

MİLLETLERARASI MAL SATIMINA İLİŞKİN SÖZLEŞMELER HAKKINDA BİRLEŞMİŞ MİLLETLER ANTLAŞMASINA GÖRE HASARIN İNTİKALİ

(Passing of Risk According to United Nations Convention on
Contracts for the International Sale of Goods)

Arş. Gör. Adem YELMEN*

ÖZET

Bu çalışmanın konusu “*Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşmasına Göre Hasarın İntikali*”dir. Bu çalışmada öncelikle hasar ve hasarın intikali kavramları açıklanmıştır. Akabinde hasarın intikal (geçiş) anı ayrıntılı olarak incelenmiştir. Bu bağlamda, Viyana Antlaşması’nda yer alan ayırım olan, malların taşınmasını ihtiva eden, taşıma halindeyken satılan mallara ilişkin ve diğer hallerde söz konusu olan sözleşmeler bakımından ayrı ayrı açıklama yapılmıştır. Nihayet, hasarın intikalinin hüküm ve sonuçları izah edilerek çalışma tamamlanmıştır. İncelemelerimiz sırasında vardığımız kanaatler ise, topluca “Sonuç” kısmında yer almaktadır.

Anahtar kelimeler: CISG, Viyana Antlaşması, Hasarın İntikali

Abstract

The subject of this study is “Passing of Risk According to United Nations Convention on Contracts for The International Sale of Goods”.In this study, firstly, the concept of risk and passing of risk was described. Afterwards, the moment of passing of risk was examined in detail. In this context, “the contract of sale involves carriage of the goods”, “goods sold in transit” and “In cases not with in articles 67 and 68” was separately studied. Finally, terms and results of passing of risk was explained and the study was completed. During our investigation we have convictions are located in “Result” in a mass.

Keywords: CISG, Viyana Convention, Passing of Risk

* İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı, ademyelmen@gmail.com.

GİRİŞ

Türkiye'nin Viyana Antlaşması'na¹ katılımı, 2.4.2009 tarih ve 5870 sayılı Kanun'la uygun bulunmuş ve antlaşma metni Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir². Viyana Antlaşması'nda hasarın intikali m. 66 ilâ 70'de düzenlenmiştir. Hasara ilişkin kurallar, malların kazara yok olmasında veya zarara uğramasında, buna tarafların hangisinin katlanacağını belirleyen hükümleri ihtiva etmektedir. Bu noktada belirtilmelidir ki, söz konusu hükümlerde yer alan kurallar taraflarca değiştirilebilir, onlardan farklı kararlaştırmalar yapılabilir. Gerçekten de, taraflara bu yetki, Viyana Antlaşması m. 6'da yer alan hüküm ile verilmiştir. Buna göre, *"Taraflar, bu Antlaşmanın uygulanmamasını kararlaştırabilecekleri gibi, '12. madde'³ saklı kalmak şartıyla, hükümlerine istisna getirebilir veya hükümlerinin doğurabileceği etkileri değiştirebilirler"*. Dolayısıyla taraflar, hasarın intikaline ilişkin bahsedilen hükümlerden farklı bir düzenleme kararlaştırabilirler. Meselâ, hasarın intikali, INCOTERMS kuralları ve seçilecek taşıma türü çerçevesinde farklı bir sisteme bağlanabilir. Bu husus, çalışmamız kapsamı dışındadır. Aşağıda yer alan açıklamalar, sadece Viyana Antlaşması m. 66 ilâ 70'de yer alan düzenlemelere hasredilmiştir. Bunun yanında, karşılaştırma olması bakımından yeri geldiğinde Türk Hukukundaki düzenlemelere de değinilmiştir.

I. Hasar ve Hasarın İntikali Kavramları

A. Hasar (Risk) Kavramı

Hasar kavramı, kelime olarak; *"bir hadise, iş veya fiil sırasında meydana gelen zarar, zıyan"⁴, "tarafların iradesi dışında mala âriz olan zarar"⁵, "bir malda kırılma, dökülme, bozulma gibi istek dışı sebeplerle ortaya çıkan zarar"⁶ anlamlarına gelmektedir. Viyana Antlaşması'nda ise, hasarın tanımı yapılmış değildir⁷. Bununla birlik-*

¹ Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması, 1980 yılında Viyana'da yapılan Birleşmiş Milletler Konferansı'nda görüşülmüş ve kabul edilmiştir. Bu çalışmanın devam eden açıklamalarında da, söz konusu Antlaşma'yı ifade etmek üzere "Viyana Antlaşması" ifadesi tercih edilmiştir.

² R.G., T. 7.4.2010, S. 27545.

³ Viyana Antlaşması m. 12:

"Taraflardan birinin işyeri, 96. madde uyarınca beyanda bulunmuş âkit bir devlette bulunduğu takdirde, satım sözleşmesinin kurulmasını, değiştirilmesini veya mutabakatla ortadan kaldırılmasını veya bir icabın, kabulün yahut diğer herhangi bir irade beyanının, yazılı şekilden başka şekilde yapılmasını mümkün kılan bu Antlaşmanın 11. ve 29. maddesinin veya II. Kısımının hükümleri uygulanmaz. Taraflar bu maddeye istisna getiremeyecekleri gibi maddenin etkilerini de değiştiremezler."

⁴ Doğan, D. Mehmet; Büyük Türkçe Sözlük, 11. Basım, İstanbul 1996, s. 466.

⁵ Özcan, Hüseyin; Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü, Ankara 1975, s. 238.

⁶ Tdk., Büyük Türkçe Sözlük, http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=keli-me&guid=TDK.GTS.533fbf5bcdcb5.95749792, (E.T.: 27.3.2014).

⁷ Türk Borçlar Kanunu'nda da satım sözleşmesinde hasar ve yararın intikali düzenleyen m. 208 ile taşınır satışını düzenleyen m. 209 ilâ 236'da hasarın tanımı yapılmamıştır.

te, doktrinde hasarın çeşitli tanımları yapılmaktadır⁸. Söz konusu tanımların ortak noktalarına bakıldığında ise, hasarın şu unsurları ihtiva ettiği görülür: a) sözleşme konusu malların, b) taraflardan birine yükletilemeyen sebeplerle c) yok olması veya zarara uğramasıdır.

“Sözleşme konusu mallar” ile ifade edilmek istenen, Viyana Antlaşması’nın uygulama alanı bulduğu sözleşmelere konu olan mallardır. “Taraflardan birine yükletilemeyen sebepler” ile kast edilen, meydana gelen yok olma ve zarar durumlarının, taraflardan birine izafe edilebilecek bir kusurdan kaynaklanmamasıdır. Tarafların sorumlu olmadığı sebepler, mücbir sebep (forcemejeure) ve umulmayan hâl (frustration) şeklinde olabilir⁹. Meselâ, hasarın deprem sonucunda meydana gelmesi veya genel grev sebebiyle taşınamayan malların kısmen ya da tamamen bozulması durumlarında, ilkinde mücbir sebep, diğerinde ise umulmayan hâl söz konusudur¹⁰. Aynı şekilde, üçüncü bir şahsın davranışı sebebiyle malın zarara uğraması veya çalınması hallerinde de hasar söz konusu olur¹¹.

“Yok olma veya zarara uğrama” ifadesi ile anlatılmak istenen ise, malın kaybol-

⁸ Çin Hakem Heyetinin bir kararına göre: “Hasar, taşıma sırasındaki doğal ve tesadüfi kazalar sonucunda ortaya çıkan ziyan ve zararlardır”. Bkz. China International Economic ve Trade Arbitration Commission (CIETAC), Arbitration Proceeding 1 Nisan 1997, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970401c1.html>, (E.T.: 27.3.2014); Bridge, Michael; “CISG Uyarınca Hasarın Geçmesi”, Milletlerarası Satım Hukuku, Ed. Yeşim M. Atamer, İstanbul 2008, s. 194. Başka bir tanıma göre ise; hasar, “Alıcının veya satıcının davranışlarından kaynaklanmayan bir sebeple malların yanlışlıkla veya kaza sonucu kaybı”nı ifade etmektedir. Bkz. Bianca-Bonell/Nicholas, Art. 66, Rn. 2.1; Staudingers, Art. 66, Rn. 6. Yine başka bir tanıma göre; “Hasar, satılan şeyin, taraflardan herhangi birinin sorumlu olmadığı sebeplerden dolayı telef olması veya değerinin azalmasıdır”. Bkz. Aral, Fahrettin/Ayrancı, Hasan; 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Genişletilmiş 9. Baskı, Ankara 2012, s. 73; Akçaal, Mehmet; Satış Sözleşmesinde Yarar ve Hasarın Geçişi, <http://www.konyabarosu.org.tr/pdf.aspx?id=13&dergiid=10>, (E.T.: 27.3.2014), s. 50. Yine başka bir tanımda hasar kavramı, geniş ve dar olmak üzere iki anlamda ele alınmıştır. Buna göre; “Geniş anlamı ile hasar, şeye âriz olan ve onun kırılması, bozulması, kötüleşmesi, telef olması gibi sonuçlar yaratan zararlı halleri ifade eder. Dar anlamda hasar ise, sadece borç ilişkileri açısından kullanılan ve borcun doğumu ile ifası arasında geçen devrede edimin borçluya isnad olunamayan haller dolayısıyla (kusursuz olarak) imkânsızlaşması sonucunda ortaya çıkan ve taraflardan birini veya her ikisini tehdit eden bir tehlikeyi anlatmak için kullanılır”. Bkz. Akıntürk, Turgut; Satım Akdinde Hasarın İntikali, Ankara 1986, s. 22-26; Altay, Sabah; Satım Sözleşmesinde Hasarın Geçişi, İstanbul 2008, s. 6 vd.; Yavuz, Cevdet/Acar, Faruk/Özen, Burak; Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Güncellenmiş ve Yenilenmiş 9. Baskı, İstanbul 2014, s. 67-68; Özdemir, Hayrunnisa; Satış Sözleşmesinde Yarar ve Hasarın İntikali, Prof. Dr. Cevdet YAVUZA’ya Armağan, İstanbul 2011, s. 362-363.

⁹ Schwarz, Andreas B. (Çev. Ayiter, Kudret); Satış Akdinde Hasarın İntikali, <http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-1947-04-01-04/AUHF-1947-04-01-04-Schwarz.pdf>, (E.T.: 27.3.2014), s. 160; Aral/Ayrancı, s. 73.

¹⁰ Aral/Ayrancı, s. 73.

¹¹ Erauw, Johan; CISG Articles 66-70: The Risk Of Loss and Passing It, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/erauw.html>, (E.T.: 27.3.2014), s. 2; Bununla birlikte, bahsedilen hallerde malın hasara uğraması, satıcının özen eksikliğinden kaynaklanmamalıdır. Aral/Ayrancı, s. 73.

ması, fizikî varlığının ortadan kalkması, değer kaybına uğraması, niteliğinde bozulmaların meydana gelmesi vb. hallerdir. Malın yok olmasına, hırsızın malı çalması, malın telef olması, bağımsız taşıyıcı tarafından malın değiştirilmesi veya alıcıdan başka bir kişiye teslim edilmesi halleri örnek gösterilebilir¹².

B. Hasarın İntikali (Passing Of Risk) Kavramı

Hasarın intikali, sözleşmenin kurulması ile ifa edilmesi süresi arasında, satılan malın taraflara yükletilemeyen, onların sorumlu olmadığı bir sebeple yok olması veya zarara uğramasının sonuçlarından sorumlu olma meselesi ile ilgilidir^{13,14}.

Hasarın intikalinde sorumluluğun daha iyi izah edilebilmesi için, doktrinde ifade edilen maddî edim hasarı ve bedel (semen) hasarı kavramlarının açıklanması gerekmektedir. Maddî edim hasarı, sözleşme konusu malın hasara uğramış olmasına rağmen, satıcının gereği gibi ifa ile yükümlü olup olmadığı meselesi ile ilgilidir¹⁵. Maddî edim hasarı satıcının üzerindeyken sözleşme konusu mal hasara uğramışsa, bundan satıcı sorumludur ve satıcının gereği gibi ifa yükümlülüğü devam eder. Aksine maddî edim hasarı alıcıya intikal etmişse, satıcının ifa yükümlülüğü sona ermiştir ve ortaya çıkacak hasardan alıcının sorumluluğu söz konusu olur. Bu takdirde ise, bedel (semen) hasarı gündeme gelir.

Bedel (semen) hasarı ise, sözleşme konusu malın hasara uğraması sebebiyle, satıcının gereği gibi ifa ile yükümlü olmamasına rağmen alıcının satım bedelini ödemek mecburiyetinde olmasıdır¹⁶. Tanımdan da anlaşılacağı üzere, bedel (semen) hasarının söz konusu olabilmesi için, satıcının gereği gibi ifa ile sorumlu olmaması yani maddî edim hasarının alıcıya geçmesi gerekmektedir.

Hasar satıcının üzerinde ise, bu kural olarak maddî edim hasarıdır. Aksine hasar

¹² Staudingers, Art. 66, Rn. 6; Ferrari, Franco/Flechtner, Harry/Ronald, A. Brand; TheDraft UN-CITRAL Digest and Beyond: cases, Analysis andUnresolvedIssues in The U.N. SalesConvention, MünchenandLondon 2004, s. 750;Schwenzer, Ingeborg/Fountoulakis, Christina; International SalesLaw, Londonand New York 2007, s. 470.

¹³ Schlechtriem/Schwenzer, Art. 66, Rn. 2; Schwenzer,/Fountoulakis, s. 469; Aral/Ayrancı, s. 74; Zeytin, Zafer; Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri (CISG) Hukuku, Ankara 2011, s. 222; Atamer, Yeşim M.; Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, İstanbul 2005, s. 259;Özdemir, s. 363.

¹⁴ Hasarın intikalinin tanımı, Yargıtay'ın bir kararına da yansımıştır. Gerçekten de, kararda; "Satım akdinde nef'i ve hasarın intikali denilince, akdin doğumundan sonra fakat ifasından önceki devrede şeyde hasıl olan tabii ve hukuki semereler ile şeye arız olan ve onun bozulması, kötüleşmesi, telef olması gibi sonuçlar yaratan zararlı hallerin alıcıya hangi andan itibaren geçmiş olacağı amaçlanır." ifadesi yer almaktadır. Bkz. 13. HD., T. 15.9.1994, E. 1994/6197, K. 1994/7587, (KBİBB).

¹⁵ Akıntürk, s. 27; Aral/Ayrancı, s. 74; Atamer, s. 259; Özdemir, s. 365.

¹⁶ Akıntürk, s. 278 Aral/Ayrancı, s. 75; Zeytin, s. 223; Atamer, s. 260;Özdemir, s. 365.

alıcının üzerinde ise, bu da kural olarak bedel (semen) hasarındır. Aşağıdaki açıklamalarda aksi belirtilmedikçe, ifadeler bu anlamlardakullanılmıştır.

II. Hasarın İntikal (Geçiş) Anı

Viyana Antlaşması'nın m. 67 ilâ 69 maddeleri çerçevesinde, hasarın geçiş anını üç başlık altında incelemek mümkündür. Bunlardan ilki, hasarın geçiş anının tespiti- nin malların taşınmasını ihtiva eden satım sözleşmeleri bakımından ele alınmasıdır. İkincisi, bu meselenin taşıma sırasında satılan mallar bakımından değerlendirilmesidir. Nihayet son olarak, hasarın geçiş anı, ilgili düzenlemeler çerçevesinde bahsedilen iki halin dışında kalan durumlar açısından incelenmelidir. Her üç durum da, aşağıda ayrıntılı olarak açıklanmıştır.

A. Malların Taşınmasını İhtiva Eden Satım Sözleşmeleri Bakımından

1. Genel Olarak

Uluslararası satımların çoğu, mallarının taşınmasını gerektirir¹⁷. Taşıma işlemi, çok çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir. Çünkü her taşıma planlaması, tarafların ihtiyacına, malların çeşidine ve coğrafi özelliklere göre özel durumlar arz edebilmektedir¹⁸. Bunun yanında, taşıma, birden fazla aşamada da gerçekleştirilebilir. Bunun bir sonucu olarak, tüm bu sürecin, satıcı, alıcı veya bağımsız bir taşıyıcı tarafından tek elden ya da kademeli bir şekilde paylaşılarak yürütülmesi söz konusu olabilmektedir¹⁹.

Malların taşınmasını ihtiva eden sözleşmelere ilişkin düzenleme, Viyana Antlaşması m. 67/(1)'de yer almaktadır. Söz konusu hükmün ifadesinde birtakım sınıktılar bulunduğunu söylemek mümkündür. Gerçekten de, maddede geçen "satım sözleşmesi malların taşınmasını gerektiriyorsa (ihtiva ediyorsa)" ifadesinin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Çünkü yukarıda da ifade edildiği üzere, uluslararası satım sözleşmelerinin neredeyse hepsi, malların taşınmasını, diğer bir ifadeyle bir yerden başka bir yere naklini gerektirir. Hâl böyle olunca, söz konusu ifadenin geniş yorumlanması, madde 69'un uygulama alanını ortadan kaldırır²⁰. O hâlde, burada

¹⁷ Böylece, genellikle sözleşmelere üçüncü bir taraf dâhil olmaktadır. Bianca-Bonell/Nicholas, Art. 67, Rn. 2.2; Bollée, The Theory of Risks in the 1980 Vienna Sale of Goods Convention, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bollee.html>, (E.T.: 27.03.2014), s. 3.

¹⁸ Uluslararası taşımacılıkta, malların konteynırlar ile taşınması çok yaygınlaşmıştır. Konteynır taşımacılığı ise, son on yılda çok tipli taşımanın gelişmesine yol açmıştır. Gerçekten de, taşıma işi, konteynır aracılığıyla tren, tır ve gemi gibi farklı taşıma vasıtalarının kombinasyonu ile yerine getirilebilmektedir. Bununla birlikte, taraflar, tek vasıtalı taşıma da kararlaştırabilir. Bollée, s. 3.

¹⁹ Bollée, s. 3.

²⁰ Bollée, s. 4. Viyana Antlaşması'nın 69. maddesinde, hasarın intikali ile ilgili m. 67 ve 68'in kapsamına girmeyen hallerle ilişkin bir düzenleme yer almaktadır. Söz konusu hususlara ilişkin açıklamalara aşağıda yer verilmiştir.

kast edilen, malların taşınmasının satıcı tarafından ayarlanacağını ihtiva eden sözleşmelerdir²¹. Dolayısıyla malların taşınmasının alıcının kendi imkânlarıyla gerçekleştirildiği durumlara m. 67/(1) uygulanmaz.

2. Temel Kural: Malların Bağımsız İlk Taşıyıcıya Teslimiyle Hasarın Alıcıya Geçmesi

Viyana Antlaşması m. 67/(1)'de, hasarın alıcıya geçmesi, iki farklı ihtimal göz önünde bulundurularak düzenlenmiştir. Bunlardan ilki, satıcının malları belirli bir yerde vermeye mecbur olmadığı hâllere ilişkindir. Gerçekten de, bu durum, bahsedilen maddenin ilk cümlesinde ifade edilmiştir. Buna göre, *“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”*. İkinci durum ise, malların alıcıya belirli bir yerde verilmesini gerektiren hâllerdir. Bu hususa da, söz konusu maddenin ikinci cümlesinde yer verilmiştir. Buna göre, *“Satıcının malları belirli bir yerde taşıyıcıya vermesi gerekiyorsa malların o yerde taşıyıcıya verilmesine kadar hasar alıcıya geçmez”*. Görüldüğü üzere, aslında her iki durumda da hasar, malların bağımsız taşıyıcıya verilmesiyle alıcıya geçmektedir^{22, 23}.

Malların taşınması, bizzat satıcı tarafından gerçekleştiriliyorsa, “taşıyıcı” sıfatının “bağımsız bir teşekkül”²⁴ teşkil edip etmemesine göre iki farklı durum gündeme gelir. “Taşıyıcı” bağımsız bir teşekkül ise, malların taşıyıcıya teslim edilmesiyle, hasar alıcıya geçer²⁵. Burada dikkat edilecek olan, malların zilyetliğinin bağımsız taşıyıcıya

²¹ Bianca-Bonell/Nicholas, Art. 67, Rn. 2.2; Bollée, s. 4; Zeytin, s. 225.

²² Türk Borçlar Kanunu'nda ise, satıcının malları belirli bir yerde verip vermemesine ilişkin bir ayırım yapılmamıştır. Gerçekten de, konunun düzenlendiği TBK. m. 208/III'e göre; *“Satıcı alıcının isteği üzerine satılanı ifa yerinden başka bir yere gönderirse, yarar ve hasar, satılanın taşıyıcıya teslim edildiği anda alıcıya geçer”*. Türk Hukukunda “ifa yerinden başka bir yere gönderme”, mesafeli satımlar veya gönderme borcu olan satımlar kapsamında ele alınmaktadır. Bkz. Yavuz/Acar/Özen, s. 89; Atamer, s. 265 vd.; Özdemir, s. 375 vd.; Zeytin, s. 224 vd.; Akçaal, s. 51 vd.

²³ Yargıtay'ın bir kararında, malların taşıyıcıya sağlam ve noksansız teslim edildiğini karine kabul ettiği bir husus yer almıştır. Gerçekten de, kararda; *“Fob satışta nefi ve hasar, malın taşıyıcıya teslimi ile alıcıya geçmiş sayılır. Taşıma senedine yüke yönelik hiçbir çekince dermeyeran edilmemiş olması ve ürün için sağlık sertifikası verilmiş olması, malın taşıyıcıya sağlam ve noksansız olarak teslim edildiğini gösterir.”* ifadeleri yer almaktadır. Görüldüğü üzere, taşıma senedine, yüke yönelik hiçbir çekince dermeyeran edilmemesi ve ürün için sağlık sertifikası verilmiş olması, malın sağlam ve noksansız olarak taşıyıcıya verildiğine karine teşkil etmiştir. Bkz. 19. HD., T. 28.3.1997, E. 1996/10078, K. 1997/3268, (KBİBB).

²⁴ Bağımsız bir teşekkül ile ifade edilmek istenen, satıcı bünyesinde yer almayan veya yer almasına rağmen ayrı bir tüzel kişiliği olan ya da sadece taşıma işi ile ilgilenen bir işletmenin söz konusu olduğu taşıyıcıdır.

²⁵ Sevón, Lief; Passing Of Risk, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/sevon3.html>, (E.T.: 27.3.2014), s. 6; VonHoffmann, Bernd; Passing Of Risk In International Sales Of Good, <http://>

filî olarak nakledilmesi hadisesidir²⁶. Bununla birlikte, “bağımsız bir taşıyıcı” söz konusu değilse, yanimalların taşımalarını bizzat satıcı gerçekleştiriyorsa, bu taşıma işlemi sürecinde hasar alıcıya geçmez. Diğer bir ifadeyle, taşıma işlemi, satıcının kendi personeli tarafından gerçekleştiriliyorsa, hasar alıcıya geçmesi söz konusu olmaz²⁷.

Malların “taşıma işleri komisyoncusu”na (freight-forwarder) teslim edilmesinin de, hasarın intikaline sebep olacağı ileri sürülmektedir²⁸. Gerçekten de, buradaki kesin ölçüt, malların alıcıya gönderilmesi amacıyla bağımsız bir teşekküle teslim edilmesidir²⁹. Şu halde, taşıma işleri komisyoncusu, bağımsız bir teşekkülün gereklerini yadsınamaz bir şekilde yerine getirmektedir³⁰. Bu sebeple, malların alıcıya ulaştırılmasını sağlamak amacıyla taşıma işleri komisyoncusuna teslim edilmesi, hasarın alıcıya geçmesine sebebiyet verir.

Viyana Antlaşması m. 67/(1)’in ikinci cümlesinde, hasar, taşıma işlemi sırasında paylaştırılmaktadır. Gerçekten de, yukarıda da ifade edildiği üzere hükme göre, satıcının malları belirli bir yerde taşıyıcıya vermesi gerekiyorsa, malların o yerde taşıyıcıya verilmesine kadar hasar alıcıya geçmez. O halde, malların belirli bir yerde taşıyıcıya teslim edilmesinin gerektiği durumlarda, taşıma işleminin söz konusu yerde teslim edilmesine kadarki bölümünde hasara satıcı katlanmaktadır. Böylece, hasar, taşıma işlemi sırasında satıcı ve alıcı arasında paylaştırılmakta ve mallar ancak belirlenen yerde bağımsız taşıyıcıya teslim edildiğinde alıcıya geçmektedir³¹.

Malların teslimi (verilmesi), zilyetliğin fizikî bir hareketle nakledilmesini ifade

www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/vonhoffmann.html, (E.T.: 27.03.2014), s. 11; Bianca-Bonell/Nicholas, Art. 67, Rn. 2.2; Romein, Annemieke; The Passing Of Risk A Comparison Between The Passinh Of Risk Under The CISG and German Law, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/romein.html>, (E.T.: 27.3.2014), s. 7; Schwenger/Fountoulakis, s. 474; Bridge, s. 202; Bollée, s. 4; Schlechtriem/Schwenger, Art. 67, Rn. 6; Yetiş-Şamlı, Kübra; Borçlar Kanunu ve CISG Çerçevesinde Hasarın İntikali, İÜHFİM., C. LXV, S. 1, Y. 2007, s. 326-327; Schlechtriem, Peter/Butler, Petra; UN Law on International Sales, The UN Convention on The International Sale Of Goods, Berlin 2009, s. 168.

²⁶ Sevón, s. 6; VonHoffmann, s. 11; Bridge, s. 202; Bollée, s. 4; Yetiş-Şamlı, s. 327.

²⁷ Sevón, s. 6; VonHoffmann, s. 11; Romein, s. 7; Bianca-Bonell/Nicholas, Art. 67, Rn. 2.2; Schlechtriem/Schwenger, Art. 67, Rn. 6; Mineiro, Michael C.; CISG and The Final Frontier: Contracting For The International Sale Of Goods That Originate From, Are Delivered To, Or Transit Through Outer Space and The Passage Of Risk Of Loss, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/mineiro.html>, (E.T.: 27.3.2014), s. 5.

²⁸ Bollée, s. 5; Schlechtriem/Schwenger, Art. 67, Rn. 7; Schlechtriem/Butler, s. 168; Zeytin, s. 225.

²⁹ Bollée, s. 5; Schwenger/Fountoulakis, s. 474; Schlechtriem/Schwenger, Art. 67, Rn. 6; Schlechtriem/Butler, s. 168; Zeytin, s. 225.

³⁰ Bollée, s. 5.

³¹ Bu gibi durumlarda, özellikle konteynır taşımacılığında hasarın tam olarak ne zaman meydana geldiği tespit edilemezse, bundan kimin sorumlu olacağını tayin etmek bir hayli zorluk teşkil edebilir. Bianca-Bonell/Nicholas, Art. 67, Rn. 3.1; Bollée, s. 6; Schlechtriem/Schwenger, Art. 67, Rn. 5.

eder³². Diğer bir ifadeyle, burada, malların kontrolünün satıcıdan taşıyıcıya geçmesi kast edilmektedir^{33,34}. Görüldüğü üzere, Viyana Antlaşması'nda hasar yükü, zilyetlik ile irtibatlandırılmaktadır³⁵. Gerçekten de, Viyana Anlaşması'nda hasarın intikali (geçiş) zamanı olarak zilyetliğin verilmesinin kast edildiği, bunun da malların taşıyıcıya veya alıcıya teslim edilmesi ya da alıcı tarafından devralınması olduğu görülmektedir³⁶.

3. Temel Kuralın İstisnaları

Malların bağımsız taşıyıcıya teslimi ile hasarın alıcıya geçeceği kuralının bir takım istisnaları bulunmaktadır. Bunlardan ilki, malların ayırt edilmeden taşınması hâlleridir. Bunun yanında, malları temsil eden belgelerin alıkonması ve malların satım sözleşmesine uygun olarak bağımsız taşıyıcıya verilmemesi de bu kapsamda değerlendirilmektedir.

Viyana Antlaşması m. 67/(2)'ye göre, *“Ancak mallar, üzerlerindeki ayırt edici işaretler, taşıma belgeleri, alıcıya yapılacak bildirim veya diğer herhangi bir yolla açıkça sözleşmeye tahsis edilmediği sürece hasar alıcıya geçmez”*. Buna göre, mallar üzerindeki ayırt edici işaretler sözleşmede açıkça belirtilmemişse, taşıma işlemi sırasında hasar alıcının üzerinde değildir^{37,38}. Diğer bir ifadeyle, mallar, bölünmeden veya birbirinden bağımsız bir varlık teşkil edecek nitelikte ayrılmadan taşımaya söz konusu oluyorsa, hasar alıcıya geçmez³⁹. Bu gibi durumlara, genellikle, satıcının birden fazla sözleşmenin ifasını gerçekleştirmek amacıyla, malları bir bütün halinde bölünme-

³² VonHoffmann, s. 3-4; Bollée, s. 5; Zeytin, s. 226.

³³ Bollée, s. 5; Schwenger/Fountoulakis, s. 474; Schlechtriem/Schwenger, Art. 67, Rn. 4.

³⁴ Satıcının malları teslim yükümlüğüne ilişkin ayrıntılı düzenleme ise, Viyana Antlaşması m. 31 vd.'nda yer almaktadır.

³⁵ Bollée, s. 3; Zeytin, s. 222.

³⁶ Sevón, s. 6; VonHoffmann, s. 12; Bollée, s. 3; Schwenger/Fountoulakis, s. 474.

³⁷ Viyana Antlaşması m. 30 vd. yer alan hükümlerde (özellikle m. 31-34) de, konuya ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Buradaki düzenlemeler, satıcının malların teslimi ve belgelerin verilmesine yönelik yükümlülüklerini ihtiva etmektedir.

³⁸ Ayırt edilme işlemi yapılmaması halinde hasarın alıcıya geçmeyeceği hususu Yargıtay'ın bir kararına da yansımıştır. Gerçekten de, söz konusu karara göre; *“Hasarın alıcıya geçebilmesi için, satın alınan ayırt edilmiş olması gerekmektedir. Olayda satılanın ayırdedilerek davacı alıcıya ihbar edildiği iddia ve ispat edilemediğine göre yarar ve hasarın henüz alıcıya geçtiğinden söz edilemez”*. Bkz. 13. HD., T. 15.2.1985, E. 1984/7828, K. 1985/1010, (KBİBB).

³⁹ Bianca-Bonell/Nicholas, Art. 67, Rn. 2.7; Bollée, s. 6; Schlechtriem/Schwenger, Art. 67, Rn. 13; Dimatteo, Larry A./Dhooge, Lucien J./Maruer, Virginia G./Pagnattaro, Marisa A.; International SalesLaw, A Critical Analysis Of CISG Jurisprudence, Cambridge 2005, s. 122.

den taşıma işlemine söz konusu yaptığı hâllerde rastlanır^{40, 41}. Alıcılar arasında toplu sevkiyata ilişki bir anlaşma varsa, ayırt edici işaretlerin bildirimiminin toplu sevkiyata ilişkin olması yeterlidir⁴². Ayırt edici işaretler sözleşmede belirtilmiş veya alıcılara bildirmişse ve bundan sonra hasar meydana gelmişse, bu durumda hasara alıcılar orantılı⁴³ bir şekilde katlanır⁴⁴.

Malları temsil eden belgelerin alıkonması ise, Viyana Antlaşması m. 67/(1)'in son cümlesinde düzenlenmiştir. Buna göre, “*Satıcının malları temsil eden belgeleri alıkoyma hakkı olsa bile, bu, hasarın intikaline etki etmez*”. Dolayısıyla, satıcının malları temsil eden belgeleri alıkoyma hakkı olmasına rağmen, mallar bağımsız taşıyıcıya teslim edilmişse, hasar alıcıya geçer. Bu kural, Viyana Antlaşması'nın, hasarı malların mülkiyetine veya sahipliğine bağlamadığından dolayı isabetli bir düzenlemedir⁴⁵.

Malların “satım sözleşmesine uygun olarak” bağımsız taşıyıcıya verilmemesi meselesi ise, Viyana Antlaşması m. 67/(1)'de yer alan bir ifadeden çıkmaktadır. Gerçekten de, bahsedilen maddede, “*satım sözleşmesine uygun olarak ilk taşıyıcıya verilmesi*” ifadesi yer almaktadır. Bu itibarla, malların bağımsız taşıyıcıya verilmesi, satım sözleşmesine uygun bir biçimde gerçekleşmezse, hasar alıcıya geçmez. Bu kuralın uygulanabilmesi için, satım sözleşmesinde malların taşınmasına ilişkin hükümlerin bulunması gereklidir⁴⁶. İşte malların bağımsız taşıyıcıya verilmesi de, burada yer alan hükümlere uygun bir şekilde yerine getirilmelidir.

⁴⁰ Sevón, s. 8; Bianca-Bonell/Nicholas, Art. 67, Rn. 2.7; Bollée, s. 6; Schlechtriem/Schwenzer, Art. 67, Rn. 13; Romein, s. 8.

⁴¹ Toplu sevkiyatın yapıldığı bir durumda, satıcı, mallar üzerindeki ayırt edici işaretleri uygun bir vasıta ile alıcıya bildirmiş ama söz konusu bildirim alıcıya ulaşmamışsa Viyana Antlaşması m. 27 gereğince hasarın alıcıya geçtiğini kabul etmek gerekebilir. Nitekim Viyana Antlaşması m. 27'ye göre, “*Antlaşmanın bu kısmında açıkça aksi düzenlenmedikçe, sözleşme taraflarından birinin bu kısma uygun bildirim, talep veya diğer bir açıklaması koşullara uygun araçlarla yapılmışsa, bu açıklamanın iletimindeki bir gecikme veya hata veya ulaşmamış olması açıklamada bulunan tarafı ona dayanmak hakkından yoksun bırakmaz*”. Dolayısıyla, mallar üzerindeki ayırt edici işaretleri ihtiva eden bir bildirimdeki gecikme veya hata ya da ulaşmama, satıcının bu bildirimde dayanma hakkını bertaraf etmemektedir. Hâl böyle olunca, satıcının mallar üzerindeki ayırt edici işaretleri alıcıya bildirdiği varsayımı gündeme gelir. Bu durumda ise, artık hasarın alıcıya geçtiğinin kabulü gerekebilir.

⁴² Schlechtriem/Schwenzer, Art. 67, Rn. 15.

⁴³ Somut olayın özelliklerine göre, malın kısmen mi tamamen mi yok olduğu, alıcıların mallarının birbirlerine karşı oranları göz önünde tutulmalıdır.

⁴⁴ Sevón, s. 8; Romein, s. 7; Schlechtriem/Schwenzer, Art. 67, Rn. 15.

⁴⁵ Sevón, s. 7; Staudingers, Art. 67, Rn. 23; Bianca-Bonell/Nicholas, Art. 67, Rn. 2.6; Bollée, s. 7; Schlechtriem/Schwenzer, Art. 67, Rn. 12; Atamer, s. 266; Zeytin, s. 227.

⁴⁶ Schlechtriem/Schwenzer, Art. 67, Rn. 8;

B. Taşıma Halindeyken Satılan Mallar Bakımından

Taşıma halindeyken satılan mallara ilişkin hasarın geçişi, Viyana Antlaşması m. 68'de düzenlenmiştir. Buna göre genel kural, taşıma halindeyken satılan mallara ilişkin hasarın, satım sözleşmesinin kurulduğu andan itibaren alıcıya geçeceğidir^{47, 48}. Görüldüğü üzere, malların taşıyıcıya verilmesi anından sözleşmenin kurulması anına kadar hasara satıcı katlanmaktadır. Böylece taşıma sırasında hasar yükü, zaman bakımından paylaştırılmış olmaktadır.

Viyana Antlaşması m. 68'in ikinci cümlesi, bahsedilen genel kurala bir istisna getirmiştir. Gerçekten de, hükme göre; *"Ancak koşulların haklı göstermesi durumunda, taşıma sözleşmesine ilişkin belgeleri düzenleyen taşıyıcıya malların verilmesi anında hasar alıcı tarafından üstlenilir"*.Görüldüğü üzere, hasarın geçiş anı, sözleşmenin kurulmasından önceye, yani malların taşıyıcıya verilmesine kadar geriye gitmektedir. Böyle bir sonucun doğması ise, "koşulların haklı göstermesi" şartına bağlanmıştır.

"Koşulların haklı göstermesi" ile hangi hallerin kast edildiğine ilişkin Viyana Antlaşması'nda herhangi bir açıklama veya ifade yer almamaktadır. Doktrinde ise, "koşulların haklı göstermesi", genellikle sigorta (insurance) ile açıklanmaktadır⁴⁹. Buna göre, taşıma işlemi için mallar sigorta(insurance) ettirilmişse ve sözleşmenin kurulmasıyla "sigorta poliçesi(insurancepolicy)" alıcıya devredilmişse haklı bir sebebin olduğu kabul edilmektedir⁵⁰. Aynı şekilde, malların hasara uğradığını bilmeyen alıcının "geçmişe etkili (retroactively)" sigorta(insurance) yaptırması da, bu kapsamda haklı bir sebep olarak değerlendirilmektedir⁵¹. O halde, satım sözleşmesinin kurulmasıyla taşımaya ilişkin yapılmış olan sigorta poliçesi(insurancepolicy) alıcıya devredilirse veya iyiniyetli alıcı geçmişe etkili(retroactively) sigorta(insurance)yaparsa, hasar, malların taşıyıcıya verilmesiyle alıcıya geçer.

Malların ne zaman hasara uğradığının kesin olarak tespit edilemediği durumların da, "koşulların haklı göstermesi" kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ile-

⁴⁷ Türk Borçlar Kanunu'nda ise, taşıma halinde olan malların satışı ile ilgili bir düzenleme söz konusu değildir. Bu gibi durumlarda TBK. m. 208/I'de yer alan, "yarar ve hasarın zilyetliğin devriyle geçeceği" kuralının gündeme geleceğini söylemek mümkündür.

⁴⁸ Bu husus, bir Çin Mahkemesi kararına da yansımıştır. Gerçekten de, karara göre; *"Taşıma halindeyken satılan mallarda hasar, sözleşmenin kurulmasıyla birlikte alıcıya geçer. Bu sebeple, hasar, sözleşmenin kuruluş tarihi olan 12.02.1996 tarihinde alıcıya geçmiştir. Hasar ise, doğal veya tesadüfi kazalar sonucu meydana gelen zarar veya yok olmayı ifade eder"*. Bkz. China 1 April 1997 CIETAC Arbitrationproceeding (Fishmealcase), <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970401c1.html>.

⁴⁹ Sevón, s. 9; VonHoffmann, s. 14; Staudingers, Art. 68, Rn. 11; Bianca-Bonell/Nicholas, Art. 68, Rn. 2.2; Bollée, s. 9; Schwenzler/Fountoulakis, s. 482; Huber, Peter/Alastair, Mullis; The CISG, A New Textbook Of StudentsandPractitioners, München 2007, s. 315; Schlechtriem/Schwenzler, Art. 68, Rn. 5; Atamer, s. 268;Romein, s. 10;Schlechtriem/Butler, s. 169;Bridge, s. 210.

⁵⁰ Bianca-Bonell/Nicholas, Art. 68, Rn. 2.2; VonHoffmann, s. 14; Bollée, s. 9.

⁵¹ Bollée, s. 9;Romein, s. 10;Schlechtriem/Schwenzler, Art. 68, Rn. 5.

ri sürülmektedir⁵². Böyle bir çözümün pratik bir avantajı olduğu dile getirilmiştir. Buna göre, söz konusu çözüm ile hasarın meydana gelme anına ilişkin ispat zorlukları engellenmiş olmaktadır⁵³. Böylece taraflar arasında, bu sebeple ihtilafların doğmasının da önüne geçileceği ifade edilmektedir⁵⁴. Kanaatimizce, böyle bir çözüm isabetli değildir. Zira sırf hasarın meydana gelme anı tespit edilemiyor diye, hasarı, geçmişe etkili bir şekilde doğrudan ve bütün olarak alıcıya yüklemek adalet ve hakkaniyet duygularını zedeler. Hasarın meydana gelme anının kesin olarak tespit edilemediği ve sigortanın da söz konusu olmadığı durumlarda, hasarın satıcı ve alıcı arasında orantılı olarak paylaşılmasının tartışılması daha uygun olur.

Viyana Antlaşması m. 68'in ikinci cümlesinde geçen *"taşıma sözleşmesine ilişkin belgeleri düzenleyen taşıyıcıya"* ifadesinde yer alan belgelerin, m. 67/(1)'de yer alan *"malları temsil eden belgeler"* ile karıştırılmaması gerekir. Viyana Antlaşması m. 68'in ikinci cümlesinde ifade edilen belgeler, taşıma sözleşmesinin varlığını ispat eden belgelerdir⁵⁵. Bu belgeler, özellikle çok tipli taşımaların söz konusu olduğu hallerde de önem arz etmektedir. Eğer bir taşıma işlemi birden fazla vasıta ve taşıyıcı ihtiva ediyorsa, malların taşıyıcılar arasında el değiştirmesi de, söz konusu belgeler ile gerçekleşmektedir⁵⁶.

Viyana Antlaşması m. 68'in üçüncü cümlesinde ise, ikinci cümlede ifade edilen istisnanın sınırı düzenlenmiştir. Buna göre; *"Buna karşılık, satım sözleşmesinin akdi anında malın zayı olduğunu veya zarar gördüğünü satıcının bildiği veya bilmesi gerektiği hallerde bu bilgiyi alıcıya açıklamamışsa ziya veya zarar rizikosunu satıcı taşır"*. Görüldüğü üzere, burada satıcının kötüniyetli olması haline ilişkin bir hüküm yer almaktadır. Bu kapsamda, eğer satıcı kötüniyetli ise, yani satım sözleşmesinin kurulması sırasında malın hasara uğradığını biliyorsa veya bilmesi gerekiyorsa, hasara kendisi katlanır. Dolayısıyla satım konusu mal hasarlı ise ve satıcı da iyiniyetli değilse, sözleşmenin kurulmasıyla dahi hasar alıcıya geçmez⁵⁷.

⁵² Heuzé, La vente internationale de Marchandises, n. 368, (Bollée, s. 9'dan naklen).

⁵³ Staudingers, Art. 68, Rn. 10; Bollée, s. 9; Zeytin, s. 229.

⁵⁴ Bollée, s. 9.

⁵⁵ Staudingers, Art. 68, Rn. 12; Bollée, s. 9; Schwenger/Fountoulakis, s. 482; Schlechtriem/Schwenger, Art. 68, Rn. 6; Zeytin, s. 229; Schlechtriem/Butler, s. 170; Yetiş-Şamlı, s. 333.

⁵⁶ Bollée, s. 9; Schlechtriem/Schwenger, Art. 68, Rn. 6.

⁵⁷ Burada dikkat edilmesi gereken, bu düzenleme, sözleşme kurulmadan önce mevcut olan hasara ve satıcının iyiniyetli olmaması haline ilişkindir. Kanaatimizce, satım sözleşmesi kurulduktan sonra meydana gelen ilave hasar için ise, ikili bir ayırım yapılması gerekir. Eğer ilave hasar, mevcut hasardan kaynaklanmışsa, bundan da satıcının sorumlu olduğunu kabul etmek gerekir. Aksine ilave hasarın mevcut hasarla hiçbir bağlantısı söz konusu değilse, bu durumda artık ilave hasarın alıcının üzerinde olduğu kabul edilmelidir.

C. Diğer Durumlar Bakımından

Viyana Antlaşması m. 69'da, hasarın m. 67-68 kapsamına girmeyen durumlara ilişkin geçişi hakkında bir düzenleme yer almaktadır. Madde'nin ilk fıkrasına göre; *"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"*. Görüldüğü üzere, buradaki genel kural, alıcının malları teslim aldığı anda hasarın kendisine geçmesidir⁵⁸. Bunun yanında, malların alıcının tasarrufuna hazır bulundurulduğu ve alıcının onları zamanında teslim almayarak sözleşmeye aykırı bir davranışta bulunduğu andan itibaren de, hasar kendisine geçer^{59,60}. Bu hüküm, alıcının, malları satıcının işyerinde teslim almasının gerektiği durumlara yöneliktir^{61,62}. Aynı şekilde bu kural, malların özel bir yerde tesliminin gerekmediği durumlar bakımından da geçerlidir⁶³.

Viyana Antlaşması m. 69/(2) ise, malların, satıcının işyerinden farklı bir yerde teslim alınmasının öngörülmediği hâllere ilişkindir. Bu gibi durumlarda hasar, teslim borcunun muaccel olduğu ve alıcının, o yerde malların tasarrufuna hazır bulundurulduğundan haberdar olduğu anda geçer. Malların satıcının işyerinden farklı bir yer-

⁵⁸ Viyana Antlaşması m. 69'a göre hasarın geçmesi, alıcının malları teslim almasına bağlanmışken, TBK. m. 208/İ'de ise hasar, zilyetliğin devri ile alıcıya geçer. Gerçekten de TBK. m. 208/İ'e göre; *"Kanundan, durumun gereğinden veya sözleşmede öngörülen özel koşullardan doğan ayırık hâller dışında, satılanın yarar ve hasarı; taşınır satışlarında zilyetliğin devri, taşınmaz satışlarında ise tescil anına kadar satıcıya aittir"*. 818 Sayılı Borçlar Kanunu'na (eBK. m. 183/İ) göre ise, yarar ve hasar, sözleşmenin kurulması ile birlikte alıcıya geçmekteydi.

⁵⁹ Malların zamanında teslim alınmaması halinde, satıcının, malların muhafazası için gerekli tedbirleri alması gerekmektedir. Buna ilişkin düzenlemeler Viyana Antlaşması m. 85 vd.'inde yer almaktadır. Bu sebeple, alıcı, malları teslim almakta geciktiği veya bedelin ödenmesi ile malların teslimi borçlarının aynı anda ifa edilmesi gerektiği hallerde bedeli ödemediği takdirde, malların zilyetliğini halen elinde bulunduran veya başka şekilde onları kontrol edebilecek durumda olan satıcının, malların muhafazası için koşulların gerekli kıldığı makul önlemleri alması gerekir. Yapmış olduğu makul masraflar alıcı tarafından karşılanıncaya kadar malları alıkoyabilir.

⁶⁰ Türk Borçlar Kanunu'nda da paralel bir düzenleme bulunmaktadır. Gerçekten de, TBK. m. 208/İ'ye göre, *"Taşınır satışlarında, alıcının satılanın zilyetliğini devralmada temerrüde düşmesi durumunda zilyetliğin devri gerçekleşmişçesine satılanın yarar ve hasarı alıcıya geçer"*.

⁶¹ Bianca-Bonell/Nicholas, Art. 69, Rn. 2.1; Bridge, s. 212; Bollée, s. 11; Huber/Alastair, s. 316; Ferrari/Flechtner/Ronald, s. 758; Erauw, s. 8; Schlechtriem/Schwenzer, Art. 69, Rn. 5; Yetiş-Şamlı, s. 338; Mineiro, s. 7.

⁶² Bu husus bir Alman Mahkemesi'nin kararına da yansımıştır. Gerçekten de, kararda; *"Satıcının işyerinden alınan mallarda hasar, malların alıcı tarafından teslim alınmasıyla alıcıya geçer"* ifadesi yer almaktadır. Bkz. Germany 29 October 2002 Appellate Court Schleswig-Holstein (Stallioncase), <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/021029g1.html>, (E.T.: 27.3.2014).

⁶³ Bianca-Bonell/Nicholas, Art. 69, Rn. 2.1; Bollée, s. 11.

de teslim edilmesinin tipik örnekleri “ExShip”⁶⁴ ve “FOBBuyers City”⁶⁵ ihtiva eden sözleşmelerdir⁶⁶.

Viyana Antlaşması m. 69/(3)’de ise, malların alıcının tasarrufuna hazır bulundurma anına ilişkin özel bir düzenleme bulunmaktadır. Buradaki özel durum, henüz ayırt edilmemiş mallar bakımından söz konusudur⁶⁷. Buna göre, sözleşmenin, henüz ayırt edilmemiş mallara ilişkin olması halinde, bunların ancak açıkça sözleşmeye tahsis edilmesi ile alıcının tasarrufuna hazır bulundurulduğu kabul edilir.

III. Hasarın İntikalinin Hüküm Ve Sonuçları

A. Malların Hasara Uğramasından Doğan Sorumluluk

1. Sorumluluğun Düzenlenişi

Malların hasara uğramasından doğan sorumluluğa ilişkin genel hüküm, Viyana Antlaşması m. 66’da yer almaktadır. 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*”⁶⁸. Söz konusu düzenlemeden, çeşitli ihtimallere ilişkin hüküm çıkarmak mümkündür. Gerçekten de, bunlardan ilkinde göre, hasarın alıcıya geçmesinden sonra, mallar yok olsa veya zarara uğrasa dahi, alıcı semeni ödemekle yükümlüdür. Bunun mefhumu muhalifinden çıkan sonuç ise, hasarın alıcıya geçmesinden önce mallar yok olur veya zarara uğrarsa, alıcının o aşamada semeni ödeme yükümlülü-

⁶⁴ Bu teslim şekli üzerinden anlaşılabilir bir işlemde, DES ifadesinden sonra ilgili varış limanının da belirtilmiş olması gerekir. Satıcının sorumluluğu malları belirtilen varış limanına getirene kadardır. Varış limanı noktasına kadar malların navlun, sigorta vs. tüm masrafları ve riskleri satıcıya aittir. Gemi limana varış yaptıktan sonra, malzemelerin tahliyesi, ithalat gümrükleme ve geri kalan tüm işlemler alıcının sorumluluğuna altındadır. Genellikle kömür, tahıl, toz kimyasallar gibi malzemelerin nakliyesinde kullanılan bu teslim şekli, ayrıca kendisine ait ya da kiralık gemisi olan satıcılar tarafından tercih edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kuyucu, Aslihan S.; INCOTERMS, İstanbul 2011.

⁶⁵ FOB (Free On Board) terimi, satıcının malları belirlenen yükleme limanında, alıcı tarafından seçilen gemide veya bu şekilde teslim edilen malları temin ederek teslim etmesi anlamına gelmektedir. Mallara ilişkin kayıp ve hasar mallar gemide bulunduğu zaman geçer ve o andan itibaren bütün masraflar alıcıya aittir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Erdem, H. Ercüment; Denizaşırı Satış Olarak FOB Satış, Milletlerarası Ticaret Hukuku İle İlgili Makaleler, İstanbul 2008, s. 139 vd.

⁶⁶ Schwenzer, Fountoulakis, s. 486.

⁶⁷ Bu hüküm, Viyana Antlaşması m. 67/(3)’de yer alan düzenleme ile paralellik göstermektedir.

⁶⁸ Hasarın intikali ile ilgili 66. madde, ULIS’in 96. maddesinden esinlenilerek düzenlenmiştir. Bununla birlikte, iki hüküm arasında bazı farklılıklar söz konusudur. Gerçekten de, ULIS metninde yer alan “satıcının veya diğer bazı kişilerin eyleminden” ifadesi, Viyana Antlaşması’na “satıcının bir eyleminden veya eylemsizliğinden” olarak geçmiştir. Görüldüğü üzere, ULIS’de yer alan “diğer bazı kişilerin” ifadesine Viyana Antlaşması’nda yer verilmemiştir. Diğer taraftan, Viyana Antlaşması’na da ULIS’te bulunmayan “satıcının eylemsizliği” eklenmiştir. Bkz. Bianca-Bonell/Nicholas, Art. 66, Rn. 1.2; Schlechtriem/Schwenzer, Art. 66, Rn. 1.

gü söz konusu değildir. Bu durumda ise, kural olarak, satıcının borcun gereği gibi yerine getirilmesi yükümlülüğü devam eder⁶⁹. Bunların yanında, hasarın alıcıya geçmesinden sonra, malların yok olması veya zarara uğraması, satıcının bir “eyleminden veya eylemsizliğinden”⁷⁰ kaynaklanıyor olabilir⁷¹. Bu durumda ise, alıcının, semeni ödeme yükümlülüğünden kısmen veya tamamen kurtulması gündeme gelir. Zararın meydana gelmesinde satıcının kusuru bulunduğu takdirde, hasarın alıcıya geçmeyeceği Yargıtay’ın bir kararına da yansımıştır. Gerçekten de, söz konusu kararda; “*Satıcı, hafif veya ağır, doğrudan veya dolaylı kusuru ile zararın meydana gelmesine neden olmuşsa hasar alıcıya geçmez. Eldeki davada bilirkişi, samanların nemli ve ıslak olarak torbalandığını tespit ettiğine göre bundan dolayı meydana gelen çürümeden satıcı sorumludur.*” ifadeleri yer almaktadır⁷².

Viyana Antlaşması m. 70’de yer alan düzenleme ise, satıcının sözleşmeyi esaslı ihlâli halinde hasarın intikali ve alıcının hakları arasındaki ilişki ile alâkalıdır. Buna göre, satıcı sözleşmeyi esaslı şekilde ihlâl etmişse, 67, 68 ve 69. madde hükümleri, alıcının ihlâl dolayısıyla sahip olduğu hukukî imkânlarla hâle vermez. Bu kapsamda alıcının hakları, sözleşmenin ortadan kaldırılması, ikame mal teslimi, bedelden indirim, mallardaki hasarın giderilmesi ve tazminat başlıkları altında incelenebilir⁷³. Bu düzenlemenin altında yatan düşüncenin, “alıcının hasarın geçişinden önce sahip olduğu hakları, hasarın geçişiyle kaybetmeyeceği” olduğu ifade edilmektedir⁷⁴.

⁶⁹ Zeytin, s. 223. Bununla birlikte, aynen ifa her zaman mümkün olmayabilir. Nitekim Viyana Antlaşması m. 28’e göre, “*Antlaşma hükümleri uyarınca taraflardan biri diğer tarafın belirli bir yükümlülüğü ifa etmesini talep hakkına sahip ise, mahkemenin aynen ifaya hükmetmesi ancak, bu Antlaşmanın uygulama alanına girmeyen benzer satım sözleşmelerinde kendi hukukuna göre de aynen ifaya hükmedecek olması halinde mümkündür.*” Görüldüğü üzere, aynen ifasını söz konusu olabilmesi için, Viyana Antlaşması’nın uygulama alanı dışında kalan benzer satım sözleşmelerinde, alıcının kendi hukukuna göre aynen ifaya hükmedilebilecek olmalıdır. Konu ile ilgili ayrıca bkz. Schlechtriem/Schwenzer, Art. 66, Rn. 12.

⁷⁰ Satıcının “eylem ve eylemsizliği”nden tam olarak nelerin kast edildiği hususunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Gerçekten de, bir görüşe göre, malların, satıcının sadece sözleşmeye aykırı davranışlarından değil, diğer davranışları sonucunda da yok olması veya zarar görmesi söz konusu ise, alıcının ödeme yükümlülüğü ortadan kalkar. Bkz. Staudingers, Art. 66, Rn. 13. Bununla birlikte, bu sonucun kabul edilmesinin, satıcının sorumluluğunu çok fazla genişleteceğini öner süren bir görüş de bulunmaktadır. Buna göre ise, alıcının ödeme yükümlülüğünden kurtulabilmesi, sadece satıcının göstermek mecburiyetinde olduğu özen yükümlülüğünün ihlâl edilmesi hâllerinde söz konusu olmalıdır. Zeytin, s. 224.

⁷¹ Viyana Antlaşması m. 80’de de, bu hükme paralel bir düzenleme yer almaktadır. Buna göre; “*Bir taraf, diğer tarafın yükümlülüklerini ifa etmemesine, bu ifa etmeme durumu kendi eyleminden veya eylemsizliğinden kaynaklandığı ölçüde dayanamaz.*”

⁷² 13. HD., T. 5.7.2004, E. 2004/1640, K. 2004/10820, (KBİBB).

⁷³ Alıcının hakları meselesi, başlı başına kapsamlı bir çalışmanın konusunu teşkil edebilecek niteliktedir. Bu sebeple, bu çalışmada söz konusu hususlara ayrıntılı olarak yer verilmemiştir. Bunun yerine, okuyucuya yol göstermek amacıyla söz konusu hakların isimlerinin zikredilmesi ile yetinilmiştir.

⁷⁴ Staudingers, Art. 70, Rn. 5.

Esaslı ihlâlin söz konusu olmadığı hallerde, hasar, genel kurala uygun bir şekilde alıcıya geçer⁷⁵. Bu durumda, alıcının, sözleşmeyi ortadan kaldırma ve ikame mal teslimi isteme hakkı bulunmamaktadır⁷⁶. Bununla birlikte, alıcı, hasarın mahiyetinde uygun düştüğü ölçüde diğer haklarına başvurabilir. Başka bir deyişle, sözleşmenin satıcı tarafından esaslı olmayan ihlâli halinde, alıcı, mallardaki hasarın giderilmesi, bedelden indirim ve tazminat talep etme haklarına sahiptir⁷⁷.

2. Sorumluluğun Sınırları

Viyana Antlaşması m. 66'da yer alan "malların zayi olması veya zarar görmesi" ifadesinden, hasarın intikali ile ilgili sorumluluğun, "sözleşmenin kurulması ile ifası arasında malların yok olması veya zarar görmesi durumlarında" gündeme geleceğini söylemek mümkündür.

Viyana Antlaşması m. 66'da yer alan kural, malların fizikî kaybına yöneliktir⁷⁸. Bu sebeple, mallarla doğrudan ilgili olmayan kayıplar söz konusu olduğunda, hasara ilişkin kurallar uygulanmaz⁷⁹. Meselâ, malların haczedilmesi, ithalat ve ihracat yasakları kapsamında el koymalar, "hasar" kapsamında değerlendirilmemektedir⁸⁰.

B. Hasarın İntikalinde Sözleşmeye Uygun Olmayan Malların Verilmesi

Viyana Antlaşması m. 36/(1)'e göre, mallar, hasarın alıcıya geçtiği anda m. 35'de ifade edildiği şekilde sözleşmeye uygun olmalıdır. Bu kapsamda satıcı, miktarı, kalitesi ve türü sözleşmede öngörülen malları, sözleşmede belirtilen paket veya muhafaza içinde teslim etmek mecburiyetindedir⁸¹. Malların sözleşmeye uygun olmaması, hasarın alıcıya geçtiği andan itibaren belirgin hale gelmiş olsa dahi, satıcı bundan sorumludur.

Viyana Antlaşması m. 36/(2)'de de, malların sözleşmeye uygun olmamasına iliş-

⁷⁵ Schlechtriem/Schwenzer, Art. 70, Rn. 6.

⁷⁶ Schlechtriem/Schwenzer, Art. 70, Rn. 6.

⁷⁷ Schlechtriem/Schwenzer, Art. 70, Rn. 6.

⁷⁸ Bollée, s. 15.

⁷⁹ Bollée, s. 15.

⁸⁰ Bollée, s. 15; Yetiş-Şamlı, s. 321.

⁸¹ Viyana Antlaşması m. 36/(2)'de, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, malların sözleşmeye uygun olduğu hallerde ilişkin emsaller verilmiştir. Buna göre, mallar, (a) aynı türden malların mutlak 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 anlaşılınsın; (c) satıcının alıcıya örnek veya model olarak sunduğu malların kalitesine sahip iseler; (d) ilgili türden mallar için mutlak sayılan şekilde veya böyle mutlak bir şeklin var olmadığı hallerde, malın muhafazası ve korunmasına uygun olan şekilde paketlenmiş iseler, sözleşmeye uygundur.

kin özel bir düzenleme yer almaktadır. Buna göre, satıcı, hasarın alıcıya geçmesinden sonra belirli bir süre için garanti yükümlülüğü altına giriş olabilir. Buradaki garanti yükümlülüğü, malların belirli bir süre için, mutad amaçlarına veya belirli bir amaca elverişli kalacağı ya da belirli nitelikleri veya özellikleri muhafaza edeceği konusundadır. İşte satıcı, böyle bir garantinin ihlâli de dâhil olmak üzere herhangi bir yükümlülüğünün ihlâline dayanan sözleşmeye aykırılıktan sorumludur.

SONUÇ

Hasara ilişkin kurallar, malların kazara yok olmasında veya zarara uğramasında, buna tarafların hangisinin katlanacağını belirleyen hükümleri ihtiva etmektedir.

Viyana Antlaşması m. 67/(1)'de yer alan, "satım sözleşmesi malların taşınmasını gerektiriyorsa (ihtiva ediyorsa)" ifadesinden anlaşılması gereken, malların taşınmasının satıcı tarafından ayarlanacağını ihtiva eden sözleşmelerdir. Dolayısıyla malların taşınmasının alıcının kendi imkânlarıyla gerçekleştirildiği durumlar bakımından m. 67/(1)'in uygulanması gündeme gelmez.

Viyana Antlaşması m. 67/(1)'de, hasarın intikali, malların belirli bir yerde teslim edilip edilmeyeceğine göre iki faklı ihtimalde düzenlenmiştir. Her iki durumda da hasar, malların bağımsız ilk taşıyıcıya verilmesiyle alıcıya geçer.

Viyana Anlaşması m. 67/(1)'de ifade edilen "taşıyıcı", bağımsız bir teşekkül teşkil etmelidir. Bununla birlikte, "bağımsız bir taşıyıcı" söz konusu değilse, diğer bir ifadeyle malların taşınmasını bizzat satıcı gerçekleştiriyorsa, bu taşıma işlemi sürecinde hasar alıcıya geçmez.

Viyana Antlaşması m. 68'in ikinci cümlesinde yer alan "koşulların haklı göstermesi" ifadesinin, malların ne zaman hasara uğradığının kesin olarak tespit edilemediği durumlar bakımından da uygulanmasını öne süren görüşler bulunmaktadır. Ancak kanaatimizce, söz konusu görüş isabetli değildir. Zira sırf hasarın meydana gelme anı tespit edilemiyor diye, hasarı, geçmişte etkili bir şekilde doğrudan ve bütün olarak alıcıya yüklemek adalet ve hakkaniyet duygularını zedeler. Hasarın meydana gelme anının kesin olarak tespit edilemediği ve sigortanın da söz konusu olmadığı durumlarda, olsa olsa hasarın satıcı ve alıcı arasında orantılı olarak paylaşılması tartışılabilir.

Hasarın alıcıya geçmesinden sonra, mallar yok olsa veya zarara uğrasa dahi, alıcı semeni ödemekle yükümlüdür. Buna karşılık, hasarın alıcıya geçmesinden önce mallar yok olur veya zarara uğrarsa, alıcının o aşamada semeni ödeme yükümlülüğü söz konusu değildir. Bu durumda ise, kural olarak, satıcının borcun gereği gibi yerine getirilmesi yükümlülüğü devam eder.

KISALTMALAR

Art.	: Article
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
Çev.	: Çeviren
E.	: Esas
Ed.	: Editör
E.T.	: Erişim Tarihi
HD.	: Hukuk Dairesi
K.	: Karar
KBİBB.	: Kazancı Bilişim İçtihat Bilgi Bankası
m.	: madde
R.G.	: Resmî Gazete
Rn.	: Randnummer
s.	: sayfa
S.	: Sayı
T.	: Tarih
TBK.	: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu
ULIS.	: UniformLaw On International Sale Of Goods
vd.	: ve devamı
Y.	: Yıl

KAYNAKÇA

- AKÇAAL, Mehmet, Satış Sözleşmesinde Yarar ve Hasarın Geçişi, <http://www.konyabarusu.org.tr/pdf.aspx?id=13&dergiid=10>, (E.T.: 27.3.2014).
- AKINTÜRK, Turgut, Satım Akdinde Hasarın İntikali, Ankara 1986.
- ALTAY, Sabah, Satım Sözleşmesinde Hasarın Geçişi, İstanbul 2008.
- ARAL, Fahrettin/AYRANCI, Hasan, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Genişletilmiş 9. Baskı, Ankara 2012.
- ATAMER, Yeşim M., Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, İstanbul 2005.
- BIANCA-BONELL, Commentary on the International SalesLaw, Giuffrè: Milan (1987).
- BOLLÉE, Sylvain, TheTheory of Risks in the 1980 ViennaSale of GoodsConvention, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bollee.html>, (E.T.: 27.03.2014).
- BRIDGE, Michael, CISG Uyarınca Hasarın Geçmesi, Milletlerarası Satım Hukuku, Ed. Yeşim M. Atamer, İstanbul 2008, s. 19-219.
- DIMATTEO, Larry A./DHOOGHE, Lucien J./MARUER, Virginia G./PAGNATTARO, Marisa A. , International SalesLaw, A Critical Analysis Of CISG Jurisprudence, Cambridge 2005.

- ERAUW, Johan, CISG Articles 66-70: The Risk Of Loss and Passing It, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/erauw.html>, (E.T.: 27.3.2014).
- ERDEM, H. Ercüment, Denizaşırı Satış Olarak FOB Satış, Milletlerarası Ticaret Hukuku İle İlgili Makaleler, İstanbul 2008.
- FERRARI, Franco/FLECHTNER, Harry/RONALD, A. Brand, The Draft UNCITRAL Digest and Beyond: cases, Analysis and Unresolved Issues in The U.N. Sales Convention, München and London 2004.
- HUBER, Peter/ALASTAIR, Mullis, The CISG, A New Textbook Of Students and Practitioners, München 2007.
- KUYUCU, Aslihan S., NCOTERMS, İstanbul 2011.
- MINEIRO, Michael C., CISG and The Final Frontier: Contracting For The International Sale Of Goods That Originate From, Are Delivered To, Or Transit Through Outer Space and The Passage Of Risk Of Loss, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/mineiro.html>, (E.T.: 27.3.2014).
- ÖZDEMİR, Hayrunnisa, Satış Sözleşmesinde Yarar ve Hasarın İntikali, Prof. Dr. Cevdet YAVUZ'A'ya Armağan, İstanbul 2011, s. 361-381.
- ROMEIN, Annemieke, The Passing Of Risk A Comparison Between The Passing Of Risk Under The CISG and German Law, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/romein.html>, (E.T.: 27.3.2014).
- SCHWARZ, Andreas B. (Çev: AYİTER, Kudret), Satış Akdinde Hasarın İntikali, <http://auhfd.ankara.edu.tr/dergi/leh/auhfd-arsiv/AUHF-1947-04-01-04/AUHF-1947-04-01-04-Schwarz.pdf>, (E.T.: 27.3.2014).
- SCHLECHTRIEM, Peter/BUTLER, Petra, UN Law on International Sales, The UN Convention on The International Sale Of Goods, Berlin 2009.
- SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, Commentary On The UN Convention On The International Sale Of Goods (CISG), Third Edition, Oxford 2010.
- SCHWENZER, Ingeborg/FOUNTOULAKIS, Christina, International Sales Law, London and New York 2007.
- SEVÓN, Lief, Passing Of Risk, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/sevon3.html>, (E.T.: 27.3.2014).
- STAUDINGERS, Von J., Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Wiener UN-Kaufrecht (CISG), Berlin 2002.
- Von HOFFMANN, Bernd, Passing Of Risk In International Sales Of Goods, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/vonhoffmann.html>, (E.T.: 27.03.2014).
- YAVUZ, Cevdet/ACAR, Faruk/ÖZEN, Burak, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenmiş ve Yenilenmiş 9. Baskı, İstanbul 2014.
- YETİŞ-ŞAMLI, Kübra, Borçlar Kanunu ve CISG Çerçevesinde Hasarın İntikali, İÜHF., C. LXV, S. 1, Y. 2007, s. 303-349.
- ZEYTİN, Zafe, Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri (CISG) Hukuku, Ankara 2011.