en azından CISG’yi uygulayan Avrupa Mahkemeleri’nde de bu yorumun gelişmesini teşvik etmesi beklenebilir. Yönergenin bu bendi, nihai satıcının, imalatçının veya onun temsilcisini, malın somut özelliklerine ilişkin olarak reklamlarda kullandıkları ifadelerinin, malın sahip olması gereken kalitenin belirlenmesinde dikkate alınacağını öngörmektedir. Dolayısıyla bu ifadenin içeriği ile örtüşmeyen mal sözleşmeye aykırı sayılacak ve nihai satıcının sorumluluğunu doğuracaktır.” Atamer, s 185-186 Ayrıca bkz. ae. dn.294-295.Yine 4077 sayılı Tüketicinin korunması hakkında kanunda madde 4’te ayıplı mal tanımında “Ambalajında yer alan veya satıcı, etiketinde, tanıtma ve kullanma kılavuzunda ya da reklam ve ilanlarında satıcı tarafından bildirilen “...ifadesine yer verilmiş ve satıcının yapmış olduğu reklamlarda mala ilişkin olarak belirtilen özelliklerin bulunmaması hainde de sorumlu tutulacağını belirtmiştir. Ayrıca taraflar arası sözleşmenin CISG madde 8’e göre yorumlanması esnasında satıcının ve üçüncü şahısların malların kalitesi ile ilgili kamuya yapmış oldukları beyanların yanında reklamların da nazara alınması gerektiği hususunda bkz. Schlechtriem & Butler s.114

⁵⁰ Schwenger 1998 s. 277, Atamer, s. 185-186, Bianca s 273

Son olarak dikkat çekici bir diğer husus da CISG 35/1'in, common law geleneğinde teslim konu malların kalitesine ilişkin sözleşmesel yükümlülükler doğuran garanti (tekeffül) kelimesini kullanmaktan kaçınıyor olmasıdır⁵¹. Bu CISG'nin oluşumunda da hâkim bir yaklaşımdır. Bu sayede ulusal satım hukuklarında müşterek bir biçimde kullanılan terminolojiden (ve bunun yaratacağı muhtemel amacı aşan yorumlardan) ve bilhassa bu terminolojinin bir hukuki teamül ile doğrudan ilintili olduğu hallerden mümkün olduğunca kaçınılmıştır⁵². Bir diğer anlatımla bu yöntem “Homeward Trend” olarak adlandırılan ve (Uluslararası bir metin olan) CISG’yi, ulusal hukukun önyargılı bakış açısı ile görme eğiliminde olan yaklaşımdan uzaklaştırmayı amaçlamaktadır⁵³. Bu anlayış aynı zamanda anlaşmanın otonom olarak yorumlanması ve uygulanabilmesi amaçlı çabanın da bir parçasıdır. Bu durum, CISG madde 7 de ifade edildiği gibi anlaşmanın uluslararası karakterinden ve uygulanmasındaki yeknesaklık ihtiyacından kaynaklanmaktadır⁵⁴.

b. Miktar (Nicelik)

aa. Genel Olarak

CISG madde 35/1'in ilk gereği satıcının malları sözleşmede belirtilen miktara uygun olarak teslim etmesidir “Miktardan kasıt genel olarak sayı, ağırlık ve hacimdir⁵⁵. Bu anlamda sözleşmede belirtilen miktardan her hangi bir şekilde sapma, (miktarın fazla veya eksik olması hali arasında fark gözetilmeksizin) sözleşmeye aykırılık teşkil edecek⁵⁶ ve alıcının Konvansiyonda ve sözleşmede belirtilen haklardan

⁵¹ Flechtner s.166.

⁵² Flechtner s. 166. Ayrıca anlaşmanın kaleme alınmasında ulusal kullanımları birbirlerinden farklılık gösteren terimlerden kaçınma gayreti hakkında” bkz. ae. dn. 9 İngilizce metin dn 21

⁵³“ “Homeward trend” deyimini ilk kez UNCITRAL’in eski sekreteri olan, Anlaşmanın hazırlanmasıyla yakından ilgilenen ve CISG konusunda Amerikan yorumcularının başını çeken Profesör John Honnold tarafından kullanılmıştır.” Flechtner s. 166 ae. dn. 10 İngilizce metin dn.22.

⁵⁴ Flechtner s. 166

⁵⁵ Henschel s.151,

⁵⁶ Henschel s.151, Schwenger 1998 s. 277.

yararlanabilmesi için ihbar yükümünü yerine getirmesi gerekecektir⁵⁷. Alman Mahkemelerince verilen bir kararda malların miktarının sözleşmede belirtilenden az olması gerekçesi ile madde 35/1 uyarınca durumun sözleşmeye aykırılık teşkil ettiği belirtilmiştir⁵⁸.

Ancak bazı sektörlerde normal olarak kabul edilebilecek miktar farklılıkları sözleşmeye aykırılık teşkil etmeyecektir.⁵⁹ Yine bu durumun taraflar arası bir teamül gereği olduğunun kabul edilebileceği hallerde sözleşmede belirtilen miktarın teslim edilmemesi sözleşmeye aykırılık olarak nitelendirilmeyecektir.⁶⁰.

Malların anlaşılan miktardan fazla olması halinde alıcının malları geri gönderme yükümü olmadığı gerekçesiyle yukarıda dn.56'da belirtmiş olduğumuz Zurich Cantonal Court kararı haklı olarak eleştirilmiştir. Bu kararda mahkeme, her ne kadar fazla miktarda malın teslimi halinde alıcının malları kabul yükümünün olmadığını kabul etse de, alıcının, malların teslim edildiği 3. kişiye malları teslim almaması yönünde bir talimatta bulunmaması dolayısıyla satıcı lehine karar vermiştir. Mahkemeye göre malları teslim alan üçüncü kişiye alıcı tarafından malların teslim alınmaması yönündeki talimatın verilmemesi halinde alıcı malları o haliyle kabul etmekle yükümlüdür ve teslim edilen miktar üzerinden ödeme yapmalıdır.⁶¹.

⁵⁷ *Henschel* s.151, *Schwenzer* 1998 s.277. *Atamer* s. 187. Konuyla ilgili olarak Dusseldorf Provincial Court of Appeal, 8 Ocak 1993 tarihli bir kararında 1000 ton Salatalık satımına ilişkin bir sözleşmenin konu olduğu davada, alıcının sözleşmede belirtilen miktardan daha az teslim gerçekleştiği gerekçeli iddiasını sözleşmeye aykırılık olarak kabul etse de CISG madde 38 deki muayene ve madde 39'daki ihbar külfetlerini yerine getirmediği gerekçesiyle reddetmiştir. *Henschel* s.151. Aynı yönde Zurich Cantonal Commercial Court 10 Temmuz 1996 tarihli kararı ve French Supreme Court 14 Ocak 1995 tarihli karar, *Henschel* s.151.

⁵⁸ UNCITRAL DIGEST s. 628 Bu kararda mahkeme, karara konu teşkil eden olayda malların sözleşmede belirtilen kalitede olmaması nedeniyle de sözleşmeye aykırılığa hükmetmiştir. CLOUT case no. 282 Germany 1997.

⁵⁹ Örneğin Alman Yeknesak Ticaret Şartları'na göre tahılların hacimlerinde %5 'lik bir farklılık tolere edilmektedir. *Schwenzer* 1998 s. 277., dn. 22 ve benzeri durumlar için ae. dn.23

⁶⁰ , *Schwenzer* 1998 s. 277. Taraflar arası yapılan teslimlerde malın miktarına ilişkin %5'lik eksiklik veya fazlalığının taraflarca tolere edilmesinin kabul edilmesi bu hale örnek olarak gösterilebilir.

⁶¹ *Henschel* s.152

Buradan çıkarılacak sonuç alıcı yararına miktar olarak bir fazlalığın olması durumunda bu durumu düzenleyen madde 52'nin madde 39'a bağlı olarak uygulanması gerektiğidir. Bunun sonucu olarak da alıcının böyle bir teslimde malları o haliyle reddetmek tercihinin kullanabilmesi için bu durumu satıcıya ihbar etmesi gerekmektedir⁶².

Üzerinde durulması gereken bir diğer mesele de Konvansiyon'un her ne kadar aralarında ayırım yapmamasına karşın eksik ve ayıplı ifanın birbirlerinden kolaylıkla ayıt edilememesidir⁶³. Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce'in vermiş olduğu bir karar şöyledir⁶⁴: Alman satıcı Suriyeli alıcıya çelik barlar satmıştır. Sözleşme uyarınca taraflar çelik barların belli bir ağırlıkta olması konusunda %5'lik bir toleransla anlaşmışlardır. Barların %20'lik bir bölümü bahsedilen toleransın dışında kalmıştır ve bu nedenle de mahkeme malların sözleşmeye uygun bir şekilde teslim edilmediğine karar vermiştir⁶⁵.

Atamer ise konu hakkında şu görüşlere yer vermiştir: *“Anlaşmanın ayıplı ifa ile aynı kefeye attığı “eksik ifa” olgusundan tam olarak ne anlaşılması gerektiği açıklığa kavuşturulmalıdır. ...Eğer satıcı alıcı tarafından anlaşılır şekilde kısmi ifayı teklif ediyor ve alıcı da bunu kabul ediyorsa, Bu hallerde CISG 35’ kapsamında değerlendirilecek bir hal söz konusu olmaz. Bu hallerde satıcı zaten tüm borcunu ifa etme saiki ile hareket etmemektedir. Alıcının kısmi ifayı kabul etmesi... ya kalanın daha sonra teslim edileceği hususunda tarafların anlaştığını veya böyle bir anlaşma sağlanamadığı için alıcın ifa edilmeyen kısım hakkındaki asli talebinin varlığının halen devam ettiğini göstermektedir.”*

Buna karşılık satıcının sözleşmeden doğan borcunun tamamını ifa etmek niyeti ile bir mal teslimi ve bunun sözleşmede kararlaştırılan miktara nazaran eksik olması

⁶² Bu halin CISG 52. madde de düzenlenmiş olması madde 35'e getirilmek istenen bir istisna olmayıp, eksik ifa ile fazla ifanın sözleşmeye aykırılığın farklı türleri olarak değerlendirilmesidir Henschel s.151,

⁶³ Henschel s.153, Atamer 189

⁶⁴ ICC Arbitration Case No. 6653 of 26 March 1993 (Steel bars case) Kararın İngilizce çevirisi için bkz. Stadtländer <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/936653i1.html>.

⁶⁵ Henschel s.152.

halinde ayıplı bir ifa söz konusudur. Miktardaki eksikliğin malın vasfını etkileyip etkilemediği bu noktada önem taşımayacaktır. 1000 ton buğdayın satımına ilişkin sözleşmeye rağmen alıcıya sadece 950 ton buğday teslim edilmesi (ancak taşıma belgelerinde 1000 ton yazması) halinde ortada ayıplı bir ifa vardır....ve alıcının ihbar yükümlülüğünü yerine getirmesi gerekir. Aksi halde 1000 ton buğdayın bedelini ödemesi gerekecektir.⁶⁶”

bb. Türk Hukuku Açısından

Türk Borçlar Hukuku’nda teslim konusu şöyle, satımı için üzerinde uzlaşılan şey arasında miktar olarak alıcı lehine bir fazlalık Borçlar Kanunu genel hükümler uyarınca halli gereken bir meseledir.⁶⁷.Eğer teslim edilen şeyin miktarı kararlaştırılandan fazla ise satıcıya iadesi lazım gelir. Ve bunun için ayıba karşı tekeffül hükümlerine müracaata lüzum yoktur⁶⁸. Buna göre miktar fazlalığı alıcının malvarlığında bir sebepsiz zenginleşme teşkil edecek olup, yine aynı hükümler çerçevesinde geri istenebilecektir⁶⁹.

Teslim edilen şeyin, sözleşmede kararlaştırılandan miktar olarak az olması halinde ise satıcı sorumludur. Örneğin 70 ton kumaş yerine 50, dört ton kömür yerine üç ya da dokuz adet Y marka buzdolabı teslimi yerine 8 adet buzdolabı tesliminde durum böyledir⁷⁰. Ancak bu noktada cevabı aranan soru, sorumluluğun hangi hükümler uyarınca doğacağı ve değerlendirileceğidir.

Miktar eksikliği, nitelendirmede ağırlığın önemli olduğu mallarda, malın daha hafif, değerlendirmenin sayı ile yapılacağı mallar açısından da daha az sayıda teslimin söz konusu olduğu haller olarak tanımlanabilir⁷¹. Hukukumuzda miktar eksikliği kural olarak ayıp sayılmamaktadır⁷². Bu halde söz konusu olan eksik ifa⁷³⁷⁴, BK madde 68

⁶⁶ Bkz. dn 55

⁶⁷ Yavuz s 52.

⁶⁸ Edis s. 9.

⁶⁹ Şahiniz s. 42.

⁷⁰ Şahiniz, 42.

⁷¹ Yavuz s. 53.

⁷² Edis s. 9; Tandoğan s.172; Yavuz s. 53; Aral s. 112.

anlamında kısmi ifadır⁷⁵. Alıcının kısmi ifayı kabul etmesi halinde ifa edilmeyen kısım talep edilebilecekken, BK 68 uyarınca reddi halinde ise borcun tamamı için temerrüd hükümlerine (Bk 96 vd veya 187) başvurulabilecektir⁷⁶.

Ancak miktar eksikliği dolayısıyla ayıba karşı tekeffül hükümlerinin uygulanmasına lüzum olmadığından kanundan ve şeyin mahiyetinden kaynaklanan istisnaları bulunmaktadır⁷⁷. Bunlar; miktar açısından ve sayısal anlamda farklılığın satılan malın vasfını etkilediği hallerdir⁷⁸. Bir dondurucunun hacmi, bir aletin çapı, bir evin genişliği, tekrar satılmak üzere alınan paketler içerisindeki malın ağırlığının az olması⁷⁹, satılan kumaşın genişliği, yün işinde belli sayıda örgü olmaması⁸⁰ veya odunların belli boyutlarda olmaması⁸¹ örneklerinde olduğu gibi. Diğer yandan şeyin kullanılabilirliğini belirleyen (örneğin boyutlardaki eksiklik veya fazlalıklar da ayıp olarak nitelendirilebilecektir⁸². Bu anlamda miktar fazlalıkları da (odunların boylarının vaat edilenden büyük olması, kumaşın cm2 ‘sindeki örgünün normalden fazla olması)

⁷³ *Edis* s. 9.

⁷⁴ Aral meseleyi ifade ederken açıklamasından “çeşit satımında miktar itibarıyla eksik ifa” ifadesini kullanmıştır. *Aral* s. 112. Buna göre yazarın eksik ifanın sadece çeşit satımında mümkün olduğunu savunduğu söylenebilecekken Yavuz’a göre parça satımında da eksik ifa olabilecektir. Yazar bu görüşünü BK 215 uyarınca taşınmaz satımlarına ilişkin olarak miktar eksikliğinde satıcının sorumluluğunun ayıba karşı tekeffül sorumluluğu şeklinde nitelendirilmek suretiyle düzenlendiği gerekçesi ile temellendirmektedir. *Yavuz* s. 52; Buna karşın BK 215 *Edis*’ce de miktara ilişkin farklılıkların ayıp sayılamayacağı görüşünün kanun kaynaklı istisnası olarak belirtilmişse de miktar farklılıklarının sadece nev’en satışlar hakkında mümkün olacağı görüşündedir. *Edis* s.11.

⁷⁵ *Aral* s. 112.

⁷⁶ *Aral* s. 112; Ayrıca konu hakkında oldukça açıklayıcı İsviçre Federal Mahkeme kararı için bkz. *Yavuz* s. 53.

⁷⁷ *Edis* s. 9.

⁷⁸ *Aral* s. 112, *Tandoğan* 172; *Şahiniz*, s. 42.

⁷⁹ *Aral* s. 112.

⁸⁰ *Tandoğan* 172.

⁸¹ *Tandoğan* 172.

⁸² *Tandoğan* 172; Lakin Yavuz’a göre bu halde gerçek anlamda miktar eksikliği değil satılanın vaat edilen niteliğinde eksiklik vardır. *Yavuz* s. 53

BK 194 uyarınca talebe mahal verecek niteliktedir⁸³. Kanundan doğan hale örnek ise BK 215 hükmüdür⁸⁴.

c. Kalite (Nitelik)

aa. Genel olarak

Madde 35'te sayılan ikinci kıstas olan "Kalite" kavramından, terimin kelime anlamının yanı sıra, malın karakteri, doğası, fiziksel durumu⁸⁵ ile o malın çevresi ile olan tüm sosyoekonomik ve hukuki ilişkileri de anlaşılmalıdır⁸⁶.

Bu anlayışa ilişkin bir örnek, District Court (*Landgericht*) München tarafından 25 Ocak 1996 tarihinde verilen votka satışına ilişkin karardır⁸⁷. Kararda satışı yapılan votkanın tam anlamıyla işlenmediği ve bu nedenle de yeterli kalitede olmadığı vurgulanmış ve kabul edilmişse de başvuru, madde 39' a göre ihbar yükümlülüğünün makul bir sürede yerine getirilmemesi gerekçesiyle reddedilmiştir⁸⁸. Yine ICC Court of Arbitration (Case No. 8247) tarafından verilen Haziran 1996 tarihli kararda⁸⁹, kristalize bir şekilde teslimi gereken kimyasal ham maddelerin nem dolayısıyla birbirlerine yapıştıkları tespit edilmiştir. Ancak uzman raporlarına göre malların yeniden kristalize

⁸³ Şahiniz, 43

⁸⁴ Edis s. 10, Yavuz s. 53

⁸⁵ CISG' e ilişkin olarak yapılan başvuruların çoğu ayıplı malların teslimine ilişkin olsa da, bu başvurulara ilişkin verilen kararlarda mesele satıcının sözleşme gereği yükümlülüklerini yerine getirip getirmediği değil var olduğu iddia edilen ayıba ilişkin ihbarın zamanında yapılıp yapılmadığıdır. Salt olarak sözleşmeye aykırılığın tartışıldığı kararların sayısı nispeten azdır.

⁸⁶ Schwenzer 1998 s. 277; Henschel s.156; Atamer s. 189. Bu anlayış, daha ziyade, satıcının tedarik etmekle yükümlü olduğu malların, alıcının ulusal hukukuna ilişkin özel gereksinimlerini karşılaması meselesinin ayrıntılı bir şekilde göz önünde bulundurulması ile ilgilidir. Henschel s.156, dn. 33.

⁸⁷ Kararın İngilizce ve Almanca metinlerine ve karar hakkında yorum ve değerlendirmelere <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960125g1.html> ile

<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=192&step=FullText> adreslerinden ulaşılabilir.

⁸⁸ Henschel s. 156.

⁸⁹ Karara ilişkin yorum ve değerlendirmelere <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/968247i1.html> ve kararın tam metnine <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=458&step=FullText> adreslerinden ulaşılabilir.

edilebilir durumda olduğu saptanmıştır. Hal böyle olmasına karşın kararda malların kalitesine ilişkin tartışmaların varlığına rağmen başvuru yine madde 39'a göre sonuçlandırılmıştır⁹⁰.

Maddeye göre teslim konusu mallar sözleşmede kararlaştırılan kalitede olmalıdır. Taraflar sözleşme serbestisi çerçevesinde hangi kalitede bir malın satıma konu olduğunu belirleyebilirler⁹¹. Kaliteyi belirleyici unsurlar, malın kullanımı veya onun değeri açısından önem taşıdığı sürece, kaynağını malın kendisinde bulan ve belirli süre o malın taşımaya devam ettiği her türlü hukuksal veya fiili özelliklerden ibarettir⁹². Ancak (taraflarca bu hususların sözleşmede kararlaştırılmaması halinde) malların aynı türden başka mallara oranla piyasa değeri farklılıkları veya dayanıklılıkları madde 35/1 anlamında malların sözleşmeye uygunlunun denetimi amacı ile bağlantılı olmayıp madde 35/2 uyarınca değerlendirilmesi gereken hususlardır. ⁹³. Ancak bu özelliklere hallere malın doğası gereği sahip olunması hali bağımsız bir önemi haizdir.⁹⁴

Kanımızca burada tartışılmak istenen bahsetmiş olduğumuz bu hallerin madde 35/2/a'da belirtilen "aynı türden malların mutad olarak tahsis edildiği kullanım amacına uygun" luk kriterinde önem taşıdığı ya da taşınması gerektiğidir. "Örneğin sözleşmede üzerinde anlaşılan tanıma uygun ve aynı kalitede olduğunu kabul ettiğimiz bir makine satımında, makinenin sözleşmede vaat edilen kalitede malların üretimini yapma konusundaki eksikliği de sözleşmeye aykırılık olarak addedilmek gerekir⁹⁵".

Burada yanıtlanması gereken soru sözleşmeye aykırılığın hangi madde altında belirlenmesi gerektiğidir.

⁹⁰ Henschel s. 156. Ayrıca konu ile ilgili benzer kararlar için bkz. a.e s. 156, 157, 158

⁹¹ Atamer 190.

⁹² Atamer 190.

⁹³ Schwenger 1998 s. 277.

⁹⁴ Henschel s.158, ae. 40 nolu dipnotunda Schwenger, Schlechtriem'e atıfta bulunarak, yazarın, bu anlayışın aksinin bir yandan da "35/1'e göre dahi, bahsedilen bu unsurların kendi içlerinde, malların sözleşmeye uygunluğunun değerlendirilmesi açısından bir öneme sahip olduğu gerçeğini gözden kaçırılması olacağı" görüşüne yer vermiştir.

⁹⁵ Henschel s.160.

Eğer taraflarca üzerinde uzlaşılmış sarıh bir kalite söz konusu ise bu durumda 35/1'in uygulanması kaçınılmazdır. Ancak sözleşme metninde açık olarak bulunmayan ancak zımnen⁹⁶ üzerinde anlaşıldığı kabul edilebilen hallerde de 35/1 uygulaması söz konusu olmalıdır. Örneğin tarafların evvelden gelen ticari ilişkileri dolayısıyla aynı kalitede bir malın alım satımını yapmış olmaları halinde veya “ticari teamül” halinde durum böyledir⁹⁷.

Tarafların zımnen veya sarıh olarak üzerinde anlaştıkları bir kalite ölçütünün olmaması halinde ise “aynı türden malların mutat olarak tahsis edildiği kullanım amacına uygun”luk kıstası devreye girecek olup sorun madde 35/2'a uyarınca çözümlenecektir⁹⁸. Alman Federal Yüksek Mahkemesi işbu durumun da tartışıldığı bir kararda kendisini sözleşmede sarıh veya zımni olarak bir ayırım yapıldığını tespitinde yeterli görmediğinden tercihini 35/2/a'nın uygulanmasından yana kullanmıştır⁹⁹.

“Ulis'te kullanılmış olan “vasıf” kavramı CISG'de terk edilmiş ve yerine kalite kavramı tercih edilmiştir. Bu tercih yerinde olmuştur. Zira vasıf kavramı birçok ulusal hukukta, nitelik vaadinin yanı sıra kullanılan kavrama tekabül etmektedir. Oysa anlaşma, lüzumlu vasıf ve vaatler arasında bir ayırım yapmamaktadır. Nitekim kalite kavramı ulusal hukuklarda kullanılan “vasıf” kavramına nazaran daha geniş anlaşılmalı ve mala ilişkin vasıfların yanı sıra aslında vaat edilmiş sayılabilecek

⁹⁶ Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin nihai karar mercii olduğu bir uyuşmazlıkta, mahkemece, sözleşmede satıcının zımni olarak midyelerde bulunması gereken kadmiyum oranı konusunda alıcının ülkesinde tavsiye edilen değerlere uyma konusunda anlaşmaya varılmadığına kanaat getirmiştir. “LG Darmstadt 22 December 1992, 2nd instance OLG Frankfurt 20 April 1994 Supreme Court opinion cited in U.S. District Court ruling of 17 May 1999 (Medical Marketing International, Inc. v. Internazionale Medico Scientifica, S.r.l.)” UNCITRAL DIGEST s.628-629; Ayrıca bkz. <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950308g3.html>

⁹⁷ Henschel s.160.

⁹⁸ Bu durumda malların mutat kalitesi bir anlamda garanti altına alınmış olduğundan 35/2/a'nın uygulanması alıcı açısından daha lehe bir durum ortaya çıkaracaktır.

⁹⁹ Henschel s.161.

özellikleri de içerdği kabul edilmelidir¹⁰⁰. Sözleşmeden belirtilen kaliteden her sapma, alıcının mala ilişkin muayene ve ihbar külfetini yerine getirmesini gerektirir.¹⁰¹”

Son olarak değinilmesi gereken bir başka husus malların 35/1 anlamında belirtilen kaliteden daha iyi olması halidir. Her ne kadar *Schwenzer* ‘ce malın kalitesi konusunda sözleşmede belirtilenden herhangi bir sapmanın sözleşmeye aykırılık teşkil edeceği ve alıcı tarafından madde 39’a göre ihbar külfetinin yerine getirilmesi gerektiği belirtilse de¹⁰², kanımızca bu husus alıcının, malların sözleşmede belirtilen kıstaslardan daha kaliteli olması halini şikâyet etme ihtimali olasılığı oranında tartışma konusu olacaktır¹⁰³.

bb. Türk Hukuku Açısından

Türk Hukuku’nda ise BK 194’e göre “Bayi müşteriye karşı mebiin zikir ve vadettiği vasıflarını mütekeffil olduğu gibi maddi veya hukuki bir sebeple kıymetini veya maksut olan menfaatini izale veya ehemmiyetli bir suretle tenkis eden ayıplardan salim bulunmasını da mütekeffildir”. Bu tanımdan yola çıkıldığında malın ayıplı olması halleri, satıcının mala ilişkin vadettiği vasıfların satılarda bulunmaması ile malların normal şartlar altında sahip olması gereken vasıflara sahip olmaması olarak iki guruba ayrılacaktır. Ancak yukarıda da belirtildiği üzere CISG Uls’ten farklı olarak birçok ulusal hukuk sisteminde nitelik vaadinin yanı sıra kullanılan kavrama tekabül eden “vasıf” terimini terk edip yerine “kalite”yi kullanmayı yeğlemiştir¹⁰⁴. Bu paralellikte anlaşma luzumlü vasıf ve vaatler arasında bir ayrımından kaçınmış ve (bu iki hali de

¹⁰⁰ *Atamer*, s. 190. Ayrıca görüşü paylaşan yazarlar a.e dn. 319 da *Jannsen*,75, *Heilmann*, 164-165, *Hutter*, 34 şeklinde sayılmıştır.

¹⁰¹ *Schwenzer* 1998 s. 277.; *Atamer*, s. 190.

¹⁰² *Schwenzer* 1998 s. 277.

¹⁰³ Burada olsa olsa satıcının malın daha iyi kalitede olduğu iddiasıyla bedel artırımı talep etmesi hali ile karşılaşılabilir. Bu noktada da mahkemelerce olayda, alıcının sessiz kalması üzerine bu hususun kendisince zımnen kabul edildiği sonucuna varılabilecek gerekçelerin olduğuna kanaat getirilmesi halinde alıcı bedeli ödemek veya malları iade etmek zorunda bırakılabilir. Ancak satıcının bilerek ve isteyerek bedel artırımı talep edebilmek amaçlı daha iyi kalitede mallar göndermesi halinde talep Konvansiyonun 7. madde de belirtmiş dürüstlük kuralı prensibi nedeniyle haklı olarak reddedilecektir.

¹⁰⁴ *Atamer*, s. 190

bünyesinde barındıracak şekilde geniş anlaşılması gereken) “kalite” kavramını kullanmıştır¹⁰⁵. Dolayısıyla sözleşmede malların nasıl olmaları gerektiğine ilişkin olarak belirtilen ve üzerinde uzlaşılan hallerden her sapma sözleşmeye aykırılık olarak nitelendirilecek ve alıcının muayene ve ihbar yükümlülüklerini yerine getirmesini gerekli kılacaktır¹⁰⁶.

Yukarıdaki açıklamaların da ışığında, Türk Borçlar Hukuku anlamında yapılan lüzumlu ve vaat edilen vasıflara ilişkin incelemeye (tarafların sözleşmede açık veya örtülü bir biçimde konu ile ilgili bir hükme yer vermemesi halinde devreye girecek olan) CISG madde 35/2/a’ya ilişkin açıklamaların yapılacağı başlık altında yer vermenin uygun olacağı kanaatindeyiz.

Lakin bu başlık altında değinilmesi gereken malın lüzumlu vasıflarına (kalitesine-niteliklerine) ilişkin olarak taraflar arasında açıkça veya zımnen¹⁰⁷ bir anlaşmanın söz konusu olduğu hallerdir. Buna göre sözleşmede üzerinde uzlaşılan kaliteyi haiz olmayan malların teslimi, malların sözleşmeye aykırılığı sonucunu, buna bağlı olarak da alıcının muayene ve ihbar yükümlülüğünü doğuracaktır. Ancak yukarıda da değinildiği üzere CISG ile birlikte ULIS’te kullanılan ve vasıf terimi yerine kalite kavramı tercih edilmiştir¹⁰⁸. Zira anlaşma, lüzumlu vasıf ve vaad ayrımı yapmamaktadır. Bu nedenle de anlaşmada kullanılan kalite kavramı ulusal hukuklarda kullanılan “vasıf” kavramına nazaran daha geniş anlaşılmalı ve hukukumuzdaki ayrım uyarınca vaat edilmiş sayılabilecek özellikleri (vasıf vaatlerini de) içerdiği kabul edilmelidir. Dolayısıyla malların açıkça veya zımnen sözleşme içeriği olduğu kabul edilebilecek vasıfları içermediği haller de CISG’nin incelemekte olduğumuz bu başlığı altında sözleşmeye aykırılık teşkil etmeye yetecek ve muayene ve ihbar yükümlülüklerini doğuracaktır.

¹⁰⁵ Atamer, s. 190 ayrıca görüşü paylaştan diğer yazarlar için ae. dn 318 ve 319.

¹⁰⁶ Atamer, s. 190

¹⁰⁷ *Şeyin belli bir amaca tahsis edileceği hususunda taraflar açıkça veya zımnen uyuşmuş olmalıdır.Örneğin belli bir iklimde ekilmek üzere tohum alınmış ise tohumların bu iklime uygun bir şekilde ekilmeye elverişli olduğu hususunda uyuşma var demektir. Tandoğan 167.*

¹⁰⁸ Bkz dn 97 ve 98 ‘de belirtilen vasıf kavramının CISG ile terk edilip yerine kalite teriminin kullanılması ve bunun nasıl anlaşılması gerektiğine dair açıklamalar.

Son olarak BK 194'te malın değerini dūřüren haller de ayıp olarak nitelendirilmiştir. Bu çerçevede aynı sektörde bir alıcının mallara ilişkin objektif(cari veya mūbadele) değer kayıplarını bilmesi halinde sōzleřme yapmayacağı sonucunun çıkarıldığı hallerde ayıbın varlığı kabul olunur¹⁰⁹.

d. Tūr - Farklı Bir Malın Teslimi – Aliud

aa. Genel Olarak

Farklı bir malın teslimi konusunda CISG Kara Avrupası sistemlerinde yapılan ve beraberinde bir kısım problemleri de getiren aliud ifa ile ayıplı ifa ayrımını ortadan kaldırmış olup aliud ifayı halini de sōzleřmeye aykırılık olarak nitelendirmiştir.

Aliud terimi, alıcıya teslim edilen malların, sōzleřmede ūzerinde anlařıldandan, (řeker yerine tuz, tarafların ūzerinde uzlařmaya varmıř olduęu ikinci el bir makine yerine bařka bir makinenin teslimi ūrneklerinde olduęu gibi) tamamıyla farklı olması hallerinde kullanılır¹¹⁰. Bazı hukuk sistemlerinde bu durum sōzleřmeye aykırılık olarak addedilirken, bazılarında¹¹¹ teslim yūkūmlūlūęünün ihlali olarak nitelendirilmektedir¹¹².

Konu hakkında bir kısım yazarların gōrūřlerine ve meseleyi deęerlendirilē biçimlerine geçmeden evvel bu ayrımın ve sonuçlarının neden ūnemli olduğu sorusunu yanıtlamanın uygun olacağı kanısındayız.

Aliud ifanın ne řekilde kategorize edildięi, sōzleřmeye aykırılık hūkūmlerin mi (35/1) yoksa geç teslime iliřkin hūkūmlerin mi (30, 31 yer ve 33 zaman) uygulanması gerektięi konusunda ūnem arz eder. Eęer Aliud ifa sōzleřmeye aykırılık olarak nitelendirilirse bu durumda alıcı hak iddia edebilmek için ihbar yūkūmlūlūęünü yerine getirmek zorundadır. Bununla birlikte bu algılama řekli ile alıcı malın fiyatında belli oranda indirim yapılması, teslim edilen ūrūnlerin misli ile deęiřtirilmesi veya

¹⁰⁹ *Aral* s. 112

¹¹⁰ *Henschel* s.169,

¹¹¹ Danimarka ve dięer kuzey ūlkelerinde durum bōyledir. *Henschel* s.169

¹¹² Avusturya ve 2001 yılı reformuna kadar Almanya, *Henschel* s.169, a.e dn58

sözleşmeyi fesih haklarından birini kullanabilecektir¹¹³. Buna karşın sorun, teslim yükümlülüğünün yerine getirilmesi olarak nitelendirildiğinde, alıcının muayene yükümü ortadan kalkacak ve dava açma (başvuru) koşulları diğer hale nazaran daha az şarta tabi olacaktır¹¹⁴.

Başlangıç olarak Bianca'nın maddenin tarihçesi hakkındaki açıklamalarında yer alan şu ifadelere yer vermek uygun olacaktır. Yazar CISG'den bahsederken onun kötü ifa konusundaki birleştiricilik rolünden bahsetmektedir¹¹⁵. Bunu yaparken de madde 35'te belirtilen sözleşmeye aykırılık hallerinin her birinin aynı zamanda kötü ifa olduğunu ifade etmektedir¹¹⁶. “Bu nedenle CISG muhtelif ulusal hukuk düzenlerinde halen kabul gören şartlar(durum) ve garanti ve bilhassa nispeten daha zor olan ayıp ve farklı malın teslimi ayrımlarından kaçınmıştır. Madde 35 bu ayrımların tümünü sözleşmeye aykırılık birleştirici nosyonu ile ikame etmiştir¹¹⁷”.

Aynı yazarın maddenin anlam ve kapsamı hakkındaki açıklamalarına bakıldığında ise aliud ifa ile ilgili şu açıklaması göze çarpmaktadır. “ Satıcı sözleşme gereği tarafların üzerinde uzlaştıkları malları teslim etmez ise, teslim borcu hiçbir zaman için ifa edilmiş olmayacaktır. Bu durum kötü ifa halinde de böyledir. Teslim edilen mallar en azından sözleşmede belirtilen genel tanıma uygun olmalıdır....Aksi takdirde malların tesliminden bahsedilemez. Eğer sözleşme mısır teslimi gerektiriyor ve satıcı patates teslim ediyor teslim yükümlülüğünün yerine getirildiğinden bahsedilemez¹¹⁸” Dolayısıyla ne maddenin kendisi ne de uluslararası ticaretin

¹¹³ Henschel s.170.

¹¹⁴ Henschel s.170.

¹¹⁵ Bianca, s. 270.

¹¹⁶ Bianca s. 270.

¹¹⁷ Bianca s. 270.

¹¹⁸ Yazar bu açıklamalarda bulunurken konu hakkındaki görüşünü “Secretariat Commentary” resmi kayıtlarına atıfta bulunarak temellendirmiştir. Bianca s. 273 Article 35 N. 2.4 Ayrıca eğer “Secretariat’s Commentary”nin bu yorumu dikkate alınmış olsa idi aliud ifanın madde 35’e göre değerlendirilemeyeceği yorumu ve sonrasındaki karşıt görüş için bkz. Henschel s.174,

ihtiyaçları, genel düşünce tarzına göre sözleşmede belirtilen mallardan bambaşka bir malın teslimi fikrini destekleyebilir¹¹⁹.

Bu açıklamaları ile yazar yukarıda yer vermiş olduğumuz “*Madde 35 bu ayrımların tümünü sözleşmeye aykırılık birleştirici nosyonu ile ikame etmiştir*” görüşüne karşın farklı bir malın teslimi halinin “kötü ifa” değil “teslim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi” olduğunu görüşündedir. Bu kendi içinde çelişkili sayılabilecek ifade tarzı, sanırız ki meselenin doktrinde tartışmalı olmasının pek de haksız olmadığını bir göstergesidir.

Karşıt görüş sahiplerinden Schwenzer’in konuya bakış açısı ise şu şekildedir: “CISG çerçevesinde malların doğasındaki her hangi bir farklılık – bu farklılık gayet açık olsa dahi- sözleşmeye aykırılık(kötü ifa) teşkil eder¹²⁰. Alman Hukuk Sistemi içerisindeki Peius ile aluid arasındaki ayrıma CISG anlamında önem atfedilmemiştir¹²¹.

Bu noktada yeri gelmişken *Hyland*’in konu ile ilgili olarak Alman Hukuku uygulaması hakkındaki görüşlerine yer vermek uygun olacaktır. “...diğer yandan Alman Hukuku, ayıplı mallar ile farklı türde malların teslim edilmesi halleri arasında ayrım gözetmektedir. Bu durum (ayrı hallere uygulanacak olan) zamanaşımı süreleri açısından

¹¹⁹ Bianca s. 273.

¹²⁰ Schwenzer 1998 s. 277., Yazar bu açıklama sonrası egemen görüş taraftarlarını “*Schlechtriem*, Uniform Sales Law p.67; *ibik*, International es UN Kaufrecht, para 134; *Staudinger/ Magnus*, Art 35, para 9; BGH RIW 1996,594, Schlechtriem’den alınmış bir not ile BGH EWİR 1986,597; *Piltz*, Internationales UN Kaufrecht 5, para 26; *Herber/ Czervenska*, Art 35, para 2; Audit, Vente Internationale, note 98; *Karollus*, p.105, Aue, p.70 *Huber*, Haftung des Verkäufers, p.11, *Ryfell*, p.17; *Mouly*, D 1991Chron, para 4; *Widmer*, Droits et obligations du vendeur, p.95; *Soergel/Lüderitz*, Art 35 para 5; *Niggeman*, Pflichten des Verkäufers, p.86; *Hutter*, p.35; *Huber Rabelz*, Das UNCITRAL -Kaufrecht, p 146; *Bianca* Art 35, note 2,4” olarak belirtilen eserlerdeki görüşlerinin bulunduğu yerleri de belirterek saymış ve konu hakkında farklı görüş taraftarlarını *Neumayer* RIW 1994, 105; *Neumayer/Ming*, Art 35, note 3 ve dn. 32” olarak belirtmiştir. Schwenzer 1998 s. 277, dn. 29 Yazarın görüşüne paralel bkz *Henschel* s.174ve ae. s. dn. 74.

¹²¹ Schwenzer 1998 s. 278.

önemli ölçüde farkları da beraberinde getirmektedir. Dolayısıyla da peius ile aliud ayrımı Alman Satım Hukuku'nun en sancılı sorularından biri haline gelmiştir¹²²

Tekrar Schwenzer'e dönecek olursak, yazar, yine vermiş olduğu bir örnekte konu hakkında aynı görüşü kesin bir ifade ile şu şekilde dile getirmektedir. “eğer satıcı şeker satmak konusunda anlaşır ancak tuz teslimi yaparsa bu durum sözleşmeye aykırılık teşkil eder ve alıcı madde 39 anlamında durumu ihbar zarureti altındadır¹²³”. Her ne kadar CISG madde 35 (ULIS 33/1/b'nin aksine) farklı türde bir malın teslimine açık bir şekilde atıfta bulunmuyor ise de bu, farklı bir türde malın teslimi halini sözleşmeye aykırılık kaideleri kapsamında çıkarttığı şeklinde algılanmamalıdır.¹²⁴ Genellikle Alman Hukuk Siteminden¹²⁵ olmak üzere bir kısım yazarlar, muhalif bakış açılarını, mısır yerine patates tesliminin madde 30 çerçevesinde teslim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi sonucunu doğuracağını belirten “*Secretariat Commentary*” ‘ye dayandırmaktadırlar¹²⁶. Ancak madde 30'un oluşum süreci “*Secretariat Commentary*” ‘de belirtilen bu görüşü desteklememektedir¹²⁷.

Madde 35'in kaleme alınışı göz önünde bulundurulduğunda “malların türü itibariyle de farklı olması durumunda ayıplı sayılacağı belirtilmiş olması, aliud ifanın da sözleşmeye aykırılık olarak nitelendirilmesini destekler niteliktedir.¹²⁸

Ayrımın ulusal hukuklar açısından da muhtelif sorunlar yaratmış olması gerçeği karşısında, CISG'ye taşınmasının istenmiş olacağını düşünmek anlaşmanın birleştiricilik ve hukuk güvenliğinin sağlanması amaçlarına da ters düşecektir¹²⁹.

¹²² Hyland s. 307-308

¹²³ Schwenzer 1998 s. 278.

¹²⁴ Schwenzer 1998 s. 278.

¹²⁵ 2001 yılı reformu ile birlikte aliud ifa Alman Hukuku açısından bu durum teslim yükümlülüğünün ihlali olarak nitelendirilmemeye başlanmıştır.

¹²⁶ Schwenzer 1998 s. 278.

¹²⁷ Schwenzer 1998 s. 278, Ayrıca aynı yönde bkz. Atamer s.192 dn. 327.

¹²⁸ Atamer s.192; Henschel s.171.

¹²⁹ Atamer s.192.

Mahkeme ve tahkim kurullarının uygulamaları açısından konuya ilişkin birkaç örnek vermek sanırız ki farklı bir bakış açısı getirmek adına faydalı olacaktır. Şöyle ki:

Avusturya Yüksek Mahkemesi (Oberster Gerichtshof - Supreme Court) Alman satıcı ve Avusturyalı alıcı arasındaki kereste satımına ilişkin 21 Mart 2000 tarihli bir kararında¹³⁰ mahkeme alıcının satıcının teslim yükümlülüğünü yerine getirmediğine ilişkin iddiasını CISG'nin aliud ile sözleşmeye aykırı mallara ilişkin bir ayırım gözetmemesi gerekçesiyle reddetmiştir¹³¹.

Yine Avusturya Yüksek Mahkemesi'nce verilen 29 Haziran 1999 tarihli kararda davacı Alman Satıcı delinerek ve şekillendirilerek bir inşaat alanı için hazırlanmış olması gereken duvar panellerini Avusturyalı alıcıya teslim etmiştir. Ancak panellerin istenilen şekilde hazırlanmaması üzerine alıcı panelleri geri göndermiştir. Satıcı, alıcının geri gönderdiği panellerin bir daha satışa sunulamayacak şekilde zarar gördüğünü tespit etmiştir. Akabinde de panellere ilişkin alıcının ödemesi gereken miktarı, panellerin kendisi tarafından sözleşmeye uygun bir şekilde gönderildiği ve nakliye risklerine alıcının katlanması gerektiği düşüncesiyle fatura etmiştir. ... Mahkeme (her ne kadar kararda bir çok madde ve yaklaşım açısından değerlendirmeler yapılsa da) malların sipariş edilen mallardan farklı olması halinin, bu farkın derecesinin önemli olmadığını da vurgulayarak sözleşmeye aykırı (kötü- ayıplı) ifa olduğuna hükmetmiştir¹³².

¹³⁰ Kararın İngilizce metninin özeti ile muhtelif bilgilere <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000321a3.html> ve Almanca tam metnine <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=478&step=Abstract> adreslerinden ulaşılabilir. Ayrıca kararda Avusturya içtihat hukuku uzmanları *Willibald Posch & Thomas Petz'in* yorumlarına göre taraflar arası sınır trafiğine ilişkin ticari teamülleri alt üst edecek bir karar verme şansı yakalanmış ancak Mahkeme bu yönde karar vermemiştir. <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000321a3.html>

¹³¹ *Henschel s.171*,

¹³² <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/990629a3.html>

Mahkemeler bu kararları ile yeknesak ve otonom uygulama örneklerini vermiş ve sözleşmeden herhangi bir sapmanın farklı mal teslimi de dâhil olmak üzere madde 35 kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir¹³³.

Mahkemelerin bu kararlarını Alman Federal Yüksek Mahkemesinin 3 Nisan 1996 tarihli “kobalt sülfat davası” kararıyla karşılaştırmak uygun olacaktır.

Karar sözleşmeye göre İngiltere’de üretilmiş olması gereken kobalt sülfat satımına ilişkindir. Kobalt sülfat satıcı tarafından Güney Afrika’dan ithal edilmiştir. Ancak satıma ilişkin belgelerde malın İngiltere orijinli olduğu belirtilmektedir. Ek olarak alıcı malların “feed grade”¹³⁴ içermesi dolayısıyla teknik anlamda sahip olması gereken kaliteyi haiz olmaması nedeniyle sözleşmeye aykırı olduğunu ileri sürmüştür¹³⁵.

Mahkeme var olan durumun madde 49/1 ‘e göre malların vaktinde teslim edilmemesi gerekçesi ile sözleşmenin ortadan kalktığını konusundaki iddiayı reddetmiştir. Gerekçe olarak da dayanmış olduğu kıstas anlaşmanın (Alman Hukuku’nun aksine) kötü ifa ile farklı türden mal teslimi arasında bir ayrım gözetmemesi ve madde 35’e göre çözüme kavuşturulması gereğidir.¹³⁶ Bu yüzden de kural olarak bütünüyle farklı malların teslimi söz konusu olduğunda değerlendirmenin madde 35 kapsamında yapılacak olmasıdır.¹³⁷

¹³³ Henschel s.172,

¹³⁴ Hayvanlar için uygun ancak insan tüketimi için uygun olmayan yem (ayarında) kalitesinde anlamında kullanılmıştır. Bu aynı zamanda tarafların üzerinde uzlaşmadığı mesele olup alıcıya göre kobalt sülfat’ın yem kalitesinde (fodder quality) değil teknik anlamda kalite kriterlerine (technical Quality) sahip olması gerektiği iddia edilmektedir. Kararın İngilizce metni ve karara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960403g1.html>

¹³⁵ Henschel s.172.

¹³⁶ Henschel s.173.

¹³⁷ Henschel s.173. Bununla birlikte mahkeme, kararında, malların taraflar arasındaki sözleşme hükümlerine göre Aliud olarak nitelendirilebilecek ölçüde farklı olmamaları nedeniyle tamamen farklı bir malın teslimi konusu tartışmaya açmaya gerek de duymamıştır.

Bahsetmiş olduğumuz bu kararların karşılaştırılması sonucu, Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin vermiş olduğu kararda, tür farklılıklarının aşikâr olduğu hallerde, aynı zamanda malların belirgin bir şekilde sözleşmeye aykırılığı da söz konusu ise durumun madde 35'e göre değerlendirilmesi bir anlamda kaçınılmaz da bir sonuçtur. Eğer mahkemece verilmiş olan kararda yukarıda belirtilen yaklaşım yerine tüm aliud ifa hallerinde madde 35'in uygulanacağı ifade edilmiş olsa idi, mallara ilişkin tür farklılıkları sorununa önem atfedilmesi eğilimini sonlandırmak mümkün olabilirdi¹³⁸.

Patates yerine buğday teslimin bu açıklamalardan sonra aliud ifa olarak nitelendirilmesi bir zorluk teşkil etmemektedir. Bir sonraki safhada sorun Yugoslav gürgeni yerine Roman gürgeni, kış buğdayı yerine yaz buğdayı tohumu teslim edilmesi gibi hallerde ayrımın temellendirilmesinin zorlaşmasıdır.¹³⁹ Doktrinde bir kısım yazarlar¹⁴⁰ teslim edilen malın niteliği ile sözleşmede üzerinde uzlaşılan malın niteliklerinin "çarpıcı şekilde farklı olup olmadığı ayrımının yapılarak, ayrımın çarpıcı olması halinde sınırlı bir ifa etmemenin kabulü görüşündedir.¹⁴¹ Ancak bu yaklaşım çarpıcı olan veya olmayan ayrımını beraberinde getirecektir. Dolayısıyla da aynı problemin kılık değiştirmiş bir biçimde devam etmesi söz konusu olacaktır.¹⁴² CISG'nin varoluş amacı ile paralel olarak, tüm hallerde sözleşmeye aykırılığın (kötü ifanın) varlığını kabul etmek karşımıza en uygun çözüm yolu olarak çıkmaktadır.¹⁴³

Yukarıdaki son tartışmadan yola çıkıldığında, kanımızca, sözleşmede borçlanılan maldan tam anlamıyla farklı bir malın tesliminin (madde 35 kapsamında değerlendirilmesi hususunda uzlaşıldığının) kabulü halinde, farklılığın çok daha az olduğu halin bu kapsamda kabul edilmesi evleviyetle mümkün olmalıdır.

¹³⁸ Henschel s.173.

¹³⁹ Atamer s.193.

¹⁴⁰ Bu görüşteki yazarlar için bkz. Atamer s.193dn. 336.

¹⁴¹ "Alman Ticaret Kanunu'nun 2002 değişikliği öncesindeki şekli, ticari satışlar açısından bu türden bir ayrıma gitmiş ve teslim edilen malın sipariş edilen maldan açıkça, önemli surette sapması halinde bir aliudun varlığını kabul etmişti. "Atamer s.193 dn. 337'den aynen alıntı.

¹⁴² Atamer s.193. Ayrıca görüşün diğer taraftarları için bkz Atamer s.193. dn. 338

¹⁴³ Atamer s.193.

Türk Borçlar Hukuku’nun aliud ifaya bakışına geçmeden önce, egemen bakış açısı kabul edildiğinde, alıcının, kendisine sözleşmede borçlanılandan farklı türden malların teslim edildiği hallerde alıcıya yüklenen “madde 39’a göre ihbar yükümlülüğünü yerine getirmesi külfeti” eleştirisi üzerinde durmak gerektiği kanısındayız. Bu ihtimalde karşıt görüş eleştirilerinin kaynağında, alıcının ihbar külfetini yerine getirmemesi halinde anlaşmanın kendisine tanıdığı hak ve olanaklardan faydalanamaması yatmaktadır. Şöyle ki:

Schwenzer aliud ifaya yaklaşımın, teslim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi yerine sözleşmeye aykırılık (Kötü ifa, ayıplı ifa) olarak benimsenmesinin kendisini aynı zamanda fiili olarak da haklı kıldığı (çıkardığı) düşüncesindedir¹⁴⁴. Bu noktada Schwenzer, CISG madde 40 ‘da (satıcının farkındalığı) belirtilen durum itibariyle, satıcının bilerek ve isteyerek farklı türden mallar teslim ettiği hallerde, alıcının ihbar yükümlülüğünü yerine getirmemesine dayanarak sorumluluktan kurtulamayacağı savını ileri sürmektedir¹⁴⁵. Satıcının istisnai olarak iyi niyet kaideleri çerçevesinde hareket ettiği varsayımında ise, satıcı tabii olarak korunmalıdır. Özellikle, malların sözleşmeye aykırı olarak teslim edildiğinin açıkça belli olduğu hallerde, alıcının, malların sözleşmede borçlanılandan farklı olduğunu saptaması kendisi adına çok da zor olmayacaktır¹⁴⁶.

Değnilmesi gereken bir diğer mesele ise, Neumayer’in, anlaşma uyarınca malların ilk taşıyıcıya teslimi ile hasarın madde 36 uyarınca alıcıya geçişi sağlanmış olacağından¹⁴⁷, aliud ifa dolayısıyla alıcının, malların herhangi bir kaza sonucu yok olması ihtimalinde hiçbir şekilde sipariş etmediği mallara ilişkin olarak bedel ödemek zorunda kalacağı eleştirisidir¹⁴⁸.

¹⁴⁴ Schwenzer 1998 s. 278.

¹⁴⁵ Schwenzer 1998 s. 278. Aynı yönde bkz. Atamer s. 192.

¹⁴⁶ Schwenzer 1998 s. 278. Aynı yönde bkz. Atamer s. 192.

¹⁴⁷ CISG 36 uyarınca sözleşmede aksine hüküm olmadığı hallerde malların taşınmasının söz konusu olduğu hallerde hasar malların ilk taşıyıcıya teslimi ile alıcıya intikal etmektedir.

¹⁴⁸ Atamer s. 194

Atamer’ce bu eleştiri yersizdir. Çünkü malların sözleşmede borçlanılan ile birebir uyumlu olduğu ya da paramparça bir malın ilk taşıyıcıya teslimi sonrasında da malların bir kaza sonucu yok olmasının sonuçları açısından anlaşma uyarınca bir farklılık gözetilmemiştir. Dolayısıyla sorun menfaatler dengesi açısından farklı değildir. Burada asıl mesele ispat sorunu olup, aykırılığın alıcıya teslim aşamasında tespit edilmesi sonrası CISG madde 70 uyarınca hasarın alıcıya geçişi zaten engellenmiş olacaktır¹⁴⁹.

bb. Türk Hukuku Açısından

Türk Borçlar Hukuku’nun Aliud ifaya yaklaşımı da tartışmalıdır. Yukarıda aliud ifaya ilişkin yapılan tanımlarda olduğu gibi, teslim edilen malların sözleşmede kararlaştırılardan farklı olması durumunda aliud ifa söz konusudur¹⁵⁰.

Aliud teslim parça satımlarında borçlanılan satılan şeyden başka bir şey (bir Aliud) teslim edilmesi, çeşit satımında ise tamamıyla bir başka cins emtiyanın alıcıya ifa olarak verilmesi hallerinde vücut bulur.¹⁵¹

Konu parça ve çeşit satımları açısından iki yönlü olarak değerlendirilmektedir. Şöyle ki:

Parça satımlarında satılanın kendisine has özellikleri belirlenmekte ve satımı kararlaştırılan bu mal dışında ifaya konu olan her şey aliud ifa olarak nitelendirilmektedir¹⁵². Bu hale örnek olarak, Gaugin’in X yağlı boya tablosu yerine Manguin’in Y tablosunun teslimi, 1968 model X plakalı Jaguar yerine 1968 Model Y plakalı Jaguar marka otomobilin tesliminde veya sözleşmede kararlaştırılan X yarış atı yerine Y yarış atının teslimi gösterilebilir¹⁵³.

¹⁴⁹ Atamer s. 194

¹⁵⁰ Edis s.11; Yavuz s. 46; Tandoğan, s. 172; Aral s.111.

¹⁵¹ Yavuz s.47.

¹⁵² Aral, s.111

¹⁵³ Şahin, s.33

Parça satımlarında doktrinde genel kabul gören görüş BK 96 ve devamı hükümlerinin uygulanması gerektiğidir¹⁵⁴. Buradan hareketle alıcı BK 101 vd. uyarınca sözleşmeye uygun ifa talebinde bulunabileceği gibi, satıcının sözleşmeye uygun ifayı gerçekleştireme imkânına sahip olmaması dolayısıyla BK 96 vd çerçevesinde tazminat talebinde bulunma hakkını haiz olacaktır¹⁵⁵. Konu ile ilgili olarak meselenin tartışma İsviçre Federal Mahkemesi'nin Van Gogh'a ait olduğu zannıyla satın alınan bir tablonun başkaca bir ressam tarafından çizildiğinin orta çıktığı bir olaya ilişkin kararına değinmek isabetli olacaktır¹⁵⁶.

“Gerçekten davacı, tablonun hakiki olmadığı kabul edilirse, fiilen ya da iktisaden beklediğini, yani hakiki bir Van Gogh tablosu satın alamamıştır. Ancak tarafların 1948 yılı Haziran ayında yapmış oldukları sözleşmenin konusu, davalının bir bankanın kasa dairesinde sakladığı ve davacıya gösterdiği çeşitli tablolar arasında, davacının seçtiği, satın aldığı ve gördüğü tablodur. Davacının satın aldığı tablo Van Gogh'un oto portresi sayılan banker (M)'nin koleksiyonunda uzun süre durmuş olan, sanatkarın eserler listesinde yer alan ve birkaç kez röprodüksiyonu yapılan tablodur; davacı bu tabloyu satın almıştır. ... satılan tablo ile teslim edilen tablo aynıdır. Satım sözleşmesi ifa edilmiştir; zira başka bir nesnenin teslimi yoktur¹⁵⁷”Federal Mahkemeye göre, “ferdiyle belli edilen bir şey satımında, teslim edilen şey, alım satımı konusunda tarafların anlaştığı şeyin kendisi ise bu şeyin değerini veya faydasını azaltan bozukluklar onun başka neviden bir şey veya zannedilende bambaşka bir şey imiş gibi gösterecek derecede olsa bile satılandan başka bir şey'in teslimi değil fakat sadece ayıplı teslim bahis olur”¹⁵⁸

Federal Mahkemenin bu kararı bir kısım eleştirilere de neden olmuştur. Becker'e göre kopya bir tablonun gerçekmişçesine satılmasında ayıplı ifa değil bir aliud teslimden bahsedilmek gerekir. Bloch 'da yine Federal Mahkeme kararını konu aldığı

¹⁵⁴ , Yavuz, s 47; Tandoğan, s. 172, Federal Mahkeme atfı ile.

¹⁵⁵ Yavuz, s 47.

¹⁵⁶ Tandoğan, s. 173

¹⁵⁷ Bloch K. Zur Frage Der Schlactlieferung und Falschlieferung beim Kauf 1957 Yavuz, s.48 ve s. 246'daki kaynakçadan aynen alıntı.

¹⁵⁸ Tandoğan, s. 173; Aynı yönde ve yine Federal Mahkeme atfı ile Aral s. 112.

bir çalışmasında ayıplı ifa değil bir aliud teslimin söz konusu olduğu görüşündedir. Yazar bu eleştirisinde aynı mahkemenin eski bir tarihli kararına atıfta bulunarak mahkemenin Şah Abbas halısı olmayan bir ürünün satımlı sonucunda satılan halının modern bir taklit olmasını aliud teslim olarak nitelendirdiğini de ayrıca belirtmektedir¹⁵⁹.

Stanislas ise parça satımlarında mahkemenin Van Gogh kararındaki çözümünü desteklemekte ve kötü ifa ile aliud teslim arasındaki ayrımın kolaylıkla yapılabileceğini savunmaktadır. Yazara göre bu konudaki kriter teslim konusu şey sözleşme konusu şeyin aynı olduğunun ispatlanmasıdır. Bu halin bir kez ispatı sonrasında alıcı ayıba karşı tekeffül hükümlerinden yararlanabilecektir. Yine yazara göre “orijinali olmadığı halde orijinali imiş gibi saltan bir tablonun tesliminin bir aliud teslimini teşkil ettiğinin kabulü tamamıyla hatalıdır”.¹⁶⁰ *Kocayusufpaşaoğlu’na göre ise sözleşme konusu malın sözleşmeye göre bulunması gereken vasıflardan farklı olması (bu yüzden şeyi alış veriş hayatının görüşlerine göre başka bir cins ve çeşit mal kategorisinde saymak gerekse bile) meselenin ayıp hükümleri çerçevesinde ele alınmasına engel olmayacaktır. Zira sözleşmenin konusu sadece o maldır ve o da mevcudiyeti farz olunan vasıflardan yoksun olsa bile teslim edilmiştir. Bu nedenle parça borçlarında aliud kavramına yer yoktur.*¹⁶¹

Yavuz da parça satımlarında aliud kavramına yer verilmemesi konusundaki eğilimi destekler nitelikteki görüşünü şu şekilde dile getirmektedir: “özellikle sanat eserleri ticareti alanında, parça satımında aliud’un kabul edilmesi karışıklara yol açacak ve çok defa satım sözleşmesinin ifa edilmediğinin kabul edilmesi durumları ortaya çıkacaktır. Halbuki bu gibi durumlarda satım sözleşmesi ifa edilmiştir; çünkü alıcı satın aldığı şeyi ifa olarak kabul etmiştir. Federal Mahkemenin haklı olarak belirttiği gibi teslim edilenin satılan şey olduğu durumda, bir aliud’dan söz edilmemelidir; satılanın bazı vasıflarından mahrum olduğu yani işlerde yaygın

¹⁵⁹ Paragrafin tamamında yer alan bilgiler Yavuz, s.48-49’dan alıntıdır.

¹⁶⁰ Stanislas, G. Le Droit de reolution dans le contract de vente Yavuz, s.48-49 ve a.e s. 254’deki kaynakçadan aynen alıntı. Edis de Federal Mahkeme nitelendirmesinin doğru olduğu kanısındadır. Edis, s.12

¹⁶¹ Yavuz, s.49 aynen alıntı.

görüşlere göre bir başka nev'ie, bir başka cinse dahil olarak gözükecek şekilde öngörülen kullanımını ya da değerini azaltan eksiklikler ihtiva ettiği durumda da sonuç aynıdır.; satılan şeyinfiilen teslim edildiği halde, satılan şey ile teslim olunan şey aynıdır ve sözleşme ifa edilmiştir¹⁶².

Çeşit satımlarında ise sözleşmede belirtilen tür dışında başkaca bir cins emtiyanın teslimi halinde aliud ifadan söz edilebilecektir¹⁶³. Başka bir deyişle satılardan başka bir şeyin teslimi halinde, çeşit borçlarında, kararlaştırılan cinsin bütün özelliklerini taşımayan bir eşya teslim edildiği takdirde, ayıplı ifa değil ifa etmeme söz konusu olacaktır¹⁶⁴. Örneğin, kaz yerine ördek, köpek balığı eti yerine balina eti teslim edilmesi¹⁶⁵, hukuk kitabı yerine polis romanının, kara motoru yerine deniz motoru teslim edilmesi¹⁶⁶, beyaz şarap yerine kırmızı şarap, armut yerine elma teslim edilmesi¹⁶⁷, belli bir yıl ürünü şarap yerine başka bir yılın ürünü şarap teslim edilmesi¹⁶⁸ hallerinde aliud ifanın varlığı kabul edilebilecektir.

Doktrinde çeşit satımında aliud teslimine ilişkin hangi hükümlerin uygulanacağı konusu hakkında farklı görüşler bulunmaktadır. Şöyle ki:

Bir görüş, ayıplı ifa ile aliud ifa hallerinin birbirlerinden ayrılmasının çeşit satımlarında her zaman mümkün olmadığı ve alıcının ifa etmemeye ilişkin hükümlere dayanmak suretiyle, ayıba karşı tekeffül hükümlerini bertaraf edebileceği gerekçeleriyle bu halde sadece ayıba karşı tekeffül hükümlerinin uygulanması gerektiğini savunmaktadır¹⁶⁹.

Federal Mahkeme'ye göre, çeşit satımında aliud durumunda, ayıba karşı tekeffül düzenlemesi ile ifa etmemeye özgü hükümlerin yarışan haklar olarak

¹⁶² Yavuz, s.49;

¹⁶³ Yavuz, s. 47; Ayıca bkz. a.e dn. 27'de belirtilen yazarlar.

¹⁶⁴ Aral, s.111

¹⁶⁵ Aral, s.111

¹⁶⁶ Tandoğan, s172.

¹⁶⁷ Cavin, s. 122. Şahiniz, s 36 dn.39'dan alıntı.

¹⁶⁸ Engel, s.35. Şahiniz, s 36 dn. 40'dan alıntı.

¹⁶⁹ Bu görüşteki yazarlar için bkz. Yavuz s. 50 dn. 27

uygulanabilmesi kabul edilmelidir. *Çünkü bir çeşit borcunun ifasında o çeşidi belirleyen her unsur, teslim edilen şeyde mevcut olmalıdır. Bunlardan bir tanesi bile eksikse, o şey artık üzerinde uzlaşılan şey değildir, bir aliud'dur.* Mahkemece 1964 yerine 1963 model bir Jaguar otomobilin teslim edildiği bir olayda alıcının dilerse sözleşmeyi BK 202 veya 106 uyarınca feshedebileceğine karar vermiştir¹⁷⁰.

Hâkim olan diğer görüş ise aliud ifa halinde BK 194 vd 'de düzenlenen ayıba karşı tekeffül hükümleri yerine borçlunun temerrüdüne ilişkin (BK 101 vd) hükümlerinin uygulanmasının uygun olan çözüm şekli olduğu ve bu nedenle de (çeşit satımlarında alıcıya ayıplı şeyin ayıpsız olan misli ile değiştirilmesi) BK 203'ün uygulanmasının imkânının bulunmadığıdır¹⁷¹.

Yavuz konu ile ilgili olarak öncelikle BK 194/1 in lâfzî yorumundan teslim olunan ayıplı şeyin tarafların üzerinde uzlaştıkları şeyin olması gerektiğini belirtmektedir. Örneğin 1976 model bir aracın satın alınması ve sözleşmenin bu araç konulu kurulmasında halinde, sonrasında satılanın 1975 model bir otomobil olduğunun ortaya çıkması halinde bir aliud ifa vardır. Çünkü satım sözleşmesinin konusu alıcının gördüğü ve kendisine teslim edilen arabadır¹⁷². BK 194/1'in amacına ilişkin yorumunu ise şu cümlelerle dile getirmektedir.

“Her şeyden evvel ayıplı ifa ile aliud teslim arasındaki farkın esasının açıklıkla ortaya konmuş olması gerekir. Sözleşmenin kurulurken konu edindiği çeşitten başka bir çeşidin teslim edilmesi durumunda bir aliud teslim vardır. Aliud olup olmadığına karar verebilmek için teslim konusu şeyin sözleşmede kararlaştırılan şey olup olmadığının

¹⁷⁰ Yavuz s.50. Ayrıca bkz. a.e dn. 28'deki Federal Mahkeme kararı. Ancak Federal Mahkeme yeni tarihli bir kararında bu görüşünü terk etmiştir. Bu karara göre çeşit satımında satılandan başka bir şeyin teslimi borcun ifa edilmemesi teşkil eder ve bu durumda münhasıran borçlunun temerrüdüne ilişkin hükümler uygulama alanı bulur. *Şahiniz*, s 36

¹⁷¹ *Şahiniz*, s 36.'da konu ile ilgili görüşü savunan yazarlar Aral, Yavuz, Schönle, Honsell, Bucher, Keller/Siehr, Gauch/Schluep, Stanislas, Becker ve Ser/Schönenberger olarak belirtilmiştir. Yazar konu ile ilgili olarak aliud ifa durumunda alıcı sözleşmede belirtilen cins malın kendisine teslimini bir ifa davası ile her zaman için talep edebilecek ve böylelikle BK 203 anlamında sunulan çözüm bu yolla da sağlanabilecektir. *Şahiniz*, s. 41

¹⁷² Yavuz, s. 51.

araştırılması gerekir. Ayıplı teslimde teslim olunan şey sözleşme konusu şeydir; hâlbuki aliud'da, sözleşme konusu şeyden başka bir şeyin teslim edilmesi söz konusudur. Ancak her iki durumda da alıcı tatmin edilememekte... ve aynı tepkiyi göstermektedir. Fakat yine de aliud ve pejus kavramlarının birbirlerinde ayırt edilme imkânı vardır. Bu konuda cevabı araştırılması gereken soru şudur. “Bana teslim edilen şey, sözleşme konusu şey midir? “ Olumlu cevap verilmesi halinde akdin ayıplı ifası söz konusudur...Sorunun olumsuz cevaplandırılması halinde ise sözleşme ifa edilmemiştir. Alıcı ifa ya da ifa edilmeme dolayısı ile tazminat taleplerinden yararlanabilecektir”.¹⁷³“ifa etmeme (dar anlamda) ile eksik (kötü) ifa (dar anlamda),birbirlerinden tamamen farklı şeylerdir. Ticari ilişkilerde belli bir güveni sağlamayı amaçlayan ayıba karşı tekeffül hükümleri, sadece ayıplı ifa halinde uygulama alanı bulur. Bu kanun hükümlerinin aliud teslime de uygulanacağını savunma, bu düzenlemenin lafzına ve ruhuna (amacına) aykırılık teşkil eder. Aliud ve satılanın ayıpları arasında her zaman için bir ayrım yapabilme imkânı vardır. Burada özellikle taraf iradelerinin güven prensibine göre yorumlanması¹⁷⁴ yeterli olacaktır. Örneğin teslim edilen şeyin nitelikleri bakımından satım konusu olan(ısmarlanan) şeyden önemli derecede (alıcının kabul edemeyeceği oranda) farklı olduğu durumlarda aliud teslimi söz konusudur.¹⁷⁵”

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi 2004/1917 E 2004/11686 K ve 26.11.2004 tarihli bir kararında parça ve çeşit satışının söz konusu olduğu hallerde aliud ifanın nasıl değerlendirilmesi konusundaki görüşünü şu şekilde dile getirmiştir. “Davacılar 1993 model makine yerine 1980 model makine teslim edildiğini, bir başka anlatımla doktrinde “aliud” teslim olarak tanımlanan satın alınandan başka bir şeyin teslim edildiğini iddia etmişlerdir. Ayıplı mal teslimi ile sözleşme konusu şeyden başka bir şeyin teslimini birbirinden ayırmak gerekir. Bu ayrımın önemi uygulanacak olan kanun

¹⁷³ Yavuz, s. 51 d.

¹⁷⁴ “şeyin ayıplı mı yoksa başka bir nem-i den sayılacağı ticari hayatta yaygın görüşlere göre tayin edilir. Yaz tohumu yerine kış tohumu, çinko kaplama yerine demir kaplama tel, benzin tenekesi yerine yağ tenekesi teslimi hainde ticari teamüllere göre ifanın ayıplı addolunup addolunamayacağı hususunda karar verilmesi gerekir.” Tandoğan, s. 172

¹⁷⁵ Yavuz, s. 51-25

hükümleri ve meydana çıkacak hukuki sonuçlarında kendini gösterir. Doktrinde ve yerleşik yargı kararlarında satılan şeyin ayıplı olduğu bir başka anlatımla ifanın ayıplı olarak değerlendirildiği durumlarda BK.nun 194. madde hükmünün,“aliud” teslim söz konusu ise BK.nun 96. maddesi hükmünün uygulanacağı kabul edilmektedir.Bu durumda uyuşmazlığın çözümünde öncelikle davacıların finansal kiralama konusu makinaları görerek satın alıp almadığı, yani davacıların gördüğü ve belirlediği makinaların davacılara teslim edilip edilmediğinin saptanması gerekir. Eğer davacılar makinaları görüp belirleyip bu makinaların finansal kiralama yolu ile kiralanması için davalıya başvurmuş ve davacıların görüp belirledikleri makinalar davacılara teslim edilmiş ise aliud teslimden değil ayıplı ifadan söz edilir ve TTK ve BK.nun ayıba ilişkin hükümleri uygulanır.

Aksi halde davacıların malı görüp belirlemeden proforma faturada yazılı nitelikte malı finansal kiralama yoluna gitmişlerse 1993 model makine yerine 1980 model makine teslimi sözleşmeye uygun ifa etmeme (“aliud” teslim) halini oluşturur. (Zarife Şenocak BK.nun 96 vd.194.vd maddeleri açısından "aliud"un (başka şeyin) teslimi, Banka Ticaret Hukuku Dergisi Haziran 1989 cilt 15 sayı 1 sh 131-135, İsmail Doğanay Ticari Alım-Satım Akti ve Nevileri Ankara 1993 sh.100-105)

Hal böyle olunca dava konusu uyuşmazlıkta ayıplı mal teslimi mi yoksa“aliud” teslimi mi olduğu konusunda taraf delilleri toplanarak, özellikle davalının, davacı tarafından malın bizzat görülüp belirlenerek finansal kiralama sözleşmesine konu edildiğine ilişkin savunmada sözünü ettiği 6.6.1997 tarihli ibranamede değinilen 10.3.1997 tarihli 97.1.1030 nolu satış sözleşmesinin de ibrazı sağlanarak yukarıda açıklanan ilkeler doğrultusunda bir karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.¹⁷⁶,”

Bu itibarla Yargıtay bu kararında parça borcunda aliud teslim halinde BK 194 vd hükümlere, çeşit borcunun söz konusu olduğu hallerde ise BK genel hükümlere göre talepte bulunulabileceğini kabul etmiştir.

¹⁷⁶ <http://www.kazanci.com/cgi-bin/highlt/ibb/highlight.cgi?file=ibb/files/19hd-20041917.htm&query=aliud#fm>

Ancak diğ er yandan Yargıtay’ca aliud ifa halinde ayıba karşı tekeffül hükümleri çerçevesinde taleplerde bulunulabileceğ i de kabul edilmektedir. Zaman aşımı konusunda ise aliud ifa halinde BK 198 ve TTK 25/b/3 teki süreler içerisinde ayıp ihbarında bulunulmasının gerekmediğ i ve dava zamanaşımının da (Bk 207 ve TTK 25/b/4’teki) kısa zaman aşımı sürelerine değ il, BK 125’teki 10 yıllık genel zamanaşımı süresine kanaatindedir.¹⁷⁷.

e. Muhafaza ve Paketleme

aa. Genel Olarak

Malların muhafazası ve paketlenmesi CISG 35/1 uyarınca sözleşmeye uygunluk kriterleri arasında sayılmış olup, tarafların üzerinde uzlaşmış oldukları bir paketleme veya muhafaza şekli söz konusu ise malların sözleşmede bahsedilen şeklin aksine teslimi, sözleşmeye aykırılık olarak nitelendirilecektir¹⁷⁸. CISG bu düzenlemesi ile malların paket ve muhafazasını madde 35/1 anlamında sözleşmesel bir yükümlölük haline getirerek, bu durumu yan edim olarak nitelendiren birçok ulusal hukuk sisteminden farklı bir yaklaşım izlemiştir¹⁷⁹. Bir diğ er deyiş le, bir kısım ulusal hukuk uygulamalarının aksine, malların paketleme ve muhafazasına ilişkin iddiaların da malların sözleşmeye aykırılığ ı iddialarından biri olduğ u anlayış ı benimsenmiştir¹⁸⁰.

¹⁷⁷ Şahiniz, s 337,. Bu noktada Yargıtay’ın, yukarıda belirtmiş olduğumuz görüşünü yansıtan Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 1988/9372 E ve 1990/1085 K sayılı ve 20.02.1990 tarihli kararı ile bu görüşü destekler diğ er kararlar olan Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 1998/6699 E ve 1998/8279 K sayılı ve 26.11.1998, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 1998/2320 E ve 1998/3782 K sayılı ve 25.05.1998) için bkz. www.kazanci.com.tr.

¹⁷⁸ Schwenzer 1998 s. 278, Atamer, s.194, Henschel, s.182, Peter & Mullis s.134.

¹⁷⁹ Schwenzer 1998 s. 278; Atamer; s.194, Henschel, s.182; Ayrıca mukayeseli atıflar için bkz. Schwenzer 1998 s. 278, dn. 36.

¹⁸⁰ Henschel s. 183, Ayrıca ae.dn 98’paketleme ve muhafazayı yan edim olarak değ erlendiren hukuk sistemleri, Danimarka, Almanya Fransa Avusturya ve İsviçre olarak sayılmıştır. Ayrıca Amerikan Hukuku’nda malların paketlenmesi ve etiketlenmesine ilişkin yükümlölük “implied warranty of merchantability (UCC 2-314)”nin bir parçası olarak nitelendirilmiştir. Bu noktada Birleşik Devletler Hukuku’nda satıcının malların kalitesine ilişkin yükümlölükleri ile ilgili kısa bir bilgi vermek yerinde olacaktır. Bahsedilen bu yükümlölükler Amerikan Hukuku’nda “warranties” olarak adlandırılmakta ve üç

Bunun sonucu olarak da malların ambalajlarının sözleşmede belirtilen şekilde olmayışı halinde alıcının sözleşmeye aykırılık halinde kendisince yararlanılmak istenen hakların kullanımı için muayene ve ihbar yükümlülüğünü yerine getirmelidir.

Maddenin hazırlığı aşamasındaki belgelere ve bu süreç sonunda kaleme alınışına bakıldığında paket ve muhafaza terimleri ile neyin kastedildiği çok da açık değildir¹⁸¹. Ancak maddede birbirlerinden farklı iki terimin kullanılmış olmasından konseptlerinin tamamen aynı olmadığı sonucuna varılabilir. Diğer yandan, ifade ediliş şekli açısından maddede “ya da” (or) bağlacının kullanılmış olması, bu iki terimin aslında çok da farklı anlamlara vesile olmasının amaçlanmadığının bir göstergesi olarak kabul edilebilecektir. Örneğin ne İngiliz ne de Danimarka Hukuku’nda bu iki kavramın birbirinden net çizgilerle ayıramadığı görülmektedir. Zaten yazılı veya sözlü bir çok tartışmada da, muhafaza ve paketlemenin malın çevresel faktörlerden zarar görmesini önleyici etkisi anlamında aynı görev ve işleve hizmet ettikleri kabul edilmiştir¹⁸².

Bu açıklamaların da ışığında muhafaza ve paketlemeye ilişkin bir takım mahkeme kararlarının incelenmesinin konuya açıklık getireceği kanaatindeyiz. Ancak mahkeme kararlarının incelenmesine geçmeden önce de madde 35/1 e göre yaptığımız bu incelemenin, tarafların malların muhafazası ve paketlenmesine ilişkin yükümlülüğün açık veya örtülü olarak sözleşmede belirtilmiş olması hali ile ilgili olduğunu belirtmek uygun olacaktır. Tarafların ambalaj hakkındaki hususları sözleşme ile belirlemediği hallerde ise madde 35/2/d’nin uygulanması söz konusu olacaktır¹⁸³.

başlık altında incelenmektedir. Bu başlıklar (1) "express warranties" “açıkça varlığı vaad (garanti) edilen (nitelikler) (UCC 2–313); (2) implied warranty of merchantable quality” zımni (yeniden) satılabilirlik garantisi)(UCC 2–314); ve (3) implied warranty of fitness for a particular purpose(belirli bir kullanım amacına uygunluğun -zımni- garantisi) (UCC 2–315).’dir. *Honnold* s.252. Burada kullanılan “warranties” “garanti(ler)” teriminden kasıt malların belirli bir kalitede, belirli vasıfları haiz olduğunun garanti (vaad) edilmesidir

¹⁸¹ *Henschel* s. 183

¹⁸² *Henschel* s. 183,

¹⁸³ Ancak <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960429m1.html> adresinde Pace Hukuk Fakültesi tarafından hazırlanan CISG database’inde, kararda değinilen maddeler belirlenirken paketleme ve muhafazaya ilişkin hususun CISG madde 35/2/d ile ilintili olduğu belirtilmektedir. Kanımızca değerlendirmenin bu

COMPROMEX¹⁸⁴ (Meksika)'in 29 Nisan 1996 tarihli kararı malların paketlenme ve muhafazası ile doğrudan ilintilidir. Kararda Meksikalı alıcı Arjantinli satıcıya teneke kutular içerisinde olmak üzere meyve siparişi vermiştir. Bu satımda teslim şekli olarak FOB¹⁸⁵ ve teslim yeri olarak da Şili limanı¹⁸⁶ belirlenmiş olup mallar Şilili bir altyüklenici tarafından sağlanacaktır.

Olayda satıcı teneke kutu ve üzerinde bulunması gereken etiketlere ve alıcı da malların içerisinde taşınacağı kutulara ilişkin örnekleri sunmuştur. Mallar teslim edildiğinde alıcı, malların sözleşmeye uygun olmadığı şikayetinde bulunmuş ve bir noter aracılığı ile karton kutuların bazılarının nemli ve zarar görmüş olduğuna ilişkin bir rapor tutturmuştur. İnceleme sonunda ayrıca, malların içerisinde nakliyesinin yapıldığı bu kutuların nemli ve zarar görmüş olması ve teneke kutuların düşük kalitesi dolayısıyla bir kısım teneke kutuların da paslandığı ortaya çıkmıştır. Daha da ötesi, teneke kutuların üretim sürecinde yapılan hata dolayısıyla, bir kısmının çürümüş olduğu saptanmıştır. Geçen süreçte yaşanan bu olaylar üzerine alıcı, ne teneke kutuların ne de etiketlerin sözleşmede üzerinde anlaşıldığı gibi olmadığını iddia etmiştir. Ayrıca yine teneke kutuların muhtevasının da sözleşmede anlaşılan, değişik çeşitlerde meyve karışımlarından oluşmadığını savunmuştur. Satıcı ise bu iddiaları, (diğer itirazlarının

şekilde yapılmasının nedeni; yargıçların sözleşmede (açık hüküm olmaması hallerinde) tarafların üzerinde zımnen anlaştıkları hususun varlığının araştırılmasına sarf edilecek efor yerine, aynı konunun madde 35/2 altında da çözüme kavuşturulabilecek olması çözümünü seçmenin daha rahat ve kolay olacağı düşüncesidir. Ancak sonuçları açısından düşünüldüğünde hiçbir fark yaratmayacak olan bu yöntemi sadece daha pratik olduğu için eleştirmek sanırsız ki en önemli ödevlerinden birinin, uluslararası ticarete ilişkin meselelerin hallini kolaylaştırmak olan CISG'nin amacına da ters düşecektir.

¹⁸⁴ Meksika Uluslararası Ticareti Himaye Komisyonu (Mexican Commission for the Protection of Foreign Trade), Kararda adı geçen komisyon tahkim sıfatıyla hareket etmiştir.

¹⁸⁵ Bu terim (Free on board – Gemi bordasında teslim) ile satıcının teslim yükümlülüğü, belirlenen yükleme limanında mallar gemi küpeştesini aştığı andan itibaren yerine getirilmiş olur. Mallarla ilgili tüm gider veya hasar rizikoları bu noktadan itibaren alıcı tarafından üstlenilir.

¹⁸⁶ <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960429m1.html> adresindeki karar özetinde tahkim kurulu , Meksikalı alıcı her ne kadar malları FOB/Buyer's Plant (satıcının fabrikası) şartlı satım üzerinde anlaşıldığı iddiasında bulunsada, inceleme sonunda satımın FOB/in any Chlien Port (herhangi bir Şili limanında) olduğuna kanaat getirmiştir. *Garro*

yanında) noter marifetiyle yapılan incelemenin, sadece taraflardan biri tarafından yaptırılması ve huzurunda gerçekleşmediği gerekçesiyle reddetmiştir¹⁸⁷.

Tahkim Kurulu olayda malların miktarında azalma gerçekleştiğini belirtip bunun gerekçesinin de teneke kutuların ve malların içerisinde taşındığı karton kutuların düşük kalitesi olduğunu belirtmiştir. Bu kararı verirken de satıcının, malların deniz yoluyla taşınacağını bilmesinin etkili olduğunu vurgulamıştır. “Satıcı malları, malların korunduğundan emin olacak şekilde muhafaza etmek ve paketlemek yükümlülüğündedir. Olay sonunda gerçekleşen sonuçlara bakıldığında bu yükümlülük yerine getirilmediğinden satıcı malların sözleşmeye aykırılığından sorumludur¹⁸⁸.”

COMPROMEX’in bu kararı, malların sözleşmeye uygunluğunun tasavvurunda, sadece sözleşme konusu malların kendisinin (meyvelerin) değil aynı zamanda konteynerlerin (teneke kutuların) ve paketlemenin (karton kutuların) de sözleşme maddelerine uygun olması gerektiğini göstermektedir¹⁸⁹.

Şimdi bahsedeceğimiz bir diğer karar da malların etiketlenmesi ile ilintilidir. Grenoble Court of Appeal’in 13 Eylül 1995 tarihinde vermiş olduğu bir karar şöyledir:

¹⁸⁷ Henschel s 184.

¹⁸⁸ Henschel s 184. Kurul satıcının FOB taşıma şekli ile malların gemiye yüklenmesi sonucu riskin alıcıya geçtiğini ve alıcının da sözleşmeye aykırılığın satıcının kusurundan kaynaklandığını ispat edemediği iddiasına ise şu yanıtı vermiştir. “malların kalitesine ilişkin özelliklerin yokluğu halinde satıcı madde 36’nın göndermesiyle madde 35 gereği malları onun muhafazasına ve korunmasına uygun bir şekilde nakliye etmekle yükümlüdür. FOB/Herhangi bir Şili Limanı ibaresi satıcıyı sorumluluktan kurtarmaz. Çünkü CISG 36/1 çerçevesinde satıcı, mallara ilişkin riskin alıcıya geçmesi (hasarın intikali) anında bulunan ayıplardan bu ayıplar daha sonra ortaya çıkmış olsa dahi sorumludur.” Bu açıklama sonrası kurul -ispat anlam ve standartlarına değinmeksizin- teneke kutuların maruz kalmış olduğu zararın, teneke kutuların, kutulama paketleme ve nakliyesinin deniz ticareti taşımacılığına dayanıklı olmaması nedeniyle meydana geldiğine karar vermiştir. Garro <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/garro2.html> ile <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960429m1.html> . Aynı yönde Unilex database’inde bulunan Alman mahkemelerince verilmiş olan ve günümüze yakın tarihli (14.12.2006) kararlardan biri için bkz. <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=1165&step=Abstract> Aynı konuda aksi yönde nispeten daha yakın tarihli (24.09.2003) tarihli bir karar için ayrıca bakınız <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=932&step=Abstract>

¹⁸⁹ Henschel s 185.

İtalyan satıcı ile Fransız alıcı arasında, ambalajları içinde teslim olmak üzere Parmesan Peyniri satımına ilişkin bir satım sözleşmesi kurulmuştur. Olayda peynir paketleri üzerinde ne içeriklerini ne de son kullanma tarihlerini gösteren bir etiket bulunmamaktadır. Peynirler sırf bu nedenle Fransız Etiketleme Kanunu'na (French Labelling Rules) uygun olmadığından, normal şartlar altında satılması gereken süre içerisinde satılamamıştır. Bunun üzerine Fransız alıcı, satıcının ürünleri etiketlemiş olması gerekmesini belirterek, malların sözleşmeye uygun olmadığını iddia etmiştir. Satıcı ise iddiayı, sözleşmede, ürünlerin etiketlenmesi konusunda anlaşmaya varılmadığı hususuna dayanarak iddiaları reddetmiştir¹⁹⁰.

Mahkeme alıcının iddiasını şu gerekçelerle kabul etmiştir: “İlkin, satıcı, peynirlerin etiketlenmemesi gerektiği konusundaki iddialarını kanıtlayamamıştır. Bu yüzden de tarafların gerçek iradelerinin ne olduğunun araştırılması ve belirlenmesi icap etmektedir. Tarafların ticari ilişkilerinin aylardır devam ettiğine ve satıcının peynirlerin Fransa’da satılacağını bilmesi¹⁹¹ olgusuna dayanarak siparişin, satıcı tarafından CISG madde 8’e göre ürünlerin Fransız kanunlarına uygun olması gerektiği şeklinde anlaşılması gerekmektedir. Sonuç olarak ürünlerin etiketlenmemesi sözleşmeye aykırılık teşkil etmektedir.¹⁹²”

Buraya kadar anlatılanların üzerine meseleye ilişkin olarak Atamer’ce belirtilen şu hususlar kanımızca da oldukça isabetli ve adil gözükmemektedir. Şöyle ki;

Malların paket ve muhafazasına ilişkin değerlendirme yapılırken ambalajın sadece sözleşme konusu malın zarar görmeden bir yerden başka bir yere nakline mi

¹⁹⁰ *Henschel* s. 185, Karara ilişkin daha ayrıntılı bilgi ve Fransızca metin için bkz. <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&id=151&do=case> ve yine ayrıntılı bilgi ve karara atıf yapılan başkaca meseleler için bkz <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950913f1.html>

¹⁹¹ “Satıcının alıcının niyetini bilmesi veya bilecek durumda olması” meselelerin çözümünde önem arz eden ve mahkemelerce dikkate alınan önemli bir kriterdir. Bu noktada mahkemenin kararında Alman Federal Yüksek Mahkemesi’nce verilmiş 8 Mart 1995 tarihli kararda belirtilen “spheres of influence” – etki alanı prensibinin tanınmasının söz konusu olduğu söylenebilir. *Henschel* s. 186 Her ne kadar s. 186’da Alman mahkeme kararının 1998 tarihli olduğu belirtilse de bunun bir yazım hatası olduğu (muhtelif kaynaklar ve cümlelerin kendisinden yapılan çıkarımla) açıktır.

¹⁹² *Henschel* s. 185, 186.

yoksa bundan öte bir amaca mı hizmet ettiği ihtimallerinin göz önünde bulundurulması uygun olacaktır¹⁹³.

İlk ihtimalde naklin konusunu oluşturan malların sevkiyatı sonucunda mallar ulaşması gereken adrese zarar görmeden vardı ise, bu durumda ambalajındaki yırtılma bozulma vb. hallere CISG 35/1 açısından önem atfetmemek gerekecektir¹⁹⁴. Çünkü malların sadece zarar görmesinin engellenmesi amaçlı paketlenme ve muhafazanın söz konusu olduğu hallerde, sözleşme konusu mal sözleşmede kararlaştırılan şekilde ayıpsız olarak teslim edilmiştir. Aksinin kabulü CISG madde 7 uyarınca dürüstlük kuralının ihlalini teşkil edecektir¹⁹⁵. Ancak tarafların üzerinde anlaşmış oldukları ambalaj için alıcı tarafından ayrıca bir bedel ödenmesi halinde ise mallar zarar görmemiş olsa dahi malların üzerinde anlaşılan şekilde paketlenmemesi sözleşmeye aykırılığı ve beraberinde de madde 39 uyarınca alıcının ihbar yükümünü beraberinde getirecektir.¹⁹⁶

Lakin sözleşme konusu mallara ilişkin ambalaja, malların zarar görmesini önleme dışında bir anlam yüklenmiş ise (örneğin parfümlerin şişe ve kutusunda satılması hali¹⁹⁷ kutuları ile birlikte yeniden satılacak olan saatler), taraflarca üzerinde uzlaşılan paketlenme ve muhafazaya uygun olmayan mal teslimi 35/1 çerçevesinde sözleşmeye aykırılık teşkil edecektir¹⁹⁸. Bu olasılıkta yukarıda belirtilenden farklı olarak sözleşme konusu malların (saatlerin veya parfüm şişelerinin) spesifik olarak zarar

¹⁹³ Atamer, s.195.

¹⁹⁴ Atamer, s.195.

¹⁹⁵ Atamer, s.195, Henschel s 185, Kanımızca da bu sadece tarafların birbirleri ile bundan sonra yapacakları alış veriş anlamında etkili değildir. Bir diğer deyişle, alıcı karşılaşmış olduğu bu durumun yinelenebileceği endişesini taşımasını gerektiğini düşündüğü durumda zaten satıcı ile olan ticari ilişkisini gözden geçirecek ve belki de sonlandıracaktır. Dolayısıyla sözleşme konusu malların zarar görmemesi ihtimalinde, ambalajın zarar görmesine satıcı aleyhine bir hukuksal sonuç bağlamak çok da adil gözükmemektedir.

¹⁹⁶ Atamer, s.195,

¹⁹⁷ Henschel, s.182

¹⁹⁸ Atamer, s.195,

görmüş olup olmaması tespit ve ayrımının önemi yoktur¹⁹⁹. Bu halde alıcı madde 39 uyarınca ihbar yükümünü yerine getirmelidir.

bb. Türk Hukuku Açısından

Türk Hukuku'nda ise ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun konusu prensip olarak sadece satılan şey olmasına karşın sorumluluğun onun teferruatına da sirayet edebileceği haller de mevcuttur²⁰⁰. Ambalajın, malların (sigara, çikolata gibi orijinal ambalajlarında perakende satılacak olması örneklerinde olduğu üzere) bir kez daha satılacak olması veya malın korunması amacına hizmet ettiği hallerde alıcı tarafından ayıba karşı tekeffül hükümlerine dayanılabilecektir²⁰¹. Bunun sonucu olarak da belirtilen hallerde alıcı, muayene ve ihbar yükümlülüklerini yerine getirmekle mükelleftir.

2. Objektif ölçütlere (Tarafların varsayılan ifadelerine)²⁰² Aykırılık²⁰³ (CISG 35/2)

a. Genel olarak

CISG madde 35 yukarıda belirtmiş olduğumuz sözleşmesel yükümlülükler (35/1) yanında madde 35/2 ile bir kısım tamamlayıcı objektif yükümlülükler de

¹⁹⁹ *Atamer*, s.195, *Henschel* s 185,

²⁰⁰ *Yavuz* s. 64.

²⁰¹ *Yavuz* s. 64.

²⁰² Çalışmanın bundan sonraki bölümünde bizce daha uygun olan “tarafların varsayılan iradeleri” ifadesi kullanılacaktır.

²⁰³ Bu başlık altında değinilen objektif ölçütler, bir kısım yazarlarca “tarafların zımni yükümlülükleri (Borçları)” ve “zımni uygunluk kriterleri” olarak adlandırılmıştır. *Bernstein & Lookofsky*, s. 84, *Hyland* s 312, *Flechtner* s.166; UNCITRAL DIGEST s. 629, Burada zımni teriminden kastedilen tarafların sözleşmede açıkça belirtmedikleri ve CISG madde 8 çerçevesinde sözleşmeden, bu konuda bir niyetlerinin zımnen de olmadığı çıkarımının yapılabildiği hallerdir. Bir diğer deyişle, bu terim (tarafların iradesini esas alarak) sözleşmede açıkça belirtilmeyen ve sözleşmede açıkça belirtilmemiş olmasının yanında (sözleşmeye göre) zımni olarak da çıkarımının yapılamadığı tarafların üzerinde anlaştıkları varsayılan hususlara bir diğer deyişle “tarafların varsayılan iradelerine” ilişkindir. Bu husus bir kısım yazarlarca zımni garantiler olarak da tanımlanmıştır. *DiMatteo, Dhooge, Grene, Maurer, Pagnattaro* s. 299-440.

sunmaktadır. Bu anlamda CISG madde 35/2, malların sözleşmeye uygunluğunu belirlemek adına, tarafların üzerinde uzlaşmış oldukları hususların “sözleşmede” belirtilmemesi veya belirtilen hususların ihtiyacı karşılamaması hallerine uygulanmak üzere, (kural olarak uluslar arası bir satım sözleşmesinde tatmini gerekli-zorunlu olan) bir dizi objektif kritere ilişkin düzenlemeler getirmektedir²⁰⁴. Bu kriterler ulusal hukuk sistemlerinde de büyük ölçüde kabul görmüş olup ²⁰⁵ malların kalite, fonksiyon, paketlenme ve muhafazasına ilişkin (satım sözleşmelerinin bir parçası olarak nitelendirilebilecek) ve (satıcıyı sözleşmede bu hususlarla ilgili müspet anlamda hüküm bulunmamasına rağmen) bağlayıcı, varsayılan hükümlerdir²⁰⁶. Profesör Richard Hyland’in deyimiyle madde 35, sözleşmede satımı kararlaştırılan malların kalite ve özelliklerine ilişkin reçetesini (tarafların aksine bir anlaşması olmaması halinde) yazmaktadır²⁰⁷. Belirtilen anlayış tarafların, sözleşmede, malların karakterine ilişkin her ayrıntıyı düzenlemesinin oldukça nadir olması gerçeğinin kabulünün bir sonucu olarak nitelendirilebilir²⁰⁸. Bu yönüyle madde 35/2, tarafların üzerinde zımni veya sarih bir şekilde anlaşmış olmadığı ve tarafların niyetinin CISG madde 8 anlamında sözleşmeden çıkarımının mümkün olmadığı hususlara ilişkin olarak fer-i (yardımcı-tamamlayıcı) objektif kurallar ve standartlar getirmektedir²⁰⁹. Bahsetmiş olduğumuz bu değerlendirmeyi temellendiren anlayış, Schlechtriem & Butler’e göre “makul surette düşünülen basiretli tacirlerin, sözleşmede tanımsız kalan konu hakkında, eğer taraflar tüm

²⁰⁴ *Schwenzer* 1998 s. 278.

²⁰⁵ UK. Sale of Goods Act, 13,14 ve 15. bölümler, Uniform Commercial Code, Bölüm 2 -314 (Birleşik Devletler) BürgerlichesGezetzsbuch/BGB 434 I 2 (Almanya), Huber, Peter; Mullis, Allistair s 134 dn.478; ve yeni Çin Sözleşme Kanunu madde 62 ile bağlantılı olarak madde 154 , *Henschel*, s.190-191, Amerika İngiltere ve Çin’in belirtilen maddelerinin İngilizce metinleri için ayrıca bkz. *Henschel*, s.191 dn. 7-8-9, Sayılanların dışında İsviçre madde 197 birinci cümle, Avusturya ABGB 922, French Civil Code Code Art. 1641 *Schwenzer* 2005 s. 416 dn 38. Türk Borçlar Kanunu madde 194, Ayrıca yukarıda sayılmayan AB Yönergesi 2/II,c ve benzeri örnekleme için bkz. *Atamer*, s.199 dn. 361

²⁰⁶ UNCITRAL DIGEST s. 629,

²⁰⁷ *Hyland* s. 312.

²⁰⁸ *Schlechtriem & Butler* s.115, *Atamer*, s.196.

²⁰⁹ *Schlechtriem & Butler* s.115

dikkatlerini vererek ilgili meseleyi düşünmüş olsalardı hangi şartlar üzerinde (kural olarak) uzlaşmış olurlardı”²¹⁰ mantığıyla oluşturulmuş bir kriter olarak nitelendirilebilir.

Madde 35/2’nin önemi 35/1’e göre yapılacak olan ilk inceleme sonrası tarafların gerçek niyetlerinin ne olduğunun hiçbir şekilde sözleşmeden anlaşılmaması üzerine uygulama alanı bulacak olmasıdır. Bu noktada maddede belirtilen, taraflarca aksinin kararlaştırılmadığı hallerde ifadesi önem kazanmaktadır. Bir diğer deyişle madde 35/2’de belirtilen ikincil kurallar, taraflarca aksinin kararlaştırılmadığı hallerde devreye girmekte ve madde, malların (genel anlamda) uygun olması gereken sözleşmesel şartlar açısından bir kısım müspet varsayımlarda bulunmaktadır²¹¹.

Taraflar madde 35/2’nin sözleşmeye uygulanmasını madde 35 in de kaleme alınışında belirtildiği üzere aksine anlaşarak ortadan kaldırma özgürlüğüne sahiptirler²¹². Kendilerince aksinin kararlaştırılmadığı (tarafların otonom güçlerini kullanarak 35/2 kriterlerini sözleşme dışı bırakmadıkları)²¹³ tüm hallerde ise madde ile bağlıdırlar²¹⁴.

Madde 35/2 dört alt bölümden oluşmakta olup maddede belirtilen kriterler sırasıyla “

²¹⁰ *Schlechtriem & Butler* s.115, *Schwenzer* 2005, s.416.

²¹¹ *Hyland* s. 312; *Henschel & Felemegas* s. 167.

²¹² UNCITRAL DIGEST s. 629.

²¹³ UNCITRAL DIGEST s. 629.

²¹⁴ Örneğin bir mahkeme, malların kalitesi hakkında bir sözleşmenin, sadece malların sahip olması gereken olumlu nitelikleri belirtmesi ve satıcının borçlarını ortadan kaldıran olumsuz hükümler içermemesi halinde madde 35/2’nin uygulanmasının (taraflarca anlaşarak) ortadan kaldırılmış sayılamayacağına karar vermiştir. Clout Case no 37 Sweden 1998, Başka bir mahkeme de aynı sonuca (satıcının sorumluluğunu ortadan kaldıran maddenin geçersiz kılınmasına) bu tarz bir maddenin geçerliliği sorununun CISG kapsamı dışında kaldığı ve uluslar arası özel hukuk kaideleri gereği meseleye iç hukuk kurallarının uygulanması gerektiği gerekçesi ile ulaşmıştır.Clout Case no 168, Germany 1996, UNCITRAL DIGEST s. 629-630. Ayrıca Henschel madde 35/2/a için maddenin bir anlamda “uluslararası ticaret hukuku temel prensibinin kanunlaştırılması” olduğu yorumunda bulunmuştur. *Henschel & Felemegas* s. 168)

a. Aynı Türden malların mutata olarak tahsis edildiği kullanım amacına uygun olmak;

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

c. Satıcının alıcıya örnek veya model olarak sunduğu malların kalitesine sahip olmak

d. İlgili türden mallar açısından mutata sayılabilecek şekilde ve böyle bir mutata şeklin var olmadığı hallerde malların muhafazası ve korunmasına uygun surette paketlenmiş olmak” tır.

Sayılan bu hallerden ikisi (Madde 35/2/a ve 35/2/d) taraflar aksini kararlaştırmadığı sürece tüm sözleşmelere uygulanabilirken diğer ikisinin (madde 35/2/b ve 35/2/c) tarafların bir takım eylemleri ile tetiklenmeye ihtiyacı vardır.²¹⁵ Ayrıca sayılan bu kriterler kümülatif olup mallar belirtilen bu standartlara uygun olmadığı takdirde sözleşmeye aykırı addedilmek gerekir.²¹⁶

b. Mutata Kullanım Amacına Uygunluk (CISG madde 35/2/a)

aa. Genel Olarak

CISG madde 35/2’de belirtilen varsayılan yükümlülüklerin madde 35/1’e göre tarafların sözleşmede açıkça belirtmemiş oldukları veya CISG 8/1 anlamında zımni olarak üzerinde uzlaştıklarının da çıkarımının mümkün olmadığı hallerde devreye gireceğinden yukarıda bahsetmiştik²¹⁷. Bu anlamda madde de belirtilen dört kriterden en önemlisinin veya diğerleri arasında ayrı bir öneme sahip olanının a bendi olduğu

²¹⁵ UNCITRAL DIGEST s. 630, *Atamer*, s.198, *Flechtner* s.167.

²¹⁶ UNCITRAL DIGEST s. 630.

²¹⁷ Aynı yönde bkz. *Atamer* s. 199.

söylenebilir²¹⁸. “Mallar, taraflarca sözleşmede aksi kararlaştırılmadığı sürece aynı türden malların mutaat olarak tahsis edildiği kullanım amacına uygun olmalıdır.” Bu hüküm birçok ulusal hukuk sisteminde de yer almaktadır.²¹⁹

Ticari mallara ilişkin siparişler genellikle, onların hangi amaç için edinilmek istendiği belirtilmeksizin genel kriterlere göre yapılır. Ancak malların her zaman için alıcının zihninde yer alan bir amaç için alındığı da yadsınamaz bir gerçektir. Dolayısıyla da CISG anlamında alıcılar mallara ilişkin ödedikleri bedel için makul bir kullanım değeri umma hakkını haizdirler. Bu nedenle de aksine bir anlaşmanın olmadığı durumlarda alıcı, malların en azından kullanılacakları amaca uygun olması beklentisindedir²²⁰. Örneğin bowling toplarının bowling oyunu için, konserve domateslerin²²¹ veya herhangi bir tür yiyeceğin tüketime, kullanıma hazır konfeksiyon ürünlerinin de gerekli ölçülere uygun olması ve terzilik anlamında bir eksikliğin olmaması, seramik haşlama kaplarının sıcağa dayanıklı olması, (ürünün çeşidine bağlı olarak) ürünün çalıştırılması ve kullanılmasına ilişkin teknik talimatlarının da (uyarı ve ürün güvenlik rehberinin açık bir şekilde gösterilmesi de dahil olmak üzere) ürünün kendisi ile birlikte sunulmasının gerektiği hallerinde²²² olduğu gibi.

Malların mutaat olarak tahsis edildiği amaca uygunluğu aynı zamanda belirli bir kaliteyi içermesini de ifade eder. Mallar, kendilerine özgü niteliklere sahip olmadıklarında, bünyelerinde materyal anlamda kullanımlarını etkileyen bir kısım ayıplar bulundurdıklarında, hatalı sonuçlara veya umulmadık masraflara neden olduklarında kullanım amacına uygun değildir²²³.

²¹⁸ *Bernstein & Lookofsky*, s. 83.

²¹⁹ Almanya 243 (1) BGB, 360 HGB; İsviçre madde 71/2 OR, 197 birinci cümle, Avusturya ABGB 922, French 1246 Cc, UCC 2-314 2 (b) *Schwenzer* 2005 s. 418 dn. 47; Ayrıca Türkiye BK m 70 ve sorunu çeşit borcuna özgülemeyen genel olarak her edimin ortalama bir kalitede olmasını arayan Hollanda 6:28 BW; PECL Art. 2.105 ve PICC Art. 5.6 *Atamer* s. 200 dn. 368 .

²²⁰ *Hyland* s. 317-318; *Atamer* s. 199. *Bernstein & Lookofsky*, s. 83.

²²¹ *Bernstein & Lookofsky*, s. 83.

²²² *Schwenzer* 2005 s.417, belirtilen hallere ilişkin mahkeme kararları için bkz ae. s. 417 dn 41c, 42a, 44, 44a, Benzer örneklemeler için ayrıca bkz *Henschel* s 190, *Atamer*, s. 196

²²³ . *Bianca* s. 273.

Amaca uygunluğun belirlenmesinde uygulanacak olan kıstas ise aynı ticari ilişkide ve sektörde (alıcı veya satıcı sıfatıyla) bulunan bir makul şahıs tarafından, malların mutata kullanım amacına uygunluğundan ne anlaşılması gerektiği sorusuna verilecek olan yanıttır.²²⁴ Malın mutata kullanıma elverişliliği normal bir süre boyunca kullanıma elverişliliğe de sahip olmasını beraberinde getirmektedir²²⁵.

bb. Türk Hukuku Açısından

Hukukumuzda ise yapılan tanımlara bakıldığında CISG'nin birbirinden ayrı haller olarak tanımladığı, yukarıda belirtmiş olduğumuz anlamda mutata kullanım amacına uygunluk kavramı ile aşağıda üzerinde duracağımız tahsis edilen (özel)amaca uygunluk kavramlarının iç içe geçmiş bir şekilde tanımlandığına tanık olmaktayız²²⁶.

Aral'a göre satım konusunun varsayılan kullanım amacı tarafların birbirine uygun irade beyanlarına veya bu konuda bir anlaşma yok ise (ki bu olsa idi değerlendirme madde 35/1'e göre yapılacaktı) alış veriş hayatındaki anlayışa göre belirlenir²²⁷. Tandoğan'a göre taraflar arasında tahsis amacı konusunda bir anlaşmaya varılamamış ise bu amaç, şeyin satıldığı çevrede egemen olan görüşlere²²⁸, halin icabına, akdin özel şartlarına, malın fiyatına benzer şartlar altında ne gibi vasıflar aranacağına, satım konusu şeyin alışılmış olarak hangi işlerde kullanıldığına bakılarak tespit edilmelidir. Örneğin bir araba atı, koşuma; küp, suyu saklamaya; kullanılmış bir otomobil trafiğe; böcek öldürme tozu böcekleri öldürmeye; bir buzdolabı da soğutmaya

²²⁴ Schwenzer 2005 s.417, Atamer s. 199; Huber, & Mullis, s 135 , Schlechtriem & Butler s.115.

²²⁵ Schwenzer 2005 s.417, Atamer s. 199, Bernstein & Lookofsky, s. 84-85. Bu husus çabuk bozulan ürünler için de geçerli olup, bu ürünlerin amaca uygun kullanımı halinde, teslimden itibaren makul bir süre boyunca sağlamlıklarını sürdürmeleri aranır. Schwenzer 2005 s. 417

²²⁶ Örneğin Tandoğan tarafından kullanılan bir ifadede “*çeşidi ile belirtilen şeylerde özellikle misli eşyada satılanın vasıfları tayin edilmemişse orta vasıfta bir malı teslimi yeterlidir. Yani burada tahsis cihetine uygunluk, orta vasıfta olmakla eşittir.*” Denilmekle CISG anlamında özel kullanım amacına uygunluk malların BK 70 uyarınca orta vasıfta olması olarak tanımlanmıştır. Tandoğan 168. Ancak diğer yandan bir kısım yazarlara göre CISG madde 35/2/a ile b'nin birbiri ile kesistiği de savunulmaktadır.

²²⁷ Aral s. 116.

²²⁸ Aynı kriter Aral'ca “satıcının sorumlu olması gereken elverişliliğinin derecesi, şüphe halinde, iş çevrelerindeki anlayışa göre belirlenir” şeklinde dile getirilmiştir. Aral s. 116.

elverişli olmalıdır²²⁹. Dolayısıyla satılanın bu tarz bir kullanıma elverişli olmaması hali satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğunu doğumuna neden olacaktır. Lakin otomobilin hurda olarak satılması halinde, trafiğe elverişli olması veya sürahinin antika olması halinde suyu sızdırıp sızdırmamasının bir ehemmiyeti bulunmamaktadır²³⁰. Yine akdin kurulması anında alıcının tek taraflı tahsis amacı göz önünde bulundurulmaz²³¹.

cc. Malların Ticarete Elverişliliğinin (Yeniden Satılabilir olmasının) Mutat kullanım amacı çerçevesinde değerlendirilip değerlendirilemeyeceği sorunu

Malların mutat kullanım amaçlarına uygunluğu başlığı altında incelenmesi gereken ve ayrı bir öneme sahip olan bir diğer husus da malların, öncelikle ticari kullanım amacına uygun olması ve yeniden satılabilir olmalarının mümkün olmasıdır²³². Ürünlerin kullanımlarını etkilememesine karşın ticari açıdan malın açık bir şekilde değerini düşüren ayıpların varlığı halinde de mutat kullanım amacına uygunsuzluğun varlığı kabul edilmelidir²³³. Hyland’a göre CISG prensip olarak olmasa da UCC’nin ticarete elverişlilik garantisini kabul etmiştir²³⁴. Yazar Rabel’ e atıfta bulunarak kullanılan “Garanti”²³⁵ teriminin Hanseatic²³⁶ uygulamasındaki “*emtianın ticari*

²²⁹ Tandoğan 167.

²³⁰ Tandoğan 167-168.

²³¹ Aral s. 116. Tandoğan 167. Ancak aşağıda bahsedileceği üzere CISG madde 35/2/b anlamında alıcı tarafından malların tahsis edileceği özel kullanım amacı sözleşmenin kurulması esnasında açıkça veya zımnen satıcıya bildirilmiş ve alıcının koşullardan, satıcının bilgisine ve değerlendirmesine güvendiği veya güvenmesinin makul olduğunun anlaşıldığı her halde satıcı bu özel kullanım amacına aykırılıktan sorumlu olacaktır.

²³² Schwenzer 2005 s.416, Atamer s.201, Bernstein & Lookofsky s. 84-85 Malların mutat kullanıma uygunluğu ile ticari kullanıma uygunluğu ULIS 33/d’de iki ayrı başlık halinde yer almışken konvansiyon bu iki hususu mutat kullanım amacına uygunluk altında birleştirmiştir. Bianca s. 273.

²³³ Bianca s. 273

²³⁴ Bu bağlamda UCC satım konusu malların, alıcının da tacir olması halinde ticarete elverişli (yeniden satılabilir) olması gerektiğini belirtmektedir. Hyland s. 316

²³⁵ Burada belirtilmiş olan garanti teriminden anlaşılması gereken malların mutat kullanım amaçlarına uygun teslim edilmesi gerekmesi ve yeniden satılabilirliğe elverişli oluşlarıdır. Yoksa malların bir kısım nitelikleri taşınmasının da ötesinde bir sonucunun (verim, gelir ya da sürümün) vaad edildiği garanti taahhüdü ile karıştırılmamalıdır.

anlamda alım satımı mümkün olabilecek kalitede olması” gerektiği prensibi kadar eski olduğunu ve o dönemki kıstaslarla günümüz kıstasları arasında oldukça önemli bezelikler olduğunu belirtmekte ve eklemektedir. “(Bahsetmiş olduğumuz anlamdaki) Garanti için geleneksel prensip alıcının, aynı türden malların ticareti ile ilgilenen satıcıdan almış olduğu malların yeniden satılabilir olması konusundaki beklentinin makul oluşudur. Bir diğer deyişle alıcı satın almış olduğu malları yeniden satabilmelidir. .²³⁷”.

Bu noktada tartışılması gereken husus malların ticarete elverişliliğinin değerlendirilmesinin ex lege mi yoksa ex contractu anlayış çerçevesinde yorumlanması gerektiğidir.

Yazara göre alıcının beklentileri her zaman için satıcının durumuna bağlı değildir. Örneğin

“Bir alıcı bir top kumaş aldığında satıcı kim olursa olsun, kumaşın nitelikleri konusunda alıcıya hiçbir vaatte bulunulmasa da kumaş lekesiz olmalı ve üzerinde delikler olmamalıdır. Kumaşın nasıl olması gerektiğine ilişkin alıcıyı koruyucu bir kanun hükmü olmasa dahi durum böyledir. Normal bir ticari işlemde, makul bir alıcı, satın almış olduğu malların değerini yitirmemesini umma hakkına sahiptir” Bu durum alıcının makul beklentisidir ve olağan hayat tecrübesinin bir parçasıdır.”²³⁸

Belirtilen bu anlayış konvansiyonun hazırlık aşamasında da kabul gören anlayıştır²³⁹. Bu noktada sorun, sözleşmeler hukukunun bir satım sözleşmesi konusu mala ilişkin makul beklentileri sağlanması gereken kalitenin alt sınırı olarak

²³⁶ Hanse veya Hansa olarak da bilinen ve Kuzey Avrupa kıyılarında loncalar vasıtasıyla 13-17 yüzyıllarda, döneme ilişkin bir tekel oluşturan ekonomik ticaret birliği, Wikipedia http://en.wikipedia.org/wiki/Hanseatic_League) ayrıca bkz. *Atamer* s. 199 dn 362.

²³⁷ *Hyland* s. 316

²³⁸ *Hyland* s. 317- 318 ve ayrıca bkz, yazarın <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/hyland1.html#65> adresindeki makalesinin 66-67-68 nolu atıfları

²³⁹ CISG Online Commentary <http://www.globalsaleslaw.org/index.cfm?pageID=644> madde 33 para. 5

görmemesindedir²⁴⁰. Kanun ve sözleşmeler borcun iki ayrı kaynağıdır²⁴¹. Ve yeniden satılabilirliğin (ticarete elverişliliğin) ölçütünde bunlardan biri esas alınmalıdır. Her ne kadar iki çözüm de bir dereceye kadar tarafların makul beklentilerine odaklansa da, bu iki kaynak taraflar arasında yapılmış sözleşmeye ayrı anlamlar yüklemektedir. Eğer yeniden satılabilirliğin (ticarete elverişliliğin) **ex lege** kaynaklı olduğu kabul edilirse bu durum alıcının beklentilerinin yasal garantisi haline gelecek, taraflarca taahhüt edilmiş borçların zorunlu destekleyicisi ya da malların belirli amaçlara uygun olmaması halinde satılamayacağını öngören sosyal anlamda verilmiş bir karar niteliğinde olacaktır. Buna karşın çıkarımın ex contractu anlayış esas alınarak yapılması halinde, yeniden satılabilirliğin ölçütü, tarafların sözleşmede demirlemiş beklentilerinin, sözleşme yorumu ile ulaşılabilecek sonuçları olacaktır. Kısaca malın yeniden satılabilmesi konusundaki kriterler ex lege anlayışla yorumlanıp kanun tarafından satıcının uymakla yükümlü olduğu kurallar halini alacak ya da taraflar arası sözleşmenin yorumu ile ortaya çıkarılacak bir yükümlülük olarak tanımlanacaktır.”²⁴²

“Rabel’e göre satıcının common law’un ticarete elverişlilik anlayışı ile civil law’un gizli ayıplara karşı vermiş olduğu garanti (emtianın belirli vasıfları haiz olması) arasındaki fark, satıcının borcunun kaynağında yatmaktadır. Kıta Avrupası’nda, satıcının ayıplı mallara ilişkin sorumluluğunun ex lege kaynaklı olduğu şüphesizdir. Buna karşın Anglo-Amerikan hukuk sistemi, borcun kaynağını tarafların iradesi şeklinde mütalaa etmek eğilimindedir. Bu noktada Rabel (ayrım konusundaki) tercihini, (ortalama kalitede olması gerektiği konusundaki) garantinin bir taahhütten zorunlu olarak ayrıldığı konusundaki inancı dolayısıyla ticarete elverişlilik şartının ex lege anlayışın türevi olması gerektiği yönünde kullanmıştır²⁴³.”

Rabel civil ve common law ‘un birbirlerine yaklaştığını belirtmektedir. Buna paralel olarak da common law’un satıcının ortalama kalitede mal satması konusundaki

²⁴⁰ Kanımızca burada kastedilen Anglo Amerikan anlayış uyarınca malın yeniden satılabilir olduğu sürece ortalama kalitenin altına düşebileceğinin kabul edilmesinde yatan tehlikedir.

²⁴¹ Cambacérès, Rapport fait à la Convention Nationale (1794): Fenet, Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil I (Paris 1827) 99, 108 (*Hyland’dan alıntı*)

²⁴² *Hyland* s. 318

²⁴³ *Hyland* s. 318.

borcunun ölçütünün tarafların iradelerinden çıkarılabileceği hayalini terk etme eğiliminde olduğu görüşündedir. Bu nedenle malın ortalama kalitede olması konusundaki şartlar sözleşmesel yükümlülüklerle yasal bir destekleyicidir²⁴⁴.

Hyland'a göre yazarın civil ve common law'un birbirlerine anlayış olarak yaklaştıkları doğru ancak istikamet konusundaki fikri yanlıştır. Yazara göre modern eğilim, hem Kıta Avrupa'sında hem de Amerikan hukuk sisteminde ticarete elverişliliğin sözleşmesel yorumu yönündedir²⁴⁵. "Aslına bakılırsa ne Amerikan ne de civil law sistemlerinde sözleşmeye uygunluk hükümleri ticarete elverişliliğe ilişkin(bir buyruk niteliğinde) kesin bir standart getirmemektedir. Ortada sadece sözleşmenin bağımsızlığı konusundaki anlayışı mevcuttur. **Bu nedenle de geriye, Birleşmiş Milletler Konvansiyonu'nun ticarete elverişlilik şartlarına ilişkin sözleşmesel anlayışa doğru olan bu modern evrimi bünyesine katması gerekip gerekmediği sorusu kalmaktadır**²⁴⁶."

Mesele Atamer'ce de tartışma konusu yapılmış olup şu şekilde dile getirilmiştir:

"Satıcı tarafından teslim edilen malın, CISG madde 35/2'de sayılan özelliklere uygun olması gerektiğinin kaynağında, tarafların varsayımsal iradelerinin mi²⁴⁷ yoksa yasal bir yükümlülüğün mü²⁴⁸ yattığı hususu ise tartışmalıdır. Ancak hangi görüşe itibar edileceği bazı hallerde önem taşıyabilmektedir., zira ilk görüşün kabulü halinde CISG

²⁴⁴ Hyland s. 318.

²⁴⁵ Hyland s. 319. Yazar bu görüşünü Alman Fransız ve Amerikan hukuklarındaki anlayışlara ilişkin örneklerle de ayrıca desteklemektedir. Bkz. 319. <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/hyland1.html#65> adresindeki makalesinin 75,76,77,78,79 nolu atıfları

²⁴⁶ Hyland s. 319.

²⁴⁷ Bu görüşte, Hyland, Conformity of Goods, 305-318; Gabriel, 12; Schlechtriem, UN Kaufrecht, N. 135, Mansel AcP 204 (2004), 396,419; Koller/Stalder, FS Gauch 477, 487; Hutter, 39; Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer, Art 35. N.12; Brunner Art. 35 N.7 Atamer s. 196 dn. 350'den aynen alıntı Ayrıca Atamer de aynı görüştedir.

²⁴⁸ Bu görüşte Staudinger/ Magnus, Art. 35 N.10, 1; P. Huber, FS Henrich, 297, 299 Atamer s. 196 dn. 351'den aynen alıntı.

madde 8 uyarınca taraf iradelerini esas alan bir yorum yapmak gerekirken ikinci görüş benimsenirse m.7 uyarınca Anlaşmayı yorumlayarak m. 35'teki kurallara bir anlam vermek gerekecektir. Ex lege bu kurallar uygulanıyor dersek, bu durumda somut sözleşmeden soyutlayarak, bütün sözleşmelere uyacak bir yorumu tercih etmek gerekir. Buna karşılık ex contractu bu kurallar taraflara uygulanır dersek, sadece tarafların iradesinin ön planda olduğu bir yorum yapılabilir. Yani öncelikle fiili iradeye(m. 8/1) sonrasında da varsayımsal iradeye bakılacaktır. (m. 8/2)

Yukarıda anılan görüşlerin yayınlandığı eserlerin tarihlerine bakıldığında tartışılan bu konunun 20 yıldır bir sorun olarak varlığını sürdürdüğü ve üzerinde halen bir fikir birliğine varılamadığı görülmektedir.

Burada problem kanımızca adlandırılış biçimi problemi haline gelmiştir. Yoksa ortada var olan yalnızca bir fiili durum vardır. Dolayısıyla da bu, nasıl isimlendirilirse isimlendirilsin sonuç değişmeyecektir. Kaldı ki CISG madde 7'nin mi yoksa 8'in mi uygulanacağı tartışmasında da aynı problem içinde kaybolunmuştur. Madde 7 veya 8 uygulandığında yolun sonu aynı noktaya varmaktadır. Çünkü madde 7'deki anlayış *sözleşmenin genel olarak tarafların iradesine üstünlük tanınması dolayısıyla* bizi m. 8'in uygulanması sonucuna vardıracaktır.

Ayrıca malların 35/1 anlamında sözleşmeye uygunluğu hakkında yukarıda da belirttiğimiz üzere tarafların açık veya zımni iradelerinin sözleşmenin yorumu yoluyla çıkarımı söz konusudur. Bu çıkarım da kaçınılmaz olarak madde 8 vasıtasıyla yapılmaktadır. Eğer biz CISG madde 8 üzerinden bunu yapabiliyorsak zaten değerlendirme 35/2'ye göre değil 35/1'e göre olacaktır. Eğer inceleme 35/2'ye göre yapılacak düzeye geldi ise tarafların iradesinin çıkarımı sözleşmeden yapılamıyor demektir. Bu durumda elde kalan başvuru kaynağı olan madde 8/2'de, makul olarak nitelendirilen 3. şahısların böyle bir sözleşmeye girselerdi ne yapacak oldukları kriterine dayandığından, bu iradeye tarafların iradesi mi yoksa kanuni bir irade mi denmesinin pek de bir önemi olmayacaktır. Ex lege uygulamada kanunun 3. kişi iradesini sözleşmeye empoze etmesi, Ex contractu temel alındığında da tarafların iradesi adı altında 8/2 uyarınca yine 3. kişilerin toplum ve hukuk tarafından genel kabul görmüş

iradelerinin uygulanması söz konusu olacaktır. Bu noktada farklılık yaratacağı iddia edilen anlayışların yarattığı fark nerededir?

Çeşit borcunda malların ortalama bir kalitede olması ile CISG m. 35/2/1 ‘de düzenlenmiş olan (yukarıda bir nebze olsun açıklanmaya çalışılan ticarete elverişlilik kavramının da içerisine dâhil olduğu) mutata kullanıma uygun olmasının aynı anlama gelip gelmediği doktrinde²⁴⁹ tartışılan başkaca bir meseledir²⁵⁰. Çünkü madde 35/2’ye göre malların yeniden satılabilir olması uluslararası ticaret anlamında (diğer amaçların yanında) “mutata kullanım” olarak mütalaa edilmek gerekir²⁵¹.

Schwenzer’ce satım konusu mallar öncelikli olarak ticari amaçlar açısından uygunluğu haiz olmalı, bir diğer deyişle yeniden satılabilir olmalıdır²⁵². Bu nedenledir ki yeniden satma amaçlı olarak malları satın alan CISG alıcısının, malların yeniden satılabilme özelliğine sahip olmasını umma hakkı mevcut olmalıdır.²⁵³

Birçok ulusal sistem çeşit borcunda malların ortalama kaliteyi haiz olması gerektiği konusunda açık düzenlemeler içermektedir²⁵⁴. Konuyla ilgili olarak, Kanada delegasyonunca bu hükmün CISG’ de açıkça yer alması konusundaki öneri common law ülkeleri temsilcilerine danışıldıktan sonra geri çekilmiştir²⁵⁵. Bu önerinin arkasında yatan İngiliz içtihat hukukunda ticarete elverişlilik kavramının yorumu konusundaki belirsizlik ve bunun sonucu olarak da ortaya çıkması muhtemel yorum farklılıklarıdır²⁵⁶. Dolayısıyla, İngiliz Mahkemelerince verilecek kararlarda, (aynı husus Kıta Avrupa’sı ve Amerikan mahkemelerince 35/2/a malların ortalama bir kalitede olması gerektiği şeklinde anlaşılırken) malların yeniden satılmaya elverişli olması kriteri sağlandığı sürece ortalamadan daha düşük bir kalite söz konusu olsa dahi sözleşmeye

²⁴⁹ Görüşü destekleyen yazarlar için bkz *Schwenzer* 2005, s.418 dn. 46 ve *Atamer* s.199 dn. 367

²⁵⁰ *Schwenzer* 2005, s.417-418, *Atamer* s.199, *Huber, & Mullis*, s 135, *Henschel & Felemegas* s. 168.

²⁵¹ *Henschel & Felemegas* s. 168.

²⁵² *Schwenzer* 2005 s.416

²⁵³ *Bernstein & Lookofsky*, s. 84

²⁵⁴ *Schwenzer* 2005 s.418 ve ae. dn 47; *Atamer* s.200 ve ae. dn 368’de belirtilen ülkelerin konuya ilişkin hükümleri.

²⁵⁵ *Henschel & Felemegas* s. 169

²⁵⁶ *Schwenzer* 2005 s.418

uygunluğunun varlığının kabul edilmesi riski vardır²⁵⁷. Bu sebeptendir ki 1994 yılında SSGA ile yapılan değişiklikle 1979 tarihli SGA²⁵⁸, de yer alan “ticarete elverişlilik” terimi yerine “tatmin edici kalite” ölçütü getirilmiş ve yorum farklılıklarının telafi edilmesi yönünde bir adım atılmıştır²⁵⁹.

Atamer’ce sorun tarafların farazi iradelerinden çıkarılacak çözülebilecektir. Bir malın piyasadaki rayicini ödeyen alıcının o malın orta kalitede olmasını beklemekte haklıdır. Bu bağlamda da ticari hayatın mutata kullanım amacının başlıca amacının yeniden satmak olması yadsınamaz bir gerçektir. Dolayısıyla sorunun çözümünde somut olayın özelliklerinden yararlanılmak gerekir. “*Semenin çok yüksek tayin edilmiş olduğu bazı olaylarda malın vasıflarına ilişkin olarak satıcının özel taahhütlerde bulunmuş olduğu veya malın kalitesinin yüksek olduğu şeklinde bir varsayımdan yola çıkılabilecekken, aksine malın değerinin çok düşük olması, onun belirli özelliklerden yoksun olmasının kabulünü gerektirir.*”²⁶⁰ Malların kalitesi açısından aynı görüş bir anlamda Bianca tarafından da savunulmaktadır. Bianca’ya göre “Konvansiyonun açık hüküm içermemesi dolayısıyla (alıcının hakkı olduğu düşünülen) kalitenin derecesine ilişkin tam ve kökten bir belirleme yapmak mümkün değildir. Ancak şu da bir gerçektir ki; kalite aşağı yukarı (tolere edilebilir sınırlar içerisinde) iyi olmalıdır. En azından fiyat ve diğer şartlar göz önünde bulundurulduğunda makul bir şekilde umulan standardın açık bir şekilde altında olmamalıdır.”²⁶¹

Hollanda Tahkim Enstitüsü’nce (Netherlands Arbitration Institute) 15.10.2002 tarihinde verilmiş bir kararda²⁶² bu konu ayrıntılı olarak ele alınmıştır. Mahkeme

²⁵⁷ Schwenzer 2005 s.418, Atamer s.200 dn 372, Henschel & Felemegas s. 169, Ayrıca bkz. Bernstein & Lookofsky, s. 83 dn. 90, Huber, & Mullis de her ne kadar yeniden satılabilirlik ölçütünü açıkça dile getirmese de malların aynı türde malların mutata olarak özgülendiği amaca hizmet etmesi halinde düşük kalitede olmasına rağmen sözleşmeye uygun olarak kabul edilebileceği görüşündedir s 135.

²⁵⁸ CISG ile The UK. Sale of Goods Act Karşılaştırması konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Bridge 115 – 154.

²⁵⁹ Schwenzer 2005 s.418, Atamer s.200 dn 372; Henschel & Felemegas s. 169

²⁶⁰ Atamer s.201

²⁶¹ Bianca s. 269, Henschel & Felemegas s. 170,

²⁶² Atamer, 200, Henschel & Felemegas s. 170 Henschel bu çözümün Unidroit Principles Art 5.1.6 ile uyumlu olduğunu ve Art. 5.1.6’nın açık bir şekilde (ortalama kaliteden düşük olmamak ancak bunun da

sözleşmenin kaliteye ilişkin olarak bir hüküm içermemesi dolayısıyla 35/2/a ‘nın uygulanması gerektiğine karar vermiştir. Enstitü olaya ilişkin üç muhtemel yorumun olduğu belirtmiş ve bunlardan ilk ikisini sırasıyla, ticarete elverişlilik (İngiliz Hukuku Kaynaklı), ortalama kalite standardı (Civil Law) olarak saydıktan sonra CISG anlamında olaya uygulanmalarının uygun olmadığına karar vermiş ve “makul kalite” kriteri çözümünü getirmiştir²⁶³. Makul kalite standardı kriterinin uygulanması kararında CISG’nin uluslararası niteliği de dikkate alınmış ve bu kriterin, madde 7/1 (Dürüstlük kuralı) ve 2 (anlaşmanın genelinde yatan temel ilkelere göre problemin çözülmesi gerektiği) ile Konvansiyonun hazırlık çalışmaları aşamasındaki görüşlerle uyumlu olması gerekçe gösterilmiştir. Ayrıca meseleye ilişkin Hollanda Kanunları’nın uygulanması söz konusu olursa yine “makul kalite standardı” çözümünün benimseneceğini belirterek bir anlamda verilen kararın kendi içerisinde sağlamasını yapmıştır.²⁶⁴.

dd. Mutat Kullanım Amacının Belirlenmesinde Dikkate Alınacak Ülke kriteri

Malların mutat kullanım amaçlarının belirlenmesi hususunda bekli de üzerinde en çok kalem oynatılan mesele bu belirlemede “hangi ülke kriterlerinin dikkate alınması gerektiği” dir.

Bir kısım yazarlar değerlendirmenin satıcının ülkesine göre²⁶⁵ yapılması gerektiğini öne sürerken, diğerleri alıcının veya malların kullanılacağı (ya da yeniden

durumun özellikleri göz önünde bulundurulmak yapılması kaydıyla) makul kalite ölçütünü benimsemiştir. Karara ilişkin geniş bilgi için bkz. <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/021015n1.html> CISG Case Presentation, Başlık 5.1 Issue 1: Conformity of the Rijn Blend, Bu karara atıf yapılmış diğer eserler; *Huber, & Mullis, s 135 dn. 482, Schwenzer 2005 s.418 dn. 51c, Schlechtriem & Butler s.116*

²⁶³ *DiMatteo, Dhooge, Grene, Maurer, Pagnattaro s 396-399; Ayrıca Schwenzer 2005 s.418.* Yazar mahkemenin makul kalite kriterinin belirlenmesinde alıcının adil olarak nitelendirilebilecek beklentileri üzerine odaklanıldığını belirtmektedir.

²⁶⁴ *Voogd* <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/990517u1.htm> ; *Atamer, s. 200.*

²⁶⁵ Bu yazarlar: *Bianca/Bonell/Bianca, Art35, not 2.5.1; Enderlein/Maskow/Strohbach, Art 35, not 8; Neumayer/Ming, Art 35, not 7; Piltz, Internationales Kaufrecht, 5, para. 4; Aue, Mangelgewährleistung*

satılacağı) ülke²⁶⁶ önerisini getirmektedirler. Schwenzer ve Atamer’ce bu yaklaşım pek doğru gözükmemekte ve her olayın somut özellikleri göz önüne alınarak değerlendirme yapılması görüşü benimsenmektedir²⁶⁷.

Bu noktada CISG’nin çalışma konumuza tekabül eden bölümü ile ilgili yazılmış neredeyse her eserde veya makalede karşımıza çıkmakta olan Alman Federal Mahkemesi’nin (Bundesgerichtshof-Federal Supreme Court) 08.03.1995 tarihli “Midye Davası”nın²⁶⁸ açıklamalarımıza ışık tutacağı kanaatindeyiz.

“Olayda İsviçreli satıcı ile Alman alıcı arasında Yeni Zelanda Midyelerinin satımına ilişkin bir sözleşme yapılmıştır. Alıcı, midyelerin içerisindeki kadmiyum miktarının Alman Federal Sağlık Departmanınca önerilen değerden önemli ölçüde yüksek olduğunun ortaya çıkmasını ve bu nedenle de tüketimini güvenli olmadığı gerekçe göstererek satış bedelini ödemekten imtina etmiştir. Ayrıca satıcıya durumu ihbar etmiş ve midyeleri geri almasını talep etmiştir. Midyelerin tesliminden 6-8 hafta sonra alıcı paketleme konusunda da bir şikâyetle bulunmuştur. Satıcı bunun üzerine satış bedelinin faizi ile birlikte ödenmesini talep etmiştir.

im UN Kaufrecht, s. 75, *Schwenzer* 2005 s.418 dn. 52 aynen alıntı. Ayrıca, Janssen, 81; Brunner, Art. 35 N. 10; Vogel 38-39, Audit, N. 98 *Atamer* s. 203, dn. 383 aynen alıntı

²⁶⁶ Bu yazarlar: Schlechtriem, Seller’s Obligations, 6-21, 6.03; Staudinger/ Magnus Art 35, para. 21; Otto, MDR 1992, 534; Conrad, s.28 *Schwenzer* 2005 s.418 dn 53 aynen alıntı, Ayrıca, Lurger, IHR 2001, 91,101; Ziegler 70-71. Yazara göre, ithal edilen ülkenin standartlarına aykırı mal sözleşmeye aykırıdır. Ancak satıcının CISG 79-80 uyarınca sorumlu tutulamayacağı hallerin varlığı kabul edilebilecektir. *Atamer*, s. 203, dn. 383 dn. 384 aynen alıntı

²⁶⁷ *Schwenzer* 2005 s.419, *Atamer*, s. 200 , *Huber, & Mullis*, s 137

²⁶⁸ Karara ilişkin ayrıntılı bilgi ve karara atıf yapan eserlerin listesi ve kararın İngilizce metni için bkz. <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950308g3.html> ayrıca yine karar özeti için ve Almanca tam metni için bkz. <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=108&step=Abstract> Ayrıca karara atıfta bulunan eserler açısından *Schwenzer* 2005 s.419 dn.57, *Atamer* s. 201-202; *Schlechtriem & Butler* s.117-118 ve dn.136, *Henschel & Felemegas* s. 169 ve dn.15; *Huber, & Mullis*, s 135 ve dn 485; *Bernstein & Lookofsky*, s. 84; *Henschel* s. 201; UNCITRAL DIGEST, s. 631, Eserde mahkemenin her ne kadar malların satıcının kendi ülkesindeki standartlara uygun olup olmaması gerektiği meselesine değinse de konuya açıklık getirilmediğini ayrıca belirtilmektedir. Bkz. dn 22, Aynı yönde *Huber, & Mullis*, s 137. Ayrıca kararın geniş çapta incelemesi için *Flechtner* s.168-173 ve <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/flechtner8.html>

İlk derece mahkemesi satıcı lehine karar vermiştir. Sonraki aşamada alıcı tarafından yapılan itiraz da sonuçsuz kalmış ve karar üst mahkemece onanmıştır. Üst derece mahkemesi kararını şu şekilde gerekçelendirmiştir: Taraflar arası sözleşme Konvansiyonun 1/1 a maddesi uyarınca CISG'ye tabidir. Alıcı bedeli ödemekle yükümlüdür. Satıcının sözleşmeyi esaslı şekilde ihlal etmesi söz konusu olmadığından alıcı CISG madde 25 ve 49/1'e göre sözleşmeden dönemez.

Mahkeme ilk derece mahkemesi kararını midyelerin sözleşmeye uygun olduğuna kanaat getirdiği için onamıştır. Çünkü mahkemece, midyeler CISG 35/2/a'ya göre aynı türden malların mutlak olarak tahsis edildikleri kullanım amacına uygundur. Bu kanaate varılırken, midyelerin önerilenden çok daha yüksek oranda kadmiyum içerdiği ve bunun da malların yeniden satılabilirliğini pek tabii etkileyebileceği gerçeği kabul de edilmiştir. Ancak tıpkı ilk derece mahkemesi kararında olduğu gibi, satıcının alıcının ülkesindeki spesifik kamu hukuku kurallarını bilmesinin kural olarak beklenemeyeceğine karar verilmiştir. Ancak genel olarak her meselede olduğu üzere bu durumun istismarı da olacaktır. Bu haller ise şu şekilde sıralanmıştır: 1) Satıcının ülkesinde de aynı kuralların geçerli olması; 2) böyle bir halin varlığından satıcının haberdar edilmesi (alıcı tarafından bu hale satıcının dikkatinin çekilmesi); 3) veya satıcının bu hali bilmesi veya halin icabı gereği bilmesinin gerekmesi; bu son hale örnek olarak da i) satıcının alıcının ülkesinde bir şubesinin olması ii) tarafların uzun süredir devam eden bir iş ilişkilerinin olması iii) satıcının alıcının ülkesine düzenli olarak ihracat yapması iv) satıcının alıcının ülkesinde kendi ürünlerinin reklamını yapması²⁶⁹²⁷⁰,

²⁶⁹ Her ne kadar bu başlık altında değinilmesi gerekse de mahkeme satıcının paketlemeye ilişkin iddiasını da ihbar süresinin vaktinde yapılmadığı gerekçesiyle reddetmiştir.

²⁷⁰ Karara ilişkin anılan bilgiler Unilex'in CISG çerçevesinde vermiş olan kararlara ilişkin <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=108&step=Abstract> adresindeki sitedeki karar özetinden alınmıştır.

Mahkemece belirtilen istisna kriterlerini henüz saymışken aynı kriterlerin karara gerekçe yapıldığı 17 Mayıs 1999 tarihli United States Federal District Court [Louisiana]²⁷¹ tarafından verilen karardan bahsetmek sanırız ki yerinde olacaktır.

“Lousiana Pazarlama Şirketi (alıcı), İtalyan bir firma tarafından (satıcı) türetilen mamografi ünitelerinin Amerika distribütörlüğü için (münhasır satım hakları sağlayan) münhasır lisans sözleşmesi imzalamıştır. Ürünlerin sağlık mevzuatına olan uygunsuzluğu nedeniyle, mallara Amerikan Gıda ve İlaç Kurumu’nca konulmuştur. Bunun üzerine taraflar arasında çıkan uyuşmazlığın nirengi noktası, sağlık mevzuatına ilişkin gerekli izinlerin alınmasının taraflardan hangisinin sorumluluğunda olduğudur.

Alıcı malların sözleşmeye uygun olmaması gerekçesiyle sözleşmeden döndüğünü beyan etmiş ve uzlaşmazlık tahkime taşınmıştır. Satıcı, ihlalin esaslı olmadığı gerekçesiyle alıcının madde 49’a istinaden sözleşmeden dönme hakkının olmadığını iddia etmiştir. Bu iddiasını desteklemek için de Alman Federal Yüksek Mahkemesi’nin yukarıda bahsetmiş olduğumuz kararında belirtilen satıcının alıcının ülkesinde yürürlükte olan kamu hukuku kurallarına ve düzenlemelerine uygun mal teslim etmek yükümlülüğünün olmadığını belirtmiştir. Kurul bu savunmaya rağmen alıcı lehine karar vermiştir.

Satıcı, kurulun CISG’yi yanlış bir şekilde uyguladığını iddia etmiştir. Çünkü (satıcıya göre) kurul madde 35’in yorumunda Alman Federal Mahkeme içtihadına uymayı reddetmiştir. İtirazda özellikle, kurul kararının kamu düzenine aykırı olduğu belirtilmiştir. Ayrıca kurulun CISG madde 7 uygulamasının “uluslararası satım hukukunu kurallarını açıkça ihlal ettiğini iddia etmiştir.

İtiraz üzerine District Court ilk derece mahkemesi kararını uygun bulmuştur. Ayrıca tahkim kurulunun Konvansiyonun uluslararası karakterini ve yeknesaklık

²⁷¹Karara ilişkin ayrıntılı bilgi ve karara atıf yapan eserlerin listesi, kararın İngilizce metni kararın özeti ve yorumlar için bkz. <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/990517u1.html> ayrıca yine İngilizce karar özeti ve tam metin için <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=360&step=Abstract> Ayrıca karara atıfta bulunan eserler açısından *Schwenzer* 2005 s. .419 dn.58, *Atamer*, s. 202-203, *Schlechtriem & Butler* s.118 ve dn.137, *UNCITRAL DIGEST*, s. 631.

amacını göz önünde bulundurarak Federal Mahkeme kararını doğru bir şekilde yorumladığına ve uyguladığına karar vermiştir. Mahkeme: “Federal Mahkeme kararında her ne kadar satıcının kural olarak alıcının ülkesindeki kamu hukuku kurallarına ve uygulamalarına uygun bir şekilde mal teslim yükümü bulunmadığı belirtilmesine rağmen bu durma üç istisna getirilmiştir...”.

Mahkemece bu husus belirtildikten sonra olayda, yukarıda da sayılan istisnalardan “satıcının bu hali bilmesi veya halin icabı gereği bilmesinin gerekmesi” halinin varlığını kabul etmiştir. Bunu yaparken de “satıcının alıcının ülkesinde bir şubesinin olması” kriterini örnek göstermiştir.”²⁷²

Fletchner konu ile ilgili olarak bir Amerikan Mahkemesi’nin kararında Alman Federal Mahkemesi’nce verilmiş bir kararı emsal olarak uygulamasının dikkat çekici olduğunu vurgulamakta ve bunun Anlaşmanın yeknesaklık amacının sağlanması açısından da cesaret verici bulunmaktadır. Yazara göre Alman Federal Mahkeme kararı, kendisine duyulan saygıyı fazlasıyla hak etmektedir. Mahkeme burada satıcının, alıcının ülkesindeki kamu hukuku kurallarına uymak zorunda olup olmadığını geniş bir yelpazede değerlendirmiştir. Bunu yaparken de yabancı otorite ve kaynaklara da atıf yapmıştır²⁷³.

Buna karşın Fletchner Alman Federal Mahkemesi’nin belirtilen ölçütlerin saptanmasında Almanya dışında yer alan geniş ve yaygın sayılabilecek içtihat hukukuna (her ne kadar kısmen yapmış da olsa) yeterince değinmediğini belirtmektedir. Yazar mahkemece, somut olayın kendisinin gerektirmemesine rağmen, doktrinde daha önce fazlaca tartışılmamış bir meselenin çözümünde benzer olaylara da uygulanabilecek kaideler getirmesinin uygun olmadığını görüşündedir. Ancak bu tarz bir yaklaşımın mahkemenin içerisinde bulunduğu hukuk sisteminden kaynaklanmakta olduğunu kabul

²⁷² <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=360&step=Abstract>

²⁷³ *Flechtner* s.170-171 ve Schlechtriem’in. “Treatment of a foreign court decision as precedent” adlı makalesine atıf dn 16. Ayrıca metnin İngilizcesi <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/flechtner8.html> s.7-11 ve aynı atıf için dn. 33

de etmektedir. Mahkeme burada (Almanya açısından) son karar merci olmasının getirdiği bir sorumlulukla davranmıştır²⁷⁴.

Alman Federal Mahkemesi'nce oluşturulan bu kriterler ileriki tarihlerde verilen başkaca kararlara da emsal teşkil etmişlerdir. Audiencia Provincial de Granada 2.03.2000 (İspanya)²⁷⁵, Oberster Gerichtshof 13.04.2000 (Avusturya)²⁷⁶, Audiencia Provincial de Pontevedra 3.10.2002 (İspanya)²⁷⁷, Supreme Court of Western Australia 17.01.2003²⁷⁸, Oberlandesgericht Frankfurt am Main 29.01.2004²⁷⁹. Yine Alman Federal Yüksek Mahkemesi 2 March 2005 (Donmuş Domuz Eti davası)²⁸⁰

Başka bir kararda da işyeri İslam ülkelerinden birinde bulunan alıcı ile satıcı arasındaki uyuşmazlığın çözümünde mahkeme (alıcının şikâyet nedeninin aslında dini olduğunu da belirterek) satıcının, alıcının ülkesindeki kamu hukuku düzenleme ve uygulamalarını bilmemesi nedeniyle sorumlu tutulamayacağına karar vermiştir²⁸¹. Fransız İstinaf Mahkemesi'nce görülen bir uyuşmazlıkta da tarafların uzun süredir ticari

²⁷⁴ Flechtner s.172.

²⁷⁵ bkz. <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=889&step=Abstract>

²⁷⁶ bkz. <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=687&step=Abstract> Bu kararda taraflardan her ikisi de EU ülkesi olmasına karşın mahkeme satıcının alıcının ülkesindeki kanunları bilmekle yükümlü olmadığına karar vermiştir. Ancak Atamer'ce karar yanlıştır. Mahkeme bu noktada tarafların Avrupa Birliği üyesi olması gerçeğini göz ardı etmiştir. *Atamer s. 204*

²⁷⁷ bkz. <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=895&step=Abstract>

²⁷⁸ bkz. <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=961&step=Abstract>

²⁷⁹ bkz. <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=970&step=Abstract> kararda Satıcının bedelin ödenmesi talebi satıcı ve alıcının Avrupa Birliği ülkesi olması dolayısıyla reddedilmiştir.

²⁸⁰ bkz. <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050302g1.html>; Ayrıca (*Schlechtriem* 2005). Bu davada mahkeme her ne kadar taraf ülkelerdeki kamu hukuku kuralları ve uygulamalarını değerlendirse de malların, (madde 36 her ne kadar ayıp sonradan ortaya çıkmış olsa da) uyarınca riskin geçtiği anda içerisinde bulunan kimyasalların malın kalitesini doğrudan etkilemesi dolayısıyla sözleşmeye aykırılığına karar vermiştir.

²⁸¹ *Schlechtriem & Butler* s.118 Örnek 3.

ilişkide bulunmaları dolayısıyla satıcının alıcının ülkesindeki ilgili hükümleri bilmesi gerektiğine karar vermiştir²⁸².

İlgili standart sorunu sözleşmenin yorumlanması meselesi olarak tanımlanabilir²⁸³. Schwenzer’ce bu bağlamda ilk olarak taraflar arasında 35/2 ye göre özel bir amacın belirtilip belirtilmediği inceleme konusu yapılmalıdır²⁸⁴. Ancak böyle bir amacın belirtilmesi halinde zaten taraflar halin aksini kararlaştırmış sayılacak ve mesele de 35/1’ye göre değerlendirilecektir²⁸⁵. Aslında yukarıda belirtilen kararlardan anlaşılacağı üzere, genel olarak satıcı lehine bir yorum yapılmış ve satıcının alıcının ülkesindeki hali bilmesinin beklenmesinin ancak istisnai hallerde mümkün olabileceği hükme bağlanmıştır. Bu noktada *Huber & Mullis*’ce de belirtildiği üzere en güvenilir yol, CISG madde 35/2/a’daki yoruma dayalı riskleri almaktansa, satıcının, alıcı tarafından, alıcının kendi ülkesinde geçerli kurallara ilişkin uyarılmasıdır.²⁸⁶

Satıcının bildiği veya bilmesi gerektiği varsayılan hususlar açısından Alman Federal Mahkemesi kararında verilmiş örnekler kanımızca da uygun gözükmektedir. Örneğin; satıcının, alıcının ülkesinde bir şubesinin bulunması; tarafların uzun süredir devam eden bir iş ilişkilerinin olması; satıcının alıcının ülkesine düzenli olarak ihracat yapması, satıcının alıcının ülkesinde kendi ürünlerinin reklamını yapması... gibi²⁸⁷. Bu hallerde çözüm yolu malların alıcının ülkesindeki kamu hukuku kural ve uygulamalarına aykırı olması halinde alıcı lehine olacaktır. Tarafların ülkelerinde aynı standardın bulunması halinde (örneğin her iki tarafın da Avrupa birliği üyesi olması halinde olduğu gibi) bu istisnaların kural olarak uygulanması icap edecektir (meğer ki malların sözleşmeye göre kullanılacağı ülke kuralları daha yumuşak standartlar içersin

²⁸² Atamer, s202; UNCITRAL DIGEST,s 632 ayrıca Karara ilişkin daha ayrıntılı bilgi ve Fransızca metin için bkz. <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&id=151&do=case> , ve yine ayrıntılı bilgi ve karara atıf yapılan başkaca meseleler için bkz <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950913f1.html>

²⁸³ Schwenzer 2005, s.419.

²⁸⁴ Schwenzer 2005 s.419.

²⁸⁵ Atamer, s.205.

²⁸⁶ Huber, & Mullis, s 135.

²⁸⁷ Alman Federal Mahkemesi’nin (Bundesgerichtshof-Federal Supreme Court) 08.03.1995 tarihli kararı

veya halin icabından –örneğin malların üzerinde anlaşılan fiyatından- tarafların daha düşük standartlarda anlaşmış olduğu varsayılabilir²⁸⁸.

Standartların alıcının ülkesinde daha yüksek olması ise her zaman sözleşmenin ihlali anlamına gelmemelidir. Bu konuda sözleşme konusu malların alıcının veya son kullanıcının ülkesinde mutat kullanım amaçlarına hizmet etmesi mümkün olacaksa mallar sözleşmeye uygun sayılmalıdır²⁸⁹. Aynı durum satıcının ülkesindeki standartların daha yüksek olması halinde de geçerli olmalıdır²⁹⁰. Lakin düşük standart asla, imalatın asla çevreye sağlığa vs. zararlı olabileceğinin kabulü şeklinde algılanmamalıdır²⁹¹.

Hollanda Yüksek Mahkemesi'nin 23.04.2003 tarihli kararı²⁹² konuya ışık tutar niteliktedir. Şöyle ki:

Hollandalı satıcı ile merkezi Belçika ve Mozambik'te olan alıcı firma un satımı konusunda anlaşmışlardır. Teslim edilen un içerdiği potasyum bromat dolayısıyla hem Hollanda ve AB hem de uluslararası standartlara aykırıdır. Bu nedenle de Mozambikli yetkililerce mallara el konulmuştur. Alıcı bu nedenle madde 49 uyarınca sözleşmeden döndüğünü beyan etmiştir. Satıcı ise alıcının, madde 82/a uyarınca (yetkililerce el konulması üzerine bozulan malları) teslim ettiği şekilde iade edemeyeceğinden ve mallar teslim edildiği dönemde Mozambik'te böyle bir yasağın yürürlükte olmamasından ötürü alıcının sözleşmeden dönme hakkının olmadığı savunmasında bulunmuştur.

Mahkemece bu savunma reddedilmiş ve tarafların sözleşmede malların uluslararası standartlara uygun olacağı konusunda anlaşmış olmaları dolayısıyla alıcı 35/1' e göre haklı bulmuştur. Ancak mahkeme kararda, ürünün uzun vadede insan sağlığı ve DNA'sı üzerindeki olumsuz etkilerini ve Dünya Sağlık Örgütü (WHO) ve BM

²⁸⁸ *Schwenzer* 2005, s.419, Ayrıca (halin icabından)tarafların malın bedeline göre bir kısım kalite kriterlerinden ödün verilebileceği görüşü için *Atamer*, s.201 ve dn 374 ve 375

²⁸⁹ *Schwenzer* 2005, s.419. *Huber, & Mullis*, s 137. Bu hususta da malın taraflarca üzerinde anlaştıkları bedeli önemli bir rol oynayacaktır. *Schwenzer* 2005 s.419, *Atamer*, s.201 ve dn 374 ve 375

²⁹⁰ *Atamer*, s.205, Yazarca bu değerlendirmenin yine malın bedeline göre yapılabileceği belirtilmektedir.

²⁹¹ *Atamer*, s.205,

²⁹² *Bout* <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/030423n1.html>.

Tarım Örgütü (FAO) tarafından oluşturulan tüketici sağlığını koruma amaçlı ve yiyecek kalitesini belirli standartlara yükseltme çalışmalarına odaklı Codex Alimentarius metnine aykırı olmasını da dile getirmiştir²⁹³. Mahkemenin bu kararından anlaşılan, eğer taraflar sözleşmede bu standartlar üzerinde anlaşmasalardı dahi 35/2 anlamında malların sözleşmeye uygun olmadığı konusunda karar vereceğidir. Aksinin kabulü bizi işyeri oldukça gelişmiş bir ülkede bulunan satıcının, işyeri az gelişmiş ülkede olan bir alıcıya, insan sağlığı açısından uygun olmayan ürünleri (hiçbir sözleşmesel yaptırım olmadan) pazarlayabileceği sonucuna götürmektedir²⁹⁴.

Atamer’ce sözleşme hukuku açısından soruna yaklaşıldığında bu standartların nasıl değerlendirileceği sorunu ortaya çıkmaktadır²⁹⁵ görüşü belirtilmiş olsa da kanımızca bu dava açısından buna gerek yoktur. Mahkemenin vermiş olduğu karardan da hareketle meselenin halli CISG madde 35/1 çerçevesinde gerçekleşmiştir²⁹⁶. Ancak sözleşmede malların niteliklerinin “uluslararası standartlara uygun olması” konusunda bir hüküm bulunmasaydı bu yaklaşım gerekli görülebilir ve madde 9/2 uyarınca bu teamülün sözleşme içeriği haline geldiği kabul edilebilirdi. Dolayısıyla yazarca kastedilen, sözleşmede belirtilmiş olan uluslararası standartların nasıl uygulanacağı meselesi yaklaşımı uygun kabul edilebilir. Lakin yukarıda da bahsetmiş olduğumuz üzere, sözleşmede bu standart kararlaştırılmamış olsa dahi mahkemece verilen kararda bir değişiklik olmayacak ve “uluslararası standartlardan” WHO ve FAO gibi kuruluşların standartlarının anlaşılması gerektiğine kanımızca yine karar verilecekti.

Malların kullanılacağı yerin satıcı tarafından bilinmesi veya alıcı tarafından satıcının bu hususta uyarılmış olması da başkaca bir tartışma konusu olarak tek başına satıcıyı sorumlu kılmak için yeterli olmayacaktır. Aksine, ülkesindeki yasal düzenlemelerden satıcıyı haberdar etmek ve bu düzenlemeleri madde 35/1 veya 2 çerçevesinde sözleşmenin bir parçası yapmak alıcının görevidir²⁹⁷. Dolayısıyla da alıcının bu gereklilikleri belirtmemiş olduğu hallerde satıcı ancak Federal Mahkemece

²⁹³ *Bout; Atamer, s.206.*

²⁹⁴ *Janssen s. 147.*

²⁹⁵ *Atamer, s.206.*

²⁹⁶ *Janssen s. 147.*

²⁹⁷ *Schwenzer 2005 s. 420.*

sayılmış (ve o kapsamda değerlendirilebilecek) hallerin varlığı halinde sorumlu tutulabilecektir²⁹⁸. Hollanda Yüksek Mahkemesi 24.04.1999 tarihli kararında, alıcının Alman yetkililerinin konu hakkında “katı uygulamalar” getirdiklerini belirtmesine rağmen, bu hususun, satıcıya sorumluluk atfedilmesine yeterli olmayacağına karar vermiştir.²⁹⁹ Kural olarak satıcı, mallarını ihraç ettiği ülkede yürürlükte olan kanunları bilmek zorunda değildir. Aksine bu konuda satıcıyı uyarmak alıcının görevidir³⁰⁰. Bu hususta mahkemenin gerekçelerinden biri de “ eğer alıcı yıllardır satıcı tarafından kendisine gönderilen malları kamu hukuku hükümlerine aykırı olmasına rağmen kabul ediyorsa, satıcı böyle bir durumda sorumlu tutulamaz şeklindedir³⁰¹”.

Schlechtriem, bu anlayışı Schwenger’in deyimiyle ikna edici argümanlar sunarak eleştirmektedir. Schlechtriem’e göre; eğer satıcı malların kullanılacağı ülke konusunda bilgilendirildi ise, satıcının görevi, sadece mutata kullanım amacına uygun mallar sağlamak değildir. Aynı zamanda alıcının ülkesinde uygulanacak kamu hukuku kurallarını da araştırmakla yükümlüdür. Eğer mesele satıcının bilemeyeceği veya bilmesinin de mümkün olmadığı (malların kullanılacağı ülkedeki kamu hukuku kaynaklı) bir standarda ilişkin ise, alıcının satıcının bilgisine ve değerlendirmesine dayandığı (veya dayanmasının makul olduğu) hususu alıcı tarafından kanıtlanabilir olmaktan zaten çıkacaktır. Dolayısıyla da, malların sözleşmeye uygun addedilebilmesi için haiz olması gerekli kalitenin tespiti açısından malların mutata kullanımlarına uygun olup olmadığı kriterine, sadece, alıcının, satıcıyı açık veya örtülü bir biçimde malların kullanılacağı ülke konusunda bilgilendirmediği nadir hallerde başvurulabilecektir³⁰².

²⁹⁸ Schwenger 2005 s. 420.

²⁹⁹ Schwenger 2005 s. 420.ve dn. 59a; Janssen s. 146-147, ayrıca bkz. Unilex <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=391&step=Abstract> ve Pace Hukuk Fakültesi <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/990427n1.html#cab> web sayfalarındaki karar özet ve yorumları. (belirtmiş olduğumuz bu husus, kararın, alıcının, satıcı tarafından Alman uygulamalarının bilindiği iddiasını içeren bir bölümüdür. Ancak kararda ağırlıklı sözleşmeye aykırılık ihbarı meselesi üzerinde durulmuştur.

³⁰⁰ Janssen s. 147.

³⁰¹ Schwenger 2005 s. 420 dn. 57b.

³⁰² Schwenger 2005 s. 420.

Kanımızca satıcının, alıcı tarafından kendi ülkesindeki kamu hukuku kaynaklı kısıtlamalardan haberdar edilmesi halinde durum Schlechtriem'in belirttiği şekilde kabul edilebilir. Ancak haberdar etme meselesi sadece malların kullanılacağı ülkenin bildirilmesine indirgenirse bu çözüm çok da adil gözükmemektedir. Bu çözümün benimsenmesi satıcıyı, bazen hukukçuların dahi içerisinde boğulduğu bir okyanusta yalnız başına bırakmaktan ibarettir. Bu duruma bir de yabancı dil sorunu eklenirse okyanusta fırtınalı bir havada yalnızlık söz konusu olacak ve satıcının bu koşullar altında hayatta kalması neredeyse imkânsızlaşacaktır. İşte bu noktada devreye bir can simidi olarak algılanabilecek Alman Federal Mahkemesi kararı girmektedir. Güçler dengesi açısından mahkemece zaten istisnalar getirilmiş ve bu istisnai hallerde satıcının kural olarak sorumlu olacağı bir anlamda kabul edilmiştir.

Tüm bu açıklamalardan sonra meselenin her somut olayın özelliklerine göre, CISG madde 7, 8 ve 9 göz önünde bulundurularak çözümlenmesi gerektiği görüşümüzü yinelemenin yerinde olacağı kanaatindeyiz.

Son olarak değinilmesi gereken bir hal de istisnai olarak satıcının söz konusu aykırılıktan haberdar olmasına rağmen alıcıyı uyarmakla yükümlü olup olmadığı meselesidir. Atamer'e göre eğer ilgili konuda satıcı bilgilendirilmemişse ve alıcının bu konuda satıcının bilgi ve tecrübesine dayanması için bir neden de yoksa satıcının alıcıyı uyarması beklenmemelidir³⁰³. Ancak kanımızca satıcı, iyi niyet kaidelerinin alıcının uyarılmasını gerekli kıldığı her halde alıcıyı uyarmalıdır. Yapmış olduğumuz bu tanım her ne kadar oldukça soyut görünse de, yapılacak olan değerlendirmelerde somut olayın özellikleri kriteri göz önüne alındığında sonuçlar daha somut bir şekilde ortaya çıkacaktır.

Türk Hukuku açısından bu başlık altında değinilmesi gereken hususları belirlemek adına her ne kadar konumuz haricinde de kalsa CISG madde 41 ve 42 'de belirtilen hukuki ayıp türlerinden bahsetmenin ve bunların Türk Hukuku'nda hangi

³⁰³ Atamer, s.205 Yazar bu konuda tazminat hakkının ancak satıcının karşı tarafa zarar verme kastı ile hareket ettiği hallerde mevcut olabileceğini belirtmektedir. Ayrıca, kanımızca bu halin herhangi bir biçimde sözleşmeye aykırılık teşkil etmesi (ve durumun ispatı) halinde satıcı madde 40 çerçevesinde 38 ve 39. maddelere dayanma hakkını yitirebilecektir.

hükümlerle karşılandığının tespitinin uygun olacağı kanısındayız. Bu bağlamda da hukuki imkânsızlık ve hukuka aykırılık ile hukuki ayıp ve zapta karşı tekeffül kavramlarına konuyu açıklamaya yardımcı oldukları ölçüde değinilmesi icap etmektedir.

CISG Türk – İsviçre Borçlar Hukuku aksine ayıba ve zapta karşı tekeffül hükümlerini iki ayrı başlık altında incelememiş ve aralarında bir ayırım da yapmamıştır. Bu yönüyle CISG hukuki ayıbın zapta karşı tekeffülden ve (bu başlık altında Türk Hukuku açısından değinilmesinin uygun olduğu düşünülen) hukuki imkansızlıktan ayırt edilmesi güçlüklerini³⁰⁴ de bir anlamda ortadan kaldırmış ve tüm sözleşmeye aykırılık halleri için aynı yaptırımın uygulanabilmesi yeknesaklığını sağlamıştır³⁰⁵.

*Bununla birlikte anlaşma hukuki ayıpları iki başlık altında ele almıştır. CISG madde 41 üçüncü kişilerin mala ilişkin ayni ve şahsi hakka dayanan talepleri üzerinde durmakta iken madde 42 özel olarak üçüncü kişilerin mal üzerinde sinai veya diğer bir fikri mülkiyete dayanan hak ve taleplerini ele almaktadır*³⁰⁶. Buna göre “CISG madde 41 altında ele alınan hallerin çoğu, İsviçre Türk hukukunda BK madde 189 vd’de düzenlenen zapta karşı tekeffül hükümleri uyarınca çözülecek olan hallere; CISG madde 42 altında ele alınanlar ise, BK 194 altında değerlendirilecek olan hukuki ayıplara ilişkindir³⁰⁷.

*Hukukumuzda ise hukuki eksiklikler, satılanın değerini ve ondan beklenen faydaları etkileyen ve objektif hukukun koyduğu bir takım sınırlama ve yasaklardan doğan eksiklikleridir ve satılanın mutlaka alıcının elinden alınması sonucunu doğurmaz*³⁰⁸.

Hukuki eksikliklere örnek olarak konumuz dahilinde olmasa da objektif hukuka dayanan bir mülkiyet sınırlamasının varlığı (örneğin inşaata ilişkin

³⁰⁴ Yavuz s. 62-63; Tandoğan, s. 168

³⁰⁵ Atamer, s. 246.

³⁰⁶ Atamer, s. 246.

³⁰⁷ Atamer, s. 246 dn. 643.

³⁰⁸ Tandoğan, s. 168. Aynı yönde Aral s. 113; Yavuz s. 62.

sınırlamalar), bina yapma üzere satın alınan yerin imar planına göre kısmen yeşil saha veya yol olarak tahsis edilmesine karar verilmesi dolayısıyla geri kalan alanın istenildiği gibi bir bina yapımına elverişli olmaması gibi örnekler verilebilecekken³⁰⁹ konumuz dahilinde kaldığını düşündüğümüz, satılan şeyin hukuka aykırı bir marka taşıması ya da bir kimsenin telif hakkını ihlal etmesi; satılan ürünün örneğin bir elektrikli aracın resmi mercilerce konulan güvenlik kurallarına aykırı olması;³¹⁰ satılan araca gümrükçe el konulması³¹¹ gösterilebilecektir.

Yine aşağıda da belirtildiği üzere, tüketiciyi, işçiyi veya çevreyi korumaya yönelik hükümler, ürün güvenliği hakkındaki normlar, sağlık hukuku normları bu yöndeki örneksemeler arasında sayılabilecektir.³¹²

Buna karşın ithali ve ihracı yasak olan bir ürünün satım sözleşmesi konusu olması hukuki ayıp olarak kabul edilmemekte ve bu hallerin varlığı hukuka aykırılık veya hukuki imkânsızlık olarak nitelendirilmektedir³¹³.

³⁰⁹ Tandoğan, s. 168; Yavuz s. 62.

³¹⁰ Tandoğan, s. 169-170.

³¹¹ Yavuz s. 62 ve dn 66'da belirtilen Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 07.05.1981 tarihli ve 1942 E/3498 K sayılı kararı. Karara göre "Satım sözleşmesinin konusu taşıta, gümrük idaresince el konulduğunda bir uyumsuzluk yoktur. BK. m. 194/207 ile satılanın bozukluklarına karşı sağlamaya ilişkin olarak hükümler öngörülmüştür. Sözü edilen Yasanın 194. maddesi uyarınca, alıcı satıcıya karşı satılanın maddi ya da hukuki bir nedenden ötürü değerini veya işe yararlılığını ortadan kaldıran ya da önemli ölçüde azaltan bozuklukların [ayıpların] bulunmamasından ya da varlığını vaadettiği [söz verdiği] niteliklerden sorumludur. Hukuki bozukluk, satım sözleşmesinin yerine getirilmesi için geçirilen hakkın objektif bir hukuk kuralından ötürü sakatlanmış bulunması, satılanın objektif bir hukuk kuralı nedeniyle öngörülen amaca hizmet edememesidir. Şöyle de denebilir: Satılanın değerine ve ondan beklenen yararlarla etki eden ve objektif hukukun koyduğu bir takım sınırlama ve yasaklardan doğan eksiklikler, hukuki bozukluktur. Zapta karşı sağlamada üçüncü kişinin bir hak nedeniyle satılanı zapta kalkması söz konusu olup hukuki bozuklukta ise geçirilen hak objektif bir hukuk kuralı nedeniyle bozuk bulunmaktadır. Bu hukuk kuralının, kamu hukukuna ya da özel hukuka dayanması önemli değildir. Somut olayda, davacıya satılan taşıta gümrükçe el konulmuştur. O nedenle hukuki bozukluktan ötürü davacı BK. m. 202'deki seçimlik hakkını kullanabilir"

³¹² Atamer, s. 201, Schwenzler 2005 s.418.

³¹³ Tandoğan, s. 169-170; Şahin, s.49.

Sonuç olarak CISG madde 41'in zapta karşı tekeffül hükümlerini 42.'nin de sinai veya fikri mülkiyete dayalı halleri kapsadığı³¹⁴ göz önünde bulundurulduğunda yukarıda sayılan ve fikri ve sinai mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilemeyecek olan tüm haller ile hukuka aykırılık ve hukuki imkânsızlık hallerini bu başlık altında incelediğimiz kamu hukuku kaynaklı sınırlamalar ile ilintilendirmek kanımızca mümkün olmak gerekir. Bu nitelendirme sonrası hukuki ayıplar ile CISG'nin konu ile ilgili çözümünün malların sözleşmeye aykırılığı ve Türk hukuku çerçevesinde BK 194 vd . ayıba karşı tekeffül hükümlerinin uygulanması açısından paralellik gösterdiği savunulabilecektir.

ee. Sonuç:

Buraya kadar bahsetmiş olduklarımızı değerlendirme kriterleri anlamında özetlemek gerekirse, mutata kullanım amacının belirlenmesinde ilk ölçüt alıcının ve malın kendisidir. Bir diğer deyişle bu ihtimalde mutata kullanım amacının belirlenmesi, malların alıcı tarafından kullanılacak veya tüketilecek olmasıdır³¹⁵. İkinci kriter ise yukarıda da belirtildiği üzere malların yeniden satılması amacıyla alınması halidir. Bu noktada malların satılacağı ve kullanılacağı marketin özellikleri önem kazanacaktır. Bahsedilen bu özellikler de ister istemez birçok faktöre dayanmaktadır. Bunlar gelenekler, kültürel özellikler, ekonomik durum, genel dünya görüşü, hukuksal düzenlemeler olabilir³¹⁶. İşte sayılanlar arasında en önemli rollerden biri ise kamu hukuku kaynaklı düzenlemeler ve hangi ülke düzenlemesinin uygulanması gerektiği sorununun çözümüne aittir. Tüketiciiyi, işçiyi veya çevreyi korumaya yönelik hükümler,

³¹⁴ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/beline.html> adresinde yayınlanan *Beline, Thomas M.'e ait* University of Pittsburgh Journal of Technology Law & Policy (Spring 2007) 6 adlı eserde yayınlanan "Legal Defect Protected by Article 42 of the CISG: A Wolf in Sheep's Clothing" başlıklı makale bölüm "B. Article 42 requirement of delivery free from any right or claim is not absolute"

³¹⁵ *Schlechtriem & Butler* s.115.

³¹⁶ *Atamer*, s. 200; *Schlechtriem & Butler* s.115- 116.

ürün güvenliği hakkındaki normlar, sağlık hukuku normları bu yöndeki örneksemelerin en başında sayılabilecektir³¹⁷.

c. Tahsis Edilen Amaca (Özel - Subjektif bir Kullanım Amacına) Uygunluk (CISG Madde 35/ f 2)

aa. Genel olarak

“Taraflarca aksi kararlaştırılmadığı takdirde, mallar ancak aşağıdaki hallerde sözleşmeye uygun sayılırlar” şeklinde başlayan CISG madde 35/2³¹⁸, “b” bendi “sözleşmenin kurulması esnasında açıkça veya zımnen satıcıya bildirilen her türlü özel kullanım amacına uygun iseler; (meğer ki koşullardan, alıcının, satıcının bilgisine ve değerlendirmesine güvenmediği veya güvenmesinin makul olmadığı anlaşılın)” şeklinde devam etmiştir.

Buna göre (bendin ikinci cümlesinde belirtilen istisnai haller dışında) satım konusu mallar, sözleşmenin kurulumu esnasında, açık veya örtülü olarak satıcıya (mutat kullanım amacının yanı sıra) bildirilen özel kullanım amacına da uygun olmalıdır³¹⁹. Bir kısım yazarlarca CISG madde 35/2 a ile b bentlerinin birbirleri ile kesiştiği

³¹⁷ Atamer, s. 201, Schwenzer 2005 s.418.

³¹⁸ Maddenin kaleme alınışında 1979 tarihli The UK Sale of Goods Act'in 14/3 ve UCC Uniform Commercial Code 2-315. maddeleri önemli ölçüde model alınmıştır. Schwenzer 2005 s. 421; Hyland s. 321; Atamer, s.207-208; Ayrıca UCC' ye ilişkin maddenin İngilizce metni için bkz Atamer s. 207 dn 401. The UK SGA madde 14.3 İngilizce tam metin ise şu şekildedir: “Where the seller sells goods in the course of a business and the buyer, expressly or by implication, makes known

(a)to the seller, or

(b)where the purchase price or part of it is payable by instalments and the goods were previously sold by a credit-broker to the seller, to that credit-broker,

any particular purpose for which the goods are being bought, there is an implied that the goods supplied under the contract are reasonably fit for that purpose, whether or not that is a purpose for which such goods are commonly supplied, except where the circumstances show that the buyer the buyer does not rely, or that it is unreasonable for him to rely, on the skill or judgment of the seller or credit-broker.

http://www.opsi.gov.uk/RevisedStatutes/Acts/ukpga/1979/cukpga_19790054_en_2#pt2-pb5-l1q14

³¹⁹ Schwenzer 2005 s. 421; Atamer, s.206,

savunulmaktadır³²⁰. Bu noktada öncelik uygulama alanı “a” bendine nazaran daha dar olan ve satıcıya spesifik bir kullanım amacının bildirildiği (hallerde uygulanabilirliği olan) “b” bendine verilmek gerekecektir.

Konu ile ilgili en tipik örnek alıcının malları olağandışı iklim koşullarında kullanılacak olması halidir³²¹. Bu durum malların normalden daha dayanıklı olmasını gerekli kılabılır³²². Daha belirleyici bir örnek ise alıcının türüne az rastlanır, hassas ve narin kuşlar beslemesi ve yem alımında bu hususta uzman olan satıcıyı kuşların bu özellikleri konusunda uyarmasıdır. Eğer satıcı tarafından sağlanan yemler kuşlara zarar verir nitelikte ise (normal şartlar altında bu yemlerin diğer kuşlara bir zarar vermeyecek olması satıcıyı sorumluluktan kurtarmayacak ve) satıcı CISG madde 35/2/b gereğince sorumlu olacaktır. Çünkü bu noktada alıcı satıcıyı yemin hangi tür kuşlar için kullanılacağı konusunda uyarmış ve sonrasında da doğru yemin seçilmesi konusunda satıcının konu hakkındaki bilgi ve değerlendirmesine güvenmiştir³²³. Ancak aşağıda da üzerinde durulacağı üzere karşılaşılan ihtimaller ve bu ihtimallere göre meselenin halli bu örnekte olduğu kadar net olmayabilecektir.

Tacir satıcılar kural olarak bir malın, o mala ilişkin olan olağan kullanım amacına uygun olup olmadığını bilirler. Ancak bazı hallerde satıcılar CISG anlamında bir sözleşmenin kurulmasından evvel (ya bilgilendirilmiş olmaları nedeniyle ya da başkaca gerekçelerle) satım konusu malın özel kullanım amacının da farkında olmak durumunda kalabilirler³²⁴. İşte bu gibi durumlarda satıcı (bilgi ve değerlendirmesine alıcı tarafından güvenilebilmesinin makul olduğu hallerde) böyle bir amacın varlığını da göz önünde bulundurmak konusunda zımni bir yükümlülük altındadır³²⁵.

Anlaşmanın bu hükmünün ilham kaynağı ULIS madde 33/1/e olmakla birlikte CISG madde 35/2/b, hem kaleme alınış hem de içerik açısından bir kısım farklılıklar

³²⁰ Huber, & Mullis, s 138, Bernstein & Lookofsky s. 85.

³²¹ Schwenzer 2005 s. 421, Atamer, s.206, Henschel s.221.

³²² Henschel s.221.

³²³ Huber, & Mullis, s 138.

³²⁴ Lookofsky, Joseph s. 85.

³²⁵ Lookofsky, Joseph s. 85.

taşımaktadır³²⁶. İlkın, ULIS madde 33/1/e “belirli kullanım amacının” ne olduğunun sözleşmede ortaya konulmasını şart koşmaktadır. ³²⁷. Buna karşın CISG madde 352/b, sadece, bu amacın, satıcıya açık veya örtölü bir biçimde bildirilmesini yeterli görmektedir. Görölüğü üzere CISG bu anlamda ULIS ve Kıta Avrupa’sı ulusal hukuk sistemlerinden³²⁸ farklı olarak belirli kullanım amacının sözleşmede belirtilmesinin bir zorunluluk olmadığını ifade etmektedir³²⁹. Bu durum, Henschel’e göre, maddenin alıcının lehine esnetilmesinden başka bir değıldir. ³³⁰ Bunun sonucu olarak da, alıcı tarafından belirli bir kullanım amacının (açık veya örtölü olarak) belirtildiğı hallerde satıcının yükümlükleri daha katı hükümlere tabi olmaktadır³³¹. Dolayısıyla da madde, malların, alıcının kullanım amacına uygunluğunu değerlendirecek bilgi ve takdir yetisine yeterince sahip olmayan satıcılar açısından bir takım zorlukları beraberinde getirmektedir³³². Ancak İkincil fark olarak tanımlanabilecek diğer hal ile satıcı açısından adil olmadığı savunulabilecek bu riskin dengelendiğı kabul edilebilir. Başkaca bir tanımla, alıcı açısından düşünölüğünde maddenin koruyucu etkisinin kapsamı daraltılmıştır³³³. Bu çıkarımın kaynağı, maddede yer alan; alıcının, satıcının bilgi ve değerlendirmesine güvenmediğı veya güvenmesinin makul olmadığı ifadesinin ve halinin göz önünde bulundurulması zorunluluđudur³³⁴. Bu anlamda CISG madde 35/2/b, satıcının sorumluluğu açısından bir değışiklik öngörmüş ve alıcının, satıcının bilgi ve tecrübesine güvenmediğı veya güvenmesinin makul olmadığı halleri sorumluluk sınırı

³²⁶ Henschel s.221.

³²⁷ Henschel s.221; Atamer, s.207, ULIS 33/1 satıcının, maddede belirtilen hallerde, teslim yükümünü yerine getirmiş sayılmayacağını belirttikten sonra sırasıyla bu halleri saymış olup “e” bendi de bu hallerden bir tanesidir. Ulis madde 33/2/e de şu ifadeye yer verilmiştir: “sözleşmede açık veya örtölü bir biçimde belirtilen” belirli bir kullanım amacı’na ilişkin kaliteyi (özellikleri) bünyesinde barındırmayan mallar”

³²⁸ Almanya 434/1, No 1, BGB; İsviçre madde 197/1 OR; Avusturya 922/1, ikinci cümle, ABGB; Fransa madde 1641 Cc. Schwenzer 2005 s. 421’den tercüme edilerek aynen alıntı

³²⁹ Schwenzer 2005 s. 421.

³³⁰ Henschel s.221, Aynı yönde Bianca s. 275.

³³¹ Schlechtriem & Butler s.119.

³³² Schlechtriem & Butler s.119.

³³³ Henschel s.221.

³³⁴ Henschel s.221.

dışında tutmuştur. Madde 35/2/b bu yönüyle, satıcının sorumluluğunu itinayla tanımlamakta ve her somut olayın özelliklerinin göz önünde bulundurulmasına imkân tanımaktadır³³⁵. Ancak her ne kadar böyle bir ayırımın varlığı söz konusu olsa da pratikte maddenin uygulaması ile ULIS 33/2/e arasındaki fark oldukça incedir³³⁶.

CISG 35/2/b'nin uygulanma olasılıklarının incelenmesine geçmeden önce yukarıdaki paragrafta da CISG ve ULIS hükümleri arasındaki ilk fark olarak belirtmiş olduğumuz malların belirli bir kullanım amacına uygun olup olmadığının hangi koşullar altında dikkate alınması gerektiği konusundaki tartışmalara yer vermenin uygun olacağı kanısındayız.

Maddelerin görüşüldüğü Diplomatik Konferans'ta Federal Almanya Cumhuriyeti delegelerince, belirli bir kullanım amacının dikkate alınabilmesinin, bu hususun sözleşmede belirtilmesi koşuluna bağlanması gerektiği önerisinde bulunulmuş olmasına karşın bu teklif kabul görmemiştir³³⁷. Görüşün reddinin sebebi, bu anlayışın, satıcının, malların belirli bir amaca uygunluğu hususundaki sorumluluğunu (alıcı aleyhine), adil olmayan bir şekilde kısıtlayacağı (daraltacağı)'nın düşünülmesidir³³⁸. Çünkü satıcının bu konuda bilgilendirilmiş olması satıcının sorumluluğunu - sözleşmesel olarak üzerinde uzlaşılmasından - daha az sınırlayıcıdır³³⁹. Eğer satıcı özel

³³⁵ *Schlechtriem & Butler* s.120, yazarlarca bu farklılığın öğretisel gerekçelendirmesi CISG 35/2/b'nin, tarafların varsayımsal iradelerini dile getirmiş olması gerçeğinde bulunabilecektir.

³³⁶ *Henschel* s.221, Bianca satıcının (malların belirli bir kullanım amacına uygun olması konusunda) örtülü bir biçimde haberdar edildiğinin kabul edilebilmesinin yaratacağı belirsizlik probleminin, uluslararası hukuklarda "bu durumun açıkça beyan edilmesi" uygulaması ile bir nevi çözüldüğünü belirtmektedir. *Bianca* s. 275. Dolayısıyla da bu yaklaşım her ne kadar yazarın görüşünü yayınlamış olduğu eser günümüz tarihi düşünüldüğünde eski sayılabilecekse de pratikte meselenin halli konusunda fikir vermekte ve tarafların belirli kullanım amacını açıkça belirtmek konusundaki eğilimlerini ortaya koymaktadır Bu noktada ULIS 33/1/e ile CISG 35/2/b arasında belirtilen anlamda uygulamasal farklılıkların çok da fazla olmadığı görüşü desteklenebilecektir.

³³⁷ *Schwenzer* 2005 s. 421.

³³⁸ *Schwenzer* 2005 s. 421.

³³⁹ *Schwenzer* 2005 s. 421. Yazar aynı zamanda bu konuda fikir sahibi olan yazarların listesini aynı sayfanın 65 nolu dipnotunda belirtmiştir. Bu yazarlar: Staudinger/Magnus Art 35 para 26; Soergel-Langeheine, Art 35, para 12; Enderlein/Mascow/ Strohbach, Art 35/not 11; Huber, *RabelsZ* 43 (1979),

amaçla kullanım konusunda bilgilendirildi ise malların belirtilen bu fiili şartlara (iklimsel, kültürel, dini, düşünsel geleneklere ve itikatlara) uygun olmasının yanında kamu hukuku standartlarının araştırılmasından da sorumlu olacaktır³⁴⁰.

Atamer’ce yukarıdaki paragrafta belirtmiş olduğumuz yaklaşım öğretideki çoğu yazarca, CISG madde 35/2’nin (madde 35/1’e rağmen) varoluş amacının açıklanmasında kullanılan argümandır. Atamer bu görüşe ilişkin eleştirisel yaklaşımını şu şekilde dile getirmektedir. “Öğretide yazarların çoğu CISG madde 35/2’ye bir anlam verebilmek adına, bu hallerde alıcının şahsi beklentilerinin satıcı tarafından açıkça onaylanmamış olsa bile tek taraflı olarak sözleşme içeriğini şekillendirebileceğini ifade etmektedir³⁴¹. Bu fıkra ile ilişkin yaşanan tartışmalarda, Alman delegesinin, özel amaca uygunluğun da ancak satıcı tarafından onaylanması ve sözleşme içeriği olması halinde önem taşıyabileceği yönündeki teklifinin reddedilmiş olması da bir gerekçe olarak ileri sürülmektedir³⁴². Oysa Alman delegenin teklifinden anlaşıldığı üzere, eklenmek istenen ifade, konu hakkındaki belirsizliği ortadan kaldırmak ve tereddütleri gidermek amacına hizmet edecekti.; bu teklifin reddedilmiş olmasından, delegelerin, satıcının zımni onayı olmadan, malın belirli bazı özel amaçlara da uygun olması konusunda sorumlu tutulmasını istedikleri sonucuna varılamaz³⁴³.”

413,48/0,481; Heilmann, 179-180; Bir dereceye kadar Welser s. 109’dır. Yine aynı dipnotta başkaca yazarların hükme ilişkin değişik uyarlamalarının olduğu da belirtilmektedir. Kanımızca yazarların maddenin bu bendinin kaleme alınışından hangi anlamsal çıkarımları yaptıklarını belirtilmiştir. Örneğin Niggemann, Pflichten Des Verkäufers; s. 84 örtülü bir anlatımın (belirti ve emarenin) satıcının sorumluluğunu doğuracağı fikrinde olduğunu kabul etmek mümkün iken; Aue, Mangelgewährleistungim UN Kaufrecht, s 75-76 açık veya örtülü bir iletişim kriterini uygun görmektedir. Karollus’un (s 117) ise bildirimin (satıcının belirli bir amaçtan haberdar edilmesinin) yeterince açık bir şekilde yapılması halinde sorumluluk doğuracağı görüşündedir. Bkz. ae. s. 421 dn. 65.

³⁴⁰ Schwenzer 2005 s. 421.

³⁴¹ Bu görüşteki yazarlara ilişkin olarak bkz Atamer s. 207 dn. 397

³⁴² Atamer s. 207 (Schwenzer atfı ile).

³⁴³ Atamer s. 207 Yazar aynı zamanda CISG madde 35/2/b’ye ilişkin olarak yaşanan bu belirsizliğin AB yönergesinde de ilginç bir şekilde etkili olduğunu ancak özel kullanım amacına uygunluğun satıcı tarafından onaylanması gerektiğinin belirtmesi yönüyle yönergenin CISG’den ayrıldığını belirtmektedir. Bkz ae. s. 207 ve dn 400.

Yazar bu iki madde arasındaki ilişkinin ne olduğu sorusunun yanıtını da “*...kanımca fıkra 2’nin aslında neyin sözleşme içeriği olduğunu tespit etmek amacıyla hâkime yardımcı yorum kuralları olduğunu kabul etmek en doğru çözüm gibi gözükmektedir. Dolayısıyla b bendi zımni irade uyuşmasının (tarafların varsayılan iradelerinin) kapsamına hangi hususların girdiğini saptamaya yarayan bir düzenlemedir*³⁴⁴.” şeklinde vermektedir.

Meseleye hukukumuzdaki bakış açısı yukarıda belirtilmiş idi. Ancak bu noktada şu eklemenin yapılması kanımızca uygun düşecektir. “*Satıcıya herhangi bir açıklamada bulunmaksızın satılan özel bir kullanma tarzı için satın alan alıcının, bu özel kullanma tarzına uygun düşmeyen nitelikler sebebiyle satıcıyı sorumlu tutabilmesi imkanı olmayacaktır. Aksine satıcı alıcının bu niyetini biliyor ve davranışlarıyla da alıcının beklediği niteliklerin satılarda mevcut olduğu yolunda onda bir kanaat uyandırmış ya da alıcının daha önce sahip olduğu böyle bir fikri devam ettirmesini sağlamış ise, örneğin dürüstlük kuralına göre gerektiği halde satılanın bu özel kullanım için elverişsizliği konusunda alıcıya bir bildirimde bulunmamışsa, satıcının sorumlu tutulması söz konusu olacaktır*³⁴⁵.”

Satıcıya belirli kullanım amacının açıkça bildirildiği hallerde sorun yaşanmamaktadır³⁴⁶. Eğer satıcı bu bağlamda sorumluluktan kurtulmak niyetinde ise bu husustaki itirazını dile getirmelidir³⁴⁷. Ancak maddeye göre belirli kullanım amacının satıcıya zımni olarak bildirilmesi de mümkündür. Sorunun baş gösterdiği nokta da, satıcının bu belirli kullanım amacını algılamadığı ancak farkına varmış olması gerektiğinin makul olarak nitelendirilebileceği halin ta kendisidir³⁴⁸. Bir diğer deyişle alıcının bu husustaki niyetinin varlığına satıcı tarafından vakıf olunması gerekmesine rağmen olunmamasıdır³⁴⁹.

³⁴⁴ Atamer s. 212.

³⁴⁵ Yavuz s. 72.

³⁴⁶ Hyland s. 320; Schwenger 2005 s. 421.

³⁴⁷ Schwenger 2005 s. 421.

³⁴⁸ Schwenger 2005 s. 421; Atamer s. 209

³⁴⁹ Hyland s. 320.

bb. Özel Kullanım amacının belirlenmesindeki ölçüt

Secretariat Commentary'e göre bu durumda ölçüt satıcının fiili farkındalığıdır³⁵⁰. Diğer taraftan Amerikan Hukuku'na göre, satıcının malların kullanılacağı bu mahsus amacın farkına varabilecek kadar nedene sahip olması yeterli görülmektedir³⁵¹. Schwenzer, satıcının durum (belirli kullanım amacı) hakkında bilgilendirilmesine odaklanan Madde 35/2/b'nin kaleme alınışından, bu amacın makul bir satıcı tarafından halin icabına göre anlaşılabilir olmasının yeterli olduğu görüşündedir³⁵². Satıcının bilfiil alıcı tarafından haberdar edilmiş olması aranmaz, herhangi başka biri de bu bilgiyi aktarmış olabilir³⁵³. Satıcının özel kullanıma ilişkin bilgisinin en geç sözleşmenin kurulması anında mevcut olması gerekmekte olup sonradan yapılan bildirim yeterli olmayacaktır³⁵⁴.

Kanımızca, Schwenzer'in tanımından, dikkate alınması gereken kriterin objektif olması gerektiğinin çıkarımı mümkün ve uygun olacaktır. Yine yazara göre bu yorum (satıcının fiili farkındalığının kanıtlanmasının oldukça zor olması nedeniyle) ispat yükümü açısından da uygundur. Ancak sözleşmenin yapıldığı anda alıcı tarafından belirli amaca ilişkin olarak satıcının dikkatinin çekilmesi (satıcının ilgili konularda bilgilendirilmesi) kesinlikle önerilen çözüm yoludur³⁵⁵.

Bu noktada Heilman'ın görüşü satıcının müspet bilgisinin aranması gerektiği yönünde olup kendisince bu amacın bilinmesi gerekmesi veya anlaşılabilir olması kriteri yeterli değildir³⁵⁶. Yazar, malların belirli kullanım amacının satıcıya bildiriminin

³⁵⁰ Schwenzer 2005 s. 421; Henschel s.229.

³⁵¹ Schwenzer 2005 s. 422; Henschel s.229; Hyland s. 320

³⁵² Schwenzer 2005 s. 422; Henschel s.22; Atamer s. 209 aynı zamanda yazar genel kabul gören görüşün bu yönde olduğunu belirterek bu görüşteki yazarları s 209 dn 406'da saymıştır.

³⁵³ Staudinger/ Magnus, Art 35, para N. 29 Hutter 44 janssen 48 (Atamer s. 209 dn 407 aynen alıntı)

³⁵⁴ Schwenzer 2005 s. 422 ve ae. dn 70'de sayılan yazarlar.; UNCITRAL DIGEST s. 632 Atamer s. 209 ve ae. dn. 408'de yer alan yazarlar Henschel s.235 ve ae. dn 39.

³⁵⁵ Schwenzer 2005 s. 422; Henschel s.229.

³⁵⁶ Heilmann, Jan, Mangelgewährleistung in UN Kaufrecht Voraussetzungen und Rechtsfolgen im Verleign zum internen und zu dem Haager Einheitlichen Kaufgezetzen s.180 (Henschel s.229'dan ae. s. 314'teki kaynakçasından aynen alıntı).

madde 35/2/b kapsamında satıcı tarafından bilinmesi ve bilinebilir olmasına yarayacak tüm faktörleri içermesi gerektiği düşüncesindedir³⁵⁷. Buna karşın Henschel'in de belirttiği üzere³⁵⁸ yazarın bilinebilir (knowable) terimini kullanmış olması kendisince bu durumda belirleyici olması gerektiği düşünülen kriterin sübjektifliği fikri ile çok da bağdaşmamaktadır.

Achilles'e göre ise CISG 35/2/b anlamındaki ölçüt Alman Hukuku'ndan (tarafların) irade uyuşmasının (agreement of intentions) zorunlu olmaması ve satıcının yeterli bilgiyi edinmiş olmasının yeterli olacağının kabulü yönü ile ayrılmaktadır³⁵⁹. Yeterli bilginin varlığı ise bu belirli kullanım amacını gösteren fiili durumun, satıcı tarafından gözlemlenilerek farkına varılabilir olmasını sağlayacak sınırlar içerisine çekilmesi ile mümkün olacaktır³⁶⁰. Yazar bu tanımı açıklamak adına şu örneği vermektedir. Malların teslim edileceği adresin satıcıya bildirilmesi muhtemelen (kanımızca kural olarak anlamında kullanılmıştır) malların belirli kullanım amacının (satıcı tarafından) tespiti hususunda yeterli olmayacaktır. Ancak malların yer itibarıyla nerede kullanılacağını belirtmiş olması halinde bu spesifik amacın³⁶¹ gösterilmiş olduğu kabul edilebilecektir³⁶².

Ziegler'se problemin değerlendirmesinde, yine yukarıda belirtilmiş olan Alman delegenin Viyana'daki diplomatik konferanstaki belirli kullanım amacının sözleşmenin içeriği haline getirilmesi önerisine, (bu amacın satıcıya örtülü olarak bildirilmiş olmasının ortaya çıkarabileceği sorunlar nedeniyle) gönderme yapmıştır.³⁶³ Ziegler

³⁵⁷ Heilmann s. 180 (Henschel s.229'dan aynen alıntı).

³⁵⁸ Henschel s.229.

³⁵⁹ Archilles, Wilhelm – Albrecht, Kommentar zum UN Kaufrechtsübereinkommen (CISG) (Neuwied,2000), s. 96, bölüm 7-8 (Henschel s.229'dan ae. s. 311'teki kaynakçasından aynen alıntı)

³⁶⁰ Archilles s. 96 (Henschel s.229'dan aynen alıntı). Yazar ae. s.229 30 nolu dipnotunda, bahsedilen bu görüşün aynı zamanda Enderlein & Maschow tarafından belirtilen “satıcı bu belirli kullanım amacından eğer o kullanım amacının ne olduğunun farkına varabilecek durumda ise haberdar olur” görüşü ile örtüştüğünü belirtmektedir.

³⁶¹ Yukarıda iklim koşullarına ilişkin verilen örnekte olduğu gibi.

³⁶² Heilmann s. 180 (Henschel s.229'dan aynen alıntı)

³⁶³ Ziegler,Ulrich, Leistungsstörungsrecht,nach dem UN Kaufrecht, (Baden – Baden, 1995)s. 72 (Henschel s.229'dan ve ae. s. 320'de yayınlanmış olan kaynakçasından aynen alıntı)

haklı olarak, alıcının belirli kullanım amacını, satıcıya, örtülü (ancak onun da bu amacı algılayabileceği kadar açık bir şekilde) bildirmiş olmasının saptanmasının yukarıda belirtilen halden daha kolay olmadığını dile getirmektedir. Aynı zamanda satıcıya, açıklanan bu belirli kullanım amacı doğrultusunda davranma yükümlülüğünü yüklemenin de (satıcının bu belirtilen hale ne zaman vakıf olduğunu ve buna göre davranma yükümlülüğünün ne zaman doğduğunun tespiti meselesinin göz önünde bulundurulduğunda) o denli kolay olmadığını belirtmektedir³⁶⁴. Yazar bu hususları belirttikten sonra, bahsedilen örtülü irade açıklamalarının, örneğin alıcının davranışlarının, bu belirli kullanım amacının satıcı tarafından zorlanılarak veya zihinsel bir çaba sarf edilerek anlaşılmasını zorunlu kılmayacak şekilde açık olmasını gerektiğini savunmaktadır. Bir diğer deyişle, bu kullanım amacı, satıcı tarafından çözülmesi zor ama eğlenceli bir problem haline getirilerek değil, alıcının malları ne amaçla kullanacağını direkt olarak anlaşılabilmesi bir şekilde ortaya konmalıdır³⁶⁵.

Tüm bu açıklamaların üzerine taraflar arasında belirli bir kullanım amacı konusunda açık bir şekilde anlaşılmalı olması şartı aranmamaktadır. Ancak alıcının, bu spesifik amacı satıcının bu amacın farkına varabileceği bir şekilde dile getirmesi gerekmektedir.

Henschel'in ifadesi ile tarafların (madde 35/1'in uygulanmasına yol açacak şekilde) belirli kullanım amacı konusunda iradelerinin uyuşması bir gereklilik değildir. Sadece satıcıya yapılacak bildirim, satıcı tarafından alıcının malları hangi amaçla kullanacağı teşhis ettirebilecek güçte olmalıdır. Dolayısıyla da kriter sübjektif değil objektiftir³⁶⁶.

Hyland bu hususa ilişkin olarak eserinde civil law hukuk sistemine dâhil ülkelerin konuya ilişkin hükümlerinden örnekler vermektedir. Bu sistemlere ilişkin fikrin arkasında yatanın da satıcının, alıcının, belirli kullanım amacına karşı sorumluluğunun, ancak bunun sözleşmenin bir parçası haline gelmesi şartıyla kabul

³⁶⁴ Ziegler, s. 72 (Henschel s.230'dan aynen alıntı)

³⁶⁵ Ziegler, s. 72 (Henschel s.230'dan aynen alıntı)

³⁶⁶ Henschel s.230

edilebileceğini belirtmektedir³⁶⁷. “Belirtilen bu geçmiş karşısında Konvansiyonun uygunluk kriterinin muntazam bir şekilde yorumu (nun nasıl olması gerektiği) belirsizdir. UKSGA’nın (ilgili hükmünün) neredeyse kelimesi kelimesine kullanılarak oluşturulan Konvansiyon’un (bu maddesinin(CISG 35/2/b)) (bu husustaki) garantiyi (kanımızca alıcının satıcının bilgi ve tecrübesine olan güveni üzerine doğacak olan sorumluluğu anlamında kullanılmıştır.) satıcının fiili bilgisi şartına bağlamış olduğu görülmektedir. Satıcı, ya alıcının durumu itibariyle açık bir şekilde ya da sözleşme aracılığı ile örtülü olarak (bu belirli kullanım amacından) haberdar olur. Bu noktada soru(n), Konvansiyon’un malların sözleşmeye uygunluğu hakkındaki bu köklü ön koşulları³⁶⁸ ne derece teyit edip edemeyeceğidir³⁶⁹.”

Henschel’e göre ise bu durum diğer yandan malların sözleşmeye uygunluğunun değerlendirilmesinde “ihmal”ın standardını da göstermektedir. Bir başka deyişle Konvansiyon birçok hukuk sistemindeki yeterince net olmayan –alıcının belirli kullanım amacı konusunda anlaşılıp anlaşılmadığı konusundaki boşluğu doldurmaktadır³⁷⁰.

Konvansiyon’da 35/2/b’nin yorumunda kullanılacak olan kriterin objektif olduğu görüşüne Atamer katılmamaktadır. Yazar gerek Anglo-Amerikan hukukçularının açıklamalarına gerekse CISG’e ilişkin açıklamalara bakıldığında taraflar arasında irade uyuşmasının olmamasına rağmen satıcının bu konuda sorumlu tutulmasını gerektirecek bir gerekçe olmadığı görüşündedir³⁷¹. Yazarca bu görüş şu şekilde dile getirilmiştir: “*Kara Avrupa’sı hukukunda çok yaygın şekilde kabul göre, sözleşmelerin güven kuramı uyarınca şekillendiği görüşünü bu hale uygulayacak olursak, kanımızca yine taraflar arası bir irade uyuşmasından yola çıkılabilecektir. Zira*

³⁶⁷ Hyland s. 320 - 321

³⁶⁸ Kanımızca burada belirtilen ön koşul kelimesi ile yazar ulusal hukukların konvansiyonun kendisinden önceki (sözleşmesel anlamda uzlaşmış olması şartı) uygulamalarını kastetmektedir. Dolayısıyla da yine kanımızca tartışılan Konvansiyon’un bu uygulamaları ne kadar içine sindirip sindiremeyeceği veya bu uygulamaların dışlanıp dışlanmayacağı meselesidir.

³⁶⁹ Hyland s.321.

³⁷⁰ Henschel s. 231.

³⁷¹ Atamer s.210.

her şartta, alıcının niyetinin satıcıya anlaşılır kılınmış olması şartını aramaktayız.. Bu zımni dahi olsa satıcı özel kullanıma elverişlilik arandığını bilebilecek durumdadır. Bu andan itibaren satıcı, alıcı açısından önem taşıdığını bildiği bu noktada yorum yapmaksızın sözleşmenin akdine onay veriyorsa, bu özel kullanıma uygunluğu teyit ettiği anlamına gelir. ProtestatioFacto Contratria ilkesi gereği eğer bu özel kullanımdan sorumlu tutulmak istemiyorsa, bunu sözleşme görüşmeleri sırasında ifade etmesi beklenir”³⁷².

Açıklamanın ilerleyen bölümlerinde yazar maddenin klasik kullanım alanını satıcının uzman olarak belirli bir malı pazarlaması ve alıcının kendi ihtiyaçlarını beyan etmesi üzerine sözleşmenin herhangi başkaca bir görüşme olmadan kurulması hali olarak tanımlamaktadır³⁷³. Bu hallerde alıcı, uzman satıcının, özel kullanıma uygun mal teslim edeceğini kabul etmekte haklı olup beklentileri sözleşme içeriği olmuştur³⁷⁴. Satıcının, gerçekten bu özellikleri taşımamasına rağmen, alıcıda malın sanılan özellikleri taşıdığı intibayı uyandırması sorumluluğunun doğumuna yetecektir.³⁷⁵

cc. Satıcının bilgi ve değerlendirmesine güven meselesi

Satıcının bilgi ve değerlendirmesine, alıcı tarafından duyulan güven konusunda satıcının (satıma konu olan) malların üretiminde uzman olması halinde veya kendisini alıcıya karşı öyle (olduğunu düşündürecek şekilde) tanıttığı durumlarda, (alıcı tarafından malın amaçlanan kullanımına ilişkin olarak) sorumluluğun varlığı kural olarak, kabul edilmektedir³⁷⁶. Alıcının ilgili alanda belirli bir bilgiye sahip olması da

³⁷² Atamer s. 210.

³⁷³ Atamer s. 211.

³⁷⁴ Atamer s. 211.

³⁷⁵ Atamer s. 209 Ayrıca bkz ae. s. 209 ve görüşün sahibi yazarlar için 411-412.

³⁷⁶ Schwenzer 2005 s. 422, Ayrıca yazarca ae. 71 nolu dipnotunda bu görüşte olan diğer yazarlar ve eserleri şu şekilde belirtilmiştir: *Sclechtriem, Uniform Sales Law* s.67; *Heilmann* s. s. 181; daha geniş olarak, *Staudinger/Magnus* Madde 35, para 31 Schwenzer 2005 s. 422, dn 71’den alıntı.

(satıcının bilgi ve değerlendirmesine duymuş olduğu) bu güveni (güvenilebilirliği) ortadan kaldırmaz³⁷⁷.

Helsinki ilk derece mahkemesince 11.06.1995 tarihinde verilen ve üst mahkemece 30.06.1998 tarihinde onanan cilt bakım ürünleri davasında³⁷⁸ mahkemece, teslim edilen ürünlerin, içerisinde barındırması gereken A vitaminini, raf ömürleri boyunca muhafaza etmemesi gerekçesi ile satıcının 35/2/b'yi ihlal ettiğine kanaat getirilmiştir. Mahkeme alıcının belirli vitamin derecelerine sahip olan ürünleri satın alma niyetiyle hareket ettiğini ve bu belirli amacın satıcıya yeterince açık bir şekilde bildirildiğini belirtmiştir. Ayrıca mahkemece, alıcının, satıcının gerekli A vitamini içeriğinin nasıl elde edilebileceği ve bu sayede gerekli korumanın nasıl sağlanacağı konusundaki bilgi ve tecrübesine güvendiği de kararın gerekçelerinden biri olarak karşımıza çıkmaktadır.³⁷⁹

Ancak alıcının satıcıya nazaran daha fazla tecrübe sahibi olduğu durumlarda (satıcının bilgi ve değerlendirmesine duyulan güvene ilişkin yukarıda varılmış) sonuç farklı olabilecektir.³⁸⁰ Konvansiyona göre alıcının bilgi ve değerlendirmesi satıcıya nazaran daha fazla ise bu durumda satıcının sorumluluğu söz konusu olmayabilecektir³⁸¹. Lakin bu kendi başına yeter bir ölçüt olmayıp³⁸² mesele somut olayın özelliklerine göre değerlendirilmelidir³⁸³. Alıcı daha az tecrübe sahibi olmasına rağmen ürünlerin seçiminde hazır bulunur, malları inceler veya üreticiye ilişkin satım öncesinde bir araştırma yapar veyahut (satıcının kendine bu markanın uygun olduğunu

³⁷⁷ *Schwenzer* 2005 s. 422; Karşıt görüşteki yazarlar ve aynı bilgi ve değerlendirme yetisine sahip tarafların varlığı halinde satıcının bilgi ve değerlendirmesine güvenin satıcı açısından sorumluluk doğurmayacağı görüşü için bkz. ae. s. 422. dn. 72.

³⁷⁸ UNCITRAL DIGEST s. 633 ayrıca kararın İngilizce çevirisi ve karar hakkında ve ilk derece mahkemesi ve üst mahkeme süreçlerine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/980630f5.html#iv>

³⁷⁹ UNCITRAL DIGEST s. 633

³⁸⁰ *Schwenzer* 2005 s. 422.

³⁸¹ *Hyland* s.321-322, *Atamer* s. 209-210. ae. 413 nolu dipnotunda bu görüşe sahip yazarlar ayrıca sayılmış olup bu görüş doktrinde ağırlıkta olan görüş olarak lanse edilmiştir.

³⁸² *Henschel* s. 236

³⁸³ *Bianca* s 275.

söylemediği hallerde) belirli bir marka konusunda ısrar eder ise, bu noktada (satıcının bilgi ve değerlendirmesine) güvenin (yerinde) olmadığı söylenebilecektir.³⁸⁴ Tarafların bilgi ve tecrübelerinin eşit olması halinde ise alıcının, satıcının bilgi ve tecrübesine güvenmekte haklı olduğunu kabul etmek mümkün değildir³⁸⁵. Alıcı tarafından seçilen malların, tahsis edilecekleri amaca uygun olmadığını fark eden satıcı iyi niyet kaideleri gereği alıcıyı uyarmalıdır³⁸⁶. Buna rağmen alıcı tarafından (o mala ilişkin) ısrar edilmesi halinde ise sorumluluk doğmayacaktır³⁸⁷. Satıcının, i) örneğin; üretici olmayıp sadece bir aracı olması halinde, ii) satıcının, alıcıyı, kendisinin konu hakkında özel bir bilgiye sahip olmadığı konusunda bilgilendirdiği hallerde veya iii) bilgi ve değerlendirmenin söz konusu ticaretin o kolunda alışıldık ve bilindik olması hallerinde de alıcının, satıcının bilgi ve değerlendirmesine olan güven yersiz olarak kabul edilebilecektir³⁸⁸.

Alıcının güveninin kabul edilemeyeceği bir diğer hal de malların kullanılacağı ülkeye mahsus özel, izole ve özgün (emsaline pek rastlanmayan) kamu hukuku kurallarının varlığıdır³⁸⁹. Ülkelerdeki Kamu hukuku kurallarından doğan sorumlulukların da bir parçasını oluşturduğu hangi ülke standartları meselesine ilişkin malların mutlak kullanım amacına uygunluk başlığı altında yapılmış açıklamalar bu başlık için de geçerli olup burada ayrıca değinilmeyecektir.

³⁸⁴ Hyland s.321, 322, Schwenzer 2005 s. 422; ayrıca aynı yönde bir kısım yazar görüşleri için bkz. ae. s.422 dn 74

³⁸⁵ Atamer s. 210 yazara göre “zira alıcı malın, düşündüğü özel amaca hizmet edip etmeyeceğini takdir edebilecek durumdadır.” Yine yazarca dn. 414’te Hutter s. 45’ten yapılmış bir alıntıda “CISG m 35/2/b kaleme alınırken aslında daha çok üçüncü dünya ülkeleri düşünülmüştür. Bu ülkeler genelde teknolojik açıdan gelişmiş olan ülkelerdeki yerleşik satıcılara sipariş verirken onların bilgisine güvenmekte, sadece kendi ihtiyaçlarını dile getirmekle yetinmekte ve satıcının uygun olan malı seçip teslim edeceğine inanmaktadır. Hüküm teknoloji birikimindeki bu dengesizliği telefi edici bir hüküm olarak görülmektedir.

³⁸⁶ Schwenzer 2005 s.422. Ayrıca aynı görüşteki yazarlar ıve Secretariat Commentary’nin meseleye ilişkin bahsi için bkz ae. s.422. dn 76.

³⁸⁷ Schwenzer 2005 s.422.

³⁸⁸ Schwenzer 2005 s.422 - 423. Ayrıca bkz ae. s.423 dn 77. Bunun dışında Hyland’ce bu husus alıcının güveninin makullüğü terimi ile tanımlanmaktadır. Hyland s.322; Bianca s 275. Yazara göre alıcının satıcının bilgi ve tecrübesine güvendiği haller önceden öngörülemez olup somut olayın özelliklerine göre değerlendirilmelidir.

³⁸⁹ Schwenzer 2005 s.423.

d. Numune veya Modele Uygunluk

CISG madde 35/2/c'ye göre satım konusu mallar **tarafılarcı aksi kararlaştırılmadığı takdirde** satıcı tarafından alıcıya örnek veya model olarak sunulan malların kalitesine sahip olmalıdır. Konvansiyonun bu hükmünün ilham kaynağı olarak ULIS 33/c maddesi gösterilebilir³⁹⁰. Ancak ULIS'e göre, model veya örnek olarak sunulan malların kalitesine uygunluk konusunda, satıcı tarafından, açık veya örtülü bir biçimde kalite taahhüdünde bulunulmadığı durumlarda, satıcının bu standartlara uygun teslim yapması zorunluluğu yoktur³⁹¹. CISG'de ise bu kayıt kaldırılmış ve yerini (tarafılarcı aksinin kararlaştırılmadığı hallerde) bir örnek veya modelin sunumunun (kural olarak) mallara ilişkin kaliteye dalalet edeceđi³⁹² anlayışına bırakmıştır. CISG çerçevesinde model veya örnek olarak sunulan mallar sözleşmenin esası açısından tarafılarcı üzerinde anlaşılmış standartlar haline gelmektedir³⁹³. Bu halde, örnek veya modelin amacı, malları ve kalitelerini kelimelerle değil bilakis kendileri ile tanımlamaktır³⁹⁴. Bir diğer deyişle, türe ilişkin satışlar ile örnek veya modele dayalı satımlar arasındaki farkın sorgulanması bir yana bırakıldığında, örnek veya modelin

³⁹⁰ Bianca s 276. Henschel s.241

³⁹¹ Bianca s 276. Yazar CISG'de bu maddenin revize edilerek "satıcı tarafından açık veya örtülü bir şekilde taahhüt edilmeyen bir örnek ve modele uygunluk halinden satıcının sorumlu olmayacağı" halinin elimine edilmesini haklı bulmaktadır. Yazara göre "bir örnek veya modelin sunulması, kendi içerisinde, satıcının, malların alıcıya sunulanlarla aynı kaliteyi haiz olacağını konusunda vermiş olduğu taahhüdü zaten barındırmaktadır. Alıcıya bir model veya örneğin sunumu, satıcı açısından yapılan teklifi belirlemek açısından en somut yoldur." Aynı yönde Henschel s.241

³⁹² Henschel s.241

³⁹³ Schwenzer 2005 s.423. Ayrıca Stefan Kuhm tarafından yapılan ve Camilla Baasch Andersen tarafından editörlüğu üstlenilen *Queen Mary Case Translation Programme* dahilindeki çeviride şubat 2002 tarihli München District Court tarafından verilen kararın incelemesinde **Lack of conformity of the Globes** başlığı altındaki yaklaşım. <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020227g1.html> . Ancak 31 Ocak 2001 tarihli kararda Hamburg District Court, alıcının, tarafılarcı örneğe dayalı bir satım sözleşmesi yaptığını kanıtlayamadığına da değinerek, satıcının kalan bedelin ödenmesine hak kazandığını belirtmiştir. <<http://www.cisg-online.ch/cisg/urteile/876.pdf>> Kararın mefhumu muhalifinden tarafılarcı açık olarak sözleşmede bu hususu kararlaştırmadıkları ve alıcı zımni olarak üzerinde uzlaşıldığını iddia ettiği bu hali kanıtlamış olsa idi mahkemenin aksi yönde karar vereceği çıkarımını yapmak mümkündür.

³⁹⁴ Huber, & Mullis, s 138.

sunulması, bir anlamda malların fiili tanımlamasının yapılması ve bunun sonucu olarak da, alıcının (talebe) hak kazanacağı tür ve kalitenin sözleşmesel olarak tanımlanması anlamına gelecektir³⁹⁵. Burada kastedilen tanımlama, tarafların sözleşmesel olarak üzerinde anlaşmasını gerektirmeyip³⁹⁶, örnek veya modelin bir nevi kendiliğinden sözleşme içeriği olması halidir. Ancak satıcı tarafından, alıcıya bağlanma niyeti olmadan bir örnek veya model sunması halinde satıcının sorumluluğu olmayacaktır³⁹⁷.

Model ve örnek kelimelerinin ne anlama geldiği konusunda ne Konvansiyon'un kendisince ne de öncesindeki (hazırlık aşamasındaki) dokümanlarca bir tanım yapılmamıştır³⁹⁸. Bu fark bir kısım yazarlarca detaylı olarak incelenmezken, bir kısım yazarlarca da örnek ve model arasında hiçbir ayrım yapılmamıştır³⁹⁹. Buna karşın bazı yazarlarca⁴⁰⁰ şöyle bir ayrım yapılmaktadır. Örnek, satıcının teslim etmiş olduğu malların arasından alınan numune iken, model, malların kendilerinin mevcut olmadığı durumlarda satıcı tarafından alıcıya incelemesi için sunulan bir nesnedir⁴⁰¹. Model malların tüm, birçok veya bir kısım özelliklerini (örneğin renk gibi) temsil edebilir⁴⁰². Buna karşın satıcının bir örnek (numune) sunmuş olduğu durumlarda satıcı, malların bu örneğin tüm özelliklerini taşıdığını garanti etmektedir⁴⁰³. Modelin söz konusu olduğu durumlarda, sunulan model ile malların hangi özelliklerinin kastedildiğinin ve hangi özellikler üzerinde anlaşıldığının tespiti açısından, taraflar arası

³⁹⁵ Bianca s 276.

³⁹⁶ Schwenzer 2005 s.423.

³⁹⁷ Schwenzer 2005 s.424, Atamer, s. 212-213; Schlechtriem & Butler s.120.

³⁹⁸ Henschel s. 248.

³⁹⁹ Henschel s. 248 ve ae. dn 19-20.

⁴⁰⁰ Yazarlar için Henschel s. 248 ve ae. dn 21

⁴⁰¹ Schwenzer 2005 s.423; Atamer, s. 212; Böyle bir tanımın ve ayrımın yapılmasının meseleyi daha kolay anlaşılır ve çözülebilir hale getireceği düşüncesi ile aynı yönde Hyland, s. 324, Yazarca bu tanım UCC'de yapılan tanım ile de örtüşmektedir. Yazar bu tanımları yaparken Amerikan ve Alman hukukundan alıntılarla bu kelimelerden ne anlaşılması gerektiğine ilişkin tanımlar yapmakta ve bu durumun Konvansiyon çerçevesinde çözülmesi gereken bir meselelerden biri olarak nitelendirmektedir. Ayrıca Henschel s. 248

⁴⁰² Hyland, s. 324, Aynı yönde, Schwenzer 2005 s.423.

⁴⁰³ Schwenzer 2005 s.423.

sözleşmenin yorumuna ihtiyaç vardır⁴⁰⁴. Bianca ise örnek ve modele ilişkin keskin bir ayırım yapmamıştır. Yazar, satıcı tarafından sunulan örnek veya modelin, alıcıya, malın sadece belirli özelliklerini belirtmek amaçlı olarak gösterimi halinde, satıcının örnek ve model ile bağlı olmayacağı görüşündedir⁴⁰⁵. Ancak bu niyet açık olarak ifade edilmelidir.⁴⁰⁶ Bununla birlikte satıcının, bu eylemi, mallara ilişkin ortalama kalite veya tanım vermek amaçlı ise satıcı, (her ne kadar ufak tefek farklılıklara müsamaha gösterilebilirse de) sunmuş olduğu örnek veya modele uygun teslim yapmak durumundadır.⁴⁰⁷.

CISG 35/2/c açısından en çok tartışılan konulardan biri de örnek veya model ile tarafların (35/1'e göre) sözleşmesel tanımlamaları arasında farklılıkların bulunması halidir. Bu durumda hangi bendin uygulanması gerektiği ve hangisine öncelik verileceği sorunun merkezinde yer almaktadır. Çünkü "c" bendi bir anlamda satıcının örnek veya modeli sunuş amacına göre tarafların anlaşmış olması şartını aramaktadır. Madde 35/1'in uygulanabilirliğinin tartışıldığı nokta da tam burasıdır. Bu yorum sonrası Hyland'in dipnot 355'de belirtmiş olduğumuz UCC'deki gibi bir tanımın ve ayırımın yapılmasının meseleyi daha kolay anlaşılır ve çözülebilir hale getireceği düşüncesi bir eleştiri olarak algılanabilir. Atamer'ce de belirtildiği üzere UCC çerçevesinde örnek veya modele uygunluk kriteri "express warranty", yani tarafların açıkça anlaştıkları hususlardan dolayı satıcının sorumluluğunun söz konusu olacağı bir hal olarak düzenlemiştir. Yazar bu gerekçe ile, AB yönergesinin CISG etkisinde kalarak numune

⁴⁰⁴ *Schwenzer* 2005 s.423. Schwenzer'in detaylı olarak yapmış olduğu (354-355-356 . dn ların bağlı olduğu görüşlerde belirtilen) bu ayırım Henschel'ce eleştirilmiştir. Yazar sözleşmenin açıkça bir ayırım yapmamış olduğu bir meselede bu görüşlerin tanım olarak değil de "varsayım" olarak kabulünün daha uygun olacağı görüşündedir. *Henschel* s. 248-249

⁴⁰⁵ *Bianca* s 276; Bu görüş Schwenzer'in yukarıda belirtilen görüşü ile (satıcının sorumluluğu açısından) paralellik göstermektedir.

⁴⁰⁶ *Bianca* s 276

⁴⁰⁷ *Bianca* s 276

(örnek) veya modelin tarafların açık uyuşması dışında kalan bir hususmuş gibi değerlendirilmiş olmasının doktrinde de eleştirildiğini ayrıca vurgulamaktadır⁴⁰⁸.

Yukarıdaki paragrafta bahsetmiş olduğumuz ve sorun olarak nitelendirilebilecek durum CISG madde 35/2 a, b ve d bentleri için de geçerlidir. Bu noktada bir kısım yazarlara göre bu bentler uygulama alanı bulamayacakken bir kısım için kümülatif uygulanabilirlik söz konusu olacaktır⁴⁰⁹.

Buraya kadar, malların sözleşmesel tanımları ile örnek ve modele ilişkin özellikler arasında farklılıkların olmaması halinde, malların hem sözleşmesel olarak uzlaşılan özellikleri hem de örnek veya modelin özelliklerini taşıması gerektiği kabul edilebilir⁴¹⁰. Ancak sözleşme hükümleri ile örnek arasında bir farkın olması halinde, somut olayın özellikleri de göz önünde bulundurularak sözleşme yorumlanmalı ve tarafların hangi kalite ölçütünün önceliğe sahip olacağı konusundaki niyetleri tespit edilmelidir⁴¹¹. Hangi hale öncelik verilmesi konusunda Atamer’ce de (bir kısım yazarlara atıfta bulunularak) savunulan görüş, meselenin yorum yolu ile çözülmesidir⁴¹². Madde 35/2/a çerçevesinde belirtilen mutata kullanım amacına uygunluk ile örnek ve model arasında tutarsızlıkların mevcudiyeti de muhtemel olasılıklar arasındadır⁴¹³. Bu durumda, örnek olarak sunulan nesnenin mutata kullanım amacına da aykırılığı söz konusu ise satıcının (sözleşmenin sağlıklı olarak uygulanabilmesini sonucunu doğuracak olan) malların örneğe ait kalite unsurlarını içerdiğini tartışması

⁴⁰⁸ Konu hakkındaki eleştiri ve Alman Medeni Kanunu’nun yönergeden hangi nedenlerle farklılaştığının gerekçesi ve yorumu için *Atamer*, s. 213 ve ae. dn. 430

⁴⁰⁹ *Henschel* s.255

⁴¹⁰ *Schwenzer* 2005 s.423, Aynı zamanda s. 423 dn. 81a atfı ile Staudinger/Magnus,, Art 35, para39; Achilles, Art 35 para11; Heilmann 186,187; United States 6 Aralık 1995 Federal Appellate Court tarafından verilen kararın da aynı görüşü destekler nitelikte olduğu savunulabilmektedir. Karara <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/951206u1.html> adresinden ulaşılabilir. Ayrıca bkz. *Henschel* s. 247

⁴¹¹ Staudinger/Magnus,,Art 35, para39; Heilmann 186; *Schwenzer* 2005 s.423 dn. 81b’den alıntı. Supreme Court of Austria 11 Mart 1999 <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/990311a3.html>

⁴¹² *Atamer* s. 213; ayrıca görüşünün paylaşıldığı yazarlar için bkz. ae. dn. 431

⁴¹³ *Schwenzer* 2005 s.423.

(iddia etmesi) mümkün olmayacaktır⁴¹⁴. *Huber, & Mullis*'e göre ise, madde 35/2a ile 35/2/c'nin bir anlamda yarışması halinde önceliğin c bendine verilmesi gerektiği

⁴¹⁴ *Schwenzer* 2005 s.423; Avusturya OGH (Oberster Gerichtshof = Supreme Court) tarafından verilen 27 Şubat 2003 tarihli “*Frozen fish case*” kararı bu yöndedir. <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/030227a3.html>&<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=908&step=Abstract>. Olayda Hollandalı satıcı (Davacı) ile Avusturyalı alıcı (davalı) donmuş balık satımı için anlaşılır. Balıkların satışa sunulacağı yer ise Letonya'dır. Alıcı bir kısım sipariş verir. Bu siparişler Ağustos ayının sonunda Riga'ya varır. İkinci sipariş ise Ağustos ayının ortasında verilmiş olup sözleşmede açıkça malların ilk sipariştekilerle aynı kalite de olacağı da kararlaştırılmıştır. Malların son kullanıcıya varması üzerine balıkların bir önceki yıl yakalanmış oldukları ortaya çıkar. Letonya da 6 ayı aşkın balıkların tüketimi ve dolayısıyla da ticareti yasaktır. Bunun üzerine Letonyalı müşteri tarafından hem de ilk siparişler kabul edilmez hem de sonrasında verilmiş olanların kabul edilmeyeceği beyan olunur. Alıcı durumu satıcıya bildirir ve malların kendisi tarafından da kabul edilmeyeceğini belirtir. Ticari teamüller gereği balıkların o yıla ait olması gerekmektedir ve bu durum alıcıya göre satıcı tarafından baştan beri bilinmektedir.

İlk derece mahkemesi satıcının, malların bedelinin ödenmesi gerektiğine ilişkin iddiasını reddetmiştir. Ancak Court of Appeal, ticari teamüllere ve satıcının meseleden haberdar olmasına değinmeksizin, satıcı lehine karar vermiştir. Bu kararı verirkenki gerekçesi ise tarafların malların kalitesi konusunda açıkça anlaşmamış olmalarıdır. Bu nedenle mahkemece 35/2/b uygulanacaktır. Dolayısıyla da mallar satıcının ülkesindeki kriterlere göre mutata kullanım amacına uygun olmalıdır. Letonya'nın ithalat mevzuatı olayda değerlendirme dışıdır. Ayrıca taraflar malların ilk gönderilen mallar ile aynı kalitede olacağı konusunda anlaşmışlardır. Bu da madde 35/2/c uyarınca sonraki siparişler için örnek teşkil edecektir.

Supreme Court ise Court of Appeal'ın bu kararını şu gerekçelerle reddetmiştir: Eğer bahsedilen teamül uluslar arası ticarete gerçekten de mevcut ise malların kalitesinin minimum standartlarını bu teamül belirler. Daha da ötesi, satıcı malların sözleşmeye aykırı olduğunu biliyor ise madde 40 uyarınca, satıcının malları vaktinde muayene etmemiş olmasına da dayanamayacaktır. Bu olayda alıcının malların sözleşmeye uygun olmadığına ilişkin olarak ihbarda bulunmamış olması örnek olarak sunulan malların (hele ki ayıplı ise) kalite konusunda belirleyici olmasına müsaade etmemelidir.

Schwenzer'ce 15 September 1994 District Court Berlin tarafından karara bağlanan (*Shoes case*) meselesinde de satıcının iddiası yukarıda belirtilen gerekçe ile reddedilmiş olmalı idi. Yazarca mahkemece olayda belirtilen gerekçeler (karar her ne kadar satıcının iddiasının reddedilmiş olmasının gerekmesi açısından doğru ise de) doğru değildir. İtalyan satıcı ile Alman alıcı arasında yapılan sözleşme uyarınca İtalyan satıcı ayakkabı üretimi yapacaktır. Bunun üzerine alıcı tarafından, satıcının göndermiş olduğu modele istinaden bir kısım siparişler verilmiştir. Malların belirli kısımlarındaki bozulmalar dolayısıyla alıcı satış bedelini ödemekten imtina etmiştir. İlk derece mahkemesi alıcı lehine karar vermiş ve bu karar Appellate Court tarafından onanmıştır. Mahkemelerce başvuru gerekçe ise diğer nedenler yanında, modele uygunluğun ancak taraflarca üzerinde anlaşılması halinde bağlayıcı olacaktır.

çoğunluğun da görüşüdür. Bunun gerekçesi olarak da c bendinin, bir nevi tarafların anlaşmış olmasına yorulması dolayısıyla, mutata kullanım amacından daha önemli oluşunun varsayılabiliridir.⁴¹⁵

Problem CISG 35/2/b ile c bendi arasındaki farklılığın varlığı ihtimali haline kadar da genişletilebilecektir. Bu durumda, “c” bendinin ruhuna uygun bir şekilde ve kural olarak, örnek veya modele dayalı satışların varoluş nedeninin satıcıya inceleme yapma şansı tanınması veya alıcıya malların alıcıya deneme amaçlı sunumu olduğu hususu da göz önünde bulundurularak 35/2/c’ye öncelik tanınmalıdır. Çünkü bu halde alıcının, satıcının bilgi ve tecrübesine güveni söz konusu değildir.⁴¹⁶ *Bianca-Bonell*’e göre ise örnek veya modele dayalı bir satış a ve b bentlerinin uygulanmasını ortadan kaldırmaktadır⁴¹⁷. Satıcının, malların mutata kullanım amacına uygun olduğunu tasdik ettiği bir durumda, alıcı tarafından örnek veya modelin incelenmesi mümkün değil ise 35/2/b’nin uygulama alanı bulması yerinde gözükmemektedir⁴¹⁸.

Konu hakkında bahsedilebilecek bir diğer husus ise örnek veya modelin satıcı tarafından sunulması gerektiğidir⁴¹⁹. Aksi halde (alıcı tarafından, sipariş öncesi veya

<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=218&step=Abstract&http://cisgw3.law.pace.edu/cases/940915g1.html> Ayrıca bkz *Henschel* s. 242 ve ae. s.244’teki Avusturya Supreme Court tarafından verilen 11 Mart 1999 tarihli karar incelemesi. Aynı karara ilişkin bkz <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=1128&step=Abstract&http://cisgw3.law.pace.edu/cases/990311a3.html>

⁴¹⁵ *Huber, & Mullis, s 135; Ayrıca bkz ae. dn. 504*; Ancak yazarca konunun devamında belirtilen açıklamalarda a ve c bentlerinin birbirleri ile uyumsuzluğunun söz konusu olduğu durumlar için sözleşmenin yorumlanması meselesi tanımlaması yapılmıştır. Bu yoruma ilişkin olarak da kriterlerden birinin (mallarca sahip olunması gereken) kalitenin sunulan örnekten açık bir şekilde anlaşılıp anlaşılabilmesi gösterilmiştir. Yazara göre; bunun sonucu olarak satıcı, taraflarca, modele ve örneğe uygunluğun en nihayetinde malların mutata kullanım amaçlarına uygun olmayacağının anlaşıldığı durumlarda mutata kullanım amacının varlığından sorumlu olmayacaktır.

⁴¹⁶ *Schwenzer* 2005 s.424.

⁴¹⁷ *Bianca* s 276.

⁴¹⁸ *Schwenzer* 2005 s.424, *Henschel* s.255.

⁴¹⁹ *Schwenzer* 2005 s.424, *Schlechtriem & Butler, s.120. Hyland, s. 323* Ancak *Henschel*’e göre (her ne kadar maddedeki tanımla örtüşmese de) mahkemelerin uygulamalarının her iki halin de kabul edilebileceğini göstermektedir. *Henschel* s.250-251 ve ae. bahsedilen Graz Provincial Court of Appeal’ın

aşamasında sunulan örnek veya modelin varlığının söz konusu olduğu durumlarda) malların örnek veya modelin kalitesine uygun olacağı konusunda tarafların madde 35/1 anlamında örtülü olarak anlaştıkları varsayımında bulunulabilecektir⁴²⁰. Bu halde, malların, örnek veya model ile sunulan kalite standartlarına uygun olup olmadığı ve madde 35/1 de belirtilen şartların karşılanıp karşılanmadığının araştırılması gerekecektir⁴²¹. Alıcının önce belirli miktarda mal sipariş etmesi ve sonrasındaki siparişlerinde de malların öncekilerle aynı kalitede olmasını talep ettiği durumlar ise 35/2/c kapsamına girmeyip 35/1 çerçevesinde değerlendirilebilir⁴²².

Maddenin inceleme konumuz olan bu bendi aynı zamanda ulusal kanunların bir çoğunda da yer almakta ve CISG’ de olduğu gibi satıcı, malların sunmuş olduğu örnek veya modelin özelliklerini haiz olduğunu garanti etmektedir⁴²³.

Schlechtriem, – Butler’ce dikkat çekilen bir diğer mesele de teslim edilen malların örnek olarak sunulan mallar ile aynı kalite de olmadığının makul bir inceleme sonrası ortaya çıkması hali ile bu uygunsuzluğun farkına varılmasının ayrıntılı bir inceleme gerektirmesi halidir. Yazarlar, her iki durumda da 35/2/c anlamında sözleşmeye aykırılığın kabul edilmesi ve malların örnekteki tüm özelliklere sahip olmasının satıcı tarafından garanti edilmesi şartının (alıcının sözleşmenin yapılması anında durumu biliyor olmasına veya bilmemesinin mümkün olmamasına bakılmaksızın) aranması gerektiği görüşündedirler⁴²⁴.

Türk Borçlar hukukunda ise numune üzerine satım, bir şarta bağlı satım değildir. Çünkü numuneye uygunluk yapılan satım sözleşmesinin bağlı kılındığı bir şart

9 Kasım 1995 tarihli kararı. Kanımızca bu değerlendirme yapılırken Avusturya açısından CISG’nin 1989 yılından itibaren uygulama alanı bulduğu ve dönem itibarıyla 7 yıllık bir geçmişe sahip olduğu da göz önünde bulundurulmalıdır.

⁴²⁰ *Schwenzer* 2005 s.424.

⁴²¹ *Schlechtriem & Butler* s.120.

⁴²² *Schwenzer* 2005 s.424.

⁴²³ Almanya 434/1 BGB; İsviçre Art. 222 OR; Avusturya, Art. 8 No. 174; EVHGB; Fransa 1588Cc; Birleşik Krallık, UKSGA 1979; m; USA, 2-313/1/c UCC (Express Warranty), *Schwenzer* 2005 s.423 dn 78’den aynen alıntı. Ayrıca bkz dn 350’de belirtilen *Hyland*’in konu ile ilgili görüşü

⁴²⁴ *Schlechtriem & Butler* s.120.

değildir. Numune üzerine satım, kurulduğu anda tam olarak hükümlerini doğurur. Satılanın numuneye uygun olmaması durumunda, alıcı ayıba karşı tekeffül hükümleri çerçevesinde satıcıyı sorumlu tutabilecektir. Böylece burada satıcının satılanın zikir ve vaad ettiği durumdaki gibi satılanın vasıflarının belirli bir örneğe göre tespit edildiği bir satım biçimi bulunmaktadır⁴²⁵.

⁴²⁵ Yavuz s. 65. Ayrıca a.e dn. 83'te belirtilen Yargıtay 01.11.1982 tarih ve 1982/6089 E ve 6807 K sayılı kararı şu şekildedir. "Taraflar arasındaki "tazminat" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Germencik Asliye Hukuk Mahkemesince esas davanın kabulüne, karşılık davanın reddine dair verilen 7.5.1982 gün ve 1981/180 E. 1982/83 K sayılı kararın incelenmesi davalı şirket vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 15.11.1982 gün ve 1982/6089-6807 sayılı ilamı; (...Mahkemece, esas davanın kabulüne ve karşı davanın reddine karar verilmiştir.

1 - Dava konusu edilen zeytinlerin havuzda iken normal görünümde bulunmalarına rağmen havuzdan çıkarıldıktan bir süre sonra, yer yer beyazlaşarak lekeli hal aldığı, bunun tuz kesafetinin fazlalığından ileri geldiği, bu halinin gerek tat, gerekse görünüm faktörü yönünden kaliteyi olumsuz yönden etkilediği birbirini doğrulayan 30.9.1981- 2.11.1981 ve 24.11.1981 günlü bilirkişi raporları ile sabit olmuştur. Zeytinlerdeki bu lekelerin salamura suyundaki tuz miktarının yüksekliğinden ileri geldiği ve zeytinlerin hava ile temasta nemi gidince ortaya çıktığı dosya içeriğinden anlaşılmaktadır. Sonradan ortaya çıkan ayıp nedeniyle zeytinler hemen iade edilmiş ve davacı da haberdar edilmiştir. Davacı başka evsafına uygun zeytini teslim etmediğine göre davalının akti bozmakta hakkı vardır. Çünkü bilirkişi raporunda, bu leke ve beneklerin bir kalite faktörü olarak görünüşte çok önemli bir unsur olduğu, zeytinlerin işlenerek satışa arzının çok güç, hatta mümkün olamayacağı açıklanmıştır. Öte yandan satış numune üzerine yapılmıştır. Ne var ki, numune üzerine satıma da, satıma ilişkin genel hükümler uygulanmak gerekir. Zeytinlerin ayıbı, zeytinler salamuradan çıkarıldıktan bir süre sonra hava ile temas neticesi üzerindeki nem ve suyun buharlaşması sonucu ortaya çıkan gizli ayıp niteliğindedir aynı gizli ayıp, sözleşmenin başında alınmış numunelerde de söz konusu olduğuna göre davacı satıcı zeytinlerdeki ayıptan sorumludur. Bu durumda davalı alıcı, Borçlar Yasasının 202. maddesi gereğince satışlarını red ile satım sözleşmesini fesih etmekte haklıdır. Bu nedenlerle 500.000 lira tazminat isteğinin reddi gerekirken, davanın kabulü yasaya aykırıdır. Kararın bu yönden bozulması gerekir.

2 - Yukarıdaki bentte açıklandığı gibi davalı, zeytinlerdeki sonradan anlaşılan gizli ayıp nedeniyle sözleşmeyi feshe yetkilidir. Bu itibarla sözleşmeyi ifa etmeyen davacının, aldığı kaporaı davalıya geri vermesi, yasa gereğidir. Mahkemenin karşılık davada bu konudaki davalı isteğini red etmesi yasaya uygun değildir. Diğer taraftan karşılık davada talep edilen 500.000 liralık tazminat yönünden davalı, 7.7.1981 günlü sözleşmeye dayanmıştır. Ne var ki, sözleşmede yazılı 500.000 lira tazminat, satım sözleşmesinden rücu eden tarafın karşı tarafa ödemekle yükümlü olduğu bir ceza koşuludur. Burada, davacı sözleşmeden rücu etmemiş, fakat ayıplı mal vermek suretiyle kötü ifada bulunmuştur. Sözleşmede

e. Mutat ve Emtianın Muhafazasına Uygun Surette Paketleme

Madde 35/2/d uyarınca satım konusu mallar ilgili türden mallar için mutat sayılan şekilde veya böyle bir şeklin var olmadığı hallerde, malın muhafazası ve korunmasına uygun bir şekilde paketlenmelidir⁴²⁶. Kanımızca bu hükümle CISG, tarafların sözleşmede açık veya örtülü olarak paketlemeye ilişkin düzenleme yapmamış oldukları hallerde malların (eğer gerekli ise) muhafaza ve paketlenmesine ilişkin sahip olması gereken standartları belirlemektedir⁴²⁷. ULIS ve birçok Kıta Avrupa'sı sisteminin⁴²⁸ paketlemeye ilişkin ayıpları, satıcının malların sözleşmeye uygunluğu hususundaki sorumluluğu anlamında içermemesine karşın, Amerikan Hukuku'nda bu durum örtülü vaatler (implied warranty) altında sayılmıştır⁴²⁹. Dolayısıyla ilgili bendin hazırlanmasında UCC'nin 2-314/2/e hükmünden esinlenildiği söylenebilecektir⁴³⁰. Maddenin temel alındığı satım hukuku sözleşmelerine Chinese Contract Act Art 156⁴³¹,

öngörülen ceza şartı, bu tür sözleşmeye aykırılık olayını kapsamadığından, mahkemece davalının bu konudaki isteğinin reddi sonucu itibarıyla doğru olmaktadır.

1. ve 2. bentlerde yazılı nedenlerle davalı ve karşılık davacı Salson Salamuracılık Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketinin diğer temyiz itirazlarının reddine ve kararın adı geçen davalı şirket yararına bozulmasına..)gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

...Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere özellikle olayda numune üzerine satışın söz konusu olmadığına anlaşılmışa göre, Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına bu nedenle uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır. <http://www.kazanci.com/>

⁴²⁶ CISG madde 35/2/d

⁴²⁷ Bu bakış açısı *Huber, & Mullis'ce* taraflarca yapılan sözleşmenin paketleme ve muhafaza konusunda sessiz kalması şeklinde dile getirilmiştir. ; *Huber, & Mullis*, s 141

⁴²⁸ Bkz *Schwenzer* 2005 s.416 dn 36'da belirtilen referanslar

⁴²⁹ *Schwenzer* 2005 s.424; *Atamer* s. 213-214 ve dn. 434.; *Bianca* s 277, *Bernstein, Herbert & Lookofsky* , *Joseph* s. 86 dn 100.

⁴³⁰ *Henschel* s.261; *Atamer* s. 214 dn 434; *Schwenzer* 2005 s.424.

⁴³¹ Madde 156'nın İngilizce metni şu şekildedir: "Packing Method: The seller shall deliver the subject matter packed in the prescribed manner. Where a packing method is not prescribed or clearly prescribed, and cannot be determined in accordance with article 61 hereof, the subject matter shall be packed in a

Swedish and Finnish Sale of Goods Acts, 17/2/4⁴³², Norwegian Sale of Goods Act 17/2/d⁴³³ ve 2002 sonrası Danish Sale of Goods Act'e eklenen madde olan 75/a/2/1örnek gösterilebilir⁴³⁴.

Mallar madde metninden de anlaşılacağı üzere aynı türden malların nakliyesine ilişkin olarak, mutata hale gelmiş paketleme şekli ile taşınmalıdır. Dolayısı ile ilk olarak araştırılması gereken husus mutata bir usulün var olup olmadığıdır⁴³⁵. Bu usul CISG madde 9 uyarınca taraflar arasında süregelenmiş olan alışkanlıklara ve o ticari branşta gelişmiş olan teamüllere göre belirlenmelidir⁴³⁶. Her ne kadar CISG madde 35/2/d 'de (UCC'nin aksine), açıkça bu gereklilikten bahsedilmese de malların nasıl taşınması gerektiği konusundaki uyarı ve yönlendirmeler de (örneğin üzerlerine yapıştırılacak etiketler ile) bu mutata usul çerçevesinde değerlendirilebilir⁴³⁷. Bu malların içeriğine ve son kullanma tarihlerine ilişkin bilgilendirmeler için de geçerlidir⁴³⁸.

customary manner, or, if there is no customary manner, in a manner adequate to protect the subject matter. *Henschel* s.261 dn.4'ten aynen alıntı.

⁴³² “ Unless otherwise agreed, the goods... shall be packaged in a usual and otherwise appropriate manner, whether the packaging is required for the preservation or protection of the goods” Yazar Kihlman'a yapmış olduğu atıfla, maddede whether (eğer) kelimesinin kullanılması ile maddenin CISG madde 35/2/d'den ayrıldığını ve İsveç SGA'nın sadece malların korunma ve muhafazasına ihtiyaç olduğu hallerde devreye girdiğini ve ambalajın malların bir parçası olduğu halleri dışarıda bıraktığını belirtmektedir. *Henschel* s.261 dn. 5

⁴³³ “Unless otherwise agreed, the goods... shall be packaged in a usual and otherwise appropriate manner, as may be required to preserve and protect the goods” *Henschel* s.262 dn. 6

⁴³⁴ *Henschel* s.261;

⁴³⁵ *Atamer* s. 214

⁴³⁶ *Schwenzer* 2005 s.424; *Atamer* s. 214; *Henschel* s. 270-271; *Bianca* s 277, Bianca tarafından mutata olanın belirlenmesinde verilen örnek satıcının işyerinin bulunduğu yere usulleridir. Yine yazara göre malların paketlenmesi ve muhafazası bir yerden diğerine değişiklik gösteriyorsa ilk olarak uluslararası sonrasında da satıcının işyerinin bulunduğu yere ait uygulamalara ilişkin usuller dikkate alınmalıdır.

⁴³⁷ *Schwenzer* 2005 s.425.

⁴³⁸ *Schwenzer* 2005 s.425. Ayrıca bkz *Huber, & Mullis*, s 141; *Bernstein, Herbert & Lookofsky*, *Joseph* s.86 ve dn 101 Konu ile ilgili olarak Fransız Cour d'Appel de Grenoble, Chambre Commerciale'nin vermiş olduğu karar inceleme değeridir. Kararda alıcının malları yeniden satmak niyetinin farkında olan satıcının, malları alıcının ülkesinde satılabilir (Fransız pazarlama mevzuatına uygun) şekilde etiketleme,

Paketleme ve muhafazaya ilişkin yükümlülük, malların sevk edilmek üzere gönderilecek olmasından ve veya alıcının teslimi için hazır bulundurulmasından bağımsızdır⁴³⁹. *Bianca-Bonell*'e göre malların satıcının işyerinde veya malların muhafaza edildiği veya üretildiği yerde tesliminin söz konusu olduğu hallerde madde 31/b ve c uyarınca, satıcının sorumluluğunun daha dar olduğu kabul edilebilir⁴⁴⁰. Yine yazara göre, bahsedilen durumlarda mallar alıcı tarafından teslim alınıp yüklenmesine ve nakliyesine uygun bir şekilde paketlenmiş ve muhafaza edilmiş olmalıdır⁴⁴¹. Eğer tarafların üzerinde anlaşmış olduğu⁴⁴² veya ticari teamül gereği, alıcının nakliye için gerekli muhafaza kaplarını (veya paketlemeyi) kendisinin üstlendiği bir durum söz konusu ise satıcının artık paketleme ve muhafaza yükümünden bahsedilemez⁴⁴³. Aksine bir düzenleme olmadıkça malların fiyatı ambalajı da kapsar⁴⁴⁴.

Mutat usulün varlığından bahsedilemeyeceği (özellikle malların yeni bir tür mal olması⁴⁴⁵ veya spesifik olarak alıcı için üretilmesi⁴⁴⁶ hallerinde olduğu gibi) durumlarda ise malların muhafazasına ve korunmasına uygun-yeter(adequate)⁴⁴⁷

ambalajlama ve paketleme yükümünün olduğu belirtilmiştir. Karar verilirken tarafların uzun zamandır süregelen iş ilişkileri de göz önünde bulundurulmuş ve satıcının CISG madde 8 e göre sözleşmeyi yorumlaması gerektiği ayrıca vurgulanmıştır. Tarafların aralarındaki önceki uygulamaları ile CISGmadde 9 çerçevesinde bağlı olması gerektiği de dikkate şayan bir başka husustur.

<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=151&step=Abstract&http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950913f1.html>

⁴³⁹ *Schwenzer* 2005 s.425; Ayrıca aynı yönde görüş sahibi yazarlar için bkz ae. dn. 91b.

⁴⁴⁰ *Bianca* s 277.

⁴⁴¹ *Bianca* s 277. Malların nasıl taşınacağı konusunda ve paketlerin nasıl açılması gerektiği hususunda bilgilendirmeler bu kapsamda değerlendirilecektir. Incoterms 2000 Standart Form A9 “Packaging is to be marked appropriately” ile paketlerin aynı zamanda uygun bir şekilde etiketlenmesi gerektiğini belirtmektedir. Ayrıca *Henschel* s.277

⁴⁴² Kanımızca burada belirtilen anlaşmış olma 35/1 anlamında zımni veya açık bir anlaşma halinin dışında kalan hususlar anlamında kullanılmıştır.

⁴⁴³ *Schwenzer* 2005 s.425

⁴⁴⁴ *Atamer* s. 214; Incoterms 2000 A9; The Seller must provide at his own expense packaging

⁴⁴⁵ *Bianca* s 277, *Schwenzer* 2005 s.424; *Henschel* s.277.

⁴⁴⁶ *Schwenzer* 2005 s.424;*Henschel* s.277.

⁴⁴⁷ bkz. COMPROMEX, Comisión para la Protección del Comercio Exterior de Mexico 29.04.1996 tarihli Canned Fruit kararı <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=258&step=Abstract>. Mahkeme

(gönderileceği yere zarar görmeden ulaşması amacına uygun bir şekilde) ambalajlama kabul edilebilir olandır⁴⁴⁸. Bu değerlendirme yapılırken göz önünde bulundurulması gereken haller, iklim koşulları, nakliye tipi ve süresi ve benzeri olarak örneklendirilebilir⁴⁴⁹. Satıcıdan beklenen, malı normal, gerçekleşme olasılığı olan, hesaba katılabilir tehlikelere karşı korumaktır⁴⁵⁰. Paketleme ve muhafaza, aynı zamanda, sözleşmenin hitamı anında satıcı tarafından bilinen (ve bilinmemesi mümkün olmayan) olası rota değişikliklerine (madde CISG 38/3) uygun ve bunların beraberinde getireceği koşul farklılıklarına dayanabilecek şekilde olmalıdır⁴⁵¹.

Malların ambalajı nakliye esnasında hasar görmüş olmasına karşın, asıl amacın malların zarar görmeden gönderileceği yere varmış olması halinde, satıcının sorumluluğu doğmayacaktır⁴⁵². Malların ambalajının, ürünün kendisini oluşturan bir parçasının söz konusu olduğu hallerde ise (ünlü markaların orijinal paketleri, malların yeniden satılması halinde sahip olması gereken ambalajının varlığı) satıcının sorumlu olduğu kabul edilecektir⁴⁵³. Eğer mallar, ayıplı paketleme ve muhafaza nedeniyle,

diğer hususların yanında, konserveleme (tenekeleme) ve paketlemenin CISG madde 35 ve 36 uyarınca, sözleşmeye uygun olması gerektiğini ve bu maddelerin tarafların bu hususta anlaşmış olmaları aranmaksızın uygulanacağını belirtmiştir. Sonrasında ise, malların, alıcıya, tenekeleme ve paketleme konusundaki yetersizlik nedeniyle hasarlı bir şekilde ulaştığını ve satıcı ve üretici firmaların, malların nakliye esnasında korunmasına elverişli bir şekilde ambalajlanması gerektiği hususunda sorumlu olduklarını vurgulamıştır. Ayrıca bkz. UNCITRAL DIGEST s.634; Mahkeme ispat yükümünün anlam ve standartları soru(n)una değinmeksizin konserve meyvelerin zarar görmesinin kutulama paketleme ve nakliyesinin uygun ve deniz taşımacılığına dayanıklı olmamasını gerekçe göstererek karar vermiştir. *Huber, & Mullis*, s 142; *Henschel* s.274.

⁴⁴⁸ *Schwenzer* 2005 s. s.424; *Atamer* s. 214; *Bianca* s 277,

⁴⁴⁹ *Schwenzer* 2005 s.424; *Atamer* s. 214; Atıfta bulunulan yazarlar için ayrıca bkz. ae. s. 214 dn 437. *Schlechtriem & Butler* s.120, *Huber, & Mullis*, s 141

⁴⁵⁰ *Schwenzer* 2005 s.424; *Atamer* s. 214; *Bianca* s 277; *Huber, & Mullis*, s 141

⁴⁵¹ *Schwenzer* 2005 s.424; *Bianca* s 277

⁴⁵² *Schwenzer* 2005 s.425, *Henschel* s.264 ve dn. 14 Bu hallerde paketleme ve muhafaza malların asli bir parçası olmadığından, buradaki yükümlülük *ikincil* olarak tanımlanabilecektir. *Henschel* s.264

⁴⁵³ *Schwenzer* 2005 s.425, *Henschel* s.265-266. Ancak Honnold'a göre paketlemenin malların bir parçası olup olmadığından ziyade satıcının sözleşmesel sorumluluğunun paketleme meselesine kadar genişletilip genişletilmemesi sorulması gereken asıl sorudur. CISG 35/2/d bu soruyu yanıtlamaktadır. *Honnold* s. 259

nakliye esnasında zarar görmüş ise madde 36 uyarınca malın taşıyıcıya teslimi ile riskin alıcıya geçmiş olması dahi⁴⁵⁴ satıcının sorumluluğunu ortadan kaldırmayacaktır⁴⁵⁵.

Malların muhafazasına ilişkin olarak Türk Hukuku'ndaki yaklaşım için yukarıda muhafaza ve paketleme hususunda belirtmiş olduğumuz açıklama bu bölüm için de geçerli olacaktır.

3. Sözleşmeye Aykırılık Önemli Olması

a. Genel Olarak

CISG bünyesinde ULIS' ten farklı olarak ayıbın önemsiz olması haline ilişkin açık bir düzenleme yer almamaktadır. Halbuki bu hal ULIS 33/2'de malların sözleşmede belirtilenden farklılığının, kayda şayan olmaması durumunda bu uygunsuzluğa önem atfedilmemesi gerektiği şeklinde tanımlanmıştır⁴⁵⁶. CISG anlamında sözleşmeden dönme ve malın yenisi ile değiştirilmesi haklarının sadece sözleşmenin esaslı ihlalinin varlığı hallerinde kullanılabildiği göz önüne alındığında bu hükmün adil olmadığı söylenebilecektir⁴⁵⁷. Ancak, bu yorum, bir anlamda, eleştirdiği noktanın fiili sonucunun aslında belirttiği gibi olmadığı gerçeğini de içerisinde barındırmaktadır. Çünkü CISG sözleşmeye aykırı ifa hallerinde alıcının sahip olduğu bir kısım hakların kullanımını sözleşmenin ihlalinin esaslı olması gerekliliği sonucuna bağlanmıştır⁴⁵⁸. Önem atfedilemeyecek sözleşmeye aykırılık halleri hiç bir zaman için esaslı ihlal olarak

⁴⁵⁴ Mahkeme sözleşmede bulunan FOB kaydının satıcıyı sorumluluktan kurtarmayacağı ve riskin alıcıya geçişi esnasında var olan ayıplardan da satıcının sorumlu olacağı yönünde karar vermiştir. bkz dn. 393'te atıfta bulunulan karar

⁴⁵⁵ *Schwenzer* 2005 s.425; *Huber, & Mullis*, s 141; *Atamer* s. 215 (Gönderme borcunu içeren sözleşmeler açısından)

⁴⁵⁶ CISG madde 35 ile ULIS hükümlerinin karşılaştırılması ve karşılaştırmaya ilişkin yorumlar (Match up on CISG Article 35 with ULIS provisions <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/matchup/matchup-u-35.html> *Schwenzer*'ce ilgili hükmün CISG'ye dahil edilmemesi bilinçli olarak alınmış karardır. *Schwenzer* 2005 s.425

⁴⁵⁷ <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/matchup/matchup-u-35.html>

⁴⁵⁸ *Atamer* s. 215

nitelendirilemeyeceğinden, alıcı CISG madde 46/2'ye göre malların misli ile değiştirilmesi ve 49/1 çerçevesinde sözleşmeden dönme haklarını kullanamayacaktır⁴⁵⁹.

Lakin objektif bir bakış açısıyla önemsiz olarak nitelendirilebilecek bir ayıbın alıcı açısından hatırı sayılır bir öneme sahip olması durumu, belirtilen tanımdan ari olarak nitelendirilmek gerekir⁴⁶⁰. Buna karşılık semenin tenzili (CISG madde 50), tazminat (madde 74) ve tamirat (madde 46/3) haklarının kullanılması açısından bu sınırlamalar mevcut değildir⁴⁶¹. Ancak bu hallerde alıcı yukarıda belirtilen sıra ile, önemli olmayan ayıbın malların bedelinde azalmaya neden olduğunu, tazminat talebinde bulunulması halinde bu ayıp dolayısıyla zarara uğradığını kanıtlamakla yükümlüdür⁴⁶². Tamir talebinde bulunulması durumunda da, bu talebin ne denli makul olup olmadığı hususunda, halin icabının da göz önünde bulundurarak karar verilmesi gerekecektir⁴⁶³.

Bu anlayış (ayıbın önemli olması gerekliliği konusunda bir şart koşulmaması) kendisini AB Yönergesi'nde de göstermiş olup AB üyesi ülkeler tüketici satımları açısından ulusal hukuk düzenlerini bu yönde değiştirmek zorunda kalmışlardır. Örneğin 2002 reformu sonrası Alman Hukuku'nda yaptırımlara göre bir ayırım yapılmış ve önemsiz ayıplarda, sözleşmeden dönme veya ifa yerine tazminat haklarının kullanılması

⁴⁵⁹ Schwenzer 2005 s.425, Atamer s. 215

⁴⁶⁰ Schwenzer 2005 s.425, Appellationsgericht [Appellate Court] Basel-Stadt bir kararında, satıcının 31 Ocak 1996 tarihli bir mektubunda tüm soya protein bileşenlerinin genetik olarak değişime uğramamış soya fasulyelerinden ari olacağını garanti etmesi dolayısıyla ihlalin esaslı olduğuna karar vermiştir. Her ne kadar 1999 sonrasında sözleşme konusu ürünlerin %0.1 ila %1 arasında genetik olarak değişime uğramış bileşenler içermesinin kaçınılmaz olduğu ve bu oranlar arasında bileşen in varlığı halinde dahi ürünlerin bu bileşeni içermiyormuşçasına mütalaa edileceği hukuksal olarak düzenlenmiş ve taraflar arası sözleşme 1999 sonrasında imza edilmiş olsa da, 2001 tarihli bilirkişi raporuna göre 1997'nin ilk yarısında ürünlerin içerisinde bu bileşenin bulunmasının İsviçre'de hukuken mümkün olmaması dolayısıyla mahkeme alıcının sözleşmeden dönme eyleminin hukuka uygun olduğuna kanaat getirmiştir. <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/030822s1.html#ihr>

⁴⁶¹ Atamer s. 215, Schwenzer 2005 s.425; Alıntı yapılan cümle içerisindeki tazminat (madde 74) Atamer'ce sayılmamış olup geri kalan hususlardaki görüş ortaktır.

⁴⁶² Schwenzer 2005 s.426

⁴⁶³ Schwenzer 2005 s.426

*engellenmiş, buna karşılık semenin tenzili yenisi ile değiştirme, tamirat gibi hakların kullanılması imkânı verilmiştir*⁴⁶⁴.

Son olarak Atamer’ce Magnus’a atıf yapılarak belirtildiği üzere, belirli bir oranda kalite ve miktar farklılıklarının göz ardı edilebileceği yönünde milletlerarası bir teamülün veya taraflar arası yerleşmiş bir uygulamanın varlığı hallerinde, sözleşmeye aykırılıktan bahsedilemeyecek ve satıcı sorumlu tutulamayacaktır⁴⁶⁵.

b. Türk Hukukunda Durum

Türk Hukukunda ise BK 194’e göre malın değerini veya varsayılan kullanma amacına elverişliliğini önemli ölçüde azaltacak ayıpların varlığı halinde satıcının sorumluluğu söz konusu olacaktır⁴⁶⁶. Malın elverişliliğinin veya değerinin azalması, ilgili sektördeki yaygın görüşe göre, alıcı tarafından akdin hiç yapılmayacağı ya da daha az bir bedelle yapılacağı sonucuna vardığı ölçüde önemli sayılmalıdır⁴⁶⁷. Tarafların niyetleri, çevresel teamüller ve somut olayın özellikleri de ayıbın önemli olup olmadığı hususunda yararlanılabilecek diğer ölçütler olarak sayılabilir⁴⁶⁸. Bu itibarla önemsiz ayıplardan dolayı satıcı sorumlu tutulmayacaktır. Çok miktarda satılan ürünlerde olması muhtemel küçük ölçüde kalite eksiklikleri yahut makinelerin bir kaç vidasının olmaması gibi kolaylıkla giderilebilecek ayıplar ayıbın önemsiz olması haline örnek gösterilebilecektir⁴⁶⁹.

⁴⁶⁴ Atamer s. 215-216 ve dn. 449 ‘dan aynen alıntı.

⁴⁶⁵ Atamer s. 216; Örneğin Ontario Yüksek Mahkemesi’nin vermiş olduğu bir kararda satıcı, sözleşme konusu çerçeve kalıplardan %10 oranında fazla teslim etmiştir. Ancak Mahkeme alıcının, daha önceki fazla ifaları kabul etmiş olması dolayısıyla taraflar arasında bir alışkanlık oluştuğunu, dolayısıyla da bir sözleşme aykırılıktan bahsedilemeyeceğine hükmetmiştir. ae. s. 216 dn 450. Ayrıca <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/990831c4.html>.

Ayrıca Sharma http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/sharma.html#*

⁴⁶⁶ Aral s. 115. Yavuz s. 74.

⁴⁶⁷ Tandoğan s. 173.

⁴⁶⁸ Yavuz s. 75. Ayrıca satılanın ayıplı olduğunun tespitinde kullanılan kriterlerin ayıbın önemli olduğu hallerdede kullanılması gerektiği görüşü ve bu görüşe ilişkin açıklamalar için bkz. ae. s. 75 vd.

⁴⁶⁹ Tandoğan s. 173-174.

Başlangıçta önemsiz gözüken bir ayıbın sonradan önemli hale gelmesi hali de satıcının sorumluluğuna gidilebilmesi için yeterlidir⁴⁷⁰.

4. Sözleşmeye Aykırılığın Alıcı Tarafından Bilinmemesi (CISG 35/3)

a. Genel Olarak

Alıcı tarafından sözleşmeye aykırılığın bilinmesi hali CISG madde 35/3'te düzenlenmiş olup bu maddeye göre “alıcının, sözleşmenin kurulması esnasında, sözleşmeye aykırılığı bilmesi veya bilmemesinin mümkün olmadığı durumlarda satıcı a ile d bentleri arasında sayılmış hallerden sorumlu olmayacaktır. Maddenin, Roma Hukuku da dâhil olmak üzere eski çağ hukuk sitemlerinde karşılaşılan *caveat emptor*⁴⁷¹ ilkesi kaynaklı olduğu söylenebilecektir.⁴⁷²

Bu noktada sorulması gereken sorulardan biri, maddeye göre satıcının malların ayıplı olması hususundaki sorumluluğunu ortadan kaldıracak hallerin hangileri olduğu ve bu durumda alıcının hangi eylemi veya eylemsizliğinin, malların ayıplı olması halinde bu sonuca kendisinin katlanmasını gerekli kılacağıdır. Doktrindeki yazarların birçoğunun, maddenin “*bilmemesinin mümkün olmaması*”⁴⁷³ şeklinde kaleme alınmış olması nedeni ile alıcının ağır ihmali de aşan özensizliğinin varlığının gerekliliği konusunda görüş birliğinde olduğu söylenilebilir.⁴⁷⁴ Bu itibarla buradaki ihmalin , Huber, & Mullis’in de tabiri ile “*blind eye recklessness*”⁴⁷⁵ derecesine yakın olduğu

⁴⁷⁰ Yavuz s. 75.

⁴⁷¹ İlke,basit anlamı ile, alış verişlerde “şey” in görüldüğü haliyle satın alındığı ve o şekli ve özellikleri ile kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedir.

⁴⁷² *Atamer* s.216; *Schlechtriem & Butler* s.120; *Lookofsky*, s. 86-87; *Henschel* s.281, 285,300. Ancak yazarca uluslararası ticarete malların alıcı tarafından kontrolü çoğu zaman mümkün olmadığından bu ilke sınırlı olarak uygulanabilecektir.

⁴⁷³ Diğer yazarlarca da belirtilmiş olmasına karşın, bilmesi ve bilmemesinin mümkün olmaması kavramlarının ne anlama gelmesi gerektiğine ilişkin tartışma ve aynı sonucun çıkarımı için bkz. *Honnold* s. 260

⁴⁷⁴ *Schwenzer* 2005 s. 426. bu görüşte olan hatırı sayılır sayıda yazarlar için ae. s 278 dn. 102; Aynı görüşte yine *Schlechtriem & Schwenzer* atfı ile *Huber, & Mullis*, s 143;

⁴⁷⁵ Burada belirtilen ihmalin derecesi biraz da kara mizahi bir anlatımla gözleri görmeyen bir şahsın ihmal edeceği kadar oranda ihmalkârlık olarak nitelendirilebilir.

söylenebilecektir⁴⁷⁶. Sorumluluktan muafiyet ancak sözleşmeye aykırılığın aşıkâr (hemen göze batacak şekilde) olması hallerinde mevcut olacaktır⁴⁷⁷. Bu hale uygulanacak olan kriter bütünüyle ve keskin bir biçimde objektif olmamalı ve alıcının içerisinde bulunduğú hal ve şartlar da göz önünde bulundurulmalıdır⁴⁷⁸. Madde 35/3 anlamında satıcının sorumluluğuna ilişkin muafiyet, yukarıda belirtilenlerin de üzerinde, bilhassa ikinci el makinelerin satımında olduğı gibi, spesifik ürünlerin satışında da ayrı bir pratik önemi haizdir. Aynı konuda kimi yazarlarca⁴⁷⁹ ihmalin derecesinin ağır ihmal olduğı savunulmakta ise de pratikte varılan sonuçlar açısından iki hal arasında bir fark olmayacaktır.⁴⁸⁰

Yanıtlanması gereken diğér soru ise alıcının malları muayene yükümünün olup olmadığıdır. Kural olarak, malların alıcıya (veya sözleşme şartlarına göre değışiklik gösterebilme ihtimali de göz önünde bulundurularak taşıyıcıya) teslimine kadar mallar satıcının hâkimiyetinde olup sözleşmeye uygun mal teslim etme satıcının sorumluluğú dâhilindedir. Bu sebeple de alıcının, malları, sözleşmenin kurulması anına kadar muayene etmek gibi bir yükümlülüğú de bulunmamaktadır⁴⁸¹. Ancak alıcıya, satıcı tarafından, malların muayene edilmesi teklifi yapılmış ve alıcı bu uyarıya rağmen malların muayenesinden kaçınmış ise, bu durum, satıcının sorumluluğunu ortadan kaldıracak mıdır? Ya da alıcı madde 35/3 çerçevesinde, malların sözleşmeye aykırılığı dolayısıyla sahip olduğı haklarını (bu muayeneyi yapmamış olması dolayısıyla) yitirecek midir? Bu sorunun yanıtı büyük ölçüde somut olayın özelliklerine bağılı olarak değışebilecektir. Örneğın malların doğası, tarafların bilgi ve tecrübe düzeyi, alıcı

⁴⁷⁶ , *Huber, & Mullis*, s 143.

⁴⁷⁷ *Schwenzer* 2005 s.426.

⁴⁷⁸ *Schwenzer* 2005 s.426-427; *Heilmann (Henschel s.293 atfı ile)* Atamer'ce bu durumda başvurulması gereken kıstas; alıcı ile aynı konumda bulunan başkaca alıcıların, bu ayıbı hemen idrak edilebilecek olması halinde, hali hazırdaki alıcının da sözleşmeye aykırılıktan haberdar olması gerektiğidir. *Atamer* s. 217

⁴⁷⁹ *Schlechtriem & Butler* s.120 ile *Henschel* s.293 dn 44'te ve *Atamer* s. 217 dn 454'te belirtilen yazarlar;

⁴⁸⁰ *Peter Huber'e* atfı ile *Atamer* s. 217 ve dn. 456

⁴⁸¹ *Schwenzer* 2005 s. 427; ile *Atamer* s. 217; *Lookofsky*, s. 86; *Henschel* s.301; *Schlechtriem & Butler* s.120; *Huber, & Mullis*, s 143

tarafından yapılacak olan muayenenin ne derece makul ve gerekli olduğu ve benzeri durumlar bu hallere örnek olarak gösterilebilir ⁴⁸².

Buna göre satıcı, mallarda bulunabilecek muhtelif ayıplara dikkat çekerek, malların muayene edilmesi gerektiğini alıcıya bildirmiş ise, alıcı 35/3 çerçevesinde, muayene sonrası açık bir şekilde ortaya çıkacak ayıplar açısından başvuru haklarını (muayeneyi gerçekleştirmese dahi) yitirecektir⁴⁸³. Lakin alıcıdan beklenen kompleks ve çok yönlü bir muayene olmayacaktır⁴⁸⁴. Ancak kural olarak satıcının, alıcıya, muayene imkânı sunması ile malların ayıplarına dair sorumluluktan kurtulması mümkün değildir⁴⁸⁵. Buna karşın, alıcı tarafından sözleşmenin kurulması öncesi bir muayene gerçekleştirildi ise bu muayene sonrası belirlenebilecek ayıplar açısından satıcının sorumluluğuna gidilemeyecektir⁴⁸⁶.

Konu ile ilgili, İsviçre Appellate Court Valais 28 Ekim 1997 tarihli *ikinci el buldozer davasında*, malların satın alınması öncesi buldozerlere ilişkin bir muayene gerçekleştirmiş olan alıcının, sonrasında aynı buldozerlerin çalışmaması dolayısıyla başvuru hakkını yitirmiş olduğuna karar vermiştir. Mahkemece, açık ayıba ve satıcının buldozerlerin durumu konusunda yapmış olduğu uyarıya rağmen, seçimini satım sözleşmesini yapmaktan yana kullanan alıcının, malları oldukları gibi kabul etme zorunluluğunu dile getirilmiş ve alıcı aleyhine karar vermiştir⁴⁸⁷.

Açıklığa kavuşturulması gereken bir diğer mesele ise madde 35/3'ün sadece 35/2/a-d bentlerine mi uygulanabileceği, 35/1' anlamında uygulamasının mümkün olup

⁴⁸² Schwenzer 2005 s. 427

⁴⁸³ Schwenzer 2005 s. 427

⁴⁸⁴ Henschel s.293.

⁴⁸⁵ Schwenzer 2005 s. 427, Atamer s. 217,

⁴⁸⁶ Schwenzer 2005 s. 427; Lookofsky, s. 86; Huber, & Mullis, s 143

⁴⁸⁷ Switzerland 28 October 1997 Appellate Court Valais (*Second hand bulldozer case*) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/971028s1.html> Huber, & Mullis, s 143 dn 517; Lookofsky, s. 86, dn 103 Ayrıca bkz. <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=311&step=Abstract> & <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/971028s1.html>

olmayacağıdır⁴⁸⁸. Bu konuda birçok yazar, maddenin sadece CISG 35/2 altında değerlendirilen sözleşmeye uygun(suz)luk hallerine uygulanılabileceği ve sözleşmesel olarak üzerinde uzlaşılan hallere uygulanamayacağı görüşündedir⁴⁸⁹. Maddenin kıyasen uygulanması da mümkün olmamalıdır⁴⁹⁰. Bu çıkarım sadece maddenin kaleme alınışından değil, aynı zamanda hükmün hazırlanış aşamasına ilişkin tarihçesi ile de ilgilidir⁴⁹¹. Daha da ötesi meselenin maddi anlamda içeriğinin de göz önünde bulundurularak varılması gereken sonuçtur⁴⁹². Alıcının, kendisine yapılan bir aliud teslim veya miktar eksikliği hallerinde ayıptan haberdar olmadığına kabulü mantıklı olarak zaten mümkün olmayacaktır. Kalite konusundaki ayıba ilişkin bilgisinin kabulü halinde ise değerlendirme her somut olayın özelliklerine göre 35/1'e göre yapılmak gerekecektir. Çünkü kalite konusunda bir ayıbın varlığı ve alıcının bu durumu bilmesi, zaten bu konuda tarafların uzlaşmış ve halin sözleşme içeriği olduğu anlamına gelecektir. Malların satıcı tarafından belirli bir teslim tarihine kadar üretiminin yapılmasının veya satıcının (teslim sonrası) mallardaki muhtemel ayıpları gidermek durumunda olmasının söz konusu olduğu hallerde de yine alıcının bilmemesinin mümkün olmaması seçeneği tartışma konusu olacaktır. Bu halde, alıcının, malların sözleşmeye uygun olarak tesliminin imkânsızlığını bilmesine rağmen (malların sözleşmeye uygun hale getirilerek teslim edilmesi konusundaki) ısrarı *Venire contra factum proprium* (dürüstlük kuralına aykırılık, hakkın kötüye kullanılması yasağı) teşkil edecektir⁴⁹³.

⁴⁸⁸ Konu ile ilgili bir kısım mahkeme kararlarından ve muhtelif atıflardan oluşan ayrıntılı tartışma için *Henschel* s.282-290

⁴⁸⁹ *Schwenzer* 2005 s. 427 ile ae.dn 112'de sayılan yazarlar, *Schlechtriem & Butler*, s.120-121 ile ae. dn 150-151; *Huber, & Mullis*, s 143. Aynı zamanda *Bianca* s. 280, yazar konu ile ilgili görüşlerini belirtirken aynı zamanda CISG 35/3 'ün 35/1'e de uygulanabilir olarak genişletilebileceği görüşünde olan bir kısım yazarlara da atıfta bulunmaktadır.

⁴⁹⁰ *Schwenzer* 2005 s 427; aynı ve farklı görüş ve yazarları için bkz ae. dn. 114,

⁴⁹¹ Norveç'çe yapılan Madde 35//1'inde bu kapsamda değerlendirilmesi önerisi, Diplomatik Konferans'ta kabul görmemiştir. Ayrıca meselenin Secretariat Commentary'de nasıl dile getirildiği konusundaki metin için bkz. *Henschel* s.282 ve dn 9.

⁴⁹² *Schwenzer* 2005 s. 428.

⁴⁹³ *Schwenzer* 2005 s. 428.

Son olarak örnek veya modele dayalı satımlarda da 35/3'ün uygulaması pratik olarak mümkün gözükmemektedir. 35/2 uyarınca malların belirtilen örnek veya modele uygun olması, sözleşmeye uygun olması kriterinin karşılanması için yeterli olup, alıcının zamanında yapmış olduğu bir inceleme sonrası nail olduğu ayıpların varlığı veya bu ayıpların varlığından haberdar olmamasının mümkün olmaması sonucu değiştirmeyecektir⁴⁹⁴.

Kanımızca da madde 35/3'ün 35/1 anlamında uygulanılabilirliği yoktur. Maddenin kaleme alınışına bakıldığında, alıcının sözleşmeye aykırılığı bilmesi veya bilmemesinin mümkün olmadığı durumlarda, satıcının 35/2/ a ile d bentleri çerçevesinde sorumlu olmayacağı belirtilerek maddenin hangi maddelere ilişkin uygulanacağını bir anlamda sınırları çizilmiştir. Her ne kadar buradan açık olarak 35/1'in uygulamasının dışlandığı anlamı çıkarılamayacak da olsa, 35/1'e göre değerlendirme yapabildiğimiz hallerde, ortada sözleşmesel bir gerçekliğin varlığı söz konusudur. Bir diğer deyişle 35/1 anlamında malların haiz olması gerektiği kalite, nicelik ve paketlenme şekilleri sözleşmede açık bir şekilde belirlenmiş ya da tarafların bu konular hakkındaki zımni iradeleri sözleşmeden çıkarılabilir durumdadır. Dolayısıyla 35/1 anlamında tartışılması gereken malların sözleşmesel kriterlere uygun olup olmadığı olup, alıcının bu konudaki bilgisinin veya mesele hakkında bir bilgiye sahip olmamasının mümkün olmayışının pratikte bir önemi olmayacaktır. Çünkü sözleşmesel olarak anlaşıldıktan sonra ortaya çıkacak bir uyuşmazlıkta, alıcının, bu durumu sözleşme kurulması öncesi bildiğini iddia etmek ve durumun gerçekte öyle olması, konu ile ilgili olarak sözleşmesel olarak anlaşıldığından zaten bir önemi haiz olmayacaktır. Her durum ve şartta, hali hazırdaki sözleşmeye dayanabilecek olan alıcının, iddia edilenin gerçek olmadığı savunmasını yaptığı hallerde, satıcının ne gibi bir yola başvurarak belirtilenin aksini ispat edebileceği ve bunun ne derece mümkün olduğu, yanıtı çok da kolay olmayan bir soru(n) olarak kalacaktır.

Her ne kadar karşılaşılabileceği olasılığı çok yüksek görünmese de, son olarak değinilmesi gereken, satıcının maldaki aşikâr ayıpları hile ile gizlediği haldir⁴⁹⁵. Bu

⁴⁹⁴ Schlechtriem & Butler s.121; Schwenger 2005 s. 428

⁴⁹⁵ Huber, & Mullis, s 143-144; Schwenger 2005 s. 428, Atamer s. 218,

halde tartişılması gerekenin, alıcının bilmemesinin mümkün olmamasına rağmen farkına varamadığı ayıplar olması kaçınılmazdır. Çünkü alıcı ayıptan haberdar ve bu duruma karşı bir itirazda bulunmuyor ise satıcının niyeti eylemler arası nedensellik bağı yokluğu dolayısıyla önem taşımayacaktır⁴⁹⁶. Satıcının ayıbı hile ile gizlediği ve alıcının da ağır veya daha da öte bir ihmali sonucu durumu fark edemediği hallerde ise CISG madde 7 ve 40 ve genel ahlak kaideleri ihmalin hileye nazaran daha korunmaya layık olduğu şüpheye yer bırakmayacak şekilde açıktır⁴⁹⁷.

b. Türk Hukukunda Durum

Türk Hukukunda BK 197 uyarınca “ *satıcı alıcının satım zamanında malumu olan ayıptan mes’ul olmadığı gibi, satılanı kafi derecede muayene etmekle farkında olacağı ayıptan da ancak bunun mevcut olmadığını temin etmiş ise mesul olur*”. Bu çeviri İsviçre Borçlar Kanunu’nun Fransızca metninden yapılmış olup Almanca metni şu şekildedir. “ *Satıcı, akdin yapıldığı zamanda alıcının bildiğı ayıplardan sorumlu değildir. Mutad dikkati göstermiş olsaydı alıcının fark etmiş olacağı ayıptan da ancak bunun mevcut olmadığını temin etmiş ise sorumlu olur.* ”⁴⁹⁸

Bu itibarla madde iki husus düzenlenmiş olup bunlar alıcının ayıbı bilmesi veya mutad dikkati göstermiş olsa idi ayıbın farkına varabileceğı hallerde satıcının sorumlu olmayacağıdır⁴⁹⁹.

⁴⁹⁶ Kirscher , 55 (Atamer 218 dn 461 atfı ile)

⁴⁹⁷ Huber, Mullis, s 143-144; Schwenger 2005 s. 428, Atamer s. 218, Ayrıca bkz. Almanya Köln Appellate Court “Used Car” davasındaki kararı Henschel s.288-289 ve <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=227&step=Abstract> (tüm Almanca metine de ulaşılabilir) ve <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960521g1.html>

⁴⁹⁸ Şahiniz s. 59; Yazarca BK 194 BK 197 c. 2 ‘de belirtilen satılanı kafi derecede muayene etmekle fark etmiş olacağı ayıptan ancak bunun mevcut olmadığını temin etmiş ise mesul olur ifadesinden anlaşılması gereken alıcının mutad dikkati göstermiş olsa idi fark etmiş olacağı ayıptan da ancak bunun mevcut olmadığını temin etmiş ise sorumlu” olacağıdır. Kanımızca da bu yaklaşım uygundur. Zira yazarca da belirtildiğı üzere madde metninde belirtilen muayene BK 198 ve TTK 25/b.3’teki anlamı ile muayene olmayıp alıcının mutad dikkati göstermiş olmasıdır.

⁴⁹⁹ Şahiniz s. 59.

Ayıptan anlaşılması gereken hem luzumlu hem de vaat edilen vasıfların bulunmaması kaynaklı ayıplardır⁵⁰⁰.

Buna göre BK 197 f. 1 uyarınca alıcı akti kurulması anında ayıbı biliyor ise, malları bu haliyle kabul etmiş sayılacak ve satıcının sorumluluğu ortadan kalkacaktır. Ancak bu ayıbın ilerideki sonuçlarının da alıcı tarafından yeterli derecede bilinmesi lazım gelmektedir⁵⁰¹.

Ayıbın tespitinde gösterilmesi gereken özen ve dikkatin belirlenmesindeki kıstas ise satım konusunun niteliği mahiyeti ve özellikleri; alıcının şahsı; mesleği, bilgisi ve yeteneği; fiziksel yeterlilikleri; somut olayın özellikleri göz önünde bulundurulur⁵⁰². Doktrin ve uygulamadaki hâkim görüş ayıbın farkına varılmamasının ağır ihmal teşkil ettiği (bir diğer deyişle bakılmakla dahi kolaylıkla anlaşılacak ayıpların) hallerin bu kapsamda değerlendirilebileceğidir⁵⁰³. Bunun sonucu olarak da bu tarz ayıpların satıcı tarafından bulunmadığının vaat edilmesi halleri haricinde satıcının sorumluluğu söz konusu olmayacaktır.

Alıcının ayıbı bildiği hususundaki ispat yükü satıcıya aittir⁵⁰⁴.

Satıcının ayıbı alıcıya açıkça bildirmiş olduğu hallerde de tekeffül borcunun ortadan kalktığı kabul edilmelidir. Ancak bu halde, bildirim konusu ayıpların sonuçlarının satılanın kullanılmasına etkileri açısından alıcının yeterince bilgilendirilmesi veya bu sonuçların alıcı tarafından idrak edilebilir nitelikte olması gerekmektedir⁵⁰⁵.

Satıcının hile ile bu açık ayıbı gizlediği hallerde ise dürüstlük kuralı gereği satıcının sorumlu olduğunun kabulü kaçınılmazdır.

⁵⁰⁰ Aral s. 118.

⁵⁰¹ Tandoğan s. 174. Aral s. 117; Şahiniz s. 59.

⁵⁰² Tandoğan s. 174. Aral s. 117; Yavuz s. 84-85.

⁵⁰³ Aral s. 117; Şahiniz s. 61.

⁵⁰⁴ Yavuz s. 82.

⁵⁰⁵ Yavuz s. 83.

Temsilci aracılığı ile yapılan sözleşmelerde temsilcinin veya temsil olunanın ayıbbı bilmesi sorumluluğu giderecektir⁵⁰⁶. Yine satılarda birden çok ayıbbın bulunması söz konusu ise satıcının sorumluluğu sadece bilinen ayıplar açısından ortadan kalkmakta olup saklı kalanlar bu sorumluluk muafiyetinden etkilenmeyecektir⁵⁰⁷.

Son olarak BK 194 f. sona göre satıcı tarafından ayıbbın bilinmesine lüzum olmayıp, satıcı ayıbbı bilmede dahi (sorumlu tutulabilmesi için diğer koşulların varlığı halinde) sorumlu olacaktır.⁵⁰⁸

5. Sözleşmeye Aykırılık Hasarın İntikali Anında Mevcut Olması Gerektiği (CISG madde 36)

a. Maddenin Tarihçesi (CISG Madde 36)

CISG madde 36 ULIS madde 35'in Konvansiyon metnindeki yansıması olarak nitelendirilebilir⁵⁰⁹. ULIS madde 35 uyarınca malların sözleşmeye uygunluğu, hasarın intikali (riskin alıcıya geçişi) anındaki hal ve durumlarına göre belirlenmekteydi⁵¹⁰. Satıcı bu andan sonra ortaya çıkan sözleşmeye aykırılıklardan (ayıplardan) ise kendi eylemi veya eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin sebebiyet vermesi hallerinde sorumlu idi⁵¹¹.

CISG madde 36 ile satıcının, hasarın alıcıya intikali sonrası sorumluluğu, hem genişletilmiş hem de daha açık bir hale getirilmiştir⁵¹². Bunun sonucu olarak da, satıcı ULIS 35'te belirtildiği üzere, kendi veya temsilcilerinin eylemlerinden sorumlu olmayıp⁵¹³, genel olarak herhangi bir yükümlülüğünün ihlalinde sorumlu olacaktır⁵¹⁴.

⁵⁰⁶ Aral s. 117.

⁵⁰⁷ Aral s. 117-118.

⁵⁰⁸ Yavuz s. 82.

⁵⁰⁹ Schwenzer 2005 434; Bianca s. 284

⁵¹⁰ Bianca s. 284.

⁵¹¹ Bianca s. 284.

⁵¹² Bianca s. 284

⁵¹³ Satıcının temsilcileri dolayısıyla sorumluluğuna açıkça yapılan atıf CISG ile madde metninden çıkarılmıştır. Schwenzer 2005 s. 434.

Madde 36'nın netlik kazandırdığı bir başka husus ise hasarın intikali anında var olan ayıbın daha sonra ortaya çıkması durumunda da satıcının sorumlu olduğudur⁵¹⁵.

Maddeler arasındaki diğer fark ise, satıcının, malların ömrüne ilişkin olarak belli bir süreyi garanti etmesi halidir⁵¹⁶. Bir diğer deyişle burada satıcı tarafından, malların taraflarca kararlaştırılan veya tahsis edildikleri mutlak amaca uygun olarak belirli bir zaman dilimi için işlevselliklerini sürdürebileceğinin garanti edilmesi söz konusudur⁵¹⁷. Bu husus Diplomatik Konferansta ciddi tartışmalara neden olmuştur.⁵¹⁸ Bu hüküm dışında kalan metin ise⁵¹⁹ neredeyse hiç değişmeden son halini almış bulunmaktadır. 1978 tarihli New York taslağına göre satıcının sorumluluğu, sadece, belirli bir süreye ilişkin garantiyi “açıkça” vermesi durumunda söz konusu idi. Buna ilişkin olarak Pakistan delegasyonunca metne, satıcı tarafından verilmiş “zımni” garantileri (“Implied warranty”) de kapsamı adına zımni teriminin de eklenmesi teklif edilmiştir^{520 521}. Ancak sözlü olarak Yunan delegasyonunca önerilen değişiklik teklifi üzerine, satıcının malların işlevselliklerini sürdürmelerine ilişkin zamansal garanti hususundaki “açık” (“Express”) terimi metinden çıkarılmış ve bu sayede zımni olarak verilecek garantilerin de madde kapsamına alınması sağlanmıştır.⁵²²

Son olarak, Uliş'e göre hasarın sözleşmenin feshi veya malların misli ile değiştirilmesi dolayısıyla alıcıya geçmediğı hallerde malların sözleşmeye uygunluğu,

⁵¹⁴ Bianca s. 284.

⁵¹⁵ Bianca s. 284.

⁵¹⁶ Schwenzer 2005 s. 434; Bianca s. 285

⁵¹⁷ Atamer s. 220.

⁵¹⁸ Schwenzer 2005 s. 434.

⁵¹⁹ CISG madde 36 metni ile 1978 tarihli taslak madde 34 karşılaştırması ve değişikliklere ilişkin görüşler için bkz. <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/matchup/matchup-d-36.html> Ayrıca bkz. GUIDE TO CISG ARTICLE 36 Secretariat Commentary (closest counterpart to an Official Commentary) <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/secomm/secomm-36.html>

⁵²⁰ Öneriye ilişkin yaşanan tartışmalar ve maddenin son halinin kabul süreci için bkz. <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/link36.html>

⁵²¹ Schwenzer 2005 s. 434; Bianca s. 285

⁵²² Schwenzer 2005 s. 435 Bianca s. 285 ve 289; Honnold s. 265

hasarın intikal etmiş sayılacağı hale göre belirlenecektir. Bianca'ya göre gereksizliği tartışmasız olan bu hüküm Konvansiyon'da tekrarlanmamıştır⁵²³.

b. Genel Olarak

CISG madde 36 uyarınca “Satıcı, hasarın alıcıya geçtiği anda mevcut olan sözleşmeye aykırılıktan, sözleşmeye aykırılık bu andan sonra belirgin hale gelmiş olsa dahi sözleşme ve bu anlaşma uyarınca sorumludur.

Satıcı fıkra 1’de belirtilen andan sonra ortaya çıkan, malların belirli bir süre için, mutaat veya belirli bir amaca elverişli kalacağı veya belirli nitelikleri veya özellikleri muhafaza edeceği konusundaki garantinin ihlali de dahil olmak üzere herhangi bir yükümlülüğünün ihlaline dayanan sözleşmeye aykırılıktan sorumludur.”

Madde metninden de anlaşılacağı üzere, karşılaşılabilecek durumlar bir anlamda iki başlık altında sıralanmıştır. Buna göre madde 36 genel olarak, sözleşmeye aykırılığın ortaya çıkış anına ve sonrasında sözleşmeye aykırılığa ilişkin sorumluluğun hangi hallerde halen satıcı tarafından katlanılması gerektiği sorusuna odaklanmıştır.

CISG 36/1 uyarınca satıcı “hasarın alıcıya intikali anında”⁵²⁴ var olan sözleşmeye aykırılıklardan, edime ilişkin ayıp daha sonra ortaya çıkmış olsa dahi

⁵²³ Bianca s. 285.

⁵²⁴ CISG madde 36 uyarınca malın sözleşmeye aykırı olup olmadığı edim hasarının alıcıya intikali anına göre tayin edilir. *Atamer* s. 218. Bu konuda örneğin Almanya, Yunanistan, Avusturya Danimarka, İsveç Norveç ve Hollanda’da kabul edilen kriterin, malın fiilen teslim edildiği an olduğu görülmektedir. Bu ülkelerden bazıları doğrudan teslim anını ifade etmekte, çoğunluğu ise hasarın intikali anında malın sözleşmeye uygun olmasını aramaktadırlar. Ancak hasarın intikali bu ülkelerde kural olarak borçlanılan malın teslimi ile gerçekleştiğinden, iki grupta da malın ayıpsız olmasının aranacağı an aynıdır. Diğer bir ülke gurubu satım sözleşmesinin akdi anına kadar var olan ayıplardan dolayı satıcıyı sorumlu tutmaktadır. Bunlar İsviçre, İngiltere, İrlanda, Fransa, Belçika ve Lüksemburg’tur. Ancak bu ülkeler genelde mülkiyetin de satım sözleşmesi ile geçtiği ülkelerdir. Türk İsviçre hukukunda ise, mülkiyeti zilyetliğin nakline bağlı olarak, hasarı ise kural olarak sözleşmenin kurulduğu anda geçiren düzenleme söz konusu olup bu durum bir kısım sorunları da beraberinde getirmektedir. İsviçre Türk hukukunda malın sözleşmeye aykırı olup olmadığının tayini anının hasarın intikali anı olduğu *Yavuz , Aral, Honsell, keller/Siehr* tarafından savunulmaktadır. *Atamer* s. 218 dn. 466 (bir kısım küçük değişikliklerle) alıntı

sorumludur⁵²⁵. Maddeye göre, malların sözleşmeye uygunluğunun belirlenmesinde hasarın alıcıya intikalinin belirleyici rolü⁵²⁶ birçok iç hukuk sistemi ile paralellilik göstermektedir⁵²⁷.

CISG 36/2 ise satıcının edime ilişkin sorumluluğunu genişletmekte ve satıcıyı hasarın alıcıya intikali sonrasında ortaya çıkan (çıkacak) ayıplardan, bu ayıplar satıcının herhangi bir yükümlülüğünün ihlali kaynaklı olduğu sürece sorumlu tutmaktadır⁵²⁸. 36/2’de belirtilen ve satıcının sorumluluğunu doğuran bir diğer hal de satıcının malların gelecekteki performansını ve kalitesini garanti etmesi halidir⁵²⁹. Alıcıya, (satıcının, malların belirli bir süre için mutaat veya özel bir amaca hizmet edeceği garantisini vermesi dolayısıyla) hasarın kendisine intikali sonrasında da bir kısım haklar tanıyan bu hallere ilişkin yaklaşım açısından ise iç hukuklardaki düzenlemeler farklılaşmaktadır⁵³⁰.

Mahkemeler ve tahkim kurullarınca verilmiş bazı kararların gerekçelerine bakıldığında maddenin iki fıkrasına da dayanıldığı göze çarpmaktadır. Örneğin bir olayda⁵³¹ Avusturyalı bir çiçek satıcısı konumundaki alıcı, Danimarkalı çiçek ihracatçısından satın almış olduğu papatya bitkilerine ilişkin olarak satış bedelini ödemeyi, alıcının kendi müşterilerinden gelen, papatyaların yaz boyunca umulduğu şekilde çiçek açmamaları şikâyetleri üzerine reddetmiştir. Bunun üzerine satıcı kalan ödeme için dava açmış ve ilk derece mahkemesince satıcı lehine karar verilmiştir.

Karar üst derece mahkemesince alıcı tarafından sözleşmeden dönülemeyeceğine veya tazminat talebinde bulunulamayacağı belirtilerek onanmış ve

⁵²⁵ *Bianca* s. 285

⁵²⁶ *Schlechtriem & Butler* s.121.

⁵²⁷ *Schwenzer* 2005 s. 435 Belirtilen hukuk sistemler için ayrıca bkz. ae. s. 435 dn.9.

⁵²⁸ UNCITRAL DIGEST s.638.

⁵²⁹ UNCITRAL DIGEST s.638. Madde 36 da belirtilen iki fıkra CISG madde 66’nın aynadaki yansımasıdır. ae. s. 638 dn. 2.

⁵³⁰ *Schwenzer* 2005 s. 435. Belirtilen hukuk sistemler için ayrıca bkz. ae. s. 435 dn.10.

⁵³¹ Avusturya OLG Innsbruck (OLG = Oberlandesgericht = Provincial Court of Appeal) 1 Haziran1994 tarihli karar

<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/940701a3.html>ve<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=132&step=Abstract> ayrıca bkz. UNCITRAL DIGEST s.638 ve ae. s.638 dn.3

alıcı tarafından bedelin ödenmesi gerektiğine karar verilmiştir. Çünkü i) alıcı madde 36/1 uyarınca bitkilerin hasarın intikali esnasında ayıplı ve ii) madde 36/2 uyarınca da satıcının bitkilerin gelecekteki performanslarına ilişkin bir garanti vermiş olduğu konusundaki iddialarını kanıtlamamıştır⁵³².

Bu açıklamaların ardından maddeyi hasarın intikali anındaki ve sonrasındaki sorumluluk başlıkları altında ele almanın uygun olacağı kanısındayız.

c. Hasarın İntikali (Riskin Alıcıya Geçişi) anındaki sorumluluk

CISG madde 36/1 satıcıyı hasarın alıcıya intikali anında var olan sözleşmeye aykırılıklar dolayısıyla, taraflar arası sözleşme ve Konvansiyon'un kendisi uyarınca sorumlu tutmaktadır⁵³³. Hasarın alıcıya geçmesi anındaki ayıpların varlığı dolayısıyla satıcının sorumluluğu, 36/1 f 2 ile ayrıca desteklenmiş ve söz konusu ayıpların daha sonra ortaya çıkması hali de satıcının sorumluluğunun kapsamında değerlendirilmiştir⁵³⁴. Konu ile ilgili olarak İsviçre Appellate Court Lugano, Cantone

⁵³² Mahkeme, kararında, belirtilen bu gerekçeler nedeniyle ayıba ilişkin ihbarın yapıp yapılmadığı konusunun tartışılmasına lüzum olmadığı görüşüne de ayrıca yer vermiştir. CISG madde 36 f.1 ve 2.'nin birlikte gerekçe gösterildiği Alman AG Duisburg (AG = Amtsgericht = Petty Court) tarafından verilen bir başka karar için bkz.

<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000413g1.html>

⁵³³ UNCITRAL DIGEST s.638;

⁵³⁴ UNCITRAL DIGEST s.638 Madde açısından kritik nokta ayıbın ortaya çıktığı an olup farkına varıldığı veya varılması gerekmesinden farklıdır. Buna karşın madde 39 uyarınca önem arz eden ayıbın varlığının saptanması ve saptanma zamanıdır. Madde uyarınca alıcı bir sözleşmeye aykırılık saptadığı veya saptaması gerektiği tarihten itibaren makul bir süre içerisinde satıcıya, sözleşmeye aykırılığı türünü de belirterek bildirmezse, bu sözleşmeye aykırılığa dayanma hakkını kaybeder. Diğer yandan madde 38 uyarınca alıcının münasip bir süre içerisinde malları muayene yükümü bulunduğundan, burada bahsedilen ve daha sonra ortaya çıkan (çıkacak) ayıplar, alıcı tarafından yapılacak olağan bir muayene ile ortaya çıkarılamayacak ayıplar olmak gerekir. Aksi halin kabulü maddeyi işlevsiz kılar. Çünkü ayıbın muayene sonrası ortaya çıkacak türden olması halinde, alıcı madde 38 uyarınca yerine getirmekle yükümlü olduğu muayene ile ayıbın varlığını saptayacak ve madde 39 uyarınca satıcıyı ihbar edebilecektir.

del Ticino tarafından 15 Ocak 1998 tarihinde “Cocoa Beans” davasında⁵³⁵ verilen karar şöyledir:

Olayda taraflar arası sözleşmeye göre hasar malların ilk taşıyıcıya teslimi ile alıcıya intikal edecektir. Yine sözleşmeye göre satıcı, malların nakliyesi öncesi bağımsız bir kontrol ajansı tarafından gerçekleştirilmiş bir kontrolle, kakao tohumlarının istenilen kalitede olduğunu kanıtlar bir sertifika sunmakla yükümlüdür. Bu kontrol tohumların nakliye için paketlenmesinden üç hafta önce gerçekleştirilmiş ve ilgili belge ajansça düzenlenmiştir. Ancak malların teslim yerine varması üzerine alıcı tarafından yapılan kontrolde, tohumların sözleşmede belirtilen kalitenin altında olduğu belirlenmiştir.

Mahkemece satıcının üç halde sorumlu tutulabileceği belirtilmiştir. i) Eğer nakliye öncesinde gerçekleştirilen inceleme yanlış ise ii) malların sözleşmede belirtilen kalitede olmayışı ilk inceleme ile malların nakliyesine başlandığı üç haftalık zaman dilimi arasında gerçekleşti ise iii) söz konusu ayıp mallarda nakliye öncesinde zaten mevcut olup malların alıcıya teslimi sonrasında ortaya çıkmış ise.

Tüm bu unsurları belirttikten sonra mahkemece malların ilk taşıyıcıya teslimi öncesinde ayıplı olduğuna kanaat getirilmiş ve alıcının madde 49 uyarınca sözleşmeden dönme hakkını kullanmakta haklı olduğuna kanaat getirmiştir⁵³⁶.

Hasarın intikali anının tespiti ise taraflar arası sözleşme, ticari teamül (bilhassa incoterms) veya CISG madde 67 ila 70’a göre belirlenecektir⁵³⁷.

Hasara ilişkin riskin alıcıya geçmesi anında, mallar sözleşmeye uygun, ancak sonradan dış etkenler dolayısıyla bozulmuş ve bu nedenle de sözleşmeye aykırı hale

⁵³⁵ <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/980115s1.html>

⁵³⁶ <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=368&step=Abstract>

⁵³⁷ Schwenzer 2005 s. 435; Atamer s. 219; Huber, & Mullis, s 144

gelmiş olabilir. Bu halde alıcı kural olarak sözleşmeye aykırılık iddiasında bulunamayacaktır.⁵³⁸.

Ayıbın malları bütünü ile etkilediği hallerde, sözleşmeye aykırılığın ortaya çıkmasının özel bir inceleme ve muayene gerektirdiği haller söz konusudur⁵³⁹. Dolayısıyla, malın daha sonra ayıplı hale gelmesi, hasarın intikali anında zaten mevcut olan bir halin, zaman içerisinde gelişmesi ile ortaya çıkmış bir gizli ayıba dayanıyor ise bu halde satıcının sorumluluğu kaçınılmazdır.⁵⁴⁰ Örneğin kumaşların ilk yıkamada olması gerekenden daha çok çekmesi⁵⁴¹, spesifik olarak teslim edilen tişörtlerin %10-15 oranında küçülmüş olmaları⁵⁴², boyalarının akması, yiyeceklerin uygun deep freeze koşullarına sahip olmayan depolarda muhafaza edilmemeleri dolayısıyla erken bozulması,⁵⁴³ yine yiyeceklerin içerisinde dayanıklılığını sağlayan bir bileşenin eksik olması dolayısıyla küflenmiş olması⁵⁴⁴ hallerinde olduğu gibi. Bu hallerde ayıp hasarın intikali anında mevcut kabul edilir⁵⁴⁵.

⁵³⁸ *Honnold* s. 260; *Atamer* s. 219; *Schwenzer* 2005 s. 435 ve dn.11/a'da belirtilen Hollanda Hof Arnhem mahkemesince verilen ve ilk derece mahkemesinin 17 Haziran 1997 tarihli kararını farklı bir gerekçe ile onayan 09 Şubat 1999 tarihli kararı <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=452&step=Abstract> ; Aynı yönde başkaca kararlar ve Arnhem Mahkemesi'nce verilen karara ilişkin eleştiri için bkz. *Huber, & Mullis*, s 144 dn.522,

⁵³⁹ *Bianca* s. 285

⁵⁴⁰ *Bianca* s. 285; *Schwenzer* 2005 s. 435; *Atamer* s. 219; *Huber, & Mullis*, s 144.

⁵⁴¹ *Schwenzer* 2005 s. 435

⁵⁴² *Atamer* s. 219 ve dn. 470. Ayrıca bkz. <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=121&step=Abstract>

⁵⁴³ *Schwenzer* 2005 s. 435. Ayrıca bkz. United States 21 May 2004 Federal District Court (*Chicago Prime Packers, Inc. v. Northam Food Trading Co., et al*) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/040521u1.html>. Ancak *Linne* kararda belirtildiği gibi sert bir standart uygulanmasını ve çabuk bozulabilir yiyeceklere ilişkin olarak hasarın kendisine intikali anında ayıplı oldukları konusundaki ispat yükünün özellikle alıcının teslim anında malları muayene etmesinin imkansız olduğu veya ticari teamüllerin bu tarz bir muayeneyi gerekli kılmadığı durumlarda alıcıya yüklenilmiş olmasının çok da adil olmadığı görüşündedir. *Linne* s. 37.

⁵⁴⁴ *Bianca* s. 286

⁵⁴⁵ *Atamer* s. 219 ve Bir Alman İstinaf Mahkemesi'nin bu yöndeki kararı için bkz ae. dn. 472 Ayrıca <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=1018&step=Abstract>

Yanlış paketleme sonucu nakliye safhasında zarar görmüş olan mallar da bu kapsamda değerlendirilebilecek örnekler arasındadır⁵⁴⁶. Çünkü uluslararası satımlarda (özellikle taşımayı da içeren sözleşmelerde) malların zilyetliğinin alıcıya geçişi genellikle hasarın intikali sonrasında olmaktadır⁵⁴⁷. Satıcının serbest bir taşıyıcıya malları teslim etmesi ile hasarın intikal etmiş olması bu hale tipik bir örnektir⁵⁴⁸. Schwenzer'e göre bu halde madde 35 anlamında malların sözleşmeye aykırılığı zaten hasarın intikali anında mevcut olduğundan aybın etkilerini daha sonra göstermiş olması durumu değiştirmeyecektir⁵⁴⁹. Başka bir örnek ise satıcının sözleşme konusu çamaşır makinelerini teslim etmesi ve makinelerin gizli ayıp nedeni ile bir kaç hafta sonrası bozulmasıdır⁵⁵⁰. Bu halde malların madde 35 çerçevesinde ayıplı oldukları açıktır. Çünkü bir çamaşır makinesinin hizmet etmesi süresi en azından yıl ile ölçülmelidir. Dolayısıyla burada da mallar hasarın intikali anında ayıplı olup bu ayıp daha sonra (makinelerin bozulması anında) ortaya çıkmıştır.⁵⁵¹

⁵⁴⁶ Schwenzer 2005 s. 435-436

⁵⁴⁷ Bernstein & Lookofsky, s. 87.

⁵⁴⁸ Bernstein & Lookofsky, s. 87 ve dn 107.

⁵⁴⁹ Schwenzer 2005 s. 436; Yazarın kendisince de belirtildiği üzere bu hal çoğu yazarca fıkra 2 kapsamında değerlendirilmektedir. Bkz. dn. 14. Atamer'ce de söz konusu durum fıkra iki çerçevesinde değerlendirilmiş olup yazara göre söz konusu durum zaten alıcının yükümlülüklerinin ihlali olarak değerlendirileceğinden aybın hasarın intikali öncesi veya sonrasında ortaya çıkmış olmasının bir önemi olmayacaktır. Bkz. Atamer s. 220. Kanımızca madde, f 1'de "aybın hasarın intikali sonrası ortaya çıkmış olması ibarelerini"; f 2'de de "satıcının herhangi bir yükümlülüğünün ihlali "terimlerini kullanmış olmakla her iki değerlendirme biçimine de imkân tanımıştır. Dolayısıyla görüşlerden birine katılıp diğerine katılmamak mümkün olmamakla birlikte, bu ayrımın pratikteki sonuçlarına ilişkin farklılık kadar önem arz etmektedir.

⁵⁵⁰ 15 Mayıs 1996 tarihli Fransa Appellate Court Grenoble kararı; <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960515f1.html> Bu olayda mahkeme kararını 36/2'ye dayandırmıştır. Halbuki sözleşme konusu malların doğası gereği iki haftalık bir periyotta bozulması mümkün olmayacağından malların hasarın intikali anında ayıplı oldukları açıktır. Ancak bu husus ürünün çalıştırılması sonrasında ortaya çıkmıştır. Bir diğer deyişle sözleşmeye aykırılık hasarın intikalinden sonra ortaya çıkmış olsa bile intikal anında var olduğundan madde 36 f. 1'e göre de değerlendirme ve gerekçelendirme yapılmış olsa idi kanımızca bu da yanlış sayılmazdı.

⁵⁵¹ Bernstein & Lookofsky, s. 87-88 ve dn 109; Her ne kadar ayıp hasarın intikali anında mevcut ve mallar, madde 35 çerçevesinde mutlak kullanım veya belirli bir amaca hizmet etmek durumunda ise de

d. Hasarın İntikali (Riskin Alıcıya geçişi) Sonrasındaki Sorumluluk

aa. Satıcının Bir Yükümlülüğünün İhlali

CISG madde 36/2 ‘de belirtilen ve satıcının sorumluluğunu doğuran hallerden ilki hasarın alıcıya intikali sonrası ortaya çıkan sözleşmeye aykırılığın, satıcının yükümlülüklerinden birini ihlal etmiş olması nedeni olmasıdır⁵⁵². İhlalin hasarın intikalinden önce veya sonra olması bir fark yaratmayacaktır⁵⁵³. Güvenilir olmayan bir taşıyıcıya malların teslimi, yanlış rota seçilmesi veya işletim talimatının yanlış verilmesi halleri satıcının bir yükümlülüğünün ihlali haline örnek olarak verilebilir⁵⁵⁴. Hasarın intikali meselesi malların taşıyıcıya teslimi ve yanlış rota seçimi hususlarında tarafların sözleşmede uzlaştıkları teslim yerine ve şekline göre değişebilecekken, işletim direktifleri kaynaklı olarak ortaya çıkan ayıbın hasarın intikali sonrası ortaya çıkması kaçınılmazdır. Bunun sonucu olarak da verilen örneklerle ilişkin bu haller, yukarıda belirtildiği üzere hasarın intikaline önem atfedilmeyeceği tezinin bir anlamda savunucusudurlar. Satıcının teslim sonrası malların taşındığı konteynerleri geri alırken mallara zarar vermesi veya sözleşme gereği montaj yükümlülüğünü gereği gibi yerine getiremediği haller de hasarın intikali sonrasında ortaya çıkabilecek sözleşmeye aykırılık halleri olarak gösterilebilecektir⁵⁵⁵.

Konu ile ilgili olarak bir mahkeme satıcının sorumluluğuna bu madde üzerinden gitmiştir. Olayda nakliye sırasında zarar gören konserve meyvelerin zarar görmesini engelleyecek şekilde paketlenme yapmayan satıcı, tarafların teslim şekillerinden “FOB” üzerinde uzlaşmış olmalarına rağmen malların sözleşmeye aykırılığından sorumlu tutulmuştur⁵⁵⁶. Pizza kutularının zarar gördüğü bir başka olayda

belirtilen örnekte her zaman için satıcının yükümlülüklerinden birine riayetsizliği gerekçesi ile fıkra 2 çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği savunulabilecektir. Ancak yine yukarıda da belirtildiği üzere bu tartışmanın pratikte (her iki hale ilişkin sonuçların farklı olmaması dolayısıyla) bir önemi yoktur.

⁵⁵² *Schwenzer* 2005 s. 436.

⁵⁵³ *Atamer* s. 220

⁵⁵⁴ *Schwenzer* 2005 s. 436.

⁵⁵⁵ *Schwenzer* 2005 s. 436.

⁵⁵⁶ UNCITRAL DIGEST s. 641 ve ae. dn. 16. Meksika Complex Arbitration tarafından verilen bu karara ilişkin bkz yukarıda muhafaza ve paketlenme başlığı altında incelenen karar.

ise mahkeme hasarın alıcıya intikali sonrası ortaya çıkması ve alıcının satıcının yükümlülüklerinden birini ihlal ettiğini kanıtlayamadığı gerekçesi ile satıcının sorumlu tutulamayacağına karar vermiştir⁵⁵⁷.

bb. Satıcı Tarafından Garanti Verilmesi Hali

CISG madde 36/2 uyarınca satıcının, sözleşme konusu malların hasarın alıcıya intikali sonrasında, mutad veya belirli bir amaca, belirli bir süre için hizmet edeceğine ve bu dönem içerisinde işlevselliklerini, kalitesini ve belirtilen bir takım karakteristik özellikleri bünyesinde barındıracağına ilişkin olarak vermiş olduğu garantinin ihlali de kendisinin sorumluluğu altındadır⁵⁵⁸.

Maddenin kapsamı kesinlik arz etmemektedir. Çünkü satıcı, malların belirli bir süre için mutad veya tahsis edildiği kullanım amacına hizmet etmesi gerekliliği açısından, madde 35 uyarınca zaten sorumludur⁵⁵⁹. Schwenzer’ce satıcı tarafından malların dayanıklılık ve kalıcılığına ilişkin verilen bir garanti söz konusu olsa dahi, malların bu özelliği, hasarın intikali anında haiz olmaması hallerinde satıcı, madde 35’e göre madde 36/1 ile bağlantılı olarak sorumludur⁵⁶⁰. Dolayısıyla 36/2’nin daha ziyade alıcının ispat yükümünü hafifletmesi amacına hizmet etmektedir⁵⁶¹.

Garanti 10.000 Km, 2 yıl, 5000 saat çalışma garantisi gibi ibarelerle açıkça verilebileceği gibi⁵⁶², malların doğası gereği (örneğin yiyecek ilaç gibi materyallere

⁵⁵⁷ UNCITRAL DIGEST s. 641 ve ae. dn. 18’de belirtilen bir Alman mahkemesince verilen karar

⁵⁵⁸ Schwenzer 2005 s. 437. Ayrıca konu ile ilgili Alman Hukuku uygulaması için ayrıntılı bilgi için bkz. ae. dn. 21 uyarınca yapılan atıf.

⁵⁵⁹ Schwenzer 2005 s. 437; Atamer s. 220, Yazara göre burada kastedilen satıcının madde 35 çerçevesinde bulunmuş olduğu vaatlerin de ötesinde bir kısım vasıflar açısından taahhütte bulunmuş olmasıdır. Aynı yönde Niggemann, Pflichten des Verkäufers, s 88 (Schwenzer 2005 s. 437;dn. 29 atfı ile).

⁵⁶⁰ Aynı yönde Atamer s. 220.

⁵⁶¹ Schwenzer 2005 s. 437.

⁵⁶² Honnold s. 265.

ilişkin) örtülü⁵⁶³ de olabilir⁵⁶⁴. Bazı münferit hallerde garantinin satıcının, ürünlerinin reklamı vasıtasıyla verildiği de kabul edilebilecektir⁵⁶⁵.

Bu noktada sorulması gereken soru malların, mutlak kullanım amacına veya belirli bir amaca ne kadar müddetle hizmet etmesi gerektiğidir. Konu ile ilgili garantinin açıkça verildiği hallerde süre açıkça taahhüt edilmiştir. Sorun, garantinin zımni olarak verildiği (verilebileceğinin kabul edildiği) hallerde, bu sürenin sözleşmeye göre mi yoksa mahkemelerce mi belirlenmesi gerektiğidir⁵⁶⁶. Eğer bu sürenin sözleşmeye göre belirleneceği kabul edilirse, mahkemece, makul bir kimsenin benzeri olayda nasıl bir anlaşma yapacağını ihtimalini de (CISG madde 8/2 uyarınca) göz önünde bulundurulması gerekecektir. Diğer yandan makul sürenin mahkemece belirlenmesi gerektiği görüşünün kabulü halinde ise CISG madde 6 gereği taraflar arasındaki sözleşmeye öncelik verilmesi gerekecektir⁵⁶⁷. Dolayısıyla iki görüş arasındaki fark, sonuçları göz önünde bulundurulduğunda neredeyse aynı çözümü üretmektedir⁵⁶⁸.

Schwenzer'e göre (CISG ile çözülmemiş ve çözümlenmesinin de mümkün olmadığı) sorulması gereken asıl soru, sözleşme konusu malların bu özellikleri ne uzunlukta bir süreç boyunca bünyelerinde barındırmaları gerektiğidir. Yazara göre konu ile ilgili olarak bir dereceye kadar bir kriter oluşturulması mümkündür. Örneğin kolay bozulan ürünler açısından (yiyecekler), malların yeniden satılması niyeti ile alındığı hallerde, son kullanıcıya ulaştıkları andan bir müddet sonrasına kadar sağlamlıklarını

⁵⁶³ Zımni olarak da garantinin verilebileceği çıkarımı için bkz yukarıda maddenin tarihçesine ilişkin verilen bilgiler bölümünde madde metninden açıkça "Express" ifadesinin kaldırılmasına ilişkin Diplomatik Konferans'taki tartışmalar. Yine açık "Express teriminin metinden çıkarılması sonucu zımni garantinin kabul edilebileceği görüşünde Bianca s. 288. DiMatteo, Dhooge, Grene, Maurer, Pagnattaro s 400. Ancak konu ile ilgili olarak bir kısım yazarlar bu görüşe, garantinin zımni olarak da verilebileceğinin kabulünün, bahsedilen garantinin madde 35 kapsamı dışında kalan, özel bir garantinin eklemek istenmesi halinde söz konusu olabileceği ve bunun da örtülü olmasının mümkün olmadığı gerekçesi ile katılmamaktadırlar. Bkz. tartışma ve yazarlar için bkz Schwenzer 2005 s. 437; dn. 29.

⁵⁶⁴ Schwenzer 2005 s. 437.

⁵⁶⁵ Schwenzer 2005 s. 438.

⁵⁶⁶ Schlechtriem & Butler s.122.

⁵⁶⁷ Schlechtriem & Butler s.122; Schwenzer 2005 s. 438.

⁵⁶⁸ Schlechtriem & Butler s.122; Schwenzer 2005 s. 438.

korumaları beklemek uygun gözükmektedir. Diğer ürünler açısından da (içerisinde bulundukları şartlar da göz önünde bulundurulmak sureti ile) umulan eskime süreleri boyunca işlevselliklerini korumaları gerekecektir⁵⁶⁹.

Satıcının, malların dayanıklılığını idame ettireceği süreye ilişkin vermiş olduğu açık garanti halinde dahi, bunu sınırlaması veya bazı halleri kapsam dışı bırakması mümkündür. (garantinin sadece malların dizaynına ilişkin verilmiş olması veya alıcının ürünleri düzenli olarak servis kontrolünden geçirmesi şartıyla sorumluluğunun kabul edilebileceği gibi.). Satıcının madde 35 çerçevesinde geçerli bir muafiyeti söz konusu ise, haliyle, zımni olarak verilmiş bir garantiden bahsetmek de mümkün olmayacaktır⁵⁷⁰.

e. Türk Hukuku Açısından

Türk Hukuku açısından satıcının ayıba karşı tekeffülden sorumlu tutulabilmesi için ayıbın hasarın alıcıya geçtiği anda (BK 183) mevcut olması gerekir⁵⁷¹. Hasarın geçtiği anda ayıp sebebinin bulunması BK 194 anlamında yeterli olup sebeplerinin haricen farkına varılabilir olmasına lüzum yoktur⁵⁷². Hasarın intikalinden sonra ortaya çıkan ayıplar, intikal öncesinde mevcut olan sebepler dolayısıyla değil ise satıcının sorumluluğu söz konusu olmayacaktır⁵⁷³. Örneğin bir hayvanın satım sözleşmesi öncesi hasta olması ve sonrasında bu hastalık sonucu sakat kalması satıcının sorumluluğu dâhilinde iken meyvaların olağan süreçte çürümeleri sorumluluktan muafiyet sonucunu doğuracaktır⁵⁷⁴. Yine satın alınan bir araç önceden bir imalat hatası içeriyorsa ve imalat hatası sonucu bozulması söz konusu ise satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun mevcudiyeti kabul görecektir buna karşın hasarın alıcıya intikali sonrasında eskimeye bağlı olarak arızalanması ayıba karşı tekeffül hükümleri kapsamı dışında kalacaktır⁵⁷⁵.

⁵⁶⁹ *Schwenzer* 2005 s. 438.

⁵⁷⁰ *Schwenzer* 2005 s. 438-439.

⁵⁷¹ *Aral* s. 117; *Tandoğan* 175; *Yavuz* 86; *Şahin* 61; *Edis* s. 64.

⁵⁷² *Aral* s. 117.

⁵⁷³ *Tandoğan* 175; *Yavuz* s. 92.

⁵⁷⁴ *Tandoğan* 175.

⁵⁷⁵ *Şahin* s. 62.

Ancak geleceğe ilişkin bir durumun garanti edilmesi halinde ayıba karşı tekeffül hükümlerinin kıyasen uygulanması düşünülebilecektir⁵⁷⁶.

Açıklamaların da ışığında belirtilen anlayış CISG 36/1 hükmünün çözüm yolu ile oldukça benzerdir⁵⁷⁷. Ancak her ne kadar konumuz dışında da kalsa CISG ile Türk Hukuku arasındaki en önemli fark CISG'nin hasarın alıcıya intikal anını kural olarak malların teslim zamanı olarak belirlemesidir. Buna karşın Türk İsviçre Hukuku'nda hasarın intikali kural olarak sözleşmenin kurulması iledir. Hasarın geçişi açısından ayrıca malların teslimine lüzum yoktur. Lakin kanunun bu düzenlemesi görüş doktrinde eleştirilmekte ve teslim prensibi olarak adlandırılan Alman hukukunun çözüm yolu lehine görüşler ileri sürülmektedir⁵⁷⁸.

6. Sözleşmeye Aykırılığın Alıcıya Yüklenebilmesi hali⁵⁷⁹

Malların sözleşmeye uygun olmaması hallerinin alıcıya yüklenebileceğine ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktadır. Satıcı tarafından üretilen malların, sözleşmede belirtilen kriterlere, alıcı tarafından sağlanan ham maddeler nedeni ile uygun olmayışı bu duruma örnek olarak gösterilebilir. 1977 UNCITRAL sürecinde, satıcının ayıbın varlığından haberdar olmaması veya olması halinde alıcıyı konu ile ilgili uyarmasına rağmen alıcının satıcıya sağlamış olduğu materyallerin kullanımı konusunda ısrar etmesi hallerinde, satıcıyı sorumluluktan muaf tutan hükümlerin varlığının gerekip gerekmediği üzerinde durulmuştur. İlke, prensip olarak desteklenmesine karşın böyle bir durumun neredeyse her durumda belirgin olması (açık bir şekilde belirlenebilir veya belirlenmesinin kuvvetle muhtemel olması) gerekçesi ile kabul görmemiştir. Diğer yandan, kendisine alıcı tarafından sağlanan materyallerdeki ayıplardan bihaber olan satıcının muafiyeti CISG madde 80 zorunlu ve mantıksal

⁵⁷⁶ Yavuz 92. Cavin (*Tandoğan* 175 dn. 44/a atfı ile). Belirtilen hal yukarıda değinilen CISG anlamında satıcı tarafından garanti verilmesi hali ile çözüm yolu açısından benzerlik taşımaktadır.

⁵⁷⁷ Aynı yönde bkz Yavuz s. 92.

⁵⁷⁸ Yavuz s. 88. Hasarın intikalinin sözleşmenin kurulması ile geçişinin parça ve çeşit satımları, muhtelif sözleşme türlerindeki uygulama şartları ve istisnai haller için bkz a.e s 89 vd.

⁵⁷⁹ Bu başlık altındaki bilgiler bütünüyle *Schwenzer* 2005 s.426'dan alınmış ve bir anlamda metnin çevirisi niteliğinde olup ilgili bölüm boyunca asıl esere ayrıca atıfta bulunulmayacaktır.

sonucudur. Ancak mallardaki ayıbın bir şekilde farkında olan satıcı iyi niyet kaideleri gereği, alıcıyı konu hakkında bilgilendirmelidir. Bu bağlamda durum satıcının, alıcının teknik talimatları yönünde hareket etmesinin sonucu olarak fikri mülkiyet haklarının ihlaline sebebiyet vermesi hali ile benzer olarak nitelendirilebilir.

IV. Sözleşmeye Aykırılığın İspatı

CISG madde 4, sözleşmenin kurulmasını ve tarafların böyle bir sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerini düzenlemektedir. Maddenin devamında “Antlaşmada aksine bir düzenleme olmadıkça sözleşmenin veya sözleşme hükümlerinin veya teamüllerin geçerliliğini veya satılan malların mülkiyeti üzerindeki olası etkilerini düzenlemez.” hükmü yer almaktadır.

Bu itibarla, ispat yükünün ne açık ne de örtülü bir biçimde Konvansiyonun kapsamı içerisinde kalmadığını söylemek yanlış olmayacaktır⁵⁸⁰. Lakin konvansiyonun 7/2 maddesi⁵⁸¹ ile birlikte değerlendirilmesi gereken “hüküm ve istisna” genel prensibi uyarınca meseleyi Antlaşmanın kendi içinden yapılacak bir çıkarımla⁵⁸² çözmek mümkün gözükmemektedir.⁵⁸³

⁵⁸⁰ Neumann para 28.

⁵⁸¹ Neumann para 31. Ayrıca makullül “reosanableness” hakkında bkz. Kritzer <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/reason.html>; Yine Switzerland 13 November 2003 Supreme Court (*Used laundry machine case*) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/031113s1.html>.

⁵⁸² Switzerland 26 April 1995 Commercial Court Zürich (*Saltwater isolation tank case*) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950426s1.html>; Italy 12 July 2000 District Court Vigevano (*Rheinland Versicherungen v. Atlarex*) kararı <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000712i3.html> Bahsedilen bu karara göre ispat yükü konusunda belirlenen kriterler

1. Bir hükümden kendi lehine hukuksal sonuçlar çıkarımında bulunmak isteyen taraf bu hükmün uygulanabilirliğine ilişkin fiili koşullarının oluştuğunun ispatı ile yükümlüdür.
2. Bir istisnaya dayanan taraf bu istisnanın uygulanabilirliğine ilişkin fiili koşullarının oluştuğunun ispatı ile yükümlüdür
3. Dolayısıyla da ispat yükümü bu fiili durumların münhasıran sorumluluk alanına girdiği ve bu nedenle de teorik olarak daha iyi bilinecek ve bu alan üzerinde kontrol sahibi olan tarafta olacaktır.

Ayrıca bkz. Switzerland 30 November 1998 Commercial Court Zürich (*Lambskin coat case*) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/981130s1.html> , Switzerland 13 November 2003 Supreme Court (*Used*

CISG anlamında ispat yükünün kimde olduğunu tartışmasına geçmeden evvel Konvansiyonun ispat konusundaki soruları ve bunlara verilecek olan yanıtları mahkemelere mi bırakmak niyetinde olduğu yoksa bu hususa ilişkin Konvansiyonun kendi içerisinde çıkarılabilecek yanıtların olup olmadığı konusunda Bianca'nın görüşlerine değinmenin uygun olacağı kanaatindeyiz.

Bianca Bonell'e göre ispat sorunu prosedürle ilgili olmayıp devamlılık arz eden satım hukukuna ait bir meseledir. Bu nedenle yanıtı Konvansiyon'da aranmalıdır⁵⁸⁴. Bu görüş (sorunun mahkemelerce halli gereken bir mesele olduğu fikrine karşı) yeterli delil sunulup sunulmadığının kontrolünü mahkemelere bırakılmasını kabul edilebilir olarak nitelendirmektedir. Buna karşın malların sözleşmeye uygunluğu veya uygun olmadığının sırasıyla satıcı veya alıcı tarafından kanıtlanması gerektiği bu kapsamda (mahkemelerce halli gereken bir mesele olarak) değerlendirilemez. Çünkü ispat yükümü doğrudan tarafların sözleşmesel pozisyonlarından etkilenen bir mesele olup sorunun hallinin CISG'nin homojen bir şekilde uygulaması gerçekliğinin göz ardı edilerek farklı ulusal hukuklara bırakılması kabul göresi bir düşünce tarzı olamayacaktır⁵⁸⁵.

laundry machine case) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/031113s1.html>; Germany 9 January 2002 Supreme Court (*Powdered milk case*) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020109g1.html>;

⁵⁸³ *Schwenzer* 2005 s. 432; *Atamer* s. 243; UNCITRAL DIGEST s. 635; *Kröll, Stefan*, 25. Journal of Law and Commerce (2005-06) Selected Problems Concerning the CISG's Scope of Application s. 47 bkz <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/kröll.html#iii>; *Linne*, 31-32 ; *Neumann*, para 29-30, Yazar meselenin Konvansiyon bünyesinde halledilebileceği görüşünü şu gerekçelerle temellendirmektedir. “öncelikle CISG madde 11 ve 79 ispat kelimesini fiili olarak içermektedir. Özellikle de madde 79 bu anlamda Konvansiyonun ispat yükünü de düzenlediğinin en kuvvetli belirtisi olarak gösterilebilir. Maddenin kaleme alınışında ispat yükünün kime ait olacağını açıkça belirtilmiş olup bu çerçevede Konvansiyonun ispat yükü ile hiç ilgilenmemiş olduğu iddia etmek çok da ihtimal dâhilinde değildir. Her ne kadar bir kısım mahkemelerce ispat sorunu CISG kapsamı dışında değerlendirilmişse de mahkeme kararlarının çoğunluğu göz önünde bulundurulduğunda ispat yükünün CISG kapsamında olduğu kabul görmektedir. İkinci olarak da, CISG'nin bir kısım hükümleri hukuki karineler içermekte olup bu hükümlerin de ispat yükünün düzenlediği söylenebilecektir. Ayrıca bkz. meselenin etrafıca tartışıldığı Italy 12 July 2000 District Court Vigevano (*Rheinland Versicherungen v. Atlarex*) kararı <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000712i3.html>

⁵⁸⁴ *Huber, Bianca* s.287 atfı ile.

⁵⁸⁵ *Bianca* s.287; *Neumann*, para 34 ve 35; *Ferrari* s. 1-8.

Kural olarak, alıcının CISG madde 60'a göre mallar üzerindeki hakimiyeti anından itibaren, malların sözleşmeye aykırı olduğu konusundaki ispat yükü (madde 36, 67 ve 69'a göre hasarın intikali⁵⁸⁶ ile) kendisine geçmektedir⁵⁸⁷. Bu genel kuralın istisnası ise alıcının, malları sözleşmeye aykırılığı nedeniyle kabul etmeyip, (ya da kabul etmek zorunda kaldığı hallerde) satıcıya bu durumu ihbar etmesi halidir. Bu ihbar üzerine, hasarın alıcıya intikali anında malların sözleşmeye uygunluğunu kanıtlama yükümü satıcıya ait olacaktır⁵⁸⁸.

Bu açıklamaların ardından, alıcı tarafından malların (her zaman için bir ayıp içerebileceği düşüncesinden hareketle) ihtirazı kayıt ileri sürülmeden teslim alınması halinde ispat yükünün kimde bulunduğu, halli icap eden bir başka meseledir. Bu halde malın ayıpsız olduğuna ilişkin bir beyanda bulunulmaksızın alıcı tarafından bir kez teslim alınan mallarla ilgili olarak ayıbın hasarın intikali anında mevcut olduğunu ispat yükümü yukarıda da belirtildiği üzere alıcıya aittir⁵⁸⁹. Buna karşılık bir diğer görüşe

⁵⁸⁶ Hasarın intikali anında malların zaten sözleşmeye aykırı olup olmadığını kanıtlaması, genellikle kabul gören uluslar arası ticaret uygulamaları çerçevesinde, herkesin iddiasını ispatla mükellef olması "*ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat*" prensibi çerçevesinde halli gereken bir meseledir. *Bianca* s 287-288; *Linne* s.32-33. *Neumann*, para 36. Bu anlayış UCC de § 2-607(4) 'ye göre şu şekilde dile getirilmiştir: İspat yükü kendisince kabul edilmiş mallar açısından alıcıya aittir Buna göre eğer alıcı maldaki ayıpların sözleşmenin ihlaline sebep olacak nitelikte olduğunu iddia ediyor ise bu ihlali (örneğin malların hasarın kendisine intikali anında var olduğunu) kanıtlamakla yükümlüdür.

⁵⁸⁷ *Schwenzer* 2005 s. 432 United States 21 Mayıs 2004 Federal District Court (*Chicago Prime Packers, Inc. v. Northam Food Trading Co davası*)

<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/040521u1.html>; Bazı yazarlara göre ispat yükümünün alıcıya geçmesi, satıcının sorumluluğunun bittiği an olarak tanımlamaktadır. *DiMatteo, Dhooge, Grene, Maurer, Pagnattaro* s 400

⁵⁸⁸ *Schwenzer* 2005 s. 432; *Atamer* s. 243

⁵⁸⁹; Mahkeme uygulamaları ve doktrindeki çoğunluk görüş bu yöndedir. *Atamer* s. 244. Ayrıca mahkeme kararları için bkz ae. 631 ve bu görüşteki yazarlar için 632. *DiMatteo, Dhooge, Grene, Maurer, Pagnattaro* s 400. Aynı yönde Switzerland 15 January 1998 Appellate Court Lugano, Cantone del Ticino (*Cocoa beans case*) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/980115s1.html>; Egypt Arbitration Award of 13 April 1991 (*Cairo Chamber of Commerce and Industry*)

<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=426&step=Abstract>

Ancak şu hususu belirtmek gerekir ki yukarıda örnek olarak verilen kararlardan Bundesgericht 'in vermiş olduğu 13 Ocak 2004 tarihli kararda mallar <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/040113s1.html> adresindeki

göre, alıcının malların teslim aldıktan sonra makul bir süre içerisinde muayene ettirmesi ve bu muayene ile malların ayıplı olduğunun iddia edilmesi hallerinde ise alıcı tarafından ispat yükümünün yerine getirildiği ve satıcının malların hasarın intikali anında ayıplı olmadıklarının ispatlaması gerektiği savunulmaktadır.⁵⁹⁰. Ancak, sözleşmeye aykırılığın malların doğasını veya yapısını etkilediği durumlarda ayıbın teslim anında mevcut olduğunun kabul edilmesi gerektiği de bir gerçektir. Sözleşmeye aykırılığın ortaya çıkışının, malların teslimi ile birlikte riskin alıcıya intikalinden itibaren geçen süreden daha fazla bir zamanı gerekli kılan doğal bir sürecin sonucu olduğu durumlarda mallara ilişkin sözleşmeye aykırılığın hasarın intikali anında var

karar özetinden anlaşıldığı üzere alıcı tarafından teslim alınmamıştır. Dolayısıyla bu kararın bu görüşe bağlı olarak gösterilmesi kanımızca uygun olmamıştır. Diğer yandan malların alıcı tarafından teslim alındığının kabul edilmesi halinde, kararda malların hasarın intikali anında sözleşmeye uygun olduğunun ispatı satıcıya yüklenmiştir. Dolayısıyla her iki açıdan da bakıldığında kanımızca bahsedilen kararın bu görüşe örnek olarak gösterilmesi uygun olmamıştır. Ancak kararın özetinin yayınlandığı bir diğer web adresi olan <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=978&step=Abstract> 'da ise alıcının bir kez malları teslim aldıktan sonra ispat yükümünün kendisinde olacağı belirtilmiştir. Bu iki site arasında yayınlanan karar özetleri arasındaki bir anlamda çelişkiyi göstermekte ve kararın burada yer almasını bir anlamda haklı da kılmaktadır. Lakin belirtilen ikinci adreste alıcının satıcıya karşı belirli kullanım amacını zımni olarak dahi bildirmiş olduğunu kanıtlamadığından bahsedilmektedir. İlk adresteki karara döndüğünde satıcının diğer müşterilerine de bu ürünleri satmasını ve ürünlere ilişkin bir kalite eksikliğinin olmadığını tartışılması ilk olarak ispat yükünün satıcıya yöneltildiğini satıcının bunu mahkemenin gözünde kanıtlaması üzerine bu ispat yükünün belirli kullanım amacının satıcıya bildirilmiş olduğunun ispatı açısından alıcıya geçtiği görülmektedir. Dolayısıyla yukarıda bahsetmiş olduğumuz, malların teslim alınmadan ayıp nedeniyle iade edilmesi ihtimalinde, yine ilk ispat yükü satıcının üzerinde olduğundan kararın bu başlık altında yer almaması gerektiği halen savunulabilecektir.

⁵⁹⁰ Switzerland 11 February 2004 Appellate Court Bern (*Wire and cable case*) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/040211s1.html>. Ayrıca *Atamer* s. 244; UNCITRAL DIGEST s. 634; *Schwenzer* (1998) adı altında atıfta bulunduğumuz eserin önceki basılarında savunulmuş olan CISG madde 39'a göre ayıp ihbarının yapılması ile alıcının ispat yükümünü yerine getirmiş sayılacağı görüşünün terk edildiğini belirtmektedir. Yazar bu noktada Bundesgericht (= BGR = Supreme Court) 'ın vermiş olduğu 13 Ocak 2004 tarihli kararın yine aynı mahkemenin 13 Kasım 2003 tarihli kararının varlığına rağmen terk edilen bu görüş paralelinde olmasını anlaşılmaz olduğunu belirtmektedir. *Schwenzer* (2005) s. 432 dn. 142c; 13 Ocak 2004 tarihli karara ilişkin yapılan bu yorum yukarıda 453. dn'de yapılan tartışmayı destekler niteliktedir.

olduğunun kabulü kaçınılmazdır⁵⁹¹. Alıcının madde 39/1’de belirtilen ihbar süresi içerisinde tespitinin mümkün olmadığı ve ayıbın (yine aynı maddenin ikinci fıkrasının ilk cümlesinde belirtilen) iki yıllık süre içerisinde ortaya çıktığı hallerde ise malların hasarın intikali anında sözleşmeye aykırı olduğunun ispatı yükümü kendisine ait olacaktır⁵⁹².

İspat yükünün belirlenmesinde. *Lex non requirit verificari quod apparet curiae*⁵⁹³ ve *prima facie*⁵⁹⁴ karinelerine de başvurmak mümkündür.⁵⁹⁵

Yukarıdaki açıklamalardan ve mahkeme kararlarından da anlaşılacağı üzere ispat yükünün alıcıda veya satıcıda olduğunu keskin bir şekilde söylemek mümkün değildir. Ancak satıcının sözleşmeye uygun olarak mal teslim etme yükümünden hareketle, *prima facie* anlayışa, diğer bir anlatımla açık olarak, ilk bakışta sözleşmeye aykırılığın belirlenebildiği, durumun kendisinin meseleyi zaten ispat ettiği hallerde ispat yükümü satıcıya ait olmak gerekir. Satıcının bunun aksini ispat edebildiği hallerde ise bu yükümlülük yer değiştirecek ve artık alıcı ayıbın nedeninin kendisi kaynaklı olmadığını ispat edecektir. Bu husus ispatlandıktan sonra ise ispat yükü satıcının bu ayıp nedeni ile neden sorumlu olmaması gerektiğinin kanıtlanması noktasında toplanacaktır⁵⁹⁶.

Bu üç aşamalı anlayış, modern zamanın sözleşmeye uygunluk sorununun karmaşık yapısını da göz önünde bulundurması ve tarafların herhangi birinin ispat külfetine tümüyle katlanmasını önlemesi açısından daha adil bir çözüm yolu gibi gözükmektedir⁵⁹⁷.

⁵⁹¹ *Bianca* s 288

⁵⁹² *Atamer* s. 244 ayrıca bkz 633 nolu dn.

⁵⁹³ Hukukun mahkeme nazarında malum ve açık olanın ispatına ayrıca lüzum görmemesi anlayışı

⁵⁹⁴ Aksi ispat edilmedikçe iddiayı ispatlamaya yeter delil

⁵⁹⁵ *Linne* s.32-33.; *Schwenzer* 2005 s 434; Germany June 2003 District Court Tübingen (*Computers and accessories case*) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/030618g1.html>

⁵⁹⁶ *Linne* s.44

⁵⁹⁷ *Linne* s.44

Son olarak ispat yükümü madde 35 uyarınca belirtilen hallerden i) belirli bir kullanım amacına uygunluk, ii) örnek veya modele dayalı satım ve iii) alıcının sözleşmeye aykırılığı biliyor halleri açısından değerlendirildiğinde ispat külfeti sırasıyla;

i) Eğer alıcı malların mutlak kullanım amacı dışında belirli bir kullanım amacına uygun olmadığını iddia ediyor ise bu amacın satıcıya bildirilmiş olduğunun ispatı kendisince yapılacaktır⁵⁹⁸. Bu hususun ispatlandığının kabulü halinde ise artık satıcı kendisinin bilgi ve değerlendirmesine alıcı tarafından güvenilmediğini veya güvenin haklı (makul) olmadığını ispatla yükümlüdür⁵⁹⁹.

ii) Örnek veya modele dayalı bir satımın varlığı konusunda bir uyuşmazlıkta kural olarak alıcı ispat külfeti altındadır. Dolayısıyla bir kez bu tarz bir satış yapıldığı kanıtlandığında ispat yükü yer değiştirecektir. Genel prensip malların örnek veya modele uygunluğunun kanıtlanmasıdır⁶⁰⁰. Ancak satıcının alıcıya bağlanma niyeti olmadan numune veya modeller göstermesi halinde alıcı buna dayanamayacaktır. Bu konuda ispat külfetinin satıcıda olduğu kabul edilmelidir. Bir diğer deyişle satıcının bağlanma niyeti olmadığının alıcı tarafından hal ve şartlar çerçevesinde anlaşılması gerektiğinin satıcı tarafından ispatı gerekir⁶⁰¹.

iii) Satıcı tarafından, alıcının sözleşmeye aykırılığı biliyor olması veya bilmemesinin mümkün olmadığı konusundaki ispat ise genel kuralın bir istisnasına dayanan satıcının ispatla mükellef olduğu bir husustur⁶⁰².

Hukukumuzda ise malların ayıplı olduğu konusundaki ispat yükü konusunda kabul edilen çözüm şu şekildedir: Eğer alıcı satılanı ifa olarak kabul etmişse, bundan böyle satılanın teslim alma zamanında ayıplı olduğunu kendisi ispat edecektir. Aksi

⁵⁹⁸ *Schwenzer* 2005 s 433; *Atamer* s. 212

⁵⁹⁹ *Schwenzer* 2005 s. 433; *Atamer* s. 212; *Neumann*, para 47

⁶⁰⁰ *Schwenzer* 2005 s 433

⁶⁰¹ *Atamer* s. 212

⁶⁰² *Schwenzer* 2005 s. 433.

durumda satıcı ifa olarak teklif ettiği şeyin sözleşmeye uygun olduğunu ispatla yükümlüdür⁶⁰³.

V. Hasarın İntikalinde (CISG 36) İspat Yükümü

CISG madde 36 çerçevesinde incelenecek ispat yükümü yukarıda 35. maddeye ilişkin olarak verilmiş genel açıklamalar paralelinde olup bu başlık altında sadece satıcı tarafından garanti verilmesi hali açısından değinmenin uygun olacağı kanaatindeyiz.

Bu itibarla satıcı tarafından malların kalitesinin süreklilik arz edeceğine dair bir garanti verilmesinin söz konusu olduğu hallerde ispat yükü yer değıştirecek⁶⁰⁴ ve alıcı tarafından ayıbın garanti süresinin içerisinde çıktığının ispatı yeterli olacaktır. Bu noktadan sonra satıcının ispat ödevi ayıbın, alıcının uygun olmayan kullanımı, üçüncü şahısların fiilleri, mücbir sebep gibi nedenler kaynaklı olması dolayısıyla kendi sorumluluğunun dışında kaldığının kanıtlanması olacaktır⁶⁰⁵.

§ 2 MUAYENE

CISG madde 38 alıcının malları muayene yükümlülüğünü ve bu yükümlülüğün hangi zaman dilimi çerçevesinde gerçekleştirilmesi gerektiğini düzenlemektedir⁶⁰⁶. Maddeye göre:

Alıcı malları koşulların izin verdiği ölçüde kısa bir süre içerisinde muayene etmek veya ettirmek zorundadır.

Sözleşme, malların taşınmasını gerektiriyorsa, muayene, malların varma yerine ulaşmasına kadar ertelenebilir.

Mallar alıcı tarafından yeterli imkâna sahip olunmaksızın, taşıma halindeyken başka bir yere yönlendirilir veya onun tarafından başka bir yere gönderilirse ve satıcı

⁶⁰³ Yavuz s. 73

⁶⁰⁴ Atamer s. 245

⁶⁰⁵ Schwenger 2005 s. 439.

⁶⁰⁶ Schlechtriem & Butler s.124.

sözleşme kurulurken böyle bir yönlendirme veya başka yere gönderme ihtimalini biliyor veya bilmesi gerekiyor idiyse, muayene malların yeni varma yerine kadar ertelenebilir.

I. Maddenin Tarihçesi

Meseleye CISG ‘nin muayene ve ihbar yükümlülüğüne ilişkin 38. ve 39. maddelerinin Konvansiyonun hazırlanması aşamasında ve Viyana Konferansı’ndaki müzakerelerde hatırı sayılır bir takım fikir ayrılıklarına sebep olduğunu⁶⁰⁷ belirterek başlamanın konunun arz ettiği önemi vurgulamak açısından gerekli ve uygun olacağı kanaatindeyiz.

CISG madde 35’in yukarıda da belirtmiş olduğumuz bugünkü son halinden geriye doğru yapılacak bir yolculukta, maddenin ULIS madde 38 orijinli olduğu göze çarpmaktadır.

CISG’nin kendisine kaynak olarak tanımlanabilecek olan Uniform Law on the International Sale of Goods (ULIS)’in hazırlık sürecindeki önde gelen katılımcılar kanunlarında katı ihbar yükümünü içeren hukuksal sistemlerdendi. Bunun sonucu olarak da ortaya ULIS madde 38’de belirtildiği gibi “alıcının sözleşme konusu malları “promptly” vakit kaybetmeden muayene etmesi gerektiği” yönünde bir hüküm ortaya çıkmıştı. Bu husus ULIS madde 11’de ise şartlara göre mümkün olduğunca kısa sürede şeklinde dile getirilmiştir. Bahsedilen anlayış normal olarak kendisini ULIS madde 39’da da göstermiş ve madde ihbarın alıcının sözleşmeye aykırılığın farkına varmasından veya varması gerektiği tarihten itibaren vakit kaybetmeden yapılması gereksinimi çerçevesinde vücut bulmuştur. Bu da ihbarın yine şartlara göre mümkün olduğunca kısa sürede yapılmasını gerektirmekte idi. ULIS madde 40⁶⁰⁸ ise bu sert rejime karşı duran ve bir anlamda ıslah niteliğinde olan tek hüküm niteliğindeydi⁶⁰⁹.

⁶⁰⁷ ; *Huber, & Mullis*, s 148 Ayrıca bkz ae dn 531.

⁶⁰⁸ Madde 40 bu anlamda UNCITRAL’da ULIS’e ilişkin olarak yapılan yeniden taslak hazırlanması ve Diplomatik Konferans’ta neredeyse hiç tartışılmadan geçmiş sadece bir kaç yazımsal düzeltmeyle CISG’deki son halini almıştır. Legislative History CISG Ancedents Match-up of CISG article 40 with ULIS provisions <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/matchup/matchup-u-40.html>

⁶⁰⁹ CISG Advisory Council Opinion Drafting History article 38.

Ancak UNCITRAL’ da, CISG’nin hazırlık aşamasında bir dizi hukuk sisteminin de katılımı sayesinde ULIS’in 38 ve 39. maddelerine ilişkin katı yaklaşımı bir kısım değişikliklere uğramıştır. Dile getirilen kaygıların çoğu alıcının malı yeniden sattığı ve başkaca bir alıcıya (sub- purchaser -alt alıcı) gönderdiği hallerde, malların paketlerinin muhafazalarının veya içerisinde bulundukları konteynerlerin açılmasının pratik olmadığı noktasında toplanmıştı. Bunun üzerine UNCITRAL Çalışma Gurubu tarafından CISG 38(2) ve (3)’nün esnek dilinin bu itirazlara karşı yanıt olabileceğine karar verilmiştir⁶¹⁰. ULIS 38/3 uyarınca malların başkaca bir yere gönderilmesinin söz konusu olduğu hallerde, alıcı tarafından yapılacak muayenenin malların ulaşma yerine kadar ertelenebilmesi, malların bir başka taşıma aracına aktarılmas⁶¹¹ yeniden yüklemenin yapılmaması⁶¹² koşulu ile mümkündü. Bu açıdan ULIS, özellikle yeniden satılacak olan mallarda ticari hayatın bir gereği olan taşınan malların aktarılması ve buna bağlı olarak da malların muayenesinin mümkün olamayabileceği gerçeğini göz ardı ederek alıcı açısından fazlaca ağır bir şart içermekte idi⁶¹³. ULIS açısından söz konusu olan bu eleştirinin de göz önünde bulundurulması ile CISG madde 38/3, malların alıcı tarafından taşıma halindeyken başka bir yere yönlendirilmesinin⁶¹⁴ veya başkaca bir yere gönderilmesinin söz konusu olduğu hallere atıfta bulunmuştur. Buna bağlı olarak da alıcıya, işlem sırasında malların muayenesi için makul (reasonable)⁶¹⁵

⁶¹⁰ CISG Advisory Council Opinion Drafting History article 38.

⁶¹¹ Malların başkaca bir taşıma aracına aktarılamamasından, malların bir kez alıcıya teslim edildikten sonra alıcı tarafından malların başkaca bir yere gönderilememesi kastedilmektedir.

⁶¹² *Schwenzer* 2005 s. 456.

⁶¹³ *Bianca* s. 295; *Honnold* s. 271-272.

⁶¹⁴ Ulis metninde yer almayan malların nakliye halindeyken başka bir yere yönlendirilmesi seçeneği malların konteynerler içerisinde taşındığı ve son varış yeri öncesinde açılmalarının makul olmayacağı düşüncesinden hareketle metne eklenmiştir. *Schwenzer* 2005 s. 447.

⁶¹⁵ Terimin Türkçe’deki karşılığı; Makul, yeterli, adil, ortalama, kabul edilebilir kelimeleri ile ifade edilebilir. Bu noktada kullanılan terimden anlaşılması gereken durumun özelliklerinin de göz önünde bulundurularak kabul edilebilir olmasıdır. Bu kriter objektif bir kriter olup kişisel nedenler durumun değerlendirilmesinde göz önünde bulundurulmayacaktır. CISG’nin 37 maddesinde yer alan bu prensibe ilişkin ayrıntılı bir inceleme için bkz. *Kritzer* <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/reason.html#view> .

imkâna sahip olunmaması halinde muayenenin malların varış yerine kadar ertelenebilmesi imkânı tanınmıştır.⁶¹⁶

İleriki oturumlarda ise yine aynı Çalışma Gurubu'nca ULIS 38/1'in muayene süresine ilişkin "gecikme olmaksızın" şeklindeki katı hükmü ise CISG madde 38/1'de belirtildiği üzere "koşulların izin verdiği ölçüde kısa bir süre içerisinde muayene" maddesi ile yer değiştirmiştir⁶¹⁷. Bir diğer deyişle ikinci farklılık olarak adlandırılabilir bu husus, CISG madde 38/1'in (ULIS'te kullanılan "promptly" - gecikme olmaksızın ifadesine karşın) "*koşulların izin verdiği ölçüde kısa bir süre içerisinde*" şeklinde kaleme alınışı ve muayenenin gerçekleştirilmesi gereken süre konusunda farklı koşullara atıf yapmış olmasının getirmiş olduğu esnekliktir.⁶¹⁸

Son olarak ULIS madde 38/4'te belirtilen, tarafların, sözleşmede, muayenenin şekline ilişkin olarak bir yöntem belirtmedikleri hallerde, bu yöntemin muayenenin yapılacağı yer hukukuna veya teamüllerine tabi olacağı hükmü madde metninden çıkarılmıştır⁶¹⁹. Bu duruma gerekçe olarak, muayene yerinin şans eseri belirlenebileceği, tarafların bu muayene yeri ile hiçbir bağlantısının olmayabileceği, ULIS 38/4'ün teamülden kastının CISG madde 9 anlamında uluslararası ticari teamüller olup olmadığının net olarak belirlenememesi ve muayene yeri hukukunun emredici hükümleri uyarınca sözleşmenin geçersizliği risklerinin mevcudiyeti olarak gösterilmiştir⁶²⁰. Lokal uygulamaların uluslararası ticari teamül ve uygulamalara ters

⁶¹⁶ Bianca s. 295; Schwenger 2005 s. 446 - 447

⁶¹⁷ CISG Advisory Council Opinion Drafting History article 38.

⁶¹⁸ Bianca s. 295; Schwenger 2005 s., 446 – 447. Ancak diğer yandan bu esneklik her ne kadar kabul görmekte ise de mahkemelerin çoğu bu konudaki görüşlerini esnekliğin daraltılmasından yana kullanmaktadırlar. DiMatteo, Dhooge, Grene, Maurer, Pagnattaro s 360 Ayrıca bkz. 10 February 1994 Appellate Court Düsseldorf (*Shirts case*) <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/940210g1.html>>; Italy 12 July 2000 District Court Vigevano (*Rheinland Versicherungen v. Atlarex*) <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000712i3.html>>.

⁶¹⁹ Schwenger 2005 s. 447 ve 451.

⁶²⁰ Schwenger 2005 s. 447. Ayrıca yazarca bu paragraf altında belirtmiş olduğumuz Uli's'in katı kurallarının alıcı lehine esnetilmesi sonucu bu değişikliklerin, gelişmekte olan ülkelerce bu hükümlere ilişkin olarak dile getirilen endişelere yanıt niteliğinde olduğu belirtilmektedir. Aynı yönde bkz. Huber, & Mullis, s 148, Yazarlarca gelişmekte olan ülkelere yapılan itirazların nedeni bu ülkelerin gelişmiş ülkeler

düşebileceği endişesi de hükmün lağvedilmesinin gerekçelerinden biri olarak gösterilmektedir⁶²¹.

II. Muayene külfetinin amacı ve kapsamı

Bir satın sözleşmesine konu malların muayenesi ve buna bağlı olarak satıcıya yapılacak olan ihbar, birçok hukuk sisteminde⁶²² yer almakta olup, hem alıcının satın almış olduğu malların sözleşmeye uygun olup olmadığını saptamak hem de satıcının, alıcının mallara ilişkin bir memnuniyetsizliğinin olmadığından emin olmak istemesi gibi nedenlerle oldukça önem taşımaktadır⁶²³. Yine satıcının söz konusu aykırılığı gidermek adına bir kısım önlemler alması veya alıcının bu nedenle oluşmuş ya da oluşabilecek zararlarını minimuma indirmesi ya da malların sözleşmeye aykırı olması sonrasında

kadar teknik olanaklara sahip olamayabilecekleri göz önünde bulundurulduğunda belirtilen zaman dilimi içerisinde aybın ortaya çıkarılamayacağı endişesi taşımalarıdır. Bu hususun meselenin madde 39'un Konvansiyon metninden çıkarılması teklifine varacak kadar ileriye taşınması, konu hakkındaki endişelerin ne denli yoğun olduğunun betimlenmesinde en kayda değer ölçüttür. Bu tartışmaların sonunda delegelerin uzlaşması ise CISG'ye (ihbarı zamanında gerçekleştiremeyen) alıcının, fiyat indirimi ve yoksun kalınan kar haricindeki tazminat hakları gibi hukuki imkanlarının saklı kalmasını öngören 44. maddenin eklenmesi suretiyle gerçekleşmiştir. Yine Konvansiyon'un haklı olarak bu hükümden kaçındığı ve benzer gerekçeleri içeren görüş için *Bianca* s. 297; Ancak *Schlechtriem* konu ile ilgili olarak CISG'de ULIS'in muayene yeri hukuku ve teamüllerine atıf yapılmamasını talihsizlik olarak nitelendirmiştir. *Schlechtriem* Manz1986 s. 69.

⁶²¹ *Honnold* s. 273.

⁶²² Bu anlamda bilhassa German hukuk sistemleri alıcıya malların muayenesi külfetini açık bir şekilde yüklemektedir. (Almanya HGB Handelsgesetzbuch – Alman Ticaret Kanunu §377; Avusturya §§377 HGB uyarınca bu yükümlülük sadece tarafların tacir olması halinde mevcutken; İsviçre Hukuk açısından -İsviçre Borçlar Kanunu OR- madde 201- tüm satış türleri açısından mevcuttur.). Belirtilen muayene yükümü Alman ve Avusturya hukuku açısından “prompt” (vakit kaybetmeden) yapılması gerekmektedir. Buna karşın İsviçre §607, İngiltere SGA 35/1. Belçika ve İtalyan hukuku muayene yükümü hakkında hükümler içermemekte olup satıcıya yapılacak olan ihbar süresini ise 8 gün olarak belirlemiştir. *Schwenzer* 2005 s. 447 ve ae. Dn 14-15-16; Mukayeseli hukuk ve İsviçre Hukuku uygulaması açısından ve ayrıca bkz. *Atamer* s 220 dn. 476.

Konu ile ilgili olarak farklı hukuk sistemlerindeki ihbar yükümlülüğüne ilişkin hükümler neticesinde varılan üç ayrı yaklaşım, sonuçları ve konu hakkındaki yorumlara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. CISG Advisory Council Opinion Drafting History article 38. Aynı yönde *Huber, & Mullis*, s 148

⁶²³ *Enderlein* s. 167

maruz kalabileceği talep ve davalarla karşılaşabilecek olması endişesinin zamansal sınırının belirlenmesi konunun önemi ile ilgili başkaca örneklerdir.⁶²⁴

Bu anlamda CISG madde 38/1 uyarınca alıcı malları koşulların izin verdiği ölçüde kısa bir süre içerisinde muayene etmek veya ettirmek zorundadır. Ancak muayene yükümüne ilişkin madde olan CISG 38 ve sözleşmeye aykırılığın satıcıya ihbarını düzenleyen madde 39 birlikte değerlendirildiğinde bunun, yasal bir yükümlülükten ziyade alıcının kendi lehine olan bir külfet olduğu kabul edilebilecektir⁶²⁵. Çünkü alıcının muayene yükümlülüğünü yerine getirmemesi bir sözleşme ihlali değildir⁶²⁶. Alıcının malları (objektif bir bakış açısı ile) olması gerektiği gibi muayene etmeden ayıbı keşfetmesi halinde de satıcıya durumu uygun bir şekilde ihbar etmesi koşulu ile alıcı sözleşmeye aykırılık dolayısıyla sahip olduğu hakları yine kullanabilecektir. Böyle bir durumda satıcının yeter sayılabilecek ölçüde bir muayene gerçekleştirmemiş olması önem taşımayacak ve bu hale hiç bir hukuki sonuç da bağlanamayacaktır⁶²⁷. Bu anlamda malların muayenesi, alıcının madde 39 uyarınca malların sözleşmeye aykırılığı dolayısıyla kendisine tanınan hukuki imkânlardan faydalanabilmesi adına yapacağı ihbara hizmet etmektedir⁶²⁸. Dolayısıyla, malların muayenesinin maddede belirtilen süre içerisinde gerçekleştirilememesi ve buna bağlı olarak da sözleşmeye aykırılığın farkına varılması gerektiği zamanda saptanmasının ciddi sonuçları olacak ve sözleşmeye aykırılık ihbarını gerçekleştirmeyen alıcı buna bağlı haklarını yitirme riski ile karşı karşıya kalacaktır⁶²⁹. Diğer bir anlatımla, muayene zamanı malların sözleşmeye aykırı olması halinde satıcıya yapılacak olan ihbara ilişkin makul sürenin başlangıcının belirlenmesi açısından madde 39 ve 43 ile birlikte

⁶²⁴ Avusturya 27 Ağustos 1999 Supreme Court (*Trekking shoes case*) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/990827a3.html>; *Schwenzer* 2005 s. 447; *Huber, & Mullis*, s 150; *Bernstein & Lookofsky*, s. 92 ve dn. 140

⁶²⁵ *Enderlein & Maskow* s. 154.

⁶²⁶ *Bianca* s. 297

⁶²⁷ *Enderlein* s. 167; *Schwenzer* 2005 s. 448

⁶²⁸ *Enderlein & Maskow* s. 154; *Schwenzer* 2005 s. 448,

⁶²⁹ Almanya 31 Ağustos 1989 District Court Stuttgart (*Shoes case*) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/890831g1.html>; İsviçre 27 Nisan 1992 District Court Locarno Campagna (*Furniture case*) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/920427s1.html> *Enderlein* s. 167

değerlendirilmek gerekmekte olup alıcının madde 49/2/b/i uyarınca sözleşmenin ortadan kalktığını beyan edebilmesi açısından da ayrıca önemi haizdir.⁶³⁰ Bu sayede muayene zamanı, alıcının sözleşmeye aykırılığı saptaması gerektiği zamanın belirleyiciliği rolünü üstlenmektedir⁶³¹.

Madde 38 ve 39 CISG madde 35 kapsamında değerlendirilebilecek ve sözleşmeden madde 35'e göre çıkarılabilecek (örneğin miktara ilişkin ayıplarda)⁶³² sözleşmeye aykırılıkların tamamına uygulanır⁶³³. Madde 38 malların üzerinde anlaşılandan açık bir şekilde farklı bir malın teslim edildiği hallerde dahi uygulanmak gerekir⁶³⁴.

Mallara ilişkin sunulması gereken belgeler hakkında ise CISG'de açık bir hüküm bulunmamakla birlikte maddelerin kıyasen bu durum için de uygulanması gerektiği.⁶³⁵ (aksinin kabulünün pratikte satıcının sözleşmeye aykırılığın halli konusundaki haklarını zayıflatacağından) kabul edilmek gerekir⁶³⁶.

⁶³⁰ *Honnold* s. 271; *Schwenzer* 2005 s. 448; Ancak CISG madde 44 uyarınca alıcının haklı bir nedene dayalı olarak madde 39 uyarınca durumu satıcıya ihbar edemediği hallerde alıcının fiyat indirimi ve yoksun kalınan kar haricindeki tazminat hakları saklıdır.

⁶³¹ *Honnold* s. 271

⁶³² *Schwenzer* 2005 s. 449; Avusturya da aliud ifa halinde alıcının kabul edebileceği ve etmeyeceği ayrımı dikkate alınırken; İsviçre'de aliud ifanın her hali sözleşmeye aykırılık teşkil etmektedir. Bz ae. dn. 17

⁶³³ *Huber, & Mullis*, s 148; (Ed) UNCITRAL DIGEST s. 644; Stockholm Chamber of Commerce Tahkim Kurulu'nun 5 Haziran 1998 tarihli ve Beijing Light Automobile Co. v. Connell davası kararı <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/980605s5.html> ve kararın özeti ve tam metni için sırasıyla <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=338&step=Abstract> ve <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=338&step=FullText>.

⁶³⁴ *Schwenzer* 2005 s. 449.

⁶³⁵ UNCITRAL DIGEST s. 644; *Schwenzer* 2005 s. 449; *Huber, & Mullis*, s 148; Hollanda 17 Haziran 1997 Appellate Court Arnhem'in *Bevaplast v. Tetra Médical* davası kararı <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970617n1.html> ve <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=317&step=Abstract>.

⁶³⁶ *Schwenzer* 2005 s. 449. Satıcının bu hakkı ve ne şekilde kullanılabileceği CISG madde 48'de düzenlenmiştir. Konu ile ilgili LG Oldenburg Landgericht (District Court) 9 Kasım 1994 tarihli kararı <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=102&step=Abstract>.

Sözleşmede malların sevkiyatının CISG 73 uyarınca belirli aralıklarla ve miktarlarda (ardı ardına teslim) yapıldığı hallerde alıcı her bir teslim sonrası muayene gerçekleştirmeli ve sözleşmeye aykırılığın söz konusu olduğu varlığı söz konusu ise satıcıya durumu ihbar etmelidir⁶³⁷.

Satışın örnek veya modele dayalı olduğu hallerde ise muayene hem gönderilen örnek veya model teslimi hem de (numunelerin sözleşmeye uygun olsa dahi) esas teslim sonrasında ayrı ayrı gerçekleştirilmelidir⁶³⁸.

III. Muayene Metodu

1. Alıcı veya Üçüncü Şahısça Muayene

CISG’de madde 38 “Alıcı malları koşulların izin verdiği ölçüde kısa bir süre içerisinde muayene etmek veya ettirmek zorundadır” şeklinde bir ifade kullanarak mallara ilişkin olarak gerçekleştirilecek muayenenin kimler tarafından yapılması gerektiği hususuna bir önem atfetmemiştir. Dolayısıyla muayene alıcının kendisince, çalışanları aracılığı ile veya üçüncü bir şahısça (müşterileri⁶³⁹ veya bilirkişilerce⁶⁴⁰) gerçekleştirilebilecektir⁶⁴¹. Tarafların bu konuda genellikle başvurduğu yöntem

⁶³⁷ *Schwenzer* 2005 s. 449. Satıcının bir teslim sonrası malları muayene etmemesi sonraki teslimlerde ortaya çıkabilecek muhtemel sözleşmeye aykırılık hallerinde bu aykırılığa dayanamaması sonucunu doğuracaktır. ae. s. 450 ve dn. 20/b’de belirtilen karar. Karar için ayrıca bkz. <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/971210a3.html> Avusturya Viyana Tahkim Kurulu (*Bar ley case*) 10 Aralık 1997. Münferit teslimler sonrasında gerçekleştirilecek muayene, 73/2 ‘ye göre yükümlülüklerinden birini ifade aksayan satıcıya karşı alıcı tarafından kullanılabilir olan, (bu halin ileride sözleşmenin esaslı bir şekilde ihlal edileceğine dair ciddi belirtiler içermesi halinde) sözleşmenin yok sayılması (sözleşmeden dönme) hakkının muhafazası açısından da önem taşımaktadır.

⁶³⁸ *Schwenzer* 2005 s. 450.

⁶³⁹ Germany 8 February 1995 Appellate Court München (*Automobile case*) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950208g1.html>

⁶⁴⁰ Germany 3 November 1999 Supreme Court (*Machine for producing hygienic tissues case*) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/991103g1.html>

⁶⁴¹ *Bianca* s. 297; *Schwenzer* 2005 s. 450; UNCITRAL DIGEST s. 647, *Enderlein* s. 167. Muayene kim tarafından Gerçekleştirildiğinden bağımsız olarak itina ile yapılmalıdır. ae. s 167

muayenenin bağımsız kontrol organizasyonlarına yaptırılmasıdır⁶⁴². Malların ulaştığı yer gümrüklerinde bulunan resmi görevlilerin muayene hususunda muktedir olduğu durumlarda inceleme onlar tarafından da gerçekleştirilebilir.⁶⁴³ Ancak üçüncü şahıslarca yapılacak olan muayenenin sonuçları açısından son sorumlu genel olarak (örneğin tarafların üzerinde uzlaşmış olduğu bir şahsın mevcut olduğu durumlar veya satıcının muayenenin 3. bir şahısça gerçekleştirilmesi konusunda ısrar etmiş olması gibi⁶⁴⁴ haller istisna olmak üzere⁶⁴⁵) alıcı olacaktır⁶⁴⁶.

2. Tarafların Uzlaşması ve Taraflar arası Uygulamalar Halinde Muayene

CISG madde 6 uyarınca Konvansiyon emredici olmayıp tarafların, yapacakları sözleşme ile her zaman için Konvansiyon hükümlerini bertaraf etmek imkanları mevcuttur⁶⁴⁷. Bu itibarla muayene öncelikle tarafların üzerinde uzlaşmış olduğu yönetime göre belirlenecektir⁶⁴⁸. Özellikle bir kısım makine ve araçların satımını içeren sözleşmelerde tarafların matematiksel performans testi ve bir süreliğine soğuk deneme çalıştırması gibi yöntemlere başvurmaları mümkündür⁶⁴⁹. Dolayısı ile muayene yöntemi büyük ölçüde mallarına türüne, paketleme şekline ve alıcının yeteneklerine bağlı olarak değişebilir.⁶⁵⁰ Bir kısım kararlarda muayene yöntemi ile ilgili şu hususlara yer verilmiştir:

⁶⁴² Enderlein & Maskow s. 155.

⁶⁴³ Schwenzer 2005 s. 450.

⁶⁴⁴ Schwenzer 2005 s. 450.

⁶⁴⁵ I.C.C. International Court of Arbitration 1 June 1999.

<http://www.globalsaleslaw.org/content/api/cisg/urteile/705.htm>

⁶⁴⁶ Germany 8 February 1995 Appellate Court München <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950208g1.html>

⁶⁴⁷ Kuoppala 3.2.2; DiMatteo, Dhooge, Grene, Maurer, Pagnattaro s 360.

⁶⁴⁸ Schwenzer 2005 s. 450; Ancak CISG 4 uyarınca Konvansiyon sözleşmenin veya sözleşme hükümlerinin geçerliliğini düzenlememekte ve sözleşmenin geçerliliği ve işlevselliği konusundaki kararı ulusal hukuk hükümlerine bırakmaktadır. Kuoppala 3.2.2

⁶⁴⁹ Enderlein s. 167 Enderlein & Maskow s. 155

⁶⁵⁰ Germany 25 November 1998 Supreme Court (*Surface protective film case*) davasında yüksek mahkemece satıcı ile alıcı arasında 15 aydır devam eden ilişkileri göz önünde bulundurarak ve alıcının

Alicının konu hakkındaki tecrübesi dolayısıyla rastgele örneğin seçilerek muayene edilmesi gerektiği⁶⁵¹ veya bunun yeterli olup olmayacağı⁶⁵²; mallara ilişkin paketlemenin ve nakliye koşullarının, alıcı tarafından gerçekleştirilecek olan muayeneye etkisi⁶⁵³; dışarıdan bir bilirkişi atanması gerekip gerekmediği⁶⁵⁴; veya daha önceki teslimlerde veya işlemlerde bir ayıbın varlığı yada yokluğunun muayene yöntemini etkileyip etkilemeyeceği⁶⁵⁵

38 ve 39. maddelere göre haklarını saklı tutmamış olmasını gerekçe göstererek alıcının malların işlevsel hale getirilmesi için yapmış olduğu masraflara ilişkin talebini kabul etmiştir. <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/981125g1.html>. Kanımızca satıcı tarafından sessiz kalınarak hiçbir çekince konulmadan bir kısım taleplerin yerine getirilmesi taraflar arasında oluşmuş bir uygulama veya teamül olarak algılanmıştır.

⁶⁵¹ Germany 21 March 2003 District Court Berlin (*Fabrics case*) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/030321g1.html>

⁶⁵² Germany 12 October 1995 District Court Trier (*Wine case*) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/951012g1.html> teslim edilen şaraplardan bir kısmının alınarak teslimin ertesi günü muayene edilmesi yeterli olup alıcının ayrıca sulandırma testi yapmasına (bu muayene şekline şarap ticaretinde genel olarak başvurulmaması nedeniyle) gerek yoktur.

⁶⁵³ [Netherlands 19 December 1991 District Court Roermond (*Fallini Stefano v. Foodik*) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/911219n1.html> Teslimin donmuş peynirlere ilişkin olması alıcının malları muayene etmek yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz. Alıcı donmuş peynirlerden en azından bir kısmının buzunu çözdürüp muayene gerçekleştirmiş olmalı idi. Germany 13 January 1993 Appellate Court Saarbrücken (*Doors case*) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/930113g1.html> kapıların plastik bir malzeme ile kaplanmış olması alıcının muayene yükümlülüğünü yerine getirmesine mani değildir. Alıcı bir kısım ürünlere ilişkin paketleri açıp muayeneyi gerçekleştirmiş olmalı idi. Ayrıca *Schlechtriem & Butler*, s.125 dn. 180; Switzerland 8 January 1997 Appellate Court Luzern (*Blood infusion devices case*) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970108s1.html>. Alıcı tıbbi cihazların taşındığı nakliye kutularından bir örnek alıp şeffaf olan paketleri üzerinden bir inceleme yapmış olmalı idi. Buna karşın Belgium 6 October 1997 District Court Kortrijk (*Wonderfil v. Depraetere Industries*) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/971006b1.html> alıcının iplikleri kontrol amacı ile sargılarını açmak zorunda bırakılması makul değildir.

⁶⁵⁴ Germany 21 August 1995 District Court Ellwangen (*Spanish paprika case*) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950821g2.html>

⁶⁵⁵ Germany 31 August 1989 District Court Stuttgart (*Shoes case*) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/890831g1.html>; *DiMatteo, Dhooge, Grene, Maurer, Pagnattaro* s 362

Tarafların sözleşmesel olarak bir uygulama metodu konusunda anlaşamadığı veya buna ilişkin olarak sözleşmede bir atfın bulunmadığı hallerde muayene metodu ticari teamül ve uygulamaya göre belirlenecektir⁶⁵⁶. Yine Madde 9 uyarınca taraflar arası oluşmuş bir uygulamanın varlığı muayene yönteminin muhtemel belirleyicileri arasındadır⁶⁵⁷. Madde 9/2’de de belirtildiği üzere aksine anlaşma olmadığı sürece tarafların uluslararası ticarete geniş ölçüde bilinen ve uygulama alanı bulan, o sektöre ilişkin ticari teamüllerin örtülü bir biçimde sözleşmelerinin bir parçası haline getirdikleri kabul edilmektedir⁶⁵⁸.

3. Taraflarca Anlaşma veya Teamül Yokluğunda Muayene

Taraflarca üzerinde anlaşılmış bir sözleşme veya ticari teamülün bulunmadığı hallerde çözüm CISG’nin kendi içinden üretilmeli ve alıcı muayeneyi malların doğasına, miktarına paketlemesine ve diğer tüm koşulların göz önünde bulundurulduğu, uygun ve yeterli olarak tanımlanabilecek bir şekilde gerçekleştirmelidir⁶⁵⁹. Bu kriter genel olarak objektif ölçütlere dayanmakla birlikte, satıcı tarafından bilinen subjektif faktörlerin göz önünde bulundurulması gerektiği gerçeğine etki etmeyecektir. Örneğin alıcının yeterli tecrübeye sahip olmadığı veya teslim yerinde malların muntazam bir şekilde muayene edilebilmesi için yeterli altyapıya sahip olunmadığının satıcı tarafından bilinmesi gibi⁶⁶⁰. Muayene CISG 7/2 anlamında da makul “reasonable” olmalıdır⁶⁶¹.

Muayene, her koşulun nazara alınarak yapıldığı bir inceleme ile fark edilebilecek sözleşmeye aykırılıkları meydana çıkarmaya yeter nitelikte olmalıdır⁶⁶².

⁶⁵⁶ *Schwenzer* 2005 s. 450.

⁶⁵⁷ *Enderlein* s. 168; *Kuoppala* 3.2.3 *Enderlein & Maskow* s. 155.

⁶⁵⁸ *Kuoppala* 3.2.3.

⁶⁵⁹ *Kuoppala* 3.2.4 *Schwenzer* 2005 s. 451; *Bianca* s. 298; *DiMatteo, Dhooge, Greene, Maurer, Pagnattaro* s 363.

⁶⁶⁰ *DiMatteo, Dhooge, Greene, Maurer, Pagnattaro* s 360; *Schwenzer* 2005 s. 451; Austria 27 August 1999 Supreme Court (*Trekking shoes case*) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/990827a3.html>

⁶⁶¹ *Bernstein & Lookofsky*, s. 91; İngiliz SGA uyarınca makul bir incelemenin nasıl olması gerektiğine ilişkin bkz. *Schlechtriem & Butler* s. 124 dn. 175-176; Makul ve kabul edilebilir bir muayenenin yapıldığının ispatı alıcının yükümlülüğündedir. *DiMatteo, Dhooge, Greene, Maurer, Pagnattaro* s 362;

⁶⁶² *Schwenzer* 2005 s. 451.

Ancak muayenenin gizli ayıpları ortaya çıkarması beklenmez. Bu ayıplara ilişkin olarak ihbar süresi de ortaya çıktıkları zamandan itibaren başlayacaktır⁶⁶³. Yapılacak olan incelemeden kasıt, muayenenin, muhtemel her ayıbı ortaya çıkarmaktan ziyade koşullara göre makul sayılabilecek ve sözleşme hükümlerine, ticari teamüllere ve taraflar arası uygulama ve alışkanlıklara, malın türüne teknik özelliklerine ve tarafların bilgi ve tecrübelerine dayalı olmasıdır⁶⁶⁴. İnceleme konusu paragraf konu ile ilgili sözleşme hükmünün ve ticari teamülün yokluğundaki çözüme odaklanmış olduğundan, kriter, incelemenin, malların doğası, miktarı paketleniş biçimi ve diğer koşulların göz önüne alındıktan sonra makul olarak nitelendirilebilecek seviyede olmasıdır⁶⁶⁵. Dolayısıyla malların karmaşık bir yapıya sahip olması veya çok fazla sayıda olması hallerinde dahi alıcı karmaşık teknolojik analizler gerçekleştirmek zorunda değildir⁶⁶⁶. Bir diğer deyişle malların muayenesine ilişkin yükümlülük alıcı açısından haddinden fazla zahmet verici olmamalıdır⁶⁶⁷. Ancak alıcının konu ile ilgili tecrübesinin olduğu durumlarda⁶⁶⁸ veya daha önceki teslimlerde malın ayıplı olduğunun tespit edilmiş olması⁶⁶⁹ hallerinde yapılacak inceleme daha ayrıntılı olmak durumundadır⁶⁷⁰. Yine

⁶⁶³ *Atamer* s. 225; *Bernstein & Lookofsky*, s. 93 Germany 14 August 1991 District Court Baden-Baden (*Wall tiles case*) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/910814g1.html> ; Dolayısıyla da ihbar süresi bu tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır.

⁶⁶⁴ *DiMatteo, Dhooge, Greene, Maurer, Pagnattaro* s 362; *Bernstein & Lookofsky*, s. 91 Ancak Secretariat Commentary'de belirtildiği üzere ticari teamüllerin bir kısım standartları şart koşması hali bu duruma istisna teşkil etmektedir. Austria 27 August 1999 Supreme Court (*Trekking shoes case*) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/990827a3.html> mallara ilişkin özelliklerinin dahi muayenesinin zor olması halinde profesyonel, özenli ve derinlemesine bir muayene gereklidir. Bu nedenle çok sayıda ayakkabıyı satın alan alıcı tarafından o sektörde uzman bir bilirkişi incelemesi yaptırılması gerekirdi. *Bernstein & Lookofsky*, s. 91 dn. 136

⁶⁶⁵ *Bianca* s 298,

⁶⁶⁶ *Bianca* s 298,

⁶⁶⁷ *Kuoppala* 3.3.1

⁶⁶⁸ Germany 11 March 1998 Appellate Court München (*Cashmere sweaters case*) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/980311g1.html>

⁶⁶⁹ Germany 31 August 1989 District Court Stuttgart (*Shoes case*) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/890831g1.html> ; Netherlands 5 March 1997 District Court Zwolle (*Cooperative Maritime Etaploise v. Bos Fishproducts*) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970305n1.html>

⁶⁷⁰ *Schwenzer* 2005 s. 451; *Kuoppala* 3.3.1

alıcının konunun uzmanı olması veya ileride zarara neden olacak bir kısım vakıaların varlığı halinde de yapılacak muayene de normal koşullar altında yapılacak olandan daha kapsamlı olmalıdır⁶⁷¹. Muayenenin bir uzman gerektirdiği haller de söz konusu olabilecektir. Ancak alıcıdan bu anlamda gerçekleştirilmesi beklenen muayenenin derecesi hiç zaman için aşırıya kaçmamalıdır⁶⁷².

Malların büyük miktarlarda tesliminin söz konusu olduğu hallerde alıcıdan malların tamamını muayene etmesi beklenemez⁶⁷³. Dolayısıyla yapılması gereken muayenenin mallar arasından rastgele seçimlere dayalı olarak gerçekleştirilmesidir⁶⁷⁴. Bu halde numuneler dışında kalan malların ayıplı çıkması söz konusu olur ise bu mallara ilişkin ihbar süresi ortaya çıktıkları andan itibaren işlemeye başlayacaktır⁶⁷⁵. İncelemenin malların yapısına müdahale gerektirdiği durumlarda ise alıcı malları dışarıdan tartarak, ölçerek tadarak veya koklayarak özetle görsel olarak incelemelidir⁶⁷⁶. Rastgele bir numunenin incelenmesinin gerektiği durumlarda ise bu numunenin bir daha

⁶⁷¹ Schwenzer 2005 s. 451; Kuoppala 3.3.1

⁶⁷² Schwenzer 2005 s. 451; Germany 25 June 1996 District Court Paderborn (*Granulated plastic case*) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960625g1.html> Olayda satıcı tarafından teslim edilen PVC'nin sözleşmeye göre bünyesinde bulundurması gereken maddenin mallarda daha az oranda bulunması söz konusudur. Ancak alıcı sözleşmeye aykırılık hükümlerine dayanma hakkını müşterilerinden gelen şikâyetlere değin yitirmemelidir. Çünkü söz konusu aykırılık özel bir kimyasal inceleme ve test ile ortaya çıkarılabilecek bir husus olduğundan alıcı bu tarz bir inceleme yapmak zorunda değildir.

⁶⁷³ Huber, & Mullis, s 150 ; Austria 27 August 1999 Supreme Court (*Trekking shoes case*) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/990827a3.html>

⁶⁷⁴ Schwenzer 2005 s. 452; Bianca s. 298 Germany 13 January 1993 Appellate Court Saarbrücken (*Doors case*) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/930113g1.html> ; Switzerland 30 November 1998 Commercial Court Zürich (*Lambskin coat case*) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/981130s1.html>. Alman ve İsviçre içtihat hukukuna göre de malın belli bir yüzdelik bölümünün kontrolü gerekmektedir. Avusturya'da da benzer bir kriter uygulanmaktadır. Schwenzer 2005 s. 452 dn. 33.

⁶⁷⁵ Bianca s 298.

⁶⁷⁶ Schwenzer 2005 s. 452; Ayıbın açık olarak nitelendirilebileceği hallerde de muayene derhal gerçekleştirilmek gerekir. DiMatteo, Dhooge, Greene, Maurer, Pagnattaro s 361 Switzerland 13 November 2003 Supreme Court (*Used laundry machine case*) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/031113s1.html>; kararında renge ağırlığa ve kıvama ilişkin ayıplar açık ayıp olarak nitelendirilmiştir.

kullanılmayacak olması pahasına bu inceleme gerçekleştirilmelidir⁶⁷⁷. Eğer görsel olarak yapılan inceleme sonucu ortaya çıkan sonuç malların atipik olduğu kanısını uyandırıyor ise bu mallara ilişkin olarak örnekler alınmalıdır⁶⁷⁸.

Giysilere ilişkin olarak yapılacak muayene yıkama ve ütöleme sonucunda malların ne denli küçüleceğini (çekeceğini) ortaya çıkarır mahiyette olmalıdır⁶⁷⁹. Diğer yandan kompleks makinelerin muayenesinin gerektiği hallerde bu makinelere ilişkin parçaların değil her makinenin ayrı ayrı çalıştırılarak denenmesi uygun olan muayene metodudur⁶⁸⁰. Eğer satın alınan makineler bir ürünün üretimi adına kullanılacak iseler bu durumda kitlesel üretime ışık tutacak nitelikte, canlandırma varı bir üretim yapılmak gerekir⁶⁸¹.

Çabuk bozulabilir ürünlerin muayenesi ise farklılık göstermektedir. Malların doğası gereği belirli bir zamana yayılan muayene yöntemlerinden kaçınılmalı görsel ve duyuşal inceleme yöntemleri kullanılmalıdır⁶⁸².

IV. Muayene Periyodu

1. Muayene Süresinin Belirlenmesi

CISG madde 38/1 uyarınca alıcı malları koşulların izin verdiği ölçüde kısa bir süre içerisinde muayene etmek veya ettirmek zorundadır. Maddenin başlıca amacı, malların yeniden satımı öncesi malların sözleşmeye uygunluğunun kontrolü için alıcıya

⁶⁷⁷ *Schwenzer* 2005 s. 452, ayrıca bkz. ae. dn. 33/b' de belirtilen mahkeme kararları

⁶⁷⁸ *Schwenzer* 2005 s. 452.

⁶⁷⁹ Germany 6 October 1995 Lower Court Kehl (Knitware case)
<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/951006g1.html>

⁶⁸⁰ *Schwenzer* 2005 s. 452.

⁶⁸¹ *Schwenzer* 2005 s. 452.

⁶⁸² *DiMatteo, Dhooge, Greene, Maurer, Pagnattaro* s 361; *Schwenzer* 2005 s. 452.

bir fırsat tanımak⁶⁸³ ve alıcı tarafından, malların sözleşmeye uygun olduğuna kanaat getirilip getirilmediği meselesine açıklık kavuşturmadır.⁶⁸⁴

CISG muayene süresinin belirlenmesine ilişkin ivedi “prompt” terimi yerine koşulların izin verdiği ölçüde kısa bir süre içerisinde kullanmayı yeğlemiştir. Uluslararası satımlara konu malların birbirlerinden çok farklı olabileceği gerçeği de göz önünde bulundurularak⁶⁸⁵ CISG haklı olarak daha esnek bir yaklaşım benimsemiş ve bu sürenin günler haftalar veya aylarla ölçülmesi anlayışından kaçınmıştır⁶⁸⁶. Buna göre muayene süresinin belirlenmesinde nazara alınması gereken somut olayın özellikleri ve tarafların (bu muayeneyi gerçekleştirmek adına) makul fırsatlara sahip olup olmadığıdır⁶⁸⁷. Örneğin teslim anında malların nerede olduğu paketleme türü ve paketlemeye ilişkin kullanılan yöntem be bilhassa türü gibi⁶⁸⁸.

⁶⁸³ Switzerland 30 November 1998 Commercial Court Zürich (*Lambskin coat case*) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/981130s1.html>

⁶⁸⁴ Germany 25 June 1997 Appellate Court Karlsruhe (*Surface protective film case*) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970625g1.html>

⁶⁸⁵ *Schlechtriem & Butler* s. 126.

⁶⁸⁶ *Schlechtriem & Butler* s. 125; *Honnold* s. 273; *DiMatteo, Dhooge, Greene, Maurer, Pagnattaro* s 360 Her ne kadar mahkemelerce bu esnekliğin varlığının kabulünü kanıtlar kararlara mevcut ise de maddenin katı bir şekilde uygulanması gerektiğini savunan kararlara da mevcuttur. Örneğin; Germany 5 April 1995 District Court Landshut (*Sport clothing case*) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950405g1.html> mallar her ne kadar çabuk bozulan cinsten olmasa da muayenenin bir an evvel yapılması gereklidir. Switzerland 27 April 1992 District Court Locarno Campagna (*Furniture case*) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/920427s1.html> tarafların her ikisinin de tacir olması nedeniyle alıcı tarafından muayenenin derhal gerçekleştirilmiş olması gerekirdi; Netherlands 17 June 1997 Appellate Court Arnhem (*Bevaplast v. Tetra Médical*) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970617n1.html> medikal araç ve gereçlerin alım satımını yapan alıcı, kanunen gerekli dokümanların var olup olmadığını teslim üzerine derhal kontrol etmelidir. Germany 3 June 1998 Appellate Court Saarbrücken (*Flowers case*) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/980603g1.html> alıcı çiçekleri teslim gününde muayene etmelidir. Germany 10 February 1994 Appellate Court Düsseldorf [6 U 32/93] (*Shirts case*) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/940210g1.html> ;

⁶⁸⁷ *Schwenzer* 2005 s. 453.

⁶⁸⁸ Switzerland 8 January 1997 Appellate Court Luzern (*Blood infusion devices case*) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970108s1.html>

Malların çabuk bozulabilir türden olduğu hallerde alıcı çabuk hareket etmek durumundadır⁶⁸⁹. Standart iş terimleri ve ticari teamüller genel olarak bir kaç saatten bir kaç güne kadar değişen süreler öngörmektedirler⁶⁹⁰. Aynı durum malların değişime uğraması ihtimali olduğu haller veya sezonluk ürünler açısından da geçerlidir⁶⁹¹. Örneğin malların aynı türden başkaca mallar ile karış(tırıl)masının (bir araya gelme, katılma) söz konusu olduğu hallerde muayene bu birleşme öncesi yapılmak gerekir⁶⁹². Buna karşın mallara ilişkin miktarın fazlalığı veya satım konusu malın karmaşık endüstriyel cihazlar olması, incelemenin bir uzaman tarafından yapılması gerekliliğinin söz konusu olduğu hallerde muayene süre buna bağlı olarak uzayabilecektir⁶⁹³.

“Schwenzer’ce ULIS uyarınca, Alman içtihat hukukunca benimsenen 11 ila 14 günün çok uzun olduğu anlayışı, CISG açısından malların muayenesinin hangi zaman dilimi içerisinde gerçekleştirilmesi gerektiği konusunda kullanılamayacaktır⁶⁹⁴. İlk

⁶⁸⁹ Germany 3 June 1998 Appellate Court Saarbrücken (*Flowers case*) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/980603g1.html>; *Schlechtriem & Butler* s. 126; *Bernstein & Lookofsky*, s. 89.

Netherlands 19 December 1991 District Court Roermond (*Fallini Stefano v. Foodik*) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/911219n1.html>

⁶⁹⁰ *Schwenzer* 2005 s. 453 ve dn.40.

⁶⁹¹ Germany 6 October 1995 Lower Court Kehl (*Knitware case*) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/951006g1.html>

⁶⁹² Germany 21 August 1997 Appellate Court Köln (*Aluminium hydroxide case*) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970821g1.html> kimyasal maddelerin başkaca maddelerle birleşmesi söz konusu olduğundan muayenenin derhal yapılması gerekmektedir. ; Netherlands 5 March 1997 District Court Zwolle (*Cooperative Maritime Etaploise v. Bos Fishproducts*) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970305n1.html> balıkların sonraki alıcı tarafından işleme tabi tutulacağı ve bu nedenle de malların satım anında ayıplı olup olmadıklarının tespitinin mümkün olamayacağı gerekçesi ile alıcı muayeneyi teslim anında veya teslimden kısa bir süre yap(tır)mış olmalıydı.; Netherlands 15 December 1997 Appellate Court 's-Hertogenbosch (*Nurka Furs v. Nertsenfokkerij de Ruiter*) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/971215n1.html> Derilere ilişkin muayenenin malların işleme tabi tutulması öncesi gerçekleştirilmesi gerekirdi. UNCITRAL DIGEST s. 649;

⁶⁹³ *Schlechtriem & Butler* s. 126.

⁶⁹⁴ Ancak bir kısım mahkemelerce muayene süresinin sınırları somut olayın özellikleri de göz önünde bulundurularak gün(ler) hafta(lar) veya ay(lar) ile çizilmiştir. UNCITRAL DIGEST s. 653-654 ve dn. 52-72 arasında belirtilen kararlar. Ayrıca muayenenin süresinde yapılmadığı gerekçesi ile kanımızca da

“ivedi” teriminin metinden çıkarılıp yerine “makul bir süre içerisinde” ifadesinin kullanılmamış olması ürünlerin çabuk bozulabilir ürünlerden olabileceği ihtimalinin göz önüne alınmasındandır. İkinci olarak karşılaştırmalı hukuka ilişkin çalışmaların ortaya çıkardığı üzere birçok ülkenin içtihat hukuku sözleşmeye aykırılığa ilişkin muayene ve ihbar süreleri açısından bilhassa Almanya Avusturya ve İsviçre’ye nazaran alıcı lehinedir. Örneğin Fransa’da malların teslimini takip eden 2 veya 3 yıl içerisinde bref dela (speedily-süratli bir şekilde-çabukça) anlayışına dayanarak bir dava ikame edilmesi hiçbir şekilde alışılmadık olarak nitelendirilemez. UCC’ye göre de makul süre Amerikan mahkemelerince geniş yorumlanmaktadır.⁶⁹⁵”

Dayanıklı mallar açısından durum biraz daha farklı olmasına karşın bu halde dahi malların sayılarının ve türünün doğruluğunun kontrolü açısından muayene kısa sürede yapılması beklenir⁶⁹⁶. Buna karşın alıcının başkaca işlemlerle meşgul olması nazara alındığında detaylı bir muayenenin bu denli çabuk olması beklenemez⁶⁹⁷. Aynı anlayış ayıbın malların belirli bir işleme tabi tutulması sonrası ortaya çıkarılabilecek olduğu durumlar için de geçerli addedilmek gerekir. Alıcının aşına olmadığı ve ayıbın deneme çalıştırması yapılarak ortaya çıkarılabileceği makine ve teknik ürünlere ilişkin muayenelerde sürenin belirlenmesi konusunda daha cömert davranılmalı ve bu sayede

oldukça adaletsiz bir karar olan Germany 11 April 2005 *Landgericht* [District Court] Frankfurt (*Used shoes case*) davası için bkz. <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050411g1.html> Ayrıca kararın ayrıntılı bir biçimde incelemesi ve eleştirisi için bkz. *Flechtner*, 182 vd. Eserin *Boston University International Law Journal* (Güz 2008 dönemi)’da yayınlanan İngilizce metni için ayrıca bkz. <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/flechtner8.html>. Aynı konuda yine Alman mahkemelerince verilmiş Germany 11 January 2006 Supreme Court (*Automobile case*) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060111g1.html> ilk derece mahkemesi kararı ve üst mahkemenin kararı bozma gerekçeli hakkında detaylı bir inceleme ve eleştiri için ae. s. 179 vd.

⁶⁹⁵ *Schwenzer* 2005 s. 454.

⁶⁹⁶ Germany 5 April 1995 District Court Landshut (*Sport clothing case*), <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950405g1.html>

⁶⁹⁷ *Schwenzer* 2005 s. 454.

alıcıya ayıbın ürünün içerisinde mi yoksa çalışma performansına mı ilişkin olduğunun anlaşılması imkânı tanınmalıdır⁶⁹⁸.

Son olarak muayene süresinin belirlenmesinde göz önünde bulundurulması gereken diğer faktörler; “satıcının, alıcının son kullanıcı olup olmadığı, malları yeniden satıp satmayacağı⁶⁹⁹, firmanın büyüklüğü malların sezonluk mallar olup olmadığı”⁷⁰⁰, sözleşmeye aykırılığın sadece görsel bir inceleme ile ortaya çıkarılabilecek kadar kolay olması⁷⁰¹, alıcının kişisel ve ticari ilişkileri⁷⁰² muayene yerindeki genel ve altyapısal özellik ve şartların (yapılması gerekli muayene açısından teknik şartların, konu ile ilgili

⁶⁹⁸ Germany 3 November 1999 Supreme Court (*Machine for producing hygienic tissues case*) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/991103g1.html> Schwenzer 2005 s. 454 Alıcı tarafından işleme tabi tutulacak bir kısım bileşenler veya hammaddelerin satımının söz konusu olduğu hallerde de durum aynıdır olup bu süre bazen haftalar hatta aylara varabilecektir Germany 23 June 1994 District Court Düsseldorf (*Engines for hydraulic presses and welding machines case*) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/940623g1.html> . ae. dn. 49.

⁶⁹⁹ *Bernstein & Lookofsky*, s. 91 dn 137 Austria 15 June 1994 Vienna Arbitration proceeding SCH-4318 (*Rolled metal sheets case*) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/940615a4.html> mallara ilişkin muayene süresi malların son kullanıcıya (üreticiye) ulaşmasına kadar başlamayacaktır. Bu itibarla aracı alıcı olarak nitelendirilebilecek kişi satıcının sözleşmeye uygun mal teslim etme yükümüne güvenerek (yeniden satılacak – ayıplı) malların teslimini son kullanıcıya yapmaktadır. Dolayısıyla – diğer koşulların da varlığı halinde- muayene süresi son kullanıcıdan gelmesi muhtemel şikayete kadar başlamamak gerekir. Germany 25 June 1996 District Court Paderborn (*Granulated plastic case*) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960625g1.html>

⁷⁰⁰ Austria 14 January 2002 Supreme Court (*Cooling system case*) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020114a3.html> Schwenzer 2005 s. 455 dn. 50a; *Atamer* s. 228 dn524

⁷⁰¹ Germany 18.11.1999 Oberlandesgericht Koblenz <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=518&step=Abstract> ruloların açılması ile ortaya çıkarılabilecek ayıplar için bir hafta; Germany 16 November 2000 District Court München (*Pizzeria restaurant equipment case*) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/001116g1.html> restoran dizaynında kullanılacak ürünler için 10 gün; <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/010529g1.html> mobilyalar için 10 gün; Germany 29 May 2001 District Court Darmstadt (*Furniture case*) Schwenzer 2005 s. 454 dn.’tan alıntı 46/b; *Atamer* s. 228 dn.528 Ayrıca, UNCITRAL DIGEST s. 653 dn. 56’da belirtilen kararlar.

⁷⁰² Austria 14 January 2002 Supreme Court (*Cooling system case*) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020114a3.html>

uzmanların veya bir genel grevin var) olup olmadığı⁷⁰³ ve kültürel özellikler hakkında bilgi sahibi olmasıdır. Yine alıcının satılan mallar konusunda uzman olup olmadığı ve tecrübesi⁷⁰⁴, malların önceki teslimlerdeki muayeneleri başarıyla geçip geçmediği⁷⁰⁵, önceki teslimlerde malların ayıplı olup olmadığı⁷⁰⁶ gibi faktörler de mahkeme kararlarında belirleyici olarak nazara alınmışlardır. Buna karşın alıcının hasta olması gibi satıcı tarafından öngörülemez subjektif koşullar önem taşımamakta olup bu koşullar madde 44 açısından önemi haizdir⁷⁰⁷.

2. Sürenin Başlangıç anı

a. Prensip olarak

Kural olarak mallara ilişkin muayene süresinin başlangıcı malın kararlaştırılan yerde veya (kararlaştırılan yer sözleşmede belirlenmemiş ise) CISG madde 31'e göre⁷⁰⁸ belirlenecek yerde⁷⁰⁹ teslim iledir. Madde 38/2 ve 3 saklı kalmak kaydı ile süre (mallara ilişkin riskin madde 36 uyarınca alıcıya geçmesi ile de bağlantılı olarak) malların alıcıya

⁷⁰³ DiMatteo, Dhooge, Greene, Maurer, Pagnattaro s 360 Schwenzer 2005 s. 455 ve ae. dn. 51'de sayılan yazarlar.

⁷⁰⁴ Germany 22 May 1992 District Court Mönchengladbach (*Clothing case*) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/920522g1.html>

⁷⁰⁵ UNCITRAL DIGEST s. 652 ve dn. 51'de belirtilen kararlar.

⁷⁰⁶ UNCITRAL DIGEST s. 653 ve dn. 55'de belirtilen kararlar.

⁷⁰⁷ Schwenzer 2005 s. 455.

⁷⁰⁸ Madde uyarınca “ Satıcı malları belirli başka yerde teslim etmek zorunda değilse, teslim borcu aşağıdaki gibidir.

- a. satım sözleşmesi malların taşınmasını gerektiriyorsa, malları alıcıya ulaştırması için ilk taşıyıcıya vermek
- b. önceki bendin kapsamına girmeyen hallerde; sözleşmenin ferdan belirlenmiş mallara veya belirli bir stoktan karşılanacak nev'en belirlenmiş mallara veya imal edilecek veya üretilecek mallara ilişkin olması ve tarafların sözleşmenin kurulduğu sırada malların belirli bir yerde bulunduğunu veya orada imal edileceğini yahut üretileceğini bilmeleri durumunda malları bu yerde alıcının tasarrufuna hazır bulundurmak
- c. diğer hallere, sözleşmenin kurulduğu sırada satıcının işyerinin bulunduğu yerde malları alıcının tasarrufuna hazır bulundurmak.”

⁷⁰⁹ Atamer, s. 225

teslim edilmesi ile başlar⁷¹⁰. Taraflarca bir teslim süresinin belirlenmiş olduğu hallere de (teslim bu zaman dilimi içerisinde gerçekleştiği sürece) uygulanmak gerekir⁷¹¹. Ancak alıcının mallara ilişkin bir muayene gerçekleştirmesinin teknik cihazların nasıl çalıştırılmaları gerektiğine ilişkin veya satıcı tarafından sözleşmesel olarak üzerinde uzlaşılan talimatların yokluğu halinde süre işlemeye başlamayacaktır⁷¹².

Mallara ilişkin ayıpların gizli olması ve makul bir muayene ile ortaya çıkarılamayacak olması hallerinde süre ayıbın ortaya çıktığı (veya süreç içerisinde çıkarılmasının gerektiği) ana kadar başlamayacaktır⁷¹³.

Muayene süresinin malların erken teslimi halinde malların kararlaştırılan teslim tarihinden mi yoksa malların fiili olarak tesliminden itibaren mi başlayacağı hususu tartışmalıdır⁷¹⁴.

Schwenzer'e göre malların erken teslim edildiği hallerde ise alıcıdan üzerinde uzlaşılan tarihten evvel bir inceleme yapması beklenmemelidir. Dolayısıyla teslim zamanı muayene süresinin belirlenmesi açısından her durumda nazara alınmak gerekir. Geç teslim halinde ise alıcının bu duruma uyum sağlayabilme olasılığı da değerlendirilerek her durumun kendi özelliğine göre karar verilmelidir.

b. Gönderme Borcu İçeren Sözleşmelerde

⁷¹⁰ UNCITRAL DIGEST s. 650. Ayrıca bkz. ae. dn 41'de belirtilen mahkeme kararları.

⁷¹¹ *Schwenzer* 2005 s. 455 ve ae. dn. 54'te belirtilen yazarlar

⁷¹² *Schwenzer* 2005 s. 456.

⁷¹³ UNCITRAL DIGEST s. 650; Germany 3 November 1999 Supreme Court (*Machine for producing hygienic tissues case*, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/991103q1.html>)

kagıt makinesine ait öğütücü aparata ilişkin ayıp makinenin çalıştırılmaya başlamasından 2 (teslimden itibaren 3) hafta sonra ortaya çıkmıştır. Mahkemece muayene süresi ayıbın ortaya çıkmasından sonra başlayacağına karar verilmiştir. ; Netherlands 20 February 1998 Supreme Court (*Bronneberg v. Belvédère*) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/980220n1.html> kararda alıcının müşterisinin 7 ay sonra yapmış olduğu şikâyet sonrası muayene süresinin başlayacağı ima edilmiştir. Ancak mahkemece satıcıya durumun ihbarında geçikilmesi dolayısıyla alıcı aleyhine karar verilmiştir. Ayrıca bkz. ae. dn 43'te belirtilen diğer kararlar; Aynı yönde olduğu çıkarımı yapılabilecek görüş için *Schlechtriem & Butler* s. 126

⁷¹⁴ *Schlechtriem Manz*1986 s. 69.

Sözleşme uyarınca malların bir yerden başka bir yere taşınması söz konusu ise bir diğer anlatımla sözleşme gönderme borcu içeriyor ise madde 38/2 uyarınca muayene süresinin başlangıcı malların taşıyıcıya⁷¹⁵ verilmesi ile olmayıp varma yerine ulaşması iledir⁷¹⁶.

Burada amaçlanan mallara ilişkin muayenenin sınırlarda veya örneğin bir geminin küpeştesinde gerçekleştirilmesi zorunluluğunun yaratacağı güçlükleri bertaraf etmek hatta bazen muayenenin bu nedenlerle imkansız olmasının adaletsiz sonuçlarını ortadan kaldırmaktır⁷¹⁷.

Ancak tarafların madde aksine bir sözleşme yapmaması hallerinde hasarın intikalinin madde 31 ve 36'ya göre ilk taşıyıcıya teslim ile alıcıya geçeceğinden hasarın taşıma sırasında oluştuğu iddiasının ispat güçlükleri ile karşılaşılması açısından muayene mümkün olduğu müddetçe konu ile ilgili kuruluşlarca, hasarın intikal yerinde yaptırılması alıcı açısından faydalı olacaktır.⁷¹⁸

CISG 38 malların taşınmasına ilişkin sözleşmenin hangi tarafça yapıldığından bağımsız olarak uygulanır⁷¹⁹.

Nakliye evraklarından malın taşıyıcıya teslim edildiği anda maruz kaldığı bir kısım dış etkenler dolayısıyla zarar görmüş olabileceği anlaşılabilirse alıcı meselenin

⁷¹⁵ Sözleşme gereği taşıyıcının malları kontrol etme yükümü olsa dahi bu taşıyıcının alıcının temsilcisi imişçesine hareket ettiği anlamına gelmemelidir. *Schwenzer* 2005 s. 456.

⁷¹⁶ Ancak CISG 6 uyarınca tarafların konu ile ilgili aksine sözleşme yapma hakları her zaman mevcuttur. *Karollus*. Örneğin Germany 8 January 1993 Appellate Court Düsseldorf (*Tinned cucumbers case*) davasında mahkeme Türkiye'den Almanya'ya gönderilecek olan mallara ilişkin tarafların muayenenin malların yüklenmesi öncesi yapılacağını kararlaştırmış olmaları gerekçesi ile alıcının ihbar külfetini zamanında yerine getiremediğine hükmetmiştir. *Atamer*, s. 226 ve dn 513; *Schwenzer* 2005 s. 459 ve dn.80 UNCITRAL DIGEST s. 657 dn 83. Eserde tarafların konvansiyon hükümlerinin aksini kararlaştırabilmesinin sadece madde 6 uyarınca değil aynı zamanda madde 38/2'nin kendisince de belirtilmektedir. Bu çıkarım, maddede kullanılan ertelenebilir (may be deferred) şeklindeki ifadeye bağlı olarak yapılmaktadır. Ayrıca madde 38/2'nin uygulamasına ilişkin muhtelif kararlar için bkz. ae. dn. 81

⁷¹⁷ *Enderlein* s. 169.

⁷¹⁸ *Enderlein* s. 169.

⁷¹⁹ *Schwenzer* 2005 s. 456

farkında varmış ya da varabilecek olduğundan, süre bu evrakların teslimi ile başlayacaktır⁷²⁰.

c. Malların Taşıma Halindeyken Bir Başka Yere Yönlendirilmesi veya Varış Sonrası Derhal Başkaca Bir Yere Gönderilmesi Hali

CISG madde 38/3 uyarınca mallar varma yerine ulaşmadan bir başka yere yönlendirilmiş (redirected) veya varma yerine ulaşmasına rağmen derhal başkaca bir yere gönderilmiş(redispatched) ise muayene süresi (alıcının malları fiilen muayene etme imkânı olmayacağından)⁷²¹ malların varma yerine ulaşmasına değin başlamayacaktır⁷²².

Bu hüküm *Enderlein*'e göre iki olasılıkta uygulanır. Bunlar; alıcının teslim anından itibaren malların halen son varış yerine ulaşamamış olması dolayısıyla malların sonraki aşamalarda nakliyesini üstlenmesi veya alıcının malları teslim almadan veya alır almaz başkaca bir alıcıya satmış olması dolayısıyla malları başkaca bir yere göndermesidir⁷²³. Dolayısıyla madde, malların alıcı tarafından perakende olarak satışının amaçlanması dolayısıyla depolarda muhafaza edilip sonrasında müşterinin talebi üzerine göndermesi hallerinde uygulama alanı bulmaz.⁷²⁴ Fıkra malların hiç alıcının eline geçmeden veyahut bir nakliye vasıtasından diğerine aktarma süresi kadar geçtiği haller için getirilmiş bir düzenlemedir⁷²⁵. Ancak malların bir bölümünün gönderilmiş

⁷²⁰ *Schwenzer* 2005 s. 456 Karşıt görüş için bkz. ae. dn. 60a atfı

⁷²¹ *Atamer*, s. 225.

⁷²² *Schwenzer* 2005 s. 456; madde 38/3'ün uygulanamayacağı tüm haller dışında muayene süresi (yukarıda da belirtildiği üzere) malların teslimi veya malların üçüncü bir şahısça nakliyesinin söz konusu olduğu durumlarda son varma yerine ulaşması ile başlayacaktır. UNCITRAL DIGEST s. 657.dn. 84

⁷²³ *Enderlein* s. 169-170; Ancak bu halde ilk alıcının malların muayenesi için yeterli imkana sahip olmadığını kanıtlaması gerekecektir. *DiMatteo, Dhooge, Greene, Maurer, Pagnattaro* s 362

⁷²⁴ *Bianca* s 302, Bu halde malların muayenesine ilişkin olarak alıcı tarafından muayene koşul ve fırsatlarına sahip olunup olunmadığı madde 38/1' e göre değerlendirilmelidir. *Schwenzer* 2005 s. 456 Germany 13 January 1993 Appellate Court Saarbrücken (*Doors case*) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/930113g1.html>. *Enderlein* s. 169. Ancak yazara göre alıcının örneğin 1000 adet TV seti satın alması halinde tüm ürünlerin paketlerinin açılması beklenmemelidir. Muayene ürünlerin arasından rast gele bir kaç tanesinin seçilmesi suretiyle yapılmalıdır.

⁷²⁵ *Atamer*, s. 226 Özellikle malın konteynerler içerisinde naklinin söz konusu olduğu hallerde bu fıkranın uygulanması söz konusu olacaktır. ae. d.n 517.

veya yönlendirilmiş olması halinde kalan mallar adına muayene gerçekleştirilmek gerekir⁷²⁶. Yine malların belli bir işleme tabi tutulması veya gönderimden önce yeniden paketlenmeleri gerektiği hallerde alıcının muayene imkânına sahip olduğunu kabul edilmektedir⁷²⁷.

CISG madde 38/3'ün kaleme alınışından da anlaşılacağı üzere maddenin uygulanabilmesi için satıcının sözleşme kurulurken böyle bir yönlendirme veya başka yere gönderme ihtimalini biliyor⁷²⁸ veya halin icabı gereği bilmesi gerekiyor olması şartının gerçekleşmesi aranmaktadır⁷²⁹. Malların varma yerine ulaşmadan bir başka yere yönlendirilmesi (redirected) veya varma yerine ulaşmasına rağmen derhal başkaca bir yere gönderilmesi (redispatched) ihtimalinin soyut varsayımlara değil, öngörülebilir olaylara bağlı olması gerekmektedir⁷³⁰. Örneğin alıcının aracı olduğu durumlarda bu bilginin satıcı nezdindeki varlığı kural olarak kabul edilmelidir⁷³¹. Diğer haller içinse sözleşmenin kurulması anında satıcının konu ile ilgili olarak bilgilendirilmesi icap etmektedir⁷³².

Bu başlık altında değinilmesi gereken bir diğer kıstas da alıcının malları muayene etme imkânına gerçekten sahip olup olmadığı meselesidir⁷³³. Alıcının bu imkâna sahip olduğunun kabul edilebileceği hallerde malların yönlendirilme veya bir başka yere gönderilmesinin önemi olmayacaktır⁷³⁴ ve muayene gerçekleştirmek

⁷²⁶ DiMatteo, Dhooge, Greene, Maurer, Pagnattaro s 362.

⁷²⁷ Germany 25 June 1997 Appellate Court Karlsruhe (*Surface protective film case*) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970625g1.html>.

⁷²⁸ Germany 22 February 1994 Appellate Court Köln (*Rare hard wood case*) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/940222g1.html>

⁷²⁹ Bu noktada satıcının bilgi sahibi olması yeterli olup ayrıca onayının aranmasına lüzum yoktur. *Schwenzer* 2005 s. 457 dn. 65/a; *Atamer*, s. 226 dn. 519

⁷³⁰ *Bianca* s 301,

⁷³¹ *DiMatteo, Dhooge, Grene, Maurer, Pagnattaro* s 362 Germany 13 January 1993 Appellate Court Saarbrücken (*Doors case*); *Schwenzer* 2005 s. 457.

⁷³² *Bianca* s 302, *Schwenzer* (Ed) 2005 457.

⁷³³ UNCITRAL DIGEST s. 658. ve dn. 85'teki Diplomatik Konferans tartışmalarına atıf.

⁷³⁴ *Schwenzer* 2005 s. 457.

gerekir⁷³⁵. Bu noktada en uygun çözüm yolu meselenin somut olayın özelliklerine göre belirlenmesi olacaktır. Değerlendirmede göz önünde bulundurulacak ölçütlerden biri malların zilyetliğine alıcı tarafından ne müddette sahip olunduğudur⁷³⁶. Malların türü ve nasıl paketlenildiği bu noktada ayrı bir önemi haizdir. Örneğin muayene malların taşınması esnasında malların zarar görmesini engelleyecek olan paketlerin açılmasını gerekli kılıyor ve sonrasında yeniden paketlemeyi gerektiriyor ve bu paketleme hem zaman alıcı hem de maliyeti yüksek bir işlem ise bu noktada alıcıdan, muayeneyi malları bir başka yere göndermesi öncesinde bir muayene gerçekleştirmesi beklenmemelidir⁷³⁷⁷³⁸.

Alıcının malların muayene ve ihbar yükümlülüğü her zaman için mevcut olup muayenenin, malların madde 38/3 uyarınca başkaca bir yere yönlendirilmesi veya gönderilmesi nedeniyle gerçekleştirilememesi halinde yüküm yeni alıcıya aittir. Eğer

⁷³⁵ Germany 13 January 1993 Appellate Court Saarbrücken (*Doors case*) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/930113g1.html> *Atamer*, s. 226 dn. 515; UNCITRAL DIGEST s. 658.dn. 87; Başka bir mahkemece verilen bir kararda yönlendirme veya yeniden göndermenin malların tümüne ilişkin olması ve yukarıda da belirtildiği üzere alıcının malları muayene etme fırsatı bulamaması halinde kabul edilebilir olacağına karar vermiştir. Switzerland 8 January 1997 Appellate Court Luzern (*Blood infusion devices case*) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970108s1.html>

⁷³⁶ *Schwenzer* 2005 s. 457; *Bianca* s 300,

⁷³⁷ *Bianca* s 300, Malların ayrı parçalar halinde gönderildiği ve muayene için kurulumun şart olduğu durumlarda da muayenenin, malların son varma yerine ulaşması sonrası yapılması gerektiğinin kabulü gerekir.

Muayenenin malların orijinalliğinin bozulmasına neden olabileceği hallerde de muayenenin son varma yerine kadar ertelenmesi gerekmekte olduğu savunulmasına karşın bu durumda incelemenin görsel olarak yapılabileceği veya bir kaç ürünün bu amaçla feda edilmesi gerektiği görüşü de bahsedilen görüşe karşıt görüş durumundadır. *Schwenzer* (Ed) 2005 457 dn. 68. Kanımızca da bahsedilen ikinci görüş kabul edilebilir. Ancak bu halde feda edilmesi öngörülen malın değeri ve hangi sayıda malın ticaretinin yapıldığı gibi kriterler göz önünde bulundurulmalıdır. Muayenenin görsel olarak yapılabileceği hususunun kabulü halinde de bu yöntemle fark edilemeyecek ayıplar adına alıcının muayene ve ihbar hakkının saklı olduğunun haklı olarak kabulü gereklidir.

⁷³⁸ *Schlechtriem & Butler* s. 126; Alman çelik tüccarı Avustralyalı bir alıcıdan çelik saçlar satın almıştır. Mallar Rostock'da teslim edilecekken Alman tüccarın müşteri olan Portekizli alıcıya gönderilmiştir. Çelik saçlar - rulolar halinde olduğundan yapılacak olan incelemenin maliyeti de göz önünde bulundurularak muayene süresinin malların Portekiz'e varması sonrasında başlaması gerektiğine karar verilmiştir.

yeni alıcı muayene yükümünü gereği gibi yerine getiremez ise kendisi ve buna bağlı olarak ilk alıcı, satıcıya karşı ileri sürebileceği malların sözleşmeye aykırılığı iddiasında bulunma hakkını yitirme ihtimali ile karşı karşıya kalacaktır. Bunun sonucu olarak da ileride doğabilecek olan iddia ve davaların da muhatabı olma riskini üzerinde barındırmış olacaktır⁷³⁹.

V. Türk Hukuku Açısından Muayene

1. Genel Olarak

Türk Borçlar ve Ticaret Hukuku açısından malların muayenesine ilişkin hükümler TTK 25. ve BK 198. maddelerdir. Buna göre:

TTK 25 uyarınca “*Emtianın ayıplı olduğu teslim sırasında açıkça belli ise alıcı iki gün içinde keyfiyeti satıcıya bildirmeye mecburdur. Açıkça belli değilse alıcı emtiayı teslim aldıktan sonra sekiz gün içinde muayene etmeye veya ettirmeye ve bu muayene neticesinde emtianın ayıplı olduğu ortaya çıkarsa, haklarını muhafaza için keyfiyeti bu müddet içinde satıcıya bildirmeye mecburdur. Diğer hallerde Borçlar Kanunu’nun 198 inci maddesinin ikinci ve üçüncü fıkraları tatbik olunur.*”

BK 198’e göre de “*Müşteri kabzettiği mebiin halini örf ve âdete göre imkân hasıl olur olmaz muayene etmek borcu ile mükellef olup mebi de bayiin tekeffül altında olan bir ayıp gördüğü zaman bunu derhal bayie ihbar etmesi lâzım gelir.*

Bunu ihmal ettiği halde mebi kabul etmiş sayılır. Meğerki mebide âdi bir muayene ile meydana çıkarılamayacak bir ayıp bulunsun.

Bu kabilden bir ayıp sonradan meydana çıkarsa derhal bayie ihbar edilmelidir. Aksi takdirde, mebi bu ayıp ile beraber kabul edilmiş addolunur.”

Görüldüğü üzere tacirler arasındaki ticari satımlarda alıcının külfetlerini düzenleyen bahsetmiş olduğumuz bu hükümler birlikte uygulanmalı ve şu şekilde anlaşılmalıdır:

⁷³⁹ Bianca s 297; DiMatteo, Dhooge, Grene, Maurer, Pagnattaro s 362.

“Satılanın ayıplı olduğu teslim sırasında açıkça belli ise, alıcı bunu iki gün içerisinde satıcıya ihbar ile mükelleftir. Satılanın ayıplı olduğu teslim sırasında açıkça belli değilse, alıcı, satılanı teslim aldıktan sonra sekiz gün içerisinde bunu muayene etmek veya ettirmek ve bu muayene sonucunda satılanın ayıplı olduğu ortaya çıkarsa, ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kaybetmemek için, bu süre içerisinde ayıpları satıcıya ihbar etmek zorundadır. Bunları ihmal ettiği takdirde satılanı kabul etmiş sayılır. Meğer ki satılarda adi (olağan) bir muayene ile çıkarılamayacak bir gizli ayıp bulunsun. Bu türden bir ayıp meydana çıkarsa, alıcı bunu derhal satıcıya ihbar etmek zorundadır. Aksi takdirde satılanı bu ayıp ile beraber kabul etmiş sayılır.”⁷⁴⁰

Maddenin amacının satıcı açısından ileride tartışma konusu olabilecek bir kısım meselelerin önünün alınması olduğu şeklinde özetlenmesi uygun gözükmektedir. Malların muayenesi sayesinde satıcı ayıba karşı tekeffül hükümlerinin varlığı sebebi ile malların alıcıya teslimi sonrası ortaya çıkabilecek ve gidermekle yükümlü olduğu sorunların bir an evvel halli olanağına kavuşmuş olacaktır⁷⁴¹.

Muayene külfeti satıcının, satılanın gerekli niteliklerinin (luzumlu vasıfların) bulunmaması halinde olduğu gibi vaad edilen niteliklerin bulunmaması hallerinde de mevcuttur⁷⁴². Aynı şekilde ayıba karşı tekeffülden doğan hakların her çeşidinin (dönme semen indirimi ve misli mal satımında değiştirme) ileri sürülmesinin de bir şartıdır⁷⁴³.

Ancak BK 198 emredici nitelikte olmayıp taraflar arasında her zaman için aksinin kararlaştırılması mümkündür⁷⁴⁴.

Muayene külfeti teknik anlamda bir borç değil alıcının ileride ayıba karşı tekeffül hükümlerinin kendisine sağladığı haklardan yararlanabilmesinin ön

⁷⁴⁰ Şahiniz s. 70.

⁷⁴¹ Yavuz s. 106; Edis s. 75-76. Ancak her ne kadar hüküm satıcının himayesi için konulmuş olsa da bu koruma alıcının muayene etmesine engel olacak şekilde kullanılamaz. Zira muayene alıcı için bir külfet olduğu kadar aynı zamanda bir haktır da. Edis s. 76.

⁷⁴² Yavuz s. 106; Edis s. 76-77; Şahiniz s. 71;

⁷⁴³ Aral s.121; Tandoğan s. 176.

⁷⁴⁴ Yavuz s. 106.

koşuludur⁷⁴⁵. Bu durumda gerçek anlamda bir borç ya da yükümlülüğün söz konusu olmaması bahsedilen külfetin bir hukuki ödevin ihlalinin doğan sonucu meydana getirmemesinden de anlaşılmaktadır⁷⁴⁶.

2. Muayenenin kimin tarafından gerçekleştirileceği:

TTK 25 b.3 c.2 uyarınca ...*alıcı emtiayı teslim aldıktan sonra sekiz gün içinde muayene etmeye veya ettirmeye ... mecburdur.* tanım neticesinde malların muayenesinin alıcının kendisi veya tayin edeceği kişilerce yapılması mümkündür. Bir diğer deyişle alıcı muayeneyi bizzat kendisi yapabileceği gibi mümessiline de yaptırabilir⁷⁴⁷. Örneğin satın alınan şeyin delik olduğu durumlarda ayıp satılan muayene dahi edilmesine gerek duyurmayacak kadar açık olup bu gibi hallerde muayeneyi gerçekleştirmek için için bir şahsa başvurmaya lüzum yoktur⁷⁴⁸.

Tarafların muayeneyi üçüncü bir kişiye yaptırmak konusunda sözleşme ile anlaşmış olmaları da mümkündür⁷⁴⁹. Lakin sözleşmede hüküm olmasa dahi muayene bir ihtisas konusu ise alıcı her zaman için muayeneyi gerçekleştirilmesini ehil bir kişi

⁷⁴⁵ Edis s. 75; Aral s.120; Tandoğan s. 179; Şahin s. 71.

⁷⁴⁶ Yavuz s. 106. Örneğin muayene yükümlülüğünün yerine getirilmemesi dolayısıyla alıcı bir tazminat ödemekle yükümlü kılınmaz. Edis s. 75; Tandoğan s. 176.

⁷⁴⁷ Edis s. 77.

⁷⁴⁸ Yavuz s. 110; Tandoğan s. 177.

⁷⁴⁹ Yavuz s. 110; Edis s. 77; Tandoğan s. 177; Şahin s. 74. Bu halde alıcı muayenenin sözleşmede belirtilen üçüncü şahısça gerçekleştirilmesini sağlamak yükümlülüğü altındadır.

tarafından yapılmasını isteme hakkına sahiptir⁷⁵⁰. Alıcı bu durumda muayenenin mümkün olduğunca çabuk yapılmasını sağlamalıdır⁷⁵¹.

Taşıyıcı tarafından teslim alınan malların teslim yerinde muayene edilebilmesi için taşıyıcının alıcı tarafından yetkilendirilmesi gerekmektedir⁷⁵².

Üçüncü bir kişiye satılmak üzere alınan mallarda muayenenin son alıcı perakandeciye bırakılması da mümkündür. Örneğin şarap sigara gibi ürünlerin muayenesi tüketicilerin şikâyetlerine kadar geciktirilebilir⁷⁵³.

Satılanın muayenesinin üçüncü şahsa bırakıldığı hallerde alıcı ürünlerin sıhhatli bir şekilde muayene edilmemiş olmasının sonuçlarına katlanacaktır⁷⁵⁴.

3. Muayenenin kapsamı ve usulü

Satılanın muayenesi her şeyden evvel tarafların sözleşmede kararlaştırdıkları şekilde gerçekleştirilmek gerekir. Muayene tarzının sözleşme ile belirlenmediği hallerde ise satılanın niteliği ve işlerde yaygın teamüller, alıcının tecrübesi ve muayene şeklinin belirleyiciliği rolünü üstlenmektedirler⁷⁵⁵.

⁷⁵⁰ Yavuz s. 110; Edis s. 77; Tandoğan s. 177; Şahiniz s. 74. Şahinizin konu ile ilgili olarak maddenin, muayenenin kimin tarafından yapılacağı konusunda tanımış olduğu serbestiyi ve muayenenin kendisince yapılması veya üçüncü bir kişiye yaptırılması konusunda alıcının hiçbir zorundalığının olmadığını belirtmesine karşın, üçüncü kişi tanımını yaparken bunun alıcının emrinde çalışan biri olmaması gerektiği ve alıcının emrinde çalışan ehil bir kişinin varlığı halinde muayenenin bu kişiye yaptırılması külfeti altında olduğu görüşüne kendisince ve bu paragraf altında savunulan görüşler uyarınca çelişkili olduğu gerekçesi ile katılmamaktayız.

⁷⁵¹ Tandoğan s. 177; Yavuz s. 110. Yazarlarca sadece bu duruma mahsus olarak belirtilmiş çabukluk sanırız ki meselenin uzman gerektirmesinin yüksek ihtimalle meselenin kendisinin karmaşık olduğu izlenimini uyandırmasındandır. Ancak muayenenin uzman gerektirdiği ancak uzmanca da bir çırpıda anlaşılabilirliği hallerin varlığı halinde bu denli acele edilmesine sanırız ki lüzum olmayacaktır.

⁷⁵² Edis s. 78.

⁷⁵³ Edis s. 78.

⁷⁵⁴ Edis s. 78.

⁷⁵⁵ Edis s. 78; Yavuz s. 110-111; Aral s.122; Tandoğan s. 178; Şahiniz 74.

Örneğin araba ticareti ile uğraşan tacir (alıcı) araba ticareti yapmayan fakat işletmesinde kullanılmak üzere araç satın alan bir tacire nazaran daha kapsamlı bir muayene gerçekleştirmelidir⁷⁵⁶.

Doktrinde muayanenin hal ve şartlara teamüllere, satılanın niteliğine ve alıcının tecrübesine ilişkin olarak değişebileceği gerçeği karşısında şu örneklerle yer verilmiş ve bu hallerde alıcının malı kabul etmiş addedilmeyeceği belirtilmiştir. Şöyle ki:

Ceviz ve fındık gibi mallardan bir kısmının kırılarak tadılması, yağ ile yemek pişirilmesi⁷⁵⁷, kumaşın çekip çekmediği veya boya verip vermediğinin bir kısmının yıkanmak suretiyle denenmesi⁷⁵⁸, bir otomobilin çalışıp çalışmadığının bir süre kontrol edilmesi amaçlı kullanımı⁷⁵⁹, makinenin işletilmesi, kazanın yakılması⁷⁶⁰ bu hallere örnek olarak verilebilir.

Ambalajlı ürünlerde ambalajın (malın değerine etki etmediği sürece) çıkarılması mümkündür⁷⁶¹. Çok sayıda satılan ürünlerden (çok masraflı ve zaman alıcı olması nedeniyle) bir kısmının rastgele seçilerek ambalajı çıkarılmak suretiyle muayene edilmesi uygun olacaktır⁷⁶². Bu hallerde malların başkalarına satılması ve sonrasında müşterilerden gelecek olan şikâyetlerin beklenmesi yoluna da gidilebilir⁷⁶³. Yine malın tekrar satılacağı bilindiği hallerde satış gerçekleştirilebilir ve tespiti kullanıcıya bırakılabilir⁷⁶⁴. Tohumun yetiştirme kabiliyetinin olup olmadığının perakandeci tarafından değil onun müşterisi olan çiftçi tarafından tespit edilmesi örneğinde olduğu gibi⁷⁶⁵.

⁷⁵⁶ Şahiniz s. 74.

⁷⁵⁷ Edis s. 78. Tandoğan s. 178.

⁷⁵⁸ Edis s. 78. Tandoğan s. 178.

⁷⁵⁹ Edis s. 78.

⁷⁶⁰ Tandoğan s. 178.

⁷⁶¹ Tandoğan s. 178; Aral s. 123; Edis s. 78-79; Yavuz s.111; Şahiniz s. 75.

⁷⁶² Yavuz s.112; Şahiniz s. 75; Tandoğan s. 178; Aral s. 123; Edis s. 78.

⁷⁶³ Tandoğan s. 178; Şahiniz s. 75.

⁷⁶⁴ Tandoğan s. 178; Yavuz s.112.

⁷⁶⁵ Tandoğan s. 178.

Numune üzerine satımın söz konusu olduğu durumlarda sadece numunenin muayenesi yeterlidir. Bu gibi hallerde satın alınan tüm ürünlerin numune ile aynı vasıfta olduğu kabul olunur ve sonrasında muayene edilemeyen mallarda ortaya çıkan ayıpların BK 193 f.3'e göre gizli ayıp⁷⁶⁶ statüsünde olduğu kabul edilir⁷⁶⁷. Yine numuneye istinaden yapılacak satımlarda teslim edilen örneğe ilişkin yapılan muayene sonunda tespit edilen ayıplar tüm mallar için geçerli sayılacak ve ihbar edilen ayıplar bizzat satılarda görülen ve ihbar edilen ayıplar hükmündedir.⁷⁶⁸ Ancak bu durum alıcının asıl teslim sonrası muayene yükümünü ortadan kaldırmayacak ve önceki numuneye (numunenin ayıplı veya ayıptan arî olmasına bakılmaksızın) dayanamayacaktır⁷⁶⁹. Lakin numunenin alıcının kendisine talebi olmaksızın gösterilmesi halinde veya örneğin kendisince alınmış olduğu hallerde itiraz konusu yapılmayan hallerin mevcudiyeti malların numune gibi kabul edildiği sonucunu doğurmaz⁷⁷⁰.

Muayenenin derecesi açısından alıcının mutad bir muayene yapması yeterli olup yapılan muayenenin satılardaki gizli ayıpları ortaya çıkarma zorunluluğu yoktur⁷⁷¹. Buna karşın alıcı dilerse veya gerekli görürse mutad muayene sınırı aşan daha kapsamlı bir inceleme yapabilecektir⁷⁷². Kapsamlı muayenenin ölçütü dürüstlük kurallarına göre belirlenmelidir⁷⁷³.

*Ardı ardına teslimli satımlarda her eslim konusu mal için ayrı muayene külfeti vardır. Daha önceki teslimlere ilişkin ayıplar ihbar edilmiş ise de sonraki teslimlerin ayrıca muayenesi gerekir. Ancak daha önceki teslimlerin ayıplı olması sebebiyle alıcının sözleşmeyi sona erdirdiği durumlar bu hale istisna teşkil etmektedir*⁷⁷⁴. Diğer

⁷⁶⁶ Mutad bir muayene ile ortaya çıkarılamayacak ayıp.

⁷⁶⁷ Aral s. 123; Yavuz s.112; Şahiniz s. 75.

⁷⁶⁸ Yavuz s.111.

⁷⁶⁹ Yavuz s.111.

⁷⁷⁰ Yavuz s.111.

⁷⁷¹ Aral s. 122.

⁷⁷² Şahiniz s. 75.

⁷⁷³ Şahiniz s. 75.

⁷⁷⁴ Sanırız ki bu hal sözleşmenin bir kısım malların muayenesi ve sonrasında sözleşmenin sona erdirilmesi, geçen süre içerisinde diğer parti malın teslim edilmek üzere yola çıktığı durumlarda

yandan alıcının bir kısım malı itirazsız kabul ettiği durumlar sonraki teslimleri sözleşmeye uygun kabul edeceği anlamına gelmeyecektir⁷⁷⁵.

4. Muayene zamanı ve müddeti

Konu ile ilgili olarak yukarıda da belirtildiği üzere muayene ve ihbar sürelerine ilişkin BK ve TTK'da yapılan tanımlar uyarınca ayıbın (CISG tanımı ile malların sözleşmeye aykırılığının) nitelendirilmesi gerekmektedir. Bahsedilen kanun maddeleri nazara alındığında ayıp kavramı karşımıza üç farklı kılıkta çıkmaktadır. Bunlar;

i) Açık ayıp (TTK 25 b.3 c. 1). Bu tür ayıplar malın teslimi anında kolayca farkına varılabilir ayıplardır. Örneği satılan arabanın camının kırık olması

ii) Teslim sırasında açıkça belli olmayan ayıplar, adi (mutat – olağan) bir muayene ile ortaya çıkarılabilecek ayıplar. (Adi ayıplar) TTK 25 b.3, c.2

iii) Gizli ayıp - Adi (olağan) bir muayene ile ortaya çıkarılamayacak ayıp. TTK 25 b.3, c. 3' ile BK 198/2 ve 3'e yapılan atıfta.

Alıcının muayene külfetinin doğumu zamanının belirlenmesindeki ilk gereklilik emtianın alıcı ya da bir temsilcisi tarafından teslim alınmış olmasıdır. Buna göre taşıyıcıya teslim, malları temsil eden belgelerin alıcıya veya malların çeşidi ile belirlenmiş olması muayene külfetinin doğumu için yeterli değildir⁷⁷⁶. Bir diğer anlatımla, mallar, alıcının (veya temsilcisinin) hâkimiyet (fiili tasarruf) alanına girmiş (malların kendisince mallar üzerinde fiilen ve doğrudan doğruya tasarruf edilebilecek hale gelmiş - malların zilyetliği doğrudan devredilmiş) olmalıdır⁷⁷⁷.

Muayene süresinin malın alıcının hâkimiyet alanına girmesi ile başlayacağı kural olarak söylenebilecekken bazı hallerde malın niteliği gereği bu süre belirli bir zaman dilimi sonrasında başlatılmak gerekir. Örneğin ilkbaharda alınan bir biçerdöver

mümkündür. Aksi halde sona erdirilen bir sözleşmeye rağmen satıcının teslimine devam etmesi çok da karşılaşılan bir durum olmasa gerekir.

⁷⁷⁵ Yavuz s. 112.

⁷⁷⁶ Tandoğan s. 178; Yavuz s. 107.

⁷⁷⁷ Yavuz s. 107; Edis s.79.

ancak yazın, bir kar temizleme makinası ise ancak kışın denenmek suretiyle muayene edilebilir⁷⁷⁸.

Bu açıklamalardan sonra ticari satımlarda muayene müddetini TTK 25'te belirtildiği üzere üç grupta toplamak mümkün olacaktır.

Teslim sırasında açıkça belli olan ayıplar: Bu tarz ayıplar açısından ayrıca bir muayeneye lüzum yoktur. Açık ayıp ile kastedilen alıcı tarafından bilinen ayıplar değildir.

Sekiz günlük süre ile meydana çıkarılabilen ayıplar (adi ayıplar) : Muayene ile meydana çıkarılabilecek ayıplar açısından süre TTK'da sekiz gün olarak belirlenmiştir. Bunlar alıcının ilk bakışta farkına varamadığı ancak adi (olağan) bir muayene ile ortaya çıkarılabilecek nitelikte ayıplardır⁷⁷⁹. Alıcı bu süre içerisinde mallara ilişkin muayeneyi gerçekleştirmemiş ise adi ayıba karşı tekeffül hükümlerine dayanma hakkını yitirecektir.

Açıkça belli olmayan ve sekiz günlük süre içerisinde adi bir muayene ile meydana çıkarılamayacak mahiyette olan ayıplar (Gizli ayıp) : *“Örneğin yaş keresteden yapılan doğramaların sonradan eğilip bükülmesi, kapıların açılıp kapanmaması gibi. Bu tür ayıplar teslim sırasında çekirdeği bulunup sonradan gelişerek ortaya çıkan veya teslim sırasında var olan bir ayıbın etkisiyle daha sonra ikincil⁷⁸⁰ bir ayıp olarak ortaya çıkan ya da teslim sırasında var olmalarına rağmen olağan bir muayene ile anlaşılamayan ayıplardır.”⁷⁸¹*

Kanımızca yukarıda belirtildiği üzere ilkbaharda alınan bir biçerdöver ancak yazın, bir kar temizleme makinası ise ancak kışın denenmek suretiyle muayene edilebileceğinden bu tarz ürünlerin deneme suretiyle ortaya çıkarılabilecek ayıpları,

⁷⁷⁸ Tandoğan s. 179.

⁷⁷⁹ Şahin s. 72.

⁷⁸⁰ CISG uygulamasında asli ve ikincil ayıp ayrımı olmayıp tüm ayıp türleri sözleşmeye aykırılık olarak değerlendirilmektedir.

⁷⁸¹ Şahin s. 73.

satın alınma tarihlerinde ürünlerin kullanımının mümkün olup olmamasına göre gizli ayıp addedilebilmelidir.

Ayıpların sekiz günlük muayene ile ortaya çıkarılıp çıkarılamayacaklarındaki ölçüt objektiftir⁷⁸². Bir mala ilişkin ayıbın sekiz gün içerisinde ortaya çıkarılamayacağını iddia eden alıcı bu durumu ispatla mükelleftir⁷⁸³. Alıcının muayeneyi sekiz gün içerisinde gerçekleştirmediği hallerde ayıba karşı tekeffül hükümlerinden istifade etme hakkını yitirecektir. Ancak yukarıda da belirtildiği üzere ayıbın bu süre içerisinde meydana çıkarılamayacağını kanıtlaması halinde TTK 25 b.3 3. Cümle atfı ile BK 198/2 ve 3 hükmüne başvurma hakkı mümkündür⁷⁸⁴. Alıcı bu ayıpların ortaya çıkması halinde durumu derhal satıcıya ihbar etmelidir.

Satıcının gönderilen faturada belli bir süre içerisinde muayene yapılmadığı takdirde ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun düşeceğinin belirtilmesi halinde alıcı bu süre içerisinde muayeneyi gerçekleştirmek durumundadır. Aksi halde alıcı muayenenin bu zaman zarfında yapılmasının mümkün olmadığını ispatlamak yükümlüdür⁷⁸⁵.

Muayyen zamanlarda teslimi gerektiren satımlarda (ard arda satım) teslim edilen her parti mal için sekiz günlük muayene süresi mevcut olup yine her teslim sonrası ayrı muayene yapılmak gerekir.⁷⁸⁶

5. Muayene Yeri:

Muayene yeri aksine bir sözleşme yok ise kural olarak malın alıcı tarafından teslim alındığı yerde gerçekleştirilir⁷⁸⁷. Bu husus BK 198/I'de yer alan “*alıcı kabzettiği satılanın halini*” ibaresinden açıkça anlaşılmaktadır⁷⁸⁸. Teslim yeri satılanın alıcının fiili hakimiyetine geçtiği yerdir; zira alıcı, satılanın niteliklerini ancak burada bizzat veya

⁷⁸² Edis s.83.

⁷⁸³ Edis s.83.

⁷⁸⁴ TTK m. 25 f.3 b. 3

⁷⁸⁵ Edis s.83. Tandoğan s. 179.

⁷⁸⁶ Yavuz 112; Tandoğan 179.

⁷⁸⁷ Tandoğan s. 180; Aral s. 123; Edis s. 84; Yavuz s. 109; Şahin s. 73.

⁷⁸⁸ Aral s. 123.

üçüncü bir şahısça aracılığı ile muayene edebilir⁷⁸⁹. Muayene yeri genel olarak satılanın ifa yeri olmakla birlikte muayenenin her zaman için ifa yerinde yapılmayabilir. Örneğin başka yere gönderilmek üzere satılan mallarda ifa yeri gönderme olup emtianın teslim edildiği yer değildir⁷⁹⁰. Muayene yerinin tespitinde malın mahiyeti, muayenenin tarzı, satımın nevi gibi faktörler önem arz etmektedir⁷⁹¹.

Mesafe satımlarında muayene yukarıda da belirtildiği üzere ifa değil teslim yerinde yapılır⁷⁹². Bir diğer deyişle bu yer, malda tasarruf etme hususunda imkana sahip olunan yerdir⁷⁹³. Örneğin CIF satışlarında gönderme yeri varma limanı olmasına karşın ticari teamüller gereği malların alıcının ticarethanesinde veya ikametgahında muayene edilmesine cevaz verebilir⁷⁹⁴. Alıcının istasyon veya limanlarda malı muayene yükümlülüğü bulunmamaktadır⁷⁹⁵.

Malın muayenesinin tıbbi bir tahlili gerektirdiği hallerde mal bir laboratuvar da muayene edilebilir⁷⁹⁶.

6. Mesafe satımlarında satılanın ayıplı olması halinde alıcının yükümlülükleri

BK madde 201, ifa yerinden başka bir yerde teslim edilmek üzere gönderilen malların ayıplı olduğu takdirde bazı şartlar altında alıcıyı malları muhafaza, gerektiğinde sattırma ve malların durumunu tesbit ettirme yükümlülüğü altına sokmaktadır⁷⁹⁷. Bu yükümlülükler⁷⁹⁸ muayene ve ihbarın aksine ayıba karşı tekeffül

⁷⁸⁹ Aral s. 123; Yavuz s. 109 – 110.

⁷⁹⁰ Tandoğan s. 180.

⁷⁹¹ Edis s.84.

⁷⁹² Edis s. 84; Yavuz s. 109.

⁷⁹³ Edis s. 84.

⁷⁹⁴ Edis s. 84; Yavuz s. 110.

⁷⁹⁵ Edis s. 84; Yavuz s. 110.

⁷⁹⁶ Edis s. 84.

⁷⁹⁷ Tandoğan s. 185.

⁷⁹⁸ Satılanı koruma ve sattırma alıcıya yüklenmiş gerçek anlamda birer borç ve yükümlülüktür. Yavuz s. 120-121. Ayrıca bkz. Aral 128.

hükümlerinin alıcıya sağladığı haklardan yararlanmanın bir şartı olmayıp muhafaza ve sattırma yükümlülüklerine uyulmaması tazminat borcu (BK 201/I ve III); tespit yükümlülüğüne uyulmaması da ispat yükümüne alıcı tarafından katlanması sonucunu doğuracaktır (BK 201/II)⁷⁹⁹. Lakin BK 201 hükmü emredici olmayıp tarafların aksine sözleşme yapmaları her zaman için mümkündür⁸⁰⁰.

BK 201'in uygulanabilmesi için gerekli şartlar şunlardır:

a. Bir mesafe satımı bulunmalıdır.

Burada mesafe satımından anlaşılmak gereken satılanın alıcıya fiilen başka yerden gönderilmesidir. Satılanın gönderileceğinin sözleşmenin tarafları açısından sözleşmenin kurulduğu anda göz önünde bulundurmuş olup olmamalarının bir öneme olmayacaktır⁸⁰¹.

b. Satıcının teslim yerinde bir temsilcisinin bulunmaması

Maddenin uygulanabilmesi için bir diğer şart ise satılanın teslim edileceği yerde satıcının bir şubesi veya temsilcisi bulunmamalıdır⁸⁰².

c. Alıcı kendisine teslim edilen malı ifa olarak kabul etmemelidir.

BK 201/I'de yer alan, satılanın ayıplı olduğunu iddia deyimi alıcının kendisine teslim edilen malı ifa olarak kabul etmemesi şeklinde anlamak gerekir⁸⁰³. Satılanı ifa olarak kabul etmeme akdi fesih veya gönderilenin yerine ayıpsız mislini istemek

⁷⁹⁹ Tandoğan s. 185. Bk 201 f.2 'ye göre alıcı satılanın durumunu gecikmeksizin veya gerektiği şekilde tespit ettirmezse, ayıpların teslim anında mevcut olduğunu kanıtlamakla yükümlüdür. Aksi durumda ispat yükümü (satılanın teslim anında ayıpsız olduğunu ispat ile mükelleftir. Bu anlamda tespit bir hukuki külfettir. Yavuz s. 121. Aral bu noktada BK 201'in ispat yükünün tersine çevrilmesi değil alıcının ispat yüküne düşmesi halinin mevcudiyetini savunmaktadır. Aral s. 128.

⁸⁰⁰ Yavuz s. 126-127. CISG uyarınca mallarına muayenesine ilişkin olarak, satıcının sözleşme kurulurken yönlendirme veya başka yere gönderme ihtimalini biliyor veya halin icabı gereği bilmesi gerekiyor olması şartının gerçekleşmesi aranmaktadır.

⁸⁰¹ Edis s. 40-41; Yavuz s. 119.

⁸⁰² Aral s. 127.

⁸⁰³ Aral s. 127.

niyetinde olmalıdır⁸⁰⁴. Alıcının semenin indirimini talep etmek niyetinde olduğu hallerde ise tespit yeterli olup bundan sonra mallar üzerinde dilediğince tasarruf edebilecektir⁸⁰⁵. BK 201'in uygulanabilmesi için satım konusu malın ayıplı olduğu iddiasının haklı veya satıcının ayıbı kabul etmesi şartları aranmamaktadır⁸⁰⁶.

BK 201'de öngörülen yükümlülükler ise şunlardır:

a. Satılanı koruma

BK 201/I uyarınca *“başka bir mahalden gönderilen satılanın ayıplı olduğunu iddia eden iddia eden alıcı bulunduğu yerde satıcının mümessili yok ise satılanın muhafazası için lazım gelen tedbirleri muvakketen ıttihaz etmekle mükelleftir. Alıcı ayıplı olduğunu iddia ettiği satılanı muhafaza için icap eden tedbirleri yapmaksızın satıcıya gönderemez”*.

Madde uyarınca alıcı satım konusu malların korunması (muhafazası) için gerekli önlemleri almak durumundadır⁸⁰⁷. Zira bu yola başvurmadiğı takdirde satıcının bu vesile ile ortaya açıktan zararını tazminle mükellef olur⁸⁰⁸. Korumanın tarzı alıcının kendi takdirindedir⁸⁰⁹. Bu itibarla alıcı malı kendi mağazasında muhafaza edebileceği gibi, bir antrepoya veya bir taşıyıcıya da bırakabilecektir⁸¹⁰. Ancak hiçbir şekilde malları gerekli tedbirleri almaksızın satıcıya geri gönderemeyecektir⁸¹¹.

Alıcının malların korunmasına ilişkin yükümlülüğü geçici olup satıcının malları bizzat muhafaza edebilecek duruma gelene kadar devam eder⁸¹². Alıcının muhafaza önlemlerini aldığını satıcıya bildirmesi üzerine satıcı münasip bir sürede malları teslim almaz veya herhangi bir surette mallar üzerinde bir tasarruf

⁸⁰⁴ Tandoğan s. 185; Aral s. 127.

⁸⁰⁵ Tandoğan s. 185; Aral s. 128; Yavuz s. 119.

⁸⁰⁶ Aral s. 128.

⁸⁰⁷ Tandoğan s. 185.

⁸⁰⁸ Aral s. 128.

⁸⁰⁹ Yavuz s. 120.

⁸¹⁰ Yavuz s. 121; Tandoğan s. 185.

⁸¹¹ Yavuz s. 122; Tandoğan s. 185.

⁸¹² Yavuz s. 122; Tandoğan s. 185.

gerçekleştirmez veya geri gönderme masraflarını ödeyerek malların iadesi için talimat vermez ise alıcının malların muhafazasına ilişkin yükümlülüğü sona erecektir⁸¹³.

Alıcının malların muhafazası ile yükümlü olması satıcı lehine bir tedbir olup malların gerçekten ayıplı çıkması halinde bu masraflara satıcı tarafından katlanılmak gerekir⁸¹⁴. Alıcının ilgili masrafların karşılanmaması halinde satılan üzerinde hapis hakkı mevcuttur⁸¹⁵.

b. Satılanın durumunu tespit ettirme

BK 201/2 uyarınca “*alıcı vakit kaybetmeksizin satılanın hallini usulen tasdik etmekle mükelleftir. Aksi halde iddia olunan ayıbın satılan kendisine vasıl olduğu zaman mevcut bulunduğunu ispat etmeye mecbur olur*”

Alıcı satılanın ayıplı olduğu iddiasını bu hali tespit ettirmek suretiyle belgelendirecektir. Aksi halde satılana ayıbın satılanın kendisine teslimi esnasında var olduğunu ispatla mükellef olacaktır⁸¹⁶. Tespit mutlaka resmi bir makamca yapılmak zorunda olmayıp üçüncü bir şahsa da yaptırılabilir⁸¹⁷. Lakin tespitin mahkemece yaptırılması halinde ispat bakımından faydalı olacaktır⁸¹⁸.

Tespitin amacı satılanın teslim alındığı andaki durumunu ortaya çıkarmak olduğundan satılana ilişkin olarak yapılacak tespitin gecikmeksizin yapılması gerekmektedir⁸¹⁹. Satılanın ayıplı olduğunun zamanında ihbar edilmiş olması alıcıya, satılana ilişkin tespitin yapılmasından kaçınması imkanı vermez⁸²⁰.

c. Gönderilen malların sattırılması yükümü

⁸¹³ Tandoğan s. 185.

⁸¹⁴ Yavuz s. 122. Aral s. 128.

⁸¹⁵ Tandoğan s. 186.

⁸¹⁶ Tandoğan s. 186.

⁸¹⁷ Yavuz s. 123. Tespitin resmi makamlarca yapılması gerektiği görüşünde, . Aral s. 128; Tandoğan s. 186.

⁸¹⁸ Şahin s. 93.

⁸¹⁹ Yavuz s. 123.

⁸²⁰ Yavuz s. 123.

BK 201 son fıkra uyarınca “satılanın az zamanda bozulmak korkusu varsa alıcının, onun bulunduğu yerde mercii marifeti ile sattırmaya selahiyeti ve hatta satıcının menfaati böyle iktiza ediyorsa mecburiyeti vardır. Alıcı her halde satıcıyı mümkün olan süratle keyfiyetten haberdar etmekle mükellef ve etmediği takdirde zarar ve ziyan davasına mazurdur.”

Kanunun lafzından da anlaşılacağı üzere bu fıkra düzenlenen ihtimaller malların bozulma tehlikesi anında alıcının malları sattırmaya yetkili olması (ihtiyari satırma) ve bu satış işleminin satıcının menfaati gereksinimleri nedeni ile yapılması (zorunlu satış) halleridir⁸²¹.

BK 201 f. Son’da malların zorunlu olarak satışı için sadece satılarda bozulma tehlikesinin mevcudiyetinin yeterli sayılmış olması bu hali BK 92’de belirtilmiş olan zorunlu satıştan farklı kılmakta olup bu durumda BK 92 hükmü ancak kıyasen uygulanabilecektir⁸²². Satılardaki ayıbın çabuk olarak ilerleyebilecek nitelikte olduğu ya da malın kural olarak dayanıksız olduğu durumlarda bir bozulma tehlikesinin varlığı kabul edilecektir. Buna karşın satılanın fiyatının hızla düşmekte olması BK 201 f. Son anlamında tehlike değildir⁸²³.

Malların sattırılmasında başvurulacak merci resmi makam⁸²⁴ (mahkeme) olup yetkili mahkeme ise malların bulunduğu yer mahkemesidir⁸²⁵. Alıcı yaptıracığı satış işlemi öncesinde satıcıya durumu ihbar mecburiyetinde olmamasına karşın maddede belirtildiği üzere tazminata maruz kalmamak adına, satıcıyı mümkün olduğunca çabuk olarak zorunlu satışa ilişkin bilgilendirmelidir⁸²⁶.

⁸²¹ Şahin s. 94. Lakin Oser Schnen berger bozulma tehlikesinin mevcudiyeti halinde satıcının malların satılmasında daima menfaati vardır. Tandoğan s. 186. Bu görüşün kabulü halinde ihtiyari ve zorunlu satış ayrımını ortadan kalkacak ve satışın bozulma tehlikesinin varlığı halinde daima zorunlu olarak gerçekleştirilmesi gerektiğini kabul edilmek gerecektir.

⁸²² Yavuz s. 123.

⁸²³ Yavuz s. 123.

⁸²⁴ Yavuz s. 123.

⁸²⁵ Tandoğan s. 186.

⁸²⁶ Yavuz s. 124.

Satıcının hilesinin kanuni mükellefiyetlere etkisi ise BK 200’de belirtilmiştir. Buna göre alıcıyı iğfal⁸²⁷ etmiş olan satıcı, ayıbın kendisine vaktinde ihbar edilmemiş olduğunu ileri sürerek mesuliyetten kurtulamayacaktır. Dolayısıyla alıcı, bu durumda ayıba karşı tekeffül hükümlerinden istifade hakkını haiz olup madde 201’de belirtilen yükümlülüklerle katlanmak zorunda kalmayacaktır⁸²⁸.

SONUÇ:

1980 yılında kabul edilmiş ve 1988 yılında yürürlüğe girmiş Uluslararası Mal Satımına ilişkin Birleşmiş Milletler Anlaşması (CISG) çalışmamızın başında da belirttiğimiz üzere uluslararası ticaret hukukunun bir bütün haline getirilmesi çalışmalarının en başarılısı olarak nitelendirilebilir.

Bu çerçevede çalışmamız süresince incelediğimiz bahse şayan hususlardan ilk olarak belirtilmesi gereken subjektif ölçütlerdir. Diğer bir anlatımla, CISG’nin mal satımına ilişkin sözleşmelerin ifasının hangi hallerde sözleşmeye uygun ve aykırı olduğunun tespitinde başvurulacak ilk kıstas tarafların iradeleridir. Maddede belirtildiği üzere mallar, nitelik, nicelik ve tür olarak sözleşmede tarafların üzerinde uzlaştıkları şekilde olmalıdır. Yine malların muhafazası ve paketlenmesi bu anlamdaki yükümlülükler dâhilindedir.

Konvansiyon belirtilen bu tanımla belirtilen hususlara ilişkin common ve civil law yaklaşımlarından farklılaşmıştır. Bu farklılaşma ile birlikte iki sistemin bir potada eritildiği de söylenebilecektir. Bu durumun sonucu olarak CISG’de, belirtilen hallere ilişkin ulusal hukuklar çerçevesindeki yaptırımlar da yeknesak hale getirilmiş ve sözleşmeden her sapma sözleşmeye aykırılık olarak nitelendirilmiştir. Bu itibarla sözleşmeye aykırılığın varlığı halinde uygulanacak olan yaptırımlar aykırılığın türüne göre değişiklik göstermeyecek olup tek bir yaptırım uygulanacaktır. Dolayısıyla da

⁸²⁷ Doktrindeki genel kabule göre iğfal kelimesinden anlaşılması gereken hile (aldatma) olmalı ve bunun gerçekleşme şartları BK 28’e göre belirlenmelidir. Burada hilenin, alıcıya sözleşmeyi yaptırma amacı taşıması gerekmiyip alıcının satılanı muayene ve ayıpları ihbarına engel olması kâfidir. *Yavuz* s. 125.

⁸²⁸ *Yavuz* s. 126. Bu hal CISG madde 40’da da düzenlenmiş olup buna göre satıcı malların sözleşmeye aykırı olduğunu biliyor veya bilmemesi mümkün değil ise, alıcının malları vaktinde muayene etmemiş olmasına da dayanarak sorumluluktan kurtulamayacaktır.

sözleşmenin tarafları, kimi zaman ulusal hukuk kaidelerinin uygulanması neticesinde yapılmak zorunda kalınan tarifi zor ayrımlar külfetinden de bir anlamda kurtarılmıştır. Örneğin Kara Avrupa'sı hukuk sisteminde yer alan aliud ifa da CISG anlamında diğer sözleşmeye aykırılık hallerine ilişkin yaptırımlara tabi olur hale getirilmiştir.

Tarafların sarıh veya zımni iradelerinin sözleşmeden çıkarılamayacağı durumlarda ise "tarafların varsayılan iradeleri" olarak adlandırabileceğimiz haller objektif ölçütler olarak CISG madde 35. f.2'de sayılmıştır. Bu çerçevede mallar mutad kullanım amaçlarına veya taraflarca belirlenen tahsis amacına uygun olmalıdır. Numune veya modele ilişkin satımlarda da numuneye veya modele uygun olmama beraberinde sözleşmeye aykırılık sonucunu doğuracaktır. Malların paketlenme ve muhafazasına ilişkin, bir şeklin ve halin, taraflarca sözleşmede kararlaştırılmadığı hallerde de paketlenme aynı sektördeki malların mutad şekilde muhafazasına uygun olmalıdır. Lakin CISG 35 f.3 uyarınca alıcının, sözleşmenin kurulması anında sözleşmeye aykırılığı bilmesi veya bilmemesinin mümkün olmamasının söz konusu olduğu hallerde satıcı bu hususlara ilişkin olarak sorumlu tutulamayacaktır.

Emtiaya ilişkin ifanın sözleşmeye aykırılığının saptanması anı ise hasarın alıcıya intikali ile ilgilidir. CISG madde 36 düzenlemesi uyarınca satıcı hasarın intikali anında var olan sözleşmeye aykırılıklardan aykırılık daha sonraki bir dönemde ortaya çıksa dahi sorumludur. Ancak CISG m. 36. f. 2 uyarınca sözleşmeye aykırılığın hasarın intikali anında mevcut olmamasına rağmen satıcının sorumlu olabileceği düzenlenmiştir. Bu hal satıcı tarafından, malların dayanıklılığına, işlevselliklerine ve benzeri hususlara ilişkin olarak verilmiş bir garantinin söz konusu olması durumunda söz konusu olacaktır. Böyle bir garantinin varlığı halinde sorumluluğun kapsamı garanti verilen hususları da içerisine içerisinde barındıracak şekilde genişleyecektir.

İspat yükümü CISG'de açık olarak düzenlenmemiş olsa da konvansiyonun genelinden bu hususta bir çıkarımın yapılması mümkündür. Bu itibarla kural olarak malların fiili hâkimiyetinin alıcıya geçmesi ile ispat yükü alıcıda kabul edilmek gerekir. Ancak alıcının sözleşmeye aykırılık dolayısıyla malları kabul etmemesi veya etmek zorunda kalması halinde de bu durumu alıcıya ihbar etmesi üzerine malların hasarın alıcıya intikali anında sözleşmeye uygun olduğunu kanıtlamak yükümü satıcıdadır.

Malların sözleşmeye aykırılığının söz konusu olduğu hallerde, CISG 38 uyarınca, alıcı tarafından, , Konvansiyon çerçevesinde kendisine tanınmış haklarının kullanımı, malları “koşulların izin verdiği ölçüde kısa sürede” muayene etmesine ve bu durumu satıcıya ihbar etmesine bağlıdır. Malların muayenesi hukukumuzda belirtildiği üzere bir külfet olup yerine getirilmemesi sözleşmeye aykırılık teşkil etmeyecektir. Lakin sözleşmeye aykırılığın belirlenmesi açısından muayenenin CISG’de belirtilen zaman dilimi içerisinde yapılmaması alıcının aykırılığa ilişkin haklardan doğan başvuru haklarını yitirmesine neden olacaktır. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise gönderme borcu içeren sözleşmelere ilişkin olarak muayenenin malların varma yerine kadar ertelenebileceği belirtilmiştir. Son fıkra da ise malların taşıma halindeyken bir başka yere yönlendirilmesi veya gönderilen yere varır varmaz başkaca bir yere gönderilmeleri hallerine ilişkin olarak ayrıca düzenlemeler getirilmiştir.

Son olarak belirtilen tüm bu hususların ötesinde, otuz yıl önce başlayan ve günümüze değin artarak süregelen, dünya ticaretine ilişkin hukuksal kuralların yeknesaklaştırılması eğilimi karşısında Türkiye’nin de bir an evvel Konvansiyonun tarafı ülkelerden biri olması ve bu ve benzeri çalışmalarda artık Türk mahkeme kararları ile Türk hukukçularına ait görüşlerin de yer alması gerektiği kanımızca çalışmanın en önemli sonucu olarak nitelendirilmek gerekir.