

## AYIP BİLDİRİMİNİN İÇERİĞİNİN DOLDURULMASI

İsviçre Federal Mahkemesi I. Hukuk Dairesi'nin 28 Mayıs 2002 tarihli 4.C 395/2001 Sayılı Kararı\*

David RÜETSCHI\*\*

Çeviren: Dr. İpek YÜCER\*\*\*

### Somut Olay

1995 yılından beri birbirleri ile hukuki ilişki içinde olan davacı (A) ve davalı (X AG), 22 Kasım 1998 tarihinde, önceki teslimlere eş kalite ve değerde akçaağaç oval odun teslimine yönelik anlaşmışlardır. Odunlar, 1998 yılının Ekim ve Kasım aylarında kesilmiş, korucu tarafından ölçülmüş, sınıflandırılmış ve odun ölçü listesine (Holzmasslisten) kaydedilmiştir. Odunlar davalıya 6, 7 ve 21 Ocak 1998 tarihlerinde teslim edilmiştir. Teslim edilen odunların toplam bedeli davacı tarafından 13.496.45 İsviçre Frankı olarak hesaplanmıştır. Odunların teslimi üzerine davalı 22 Ocak 1999 tarihinde yazılı olarak “akçaağaç oval odunların önceki teslimlere göre daha az kaliteli olduğunu size üzülererek bildirmek zorundayız” şeklinde bir ayıp bildiriminde bulunmuştur. Bu bildirimde ayrıca “birçok kök sadece ambalaj yönünden kalitelidir ve bunlar artık bizim tarafımızdan işlenemez. Bu nedenle biz odunları size geri gönderiyoruz ve odunların durumu konusunda testereci D.Gerne'den görüşünü bekliyoruz.” ifadelerini kullanmışlardır. Somut olayda hem davacı hem davalı odunların durumuna ilişkin bir rapor almak üzere İsviçre Ticaret Borsasına başvurmuşlardır. Burada davalı tarafından görevlendirilen ekspertiz 30 Mart 1999 tarihinde oluşturduğu rapor ile; 54 odun kökünün çok düşük bir kalitede olduğunu ve testereci tarafından yapılan değerlendirmenin skalanın çok üstünde olması nedeniyle haksız bulunduğunu tespit etmiştir. Davacı 1999 yılının Haziran ayında hukuki ilişkinin hüküm ve sonuç doğurmaması nedeniyle 4692.40 İsviçre Frankı miktarındaki zararı için mahkemeye başvurmuştur. Davacı 1 Haziran 1999 tarihinde 13.496.45 Frank miktarındaki satım bedelini, bunun faizini ve bunlara ek olarak haklı olmayan bildirim ve ödeme emri masraflarının ödenmesini talep etmiştir. Bunun üzerine davalı sözleşmeden dönmeye yönelik irade açık-

\* İsviçre Federal Mahkemesinin internet sitesinden (<http://www.bger.ch/>) karar numarasına başvurarak resmi karar metninin yayımlanmış haline ulaşılabilir.

\*\* Dr.iur., Basel/ Aarau

\*\*\* Dr. İur., Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Bilim Dalı Öğretim Elemanı, Ankara

lamasında bulunduğunu, bu nedenle satım sözleşmesinin tasfiye edilmiş olduğunu ve satım sözleşmesinin hüküm ve sonuçlarını doğurmamasından dolayı kendisinin uğradığı zararların davacı tarafından ödenmesi gerektiği savunmasında bulunmuştur. Bu dava bölge mahkemesi tarafından reddedilmiştir. Ancak, davacının faiz yanında 13.496.45 Frank değerindeki zararının tazmini için başvurduğu Thurgau Yüksek Mahkemesi, talebi uygun bulmuştur.

### **İsviçre Federal Mahkemesi'nin Konuya İlişkin Görüşü**

İsviçre Federal Mahkemesi konuya ilişkin şu tespitleri yapmıştır:

“ (...) 2.1.1 Bildirim külfetine ilişkin hükümler satım sözleşmesinde ilişki güvenliği menfaatinin korunmasına hizmet eder ve taraflar arasındaki fiili ve hukuki ilişkinin hızlı bir şekilde açıklığa kavuşturulmasını amaçlar. Zira, satıcı malın kabul edilmiş olup olmadığına ilişkin hızlı bir şekilde bilgi edinmelidir ve şikâyet satıcıya onun kendi incelemesi ile bildirimini gerekçelendirebileceği ve buna ilişkin bir karara varabileceği kadar zamanında yapılmalıdır. (BGE 88 II 364 E.2) Ayıp bildirimini düzenleyen hükümler, bir yandan alıcının spekülasyon yapmasını önlemek, diğer yandan da konuya ilişkin herhangi bir bilgiye sahip olmayan satıcıyı, alıcının sınırlanmamış bir sürede ayıptan doğan haklarını kullanması ile karşı karşıya kalmaması için korumak amaçları ile satıcının menfaatine hizmet ederler. Nitekim, satıcı, örneğin malı kendisine teslim edene karşı kendi haklarını korumak gerekliliğini elde etme imkânına sahip olmalıdır (BGE 81 II 56 E.2b: Honsell, Basler Kommentar, N.1 zu Art.201 OR; Giger, Berner Kommentar, N. 12 zu Art.201 OR; Oser/Schönenberger, Zürcher Kommentar, N. 5 zu Art.201 OR; Guhl/Koller, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9.Aufl., § 42 N. 23, S. 384; Tercier, Les contrats spéciaux, 2.Aufl., N. 412; Cavin, Kuaf, Tausch, Schenkung, in: Schweizerisches Privatrecht, VII/I, Basel 1977, § 12/I, S. 88 f.).

Ayıp bildirimini, satıcının ayıp sorumluluğundan doğan borcundan bildirilmemiş ayıplar bakımından kurtulmasını sağlama fonksiyonuna sahip olan, alıcının ayıptan doğan haklarının korunması için gerekli olan ve onun ayıba ilişkin düşüncesini ifade ettiği bir irade açıklamasından ibarettir. (Eser sözleşmesine ilişkin BGE 107 II 437 numaralı karar) Ayıp bildiriminin asgari içeriği, satım konusu malın ne dereceye kadar ayıplı olarak öngörüldüğü (Zehnder, Die Mängelrüge im Kauf- Werkvertrags- und Mietrecht, SJZ 96 2000 545 ff., 546), yani malın bildirilen ve dürüstlük kuralına göre bulunması gereken niteliklere ne dereceye kadar uygun

olmadığının belirtilmesinden oluşur (Art.197 Abs. 1 OR; eser sözleşmesine ilişkin BGE 114 II 239 E. 2 S. 32 numaralı karar; yine eser sözleşmesine ilişkin BGE 100 II 30 E. 2 S. 32; BGE 124 III 456 E. 4d/aa). Alıcının memnuniyetsizliğini somut ayıba değinmeksizin genel olarak açıklaması, bu anlamda yeterli değildir. (Honsell, adı geçen eser, N. 10 zu Art.201 OR; Giger, adı geçen eser, N. 63 zu Art.201 OR; Oser/Schönenberger, adı geçen eser, N. 28 zu Art.201 OR; Guhl/Koller, adı geçen eser, § 42 N. 28, S. 385; Tercier, adı geçen eser, N. 428). Buna karşılık, örneğin “malın işlenemeyecek kadar kötü olduğu” şeklinde belirtilen memnuniyetsizlik yeterlidir (Gsell, Die Mängelrüge beim Kauf nach schweizerischem Obligationenrecht, Zürich 1926, 59, Anm. 1). Bildirimin içeriği maddi olarak doldurulmak zorundadır, teslimin sözleşmeye uygun olarak kabul edilmediği ve bu durumun da teslim edeni sorumlu kıldığı ifadelerini de içermek zorundadır (Eser sözleşmesine ilişkin BGE 107 II 172 numaralı karara atıf yapılarak). Ayıp bildiriminin içeriğinin doldurulması gereği, bildirimin amacından ortaya çıkar. Bildirim, satıcıya şikâyetin amacı, temeli ve şekline ilişkin bilgi verilmek suretiyle yapılmalıdır, ki böylece satıcı kendisini nasıl bir sorumluluğunun beklediğini anlayıp, buna ilişkin karar verebilsin. Bu amaçla hangi ifadelerin gerekli olduğu somut olaya bağlıdır (BGE 22, 498 E. 2, S. 503; Honsell, adı geçen eser, N. 10 zu Art.201 OR; Giger, adı geçen eser, N. 62 zu Art.201 OR). Özel hukukta geçerli olan güven ilkesine göre, bildirim amacına muhalif olan herhangi bir talep söz konusu olmaksızın (Usul hukukunda Art.29 Abs.1 BV’de abartılı resmi şekil türetme yasağı için, BGE 127 I 31 E.2a), irade açıklamasının lafı ve bağlantısı, somut olayda mevcut olması gerekenlere göre yorumlanmalıdır (BGE 126 III 119 E. 2a S. 120 numaralı karara atıf yapılarak). Alıcının şüpheli düşünce açıklaması da, satıcının dürüstlük kuralına göre herhangi bir zahmete girmeksizin, hangi ayıbın bildirildiğini anlayabileceği şekilde yorumlanmalıdır.

2.1.2 Komşu ülkelerin hukuk sistemleri ile karşılaştırıldığında, İsviçre hukuku diğerlerine göre daha sert sayılır. Alman Hukuku, İsviçre Borçlar Kanununa benzer düzenlemeyi ticari satımlar için kabul etmiştir (§ 377 HGB; Baumbach/Hopt, Handelsgesetzbuch, 30.Aufl., München 2000, N. 30 zu § 377), buna karşılık adi satımlarda gözden geçirme ve bildirim külfetleri olmaksızın (Palandt/Putzo, Bürgerliches Gesetzbuch, 60.Aufl., München 2001, N. 11, § 462) ayıp sorumluluğundan doğan talepler için sadece zamanaşımı süresi öngörmüştür. (§ 477 BGB) Avusturya Medeni Kanununda da adi satımlar bakımından gözden geçirme ve bildirim külfetleri mevcut değildir, burada sadece ayıp sorumluluğundan doğan hak-

ların belirli süre içinde mahkeme önünde ileri sürülmediği hallerde hak düşümünün söz konusu olacağı belirtilmiştir. (§ 933 AGBG) Ticari satımlar için geçerli olan düzenleme ise Alman hukuku ile paraleldir (Rummel/Reischauer, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Aufl., Wien 1990, N. 1 und 8 zu § 933). Fransız Medeni Kanununda da esaslı bir bildirim külfeti kabul edilmemiştir. Burada, ayıp sorumluluğundan doğan talepler sadece gizli ayıplar için mevcuttur ve bunlar alıcı tarafından kısa süre içinde ileri sürülmelidir, ancak açık ayıplarda alıcının malı teslim sırasında derhal reddetmesi gerektiği, aksi takdirde kendi talep haklarını kaybedeceği hükme bağlanmış olduğundan, gözden geçirme ve bildirim külfetlerinin fiilen mevcut olduğundan söz edilebilir (Art. 1648 CC), (Micheal Georg Gerny, Untersuchungs- und Rügepflichten beim Kauf nach schweizerischem, französischem und US-amerikanischem Recht sowie nach CISG, Basel 1999, 117 f.). İtalyan Medeni Kanununda ise sadece alıcının bildirim külfeti kabul edilmiştir, ancak gözden geçirme külfeti benimsenmemiştir. Ayıp sorumluluğundan doğan hakların düştüğünü iddia eden satıcı, ayıba ilişkin bilgisini ispat etmek zorundadır (Art. 1495 CC), (Cian/Trabucchi, Commentario Breve al Codice Civile, 2. Aufl., Mailand 1996, N. II zu Art.1495; yine tamamı Eugen Bucher, Der benachteiligte Käufer, SJZ 67 1971 17 ff.).

İsviçre'nin de taraf olduğu 11 Nisan 1980 tarihli Viyana Satım Sözleşmesi (CISG= United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods), alıcının satıcıya malın sözleşmeye aykırılığını uygun bir süre içinde bildirmesi gerektiğini ve ayıbın türünü de belirli bir şekilde ifade etmek zorunda olduğunu, aksi takdirde malın sözleşmeye aykırılığı nedeniyle dayanabileceği talep haklarını kaybedeceğini düzenlemiştir.(Art.39 CISG) Bildirim yoluyla satıcı, sözleşmeye aykırılığa ilişkin tasvir yapabilecek ve gerekli tedbirleri alabilecek şekilde bilgilendirilmelidir. Bildirim, alıcının sözleşmeye aykırılık rizikosunu ile yükümlü olması, bundan dolayı da bildirim içeriğinin doldurulmasına yönelik aşırı taleplerin koyulmaması gerektiği ile açıklanamaz (Hans-Josef, Vogel, Die Untersuchungs- und Rügepflicht im UN-Kaufrecht, Bonn 2000, 95 f.)”.

İsviçre Federal Mahkemesi 2.1.3'deki görüşünde, ayıp bildirim içeriğinin doldurulmasına ilişkin 19 ve 20.yüzyıllarda verdiği resmi olmayan altı karar dışında, dar bir yorum benimsemiştir.(BGE 21 570; 22 498; 22 566; 24 II 62; 32 II 294; 38 II 542) Hem de, ayıp bildirim içeriğinin yeterli bir şekilde doldurulmuş olarak nitelendiren 4 Kasım 1992 tarihin-

deki yayımlanmamış karara atıf yapılmıştır. (4C.224/1992) İlgili görüşte kullanılan temel ilkeden somut olayın açıklanmasını takiben ayrılmıştır:

“2.2 (...)

2.3 Davalı 22 Ocak 1999 tarihindeki ayıp bildiriminde, akçaağaç tesliminin eski teslimlere nispeten daha az kaliteli olduğu ve birçok kökün sadece ambalaj kalitesinin olduğu ve bundan dolayı da artık işlenemeyeceğini belirtmiştir. Burada teslim edilen odunların ölçüsü hiçbir şekilde şikâyet edilmemiştir. Satım değeri tarafların anlaşmasına göre değil, köklerin kalınlığına göre belirlenir. Bundan dolayı, ayıp bildirimini, sözleşmede kararlaştırılan değer sınıfındaki sıraya da uygun değildir. Davalı teslim edilen odunları ayıplı bulmuştur ve bundan dolayı da niteliklerini şikâyet etmiştir. Davacının bildirim içeriğinin açık olmadığına ilişkin tespiti itiraz edilen kararda kabul edilmemiştir. Davacı, önceki mahkeme tarafından verilen kararı göz önüne alarak, davalının odunları iade etmesini dayandırdığı genel bildirim şikâyet etmiştir. Burada, bu “sübjektif” ve “onlar tarafından kabul edilebilir olmayan” şeklinde ifade edilmiştir. Bu, davacının gerekçelendirmeyi anlamadığı anlamına gelmez. Davalı, niteliklerin genel olarak eleştirilmediği, bilakis teslim edilen odunların kalitesinin önceki teslimlere nazaran daha az kaliteli olduğu ve birçok kökün sadece ambalaj yönünden kaliteli olmasından dolayı artık işlenemeyeceğini açıklamıştır. Taraflar, satım konusunun önceki teslimler gibi aynı kalitede olması gerektiğini kararlaştırmış olduklarından dolayı, bunların bu kalitede olmadığını bildirim yeterli. Davacının ayrıntılı bir şikâyetten her bir kökün odun ölçüsü listesine göre belirli bilgilerine ulaşabileceği düşünülebilir. Özellikle satıcının Art. 206/2 OR anlamında mesafe satımlarında modern nakliye araçları ile cins malının yenisini derhal sağlamak yoluyla alıcının diğer talep haklarından kurtulması şeklindeki hâkim fikrin kabul edildiği hallerde, sonradan teslim edilen kök ve odunların kalite ve sayısına ilişkin belirli ifadeler faydalı olabilirdi (Giger, adı geçen eser, N. 19 zu Art.206 OR; Honsell, adı geçen eser, N. 1 zu Art.206 OR). Ancak, davalıdan 42.9 m<sup>3</sup> ve 54 kökten oluşan odun teslimi göz önüne alınarak, önceki kurumun kararı da dikkate alınarak, böyle kapsamlı bir ayıp bildirim beklenmemelidir. Satıcı, bildirimden alıcıya teslim edilen odunların önceki teslimlere kıyasla, büyük bir bölümünün işlenemeyeceği şekilde kalitesiz olduğunu öngörebilmelidir. Bu bildirim doldurulması talebi için yeterlidir. Davacının Art.206/2 anlamında odunları teslim etmek yoluyla taleplerden kurtulabildiği hallerde, bildirim ona malı yenisi ile değiştirmeyi teklif etme im-

*kâni verir. Davalı, ayıp bildiriminde teslimi zaten reddetmiş ve malın tamamını davacıya geri göndermiştir. Önceki kurumun görüşüne göre, davacı, bildirimden davalının ayıp bildiri ile ileri sürdüğü dönme açıklaması kabul edilmemişse, davalının ayıbı güç olarak değerlendirebileceğini ve bundan dolayı da dönmeyi hesaba katmak zorunda olduğunu öngörebilmelidir. Nihayet, önceki kurumun satıcının ayıp bildiriminin maddi gerekçesini inceleyebildiği hallerde, bunu incelemek zorunda olduğuna ilişkin görüşü de kabul edilemez. Bildirim, sadece alıcının görüşünü açıklamak zorundadır. Satıcının buna inanmadığı hallerde, bunun ispatına yönelik gerekli tedbirleri almalıdır. Bu satıcı için alıcının 22 Ocak 1999 tarihinde yaptığı ayıp bildiri ile mümkün olur.”*

Böylece İsviçre Federal Mahkemesi için ayıp bildiriminin içeriği yeterince doldurulmuştur. Önceki kurumun kararı bozulmuştur. Dosyadaki bilgi ve belgelere göre, somut olayda fiilen bir ayıbın mevcut olup olmadığına yönelik bir karar verilemediğinden, uyuşmazlık yeni bir karar verilmesi için İsviçre Federal Mahkemesi tarafından ilk derece kurumuna geri gönderilmiştir.

## 36 Görüşler

1. Yüksek mahkeme, ayıp bildiriminin içeriğinin yeteri kadar doldurulmamış olduğu ve bundan dolayı da sözleşmeden dönmeye ilişkin şartların mevcut olmamasından dolayı, satım bedelinin ödenmesine ilişkin davayı onaylamıştır. Önceki kurumun görüşüne göre, alıcı akçaağaç kökleri teslimini somut olarak şikâyet etmekle yükümlü olmak zorundaydı. Odun ölçü listesine göre, eleştirilen niteliklerde, her bir teslim ayıplı bulduğundan, bildirim detaylı olarak yapılması gerektiği gerekçesi ile bildirim önceki kurum tarafından yetersiz bulunmuştur. Elbetteki, tek bir seferde genel olarak yapılan bir ayıp bildiriminin, satıcıya, dönme mi bedel indirimi hakkının mı tercih edildiği veya alıcının ücretsiz onarım hakkının mevcut olup olmadığına ilişkin bir tahminde bulunma imkânı vermediği göz önüne alınır. Bu davada, İsviçre Federal Mahkemesi, Art.201/1 OR'ye göre ayıp bildirimine ilişkin hangi talebin söz konusu olduğuna ilişkin soruyu açıklamak zorundadır, özellikle alıcının satıcıya, teslim edilen odunların kalitesini kötü bulduğu ve bundan dolayı ayıbı net olarak yazmadan ve nitelendirmeden bunların işlenemeyeceğini bildirdiği hallerde, bunun yeterli olup olmamasına karar verilmesi bakımından geçerlidir.

2. Art.201/1 OR'ye göre, ayıp bildiriminde esaslı bir irade açıklaması değil, irade açıklaması olarak nitelendirilen bir açıklama söz konusudur<sup>1</sup>. Bir hukuki sonuca yönelik olmak zorunda olan irade açıklamasına karşın, buradaki irade açıklamasında böyle bir irade şart değildir. Bilakis ayıp bildiriminin yeterli içeriği; alıcının malı sözleşmeye uygun olarak kabul etmediği ve bundan dolayı satıcının sorumlu olduğuna ilişkin satıcıya duruma ilişkin bilgi vermek oluşturur. Buna karşın alıcının daha ayıp bildirimini ile Art.206 OR anlamında hangi talep hakkını kullanacağı, yani sözleşmeden dönme veya bedel indirimi mi talep edeceğine yönelik nihai kararını vermesi şart edilmez<sup>2</sup>. İsviçre Federal Mahkemesi gibi uygulamada<sup>3</sup> ve doktrinde<sup>4</sup> de, ayıp bildiriminin amacının, satıcıyı alıcı ve malı teslim aldığı kişilere karşı ileri sürülen ayıba göre hareket etme fırsatı vermek suretiyle korumak olduğu vurgulanır<sup>5</sup>. İsviçre Federal Mahkemesine göre bildirim: “ satıcıya şikâyetin şekli, kapsamı ve temeline ilişkin bilgi vermek suretiyle yapılmalıdır ki, böylece satıcı mevcut sorumluluğu bakımından nasıl davranmak istediğine karar verebilsin”<sup>6</sup>.

3. Yeni kararlarda, ayıp bildiriminin içeriğinin yeterli olarak doldurulmasına yönelik olan doktrinden ayrılan 2.1.1'deki yorum, derlenerek birleştirilmiştir. Tanım ve ifadelerin içeriğinin öngörülebilir şekilde doldurulması talebi, somut olaya bir çözüm getirilememekle beraber, konuya ilişkin neredeyse hiçbir açık talebin mevcut olmadığı gerçeğini sezdirmeden ortaya koymaktadır. Bunun üzerine İsviçre Federal Mahkemesi de konuya ilişkin şu tespiti yapmıştır: “ ayıp bildiriminde hangi ifadelerin kullanılması gerektiği somut olaya bağlıdır”<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> Heinrich, Honsell, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, 6. Aufl., Bern 2001, 80; Ingeborg, Schwenzler, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Bern 2001, N. 2.06; Hans, Giger, Berner Kommentar, Art.201 N. 61; Ernst A. Kramer, Münchener Kommentar zum BGB, Vor §116 N. 34; Claus- Wilhelm Canaris, Handelsrecht, 23. Aufl., München 2000, §31 N 36; aynı anlamda BGE 107 II 437 f. ve Andreas von Tuhr/ Hans Peter, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Bd.I, Zürich 1979, 176 Anm. 25.

<sup>2</sup> Max Keller/ Kurt Siehr, Kaufrecht, 3. Aufl., Zürich 1995, 84 f.; Heinrich Honsell, Basler Kommentar, Art. 201, N. 10.

<sup>3</sup> BGE 88 II 364 ve özellikle BGE 81 II 57.

<sup>4</sup> 2.1.1' de yer alan gerekçede açıklanan literatür

<sup>5</sup> Deutsche BGH, BGHZ 101, 49, 53; karşı görüş için bkz. Eugen Bucher, Der benachteiligte Käufer, SJZ 1971 1 ff.

<sup>6</sup> Giger, adı geçen eser, Art.201, N. 62; Keller/Siehr, adı geçen eser, N. 84; Micheal Georg Gerny, Untersuchungs- und Rügepflichten beim Kauf nach schweizerischem, französischem und US-amerikanischem Recht sowie nach CISG, Basel 1999, 33 f.

<sup>7</sup> Giger, adı geçen eser, Art.201, N. 62, “bu talep her durumda somut olayın şartlarından ortaya çıkar”.

Her somut olayın takdirinin esas alındığı bu kıstas, ayıp bildiriminin içeriğinin doldurulmasına ilişkin genel ilkeye ilişkin tartışmanın yerini, eser sözleşmesine ilişkin yeni kararlarda, bildirim zamanındalığına ilişkin tartışmanın aldığı ve bundan dolayı da mevcut problemin sadece şekli olarak satım sözleşmesi ile ilgili olduğu görüşüne halel getirmektedir. “ Ayıp bildiriminin içeriği maddi olarak doldurulmak zorundadır, en azından ayıp belirli şekilde ifade edilmeli ve işsahibinin eseri sözleşmeye uygun olarak kabul etmediği ve bundan yüklenicinin sorumlu olmasını talep ettiği belirtilmelidir”<sup>8</sup>. Belirli (kesin) ifade ile ne kastedilmek istendiği, İsviçre Federal Mahkemesi tarafından açıklanmamıştır, böylece bu kararda herhangi bir açıklık bulunmamaktadır. İsviçre Federal Mahkemesinin 10 Haziran 1991 tarihli kararı<sup>9</sup> da, yeni kararlardan özel bir karar olarak nitelendirilmez. Bu kararda, bildirim gecikmiş olarak öngörülmüştür, bu nedenle bildirim içeriği hüküm için esas alınmamıştır. Ancak, burada İsviçre Federal Mahkemesi bildirim içeriğine ilişkin asgari talepleri formüle etmiştir. Buna karşılık, ayıp bildirimini somut olaya bağlayarak açıklayan ilk derece mahkemesi kararlarının tamamı eski tarihlidir. Altı kişilik resmi olmayan bir grup, yeni kararlarda dar bir şekilde yer alan ve yayımlanan 1895- 1912 tarihleri arasındaki İsviçre Federal Mahkemesi kararlarını<sup>10</sup> somut olaylardan bağımsız olarak bir araya getirmişlerdir. Ancak, bu kararların eski tarihli olmaları onların bağlayıcılığını da önemli ölçüde azaltmıştır. İlerleyen zamanlarda sadece iki kararda sorun ele alınmıştır. Bunlardan biri İsviçre Federal Mahkemesi tarafından zikredilen 4 Kasım 1992 tarihli karar<sup>11</sup> ve diğeri de en azından Fransızca tercümesine ulaşılabilen ve yeni kararlarda bahsi geçmeyen 18 Ocak 1949 tarihli karardır<sup>12</sup>. Bu sekiz kararda somut olayın içeriğine girilmemekle beraber, altı tanesinde ayıp bildiriminin içeriğinin yeterince doldurulmuş olduğunun, birinde en azından içeriğin kısmen yeterli olduğunun ve 1895 tarihli kararda da alıcının satıcıyı hangi peynirlerin şikâyet konusu olduğu ve kaç tanesinin ayıplı olduğuna ilişkin bilgi vermemesinden dolayı ayıp bildiriminin içeriğinin yetersiz olduğunun belirtilmiş olması, dikkate şayandır.

Bundan başka, ayıp bildiriminin içeriğinin doldurulmasına ilişkin genel ilkeyi tekrar ele almayan ve bundan dolayı da bu konudaki hukuki geliş-

<sup>8</sup> BGE 107 II 172, 175.

<sup>9</sup> SJ 1992 103 ff.=BR 1992 38 Nr. 73'de yayımlanmıştır.

<sup>10</sup> BGE 21 570; 22 498; 22 566; 24 II 62; 32 II 294; 38 II 542.

<sup>11</sup> Karar numarası: 4C.224/1992.

<sup>12</sup> SJ 1950 273 ff.'de yayımlanmıştır.

meye neredeyse hiç yardımcı olamayan, satım ve eser sözleşmelerinde ayıp bildirimiminin içeriğine yönelik başka kantonal kararlar da yayımlanmıştır<sup>13</sup>.

4. Tamamen bu içtihatlardaki nadir hareket noktaları göz önüne alınarak, İsviçre Federal Mahkemesi yeni somut olayların takdirinde de sadece teolojik yorum yolunu korumuş ve somut olayda bunun şartlarını belirlemek için ayıp bildirimine ilişkin düzenlemelerin amaçlarını esas almıştır. İsviçre Federal Mahkemesi, ayıp bildirimiminin, çok detaylı olarak oluşturması suretiyle satıcıya bunun içeriğini inceleme imkânı verme amacına hizmet etmediğini açıkça belirtmiştir. Ayıp bildiriminde alıcının sübjektif görüşünü belirtmesi yeterlidir. Teslim edilen odunların eskilere oranla daha az kaliteli olduğu, bundan dolayı da işlenemeyeceğine ilişkin alıcı tarafından yapılan ayıp bildirimini, satıcıya ayıbın önemine ilişkin, yani teslim edilen odunların sözleşmede kararlaştırılan kaliteden işlenmesi mümkün olmayacak kadar farklı olduğuna yönelik bilgi vermesi bakımından yeterlidir. Bundan dolayı ayıp bildirimiminin içeriğinin yeteri kadar doldurulmuş olduğu öngörülmüş ve Art.201/1 OR'deki şartların yerine getirilmiş olduğu belirtilmiştir. İsviçre Federal Mahkemesi görüşüne göre, alıcıdan ayrıntılı bir şikâyette bulunması beklenemeyeceğinden, ayıbın kapsamı, özelleştirilmesi ve her bir ağaç kökünün niteliğinin detaylı olarak belirtilmesi talep edilemez<sup>14</sup>. Ayıp bildiriminde edim konusunun tamamı değil, sadece bir bölümü ayıplı olarak nitelendirildiğinden ("birçok kök"), ki 54 kökün kaç tanesinin ayıplı olduğunun belirtilmesi tahmini bir miktar olmaksızın da mümkündür, bu karar şaşırtıcıdır.

5. Bu kararda bizim de katıldığımız somut probleme ilişkin doktrindeki görüşün anlaşılıp anlaşılmamış olduğu şüphelidir. İlgili karar, İsviçre Federal Mahkemesinin Art.201 OR'nin cömert bir şekilde uygulanması ve böylece ayıp bildirimini içeriğinin doldurulmasına ilişkin sert taleplerin tamamının reddedilmesi görüşünü benimsediğinden başka bir şekilde yorumlanamaz. Her şeyden önce, elbetteki İsviçre Federal Mahkemesi tarafından benimsenen görüş haklıdır. Böylece, 2.1.2'deki tespitler göz önüne alınarak, ilgili düzenlemenin, İsviçre hukukunda komşu hukuk sistemlerine göre daha esnek ve cömert bir şekilde yorumlandığı sonucu çıkarılabilir. Bu özellikle Alman ve Avusturya hukuk sistemleri için ge-

<sup>13</sup> Örneğin; TC Ti, Rep. 1979 312= BR 1980 46; CJ GE, SJ 1980 410; KG VS, ZWR 1990 158, 160; OG AR, ARGVP 1994 83,85; OG BL, SJZ 1996 315=Baurecht 1997 53; Cour de Cassation NE, RJN 1988 43=BR 1989 67 Nr.95.

<sup>14</sup> Bu tartışma özellikle Ingeborg Schwenzer, Peter Schlechtriem (Hrsg.), Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, 3. Aufl., München 2000, Art.39 N.9'da yer almaktadır.

çerlidir. Çünkü, buralarda ayıp sorumluluğundan doğan taleplerin ileri sürülmesi tacir olmayanlar bakımından en azından bildirim külfetine bağlanmamış, bilakis buralarda bu hakların ileri sürülmesi bakımından sadece zamanaşımı süreleri öngörülmüştür. İsviçre Federal Mahkemesi § 477 BGB'deki düzenlemeyi esas alır; bu norm 1 Ocak 2002 tarihindeki Borçlar Kanunu reformu ile yürürlüğe girmiştir ve böylece eski düzenleme yürürlük tarihinden birkaç ay önce iptal edilmiştir ve bunun içeriği yeni BGB § 438/1'e nakledilmiştir<sup>15</sup>. Zamanaşımı süresi, "Tüketici Mallarının Satımı ve Bağlı Garantiler Hakkında 25.05.1999 tarihli Avrupa Birliği Direktif"ine uyarlanmak suretiyle 2 yıla çıkarılmıştır. İlgili Direktif, tüm bildirim sürelerinin en az 2 ay veya daha uzun olması gerektiğini ve bu sürenin sözleşmeye aykırılığın tespiti ile işlemeye başlamak zorunda olduğunu belirtmiştir. Bunun sonucunda Alman hukukunda tacir olmayan alıcı, satım sözleşmesinde ayıplı malın tesliminden itibaren satıcıya başvurmak zorunda olduğu ana kadar, hakkını kaybetmeksizin 2 yıl bekleyebilmektedir. Alman hukukuna ilişkin bu durum, 1 Ocak 2002 tarihinden itibaren Avusturya hukuku bakımından da geçer olmuştur. Nitekim burada da aynı düzenleme § 933 AGBG'de yer almaktadır<sup>16</sup>. Buna karşın İtalyan hukukunda yapılan reformda ilgili Direktiften uyarlama yapılmamış, bilakis burada "Code Civil", "Code Unique"ye çevrilerek tüketici satımına ilişkin özel hükümler hükme bağlanmıştır<sup>17</sup>. Fransız hukukunda ise, ticaret hukuku Alman ve Avusturya hukuk sistemlerine benzer şekilde genel hükümlerde yeni düzenlemelerle kendine özgü bir şekilde düzenlendiğinden, Fransa'da ayıp sorumluluğuna ilişkin olarak planlanan reform yapılmamıştır. Dolayısıyla Fransız hukukunda geçerli olan gözden geçirme ve bildirim külfetlerinin uygun süre içinde yerine getirilmek zorunda olması ve genel garanti süresi de göz önüne alınarak, alıcının ayıbı 5 yıl içinde ileri sürmek zorunda olması hükümleri zararsız şekilde uygulanmaya devam etmektedir (Art.1648 CC)<sup>18</sup>.

<sup>15</sup> Borçlar Kanunu'nun modernleştirilmesine ilişkin 26 Kasım 2001 tarihli Kanun, Resmi gazete numarası: Nr. 61/2001 Teil I, 29 Kasım 2001, 3138 ff. (<http://217.160.60.235/BGBL/bgbl1f/b101061.f.pdf>).

<sup>16</sup> Ayıp sorumluluğuna ilişkin düzenlemelerin değiştirilmesine ilişkin Kanun- GewRÄG, Resmi gazete numarası: Nr. 48/ 2001 Teil I, 08.05.2001, 1019 ff. (<http://www.lrz.muenchen.de/-Lorenz/schumod/material/oesterreich.pdf>).

<sup>17</sup> Decreto Legislativo 2 Şubat 2002, n.24 (<http://www.centroeuropeoconsumatori.it/normative/dlgs-24-2002.html>).

<sup>18</sup> Rapport général du groupe de travail sur l'intégration en droit français de la directive 1999-44 du Parlement européen et du Conseil du 25.mai.1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation vom Mai 2002 (<http://www.justice.gouv.fr/publicat/RappGTIDF.htm>).

Bu düzenlemeler ışığında, İsviçre hukukundaki düzenlemeler alıcı için fiilen sert olarak yorumlanabilir. Hem Almanya hem de Avusturya hukuklarında § 377 HGB’de sadece tacirler için geçerli olan normun, İsviçre hukukunda Art.201 OR’de kabul edilmiş olduğu unutulmamalıdır<sup>19</sup>. Bu düzenlemeler mahkemeler tarafından hem bildirim süresinin uzunluğu hem de bildirim içeriğinin doldurulması konularında geleneksel şekilde satıcı lehine yorumlanmaktadır<sup>20</sup>. İtalyan hukuku da Tüketicinin Korunmasına ilişkin düzenlemeler dışında 8 günlük bildirim süresi kabul eder, ancak bildirim içeriğine ilişkin talepler burada Alman hukukuna nazaran daha sadedir, burada malın ayıplı olması sebebiyle beklenen kullanıma uygun olmadığına ilişkin genel bir bildirim yeterli sayılmaktadır<sup>21</sup>.

Böylece hukuk sistemleri karşılaştırıldığında, Alman hukukunda taleplerin olağanın üstünde sert olduğu ve özellikle tacir olmayanlara yönelik olan İsviçre normlarının benzersiz şekilde katı olduğu görülmektedir. Bu durum İsviçre Federal Mahkemesi tarafından 2.1.2’deki görüşte açıkça belirtilmiştir. Bunun kararın sonucu ile olan ilişkisi ancak şu şekilde açıklanabilir: bu Art.201 OR’nin şartlarının cömert bir şekilde uygulanması için bir yol olmalıdır ve böylece alıcının iyi bir duruma getirilmesi sağlanmalıdır. Bu anlamda, İsviçre Federal Mahkemesi Elektronik İşlem İlişkilerine İlişkin olan ve 2001 yılının Ocak ayında sunulan Tasarı’da da, ayıp bildirimine ilişkin Art.201 OR’deki düzenlemenin kısmen Avrupa Birliği Direktifine uyarlanması ile “derhal bildirim külfetinin” “uygun süre içinde bildirim külfeti” şeklinde modifiye edilmesini teklif etmiştir. Buna karşın Direktifin m. 5/2’de düzenlenen 2 aylık bildirim süresinin kabulünden bilinçli olarak vazgeçilmiştir<sup>22</sup>. Bu sınırlanmış sonuçlara rağmen, alıcının iyi bir duruma getirilmesi niyetinin varlığı gayet açıktır.

**6.** Bunun dışında, İsviçre Federal Mahkemesinin yeni kararları CISG’ye ilişkindir. Art.39 CISG’ye göre, alıcı uygun süre içinde ve devirden sonra en geç 2 yıl içinde satıcıya malın sözleşmeye aykırılığını bildirmek zorundadır ve elbetteki sözleşmeye aykırılığın türü de belirli olarak ifade edilmelidir. Aksi takdirde, alıcı malın sözleşmeye aykırılığından doğan haklarını kaybeder. OR’deki gibi CISG’de de, ayıp bildiriminin amacının satıcıyı satım konusu malın sözleşmeye aykırılığına ilişkin bilgilendirmek

<sup>19</sup> “Bu düzenleme 1881 tarihli eski OR Art.246/1’de de vardı”Bkz Bucher, adı geçen eser, 18 ff.

<sup>20</sup> Zur Rechtsprechung zu § 377 HGB Karsten Schmidt, Handelsrecht, 3. Aufl., Köln etc. 1999, § 29 III.

<sup>21</sup> Peter Kindler, Italienisches Handels- und Wirtschaftsrecht, Heidelberg 2000, § 5 N. 75.

<sup>22</sup> Elektronik İşlem İlişkilerine İlişkin İsviçre Federal Mahkemesi Tasarısı Ek Raporu, 22 Ocak 2001.

ve böylece onun gerekli tedbirleri almasını sağlayabilmek olduğu belirtilir<sup>23</sup>. Gerçi, doktrinde açıkça Alman hukukundaki sert taleplerin CISG'ye aktarılmaması gereği ihtar edilir ve cömert taleplerin göz önüne alınması gerektiği belirtilir<sup>24</sup>. Bu halde, CISG'ye ilişkin Alman hukukundaki uyumsuzluğa § 377 HGB'nin, yani Art.201 OR'deki kriterlerin hâkim hukuk olması nedeniyle uygulanma arayışı içinde olunması tehlikesi vardır<sup>25</sup>. Özellikle Alman mahkemesi birçok olayda bunu sağlam bir gerekçe olarak görmüş ve uygulamıştır<sup>26</sup>. Ancak yeni kararlarında İsviçre Federal Mahkemesi buna açıkça karşı çıkmaktadır. Bu yeni oryantasyon, özellikle Art.201 OR'deki taleplerin adi satımlar bakımından uzun zamandır sert bir şekilde uygulandığı ve cömert uygulamanın tavsiye edildiği verimli bölgelerde geçerlidir<sup>27</sup>. Yabancı hukuk sistemleri ve Avrupa hukukundaki gelişmeler göz önüne alınarak, korumanın ilke olarak satıcı menfaatine olmadığı, bilakis alıcının menfaatinin korunduğu kabul edilir. Gerçi işlem ilişkisinde dürüstlük ilkesi gereği, alıcının bildirim yapmadığı hallerde, sonradan artık ayıba dayanamayacağına ilişkin kural hükme bağlanmıştır. Ancak, bildirim fiilen mevcutsa ve bildirim içeriği yeteri kadar doldurulmuşsa, bu ayıp sorumluluğuna ilişkin taleplerin kaybını engeller. Böylece, tacir olmayan kişi tarafından yapılan ve içeriği yeteri kadar doldurulmamış olan bildirimde, dürüstlük ilkesi göz önüne alınarak tacir olmayan alıcıdan ayrıntı talep etmeye ilişkin külfet ters dönerek satıcıya ait olur<sup>28</sup>.

42

7. Yeni kararların temeli, Art.201 OR'deki taleplerin cömert bir şekilde yorumlanması gereğine dayanmaktadır. Bu düşünce hem ayıp bildiriminin içeriğinin doldurulması hem de Art.201 OR'deki diğer talepler bakımından geçerlidir.

<sup>23</sup> Schwenger, adı geçen eser, Art.39 N.6.

<sup>24</sup> Schwenger, adı geçen eser, Art.39 N. 6; Staudinger/Magnus, Art.39 N. 5; Hans-Josef Vogel, Die Untersuchungs- und Rügepflichten im UN-Kaufrecht, Bonn 2000, 95 f.; Gerny, adı geçen eser, 197.

<sup>25</sup> Hanns- Christian Salger, Wolfgang Witz/Hanns- Christian Salger/Manuel Lorenz(Hrsg.), Internatioanl Einheitliches Kaufrecht, Heidelberg 2000, Art.39 N.8.

<sup>26</sup> BGH'nin 25 Haziran 1997 tarihli kararı, www.cisg-online.ch Nr.277; BGH'nin 25 Aralık 1996 tarihli kararı, www.cisg-online.ch Nr.260; OLG Koblenz'in 31 Ocak 1997 tarihli kararı, www.cisg-online.ch Nr.256; OLG Saarbrücken'in 3 Haziran 1998 tarihli kararı, www.cisg-online.ch Nr.354; KG NW SZIER 1998 81 f.= www.cisg-online.ch Nr.331; HG ZH 21 Eylül 1998, SZIER 1999 188 f.= www.cisg-online.ch Nr.416.

<sup>27</sup> Ayıbın nitelendirilmesi için özel bölüm bkz. HGer ZH, SZIER 1999 188,189; Schwenger, adı geçen eser, Art.39 N.6 f.; genel bölüm Honsell, adı geçen eser, 80; Schwenger, adı geçen eser, N.27.06; Bucher, adı geçen eser, 21.

<sup>28</sup> Sadece CISG için geçerli olmak üzere bu anlamda Gerny, adı geçen eser, 199.

İlgili karar, komşu ülkelerde de İsviçre hukukunun uygulanabileceğine ilişkin açık bir örnek teşkil etmektedir. Nihayet, CISG'ye ilişkin düzenlemelerin özel bir anlamda takdir edilmesi de hatırı sayılır niteliktedir. Elbetteki, geçerli olan İsviçre hukuku olduğundan İsviçre Federal Mahkemesi her iki hukuki düzenlemenin mümkün olduğunca yeknesak uygulanmasına değer verir. Ayrıca, ulusal hukukların yorumlanmasında görüş birliği sağlanması talep edilmesi ile beraber, her bir devlette farklı kural- ların mevcut olması, bunun ilke olarak yeknesak hukuk kuralları ile sağ- lanmasına neden olur ve İsviçre Federal Mahkemesi de bu kararda OR'nin yorumlanması için CISG'ye dayanmaktadır<sup>29</sup>. Bu davranış mem- nuniyetle karşılanmalıdır, ancak CISG'nin daha modern ve birçok konu- da uygulamanın ihtiyaçlarına daha uygun olduğu göz ardı edilmemelidir. İsviçre Federal Mahkemesi, İsviçre'deki hukuk uygulayıcılarının Avrupa'daki gelişmelere gözlerini daha fazla kapatamayacağını göstermiştir. Yabancı ve devletlerarası satım sözleşmelerindeki ayıp sorumluluğuna ilişkin düzenlemelerin bilinçli olarak benimsenmesi ile doğru yolda bir adım atılmıştır. Diğer gelişmeler ilgi ile beklenmelidir.

---

<sup>29</sup> Ernst A.Kramer, *Juristische Methodenlehre*, Bern 1998, 192 f.; Konrad Zweigert/Hein Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3. Aufl., Tübingen 1996, 26 f.; Franco Ferrari, Peter Schlechtriem (Hrsg.), *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, 3. Aufl., München 2000, Art. 7 N. 9 ff.