

MİLLETLERARASI MAL SATIMINA İLİŞKİN SÖZLEŞMELER HAKKINDA BİRLEŞMİŞ MİLLETLER ANTLAŞMASI (CISG) ÇERÇEVESİNDE SATICININ AYIPTAN SORUMLULUĞU

Av. Pelin BAYSAL

GÜN Avukatlık Bürosu

I. Genel Olarak

CISG'nin, "Saticının Yükümlülükleri" başlığını taşıyan ikinci bölümünün ikinci ayrımının başlığı "Malların Sözleşmeye Uygunluğu ve Üçüncü Kişilerin Hak veya Talepleri"dir. Bu ayırmadaki, 35 ila 37. maddeler arasında, satıcının, satım sözleşmesinin konusunu oluşturan malların miktarına, kalitesine, türüne, paketlenmesine ve muhafazasına ilişkin yükümlülükleri, söz konusu yükümlülüklerin ihlali halinde sorumluluğu ve malların erken teslimine ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Söz konusu ayırmadaki 38 ila 40. maddeler arasında ise satıcının kendisine düşen yükümlülükleri ihlali halinde, alıcının üzerine düşen külfetler ve bu külfetlerin yerine getirilmemesinin neticeleri üzerinde durulmuştur. Pek çok kararda ele alınan ve doktrinel düzeyde tartışmalara konu olan bu maddeler, Antlaşma'nın en önemli maddelerindedir. Bu çalışmada,

özellikle satıcının, sözleşmeye uygun mal teslim etme borcu yani ayıplı mal teslim etmeme borcu ve satıcın söz konusu yükümlülüğe aykırılıktan doğan sorumluluğu, bir başka deyişle ayıptan sorumluluğu, Antlaşma'nın ilgili maddeleri çerçevesinde, Antlaşma'da izlenen sıralamaya göre ve konuya ilişkin kararlar dikkate alınarak değerlendirilecektir.

II. CISG Çerçevesinde Ayıp ve Sözleşmeye Aykırılık

1. Ayıp ve Sözleşmeye Aykırılık Kavramları

Türk – İsviçre borçlar hukukunda hatta Kıta Avrupası hukuk düzeninde geleneksel olarak kabul gören genel sözleşmeye aykırılık hükümleri ile ayıba karşı tekeffül hükümlerinin ayrı ayrı ele alınması esasının aksine, CISG'de Anglosakson hukuk sistemlerinde olduğu gibi ayıplı ifanın genel sözleşmeye aykırılığın bir tezahürü olduğu esası benimsenmiştir¹. Antlaşmanın sistematığına bakıldığında da ayıp oluşturabilecek hallere ilişkin düzenlemelerin, “Malların Sözleşmeye Uygunluğu” ana başlığı altında incelendiği görülmektedir.

Antlaşma'da ayıbı belirleyen husus olan teslim edilen malın sözleşmeye uygunluğu konusu CISG m. 35/1 ve 35/2'de düzenlenmiş, bu iki fıkrada malın ne zaman sözleşmeye uygun olacağına ilişkin kriterler öngörülmüştür². Söz konusu kriterlerin ilki CISG m. 35/1 uyarınca tarafların aralarındaki sözleşmede kararlaştırdıkları kriterlerdir. Malın sözleşmede kararlaştırılan kriterlere uygun olması hali, sübjektif uygunluk olarak isimlendirilmektedir. CISG m. 35/2'de ise malın nitelikleri hususunda bir sözleşme yapılmadığı veya bu hususta bir takım noktaların eksik olarak düzenlendiği haller için hakime sözleşmeyi yorumlamada yardımcı ola-

¹ Atamer, Yeşim: *Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları*, Beta, İstanbul 2005, s. 181, 182; Erdem, Ercüment: *Milletlerarası Ticaret Hukuku ile İlgili Makaleler*, Beta, İstanbul 2008, s. 63; Dayıoğlu, Yavuz: *CISG Uygulamasında Sözleşmenin İhlali Halinde Alıcının Hakları ve Özellikle Alıcının Tazminat Talep Etme Hakkı*, XII Levha, İstanbul 2011, s. 35; Alman Borçlar Hukukunda 2003 yılında yapılan reform sonrasında konuya ilişkin Alman düzenlemelerinin CISG ile benzer esaslara kavuşmasına ilişkin olarak bkz. Çetiner, Bilgehan: *SachmaengelhaftungdesVerkaufersnach dem Un-Kaufrechtund der deutschenSchuldrechtsreform*, Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi, C. 2, S. 4, s. 73 vd.

² Çetiner, s. 78.

cak yedek hukuk kuralı niteliğinde çeşitli kriterler öngörülmüştür. Malın CISG m. 35/2'de bulunan kriterlere uygun olması hali, objektif uygunluk adını almaktadır. Esas itibarıyla CISG m. 35'de düzenlenen malın taşınması gereken özelliklere ilişkin olan bu kriterler, CISG m. 30'da öngörülen malı teslim yükümlülüğünün somutlaştırılması niteliğindedir³.

2. Malın Taraflar Arasındaki Sözleşmede Belirlenen Kriterlere Uygunluğu (Subjektif Uygunluk)

CISG m. 35/1 uyarınca satıcı, miktarı, kalitesi ve türü sözleşmede öngörülen malları, sözleşmede belirtilen paket veya muhafaza koşulları içinde teslim etmek zorundadır. CISG m. 35/1, malın ayıplı olup olmadığı konusunda öncelikle, tarafların aralarında belirledikleri niteliklere uygun olup olmadığına bakılması gerektiğini ortaya koymaktadır⁴. Söz konusu düzenlemenin, Antlaşma'nın tarafların irade özgürlüğünü üstte tutan ruhuna uygun olduğu da belirtilmelidir⁵.

Tarafların CISG m. 35/1'de belirtilen hususlar olan malın miktarı, kalitesi, türü paketlenmesi ve muhafazası halleri dışında da sözleşmesel düzenleme yapabilecekleri konusunda herhangi bir şüphe yok ise de, kararlaştırılan bu özelliklerin doğrudan malın nesne olarak özelliklerine ilişkin olması gerektiği savunulmaktadır⁶.

³ Ferrari, Franco: in *Internationales Vertragsrecht*, Kommentar von Prof. Dr. Franco Ferrari, LL.M., Prof. Dr. Eva-Maria Kieninger, Prof. Dr. Peter Mankowski, Prof. Dr. Karsten Otte, Prof. Dr. Ingo Saenger, Richter am OLG a.D., Prof. Dr. Götz Joachim Schulze und Prof. Dr. Ansgar Staudinger, C.H. Beck, 2. Auflage, 2012, Art. 35, Rn. 1; Saenger, Ingo: in *Beck'scher Online-Kommentar BGB*, Hrsg. von Dr. Heinz Georg Bamberger, Dr. Herbert-Roth, C.H. Beck, Stand: 1.2.2012, Ed. 22, Art. 35, Rn. 1.

⁴ Kröll, Stephan: in *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*, Ed. by Stephan Kröll, Laukas Mistelis, Pilar Perales Viscasillas, C.H. Beck-Hart-Nomos, 1. Auflage, 2011, Art. 35, Rn. 3; Magnus, Ulrich: in *Kommentar zum UN-Kaufrecht, Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den Internationalen Warenkauf (CISG)*, Hrsg. Heinrich Honsell, Springer, 2. Auflage, 2009, Art. 35, Rn. 10.

⁵ Flechtner, Harry M.: (Çev. Zeynep Erverdi): "Malların Sözleşmeye Uygunluğu, Üçüncü Kişilerin Talepleri ve Alıcının İhlal Bildirimi", *Milletlerarası Satım Hukuku, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG)*, (Ed. Yeşim Atamer), s. 165.

⁶ Atamer, s. 185.

Taraflar sözleşmenin şartlarını tek tek görüşerek, üzerinde tek tek pazarlık yaparak belirleyebilecekleri gibi, belirli standartlara veya normlara atıf yaparak ya da genel işlem şartlarını kendi sözleşmelerine dahil ederek belirleyebilirler⁷. Ayrıca taraflar malın niteliğini, niceliğini, türünü ve ambalajını zımni olarak da kararlaştırabilirler⁸, ancak böyle bir sonuca ulaşabilmek için taraf iradeleri yeterince anlaşılır olmalıdır⁹. Satıcı tarafından mala ilişkin verilen reklamlardaki vaatlerden dolayı da satıcının sorumlu bulunması doktrinde kabul görmektedir¹⁰.

CISG m. 35/1'e göre bir denetleme yapılırken, malların sözleşmeye aykırı olup olmadığı, malın miktar, kalite, tür ile paketlenme ve muhafaza bakımından incelenmesi suretiyle tespit edilecektir.

a. Miktar Bakımından

CISG m. 35/1 uyarınca malın, tarafların sözleşme ile kararlaştırdıkları miktardan fazla ya da eksik ifası sözleşmeye aykırılık oluşturmaktadır. CISG m. 35/1 düzenlemesi, kural olarak kararlaştırılan ile teslim edilen arasındaki farkın miktarına bakılmaksızın uygulama bulur; söz konusu farkın ilgili belgelerden anlaşılıp anlaşılmamasının da bu noktada önemi yoktur. Bu nedenle alıcı, CISG m. 39 hükmünde düzenlenen bildirim yükümlülüğüne uyulmamasına ilişkin yaptırımlarla karşılaşmamak için, miktardaki sapmaları da satıcıya makul bir süre içinde bildirmelidir¹¹. Alman Landshut Eyalet Mahkemesi'nin 1995 tarihli bir kararında da söz konusu husus vurgulanmıştır. Kararda Mahkeme, renk, beden ve miktar açısından sözleşmeye uygun olmayan spor kıyafetler ile ilgili olarak, bildirim durumun öğrenilmesinden on dokuz gün sonra yapılmasını çok

⁷ Schwenger, Ingeborg: in *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht CISG, Das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf*, Hrsg. Ingeborg Schwenger, C.H. Beck, 5. Auflage, 2008, Art. 35, Rn. 7; Saenger, in Bamberger/Roth, Art. 35, Rn. 3; Atamer, s. 185; Çetiner, s. 79.

⁸ Ferrari, in Ferrari/Kieninger/Mankowski, Art. 35, Rn. 6; Magnus, in Honsell, Art. 35, Rn. 10.

⁹ Saenger, in Bamberger/Roth, Art. 35, Rn. 3.

¹⁰ Bu yönde bkz. Schwenger, in Schlechtriem/Schwenger, Art. 35, Rn. 7; Atamer, s. 185.

¹¹ Kröll, in Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art. 35, Rn. 19; Schwenger, in Schlechtriem/Schwenger, Art. 35, Rn. 8.

geç yapılmış bir bildirim olarak nitelemiş ve bu şekilde gizli olmayan ayıplarda bildirim, öğrenmeden sonra birkaç gün içinde yapılması gerektiğini kararında belirtmiştir. Ancak olayda satıcının malların sözleşmeye aykırılığı durumunu bildiğini kabul etmesinden dolayı Mahkeme CISG Art. 40'ın uygulanması, yani sözleşmeye aykırılığın, satıcının tarafından bilindiği ve alıcıya açıklamadığı için CISG m. 38 ve 39'un olayda dikkate alınmaması gerektiğine karar vermiştir¹².

Bazı sözleşmelerde miktar olarak belirli ölçüdeki sapmaların kabul edilebilir olduğuna ilişkin hükümlere yer verilmektedir. Miktar için bir alt ve üst limit çizilmesi veya "yaklaşık" miktardan bahsedilmesi halinde satıcının miktardan sapabilme hakkı doğmaktadır. Ancak bu durumda dahi, sözleşmede belirlenen sınırlar aşıldığı takdirde, malın sözleşmeye uygun teslimi gerçekleşmemiş olacak, bir başka deyişle sözleşmeye aykırı bir ifa söz konusu olacaktır¹³.

Yukarıda da belirtildiği üzere, sözleşmede belirlenen miktarı aşan bir miktarda mal teslimi söz konusu olursa, yine CISG m. 35/1 anlamında sözleşmeye uygun olmayan bir ifa gündeme gelmektedir¹⁴. Bu durumun sonuçlarına ilişkin olarak CISG m. 52/2, satıcının, sözleşmede belirtilenden daha fazla miktarda mal teslim etmesi halinde, alıcının bu fazla miktarı kabul edebileceğini veya reddedebileceğini, alıcının, fazlayı kısmen veya tamamen teslim alması halinde ise, bunun için sözleşmede öngörülen fiyat üzerinden ödeme yapması gerektiğini düzenlemektedir. Fakat burada belirtmek gerekir ki alıcı CISG m. 39'daki sözleşmeye aykırı ifalara ilişkin bildirim yükümlülüğünü ihlal ederse CISG m. 52/2'de düzenlenen ret hakkı ortadan kalkabilecektir¹⁵. Nitekim Köln Eyalet Mahkemesi 2006 yılında verdiği bir kararda aynı sonuca ulaşmıştır. Alman bir firma Avusturya'da mukim, telefon kılıfı üreten bir firmaya sipariş vermiş, Alman firmanın iddialarına göre Avusturya firması sipariştten daha fazla miktarda ürünü alıcıya göndermiştir. Olayda Mahkeme diğer sebeplerin

¹² Landgericht (LG) Landshut, 5.4.1995, CISG-Online Nr. 193.

¹³ Kröll, in Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art. 35, Rn. 20.

¹⁴ Ferrari, in Ferrari/Kieninger/Mankowski, Art. 35, Rn. 7; Magnus, in Honsell, Art. 35, Rn. 5.

¹⁵ Kröll, in Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art. 35, Rn. 22.

yanında alıcı tarafından sözleşmeye aykırılık hususunda gerekli bildirim yapılmadığı gerekçesine dayanarak, davacı Avusturya firmasının, gönderdiği malların bedelinin ödenmesi konusundaki talebini kabul etmiştir¹⁶.

Türk hukukunda alacaklının kısmi ifayı kabulü halinde, ayıplı ifa hükümlerine gidilememesine rağmen, yukarıda açıklandığı üzere CISG düzenlemeleri uyarınca kısmi ifa hali sözleşmeye aykırılık olarak değerlendirilmektedir¹⁷.

b. Kalite Bakımından

CISG m. 35/1 uyarınca mal, taraflarca karşılaştırılmış olan kalitede teslim edilmelidir. Sözleşmede karşılaştırılanın yerine daha kötü kalitede, hatta daha iyi bir kalitede malın teslimi halinde sözleşmeye uygun olmayan bir mal teslimi söz konusu olacaktır¹⁸. Malın menşei, imal yılı, üretildiği yer, hammaddesi, orijinalliği, bileşimi gibi hususlar malın kalitesi kapsamında değerlendirilir¹⁹. Söz konusu özellikler CISG çerçevesinde çözülen çeşitli uyuşmazlıklarda malın kalitesi kapsamında ele alınmışlardır. Münih Yüksek Eyalet Mahkemesi tarafından görülen bir davada satım konusu organik arpanın kalitesini (organik olup olmadığını) tespit için gerekli olan belgelerin alıcıya sunulmamış olması edimin CISG m. 35/1 anlamında kalite bakımından, sözleşmeye aykırı olarak ifası şeklinde yorumlanmıştır²⁰. Yine konuya ilişkin bir kararda Köln Yüksek Eyalet Mahkemesi bir yük taşıtının taraflar arasındaki sözleşmede ve belgelerde görüldüğünden iki yıl daha yaşlı olmasını malın kalitesinin sözleşmeye uygun olmaması olarak değerlendirmiştir²¹. Malın menşei malın kalitesinin bir ögesi olduğu, sözleşmede belirlenenden farklı menşei olan malın tesliminin sözleşmeye uygun olmayan bir ifa olacağı hususu ise Zweibrücken Yüksek Eyalet Mahkemesi tarafından verilen

¹⁶ LG Köln, 5.12.2006, IHR 2007, s. 162-163.

¹⁷ Atamer, s. 187; Zeytin, Zafer: *Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hukuku*, Seçkin, 2011, s. 127.

¹⁸ Ferrari, in Ferrari/Kieninger/Mankowski, Art. 35, Rn. 8; Schwenger, in Schlechtriem/Schwenger, Art. 35, Rn. 9.

¹⁹ Magnus, in Honsell, Art. 35, Rn. 4.

²⁰ OLG München, 13.11.2002, CISG-Online Nr. 786.

²¹ OLG Köln, 21.5.1996, CISG-Online Nr. 254.

2004 tarihli bir kararda dile getirilmiştir²². Bunların haricinde alıcının dilinde kullanım kılavuzunun eksikliği, Darmstadt Eyalet Mahkemesince sözleşmede belirlenen kaliteye uygun olmayan bir malın söz konusu olması nedeniyle sözleşmeye aykırı bir ifa olarak görülmüştür²³.

c. Tür Bakımından

Türk hukukuna göre; satılan maldan başka bir şeyin (aliud) teslimi, borcun ifası sayılamamakta ve alıcı aliud teslimi kabulden kaçınarak satıcıyı temerrüde düşürebilmektedir. Ancak alıcının aliud teslimi asıl ifa yerine kabul etmesi de mümkündür²⁴. Türk hukukundan ve genel olarak Kıta Avrupası hukuklarından farklı olarak CISG, satılan maldan başka bir şeyin (aliud) teslimini, edimin ifa edilmemesi olarak değil, edimin sözleşmeye uygun olarak ifa edilmemesi olarak görmektedir.

Stuttgart Eyalet Mahkemesi 2002 yılında verdiği bir karara konu olan olayda satıcı alıcıya somaki mermerinden (porphyry) yapılmış kaldırım taşı yerine çakıl taşından (gravel) yapılmış farklı nitelikteki bir kaldırım taşı göndermiştir²⁵. Mahkeme kararda olayda bir aliud ifanın söz konusu olup olmadığı tartışmasına girilmesi gerekmediğini, aliud ifa olsa da olmasa da yapılan ifanın sözleşmeye aykırı bir mal teslimi olduğunu ifade etmiştir. Ancak kararlaştırılan maldan açıkça farklı bir malın ifası konusunda farklı görüşlerin mevcut olduğunu belirtmekte de fayda bulunmaktadır. Böyle bir ifanın sözleşmeye aykırı bir ifa sayılması ile edimin hiç ifa edilememesi arasındaki fark, CISG m. 39 ve 49'un uygulanmaları açısından önem arz etmektedir. Edimin hiç ifa edilmemiş sayılması halinde CISG m. 39'da alıcı için öngörülen bildirim yükümlülüğü mevcut olamayacak, ayrıca alıcı CISG m. 49/1'de kendisine tanınan hakları kullanabilecektir²⁶. Bazı mahkemeler ve doktrinde bazı yazarlar tarafından, sözleşmede belirlenen edim ile ilişkisi olmayan, söz konusu edime yabancı bir ifanın mevcudiyeti durumunda edimin hiç ifa edilmemiş

²² OLG Zweibrücken, 2.2.2004, CISG-Online Nr. 877.

²³ LG Darmstadt, 29.5.2001, IHR 2001, s. 160.

²⁴ Tandoğan, Haluk: *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C. 1/1, Besinci Bası, İstanbul 1988, s. 122. Yavuz, Cevdet: *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, İstanbul 2002, s. 34.

²⁵ LGStuttgart, 4.6.2002, CISG-Online Nr. 909.

²⁶ Kröll, in Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art. 35, Rn. 31.

sayılması gerektiği dile getirilmekle birlikte²⁷ doktrinde ve uygulamada hakim olan görüş söz konusu durumda da sözleşmeye uygun olmayan bir ifanın mevcut olacağı yönündedir²⁸. Hakim görüş dikkate alındığında, sözleşmede belirlenen edime yabancı bir ifanın sözleşmeye uygun olmayan bir ifa olarak kabul edilmesi halinde kural olarak alıcının CISG m. 38 ve 39'da düzenlenen muayene ve bildirim yükümlülükleri mevcut olacak, fakat çoğu olayda CISG m. 40 devreye gireceğinden, yani sözleşmeye aykırılık, satıcının bildiği veya bilmemesinin mümkün olmadığı olgulara dayanacağından satıcı CISG m. 38 ve 39'a başvuramayacaktır²⁹.

d. Muhafaza ve Paketleme Bakımından

CISG m. 35/1 uyarınca tarafların sözleşme ile kararlaştırdıkları muhafaza ve paketleme şartlarına uymamış olmaları malların sözleşmeye aykırılığını doğurur. Günümüzde uluslararası taşımanın çok uzak yerler arasında yapılabilmesi düzenlemenin önemini artırmaktadır. Muhafaza ve paketlemeye yönelik anlaşmanın zımni de yapılabileceği ve taraflar arasındaki teamüllerin de zımni bir anlaşmaya vücut verebileceği kabul edilmekle birlikte³⁰, Saarbrücken Yüksek Eyalet Mahkemesi'nin 2007 yılında vermiş olduğu bir kararda açıkça görüldüğü üzere, taraflar arasında daha önceden yapılmış olan teslimlerde muhafaza ve paketlemenin yetersiz olması halinde, bu yönde zımni bir anlaşma olduğu kabul edilmemektedir³¹.

²⁷ Bu yöndeki görüş temel olarak Sekreterliğin CISG m. 30'a ilişkin olarak belirtmiş olduğu, patatesin yerine mısır teslimi halinde ifanın gerçekleşmemiş olacağı yönündeki görüşüne dayanmaktadır (Secretariat Commentary on 1978 Draft, Art. 29 (Art. 30) para. 3). Bu görüş ile ilgili olarak bkz. Kröll, in Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art. 35, Rn. 32 ve Fn. 50.

²⁸ Magnus, in Honsell, Art. 35, Rn. 6; Schwenger, in Schlechtriem/Schwenger, Art. 35, Rn. 10; Ferrari, in Ferrari/Kieninger/Mankowski, Art. 35, Rn. 9; Kröll, in Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art. 35, Rn. 33; Çetiner, s. 79.

²⁹ Ferrari, in Ferrari/Kieninger/Mankowski, Art. 35, Rn. 9; Kröll, in Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art. 35, Rn. 33; Magnus, in Honsell, Art. 35, Rn. 6; Saenger, in Bamberger/Roth, Art. 35, Rn. 2.

³⁰ Kröll, in Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art. 35, Rn. 34.

³¹ OLG Saarbrücken, 17.01.2007, CISG-Online Nr. 1642.

Paketleme, sadece malın zarar görmeden taşınması amacıyla yapılmış ve sözleşme ile belirlenen paketleme koşullarından sapılmasına rağmen mallar herhangi bir zarara uğramamış ise, alıcı tarafından malların sözleşmeye aykırılığına dayanılmayacaktır. Zira bu yönde bir talep, CISG m. 7 uyarınca uygulama bulacak iyi niyet ilkesine aykırılık oluşturur³². Ancak malın ambalajı söz konusu malın marka imajı bakımından önemli olabileceği gibi, malın ambalajı malın niteliklerinden birini de oluşturabilir. Bu hallerde ambalajın/paketlemenin malı zarar görmekten korumaktan ayrı bir amacı olduğundan, sözleşmede belirlenen paketleme koşullarının ihlali halinde mal zarar görmese de sözleşmeye aykırılık oluşacaktır³³.

3. Malın CISG’de Belirlenen Kriterlere Uygunluğu (Objektif Uygunluk)

CISG m. 35/2, lafzından da anlaşıldığı üzere, sözleşmede malın miktarı, kalitesi, türü, paketlenmesi ve muhafazası hakkında bir düzenleme mevcut olmaması veya sözleşmede mevcut düzenlemelerin yeterli olmaması halinde devreye giren bir yedek hukuk kuralı niteliğindedir³⁴. CISG m. 35/2 ile tarafların malın niteliği hususunda belirleme yapmaması durumunda malın taşınması gereken nitelikler için objektif asgari standartlar getirilmiştir³⁵.

CISG m. 35/1 uyarınca malın taşınması gereken niteliklere ilişkin olarak tarafların belirledikleri hususlar ile CISG m. 35/2 uyarınca malın taşınması gereken niteliklere ilişkin olarak Antlaşma'nın öngördüğü hususlar arasındaki temel fark CISG m. 35/3’de ortaya çıkmaktadır. Aşağıda da değinileceği üzere CISG m. 35/3, alıcının sözleşmenin kurulması anında bildiği veya bilmemesinin mümkün olmadığı sözleşmeye aykırılıklardan satıcının, 2. fıkranın (a) ilâ (d) bentleri çerçevesinde sorumlu olmadığını düzenlemektedir. CISG m. 35/1 açısından ise alıcının sözleşmenin ku-

³² Kröll, in Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art. 35, Rn. 35.

³³ Atamer, s.195; Kröll, in Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art. 35, Rn. 35.

³⁴ Ferrari, in Ferrari/Kieninger/Mankowski, Art. 35, Rn. 11; Saenger, in Bamberger/Roth, Art. 35, Rn. 4; Schwenger, in Schlechtriem/Schwenger, Art. 35, Rn. 12. Bu hususu açıkça ifade eden bir mahkeme kararı için bkz. LG Aschaffenburg, 20.4.2006, CISG-Online Nr. 1446.

³⁵ Saenger, in Bamberger/Roth, Art. 35, Rn. 4.

rulması anında bildiği veya bilmemesinin mümkün olmadığı sözleşmeye aykırılıklar nedeniyle satıcının sorumluluğunun ortadan kalkması, bir başka deyişle 3. fıkra hükmünün sözleşmede belirlenen hususlara ilişkin olarak kıyasen uygulanması söz konusu olmayacaktır³⁶.

a. Malın Mutat Kullanım Amacına Uygun Olması

CISG m. 35/2-a uyarınca taraflarca sözleşmede malın kullanım amacına ilişkin özel bir düzenlemeye yer verilmemiş olması halinde, malın sözleşmeye uygun sayılabilmesi için aynı türden malların mutat olarak tahsis edildiği kullanım amacına uygun olması gerekir. Malın mutat olarak tahsis edildiği kullanım amacının tespitinde, alıcının sübjektif beklentilerinden ziyade, makul bir kişinin beklentileri, bir başka deyişle objektif beklentiler esas alınacaktır³⁷. CISG kapsamına giren sözleşmelerin kişisel amaçlarla yapılması da mümkün olmakla birlikte³⁸ esas olarak söz konusu sözleşmelerin tacirler arasında yapıldığı dikkate alındığında malın mutat kullanım amacının belirlenmesinde sözleşme konusu malın ticaretini yapan bir tüccarın ticari hayattaki beklentilerinin esas alınması gerektiği de doktrinde isabetli olarak dile getirilmektedir³⁹. Malın ticari hayattaki beklentilere uygun olması, malın tekrar satılabilir nitelikte olması anlamına gelecektir⁴⁰. Alman Federal Mahkemesi (Bundesgerichtshof - BGH) 2 Mart 2005 tarihli bir kararında söz konusu hususa temas etmiş, Belçikalı satıcının Alman alıcıya gönderdiği (Alman alıcının da Bosna Hersek'teki son alıcıya göndereceği) et mamullerinin "dioxin" isimli zararlı maddeyi içermesi nedeniyle, gönderilen malların uluslararası ticaret açısından tekrar satılamaz olma durumunun malın mutat kullanım amacına aykırılık oluşturduğunu tespit etmiştir⁴¹. Ayrıca bu hususta insan veya diğer

³⁶ Ferrari, in Ferrari/Kieninger/Mankowski, Art. 35, Rn. 12; Schwenger, in Schlechtriem/Schwenger, Art. 35, Rn. 38.

³⁷ Magnus, in Honsell, Art. 35, Rn. 13; Saenger, in Bamberger/Roth, Art. 35, Rn. 5; Atamer, s. 199; Zeytin, s. 128.

³⁸ CISG kapsamında sözleşmelerin kişisel ihtiyaçları karşılamak amacıyla da yapılabileceğine ilişkin olarak bkz. Ferrari, in Schlechtriem/Schwenger, Art. 2, Rn. 7.

³⁹ Ferrari, in Ferrari/Kieninger/Mankowski, Art. 35, Rn. 14.

⁴⁰ Magnus, in Honsell, Art. 35, Rn. 13; Ferrari, in Ferrari/Kieninger/Mankowski, Art. 35, Rn. 14; Schwenger, in Schlechtriem/Schwenger, Art. 35, Rn. 14; Zeytin, s. 128.

⁴¹ BGH, 2.3.2005, CISG-Online Nr. 999.

canlıların yaşamlarını tehlikeye düşüren malların sözleşmeye aykırılık oluşturacağı da ifade edilmektedir⁴².

Satıcı tarafından gönderilen malların satıcı ve alıcının birlikte tabi olduğu uluslararası veya bölgesel standartlara uymaması, malın mutata kullanım amacına aykırı olması ve dolayısıyla CISG m. 35/2-a'nın ihlalini oluşturmaktadır. Bu konuda Trier Eyalet Mahkemesi'nde, İtalya'da muhim davacı satıcının alıcıya gönderdiği şarapların bedelini tahsil etmek için açmış olduğu davada, davalı alıcı, gönderilen şarapların 822/87 sayılı Avrupa Birliği Tüzüğü'nün ilgili maddesi uyarınca mutata kullanım amacına uygun olmadığı, zira hem beyaz hem de pembe şaraplarda %9 oranında su bulunduğunu iddia etmiş ve bu çerçevede teslimden hemen bir gün sonra yapılan inceleme ile de bu hususu kanıtlamıştır⁴³. Satıcının, alıcının sözleşmeye aykırılığı zamanında kendisine bildirmediği bu nedenle de bu hakkını kaybettiği yönündeki iddiaları da mahkeme tarafından reddedilmiş ve CISG m. 40 uyarınca aykırılığın satıcının bildiği ya da bilmemesinin mümkün olmadığı hususlara dayanıyor olması nedeniyle, satıcının CISG m. 38 ve 39'a dayanamayacağı ifade edilmiştir. Nitekim Mahkeme, davada AB düzenlemesinin izin verdiğinden daha fazla su eklenmiş olan şarapların tesliminin, sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemiş olması anlamına geldiği sonucuna ulaşmıştır.

Malın mutata kullanım amacına uygun olması konusunda bir başka tartışma, mutata kullanım için ortalama kalitede bir malın yeterli olup olmadığı noktasındadır⁴⁴. 15 Ekim 2002 tarihli, Hollanda Tahkim Enstitüsü'ne ait bir karar da mutata kullanımın ne şekilde tespit edildiğini ve bu husustaki yaklaşımları incelemek açısından önemlidir. Söz konusu kararda, mutata kullanıma uygun olmanın, Kıta Avrupası hukuk sisteminde kabul edilen orta kalitede olma kriteri kapsamında mı yoksa Anglosakson hukuk sisteminde uygulanan ticarete elverişlilik kriteri çerçevesinde mi belirleneceği hususunda tartışmalara yer verilmiştir. İhtilaf, Hollanda kıta sahanlığındaki gaz alanlarında arama ve üretim faaliyeti gösteren Hollanda şirketi (satıcı) ile ham petrol araması, üretimi, rafinesi ve

⁴² Magnus, in Honsell, Art. 35, Rn. 13.

⁴³ LG Trier, 12.10.1995, CISG-Online, Nr. 160.

⁴⁴ Atamer, s. 200.

petrol ve gaz dağıtım alanında faaliyet gösteren bir İngiliz şirketi (alıcı) arasındadır. Taraflar 1993 ve 1994 yıllarında, “Rijn Blend” denen bir ham petrol karışımı olan kondansat (yoğuşuk madde) ile ilgili on iki sözleşme yapmışlardır. 11 Haziran 1998 tarihinde alıcı, sonraki “Rijn Blend” teslimini, içinde yüksek derecede cıva bulunduğundan kabul etmeyeceği hususunda ve ilerideki işlem ile satışların da iptali hakkında satıcıları bilgilendirmiştir. Satıcı, sözleşmede özellikle belirtilmiş bir koşul, spesifik bir nitelik üzerinde anlaşılmadığından, yükselmiş cıva seviyesine rağmen, “Rijn Blend”in sözleşmeye uygun olduğunu bu nedenle, alıcının, malı teslim almamasının sözleşmeye aykırılık oluşturduğunu ve zararını karşılamasını talep etmektedir. Alıcı ise, “Rijn Blend”in rafine endüstrisinde kullanıldığını, bu kadar yüksek seviyede cıva içeren “Rijn Blend”in kullanımının zararlara neden olabileceğini, bu hususun satıcının da bilgisi dahilinde olduğunu, malların sözleşmeye uygun olmadığını ve bu nedenle de teslimi reddetmeye ve sözleşmesel yükümlülüklerini askıya almaya hakkı olduğunu iddia etmektedir. Tahkim Kurulu “Rijn Blend”in sözleşmeye uygun olup olmadığı hususunun CISG m.35/2-a hükmüne göre incelenmesi gerektiğine karar vermiş ve bu çerçevede aynı türden malların mutad olarak tahsis edildiği kullanım amacına uygunluğun tespitinde nasıl bir yol izlenmesine gerektiğine ilişkin Anglosakson hukuk sistemi, Kıta Avrupası hukuk sistemi ve CISG hükümleri çerçevesinde yorumlar yapmıştır. Kurul öncelikle Anglosakson hukuk sistemlerinde, makul bir alıcının, malların niteliğini bilseydi de aynı fiyatlarla bu sözleşmeleri yapacağı durumlarda, malların sözleşmeye uygun olacağını kabul ettiğini, malın pazarlanabilir (merchantable) olması durumunun söz konusu hukuk sisteminde esas alındığını belirtmiş, Kıta Avrupası hukukunda ise malların ortalama nitelikte olması durumunda sözleşmeye uygun kabul edildiğini dile getirmiştir. Daha sonra ise pazarlanabilir olma ve ortalama nitelikte olma kriterlerinin CISG’ye uygun olmadığı, üçüncü bir ölçütün gerektiği Kurul tarafından belirtilmiştir. Tahkim Kurulu, CISG m. 35/2-a maddesinin yorumlanırken, makul kalite kriterinden (reasonable quality standard) hareket edilmesi gerektiğini savunmaktadır. Kurula göre, CISG m.7 doğrudan yerel kurallara gitmeye izin vermemekte, oluşan boşlukların öncelikle Antlaşma’nın kendi ilkeleri çerçevesinde doldurulması gerektiğini emretmektedir. Makul kalite kriterinin bu anlamda

Antlaşma'nın hazırlık çalışmaları ile de uygun olduğu Kurul tarafından ifade edilmiştir. Bu noktadan hareket eden Tahkim Kurulu "Rijn Blend" in makul kalitede olmadığı, tarafların üzerinde anlaştığı fiyatın yüksek derecede cıva içeren kondansat (yoğuşuk madde) için ödenmeyeceği sonucuna ulaşmıştır. Sözleşme yapıldıktan sonraki ilk yıllarda böyle bir nitelik sorunu çıkmamasından ötürü, alıcı "Rijn Blend" in standart bir kalitede olmasını bekleyebilecektir. Tahkim kurulu bu nedenlerle alıcının CISG m. 73/1'den⁴⁵ doğan hakkını kullanabileceğine karar vermiştir. Doktrinde kararda tartışılan hususa ilişkin olarak, tarafların farazi iradelerinin çoğu zaman sözleşmeden çıkabileceği ve somut olayın özelliklerinin yol gösterici olacağı dile getirilmektedir⁴⁶.

Malın mutad kullanımına ilişkin olarak pek çok ihtilafa sebep olmuş hususlardan birisi de iki ülkede farklı standartların olması halinde hangi ülkedeki mutad kullanımın esas olduğudur⁴⁷. Gerçekten de satıcı tarafından bilinmeyen alıcı ülke kurallarının (özellikle de kamu hukukuna ilişkin kuralların) satıcı bakımından bağlayıcı olup olmayacağı, olacak ise de hangi şartlarda bağlayıcı olacağı hususu çeşitli mahkeme kararlarında tartışılmış ve bu konuda benzer kararlar ortaya çıkmıştır. CISG metninde, kamu hukuku düzenlemelerine aykırılık halinde malların sözleşmeye aykırılığında bahsedilip bahsedilemeyeceği ve bu bağlamda özellikle satıcının işyerindeki kamu hukuku kurallarının mı yoksa alıcının işyerindeki kamu hukuku kurallarının mı belirleyici olacağı noktasında herhangi bir açık düzenleme yoktur. 1995 yılında Alman Federal Mahkemesi (BGH) tarafından görülen ve CISG ile ilgili olarak en fazla bilinen davalardan biri olan ve midye davası⁴⁸ olarak da adlandırılan dava bu hususa bir miktar açıklık getirmektedir. Dava konusu mallar, İsviçre şirketi tarafından bir Alman şirketine satılan Yeni Zelanda midyeleridir. Alman alıcı, midyelerdeki kadmiyum seviyesinin Alman gıda düzenlemelerinin üzerinde ol-

⁴⁵ CISG m. 73/1: Malların art arda teslim edilmesinin öngörüldüğü bir sözleşmede, taraflardan birinin münferit teslimatlardan birine dair yükümlülüklerini ifa etmemesinin bu teslimata dair sözleşmenin esaslı şekilde ihlâlini teşkil etmesi halinde, karşı taraf, bu teslimata ilişkin olarak sözleşmenin ortadan kalktığını beyan edebilir.

⁴⁶ Atamer, s. 201-202.

⁴⁷ Atamer, s. 201.

⁴⁸ BGH, 8.3.1995, CISG-Online Nr. 144.

ması nedeniyle, malların sözleşmeye uygun olmadığını iddia etmekte ve satış parasını da ödemeyi reddetmektedir. Satıcı, İsviçre gıda düzenlemelerine uygun olan midyelerin bedelinin ödenmesi için alıcıya karşı dava açmıştır. Mahkeme, malların sözleşmeye uygun olduğunu tespit etmiştir. Mahkeme, gerekçesinde, malın alıcının ülkesindeki özel düzenlemelere/standartlara uygun olmasının ancak bu yönde sözleşmede hüküm olması halinde söz konusu olabileceği yönünde tespitte bulunmuştur. Kural olarak, malın mutad kullanım amacının saptanmasında, alıcının ülkesindeki kamu hukuku kurallarının referans kabul edilmesi ancak bu düzenlemelerin ihracatçı ülke kuralları ile aynı olması ya da alıcının satıcıyı bu konuda bilgilendirmiş olması ya da satıcının bu standartları halihazırda biliyor olması halinde mümkündür. Nitekim, yine 1995 tarihli başka bir Alman mahkeme kararına (Ellwangen Eyalet Mahkemesi), konu olayda Alman alıcı, kendisine teslim edilen İspanyol biberlerinin Alman gıda düzenlemelerinde belirtilenin çok üzerinde etil oksit içermesinden dolayı, sözleşmenin ihlali nedeniyle zarara uğradığını ileri sürmüştür. Dava sürecinde, sözleşmenin akdi safhasında tarafların açıkça malların Alman Gıda Güvenlik Kurallarına uygun olacağı noktasında anlaşmış oldukları tespit edildiğinden, mahkeme satıcının sözleşmeyi esaslı şekilde ihlal ettiği yönünde karar oluşturmuştur⁴⁹.

Malın mutad kullanım amacına uygun olması konusunda kararlara konu olmuş bir başka husus alıcının ülkesindeki standartların değil, satıcın ülkesindeki standartların yüksek olması ve fakat satıcı tarafından söz konusu standartlara uyulmaması halidir. Hollanda hukukunda bu konuda verilen bir yüksek mahkeme kararında, önemli tespitlerde bulunulmuştur⁵⁰. Karara konu olayda, Belçika ve Mozambik'te yerleşik alıcı şirket, Hollanda'da yerleşik satıcı şirketten Mozambik'te kullanılmak üzere un satın almıştır. Sözleşme görüşmeleri sırasında alıcı tarafından açıkça unun kalitesinin önemli olduğu vurgulanmıştır. Davalı satıcı unun ve katkı maddesinin en azından uluslararası standartlara uygun olacağını taahhüt etmiştir. Ancak gönderilen mallar, içeriğinde kanser yapıcı katkı maddesi içermesi nedeniyle Mozambik yetkilileri tarafından müsadere

⁴⁹ LG Ellwangen, 21.8.1995, CISG-Online Nr. 279.

⁵⁰ Gerechtshof's Gravenhage, 23.4.2003, CISG-Online Nr.903.

altına alınmıştır. Söz konusu katkı maddesinin Hollanda ve tüm Avrupa Birliği'nde yasak olduğu davalı satıcı tarafından bilinmektedir. Bu yasağa konu düzenlemenin oluşturulması safhasında (Codex Alimentarius) Hollanda ve Mozambik birlikte çalışmış ancak Mozambik ilgili düzenlemeyi kendi iç hukukuna o dönemde henüz yansıtmemiştir. Temyiz mahkemesi, satıcının sözleşme ile kararlaştırılan mallar yerine Hollanda ve tüm Avrupa Birliği'nde yasaklanan ve sağlığa zararlı katkı maddeli un tesliminin, sözleşmenin satıcı tarafından ihlaline neden olduğuna karar vermiştir. Kararın gerekçesinde mahkeme, sözleşmenin satıcı tarafından esaslı olarak ihlal edildiğini, aksi yönde bir görüşün benimsenmesinin, katlanılması mümkün olmayan sonuçlara yol açacağını, zira, böylesi bir kararın, gelişmiş ülkedeki satıcıların, insan sağlığına zararlı maddeleri hiçbir yaptırıma uğramadan gelişmemiş ülkelere satmasına neden olacağını açıkça ifade etmiştir.

Konuyla ilgili olarak belirtilmesi gereken bir başka nokta da satış sözleşmesine konu olan malın aynı türdeki bir malın ortalama dayanma süresi kadar dayanabilmesi, kullanılabilirliğini korumasıdır⁵¹. Münih Eyalet Mahkemesi 2002 yılında verdiği bir kararda konuyu ele almış, normal bir motordan daha az ömürlü olan bir motoru mutat kullanım amacına uygun olmayan bir mal olarak nitelemiş ve dolayısıyla satıcının söz konusu motorun satışında CISG m. 35/2-a hükmünü ihlal ettiği sonucuna ulaşmıştır⁵².

b. Malın Özel Kullanım Amacına Uygun Olması

CISG m. 35/2-b uyarınca satıcı, kendisine açıkça ya da zımni olarak bildirilen özel kullanım amacına uygun mal teslimi ile yükümlüdür. Bu hüküm ile esas olarak, alıcının ihtiyacı olan malı genel olarak tarif etmesi ve fakat satım konusu mala ilişkin net ve eksiksiz bir spesifikasyonu yapabilecek bilgiye sahip olmaması hali düzenlenmektedir. Alıcı, burada malı satın almaktaki amacını satıcıya bildirmekte ve malın bu amaca uygun olup olmadığının tespitini sattığı mal konusunda daha üstün ve detaylı

⁵¹ Ferrari, in Ferrari/Kieninger/Mankowski, Art. 35, Rn. 16; Magnus, in Honsell, Art. 35, Rn. 15; Schwenger, in Schlechtriem/Schwenger, Art. 35, Rn. 14.

⁵² LG München, 27.2.2002, CISG-Online Nr. 654.

bilgiye sahip olan satıcıya bırakmaktadır⁵³. Ancak, alıcının, satıcının bilgisine güvenmediği veya güvenmesinin makul olmadığı anlaşılır ise alıcı, satıcının sorumluluğuna dayanamayacaktır⁵⁴. CISG m. 35/2-b'de alıcının satıcıya malın kullanım hakkına ilişkin bilgi vererek, bir dereceye kadar sözleşme kapsamını tek taraflı olarak belirlemesi söz konusu olduğundan, düzenleme satıcıyı olası risklerden korumak için dar yorumlanmalıdır⁵⁵.

CISC m. 35/2-b, alıcı tarafından bildirilen özel kullanım amacının satıcı tarafından kabul edilmesi yönünde herhangi bir şart aramamaktadır. Zira taraflar arasında böylesine bir anlaşma zaten 35/1'in kapsamına girmektedir⁵⁶. Bu kapsamda olası bir ihtilafta alıcının, satıcının özel kullanım amacı hakkında bilgilendirildiğini ispat etmesi yeterli olacak, satıcının söz konusu kullanım amacını kabul ettiği yönünde herhangi bir ispat faaliyetine gerek kalmayacaktır⁵⁷. Esasında CISG m. 35/1 ile m. 35/2 arasındaki temel fark da bu noktada oluşmaktadır⁵⁸.

Özel kullanım amacı satıcıya açık bir şekilde bildirilmişse, sorun çıkma ihtimali düşüktür. Özel kullanım amacının zımni olarak bildiri mi de yeterlidir⁵⁹. Satıcı, alıcı tarafından verilen bilgiden özel kullanım amacını anlayabilmelidir. Alıcı tarafından satıcıya verilen bilgi, malın özel kullanım amacının anlaşılması için yeterli olduğu halde, satıcının özel kullanım amacını gerçekte anlamaması ihtilaflara neden olmaktadır. Böyle bir durumda satıcının, özel kullanım amacını anlayabilecek olması yeterlidir⁶⁰. Nitekim aksi yönde bir görüş, yani satıcının gerçekten

⁵³ Kröll, in Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art. 35, Rn 106.

⁵⁴ Magnus, in Honsell, Art. 35, Rn. 2; Schwenger, in Schlechtriem/Schwenger, Art. 35, Rn. 23.

⁵⁵ Ferrari, in Ferrari/Kieninger/Mankowski, Art. 35, Rn. 18.

⁵⁶ Çetiner, s. 80.

⁵⁷ Kröll, in Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art. 35, Rn 109.

⁵⁸ CISG m. 35/1 ile CISG m. 35/2-b arasındaki fark hususundaki tartışmalar için bkz. Atamer, s. 206 vd.

⁵⁹ Schwenger, in Schlechtriem/Schwenger, Art. 35, Rn. 21.

⁶⁰ Kröll, in Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art.35, Rn. 111; Schwenger, in Schlechtriem/Schwenger, Art. 35, Rn. 21. Bu yöndeki görüş, Sekreterliğin 1978 yılındaki 35. Madde-deki (eski madde 33) görüşü ile çelişmektedir. Zira Sekreterlik kullanım amacının gerçekten bilinmesi gerektiğini savunmaktadır.

anlamış olmasının aranması, ispat açısından sorunlara neden olacaktır⁶¹. Ayrıca satıcının bizzat alıcı tarafından bilgilendirilmesi zorunlu değildir; alıcının, satıcının başka biri tarafından bilgilendirildiğini biliyor olması yeterlidir⁶².

Özel kullanıma ilişkin bilgi, sözleşmenin kurulması sırasında verilmelidir; sözleşmenin kurulmasından sonra yapılan bildirimler bir önem ihtiva etmez⁶³. Çünkü satıcı, sözleşme ilişkisine girip girmeyeceği yönündeki kararını verebilmek için tedarik edeceği malların niteliklerine ilişkin yükümlülüklerini bilmelidir⁶⁴.

Özel kullanıma yönelik bilgi satıcıya açık ya da zımni olarak verilebilir, önemli olan malın özel kullanım amacının yeterli derecede anlaşılabilmesidir⁶⁵. Alıcı tarafından, malın kullanım yerinin zikredilmesi, tek başına özel kullanım alanının belirlenmesi için yeterli değildir. Aynı şekilde malın gönderim adresinin belirtilmesi ya da satıcının, tüketici, işçi ya da çevrenin korunması amacıyla alıcının ülkesinde geçerli olan kamu hukuku kurallarına uymakla yükümlendirilmesi özel kullanım amacını belirlemeye yetmemektedir⁶⁶.

Özel kullanım amacı malın belirli güvenlik şartlarını taşımasını ya da belirli bir kullanım ömrünü gerektirebilir⁶⁷. Münih Eyalet Mahkemesi'nin vermiş olduğu, yukarıda da kısaca değindiğimiz 2002 tarihli kararda⁶⁸, özel kullanım amacına uygun olma kriteri incelemeye konu edilmiştir. Satım konusu mal alıcının işyerlerinde dekorasyon amacı ile kullanılacak olan kürelerdir. Mahkemece alınan bilirkişi raporunda, pahalı ve sofistike bir yapıya sahip kürelerin, kalıcı bir sergi malzemesi olarak satın

⁶¹ Schwenzer, in Schlechtriem/Schwenzer, Art. 35, Rn. 21.

⁶² Kröll, in Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art.35, Rn. 112.

⁶³ Ferrari, in Ferrari/Kieninger/Mankowski Art. 35, Rn. 18; Schwenzer, in Schlechtriem/Schwenzer, Art. 35, Rn. 22.

⁶⁴ Kröll, in Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art. 35, Rn. 113.

⁶⁵ Kröll, in Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art. 35, Rn. 114, Ferrari, in Ferrari/Kieninger/Mankowski Art. 35, Rn. 19.

⁶⁶ Ferrari, in Ferrari/Kieninger/Mankowski Art. 35, Rn. 19.

⁶⁷ Kröll, in Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art. 35, Rn. 118.

⁶⁸ LG München, 27.2.2002, CISG-Online Nr. 654.

alındığı ancak kürelere monte edilen motorların kürelerdeki kompleks ve pahalı diğer parçaların aksine basit bir yapıya sahip olduğu ve uzun süre çalışmaya uygun olmadığı tespit edilmiştir. Bilirkişi tarafından bir yıldan daha az bir kullanım ömrü biçilen kürelerin, alıcının her şubesine taşımadaki yüksek nakliye ücretlerini de dikkate alarak ortalama üç yıl çalışması gerektiği kanaatine varılmıştır ve mahkeme tarafından söz konusu kullanım ömrünü karşılamayan küreler için semende indirim kararı verilmiştir.

Özel kullanım amacı, malın belirli bir ülkede kullanılması ise, satıma konu mal, o ülkeye özgü niteliklere uygun olmalıdır. Örneğin, o ülkede hakim olan iklim şartlarında çalışabilmedir⁶⁹. Ancak doktrinde, satın alınan malın ithal edileceği ülkenin de satıcıya bildirilmesi halinde, satıcının malın kullanılacağı/ithal edileceği ülkedeki standartlara uygun mal teslimini yapmak zorunda olup olmadığı noktasında savunulan görüş, satıcının, özel amaç hakkında gereği gibi bilgilendirilmiş ve ilgili ülkede uzun süredir iş yapıyor olması gibi kendi uzmanlığına güvenilebileceği haller ile sınırlandırılmıştır⁷⁰.

Satım konusu malların, ilgili ülkedeki kamu hukuku standartlarına uygunluğu konusunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Yukarıda CISG m. 35/2-a kapsamında zikredilen mahkeme kararlarında da açıkça vurgulandığı üzere, satıcı kural olarak alıcının ülkesindeki kamu hukuku kuralları ile bağlı değildir. Bunun istisnasını satıcının uzun süredir bu ülke ile iş yapıyor olması veya ilgili ülkede bir şubesinin/acentesinin bulunması hali oluşturacaktır. Ancak doktrinde ve özellikle bir çok kararda benimsenen söz konusu hakim görüş⁷¹, CISG m. 35/2-b bakımından eleştirilerek, kamu hukuku kurallarının da ilgili ülkede geçerli kullanım ya da yeniden satılabilme gibi faktörler ya da dinsel faktörlerden farklı olmadığı, bu çerçevede alıcı tarafından ilgili ülkenin bildirilmesi halinde satıcının bu ülkenin kurallarına uygun mal tedariki borcu altında olması

⁶⁹ Kröll, in Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art. 35, Rn. 119.

⁷⁰ Atamer, s.211.

⁷¹ Bu doğrultuda kararlar için bkz. BGH, 8.3.1995, CISG-Online Nr. 144; Avusturya Yüksek Mahkemesi (Oberster Gerichtshof - OGH), 13.4.2000, CISG-Online Nr. 576; OGH, 19.4.2007, CISG-Online Nr. 1495.

gerektiği savunulmaktadır. Gerekçe olarak da, satıcının zaten CISG m. 35/2-b'de belirtildiği üzere anlaşılması güç ve beklenmeyen kurallara karşı (güven şartı ile) korunduğu ve ilgili ülke kanunları ile bağlı olmak istemeyen satıcının da satış sözleşmesi akdetmeyi reddedebileceği gösterilmektedir⁷².

Son olarak, satıcının özel kullanım amacından sorumlu olması için, alıcının, satıcının bilgi ve değerlendirmesine güvenmiş olması ya da güvenebilecek olması gereklidir. Nitekim bir Alman Mahkemesi kararında açıkça belirtildiği üzere alıcının, satıcının bilgi ve değerlendirmesine güvenip güvenemeyeceği şüpheli ise bu şüphe halinden alıcı yararlanır⁷³. Ancak alıcının satıcının bilgi ve değerlendirmesine güveni mantığa aykırı ise, bu halde satıcı, özel kullanım amacından sorumlu tutulamaz. Bu durum özellikle, alıcının üretim sürecine dahil olduğu, malları satımdan önce incelediği, satıcının aksi yönde tavsiyelere rağmen malı aldığı ya da belirli bir marka malı istediği hallerde söz konusu olabildiği gibi, satıcının açıkça satmış olduğu mal konusunda herhangi bir uzmanlığı bulunmadığı hallerde de sıkça rastlanır⁷⁴.

Normalde, malın özelliklerini satıcı daha iyi bildiği ve alıcının da bu bilgiye güvendiği varsayımından hareketle, satıcı özel kullanım amacı hakkında bilgilendirildikten sonra satıcı verdiği malın özel kullanım amacına uygun olduğunu ispatlamakla yükümlüdür. Ancak, alıcının satıcının bilgisine güvenmediği veya güvenmesine gerek olmadığı hallerde, alıcıyı korumayı gerektirecek bir olay yoktur⁷⁵. Coburg Eyalet Mahkemesi 2006 yılında verdiği bir kararda bu yönde bir sonuca ulaşmıştır. Davaya konu olayda davacı Hollanda menşeli fidanlık işleten bir şirket, davalı ise bahçe işleri alanında iştigal eden bir Alman şirkettir. Davalı şirket davacı şirkete bitkilerin ayıplı olması, düşük kalitede olmaları ve iklim bölgesine uygun olmamaları gerekçesiyle sözleşmede belirtilen semenden daha düşük bir semenle ödeme yapmış, davacı şirket açtığı davada sipariş verilen bitki-

⁷² Kröll, in Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art. 35, Rn. 120.

⁷³ LG Coburg, 12.12.2006, CISG-Online Nr. 1447. Doktrinde bu yönde bkz. Magnus, in Honsell, Art. 35, Rn. 22.

⁷⁴ Ferrari, in Ferrari/Kieninger/Mankowski Art. 35, Rn. 20.

⁷⁵ Kröll, in Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art. 35, Rn. 122.

lerin davalıya ayıpsız olarak gönderildiğini ileri sürmüştür. Mahkeme tarafından alıcının uyması gereken bildirim süresi gibi hususların yanında, CISG m. 35/2-b düzenlemesinin olayda uygulanmasının mümkün olup olmadığı da tartışılmıştır. Mahkeme tarafından yapılan değerlendirmede, alıcının da bitkiler alanında uzman kişi olduğu saptandığından satıcının bilgisine ve değerlendirmesine güvenmesine gerek olmadığı ifade edilmiştir. Ayrıca alıcı ve satıcı arasındaki ticari ilişkinin uzun bir süredir devam etmekte olduğu gerekçesiyle, alıcının satıcıya güvenip güvenmediğinin araştırılmasına gerek olmadığı sonucuna varılmıştır.

Satıcının bilgi ve değerlendirmesine güvenmeme hali, ya alıcının yeterli bilgiye sahip olması veya satıcıdan daha fazla bilgiye sahip olması halinde ya da satıcının açıkça bilgisiz olması halinde ortaya çıkar. Ancak satıcının mal hakkında sınırlı bir bilgiye sahip olması, satıcıya güven şartını ortadan kaldırmaz. Satıcının bilgisi alıcıdan fazla ise, alıcı satıcının bilgi ve değerlendirmesine güvenmekte haklıdır⁷⁶.

Satıcının sadece aracı olarak kompleks nitelikte malların satışını yapması ya da satıcının, alıcıyı bilgisi olmadığı konusunda uyarması (örneğin yerli uzmanlarla çalışmasını önermesi) hallerinde, satıcının bilgisi olmadığı kabul edilmelidir⁷⁷.

c. Numune ve Modele Uygunluk

CISG m. 35/2-c uyarınca, alıcıya sunulan bir model ya da numune mevcut ise satış konusu mal bu numune veya modele uygun olmalıdır. Genellikle, numune ya da model malın somut tanımı olarak görülür, bu nedenle de satıcı tarafından malların söz konusu numune ve modele uygun olacağı yönünde verilecek ayrı bir taahhüt gerektirmez⁷⁸. Satıcı

⁷⁶ Kröll, in Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art. 35, Rn. 124.

⁷⁷ Kröll, in Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art. 35, Rn. 125; Schwenger, in Schlechtriem/Schwenger, Art. 35, Rn. 23.

⁷⁸ Kröll, in Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art. 35, Rn. 129. Numune veya modelin sunumunu taraflar arasında zımnî bir anlaşma olduğu yönünde bkz. Ferrari, in Ferrari/Kieninger/Mankowski Art. 35, Rn. 21.

tarafından başka birine ait modele gönderme yapılması da bu kapsamda değerlendirilecektir⁷⁹.

Alıcıya bir numune sunulması halinde, satıcı, malın, numunenin tüm özelliklerini taşıyacağını garanti eder. Model sunulması halinde ise, malın hangi özelliklerinin modelin özelliklerini taşıyacağı ve dolayısı ile sözleşme içeriği oluşturacağı sözleşmenin yorumu ile ortaya çıkacaktır⁸⁰.

Bu konuda sorun yaratabilecek önemli bir nokta, ürünün numune ya da modele uygun olmasına rağmen, taraflar arasında CISG m. 35/1 uyarınca kararlaştırılan özelliklere uygun olmaması veya CISG m. 35/2-b uyarınca özel kullanım amacı için yahut CISG m. 35/2-a uyarınca mutlak kullanım için lüzumlu vasıflara sahip olmaması halidir. Sözleşme ile kararlaştırılan hususlar ile numune veya modelin nitelikleri arasında çelişki yok ise, mal, hem sözleşmede kararlaştırılan özelliklere hem numune ya da modelin taşıdığı özelliklere sahip olmalıdır. Fakat bu ikisi arasında çelişki var ise, o zaman, tarafların ortak iradesinin hangi özelliğe üstünlük tanıdığı yorum yoluyla tespit edilmelidir⁸¹. Ürünün numune veya modele uygun olmasına rağmen, normal kullanım için lüzumlu vasıflara uygun olmaması halinde, nasıl bir yorumun izleneceği doktrinde tartışmalıdır. Zira bir görüş böyle bir durumda, ürünün sözleşmeye uygun olduğunu kabul ederken⁸², diğer bir görüş, satıcının bu halde sözleşmenin numune veya modele uygun olduğuna dayanamayacağını kabul etmektedir⁸³. Ürünün numune veya modele uygun olmasına rağmen özel kullanım amacına uygun olmaması halinde ise, CISG m. 35 anlamında malın sözleşmeye uygun olduğu kabul edilir. Zira numune ve ürünün sunulması, alıcıya inceleme ve kendi fikrini oluşturma imkanını vermektedir⁸⁴.

Bu konuda belirtilmesinde fayda olan bir nokta da CISG m. 35/2-c düzenlemesinin sadece satıcının, alıcıya sunmuş olduğu numune ya da

⁷⁹ Magnus, in Honsell, Art. 35, Rn. 24.

⁸⁰ Schwenger, in Schlechtriem/Schwenger, Art. 35, Rn. 24.

⁸¹ Schwenger, in Schlechtriem/Schwenger, Art. 35, Rn. 25.

⁸² Ferrari, in Ferrari/Kieninger/Mankowski Art. 35, Rn. 22.

⁸³ Schwenger, in Schlechtriem/Schwenger, Art. 35, Rn. 25.

⁸⁴ Kröll, in Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art. 35, Rn. 135; Schwenger, in Schlechtriem/Schwenger, Art. 35, Rn. 25.

model için geçerli olup, alıcı tarafından sunulan numune veya model ile ilgili olmadığıdır. Nitekim numune veya modelin alıcı tarafından sunulması halinde, bunların özellikleri 35/1 anlamında taraflar arasında zımni olarak kararlaştırılan hususlar olarak görülür⁸⁵.

d. Uygun Paketleme veya Muhafaza

CISG m.35/2-d alıcının malı sağlam şekilde teslim alabilmesi için satıcının yan yükümlülüğünü düzenlemektedir. Taraflar arasında aksine bir anlaşma yok ise, satıcı, malı uygun şekilde paketlemek, dolayısıyla paketlemeden doğan masraflara katlanmak ile yükümlüdür. Bu yükümlülük, malların satıcının işyerinde ya da malların stoklandığı yerden teslimi halinde de söz konusudur⁸⁶. Ürünlerin ex-works olarak teslimi halinde de, satıcı, ürünlerin alıcı tarafından taşınabilmesi için uygun paketlemeyi sağlamalıdır⁸⁷. Madde hükmü, malların mutata veya malın muhafazası ve korunması için uygun şekilde paketlenmesini öngörmektedir. Mutata olanı bulabilmek için CISG m.9/1 uyarınca taraflar arasında gelişmiş alışkanlıklara veya bunlar yok ise ilgili branşta gelişmiş uluslararası teamüllere bakmak gerekecektir⁸⁸. Farklı ülkelerde farklı uluslararası teamüller var ise, satıcının ülkesindeki teamüllere öncelik tanınır⁸⁹. Bu konuda teamül olmaması halinde, malın muhafaza ve korunması için uygun olan paketlemenin yapılması gereklidir⁹⁰. Saarbrücken Yüksek Eyalet Mahkemesi 2007 yılında bu konuda verdiği bir kararda, satım konusu mermer blokların, taşıyan aracın ani fren yapması halinde zarar görebilecek şekilde paketlenmiş olmasını, sözleşmeye aykırı yapılmış bir ifa olarak nitelendirmiştir⁹¹.

Uygun paketlemede esas alınacak olan olası risklerdir, olağanüstü riskler dikkate alınmaz⁹². Paketlemenin sadece malın korunması için ya-

⁸⁵ Schwenger, in Schlechtriem/Schwenger, Art. 35, Rn. 27.

⁸⁶ Kröll, in Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art. 35, Rn. 137.

⁸⁷ OLG Koblenz, 14.12.2006, CISG-Online Nr. 1408.

⁸⁸ Magnus, in Honsell, Art. 35, Rn. 25; Atamer, s.214.

⁸⁹ Ferrari, in Ferrari/Kieninger/Mankowski Art. 35, Rn. 23.

⁹⁰ Magnus, in Honsell, Art. 35, Rn. 25; Çetiner, s. 81.

⁹¹ OLG Saarbrücken, 17.01.2007, CISG-Online Nr. 1642.

⁹² Kröll, in Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art. 35, Rn. 141.

pildiği hallerde, paketlemenin zarar görmesine rağmen, mallarda herhangi bir zarar yok ise satıcının herhangi bir sorumluluğu söz konusu olmaz. Ancak, alıcı tarafından mallar aynı ambalaj ile satılacak ise bu durumda üründe herhangi bir zarar olmamasına rağmen, ambalajın bozulması nedeniyle satıcı sorumlu olur⁹³. Aynı şekilde, ambalajın kendisinin de ticari bir değere sahip olduğu lüks ve pahalı ürünlerde de mallar zarar görmemesine rağmen sadece ambalajın zarar görmesi satıcının sorumluluğunu doğurur⁹⁴.

4. Satıcının Sorumsuzluğu

CISG m. 35/3 uyarınca alıcının sözleşmenin kurulması anında bildiği veya bilmemesinin mümkün olmadığı sözleşmeye aykırılıklardan satıcı sorumlu değildir. CISG m. 35/2'ye göre satıcının sözleşmeye aykırılıktan sorumlu tutulmasının nedeni, alıcının malın sözleşmede kararlaştırılmış olmasa dahi CISG m. 35/2'de belirtilen standartlara uygun mal teslim alacağı yönündeki haklı beklentisidir. Alıcı, zaten, malın bu standartlara uygun olmadığını biliyor ise artık korunması gereken bir menfaati de söz konusu olmayacaktır⁹⁵. CISG m. 35/3'ün uygulama alanının genişletilip genişletilemeyeceği ve bu bağlamda CISG m. 35/1 uyarınca taraflar arasında kararlaştırılan kalite standartlarına da uygulanıp uygulanmayacağı doktrinde tartışılmakla birlikte, kanaatimizce m. 35/3'ün açık hükmü karşısında söz konusu sorumsuzluk durumunun taraflar arasında kararlaştırılan hususlara uygulama imkanı yoktur⁹⁶.

Alıcının bilmemesinin mümkün olmaması halinin ne zaman söz konusu olacağını tespit etmek de bu konuda önem arz etmektedir. Doktrinde bir görüşe göre sözleşmeye aykırılığı alıcının bilmemesinin mümkün olmaması hali, alıcının ağır ihmali de aşan durumlarda söz konusu olacaktır⁹⁷. Diğer bir görüş ise alıcının ağır ihmali yeterli görmektedir⁹⁸.

⁹³ Çetiner, s. 81-82.

⁹⁴ Kröll, in Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art. 35, Rn. 144.

⁹⁵ Kröll, in Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art.35, Rn. 149.

⁹⁶ Bu konuyu da ele alan ve bu yönde sonuca ulaşan bir mahkeme kararı için bkz. Helsinki Court of Appeal (Helsinki Yüksek Mahkemesi), 30.06.1998, CISG-Online Nr. 1304.

⁹⁷ Schwenger, in Schlechtriem/Schwenger, Art. 35, Rn. 34.

⁹⁸ Magnus, in Honsell, Art. 35, Rn. 29.

Alıcının bilmemesinin mümkün olmadığı sözleşmeye aykırılıkları saptamak için, alıcı ile benzer durumda olan diğer alıcıların da sözkonusu sözleşmeye aykırılığı hemen anlayabilecek olup olmadıklarına bakılmamalıdır. Emsal alıcıların maldaki sözleşmeye aykırılığı malı teslim almadan bilebilecek olması halinde, somut olaydaki alıcının da ayıbın varlığını bilmemesinin mümkün olmadığını kabul etmek gerekir⁹⁹.

Alıcının malı, satış sözleşmesi öncesinde inceleme yükümlülüğü, satıcı alıcıya bu konuda bir çağrıda bulunmuş olsa dahi mevcut değildir¹⁰⁰. Ancak alıcının, satıcının inceleme çağrısına uymamış olmasına rağmen, sonradan sözleşmeye aykırılığa dayanıp dayanamayacağı noktası net değildir. Bu halde, malın niteliği, tarafların mala ilişkin teknik bilgisi, alıcıdan böyle bir incelemenin beklenip beklenemediği gibi hususları tetkik etmek gereklidir¹⁰¹. Her halükarda, satıcı incelemeye çağrı ile malda bulunan bir takım olası ayıplara işaret etmiş ise, alıcı malı teslim almadan önce yaptığı incelemede, ilk bakışta göze çarpan ayıplara ilişkin satıcıya bildirimde bulunmaz ise, teslimden sonra söz konusu ayıplara ilişkin haklarını CISG m. 35/3 uyarınca kaybedecektir. Bu dışındaki hallerde, kural olarak, satıcı, alıcıyı incelemeye davet ederek, ayıp nedeniyle sorumluluktan kurtulamaz¹⁰².

CISG m. 35/3 anlamında önemli olan, alıcının gerçek bilgisidir; yorum yoluyla çıkartılabilecek bilgi bu hükmün dışındadır. Ayrıca alıcı, aykırılıkları, sözleşmenin kurulması anında biliyor olmalıdır, daha sonradan öğrenilen sözleşmeye aykırılıklar, teslimden önce oluşmuş olsa dahi, satıcıyı sorumluluktan kurtarmaz¹⁰³. Satıcının, alıcıya malları gösterdiği ya da incelemesi için fırsat tanıdığı durumlarda, sorumluluktan kurtulması sadece açık ayıplar ile sınırlıdır. Alıcı da böylesi bir incelemeyi ancak ilgili sektörde olağan olması halinde yapmakla yükümlüdür. Dolayısı ile gizli ayıplar veya beklenenin ötesinde ilave masraf ve zaman gerektiren incelemeler CISG m. 35/3'ün kapsamı dışındadır.

⁹⁹ Atamer, s. 217

¹⁰⁰ Atamer, s. 217; Schwenzer, in Schlechtriem/Schwenzer, Art. 35, Rn. 35.

¹⁰¹ Schwenzer, in Schlechtriem/Schwenzer, Art. 35, Rn. 35.

¹⁰² Schwenzer, in Schlechtriem/Schwenzer, Art. 35, Rn. 35.

¹⁰³ Kröll, in Kröll/Mistel/Viscasillas, Art.35, Rn. 156.

5. Sözleşmeye Aykırılığın Mevcut Olması Gereken An

CISG m. 36 satıcının sorumluluğunun doğması için sözleşmeye aykırılığın hangi anda mevcut olması gerektiğini düzenlemektedir. Söz konusu an birçok hukuk sisteminde olduğu gibi CISG m. 36/1 uyarınca da hasarın geçtiği andır¹⁰⁴. CISG m. 36/2 söz konusu durumun istisnalarının ne olacağını göstermektedir. CISG m. 36/2 uyarınca satıcı 1. fıkrada belirtilen andan sonra ortaya çıkan ve malların belirli bir süre için, mutad amaçlarına veya belirli bir amaca elverişli kalacağı veya belirli nitelikleri veya özellikleri muhafaza edeceği konusundaki garantinin ihlâli de dahil olmak üzere herhangi bir yükümlülüğünün ihlâline dayanan sözleşmeye aykırılıktan sorumlu olacaktır.

a. Hasarın Geçmesi Anında Mevcut Sözleşmeye Aykırılık

CISG m. 36/1, satıcının hasarın geçmesi anında malda mevcut sözleşmeye aykırılıklardan, yani ayıplardan sorumluluğunun esas olduğunu ortaya koymaktadır. Ortada bir ayıbın olup olmadığı yukarıda açıklanan ölçütler çerçevesinde CISG m. 35'e göre belirlenecektir. CISG m. 36'nın işlevi, sözleşmeye aykırılık halinde satıcının sorumluluğun mevcut olup olmadığı konusunda zamansal bir sınır koymaktır.

Hasarın geçişi konusundaki hususları, öncelikle taraflar aralarında anlaşarak, örneğin sözleşmede bu konudaki uluslararası düzenlemelere atıf yaparak belirleyebilecekleri gibi hasarın geçiş anı ticari örf adete veya tarafların arasındaki teamüllere bakılarak da tespit edilebilir¹⁰⁵. Tarafların aralarında yaptıkları sözleşmede hasarın geçiş anına ilişkin bir düzenlemeye yer vermemeleri ve hasarın geçiş anının ticari örf adete veya tarafların arasındaki teamüllere bakılarak tespit edilememesi halinde ise CISG m. 67 ila 69'da yer alan hükümler devreye girecektir¹⁰⁶. CISG m.

¹⁰⁴ Ferrari, in Ferrari/Kieninger/Mankowski, Art. 36, Rn. 1; Magnus, in Honsell, Art. 36, Rn. 1.

¹⁰⁵ Saenger, in Bamberger/Roth, Art. 36, Rn. 3; Schwenger, in Schlechtriem/Schwenger, Art. 36, Rn. 3.

¹⁰⁶ Schwenger, in Schlechtriem/Schwenger, Art. 36, Rn. 3; Ferrari, in Ferrari/Kieninger/

36/1 uyarınca hasarın geçtiği anda mevcut olan sözleşmeye aykırılıktan, söz konusu aykırılık hasarın geçişinden daha sonra ortaya çıksa da, bir başka deyişle söz konusu aykırılık gizli ayıp niteliğinde olsa da, satıcı sorumlu olacaktır¹⁰⁷. Bahsedilen esasın yukarıda değinilen “Dioxin” isimli zararlı maddeyi içeren et mamullerine ilişkin Alman Federal Mahkemesi kararında da vurgulanmış, CISG m. 36/1’de sözleşmeye aykırılığın hasarın geçiş anından sonra ortaya çıkması halini de düzenlediği, satıcının gizli ayıplardan da hasarın geçiş anında mevcut olmaları halinde sorumlu olacağı açıkça ifade edilmiştir¹⁰⁸. Alıcının bildiği veya bilmemesinin mümkün olmadığı sözleşmeye aykırılıklardan satıcı sorumlu olmadığından (CISG m. 35/3) dolayı, bu hallerde hasarın geçişi anında sözleşmeye aykırılığın mevcut olup olmadığı bir önem arz etmemektedir.

Kullanımla ortaya çıkacak ayıbın, örneğin satım konusu tekstil ürününün yıkanınca çekmesinde olduğu gibi, hasarın geçtiği anda oluşmaya hazır olması halinde de CISG m. 36/1’de öngörülen esas uygulama bulacaktır¹⁰⁹. Ayrıca malın paketlenmesi de CISG düzenlemeleri uyarınca malın sahip olması gereken niteliklere ilişkin olduğundan, malın taşınması sırasında hatalı paketleme nedeniyle malın hasar görmesi halinde de hasarın geçiş anına bakılmaksızın satıcının sorumluluğu söz konusu olabilecektir¹¹⁰. Burada belirtilmesi gereken bir başka nokta ise, hasarın geçmesinden sonra malın satımına ilişkin sağlık nedenlerinden kaynaklanan bir kısıtlama getirilmesi halinde satıcının sorumluluğundan söz edilemeyeceğidir¹¹¹.

Mankowski, Art. 36, Rn. 3.

¹⁰⁷ Saenger, in Bamberger/Roth, Art. 36, Rn. 3; Schwenger, in Schlechtriem/Schwenger, Art. 36, Rn. 4; Magnus, in Honsell, Art. 36, Rn. 7.

¹⁰⁸ BGH, 2.3.2005, CISG-Online Nr. 999.

¹⁰⁹ Ferrari, in Ferrari/Kieninger/Mankowski, Art. 36, Rn. 4; Magnus, in Honsell, Art. 36, Rn. 7; Schwenger, in Schlechtriem/Schwenger, Art. 36, Rn. 4.

¹¹⁰ Saenger, in Bamberger/Roth, Art. 36, Rn. 3; Ferrari, in Ferrari/Kieninger/Mankowski, Art. 36, Rn. 4.

¹¹¹ Ferrari, in Ferrari/Kieninger/Mankowski, Art. 36, Rn. 4.

b. Hasarın Geçmesinden Sonraki Sözleşmeye Aykırlık

Yukarıda belirttiğimiz üzere, CISG m. 36/1 çerçevesinde satıcının sorumluluğu kural olarak hasarın geçişinden önce (daha sonra ortaya çıksa dahi) mevcut olan sözleşmeye aykırılıklarla sınırlıdır; hasarın geçişinden sonra oluşan sözleşmeye aykırılıklar açısından risk alıcının üzerindedir. Bu kuralın istisnası ise CISG m. 36/2'de düzenlenmektedir. CISG m. 36/2 uyarınca hasarın geçişinden sonra oluşan bir sözleşmeye aykırılıktan satıcının sorumluluğu, satıcının malların belirli bir süre için, mutad amaçlarına veya belirli bir amaca elverişli kalacağı veya belirli nitelikleri veya özellikleri muhafaza edeceği konusundaki garantinin ihlali de dahil olmak üzere herhangi bir yükümlülüğünün ihlali halinde söz konusu olur.

Satıcının sağladığı garanti haricinde CISG m. 36/2'de bahsedilen yükümlülükler genellikle satıcı tarafından alıcıya sağlanan satılan malın montajı, özel nakliyenin ve sigortanın sağlanması, uygun bir kullanım kılavuzunun verilmesi gibi, tarafların CISG m. 7/1'deki sözleşme özgürlüğü çerçevesinde aralarında anlaşarak düzenledikleri ilave yükümlülüklerdir¹¹². Satıcı malın nakliyesi konusunda özel bir garanti vermese de yukarıda da belirtildiği üzere malın paketlenmesinde bir sözleşmeye aykırılık söz konusu ise, bu durumda hasarın geçişi öncesinde bir yükümlülüğün ihlali mevcut olup, CISG m. 36/1 uyarınca sorumluluğu doğacaktır. Esas olarak satıcının yükümlülüklerini hasarın geçişinden önce veya sonra ihlal etmesinin, bir başka deyişle CISG m. 36/1 veya CISG m. 36/2 kapsamında sorumlu olmasının, sorumluluğun sonuçları açısından bir önemi bulunmamaktadır¹¹³.

Satıcının yükümlülüğü ihlali, bir yapma veya yapmama şeklinde gerçekleşebilir¹¹⁴. Kural olarak satıcı yükümlülüğün ihlalinde kusursuz olsa

¹¹² Ferrari, in Ferrari/Kieninger/Mankowski, Art. 36, Rn. 5; Magnus, in Honsell, Art. 36, Rn. 8.

¹¹³ Magnus, in Honsell, Art. 36, Rn. 8.

¹¹⁴ Schwenzer, in Schlechtriem/Schwenzer, Art. 36, Rn. 6.

dahi sorumluluğu devam etmekle birlikte, CISG m. 79 düzenlemesinin bu kuraldan müstesna tutulması gerektiği söylenmelidir¹¹⁵.

CISG m. 36/2'de satıcının alıcıya verdiği garantinin, hasarın geçişinden sonra ortaya çıkan sözleşmeye aykırılıklardan da sorumlu olmasına yol açtığı düzenlenmiştir. Satıcının alıcıya verdiği garanti süresince oluşacak sözleşmeye aykırılıklar bu kapsamda değerlendirilecektir. Garanti, satım sözleşmesinin içinde yer verilebileceği gibi bunun için ayrı bir sözleşme yapılması ya da satıcının tek taraflı bir irade beyanı ile bunu sağlaması mümkündür¹¹⁶. Hatta garantinin, gıda maddelerinde olduğu gibi malın doğasından, ticari teamüllerden veya satıcının daha önce yaptığı reklamlardan kaynaklanması halinde satıcının susması da garanti verdiği şeklinde yorumlanabilecektir. Satıcı tarafından alıcıya garanti verildiği ancak garanti süresinin açıkça kararlaştırılmadığı hallerde olayın şartları da dikkate alınarak garanti süresinin aynı nitelikteki bir malın mutad dayanma süresi esas alınarak belirlenmesi gerektiği doktrinde dile getirilmektedir¹¹⁷.

Belirtmek gerekir ki, satıcının alıcıya mala ilişkin olarak garanti vermiş olduğu hallerde, alıcının malı hatalı kullanması, üçüncü kişilerin mala zarar vermesi veya mücbir sebepler dolayısıyla malın zarar görmesi sonucu malın niteliği sözleşmeye aykırı bir hale gelmesine yol açıyor ise, bu durum satıcının sorumluluğuna neden olmaz¹¹⁸. Bu noktada doktrinde garanti mevcut olmasa da CISG m. 35 dolayısıyla malın mutad ve özel kullanım amacına belirli bir süre için uygun olması gerektiği ve bu nedenle satıcının CISG m. 36/1 uyarınca malın kullanımı sırasında ortaya çıkacak ayıplardan zaten sorumlu olduğu, CISG m. 36/2 hükmünün aslında alıcının ispat yükünü hafifletmeye hizmet ettiği de ileri sürülmektedir¹¹⁹.

¹¹⁵ Schwenger, in Schlechtriem/Schwenger, Art. 36, Rn. 6; Magnus, in Honsell, Art. 36, Rn. 10; Zeytin, s. 135.

¹¹⁶ Ferrari, in Ferrari/Kieninger/Mankowski, Art. 36, Rn. 6.

¹¹⁷ Magnus, in Honsell, Art. 36, Rn. 12; Ferrari, in Ferrari/Kieninger/Mankowski, Art. 36, Rn. 8; Schwenger, in Schlechtriem/Schwenger, Art. 36, Rn. 9.

¹¹⁸ Saenger, in Bamberger/Roth, Art. 36, Rn. 5; Magnus, in Honsell, Art. 36, Rn. 13; Schwenger, in Schlechtriem/Schwenger, Art. 36, Rn. 7.

¹¹⁹ Schwenger, in Schlechtriem/Schwenger, Art. 36, Rn. 7. Söz konusu yorumun CISG m. 36/2 ile çeliştiği yönünde bkz. Zeytin, s. 135

Kanaatimizce satım konusu malın mutata ve özel kullanım amacına belirli bir süre için uygun olması gerektiği ve CISG m. 36/2 hükmünün alıcının ispat yükünü hafifletmek gibi bir rolünün olduğu yönündeki görüşler isabetli olmakla birlikte, CISG m. 36/2 hükmü satıcının malı için aynı nitelikteki mallar için geçerli olan dayanma süresinden daha fazla bir süre garanti verdiği haller için de uygulanabilecek, bu durumda da bu hüküm alıcının ispat yükünü hafifletmenin dışında bir işleve sahip olacaktır.

6. Erken Teslim Halinde Sözleşmeye Aykırılığın Teslim Tarihine Kadar Giderilmesi Hakkı

CISG m. 37 satıcının, satım sözleşmesine konu malı erken teslim etmesi halinde teslim tarihine kadar olan süre içinde sözleşmeye aykırılıkları giderebilmesi imkanını tanımaktadır. CISG m. 52 uyarınca alıcının kararlaştırılan tarihten önce teslim edilen malları reddetme hakkı mevcut olduğundan satıcının CISG m. 37’de düzenlenen hakkı kullanabilmesi için öncelikle alıcının erken teslimi kabul etmiş olması gerekmektedir. CISG m. 37’ye benzer şekilde CISG m. 34’de, satıcının mala ilişkin vermesi gereken belgelerin erken verilmesi halinde, satıcının belgelerin verilmesi için öngörülen ana kadar, belgelerdeki tüm sözleşmeye aykırılıkları gidermek hakkına sahip olduğu, CISG m. 48’de ise satıcının teslimden sonra sözleşmeye aykırılığı gidermesinin hangi şartlar altında mümkün olacağı hususu düzenlenmiştir. Satıcıya CISG m. 34, 37 ve 48’de tanınan bu haklar sözleşmenin mümkün olduğunca ayakta tutulması esasına dayanmaktadır¹²⁰. Bu konuda Amerikan hukukunda açıkça bir düzenleme (Sec. 2-508 UCC) mevcut olmasına karşın, satıcının malın tesliminden sonra sözleşmeye aykırılıkların giderimi Roma Hukukunu temel alan Kıta Avrupası hukuk sistemlerine yabancı olup, ancak erken teslim halinde, ayıbın teslim tarihine kadarki süre içerisinde giderilmesi söz konusu olabilmektedir¹²¹.

¹²⁰ Zeytin, s. 136.

¹²¹ Schwenzer, in Schlechtriem/Schwenzer, Art. 37, Rn. 2.

a. CISG m. 37'de Satıcıya Tanınan Ayıbı Giderme Hakkının Koşulları

i. Erken Teslim

Malın satıcı tarafından kararlaştırılan tarihten önce teslim edilmiş olması CISG m. 37'de tanınan haktan yararlanılabilmesi için öncelikli koşuldur. Eğer ortada bir erken teslim yok ise satıcının sözleşmeye aykırılıkları sonradan giderebilmesi CISG m. 48 çerçevesinde çok daha sınırlı bir biçimde söz konusu olacaktır¹²².

Erken teslim doktrinde, satıcının borcunun muaccel olduğu andan daha önce yapılan teslimler olarak tanımlanmaktadır¹²³. Erken teslim, öncelikle tarafların aralarında belirli bir teslim tarihini kararlaştırmaları halinde, kararlaştırılan tarihten önce malın teslim edilmesi halinde gerçekleşecektir¹²⁴. Teslimin alıcının talebi tarihinde gerçekleşeceği hallerde, alıcının talebinden önce malın satıcı tarafından alıcıya teslimi de erken teslim niteliğindedir¹²⁵.

Erken teslim hususunda tartışmalı olan nokta, teslim için belirli bir tarihin değil bir zaman diliminin öngörülmesi haline ilişkindir. Doktrinde hakim olan görüşe göre böyle bir durumda bu süre içinde yapılan bir teslim erken teslim olarak nitelendirilmeli ve söz konusu zaman diliminin sonuna kadarki süre içinde satıcının CISG m. 37 çerçevesinde sözleşmeye aykırılığı giderme imkanı olduğu kabul edilmelidir¹²⁶. Ancak söz konusu yaklaşıma, teslim için belirli bir zaman aralığının kabul edildiği hallerde alıcının CISG m. 52 uyarınca teslimi reddetme hakkının mevcut olmayacağı gerekçesiyle karşı çıkılmakta, erken teslimin sadece teslim için be-

¹²² Ferrari, in Ferrari/Kieninger/Mankowski, Art. 37, Rn. 3; Kröll, in Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art. 37, Rn. 5; Schwenger, in Schlechtriem/Schwenger, Art. 37, Rn. 4.

¹²³ Ferrari, in Ferrari/Kieninger/Mankowski, Art. 37, Rn.4.

¹²⁴ Schwenger, in Schlechtriem/Schwenger, Art. 37, Rn. 5.

¹²⁵ Kröll, in Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art. 37, Rn. 6; Schwenger, in Schlechtriem/Schwenger, Art. 37, Rn. 5.

¹²⁶ Bu yönde bkz. Ferrari, in Ferrari/Kieninger/Mankowski, Art. 37, Rn. 4; Kröll, in Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art. 37, Rn. 5; Schwenger, in Schlechtriem/Schwenger, Art. 37, Rn. 4.

lirlenen zaman aralığı işlemeye başlamadan önce yapılan teslimlerde söz konusu olacağı savunulmaktadır¹²⁷. Satıcıya teslim için bir zaman aralığı verilmesinin aslında edimini gereği gibi yerine getirmesi için kendisine zamansal bir imkan tanınması olduğu, CISG'e hakim olan sözleşmeyi ayakta tutma ilkesi ile birlikte değerlendirildiğinde, teslim için tanınan zaman aralığında yapılan teslimlerin de erken teslim olduğunu söylemek gerekmektedir¹²⁸.

ii. Ayıbın Kararlaştırılan Teslim Anına Kadar Ortadan Kaldırılması

CISG m. 37 erken teslim halinde sadece ayıpların değil, CISG m. 35 uyarınca sözleşmeye aykırılık anlamına gelen tüm ihlallerin tarafların teslimi kararlaştırdıkları ana kadar giderebilmesi imkanını vermektedir¹²⁹. Satıcı söz konusu sözleşmeye aykırılıkları kararlaştırılan teslim anından sonra ortadan kaldırırsa bu durumda CISG m. 48 uygulama bulacaktır¹³⁰.

Satıcının ayıbı ortadan kaldırması için CISG m. 37'de, satıcıya teslim tarihine kadar, eksik bölümleri veya eksik kalan miktarı teslim edilmesi veya sözleşmeye uygun olmayan malları ikame eden yeni mallar teslim edilmesi veya malların diğer sözleşmeye aykırılıklarını giderilmesi imkanları tanınmıştır. Satıcı, kendine tanınan bu imkanlardan yararlanıp yararlanmayacağına veya bu imkanlardan hangisine başvuracağına kendisi karar verecektir¹³¹. Satıcı bu imkanlardan birini kullanmasına rağmen ayıbı ortadan kaldıramamışsa, CISG m. 37 bu konuda herhangi bir sınırlandırma getirmediğinden, kararlaştırılan teslim tarihine kadar diğer imkanlardan birine başvurabilir¹³². Fakat ayıbı ortadan kaldırmaya

¹²⁷ Herber/Czerwenka, Art. 37, Rn. 3; Salger, in: Witz/Salger/Lorenz, Art. 37, Rn. 5 (Kröll, in Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art. 37, dn. 9 ve Ferrari, in Ferrari/Kieninger/Mankowski, Art. 37, dn. 17'den naklen).

¹²⁸ Bu yönde bkz. Kröll, in Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art. 37, Rn. 6.

¹²⁹ Ferrari, in Ferrari/Kieninger/Mankowski, Art. 37, Rn. 6.

¹³⁰ Magnus, in Honsell, Art. 37, Rn. 10.

¹³¹ Ferrari, in Ferrari/Kieninger/Mankowski, Art. 37, Rn. 9; Saenger, in Bamberger/Roth, Art. 37, Rn. 3; Schwenger, in Schlechtriem/Schwenger, Art. 37, Rn. 7; Zeytin, s. 137.

¹³² Ferrari, in Ferrari/Kieninger/Mankowski, Art. 37, Rn. 9; Schwenger, in Schlechtriem/

yönelik her ayrı girişim, CISG m. 37'de belirtilen alıcı açısından makul bir zahmet ve masraf gerektirmeme eşiğini düşürecektir¹³³.

iii. Alıcı Açısından Makul Olmayan Bir Zahmet ve Masraf Gerektirmeme

CISG m. 37 uyarınca erken teslim halinde satıcının kararlaştırılan teslim tarihine kadar olan süre içinde ayıbı ortadan kaldırmaya ilişkin hakkını kullanabilmesinin bir başka şartı bu durumun alıcı için makul olmayan zahmet veya masrafa yol açmamasıdır. Alıcı açısından, satıcının ayıbın giderilmesine yönelik çabalarının ne zaman makul olmayan zahmet ve masraflara yol açtığı, hangi zahmet ve masraflara alıcının katlanması gerektiği her olayda, somut olayın şartlarına göre değerlendirilecektir¹³⁴. Örneğin ayıbın giderilmesi, alıcının işyerinde uzun bir süre için işin durmasına neden olacaksa, işçilere bu sürede izin verilmesi gerekecekse, işyerinde ciddi bir tahliye yapılması gerekecekse, böyle bir zahmet ve masrafa katlanması alıcıdan beklenemeyecektir¹³⁵.

b. Hukuki Sonuçları

Satıcının CISG m. 37 çerçevesinde ayıbı ortadan kaldırma hakkı devam ettiği sürece, alıcı CISG m. 45 vd. düzenlemelerde kendisine sözleşmeye aykırılık haline ilişkin olarak tanınan hakları kullanamaz; bu haklar alıcı tarafından ancak kararlaştırılan teslim tarihinin geçmesinden sonra kullanılabilir¹³⁶. Taraflar arasında kararlaştırılan teslim tarihinden önce satıcının sözleşmeyi esaslı şekilde ihlâl edeceği, erken teslim vesilesiyle aşikar olursa alıcının CISG m. 72'ye dayanarak sözleşmeyi ortadan kaldırması da söz konusu olabilecektir¹³⁷.

Schwenzer, Art. 37, Rn. 11.

¹³³ Ferrari, in Ferrari/Kieninger/Mankowski, Art. 37, Rn. 9; Schwenzer, in Schlechtriem/Schwenzer, Art. 37, Rn. 11.

¹³⁴ Ferrari, in Ferrari/Kieninger/Mankowski, Art. 37, Rn. 10.

¹³⁵ Magnus, in Honsell, Art. 37, Rn. 12.

¹³⁶ Schwenzer, in Schlechtriem/Schwenzer, Art. 37, Rn. 15.

¹³⁷ Saenger, in Bamberger/Roth, Art. 37, Rn. 5; Schwenzer, in Schlechtriem/Schwenzer, Art. 37, Rn. 15.

c. Alıcının Tazminat Hakkı

Alıcıya CISG m. 37'de bir tazminat hakkı tanınmaktadır. Söz konusu tazminat sözleşmeye aykırı malın erken teslimi sonrasında oluşan zararlara ilişkindir¹³⁸. Burada özellikle satıcının erken teslim edilen malda mevcut sözleşmeye aykırılıkları ortadan kaldırmaya ilişkin girişimleri sırasında alıcının katlanmak zorunda kaldığı maliyetler göz önüne alınacaktır¹³⁹. Örneğin sözleşmeye aykırı malın satıcıya geri gönderilmesi halinde gönderime ilişkin masraflar veya tamiri halinde malın tamiri sırasında alıcının işyerinde işin durması nedeniyle oluşan masraflar CISG m. 37 uyarınca alıcı tarafından satıcıdan talep edilebilecektir¹⁴⁰. Yine sözleşmeye aykırı malın, sözleşmeye aykırılığı satıcı tarafından giderilinceye kadar alıcının mallarına zarar vermesi halinde, alıcı zarar gören mallarının bedelini bu kapsamda satıcıdan talep edebilecektir¹⁴¹. Alıcının, satıcının ayıbı gidermek hususundaki girişimine haksız bir şekilde izin vermemesinin sonucunun ne olacağı Antlaşma'da düzenlenmemiştir. Doktrinde böyle bir durumda alıcının, malın sözleşmeye uygun hale getirilmesine haksız olarak izin vermemesinin sonucu olarak sözleşmeye aykırılıktan kaynaklanan haklarını kullanamayacağı dile getirilmektedir¹⁴².

III. CISG'de Alıcının Muayene ve Sözleşmeye Aykırılık Halinde Bildirim Yükümlülüğü

1. Muayene Yükümlülüğü

CISG m. 38, temel olarak alıcının satım konusu malı belirli bir süre içinde muayene etmesi yükümlülüğünü düzenlemektedir. Malın alıcı tarafından muayene edilmesi veya ettirilmesi CISG m. 39'daki bildirim yükümlülüğünün yerine getirilebilmesi için gereklidir¹⁴³. Bu noktada muayenenin yapılmasının alıcı açısından bir borç değil, yükümlülük

¹³⁸ Ferrari, in Ferrari/Kieninger/Mankowski, Art. 37, Rn. 25.

¹³⁹ Magnus, in Honsell, Art. 37, Rn. 16.

¹⁴⁰ Schwenger, in Schlechtriem/Schwenger, Art. 37, Rn. 16.

¹⁴¹ Kröll, in Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art. 37, Rn. 24.

¹⁴² Schwenger, in Schlechtriem/Schwenger, Art. 37, Rn. 17.

¹⁴³ Magnus, in Honsell, Art. 38, Rn. 1; Saenger, in Bamberger/Roth, Art. 38, Rn. 1; Schwenger, in Schlechtriem/Schwenger, Art. 38, Rn. 3.

niteliğinde olduğunu, bu nedenle muayenenin gerçekleştirilmemiş olmasının sadece alıcının sözleşmeye aykırılığa bağlı haklarını kullanmasını engelleyeceğini, satıcıya bir talep hakkı vermeyeceğini belirtmek gerekmektedir¹⁴⁴. Fakat muayenenin gerçekleştirilmemiş olması sonucu alıcının sözleşmeye aykırılığa bağlı haklarını kullanamaması sadece muayene aracılığıyla tespit edilebilecek sözleşmeye aykırılıklar açısından söz konusudur; muayene sonucu tespit edilemeyecek nitelikteki sözleşmeye aykırılıklar ise ortaya çıktıktan sonra makul bir süre içinde ve başka bir garanti süresi söz konusu değilse teslimden itibaren en geç iki yıl içinde satıcıya bildirilmelidir¹⁴⁵. Alıcı muayene yükümlülüğünü usulüne göre yerine getirmese dahi, malın sözleşmeye aykırılığına ilişkin olarak satıcıya CISG m. 39 hükmüne uygun bir bildirimde bulunması bildirim yükümlülüğünü yerine getirmesi açısından yeterli olacaktır¹⁴⁶.

Muayene sırasında, CISG m. 35'de malın sözleşmeye uygun olması bakımından aranan hususların, satım konusu mal açısından mevcut olup olmadığı incelenecektir. Bu inceleme malın niteliğini, niceliğini, aluid bir ifa olup olmadığını, malın uygun bir şekilde paketlenip paketlenmediğini de kapsamalıdır¹⁴⁷.

a. Muayenenin Gerçekleştirilmesi

i. Yöntemi

CISG m. 38/1'in lafzına bakıldığında muayenenin nasıl gerçekleştirileceği konusunda bir düzenlemeye yer verilmediği görülmektedir. Düzenlemede sadece muayenenin hangi sürede gerçekleştirileceği ve alıcının muayeneyi kendisinin gerçekleştirmek zorunda olmadığı, başka birine de muayeneyi yaptırabileceği ifade bulunmaktadır. Özellikle muayenenin teknik bir bilgi gerektirdiği hallerde, gerekli teknik bilgiye sahip olmayan alıcı, bir uzman aracılığıyla muayeneyi gerçekleştirebilecektir¹⁴⁸.

¹⁴⁴ Magnus, in Honsell, Art. 38, Rn. 2; Saenger, in Bamberger/Roth, Art. 38, Rn. 1; Schwenger, in Schlechtriem/Schwenger, Art. 38, Rn. 5.

¹⁴⁵ Magnus, in Honsell, Art. 38, Rn. 4; Saenger, in Bamberger/Roth, Art. 38, Rn 1.

¹⁴⁶ Saenger, in Bamberger/Roth, Art. 38, Rn 1.

¹⁴⁷ Schwenger, in Schlechtriem/Schwenger, Art. 38, Rn. 7.

¹⁴⁸ Ferrari, in Ferrari/Kieninger/Mankowski, Art. 38, Rn. 8.

CISG m. 6 uyarınca esas olan tarafların yaptıkları sözleşme olduğundan muayenenin nasıl gerçekleştirileceği de öncelikle tarafların aralarındaki sözleşmeye bakılarak belirlenecektir¹⁴⁹. Tarafların aralarındaki sözleşmede bu konuda bir hükme yer verilmemişse CISG m. 9'a göre devreye uluslararası ticari teamüller ve aralarında yerleşmiş olan alışkanlıklar girecek; ancak muayene konusundaki yerel ticari teamüller uygulanmayacaktır¹⁵⁰. Muayenenin nasıl gerçekleştirileceği bu şekilde de somutlaştırılmazsa somut olayın koşullarına bakılmalı, özellikle malın türü, miktarı, kullanım amacı ve paketlenmesi dikkate alınmalıdır¹⁵¹. Bunun haricinde muayene için yapılacak masraf ve gösterilecek çaba makul sınırlar içinde kalmalıdır. Köln Yüksek Eyalet Mahkemesi'nin 2007 yılında verdiği bir kararda da CISG m. 38/1'de kullanılan "koşulların izin verdiği ölçüde" ifadesinin muayenenin kapsamını da belirleyeceği, muayeneden elde edilecek fayda ile yapılacak masraf ve gösterilecek çabanın makul bir orantı içinde olması gerektiği, bu nedenle malın öncelikle dışarıdan muayenesinin yapılmasının isabetli olacağı, malın zarar görme ve tekrar satılmama ihtimali olan hallerde ise maldan örnek alınması suretiyle muayenenin yapılabileceği ifade edilmiştir¹⁵².

Muayenenin gerçekleştirilmesine ilişkin belirtilmesi gereken bir başka husus ise her ayrı teslim için alıcının muayene yükümlülüğü olduğu, satıcının önceki teslimlerinde ayıpsız mal göndermiş olmasının bu yükümlülüğü ortadan kaldırmayacağıdır¹⁵³.

ii. Süresi

CISG m. 38 uyarınca alıcı "koşulların izin verdiği ölçüde kısa bir süre içerisinde" muayene yükümlülüğünü yerine getirmek zorundadır. Uluslararası ticarete konu olan malların çeşitliliği göz önüne alındığında, sürenin gün, hafta veya ay cinsinden belirli bir sınırlamaya tabi tutulmaması, esnek bir muayene süresinin öngörülmüş olmasının yerinde olduğu

¹⁴⁹ Saenger, in Bamberger/Roth, Art. 38, Rn. 3.

¹⁵⁰ Magnus, in Honsell, Art. 38, Rn. 14.

¹⁵¹ Schwenger, in Schlechtriem/Schwenger, Art. 38, Rn. 13.

¹⁵² OLG Köln, 12.1.2007, 19 U 11/07, IHR 2007, s. 200-205.

¹⁵³ Saenger, in Bamberger/Roth, Art. 38, Rn 3.

söylenebilecektir¹⁵⁴. Söz konusu sürenin ne olacağı belirlenirken somut olayın özellikleri ve tarafların imkanları göz önüne alınacaktır. Malın bulunduğu yer, malın türü ve malın paketi göz önüne alınacak özellikler arasında sayılabilir¹⁵⁵.

Malın çiçek veya gıda maddesi gibi kolay bozulabilen bir mal olması halinde derhal muayene edilmesi gerekir¹⁵⁶. Saarbrücken Yüksek Eyalet Mahkemesi'nin 1998 tarihli bir kararında da uluslararası çiçek ticaretinde malın muayenesinin ve sözleşmeye aykırılığın bildiriminden malın teslim alındığı gün yapılması gerektiği ifade bulmuştur¹⁵⁷. Yine benzer şekilde canlı hayvan satışı halinde, alıcının teslim tarihinde veya en geç ertesi gün muayeneyi gerçekleştirmekle yükümlü olduğu Schleswig Yüksek Eyalet Mahkemesi tarafından 2002 yılında verilen bir kararda vurgulanmıştır¹⁵⁸. Dayanıklı tüketim malları açısından ise malın ne kadar kompleks olduğu muayene süresini etkileyebilecektir¹⁵⁹. Alman hukukunda söz konusu kısa muayene süresi üç ila dört gün, belirli durumlarda da bir hafta olarak kabul edilmekle birlikte bunun bağlayıcı bir süre olmadığı, sadece genel bir dayanak noktası olarak kabul edilebileceği dile getirilmektedir¹⁶⁰.

Malın teslimi için belirli bir anın öngörülmesi olmasının veya bir zaman aralığı belirlenmiş olmasının bir önemi bulunmaksızın, muayene süresi malın alıcıya teslim edilmesi, onun hakimiyetine geçmesi ile başlayacaktır¹⁶¹. Montajı yapılması gereken mallar açısından ise muayene süresinin başlangıcı montajın tamamlanması anıdır. Bu husus İsviçre Zug Kantonu İstinaf Mahkemesi'ne ait 19 Aralık 2006 tarihli bir kararda da açıkça vurgulanmıştır¹⁶².

¹⁵⁴ Ferrari, in Ferrari/Kieninger/Mankowski, Art. 38, Rn. 26; Schwenger, in Schlechtriem/Schwenger, Art. 38, Rn. 15.

¹⁵⁵ Schwenger, in Schlechtriem/Schwenger, Art. 38, Rn. 15.

¹⁵⁶ Magnus, in Honsell, Art. 38, Rn. 22; Saenger, in Bamberger/Roth, Art. 38, Rn 5.

¹⁵⁷ OLG Saarbrücken, 3.6.1998, NJW-RR 1999, s. 780.

¹⁵⁸ OLG Schleswig, 22.08.2002, CISG-Online, Nr. 710.

¹⁵⁹ Saenger, in Bamberger/Roth, Art. 38, Rn 5.

¹⁶⁰ Saenger, in Bamberger/Roth, Art. 38, Rn 5.

¹⁶¹ Schwenger, in Schlechtriem/Schwenger, Art. 38, Rn. 19.

¹⁶² OG Zug, 19.12.2006, IHR 2007, s. 129

CISG m. 38/2'ye göre tarafların aralarında bağladıkları sözleşme, malların taşınmasını gerektirmekte ise, muayene, malların varma yerine ulaşması sonrasına ertelenebilecektir. Uluslararası alanda sıklıkla kullanılan F grubu (örneğin FOB), D grubu (örneğin DES), C grubu (örneğin CIF) incotermslerle gerçekleştirilen satımlarda, malların alıcı tarafından belirlenen taşıyıcıya teslim edilmesi suretiyle, mallar alıcıya teslim edilmiş sayılmaktadır¹⁶³. Alıcının taşıyıcıya teslim sırasında malı muayenesi çoğu zaman mümkün olmaması veya alıcıdan böyle bir muayeneyi gerçekleştirmesinin beklenemez olması karşısında Antlaşma CISG m. 38/2'deki düzenlemeye yer vermiştir¹⁶⁴. Bu noktada dikkat edilmesi gereken bir nokta taşıyıcının taşıma sözleşmesi uyarınca yükümlü olduğu muayene yükümlülüğü ile alıcının muayene yükümlülüğünün karışmamasıdır. Taşıyıcı teslim aldığı malları dış görünüşleri itibarıyla muayene etmesi bunu alıcının adına yaptığı anlamına gelmeyecektir¹⁶⁵. Taşıma evraklarından, sözleşmeye konu malın sözleşmeye uygun durumda olmadığı anlaşıldığı hallerde CISG m. 39'da öngörülen bildirim süresi işlemeye başlayacak, bunun haricinde taşıyıcının yaptığı muayenenin alıcının muayene yükümlülüğüne bir etkisi olmayacaktır¹⁶⁶.

CISG m. 38/3 malların alıcı tarafından, muayene etmek için yeterli imkânâ sahip olmaksızın, taşıma halindeyken başka bir yere yönlendirilmesi veya onun tarafından başka bir yere gönderilmesi ve satıcının sözleşme kurulurken böyle bir yönlendirme veya başka yere gönderme ihtimalini bilmesi veya bilmesinin gerekmesi halinde, muayenenin malların yeni varma yerine ulaşması sonrasına ertelenebileceğini düzenlemektedir. Malın taşıma halindeyken başka bir yere yönlendirilmesinde malın alıcıya varmadan yolunun değiştirilerek alıcının alıcısına gönderilmesi söz konusu iken, alıcı tarafından gönderme halinde malın alıcıya ulaştıktan sonra yeniden nakliyesi söz konusudur¹⁶⁷. CISG m. 38/3 uyarınca mu-

¹⁶³ Schwenger, in Schlechtriem/Schwenger, Art. 38, Rn. 21.

¹⁶⁴ Ferrari, in Ferrari/Kieninger/Mankowski, Art. 38, Rn. 20; Saenger, in Bamberger/Roth, Art. 38, Rn. 7.

¹⁶⁵ Schwenger, in Schlechtriem/Schwenger, Art. 38, Rn. 21.

¹⁶⁶ Schwenger, in Schlechtriem/Schwenger, Art. 38, Rn. 21.

¹⁶⁷ Saenger, in Bamberger/Roth, Art. 38, Rn. 8; Schwenger, in Schlechtriem/Schwenger, Art. 38, Rn. 23.

ayene yükümlülüğünün ertelenmesi için alıcının muayeneyi gerçekleştirmek için yeterli fırsata sahip olmaması gerekmektedir¹⁶⁸. Malın taşıma halindeyken başka bir yere yönlendirilmesi halinde böyle bir durumun söz konusu olacağı tartışmasızdır. Fakat alıcı tarafından gönderme halinde sözleşme konusu malın alıcıya vardıktan sonra derhal alıcının alıcısına gönderilmesi gerekmektedir¹⁶⁹. Ayrıca muayenenin ertelenmesi için 3. fıkrada aranan bir başka şart, satıcının sözleşme kurulurken böyle bir yönlendirme veya başka yere gönderme ihtimalini bilmesi veya bilmesinin gerekmesidir. Söz konusu durum, özellikle alıcının aracı tacir olduğu hallerde gerçekleşecektir¹⁷⁰.

CISG m. 38'e ilişkin olarak yukarıda değindiğimiz hususlar yakın tarihli bir Alman Eyalet Mahkemesi kararında ayrıntılı olarak ele alınmıştır¹⁷¹. Söz konusu kararda Danimarka'da mukim bir şirket olan davacı, Almanya'da bir ticarethane işleten davalıdan kendisine teslim ettiği sandalyelerden olan alacağını talep etmektedir. Davalı davacının talebini sandalyelerin ayıplı ve kullanılamaz olduğu gerekçesiyle reddetmektedir. Davalıya göre sandalyelerin metal iskeleti kullanılan zayıf malzeme nedeniyle bükülmekte, bu durum oturulan kısmın ve bunun sonucunda sandalyenin kırılmasına neden olmaktadır. Davanın temel sorununu davalının muayene yükümlülüğünü yerine getirerek, gerekli bildirim zamanında yapıp yapmadığı oluşturmaktadır.

Lübeck Eyalet Mahkemesi olayda CISG'nin uygulanacağını tespit ettikten sonra olayı CISG m. 38 ve 39 açısından ele almıştır. Mahkeme CISG m. 38/1 uyarınca satım konusu malın kısa bir süre içerisinde muayene edilmesi gerektiğini, bu sürenin malın özel bir nitelik arz etmediği durumlarda teslimden itibaren bir ila iki hafta olduğunu kararında dile getirmektedir. Olayda malların Eylül 2007 tarihine kadar davalıya teslim edilmesine rağmen mallar hakkındaki ilk muayene ve şikayet davalının malları son tüketicilere ulaştırılmasından ve Kasım 2007 tarihinden son-

¹⁶⁸ Saenger, in Bamberger/Roth, Art. 38, Rn. 9.

¹⁶⁹ Magnus, in Honsell, Art. 38, Rn. 31.

¹⁷⁰ Saenger, in Bamberger/Roth, Art. 38, Rn. 10; Schwenzler, in Schlechtriem/Schwenzler, Art. 38, Rn. 24.

¹⁷¹ LG Lübeck, 30.12.2010, CISG-Online Nr. 2292.

ra gerçekleştiği anlaşılmaktadır. Davalı 8 Ekim 2007 tarihli bir e-mail ile ayıbı davacıya bildirdiğini öne sürse de böyle bir e-mailin varlığını davada ispatlayamamış, mahkeme de muayene için gerekli sürenin geçmesinden dolayı davalının bu durumu ispatlarsa dahi sonucun değişmeyeceğini ifade etmiştir. Mahkeme ayrıca olayda satış sözleşmesi uyarınca malların taşınmasının gerektiği hallerde muayene yükümlülüğünün malların taşıma yerine ulaşması sonrasına ertelenmesine ilişkin m. 38/2'yi de değerlendirmiştir. Olayda malların, davalının müşterilerine satışının davanın tarafları arasındaki satış sözleşmesinin konusunu oluşturmadığı ve davalının müşterilerine davacı tarafından doğrudan bir teslim olmadığı gerekçesiyle muayenenin yapılacağı yerin, malların varma yeri olarak kabul edilecek davalının işyeri olduğu tespit edilmiştir. Lübeck Eyalet Mahkemesi ayrıca olayda CISG m. 38/3'ün uygulanmasının mümkün olmayacağını çünkü dava konusu sandalyelerin alıcının müşterilerine satılmasına rağmen öncelikle malların davalı alıcının deposuna girdiğini buradan dağıtımının yapıldığını, en azından aralarından rastgele bazılarının muayene edilebileceğini ifade etmiştir. Davada davalı CISG m. 40'a da dayandığını belirtmiş, ancak söz konusu durumun davacı tarafından bilindiğini veya bilinmemesinin mümkün olmadığı hususu davacı tarafından ispat edilemediği için Mahkeme davacının hukuki gerekçesini geçerli görmemiştir.

Alıcının muayene yükümlülüğü konusunda değinilmesi gereken son nokta muayene masraflarına kimin katlanması gerektiğine ilişkindir. Kural olarak muayene masraflarına alıcı katlanmak zorunda olmakla birlikte, sözleşmesinin ortadan kalkması veya sözleşmeye aykırı malın yerine başka bir malın alıcıya gönderilmesi ve alıcının ikinci bir muayene yükümlülüğü doğması gibi hallerde alıcı satıcıdan muayene masraflarını talep edebilecektir¹⁷². Ayrıca CISG m. 38 ile ilgili olarak, maddede düzenlenen muayene yükümlülüğüne ilişkin hususların taraflarca anlaşılacak ortadan kaldırılabilirliği veya yerlerine yeni düzenlemeler yapılabileceğini belirtmek gerekmektedir¹⁷³.

¹⁷² Schwenzer, in Schlechtriem/Schwenzer, Art. 38, Rn. 27.

¹⁷³ Schwenzer, in Schlechtriem/Schwenzer, Art. 38, Rn. 28.

2. Alıcının Sözleşmeye Aykırılık Halinde Bildirim Yükümlülüğü

CISG m. 39/1 uyarınca alıcı, ayıbı tespit ettiği ya da tespit etmesi gerektiği tarihten itibaren, makul bir süre içinde satıcıya, sözleşmeye aykırılığın türünü de belirterek bildirmelidir; aksi takdirde sözleşmeye aykırılığa dayanma hakkını kaybeder. Özellikle madde metnindeki “tespit etmesi gerektiği” ve “makul süre” ifadeleri nedeniyle bu madde ile ilgili çok fazla sayıda ihtilaf, mahkemelere veya tahkim kurullarına taşınmıştır.

Bu madde, ayıbın belli bir zaman dilimi içinde alıcı tarafından satıcıya bildirilmediği durumlarda satıcıyı korumak amacıyla getirilmiştir. Satıcının hızlı bir şekilde ayıp hakkında bilgilendirilmesi her şeyden önce satıcının, alıcının iddia ettiği sözleşmeye aykırılığın var olup olmadığını tespit edebilmesi için malları denetlemek üzere zaman kaybetmeksizin harekete geçmesini sağlayacaktır. Aynı şekilde böylesi bir bildirim, riskin satıcıya geçmesinden sonra oluşan ayıplar ve satıcının sorumlu olmadığı ayıp hallerinde zararın artmasını da engelleyecektir¹⁷⁴. Malların ayıplı olması halinde, alıcı tarafından yapılacak hızlı bir bildirim ile satıcı eksik parçaları göndererek, malı tamir ederek ya da mal yerine yenilerini göndererek ayıpları giderebilir¹⁷⁵.

Bildirim yükümlüğü her türlü sözleşmeye aykırılık halini (miktar da, nitelikte, paketlemede vb.) kapsar¹⁷⁶. Aykırılığın derecesi de önem taşımaz, gizli ayıplar gibi açık ayıplar da bildirim yükümlülüğünün kapsamındadır¹⁷⁷. Sözleşmeye aykırılığın hangi nedenden kaynaklandığı da önemsizdir¹⁷⁸. Satıcının, ayıbı gidermek için yapmış olduğu faaliyetlerin yetersiz kalması halinde de, alıcının bildirim yükümlülüğü vardır¹⁷⁹.

¹⁷⁴ Kröll, in Kröll/Mistel/Viscasillas, Art 39, Rn.7.

¹⁷⁵ OLG Oldenburg, 05.12.2000, CISG-Online Nr. 618.

¹⁷⁶ Bu konuya değinen bir karar için bkz. OLG Rostock, 25.09.2002, CISG-Online Nr. 672.

¹⁷⁷ Kröll, in Kröll/Mistel/Viscasillas, Art 39, Rn.19.

¹⁷⁸ Schwenger, in Schlechtriem/Schwenger, Art. 39, Rn.5.

¹⁷⁹ Kröll, in Kröll/Mistel/Viscasillas, Art 39, Rn.21.

Uluslararası ticarete mala ilişkin belgelerin büyük öneme sahip olması nedeniyle, doktrinde, sözkonusu belgelerin eksik olması halinde de alıcının bildirim yükümlülüğü olduğu kabul edilmektedir¹⁸⁰. Mallar taksit taksit gelmiş ise, ayrı ayrı gelen her bir parti için ayrı bildirim yükümlülüğü vardır¹⁸¹.

a. Bildirimin Yapılma Şekli

Taraflar, bildirim ne şekilde yapılacağını aralarında anlaşarak belirleyebilirler. Böyle bir anlaşma yapılmadığı ve taraflar arasında yerleşik bir teamülün de olmaması halinde bildirim herhangi bir şekilde hatta sözlü olarak da yapılabilir¹⁸². Ancak ispat kolaylığı açısından yazılı bildirim tercih edilmelidir. Uluslararası ticarete sıklıkla kullanılan telefax ve e-mail ile bildirim sorunsuz bir şekildir¹⁸³ ve yazılı bildirim taraflar arasında kararlaştırıldığı hallerde de telefax ya da e-mail ile bildirim yapmak yeterli kabul edilir¹⁸⁴.

Bildirim, kural olarak sözleşmenin akdedildiği dilde yapılmalıdır. Ancak satıcının anlaması kaydıyla başka bir dilde de yapılabilir¹⁸⁵. Bildirim, sözleşmeye aykırılığı satıcıya tam olarak açıklayacak nitelikte olmalıdır, zira bildirim asıl fonksiyonu satıcıya, alıcı tarafından bildirilen itirazları tetkik etme, ilgili delilleri sağlama ve sözleşmeye aykırılığı giderme fırsatı tanınmasıdır. Nitekim bildirim, hangi malların ayıplı olduğu, ayıbın ne olduğu ve ne derecede bir ayıp olduğu hususları konusunda bilgi vermedir. Malların “önemli derecede düşük kalitede olması” veya “beklentileri karşılamaması” gibi genel ifadeler geçerli bir bildirim için yeterli değildir¹⁸⁶. Bildirim spesifik olarak yapılması gerektiğine dikkat çekerek,

¹⁸⁰ Kröll, in Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art 39, Rn.22; Ferrari, in Ferrari/Kieninger/Mankowski, Art. 39, Rn.5.

¹⁸¹ Ferrari, in Ferrari/Kieninger/Mankowski, Art. 39, Rn. 6.

¹⁸² Kröll, in Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art 39, Rn.28. Bildirim sözlü olarak da yapılabileceği yönünde bkz. OLG Graz, 11.03.1998, CISG Online Nr. 670.

¹⁸³ Schwenger, in Schlechtriem/Schwenger, Art. 39, Rn.11.

¹⁸⁴ Schwenger, in Schlechtriem/Schwenger, Art. 39, Rn.12.

¹⁸⁵ Ferrari, in Ferrari/Kieninger/Mankowski, Art. 39, Rn. 10; Kröll, in Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art 39, Rn.30.

¹⁸⁶ OLG Graz 11.03.1998, CISG-OnlineNr. 670; LG Saarbrücken, 26.03.1996, CISG-

CISG'yi kaleme alanlar da, belirsiz bildirim halinde, satıcının gerekli bilgiyi edinmek gibi bir ödevi olmadığını, tam tersine bu yükümlülüğün alıcıda olduğunu ifade etmişlerdir¹⁸⁷. Gerçekten de bildirim öylesine açık olmalıdır ki, satıcı başka bir araştırma yapmasına gerek kalmaksızın ayıbı anlayabilsin¹⁸⁸.

Eğer mallar muayeneye tabi tutulmuş ise, alıcı söz konusu incelemede elde edilen bulguları satıcıya bildirmelidir¹⁸⁹. Miktarla ilişkin bir sözleşmeye aykırılık söz konusu ise, bildirim eksik miktar ya da sayıyı içermelidir, aksi takdirde satıcı tamamlamak için ne kadar göndereceğini bilemeyecektir¹⁹⁰.

Malın niteliği nedeniyle ayıbın giderilmesi büyük oranda imkansız ise ve satıcının da ayıbı bilmemesi neredeyse imkansız ise, bu durumda bildirim yukarıda sayılan standartlardan sapabilir yani daha az detay içerebilir. Zira, bildirim amacı satıcının, alıcının sahip olduğu hukuki imkanları işletebileceği hakkında bilgilendirilmesidir¹⁹¹. Aynı şekilde, aykırılığın derecesini belirlemek için, alıcı tarafından önemli bir zahmete girilmesi gerekiyor ise, alıcı sözleşmeye aykırılığın derecesini bildirmekle yükümlü değildir¹⁹².

Alıcı dayanmak istediği her bir ayıp için ayrı bildirimde bulunmalıdır¹⁹³. Dolayısıyla malın kalitesine ilişkin yapılan bildirim, alıcının paketlemeden kaynaklanan ayıp dolayısı ile sözleşmede düzenlenen hukuki imkanları işletmesine imkan vermemektedir¹⁹⁴.

Bildirim, satıcıya ya da satıcı tarafından bildiri almaya yetkilendirilmiş kişiye yapılır. Bu kişinin kim olduğu CISG'de belirlenmemiş

Online Nr. 391.

¹⁸⁷ Kröll, in Kröll/Mistel/Viscasillas, Art 39, Rn.34.

¹⁸⁸ LG Saarbrücken, 02.07.2002, CISG-Online Nr. 713.

¹⁸⁹ LG Erfurt, 29.07.1998, CISG-OnlineNr. 561.

¹⁹⁰ Ferrari, in Ferrari/Kieninger/Mankowski, Art. 39, Rn. 15.

¹⁹¹ Kröll, in Kröll/Mistel/Viscasillas, Art 39, Rn.42.

¹⁹² Schwenzer, in Schlechtriem/Schwenzer, Art. 39, Rn.9.

¹⁹³ OLG Celle, 10.03.2004, CISG-Online Nr.824.

¹⁹⁴ Kröll, in Kröll/Mistel/Viscasillas, Art 39, Rn.43.

olup, bu belirleme iç hukuka göre yapılır. Genel olarak satıcının o yerdeki temsilcileri ya da satıcının kendi sözleşmesel yükümlülüklerini yerine getirirken kullandığı kişiler bildirim almaya yetkili kabul edilir¹⁹⁵.

Bildirimün uygun olarak yapılabilmesi için, normal şartlarda zamanında satıcıya ulaşabilecek bir şekilde yapılması gereklidir¹⁹⁶. Koblenz Yüksek Eyalet Mahkemesi'nin 2006 yılında verdiği bir kararda açıkça belirttiği üzere bildirimün iletimindeki bir gecikme ya da aksaklık, alıcının söz konusu bildirim dayanma hakkını engellemez. Zira, sözleşmeye aykırılığa ilişkin bildirimün iletilmesinde yaşanacak olan olası bir aksaklığın riskini satıcı taşır¹⁹⁷.

b. Bildirim Zamanı

CISG m. 39/1 uyarınca bildirim, alıcının ayıbı saptadığı veya saptaması gerektiği tarihten itibaren makul bir süre içinde yapılır. Burada dikkat edilmesi gereken iki süre vardır: Muayene süresi ve bildirim süresi. Makul süreyi neyin oluşturduğu her somut olayın şartları çerçevesinde ayrı ayrı belirlenir. Bu şartlara, taraflar arasındaki yerleşik teamüller ve alışkanlıklar da dahildir. Ayrıca, malın bozulabilir ya da uzun süre dayanabilir olması da makul sürenin belirlenmesinde önemlidir. Zira, kolay bozulabilir mallarda bildirimün genellikle birkaç saat veya bir yahut iki günde yapılması beklenirken, çürüme veya bozulma tehlikesi olmayan mallarda, süre daha uzun hesaplanabilir. Nitekim sezonluk mallarda da hızlı bildirim kuralı geçerlidir¹⁹⁸. Sürenin belirlenmesinde alıcının hangi hukuki talebi işlettiği de büyük önem arz etmektedir. Alıcının, malı elinde tutup, tazminat talebinde bulunduğu ya da ücrette indirim talep ettiği hallerde, bildirim süresi, malı geri göndermek istediği seçenekten daha uzun tutulmalıdır¹⁹⁹.

Öte yandan, dayanıklı tüketim mallarında, makul sürenin ne olduğu halen tartışmalıdır. Özellikle Alman doktrini makul sürenin kısa olması

¹⁹⁵ Kröll, in Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art 39, Rn.49.

¹⁹⁶ Kröll, in Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art 39, Rn.53.

¹⁹⁷ OLG Koblenz, 19.10.2006, CISG-Online Nr. 1407.

¹⁹⁸ Schwenzer, in Schlechtriem/Schwenzer, Art 39, Rn.16.

¹⁹⁹ Ferrari, in Ferrari/Kieninger/Mankowski, Art. 39, Rn. 29.

gerektiği eğilimindedir. Gerçekten de Alman ve İsviçre mahkemelerinin ilk kararlarında bildirim süresi oldukça kısa hesap edilmiştir. Nitekim iç hukuklarında kısa bildirim süreleri bulunan ülkeler, CISG'deki makul süreyi de kısa yorumlamaktadırlar. Örneğin bir Avusturya Yüksek Mahkeme kararında muayene ve bildirim için on beş günlük bir süre öngörülmüştür. Öte yandan Amerika (ayıbın ortaya çıkmasından birkaç ay sonra) ve Fransa gibi ulusal hukuklarda uzun bildirim süreleri öngören sistemler de, CISG'deki bu süreleri gayet uzun olarak yorumlamışlardır. Ancak son Alman ve İsviçre kararlarında da görüldüğü üzere yaklaşık bir aylık ortalama bir bildirim süresi gün geçtikçe daha fazla kabul görmektedir²⁰⁰.

c. Bildirim Süresinin Başlangıcı

Bildirim süresi, alıcının, ayıbı saptaması ya da saptayabilecek durumda olması anından itibaren işlemeye başlar. Alıcı ayıptan haberdar olmuş ise, muayene için sürenin geçmiş olup olmadığına bakılmaksızın, bildirim süresi işlemeye başlar. Alıcının ayıbı saptaması gereken hallerin tespitinde ise ayıbın niteliği önemlidir. Eğer ayıp, uzmanlık gerektiren bir inceleme sonucu ortaya çıkabilecek nitelikte ise, bildirim süresi muayene süresinin bitiminden itibaren işlemeye başlar. Bu iki süre birbirini takip eder. Eğer alıcı muayeneyi, masraflar nedeniyle ertelemiş ise, kaybedilen zamanı hızlı bir bildirim ile dengeleyebilir²⁰¹.

Alıcının, kendi incelemesi sonucu malın yüksek ihtimalle ayıplı olduğunu saptaması halinde, artık uzmanların alıcının bu görüşünü onaylamalarını beklemek gerekmemektedir. Aynı şekilde, mala refakat eden dokümanlardan da malın sözleşmeye aykırı olduğu anlaşılıyor ise, alıcı için bildirim süresi başlamış kabul edilmelidir²⁰².

Usulüne uygun bir muayene ile anlaşılabilen ayıpların (gizli ayıpların) varlığı halinde, alıcı, ayıbı tespit ettiği ya da tespit etmesi gerektiği andan itibaren makul süre içinde satıcıya bildirmelidir²⁰³.

²⁰⁰ Schwenger, in Schlechtriem/Schwenger, Art 39, Rn.17.

²⁰¹ Schwenger, in Schlechtriem/Schwenger, Art 39, Rn.20.

²⁰² Kröll, in Kröll/Mistel/Viscasillas, Art 39, Rn.62.

²⁰³ Kröll, in Kröll/Mistel/Viscasillas, Art 39, Rn.70, Schwenger, in Schlechtriem/Schwen-

Yukarıda da değinildiği üzere birbirinden farklı her bir ayıp ayrı ayrı bildirilmelidir. İlk bakışta görülecek açık ayıplara ilişkin olarak yapılacak bildirim süresinin geçmiş olması, detaylı bir inceleme neticesi ortaya çıkan diğer ayıplara ilişkin olarak alıcının hukuki imkanları işletmesine engel olmaz²⁰⁴.

d. İki Yıllık Bildirim Süresi

CISG m. 39/2, alıcının ayıbı ileri sürebilmesi için iki yıllık kesin bir süre getirmektedir. Bu süre genellikle, usulüne uygun muayene ile ortaya çıkmayan ayıplar ile alıcının gerekli bildirim yapamamasının geçerli bir mazerete dayandığı hallerde uygulama bulur²⁰⁵. İki yıllık sürenin uygulamasında ayıbın ne zaman tespit edildiği ya da edilmesi gerektiği hususu tamamen önemsizdir. İki yıllık sürenin geçmesi ile gizli ayıpların riski de alıcıya geçer. Bu maddenin amacı hukuki güvenliği sağlamak olup, mahkeme tarafından resen göz önüne alınır²⁰⁶.

İki yıllık sürenin başlangıcı, alıcının malı fiilen teslim aldığı andır. Mala ilişkin dokümanların maldan önce teslim edilmiş olması ve fiili teslimden önce alıcının malik olması ya da riskin fiili teslimden önce alıcıya geçmesi iki yıllık sürenin başlangıcını etkilemez²⁰⁷.

İki yıllık kesin süre, taraflar arasında kararlaştırılan bir garanti süresinin mevcudiyeti halinde uygulama alanı bulmaz. Garanti süresi, taraflar arasından iki yılı aşacak şekilde kararlaştırılabileceği gibi, iki yıldan daha kısa da olabilir. Ancak, bu durumda, CISG m. 39/2 ile sözleşme arasında bir çelişkinin olup olmadığı noktasında yoruma gitmek gerekmektedir. Gerçekten de, sözleşmede, alıcının, malın tesliminden itibaren üç ay içinde ayıba ilişkin bildirim yapması gerektiği düzenlenmiş ise, taraflar arasındaki anlaşmaya öncelik verilerek, bu süre dikkate alınır. Öte taraftan, sözleşmede sadece, satım konusu malın bir yıl içinde belirli bir miktar üretim yapacağı yönünde hükümler var ise, bu halde taraflar arasında

zer, Art 39, Rn.20.

²⁰⁴ Kröll, in Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art 39, Rn.56.

²⁰⁵ Schwenger, in Schlechtriem/Schwenger, Art 39, Rn.22.

²⁰⁶ Kröll, in Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art 39, Rn.94.

²⁰⁷ Schwenger, in Schlechtriem/Schwenger, Art 39, Rn.24.

kararlaştırılmış bir garanti süresinden söz edilemez ve CISG m. 39/2'de mevcut olan iki yıllık süre geçerli olmaya devam eder²⁰⁸.

3. Satıcının Sözleşmeye Aykırılığı Bilmesi veya Bilmemesinin Mümkün Olmaması

CISG m. 38 ve 39'un istisnası CISG m. 40'da düzenlenmiştir. CISG m. 40 uyarınca sözleşmeye aykırılığın, satıcının bildiği veya bilmemesinin mümkün olmadığı ve alıcıya açıklamadığı olgulara dayanması halinde, satıcı CISG m. 38 ve 39 hükümlerine başvuramayacaktır. Böyle bir durumda alıcı, satıcının sözleşmeye aykırı bir malı kendisine göndermesinden doğan tüm haklarına kavuşmuş olacaktır²⁰⁹.

Doktrinde hakim olan görüşe göre, satıcının ağır kusurlu olarak sözleşmeye aykırılığı bilmemesi halinde alıcının muayene ve bildirim yükümlülüğü ortadan kalkmaktadır²¹⁰. Satıcının maldaki sözleşmeye aykırılığı bilmemesinin mümkün olup olmayacağı ise sadece malın türüne, sözleşmeye aykırılığın dışarıdan anlaşılabilmesine veya sözleşmeye aykırılığın derecesine bağlı değildir; satıcının mala olan yakınlığı, ticari unvanı gibi hususlar da bu noktada önem arz etmektedir²¹¹. Sattığı malı aynı zamanda üreten satıcının, sadece aracılık eden satıcıdan mal hakkında daha fazla bilgisi olması beklenecektir²¹². Bu nedenle sadece aracı olan satıcının, orijinal paketi içinde olan ürünleri, üreticiye güvenerek pazarlaması söz konusu ise, malın sözleşmeye aykırılığı halinde doğrudan satıcının ağır kusurlu olduğu söylenemeyecek, dolayısıyla CISG m. 38 ve 39'a dayanma imkanı varlığını sürdürecektir.

Satıcının, maldaki bir nitelik eksikliğini sadece yüzeysel bir gözlem ile tespit edebileceği hallerde, bunu görmemesi durumunda satıcının söz-

²⁰⁸ Kröll, in Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art 39, Rn.98; Schwenger, in Schlechtriem/Schwenger, Art 39, Rn.26.

²⁰⁹ Saenger, in Bamberger/Roth, Art. 40, Rn. 1.

²¹⁰ Ferrari, in Ferrari/Kieninger/Mankowski, Art. 40, Rn. 2; Magnus, in Honsell, Art. 40, Rn. 4; Schwenger, in Schlechtriem/Schwenger, Art. 40, Rn. 4.

²¹¹ Ferrari, in Ferrari/Kieninger/Mankowski, Art. 40, Rn. 3; Schwenger, in Schlechtriem/Schwenger, Art. 40, Rn. 5.

²¹² Ferrari, in Ferrari/Kieninger/Mankowski, Art. 40, Rn. 3.

leşmeye aykırılığı bilmemesinin mümkün olmadığı kabul edilmelidir²¹³. Açıkça maldan farklı bir malın gönderilmesi (aluid) veya miktarda ciddi bir sapma söz konusu olması halinde yine satıcının durumu bilmemesinin mümkün olmadığı söylenebilecektir²¹⁴.

Satıcının CISG m. 38 ve 39'a dayanamaması için gerekli olan ikinci şart ise satıcının bu durumu alıcıya bildirmemiş olmasıdır. Satıcının maldaki ayıbı alıcıya doğru zamanda bildirmemesi ya da geç bildirmesi de bildirmemesi olarak kabul edilecektir²¹⁵. Satıcı bildirimi en geç malın teslimine kadar yapmak zorundadır²¹⁶. Satıcının maldaki ayıbı sözleşme yapılırken bildirmesi halinde ise CISG m. 35/3'de mevcut, alıcının sözleşmenin kurulması anında bildiği veya bilmemesinin mümkün olmadığı sözleşmeye aykırılıklardan satıcının sorumlu olmayacağı hükmü devreye girecektir.

IV. Sonuç

Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG), Türkiye açısından 1 Ağustos 2011 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiş bulunmaktadır. Farklı hukuk sistemlerini bir araya getiren bu Anlaşma yeni bir anlayış ile hareket eden, adeta ezber bozan bir hukuk metni niteliğindedir. Geleneksel olarak satıcının ayıptan sorumluluğu olarak adlandırdığımız alan da, CISG'nin kendine özgü anlayışını en açık şekilde ortaya koyduğu alanlardan biridir. CISG satıcının ayıptan kaynaklanan sorumluluğunu sözleşmeye aykırılık temelinde ele almakta ve bu alandaki kavramlarını bu temel üzerine inşa etmektedir. Uluslararası satım sözleşmelerinde CISG'nin gün geçtikçe daha fazla uygulama bulmasıyla sözleşmeye aykırılık kavramı ile aşinalığımızın artacağını söylemek iddialı bir öngörü olmasa gerektir. CISG çerçevesinde değerlendirmeler yaparken eksik bir ifanın söz konusu olduğu haller veya aluid bir ifanın olduğu haller ayıplı, CISG'in diliyle söylersek sözleşmeye

²¹³ Schwenzer, in Schlechtriem/Schwenzer, Art. 40, Rn. 5.

²¹⁴ Ferrari, in Ferrari/Kieninger/Mankowski, Art. 40, Rn. 4; Schwenzer, in Schlechtriem/Schwenzer, Art. 40, Rn. 5.

²¹⁵ Ferrari, in Ferrari/Kieninger/Mankowski, Art. 40, Rn. 5.

²¹⁶ Saenger, in Bamberger/Roth, Art. 40, Rn. 4.

aykırı bir ifa olarak görülecek, satıcıya uygulanacak yaptırımlar bu kapsamda belirlenecektir. Yine Anlaşma hukuk hayatımıza “malın mutlak kullanım amacına uygun olması”, “malın özel kullanım amacına uygun olması” gibi yeni ölçütleri sokmakta, bunları yabancı mahkeme kararlarını da göz önüne alarak olaylara uygulamanın kapılarını açmaktadır. Bunun haricinde eskiden beri kullandığımız muayene külfeti, bildirim külfeti gibi kurumlar CISG’in uygulanacağı uluslararası satım sözleşmelerinde farklı anlam ve boyutlar kazanacaktır. Sadece satıcının ayıptan sorumluluğu konusunda dahi CISG uygulamasının biz Türk Hukukçuları açısından meşakkatli yönlerinin olmasına rağmen hukuk dünyamıza bir zenginlik katacağını, bakış açılarımızı geliştireceğini görmek mümkündür.