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

MİLLETLERARASI MAL SATIMINA İLİŞKİN SÖZLEŞMELER HAKKINDA BİRLEŞMİŞ MİLLETLER ANTLAŞMASI (CISG) KAPSAMINDA MALLARIN SÖZLEŞMEYE UYGUNLUĞU

(YÜKSEK LİSANS TEZİ)

Sercan Koray Dağdeviren

KOCAELİ 2016

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

MİLLETLERARASI MAL SATIMINA İLİŞKİN SÖZLEŞMELER HAKKINDA BİRLEŞMİŞ MİLLETLER ANTLAŞMASI (CISG) KAPSAMINDA MALLARIN SÖZLEŞMEYE UYGUNLUĞU

(YÜKSEK LİSANS TEZİ)

Sercan Koray Dağdeviren

Danışman

Doç. Dr. Sezer ÇABRİ

KOCAELİ 2016

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

MİLLETLERARASI MAL SATIMINA İLİŞKİN SÖZLEŞMELER HAKKINDA BİRLEŞMİŞ MİLLETLER ANTLAŞMASI (CISG) KAPSAMINDA MALLARIN SÖZLEŞMEYE UYGUNLUĞU

(YÜKSEK LİSANS TEZİ)

Tezi Hazırlayan: Sercan Koray DAĞDEVİREN
Tezin Kabul Edildiği Enstitü Yönetim Kurulu Karar No; 2016/7

Jüri Üyesi: Doç. Dr. Sezer ÇABRİ

Jüri Üyesi: Doç. Dr. Mehmet ŞENGÜL

Jüri Üyesi: Doç. Dr. Murat TOPUZ

KOCAELİ 2016

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER ..... İ

KISALTMALAR ..... İV

ÖZET 1

ABSTRACT 2

GİRİŞ 3

BİRİNCİ BÖLÜM

MİLLETLERARASI MAL SATIMINA İLİŞKİN SÖZLEŞMELER HAKKINDA BİRLEŞMİŞ MİLLETLER ANTLAŞMASI'NA İLİŞKİN GENEL BİLGİ 5

1. CISG'NİN TARİHÇESİ VE ÖNEMİ 5

1.1. Tarihçesi 5

1.2. Önemi 7

2. CISG'NİN GENEL ÖZELLİKLERİ VE ALTYAPISI 8

2.1. Genel Özellikleri 8

2.2. Altyapısı 10

3. CISG'NİN TÜRK HUKUKUNDAKİ YERİ 12

4. ANTLAŞMANIN UYGULAMA ALANI (Sphere of Application) 13

4.1. Uluslararası Karakter (CISG m.1) 13

4.2. Taşınır Satımı Sözleşmeleri (CISG m.2-3) 16

İKİNCİ BÖLÜM

CISG KAPSAMINDA MALLARIN SÖZLEŞMEYE UYGUNLUĞU (Conformity of the Goods) (CISG m.35) 20

1. GENEL OLARAK 20

2. CISG KAPSAMINDA MALIN SÜBJEKTİF UYGUNLUĞU (Contractual Conformity of the Goods) (CISG m.35/1) 22

2.1. Miktar Bakımından (Quantity) 23

2.2. Kalite Bakımından (Quality) 25

2.3. Tür Bakımından (Description) 28

2.4. Muhafaza ve Paketleme Bakımından (Packaging) 31

3. CISG KAPSAMINDA MALIN OBJEKTİF UYGUNLUĞU (Conformity with the Standards Set Out in the CISG) (CISG m.35/2) 33
3.1. Mutat Kullanım Amacı (Fitness for Ordinary Purpose) (CISG m.35/2(a)) 36
3.2. Özel Kullanım Amacı (Fitness for Particular Purpose) (CISG m.35/2(b)) 42
3.3. Örnek veya Model Üzerine Satış (Correspondence with Sample or Model) (CISG m.35/2(c)) 48
3.4. Mutat veya Uygun Paketleme (Packaging) (CISG m.35/2(d)) 52
4. ALICININ SÖZLEŞMEYE AYKIRILIĞI BİLMESİ VEYA BİLMEMESİNİN MÜMKÜN OLMAMASI (Exclusion of Liability) (CISG m.35/3) 56
5. SÖZLEŞMEYE AYKIRILIĞIN SAPTANMA ANI (Relevant Time) (CISG m.36) 61
5.1. Genel Olarak 61
5.2. Hasarın Geçmesi Anında Mevcut Sözleşmeye Aykırılık (Lack of Conformity at the Time the Risk Passes) (CISG m.36/1) 63
5.3. Hasarın Geçmesinden Sonraki Sözleşmeye Aykırılık (Lack of Conformity After the Risk Has Passed) (CISG m.36/2) 65

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

MALLARIN MUAYENESİ VE SÖZLEŞMEYE AYKIRILIK İHBARI (Examination and Notice Concerning the Lack of Conformity of the Goods) (CISG m.38-39)

69
1. GENEL OLARAK 69
2. MALLARIN MUAYENESİ (Examination of the Goods) (CISG m.38) .. 71
2.1. Genel Olarak 71
2.2. Muayene Yöntemi (Method of Examination) 73
2.3. Muayene Süresi (Time Period for Examination) (CISG m. 38/1) 77
2.4. Muayene Süresinin Başlangıç Anı (Starting Point for the Period for Examination) 80
2.4.1. Malların Taşınması (Contract Involves Carriage) (CISG m.38/2) 81
2.4.2. Malların Gönderilmesi veya Yönlendirilmesi (Redirected or Redispatched Goods) (CISG m.38/2) 83
2.5. Muayene Masrafları (Costs of Examination) 84
3. SÖZLEŞMEYE AYKIRILIK İHBARI (Notice of Lack of Conformity)

(CISG m.39) 85
3.1. Genel Olarak 85
3.2. Sözleşmeye Aykırılık İhbarının İçeriği ve Şekli (Content and Form) 86
3.3. Sözleşmeye Aykırılık İhbarına İlişkin Süre (the Length of the Notice Period) (CISG m. 39/1) 91
3.4. Sözleşmeye Aykırılık İhbarı Süresinin Başlangıç Anı (Starting Point for the Time Limit) (CISG m. 39/1) 93
3.5. Zaman sınırı (Time Limit) (CISG m. 39/2) 95
3.6. Sözleşmeye Aykırılık İhbarının Yapılmamış Olmasının Sonuçları (Consequences of Failure to Give Notice) 99
3.6.1. Seçimlik Haklardan Mahrumiyet (CISG. m.39) 99
3.6.2. Seçimlik Haklardan Mahrumiyetin İstisnaları 101
3.6.2.1. Satıcının Sözleşmeye Aykırılığı Bilmesi veya Bilmemesinin Mümkün Olmaması (CISG m.40) 101
3.6.2.2. Alıcının Sözleşmeye Aykırılık İhbarı Yapmama Noktasında Makul Özrünün Olması (CISG m.44) 104
3.6.2.3. Satıcının Feragati 105

SONUÇ **107**

KAYNAKÇA **109**

EKLER **116**

CISG'YE TARAF DEVLETLER LİSTESİ **116**

ÖZGEÇMİŞ **120**

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
BM	: Birleşmiş Milletler
bkz.	: bakınız
CE	: Conformité Européene (Avrupa Uygunluğu)
CISG	: United Nations Convention on Contracts for the International Sales of Goods
CLOUT	: Case Law on UNCITRAL Texts
Çev.	: Çeviren
Ed.	: Editörlüğünde
FOB	: Free on Board
GATT	: General Agreement on Tariffs and Trade
ICC	: International Chamber of Commerce (Milletlerarası Ticaret Odası)
Konsey	: CISG Tavsiye Konseyi (CISG Advisory Council)
m.	: madde
s.	: sayfa
S.	: Sayı
T.	: Tarih
TBK	: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu
T.C.	: Türkiye Cumhuriyeti
TSE	: Türk Standartları Enstitüsü
UCC	: Uniform Commercial Code (Yeknesak Ticaret Kanunu)
ULIS	: The Convention on a Uniform Law of International Sales (Uluslararası Mal Satımı Hakkında Tekbiçim Hukuka İlişkin

Konvansiyon)

UNCITRAL : United Nations Commission on International Trade Law (Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu)

UNIDROIT : The International Institute for the Unification of Private Law (Özel Hukukun Yeknesaklaştırılması Uluslararası Enstitüsü)

vd. : ve devamı

vs. : ve saire

ÖZET

Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG), bir diğer adıyla Viyana Sözleşmesi, uluslararası ticarette hukukun birleştirilmesi amacını haiz olup dünya ticaretine yön veren birçok büyük devletin tarafı olduğu ve uluslararası mal satımında tacirler tarafından sıklıkla kullanılan önemli bir uluslararası antlaşmadır.

Bu çalışmada, CISG kapsamında satıcının sözleşmeye uygun mal teslim etme yükümlülüğü incelenecektir. Antlaşmanın 35. ve 36. maddelerinde düzenlenen, satım sözleşmesinin konusunu oluşturan malların sübjektif ve objektif uygunlukları ile Antlaşmanın 38. ve 39. maddelerinde düzenlenen, alıcının satım konusu mallara ilişkin muayene ve ihbar yükümlülükleri detaylandırılacaktır.

Anahtar kelimeler: CISG, Viyana Sözleşmesi, Uluslararası Mal Satımı, Malların Uygunluğu, Muayene, İhbar.

ABSTRACT

United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) also known as Vienna Agreement which has the aim of the unification of law in international trade is a significant international agreement accepted by leading states of the world trade and frequently applied by traders in international sale of goods.

In the present study, seller's liablity to deliver goods in conformity to the contract within the scope of the CISG shall be researched. Contractual and objective conformity of the goods stipulated under Article 35 and Article 36 of the Agreement; and examination and notice liabilities of the buyer stipulated under Article 38 and Article 39 of the Agreement shall be elaborated.

Key Words: CISG, Vienna Agreement, International Sale of Goods, Conformity of the Goods, Examination, Notice.

GİRİŞ

Ticaretin en temel ihtiyaçlarından birisi güvendir; güven ise belirlilik ile mümkün olabilir ki bu da ticarette ancak uygulanacak hukuk kurallarının belirli olması ile gerçekleşebilir. Belirliliğe duyulan ihtiyaç, yıllar içerisinde insanoğlunu yeknesak kurallar oluşturmaya sevk etmiştir.

Çalışmada detaylıca incelenen Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması, satım hukuku özelinde hukukun birleştirilmesi çabasının 20. yüzyıla ait somut örneği olarak karşımıza çıkmaktadır. Hukukun birleştirilmesi, tüm hukuk sistemlerinin bir çatı altında incelenmesi, kıyaslanması ve en nihayetinde ortak bir ürün oluşturma iradesini de beraberinde getirmektedir. Bu tarzda büyük bir amaca hizmet eden araçların, bu iradeye uygun bir şekilde incelenmesi ve yorumlanması olmazsa olmazdır. Bu da ancak, iç hukukların karar merkezinden çıkartılarak yerine uluslararası bakış açısının yerleştirilmesi ile mümkündür. Bu durumda CISG'nin de iç hukuk mantıklarından uzak; yalnızca kendi altyapısına uygun bir şekilde ele alınması elzemdir. Hal böyle olsa da amaçlanan, elbette iç hukuk mantıklarının tamamen hiçe sayılması değildir. Zira, CISG'yi doğuran şey de insanoğlunun bugüne kadar elde ettiği rasyonel bakış açısıdır. Aynı rasyonel bakış açılarına, CISG'nin kendi mantığı ile ele alınması sırasında da ihtiyaç duyulacaktır ki bu da esasen hukuk sistemlerinin bazı kadim geleneklerinde saklıdır.

CISG, bugün dünya üzerinde en çok uygulanan uluslararası antlaşmalardan bir tanesidir ve taraflarına basit çözümler sunma gayesindedir. Bu sebeple, milli hukuklardaki çeşitli sözleşmeye aykırılık türlerini bir çatı altında toplamış ve taraflarca kararlaştırılanın hilafında teslim edilen veya böyle bir anlaşmanın olmaması halinde, CISG kapsamında sayılan bazı özellikleri barındırmayan malların doğrudan sözleşmeye aykırı oldukları düzenlenmiştir. Bu çalışmada, ticaret hayatında sıklıkla uyuşmazlıkların ortaya çıktığı malların sözleşmesel uygunlukları incelenecektir. Elbette, birçok hukuk sisteminde olduğu gibi, sözleşmeye aykırılıkların ortaya çıkartılması ve tarafların bu durumdan haberdar edilmeleri açısından muayene ve ihbar yükümlülükleri de CISG kapsamında düzenleme altına alınmıştır. Konu ile birebir bağlantılı olması sebebiyle çalışmada, tüm bu konular

detayları ile incelenecek, en azından hukukun birleştirilmesi çalışmalarına çaba sağlamaya çalışılacaktır.

Çalışmada, CISG'nin İngilizce versiyonunda sunulan kavramlarının doğrudan Türkçe tercümeleri kullanılacak; bunun yanında Türk hukukundaki benzer kavramlar kullanılmayacaktır. Zira, az önce de bahsedildiği gibi birden çok hukukun harmanlanması ile ortaya çıkan bir kurallar bütünü olan CISG'nin doğru bir şekilde uygulanması da bunu gerektirmektedir.

Çalışma, ulusal ve uluslararası kaynakların ve uygulamadan örnekler vermek maksadıyla CISG kapsamında karara bağlanmış tahkim kurulu ve mahkeme kararlarının konuları içerisinde incelenmesi ile gerçekleştirilecektir. Her ne kadar şu ana dek yayınlamış hiçbir Türk tahkim kurulu veya mahkeme kararı bulunmasa da çalışmada, diğer devletlerin ilgili kuruluşları bünyesinde alınmış emsal kararlarına yer verilecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

MİLLETLERARASI MAL SATIMINA İLİŞKİN SÖZLEŞMELER HAKKINDA BİRLEŞMİŞ MİLLETLER ANTLAŞMASI'NA İLİŞKİN GENEL BİLGİ

1. CISG'NİN TARİHÇESİ VE ÖNEMİ

1.1. Tarihçesi

18. yüzyıl sonlarına kadar en azından Avrupa genelinde, Roma-Kilise hukuku temelli olan *"ius commune"* müşterek hukuku uygulanmıştır. Latince'nin ortak dil olduğu bu hukuk, her ülkeden hukukçuların katkılarıyla gelişmiş, bugünkü *"Kara Avrupası"* hukuk sisteminin temelini oluşturmuştur. Ne var ki Fransız ihtilali ve akabinde kuvvetlenen ulus devlet anlayışı, ülkelerin kendi kanunlaştırma hareketlerini yürütmelerine öncülük etmiş, ortak hukuk arka plana itilmiştir (Atamer, 2005:1; Kröll, Mistelis, Viscasillas, 2011:2). Fakat, bilhassa 19. yüzyılın son çeyreğinde başlayan sanayi devriminin getirdikleri ile insanoğlu yeni bir çağı başlatmış, hızla artan üretim karşısında ticaret, özellikle uluslararası ticaret son derece önem kazanmıştır (Kröll, Mistelis, Viscasillas, 2011:2). Tacirler arasında çıkan uyuşmazlıkların çözümü meseleleri gündeme gelmiş ve yeknesak kurallar bütünü oluşturulması fikri yeniden canlanmıştır. Zira, hukukun yeknesaklaştırılması, milli hukukların çeşitliliği ve değişkenliğinin hukuki güvenlik açısından oluşturacağı engelleri kaldıracağı gibi gelişmiş ülkeler ile gelişmekte olan ülkeler ve üçüncü dünya ülkelerinin çıkarları arasında bir uyum kurulmasına hizmet etmektedir (Erdem, 2012:119, 120). Bunun sonucu olarak da devletler ikili, hatta çok uluslu antlaşmalar imzalamaya başlamışlardır (Kanışlı, 2013:1; Kröll, Mistelis, Viscasillas, 2011:2).

1869 yılında kurulan Société de Léegislation Comparée tarafından 1900 yılında Paris'te gerçekleştirilen uluslararası karşılaştırılmalı hukuk kongresinde ilk defa birleştirilmiş bir hukuk sistemine, tüm Dünya'da geçerli olabilecek bir adalet düşüncesine ulaşılabileceği gündeme getirilmiştir (Oğuz, 2001:3; Oğuz, 2000:31). O tarihten itibaren uluslararası mecrada yeknesaklığın sağlanmasına katkı sağlayan tüm

bilim insanları sayesinde bugün, Dünya üzerinde yeknesak hukuk kurallarından oluşan bir düzene insanoğlunun yeniden en çok yaklaştığı anlardan bir tanesine tanık olmaktayız: CISG[1].

1926 senesinde Berlin'de Milletler Cemiyeti'nin bir organı olarak kurulan Özel Hukukun Yeknesaklaştırılması Uluslararası Enstitüsü, (the International Institute for the Unification of Private Law - UNIDROIT) Avusturyalı hukukçu Ernst Rabel öncülüğünde uluslararası mal satım hukukunun birleştirilmesi amacı ile (Rogers, Lai, 2014:10; Özdemir Kocasakal, 2013:1; Ferrari, 2012:4) yeknesak bir kurallar bütünü taslağı hazırlamış, Milletler Cemiyeti[2], görüş bildirmeleri ve katkı sağlamaları adına 1935 senesinde bu taslağı üye devletlere göndermiştir (detaylı bilgi için bkz. Kröll, Mistelis, Viscasillas, 2011:2 vd.; Mistelis, 2012:9). Bu sırada İkinci Dünya Savaşı patlak vermiş, savaşın gerilimli atmosferi, çalışmaların sekteye uğramasına sebep olmuştur (Ferrari, 2012:4; Huber, 2007:3).

1951 yılında Hollanda'da yapılan Hague Uluslararası Özel Hukuk Konferansının ardından toplanan ve yirmi beş devletin katılım gösterdiği başka bir konferansta aynı taslak hakkında görüşmeler yapılmış ve nihayetinde 1964 tarihli Hague Konferansında iki ayrı konvansiyon kabul edilmiştir. Bunlardan ilki, Uluslararası Mal Satımı Hakkında Tekbiçim Hukuka İlişkin Konvansiyon[3] (the Convention on a Uniform Law of International Sales - ULIS), diğeri ise Uluslararası Mal Satım Sözleşmelerinin Kuruluşu Hakkında Tekbiçim Hukuka İlişkin Konvansiyonudur[4] (the Convention on a Uniform Law on the Formation of Contracts- ULFC) ve her iki konvansiyon da 1972 senesinde, çoğu Avrupa ülkelerinden olmakla beraber limitli sayıdaki ülkelerde yürürlüğe girmiştir (Huber, 2007:3; Rogers, Lai, 2014:11). Bu sırada, Birleşmiş Milletler'in önemli bir kuruluşu

[1] "Antlaşma" olarak da ifade edilecektir.
[2] Birleşmiş Milletlerin öncüsü olan Milletler Cemiyeti, Birinci Dünya Savaşı sırasında benzer şartlar altında tasarlanmış bir örgüttü ve 1919 yılında Versay Antlaşması ile uluslararası işbirliğini güçlendirmek ve barış ve güvenliği sağlamak amacıyla kurulmuştur. http://www.un.org/en/sections/history/history-united-nations/index.html/04.04.2016
[3] ULIS İngilizce metni için bkz. http://www.unidroit.org/instruments/international-sales/international-sales-ulis-1964/04.04.2016
[4] ULFC İngilizce metni için bkz. http://www.unidroit.org/instruments/international-sales/international-sales-ulfc-1964-en/04.04.2016

olan UNCITRAL [5] tarafından uluslararası taşınır mal satımını yeknesak hale getirecek bir hukuk üzerinde çalışmaya başlanmıştır; zira, ULIS ve ULFC dünya çapında bir etki yaratamamıştır (Schwenzer, 2015:139; Kröll, Mistelis, Viscasillas, 2011:3). Bunun altında yatan sebeplerden en önemlileri arasında bu antlaşmaların yalnızca sınırlı sayıda ülkeler tarafından kabul edilmiş olması ve bu sebeple antlaşmaların daha ziyade bu ülkelerin hukuklarına yakınlık teşkil etmesi bulunmaktadır (Kröll, Mistelis, Viscasillas, 2011:3; Rogers, Lai, 2014:11). Ancak, durum böyle olsa da ULIS ve ULFC'nin, CISG'nin temelini oluşturdukları unutulmamalıdır (Kröll, Mistelis, Viscasillas, 2011:5; Schwenzer, Hachem, 2015:155).

UNCITRAL, 1978 yılında çalışmalarının son taslağı olan New York Taslağını hazırlamış ve bu taslak 1980 senesinde Viyana'da 62 ülkenin katılımı ile toplanan konferansta 42 ülkenin metni kabul etmesi ile (Schwenzer, 2015, s.141; Atamer, 2005:23) bazı değişiklikler yapılarak son haline getirilmiş; nihayet Arapça, Çince, İspanyolca, Rusça, İngilizce ve Fransızca olmak üzere altı resmi dilde kaleme alınarak 11 Nisan 1980 tarihinde CISG adıyla milletlerarası bir antlaşma sıfatı ile imzaya açılmıştır (Detaylı bilgi için bkz. Apaydın, 2013:202,226; Zeytin, 2015:34). Antlaşmanın 99. maddesi tanımaya, kabule, onaya veya katılmaya yönelik 11 Aralık 1986'da tamamlanan belgelerin tevdiini gerekli gördüğünden CISG ancak 1 Ocak 1988 tarihinde yürürlüğe girmiştir (Ferrari, 2012:8; Schwenzer, 2015:151; Rogers, Lai, 2014:14). Selefi olduğu ULIS ve ULFC'den çok daha başarılı bir antlaşma olması esasen Antlaşmayı kabul eden ülke sayısından da anlaşılmaktadır (Kröll, Mistelis, Viscasillas, 2011:8).

1.2. Önemi

CISG'yi diğer uluslararası antlaşmalar bakımından özel kılan şey, konusunu satım hukukunun oluşturmasıdır. Zira; satım sözleşmesi, bütün hukuk düzenlerinin en temel sözleşmesidir. Genel olarak bireyler açısından dahi durum böyledir; keza günlük yaşamda hemen herkesin en çok karşılaştığı sözleşme çeşidi de yine satım

[5] BM Genel Kurulu'nun 17.12.1966 tarihli ve 2205 (XXI) sayılı kararı ile uluslararası ticaret hukukunun yeknesak bir hal alması ve modernleşmesini teşvik etmek ve sağlamak amacıyla, BM Genel Kurulu'na bağlı bir alt organ olarak kurulmuştur (detaylı bilgi için bkz. Castellani, 2012:1).

sözleşmesidir.

Diğer yandan CISG, çok sayıda farklı hukuk sistemini bir araya getirmektedir. Nitekim CISG, hali hazırda farklı hukuk sistemlerinden dünya ticaretinin dörtte üçüne hakim olan (Mistelis, 2012:10) 84[6] ülke tarafından kabul edilmiş bir antlaşma olarak, Birleşik Krallık hariç olmak üzere dünya ekonomisinde üst düzeyde rol oynayan ülkelerin neredeyse tamamı tarafından uygulanmakta olup (Öz, 2013:3) ticaretin global düzende etkin bir şekilde yürütülmesi amacına ulaşılmasını engelleyebilecek uyuşmazlıklara ortak çözüm önerileri sunması bakımından içerisinde bulunduğumuz yüzyıla ait, özel hukukunun birleştirilmesi çalışmaları kapsamında bir mihenk taşıdır. Hatta öyle ki, Karollus, CISG'yi milletlerarası ticaretin Magna Carta'sı olarak yorumlamaktadır (Karollus, 1995:30).

Bunun yanında altını çizmekte fayda bulunmaktadır ki, çok sayıda hukuki gelenek ve ekonomik sistemden devletin üye bulunduğu CISG'ye esas katılım, Kuzey Amerika ve Avrupa gibi belirli bölgeler içerisindeki büyük ülkelerden olmuştur (Castellani, 2012:3).

2. CISG'NİN GENEL ÖZELLİKLERİ VE ALTYAPISI

2.1. Genel Özellikleri

CISG, uluslararası taşınır satımına ilişkin bir dizi kurallar içermektedir: birinci kısımda (m.1-13) uygulama alanı ve genel hükümler, ikinci kısımda (m.14-24) sözleşmenin kurulması, üçüncü kısımda (m.25-88) malların satımı başlığı altında bölümler halinde genel hükümler, satıcının yükümlülükleri (ayrımlar halinde: malların teslimi ve belgelerin verilmesi, malların sözleşmeye uygunluğu ve üçüncü kişilerin hak veya talepleri, sözleşmenin satıcı tarafından ihlali halinde alıcının sahip olduğu hukuki imkanlar), alıcının yükümlülükleri (ayrımlar halinde: semenin ödenmesi, teslim alma, sözleşmenin alıcı tarafından ihlali halinde satıcının sahip olduğu hukuki imkanlar), hasarın intikali, satıcının ve alıcının yükümlülüklerine ilişkin ortak hükümler (ayrımlar halinde: öne alınmış sözleşmeye aykırılıklar ve art

[6] Ek 1: Antlaşmaya taraf devletlerin sayısı için bkz. http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html/ 08.04.2016

arda teslimli sözleşmeler, tazminat, faiz, sorumluluktan kurtulma, sözleşmenin ortadan kaldırılmasının sonuçları, malın muhafazası) dördüncü kısımda ise (m.89-101) son hükümler düzenlenmiştir.

Kabaca ifade etmek gerekirse, CISG, sözleşmenin kurulması, satıcının ve alıcının yükümlülükleri ile bu yükümlülüklerinin yerine getirilmemesi neticesinde tarafların haklarını kurallara bağlamaktadır. Esasen bu hususlar uygulamada da genellikle uyuşmazlıkların çıkış noktalarını teşkil etmektedirler. Hatta bu sebepten Öz, Antlaşmanın sıradan bir sözleşme olmadığına, uluslararası taşınır satımı için adeta kısa bir borçlar kanunu olduğuna işaret eder (Öz, 2013:5). Ancak, bunun yanında belirtmekte fayda bulunmaktadır ki CISG, herhangi bir milli hukuk gibi tam bir hukuk sistemini ifade etmediği için Antlaşmadan, ortaya çıkabilecek bir uyuşmazlıktaki tüm hususları çözüme kavuşturmasını beklemek yanlış olacaktır. Zira, ileride [7] de inceleneceği gibi örneğin; Antlaşma, zamanaşımı hususunda herhangi bir düzenlemeye yer vermemiş, meseleyi milli hukukların çözümüne bırakmıştır. Bunun gibi Antlaşma tarafından düzenlenmemiş nice mesele bulunmaktadır. Zira, bu husus Antlaşmanın 4. maddesinde de ifade edilmiştir. Buna göre Antlaşma, sadece satım sözleşmesinin kurulmasını ve alıcı ile satıcının böylesi bir sözleşmeden doğan hak ve borçlarını düzenlemektedir. Antlaşmada aksine bir düzenleme bulunmadığı sürece, özellikle sözleşmenin veya sözleşmenin hükümlerinin veya teamüllerin geçerliliği; sözleşmenin, satılan malların mülkiyeti üzerindeki olası etkileri düzenlenmemiştir. Benzer bir şekilde 5. maddede, malların bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına sebep olmasından kaynaklanan satıcının sorumluluğuna, Antlaşmanın uygulanmayacağı düzenlenmektedir.

Söz konusu şekilde *açıkça* Antlaşma dışında bırakılan konular hakkında somut uyuşmazlık karşısında hakim, kanunlar ihtilafı kurallarının yetki verdiği hukuk sisteminde yer alan kuralları uygulayacaktır (Schwenzer, Hachem, 2015:224; Özdemir Kocasakal, 2013:47).

Genel sistem olarak Antlaşma, sözleşme serbestisi ve taraf bağımsızlıkları üzerine kuruludur ve bu özellikler Antlaşmanın 6. ve 9. maddelerinde açıkça ifade edilmiştir (Kröll, Mistelis, Viscasillas, 2011:7). Ayrıca Antlaşma, kendi yorum

[7] bkz. Bölüm 3 § 3.5.

mekanizmasına da sahiptir. Buna göre Antlaşmanın yorumunda, milletlerarası niteliği dikkate alınacağı gibi yeknesak uygulanmasının teşviki ve milletlerarası ticarette dürüstlük kuralının korunması gereği gözetilecektir. Ayrıca Antlaşmada düzenlenen konulara ilişkin olup Antlaşmada cevaplanmamış sorular, öncelikle Antlaşmanın temelinde yatan genel ilkelere göre çözümlenecektir. Burada önemli olan husus, Antlaşma tarafından düzenlenmeyen konular ile açıkça Antlaşma tarafından dışarıda bırakılan konuların birbiri ile karıştırılmaması gerektiğidir. Zira, ilk halde yorum yöntemi kullanılacakken ikinci halde milli hukuklar uygulama alanı bulacaktır.

Antlaşma, genel itibariyle menkullerin uluslararası satımı hakkındaki kuralları düzenlemektedir ve bu kurallar devletler özel hukuku kuralları değildir; yani hangi devletin kurallarının uygulanacağını belirlemezler (Schwenzer, Hachem, 2015:156; Atamer, 2005:4). Bunun yerine Antlaşma, düzenleme yaptığı konularda, doğrudan uygulanacak kurallar bütününü teşkil etmektedir.

Yine burada belirtmekte fayda bulunmaktadır ki genel olarak, milletlerarası ticari satımlarda karşılıklı akdi ilişki içerisinde hukuken korunması gereken daha zayıf bir taraf bulunmadığı varsayımı altında CISG, karşılıklı dengeyi gözeten düzenlemeler sevk etmiştir .

2.2. Altyapısı

CISG, küresel çapta satım sözleşmelerinin birleştirilmesi amacını haiz olması itibariyle gerek *"Kıta Avrupası", "Kara Avrupası" veya "Civil Law"*; gerekse *"Anglo-Saxon Hukuku", "Common Law"* hukuk sistemlerinin harmanlanması ile gerçekleştirilen ortak bir çalışma ürünü olarak karşımıza çıkmakta olup farklı hukuk sistemlerini birleştirme hedefindedir (Mistelis, 2012:8; Schwenzer, 2015:144). Hal böyle iken Türkiye'nin de içerisinde bulunduğu *"Kara Avrupası"* hukuk sisteminin yapısından bazı noktaları ile ayrılması kaçınılmazdır.

Bu ortak çalışmanın sürdürülmesi ve yeknesak bir uygulama elde edilmesi amacıyla birçok çalışma yürütülmektedir. Bu hususta CISG kapsamında çözüme bağlanan hakem ve mahkeme kararlarına tüm dünya üzerinden erişimin

sağlanabilmesi için UNCITRAL bünyesinde CLOUT (Case Law on UNCITRAL Texts) adı verilen bir içtihat bankası sistemi[8] kurulmuştur. Akit devletlerdeki muhabirler vasıtasıyla kararlar sistem üzerinden yayınlanmaktadır. Burada amaç, içtihatların, yeni alınacak kararlara yol göstermesidir. Zira, esasen CISG'nin yapısı böyle bir global ortamı zorunlu kılmaktadır.

Benzer bir şekilde Pace Hukuk Fakültesi Uluslararası Ticaret Hukuku Enstitüsü de CISG kapsamında çözümlenen içtihatları barındıran bir veri bankası[9] oluşturmuştur ve gerçekten de hali hazırda benzerleri ile kıyaslandığında en kapsamlı site olup bu yönüyle CISG'nin özel network ağının merkezi konumundadır (Mistelis, 2012:11; Çetiner, 2007:3139).

Bunun yanında merkezi Roma'da bulunan Centre for Comparative and Foreign Law Studies tarafından işletilen Unilex[10] de CISG içtihat bankası olarak içtihatların bir merkezde toplanmasına hizmet etmektedir. Benzer bir şekilde veri bankası olması hasebiyle Basel Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından işletilen CISG-online[11] da bu kaynakların arasında çok önemli bir yere sahiptir.

2001 yılı itibariyle görev yapmaya başlayan CISG Tavsiye Konseyi[12] de iç hukuk uygulamalarında çelişkili yorum ve görüşlerin bulunduğu, teori ve uygulamaya yönelik meseleler ile ilgili olarak tavsiye niteliğinde görüşler sunmaktadır (Schwenzer, 2015:150; Mistelis, 2012:11). Bunun yanı sıra Antlaşmanın 2012 senesinde tamamlanan online bir şerhi de bulunmaktadır ve söz konusu şerh içerisinde her madde ile ilgili açıklamalara ve ilgili içtihatlara yer verilmektedir[13]. Sayılan bu kaynakların hepsinden, çalışma esnasında da yararlanılmıştır. Esasen bu çalışmada dahi bahsi geçen kaynakların kullanılacak olması, hukukun birleştirilmesi amacının gerçekleşmesi yolunda büyük adımlar atıldığının bir göstergesidir. Biraz önce sayılanlara ek olarak, Antlaşmanın her akit devlet tarafından farklı bir şekilde yorumlanmaması amacıyla üniversiteler, barolar ve diğer uzman kuruluşlar nezdinde

[8] http://www.uncitral.org/uncitral/en/case_law.html/13.04.2016
[9] http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/casecit.html/12.04.2016
[10] http://www.unilex.info/13.04.2016
[11] http://www.cisg-online.ch/index.cfm?pageID=29/04.04.2016
[12] http://www.cisgac.com/14.04.2016
[13]https://www.uncitral.org/pdf/english/clout/CISG-digest-2012-e.pdf/04.04.2016

milletlerarası boyutta çalışmalar da yapılmaktadır ve bunlar da uygulamacılara yol göstermektedir (Aydın, 2007:17).

3. CISG'NİN TÜRK HUKUKUNDAKİ YERİ

Türkiye, UNCITRAL'in 2004-2007 çalışma dönemi üyelerinden olup üyeliğinden evvel UNCITRAL'in çalışmalarına birçok defa gözlemci sıfatıyla katılım göstermiştir (Castellani, 2012:2). Akabinde, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması, Türkiye Cumhuriyeti tarafından çekincesiz olarak 7 Temmuz 2010 tarihinde kabul edilmiş ve 1 Ağustos 2011 [14] tarihinde Antlaşma, iç hukukta uygulanmak üzere yürürlüğe girmiştir (Tarman, 2011:4; Zeytin, 2015:45).

Antlaşma, milletlerarası özel hukuk mevzuatımız uyarınca uygulanacak bir yabancı hukuk metninden ziyade, adeta yürürlükte olan bir T.C. yasası gibi uygulanmak üzere iç hukukun bir parçası halini almıştır (Akıncı, 2013:75; Zeytin, 2015:45). Esasen Antlaşmanın yürürlüğe girmesi ile Türk hukukunda taşınırların satımı hakkında yerine göre TBK hükümleri, yerine göre CISG hükümleri olmak üzere uygulanacak iki farklı hukukun mevcut olduğunun tespiti yerinde olacaktır (Öz, 2013:4). Bu hususta, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nu mülga eden 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun hazırlık aşamasında CISG hükümlerine paralellik gösteren bir yapının oluşturulmadığı, bu sebeple hakimin, önüne gelen uluslararası taşınır satımlarından kaynaklanan uyuşmazlıklar karşısında başka, yerel taşınır satımlarından kaynaklanan uyuşmazlıklar karşısında başka bir hukuku uygulayacak olmasının sorun teşkil edeceğine yönelik doktrinde eleştiriler bulunmaktadır (detaylı bilgi için bkz. Öz, 2013:4 vd.). Hal böyle olsa da, bu çalışmanın kapsamını oluşturmadığından, bu eleştirilere değinilmeyecektir.

[14] 5870 sayılı Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşmasına Katılmamızın Uygun Bulunduğuna Dair Kanun için bkz. 14.04.2009 T. ve 27200 S. Resmi Gazete. Katılım ve Antlaşma metni için bkz. 07.04.2010 T. ve 27545 S. Resmi Gazete. Türkiye tarafından Antlaşmanın 91/4. m. uygun olarak onay, kabul, uygun bulma ve katılma belgeleri 07.07.2010 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliği'ne tevdi edilmiş; Antlaşma, Türkiye bakımından Antlaşmanın 99/2. m. uyarınca onay, kabul, uygun bulma veya katılma belgesinin tevdii tarihten itibaren on iki ayın tamamlanmasını izleyen ayın ilk günü olan 01.08.2011 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

4. ANTLAŞMANIN UYGULAMA ALANI (Sphere of Application)

4.1. Uluslararası Karakter (CISG m.1)

CISG'nin 1. maddesine göre: *"(1) Bu Antlaşma, işyerleri farklı devletlerde bulunan taraflar arasındaki mal satımı sözleşmelerine, (a) bu devletlerin akit devletlerden olması veya (b) milletlerarası özel hukuk kurallarının akit bir devletin hukukuna atıf yapması halinde uygulanır. (2) Tarafların işyerlerinin ayrı devletlerde bulunması olgusu sözleşmeden veya sözleşmenin akdi sırasında veya öncesinde gerçekleşmiş olan görüşmelerden veya verilmiş olan bilgilerden anlaşılmadıkça dikkate alınmaz. (3) Bu Antlaşmanın uygulanmasında ne tarafların vatandaşlığı, ne tacir olup olmadıkları, ne de sözleşmenin adi veya ticari nitelikte olması dikkate alınır."*

Antlaşmanın ilk maddesinde, işyerleri farklı devletlerde bulunan taraflardan bahsedilmekle esasen hukuki ilişkinin uluslararası boyut taşıması gerektiği, iç satım ilişkilerine CISG'nin uygulanmayacağı düzenlenmektedir. CISG'nin uygulama alanının tayininde önemli olan, tarafların işyerlerinin nerede olduklarıdır; bu hususta taraflar arasındaki sözleşme konusu malların üretim yeri, teslim yeri veya alıcının para borcunu ifa edeceği yer gibi unsuların, Antlaşmanın uygulama alanının belirlenmesinde bir ölçüt olmadığı Antlaşmanın lafzından dahi anlaşılabilmektedir. Ancak, Antlaşma kapsamında işyeri tanımlanmadığından işyerinden kastın neresi olduğu muğlaktır. Dolayısıyla; bu husus, ancak içtihatlarla şekillenmektedir (Detaylı bilgi için bkz. United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) 2012:4; Schwenzer, Hachem, 2015:157).

Bu hususta süreklilik ve düzenlilik unsurları üzerinde durulmakta, tarafların düzenli ve sürekli iş yaptığı yerlerin işyeri olarak kabul edileceği, her durumda kuruluşların idari merkezinin bulunduğu yerin bu unsurları taşımayabileceği, şartlar gerçekleştiğinde hukuki ilişkiye konu yerin şube dahi olabileceği görüşlerine yer verilmektedir (Atamer, 2005:49; Mistelis, 2015:33). Taraflardan birisinin birden fazla işyeri olması halinde ise satım sözleşmesiyle en yakın bağlantılı olan işyeri dikkate alınacaktır (Schwenzer, Hachem, 2015:175; Mistelis, 2012:12). Haliyle bu hususun aydınlatılması, her halükarda somut olayın incelenmesi ile ortaya çıkacaktır.

Antlaşmanın uygulanmasında tarafların vatandaşlıkları da dikkate alınmamakta, tarafların tabiiyetlerine önem atfedilmemektedir. Örnek vermek gerekirse, işyeri Türkiye'de bulunan bir Türk vatandaşı ile işyeri Hollanda'da bulunan bir Türk vatandaşı arasında akdedilen taşınır satımı sözleşmesi, CISG'ye tabi olabilecektir (Toker, 2005:55).

Benzer bir şekilde tarafların tacir olup olmadıkları ya da sözleşmenin adi veya ticari nitelikte olması da hiçbir önem taşımamaktadır. İşyerleri farklı ülkelerde olan taraflar arasındaki taşınır mal satımı sözleşmelerinin mevcut olması halinde mühim olan yegane şey, tarafların CISG akit devletlerinden olması veya milletlerarası özel hukuk kurallarının akit bir devletin hukukuna atıf yapmasıdır. Doktrinde bu ilk durum için doğrudan (direct) uygulanma, ikinci durum içinse dolaylı (indirect) uygulanma kavramları kullanılmaktadır (Dayıoğlu, 2011:13-15; Özdemir Kocasakal, 2013:32; Mistelis, 2012:17-18). Dolaylı uygulanmaya örnek olarak işyeri Türkiye'de bulunan satıcı ile işyeri Birleşik Krallık'ta bulunan alıcı arasındaki satım sözleşmesi gösterilebilir. Birleşik Krallık Antlaşmaya taraf olmadığından doğrudan uygulanma mümkün olmayacaktır; ancak, taraflar arasında doğacak bir hukuki uyuşmazlıkta kanunlar ihtilafına göre, meselenin Türk hukukuna göre çözümlenmesi gerekiyorsa bu durumda Antlaşma dolaylı olarak hukuki uyuşmazlığa uygulanacaktır (Özdemir Kocasakal, 2013:32). Ancak, tarafların işyerlerinin farklı ülkelerde bulunması durumunda sözleşmeye uygulanacak ülke hukukunun kanunlar ihtilafı kurallarının akit olmayan bir devlete atıf yapması durumunda Antlaşma uygulanmayacaktır.

İrade serbestisinin kabul edildiği hukuk düzenlerinde, sözleşme taraflarının işyerlerinin bulunduğu ülkeler CISG'ye taraf olmasa dahi taraflar, aralarındaki sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak CISG'yi tayin etmekte özgürdür. Önem arz eden konulardan birisi, milletlerarası bir satım sözleşmesinde yer alan hukuk seçimi klozu ile CISG'ye taraf devletlerden birinin hukukunun seçilmesinin esasen CISG'nin uygulanacak hukuk olarak belirlenmesi anlamına gelmesidir (Mistelis, 2012:15; Schwenzer, Hachem, 2015:157). Örnek vermek gerekirse, taraflardan birisinin işyerinin Çek Cumhuriyeti'nde, diğerinin ise Türkiye'de olması halinde taraflar arasındaki sözleşmede, uyuşmazlık halinde Türk hukukunun uygulanacağını belirten bir klozun yer alması durumunda CISG, uygulama alanı bulmuş olacaktır. Zira, kabul edilmesi ile birlikte akit devletler, devletler genel hukuku kapsamında

Antlaşmayı, öngörülen uygulama alanında uygulama yükümlülükleri altına girdiklerinden (Schwenzer, Hachem, 2015:156). CISG, akit devlet olan Türkiye'de de iç hukuk halini almıştır.

Tarafların, hukuk seçimi olarak CISG'yi belirlemiş olmaları halinde, tahkimde de CISG, uygulanabilecektir. Zira, tahkim kurulları ne bulundukları devletin bir organıdır, ne de bulundukları devletin hukuku, kanunlar ihtilafı kuralları gereği uygulanmak zorundadır. Bu duruma paralele bir düzenleme ile, 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu da mutlaka bir milli hukukun seçilmesi yönünde taraflara baskı yapmamaktadır. Dolayısıyla, akit olmayan bir devlette de CISG'nin tahkimde uygulanmasına karar verilebilecektir (Schwenzer, Hachem, 2015:159; Akıncı, 2013:75). Ancak, her halükarda tarafların CISG kapsamına giren bir alanda sözleşme yapıyor olmaları gerekmektedir. İkinci bir yol olarak; tarafların, bir devletin hukukuna atıf yapmış olmaları durumunda, atıf yapılan devlet, akit devletlerden biriyse yahut taraflar, uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak tahkimi belirlemiş olsa dahi uygulanacak hukuk seçimi yapmamış ve kanunlar ihtilafına göre de uygulanacak hukuk, akit devletlerden birinin hukukuna işaret ediyorsa bu defa da yine CISG, tahkimde uygulanacaktır (Akıncı, 2013:76; Schwenzer, Hachem, 2015:160, 161). Görüldüğü gibi, burada da yine CISG'nin doğrudan ve dolaylı uygulamaları ortaya çıkmaktadır.

Son olarak CISG'nin 6. maddesine göre, satım sözleşmesinin tarafları, karşılıklı olarak anlaşmaları halinde, CISG hükümlerini, aralarındaki sözleşmeye uygulanması bakımından diledikleri şekilde değiştirebilecekler, hatta Antlaşmanın uygulanmayacağını da belirleyebileceklerdir (Mistelis, 2012:12; Akıncı, 2013:73). Dolayısıyla, CISG'nin uygulanabilmesi için tarafların, Antlaşmanın uygulanmasını bertaraf etmemiş olması gerekmektedir. Taraflar, irade serbestisi prensibine uygun olarak, açık bir şekilde aralarındaki hukuki ilişkiden doğacak uyuşmazlıklara CISG'nin uygulanmayacağını, yahut başka bir hukukun uygulanacağını kararlaştırarak CISG'nin uygulanmasını bertaraf edebileceklerdir. Aksi halde şartlarının oluşması durumunda Antlaşma, resen uygulanacaktır (Schwenzer, Hachem, 2015:156).

4.2. Taşınır Satımı Sözleşmeleri (CISG m.2-3)

Antlaşmanın 2. ve 3. maddelerine göre: *"Bu Antlaşma aşağıdaki satımlara uygulanmaz: (a) Kişisel veya ailevî ihtiyaç veya ev ihtiyacı için mal alınması; meğerki satıcı, sözleşmenin akdi sırasında veya öncesinde, malların böyle bir kullanım için alındıklarını bilmesin ve bilmesi gerekmesin; (b) Açık artırma yoluyla yapılan satımlar; (c) Cebri icra veya diğer kanun gereği yapılan satımlar; (d) Menkul kıymet, kambiyo senedi ve para; (e) Gemi, tekne, hava yastıklı taşıt veya hava taşıtı satımı; (f) Elektrik satımı (CISG m.2). (1) İmal edilecek veya üretilecek malların teminine ilişkin sözleşmeler satım sözleşmesi sayılır; meğerki, bunları sipariş eden taraf imalat veya üretim için gerekli olan malzemenin esaslı bir bölümünün teminini taahhüt etmiş olsun. (2) Bu Antlaşma, mal temin eden tarafın ediminin, ağırlıklı olarak, işgücü veya diğer bir hizmetin sağlanmasından oluştuğu sözleşmelere uygulanmaz (CISG m.3)."*

CISG'nin başlığında da ifade edildiği üzere CISG'nin uygulanma konusu, taşınır satımı sözleşmeleridir. CISG bağlamında satım sözleşmesinin ne anlam ifade ettiğini incelemek, Antlaşmanın bakış açısını daha doğru bir biçimde idrak etmek açısından son derece önemlidir. Hal böyle olsa da, CISG içerisinde satım sözleşmesi tanımlanmamış olmasına rağmen satım sözleşmesinin CISG anlamında ne ifade ettiği hususunda doktrinde herhangi bir tartışma bulunmamaktadır.

Yavuz'a göre *"CISG'nin 30 ve 53. madde düzenlemeleri birlikte değerlendirildiğinde, milletlerarası mal satımı, satıcının, satım konusu malları teslim ile mülkiyetini geçirmeyi; alıcının da semeni ödemeyi ve malları teslim almayı borçlandığı sözleşme olarak tanımlanabilecektir."* (Yavuz, 2014:314). Doktrindeki diğer tanımlar da bu tanım ile benzerlik göstermektedir (Atamer, 2005:36; Schwenzer, 2015:168; Mistelis, 2011:28, 29).

Yalnızca satım sözleşmelerini konu edinen CISG, hizmet sözleşmeleri veya eser sözleşmeleri gibi diğer sözleşmeler hakkında uygulanmamaktadır. Bununla birlikte CISG'nin 3. maddesi, imal edilecek veya üretilecek malların teminine ilişkin sözleşmeleri, satım sözleşmesi olarak kabul etmiş; ancak, bu malları sipariş edenin, imalat veya üretim için gerekli olan malzemenin esaslı bir bölümünün teminini

taahhüt etmemiş olması şartı aranmıştır. Maddede belirtilen esaslı bölümden ne anlaşılması gerektiği muğlak olmakla birlikte CISG Tavsiye Konseyi, bu hususta 4 numaralı görüşünde, ekonomik değerin ölçüt alınması gerektiğine işaret etmektedir (CISG Tavsiye Konseyi. (2004). http://www.cisgac.com/default.php?ipkCat=128&ifkCat=146&sid=146/10.04.2016).

Benzer bir şekilde trampa sözleşmeleri, yahut bir diğer adı ile mal değişim sözleşmeleri de kural olarak CISG kapsamı dışında değerlendirilmektedir. Zira, mal değişim sözleşmelerinde, ortada bir semen bulunmamaktadır (Schwenzer, Hachem, 2015:169, 170). Ancak; dikkat edilmesi gereken husus, sözleşme taraflarının her ikisinin de mal temin ettiği sözleşmelerde gerçekten bir trampanın mı yoksa daha ziyade iç içe geçmiş iki satım sözleşmesinin mi mevcut olduğudur (Heiderhoff, 2012:30). Dolayısıyla, somut olayın titizlikle incelenmesi neticesinde karar verilmesi gerekmektedir.

Antlaşmada, hangi sözleşmelere CISG'nin uygulanmayacağı, hangi sözleşmelerin satım sözleşmesi olarak yorumlanmaması gerektiği somutlaştırılmak istenmiş ve 3. maddeye ek bir düzenleme getirilerek mal temin eden tarafın ediminin, ağırlıklı olarak işgücü veya diğer bir hizmetin sağlanmasından oluştuğu sözleşmelere CISG'nin uygulanmayacağı öngörülmüştür.

Antlaşmanın 2. maddesinde, tek tek hangi malların satımında CISG'nin uygulanmayacağı belirtilmiş, bunların arasında kişisel veya ailevi ihtiyaç veya ev ihtiyacı için satılan mallara da yer verilmiştir. Antlaşma, bu hususta de facto olarak uygulamasını ticari satımlarla sınırlandırmıştır. Dolayısıyla, gerçek kullanım farklılık arz etse de, ancak amacın ticari olması durumunda CISG uygulanmaktadır (Schwenzer, Hachem, 2015:186, 187; Heiderhoff, 2012:26). Hal böyle olunca, CISG'nin tüketici sözleşmelerine uygulanmayacağı sonucu da çıkarılabilmektedir (Huber, 2007:1; Mistelis, 2012:20; Develioğlu, 2013:66-67; Schwenzer, Hachem, 2015:186). Ancak, bu hususta belirleyici olan kıstas, kullanım amacı olduğundan örneğin, bir büro için alınacak mutfak gereçleri hakkında CISG uygulanabilecektir (Atamer, 2005:41).

Antlaşmanın 2. maddesinde, kişisel veya ailevi ihtiyaç veya ev ihtiyacı için

satılan mallar, açık artırma yoluyla satılan mallar, cebri icra veya sair kanun gereği satılan mallar, menkul kıymetler, kambiyo senetleri, para, gemiler, tekneler, *hava yastıklı taşıtlar*, hava taşıtları ve elektrik enerjisi satımından kaynaklanan hukuki ilişkilere CISG'nin uygulanmayacağı açıkça düzenlenmektedir. Bu hususta dikkat etmek gerekir ki 7 Nisan 2010 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan[15] Antlaşmanın Türkçe çevirisinde 2. maddede geçen *hava yastıklı taşıtlar* ibaresi, her türlü hava yastıklı aracı çağrıştırması bakımından yanlış anlaşılmalara sebebiyet verebilecek niteliktedir. Antlaşmanın İngilizce versiyonunda *hovercraft*[16] olarak yer alan bu ifadede bahsedilen esasen sıklıkla deniz üzerinde kullanılan bir taşıttır. Dolayısıyla, şartlarını taşıması halinde hava yastıklarına sahip karayolu taşıtlarının uluslararası satımında, CISG'nin uygulanması noktasında herhangi bir sorun bulunmamaktadır.

Her ne kadar taşınmaz malların satımının CISG'nin uygulama alanı dışında olduğuna yönelik Antlaşma içerisinde açık bir düzenleme bulunmasa da gerek CISG'nin amacı (daha detaylı bilgi için bkz. UNCITRAL, 2012:7), gerek CISG'den kaynaklanan uyuşmazlıklar ile gelişen içtihat[17] ve gerekse doktrin (Ferrari, 1995:65; Heiderhoff, 2012:25; Apaydın, 2013:229), taşınmaz malların Antlaşmanın uygulanma kapsamı dışında olduğuna işaret etmektedir. Gerçekten de CISG kapsamında değerlendirilmesi gereken malların özellikleri arasında nakledilebilir olmaları yer almaktadır (Schwenzer, Hachem, 2015:171, 172; Heiderhoff, 2012:32). Ayrıca, Antlaşmanın; malın kalitesi, muhafazası, paketlenmesine ilişkin 35. maddesi, sözleşmeye uygun olmayan malın ikamesi ve onarımına ilişkin 46. maddesi, muhafazaya ilişkin 85. ve 88. maddeleri taşınmazlara uygulanabilir nitelikte değildir (Develioğlu, 2013:55).

CISG kapsamında değerlendirilmek için malların nakledilebilir olması özelliğinin yanında maddi olması da aranmaktadır. Haklar ve hatta know-how, bu

[15] http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2010/04/20100407-1.htm/17.04.2016

[16] Kara veya deniz üzerinde aşağıya doğru yaptığı hava basıncı sayesinde hava yastıkları üzerinde seyredebilen taşıt veya araç (Oxford Dictionary. Erişim: 02.05.2016, http://www.oxforddictionaries.com/definition/english/hovercraft)

[17] Nitekim, Köln İstinaf Mahkemesi, 26 Ağustos 1994 tarihli kararında yalnızca taşınır malların Antlaşmanın konusu olabileceğine dikkat çekmiştir, CISG-online no.132, http://cisgw3.law.pace.edu/cases/940826g1.html/14.04.2016; benzer yönde karar için bkz. Zug Mahkemesi'nin 21 Ekim 1999 tarihli kararı, CLOUT no.328, http://cisgw3.law.pace.edu/cases/991021s1.html/14.04.2016

sebepten ötürü mal kapsamında değerlendirilmemektedir. Ancak; tartışmalı olmakla birlikte çoğu yazara göre, maddi olmamalarına rağmen yazılımlar ve programlar, uygulama kapsamı içerisinde değerlendirilmelidir (Heiderhoff, 2012:32; Schwenzer, Hachem, 2015:172; Mistelis, 2011:32; Atamer, 2005:44).

İKİNCİ BÖLÜM

CISG KAPSAMINDA MALLARIN SÖZLEŞMEYE UYGUNLUĞU (Conformity of the Goods) (CISG m.35)

1. GENEL OLARAK

Çalışmanın özünü oluşturan sözleşmeye uygun mal teslim etme yükümlülüğü konusunu detaylıca incelemeye geçmeden evvel önemle belirtmekte fayda bulunmaktadır ki şahsına münhasır bir yapıyı haiz CISG incelenirken milli hukuk kavramlarını kullanmak, Antlaşma hükümlerinin yanlış yorumlanmasına sebebiyet verebilecek olması yönünden son derece sakıncalıdır.

Bu hususta; UNCITRAL'nin eski sekreteri John Honnold, *"homeward trend"* kavramını ortaya atmış ve bunu uluslararası nitelikteki metinlerin, ulusal hukukların önyargılı bakış açılarıyla irdelenmesi olarak tanımlamış (Aktaran: Flechtner, 2012:166) ve bunun, CISG'nin yanlış yorumlanmasına ve uygulanmasına sebebiyet verebileceğine dikkat çekmiştir. Buradaki çıkış noktası; esasen, hakimlerin "lex forismo" yani forum devletinin hukukunu uygulama eğiliminde olduklarıdır (Ferrari, 2009:23). Benzer bir görüşle Nasser ve Sato, *"homeward trend"* in CISG'nin sahip olduğu güvenilirliğinin ve öngörülebilirliğinin altını kazdığına dikkat çekmektedirler (Nasser, Sato, 2015:176).

Nitekim Antlaşmanın 7. maddesi ile de Antlaşmanın yorumunda milletlerarası niteliğinin dikkate alınması gerektiği, yeknesak uygulanmasının teşviki ve milletlerarası ticarette dürüstlük kuralının korunması gerektiği gözetilmektedir ki bu da otonom yorumu işaret eder.

Bir örnekle belirtmek gerekirse, konunun esasını oluşturan CISG kapsamında sözleşmeye uygun mal teslim etme yükümlülüğü kavramını Türk hukukundaki kavramlarla açıklamak, Antlaşmanın yanlış yorumlanmasına sebep olabilecektir. Şöyle ki, CISG kapsamında Türk hukukundaki alışılmış olan sistemin aksine objektif-sübjektif imkansızlık, temerrüt, ayıp, sözleşmenin müspet ihlali gibi

kavramlara yer verilmemektedir. Bunun aksine CISG, *"Common law"* hukuk sisteminin etkisi altında bu gibi durumları, doğrudan sözleşmeye aykırılık olarak nitelemektedir (Atamer, 2012:226; Atamer, 2005:182, Dayıoğlu, 2011:25; Zeytin, 2015, 117-118).

Nitekim, "Common Law" hukuk sistemi içerisinde bulunan İngiliz hukukunda *"warranty"* müessesi, borçlunun sözleşme altında üstlendiği tüm yükümlülüklerini garanti etmesi anlamına gelmekte olup ifa etmeme, geç ifa, ayıplı ifa gibi durumlarda tek sonuç, sözleşmeye aykırılığa bağlanan sonuçtur (Dayıoğlu, 2011:32; Yüksel, 2013:39). Dolayısıyla, sözleşmeye uygun mal kavramı yerine doktrinsel çalışmalarda veya yargı kararlarında hukukumuzda yer alan *ayıp* kavramının birebir olarak kullanılması, yeni çalışmalarda hatalar yapılmasına; hatta hukuki bir uyuşmazlık karşısında hakimlerin kavram karmaşası yaşamasına ve yanlış kararlar almasına yol açabilecektir. Zira, CISG kapsamındaki sözleşmeye uygunluk, çok daha geniş bir çatıyı haizdir (Aktürk, 2015:214). Örneğin, aliud ifa halinde yani alıcıya sözleşmede kararlaştırılan maldan başka bir malın teslim edilmesi durumunda da CISG kapsamında sözleşmeye uygun olmayan mal tesliminden; dolayısıyla, sözleşmeye aykırılıktan bahsedebilecektir (Zeytin, 2015:137; Schwenzer, 2015:721).

Her ne kadar bu iç hukuk kavramlarının kullanılması soyut kavramların somutlaştırılması bakımından kolaylık sağlıyor gibi gözükse de uluslararası antlaşmaların doğru yorumlanması ve uygulanması açısından takip edilmesi gereken yol, antlaşmaların kullandığı dile mümkün mertebe bağlı kalmaktan geçmektedir.

CISG kapsamında, sözleşmeye uygun olmayan malın teslim edilmesi, şartlarının oluşması halinde sözleşmenin ihlaline sebep olacaktır. Bu hususta Antlaşmanın 35. maddesinin aradığı sözleşmeye uygunluktan ayrılan her türlü farklılığı sözleşmeye aykırılık olarak yorumlamak gerekir (Yüksel, 2013:40; Schwenzer, 2015:717). Önemle belirtmekte fayda bulunmaktadır ki üçüncü kişilerin sözleşme konusu mallara ilişkin ayni veya şahsi bir mülkiyet hakkına dayanan hak ve talepleri (örneğin, fikri mülkiyet hakkına dayanan bir hak iddiası) sözleşmeye uygunluk kapsamı altında incelenmemektedir (Schwenzer, 2015:716, 717; Özel, Okyar, 2015:611). Bu hususlar esasen Antlaşmanın 41. ve 42. maddelerinde düzenlenmiş olup bu çalışmanın konusunu oluşturmamaktadır. Satıcının 35. madde

hükümlerine aykırı bir şekilde mal sunması durumunda, şartlarının oluşması halinde alıcı, Antlaşmanın 45. maddesinde kendisine sağlanan hakları kullanma hakkı elde edecektir.

Doktrinde (Atamer, 2005:184-196; Baysal, 2012:223-229; Aktürk, 2015:214-215; Kröll, 2011:499; Schwenzer, 2015:718) satım konusu malın, taraflar arasında belirlenen özelliklere uygunluğu sübjektif uygunluk; sözleşmesel uygunluk başlığı altında incelenmekte olup Antlaşmanın 35/1. maddesinde açıklanmaktadır. Bunun yanında, CISG'nin 35/2. maddesinde düzenlenen uygunluk hali ise sözleşme şartları altında özel bir belirleme yapılmamış olan malların, hangi koşullar altında sözleşmesel ilişki içerisinde uygun sayılabileceğini belirlemekte olup doktrinde objektif uygunluk başlığı altında incelenmektedir.

2. CISG KAPSAMINDA MALIN SÜBJEKTİF UYGUNLUĞU (Contractual Conformity of the Goods) (CISG m.35/1)

Antlaşmanın genelinde hakim olan sözleşme serbestisi prensibine uygun bir şekilde (Zeytin, 2015:163; Baysal, 2012:223) m.35/1, *"Satıcı, miktarı, kalitesi ve türü sözleşmede öngörülen malları, sözleşmede belirtilen paket veya muhafaza içinde teslim etmek zorundadır*." hükmünü haizdir.

Tarafların söz konusu maddede sayılanlar dışında kendi hür iradeleri ile diledikleri konuda sözleşmesel düzenleme yapma imkanlarının mevcudiyeti hususunda herhangi bir şüphe bulunmamaktadır; dolayısıyla, bu sayım da numerus clausus[18] değildir. Ancak, bu özelliklerin m.35 kapsamında değerlendirilebilmesi için doğrudan malın nesne olarak özelliklerine ilişkin olması gerektiği savunulmaktadır (Atamer, 2005:185).

Malların sahip olması gereken özellikleri açıkça veya zımni olarak da kararlaştırabilecektir. Zımni anlaşma ise, karşımıza en çok taraflarca belirli standartlara veya uluslararası antlaşmalara atıf yapılması halinde çıkmaktadır (Schwenzer, 2015:718; Atamer, 2005:189; Zeytin, 2015:164).

[18] Sınırlı sayı.

Maddenin lafzından anlaşıldığı kadarıyla taraflar arasındaki sözleşmede kararlaştırılandan daha az ya da daha fazla bir miktarda; daha alçak ya da daha yüksek bir kalitede; daha farklı bir türde veya öngörülenin aksine bir paket yahut muhafaza içerisinde sunulan mal, CISG'ye göre kural olarak sözleşmeye uygun olmayacaktır. Bu hususun ortaya çıkartılması adına yapılması gereken, taraflar arasında malın hangi özellikleri taşıması gerektiğinin kararlaştırıldığının tespit edilmesidir (Schwenzer, 2015, 718).

Önemle belirtmekte fayda bulunmaktadır ki, her ne kadar CISG, uluslararası bir metin olsa da somut olayların çözümünde hukuki yorum yapılması ihtiyacı kaçınılmazdır. Örneğin; kalite, tür, miktar veya muhafaza kavramları ile nelerin ifade edilmek istendiği, ne ölçüde esaslı bir farklılığın olduğu gibi konular, iç hukukta somut olay ile ilgilenen mahkeme nezdinde değerlendirilip çözüme kavuşturulacaktır. Bu hususta, Antlaşmanın 8. maddesinde, CISG'nin amacı çerçevesinde taraflardan birinin beyanları ve diğer davranışları, onun iradesine uygun olarak yorumlanır hükmü haizdir. Ancak, karşı tarafın bu iradeyi bilmesi veya bilmemesinin mümkün olmaması gerekmektedir. Aksi halde taraflardan birinin beyanları ve diğer davranışları, karşı taraf ile aynı konumda makul bir kişinin aynı koşullarda bunlara vereceği anlama göre yorumlanacaktır.

2.1. Miktar Bakımından (Quantity)

Metnin lafzından da anlaşılacağı üzere satıcı, malı taraflar arasında belirlenen miktarda sunmakla yükümlüdür. Buradan anlaşılması gereken ise, malın ne belirlenenden az ne de belirlenen daha fazla bir şekilde sunulmaması gerektiğidir (Kröll, 2011:495; Mullis, 2007:131; Schwenzer, 2015:719).

Antlaşmada, teslim edilen malın miktarının, taraflar arasındaki sözleşmede belirlenen miktardan fazla olması durumuna ilişkin olarak 52. maddede satıcının, sözleşmede belirtilenden daha fazla miktarda mal teslim etmesi halinde alıcıya bu fazla miktarı kabul veya red hakkı tanınmıştır; ancak, düzenlemeye göre alıcının, fazlayı kısmen veya tamamen teslim alması halinde bunun için sözleşmede öngörülen fiyat üzerinden ödeme yapması gerekmektedir. Dolayısıyla, artık böyle bir durumda ikrar, kabulden sayılmaktadır. Nitekim, Köln Eyalet Mahkemesi, 5 Aralık

2006 tarihinde verdiği kararında, satıcı tarafından gönderilen malların sözleşmeye aykırı olarak daha fazla bir miktarı teşkil ettiği anlaşılmış olsa da bu durumu ihbar etmeyen alıcının fazla miktardaki bu mallar için de ödeme yapması gerektiğine hükmetmiştir[19].

Görüldüğü üzere ileride[20] de detaylı olarak inceleneceği gibi; alıcının, m.38 ve 39'a uygun olarak makul bir süre içerisinde muayene ve ihbar yükümlülüğü bulunmaktadır ve bu yükümlülük miktardaki eksiklik veya fazlalığın boyutuna bakılmaksızın doğar. Zira, miktarın kararlaştırılan miktardan farkının az olması da kural olarak sözleşmeye uygun mal teslim edildiği anlamına gelmemektedir (Zeytin, 2015:165; Schwenzer, 2015:719).

Antlaşmada özel olarak eksik ifa müessesine yer verilmemiş, eksik miktarda mal teslim edilmesi de sözleşmeye aykırılık başlığı altında incelenmiştir. Kröll, belirlenen miktardan eksik miktarda mal teslimatı yapılması halinde Antlaşmanın 51. maddesine bakılmaksızın miktar konusundaki 35. madde hükümlerinin uygulanacağı görüşündedir (Kröll, 2011:494). Gerçekten de Antlaşmanın 51. maddesinde *"Satıcı malların yalnızca bir kısmını teslim etmiş ise veya teslim edilmiş malların yalnızca bir kısmı sözleşmeye uygun ise, 46 ila 50. maddeler eksik veya sözleşmeye uygun olmayan kısım için uygulanır. Eksik veya sözleşmeye uygun olmayan ifanın sözleşmeye esaslı aykırılık teşkil etmesi halinde alıcı sözleşmenin tamamının ortadan kalktığını beyan edebilir."* hükmü düzenlenmektedir ve buradan, eksik teslimin sözleşmeye uygun hale geleceğine yönelik de bir çıkarım yapmak mümkün değildir.

Uygulamada bazı sözleşmelerde miktar açısından bazı sapmaların mümkün kabul edildiği, *"aşağı yukarı", "yaklaşık", "takriben", "az veya çok"* gibi kelimelere sözleşmelerde miktar konusu içerisinde yer verildiği de görülmektedir (Baysal, 2012, 225; Kröll, 2011, 494; Yüksel, 2013:43). Örneğin; hafriyat alım satımında, tonlarca mal alım satımı ilişkilerinde kilo cinsindeki eksik veya fazlalıkların sözleşmeye aykırılık teşkil etmemesi gerekir. Miktar bakımında bu şekilde tolere edilebilir sapmaların bulunması halinde sözleşmeye aykırılığın var olduğu her olayda iddia edilemez (Kröll, 2011:494). Bunun gibi, taraflar arasında ticaret yaşamı gereği

[19] CISG-online no.1440, http://cisgw3.law.pace.edu/cases/061205g1.html/18.04.2016
[20] bkz. Bölüm 3 §.

bir teamül olduğunun kabul edilebileceği durumlarda da sözleşmede belirtilen miktardan farklı bir miktarda teslimat yapılması halinde sözleşmeye aykırılığın var olmadığı kabul edilmektedir (Özdemir, 2016:208; Schwenzer, 2015:719).

Miktardaki sözleşmeye aykırılık, satım konusu belgelerden de anlaşılabilecek durumda olabilir. Böyle bir durumda da örneğin, sözleşme konusu belgelerden malların eksik olduğu anlaşılıyorsa artık burada eksik ifadan değil, malın sözleşmeye aykırılık teşkil ettiğinden bahsedilecektir (Schwenzer, 2015:719; Özdemir, 2016:208).

2.2. Kalite Bakımından (Quality)

Antlaşmanın 35/1. maddesi uyarınca, satıcı tarafından, taraflar arasındaki sözleşmede belirlenen kalitede bir malın teslim edilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla, metnin lafzından da anlaşılacağı üzere, kural olarak daha kötü kalitede, benzer kalitede, hatta daha iyi kalitede bir malın teslim edilmesi sözleşmeye aykırılık teşkil edecektir (Schwenzer, 2015:720). Ancak, elbette daha iyi kalitede bir malın teslim edilmesi halinde alıcının bu sözleşmeye aykırılığa dayanabilmesi için bu durumun Antlaşmanın 25. maddesi bağlamında sözleşmeye esaslı bir aykırılık teşkil etmesi gerekecektir. Zira, aksi halde sözleşmede belirlenenden daha iyi kalitede bir malın fiyat farkı talep edilmeksizin sunulması halinde alıcının bu ifayı reddetmesi, durumun koşulları değerlendirildiği taktirde dürüstlük kuralına aykırı olabilecektir.

Kaliteden anlaşılması gereken malın salt fiziksel özellikleri ile sınırlı değildir; malın üretim yerinin de kalite unsurları içerisinde yer aldığı savunulmaktadır (Mullis, 2007:132; Schwenzer, 2015:720). Örnek vermek gerekirse, satım konusu bir makinenin Alman malı olarak belirlenmesine karşın satıcı tarafından Çin malı bir makinenin teslim edilmesi, her ne kadar makinede başkaca herhangi bir kalite eksiği bulunmasa dahi bu teslimat, sözleşmeye aykırılık teşkil edecektir. Nitekim Saarbrücken Eyalet Mahkemesi, 1 Haziran 2004 tarihli kararında, işyeri Polonya'da bulunan satıcı tarafından Polonya malı olarak gönderilen paletlerin, işyeri Almanya'da bulunan alıcı tarafından teslim alınması akabinde Alman gümrük yetkililerinin malın Polonya'dan gelmediğini bildirmesi üzerine taraflar arasında husumet doğmuş, mahkeme kalite bakımından olayda sözleşmeye aykırılık

bulunduğu kanaatine varmıştır[21].

Malın fiziksel özelliklerinin yanında; malın çevresi ile olan sosyal, ekonomik veya hukuksal ilişkileri de malın kalitesi kapsamı altında yorumlanır (Atamer, 2005:189, 190; Schwenzer, 2015:720). Bu doğrultuda malın hammaddesi, imal yılı, görünüşü gibi unsuları da malın kalitesi çerçevesinde değerlendirilir. Unutmamak gerekir ki taraflar; malın hammaddesi, imal yılı, görünüşü gibi unsuları yanında akla gelebilecek her konuda sözleşme içerisinde düzenleme yapma serbestisine sahiptir (Atamer, 2005:189; Kröll, 2011:495, 496). Bunun gibi, çocuk işçilerin, malın üretim aşamasında görev almaması veya temel etik değerlere özen gösterilmesi gibi hususlar dahi kalite kapsamında değerlendirilmektedir (Zeytin, 2015:164; Kröll, 2011:495).

Kröll, satım konusu malın taşıması gereken kimyasal yapısından ayrılan durumlarını da kalite açısından sözleşmeye aykırılık olarak yorumlar (Kröll, 2011:495). Nitekim, Landshut Eyalet Mahkemesi, 5 Nisan 1995 tarihli kararında, alıcının müşterilerinin satılan malları iade etmek üzere başvurmaları ve yeniden aynı mağazadan alışveriş yapmayı tercih etmemeleri üzerine ortaya çıkan ve yapılan incelemeler neticesinde satıcı tarafından sağlanan spor giyim eşyalarının yıkanması ile 10% ila 15% oranında çekme yaptıklarının tespit edilmesi üzerine bu malların kalite bakımından sözleşmeye aykırılık teşkil ettiklerine karar vermiştir[22]. Zira, malın kimyasal yapısı, malda var olması gereken kalite unsurlarından ayrılmıştır. Benzer bir şekilde; satıcı tarafından, sözleşme tarafları arasında belirlenen orandan daha düşük öze sahip ham plastiğin gönderilmesi ve alıcının bu plastik ile imal ettiği pencerelerin güneşten daha az koruma sağlaması iddiaları ile alıcı tarafından Paderborn Eyalet Mahkemesinde açılan davada mahkeme, 25 Haziran 1996 tarihli kararında, satıcı tarafından sağlanan malın kalitesini yetersiz görmüş ve durumu sözleşmeye aykırı mal sunulması olarak değerlendirmiştir (UNCITRAL, 2012:144).

Taraflar, malların nitelikleri bağlamında sözleşmenin koşullarını direkt olarak kendi aralarında belirleyebilecekleri gibi belirli standartlara veya normlara yönlendirme yapma ya da genel işlem şartlarını kendi sözleşmelerine dahil etme gibi yöntemlerden birini seçmekte özgürdür (Kröll, 2011:495; Atamer, 2005:185).

[21] Clout no.590, http://cisgw3.law.pace.edu/cases/040601g1.html/18.04.2016
[22] CISG-online no.193, http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950405g1.html/18.04.2016

Tarafların CE standartlarının malda bulunması koşulunu araması bu duruma örnek olarak gösterilebilir (Zeytin, 2015:164; Kröll, 2011:495). Böylesi bir durumda, taraflar arasında gönderme yapılan standartları taşımayan mallar, kalite bakımından sözleşmeye aykırı mal olarak yorumlanacaktır. Bunun yanında, ülkelerin hukuki düzenlemeleri doğrultusunda bazı mallarda bu standartların aranması zorunlu da olabilmektedir. Bu gibi durumlarda, kural olarak malın üretiminde, bu standartlara uyulması, kalite kapsamında değerlendirilmektedir.

Bunun yanında, malların belirli sertifika veya belgeleri içermesi, taşıdıkları markalar da kalite kapsamında değerlendirilmektedir. Hatta öyle ki, ürünün kullanım kılavuzunun (Baysal, 2012:227; Kröll, 2011:496) veya kurulum talimatlarını içeren belgesinin mevcut olmaması dahi bunlara örnek olarak verilebilmektedir; ancak, konşimento veya çeki listesi gibi belgelerin eksikliği kalite noksanlığından sayılmamıştır (Kröll, 2011:496; Özdemir, 2016:211). Nitekim, Münih Yüksek Mahkemesi'nin 13 Kasım 2002 tarihli kararında, tarım ürünü olan sözleşme konusu malın organik üretim belgesinin olmaması, kalite eksikliği olarak yorumlanmıştır[23]. Benzer bir şekilde; Sırbistan Tahkim Kurulu, 23 Ocak 2008 tarihli kararında, malın orijini ve bu orijini kanıtlayan belgenin sunulmasının gerekli olduğuna, aksi halde malda kalite noksanlığı bulunacağına değinmiştir [24].

Unutmamak gerekir ki, taraflar arasındaki sözleşmede, tolere edilebilecek kalite farklılıklarının belirlenmesi, ait olunan ticari sektörde olağan kabul edilen kalite farklılıkları ya da taraflar arasındaki hukuki ilişki süreci boyunca teslimatı yapılan mallardaki kalite farklılarına alıcı tarafından daha önceden itiraz edilmemiş olması ile durumun pratik haline gelmesi gibi hallerde, malların kalite noksanlığı sebebiyle her zaman sözleşmeye aykırılık teşkil edeceği kanaati gerçeği yansıtmayacaktır (Kröll, 2011:496; Yüksel, 2013:42; Schwenzer, 2015:721). Ancak, 17 Ocak 2007 tarihli aksi yönde kararında Saarbrücken Eyalet Mahkemesi, satım konusu malların paketlenmesinin sözleşmede belirlenen yöntemin dışında yapılmasının taraflar arasında, taşınan malın hasar görmesi ile çıkan uyuşmazlık anına kadar sorun teşkil etmemesi, sözleşmeye aykırı bu paketlemeyi taraflar

[23] CISG-online no.786, http://cisgw3.law.pace.edu/cases/021113g1.html/24.04.2016
[24] CLOUT no.1022, http://cisgw3.law.pace.edu/cases/080123sb.html/24.04.2016

arasında kabul edilmiş uygulama haline getirmeyeceğine karar vermiştir[25].

Tarafların, malın kalitesini doğrudan ya da dolaylı olarak belirledikleri sözleşmelerde malın, belirlenen kalitede olup olmadığının tespiti hususu sorun teşkil etmese de bu belirlemenin yapılmadığı durumlarda problemler karşımıza çıkmaktadır ki bu konu aşağıda[26], Mutat Kullanım Amacı başlığı altında kapsamlı olarak incelenecektir. Bu hususta UNIDROIT[27] ilkelerinin[28] 5.1.6. maddesinde, taraflar arasındaki sözleşmede, ifanın kalitesinin belirlenmemiş ve belirlenebilir olmaması halinde, sözleşmeci tarafın, koşullara göre makul ve ortalamanın altında olmayan ifada bulunması gerekliliğinden bahsedilmiştir.

Bazı münferit durumlarda malların, miktar veya kalite açısından hangi unsurunun sözleşmeye aykırılık teşkil ettiği anlaşılamamaktadır. Ne var ki, Antlaşmanın her ikisi açısından da bağladığı sonuç aynı olduğundan böyle bir hususun esasen çok da önem arz etmediğine dikkat çekilmektedir (Schwenzer, 2015:720).

2.3. Tür Bakımından (Description)

Sübjektif uygunluk başlığı altında incelenen bir diğer alt başlık, malın türü bakımından sözleşmeye uygunluğudur. Antlaşmanın 35/1. maddesi uyarınca, satıcı tarafından, taraflar arasındaki sözleşmede belirlenen türde bir malın teslim edilmesi gerekmektedir; aksi halde sözleşmeye uygun olmayan bir mal teslimatı yapılmış olur

[25] CLOUT no.1236, http://cisgw3.law.pace.edu/cases/070117g1.html/24.04.2016
[26] bkz. Bölüm 2 § 3.1.
[27] International Institute For The Unification Of Private Law - 1926 yılında Milletler Cemiyeti'nin ikincil bir organı olarak Roma'da dünya çapında hukukun birleştirilmesi çalışmalarını yürütmek amacıyla kurulmuştur. UNIDROIT İlkeleri adı altında CISG maddeleri hakkında kuruluşun düşünceleri de beyan edilmiştir
[28] UNIDROIT İlkeleri, UNIDROIT Principles 2010 s.1'de açıklandığı üzere *"Bu İlkeler uluslararası ticari sözleşmeler için genel kurallar koymaktadır. Bu İlkeler tarafların sözleşmelerinin bu İlkeler tarafından yönetilmesi hususunda anlaştıkları zaman uygulanacaktır. Bu İlkeler tarafların sözleşmelerinin hukukun genel ilkeleri, lex mercatoria veya benzerleri tarafından yönetilmesi hususunda anlaştıkları zaman uygulanabilir. Bu İlkeler taraflar sözleşmelerini yönetmek için herhangi bir hukuk seçmediklerinde de uygulanabilir. Bu İlkeler uluslararası tekbiçim hukuk metinlerinin yorumlanmasında veya tamamlanmasında kullanılabilir. Bu İlkeler ulusal ve uluslararası yasa yapıcılar için bir model teşkil edebilir"* amaçlarını havidir.

ki bu da kural olarak genel sözleşmeye aykırılığın sonuçlarını doğurur.

Esasen metnin İngilizce versiyonunda tür ifadesi yerine "description", yani Türkçe karşılık olarak "tanım" ifadesi yer almaktadır. Atamer bu farklılığı, "Common Law" hukuk sistemi içerisinde, başka bir tür ile ifaya yeknesak olarak genel sözleşmeye aykırılık sonuçlarının bağlanması ile açıklar. Zira, Antlaşmaya taraf ve anadili İngilizce olan büyük iki devletten gerek Amerika, gerekse Birleşik Krallık, "Common Law" hukuk sistemi içerisinde yer almaktadır. Oysa, Türkiye gibi "Kara Avrupası" hukuk sistemi içerisinde yer alan Fransa için, metnin Fransızcasında "Type", Almanya için, metnin Almancasında "Art" ifadeleri yer almaktadır ve bu ifadeler de bizdeki gibi "tür" anlamındadır (Atamer, 2005:190). Bu durumun altında yatan yegane sebep, genel olarak *"Kara Avrupası"* hukuk sisteminde edimin başka bir tür ile ifa edilmesine ve ayıplı ifasına bağlanan hukuki sonuçların farklı olmasıdır. *"Common Law"* hukuk sistemi içerisinde ise, *"Kara Avrupası"* hukuk sisteminin aksine her iki duruma karşı genel sözleşmeye aykırılık kuralları işletilmektedir (Atamer, 2005:191; Baysal, 2012:227). Edimin, başka bir tür ile ifasından kasıt, aliud ifadır ve satılandan başka bir şeyin teslimini ifade etmektedir (Aral, 2010:111; Kröll, 2011:496). Aliud ifaya bağlanacak sonuç, esasen "Kara Avrupası" hukuk sisteminde sıklıkla tartışılan bir mevzudur. Bu tartışmaların ötesinde çıkarılacak sonuç ise satıcının, edimini farklı tür ile ifa etmesi, edimin hiç ifa edilmemiş olarak kabul edilmesi halinde genel sözleşmeye ay¬kırılık hükümlerine tabi olacak ve satıcı ifa etmeme nedeniyle temerrüde düşürülebilecektir. Öte yandan aliud ifa, sözleşmeye aykırı dahi olsa bir ifa olarak kabul edilecek olursa satımda ayıp hükümleri uygulanacaktır (Atamer, 2005:191).

Gerçekten de Türk hukukunda da aliud teslimi, borcun ifası olarak kabul edilmemekte; alıcı, satıcıyı aliud ifa karşısında temerrüde düşürebilmektedir; fakat alıcı dilerse aliud ifayı kabul edebilmektedir ya da sözleşmede kararlaştırılan şeyin kendisine teslimi talebinde bulunabilecektir (Yavuz, 2014:88; Işıntan, 2013:168).

"Civil Law" ve *"Common Law",* birçok noktada birbirinden ayrıldığı gibi bu noktada da birbirinden ayrı yapıyı haizdir. Ancak, CISG bu konuda *"Common Law"* sistemindeki çözüm yolunu tercih etmiş, esasen tartışmaların sona ermesine katkı sağlamaya çalışmış ve yeknesak bir çözüm sunmuştur (Erdem, 2013:264). Bu

vesileyle Antlaşma, ayıplı ifa ile aliud ifa arasında herhangi bir fark gözetmemiş; durumu edimin ifa edilmemesi olarak değil, edimin sözleşme şartlarına aykırı olarak ifa edilmesi şeklinde düzenlenmiştir (Baysal, 2012:227). Hal böyle olsa da doktrinde tartışma sürmektedir. Bazı yazarlar (Konu hakkında bkz. Kröll, 2011:497; Zeytin, 2015:165; Özdemir, 2016:212; Kröll, 2011:497; Atamer, 2005:191; Schwenzer, 2015:721) aliud ifa halinde teslimin yerine getirilmediğini savunmakta ve bu durumu Sekreterya Şerhine [29] dayandırmaktadır. Gerçekten de, taslak CISG'nin 29. maddesinin Sekreterya Şerhinde (UNCITRAL, 1979:29-30) *"Mısır yerine patates teslim edilmesi ifa sayılmaz."* ifadesi yer almaktadır. Bu yönde düşünenlerin eleştirilerinden birisi de, aliud ifa karşısında dahi alıcının ihbar yükümlülüğü altında olmasıdır. Ancak, ileride[30] detaylı olarak inceleneceği üzere sözleşmeye esaslı bir aykırılığın bulunması durumunda CISG'nin 40. maddesi düzenlemesi devreye girecektir. Buna göre; sözleşmeye aykırılık, satıcının bildiği veya bilmemesinin mümkün olmadığı ve alıcıya açıklamadığı olgulara dayanıyorsa satıcı, alıcının ihbar veya muayene külfetine dayanamayacaktır. Haliyle, kararlaştırılan maldan aşikar bir şekilde farklı bir malın teslim edilmesinde de çoğu durumda satıcı, bu hususta haberdar olacağından alıcı ihbar yükümlülüğünü yerine getirmese de hak kaybına uğramayacaktır. Bu sebepten ötürü Kröll, aliud ifa ile ayıplı ifa kavramlarının tartışılmasının pratikte bir mantığının olmadığı görüşündedir (Kröll, 2011:497). Ancak, bu hususta satıcının gerçekten de aliud tesliminden haberi olmadığı, iyi niyetli olduğu durumlar için satıcı adına daha fazla korunma sağlanmalıdır (Atamer, 2005:193; Schwenzer, 2015:722).

Doktrinde çoğunluk görüş, aliud ifanın da ifa sayılacağı; ancak, sözleşmeye aykırı ifa olarak yorumlanacağı şeklindedir (Mullis, 2007:133; Kröll, 2011:497; Atamer, 2005:191; Schwenzer, 2015:721). Zira, CISG'in 35. maddesi açıkça, farklı türde bir malın teslim edilmesi halinde sözleşmeye uygun olmayan bir mal teslim edilmiş olur hükmünü haizdir. Ayrıca, bu durum hukuki güvenliği de tesis etmektedir (Özdemir, 2016:213). Zeytin, bu hususta en açık görüşlerden birisini ifade eder ve taraflar arasındaki sözleşmede kararlaştırılan malın türü ile teslim edilen malın türü arasındaki her farklılığın (bu farklılık aliud ifadan kaynaklansa dahi) CISG m.35

[29] UNCITRAL Sekretaryası'nın 14 Mart 1979'de yayımlanan CISG Şerhi için bkz. http://www.globalsaleslaw.org/index.cfm?pageID=644/24.04.2016
[30] bkz. Bölüm 3 § 3.6.2.1.

anlamında sözleşmeye aykırılık teşkil edeceğini ifade eder (Zeytin, 2015:165).

Alman Fedarel Mahkemesi, 3 Nisan 1996 tarihli bir kararında, konuyu çok iyi bir şekilde açıklayarak CISG'nin amaçladığı doğrultuda bir karar almıştır. Kararda özetle, farklı türde ve eksik kalitede teslim edilen mal, Alman hukukunda aliud ifa olarak yorumlansa da CISG kapsamında aliud ifa ile ayıplı ifa arasında bir ayrım gözetilmediğine değinilmiş, hatta satım konusu mal ile teslim edilen malın birbirinden apayrı şeyler olması durumunda dahi sonucun değişmeyeceği değerlendirilmiştir[31]. Benzer bir şekilde Stuttgart Eyalet Mahkemesi, 6 Haziran 2002 tarihli kararında, satıcı tarafından somaki mermerden yapılmış kaldırım taşı yerine çakıl taşından yapılmış kaldırım taşının teslim edilmesi neticesinde ortaya çıkan uyuşmazlıkta, olayda aliud ifanın söz konusu olup olmadığının değerlendirilmesine gerek olmadığını, ifa aliud olsa da sözleşmeye aykırı bir mal teslimi şeklinde yorumlanacağını değerlendirmiştir[32].

2.4. Muhafaza ve Paketleme Bakımından (Packaging)

Günümüzde uluslararası ticaretin büyük önemi haiz olması itibariyle ticarete konu malların taşınması ile ilgili hususlar da bir hayli önem kazanmıştır. Zira, uluslararası taşıma gerçekten de çok uzak yerlere kadar yapılmakta sınır tanımamaktadır ve bu taşıma esnasında salt muhafaza veya paketlemeden dolayı dahi bazı problemlerin doğması muhtemeldir. CISG bu bağlamda, birçok iç hukuktan ayrılarak (Kröll, 2011:498; Atamer, 2005:194; Schwenzer, 2015:722), taraflar arasında ticarete konu malların muhafazası ve paketlenmesi için belirlenen kriterlerden sapılması halini de kural olarak sözleşmeye aykırı mal teslimi olarak değerlendirmiş ve konuyu, diğer sözleşmeye aykırılıklar ile aynı kategoride incelemiştir. Buna göre, taraflar malın ambalajı konusunda bir anlaşma yapmışlarsa, satım konusu mal, bu belirlenen paket veya muhafaza içerisinde teslim edilmelidir; aksi halde kural olarak sözleşmeye aykırılık ortaya çıkacaktır (Zeytin, 2015:165; Mullis, 2007:134).

Doktrin (Yüksel, 2013:44; Özdemir, 2016:214-215; Baysal, 2012:228; Kröll,

[31] CISG-online no.135, http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960403g1.html/24.04.2016
[32] CISG-online no.909, http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020604g1.html/24.04.2016

2011:498; Atamer, 2005:194), muhafaza ve paketleme yükümlülüğünü bu noktada ikiye ayırarak inceleme konusunda uzlaşı halindedir. İlk olarak, malın ambalajının, malın korunması, zarar görmesinin engellenmesi amaçları dışında, daha öte bir amaca sahip olması halinde; örneğin, ambalajın marka imajı taşımasında veya ambalajın malın niteliklerinden biri olması durumunda ambalajsız veya bozuk ambalajlı bir şekilde malın teslim edilmesi sözleşmeye aykırılık teşkil edecektir (Atamer, 2005:195; Baysal, 2012:229). Bu duruma örnek olarak kol saatlerinin, parfümlerin veya bazı hediyelik eşyaların ambalajları verilebilir. Zira, bu malların ambalajlarının koruma ve muhafaza amaçlarından daha ötesinde amaçları bulunmaktadır. İkinci durum ise ambalajların salt koruma, muhafaza ve nakil amaçlarını haiz olmasıdır. Bu durumda malların, sorunsuz bir şekilde teslim edilmesi halinde, salt uygun paketlemenin olmamasından bahisle sözleşmeye aykırılığın iddia edilmesi CISG'nin 7. maddesinde yer alan dürüstlük ilkesinden sapma olarak yorumlanmaktadır (Kröll, 2011:498; Atamer, 2005:195).

Muhafaza ve paketlemeye yönelik anlaşmanın zımni olarak yapılabileceği ve taraflar arasındaki teamüllerin de zımni bir anlaşmaya imkan verebileceği kabul edilmektedir (Baysal, 2012:228; Kröll, 2011:498). Lakin, bu durumun aksi yönünde kararlar da bulunmaktadır. Örneğin, işyeri Almanya'da bulunan alıcı şirketin, işyeri İtalya'da bulunan satıcı şirketten mermer satın alması akabinde, taşınan mermerlerin bir kısmının paketlenmesinden ötürü zayi olması sebebiyle taraflar arasında ortaya çıkan uyuşmazlıkta Saarbrücken Yüksek Mahkemesi, 17 Ocak 2007 tarihli kararında, daha önce yapılan teslimatlar sırasında herhangi bir sorunun yaşanmamış olmasına önem atfetmemiş, durumu paket ve muhafaza yükümlüğünün ihlali olarak değerlendirmiştir[33]. Özetle mahkeme, olayda taraflar arasında zımni bir belirlemenin yapılmış olduğu hususunu göz ardı etmiştir.

Unutmamak gerekir ki, muhafaza ve paketleme uygunluğunun ihlali karşısında da alıcının muayene ve ihbar yükümlülüğü bulunmaktadır. Aksi halde alıcı sözleşmeye aykırılık karşısında sağlanan imkanlardan yararlanamayacaktır. Ayrıca alıcı, malın paketlenmesinde herhangi bir hata gördüğü taktirde malların yeniden paketlenmesini talep etme hakkına da sahiptir (Özdemir, 2016:214).

[33] CLOUT no.1236, http://cisgw3.law.pace.edu/cases/070117g1.html/24.04.2016

Malların yanlış paketlenmesi sonucunda zarar, hasarın geçmesi anından sonra ortaya çıkmış olsa dahi paketleme yükümlülüğü sözleşmede belirlenmiş ise satıcı bu yükümlülük ile sorumlu olacaktır (Kröll, 2011:498; Özdemir, 2016:215). Nitekim 29 Nisan 1996 tarihli bir tahkim kararında, meyvelerin belirlenen konteynır ve kutularda taşınmaması sebebiyle hasar görmesi sonucunda, taraflar arasında çıkan uyuşmazlıkta, her ne kadar durum hasarın geçmesinden sonra ortaya çıkmış olsa da yanlış paketleme ve muhafaza hükümlerinin ihlali neticesiyle satıcı sorumlu tutulmuştur[34].

Aşağıda [35] detaylandırılacağı üzere CISG, malın objektif yükümlülüğü çerçevesinde de m. 35/2 altında paketleme ve muhafaza yükümlülüğünden bahseder; ancak, 35/2. maddede bahsedilen yükümlülük, taraflar arasında belirlenene değil, malın korunması için gerekli olan paketleme ve muhafaza usulüne işaret eder.

3. CISG KAPSAMINDA MALIN OBJEKTİF UYGUNLUĞU (Conformity with the Standards Set Out in the CISG) (CISG m.35/2)

Tüm hukuk düzenlerinde; teslim edilen malların, yalnızca taraflarca kararlaştırılan özelliklere uygun olmasından ziyade, bazı objektif kriterlere de uygun olmaları aranmaktadır (Atamer, 2005:196; Mullis, 2007:134). Örnek vermek gerekirse, satın alınacak bir makinenin demirinin paslı olmaması, buz kovasının soğuğa dayanaklı olması, satılan meyvelerin çürük olmaması zaten maldan beklenen niteliklerdir. Dolayısıyla, her durumda malların, bu tarzda özellikleri taşıması, taraflar arasındaki sözleşmelerde tek tek sayılmayabilir. Esasen; bu tarzda bir sayım olağan da değildir. Böylesi bir durum karşısında CISG, birçok hukuk düzeninde olduğu gibi malların bazı objektif kriterlere uygunluğunu aramaktadır.

Malın objektif uygunluğu, sözleşmede aksine bir hüküm bulunmaması durumunda uygulanacak kriterleri ifade eder; başka bir deyişle, ancak sübjektif uygunluk kıstasına başvurulamadığı hallerde, yani taraflarca malın miktarı, kalitesi, türü, paketlenmesi ve muhafazası hakkında bir düzenleme yapılmamış olması yahut böyle bir düzenleme yapılmış olsa dahi bu düzenlemenin yeterli olmaması halinde

[34] CLOUT no.1194, http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960429m1.html/24.04.2016
[35] bkz. Bölüm 2 § 3.4.

devreye giren kurallardır (Schwenzer, 2015:722). Bu durum da açıkça göstermektedir ki, Antlaşmanın 35/1. maddesi, ana kural; 35/2. maddesi ise yedek kural olup bir takım tamamlayıcı objektif yükümlülükler getirmektedir (Baysal, 2012:229; Yüksel, 2013:45).

Zeytin, objektif uygunluk kriterine başvurmak için, taraflar arasındaki sözleşmede malın uygunluğu bakımından spesifik bir hüküm bulunmamasının yanında, böyle bir spesifik hükmün yokluğunda ticari bir teamülün işletilememesinin de gerektiğini ifade eder ve bunu Antlaşmanın 9. maddesine dayandırır (Zeytin, 2015:165). Gerçekten de Antlaşmanın ilgili maddesine göre; taraflar, uygulanmasını kabul ettikleri teamüller ve aralarında yerleşmiş olan alışkanlıklarla bağlıdır. Ayrıca, aksi kararlaştırılmadıkça, tarafların bildiği veya bilmesi gerektiği ve milletlerarası ticarette aynı tür sözleşmeleri ilgili ticari branşta akdedenler tarafından yaygın olarak bilinen ve düzenli olarak uygulanan teamüllerin sözleşmelerine ve sözleşmenin kurulması aşamasına uygulanmasını zımnen kabul ettikleri varsayılır.

Malın objektif uygunluğu CISG'nin 35/2. maddesinde aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir: *"Taraflarca aksi kararlaştırılmadığı takdirde, mallar ancak aşağıdaki hallerde sözleşmeye uygun sayılırlar: (a) aynı türden malların mutat olarak tahsis edildiği kullanım amacına uygun iseler; (b) sözleşmenin kurulması esnasında açıkça veya zımnen satıcıya bildirilen her türlü özel kullanım amacına uygun iseler; meğerki koşullardan, alıcının, satıcının bilgisine ve değerlendirmesine güvenmediği veya güvenmesinin makul olmadığı anlaşılsın; (c) satıcının alıcıya örnek veya model olarak sunduğu malların kalitesine sahip iseler; (d) ilgili türden mallar için mutat sayılan şekilde veya böyle mutat bir şeklin var olmadığı hallerde, malın muhafazası ve korunmasına uygun olan şekilde paketlenmiş iseler."*

Objektiflik uygunluk kriterleri açısından belki de en önemli husus, malın hangi durumda, taraflarca kararlaştırılan amaca hizmet edeceğinin saptanmasıdır. Yani; sözleşme tarafları, somut olaydaki satım sözleşmesinin gereksinimlerini kararlaştırmış olsalardı, bunlar neler olurdu sorusuna verilecek cevap, burada önem arz etmektedir (Schwenzer, 2015:722).

Antlaşmanın 35/3. maddesinde ise *"(3) Alıcının sözleşmenin kurulması*

anında bildiği veya bilmemesinin mümkün olmadığı sözleşmeye aykırılıklardan satıcı, fıkra 2'nin (a) ila (d) bentleri çerçevesinde sorumlu değildir." hükmüne yer verilmiştir. Sübjektif uygunluk ile objektif uygunluk arasındaki en temel fark, Antlaşmanın 35/3. maddesi ile ortaya çıkmaktadır. Alıcının, sözleşmenin kurulması anında bildiği veya bilmemesinin mümkün olmadığı sözleşmeye aykırılıklardan, satıcının m. 35/2 kapsamında sorumlu olmaması, ancak objektif uygunluk hali için mümkündür. Dolayısıyla, taraflar arasında, sözleşme ile belirlenen hususlara ilişkin, satıcının bildiği veya bilmemesinin mümkün olmadığı hususlar, m. 35/3 kapsamında değerlendirilmeyecektir (Schwenzer, 2015:734; Baysal, 2012:230). Bu husus, aşağıda[36] detaylı olarak incelenecektir.

Çalışma açısından yüksek öneme sahip bu madde, fıkraları ile birlikte aşağıda incelenmeden önce, objektif uygunluğa ilişkin Antlaşmanın 35/2. maddesinin tüm fıkralarının kümülatif olarak somut olayda aranıp aranmayacağı hususuna değinmekte fayda bulunmaktadır. Kröll, prensipte tüm fıkraların bir arada aranacağını ifade eder. Ancak; örneğin, bir artistin sette dekor olarak kullanmak üzere bir araba satın alması halinde, arabanın trafikte seyir edecek bir biçimde performansa sahip olmasının beklenmesine gerek olmaması gibi, kümülatif olarak tüm objektif uygunluk kriterlerinin bir arada olmasının gerekmeyebileceğini; ve buna ek olarak, şüphe halinde, en azından malın mutat kullanım amacına uygun olması gerektiğini ifade eder (Kröll, 2011:505). Dolayısıyla, sözleşmesel ilişki içerisinde, taraf iradelerinin değerlendirilmesi gerekmektedir.

Flechtner, ancak sözleşmenin kurulması esnasında veya öncesinde, her türlü özel kullanım amacının açıkça veya zımnen alıcı tarafından satıcıya bildirilmesi durumunda 35/2(b) fıkrasının; yine benzer bir şekilde, satıcının, alıcıya sözleşme konusu malların örneklerini ve/veya modellerini sunması halinde 35/2(c) fıkrasının uygulama alanı bulabileceğini; fakat 35/2(a) ve 35/2(d) fıkralarının ise, sözleşme taraflarının, aksini kararlaştırmadıkları her durumda uygulanabileceklerini ifade eder (Flechtner, 2012:167).

Son olarak; tarafların açıkça, objektif uygunluk kriterlerinin uygulanmayacağını kararlaştırabileceklerinin mümkün olduğu da ifade edilmektedir

[36] bkz. Bölüm 2 § 4.

(UNCITRAL, 2012:145; Mullis, 2007:134).

3.1. Mutat Kullanım Amacı (Fitness for Ordinary Purpose) (CISG m.35/2(a))

CISG'nin 35/2(a) fıkrası uyarınca, taraflar arasındaki sözleşmede, malın kullanımına yönelik özel bir düzenlemeye yer verilmemiş olması halinde, mallar ancak aynı türden malların mutat olarak tahsis edildiği kullanım amacına uygun oldukları takdirde sözleşmeye uygun sayılacaklardır. Elbette; mutat kullanım amacına uygunluğun belirlenmesinde, sözleşmenin kurulduğu tarih esas alınmalıdır. Daha sonradan ortaya çıkan değişiklikler, bu belirlemede önem arz etmez (Kröll, 2011:507). Burada önemli olan; mutat kullanım amacına uygun maldan kastın, mükemmel, en üst kalitede bir mal olmadığıdır. Zira; malın, normal kullanım için gereken makul bir seviyede olması aranmaktadır (Ayhan, 2011:11; Zeytin, 2015:166; Yüksel, 2013:46; UNCITRAL, 2012:145). Mükemmel bir mal beklentisinin karşılanması ise, ancak sözleşmede bu şekilde kararlaştırıldığı zaman yahut mükemmelliğin var olmadığı durumlarda malın mutat kullanımına hizmet etmeyeceği hallerde aranmalıdır (UNCITRAL, 2012:145). En azından; ancak bu halde, malların mükemmel olmamasından ötürü sözleşmeye aykırılık teşkil edecekleri kabul edilebilir olmalıdır.

Mutat kullanım amacının kime göre belirleneceği sorusu, konu hakkında önem arz eden soruların başında gelmektedir. Bu hususta, malın kullanım amacına uygun tüm özelliklerinin, gerçekten malda bulunması gerektiği ve bu özellikler değerlendirilirken ortalama makul bir kişinin beklentilerinin; dolayısıyla, objektif beklentilerin esas alınması gerekliliğine işaret edilmektedir (Schwenzer, 2015:723; Zeytin, 2015:165; Baysal, 2012:230). Yine; satım konusu malların, aynı cins ve özellikteki mallardan, kendilerinden beklenen faydanın sağlanabilmesi yönünden farklılık göstermesi durumunda; satım konusu bu malları, sözleşmeye aykırı mal olarak kabul etmek gerektiği (Acar, 2007:31) de ifade edilerek açık bir şekilde, satım konusu malların mutat kullanım amacına hizmet etmemesi haline sözleşmeye aykırılık sonucunun bağlanması gerektiği savunulmaktadır. Ancak, birazdan daha detaylı olarak inceleneceği üzere; uygulamada, mutat kullanım amacına uygunluğun hangi durumlarda aranacağına ilişkin bazı kriterler benimsenmiştir.

Mutat kullanım amacının belirlenmesinde, alıcının vasıfları da büyük önem arz etmektedir. Örneğin, satım konusu mal kum ise, alıcının inşaat sektöründe çalışması ile çocuk oyun alanı üretimi faaliyetleri yürütmesi arasında, hangi kaliteden kumun teslim edilmesi hususunda bir farkın olması gerekecektir. Ya da; diğer bir örnekle, taraflar arasındaki satım ilişkisinin konusunu canlı hayvanların oluşturması durumunda, alıcının bir kesimhane işletmesi ile yumurta çiftliği işletmesi arasında, canlı hayvanın mutat kullanım beklentilerinin değişkenlik arz edeceğini söylemek mümkün olacaktır (Kröll, 2011:508). Görüldüğü gibi; malın, benzerlerinin taşıyacağı özelliklerin belirlenmesinde, alıcının malı hangi faaliyet içerisinde kullanacağı önemli bir husustur.

Malın mutat kullanım amacından ne anlaşılması gerektiği hususu, hukuk sistemlerinde farklı yorumlanmaktadır. *"Anglo-Sakson"* hukuk düzeninde, genel olarak malın mutat kullanım amacı ile ifade edilen, ticari kullanıma elverişlilik (merchantability); yani malın tekrar satılabilir olmasıdır (UNCITRAL, 2012:145; Atamer, 2005:200; Zeytin, 2015:166; Baysal, 2012:230; Kröll, 2011:515; Mullis, 2007:136; Özdemir, 2016:217). Dolayısıyla; bu durum, son alıcının amaçlarına hizmet eder niteliktedir. CISG kapsamındaki mutat kullanım amacı kavramının açıklanması noktasında, *"Anglo-Sakson"* hukuk çevresindeki bu kavramın özelliklerinden yola çıkıldığı da gözlemlenmektedir. Hatta; bu hususta, satıcının ilk aşamada malın tekrar satılabilirliğini garanti etmesi gerekliliğini ifade eden yazarlar da bulunmaktadır (bkz. Özdemir, 2016:217). Sekreterya Şerhinde de, yeniden satılabilirlik kriteri açıkça ifade edilmiştir (UNCITRAL, 1979:32, 33). Nitekim, Alman Federal Mahkemesi, 2 Mart 2005 tarihli kararında, satıcı tarafından gönderilen et ürünlerinde, aşırı miktarda *"dioxin"* isimli zararlı maddenin bulunması sebebiyle bu ürünlerin başka bir yerde satılamayacağından bahisle malların ticari elverişliliğe uygun olmadığına, taraflar arasındaki sözleşmeye aykırılık teşkil ettiğine hükmetmiştir[37].

"Anglo-Sakson" hukuk çevresinde önemli olan, satım konusu malın yeniden satılmaya elverişli olması olduğundan; orta kaliteden daha aşağıda bir kaliteyi haiz olması da malın mutat kullanım amacına uygunluğu hususunda sorun teşkil

[37] CISG-online no.999, http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050302g1.html/27.04.2016

etmeyebilir. Zira, orta kaliteden daha düşük bir mal da yeniden satılabilmektedir. Ancak, özellikle *"Kara Avrupası"* hukuk sistemi içerisinde yer alan birçok ulusal hukuk düzeni, çeşit borcu açısından, teslim edilen malın orta kalitede olmasını arayan açık düzenlemeler içermektedir. Dolayısıyla; bu farklılık, tartışmalara sebep olmaktadır ve bu tartışmalar halen de devam etmektedir (detaylı bilgi için bkz. Atamer, 2005:200; Schwenzer, 2015:724, 725).

15 Ekim 2002 tarihli kararında Hollanda Tahkim Enstitüsü, mutat kullanıma uygun olma kriterinin *"Kara Avrupası"* hukuk sitemindeki gibi malın orta kalitede olması mı yoksa *"Anglo-Sakson"* hukuk sistemindeki ticarete elverişlilik, yani yeniden satılabilirlik çerçevesinde mi belirleneceği hususundaki tartışmalara yer vermiş; ve sonuç olarak Enstitü, her iki kriterin de CISG bağlamında uygulanmasının yerinde olmadığına karar vermiştir [38] . Somut olayın çözümlenmesinde Kurul, öncelikle *"Anglo-Sakson"* hukuk sistemi içerisinde yer alan çoğu hukukta, malın yeniden satılabilir olmasının önemli olduğunu; makul bir alıcının, ancak malların niteliğini bilmesi halinde de aynı fiyatlar üzerinden satım sözleşmelerini yapacağı durumlarda malların sözleşmeye uygun olacağının kabul edildiğini; *"Kara Avrupası"* hukuk sistemi içerisindeki hukuklarda ise malların, ortalama nitelikte olması durumunda sözleşmeye uygun kabul edildiğini ifade etmiştir. Akabinde, yeniden satılabilir olma ve ortalama nitelikte olma kriterlerinin CISG'ye uygun olmadığını, üçüncü bir kriterin gerektiğini; CISG m. 35/2(a) maddesinin yorumlanmasında, makul kalite kriterinden *(reasonable quality standard)* hareket edilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Gerçekten de; CISG'nin 7. maddesi, doğrudan yerel kurallara gitmeye izin vermediğinden oluşan boşlukların, öncelikle Antlaşmanın kendi ilkeleri çerçevesinde doldurulması gerekmektedir. Makul kalite kriteri de, bu anlamda Antlaşmanın ruhuna uygun gözükmektedir. Bu vesileyle Kurul, ulusal hukuklardan gelen bakış açılarını yeknesak bir uygulama altında çözümlemeye çalışmış ve bu hususstaki tartışmaları sona erdirme yolunda hareket etmiştir.

Uluslararası uygulanırlığı olan antlaşmalarda *"mutat kullanım amacı"* gibi hemen hemen tüm hukuk sistemlerinde, tüm hukuk uygulamalarında bir karşılığı olan kavramlardan olduğunca uzak durmak, hukuk uygulayıcısının kendi hukuk

[38] CLOUT no.720, http://cisgw3.law.pace.edu/cases/021015n1.html/27.04.2016

sisteminde var olan benzer veya aynı kavrama başvurması (ki bunun riski fazlaca yüksektir) olasılığını azaltacaktır. Zira, az önce paylaşılan kararda da ulusal hukuk sistemlerinde benzer kavrama verilen anlam üzerinden tartışmalar yürütülmüştür. Bu hususta yukarıda[39] *"homeward trend"* kavramı hakkında yapılan açıklamalar, burada da geçerlidir. Malın mutat kullanımı hususunda her olayı, kendi somut verileriyle değerlendirmek, en uygun yaklaşım biçimi olacaktır. Esas mesele; sözleşme görüşmeleri, taraflar arasındaki alışkanlıklar, teamüller ve milletlerarası teamüller doğrultusunda taraflar arasındaki sözleşmenin içeriğinin saptanmasıdır (Atamer, 2005:203; Schwenzer, 2015:723). Ancak içerik saptandığı anda, ki taraflar arasındaki anlaşma zımni de olabilir, tarafların asıl iradeleri ortaya çıkacak ve doğru bir analize kavuşulmuş olacaktır.

Taraf iradelerinin ortaya çıkartılması açısından alıcının, satım konusu mallar için rayiç bir fiyat ödemesi halinde orta kalite, fazla bir bedel ödemesi halinde yüksek kalite ve nihayet düşük bir bedel ödemesi halinde ise düşük kalitede bir malı (kural olarak) kabul ettiği ifade edilmektedir (Kröll, 2011:510; Atamer, 2005:201). Hatta Kröll bu hususta ek olarak malların sadece yapısal kalitelerinin önemli olmadığını, bunun yanında marka değerlerinin de olmasının önem arz edebileceğini ifade eder (Kröll, 2011:510).

Mutat kullanım kriteri ile ilgili karşılaşılan en büyük problemlerden birisi de, mutat kullanım amacının hangi ülke standartlarına göre belirleneceği hususudur. Bu belirleme yapılırken malların kullanılacağı yerin mi, alıcının ülkesinin mi, yoksa satıcının ülkesinin mi konumu esas alınacaktır? Bu husus tartışmalıdır, keza CISG de bu hususta herhangi bir açık hükme sahip değildir. Bazı yazarlar, satıcı ülkesinin standartlarının dikkate alınması gerektiğini savunurken bazı yazarlar, malın kullanılacağı ülke standartlarının dikkate alınması gerektiği görüşündedir (detaylı bilgi için bkz. Schwenzer, 2015:725). Öncelikle, sözleşme taraflarının her ikisi için de aynı standartların veya kuralların geçerli olması halinde, ki bu durum bölgesel kurallardan da kaynaklanabilir (Örneğin, AB standartları), satıcının her halükarda bu standartlara uygun malları teslim etmesi gerekir; aksi halde satım konusu mallar, sözleşmeye aykırılık teşkil edecektir. Nitekim; Trier Eyalet Mahkemesi, 12 Ekim

[39] bkz. Bölüm 2 § 1.

1995 tarihli kararında, İtalya'da mukim satıcı tarafından Almanya'da mukim alıcıya gönderilen şarapların, her iki tarafın da uymakla yükümlü olduğu Avrupa Birliği Tüzüğü hükümlerine aykırılık teşkil etmesi sebebiyle taraflar arasındaki sözleşmeye aykırılık teşkil ettiğine, satıcı tarafından bu durumun bilinmesi gerektiğine işaret edilmiştir[40].

Önemle belirtmek gerekir ki, bir malın kullanımı; ülkelerin kültürel, dini, coğrafi, psikolojik, ekonomik etmenleri ve en önemlisi de hukuki düzenlemeleri doğrultusunda değişkenlik gösterebilmektedir. Özellikle, kamu hukukundan doğan bazı sınırlar bu noktada büyük önem arz eder (Schwenzer, 2015:726; Atamer, 2005:201). Alman Federal Mahkemesi tarafından 8 Mart 1995 tarihinde verilen kararda, mutat kullanım amacı incelenmiş, alıcı ülkesi hukukunun satıcı tarafından bilinmesinin beklenemeyeceğine; dolayısıyla alıcı ülkesi hukuku standartlarına aykırı teslim edilen malların mutat kullanım amacını taşımadığının söylenemeyeceğine değinilmiştir[41]. Olayda; satıcının, alıcı ülkesine gönderdiği midyeler, alıcı ülkesinin teknik düzeydeki sağlık kriterlerini sağlayamadığından alıcı tarafından satıcıya iade edilmek istenmiştir. Mahkeme, detaylı incelemesi neticesinde satıcıyı haklı görmüş, alıcı ülkesi hukukunu bilmesinin satıcıdan beklenemeyeceğinden malların sözleşmeye uygun olduğuna karar vermiştir ve ancak; (i) satıcının kendi ülkesinde aynı standartları kullanması, (ii) alıcının satıcıyı bu hususta bilgilendirmiş olması, (iii) satıcının söz konusu standartları biliyor veya bilmek zorunda olması durumlarında, alıcı ülkesinin uyguladığı ve iç hukuktan kaynaklanan standartları bilmesi ve bu standartlara uyması gerektiğini ifade etmiştir. Mahkeme kararında, satıcının söz konusu standartları biliyor veya bilmek zorunda olması durumlarına örnek olarak; alıcı ülkesi ile satıcının uzun zamandır iş yapıyor olması, satıcının alıcı ülkesinde şubesinin veya temsilciliğinin bulunması, satıcı ile alıcının uzun zamandır çalışıyor olması verilmiştir. Bahsedilen bu şartlar, uygulamada sıklıkla başvurulan bir içtihat haline gelmiştir. Fransız İstinaf Mahkemesi de, işyeri İtalya'da bulunan satıcıdan, işyeri Fransa'da bulunan alıcıya gönderilen parmesan peynirlerinin paketlenmesinden çıkan bir uyuşmazlıkta, 13 Eylül 1995 tarihli kararında, Fransa'da geçerli standardın, uzun süreden beri devam eden sözleşmesel ilişki ve satıcının

[40] CISG-online no.160, http://cisgw3.law.pace.edu/cases/951012g1.html/27.04.2016
[41] CISG-online no.144, http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950308g3.html/27.04.2016

Fransa üzerine uzun yıllardır gerçekleştirdiği ithalattan ötürü satıcı tarafından bilinmesi gerektiğini değerlendirmiştir[42].

Taraflar arasında, mahkemelerin de haklı bir şekilde belirttiği tarzda bir ilişkinin olmaması halinde; satıcının, alıcı ülkesindeki kuralları bilmesi, satıcıdan beklenmemelidir. Zeytin; bu hususta, şüphe halinde satıcının bildiği ve bilmesi gereken özellikler dikkate alınarak olayın değerlendirilmesi gerektiği görüşündedir (Zeytin, 2015:167). Ancak; satıcıyı, sözleşme çerçevesindeki malların mutat kullanımı hakkında bilgilendirmesi, alıcı tarafından her durumda takip edilmesi gereken en makul yöntemdir. Nitekim, Ellwangen Eyalet Mahkemesi, taraflar arasında, alıcıya gönderilen satım konusu biberlerin fazla miktarda etil oksit içermesi sebebiyle ortaya çıkan uyuşmazlıkta, 21 Ağustos 1995 tarihli kararında; malların, Alman gıda güvenlik kurallarına uygun olacağı hususunda tarafların anlaşmış olmalarına binaen malların sözleşmeye aykırı olduğuna karar vermiştir[43].

Satış sözleşmesine konu malların, aynı türdeki malların sahip olduğu ortalama dayanma süresi kadar ömrünün olması, kullanılabilirliğini koruması da malın mutat kullanım amacı altında değerlendirilen meselelerden birisidir (Baysal, 2012:235; Yüksel, 2013:47-48). Zira, maldan beklenen önemli özelliklerden bir tanesi de malın kullanım ömrünün, aynı türdeki malların kullanım ömrü ile benzer olmasıdır. Nitekim, Münih Eyalet Mahkemesi, 27 Şubat 2002 tarihli kararında, normal motordan daha az ömürlü bir motoru mutat kullanım amacına uygun olmayan bir mal olarak nitelendirmiştir[44]. Bunun gibi, bozulabilir gıda ürünlerinin de teslimden sonra makul bir süre boyunca iyi durumda kalmaları beklenmektedir. Ancak, malın mutat dayanma süresinden daha uzun süre istifade edilmesi bekleniyor veya isteniyorsa bu beklentinin sözleşmede ayrıca belirtilmesi gerektiği savunulmaktadır (Acar, 2007:32).

Tüm bunların yanında; satım konusu malların, insan sağlığına zarar verebilecek nitelikte olmaları halinde, alıcı ülkesinde, bu satım konusu mallar hakkında herhangi bir standart aranmıyor olsa da malların mutat kullanım amacına

[42] CLOUT no.202, http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950913f1.html/28.04.2016
[43] CISG-online no.279, http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950821g2.html/28.04.2016
[44] CISG-online no.654, http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020227g1.html/28.04.2016

aykırı oldukları söylenebilmelidir (Baysal, 2012:234, 235). Nitekim, 23 Nisan 2003 tarihli kararında Gerechtshof's - Gravenhage Mahkemesi, böyle bir karara imza atmış ve kararın gerekçesinde, zararlı maddeler hususunda herhangi bir standart aramayan bir ülkeye mal gönderilmesi durumunda, gelişmiş ülkelerdeki satıcıların, insan sağlığına zararlı maddeleri hiç bir yaptırım altında kalmadan gelişmemiş ülkelere göndermesinin yolunun açılmış olacağı kanaatini paylaşmıştır[45].

Uygulamada, devlet otoriteleri tarafından bazı malların, özellikle gıda ürünleri ve tehlikeli araçların, mallarda potansiyel bir tehlike bulunduğu gerekçesiyle ülke içerisine sokulmadıkları görülmektedir. Şüpheye dayanan bu işlemler karşısında, söz konusu satım konusu mallarının mutat kullanım kriterine uygunluğu sorunu da gündeme gelmektedir. Bu hususta; şüphenin makul olması halinde, malların mutat kullanım amacına aykırı olduğu savunulmaktadır (Kröll, 2011:516).

Son olarak; mallar ile birlikte teslim edilen kullanım kılavuzu yahut kurulum talimatlarının da malların doğru bir şekilde kullanılması veya kurulması amaçlarına hizmet ediyor olmaları gerekmektedir. Yanlış bir şekilde kurulması veya kullanılmasına sebebiyet veren belgelerle birlikte teslim edilen malların da mutat kullanım amacına aykırılık teşkil ettiği savunulmaktadır (Schwenzer, 2015:724).

3.2. Özel Kullanım Amacı (Fitness for Particular Purpose) (CISG m.35/2(b))

Mutat kullanım amacı kriterinden daha dar yorumlanması gereken (Mullis, 2007:138; Kröll, 2011:518; Baysal, 2012:236) özel kullanım amacı kriteri, Antlaşmanın 35/2(b) maddesinde düzenlenmiş olup malların taraflarca aksi kararlaştırılmadığı takdirde, ancak sözleşmenin kurulması esnasında açıkça veya zımnen satıcıya bildirilen her türlü özel kullanım amacına uygun olması halinde sözleşmeye uygun olacağını düzenlemektedir. Öncelikle; özel kullanım amacından anlaşılması gereken, malın mutat kullanım amacının dışında, özel olarak kullanılacağı yer, kullanım şekli vs. doğrultusunda kullanım amacına uygun olmasıdır.

Maddede yapılan ek bir düzenleme ile alıcının, satıcının bilgisine ve

[45] CISG-online no.903, http://cisgw3.law.pace.edu/cases/030423n1.html/28.04.2016

değerlendirmesine güvenmediği veya güvenmesinin makul olmadığı durumlar için satıcının sorumluluğu sınırlandırılmıştır. Bu da; alıcının, ihtiyacı olan malı genel olarak tarif etmesi; ancak mala ilişkin net ve tam bir spesifikasyon yapamıyor olması durumunda satıcının bilgisine güvendiği örnekler olarak karşımıza çıkmaktadır (Baysal, 2012:235).

Özel kullanım amacından ne anlaşılması gerektiği üzerinde durmadan önce belirtmekte fayda bulunmaktadır ki bu düzenlemenin kaynağını İngiliz Satım Sözleşmesine İlişkin Kanun[46] ve UCC[47] oluşturmaktadır (Schwenzer, 2015:728). Bu vesileyle söylenebilecektir ki özel kullanım amacı düzenlemesi, *"Common Law"* hukuk sisteminden beslenmektedir. Zira, İngiliz Satım Sözleşmesi Kanunu'nda, benzer ifadelerle satıcının özel kullanım amacına uygunluktan sorumlu tutulabilmesi için aşağıdaki şartlar aranmıştır (Kröll, 2011:518; Atamer, 2005:208):

- Alıcı malı özel bir amaç için kullanmak istemelidir;
- Alıcı malın seçimi konusunda, satıcının bilgisine ve değer yargısına güvenmiş olmalıdır;
- Satıcı, malın özel kullanım amacından haberdar olmalı veya gerekli özeni göstermiş olsaydı haberdar olabilecek olmalıdır;
- Satıcı, alıcının satın alma kararını verirken, kendisinin bilgisine güvendiğini bilmeli veya gerekli özeni göstermiş olsaydı bilebilecek durumda olmalıdır.

Maddenin klasik uygulanma alanı; satıcının, uzman olarak belirli bir malı pazarlaması ve alıcının, kendi ihtiyaçlarını beyan etmesi üzerine sözleşmenin herhangi başka bir görüşme olmadan kurulmasıdır (Atamer, 2005:211). Şüphesiz, 35/2(b) maddesinde bahsedilen özel kullanım amacı, taraflarca sözleşme hükümleri altında belirlenmiş özel kullanım amacı değildir. Aksi halde; yani, karşılıklı olarak belirlenen özel kullanım amacından söz edilmesi durumunda, Antlaşmanın 35/1.

[46] Sales of Goods Act 1979, m. 14/3, http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1979/54/30.04.2016

[47] ABD eyaletlerinin ortak ticaret kanunudur, kanunun kapsamındaki mal kavramı ile CISG kapsamındaki mal kavramı bire bir örtüşmektedir (detaylı bilgi için bkz. Slawson, 1996:6).

maddesi kapsamındaki sübjektif uygunluk düzenlemesinden bahsediyor olmak gerekirdi. Oysa; burada bahsedilen, durumun gerektirdiği ölçüde satıcının özel kullanım amacını idrak etmesidir. Yoksa, satıcının bu özel kullanım hakkında onay vermesi aranmamaktadır.

Mutat kullanım amacına uygunluğun da her halükarda satım konusu malda bulunması gerekmektedir. Aksi halde, esasen mutat kullanım amacı ile özel kullanım amacını farklı fıkralarda düzenlemenin pratikte bir faydası da kalmamış olacaktır. Yine unutmamak gerekir ki; alıcı, malı özel kullanım amacı dışında kullanıyor ise malın sözleşmeye aykırılığından bahsedilemeyecektir (Zeytin, 2015:167). Mullis; bu hususta, m. 35/2(b)'de düzenlenen özel kullanım amacının, m. 35/2(a)'da düzenlenen mutat kullanım amacının önüne geçtiğini ifade eder. Şöyle ki, satım konusu mallar açısından özel kullanım amaçlarının mevcut olması halinde, mallar mutat kulanım amacına uygun olsalar dahi özel kullanım amaçlarına uygunluk göstermediklerinde kural olarak sözleşmeye aykırı mal olarak nitelendirileceklerdir (Mullis, 2007:135). Ezcümle; kural olarak mal, hem mutat kullanım amacına, hem de özel kullanım amacına uygunluk taşımalıdır; bu iki kriterden herhangi birisinin malda bulunmaması, malı sözleşmeye aykırı hale getirecektir.

Satıcının, özel kullanım amacına uygunluk kriteri altında sorumlu tutulabilmesi için dört şart bulunmaktadır (Atamer, 2005:209):

(i) satılan maldan, mutat kullanım amacı dışında özel bir amacın beklenmesi gerekmektedir;

(ii) özel kullanıma ilişkin bilgi, sözleşmenin kurulması esnasında alıcı tarafından satıcıya sağlanmalıdır. Aksi halde, sözleşmenin kurulmasından sonra aktarılan bilgi, önem taşımayacaktır (Schwenzer, 2015:729; Baysal, 2012:237; Yüksel, 2013:48). Zira, tarafların karşılıklı sözleşmesel edimlerine ilişkin içeriği bilmeden sözleşme kurmaları beklenemez.

(iii) satıcının, alıcının özel kullanım amacından zımnen veya açık bir şekilde haberdar olması yahut özen göstermiş olsaydı haberdar olabilecek olması gerekmektedir. Bu özel kullanım amacı, satıcı tarafından bilinmese de makul bir

satıcı tarafından anlaşılabilir ise satıcı yine bu amacı gerçekleştirebilecek nitelikte bir mal sunmaktan sorumlu olacaktır (Acar, 2007; Mullis, 2007:138; Zeytin, 2015:167; s.32; Yüksel, 2013:48). Bu hususta; alıcının, kendi şirketine ilişkin bir broşürü göndermesi ve orada alıcının hangi malları sattığının, ne işler yaptığının belirli olması da alıcı tarafından satıcıya özel kullanım amacının zımni olarak da olsa bildirilmiş olması olarak görülmektedir (Kröll, 2011:519). Ayrıca; özel kullanım amacı, bizzat alıcı tarafından değil, üçüncü kişiler tarafından da haber edilmiş olabilir (Atamer, 2005:209; Baysal, 2012:237). Bu hususta önemli olan, bilgini ulaşmasıdır.

Satıcı, satım konusu malların taşıması gereken özel kullanım amacının kendisine bildirilmesi karşısında esasen böyle bir malı satma hususunda karar verme seçeneği olan taraftır. Dolayısıyla da; böyle bir malı sağlayabilme donanımının veya mal hakkında bilgisinin olmadığını bildirme şansı bulunmaktadır (Mullis, 2007:138). Hal böyle olunca, bu bildirimi yapmayarak özel kullanım amacına aykırı mal teslim eden satıcının, sözleşmesel sorumluluğunun mevcut olması esasen hakkaniyete de uygundur.

(iv) alıcının, satıcının bilgi ve değerlendirmesine güvenmesi, itibar etmesi gerekmektedir. Bu hususta, satıcının kendisine güvenilecek bir kişi olup olmadığının kural olarak bir önemi bulunmamaktadır. Bu hususta; satıcının, kendisini güvenilecek bir kişi olarak tanıtmış olması yeterli görülmektedir (Yüksel, 2013:48). Örneğin, çok ender ve hassas bir kuş türü besleyen alıcının, kendisini hayvan beslenmesi hususunda uzman olarak tanıtan satıcıya durumu bildirmesi ve satıcıdan bu kuş için yem alması; yemlerin kuşa zarar vermesi halinde malın özel kullanım amacını taşımadığı kabul edilebilir. Ancak, örnekte bu yemlerin diğer kuşlara zarar vermemesi gerekmektedir; aksi halde mal özel kullanım amacından önce mutat kullanım amacına aykırılık taşımış olacaktır (Mullis, 2007:138).

Sıralanan bu dört şarttan herhangi birinin mevcut olmaması durumunda satıcı, malların özel kullanım amacına uygun olmaması halinden sorumlu olmayacaktır.

Avusturya Yüksek Mahkemesi, 19 Nisan 2007 tarihli kararında, raf ömrü boyunca içeriğinde bulunması gereken vitaminlerden A vitamininin bir süre sonra etkisini yitirdiğinin gözlendiği vücut kreminin satımından doğan uyuşmazlıkta,

satıcıyı Antlaşmanın 35/2(b) maddesi kapsamında sorumlu bulmuştur. Zira; satıcı, satım konusu malzemeler hakkında uzman olup alıcı ülkesindeki sağlık standartlarını bilmektedir[48].

Birden fazla malın bir arada sipariş edilmiş olması halinde, malların bir kısmının teslim edilmemiş olması, her durumda malların bir arada kullanılacağı noktasında genel geçer bir görüş ya da pratik bulunmadığından malların doğrudan özel kullanım amacına aykırılık teşkil ettiği söylenemeyecektir (Kröll, 2011:519).

Malların teslim edileceği ülkeye göre maldaki standartların değişebileceği noktasındaki tartışmaya mutat kullanım amacı başlığı altında değinilmişti. Burada, öncelikle değinmekte fayda bulunmaktadır ki; özel kullanım amacının belirlenmesinde satım konusu malların kullanılacağı ülkenin iklimi, kültürel yapısı, dini gibi hususları önemlidir. Hal böyle olsa da, acaba malların kullanılacağı ülkenin biliniyor olması, satıcının sorumluluğunu ne yönde etkileyecektir? Bu hususta sıklıkla paylaşılan örnek, Sibirya'da kullanılmak üzere su pompası ihracatıdır. Burada önem arz eden konu; satıcının, Sibirya'daki hava şartlarını göz önünde bulundurup düşük sıcaklıklar altında da çalışabilen malları göndermekle yükümlü olup olmadığıdır. Böyle bir durumda da satıcıya malın nerede kullanılacağının, bu tarzda özel bir kullanım amacının bilgilendirilmesi gerektiği gibi, satıcının satım konusu mallar hakkındaki bilgisine güvenilmesi gerekmektedir. Aksi halde satıcı, salt satım konusu malların gönderileceği yeri bilmesine binaen böyle bir sorumluluk altında bırakılamaz (Atamer, 2005:211; Kröll, 2011:520; Baysal, 2012:237).

Satım konusu malların kullanılacağı yerin kamu hukuku kuralları ve malların bu kurallar çerçevesinde sahip olması gereken standartları hakkında da mutat kullanım amacı başlığı altında bazı değerlendirmelerde bulunulmuştu. Bu değerlendirmede, ancak malların kullanılacağı ülke üzerine satıcının uzun süredir ihracat yapıyor olması, satıcının o ülkede temsilciliğinin bulunması gibi şartlar dahilinde malların kullanılacağı yerin kamu hukuku kuralları hakkında alıcının bilgi sahibi olmasının bekleneceğinden bahsedildi. Özel kullanım amacına uygunluk başlığı altında genel kabul edilen görüş, malların kullanılacağı yerin kamu hukuku kurallarının satıcı tarafından araştırılması ve söz konusu kurallara uygun mal teslim

[48] CISG-online no.1495, http://cisgw3.law.pace.edu/cases/070419a3.html/30.04.2016

edilmesi gerektiği yönündedir (Schwenzer, 2015:728). Buradaki gerekçe ise; satıcının, malların kullanılacağı yer hakkında bilgilendirilmesi durumunda, sözleşme kurmaktan vazgeçme hürriyetinin mevcut olduğudur (Kröll, 2012:518; Baysal, 2012:239). Zira; satıcı, özel kullanım amacından haberdar olmakla malların kullanılacağı yer hakkında bilgi toplayıp, o yerin standartlarına uygun mal teslim etme borcu altına girmek istemiyorsa sözleşme tarafı olmaktan vazgeçebilecektir. Elbette, bu sorumluluk, satıcının özel kullanım amacı altında sorumlu tutulabilmesi için yukarıda sayılan dört şartın varlığı halinde mümkün olacaktır. Bu şartların varlığı halinde örneğin, sıkı İslam rejimi ile yönetilen Sudan'da kullanılmak üzere satılan bir kadın pantolonun imaj gereği yırtık olması durumunda, özel kullanım amacından sapıldığı iddia edilebilmelidir.

Yukarıda; konunun girişinde, özel kullanım amacının mutat kullanım amacına göre daha dar yorumlanması gerektiğine dikkat çekilmiştir. Bunun sebebi ise, alcının satıcıya, malın özel kullanımı hakkında bilgi vermesinin (ki burada karşılıklı bir anlaşma yoktur, aksi halde zaten sübjektif bir uygunluktan bahsediyor olurduk) tek taraflı olarak sözleşme kapsamının belirlenmesi anlamına gelmesi; dolayısıyla, böyle bir durum karşısında zayıf durumda olan satıcının korunması gerekliliğidir (Baysal, 2012:236).

Satım konusu malların, özel kullanım amacını taşıyıp taşımaması noktasında ortaya çıkan hukuki sorumluluk karşısında, ispat yükümlülüklerine de değinmek gerekmektedir. Bu hususta; satıcı; alıcının kendi bilgi ve değerlendirmesine güvenmediğini iddia ediyorsa bu iddiayı ispatlamak da onun görevidir. Zira; satıcının, malı alıcıdan daha iyi bildiği fikri kabul gördüğünden şüphe halinde satıcının bilgi ve değerlendirmesine güvenilmesi esastır (Ayhan, 2011:15; Aktürk, 2015:217). Her ne kadar uyuşmazlık halinde alıcıya; satıcının, malların özel kullanımı hakkında bilgilendirilip bilgilendirilmediği sorulacak olsa da satıcının, belirlenen kriterler doğrultusunda mal teslim edeceğine yönelik açık bir onama yapıp yapmadığı aranmayacaktır (Schwenzer, 2015:729; Kröll, 2011:519). Bunun yanında; alıcının, satıcının bilgisine güvenmediği veya güvenmesinin makul olmadığı durumlarda alıcı, satıcının sorumluluğuna dayanamayacaktır. Bu duruma örnek olarak, alıcının satım konusu mal hususunda yeterli bilgiye sahip olması, satıcıdan daha fazlaya bilgiye sahip olması ya da satıcının açıkça bilgisiz olması

gösterilmektedir (UNCITRAL, 2012:146; Atamer, 2005:209). Alıcı; örneğin, büyük bir ekspertize sahipse, artık burada satıcının malın özel bir amaca hizmet ettiğine ilişkin taahhüdü de dikkate alınmayacaktır (Aktürk, 2015:216). Bu durumda, ispat yükü satıcıda olacaktır.

Satıcının, sadece aracı sıfatıyla karmaşık nitelikteki malların satımını icra etmesi yahut alıcıya satım konusu mallar konusunda veya özel kullanım amacı ile ilgili bilgisi olmadığı konusunda uyarıda bulunması (örneğin, yerli uzmanlarla çalışmasını önermesi) hallerinde, satıcının bilgisi olmadığı kabul edilmelidir (Baysal, 2012:240). Nitekim, 12 Aralık 2006 tarihli kararında Coburg Eyalet Mahkemesi, alıcının da satım konusu mallar hakkında uzman bir kişi olması sebebiyle satıcının uzmanlık bilgisine güvenmesine gerek olmadığına işaret etmiştir[49].

3.3. Örnek veya Model Üzerine Satış (Correspondence with Sample or Model) (CISG m.35/2(c))

Antlaşmanın 35/2(c) maddesine göre, taraflarca aksi kararlaştırılmadığı takdirde mallar, ancak satıcının alıcıya örnek veya model olarak sunduğu malların kalitesine sahip olmaları halinde taraflar arasındaki sözleşmeye uygun sayılacaklardır. Burada üzerinde durulması gereken ilk konu, metnin İngilizcesinde *"quality"* olarak ifade edilen tabirin İngilizcede hem kalite hem de nitelik anlamına gelmesidir. Türkçe pratiğinde kalite ile nitelik her zaman aynı anlamlara gelecek şekilde kullanılmasa da CISG'nin Türkçe çevirisinde de *"quality"* kavramına karşılık olarak kalite kelimesi seçilmiştir. Türkçe pratiğinde kalite, *"Bir ürünün bilinen en iyi özellikleri bünyesinde taşıması durumu"* olarak karşımıza çıkabilmektedir[50]. Bu durumda, Antlaşmanın uygulanmasında sakınca yaratmaya müsait olması bakımından kelimenin çevirisinin kalite yerine nitelik olarak değiştirilmesi belki de en uygun çözüm olacaktır. Zira; birazdan inceleneceği üzere, satıcı tarafından sunulan örnek veya modelin hangi özelliklerinin satım konusu maldan beklendiği her

[49] CISG-online no.1447, http://cisgw3.law.pace.edu/cases/061212g1.html/04.28.2016. Benzer yönde karar için bkz. Yeni Zelanda Yüksek Mahkemesi'nin 30 Temmuz 2010 tarihli kararı, CISG-online no.2113, http://cisgw3.law.pace.edu/cases/100730n6.html/04.28.2016

[50] TDK Büyük Sözlük Online, http://www.tdk.gov.tr/index.php?option= com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.57347a244e98e7.81884559/03.05.2016

somut olayda farklılık arz edebilmektedir. Bu vesileyle, 35/2(c) maddesinin uygulama alanına, Türkçe pratiğinde anlaşılan kalite kavramı dışındaki konular da dahil olabilecektir. Satıcı tarafından alıcıya sunulan örnek veya model ile malların yalnızca renginin gösterilmek istenmiş olması bu duruma örnek olarak verilebilecektir.

Maddenin lafzından da anlaşıldığı üzere Antlaşmanın 35/2(c) maddesi her zaman değil, ancak satıcının satım konusu mallar için örnek veya model sunması halinde uygulama alanı bulacaktır. Esasen, bu numune veya modellere uygun mal sunulacağı yönünde satıcının ayrıca bir taahhütte bulunması da aranamamakta, numune veya modelin sunulmuş olması yeterli görülmektedir (Schwenzer, 2015:730; Baysal, 2012:240; Zeytin, 2015:169). Hal böyle olsa da, satım akdinin taraflarının sunulan modelin sahip olduğu niteliklerinin sözleşme kapsamına dahil edilip edilmemesi noktasında serbest iradeleri bulunmaktadır (Özdemir, 2016:229). Taraflar, modelin hangi özelliklerinin malda bulunması gerektiğini kararlaştırabileceklerdir.

Versailles Temyiz Mahkemesi'nin 13 Ekim 2005 tarihli kararında, satıcı tarafından satılacak mallara ilişkin gönderilen örnek malın (çocuk oyuncaklarının) güvenlik testleri neticesinde uyumlu olmasına; hatta üzerinde çocuklar için güvenli yazısı bulunmasına rağmen gönderilen satım konusu malların bazı güvenlik testlerinden geçememesi karşısında malın örneğe aykırı olduğuna karar verilmiştir[51].

Örnek (numune) ve modelden ne anlaşılması gerektiği üzerinde durmak, konunun daha iyi anlaşılması açısından önem arz etmektedir. Öncelikle numune veya modelin sunulması, esasen malın somut olarak tanımlanmasıdır (Kröll, 2011:522; Mullis, 2007:139; Baysal, 2012:240). Örnek veya numune, teslime konu malın bütününden alınan ve satılacak malı birebir temsil eden malı ifade etmektedir (Schwenzer, 2015:730; Zeytin, 2015:169; Atamer, 2005:212). Misalen; satıcının, sözleşmesel ilişki içerisinde futbol topu teslim edecek olması halinde, teslim edeceği toplardan bir tanesini alıcıya göndermesi veya benzer bir şekilde pilot kalem teslim edecek olan satıcının, satacağı pilot kalemlerden bir tanesini alıcıya göndermesi bir örnek, numune sunumudur. Model ise, teslim edilecek malın elde olmadığı hallerde

[51] CISG-online no.1433, http://cisgw3.law.pace.edu/cases/051013f1.html/03.05.2016

alıcının muayene ve tecrübe etmesi için gönderilen malı ifade etmektedir (Zeytin, 2015:169; Atamer, 2005:212; Schwenzer, 2015:730). Misalen, sözleşme konusu malların hangi renkte olacağının gösterilmesi için aynı renkte başka bir malın alıcıya gönderilmesi, model sunumudur. Kısaca; numune ile teslim edilen malın, tüm özelliklerinin uyuşması beklenirken; model kapsamında teslim edilen malın, hangi özelliklerinin sözleşme konusu yapıldığı ancak sözleşmenin yorumlanması ile anlaşılabilecektir (Schwenzer, 2015:730; Zeytin, 2015:169, Atamer, 2005:212). Bu hususta alıcının, model veya numuneden beklediği hangi özellikleri taşıyıp taşımadığı yönündeki açıklamaları, taraf iradelerinin anlaşılmasındaki en önemli verilerden birisidir (Kröll, 2011:523).

Özdemir, numune veya model sunumunun pratikte kolaylıklar sağladığını numune veya model sunumunun üç fonksiyonuna işaret ederek açıklar (Özdemir, 2016:227). Yazara göre; (i) satım konusu mal ticari olarak doğru bir şekilde tespit edilmiş olacaktır, (ii) alıcı, malı inceleme ve aykırılıklarının bulunması halinde bunu satıcıya bildirme şansına sahip olmuş olacaktır, ve son olarak (iii) taraflar arasında ileride bir uyuşmazlık çıkması durumunda numune veya model, delil olarak kullanılabilecektir.

Numune veya model sunumunun özelliklerine değinmişken bu sunumun bizatihi alıcının eline malların fiziki olarak teslim edilmesi değil, malların gösterilmiş olması da yeterli bulunmaktadır (Özdemir, 2016:228). Bir görüşe göre de esasen, satıcı tarafından başka bir kişiye ait bir modele referans verildiği durumlarda da model sunumunun yapıldığını kabul etmek gerekmektedir (Baysal, 2012:241).

Numune veya modelin kimin tarafından sunulacağı konusu da önem arz etmektedir. CISG, madde lafzında açıkça satıcı tarafından sunulan örnek veya modelden bahsetmektedir. Peki alıcı tarafından sunulan örnek veya model karşısında bu örnek veya modele aykırılık halinde de satıcının sorumluluğundan bahsedilebilecek midir? Bu hususta, ancak taraflar arasındaki sözleşmede, malların alıcı tarafından sunulan bu model veya örneğe uygun olmasının kararlaştırılmış olması halinde satıcının bu model veya numuneye uygun mal teslim etmesinden sorumlu olacağı fikri hakimdir (UNCITRAL, 2012:147; Schwenzer, 2015:731; Kröll, 2011:524). Alıcının, örnek veya model sağladığı durumlarda bu örnek veya modelin

taşıdığı nitelikler, somut olayda sübjektif uygunluk kriterleri bakımından zımnen kararlaştırılan unsurlar olarak kabul edilebilecektir (Schwenzer, 2015:731; Mullis, 2007:140). Buradan anlaşılması gereken, taraflar arasında çıkabilecek bir uyuşmazlık karşısında hakimin, alıcı tarafından sunulan numune veya modelin taraflarca sözleşme altında düzenlenmemiş olsa dahi her iki tarafça mutabık kalınmış ve onaylanmış bir durumu teşkil etmesidir. Bu vesileyle de sözleşme hükmü olarak belirlenmiş kabul edilmesidir. Dolayısıyla; tartışma, objektif uygunluk kriterlerinden ziyade sübjektif uygunluk kriterleri altında yapılmalıdır. Ancak, her durumda alıcının gönderdiği numune veya modellerin, esasen alıcının sözleşme altında talep ettiği mallardan farklılık göstermesi halinde satıcının iyi niyet kuralları çerçevesinde alıcıyı uyarması beklenmelidir (Kröll, 2011:524).

Alıcıya sunulan bir örnek ya da modelin bulunması halinde satılan mal, sunulan örnek ya da modele uygun olmakla sözleşme koşullarını kural olarak yerine getirmiş sayılacaktır; ancak bağlanma niyeti olmadan numune veya model sunulmuş olması halinde alıcının daha sonra bu sunuma dayanması mümkün değildir (Schwenzer, 2015:731). Buradaki ispat yükü ise satıcıda olacaktır (Schwenzer, 2015:731; Atamer, 2005:212).

Burada değinilmesi gereken konulardan biri de, model veya örneğin hangi aşamada sunulacağıdır. Diğer uygunluk kriterlerinde de olduğu gibi kural olarak sözleşmenin kurulması anından sonra gönderilen model veya numuneler, satıcının sorumluluğu bakımından bir etki yaratmayacaktır. Dolayısıyla; model veya numune, satıcı tarafından en geç satım sözleşmesi kurulduğu anda sunulmalıdır (Özdemir, 2016:228).

Uygulamada en sık karşılaşılan ve tartışılan meselelerden biri, ürünün modele ya da numuneye uygun olmasına karşın taraflar arasındaki sözleşmeye, malın mutat kullanım amacına yahut malın özel kullanım amacına uygunluk göstermemesidir. Öncelikle, taraflar arasındaki sözleşme ile sunulan örnek veya model arasında çelişki olmadığı durumlarda satım konusu malın, hem sözleşmeye hem de numune veya modele uygun olması gerekir. Ancak; herhangi bir çelişkinin bulunması halinde, taraf iradelerinin sözleşme koşullarından mı yoksa örnek veya modelden mi yana olduğunun araştırılması gerekmektedir (Baysal, 2012:241). Bu konuda; örnek veya

model ile taraflar arasındaki sözleşme hükümleri arasında uyuşmazlık bulunan durumlarda sorunun nasıl çözümleneceği sorusuna cevaben çoğu yazar, her olayı kendi koşulları altında değerlendirmek gerektiğinden meselenin yorum yolu ile çözümüne işaret eder ve uygunluğun tespitinde bilhassa ticari teamüllerin belirleyici olacağını kabul eder (Atamer, 2005:213, benzer görüş için bkz. Kröll, 2011:523; Schwenzer, 2015:731). Kröll, böyle bir durum karşısında ticari teamüllere göre aksi uygulanmadıkça taraflar arasındaki sözleşmenin öne geçeceğini, sorunun öncelikle sözleşmenin yorumlanması ile çözümlenmesi gerektiğini savunur (Kröll, 2011:524).

Satım konusu malların, örnek veya modele uygun olmasına rağmen malın mutat kullanım amacına aykırı olması halinde çözümün ne olacağı hususu belirsizdir. Zira, böyle bir durumda bir görüş, satım konusu malların, taraflar arasındaki sözleşmeye uygun olacağını kabul ederken, diğer bir görüş, satıcının böyle bir durumda sözleşmenin numune veya modele uygun olduğuna dayanamayacağını savunur (Zeytin, 2015:169; Yüksel, 2013:49; Schwenzer, 2015:731; Kröll, 2011:524). Ancak, bu durumda örnek veya modelin gizli sözleşmeye aykırılık içermesi halinde malların sözleşmeye uygunluğundan bahsedilemeyecektir; bunun yanında açık sözleşmeye aykırılıklarda ise alıcının sözleşmeye aykırılık hususunda bildirimde bulunması aranacaktır (Mullis, 2007:140; Zeytin, 2015:169).

Satım konusu malların, sunulan örnek veya modele uygun olmasına rağmen özel kullanım amacına aykırı olması durumunda ise Antlaşmanın 35. maddesi çerçevesinde malın sözleşmeye uygun olduğu kabul edilmektedir. Bu hususstaki gerekçe ise numune veya model sunulmasının, alıcıya bu numune ve modelleri inceleme ve bunlar üzerinden fikir sahip olma fırsatının tanınmış olmasıdır (Schwenzer, 2015:731 Baysal, 2012:241).

3.4. Mutat veya Uygun Paketleme (Packaging) (CISG m.35/2(d))

Antlaşmanın 35/2(d) maddesine göre, taraflarca aksi kararlaştırılmadığı takdirde mallar, ancak ilgili türden mallar için mutat sayılan şekilde veya böyle mutat bir şeklin var olmadığı hallerde malın muhafazası ve korunmasına uygun olan şekilde paketlenmiş olmaları durumunda sözleşmeye uygun sayılırlar. Burada amaçlanan, esas olarak malların dışarıdan gelen tehlikelere karşı korunmasıdır.

Taraflar, sözleşme içerisinde herhangi bir paketleme yükümlülüğü kararlaştırmamış olsalar bile satım konusu malların korunaklı bir şekilde teslim edilmesi, bir gerekliliktir.

Paketlemenin sözleşmenin esaslı bir unsuru halini alması Amerikan hukukundan kaynaklanmaktadır. Zira, "Kıta Avrupası" hukuk sisteminde böyle bir yükümlülük, mallara ilişkin sorumluluk kapsamında değerlendirilmemektedir (Schwenzer, 2015:732).

Yukarıda [52] , Antlaşmanın 35/1. maddesi altında sübjektif uygunluk kapsamında da malların paketlenmesi ve muhafazası incelenmişti; ancak, 35/2(d) maddesinde düzenlenen, tarafların sözleşme çerçevesinde belirledikleri muhafaza veya paketleme değildir. Dolayısıyla, ilgili hüküm yedek kuraldır ve 35/1. maddedeki kuralı pekiştirici niteliktedir (UNCITRAL, 2012:147; Mullis, 2007:141). Ancak, 35/2(d) maddesinin satıcı için doğrudan bir paketleme yükümlülüğü getirdiği söylenemez; zira, birazdan inceleneceği üzere, her malın paketlenmemesi gerekmemektedir (Özdemir, 2016:231; Atamer, 2005:214).

Maddenin lafzından tespit edildiği gibi, taraflar arasındaki satım konusu malların korunması amacıyla öncelikle ilgili türden mallar için mutat olan muhafaza veya paketlemenin bulunup bulunmadığının belirlenmesi gerekmektedir. Bu hususta; öncelikle, Antlaşmanın 9/1. maddesine göre tarafların kabul ettikleri teamüller ve taraflar arasında yerleşmiş olan uygulamaya bakmak gerekmektedir. Aksi halde, Antlaşmanın 9/2. maddesi uyarınca tarafların bildiği veya bilmesi gerektiği milletlerarası ticarette aynı tür sözleşmeleri ilgili ticari branşta akdedenler tarafından yaygın olarak bilinen ve düzenli olarak uygulanan teamüllerin uygulanması gerekmektedir (Atamer, 2005:214; Schwenzer, 2015:732). Antlaşmanın 9. maddesi kapsamında da herhangi bir çözüm elde edilememesi halinde bu defa satıcının işyerinin bulunduğu yerdeki teamüller ölçüt kabul edilecektir. Bu hususta, alıcının ülkesinin teamüllerinin bir öneminin bulunmadığı savunulmaktadır (Özdemir, 2016:231). Ancak böyle bir teamül ile de neticeye ulaşılamaması durumunda, satım konusu malların muhafazası ve korunması için en uygun olan yöntem seçilmelidir (Schwenzer, 2015:732; Kröll, 2011:525; Atamer, 2005:214; Baysal, 2012:242).

[52] bkz. Bölüm 2 § 2.4.

Antlaşma metninde, paketleme veya muhafaza yükümlülüğünün hangi satımlarda ortaya çıkacağı noktasında açık bir ifade bulunmamakla birlikte Antlaşma içerisinde sınırlayıcı bir hüküm de bulunmadığından bu yükümlülük, malların satıcının işyerinde ya da malların stoklandığı yerde teslimi halinde de söz konusu olmalıdır. Atamer; bu hususta, ambalajlama yükümlülüğünün mala ilişkin bir gönderme, götürme veya aranacak borcun var olmasından bağımsız olarak değerlendirileceği görüşündedir (Atamer, 2005:214).

Malların ex works[53] satımı halinde dahi satıcının, malların taşımaya uygun bir şekilde paketlenmiş olduklarından emin olması gerekmektedir (Baysal, 2012:242; Kröll, 2011:525). Zira, hasarın geçmesinden sonra bile mallarda, taşıma esnasında paketlemeden kaynaklanan bir zarar meydana gelmişse, bu durumdan satıcı sorumlu tutulacaktır (Zeytin, 2015:170). Nitekim, 14 Aralık 2006 tarihli kararında Koblenz Eyalet Mahkemesi, işyeri İtalya'da bulunan, şarap imalatı yapan satıcı ile işyeri Almanya'da bulunan alıcı arasında ortaya çıkan uyuşmazlıkta; şarap şişeleri satıcı tarafından ex works teslim şekli kapsamında satıcının kendi fabrikasında kamyonlara yüklenmiş, hasar yükleme anı ile birlikte alıcıya geçmiştir. Ancak, mahkeme yine de malların düzgün bir şekilde yüklenmemiş olduğu gerekçesiyle malların sözleşmeye aykırı olduklarına kanaat getirmiştir[54]. Benzer bir şekilde, Saarbrücken Yüksek Eyalet Mahkemesi, 17 Ocak 2007 tarihli kararında, mermer blokları taşıyan aracın ani fren yapması durumunda malların hasar görebilecek bir biçimde paketlenmiş olmasını sözleşmeye aykırı bir ifa olarak yorumlamıştır[55]

Uygun paketlemeden anlaşılması gereken, satım konusu malların genel endüstriyel standartlarına göre belirlenecektir (Kröll, 2011:525). Örnek vermek gerekirse, canlı hayvan satımı halinde veya kömür, demir gibi hammaddelerin satımında her zaman bir paketleme gerekmemektedir. Zira, bu tarzda bir paketleme, pratik olmamasından ötürü olağan değildir. Ancak, Antlaşmanın aradığı muhafaza

[53] Incoterms, ICC tarafından iç ve dış ticarette terim birliği sağlamak amacını haiz teslim şekilleri kurallarıdır. Ex works ise Incoterms içerisinde yer alan bu şekillerden bir tanesidir. Satıcı bakımından asgari yükümlülük temsil eder, zira satıcı tarafından satım konusu mallar, satıcının kendi işyerinde teslim edilir. Teslim sonrasında hasar, alıcıya geçer. (Detaylı bilgi için bkz. Milletlerarası Ticaret Odası Türkiye Milli Komitesi, 2010:21).

[54] CISG-online no.1408, http://cisgw3.law.pace.edu/cases/061214g1.html/03.05.2016

[55] CLOUT no.1236, http://cisgw3.law.pace.edu/cases/070117g1.html/03.05.2016

veya paketlemenin olağanüstü riskler karşısında dahi malların korunmasını sağlayan cinsten bir paketleme veya muhafaza olmadığı da savunulmaktadır (Kröll, 2011:526; Baysal, 2012:242). Bu hususta önemli olan, olağan koşullar karşısında malların korunmasına hizmet edecek muhafaza veya paketlemenin sağlanmış olmasıdır.

Malların yapısı, değeri; taşımanın türü, süresi, rotası ve nihayet iklim koşulları gibi etmenler malların muhafazası ve paketlenmesinde önem arz edecektir (Mullis, 2007:141). Örneğin, deniz yolu ile taşımacılık yapılması halinde geminin rotasına ve iklimin durumuna göre malların ne ölçüde nemleneceği hesap edilerek paketleme işlemi yapılmalıdır. Bunun yanı sıra malların taşıma süresi boyunca korunması yanında, varış noktasına kadar yolda geçecek sürede ortaya çıkabilecek rötarların dahi değerlendirilmesi gerekmektedir (Schwenzer, 2015:733). Ancak, her halükarda olağanüstü bir olay neticesinde malların zarar görmesi halinde, olayın olağanüstülük arz ettiğinin kanıtlanması elbette satıcıya düşecektir (Kröll, 2011:526).

Yukarıda [56] da belirtildiği üzere, ambalajın münferiden bir değere sahip olması halinde uygun paketleme, bir zorunluluk halini alsa da; aksi durumlarda paketleme veya muhafaza ile asıl amaçlananın, malın değerinin korunması olduğu unutulmamalıdır. Bu vesileyle, mallar, muhafaza ve paketleme yükümlülüğüne aykırı bir şekilde teslim edilmiş olmasına rağmen hasarsız bir şekilde alıcının eline geçtiyse salt paketlemenin yapılmamasından ötürü sözleşmeye aykırılık iddia edilemeyecektir (Schwenzer, 2015:733; Baysal, 2012:245). Ancak, mallar alıcı tarafından mutat paketlemeye uygun bir şekilde yeniden satılacak ise sözleşmeye aykırılığın var olduğu söylenebilecektir (Kröll, 2011:526; Baysal, 2012:245; Schwenzer, 2015:733). Zira; alıcı, bu paketlemenin yapılmamış olması durumunda malları tekrardan satamayacaktır. Dolayısıyla; satıcının, malların yeniden satılacağını bildiği bir durumda paketlemeyi buna uygun olarak yapması gerekmektedir (Acar, 2007:113).

Antlaşmaya göre satıcı, doğrudan paketleme yükümlülüğü altında olduğundan bu yükümlülükten kaynaklanacak masraflar da aksine bir anlaşmanın olmadığı durumlarda satıcıya ait olacaktır (Aktürk, 2015:218; Atamer, 2005:214).

[56] bkz. Bölüm 2 § 2.4.

4. ALICININ SÖZLEŞMEYE AYKIRILIĞI BİLMESİ VEYA BİLMEMESİNİN MÜMKÜN OLMAMASI (Exclusion of Liability) (CISG m.35/3)

Antlaşmanın 35/3. maddesine göre; alıcının, sözleşmenin kurulması anında bildiği veya bilmemesinin mümkün olmadığı sözleşmeye aykırılıklardan satıcı, Antlaşmanın 35/2. maddesi; diğer bir deyişle malların objektif uygunluk kriterleri çerçevesinde sorumlu değildir.

Bu madde, hemen tüm eski çağ hukuk sitemlerinde var olan *"Caveat Emptor"* ilkesine dayandırılmaktadır. Bu ilke, esasen alıcının malı gördüğü gibi kabul etmiş sayılacağı ilkesidir ve alıcı ile satıcının fiziken de karşı karşıya olduğu; dolayısıyla malların görülüp incelenmesi için fırsat bulunan, ekseriya pazarlarda kurulan satış sözleşmeleri ile ortaya çıkmıştır (Atamer, 2005:216; Yüksel, 2013:51).

Maddenin lafzından da anlaşılacağı üzere; kıstas alınan an, sözleşmenin kurulması anıdır ve alıcının, sözleşmenin kurulması anından sonraki bir tarihte öğrendiği sözleşmeye aykırılıklar için söz konusu madde işletilememektedir. Dolayısıyla, bu sözleşmeye aykırılıklar teslimden önce oluşmuş olsa dahi alıcı, bu sözleşmeye aykırılıkları sözleşmenin kurulması anına kadar bilmiyorsa bu madde kapsamı altında satıcı, sorumluluktan kurtulamayacaktır (Baysal, 2012:244; Kröll, 2011:529).

Alıcının bilmesi veya bilmemesinin mümkün olmamasının ne anlama geldiği üzerinde durmak gerekmektedir. Esasen; burada kastedilen bilgi, yorum yöntemi ile ulaşılabilecek bir bilgi olmayıp gerçek bilgidir (Kröll, 2011:529; Baysal, 2012:243). Dolayısıyla; burada bir tahmin yürütme, bilgiden sayılmamaktadır. Örnek vermek gerekirse; alıcı, satın aldığı bir kremin kimyasal yapısının zamanla deforme olacağını, bazı özelliklerini kaybedebileceğini öngörebilir; ancak, Antlaşma kapsamındaki bilmeden kasıt bu tarzda bir öngörünün ötesindedir. Zira, bu gerçek bir bilgi değil, beklenti veya yorumdur. Oysa, satıcı tarafından teslim edilecek olan kremin yapısında kullanılan elementlerin bir çeşit tepkime yaratarak deforme olacağı yönünde bilgi sahibi olan alıcının bilgisi ise gerçek bir bilgiye örnek olabilecektir.

Alıcının bilmemesinin mümkün olmamasından ne anlaşılması gerektiği ise tartışmalıdır. Alıcının, ancak ağır kusuru halinde böyle bir bilgiyi haiz olamayacağı savunulduğu gibi bu durumun ağır kusuru aşan bir kusur ile de ortaya çıkabileceği savunulmaktadır (Schwenzer, 2015:734; Mullis, 2007:142; Kröll, 2011:529; Zeytin, 2015:170; Baysal, 2012:243). Zeytin, bu durumu *"Sözleşmeye aykırılık, gözden kaçamayacak kadar açık olmalıdır"* ifadesi ile açıklar (Zeytin, 2015:170).

Değinilmesi gereken bir başka unsur ise alıcının sözleşmeye aykırılığı bilmemesinin mümkün olmaması ifadesinde işaret edilen alıcının, somut olaydaki alıcı olduğudur. Burada orta zekalı, vasat bir alıcıdan bahsedilmemektedir (Schwenzer, 2015:734; Özdemir, 2016:234). Ancak; madde kapsamında, alıcının bilmemesinin mümkün olmadığı hallerden ne anlaşılması gerektiği hususunda, emsal alıcıların maldaki sözleşmeye aykırılığı bilebilecek durumda olmasının anlaşılması gerektiği de savunulmaktadır (Baysal, 2012:244; Atamer, 2005:217; Welser Rudolf, Welser Irene, 2006:150). Bu görüşe göre emsal alıcı, malı henüz teslim almadan maldaki sözleşmeye aykırılığı idrak edebilecek ise somut olaydaki alıcıdan da bu tutum beklenecektir.

Alıcının, satım konusu mallardaki sözleşmeye aykırılıkları nasıl öğrendiği, netice bakımından önem teşkil etmez. Böyle bir bilgi, alıcı tarafından sözleşmenin kurulmasından önce malların incelemesi neticesinde veya satıcı tarafından söylenen herhangi bir şey sonucunda elde edilmiş olabilir (Mullis, 2007:143). Ne var ki unutulmaması gereken, Antlaşma kapsamında alıcının böyle bir inceleme yükümlülüğünün bulunmadığıdır (Schwenzer, 2015:735; Mullis, 2007:143; Atamer, 2005:217). Hatta satıcı, alıcıyı malların incelenmesi için davet etmiş olsa dahi alıcının, sözleşmenin kurulmasından önce malları inceleme yükümlülüğü bulunmamaktadır (Yüksel, 2013:51; Baysal, 2012:244). Ancak, böyle bir yükümlülük olmasa da alıcı, mallar üzerinde herhangi bir inceleme yaptıysa ve bu sırada malların sözleşmeye aykırı olduklarına kanaat getirdiyse artık Antlaşmanın 35/3. maddesi hükmü sebebiyle satıcı tarafından sözleşmeye aykırı mal teslim edildiğini iddia ederek satım konusu malların sözleşmeye aykırı olduklarını iddia edemeyecektir. Bunun yanında; satıcı, malların sözleşmeye uygun olmadıklarını ifade ederek alıcıyı malları incelemeye davet etmişse, malları incelemeye gitmeyen alıcının daha sonradan malların sözleşmeye aykırı olduklarını iddia etmesi karşısında

satıcı Antlaşmanın 35/3. maddesinden faydalanabilecektir (Zeytin, 2015:170; Schwenzer, 2015:735; Yüksel, 2013:51). Ancak, böyle bir durum mevcut değilse salt incelemeye davet ile satıcı, sözleşmeye aykırı mallardan sorumlu olmaktan kurtulamayacaktır (Schwenzer, 2015:735). Bu hususta unutmamak gerekir ki; alıcının, sözleşme kurulmadan önce satım konusu malları incelemesi esnasında mallardaki sözleşmeye aykırılıkları tespit etmesinden anlaşılan, mallardaki açık sözleşmeye aykırılıklar olup kesinlikle gizli sözleşmeye aykırılıklar değildir. Zira; aksi halde, alıcının zaman veya masraf gerektirebilecek bir muayene yapması gerekli olabilecektir (Kröll, 2011:529; Atamer, 2005:217; Aksakal, 2014:351). Oysa; böylesi bir durum, makul şartlarda alıcıdan beklenemez.

Valais Mahkemesi tarafından incelenen bir olayda, taraflar arasında sözleşme kurulması öncesinde satım konusu buldozer, alıcı tarafından test edilmiş ve buldozerde bazı sözleşmeye aykırılıklar tespit edilmiştir. Buna rağmen alıcı, satıcı ile sözleşmesel ilişki içerisine girmiş ve aynı buldozeri satın almıştır. 28 Ekim 1997 tarihinde taraflar arasındaki uyuşmazlığı çözümleyen mahkeme, alıcının sözleşmeye aykırılığı daha önceden bilmesinden ötürü satım konusu maldaki sözleşmeye aykırılıklara dayanamayacağını karar bağlamıştır[57].

Alıcı, maldaki sözleşmeye aykırılıklar hakkındaki bilgiyi, satıcı ile arasında gerçekleşen önceki ticari ilişkilerden de edinebilir. Örnek vermek gerekirse, satıcı ile aynı malların ticareti önceden yapılmışsa; alıcı bu ticarete dayanan deneyimi doğrultusunda satıcının hangi malları göndereceğini önceden bilebilecektir (Kröll, 2011:530). Yine; bu tarz bir durumda alıcı, sözleşmeye aykırılıklar hakkındaki bilgisinden ötürü sözleşmeye aykırı mallar karşısında satıcının sorumluluğuna dayanamayacaktır.

Konu hakkında değinilmesi gereken bir başka nokta ise Antlaşmanın ilgili maddesinin malın sübjektif uygunluk kriterleri, yani taraflarca sözleşme kapsamında belirlenen nitelikleri çerçevesinde de uygulanabilir olup olmadığıdır. Madde, alıcının sözleşmeye aykırılığı bilmesi durumunda satıcının yalnızca Antlaşmanın 35/2.

[57] CLOUT no. 1442, http://www.uncitral.org/clout/clout/data/che/clout_case_219_leg-1442.html/03.05.2016

maddesi çerçevesinde sorumlu olmayacağını açık bir şekilde ifade etmekle esasen bu hususta tartışmaya yer bırakmamaktadır. Ne var ki; doktrinde, bu hususta uzlaşı bulunmamakta ve bazı yazarlar hükmün kıyasen taraflar arasında sözleşme kapsamında belirlenen nitelikleri çerçevesinde de uygulanabileceğini savunmaktadırlar (Zeytin, 2015:170; Kröll, 2011:528; Schwenzer, 2015:736; Baysal, 2012:243; Mullis, 2007:142). Hal böyle olsa da ağır basan görüş, Antlaşmanın lafzına uygun hareket edilmesidir. Hatta Schwenzer, bu hükümlerin kıyasen uygulanmasının mümkün olmadığını; bu hususta şüpheye mahal verecek herhangi bir unsurun bulunmadığını savunmaktadır (Schwenzer, 2015:736).

Esastan inceleme yapıldığı zaman da hükmün lafzının aynen uygulanması gerektiği ortadır. Alıcı, sözleşme kurulana kadar malların sözleşmeye aykırı olacağını bilseydi ya da bilmemesi mümkün olmasaydı zaten satıcı ile böyle bir sözleşme tanzim etmezdi. Aksi halde bu durum, alıcının aslında sözleşme altında belirlenenden başka bir standardı kabul etmesine rağmen sözleşmeyi imzalamak iradesine sahip olduğu anlamına gelirdi. Kaldı ki, bu hususta Sekreterya Şerhinde, *"Sözleşmenin kurulması aşamasında satıcının sözleşmeye uygun mal teslim edemeyeceğini bilen alıcının yine de tam performans talep etme hakkı bulunmaktadır."* görüşü de paylaşılmıştır (UNCITRAL, 1979:32, 33). Bu vesileyle 35/3. maddenin uygulanma kapsamını 35/1. maddeyi de içine alacak şekilde genişletmek, alıcıyı bilmemesinin mümkün olmamasına rağmen bilmediği veya bilmediğini iddia ettiği sözleşmeye aykırılıklardan da korumak anlamına gelecektir ki bu da uluslararası ticarette korunan menfaat dengesini sarsacak nitelikte bir düzenleme olabilirdi. Ancak; unutmamak gerekir ki, taraflar arasında sözleşme kurulması anında alıcı, malların sözleşmeye aykırı olduklarını biliyor; ancak iyi niyet kurallarına aykırı bir şekilde, salt satıcının sözleşmeye uygun mal teslim etme yükümlülüğünü yerine getirememesi adına sözleşme koşullarını belirliyor da olabilir. Bu gibi durumlar, sıklıkla satıcının da bir aracı olduğu hallerde ortaya çıkmaktadır. Böylesi bir durumda ise somut olayın araştırılması, alıcının böyle bir bilgiyi haiz olup olmadığının değerlendirilmesi gerekir (Kröll, 2011:528, 529). Schwenzer'e göre; alıcının, böyle bir bilgiyi sözleşmenin kurulması aşamasında biliyor olması halinde değerlendirilmesi gereken konu, sözleşmeye aykırılığa sebep olan unsurların gerçekte taraflar arasındaki sözleşme kapsamına zımni olarak da olsa alınıp

alınmadığıdır (Schwenzer, 2015:736). Zira; taraf iradeleri araştırıldığında, alıcı ile satıcı arasında, sözleşmeye aykırılık teşkil ediyor gibi görünen malların da bulundukları şekilde kabul edilmiş olabilmeleri mümkündür. Böyle bir durumda, artık bu unsurlar Antlaşmanın 35/1. maddesi kapsamında değerlendirileceğinden Antlaşmanın 35/3. maddesi işletilemeyecektir.

Satıcının, açıkça hileli bir şekilde sözleşmeye aykırı malları satması halinde, bu sözleşmeye aykırılıklar alıcı tarafından sözleşmenin kurulması anından önce biliniyor olsa dahi satıcı korunmayacaktır. Nitekim, Köln Eyalet Mahkemesi'nin 21 Mayıs 1996 tarihli kararına konu olan olayda, her iki tarafın da galerici olduğu satım akdinde alıcı, satın aldığı arabayı daha sonradan başka bir kişiye satmış, bu kişi arabanın kilometresinin değiştirilmiş olduğunu tespit etmiş, alıcı ise bu durum karşısında müşterisinin zararını gidermiştir. Akabinde alıcı, satıcıya başvurmuş; satıcı da sözleşmeye aykırılığı alıcının bildiğini iddia etmiştir. Mahkeme, sözleşmeye aykırılık teşkil eden durumların alıcı tarafından sözleşmenin akdedildiği anda biliniyor olması durumunda da satıcının, hileli davranışları neticesiyle Antlaşmanın 35/3. maddesi hükümlerinden yararlanamayacağını belirtmiştir [58]. Bu hususta, doktrine göre de, mahkeme ile paralel bir şekilde, ağır ihmalli bir alıcı ile hileli hareket eden bir satıcı arasında daha fazla korunmaya layık görülen taraf, alıcıdır (Atamer, 2005:218; Schwenzer, 2015:736).

Bu hususta yine unutmamak gerekir ki belirli bir özelliğin garanti edilmiş olması durumunda, satım konusu mallar bu özellikleri yansıtmıyorsa, alıcının sözleşmeye aykırılıkları bilmesi bir önem arz etmeyecektir. Zira, taraflar artık bu durumu sözleşmenin koşulu haline getirmiş olacaktır ve bu durum Antlaşmanın 35/1. maddesi altında incelenecektir (Schwenzer, 2015:735).

Buraya kadar, alıcının mallardaki maddi sözleşmeye aykırılıklar üzerindeki bilgisi üzerinden inceleme yapıldı. Her ne kadar çalışmanın konusunu oluşturmasa da bu noktada, mallar üzerindeki hukuki sözleşmeye aykırılık teşkil eden durumlar açısından da Antlaşmanın 35/3. maddesinin yorumlanması icap etmektedir. Satım konusu mal üzerinde üçüncü kişilerin hak ve taleplerinin bulunması durumunda, satıcının sorumluluğunun ortadan kalkması, ancak sözleşmenin kurulması sırasında

[58] CISG-online no.254, http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960521g1.html/03.05.2016

alıcının böyle bir malı satın alma iradesinin açık bir şekilde varlığı ile mümkündür (Schwenzer, 2015:717, 718). Aksi halde satıcı hiçbir şekilde Antlaşmanın 35/3. maddesinden yararlanamayacaktır.

5. SÖZLEŞMEYE AYKIRILIĞIN SAPTANMA ANI (Relevant Time) (CISG m.36)

5.1. Genel Olarak

Antlaşmanın 36. maddesi, sözleşmeye aykırılığın hangi anda mevcut olması gerektiğini düzenlemektedir. Buna göre *"(1) Satıcı, hasarın alıcıya geçtiği anda mevcut olan sözleşmeye aykırılıktan, sözleşmeye aykırılık bu andan sonra belirgin hale gelmiş olsa dahi, sözleşme ve bu Antlaşma uyarınca sorumludur. (2) Satıcı, fıkra 1'de belirtilen andan sonra ortaya çıkan ve malların belirli bir süre için, mutat amaçlarına veya belirli bir amaca elverişli kalacağı veya belirli nitelikleri veya özellikleri muhafaza edeceği konusundaki garantinin ihlali de dâhil olmak üzere herhangi bir yükümlülüğünün ihlaline dayanan sözleşmeye aykırılıktan sorumludur."*

CISG, tıpkı birçok hukuk sisteminde olduğu gibi, sözleşmeye aykırılığın mevcut olması gereken anı, kural olarak hasarın geçtiği an olarak tayin etmiştir (Baysal, 2012:245; Schwenzer, 2015:744). Hasarın geçtiği andan ne anlaşılması gerektiği hususunda ise 36. maddede herhangi bir ifadeye yer verilmemiştir. Hasarın hangi anda geçeceği hususu, taraflar arasında sözleşmesel ilişki içerisinde kararlaştırılabilen esaslı unsurlardan bir tanesini teşkil etmektedir. Dolayısıyla, öncelikle taraf iradeleri gözetilecek ve taraflar arasındaki sözleşme hükümlerince belirlenen hasarın geçiş anı tespit edilecektir.

Uluslararası ticarette, taraflarca sıklıkla Incoterms içerisinde bulunan teslim şekillerinden birisi tercih edilmektedir (Altay, 2013:202; Atamer, 2005:219). Bu teslim şekilleri içerisinde de hasarın geçiş anı, türlerine göre çeşitlilik arz etmektedir. Hal böyle olsa da, uygulamada bazen teslim şeklinin belirlenmediği, hasarın geçiş anının belirlenebilir olmadığı sözleşmelerle karşılaşılabilmektedir. Hatta; hepsinden de öte, taraflar arasındaki ticaretin yazılı bir sözleşmeye dayanmadığı hukuki ilişkilere de sıklıkla rastlamak mümkündür. Hasarın geçiş anına ilişkin taraflarca akdi

bir belirlemenin yapılmadığı durumlarda, ticari teamüller göz önünde bulundurulmaktadır (Baysal, 2012:245). Nihayetinde, ticari teamüller ile de neticeye varılamaması halinde, CISG'nin hasarın geçiş anının düzenlendiği yedek kuralları devreye girecektir ki bunlar Antlaşmanın 66 ila 70. maddeleridir (Schwenzer, 2015:744; Baysal, 2012, s.245; Mullis, 2007:144; Zeytin, 2015:171). Bu konunun, çalışma kapsamı dışında tutulmuş olması sebebiyle aşağıda, yalnızca ilgili maddelere yer verilmekle yetinilecektir.

Buna göre, *"Hasarın alıcıya geçmesinden sonra malların zayi olması veya zarar görmesi, alıcıyı semeni ödeme yükümlülüğünden kurtarmaz, meğerki, ziya veya zarar satıcının bir eyleminden veya eylemsizliğinden kaynaklansın (CISG m.66). (1) Satım sözleşmesi malların taşınmasını gerektiriyorsa ve satıcı malları belirli bir yerde vermeye mecbur değilse hasar, malların, alıcıya ulaştırılması amacıyla, satım sözleşmesine uygun olarak ilk taşıyıcıya verilmesi ile alıcıya geçer. Satıcının malları belirli bir yerde taşıyıcıya vermesi gerekiyorsa malların o yerde taşıyıcıya verilmesine kadar hasar alıcıya geçmez. Satıcının malları temsil eden belgeleri alıkoyma hakkı olsa bile, bu, hasarın intikaline etki etmez. (2) Ancak mallar, üzerlerindeki ayırt edici işaretler, taşıma belgeleri, alıcıya yapılacak bildirim veya diğer herhangi bir yolla açıkça sözleşmeye tahsis edilmediği sürece hasar alıcıya geçmez (CISG m.67). Taşıma halindeyken satılan mallara ilişkin hasar, satım sözleşmesinin kurulduğu andan itibaren alıcıya geçer. Ancak koşulların haklı göstermesi durumunda, taşıma sözleşmesine ilişkin belgeleri düzenleyen taşıyıcıya malların verilmesi anında hasar alıcı tarafından üstlenilir. Buna karşılık, satım sözleşmesinin akdi anında malın zayi olduğunu veya zarar gördüğünü satıcının bildiği veya bilmesi gerektiği hallerde bu bilgiyi alıcıya açıklamamışsa ziya veya zarar rizikosunu satıcı taşır (CISG m.68). (1) Madde 67 ve 68 kapsamına girmeyen hallerde hasar, alıcının malları teslim aldığı anda, veya malları zamanında teslim almaması halinde, malın tasarrufuna hazır bulundurulduğu ve teslim almayarak sözleşmeye aykırı bir davranışta bulunduğu andan itibaren alıcıya geçer. (2) Ancak alıcının, satıcının işyerinden farklı bir yerde malı teslim almasının öngörüldüğü hallerde hasar, teslim borcunun muaccel olduğu ve alıcının, o yerde malların tasarrufuna hazır bulundurulduğundan haberdar olduğu anda intikal eder. (3) Sözleşmenin, henüz ayırt edilmemiş mallara ilişkin olması halinde bunların ancak*

açıkça sözleşmeye tahsis edilmesi ile alıcının tasarrufuna hazır bulundurulduğu kabul edilir (CISG m.69). Satıcı sözleşmeyi esaslı şekilde ihlal etmişse, 67, 68 ve 69. madde hükümleri, alıcının ihlal dolayısıyla sahip olduğu hukuki imkanlara halel vermez (CISG m.70)."

Birazdan detaylı olarak açıklanacağı üzere CISG'nin 36/1. maddesi ana kuralı, 36/2. maddesi ise istisnai durumlara özgü hukuk kuralını belirlemektedir. Ancak; esasen, satıcının sözleşmeye aykırı mal teslim etmesinden doğan sorumluluk 36/1 veya 36/2 maddelerinin hangisinden doğarsa doğsun, sorumluluğun sonuçları açısından herhangi bir farklılık bulunmamaktadır (Baysal, 2012:247).

5.2. Hasarın Geçmesi Anında Mevcut Sözleşmeye Aykırılık (Lack of Conformity at the Time the Risk Passes) (CISG m.36/1)

Antlaşmanın 36/1. maddesinde bahsedilen sözleşmeye aykırılık, Antlaşmanın 35. maddesi kapsamındaki sözleşmeye uygunluk unsurlarından ayrılan tüm durumlarda ortaya çıkabilecektir (Mullis, 2007:144; Zeytin, 2015:171; Baysal, 2012:245). Dolayısıyla; malın miktar, kalite, tür, paketleme ve muhafaza, mutat kullanım amacı, özel kullanım amacı, numune ve modele uygunluk gibi maddi özelliklerinden herhangi birine aykırılıktan kaynaklananlar ile hukuki sözleşmeye aykırılıklar halinde kural olarak satıcı, ancak hasarın geçiş anında var olan sözleşmeye aykırılıklardan sorumlu olacaktır. Maddenin mefhumu muhalifinden çıkarılacak sonuç; satıcının, hasarın alıcıya geçmesi anından itibaren mallarda meydana gelen sözleşmeye aykırılıklardan kural olarak sorumlu olmayacağıdır. Ancak; yukarıda[59] detaylı bir şekilde incelendiği gibi, alıcının sözleşmenin kuruluş anında bildiği veya bilmesi gerektiği sözleşmeye aykırılıklardan satıcı, sorumlu olmadığı için burada hasarın geçiş anı bir önem teşkil etmeyecektir (Zeytin, 2015:171).

Antlaşmanın 36/1. maddesinin işlevini, sözleşmeye aykırılık halinde satıcının sorumluluğunun bulunup bulunmadığı hususunda kıstas alınması gereken anın oluşturduğu savunulmaktadır (Baysal, 2012:245).

[59] bkz. Bölüm 2 § 4.

31 Ekim 1995 tarihli kararında Arjantin Temyiz Mahkemesi, hasarın geçmesinden sonra, taşıma esnasında mallar üzerinde ortaya çıkan sözleşmeye aykırılıklardan alıcıyı sorumlu tutmuştur. Zira; alıcı ile satıcı arasında, kurutulmuş mantarların ticaretinin yürütüldüğü somut olayda, taraflar arasındaki sözleşmeye Incoterms teslim şekillerinden C & F [60] klozu eklenmiştir. Dolayısıyla, taşıma esnasında malların zarar görmemesi adına sigorta yaptırma yükümlülüğü, alıcıda bulunmaktadır. Bu sebeplerden mahkeme, mallardaki sözleşmeye aykırılık, hasar geçtikten sonra ortaya çıktığından satıcının sorumlu olmayacağına hükmetmiştir[61]. Benzer bir şekilde; 1 Temmuz 1994 tarihli kararında Innsbruck Eyalet Mahkemesi, işyeri Danimarka'da bulunan çiçek satıcısı ile işyeri Avusturya'da bulunan alıcı arasında, çiçeklerin yaz aylarında beklenen şekilde açmamalarından ötürü müşterilerinden şikayet alan alıcının, malların sözleşmeye aykırı olduklarını iddia etmesi ile ortaya çıkan uyuşmazlıkta; satım konusu çiçeklerin, hasarın geçmesi anında sözleşmeye aykırı oldukları alıcı tarafından ispat edilemediğinden ve satıcının hasarın geçmesi anından sonraki belirli bir periyod için sağladığı herhangi bir garanti taahhüdü bulunmadığından satıcı 36/1. madde hükmü vesilesiyle sorumlu görülmemiştir[62].

Sözleşmeye aykırılığın, hasarın geçiş anından önce belirginleşmesi şart değildir (Welser Rudolf, Welser Irene, 2006:150; Ayhan, 2011:20). Nitekim, İsviçre Lugano Temyiz Mahkemesi'nin çözümlediği bir uyuşmazlıkta; kakao çekirdekleri satımı hususunda anlaşan taraflar arasındaki sözleşmede, malların taşınması için yüklenmesinden evvel bağımsız bir acente tarafından incelenmesi ve sözleşmeye uygun oldukları yönünde bir sertifika tanzim edilmesi kararlaştırılmıştır. Mallar, sözleşmede belirtilen şekilde, bağımsız bir acente tarafından incelenmiş ve lüzumu gereken sertifika, bağımsız acente tarafından tanzim edilmiştir. Ne var ki, mallar söz konusu sertifikanın tanzim edildiği tarihten 3 hafta sonra alıcıya gönderilmek üzere

[60] Cost and Freight (Masraflar ve Navlun) satıcının malları gemide teslim etmesini veya zaten bu şekilde teslim edilmiş malları tedarik etmesini ifade eder. Satıcı malların belirlenen varma limanına gönderilmesi için taşıma sözleşmesi yapmalı ve masraflar ile navlunu ödemelidir. Malların sigortalanması alıcı üzerindedir. (Detaylı bilgi için bkz. Milletlerarası Ticaret Odası Türkiye Milli Komitesi, 2010:111 vd.)
[61] CLOUT no.191, http://cisgw3.law.pace.edu/cases/951031a1.html/05.05.2016
[62] CLOUT no.1310, http://www.uncitral.org/clout/clout/data/aut/clout_case_107_leg-1310.html/05.05.2016

yüklenebilmiştir. Alıcı tarafından mallar incelenmiş, bağımsız acente tarafından tanzim edilen sertifikada belirlenenin aksine, malların sözleşmeye aykırılıklar taşıdığı tespit edilmiştir. Mahkeme, taraflar arasındaki uyuşmazlığı çözümlediği 15 Ocak 1998 tarihinde, önemli bir karara imza atmış ve aşağıdaki her üç halde de satıcının sorumluluğunun bulunduğuna işaret etmiştir. Buna göre (1) mallar sözleşmeye aykırı olmasına rağmen bağımsız acente tarafından sözleşmeye aykırılık teşkil etmiyormuş gibi sertifikalanmış ise; veya (2) mallar bağımsız acente tarafından incelendiğinde sözleşmeye aykırılık barındırmasa da, acentenin incelemeyi yapması ile yüklenmenin tamamlanması arasında geçen 3 haftalık süre zarfında mallar sözleşmeye aykırı bir hal almış ise; veya (3) son olarak mallar, hasarın geçiş anında da sözleşmeye aykırı olmasına rağmen ancak alıcı tarafından teslim alındığı anda, Antlaşmanın 36/1. maddesi lafzında da belirtildiği şekilde, sözleşmeye aykırılıklar belirgin bir hale gelmiş ise satıcı sözleşmeye aykırı mallardan sorumlu olacaktır[63]. Zira; esasen burada sözleşmeye aykırılığın gizli olduğu açıktır (Schwenzer, 2015:744, 745; Baysal, 2012:246; Atamer, 2005:219).

Önemli olan hususlardan bir diğeri de, Antlaşmada uyuşmazlık halinde ispat yükünün kimde olacağının belirlenmemiş olmasıdır; bu vesileyle belirtmek gerekir ki, ispat yükü hususunun genel ilkeler çerçevesinde çözümlenmesi gerekmektedir. Dolayısıyla, kural olarak taraflar, iddiasını dayandırdığı olguyu ispat etmekle mükelleftir (UNCITRAL, 2012:156; Zeytin, 2015:173).

5.3. Hasarın Geçmesinden Sonraki Sözleşmeye Aykırılık (Lack of Conformity After the Risk Has Passed) (CISG m.36/2)

Hasarın geçmesi anından sonra mallarda ortaya çıkan sözleşmeye aykırılıklar üzerindeki riskin, kural olarak alıcı üzerinde olduğu biraz önce incelenmiştir. Antlaşma hükümleri çerçevesinde, istisnai olarak hasarın geçmesi anından sonra da satıcı, mallardaki sözleşmeye aykırılıklardan sorumlu tutulabilecektir. Nitekim, 29 Nisan 1996 tarihinde Meksika'da alınan tahkim kararına konu olayda, taraflar arasında Incoterms içerisinden FOB taşıma türü seçilmiş; dolayısıyla, malların gemiye yerleştirilmesi ile hasar alıcıya geçmiştir. Buna rağmen Kurul, hatalı paketlemeden ötürü hasara uğrayan meyvelerin sözleşmeye aykırı olduklarına karar

[63] CISG-online no.417, http://cisgw3.law.pace.edu/cases/980115s1.html/05.05.2016

vermiş ve hasarın geçmesi anından sonra olsa dahi satıcı sorumlu tutulmuştur[64].

Antlaşmanın 36/2. maddesi lafzından da anlaşılacağı üzere satıcının, satım konusu malların belirli bir süre için, mutat amaçlarına veya belirli bir amaca elverişli kalacağı veya belirli nitelikleri veya özellikleri muhafaza edeceği konusunda garanti vermesi veya böyle bir garanti vermemiş olsa dahi malların teslim edilmesi sonrasında satıcıya ait olan diğer yükümlülüklerin satıcı tarafından ihlal edilmesi halinde yine satıcının sorumluluğu doğacaktır. Burada bahsedilen, alıcının fiili davranışları neticesinde ortaya çıkan bir sözleşmeye aykırılık olmak zorunda değildir. Sözleşmeye aykırılık, ihmal ile de ortaya çıkabilecektir. Bu hususta, kusurun bulunması şart değildir (Schwenzer, 2015:745).

Satıcının sağladığı garanti dışında, m. 36/2'de bahsedilen yükümlülükler, genellikle satıcı tarafından alıcıya sağlanan; satılan malın montajı, nakliyesi, sigortalanması, uygun kullanım kılavuzunun sağlanması gibi ilave yükümlülüklerdir (Atamer, 2005:220; Baysal, 2012:247, Schwenzer, 2015:745). Bu yükümlülükler, hasarın geçtiği andan önce veya sonra ihlal edilmiş olabileceği gibi (Schwenzer, 2015:745; Zeytin, 2015:172); yükümlülük ihlali, olumlu ya da olumsuz bir davranışla da ortaya çıkabilecektir (Zeytin, 2015:172). Netice itibariyle bu hususlar açısından herhangi bir fark bulunmamaktadır.

Antlaşmanın 36/2. maddesinde, satıcının alıcıya verdiği garanti sebebiyle sorumluluğuna da değinilmiştir. Bu hususta; garanti, malın belirli süre ile taraflar arasında kararlaştırılan nitelikleri taşıyacağına veya mutat olan amaca uygun işlev sağlayacağına ilişkin olmalıdır (Atamer, 2005:220). Önemle belirtmek gerekir ki; satım konusu malda ortaya çıkan sözleşmeye aykırılıkların, hasarın geçiş anından önce mi yoksa sonra mı ortaya çıktığı, satıcının mala ilişkin garanti verdiği durumlarda herhangi bir mahiyete sahip değildir. Dolayısıyla; satıcının, alıcıya verdiği garantinin süresi boyunca oluşacak garanti kapsamındaki sözleşmeye aykırılıklar, hasarın geçiş anı gözetilmeksizin bu garantinin kapsamında olacaktır (Baysal, 2012:248). Bunun yanında; söz konusu garantiye, satım sözleşmesinin içinde yer verilebileceği gibi ayrı bir sözleşme yapılarak garanti sağlanması veya satıcının tek taraflı bir irade beyanı ile garanti vermesi mümkündür (Baysal,

[64] CISG-online no.350, http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960429m1.html/05.05.2016

2012:248; Zeytin, 2015:173). Önemli olan, garantinin sağlanmış olmasıdır.

Dikkat edilmesi gereken bir diğer husus, Antlaşmanın 36. maddesinden de önce Antlaşmanın 35. maddesinin, her halde sözleşme konusu malların belirli bir süre kendisinden beklenen özelliklerini taşıması gerektiğidir (Atamer, 2005:220; Zeytin, 2015:173). Örnek vermek gerekirse, satıcı tarafından gönderilen mal, ilk haftada bozulduysa zaten burada malların m.35 anlamında sözleşmeye aykırılık taşıdığı düşünülebilir, zira; maldan beklenen kalite bunu gerektirir. Bahsedilen dayanıklılık hayatın olağan akışından ötürü malda var olması gereken bir özelliktir. Dolayısıyla, Antlaşmanın 36/2. maddesinde, kısa süreli bir garantiden bahsedilmemekte, bunun ötesinde vasıfların garanti edilmiş olması aranmaktadır (Mullis, 2007:146; Atamer, 2005:220; Schwenzer, 2015:746). Malın, mutat ve özel kullanım amacına belirli bir süre için uygun olması yukarıda[65] da incelenmiştir. Satıcının, Antlaşmanın 36/1. ve 35. maddeleri gereğince malın kullanımı sırasında ortaya çıkacak sözleşmeye aykırılıklardan zaten sorumlu olduğu, bu vesile ile Antlaşmanın 36/2. maddesi hükmünün esasen alıcının ispat yükünü hafifletmeye hizmet ettiği doktrinde ileri sürülmektedir (Schwenzer, 2015:746; Baysal, 2012:248; Acar, 2007:55).

Satıcı, garantiyi açık veya zımni bir şekilde verebilecektir (Schwenzer, 2015, 746; Zeytin, 2015:173). Garanti, gıda maddelerinde olduğu gibi malın doğasından kaynaklanabileceği gibi ticari teamüllerden veya satıcının daha önce yaptığı reklamlardan da kaynaklanabilecektir (Baysal, 2012:248; Zeytin, 2015:173). Satıcı tarafından verilen garanti süresinin anlaşılamaması halinde ise olayın şartları da dikkate alınarak garanti süresinin aynı veya benzer nitelikteki malların mutat dayanma süresi esas alınarak somut olaydaki garanti süresinin belirlenmesi gerekmektedir (Schwenzer, 2015, 747; Baysal, 2012:248). Ancak; her halükarda, tarafların bu garanti süresini belirlerken açık bir şekilde sözleşme hükmü haline getirmeleri önerilmektedir (Zeytin, 2015:173; Schwenzer, 2015:747).

Son olarak değinilmesi gereken bir diğer husus; satım konusu mala ilişkin belirli bir süre mutat kullanım amacına uygun işlev göreceği yönünde garanti verilmiş olması, normal aşınma ve yıpranmaya karşı satıcının maldan sorumlu

[65] bkz. Bölüm 2 § 3.1, 3.2.

olacağı anlamına gelmeyecektir (Welser Rudolf, Welser Irene, 2006:150). Zira, normal aşınma ve yıpranma, her durumda malların doğası gereği ortaya çıkar ve hukuk sistemleri tarafından da garanti kapsamı dışında tutulur.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

MALLARIN MUAYENESİ VE SÖZLEŞMEYE AYKIRILIK İHBARI
(Examination and Notice Concerning the Lack of Conformity of the Goods)
(CISG m.38-39)

1. GENEL OLARAK

İkinci bölümde, taraflar arasında satım konusunu teşkil eden malın, hangi maddi durumlarda sözleşmeye aykırı olabileceği detaylı olarak incelendi. Malların maddi sözleşmeye aykırılıklar içermesi, her durumda satıcının bu sözleşmeye aykırılıklardan sorumlu olacağı anlamına gelmemektedir. Zira; CISG, sözleşmeye aykırı mal temin etmesi halinde satıcının, ancak bazı şartlar altında sorumlu tutulabileceğini benimsemiştir. Birazdan incelenecek olan malın muayenesi ve sözleşmeye aykırılıkların ihbarı, işte tam da alıcının bazı haklardan yararlanabilmesi için getirilen birer şart olarak karşımıza çıkmaktadır. CISG kapsamında muayene ve ihbar, birer külfet olarak düzenlenmişlerdir ve dolayısıyla, bu ödevleri yerine getirmesi alıcıdan beklenmektedir (Atamer, 2005:222). Hal böyle olsa da, bu külfetlere aykırı davranmak karşısında alıcının karşılaşacağı herhangi ilave bir müeyyide yoktur. Alıcı, yalnızca Antlaşma kapsamında kendisine sağlanan bazı haklarını kaybetmiş olacaktır (Karaman, 2013:231).

Muayene, mallardaki sözleşmeye aykırılıkların tespit edilmesi (Acar, 2007:39); ihbar ise bu sözleşmeye aykırılıkların bildirilmesi olarak iç içe bir yapıyı haiz olsalar da esasen önemli olan, alıcının malların sözleşmeye aykırılığı karşısında Antlaşma kapsamında kendisine tanınan bazı hakları kullanabilmesi için sözleşmeye aykırılıkları ihbar etmesidir. Zira; kural olarak alıcı, satım konusu malları muayene etmesine rağmen mallardaki sözleşmeye aykırılıkları satıcıya bildirmezse bazı haklarını kaybedecekken; muayene yapmaksızın tespit ettiği sözleşmeye aykırılıkları ihbar etmesi halinde ise Antlaşma kapsamında kendisine tanınan haklardan faydalanabilecektir (Flechtner, 2012:186; Aksakal, 2014:355).

Muayene ve ihbar külfetleri, tıpkı CISG'de olduğu gibi çoğu hukuk

sisteminde de mevcut bulunmaktadır (Welser Rudolf, Welser Irene, 2006:150). Ancak, CISG Tavsiye Konseyi'nin 2 numaralı görüşünde de değinildiği üzere, bu külfetler hakkındaki düzenlemeler iç hukuklarda ciddi farklılıklar arz etmektedir. Bu sebepten, Antlaşmanın hazırlanmasında en çok sorun yaşanan maddeler de muayene ve ihbar maddeleri olmuştur (Mullis, 2007:147). Şöyle ki, birçok *"Kara Avrupası"* hukuk sisteminde, kısa ihbar süreleri bulunduğu gibi sözleşmeye aykırılığın türünün bu ihbarda belirtilmemesi halinde alıcının tüm hakları kaybolmaktadır. Oysa, diğer birçok gelişmiş ve çok sayıda gelişmekte olan ülkelerde ise alıcı, her surette sözleşmeye aykırı maldan ötürü uğradığı zararları tazmin hakkını korumaktadır. CISG'nin yazılması aşamasında da gelişmekte olan ülkelerden kısa ihbar sürelerinin kaldırılması talepleri gelmiştir. Hal böyle olunca da; uzlaşı, ancak Antlaşmanın 44. maddesi ile sağlanmaya çalışılmış ve alıcının, gerekli bildirimi yapmama konusunda makul bir özrünün olduğu durumlarda semende indirim veya yoksun kalınan kar dışındaki zararının tazminini talep etmesi mümkün kılınmıştır (Mullis, 2007:148; Atamer, 2005:221, 222; CISG Tavsiye Konseyi. (2004). http://www.cisgac.com/default.php?ipkCat=128&ifkCat=144&sid=144/12.05.2016). İhbar külfetini yerine getirmediği taktirde ise alıcı, Antlaşma kapsamında kendisine tanınan diğer haklardan mahrum kalacaktır.

Antlaşmada, sözleşmeye aykırılığın usulüne göre satıcıya ihbar edilebilmesi için alıcının uymakla yükümlü olduğu üç ayrı süre düzenlenmiştir. Bu süreler, muayene süresi ve onu takip eden; biri nispi, diğeri mutlak olmak üzere iki ihbar süresidir ve bu süreler çalışma içerisinde detaylıca incelenecektir (Welser Rudolf, Welser Irene, 2006:151).

Malın muayenesi ve sözleşmeye aykırılık içermesi halinde ihbar yükümlülüğünün doğru bir şekilde değerlendirilmesi, bir bütünü teşkil etmesi bakımından ancak Antlaşmanın 38, 39, 40 ve 44. maddelerinin bir arada incelenmesi ile mümkündür (Kröll, 2011:558). Buna göre kabaca; alıcı, malları koşulların izin verdiği ölçüde kısa bir süre içerisinde muayene etmek veya ettirmek zorundadır ve bir sözleşmeye aykırılık saptaması veya saptaması gerektiği tarihten itibaren makul bir süre içinde satıcıya, sözleşmeye aykırılığı türünü de belirtecek şekilde bildirmezse, bu sözleşmeye aykırılığa dayanma hakkını kaybedecektir. Ancak; sözleşmeye aykırılık, satıcının bildiği veya bilmemesinin mümkün olmadığı ve

alıcıya açıklamadığı olgulara dayanıyorsa satıcı, alıcının muayene ve ihbar külfetlerine dayanamayacaktır. Alıcının, gerekli bildirimi yapmama konusunda makul bir özrü varsa, biraz önce de değinildiği üzere semende indirim yapması veya yoksun kalınan kar dışındaki zararının tazminini talep etmesi mümkün olacaktır.

2. MALLARIN MUAYENESİ (Examination of the Goods) (CISG m.38)

2.1. Genel Olarak

Antlaşmanın 38. maddesine göre: *"(1) Alıcı, malları, koşulların izin verdiği ölçüde kısa bir süre içerisinde muayene etmek veya ettirmek zorundadır. (2) Sözleşme, malların taşınmasını gerektiriyorsa, muayene, malların varma yerine ulaşması sonrasına ertelenebilir. (3) Mallar alıcı tarafından, muayene etmek için yeterli imkana sahip olmaksızın, taşıma halindeyken başka bir yere yönlendirilir veya onun tarafından başka bir yere gönderilirse ve satıcı sözleşme kurulurken böyle bir yönlendirme veya başka yere gönderme ihtimalini biliyor veya bilmesi gerekiyor idiyse, muayene, malların yeni varma yerine ulaşması sonrasına ertelenebilir."*

Antlaşmanın 38. maddesinde düzenlenen malın muayene yükümlülüğü; alıcıya, satım konusu malı incelemesi ve bu inceleme sonucunda taraflar arasındaki sözleşmeye aykırılıkları tespit etmesi imkanı vermektedir. Bunun sonucu olarak, ihbarın yapılması ile alıcı, sözleşmeye aykırılıklar karşısında CISG kapsamında belirlenen haklarını kullanmak, uyuşmazlık çözüm yöntemlerine gitmek ya da satıcı ile pazarlık yapmak gibi opsiyonları değerlendirmek için avantaj elde etmiş olacaktır (Schwenzer, 2015:757; Mullis, 2007:149,150; Kröll, 2011:559). Bu hali ile malların muayenesi, esasen anılan opsiyonların kullanılması açısından bir ön hazırlıktır (Zeytin, 2015:176). Ancak; burada önemli olan husus, alıcının başlı başına bu külfete katlanmaması halinde ne taraflar arasındaki sözleşmeyi ne de Antlaşmayı ihlal ediyor olduğudur (Mullis, 2007:149; Baysal, 2012:254; Zeytin, 2015:177; UNCITRAL, 2012:160). Bu hususta Konsey'in 2 numaralı görüşünde Emeritus Eric E. Bergsten, benzer bir ifade ile, salt muayene yükümlülüğünün ihlal edilmesinin bağımsız bir yaptırımının bulunmadığına işaret etmiştir (CISG Tavsiye Konseyi. (2004).http://www.cisgac.com/default.php?ipkCat=128&ifkCat=144&sid=144/02.04.2016).

Muayenenin gerçekleştirilmemiş olması ile alıcının, taraflar arasındaki sözleşmeye aykırılığa bağlı haklarını kullanamaması yalnızca muayene ile saptanabilecek sözleşmeye aykırılıklar halinde söz konusu olacaktır. Muayene sonucu tespit edilemeyecek nitelikteki sözleşmeye aykırılıklar, bir diğer deyişle gizli sözleşmeye aykırılıklar hakkında ise Antlaşmanın 39/2. maddesi hükmü geçerlilik kazanacaktır. Gizli aykırılıklar ise, ortaya çıkmalarının ardından makul bir sürede ve (başka bir garanti süresi olmaması halinde) en geç malın teslimden itibaren iki yıl içerisinde satıcıya bildirilmelidir (Baysal, 2012:254; Zeytin, 2015:177). Bu sürenin geçmesi anından itibaren alıcı, gizli aykırılıklar karşısında da sorumlu tutulamayacaktır.

Muayene yükümlülüğü; malın, taraflar arasındaki sözleşmeye aykırılık teşkil ettiğinin tespit anının belirlenmesinde önem arz etmektedir. Zira, sözleşmeye aykırılık ihbarına ilişkin Antlaşmanın 39. maddesine göre; alıcının bir sözleşmeye aykırılık saptadığı veya saptaması gerektiği tarihten itibaren makul bir süre içerisinde satıcıya, durumu bildirmesi gerekmektedir. İşte burada belirtilen alıcının sözleşmeye aykırılığı saptadığı an, kural olarak muayene anıdır (Schwenzer, 2015:756).

Antlaşma, gerek muayene ve gerekse ihbar yükümlülüklerinin seri bir şekilde yürütülmesini düzenlemesiyle esasen satıcı lehine hükümler sevk etmiş olsa da bu durumun sözleşmeye aykırı malların alıcı tarafından iktisap edilmesi yönünde kuvvetli bir risk oluşturduğu da söylenemez (Kröll, 2011:561). Zira; alıcı, kendisine tanınan haklar karşısında basiretli davranarak külfetlerini yerine getirme imkanını haizdir.

Genel itibariyle; Antlaşma, yalnızca muayenenin nerede ve ne zaman yapılacağı hususlarını açık bir şekilde düzenlemiş; muayenenin yöntemi, şekli, kapsamı, muayene ücretlerine hangi tarafın katlanması gerektiği gibi diğer önemli hususlar hakkında açık düzenlemeler sevk etmemiştir (Kröll, 2011:558; Özdemir, 2016:236).

Muayene yükümlülüğü hususunda önemli noktalardan bir tanesi, alıcının m.38 kapsamındaki muayene yükümlülüğü ile Antlaşmanın 58/3. maddesinde yer alan, alıcının sözleşme bedelini ödemeden önce malları muayene etme hakkının

birbirlerinden ayrı müesseseler olduğudur (Schwenzer, 2015:756). Zira, yalnızca açık bir sözleşmeye aykırılık halinde -ekseriya miktar bakımından sözleşmeye aykırılık hallerinde- alıcının, Antlaşmanın 58/3. maddesindeki hakkını kullanarak yaptığı muayene, Antlaşmanın 39. maddesinde düzenlenen ihbar külfeti altındaki sürelerin başlamasına sebep olabilecektir (Mohs, 2015:1006). Bunun gibi açık olmayan sözleşmeye aykırılıklarda ise alıcının sözleşmeye aykırılık ihbarı yükümlülüğünün henüz başlamadığını söylemek gerekir. Aksi halde, alıcının zaman veya masraf gerektirebilecek bir muayene yapmasının gerekli olması gerekirdi.

Malın muayenesi, sözleşmeye aykırılık teşkil eden tüm durumlar hakkında uygulama alanı bulacaktır. Dolayısıyla, malın tüm objektif ve sübjektif uygunluk kriterlerine aykırılık, muayenenin kapsamı içerisinde yer alacaktır (Kröll, 2011:564). Bunun içerisine aliud ifa da girmektedir (Baysal, 2012:254; Schwenzer, 2015:758; UNCITRAL, 2012:160; Acar, 2007:40; Welser Rudolf, Welser Irene, 2006:151). Sözleşmeye aykırı belge teslim edilmesi halinde ise her ne kadar Antlaşmada bir hüküm bulunmasa da m.38 ve m.39 kıyasen uygulanmalı, bu belgeler de incelenmelidir (Schwenzer, 2015:758; Atamer, 2015:223).

Antlaşmanın 38. maddesinin tamamlayıcı bir hüküm olması vesilesiyle taraflar, muayene süresi ve yöntemi konusunda karşılıklı olarak yeni düzenlemeler benimseyebilecekleri gibi bu yükümlülüğü tamamen ortadan kaldırabilecektir (Zeytin, 2015:177; Kröll, 2011:561).

2.2. Muayene Yöntemi (Method of Examination)

Biraz önce de değinildiği üzere; Antlaşma içerisinde muayenenin nasıl yapılacağı hususunda bir açıklamaya yer verilmemiştir. Düzenlemede, yalnızca alıcının muayeneyi kendi başına yapmak zorunda olmadığı, bu muayeneyi başka kişilere de yaptırabileceği açıklıkla belirtilmiştir. Bu hususta, muayenenin teknik bir bilgiyi gerektirdiği durumlarda alıcının kolaylıkla böyle bir teknik bilgiyi haiz üçüncü kişi tarafından muayeneyi tatbik ettirebileceği kabul edilmektedir (Baysal, 2012:254; Zeytin, 2015:177). Fakat; bu konudaki beklentiler, alıcının bulunduğu ülkeye göre değişkenlik arz edecektir (Atamer, 2005:225).

Uygulamada, genellikle taraflar, muayeneyi kimin yapacağı hususunda açık bir anlaşma yaparlar (Schwenzer, 2015:759). Yalnızca alıcı tarafından seçilen üçüncü bir kişiye yaptırılması halinde muayenenin sonuçlarına katlanacak olan taraf da yine yalnızca alıcı olacaktır (Schwenzer, 2015:759; Zeytin, 2015:177; Mullis, 2007:150). Şöyle ki, söz konusu muayene sonucunda tespit edilemeyen açık bir sözleşmeye aykırılığın mevcudiyeti durumunda, alıcının daha sonradan bu sözleşmeye aykırılığa dayanarak makul olmayan bir süre içerisinde satıcıya başvurması karşısında satıcının Antlaşma çerçevesinde bir sorumluluğunun bulunduğunu söylemek mümkün olmayacaktır[66]. Ancak; elbette her halükarda alıcı, bu durumdaki muayeneyi yapan kişiye karşı talepte bulunma hakkını koruyacaktır (Mullis, 2007:150). Bunun yanında; tarafların, bağımsız bir üçüncü kişiyi muayeneyi tatbik etmesi için birlikte seçmeleri halinde; elbette, muayene sonucunda tespit edilemeyen sözleşmeye aykırılıklardan yalnızca alıcıyı sorumlu tutmak mümkün olmayacaktır.

Muayene, esasen alıcının istihdam edeceği işçiler, uzmanlar, hatta tüketiciler tarafından dahi yapılabilecektir[67] (Mullis, 2007:150; Schwenzer, 2015:759). Nitekim, Barselona Yüksek Mahkemesi, 20 Haziran 1997 tarihli kararında, alıcının müşterileri tarafından mallarda tespit edilen sözleşmeye aykırılıkların, alıcı tarafından öğrenilmesini sözleşmeye aykırılık ihbarı süresinin başlangıç anı olarak değerlendirmiştir[68]. Karardan da anlaşıldığı üzere, mallar muayene edilmiş ve alıcı, bu muayeneden haberdar ise artık, alıcının da malları muayene etmesi zorunluluğu bulunmamaktadır.

Antlaşmanın; alıcıdan beklediği muayene, ufak dahi olsa her türlü sözleşmeye aykırılığı ortaya çıkaracak şekilde kapsamlı bir incelemeyi değil; fakat şartların elverdiği ölçüde muayeneden beklenebilecek seviyedeki sözleşmeye aykırılıkları ortaya çıkaran uygun bir incelemeyi ifade eder. Bu şartlar, sözleşme tarafları ve malların yapısına göre belirlenecektir (UNCITRAL, 1979:35). Örnek vermek gerekirse, ortalama diğer bir alıcının sözleşmeye aykırılığı tespit edebilmesi kendisinden beklenebilecek olmasına karşın somut olaydaki alıcı, gerekli teknik

[66] 23 Ocak 2004 tarihli Düsseldorf İstinaf Mahkemesi Kararı, CISG-online no.918, http://cisgw3.law.pace.edu/cases/040123g1.html/08.05.2016
[67] 12 Mart 2001 tarihli Stuttgart İstinaf Mahkemesi Kararı, CISG-online no.841, http://cisgw3.law.pace.edu/cases/010312g1.html/08.05.2016
[68] CISG-online no.338, http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970620s4.html/08.05.2016

kapasiteye sahip değilse kendisinden böyle bir muayeneyi yapması beklenemeyecektir. Bunun yanında, muayenenin her zaman teknik bir incelemeyi gerektirdiği de söylenemez. Burada amaç, sözleşmeye aykırılığı ortaya çıkartmak olduğundan halin icap ettiği durumlarda muayene, çıplak gözle dahi yapılabilecek, her zaman uzman bir kişinin yardımına ihtiyaç olmayacaktır (Zeytin, 2015:177).

Antlaşmanın 6. maddesi, taraf iradelerini üstün kabul ettiğinden tarafların, muayenenin nasıl yapılacağı hususunda diledikleri yöntemi seçme serbestisinin bulunduğunu söylemek, doğru bir tespit olacaktır. Taraflar, maldan alınması gereken numune örneklerinin sayısını belirleyebilecekleri gibi hangi tür kimyasal analizin yapılacağını da kararlaştırabileceklerdir (Schwenzer, 2015:760). Taraflar arasında böyle bir anlaşmanın mevcut olmaması halinde ise Antlaşmanın 9. maddesi devreye girecek, uluslararası ticari teamüller ve taraflar arasındaki eski uygulamalar önem kazanacaktır (Baysal, 2012:255; Zeytin, 2015:177; Schwenzer, 2015:760; Dayıoğlu, 2011:27). Ancak, bu şekilde de muayenenin nasıl yapılması gerektiği hususunda herhangi bir yöntemin tespit edilememesi halinde malların cinsi, miktarı, paketlenmesi ve diğer tüm koşulları; diğer bir deyişle somut olay dikkate alınarak çözüm aranacaktır (Atamer, 2005:224; Schwenzer, 2015:760). Nitekim, bu hususta Stuttgart Eyalet Mahkemesi, işyeri Almanya'da bulunan satıcı ile işyeri İtalya'da bulunan alıcı arasında satım konusu ayakkabıların sözleşmeye aykırılık teşkil ettiği iddiası sonucu ortaya çıkan uyuşmazlık hakkında verdiği 31 Ağustos 1989 tarihli kararda, tüm ayakkabıları muayene etmek yerine yalnızca bazı ayakkabıları muayene eden alıcının, müşterilerinin ayakkabılar hakkında şikayetler yöneltmesi üzerine malların satıcı tarafça tesliminden 16 gün sonra satıcıdan sözleşme bedelinin iadesini istemesini haksız görmüş, alıcının tüm ayakkabıları muayene etmiş olması gerektiğine işaret etmiştir[69].

Muayene, her somut olayın objektif koşulları gözetilerek yürütülmelidir (Schwenzer, 2015:760). Örneğin, çoğu halde malların tamamının incelenmesi gerekirken büyük miktarlardaki dökme yük, konserve, paket vb. mallarda bu mallardan numune alınarak gerekli incelemenin yapılması yeterli görülmektedir (Atamer, 2012:224; Schwenzer, 2015:761; Kröll, 2011:573). Böyle bir durumda,

[69] CISG-online no.11, http://cisgw3.law.pace.edu/cases/890831g1.html/08.05.2016

alınan numuneler dışındaki malların sözleşmeye aykırılık içermesi halinde, alıcının Antlaşma kapsamında sahip olduğu hakları koruduğu savunulmaktadır (Kröll, 2011:573). Ancak; şüphesiz ki, alıcının muayene ettiği numunelerin, malları temsil kabiliyeti olması gerekmektedir (Atamer, 2005:224).

Bazı şartlar altında ise mallar, çok büyük bir miktardan oluşsa dahi makul bir muayene için tüm malların incelenmesi gerekmektedir. 5 Mart 1997 tarihinde verilen kararda Zwolle Mahkemesi, önceki teslimatlarında sözleşmeye aykırı mallar gönderen satıcının, gönderdiği tüm balıkların incelenmesi gerektiğine; balıklardan bazılarının incelenmesi ile alıcının üzerine düşen muayene külfetini yerine getirdiğinin söylenemeyeceğine karar vermiştir (Mullis, 2007:151, 152)[70].

Muayene, somut olayın tüm koşullarının dikkate alınması ile fark edilebilir tüm sözleşmeye aykırılıkların tespit edilmesine yarar şekilde tatbik edilmeli, durumun şartlarının daha fazla titizlik gerektirmesi halinde daha detaylı bir inceleme ile gerçekleştirilmelidir. Ancak, yukarıda yine bu başlık altında da değinildiği üzere her durumda, muayenenin tüm sözleşmeye aykırılıkları ortaya çıkaracak titizlikte bir teknikle yapılması beklenmemekte, sadece normal bir inceleme ile ortaya çıkabilecek sözleşmeye aykırılıkların tespit edilmesi aranmaktadır (Acar, 2007:38). Daha önceden sözleşmeye aykırılık teşkil eden mallar gönderen satıcı tarafından yeni mallar gönderilmiş olması durumunda, bu yeni malların muayenesinde biraz önce de vurgulandığı gibi alıcının daha dikkatli olması beklenmektedir (Kröll, 2011:573; Mullis, 2007:155). Ancak; her halükarda, muayene masraflarının da makul olması gerekmektedir (Schwenzer, 2015:760, 761). Masrafların makul olması hususunda ise malların şekli, yapısı, miktarı, muayene yeri, paketlemesi gibi unsurlar önem arz eder (Mullis, 2007:151). Köln Eyalet Mahkemesi, 12 Ocak 2007 tarihinde verdiği kararda, koşulların izin verdiği ölçüde muayeneden elde edilecek menfaat ile yapılacak muayene masraflarının makul bir orantı içerisinde olması gerektiğine; muayenenin önce dışarıdan yapılmasının, malın zarar görme ve tekrar satılamama ihtimalinin olduğu durumlarda ise maldan numune alınarak gerçekleştirilmesinin

[70] CISG-online no.545, http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=332&step=Abstract/08.05.2016

daha uygun olduğuna değinmiştir[71]. 14 Ocak 2002 tarihli kararında Avusturya Yüksek Mahkemesi de benzer bir şekilde, malların incelenmesinin teknik bilgi gerektirmesi halinde bu alandaki uzmanlara danışılması gerektiğini; ancak, alıcının muayene yükümlülüğünün fahiş bedelli bir muayene olmadığını karara bağlamıştır[72]. Bunun yanında, muayene metodunun çok uzun zaman alacak olması, kullanılacak muayene yönteminin maldan hızlı bir şekilde yararlanılmasının önüne geçecek olması durumlarında da alıcıdan, malları böyle bir yöntemle muayene etmesi beklenemeyecektir (Özdemir, 2016:236). Ancak; her halükarda, taraflar arasındaki ticari ilişkinin incelenmesi gerekecektir. Son olarak; muayenenin, gizli sözleşmeye aykırılıkları saptayacak şekilde yapılmasının aranmadığı da savunulmaktadır (Atamer, 2005:225). Dolayısıyla, gizli sözleşmeye aykırılıklar, ancak ortaya çıktığı andan itibaren alıcının ihbar külfetini doğuracaktır. Ancak; muayene neticesiyle alıcının, malda sözleşmeye aykırılık olduğu hususunda bazı emarelere rastlaması, daha detaylı bir muayeneyi gerçekleştirmesini gerektirir. Aksi halde alıcı, bu sözleşmeye aykırılıkları satıcıya bildirmediği durumlarda, sözleşmeye aykırılık halinde Antlaşma kapsamında sahip olduğu haklarını kaybetme ihtimali ile karşılaşacaktır (Kröll, 2011:573).

2.3. Muayene Süresi (Time Period for Examination) (CISG m. 38/1)

Antlaşmaya göre alıcı, malların muayenesini, koşulların izin verdiği ölçüde kısa bir süre içerisinde tatbik etmelidir. Maddenin lafzından da anlaşılacağı üzere Antlaşma, malların çeşitliliği doğrultusunda, özellikle her malın cinsine göre -ki esasen her somut olayın başka değişik özellikleri de bulunacaktır, nitekim malın teslim anında bulunduğu yer, paketlenmesi, miktarı, kalitesi gibi unsurları da bu sürenin belirlenmesinde önem arz eder- muayene sürelerinin değişkenlik gösterebileceği ihtimali karşısında, koşulların elverdiği ölçüde kısa bir süre içerisinde muayene işleminin tamamlanması gerektiğini düzenleyerek esnek bir tutum sergilemektedir (Schwenzer, 2015:762, 763; Mullis, 2007:154). Bu hususta, birçok hukuk sistemindeki *"derhal"* muayene yükümlülüğünün katılığının tercih edilmemiş olması ile *"mümkün olan en kısa zamanda"* ifadesi yerine *"pratik olabildiği ölçüde hızlı"* gibi uygulamada daha fazla esneklik sağlayacak bir ifadenin kullanılmamış

[71] CISG-online no.1581, http://cisgw3.law.pace.edu/cases/070112g1.html/08.05.2016
[72] CLOUT no.541, http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020114a3.html/08.05.2016

olması; Antlaşmanın orta yolu arayan, dengeleri gözeten üslubu ile doğrudan bağlantılıdır (Kröll, 2011:576). Bu hususta esas alınması gereken madde, Antlaşmanın 7. maddesidir. Buna göre hakim, milletlerarası ticarette dürüstlük kuralını teşvik eden çözümler üretmek durumundadır (Atamer, 2005:227).

Biraz önce değinildiği üzere, şartların elverdiği ölçüde mümkün olan en kısa süre içerisinde muayenenin yürütülmesi gereklidir. Bu hususta, Avusturya Yüksek Mahkemesi, yukarıda paylaşılan[73] 14 Ocak 2002 tarihli kararında; açık bir şekilde, muayene yükümlülüğünün durumun koşullarına göre değişkenlik arz edeceğine değinmiş, incelediği meselede soğutma sisteminin muayenesi için bir haftalık süreyi yeterli görmüştür[74]. Benzer bir şekilde; Avusturya Yüksek Mahkemesi, 27 Ağustos 1995 tarihli kararında; alıcı şirketin büyüklüğünün, muayene edilecek malların türünün, sezonluk ürünler olmaları halinde malların özelliklerinin, dayanıklılığının, karmaşık yapısının ve nihayet muayenesi için gerekli eforun ve bu gibi etmenlerin, malların muayene süresinin belirlenmesinde rol oynayacağını değerlendirmiştir[75]. Bunların yanı sıra; alıcının tüketici olması, tacir olması, aile şirketi olması, ulaşım imkanları gibi hususlar da muayene süresinin tespitinde önemli hususları oluşturmaktadır (Zeytin, 2015:178).

Malların, mümkün olan en kısa süre içerisinde muayene edilmesinin altındaki temel amaç, esasen alıcının malları kabul edip etmediğine ilişkin hızlı bir onay vermesinin sağlanması ve satıcının sorumluluğunun tespit edilebilmesi için malların, özelliklerini yitirmeden incelenmesidir (Mullis, 2007:152). Bu sayede, satıcı ile alıcının çıkarlarının dengelenmesi hedef alınmıştır (Kröll, 2011:575).

Alıcının malları muayene etmesi için hesaplanan süre kapsamında, alıcının muayene için yapması gereken hazırlık aşamaları da dikkate alınmaktadır ve bu hazırlık aşaması içerisine planlama ve organizasyon da dahildir (Kröll, 2011:578). Bunun gibi, satıcı tarafından bilinmesi şartıyla alıcının çalışma faaliyetlerini geçici olarak durdurması da muayene süresinin hesaplanmasında dikkate alınmalıdır (Kröll, 2011:578).

[73] bkz. Bölüm 3 § 2.2.
[74] CLOUT no.541, http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020114a3.html/08.05.2016
[75] CLOUT no.423, http://cisgw3.law.pace.edu/cases/990827a3.html/08.05.2016

Alıcıdan; bilhassa kolay bozulabilen mallar karşısında mümkün olan en hızlı şekilde muayene yükümlülüğünü tamamlaması beklenir (Mullis, 2007:154; Schwenzer, 2015:763). Satım konusu malın, çiçek veya gıda maddesi gibi kolay bozulabilen bir mal olması durumunda bu malların derhal muayene edilmeleri ve sözleşmeye aykırılık teşkil etmeleri halinde derhal durumun satıcıya bildirilmesi gerekmektedir. Nitekim, Saarbrücken Yüksek Eyalet Mahkemesi, 3 Haziran 1998 tarihli kararında, uluslararası çiçek ticaretinde malın muayenesinin ve sözleşmeye aykırılık bildiriminin, alıcı tarafından malın teslim alındığı gün yapılması gerekliliğine işaret edilmiştir[76]. Canlı koyunların ticaretinin konu alındığı bir başka kararda ise Schleswig Yüksek Eyalet Mahkemesi, alıcının teslim tarihinde veya en geç ertesi gün muayeneyi gerçekleştirmesi gerektiğine değinmiştir[77].

Dayanıklı mallar açısından ise aynı seviyede bir hız beklenmemelidir; ancak, bu halde, malın ne kadar kompleks bir yapıyı haiz olduğu, muayene süresinin belirlenmesinde daha büyük bir rol oynayacaktır (Baysal, 2012:256). Hal böyle olsa da, dayanıklı mallar açısından da teslim edilen mal sayısının ve hemen anlaşılabilir olması durumunda malların cinsinin sözleşmeye uygun olup olmadığı hususunun derhal muayene edilmesi gerekmektedir (Schwenzer, 2015:764). Nitekim, 5 Nisan 1995 tarihli kararında Landshut Eyalet Mahkemesi, svetşörtlerin sözleşmede belirlenenden farklı bir renkte gönderilmesinin alıcı tarafından satıcıya derhal bildirilmesi gerektiğine işaret etmiştir[78].

Bazı durumlarda malların, bu tarzda ilk bakışta anlaşılabilecek sözleşmeye aykırılıklarından ziyade daha detaylı bir inceleme sonrasında ortaya çıkabilecek sözleşmeye aykırılıkları barındırması durumunda böyle hızlı bir muayeneye tabi tutulmaları elbette beklenmemektedir (Schwenzer, 2015:764). Zira, biraz önce paylaşılan Landshut Eyalet Mahkemesi kararında, svetşörtlerin çekme yapması ile ilgili olarak mahkeme, alıcıdan aynı ivedilikte bir incelemeyi beklememiştir. Malların hileli olması halinde de bu durum geçerlidir; zira, alıcının duruma karşı daha temkinli yaklaşması gerekmektedir (Kröll, 2011:579).

[76] CISG-online no.354, http://cisgw3.law.pace.edu/cases/980603g1.html/08.05.2016
[77] 22 Ağustos 2002 tarihli karar,
CISG-online no.710, http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020822g2.html/08.05.2016
[78] CISG-online no.193, http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950405g1.html/09.05.2016

Malların muayene edilmesi gerektiği süre hesaplanırken alıcının; ekonomik durumu, kişisel ve mesleki ilişkileri, kültürel farklılar, muayene yerinin genel özellikleri ve teçhizatları gibi meseleler de göz önünde bulundurulmalıdır (Schwenzer, 2015:764, 765; Kröll, 2011:578; Zeytin, 2015:178). En azından bu durum, satıcının anılan bu özellikleri bildiği veya bilmesi gerektiği haller için geçerlidir (Mullis, 2007:155). Fakat; alıcının kişisel faktörleri, bu hesaplamada dikkate alınmayacaktır. Örneğin, sözleşmeye aykırı mal sunulmuş olmasına rağmen alıcı, hasta olması sebebiyle muayeneyi aksatmışsa, satıcı karşısında böylesi kişisel bir sebep vasıtasıyla korunmayacaktır (Schwenzer, 2015:765).

2.4. Muayene Süresinin Başlangıç Anı (Starting Point for the Period for Examination)

Malın, taraflar arasında kararlaştırılan yerde veya CISG'nin teslim yerini yedek kural olarak belirlediği 31. maddesine uygun olarak tespit edilecek yerde teslim edilmesi veya hazır bulundurulması anı, kural olarak muayene süresinin başlangıç anıdır (Atamer, 2005:225; Mullis, 2007:152; Schwenzer, 2015:765; Kröll, 2011:584,585). Montajı yapılması gereken mallar açısından ise muayene süresi, kural olarak montajın tamamlanması ile başlayacaktır (Baysal, 2012:256)[79]. Ne var ki Antlaşma, birazdan detaylı olarak inceleneceği üzere 38/2. ve 38/3. maddelerinde bazı istisnalar belirlemiştir. Bu istisnalar, esasen ticari hayatta sıklıkla karşılaşılan durumlar olduğundan bu tarzda açık düzenlemeler sevk edilmesini gerekli kılmıştır (Mullis, 2007:153).

Malların teslim süresinin kararlaştırıldığı durumlarda, satıcının malları teslim süresinin bitiminden evvel teslim etmesi halinde, alıcının teknik açıdan muayeneyi yapabilmesi mümkün ise muayene süresinin başlangıç anı, söz konusu malların teslim edildiği an olacaktır (Zeytin, 2015:179; Schwenzer, 2015:765).

Teslim süresinin başlamasından önce malların teslim edilmesi, yani erken ifa halinde, malları teslim alan alıcının taraflar arasında kararlaştırılan teslim tarihinden önce malları muayene etmesi beklenemez (Schwenzer, 2015:765). Zira, alıcıdan erken ifa karşısında malları muayene etmesi için hazır bulunması beklenemeyecektir.

[79] CISG-online no.1427, http://cisgw3.law.pace.edu/cases/061219s1.html/09.05.2016

Esasen, alıcının bu malları teslim alma zorunluluğu dahi bulunmamaktadır. Gerçekten de Antlaşmanın 52/1. maddesine göre satıcının, malları belirlenen tarihten önce teslim etmesi durumunda alıcı, bu teslimi kabul veya reddedebilecektir.

Geç ifa halinde ise; her ne kadar alıcı, muayene külfetinden genellikle kurtulamıyor olsa da somut olayın özellikleri dikkate alınarak alıcının söz konusu geç ifayı telafi edip edemediğinin araştırılması gerekmektedir (Schwenzer, 2015:765). Zira; alıcı, geç ifayı telafi edebiliyorsa geç ifadan ötürü muayeneyi gerçekleştiremediğini iddia edememelidir.

Son olarak; kısmi ifa durumunda ise konu iki şekilde incelenmektedir. Malların sözleşmeye uygunluğu, ancak malların bir arada olmaları halinde muayene edilebilir ise bu durumda alıcının muayene yükümlülüğüne ilişkin süre başlamamış olacaktır. Ancak; hal böyle olsa da, malların tek tek sözleşmeye uygunluğunun muayene edilebilirliğinin mümkün olması durumunda, her bir ifa anında kural olarak muayene külfetinin süresi başlamış olacaktır (Schwenzer, 2015:765)[80]. Zira, böyle bir durumda alıcı, muayene için tüm malların teslim edilmesini beklediğini iddia edemeyecektir.

2.4.1. Malların Taşınması (Contract Involves Carriage) (CISG m.38/2)

Antlaşmanın 38/2. maddesinde, taraflar arasındaki sözleşmenin malların taşınmasını gerektirdiği hallerde; muayenenin, malların varma yerine ulaşması sonrasına ertelenebileceği düzenlenmektedir. Dolayısıyla; alıcının, mallar taşıyıcıya verilirken kural olarak bu malları muayene etmesine gerek yoktur (Zeytin, 2015:179). Bu hüküm, Incoterms içerisinde yer alan teslim şekillerinden F, C ve D grubundan[81] birinin taraflar arasındaki sözleşmelerde belirlenmiş olmaları halinde de uygulama imkanı bulacaktır; zira, bu hallerde malların taşınması gerekir (Zeytin, 2015:179; Schwenzer, 2015:766).

---

[80] Avusturya Yüksek Mahkemesi'nin 14 Ocak 2002 tarihli kararı, CLOUT no.541, http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020114a3.html/09.05.2016

[81] Taraflar arasındaki sözleşmede, Incoterms teslim türlerinden D grubundan bir türün belirlenmiş olması halinde, ancak malların varma noktası ile teslim noktası farklı oldukları zaman Antlaşmanın 38/2. maddesi uygulama alanı bulabilecektir. (Detaylı bilgi için bkz. Milletlerarası Ticaret Odası Türkiye Milli Komitesi, 2010).

Antlaşmanın ilgili maddesi, elbette taraflar aksini kararlaştırmadığı sürece uygulanacak; bununla beraber taraflar, sözleşme serbestisi prensibi doğrultusunda alıcının muayene yükümlülüğünün ertelenmeyeceğini kararlaştırabilecektir (Mullis, 2007:153; Kröll, 2011:584). Bu hallerde, her ne kadar ticari bakımdan malların muayene edilmesinin ertelenmesi daha mantıklı olacaksa da taraf iradelerinin gözetilmesi gerekecektir (Kröll, 2011:584). Nitekim, 8 Ocak 1993 tarihli kararında Düsseldorf İstinaf Mahkemesi, tarafların Torbalı'da malların soğuk depolu kamyonlara yüklenmesi ile masrafsız (free on refrigerated truck Turkish loading beth (Torbalı)) teslim şekli belirlemelerine rağmen yine sözleşme ile malların yükleme yerinin aynı zamanda borcun ifa yeri olarak kararlaştırmalarından ötürü Antlaşmanın 38/2. maddesini uygulama dışı bıraktıklarına kanaat getirmiş ve muayene yükümlülüğünün, işyeri Almanya'da olan alıcının malları Almanya'da teslim alması ile değil, işyeri Türkiye'de olan satıcının malları Torbalı'da yüklemesi ile başladığını tespit etmiştir[82].

CISG'nin 38/2. maddesinden anlaşılacağı üzere, gönderme borcu içeren sözleşmeler açısından muayene süresi, malın teslimi ile başlamaktadır. Burada taşıyıcıya teslim değil, malların alıcıya ulaşması önem arz etmektedir (Zeytin, 2015:178; Atamer, 2005:226). Bu hususta unutmamak gerekir ki, taşıma sözleşmesini hangi tarafın tanzim ettiğinin m.38/2'nin uygulanması bakımından hiç bir önemi bulunmamakta (Kröll, 2011:585); taşıyıcıyı, alıcı tayin etmiş olsa dahi taşıyıcı, alıcının temsilcisi haline gelmemektedir (Schwenzer, 2015:766). İstisnai bir durum olarak, taşıyıcının üstünkörü malları incelemesi ve taşıma belgelerindeki durum ile mallar arasında açık bir aykırılığı tespit etmesi halinde, belgelerin alıcıya ulaşması karşısında alıcının muayene yükümlülüğünün hangi anda başlayacağı hususunda belirsizlik bulunmaktadır (Kröll, 2011:585). Schwenzer'e göre; alıcının bu belgeleri teslim alması ile muayene yükümlülüğü başlamış olacaktır (Schwenzer, 2015:766, benzer yönde görüş için bkz. Baysal, 2012:257); Kröll'ün de katıldığı diğer görüşe göre, ancak malların ulaşması anında alıcının muayene yükümlülüğü başlayacaktır (Kröll, 2011:585, 586). Yukarıdakilerden bağımsız olarak; taşıyıcının, alıcının personeli olması durumunda malların, taşıyıcıya teslimi ile şartların oluşması halinde muayene süresinin başlayacağı savunulmaktadır (Kröll, 2011:585).

[82] CISG-online no.76, http://cisgw3.law.pace.edu/cases/930108g1.html/09.05.2016

2.4.2. Malların Gönderilmesi veya Yönlendirilmesi (Redirected or Redispatched Goods) (CISG m.38/2)

Antlaşmanın 38/3. maddesinde, malların alıcı tarafından, muayene için yeterli imkana sahip olmaksızın taşıma halindeyken başka bir yere yönlendirilmesi (redirected in transit) veya alıcı tarafından başka bir yere gönderilmesi (redispatched) halinde, satıcının da sözleşme kurulurken böyle bir yönlendirmeyi veya başka yere gönderme ihtimalini biliyor veya bilmesi gerekiyor olması durumunda, muayenenin malların yeni varma yerine ulaşması sonrasına ertelenebileceği düzenlenmektedir. Zira; bu hallerde, genellikle alıcının malları fiilen muayene etme imkanı bulunmayacaktır (Atamer, 2005:226). Oysa; bazı hallerde, alıcının böyle bir imkanı bulunuyor olabilir. Bu durumlarda ise alıcının muayene yükümlülüğünün mevcut olduğunun kabul edilmesi gerekecektir. Zira; bazı durumlarda, alıcının gönderme veya yönlendirme sırasında malları incelemesi makul olabilir. Bu durumun makul olması, malın cinsi ve paketlenmesi ile ilgilidir. Paketlemenin açılması, masraflı ve zaman alıcıysa veya malların cinsi, muayene için zaman veya teknik donanım bakımından muayeneye imkan tanımıyorsa artık bu hallerde durumun makul olmasından bahsedilemeyecek, muayene ertelenebilecektir (Schwenzer, 2015:767; Kröll, 2011:588).

Taşıma halindeki malların başka bir yere yönlendirilmesinden kasıt, taşıma halindeki malların başlangıçta hedeflenen yere ulaşmadan başka bir yere gönderilmesidir. Bunun yanında, başka bir yere göndermeden anlaşılan ise malların varış yerine ulaşmasından sonra alıcı tarafından başka bir yere gönderilmesidir. Bu gönderme, aynı şekilde alıcının müşterisi tarafından da gerçekleştirilebilecektir (Schwenzer, 2015:766; Kröll, 2011:587).

CISG'nin 38/3. maddesinde belirlenen durum, kesinlikle alıcının, malları önce bir depoya gönderip sonra da müşterileri ile kararlaştırdığı yerlere bu depodan nakletmesi değildir. Zira; böyle bir halde alıcı, zaten malları teslim almış olduğundan muayene yükümlülüğü de başlamış olacaktır. Burada, esasen ticaret hayatının hızının muayene ile kesilmemesi amaçlanmıştır (Atamer, 2005:226; Schwenzer, 2015:766; Kröll, 2011:586). Bunun yanında, malların muayenesi için paketlemelerinin bozulması ile yeni bir masraftan da kaçınılmak istenmiştir (Kröll, 2011:586).

Nitekim, 13 Ocak 1993 tarihli kararında Saarbrücken İstinaf Mahkemesi, malların ne zaman ve nereye transfer edileceğinin öngörülebilir olmaması sebebiyle alıcı tarafından satın alınan malların kendi müşterilerine gönderilmesine kadar bir depoda bekletilmesinin CISG'nin 38/3. maddesi kapsamında değerlendirilemeyeceğine; dolayısıyla, malların teslim alınması ile muayene yükümlülüğü süresinin başlamış olduğuna karar vermiştir[83].

İlgili maddenin lafzından da açıkça anlaşıldığı üzere, satıcının gönderme veya yönlendirme durumunu bilmesi veya bilebilecek durumda olması gerekmektedir. Düzenleme, esasen satıcının lehinedir. Zira; muayene, ilk varış yerindense son varış yerinde yapılacağından malların başka bir yere daha gönderilecek olması, ihbar süresini satıcının hiç beklemediği şekilde uzatacaktır (Acar, 2007:39). Alıcının, sözleşmenin kurulmasından sonra satıcıyı bu durum hakkında bilgilendirmesi, muayene süresinin ertelenmesi için yeterli görülmemektedir (Kröll, 2011:587). Burada bahsedilen bilme hali için bir varsayıma, ancak alıcının ara satıcı veya toptancı olması halinde gidilebilmektedir (Mullis, 2007:154; Atamer, 2005:226; Zeytin, 2015:179; Schwenzer, 2015:766; Baysal, 2012:258). Diğer hallerde, somut olayın araştırılması gerekmektedir. Ancak; her halükarda, alıcılara satıcının durumdan haberdar edilmesi önerilmektedir (Mullis, 2007:154; Schwenzer, 2015:766).

Malların varış noktasında teslim alınmasıyla muayene yükümlülüğü başlamış olacaktır ve alıcı, muayene ve ihbar külfetlerinden şahsen sorumlu olacaktır. Muayenenin, alıcının müşterisine bırakılmış olması halinde de alıcı, müşterisinin fiili ve ihmali davranışlarından sorumlu olacaktır (Schwenzer, 2015:768; Kröll, 2011:586).

2.5. Muayene Masrafları (Costs of Examination)

Yukarıda[84], muayene masraflarının makul olması hususuna değinilmiştir. Burada, esasen muayene külfetinin hangi taraf üzerinde olacağı hususuna değinilecektir.

[83] CISG-online no.83, http://cisgw3.law.pace.edu/cases/930113g1.html/09.05.2016
[84] bkz. Bölüm 3 § 2.2.

Taraflar arasında aksi belirlenmemişse ve ticari teamüller ve taraflar arasındaki alışkanlıklar da aksini öngörmüyorsa muayene masrafı, kural olarak alıcı tarafından ödenir; ancak sözleşmenin ortadan kalkması, sözleşmeye aykırı mal yerine başka bir malın alıcıya gönderilmesi veya satıcının ikame mal teslim etmesi neticesiyle alıcının ikinci bir muayene külfetinin doğması gibi (sınırlı olmayan) durumlarda bu külfete katlanması gereken tarafın satıcı olduğu savunulmaktadır (Zeytin, 2015:179; Atamer, 2005:225; Schwenzer, 2015:768; Özdemir, 2016:240; Baysal, 2012:259).

3. SÖZLEŞMEYE AYKIRILIK İHBARI (Notice of Lack of Conformity) (CISG m.39)

3.1. Genel Olarak

Yukarıda[85], alıcının satım konusu mallar üzerindeki sözleşmeye aykırılıkları saptaması için yürüttüğü faaliyet olan muayene incelenmiştir. Alıcının, muayene sonucunda veya başka bir şekilde satım konusu mallardaki sözleşmeye aykırılıklar karşısında sahip olduğu haklarını kullanabilmesi için bu sözleşmeye aykırılıkları satıcıya makul bir süre içerisinde bildirmesi gerekmektedir ki bu da ihbar külfetini işaret eder.

Antlaşmanın 39. maddesi, alıcının sözleşmeye aykırılıkları ihbar etme külfetini hüküm altına almaktadır. Buna göre: *"(1) Alıcı, bir sözleşmeye aykırılık saptadığı veya saptaması gerektiği tarihten itibaren makul bir süre içinde satıcıya, sözleşmeye aykırılığı türünü de belirterek bildirmezse, bu sözleşmeye aykırılığa dayanma hakkını kaybeder. (2) Her halde, alıcı, malların fiilen kendisine verildiği tarihten itibaren en geç iki yıllık bir süre içinde sözleşmeye aykırılığı satıcıya bildirmezse, bu sözleşmeye aykırılığa dayanma hakkını kaybeder; meğerki, bu süre sözleşmesel bir garanti süresiyle bağdaşmıyor olsun."*

Madde metninden de anlaşıldığı üzere alıcı, sözleşmeye aykırılığı makul bir süre içerisinde satıcıya bildirmedikçe sözleşmeye aykırılığa dayanma hakkını kaybedecektir. Sözleşmeye aykırılığın muayene ile tespit edilememesi durumunda;

[85] bkz. Bölüm 3 § 2.

yani sözleşme konusu mallarda gizli aykırılık bulunması durumunda, ancak bu aykırılıklar tespit edildiği andan itibaren makul bir süre içerisinde bildirim yapılacaktır ve bu bildirim hiçbir şekilde malın tesliminden itibaren iki yılı geçmeyecektir. Ek olarak, satım konusu malların sahip olabileceği daha uzun garanti süreleri istisna tutulmuş, bu iki yıllık sürenin böyle bir durum karşısında uzayabileceği düzenlenmiştir.

Sözleşmeye aykırılıklar ile ilgili ihbar, esasen satıcıyı koruyan bir niteliği haizdir (Kröll, 2011:597). Alıcının muhtemel taleplerine karşı satıcının hazırlıklı olması sağlanmaya çalışılmıştır (Kröll, 2011:597; Zeytin, 2015:180). Satım konusu mallarda bulunan sözleşmeye aykırılıklar ile ilgili olarak satıcının hızlı bir şekilde bilgilendirilmesi, iddia edilen sözleşmeye aykırılığın var olup olmadığının tespit edilebilmesi için satıcının malları denetlemek üzere zaman kaybetmeksizin harekete geçmesini sağlayacaktır (Baysal, 2012:260). Benzer bir şekilde, alıcının risk alanında doğan sözleşmeye aykırılıktan satıcının korunması da hedeflenmiştir (Zeytin, 2015:180). Zira; bu tarzda bir ihbar, riskin alıcıya geçmesinden sonra oluşan sözleşmeye aykırılıklar gibi satıcının kural olarak sorumlu olmadığı sözleşmeye aykırılıklardan korunmasını sağlayabilecektir (Kröll, 2011:596, 597; Baysal, 2012:260).

CISG'nin 38. maddesi, tamamlayıcı bir hüküm olup tarafların; süre, şekil, içerik gibi hususlarda değişiklik yapabilmesi mümkündür (Zeytin, 2015:180).

3.2. Sözleşmeye Aykırılık İhbarının İçeriği ve Şekli (Content and Form)

Sözleşmeye aykırılık ihbarının içeriği, kabaca satım konusu malların sözleşmeye aykırılıklarının hangi türden olduğunun belirtilmesidir. Taraflar arasında aksi kararlaştırılmadıkça alıcının, sözleşmeye aykırılık bildirimi yaparken sözleşmeye aykırılığın hangi türden bir aykırılık olduğunu da belirtmesi gerekecektir; aksi halde kural olarak ihbar külfetinin yerine getirilmemiş olduğu sonucu doğmaktadır (Atamer, 2005:228, 229). Dolayısıyla, sözleşmeye aykırılık ihbarı hem itiraz iradesini, hem de açıkça sözleşmeye aykırılığın türünü belirtir nitelikte olmalıdır (Schwenzer, 2015:772). Nitekim, 8 Şubat 2006 tarihli kararında Karlsruhe İstinaf Mahkemesi; alıcının, malların sözleşmeye aykırılığı ile bu sözleşmeye aykırı

mallara itiraz iradesini açıkça ortaya koyması gerektiğine; aksi halde sözleşmeye aykırılık ihbarının tarafların ticari ilişkileri sırasında birbirlerine gönderdikleri bildirimler gibi algılanacağına ve sözleşmeye aykırılığın özel bir öneme sahip olmadığı anlamına geleceğine işaret etmiştir[86].

Sözleşmeye aykırılık ihbarında, malların ne türden sözleşmeye aykırılıklar içerdiğinin belirtilmesi gerekliliğinin sebebi, öncelikle ortada bir sözleşmeye aykırılığın olup olmadığının; varsa bu sözleşmeye aykırılığın ne olduğunun anlaşılması ile satıcının ihbarın içeriğine göre hareket etmesini sağlamaktır (Mullis, 2007:157). Örneğin; sözleşmeye aykırı malların bulunması durumunda satıcı; malların yeniden muayene edilmesi, sözleşmeye aykırı malların değiştirilmesi, tamir edilmesi gibi yöntemleri seçmek isteyebileceği gibi bunların yanında olası bir dava için delil toplamayı, kendi tedarikçisine rücu davası açmak için hazırlanmayı da değerlendirebilecektir (Schwenzer, 2015:772; Atamer, 2005:229). Bu sebeplerle; sözleşmeye aykırılık ihbarı, satıcıya hangi malların sözleşmeye aykırı olduğu, sözleşmeye aykırılığın ne olduğu ve ne derecede olduğu bilgilerini sağlamalıdır (Baysal, 2012:261).

Burada alıcıya düşen, satım konusu mallardaki sözleşmeye aykırılığı mümkün olduğunca tanımlamasıdır. Uygulamada "kalite kusuru var"[87], "berbat durumda"[88], "düşük kalitede"[89], "ikinci sınıf"[90], "zayıf işçilik"[91], "tamir gerekiyor"[92], "şikayet alıyoruz"[93], "beklediğimiz gibi değil"[94], ifadeleri ihbarın sahip olması gereken içerik

[86] CISG-online no.1328, http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060208g1.html/09.05.2016
[87] Zürih Ticaret Mahkemesi'nin 21 Eylül 1998 tarihli kararı, CISG-online no.416, http://cisgw3.law.pace.edu/cases/980921s1.html/09.05.2016
[88] Saarbrücken İstinaf Mahkemesi'nin 3 Haziran 1998 tarihli kararı, CISG-online no.354, http://cisgw3.law.pace.edu/cases/980603g1.html/09.05.2016
[89] Hannover Eyalet Mahkemesi'nin 1 Aralık 1993 tarihli kararı, CISG-online no.244, http://cisgw3.law.pace.edu/cases/931201g1.html/09.05.2016
[90] Oldenburg İstinaf Mahkemesi'nin 28 Nisan 2000 tarihli kararı, CISG-online no.683, http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000428g1.html/09.05.2016
[91] Münih Eyalet Mahkemesi'nin 3 Temmuz 1989 tarihli kararı, CISG-online no.4, http://cisgw3.law.pace.edu/cases/890703g1.html/09.05.2016
[92] Köln İstinaf Mahkemesi'nin 8 Ocak 1997 tarihli kararı, CISG-online no.217, http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970108g1.html/09.05.2016
[93] Saarbrücken Eyalet Mahkemesi'nin 2 Temmuz 2002 tarihli kararı, CISG-online no.713, http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020702g1.html/09.05.2016
[94] Münih İstinaf Mahkemesi'nin 9 Temmuz 1997 tarihli kararı, CISG-online no.282,

bakımından mahkemelerce yeterli görülmemiştir (Schwenzer, 2015:773; Mullis, 2007:157, 158).

Satım konusu mallardaki sözleşmeye aykırılık, aynı mal üzerinde birden farklı şekilde ortaya çıkmış olabileceği gibi malların sadece bir bölümünde bulunup bir bölümünde bulunmayabilecektir. Dolayısıyla, tüm bu bilgilerin sözleşmeye aykırılık ihbarında ayrı ayrı belirtilmesi gerekmektedir (Schwenzer, 2015:775; Atamer, 2005:229). Zira, bu somutlaştırma sonrasında satıcının durumu teşhis etmesi kolaylaşacak, biraz önce değinildiği üzere nasıl hareket edeceğine karar vermesi mümkün olacaktır. Bu hususta; esasen ihbarın yanında alıcının CISG kapsamında kendisine tanınan hangi seçimlik hakları kullanmak istediğini bildirmesi gerekmemektedir (Atamer, 2005:230).

Satım konusu malların alıcı tarafından muayene edilmiş olması halinde alıcı, malların sözleşmeye aykırılığını, muayenede elde ettiği bulgular ile birlikte satıcıya ihbar etmelidir[95]. Sözleşmeye aykırılık; miktara ilişkin ise eksik miktar ya da sayı; malların aliud ifa olmasına ilişkin ise gönderilen malın ne olduğu; kaliteye ilişkin ise kalite unsurları bilgisini içeren bir ihbarın yapılması gerekmektedir. Aksi halde satıcı ihbar karşısında nasıl hareket edeceğini belirleyemeyecektir (Schwenzer, 2015:774; Baysal, 2012:262).

Satım konusu sözleşmeye aykırı olan malın niteliği sebebiyle sözleşmeye aykırılığın giderilmesi büyük oranda imkansız ise ve de satıcının ayıbı bilmemesi neredeyse imkansız olduğunda, sözleşmeye aykırılık bildiriminin içeriği daha esnek yorumlanmalıdır (Baysal, 2012:262). Zira, bildirimin asıl amacı; satıcının, alıcının sahip olduğu hukuki imkanları uygulamaya koyacağı hakkında bilgilendirilmesidir.

Sözleşmeye aykırılığın derecesini bildirmek, alıcı için makul ve mümkün olmalıdır; örneğin, bu derecelendirme için alıcı tarafından önemli bir zahmete girilmesi gerekiyor ise alıcı, sözleşmeye aykırılığın derecesini bildirmekle yükümlü olmamalıdır. Böyle bir durumda; aykırılıktan etkilenen malların örneğin, yaklaşık miktarının verilmesi yeterlidir (Baysal, 2012:262; Schwenzer, 2015:775).

---

http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970709g1.html/09.05.2016

[95] Erfurt Eyalet Mahkemesi'nin 29 Temmuz 1998 tarihli kararı, CISG-online no. 561, http://cisgw3.law.pace.edu/cases/980729g1.html/09.05.2016

Bazı durumlarda alıcı, yeterli teknik bilgiye sahip olmadığından yalnızca satım konusu malda var olan sözleşmeye aykırılığı görünüş itibariyle tasvir edebilir. Keza, esasen alıcının, aykırılığın sebebini bildirmesi de zorunlu değildir (Zeytin, 2015:182). Örneğin, özellikle makine ve teknik aparatların sözleşmeye aykırılık teşkil etmesi durumunda alıcının, tespit ettiği göstergeleri satıcıya bildirmesi ihbar külfetinin yerine getirilmesi açısından yeterli olacaktır (Schwenzer, 2015:774). Nitekim, işyeri Almanya'da olan kağıt üreticisi bir şirketin, işyeri İsviçre'de olan satıcıdan ıslak mendil üretiminde kullanmak üzere yarı tamamlanmış bir cihaz satın alması olayında ortaya çıkan uyuşmazlıkta Alman Temyiz Mahkemesi, 3 Kasım 1993 tarihli kararında, sözleşmeye aykırılık teşkil eden mallara ilişkin olarak alıcının yalnızca cihazın pas lekelerine sahip olduğu ve üretilen ıslak mendillerde kahverengi lekeler tespit edildiğini bildirmesini yeterli görmüştür[96].

Elbette; sözleşmeye aykırılık ihbarının, sözleşmeye aykırılığın türü bilgisini de taşıdığı şekilde yapılacak olması CISG'ye göre bir zorunluluk olsa da, taraflar bunun aksini kararlaştırmakta özgürdür; ancak, her halükarda bu zorunluluğun çok katı olarak uygulanması, bu kez alıcıyı risk altında bırakacaktır (Mullis, 2007:158; Atamer, 2005:229). Bu hususta, alıcının mala ilişkin sorunları ana hatları ile belirtmesinin yeterli olduğu; böyle bir durumda artık satıcının alıcı ile iletişim haline girmesi gerektiği de savunulmaktadır (Atamer, 2005:230). Zira, günümüz teknolojisinde haberleşmenin sağladığı imkanlar da göz önünde tutulduğunda; satıcının, malların sözleşmeye ne türden aykırılıklar teşkil ettiğini göstermeyen bir ihbar karşısında da alıcıya danışması makul olacaktır. Buna rağmen satıcı da gerekli sorgulamayı yapmaktan kaçınırsa artık alıcının ihbar yükümlülüğüne uymadığına dayanmaması gerekmektedir (Schwenzer, 2015:774). Zeytin; bu hususta, ihbarda aşırı şekilcilik aranmaması gerektiğine; zira, sözleşmeye aykırılığın müsebbibinin bizzat satıcı olduğuna dikkat çekmektedir (Zeytin, 2015:180).

CISG'nin 39. maddesinde; alıcının, satım konusu mallardaki sözleşmeye aykırılıkların ihbarı hususunda hangi şekli takip edeceği düzenlenmemiştir. Bu haliyle, bu konuda bir serbestinin var olduğunu söylemek mümkündür (Mullis, 2007:156). Zira; Antlaşmanın 11. maddesinde, yalnızca satım sözleşmesinin

[96] CISG-online no.475, http://cisgw3.law.pace.edu/cases/991103g1.html/09.05.2016

kurulması veya ispatının da yazılı şekilde yapılmak zorunda olmadığı düzenlenmektedir. Alıcı, bu ihbarı sözlü dahi yapabilecektir; ancak, ileride bir ispat sorunu yaşamaması açısından ihbarın yazılı olarak yapılması önerilmektedir (Atamer, 2005:230). Nitekim, 9 Aralık 1992 tarihli kararında Frankfurt Eyalet Mahkemesi, satım konusu mallardaki sözleşmeye aykırılığın telefonla bildirilmiş olmasını ihbar külfeti açısından yeterli bulmuştur[97]; fakat bu durum, satıcının telefon görüşmesinin içeriğini kabul etmesi ile gerçekleşmiştir, aksi halde yukarıda da bahsedildiği gibi ispat sorunu ortaya çıkabilirdi.

Uygulamada, genellikle taraflar arasındaki sözleşmelerde bildirimlerin hangi yolla yapılacağı belirlenmektedir. Antlaşmanın 27. maddesine göre ihbar, koşullara uygun araçlarla yapılmışsa ihbarın iletimindeki bir gecikme veya hata veya ihbarın ulaşmamış olması, açıklamada bulunan tarafı ona dayanmak hakkından yoksun bırakmaz. Ancak, bu hükmün uygulanabilmesi için somut olayın şartlarına göre uygun araç ile ihbarın yapılmış olması gerekir (Schwenzer, 2015:775).

Bir diğer mesele ise ihbarın dilidir. Burada, sözleşme aykırılık ihbarının kural olarak taraflar arasındaki sözleşme dilinde yapılması gerekmektedir. Lakin, satıcının anlayabileceği bir başka dilde de yapılabilmelidir (Baysal, 2012:261). Bu hususta da uygulamada, genellikle taraflar arasındaki sözleşmelerde yazışma dili belirlenmektedir.

Sözleşmeye aykırılık ihbarı, kural olarak satıcıya yapılacaktır; fakat CISG'de, hangi kişilerin satıcıyı temsil ettiğine ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmadığından taraflar arasında bu hususta bir anlaşma olmadıkça mesele, kanunlar ihtilafının belirlediği iç hukuk ile çözümlenecektir (Schwenzer, 2015:776; Baysal, 2012:262, 263). Dolayısıyla; ilgili iç hukuk, satıcının şirket müdürü tarafından temsil edileceğini düzenlenmişse burada artık şirket müdürüne yapılacak ihbarın da yeterli olacağı söylenebilecektir.

[97] CISG-online no.184, http://cisgw3.law.pace.edu/cases/921209g1.html/09.05.2016

3.3. Sözleşmeye Aykırılık İhbarına İlişkin Süre (the Length of the Notice Period) (CISG m. 39/1)

Antlaşmanın 39/1. maddesinde, alıcının bir sözleşmeye aykırılık saptadığı veya saptaması gerektiği tarihten itibaren makul bir süre içerisinde, satıcıya sözleşmeye aykırılık ihbarı yapması gerektiği açıkça düzenlenmiştir. Bu başlık altında, makul süreden ne anlaşılması gerektiği üzerinde durulacaktır. Makul süre, uygulamada en çok sorun yaratan hususlardan birisidir (Atamer, 2005:232). Bu hususta CISG Tavsiye Konseyi, ihbar için sabit bir süre belirlemenin objektif olmayacağını, her somut olayın koşullarının ayrıca araştırılıp dikkate alınması gerektiğini ifade etmektedir (CISG Tavsiye Konseyi. (2004). http://www.cisgac.com/default.php?ipkCat=128&ifkCat=144&sid=144/03.05.2016).

Sözleşmeye aykırılık ihbarının makul süresi ile malların muayenesinin kısa bir süre içerisinde yapılması durumlarının birbiri ile karıştırılmaması; bu sürelerin toplamda bir süreyi oluşturacak şekilde birleştirilmemesi gerekmektedir. Zira, yukarıda[98] da incelendiği üzere muayene için öngörülen kısa süre, kendi somut şartları ile değerlendirilmektedir (Schwenzer, 2015:777). Oysa, alıcının sözleşmeye aykırılıklar hususunda satıcıyı bilgilendirmesi, kural olarak ancak bu kısa muayene süresinin tamamlanması ile başlayacaktır. Nitekim, Avusturya Yüksek Mahkemesi, 15 Ekim 1998 tarihli kararında, malların incelenmesi için belirlenen kısa süre ile sözleşmeye aykırılık ihbarı için öngörülen makul sürenin birbirinden farklı olduklarının, dolayısıyla ayrıştırılmaları gerekliliğinin altını çizmiş; ancak, bu iki sürenin birbiri ile de büyük ölçüde bağlantılı olduğuna değinmiştir[99]. Zira, muayenede geciken alıcının, sözleşmeye aykırılık ihbarını daha hızlı tutarak muayenedeki gecikmeleri telafi edebileceğine işaret edilerek esasen alıcının muayene ve ihbar için gereken sürelerin tümü dolmadan satım konusu mallarda bulunan sözleşmeye aykırılıklar karşısında yararlanacağı hakları kaybetmeyeceği de savunulmaktadır (Mullis, 2007:160; Schwenzer, 2015:781).

Sözleşmeye aykırılık ihbarı için öngörülen makul süre, tıpkı malların muayenesi için belirlenen kısa süre gibi her somut olayın özelliklerine göre

[98] bkz. Bölüm 3 § 2.3.
[99] CISG-online no.380, http://cisgw3.law.pace.edu/cases/981015a3.html/12.05.2016

değerlendirilecektir (Baysal, 2012:263; Mullis, 2007:159)[100]. Bu değerlendirme yapılırken, taraflar arasındaki uygulama ve ticari teamüller de hesaba katılmaktadır (Schwenzer, 2015:778; Baysal, 2012:263; Zeytin, 2015:181). Bunun yanında, makul sürenin de esasen kısa bir süre olması gerektiği savunulmaktadır (Zeytin, 2015:181).

Makul sürenin belirlenmesinde malların çabuk bozulabilir ya da dayanıklı olup olmadıkları son derece önemli bir role sahiptir. Misalen, 30 Haziran 1998 tarihli kararında Avusturya Yüksek Mahkemesi, meyve ticaretinin yapıldığı somut olayda, sözleşmeye aykırılık ihbarının alıcı tarafından 12 saat içerisinde yapılması gerektiğini ifade etmiştir[101]. Bunun aksine, dayanıklı mallarda böylesine kısa bir sözleşmeye aykırılık ihbarının aranması gerekmeyecektir (Schwenzer, 2015:778; Baysal, 2012:263). Bunun gibi, malların sezonluk mallar olması da önem arz edecektir. Sezonluk mallarda da tıpkı kolay bozulabilen mallardaki muayene sürelerinde olduğu gibi daha kısa bir ihbar süresi aranacaktır (Schwenzer, 2015:778). Nitekim, Danimarka Yüksek Mahkemesi, 10 Kasım 1999 tarihinde verdiği kararında, yılbaşı ağaçları için 2 günlük sözleşmeye aykırılık ihbarı süresini makul olarak değerlendirmiştir[102].

Sözleşmeye aykırılık ihbarı açısından makul sürenin belirlenmesinde, alıcının hangi hukuki imkanı kullanmak istediği de önem arz etmektedir. Malları kabul ederek tazminat veya semen indirimi talebinde bulunan alıcıların, malların iadesini talep eden alıcılara nazaran sözleşmeye aykırılık ihbarı hususunda daha esnek davranmaları kabul edilmektedir (Baysal, 2012:263; Schwenzer, 2015:778). Zira, malların iade edilmek istendiği durumlarda hızlı bir ihbar, sadece satıcıya mallardaki sözleşmeye aykırılıkları giderme imkanı sağlamayacak; bunun yanında satıcıya, malların iadesi için gerekli nakil hazırlıkları yapma imkanı da sunacaktır (Schwenzer, 2015:778).

Sözleşmeye aykırılık ihbarı için makul süresinin hesaplanmasında alıcının,

[100] Düsseldorf İstinaf Mahkemesi'nin 10 Şubat 1994 tarihli kararı, CISG-online no.116, http://cisgw3.law.pace.edu/cases/940210g1.html/12.05.2016
[101] CISG-online no.410, http://cisgw3.law.pace.edu/cases/980630a3.html/12.05.2016
[102] CISG-online no.704, http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=760&step=Abstract/12.05.2016

satıcının sözleşmeyi bilerek ihlal ettiğini iddia etmesi veya alıcının kendi müşterilerinden gelen şikayetler neticesinde satım konusu malları daha detaylı incelemek üzere süre talep etmesi durumlarında da daha uzun bir ihbar süresi makul kabul edilecektir (Schwenzer, 2015:778).

Uygulamada, kendi iç hukuklarında daha kısa süreli ihbar yükümlülükleri bulunan ülkelerin, CISG kapsamındaki sözleşmeye aykırılık ihbarı makul süresini yorumlarken daha katı davrandıkları gözlemlenmektedir (Mullis, 2007:161; Baysal, 2012:264). Ancak, özellikle Almanya ve İsviçre içtihatlarında ortalama olarak bir aylık sürenin, sözleşmeye aykırılık ihbarı için makul olduğu kabul edilmektedir (Atamer, 2005:223; Schwenzer, 2015:778) [103] . Oysa; diğer *"Kara Avrupası"* ülkelerinde, makul sürenin biraz daha uzun kabul edildiği kararlara da rastlanmaktadır[104]. Elbette bu durum, somut olayın şartlarına göre değişmektedir. Zira; biraz önce bahsedildiği üzere, çabuk bozulan mallarda veya sezonluk mallarda çok kısa sürede yapılacak bildirimler makul kabul edilmektedir. Atamer'e göre bir ay gibi sabit bir sürenin kabul edilmesi mahkemelerin işini kolaylaştıracak olsa da somut olayda adaletin sağlanmasını engelleyebilecektir (Atamer, 2005:233). Gerçekten de bu görüş, CISG'nin ruhu ile de bağdaşmaktadır.

3.4. Sözleşmeye Aykırılık İhbarı Süresinin Başlangıç Anı (Starting Point for the Time Limit) (CISG m. 39/1)

Antlaşmanın 39. maddesinde, malların sözleşmeye aykırı oldukları hususunda yapılacak ihbarın, bu aykırılıkların saptandığı veya saptanması gerektiği tarihten itibaren makul bir süre içerisinde yapılması gerektiği açıkça düzenlenmiştir. Maldaki

[103] İsviçre Yüksek Mahkemesi'nin 18 Ağustos 2008 tarihli kararı, CISG-online no.1838, http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=1494&step=Abstract/12.05.2016; Hamburg Eyalet Mahkemesi'nin 25 Ocak 2008 tarihli kararı, CISG-online no.1681, http://cisgw3.law.pace.edu/cases/080125g1.html/12.05.2016; Alman Federal Mahkemesi'nin 30 Haziran 2004 tarihli kararı, CISG-online no.847, http://cisgw3.law.pace.edu/cases/040630g1.html/12.05.2016

[104] Danimarka Deniz Ticaret Mahkemesi'ni 31 Ocak 2002 tarihli kararı, CISG-online no.868, http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020131d1.html/12.05.2016; Rimini Mahkemesi'nin 26 Kasım 2002 tarihli kararı, CISG-online no.737, http://cisgw3.law.pace.edu/cases/021126i3.html/12.05.2016; Veurne Mahkemesi'nin 15 Ocak 2003 tarihli kararı, CISG-online no.1056, http://cisgw3.law.pace.edu/cases/030115b1.html/12.05.2016

sözleşmeye aykırılık, kural olarak malların muayenesi sırasında tespit edilmektedir (Zeytin, 2015:181). Ancak; bu aykırılık, alıcı tarafından zaten biliniyorsa, yani fiilen tespit edilmişse artık muayene süresinin beklenmesine gerek kalmayacaktır. Böyle bir halde, örneğin; malların miktar bakımından sözleşmeye aykırılık taşıması alıcı tarafından tespit edilmişse, malların kalite bakımından muayene edilmesi neticesinde ortaya çıkabilecek sözleşmeye aykırılıkların beklenmesi gerekmemektedir (Schwenzer, 2015:781). Alıcının, miktar bakımından tespit ettiği sözleşmeye aykırılıklar açısından ihbar süresi başlamış olacaktır. Zira, birbirinden farklı sözleşmeye aykırılıklara ilişkin ayrı ayrı ihbar yükümlülükleri bulunmaktadır.

Yukarıda[105] da incelendiği üzere, sözleşmeye aykırılığın türü, sözleşmeye aykırılığın ne zaman tespit edileceği hususunda önem arz etmektedir. Uygun bir muayene sonucunda tespit edilebilecek sözleşmeye aykırılıklar açısından ihbar süresinin, muayene anı itibariyle başladığını kabul etmek gerekecektir (Schwenzer, 2015:781). Dolayısıyla, muayene ve ihbar süreleri, birbirini takip edecektir. Yine yukarıda[106] belirtildiği üzere, muayenede geciken alıcının sözleşmeye aykırılık ihbarını daha hızlı tutarak muayenedeki gecikmeleri telafi edebileceği mümkündür. Bu doğrultuda, kabul etmek gerekir ki malların muayenesinin yapılmamış olması durumunda alıcının ihbar külfeti, muayene için gerekli varsayımsal sürenin (muayene için gerekli görülen sürenin) bitiminden itibaren başlayacaktır (Atamer, 2005:231; Zeytin, 2015:181). Ancak, bu pratikteki durumdur, teorik olarak Antlaşma açıkça, mallardaki sözleşmeye aykırılıkların tespit edilmesi anından itibaren ihbar külfetinin başladığını düzenlemektedir. Dolayısıyla, varsayımsal bir süreye yer verilmemiştir (Kröll, 2011:611). Ancak, bu durumun ispatı çok zor olduğundan pratikte böyle bir varsayımsal sürenin ortaya çıkması mümkündür.

Uygun bir muayene ile saptanamayan sözleşmeye aykırılıklar, bir diğer deyişle gizli sözleşmeye aykırılıklar açısından durum daha farklıdır. Her ne kadar burada da ihbar, sözleşmeye aykırılığın tespiti anından sonra makul bir süre içerisinde yapılacak olsa da salt bu zamanın kaçırılmaması için alıcıdan malları sürekli olarak muayene etmesi beklenemeyecektir. Sözleşmeye aykırılıkların sonraki bir dönemde ortaya çıkması halinde ise ihbar külfeti, bu andan itibaren canlanacaktır

[105] bkz. Bölüm 3 § 2.4.
[106] bkz. Bölüm 3 § 3.3.

(Schwenzer, 2015:781). Kural olarak alıcının ihbar süresini geçirdiğinin ispatlamakla yükümlü olan taraf, satıcı olduğundan satıcının, gizli sözleşmeye aykırılıkların alıcı tarafından aslında tespit edilmiş olduğunu iddia etmesi, bu durumu kanıtlaması ile sonuç doğurabilecektir ki bu da, çoğu olayda zordur (Atamer, 2005:231). Öte yandan, Antlaşmanın lafzından da anlaşılacağı üzere satıcı, alıcının bu sözleşmeye aykırılıkları tespit etmiş olması gerektiğini ileri sürebilecektir. Bu durum da, ancak somut olayın şartlarının incelenmesi ile ortaya çıkabilecektir.

Alıcının, kendi incelemesi sonucunda satım konusu malların yüksek ihtimalle sözleşmeye aykırılık teşkil ettikleri ortaya çıkmış ise bu tarih sözleşmeye aykırılık ihbarı için başlangıç anı sayılmalı, uzman görüşünün de alıcının tespit ettiği sözleşmeye aykırılığı desteklemesi beklenmemelidir (Kröll, 2011:611; Baysal, 2012:264). Zira, sözleşmeye aykırılık hususunda çok kesin bir işaret aranmamaktadır (Kröll, 2011:611). Benzer bir şekilde, mallara refakat eden evraklardan da malların sözleşmeye aykırılık teşkil ettiğinin anlaşılması durumunda, sözleşmeye aykırılık bildirimi süresinin başladığı kabul edilmektedir (Kröll, 2011:611; Baysal, 2012:264). Acar; alıcının, malların istenilen nitelikte olup olmadıkları hususunda sadece dışarıdan yapılacak bir inceleme ile düzenlenecek bir gözetim raporu talep etmesi halinde, söz konusu gözetim raporunun malda sözleşmeye aykırılığın bulunduğu sonucunu vermesi durumunda, sözleşmeye aykırılık ihbarı süresinin başlayacağını savunmaktadır (Acar, 2007:41).

Satıcının, edimini erken ifa etmesi karşısında alıcı, sözleşmeye aykırılıkları tespit etmiş olsa dahi ihbar süresi, ancak ifa için kararlaştırılan andan sonra başlayacaktır. Zira; alıcının, normalde böyle bir ifaya hazır bulunmamasından ihbar süresinin geriye çekilecek olması karşısında hak kaybına uğraması olasılığı yüksektir (Schwenzer, 2015:781; Kröll, 2011:613). Malın teslim edilmemiş olmasına rağmen alıcının, maldaki sözleşmeye aykırılığı tespit etmiş olması durumunda da ihbar süresi, malların tesliminden önce başlamayacaktır (Schwenzer, 2015:782; Zeytin, 2015:181, 182).

3.5. Zaman sınırı (Time Limit) (CISG m. 39/2)

CISG'nin 39/2. maddesinde, alıcı tarafından bildirimin en geç malların

kendisine fiilen tesliminden itibaren iki yıllık mutlak[107] bir süre içerisinde yapılması hüküm altına alınmıştır; ancak, tarafların karşılıklı olarak daha uzun ya da daha kısa (Atamer, 2005:236; Schwenzer, 2015:783; Dayıoğlu, 2011:28) bir garanti süresi belirlemiş olmaları halinde, bu garanti süresi ölçüt kabul edilecektir. Bu hususta önemli olan, iki yıllık sürenin uygulanmasında sözleşmeye aykırılığın ne zaman tespit edildiği veya edilmesi gerektiğinin önemsiz olduğudur (Kröll, 2011:618; Baysal, 2012:265).

Metnin lafzından da açıkça anlaşıldığı üzere, ihbar için öngörülmüş bu süre, ancak malların fiilen alıcının hakimiyetine girdiği andan itibaren başlayacaktır. Burada, hasarın daha önceden alıcıya intikal etmiş olması veya belgelerin alıcıya teslim edilmiş olması önem arz etmeyecektir (Mullis, 2007:162; Schwenzer, 2015:783; Kröll, 2011:618). Nitekim Linz Temyiz Mahkemesi, 24 Eylül 2007 tarihli kararında açıkça, malların fiziksel olarak alıcının hakimiyetine geçmesi ile iki yıllık ihbar süresinin başlayacağına dikkat çekmiştir[108]. Ancak, Antlaşmanın yukarıda[109] incelenen 38/3. maddesinin işletilmiş olması (malların gönderilmiş veya yönlendirilmiş olması) durumunda bu süre, malların alıcının müşterisine ulaştığı tarihten itibaren başlayacaktır (Schwenzer, 2015:783).

Düzenlemenin amacı, esasen satıcının belirli bir süreden itibaren sözleşmeden doğan herhangi bir talebi dikkate almayacağı zamanın belirlenmesidir (Schwenzer, 2015:782). Bu hali ile düzenlemenin, ticaret hayatının akıcılığına katkı sağladığı ve hukuki güvenliğe hizmet ettiği (Baysal, 2012:265) de söylenebilecektir. Diğer yandan alıcı da, iki yıllık bir süre ile gizli sözleşmeye aykırılıklara karşı korunmuştur (Mullis, 2007:162; Welser Rudolf, Welser Irene, 2006:151).

İhbar süresi, esasen alıcının, ihbarını yönlendirebileceği azami süreyi belirlemektedir. Bu süre, genel olarak aykırılığın uygun bir muayene ile tespit edilebilecek durumda olmaması halinde uygulanmaktadır (Schwenzer, 2015:782).

---

[107] Welser, sözleşmeye aykırılığın öğrenildiği tarih itibariyle başlayan makul ihbar süresini nispi, bu süreyi ise mutlak süre olarak ifade eder (Welser Rudolf, Welser Irene, 2006:151)

[108] CISG-online no.1583, http://cisgw3.law.pace.edu/cases/070924a3.html/12.05.2016

[109] bkz. Bölüm 3 § 2.4.2.

Burada, bahsedilen ise genellikle gizli sözleşmeye aykırılıklardır. Bu sürenin geçmesiyle gizli sözleşmeye aykırılıklara ilişkin risk alıcıya geçecektir (Baysal, 2012:265). Alıcının ilk muayenede tespit edemediği, hasarın geçiş anında malda bulunsa da daha sonradan belirginleşen sözleşmeye aykırılıklar için gerçekten de alıcıdan hızlı bir ihbarı sunması beklenmemelidir.

Konunun girişinde de değinildiği üzere, taraflar arasında satım konusu mallar için bir garanti süresinin belirlenmiş olması, sözleşmeye aykırılık ihbar süresini hem aşağı hem de yukarı yönde değiştirebilecektir. Garanti süresinin belirlendiği durumlarda sözleşmeye aykırılık ihbarı, her ne kadar en geç bu garanti süresi doluncaya kadar yapılabilecek olsa da bu hususta yine Antlaşmanın 39/1. maddesi uygulama alanı bulacaktır. Buna göre, ortada bir garanti süresi olsa da, sözleşmeye aykırılığın öğrenildiği ya da öğrenilmesi gerektiği andan itibaren makul bir süre içerisinde alıcının, sözleşmeye aykırılık ihbarı sunması gerekecektir (Schwenzer, 2015:784).

Değinilmesi gereken bir başka husus da tarafların, Antlaşmanın 39/2. maddesinde düzenlenen iki yıllık süreyi, garanti süresi dışında da değiştirebilecek olmalarıdır. Taraflar, bu hükmün uygulanmasını karşılıklı olarak kaldırabilecekleri gibi süreyi de diledikleri gibi değiştirebilecektir (Mullis, 2007:162).

Antlaşmanın 39/2. maddesinde düzenlenen iki yıllık süre, zamanaşımı süresi değil; hak düşürücü süredir ve mutlaktır (Schwenzer, 2015:782). Zira; hak düşürücü süre, zamanaşımı süresinin aksine bir kez işlemeye başladığı anda kesilmesi veya durması söz konusu değildir ve resen dikkate alınır (Kılıçoğlu, 2009:660; Schwenzer, 2015:782; Kröll, 2011:618). Nitekim, Antlaşmanın uygulanmasında da resen dikkate alınma gözetilecektir (Baysal, 2012:265). Bu hususta, Antlaşmanın 39/2. maddesinde düzenlenen hak düşürücü süre ile satıcının sözleşmeye aykırı davranması halinde alıcının sahip olduğu hakların tabi olacağı zamanaşımı süresini birbiri ile karıştırmamak gerekir (Zeytin, 2015:183). Antlaşma, herhangi bir zamanaşımı süresi belirlememiştir (Mullis, 2007:162). Bu hususta, esasen CISG'ye paralel olarak Birleşmiş Milletler tarafından Milletlerarası Mal Satım Sözleşmelerinde

Zamanaşımına İlişkin 14 Haziran 1974 Tarihli Antlaşma [110] kabul edilmiş; zamanaşımı meselesi burada ele alınmıştır. Ancak, Zamanaşımı Antlaşmasına katılım, CISG'ye olduğu kadar yoğun olmadığından uygulamada, taraflar arasında hangi zamanaşımı süresinin uygulanacağı problemi doğmaktadır.

Zamanaşımı Antlaşmasının 3/1. maddesine göre, tarafların işyerlerinin Zamanaşımı Antlaşmasına taraf devletlerde bulunması veya milletlerarası özel hukuk kurallarının akit bir devlete atıf yapması halinde Zamanaşımı Antlaşması, uygulama alanı bulacaktır. Bunun dışında kalan durumlarda ise zamanaşımı hususunda kanunlar ihtilafı kurallarına göre belirlenecek devletin hukuku uygulanacaktır (Schwenzer, 2015:784). Zamanaşımı Antlaşmasının 8. maddesine göre zamanaşımı, malların alıcıya tesliminden itibaren başlamaktadır ve dört sene olarak belirlenmiştir. Dolayısıyla, malların alıcıya tesliminden itibaren iki sene olarak belirlenen ihbar hak düşürücü süresi ile dört yıllık zamanaşımı birbiri ile çakışmamaktadır. Ancak; sorun, Zamanaşımı Antlaşmasının uygulanamadığı ve CISG'de belirlenen iki senelik ihbar süresinden daha kısa olan zamanaşımı sürelerine sahip iç hukukların zamanaşımı sürelerinin CISG hükümleri doğrultusunda karara bağlanacak uyuşmazlıklara uygulanacak olması halinde ortaya çıkmaktadır (Schwenzer, 2015:785; Atamer, 2005:234). Zira; az önce de belirtildiği üzere, CISG kapsamında zamanaşımı süresi düzenlenmemiştir. Dolayısıyla, iç hukukta iki yıldan daha kısa bir süreli zamanaşımı süresi mevcut ise alıcı, aslında CISG kapsamında iki yıllık sözleşmeye aykırılık ihbarı süresine sahip olmasına rağmen bu iki yıllık ihbar süresinin pratikte bir anlamı kalmayacaktır (Atamer, 2005:234).

Uyuşmazlık halinde meseleye uygulanacak iç hukuk zamanaşımı süresinin, Antlaşmanın sözleşmeye aykırılık için belirlediği iki yıllık ihbar süresinden daha kısa bir süreye karşılık geldiği hallere yönelik mahkemeler farklı kararlara imza atmıştır. Örneğin; Cenevre İstinaf Mahkemesi, 10 Ekim 1997 tarihli kararında, somut olaya uygulanacak zamanaşımı süresinin, Antlaşmanın öngördüğü iki yıllık ihbar süresine uzatılmasını çözüm yolu olarak belirlemiştir; zira, İsviçre hukukunda zamanaşımı

[110] *"Zamanaşımı Antlaşması"* olarak ifade edilecektir. Zamanaşımı Antlaşmasına hali hazırda 30 devlet taraftır ve Türkiye, bu taraf devletler içerisinde yer almamaktadır. Detaylı bilgi için bkz. http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1974Convention_limitation_period.html/12.05.2016

süresi, kararın verildiği tarihte bir senedir[111]. Bunun gibi; Bern Ticaret Mahkemesi de iç hukukta uygulanan kısa zamanaşımı süresini, alıcının sözleşmeye aykırılık ihbarından sonra başlayacak şekilde işletme çözümünü sunmuştur[112]. Atamer, bu uygulamalardan Cenevre İstinaf Mahkemesi'nin uygulamasını benimserken (Atamer, 2005:236); Schwenzer, soruna ilişkin olarak hala bir çözüm bulunamadığından her halükarda tarafların aralarında bu hususta bir anlaşma yapmasının önemli olduğunun altını çizmektedir (Schwenzer, 2015:786).

Bu hususta değinilmesi gereken meselelerden birisi de Antlaşmanın 44. ve 40. maddeleridir. Antlaşmanın 44. maddesine göre alıcının, gerekli bildirimi yapmama konusunda makul bir özrü varsa ihbar bildiriminde bulunmasa da semende indirim yapması veya yoksun kalınan kar dışındaki zararının tazminini talep etmesi mümkündür. Ancak, bu hüküm de iki yıllık ihbar süresine tabidir. Yani alıcı, malların fiilen kendisine teslim edilmesinden itibaren iki yıl geçmesinin ardından Antlaşmanın 44. maddesinden de yararlanamayacaktır. Ancak; her halükarda, satıcının bildiği veya bilmemesinin mümkün olmadığı ve alıcıya açıklamadığı olgulara dayanan sözleşmeye aykırılıklarda, yani Antlaşmanın 40. maddesinin uygulandığı durumlarda bu iki yıllık süre dikkate alınmayacaktır (Schwenzer, 2015:782; Kröll, 2011:619).

Son olarak, sözleşmeye aykırılık ihbarı için belirlenen iki yıllık sürenin sona ermesi hususunda Antlaşmada bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu hususta örneğin, iki yılın son gününün tatil gününe rastlaması halinde nasıl bir çözüm üretileceği iç hukuklara bırakılmıştır (Kröll, 2011:618; Schwenzer, 2015:783).

3.6. Sözleşmeye Aykırılık İhbarının Yapılmamış Olmasının Sonuçları (Consequences of Failure to Give Notice)

3.6.1. Seçimlik Haklardan Mahrumiyet (CISG. m.39)

Antlaşmanın 39/1. maddesinde açıkça belirtildiği üzere alıcı, sözleşmeye aykırılığı saptadığı veya saptaması gerektiği tarihten itibaren makul bir süre

[111] CISG-online no.295, http://cisgw3.law.pace.edu/cases/971010s1.html/15.05.2016
[112] 30 Ekim 2001 tarihli karar,
CISG-online no.956, http://cisgw3.law.pace.edu/cases/011030s1.html/15.05.2016

içerisinde sözleşmeye aykırılık ihbarı yapmamışsa bu sözleşmeye aykırılığa dayanma hakkını kaybeder. Zira; alıcı, bu sözleşmeye aykırılığı kabul etmiş sayılacak (Zeytin, 2015:183; Schwenzer, 2015:786), Antlaşmanın 45. maddesinde kendisine tanınan seçimlik hakları kaybedecektir. Hal böyle olunca; alıcı, semenin tamamını ödemek zorunda kalacak, hatta satıcının belirlenenden fazla mal teslim etmiş olması halinde alıcı (herhangi bir ihbar bulunmamışsa) bu fazla miktarı da kabul etmiş sayılacağından fazla miktara ilişkin semeni de ödemek zorunda kalacaktır (Atamer, 2005:237; Schwenzer, 2015:786).

Bu hususta, sözleşmeye aykırılığın türü de önem arz etmeyecek, alıcı aliud ifa karşısında dahi 45. maddede düzenlenen haklarını kural olarak kaybetmiş olacaktır (Schwenzer, 2015:786; Atamer, 2005:237). Ancak, unutmamak gerekir ki, genellikle aliud ifa durumunda satıcı, sözleşmeye aykırılığı bile bile malları alıcıya teslim ediyor olmaktadır. Bu hali ile birazdan incelenecek istisnai haller içerisinde yer alan CISG'nin 40. maddesinin işletilmesi mümkün olabilecektir (Baysal, 2012:267). Şöyle ki satıcı, sözleşmeye aykırılık hususunu biliyorsa veya bilmemesinin mümkün olmadığı durumlarda, alıcı sözleşmeye aykırılık ihbarı göndermemiş olsa da Antlaşma ile kendisine tanınan haklarını kaybetmeyecektir.

Her ne kadar alıcının hakları, bu çalışmanın konusunu oluşturmasa da en azından bu hakların neler olduğuna değinmekte fayda bulunmaktadır. 45. madde, Antlaşmanın, Sözleşmenin Satıcı Tarafından İhlali Halinde Alıcının Sahip Olduğu Hukuki İmkanlar başlıklı üçüncü ayrımı içerisinde yer alır ve alıcının sahip olduğu hukuki imkanlar noktasında çatı hükmü teşkil ederek diğer maddelere gönderme yapar. Antlaşmanın 45 ila 52. maddeleri arasında, satıcının sözleşmeye aykırı mal teslim etmesi karşısında alıcının sahip olduğu haklar tek tek sayılmıştır. Buna göre genel hatları ile sözleşmeye aykırılık karşısında alıcı; satılanın ayıpsız bir benzerinin teslimini veya ücretsiz onarımını isteyebileceği gibi sözleşmeden dönme ve satım bedelinden indirim isteme haklarına da sahiptir. Bunun yanında alıcının tazminat talep etme hakkı da bulunduğu gibi bu hak esasen diğer haklar ile birlikte de kullanılabilmektedir.

Bu hususta önem arz eden meselelerden bir tanesi de, alıcının sözleşmeye aykırılık karşısında kendisine tanınan hakları kullanabilmesinin, en azından malların

değiştirilmesi ve sözleşmeden dönme haklarını kullanabilmesi için sözleşmeye aykırılığın esaslı olmasının gerektiğidir. Şöyle ki; Antlaşmanın 35. maddesinde, sözleşmeye aykırılığın esaslı olması gerektiği yönünde bir zorunluluktan bahsedilmese de alıcının, malın değiştirilmesi veya sözleşmeden dönme haklarını kullanabilmesi için mallarda esaslı sözleşmeye aykırılığın mevcut olması zorunluluğu Antlaşmanın 46. ve 49. maddelerinde düzenlenmiştir. Esaslı sözleşmeye aykırılıktan ne anlaşılması gerektiği de bu noktada önem arz etmektedir. UNCITRAL, konu ile ilgili olarak CISG'nin 25. maddesine başvurulması gerektiğini vurgulamaktadır (UNCITRAL, 2012:118). Buna göre: *"Taraflardan birinin sözleşme ihlali, diğer tarafı, sözleşme uyarınca beklemekte haklı olduğu şeyden önemli ölçüde yoksun bırakacak bir olumsuzluğa sebep oluyorsa, esaslıdır; meğerki, böyle bir sonucu sözleşmeyi ihlal eden taraf öngörmemiş ve aynı konum ve koşullar içindeki makul bir kişi de öngöremeyecek olsun."* Buradan da anlaşılacağı üzere, ancak somut olayın yorumlanması ile doğru sonuca ulaşılabilecektir. Zira, tarafların sözleşme uyarınca beklemekte haklı olduğu şeylerin hangisi olduğu hususu, somut olayın özelliklerine göre değişecektir.

3.6.2. Seçimlik Haklardan Mahrumiyetin İstisnaları

3.6.2.1. Satıcının Sözleşmeye Aykırılığı Bilmesi veya Bilmemesinin Mümkün Olmaması (CISG m.40)

Antlaşmanın 40. maddesine göre: *"Sözleşmeye aykırılık, satıcının bildiği veya bilmemesinin mümkün olmadığı ve alıcıya açıklamadığı olgulara dayanıyorsa, satıcı 38 ve 39. madde hükümlerine dayanamaz."*

Mullis; maddeyi, alıcının haklarını korumak açısından bir güvenlik vanasına benzetmektedir (Mullis, 2007:164). Gerçekten de; maddenin temelinde, çelişkili davranış yasağı bulunmaktadır (Atamer, 2005:237). Zira, 40. maddenin uygulanabilmesi için satıcı, genellikle[113] kötü niyetli bir şekilde, sözleşmeye aykırılık içeren malları teslim etmesinin yanında bu sözleşmeye aykırılıklar hususunda da bilgilendirme yapmamış; buna rağmen alıcının sözleşmeye aykırılık ihbarı

[113] Zira her durumda tacirin dürüstlük kuralına aykırı hareket ettiği düşünülmemelidir (Schwenzer, 2015:791).

göndermemesine dayanarak, Antlaşmada alıcıya bahşedilen hakları kullanmasının önüne geçmeye çalışıyor olabilir. Oysa, böyle bir durumda; satıcının kendisine sözleşmeye aykırı bir mal göndermesi halinde alıcı, Antlaşma kapsamında elde ettiği tüm hukuki imkanlardan yararlanacaktır (Baysal, 2012:266); hatta yukarıda[114] da belirtildiği gibi, alıcı böyle bir durumda iki yıllık mutlak ihbar süresinden dahi sorumlu olmayacaktır.

Hangi sözleşmeye aykırılıkların satıcı tarafından bilinmediği veya bilinmemesinin mümkün olmadığı hususu bazı noktaları ile tartışmalıdır. Şöyle ki, yukarıda[115], Alıcının Sözleşmeye Aykırılığı Bilmesi veya Bilmemesinin Mümkün Olmaması başlığı altında incelenen tartışmalar, burada da mevcuttur. Buna göre; bir görüş, ağır ihmali yeterli görürken diğer bir görüş, ağır ihmali de aşan bir kusurun varlığını aramaktadır (Kröll, 2011:630; Atamer, 2005:237, 238; Schwenzer, 2015:791). Schwenzer ve Kröll, bu hususta ağır ihmalden daha fazla bir kusurun bulunması gerektiği görüşünü kabul ederler; zira, madde metninden, sözleşmeye aykırılığın aşikar olması gerektiği de açıktır (Schwenzer, 2015:791; Kröll, 2011:630).

Satıcının; maldaki sözleşmeye aykırılık hakkındaki bilgisi malın cinsi, sözleşmeye aykırılığın dışarıdan anlaşılabilmesi, sözleşmeye aykırılığın derecesi, satıcının mala olan yakınlığı, satıcının ticari unvanı, satıcının ilgili ticari daldaki konumu ve somut olayın koşullar gibi birçok husus ile birebir ilintilidir (Baysal, 2012:266; Schwenzer, 2015:791).

Bazı hallerde, kural olarak satıcının maldaki sözleşmeye aykırılığı bildiği varsayılmaktadır. Bu duruma örnek olarak, sözleşmeye aykırılığın yüzeysel bir gözlem ile tespit edilebileceği durumlar; aliud ifa hali; özellikle malların kalite bakımından sözleşmeye aykırılık teşkil etmesi halinde satıcının aynı zamanda malın üretimini yaptığı durumlar; aykırılığın hali hazırda piyasada bulunan mallarda ortaya çıkmış olması vb. verilmektedir (Schwenzer, 2015:792; Atamer, 2005:238). Nitekim, satıcının bir ara satıcı olması ve satım konusu malların, orijinal paketleri içerisinde bulunması sebebiyle Oldenburg İstinaf Mahkemesi, 28 Nisan 2000 tarihli kararında,

[114] bkz. Bölüm 3 § 3.5.
[115] bkz. Bölüm 2 § 4.

satıcının mallardaki sözleşmeye aykırılıkları bilmesinin beklenemeyeceğini değerlendirmiştir[116]. Her durumda, somut olayın incelenmesi gerekmektedir; zira, verilen örnekler tamamen varsayımlara dayanmakta olup aksinin kanıtlanması mümkündür. Burada, kural olarak ispat yükü alıcıdadır (Schwenzer, 2015:794). Çoğu durumda alıcı, satıcının maldaki sözleşemeye aykırılığı bildiğini ispat edemeyecek olsa da satıcının bunları bilmemesinin mümkün olmadığını göstermeye çalışacaktır (Mullis, 2007:164).

Maddenin uygulanmasına örnek bir olay teşkil etmesi bakımından; Trier Eyalet Mahkemesi, 12 Ekim 1995 tarihli kararında, sözleşmeye aykırılık teşkil eden satım konusu şaraplardaki 9% su oranının satıcı tarafından bilinmemesinin mümkün olmadığına kanaat getirmiş; bunun üzerine Antlaşmanın 40. maddesinin uygulanacağına karar vermiştir[117].

Antlaşmanın 40. maddesinde sayılan diğer bir şart ise satıcının, sözleşmeye aykırılık hakkında alıcıyı bilgilendirmemiş olmasıdır. Bu hususta, bilgilendirmenin hangi anda yapılması da önem arz eder. Zira, alıcı zaten malların sözleşmeye aykırılık teşkil ettiğini sözleşmenin kurulması aşamasından önce öğrenmişse, yukarıda[118] incelenen Antlaşmanın 35/3. maddesi hükmü uygulama alanı bulacak, alıcı sözleşmeye aykırılık iddiasında bulunamayacaktır (Mullis, 2007:165). Bu hususta; satıcının, malları teslim etmiş olduğu ana kadar bilgilendirme yapmış olması aranmaktadır (Atamer, 2005:238; Baysal, 2012:267). Her ne kadar ihbar süresinin sonuna kadar satıcının böyle bir bildirim yapmasının mümkün olduğu da savunulsa da ihbar süresinin sonunun hangi an olduğu hususu da tartışmalı olduğundan bu görüşün kabul edilmesi belirsizlik yaratabilecektir (Atamer, 2005:238)[119].

[116] CISG-online no.683, http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000428g1.html/15.05.2016
[117] CISG-online no.169, http://cisgw3.law.pace.edu/cases/951012g1.html/15.05.2016
[118] bkz. Bölüm 2 § 2.4.
[119] Schwenzer'e göre her ne kadar satıcının malları teslim ettikten sonra sözleşmeye aykırılıkları öğrenmesi olasılığı daha az ise de böyle bir durum da mümkün olabilecektir; böyle bir durum halinde satıcının mallardaki sözleşmeye aykırılıkları ihbar süresinin sonuna kadar bildirmesi mümkün olmalıdır karşı yönde görüş için bkz. (Schwenzer, 2015:793).

3.6.2.2. Alıcının Sözleşmeye Aykırılık İhbarı Yapmama Noktasında Makul Özrünün Olması (CISG m.44)

CISG'nin 44. maddesinde *"Alıcının, gerekli bildirimi yapmama konusunda makul bir özrü varsa, 39. maddenin 1. fıkrası ile 43. maddenin 1. fıkrası hükümlerine bakılmaksızın 50. madde uyarınca semende indirim yapması veya yoksun kalınan kar dışındaki zararının tazminini talep etmesi mümkündür."* hükmüne yer verilerek sözleşmeye aykırılık ihbarı yapmayan alıcı, makul bir özrünün bulunması durumunda en azından semende indirim veya yoksun kalınan kar dışındaki tazminat hakları açısından korunmuştur.

Bu maddenin uygulanabilmesi için alıcının, sözleşmeye aykırılık ihbarını makul bir süre içerisinde yapmamış veya yapmış olsa dahi gereği gibi yapamamış olması gerekmektedir. Zira; madde ile açıkça, Antlaşmanın 39/1. maddesinde belirlenen hususların istisnasını oluşturan bir düzenleme getirilmiştir. Hal böyle olsa da; maddede, 39/2. maddeye bir gönderme yapılmadığından, iki yıllık ihbar süresi bu halde de uygulanacaktır (Mullis, 2007:166; Schwenzer, 2015:827; Atamer, 2005:240).

Madde açıkça, alıcının makul bir özrünü aramaktadır. Hiçbir şekilde özür kelimesinden ihmalin yokluğu anlaşılmamalı, bu kavramın açıklanmasında iç hukuk kavramları kullanılmamalıdır (Schwenzer, 2015:828). Burada bahsedilen özür; objektif değil, sübjektif sebeplere dayanacaktır (Mullis, 2007:166; Atamer, 2005:240). Zira, objektif sebepler karşısında zaten makul ihbar süresi yukarıda[120] da incelendiği üzere başlamamış kabul edilmektedir. Bu hususta klasik örnek olarak alıcının hastalığı gösterilmektedir (Atamer, 2005:240). 1 Haziran 1999 tarihli bir ICC hakem kararında heyet, alıcı ve satıcının beraberce tayin ettikleri bir kişi tarafından malların kalitesine ilişkin yapılan muayenenin hatalı olmasından ötürü, alıcı tarafından mallardaki sözleşmeye aykırılıkların geç tespit edilmiş olmasını m.44 bağlamında makul bir özür olarak kabul etmiştir[121]. Zira; heyet, durumu bir özür olarak görmüştür. Ancak; örneğin, muayene yükümlülüğünü makul olmayan

[120] bkz. Bölüm 3 § 3.4.
[121] CISG-online no.705,
http://www.cisg-online.ch/content/api/cisg/display.cfm?test=705/15.05.2016

sebeplerle zamanında yerine getirmeyenler için 44. maddenin işletilmesi mümkün olmayacaktır[122].

CISG'nin 44. maddesinin uygulanabilmesini araştırırken alıcının kişisel durumu göz önünde tutulacağından alıcının ticari durumu, çalışma şekli, işlerinin büyüklüğü, malın cinsi gibi konular ile ihlalin ciddiyetinin, sözleşmenin ihlalinden doğan hakların tamamen kaybedilmiş olmasının ve nihayet sözleşmeyi ihlal etmeyen tarafça ihbar yükümlülüğüne uymak için gösterilen çabanın dikkatlice incelenmesi gerekmektedir (Schwenzer, 2015:829; Mullis, 2007:166, 167). Ancak bu halde hakkaniyetli bir karar alınması mümkün olabilecektir.

Taraflar, sözleşmede belirli bir ihbar süresi kararlaştırarak m.39'dan farklı bir uygulama belirleyebileceklerdir. Ancak; her durumda tarafların, bu sayede 44. maddede yer alan makul özür istisnasını da bertaraf etmiş oldukları çıkarılamaz (Schwenzer, 2015:835). Dolayısıyla, bu madde ayrıca bertaraf edilmedikçe uygulama alanı bulacaktır; ancak, bu görüşün aksi de savunulmaktadır. Bu görüşe göre, böyle bir durumda alıcının, sözleşmede kararlaştırılan ihbar süresini makul bir özürden dolayı kaçırmış olduğu iddiasında bulunamaması gerekir (Dayıoğlu, 2011:29; Schwenzer, 2015:835).

3.6.2.3. Satıcının Feragati

Alıcının, sözleşmeye aykırılıklar hakkında satıcıyı zamanında bilgilendirmemiş olması ile Antlaşma tarafından kendisine tanınan hakları kaybetmesinin önündeki son istisna da satıcının, kendisine 40. madde ile tanınan haktan vazgeçmesidir. Bu husus, elbette taraflarca açık olarak kararlaştırılabilecektir. Hatta taraflar, yapılmış ve yapılacak sözleşmeye aykırılık bildirimlerini kapsayacak şekilde de feragatte bulunabileceklerdir (Zeytin, 2015:184).

Burada tartışmalı olan husus, vazgeçmenin zımni bir şekilde yapılıp yapılamayacağı üzerinde toplanmaktadır. Alıcının, ihbar süresine uymamasına karşın satıcının, mallardaki sözleşmeye aykırılığı gidermeye çalışması durumunda zımni

[122] Karlsruhe İstinaf Mahkemesi'nin 25 Haziran 1997 tarihli kararı, CISG-online no.263, http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970625g1.html/15.05.2016

olarak 40. madde hükmünden satıcının feragat etmiş sayılacağı söylenebilse de satıcının alıcı ile kurduğu her temasta böyle bir yorum yapılması yanlış olacaktır; zira, satıcı, durumu yalnızca tartışmak niyeti ile alıcı ile irtibata geçmiş olabilecektir (Atamer, 2005:239). Dolayısıyla, taraflar arasında yalnızca müzakere başlatılmış olması, zımnen feragat edildiği anlamına gelmemelidir (Mullis, 2007:168; Schwenzer, 2015:787).

Alman Federal Mahkemesi'nin 25 Kasım 1998 tarihli kararında bu husus, detaylı olarak incelenmiş; mahkeme, feragatin her zaman açık bir ifadeyle gerçekleşmeyeceğini, durumun koşullarından feragat yapıldığının anlaşılabileceğini; ancak her türlü müzakerenin de feragat olarak yorumlanmaması gerektiğini belirtmiştir. Bunun yanında; olayda, taraflar arasında alıcının zararının nasıl telafi edileceğine ilişkin on beş ay süren bir müzakerenin olması, bu on beş ay içerisinde satıcının m.38 ve 39 hükümlerinden doğan haklarını korumamış olması, satıcının muayene için yeniden bir uzman tutup uzmanın parasını ödemiş olması, satıcının zararın yedi katında bir tutarı tazminat olarak teklif etmiş olması, satıcının m.40 ile sağlanan imkandan feragat etme yönünde bir iradesinin olduğu şeklinde yorumlanmıştır[123]. Gerçekten de böyle bir durumda; satıcının, alıcının haklarını kullanmaması iradesinin olduğu söylenemez.

[123] CISG-online no. 353,
http://cisgw3.law.pace.edu/cases/981125g1.html/16.05.2016

SONUÇ

Uluslararası mal satımına ilişkin uygulanan CISG, dünya ticaret hacminin dörtte üçünü oluşturan devletler tarafından kabul edilmiştir. Bugün, 84 devletin taraf olması ile birlikte Antlaşma, dünya ticaretinde ve hukukun birleştirilmesi hareketinde önemli bir yere sahiptir.

Antlaşma, satım ilişkisi taraflarının her ikisinin yahut milletlerarası özel hukuk kurallarının akit bir devletin hukukuna atıf yapması halinde uygulanmakta olup Türkiye'de de 1 Ağustos 2011 tarihinden itibaren yürürlüktedir. Burada unutulmaması gereken, taraflarca sözleşme içerisinde *"Türk hukuk uygulanacaktır"* veya *"Fransız hukuku uygulanacaktır"* gibi ülkelerin iç hukuklarına atıf yapılan ifadelerin belirlenmiş olmasının, CISG'nin bertaraf edilmiş olduğu anlamına gelmeyeceğidir. Zira, CISG kabul edilmekle iç hukuk halini almış olmaktadır.

Burada iç hukukların kendi kavramlarına atfettiği anlamlar ile CISG kavramlarına yüklenen anlamlar bazen benzerlik teşkil etse de CISG kavramlarının kendi mantığına uygun olarak ortaya çıkartılması zaruridir. Aksi halde, hukuk uygulayıcılarının iç hukuklardan gelen geleneksel bakış açıları, CISG'nin sahip olduğu hukukun birleştirilmesi amacını tarumar edeceği ortadadır. Dolayısıyla, Antlaşmanın kavramlara verdiği anlam, maddelerinin amacı da dikkate alınarak uluslararası mecradaki içtihatlar, doktrin ve enstitü çalışmaları incelenerek titizlikle yorumlanmalıdır.

Antlaşma, taraflar arasındaki sözleşmeleri tarafların çıkarlarına mümkün mertebe halel getirmeksizin ayakta tutmak amacını haiz düzenlemelere yer vermiştir. İşbu düzenlemeler, uluslararası ticarette güvenli ve istikrarlı ilişkiler kurulması noktasında son derece yapıcı bir işlevi haizdir.

Antlaşma kapsamında, satım ilişkilerine konu olan mal, taşınır maldır ve malın uygunluğu kavramı Antlaşmaya göre öncelikle malın, taraf iradelerine uygun olmasıdır. Malın miktarı, kalitesi, türü ve paketlenmesi taraf iradelerine uygunluk teşkil etmiyorsa bu durumda mallardan mutat ve özel kullanım amaçlarına, sunulmuş olması halinde örnek veya modele ve nihayet paketlemeye uygun olmaları

beklenmektedir. Bu objektif kıstasların da malda bulunmadığı durumlarda malların sözleşmeye aykırı olduklarının tespiti gerecektir ki bu da ancak alıcı tarafından yapılacak uygun bir muayene ile mümkündür. Fakat; bu noktada satıcı, kural olarak ancak hasarın alıcıya geçtiği anda mevcut olan sözleşmeye aykırılıktan sorumlu tutulabilecektir.

Alıcı, malları fiilen teslim alması ile kısa bir süre içerisinde malları muayene edecek ve akabinde malların sözleşmeye aykırılık teşkil ettiğini, bu aykırılıkları saptadığı veya saptaması gerektiği tarihten itibaren makul bir süre içerisinde satıcıya bildirecektir. Aksi halde alıcı, bu aykırılıklara dayanma hakkını kaybedecek, malları sözleşmeye aykırı olarak kabul etmiş sayılacaktır. Ancak, bu noktada akıldan çıkarılmaması gereken, Antlaşmanın, genellikle kötü niyetli satıcılara karşı alıcıların korunması amacıyla sözleşmeye aykırılığı bilen veya bilmesi gereken satıcıya karşı alıcıyı koruduğudur. Böyle bir durumda alıcı, malları incelememiş, herhangi bir ihbar göndermemiş olsa dahi satıcı, alıcının muayene ve ihbar yükümlülüklerine dayanamayacaktır. Ayrıca Antlaşma, iki yıllık ihbar süresini geçirmeden sözleşmeye aykırılıkları bildiren ve bildirimi geç yapmakta makul bir özrü olan alıcıları da koruyan düzenlemeler sevk etmiştir.

Antlaşma, Türk hukukunda da 2011 yılından itibaren yürürlükte olsa da CISG hakkında hakimler veya hakemler tecrübe kazanabilmiş değildir. Zira, bugüne dek yayınlanmış hiç bir Türk tahkim kurulu veya mahkeme kararı bulunmamaktadır. Oysa, uluslararası mal satımında global ticaret hacminin büyük bir kısmına yön veren devletlerin neredeyse tamamı bu Antlaşmaya taraftır ve Türkiye de uluslararası ticarette bilhassa lokasyon üstünlüğü sayesinde önemli bir yeri haizdir. Hukuki meselelerde uyuşmazlıkların doğmadığını düşünmek, günümüz şartlarında ziyadesiyle iyimser bir bakış açısı olacaktır. Dolayısıyla, uyuşmazlık çözüm ülkesi olarak taraflar arasındaki sözleşmelerde Türkiye'nin belirlenmediğini öngörmek çok da uzak bir düşünce olmasa gerek. Yargılamaların yavaşlığı, CISG hususundaki deneyimsizlik, Türk tacirlerinin henüz sözleşmelerde güçlü taraf olamamaları gibi hususlar bugün CISG ve dolayısıyla birleşik hukuk sistemine entegre olmanın önündeki engeller gibi gözükmektedir.

KAYNAKÇA

Acar, Hakan (2007). “1980 Tarihli Malların Uluslararası Satışına İlişkin Viyana Konvansiyonu’nda Ayıba Karşı Tekeffül”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt 15, sayı 2: 25-50.

Akıncı, Ziya (2013). "Viyana Konvansiyonu'nun Tahkimde Uygulanması". Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 2013/1, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın (CISG) Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Değerlendirilmesi Sempozyumu Özel Sayısı: 73-86.

Aksakal, Enver (2014). "Birleşmiş Millet Antlaşması (CISG) Kapsamında Satıcının Sözleşmeye Uygun ve Üçüncü Kişilerin Hak veya Taleplerinden Ari Mal Teslim Etme Borcu", İstanbul Barosu Dergisi, cilt 88, sayı 1: 340-368.

Aktürk, İpek (2015). "Viyana Satım Sözleşmesi Kapsamında Satıcının Ayıptan Doğan Sorumluluğu", Ankara Barosu Dergisi, sayı 2015/1: 211-238.

Atamer, Yeşim (2012). "Satıcının Sözleşmeye Aykırı Davranışı Ekseninde CISG'ın İfa Engelleri Sistemine Genel Bakış." Şu kitapta: Editör/Yeşim Atamer. Milletlerarası Satım Hukuku - Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 221-266.

Atamer, Yeşim (2005). Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları. İstanbul: BetaYayım.

Apaydın, Eylem (2013). "Satım Hukuku Özelinde Uluslararası Sözleşme Hukukunun Birleştirilmesi Çalışmalarının Kronolojisi (The Chronicles of Unifaction of International Contract Law, Particularly Sales Law)", Yaşar Üniversitesi Dergisi, cilt 8, özel sayı: 201-274.

Aral, Fahrettin (2010). Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri. Ankara: Yetkin Yayıncılık.

Arzu, Oğuz (2001). "Hukuk Tarihi ve Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Uluslararası Ticaret Hukuku". Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt 50, sayı 3: 11-53.

Arzu, Oğuz (2000). "Sözleşmeler Hukuku Alanında Hukukun Birleştirilmesi". Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt 49, sayı 1: 31-65.

Aydın, İbrahim (2007). 11 Nisan 1980 Tarihli Milletlerarası Mal Satımlarına İlişkin Birleşmiş Milletler (Viyana) Sözleşmesi ve Türk Hukuku, Yüksek lisans tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara.

Ayhan, Hilal Lale (2011). "Birleşmiş Milletler Viyana Satım Sözleşmesi'ne Göre Uluslararası Satım Sözleşmelerinde Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt 15, sayı 2: 1-57.

Baysal, Pelin (2012). "Milletlerarası Mal satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Çerçevesinde Satıcının Ayıptan Sorumluluğu." Yeni Türk Borçlar Kanunu ve CISG'e Göre Satış Sözleşmeleri (Sales Contracts Under the New Turkish of Obligations and CISG). İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 221-268.

Castellani, Luca (2012). "Türkiye'nin CISG'a Taraf Olmasına İlişkin Çerçeve." Şu kitapta: Editör/Yeşim Atamer. Milletlerarası Satım Hukuku - Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 1-6.

Çetiner, Bilgehan (2007). "Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ile BM Satım Hukukunun Satıcının Sorumululuğu Bakımından Karşılaştırmalı İncelenmesi", Legal Hukuk Dergisi, sayı 58: 3139-3152.

Dayıoğlu, Yavuz (2011). CISG Uygulamasında Sözleşmenin İhlali Halinde Alıcının Hakları ve Özellikle Alıcının Tazminat Talep Etme Hakkı.İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

Develioğlu, Hüseyin Murat (2013). "CISG'nin Sözleşenin Konusu ve Niteliği

Bakımından Uygulama Alanı". Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 2013/1, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın (CISG) Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Değerlendirilmesi Sempozyumu Özel Sayısı: 53-72.

Erdem, H. Ercüment (2012). "Viyana Satım Antlaşması'na Genel Bakış ve Maddi Uygulama Alanı." Yeni Türk Borçlar Kanunu ve CISG'e Göre Satış Sözleşmeleri (Sales Contracts Under the New Turkish of Obligations and CISG). İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 117-156.

Ferrari, Franco (2012). Contract for the International Sale of Goods. Boston, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers

Ferrari, Franco (2009). "Homeward Trend and Lex Forism Despite Uniform Sales Law", Journal of International Commercial Law & Arbitration, sayı 1/2009: 15-42.

Ferrari, Franco (1995). "Specific Topics of the CISG in the Light of Judicial Application and Scholarly Writing", Journal of Law and Commerce: 1-126.

Flechtner, Harry M. (2012). "Malların Sözleşmeye Uygunluğu, Üçüncü Kişilerin Talepleri ve Alıcının İhlal Bildirimi." Şu kitapta: Editör/Yeşim Atamer. Milletlerarası Satım Hukuku - Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 25-36.

Heiderhoff, Bettina (2012). "CISG'ın Uygulama Alanı: Konu Bakımından." Şu kitapta: Editör/Yeşim Atamer. Milletlerarası Satım Hukuku - Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 25-36.

Huber, Peter, Alastair Mullis (2007). The CISG A New Textbook for Students and Practitioners. Sellier. European Law Publishers.

Işıntan, Pelin (2013). "Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması ve Borçlar Kanunu Düzenlemelerinde Aynen İfa Kavramı". Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 2013/1, Milletlerarası Mal Satımına

İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın (CISG) Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Değerlendirilmesi Sempozyumu Özel Sayısı: 161-182.

İşleten, Mehtap İpek (2013). "Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) ve Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Sözleşmenin Kurulması". Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 2013/1, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın (CISG) Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Değerlendirilmesi Sempozyumu Özel Sayısı: 111-136.

Kanışlı, Erhan (2013). CISG Uyarınca Alıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılık Halinde Satıcının Hakları. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

Karaman, Tuba (2013). "Borçlar Kanunu ve Viyana Satım Antlaşması (VSA) Çerçevesinde Satıcının Ayıptan Sorumluluğu ve Alıcının Hakları". Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 2013/1, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın (CISG) Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Değerlendirilmesi Sempozyumu Özel Sayısı: 225-258.

Kılıçoğlu, Ahmet M. (2009). Borçlar Hukuku Genel Hükümler. Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları.

Kröll, Stefan (2011). "Conformity of the Goods and Third Party Claims." Şu kitapta: Editör/Stefan Kröll, Loukas Mistelis, Pilar Perales Viscallias. UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) Commentary. Oxford: Hart Publishing, 484-680.

Kröll, Stefan, Loukas Mistelis, Pilar Perales Viscallias (2011). "Introduction to the CISG." Şu kitapta: Editör/Stefan Kröll, Loukas Mistelis, Pilar Perales Viscallias. UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) Commentary. Oxford: Hart Publishing, 1-18.

Milletlerarası Ticaret Odası Türkiye Milli Komitesi (2010). Incoterms 2010. Milletlerarası Ticaret Odası Türkiye Milli Komitesi:Ankara.

Mistelis, Loukas (2012). "CISG'ın Uygulama Alanı: Yer, Zaman ve Kişi

Bakımından." Şu kitapta: Editör/Yeşim Atamer. Milletlerarası Satım Hukuku - Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 7-24.

Mistelis, Loukas (2011). "Sphere of Application - Article 1." Şu kitapta: Editör/Stefan Kröll, Loukas Mistelis, Pilar Perales Viscallias. UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) Commentary. Oxford: Hart Publishing, 21-38.

Mohs, Florian (2015). "Alıcının Borçları." Şu kitapta: Editör/ Ingeborg Schwenzer, Pınar Çağlayan Aksoy. Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (Viyana Sözleşmesi) Şerhi. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 943-1018.

Nasser, Rabih A., Nathalie Tiba Sato (2015). "CISG'nin Yorumu: Uluslararası Nitelik ve Yeknesaklık", Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi, cilt 4, sayı 1: 165-190.

Öz, Turgut (2013). "Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG)". Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 2013/1, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın (CISG) Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Değerlendirilmesi Sempozyumu Özel Sayısı: 3-18.

Özdemir Kocasakal, Hatice (2013). "Viyana Konvansiyonunun Milletlerarası Özel Hukuk Bakımından Uygulama Alanı". Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 2013/1, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın (CISG) Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Değerlendirilmesi Sempozyumu Özel Sayısı: 19-52.

Özdemir, Hayrunnisa (2016). "Viyana Satım Sözleşmesinde Sözleşmeye Aykırılık ve Sözleşmeye Aykırılığın Şartları." Şu kitapta: Editör/Sinan Okur. Milletlerarası Mal Satım Hukuku (CISG). Ankara: Adalet Yayınevi, 203-268.

Rogers, Vikki, Kaon Lai (2014). "History of the CISG and its Present Status." Şu kitapta: Editör/Larry A. Dimatteo. International Sales Law A Global Challange.

Cambridge: Cambridge University Press, 8-22.

Schwenzer, Ingeborg, (2015). "Malların Sözleşmeye Uygunluğu ve Üçüncü Kişilerin Hak veya Talepleri." Şu kitapta: Editör/ Ingeborg Schwenzer, Pınar Çağlayan Aksoy. Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (Viyana Sözleşmesi) Şerhi. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 715-835.

Schwenzer, Ingeborg, Pascal Hachem (2015). "Uygualama Alanı ve Genel Hükümler." Şu kitapta: Editör/ Ingeborg Schwenzer, Pınar Çağlayan Aksoy. Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (Viyana Sözleşmesi) Şerhi. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 155-284.

Slawson, W. David (1996). The Late 20th-Century Reformation of Contract Law. New Jersey: Princeton University Press.

Toker, Ali Gümrah (2005). Uluslararası Taşınır Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin (Viyana Sözleşmesi) Uygulama Alanı. Ankara: Seçkin.

Yavuz, Cevdet, Faruk Acar, Burak Özen (2014). Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler. İstanbul: Beta Yayıncılık.

Yüksel, Sera Reyhani (2013). "Avrupa Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Malların Sözleşmeye Uygunluğu", Legal Hukuk Dergisi, cilt 11, sayı 131: 38-54.

Zeytin, Zafer (2015). Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hukuku - CISG. Ankara: Seçkin Yayıncılık.

ONLINE KAYNAKLAR

Karollus, Martin (1995). "Judicial Interpretation and Application of the CISG in Germany 1988-1994". Pace Institute of International Commercial Law. http://www.jus.uio.no/pace/judicial_interpretation_and_application_of_the_cisg_in_germany_1988-1994.martin_karollus/portrait.letter.pdf/ 07.04.2016.

Özel, Çağlar, Dila Okyar (2015). Eurasian Economists Association.

http://www.avekon.org/papers/1217.pdf/ 10.04.2016.

Tarman, Zeynep Derya (2011). Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyum Yayınları, https://hukuk.marmara.edu.tr/yayinlar/sempozyum-yayinlari/ipek-yolu-canlaniyor-turk-cin-hukuk-zirvesi/ 05.04.2016.

UNCITRAL. (2012). https://www.uncitral.org/pdf/english/clout/CISG-digest-2012-e.pdf/ 27.05.2016.

UNCITRAL. (1979). http://www.globalsaleslaw.org/index.cfm?pageID=644/ 27.05.2016.

UNIDROIT. (2010). http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-e.pdf/08.04.2016.

Welser, Rudolf, Irene Welser (2006). İstanbul Kültür Üniversitesi. http://www.iku.edu.tr/userfiles/20120425005438414.p/ 01.05.2016.

EKLER

CISG'YE TARAF DEVLETLER LİSTESİ

Devlet	İmza	Katılma(*), Onay(†), Kabul(‡) veya İntikal(§)	Yürürlük Tarihi
Albania		13/05/2009(*)	01/06/2010
Argentina		19/07/1983(*)	01/01/1988
Armenia		02/12/2008(*)	01/01/2010
Australia		17/03/1988(*)	01/04/1989
Austria	11/04/1980	29/12/1987	01/01/1989
Bahrain		25/09/2013(*)	01/10/2014
Belarus		09/10/1989(*)	01/11/1990
Belgium		31/10/1996(*)	01/11/1997
Benin		29/07/2011(*)	01/08/2012
Bosnia and Herzegovina		12/01/1994(§)	06/03/1992
Brazil		04/03/2013(*)	01/04/2014
Bulgaria		09/07/1990(*)	01/08/1991
Burundi		04/09/1998(*)	01/10/1999
Canada		23/04/1991(*)	01/05/1992
Chile	11/04/1980	07/02/1990	01/03/1991
China	30/09/1981	11/12/1986(†)	01/01/1988
Colombia		10/07/2001(*)	01/08/2002
Congo		11/06/2014(*)	01/07/2015
Croatia		08/06/1998(§)	08/10/1991
Cuba		02/11/1994(*)	01/12/1995
Cyprus		07/03/2005(*)	01/04/2006
Czech Republic		30/09/1993(§)	01/01/1993
Denmark	26/05/1981	14/02/1989	01/03/1990
Dominican		07/06/2010(*)	01/07/2011

Republic			
Ecuador		27/01/1992(*)	01/02/1993
Egypt		06/12/1982(*)	01/01/1988
El Salvador		27/11/2006(*)	01/12/2007
Estonia		20/09/1993(*)	01/10/1994
Finland	26/05/1981	15/12/1987	01/01/1989
France	27/08/1981	06/08/1982(†)	01/01/1988
Gabon		15/12/2004(*)	01/01/2006
Georgia		16/08/1994(*)	01/09/1995
Germany	26/05/1981	21/12/1989	01/01/1991
Ghana	11/04/1980		
Greece		12/01/1998(*)	01/02/1999
Guinea		23/01/1991(*)	01/02/1992
Guyana		25/09/2014(*)	01/10/2015
Honduras		10/10/2002(*)	01/11/2003
Hungary	11/04/1980	16/06/1983	01/01/1988
Iceland		10/05/2001(*)	01/06/2002
Iraq		05/03/1990(*)	01/04/1991
Israel		22/01/2002(*)	01/02/2003
Italy	30/09/1981	11/12/1986	01/01/1988
Japan		01/07/2008(*)	01/08/2009
Kyrgyzstan		11/05/1999(*)	01/06/2000
Latvia		31/07/1997(*)	01/08/1998
Lebanon		21/11/2008(*)	01/12/2009
Lesotho	18/06/1981	18/06/1981	01/01/1988
Liberia		16/09/2005(*)	01/10/2006
Lithuania		18/01/1995(*)	01/02/1996
Luxembourg		30/01/1997(*)	01/02/1998
Madagascar		24/09/2014(*)	01/10/2015
Mauritania		20/08/1999(*)	01/09/2000
Mexico		29/12/1987(*)	01/01/1989
Mongolia		31/12/1997(*)	01/01/1999

Montenegro		23/10/2006(§)	03/06/2006
Netherlands	29/05/1981	13/12/1990(‡)	01/01/1992
New Zealand		22/09/1994(*)	01/10/1995
Norway	26/05/1981	20/07/1988	01/08/1989
Paraguay		13/01/2006(*)	01/02/2007
Peru		25/03/1999(*)	01/04/2000
Poland	28/09/1981	19/05/1995	01/06/1996
Republic of Korea		17/02/2004(*)	01/03/2005
Republic of Moldova		13/10/1994(*)	01/11/1995
Romania		22/05/1991(*)	01/06/1992
Russian Federation		16/08/1990(*)	01/09/1991
Saint Vincent and the Grenadines		12/09/2000(*)	01/10/2001
San Marino		22/02/2012(*)	01/03/2013
Serbia		12/03/2001(§)	27/04/1992
Singapore	11/04/1980	16/02/1995	01/03/1996
Slovakia		28/05/1993(§)	01/01/1993
Slovenia		07/01/1994(§)	25/06/1991
Spain		24/07/1990(*)	01/08/1991
Sweden	26/05/1981	15/12/1987	01/01/1989
Switzerland		21/02/1990(*)	01/03/1991
Syrian Arab Republic		19/10/1982(*)	01/01/1988
The former Yugoslav Republic of Macedonia		22/11/2006(§)	17/11/1991
Turkey		07/07/2010(*)	01/08/2011
Uganda		12/02/1992(*)	01/03/1993
Ukraine		03/01/1990(*)	01/02/1991

United States of America	31/08/1981	11/12/1986	01/01/1988
Uruguay		25/01/1999(*)	01/02/2000
Uzbekistan		27/11/1996(*)	01/12/1997
Venezuela (Bolivarian Republic of)	28/09/1981		
Viet Nam		18/12/2015(*)	01/01/2017
Zambia		06/06/1986(*)	01/01/1988

ÖZGEÇMİŞ

Adı /Soyadı **:** Sercan Koray DAĞDEVİREN

Doğum Yeri ve Yılı **:** 13.08.1989 -İzmit

İlköğretim **:** Körfez Yavuz Selim İlköğretim Okulu - Kocaeli

Lise **:** Körfez Oruç Reis Anadolu Lisesi - Kocaeli

Lisans **:** Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yüksek Lisans **:** Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Yüksek Lisans Programı

Mesleği **:** Avukat