

SATIŞ SÖZLEŞMESİNDE YARAR VE HASARIN İNTİKALİ

Yrd. Doç. Dr. Hayrunnisa ÖZDEMİR*

ÖZET

Satım sözleşmesi, her dönemde önemine binaen insanoğlu tarafından uygulanana gelmiştir. Satım sözleşmesinin yaygın uygulanırlığı onun hükümlerine de etki etmiştir. Gerçektende, satıma ait hükümler en çok değişikliğe uğrayan hükümlerdir. Bu hükümlerin en meşhurlarından biri hiç şüphesiz ki hasarın geçişidir. Borçlar Kanunumuzun kaynaklığını yapan İsviçre Borçlar Kanunu Alman Medeni Kanunundan farklı olarak, Roma Hukukundan gelen “Hasar satıcıya aittir: Periculum est emptoris” kuralına sadık kalmıştır¹. Bu kuralın uygulanmasında, sözleşmenin yapılmasıyla yarar ve hasar alıcıya geçmektedir. Bu durum öteden beri haksızlıklara sebep olmaktadır. Çünkü henüz sahip olmadığınız bir satım konusu şeyin, sözleşmeden sonra ifadan evvel umulmayan bir hal dolayısıyla yok olmasından sorumluluk alıcıya ait bulunmaktadır. Buna karşın Alman BGB’ye göre hasarın geçişi konusunda hâkim olan ilke teslim ilkesidir. Teslimle yarar ve hasar alıcıya geçer. Yürürlükteki Borçlar Kanununda yer alan ve tartışılan BK m.183 hükmü, teslim ilkesi ve Viyana Satım Sözleşmesi göz önüne alınarak değiştirilmiştir. Ayrıca gayrimenkullerde hasarın geçişine ilişkin yeni düzenlemelerde yer almaktadır. Hasarın geçişi kuralına istisna getiren “halin icabı ve sözleşmeden kaynaklanan” istisnaların yanı sıra “kanundan doğan” istisnalara da yer verilmiştir. Çalışmamızda da, hasarın geçişi konusu, mevcut ve yürürlüğe girecek Borçlar Kanunu hükümleri göz önüne alınarak incelenmiştir.

I. HASAR KAVRAMI

A. Genel Olarak

Hasar, Türkçe’ye Arapça’dan giren bir kelimedir. Hasar kavramı birden çok manada kullanılır. Buradan hareketle geniş anlamda ve dar anlamda hasar söz konusudur. Türk Borçlar Kanununda birden fazla yerde hasardan bahsedilmiştir. Ancak herhangi bir tanıma kanun metninde rastlanılmamaktadır.

* Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

¹ Meili, Alfred; Die Entstehung des schweizerischen Kaufrechts, Ein Beitrag zur quellenkritischen Untersuchung des Obligationenrechts, Zürich 1976, PN. 37 vd; Erişgin Söğütü, Özlem; Tarihsel ve Dogmatik Açından, Periculum Est Emptoris (Hasar alıcıya aittir), Ankara 2010, 120 vd.

Borçlar Kanunu anlamında hasar, daha çok tesadüfî bir olay sonucunda kişinin malvarlığında meydana gelebilecek ihtimali azalmalardır². Hasar kavramı bir geniş diğeri dar anlamda ikiye ayrılmaktadır.

Geniş anlamda hasar, kelimenin günlük dilde ifade ettiği anlamı karşılar. Buna göre hasar, “zorlu bir olay sonucunda meydana gelen kırılma, dökülme, yıkılma gibi zararı” ifade eder. Örneğin, yağın karın yolların asfaltında büyük hasara sebep olmasındaki hasar kelimesiyle, çoğunlukla afetlerin verdiği maddi zararlar kastedilir. Buradan da anlaşılacağı gibi, geniş anlamda hasarda daha çok bir tesadüfîlik söz konusudur³. Burada hasardan daha ziyade bir kişinin kusuruna dayanmayan zararlar kastedilir. Ancak her zaman geniş anlamda hasar, kusurdan meydana gelmemiş zararları kapsamaz. Bazı durumlarda Xkusurdan doğan hasarları da kapsar. Örneğin, araba kullanırken cep telefonu ile konuşan kişinin yanlış sollaması durumunda iki kişinin ölmesi şahsın sebep olduğu kusura örnek teşkil eder. Buradan hareketle geniş anlamda hasar için, bir şeyin herhangi bir borç münasebetine konu olup olmadığına bakılmaksızın telef ve zayı olması, yok olması halleridir⁴. Bundan dolayı geniş anlamda hasara aynı hasar veya şeye müteallik hasar adı verilir.

Aynî hasarda bir malın herhangi bir sözleşmesel borç ilişkisine konu olmaksızın, doğrudan doğruya üzerinde aynı hak sahibi olunan eşyanın maddi anlamda somut olarak uğradığı yok olma, bozulma, kırılma, parçalanma gibi olumsuz sonuçlar ve hak sahibinin de bu sebeple doğrudan doğruya uğradığı zararsöz konusudur⁵. Eşyaya ilişkin zarar, eşya üzerindeki hakka ilişkindir⁶. Bundan dolayıdır ki eşya hukukunu ilgilendirir. Eşya yok olduğunda buna eşyanın sahibi katlanacaktır. Bu esas Roma Hukukundan kaynaklanmaktadır. Roma hukukunda bu durum, “casum sentit dominus” veya “res perit domino” (hasara malik katlanır) şeklinde ifade edilmiştir⁷.

² Giger, Hans; Allgemeine Bestimmungen, Der Fahrniskauf (185-214) in: Berner Kommentar Das Obligationenrecht, 2. Abteilung, I. Teilband, Bern 1980, PN. 7; Filios, Paul; Die Gefahrtragung beim Kauf im Rahmen des Synallagmas Berlin, 1964, 1; Gümüş, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 2008 C. I, 59.

³ Akıntürk, Turgut; Satım Aktinde Hasarın İntikali, Ankara 1966, 22.

⁴ Tandoğan, Haluk; Türk Mesuliyet Hukuku, 1961, 64, 273.

⁵ Akıntürk, 23; Sieber, Liliane; Gefahrtragung im Kaufrecht, Zürich 1993, 4.

⁶ Filios, 2; Sieber, 4.

⁷ Altay, Sabah; Satım Sözleşmesinde Hasarın Geçışı, İstanbul 2008, 5; Atamer, Yeşim; Satım Sözleşmesinde Hasarın İntikali Anı; Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'a Armağan, İstanbul 2000

(1313-167), 132; Honsell, Heinrich; Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 5. Auflg. Bern 1999, 46; Hager, Günter; Die Gefahrtragung beim Kauf, Frankfurt am Main, 1982, 38; Schwarz, R. Andreas (Çev. Kudret Ayiter); Satış Aktinde Hasarın İntikali, 161.

Dar anlamda hasar, Borçlar Hukuku anlamında, borç ilişkisi içerisinde meydana gelen hasarları ifade etmek üzere kullanılır. Gerçekte dar anlamda hasar, özellikle borç münasebetlerinde, borcun doğumu ile ifası arasında edanın borçluya isnatolunamayan sebepler dolayısıyla ifanın imkânsızlaşması halinde ortaya çıkan ifa engelinin olumsuz sonuçlarının borç ilişkisinin taraflarından hangisinin malvarlığında doğacağına belirlenmesinde söz konusu olur⁸. Bundan dolayıdır ki dar anlamda hasara borca müteallik hasar adı verilir. Borca müteallik hasar, sözleşmenin kurulmasından sonraki bir dönemle ifası arasındaki dönemde, sonraki ifa imkânsızlığının sonuçlarına sözleşmenin hangi tarafının katlanacağına ilişkindir⁹.

Bu çerçevede borca ilişkin hasar, sözleşme tarafları arasındaki bir riziko dağılımını ifade eder. Yabancı hukuk sistemlerinde de hasar bu şekilde ifade edilmektedir. Gerçekte Alman, Avusturya, İsviçre, Fransız ve İngiliz hukuklarında bu konuda zarar terimlerine yer verilmemiş; fakat daima bir tehlikeyi ifade eden “Gefahr”, “risque”, “risk” terimleri kullanılmıştır¹⁰.

B. Hasarın İntikali

Sözü edilen bu tehlikelere taraflardan hangisinin ne zamandan itibaren maruz kalacakları, yani hasara satıcının mı yoksa alıcının mı katlanacağı meselesine, “hasarın intikali” adı verilmektedir. Satıcı teslim borcundan kurtulmakla beraber alıcıdan semeni talep edemeyecek ise hasarın satıcıya intikali, diğer taraftan satılanı hiç veya akde uygun surette elde edememesine rağmen semeni ödemekle mükellef olacak veya ödediği semenin kendisine iade edilmesini artık talep edemeyecek olması durumunda da hasarın alıcıya intikali söz konusu olur. Buradan hareketle denilebilir ki, satım aktinde hasarın intikali meselesi esas itibarıyla ifası veya gereği gibi ifası satıcıya isnat olunamayan haller münasebetiyle imkânsızlaşan teslim borcu karşısında, semen borcunun mukadderatının, yani hala ödenip ödenmeyeceği veya daha evvel ödenmişse geri alınıp alınmayacağı hususunun tespit ve tayininden ibarettir¹¹.

Yukarıda anlatılanlara göre, hasarın intikali meselesinin söz konusu olabilmesi için, her şeyden evvel imkânsızlığın kusurdan ileri gelmemiş olması gerekir¹². Başka bir deyişle hasar, teslim borcunun ifasının veya gereği gibi ifasının satıcının mes’ul olmayacağı sebeplerden dolayı imkânsızlaşması ha-

⁸ Akıntürk, 24; Sieber, 5; Filios, 3; Kaiser, Fredrich; Die Gefahrtragung im Kaufvertrage nach Deutschem und Schweizerischem Recht, Heidelberg, 1927, 6; Gümüş, 60;

⁹ Giger, Art. 187, PN. 7; Tandoğan Haluk; Özel Borç ilişkileri, 1988 C. I/I, 106.

¹⁰ Akıntürk, 25; Aral, Fahrettin; Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Genişletilmiş 8. Bası, Ankara 2010, 73.

¹¹ Akıntürk, 11.

¹² Akıntürk, 12.

linde ortaya çıkan bir tehlikedir. Buradan hareketle denilebilir ki, hasarın intikali ancak kusursuz sorumluluk hallerinde ortaya çıkabilir. Çünkü satıcının sözleşmeden doğan borçlarını kusuruyla yerine getirmemesi hali borcun ifa edilmemesi ile ilgilidir. Bu durumda hiçbir zaman ifa edilmeme durumundan ortaya çıkan tehlikeler, teknik anlamda hasar değildir. Buradan hareketle kusurlu ifa imkânsızlığının sonuçları BK. m. 96 (TBK. m. 112) vd.'na tabidirler.

Yukarıda anlatılanlardan da hareketle hasarın intikali meselesi, bütün borç mukavelelerini de kapsayacak şekilde BK m. 117/I (TBK. m. 136/I)'de düzenlenmiştir. Hasarın intikalinde en geçerli madde ilgili maddedir¹³. Söz konusu maddenin birinci fıkrasında, eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde ve tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, borçluya yüklenilemeyen haller dolayısıyla borcun ifası mümkün olmazsa borcun sona ereceği düzenlenmiştir. Burada hasara alıcı katlanmaktadır¹⁴. Çünkü imkânsızlık sonucu sözleşmeye konu olan ediminden mahrum kalmaktadır. Ancak, bu maddenin ikinci fıkrasında, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde hasarın intikali konusunda “ bu suretle borçtan berî olan borçlu haksız iktisaplara müteallik hükümlere tevfikân almış olduğu şeyleri iadeye mecbur ve kendisine henüz tediye edilmemiş bulunan şeyi istemek hakkından mahrum olur” düzenlemesiyle hasarın borçluya ait olduğu hususu düzenlenmiştir. Ancak, ikinci fıkranın ikinci cümlesinde kuralın istisnası olarak bir düzenleme bulunmaktadır. Buna göre, “ *Kanun veya sözleşmeyle borcun ifasından önce doğan hasarın alacaklıya yükletilmiş, olduğu durumlar, bu hükmün dışındadır*” düzenlemesine yer verilmiştir. Burada sayılan istisnai hallerde hasara alıcı katlanacaktır.

II. TÜRK BORÇLAR KANUNUNDA EDİM VE KARŞI EDİM HASARI

Borca ilişkin hasar kavramının mantığında, borç ilişkisinin kurulmasından sonra borcun ifasının borçluya yüklenemeyecek sebeplerle imkânsız hale gelmesi teşkil etmektedir. Bu durum Türk Borçlar Kanununda düzenlenen 117. (TBK m. 136) maddeye tekabül etmektedir. Borç ilişkisinin kurulmasından sonra edimin imkânsızlaşması hali Türk ve İsviçre Borçlar Kanununda borcu sona erdiren sebepler arasında sayılmaktadır¹⁵. Gerçektende BK. m. 117 uya-

¹³ Bilge, Necip, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Ankara 1962, 30; Feyzioğlu, F. N., Borçlar Hukuku, Hususi Kısım: Akdin Muhtelif Nev'ileri, C. I, İstanbul 1961, 81; Yavuz, Cevdet; Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 7. Bası 2007, 59.

¹⁴ Yavuz, Cevdet; Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 7. Bası 2007, 59.

¹⁵ Eren, Fikret; Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), 12. Bası, 2010 Ankara, 1248 vd. ; Kılıçoğlu Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 11. Bası 2009, 645 vd; Hunger, Patrick, in: Prinzipien des Vertragsrechts, 2006 Zürich, 89; Koller, Alfred, in: Theo Guhl, Das schweizerische Obligationenrecht, 2000, 312; Stöckli, Hubert; in: Praejudizienbuch zum OR, 2006 Zürich, 349vd; Gauch/Schleup/Schmid/Rey, Schweizerisches Obligationenrecht (Allgemeiner Teil), 2003 Zürich, PN. 3212 vd. 194

rınca borçlu kendisine yüklenilemeyecek bir imkânsızlık sonucu kendi edimini yerine getirmekten kurtulur. Ancak karşı edimi talep etme hakkını da kaybeder, eğer karşı edim bir şekilde elde edilmişse söz konusu bu edimin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iade edilmesi gerekir¹⁶.

Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında borca ilişkin hasar kavramı, iki ayrı anlamı taşımaktadır. Alacaklı açısından sonraki ifa imkânsızlığı sebebiyle borçlunun borcundan kurtulması sonucunda edimi talep etme hakkının ortadan kalkması veya borçlu açısından edimin imkânsızlaşmasına rağmen alacaklıya ifayı gerçekleştirmek zorunda olması, başka bir deyişle alacaklının edimi talep hakkının devam edip etmeyeceği durumu edim hasarı kavramı altında değerlendirilmektedir. Gerçektende edim hasarı kavramı, borç ilişkisinin alacaklı ve borçlu tarafları için aynı derecede tehlikeyi içermektedir. Şöyle ki borç ilişkisinin konusulan edimin imkânsızlaşması sonucu borçlu hala ifayı yerine getirmek zorunda kalmaktadır. Buna karşın alacaklıda sonraki imkânsızlık dolayısıyla borcun sona ermesi sebebiyle edimden yoksun kalmaktadır. Buna karşın, sözleşmenin kurulmasından sonraki evrede edimin ifasının imkânsızlaşması durumunda borçlu karşı edimi isteme hakkını kaybeder. Bu duruma karşı edim hasarı denilir. Karşı edim hasarı, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde söz konusudur. Karşı edim hasarında önemli olan, alacaklının borcundan kurtulan edim borçlusuna karşı edimini talep edip edemeyeceğidir. Alacaklının borçlandığı edimi umulmayan hal dolayısıyla imkânsızlaşan borçluya karşı, kendi edimini yerine getirmekle yükümlü olması durumunda, karşı edim hasarı alacaklıya aittir. Bunun yanı sıra alacaklının kendi borcunun da ortadan kalkması karşı edim hasarının borçluya ait olduğunu gösterir. BK m. 117/II bu soruna bir çözüm getirmiştir. Borcundan kurtulan kişi karşı edimi de talep edemeyecektir. Bu durum ise borçlunun ifa süresince karşı edim hasarını taşıması anlamına gelmektedir¹⁷.

vd; Wiegand, Wolfgang, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht C. I, 4. Auflage 2007 Zürich, 697 vd; Dural, Mustafa, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık, 1976 İstanbul, 119.

¹⁶ Burada doktrinde genellikle hâkim olan görüş, BK m. 117'nin sebepsiz zenginleşme hükümlerine atf yapmış olması, iade talebinin sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayandığı anlamına gelmemektedir. İade talebinin dayanağı, sözleşmeye dayanmaktadır. Burada yapılan atf sebepsiz zenginleşme kurumuna olmayıp onun hukukî sonuçlarına ilişkindir. Bundan dolayıdır ki, iade talebi sebepsiz zenginleşmede öngörülen kıssa 1 yıllık süre olmayıp sözleşmeden doğan borçlar için geçerli olan 10 yıllık zaman aşımı süresine tabidir (Aepli, Viktor; OR - Art. 114-126: Das Erlöschen der Obligationen, Zürcher Kommentar, V1h1, 1991,105); Dural, 163; Serozan, Rona, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, B. 3, İstanbul 2002, § 15 PN. 8a.

¹⁷ Dural, 161; Eren, 1289; Gauch/Schleup/Schmid/Rey, PN. 3261; Aepli, PN. 151; Wiegand, PN 18 zu Art. 119; Schwenzer, Ingeborg, Schweizerisches

Edim hasarı ile karşı edim hasarı arasında mantıkî bir bağ söz konusudur¹⁸. Karşı edim hasarının kimin taşıyacağı sorusuna cevap verebilmek için edim hasarının alacaklıya ait olması gerekir. Başka bir deyişle borçlunun sonradan imkânsızlaşan edimi dolayısıyla borçtan kurtulması alacaklının ise edimini yerine getirmek zorunda kalmasıdır. Buna karşın, borçlu sonradan meydana gelen imkânsızlık dolayısıyla hâlâ edimini yerine getirmek zorunda kalırsa burada edim hasarı borçludur ve karşı edim hasarından bahsedilemez¹⁹. Bundan dolayıdır ki, hasarın intikali sorunu temelde karşı edim hasarının kime ait olacağı sorunudur.

III. TÜRK BORÇLAR HUKUKUNDA SATIM SÖZLEŞMESİNDE HASARIN GEÇİŞİ

A. Genel Olarak

Türk Borçlar Kanunu ilk iktisabından seksen beş yıl sonra hasarın geçişi konusunda değişikliğe uğramış bulunmaktadır. Özellikle köklerini Roma Hukukundan alan hasarın sözleşmenin kurulması ile alıcıya geçiren "*periculum est emptoris; Hasar Satıcındır*" kuralı değişime uğramıştır. 818 sayılı Borçlar Kanununun m. 183/I maddesinde yer alan bu kural, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 208. maddesinde menkul ve gayrimenkulleri kapsamak üzere hasarın intikali konusunda yeni bir hüküm getirmiştir. Türk Borçlar Kanunu, İsviçre Borçlar Kanunu'nun hasarın intikali sisteminden bu madde ile ayrılmış olmaktadır. Türk Borçlar Kanununda getirilen yeni düzenlemeye göre, "*Kanundan, durumun gereğinden veya sözleşmede öngörülen özel koşullardan doğan ayrık haller dışında, satılanın yarar ve hasarı; taşınır satışlarında zilyetliğin devri, taşınmaz satışlarında ise, tescil anına kadar satıcıya aittir.*

Taşınır satışlarında, alıcının satılanın zilyetliğini devralmada temerrüde düşmesi durumunda zilyetliğin devri gerçekleşmişçesine satılanın yarar ve hasarı alıcıya geçer.

Satıcı alıcının isteği üzerine satılanı ifa yerinden başka bir yere gönderirse, yarar ve hasar, satılanın taşıyıcıya teslim edildiği anda alıcıya geçer" hükmü getirilmiştir.

Yeni getirilen hükümle, alıcı açısından bazı adaletsizliklerin önüne geçilmesi amaçlanmıştır. Kanun koyucu bu hükümde ayrıca Alman BGB 446'da yer alan ve hasarın teslimle geçeceği kuralını ve Viyana Satım sözleşmesinde yer alan gönderilecek borçlarda taşıyıcıya teslimi edilmesi kuralını içeren m.

Obligationenrecht, (Allgemeiner Teil), 4. Überarbeitende Auflage, 2006Bern, PN. 64.16, 437;

¹⁸ Dural, 161-162.

¹⁹ Schönle, Herbert; Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Teilband V/2a, Zürich 1993, Art. 185, PN. 18; Aral, 76; Altay, 24.

67’de yer alan ilkeyi esas almıştır. Bu düzenlemelerle “*yarar ve hasarın geçişi konusu*” nun daha çağdaş bir yapıya kavuşturulması ve öteden beri devam eden haksızlıkların önlenmesi amaçlanmıştır.

B. Taşınır Satışlarında Yarar ve Hasarın Geçişi

6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda da eski kanunda yer verilen kanundan, durumun gereğinden ve sözleşmede özel koşullardan doğan ayrık haller istisna olarak sayılmıştır. Taraflar bu Kanununda da isterlerse yarar ve hasarın geçişi kuralının aksini kararlaştırabilirler. Getirilen kural da emredici nitelikte değildir. Yeni Kanunda istisnalardan “*Kanundan dolayı*” istisnası eski Kanundan farklı olarak eklenmiştir. Eski Kanun döneminde doktrin tarafından getirilmesi gereken bu istisna yeni Kanun düzenlemesinde yer almıştır.

818 sayılı Borçlar Kanununda yarar ve hasarın geçişinde ikili bir sistem öngörülmüştür. Burada parça ve çeşit borcu ayrımı kuralı getirmiştir. Ancak TBK m. 208’de bu ayrım terk edilmiştir. Artık yarar ve hasarın geçişi hakkında tek bir hüküm geçerlidir. Ayrıca madde metninde 818 sayılı Kanun döneminde yer verilen şarta bağlı borçlarda yarar ve hasarın geçişi kuralına da TBK’da yarar ve hasarın geçişini düzenleyen maddede yer verilmemiştir. Ancak bu durum TBK m. 172. maddede “*Koşula Bağlı Borçlar*” kısmında düzenlenmiştir.

Türk Borçlar Kanunu m. 208’de yarar ve hasar taşınırlarda zilyetliğin devrine kadar satıcıya aittir hükmüyle edim hasarının bu ana kadar satıcıya ait olduğu görülmektedir. Bu dönemde satılan herhangi bir sebeple telef olursa veya zarara uğrarsa buna satıcı katlanır. Yani bu dönemde edim hasarı satıcıdadır. Zilyetlik devredildiği andan itibaren edim hasarı alıcıya geçmektedir. Edim hasarının alıcıya geçmesiyle birlikte semen hasarı da alıcıya geçer. Bundan dolaydır ki, zilyetliğin devrinden itibaren taşınır bir zarara uğrarsa buna alıcı katlanır ve mal için kararlaştırılan semeni de ödemek zorundadır. Çünkü madde metni parça ve cins ayrımı yapmadan yarar ve hasarın intikalini zilyetliğindevrine bağlamıştır. Yapılan değişiklikten sonra parça ve çeşit borcu ayrımı ortadan kaldırılmıştır. Ancak taraflar kendi iradeleriyle ve anılan ilkeyi hasarın geçişinde kabul edebilirler. Ayrıca kanundan doğan istisnalar halinde de bu ilke geçerli olur. Bunların dışında, borçlu henüz teslim yerine geçecek herhangi bir zilyetliğin devri yollarına başvurmadan söz konusu mal borçlunun fiili dışında telef olursa, borçlu borcundan kurtulur. Bunun dışındaki hallerde, borçlu aynı malı tedarik etmek zorundadır.

Genel kural bu olmakla birlikte, BK m.117 (TBK. m. 136)’da “*Borcun ifası borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkânsızlaşır, borç sona erer*” hükmü ile, sözleşmenin kurulması ile borcun ifası arasındaki dönemde borcun konusunun borçluya yüklenemeyecek hallerde imkânsız olması ile borcun sona ermesi hali düzenlenmiştir. Buradan sözleşmenin kurulması ile ifası arasındaki dönemde satım konusu eşya telef olursa bedel hasarı satıcıya, karşı edim hasarı da alıcıya ait olur. Ancak aynı maddenin ikinci fıkrasının ikinci

cümlesinde “ *Kanun veya sözleşmeyle borcun ifasından önce doğan hasarın alacaklıya yükletilmiş olduğu durumlar bu hükmün dışındadır*” hükmüyle bir istisna getirilmiştir. Bu hüküm 818 sayılı Borçlar Kanununda da yer alan bir hükümdür. Bu hükümde anılan istisnalar, BK. m. 328 (TBK. m. 409)’da belirtilen ve uzun süreli iş akitlerinde işçinin kusuru olmaksızın kısa bir süre için iş görmemesinden dolayı işveren, çalışılmayan sürelerle ilişkin olarak hakkaniyete dayanarak ücret ödemek zorundadır. Aynı şekilde diğer bir istisna ise, BK. m. 383 (TBK m. 499)’te düzenlenmiş olan yayım sözleşmesidir. Burada anılan kanun metnine göre, “ *Tamamlanmış bir eserin tamamı veya bir bölümü satışa sunulmadan önce beklenmedik bir halden dolayı yok olursa yayımcı, yayımlatana ayrıca bir bedel ödemededen masrafi kendine ait olmak üzere yok olan kısmı tekrar bastırabilir*” hükmüyle istisna getirilmiştir. Diğer bir istisna ise, hasarın geçişi kuralları emredici değildir. Bu kuralın aksi her zaman kararlaştırılabilir. Eğer taraflar aralarında yapacakları sözleşme ile hasarın geçişinde sözleşmenin kuruluş anını kabul ederlerse söz konusu hüküm uygulanmaz.

III. BORÇLAR KANUNUNDA HASARIN GEÇİŞİNE İLİŞKİN ŞARTLAR

A. Satım Sözleşmesinin Kurulmuş Olması

Hasar ve yararın Kanun metninde belirtildiği şekilde geçebilmesi için bir satım sözleşmesinin kurulmuş, hüküm ve sonuçlarını da doğuruyor olması gerekir. Sözleşmenin kurulma aşamasında yer alan bazı eksikliklerden dolayı, örneğin ehliyet veya sözleşmenin konusunun imkânsız olması vb. sözleşme baştan hüküm ve sonuç doğurmayabilir. Sözleşme kurulduktan sonra meydana gelecek sakatlıklardan dolayı sözleşme iptal edilebilir. Eğer sözleşme geçersiz ise taraflar verdiklerini sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri isteyebilirler²⁰.

Borçlar Hukuku anlamında sözleşmenin kurulmuş olması, tarafların iradelerinin karşılıklı ve birbirlerine uygun olarak beyan etmeleriyle gerçekleşir (TBK m. 1/1). Bundan dolayıdır ki, bir satım sözleşmesinin kurulabilmesi için tarafların sözleşmenin esaslı unsurları üzerinde anlaşmaları gerekir²¹. Satım sözleşmesinde satıcının bir şey satmayı alıcının da bunu belli bir bedel karşılığında almaya hazır olduğunu belirtmesi gerekir. Hazırlar arasında gerçekleşen sözleşmelerde ise, muhatabın kabul beyanında bulunduğu anda sözleşme hem

²⁰ Grunewald, Barbara; in: Erman, W., Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Köln 2010, PN. 4.

²¹ Schönle, Art. 184, PN. 13-20; Keller, M/Siehr, K; Kaufrecht, 3. überarbeitete und ergaenzte Auflage, Zürich 1995, 8; Honsell, 21; Huguenin, Claire; Obligationenrecht Besonderer Teil, 3. Überarbeitete Auflage, Zürich 2008, PN. 1-3, 2; Yavuz, 41.

kurulur hem de hüküm ve sonuçlarını doğurur²². Ancak hazır olmayanlar arasında gerçekleşen sözleşmelerde ise, sözleşmenin kurulma, hüküm ve sonuç doğurma anları birbirinden farklıdır. Hazır olmayanlar arasında icaba olumlu yanıt verilmesi ile sözleşme hüküm ve sonuç doğururken, sözleşmenin kurulması kabul beyanının satıcının hâkimiyet alanına ulaşmasıyla mümkün olabilecektir.

Sözleşmenin geçerliliği taliki bir şarta tabi ise, yarar ve hasar teslimle değil, şartın gerçekleşmesi ile alıcıya geçer. Bu anda satım konusu mal hasara uğrasa hatta yok olmuş olsa bile yinede satıcının yükümlülüğü söz konusu olmaz. Çünkü satıcı söz konusu malı ifa maksadı ile şartın gerçekleşmesi anında alıcıya teslim etmiştir. Yani burada şartın gerçekleşmesi ile edim hasarı alıcıdadır. Şartın gerçekleşeceği ana kadar satıcı edim hasarına katlanır²³. Ancak, satım konusu mal şart gerçekleşmeden evvel veya rızanın yetkili makamlar tarafından verilmemesinden dolayı askıda bir sözleşme dolayısıyla teslim edilecek olursa ve o sırada da mal hasara uğramışsa burada da yarar ve hasar geçişi düzenleyen madde uygulanır²⁴. Çünkü taraflar malın şartın gerçekleşmesinden ve gerekli rızanın alınmasından evvel durumu kabul etmiş bulunmaktadırlar.

Bozucu şarta bağlı satımlarda yarar ve hasarın geçişi konusu TBK'nda açıkça düzenlenmemiştir. Ancak, bozucu şarta bağlı satımlarda sözleşme geçerli bir şekilde kurulduğu andan itibaren hüküm ve sonuçlarını öngörülen şartın gerçekleşmesine kadar doğurur. Burada şarta bağlanan husus akdin sona ermesidir²⁵. Bozucu şartta ilerde gerçekleşebilecek bir olgu söz konusu olduğundan bu ana kadar normal yarar ve hasarın geçişi kuralından ayrılmanın bir anlamı bulunmamaktadır²⁶. Satım sözleşmesinde satıcının esaslı borcu satılanın zilyetliğini ve mülkiyetini alıcıya ifa maksadıyla teslimidir. İşte bu andan itibaren yarar ve hasar alıcıya geçer. TBK'nun getirmiş olduğu ilke burada kolayca uygulanabilir. Satılanın zilyetliğinin devri ile alıcı yarar ve hasara katlanır. Alıcı, satılanın zilyetliğinin devri ile bozucu şartın gerçekleşme anına kadar olan süre zarfında satılan yok olmuşsa veya hasara uğramışsa, bütün hasara katlanacak ve satış bedeli ödeyerek yararları da elde etme hakkına sahip olacaktır²⁷. Şartın gerçekleşmesi anından itibaren hasara satıcı katlanır.

²² Eren, 235; Kılıçoğlu, 52-53; Guhl, PN. 443, 115 vd.; Bucher, Eugen; in: Honsell/Vogt/Wiegand, Art. I, PN. 1 vd, 31vd; Gauch/Schleup/Schmid/Rey, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, B. I, PN. 286 vd, 53vd; Koller, Alfred; Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bern 2006,109;

²³ Westermann, H. P.; in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Auflage 2008, PN. 6.

²⁴ Erman/ Grunewald, PN. 4; Westermann, PN. 6; Beckmann, R. Michael; in: Staudinger Kommentar, s. 566, Berlin 2005, PN. 13.

²⁵ Akıntürk, 125.

²⁶ Walter, Gerhard; Kaufrecht, Tübingen 1987, 273.

²⁷ Altay, 149.

B. Zilyedliğin Devri

Türk Borçlar Kanununda gerçekleştirilen yenilikle, menkullerde yarar ve hasarın geçişinde zilyetliğin devri bilinçli bir şekilde temel alınmıştır. Burada teslim kelimesine yer verilmemiştir. Bunun sebebi ise, teslimin zilyetliğin geçirilmesi hallerinden sadece birini teşkil ediyor olmasıdır. Gelişen ihtiyaçlara daha iyi bir şekilde cevap verebilmek amacıyla zilyetliğin bütün hallerinde ayırım gözetilmeden hasarın geçeceği kabul edilmiştir. Bu düzenlemede Alman BGB 446²⁸'dan farklı olarak zilyetliğin devri ibaresine yer verilmiştir.

Alman Medeni Kanununun hasarın geçişini düzenleyen 446. paragrafında yararın ve hasarın satım konusunun zilyetliğinin teslimi ile mümkün olacağına yer verilmiştir. Burada zilyetliğin sadece devir hallerinden birine yer verilmediği, bilakis diğer devir halleri de kanun metninde yer alan “*die Übergabe der Besitz*” ifadesinin içinde olduğu doktrin tarafından da kabul edilmektedir²⁹. Teslim, satılanın karşı tarafa doğrudan zilyetliğinin sağlanmasıdır³⁰. Buradan hareketle teslim, satım konusu şey üzerinde fiili hâkimiyetin sağlanmasını ifade eder. Böylece, alıcıya şey üzerinde fiilen tasarruf imkânı sağlanmış olur³¹. Teslim alıcıya satım sözleşmesinin bir gereği olarak verilmesi gereklidir. Bunun karşısında, mülkiyetin geçirilmesi amacıyla verilmesine gerek yoktur³². Eğer satıcı ile alıcı anlaşmışlarsa, satıcının satım konusunu üçüncü bir kişiye intikalini konu alan mesafe sözleşmelerinde de geçerlidir³³.

Mecelle’de de, hasarın geçişini düzenleyen bir maddeye yer verilmiştir. Mecelle’nin 293. maddesinde, satılan şeyin teslimden önce satanın elinde yok olması halinde hasar riski satıcıdadır³⁴. Burada sözleşme ile mülkiyet alıcıya geçmekle birlikte, hasar riskinin, malik sıfatına sahip olan alıcıda değil, malı henüz teslim etmemiş olan satıcıda olduğu ifade edilmiştir. Bunların yanı sıra Mecelle’de yararın geçişi, hasarın geçişinden farklı düzenlenmiştir. Mecelle 236’da teslimden evvel satılan şeyde meydana gelen semere ve artışın alıcıya

²⁸ Alman BGB 446’da, yarar ve hasarın geçmesi için teslim (Übergeben) fiili aranmıştır. Ancak, kullanılan bu ibare zilyedliğin bütün intikal hallerini içine almaktadır.

²⁹ Saenger, Ingo; in: Schulze, Bürgerliches Gesetzbuch, 6. Auflage 2009, PN. 4; Faust; in: Beck’scher Online Kommentar, Hrsg. Bamberger/Roth, 01.02.2007, PN. 6-7; Westermann, PN. 7; Beckmann, s. 566; Erman/Grünwald, PN. 1-5.

³⁰ Westermann, PN. 7; BGH NJW 1983, 627vd; BGH NJW 1996, 587.

³¹ Schönle, PN. 69; Keller/Siehr, 15; Honsell, 33.

³² Saenger, PN. 4; Erman/Grünwald, PN. 5; Yavuz, 87.

³³ BGH ZIP 1996, 714.

³⁴ “*Mebii kabl’el –kabz bayiin yedinde müşterinin sun’u olmaksızın telef olsa müşteri hakkında bir şey tereddüb etmeyip zararı bayie ait olur*” Bkz. Kaşıkçı, Osman; İslam ve Osmanlı Hukukunda Mecelle, Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayınları, İstanbul 1997, 372.

ait olacağına yer verilmiştir³⁵. Bu düzenlemesiyle, Mecelle dördüncü bir sistem ortaya koymuş gibidir³⁶. Mecelle, hasarın geçişi konusunda, değiştirilen sistemden farklı olarak, satıcının elindeki malı bir an önce alıcıya ulaştırmaya zorlayan etkisinden dolayı bir adım önde olduğu görülmektedir³⁷.

Söz konusu bu değişiklik Roma Hukukundan İsviçre Hukukuna oradan da bize geçen “periculum est emptoris”, yani hasar alıcıya aittir kuralı sebep olduğu birçok olumsuzlukla birlikte terk edilmiştir. Hasarın bu şekilde geçişi, hasardan satıcının mesul olacağı kuralını da beraberinde getirmiştir. Şöyle ki, zilyetliğin teslimine kadar hasar satıcıya ait olacaktır. Satıcı da mala herhangi bir zarar gelmemesi için elinden gelen çabayı sarf edecektir³⁸.

Bir şey üzerinde zilyetliğin devri için mutlaka o şeyin teslimi şart değildir. Teslim genel anlamda bir eşyanın aynının karşı tarafa verilmesidir. Bununla beraber, satım akdinde taraflar zilyetliğin dolaylı olarak karşı tarafa naklini öngören halleri de kararlaştırabilirler.

1. Zilyetliğin Teslim Yoluyla Nakli

a. Eşyanın (aynının) teslimi ile zilyetliğin nakli

Zilyetliğin naklinin en yaygın olan şekli budur. Burada eşyanın kendisi karşı tarafa teslim edilmektedir. Teslim eşyanın madde itibarıyla yeni zilyedin eline verilmesi şeklinde olabileceği³⁹ gibi eşyanın zilyedin iktidarına terk edilmesi şeklinde de olabilir. Malın zilyedliği kazanacak kişinin eline verilmesi ve onun mal üzerinde hâkimiyeti kullanacak duruma sokulması teslim teşkil eder. Elden ele vermek suretiyle gerçekleşen teslimde, ancak önceki zilyedin malı alan kişiyi zilyet kılmak arzusu bulunduğu oranda, zilyetliğin devri söz konusu olur. Eğer malı diğerine veren önceki zilyedin, malı alanı zilyet kılmak arzusu yoksa zilyetliğin devri söz konusu olmaz⁴⁰. Buradan hareketle, taşınır eşya üzerinde fiili hâkimiyet kurmasına yarayacak şekilde zilyetliği iktisap edecek kimsenin eline verilmesi teslim olduğu gibi, satılan veya kiralanmış gayrimenkul üzerinde alıcı veya kiracının fiili hâkimiyetini kuracak bir hale getirilmesi de teslimdir⁴¹.

³⁵“ Ba’del akit ve kabl’el kabz mebi’de hâsil olan semere ve ziyade müşteriye ait olur”(Mecelle, m. 236).

³⁶ Ansay, Sabri, Ş; “Menkul Mallarda, Mülkiyetin ve Hasarın İntikali Hakkında Muhtelif Sistemler Arasında bir Mukayese, AÜHFD, C. 10, 1953, 456.

³⁷ Ansay, 456.

³⁸ Akıntürk, 114.

³⁹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 65.

⁴⁰ Eitel, P/Arnet, R; in: Handkommentar Schweizer Privatrecht, Zürich 2007, 1083-1084.

⁴¹ Ünal, M/Başpınar, V, Şekli Eşya Hukuku, 3. Bası, 2007 Ankara, 149; Oğuzman, M.K/Seliçi, Ö/Oktay-Özdemir, S; Eşya Hukuku İstanbul 2006, 65-66.

b. Araçların Teslimi İle Zilyetliğin Devri

Zilyetlik, eşyanın yalnız aynının teslimi ile değil aynı zamanda onun üzerinde fiili hâkimiyet kurmaya yarayan ve yeten araçların teslimi ile de nakledilebilir⁴². Zilyetliğin bu devir şekli daha çok insan gücünün eşyanın aynını karşı tarafa nakletmeye yetmediği hallerde söz konusudur. Bu durum TMK m. 977'de, " Şey üzerindeki hâkimiyeti sağlayacak araçların, edinene teslimi... halinde..." zilyetliğin geçeceğini hükme bağlamıştır⁴³. Buradan hareketle bir evin veya otomobilin anahtarının karşı tarafa verilmesi ile eşya üzerindeki zilyetlik devredilmiş olur. Ancak bu suretle zilyetliğin naklinin gerçekleşebilmesi için araçları teslim alan kimsenin hiçbir engelle karşılaşmadan, aracı teslim edilen eşya üzerinde fiili hâkimiyetini kurabilmeli ve onu dilediği zaman kullanabilmelidir. Aksi halde zilyetliğin bu şekilde nakli gerçekleşmez.

Satım sözleşmesinde satılanın üzerinde fiili hâkimiyet kurmayı sağlayan araçların alacaklıya teslimi ile birlikte yara ve hasar da alacaklıya geçer. Ancak alacaklı satım konusu üzerinde fiili hâkimiyeti hiçbir engelle karşılaşmadan kullanabilmelidir. Örneğin araba satımında anahtarların teslimi ile birlikte arabanın yara ve hasarı alacaklıya geçer. Ancak araba üzerinde haciz söz konusu ise arabayı kullanamaz. Bu durumda teslim gerçekleşmediği için zilyetliğin nakli de gerçekleşmemiştir.

c. Fiili Hâkimiyet Kurmaya Yarayan Anlaşma İle Zilyetliğin Devri

Bir şeyin zilyetliğinin devri genel olarak basit bir anlaşma ile karşı tarafa geçmez. Ancak bazı hallerde eşya üzerindeki zilyetlik bir anlaşma ile karşı tarafa geçer. Bu genellikle eşyayı fiilen elinde bulunduranın zilyetlik sıfatının değişmesi ile olmaktadır. Bu tür hallerde zilyetliğin nakli için tarafların anlaşmaları yeterlidir. Buna zilyetlik anlaşması denir. İşte yarar ve hasar da bu anlaşmanın yapılması ile karşı tarafa geçer⁴⁴.

Yukarıda sözü edilen durum daha ziyade kısa elden teslim hallerinde mümkündür. Kısa elden teslimde eşyayı halen elinde bulunduranın zilyetlik sıfatı değişir. Mesela bir eşyanın sahibi, daha evvel fer'i veya başkası için zilyet olarak eşyayı elinde bulundurana satması veya bağışlaması hallerinde durum böyledir. Bu gibi durumlarda zaten eşya daha evvel karşı tarafa teslim edilmiştir. İkinci bir teslimde gerek kalmaksızın eşyanın zilyetliğinin nakli zilyetlik anlaşması ile birlikte karşı tarafa intikal eder. Burada intikal eden asli zilyetliktir. Satım sözleşmesinde de daha evvel karşı tarafa devredilen ve fer'i zilyet kılınan kişiye daha sonra zilyetliğin konusu olan şeyin satımı ile birlikte

⁴² Ünal/Başpınar, 149.

⁴³ Oğuzman /Seliçi /Oktay-Özdemir, 66.

⁴⁴ Oğuzman /Seliçi /Oktay-Özdemir, 67; Ünal/Başpınar, 150.

fer'i zilyet asli zilyet olur. İşte bu durumu gerçekleştiren anlaşmanın yapılması ile yarar ve hasar da karşı tarafa geçer.

1. Zilyetliğin Teslimsiz Nakli

a. Zilyetliğin Temsilci Aracılığı İle Nakli

Eşya üzerindeki zilyetlik, bizzat onu iktisap eden tarafından değil de onun temsilcisi tarafından teslim alınacak olursa zilyetlik asıl iktisap edene temsilci aracılığı ile nakledilmiş olur. Bu durum TMK. m. 978'de düzenlenmiştir. Buna göre, “ temsilciye yapılan teslim, temsil edilene yapılmış gibi zilyetliği geçirir” hükmü ile düzenlenmiştir. Burada düzenlenen hususlar, hem rızai hem de kanuni temsil hükümlerde geçerlidir. Ancak temsilin doğrudan temsil türü söz konusu olmalıdır. Dolaylı temsilde söz konusu durum gerçekleşmez. Çünkü bu temsil şeklinde temsilci önce kendisi iktisap eder, sonra temsil olunana zilyetliği geçirir. Ancak temsilci veya temsil olunan sıfatlarıyla hareket etmek arasında bir fark olmadığı hallerde, BK. m. 32/II (TBK. m. 40/II) kıyasen uygulanabilir⁴⁵.

Satım sözleşmesinde asıl iktisap eden kişi kendine has durumlar sebebiyle satım konusu şeyi temsilcisi tarafından iktisap edeceği hallerde, kişinin temsilcisine yapılan teslim zilyetliğin devrini asıl iktisap edene geçirmeye yetecektir. İşte bu durumda temsilciye teslimle birlikte zilyetlik, yarar ve hasar asıl iktisap edene geçer. Ancak burada anılan temsil sistemi doğrudan temsildir. Bunun yanı sıra eğer satıcı için hukuki işlemin temsil olunan veya temsilci arasında yapılmasının herhangi bir farkı bulunmuyor ise, hukuki işlemin yani satım sözleşmesinin hukuki sonuçları doğrudan doğruya temsil olunana ait olur.

b. Zilyetliğin Hükmen Teslim Yoluyla Nakli

Zilyetliğinde bulunan bir şeyi başkasına devreden kimse, o şeyi bu defa kira, hizmet, istisna, vedia, intifa, velayet hakkı gibi özel bir sebebe dayanarak elinde tutuyorsa mülkiyetle birlikte vasıtalı asli zilyetlikte karşı tarafa geçer. İşte böyle hallerde, temlik edenin herhangi bir sıfatla eşya üzerindeki zilyetliğinin değişip devam ettiği, asli zilyetliğin ise başkasına geçtiği hallere “hükmen teslim” denir⁴⁶. Hükmen teslimle zilyetlik, herhangi bir teslim işlemine gerek kalmadan karşı tarafa geçmektedir. Fakat bununla sanki teslim yapılmış da bilahare eşya teslim edene özel bir sebeple iade edilmiş gibi bir durum hâsıl olmaktadır.

Satım sözleşmesinde temlik eden (satıcı) malın asli zilyetliğini karşı tarafa geçirmek için alıcı ile yaptığı anlaşma anında hem satıcının asli yükümlülüğü olan satılanın mülkiyeti karşı tarafa geçmiş olur hem de yarar ve hasar

⁴⁵ Ünal/Başpınar, 153; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 68.

⁴⁶ Ünal/Başpınar, 154; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 69.

alıcıya geçer. Satıcının satılanın fer'i zilyetliğini özel bir sebep dayanarak elinde tutması yarar ve hasarın geçişini etkilemez. Satılan, özel bir duruma dayanarak elinde tutan kişinin hâkimiyetinde iken hasara uğrarsa bunu alıcı karşılayacaktır.

c. Zilyetliğin Havale Yoluyla Nakli

Zilyetliğin bu devir şeklinde, vasıtalı zilyedin, zilyetliğini sözleşme ile vasıtasız zilyetten başka birine nakletmesidir. Bu tür devirden bahsedebilmek için öncelikle eşya üzerinde vasıtalı ve vasıtasız dereceli zilyetlik kurulmalıdır. Zilyetliğin havale yoluyla tesliminde tarafların aralarında yapacakları anlaşma ile vasıtalı zilyetliğin vasıtasız zilyet dışındaki bir üçüncü kişiye geçirilmesidir⁴⁷. Zilyetliğin havale yoluyla devrinde vasıtalı zilyet ile üçüncü şahıs arasında söz konusu devir konusunda anlaşma yapılmalıdır. Ayrıca bu anlaşmanın da vasıtasız zilyet açısından hüküm doğurabilmesi için kendisine ihbar edilmesi gerekir (TMK. m. 979/II). Söz konusu ihbarın ise zilyetliği nakleden tarafından gerçekleştirilmesi lüzum ifade eder. Zilyetliği nakledenin dışında zilyetliği iktisap eden veya üçüncü bir şahıs tarafından gerçekleştirilecek ihbar geçersizdir. Vasıtasız zilyedin yapacağı ihbar, zilyetliğin havale yoluyla gerçekleşmesini sağlayan anlaşmanın geçerlik şartıdır. Ancak bu şart sadece vasıtasız zilyet yönünden arandığından nasbidir.

Satım sözleşmesinde de, malını başkasına kiraya veren vasıtalı zilyet satıcı, alıcıya vasıtasız zilyetliği devretmesi konusunda anlaşmaya vardığı anda yarar ve hasar da alıcıya geçer. Ancak durumun vasıtasız zilyet durumunda bulunan kiracıya ihbar edilmesi gerekir. Burada önemli olan tarafların anlaşmasıdır. Vasıtasız zilyedin rızası burada aranmaz. Sadece kendisine yapılan işlem bildirilir. Ancak söz konusu havale işlemi bildirilmezse anlaşmada geçerli olmayacağından satıma konu eşyanın vasıtalı zilyetliği de alıcıya geçmez.

d. Zilyetliğin Emtia Senetlerinin Teslimi İle Nakli

Umumi mağazalar ve nakliyeciler kendilerine teslim edilen eşyayı temsil etmek üzere çıkardıkları senetlere "emtia senetleri" adı verilir. Bu senetler kıymetli evrak niteliğindedirler. Bu senetler, nama, hamiline ve emre muharrer olarak çıkarılabilirler. Bundan dolayıdır ki, bu senetlerde yazılı olan haklar, içinde yazılı olduğu seneden ayrı olarak devredilemezler ve başkalarına karşı ileri sürülemezler. Emtia senetleri yardımı ile eşyaların zilyetliklerinin devri mümkündür. Bu devir şekli havale yoluyla devrin değişik bir şeklidir. Burada vasıtalı zilyet durumunda olan malik vasıtasız fer'i zilyetliği umumi mağaza ve nakliyecide olan eşyanın vasıtalı asli veya fer'i zilyetliğini başkasına nakletmektedir⁴⁸.

⁴⁷ Ünal/Başpınar, 158-159; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 71.

⁴⁸ Ünal/Başpınar, 160-161; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 73-74.

Satım sözleşmesinde de, satıcı umumi mağazada bulunan narenciyeyi başka bir tüccara satmak istediğinde narenciyeyi temsil eden ve umumi mağaza sahibi tarafından kendisine verilen emtia senedini alıcıya teslim ettiğinde. Narenciyenin asli zilyetliği umumi mağaza sahibinden çıkarak alıcıya geçer. İşte burada. Tarafların emtia senedinin devri konusunda anlaşmaları anında yarar ve hasar alıcıya geçer. Emtia senetlerinin devrinden sonra umumi mağazayı sel basması halinde narenciyenin zarar görmesine alıcı katlanmak zorundadır. Çünkü emtia senetlerinin devri ile yarar ve hasar alıcıya intikal etmiştir.

C. ALACAKLININ TEMERRÜDÜ

Taşınır satışlarında alacaklı alacağını kendine sunulan uygun bir vakitte almamış veya ifa için gerekli hazırlık hareketlerinden kaçınmış ise, bu durumlarda alacaklının temerrüdü söz konudur. Kanun koyucu, burada alacaklının kendi fiilinden sorumlu olması gereğince satılanın yarar ve hasarının alıcıya ait olması gerektiğini kabul etmiş bulunmaktadır. Alacaklının temerrüdünde, alacaklı ifayı kabulden kaçındığı andan itibaren yarar ve hasar kendisine intikal eder. Yani henüz mal satıcının elinde iken hasara uğramışsa bu hasara alıcı katlanır. Söz konusu bu hüküm Alman BGB 446/II'de de yer almaktadır⁴⁹.

D. GÖNDERİLECEK BORÇ OLMASI HALİNDE

Yeni Borçlar Kanunda hasarın intikali konusunda üçüncü fıkra olarak mevcut düzenlemede bulunmayan bir hüküm eklenmiştir. Buna göre, “*Satıcı alıcının isteği üzerine satılanı ifa yerinden başka bir yere gönderirse, yarar ve hasar, satılanın taşıyıcıya teslim edildiği anda alıcıya geçer*” hükmüne yer verilmiştir. Söz konusu hükümlerle ülkemizde de yürürlüğe girecek olan Viyana Satım Sözleşmesinin 67. Maddesinde düzenlenen “*Gönderme borcu doğuran satım sözleşmelerinde hasarın intikali*” hükmüyle paralellik sağlanmaya çalışılmıştır. Bunun yanı sıra, Alman BGB'nin 447. Paragrafında da aynı düzenleme bulunmaktadır.

CISG⁵⁰ anlamında, gönderme borcu içeren satım sözleşmelerinde hasarın intikali anı, malın ilk bağımsız taşıyıcıya teslimi anıdır⁵¹. Teslim yeri ise genelde, taşıyıcının işyeri olacaktır. Meselâ, işyeri Roma'da olan bir satıcının malı Hindistan'daki alıcısına ulaştırmak için taşıyıcıya teslim etmesinden itiba-

⁴⁹ Ermann/Grünwald, PN.II; Grünwald, Barbara; Kaufrecht, Köln 2006, 126-127, PN. 42; Westermann, PN.8; Lorenz, Stephan; Schuldrecht II, Besonderer Teil, München 2010, 16; Hager, 55.

⁵⁰ Çalışmamızda, Viyana Satım sözleşmesi İngilizce başlıkların kısaltması olan (CISG) olarak anılacaktır.

⁵¹ Acar, Hakan, Uluslar arası Satışlarda Hasar Riskinin Geçışı, İstanbul 2009, 88.

ren hasar alıcıya geçer⁵². Malın alıcının eline geçene kadar uğrayacağı hasarlara alıcı katlanacaktır. Mal bu sırada telef olsa dahi semeni ödemek zorundadır.

Hasarın intikalinin düzenlendiği bu maddenin ikinci fıkrasında, bir adım daha ileri gidilerek, malın belirli bir yerde taşıyıcıya teslim edilmesi gerektiği hallerde bu gerçekleşene kadar hasarın intikal etmeyeceği düzenlenmiştir. Bu maddenin düzenleniş amacı uluslar arası ticarete sıkça kullanılan CIF/FOB⁵³ satımlar dikkate alınmıştır. Mesela, Köln'de bulunan satıcının, Marsilya'daki alıcı için gönderdiği malını Hamburg limanında taşıyıcıya teslim etme borcu varsa, (FOB Hamburg), bu ana kadar semen hasarını satıcı taşır⁵⁴. Bu durumda hasara taşımının bir bölümünde satıcı katlanacaktır, diğer bölümünde ise alıcı katlanacaktır.

Satım sözleşmesinin konusu çeşit borcu ve taşıyıcıya teslim edilmiş olmasına henüz ayırma, sözleşmeye özgüleme, gerçekleşmemişse CISG m. 67/II gereğince hasar, ancak, ayırmanın gerçekleşmesi ile alıcıya geçer⁵⁵. Yukarıda verilen örnekte, Hamburg limanına gönderilecek buğdayların sözleşmeye özgülenmesi ile hasar alıcıya geçer. Sözü edilen ayırma ve özgülemenin nasıl yapılacağı konusunda CISG'da herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bu konuda taraflara serbesti tanınmıştır⁵⁶. Söz konusu hükme göre mal, “*ayırt edici işaretler, taşıma belgeleri, alıcıya yapılacak bildirim veya diğer herhangi bir yolla açıkça sözleşmeye tahsis edilmediği sürece hasar alıcıya geçmez*”. Burada kanun koyucu, satıcının gönderme borcu içeren sözleşmelerde teslim borcunu gereği gibi ifa etmiş sayılacağı ana kadar hasarın alıcıya geçmesini geciktirmektedir. Mallar tahsis anından itibaren hasar da alıcıya geçer. Burada ayırmanın etkisi ileriye dönüktür. Ayırmaya kadar hasar alıcıya aittir⁵⁷.

⁵² Erdem,Ercüment; Sif Satışlar, İstanbul 1999, 187 vd.

⁵³ CIF: İngilizce, “Cost, Insurance, Freight” kelimelerinin kısaltılmasıdır. Cost, mal değeri, Insurance, sigorta primi, Freight, taşıma (navlun) ücreti anlamına gelmektedir. FOB: Uluslar arası ticarete gemi güvertesinde teslim manasına gelen Free on Board kavramının kısaltılmış şeklidir.

⁵⁴ Hager; in: Schlechtriem, P/Schwenzer, I; Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht-CISG-, 4. Auflage, München 2004, Art, 67 N. 6.

⁵⁵ Imberg, Alexander; Die Verteilung der Beweislast beim Gefährübergang nach UN-Kaufrecht, Frankfurt a. M. 1998, 154 vd.

⁵⁶ Atamer, Yeşim; Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Anlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, 266.

⁵⁷ Herbert, R/Czerwenka, B; Internationales Kaufrecht, Kommentar zu dem Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 11. April 1980 über Verträge über den internationalen Warenkauf, München 1991, Art. 67 N. 10; Schlechtriem /Schwenzer/Hager, Art. 67, N. 10; Staudinger/Magnus, Art 67, N. 27.

IV. GAYRİMENKUL SATIMLARINDA HASARIN İNTİKALİ

Yürürlükte olan BK m. 216'da yarar ve hasarın geçişi için kural olarak sözleşmenin kurulmasını aramaktadır. Ancak eğer satılanın teslimi için bir süre tayin edilmişse, yarar ve hasar bu süre dolmadan önce alıcıya geçmez⁵⁸. Bu hüküm, bizim hukuk sistemimizde pek uygulama alanı bulamamaktadır. Çünkü kabul edilen ve uygulanan gayrimenkul satım sözleşmesini tapu memuru düzenlediği için sözleşmeyi yapar yapmaz hemen tescile girişilecektir. Tescille mülkiyet ve dolayısıyla da yarar ve hasar da alıcıya geçecektir⁵⁹. Bu uygulama bizim hukuk sistemimizde ancak ihtiyari açık artırmalarda uygulama alanı bulabilmektedir. Çünkü bu tür sözleşmelerde akit ihale ile tamamlanır. Ancak mülkiyet tescille geçer. Ayrıca tescil için belli bir süre konmuşsa, yarar ve hasar ancak bu sürenin dolmasından sonra alıcıya geçer⁶⁰. Söz konusu bu hüküm, teslimin tescilden sonra yapılmasının kararlaştırılması halinde de uygulanmalıdır.

Yukarıda anlatılanlara ek olarak, söz konusu BK m. 216 hükmünde öngörülen istisnai durum, münhasıran tapuya kayıtlı bulunan gayrimenkuller hakkında caridir. Tapuya kayıtlı olmayan gayrimenkuller ise, Türk hâkiminin yarattığı hukuk kaidesi gereğince menkul eşyaya tabi tutulmuştur. Bundan dolayıdır ki, bu tür gayrimenkullerin satımında mülkiyetin değil zilyetliğin devri aranır⁶¹. Tapuya kayıtlı olmayan gayrimenkuller için menkul hükümleri kıyasen uygulandığından, bu tip gayrimenkuller için belli bir süre de kabul edilse BK. m. 183 gereği hasar akdin kurulduğu andan itibaren alıcıya geçer⁶².

Uygulamada bu hüküm hakkında doktrinde fikir ayrılıkları bulunmaktadır. Bir görüşe göre⁶³, taşınmaz satımı sözleşmesi gereği tapuda gerekli tescil muamelesinin yapılmadığı durumlarda uygulama alanı bulabilir. Diğer bir görüş ise⁶⁴, taşınmaz tesliminin, tescilden daha sonraki bir zamana bırakıldığı durumlarda da uygulanmalıdır. Bu görüşe göre, tescil ile taşınmazın maliki olan alıcı, taşınmazı fiilen teslim almak için bir süre kararlaştırılmışsa bu süre

⁵⁸ Tandoğan, 268.

⁵⁹ Akıntürk, 126; Bilge, 86; Feyzioğlu, 87.

⁶⁰ Tandoğan, 268.

⁶¹ Akıntürk, 127; Karayaçın, Y., Tapuya Kayıtlı Olmayan Gayrimenkuller Hakkında Son Tevhidi İçtihat Kararı Münasebetiyle, AÜHFD. 1948, S. 53, 21 vd

⁶² Akgün, Z.; Gayrimenkul Satış Vaadi ve Gayrimenkul Bey'inde Hasar, AD, 1953, S. 5, 460.

⁶³ Tunçomağ, K., Borçlar Hukuku, C. II, Özel Borç İlişkileri, 3. Bası, İstanbul 1977, 278.

⁶⁴ Serozan, R. (Hatemi, H/Arpacı, A); Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 2002, 123; Tunçomağ, 280.

sona ermiş olmadıkça taşınmazın yararına sahip olmayacak ve hasar da geçmeyecektir. Bu görüş TBK tasarısı hazırlanırken temel alınmıştır⁶⁵.

6098 sayılı TBK m. 208. maddesinde genel yarar ve hasarın geçişi kuralında, “...taşınmaz satışlarında hasar ise tescil anına kadar satıcıya aittir” kuralı getirilmiştir. Buradan hareketle tescille birlikte gayrimenkul satımlarında yarar ve hasar alıcıya geçecektir. Başka bir deyişle, tescil anına kadar edim hasarına satıcı katlanır. Tescil anından itibaren ise edim hasarı alıcıya geçer aynı zamanda bedel hasarı da alıcı üzerindedir. Çünkü bedel hasarının alıcıya geçebilmesi için edim hasarının kendisine geçmiş olması gerekir. Bu hükme ek olarak m. 245’de gayrimenkul satımlarında yarar ve hasarın geçişine ilişkin özel bir hükme yer verilmiştir. Buna göre, “*Satılanın tescilden sonraki bir zamanda alıcı tarafında teslim alınması için sözleşmeyle bir süre belirlenmişse, onun yarar ve hasarı, alıcıya teslimle geçer. Bu hüküm, alıcının satılanı teslim almada temerrüde düşmesi durumunda da uygulanır. Bu sözleşmenin geçerliliği yazılı olarak yapılmasına bağlıdır*” hükmüne yer verilmiştir. Bu hüküm genel olarak düzenleme yapan m. 208 karşısında uygulama alanı olarak dar kalmaktadır. Çünkü tapuda alıcı adına yapılan tescil işlemi taşınırlarda zilyetlik ve mülkiyetin devri sonucunu doğuran tasarruf işlemi görevini görmektedir.

Bu düzenlemede Alman BGB 446 temel alınmıştır. Taşınır satımının aksine burada “zilyetliğin devri” yerine “teslim”in temel alınması manidardır. Çünkü satıcının teslim borcu daha dar anlam taşır⁶⁶. Satım aktinin mahiyeti icabı satıcının borcu, satılanı, aynen ve vasıtasız bir şekilde alıcının eline vermektir. Bundan dolayıdır ki, zilyetliğin her nakil çeşidi, satım sözleşmesindeki teslim borcunu yerine getirmeğe yetmez. Çünkü teslim borcu mülkiyetin nakil borcunun bir sonucudur⁶⁷. Ayrıca, teslim malın, zilyetliği kazanacak kişinin eline verilmesi ve onun mal üzerinde hâkimiyeti kullanacak duruma sokulmasıdır⁶⁸. Ancak sözleşmede, satılanın ancak teslim değil de zilyetliğin hangi suretle olursa olsun nakli kararlaştırılmışsa, o durumda kabul edilebilir⁶⁹. Buna karşın satıcının borcu, sözleşmesinin niteliği gereği satılanı aynen ve vasıtasız

⁶⁵ Yavuz, 194.

⁶⁶ Arslanlı, Halil; Ticari Bey, 3. Bası, İstanbul 1952, 48; Kalpsüz, 144.

⁶⁷ Tandoğan, C. I/I, 99; YHGK., T. 13.11.1957, E. 4-80/ K. 77; “Satıcı, sattığı malı alıcıya teslim etmek ve malın mülkiyetini devretmekle mükelleftir. Gerçekten mevcut olmayan bir gayrimenkule ait tapu kaydının satıcıdan alıcıya geçirilmesi halinde malın teslimi borcu yerine getirilemeyeceğinden, konusunun imkânsız olması itibarıyla akit BK m. 20 uyarınca hükümsüzdür”, naklen Olgaç, Senai; Kazai ve İlmi İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu ve Hususi Kanunlar, C. II, İstanbul 1966, 2 Not. 5.

⁶⁸ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 65.

⁶⁹ Yavuz, 45-46.

olarak alıcının eline geçmesini sağlamaktır⁷⁰. Ancak, her ne kadar gerekçede bu konudan bahsedilmese de bunun sebebi, alıcının malik olmakla birlikte, taşınmaz üzerinde fiili hâkimiyetini sağlayana kadar yarar ve hasara satıcının katlanmasını sağlamak olduğu görülmektedir. Yani burada kanun koyucunun muradı, zilyetliğin naklini dar yorumlayıp teslim şeklini tercihtir. Böylelikle satılan üzerinde alıcının fiili hâkimiyet kurması amaçlanmaktadır. Örneğin evini satışa çıkaran satıcı evi alıcıya sattıktan iki ay sonra ancak teslim edebilecek ise, bu durumda teslim kadar evin yarar ve hasarına satıcı kendisi katlanacaktır.

V. KURALIN UYGULANMA İSTİSNALARI

818 sayılı Kanunun m. 183'te öngörülen hasarın geçişine ilişkin kural emredici değildir, aksi kararlaştırılabilir. Aynı şekilde 6098 sayılı Kanunun yarar ve hasarın geçişine ilişkin maddelerinin aksi kararlaştırılabilir. Bu kuralın istisnaları kanun metninde yer almaktadır. Bk m. 183'te "*Halin icabından veya hususi şartlardan mütevellit istisnaların maadasında...*" hükmü yer almaktadır. Bu hükmün istisnaları arasında tarafların kararlaştırabilecekleri istisnalar yer almıştır. Ancak doktrin de eleştirilen bir durum olan "kanundan doğan istisnalara" yer verilmemiştir. Kanundan doğan en önemli istisna, borçlunun temerrüdüdür.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda, doktrinde yapılan eleştiriler göz önüne alınmış yarar ve hasarın geçişini düzenleyen m. 208'de yer verilmiştir. Buna göre, "*Kanundan, durumun gereğinden ve sözleşmede öngörülen özel koşullardan doğan ayırık haller dışında...*" hükmüne yer verilerek gerekli düzenleme yapılmıştır.

A. Kanundan Doğan İstisnalar

Kanundan doğan istisna satım sözleşmesinde temerrüttür. Satıcı kendisine düşen, edimleri yerine getirmeyip ifada gecikmiş ise, hem temerrüdün sonucunu hem de temerrüt esnasında vuku bulan umulmayan halin zararlı sonuçlarından da sorumludur. Gerçektende, satıcı mütemerrid olduğu bir dönemde, deprem sonucu satım konusu yok olsa bile bunu karşılamakla yükümlüdür.

Hasarın alıcıya intikal etmeden satıcıda kalması için satıcının mütemerrit olması yeterlidir. Temerrüt durumunun tespitinde BK'nun temerrüt ile ilgili hükümleri uygulanır. Temerrüt halinde hasar satıcıya geçmekle birlikte, kanun koyucu satıcıyı bu durumdan kurtulma imkânı tanımıştır. Bunlar, BK m. 102/II (TBK m. 119/II), "*Borçlu, temerrüde düşmekte kusuru olmadığını veya borcunu zamanında ifa etmiş olsaydı bile beklenmedik halin ifa konusu şeye zarar*

⁷⁰ Tandoğan, C. I/I, 118-119; Kalpsüz, Turgut; Ticari Satışta İfa Mahalli, 1960, 144; Yavuz; 46.

vereceğini ispat ederek bu sorumluluktan kurtulabilir". Satıcı sorumluluktan kurtulabilmek için her iki hususu da ispat etmekle yükümlüdür⁷¹.

B. Durumun Gereğinden Doğan İstisnalar

Durumun gereği, sözleşmede hüküm bulunmayan hallede hasara satıcının katlanacağı hallerdir. Bunlar;

_Satılanın tesliminin satıcı yararına geciktirilmesi halinde, teslimine kadar hasara satıcı katlanır⁷².

_Satıcı tarafından alınan tedbirler sonucu, alıcının satılan üzerinde teslimine kadar tasarrufta bulunabilme veya muhtemel zararı önleme imkânına sahip olmaması halinde hasara satıcı katlanır⁷³.

_Satıcının seçim hakkına sahip olduğu seçimlik borçlarda, borçlanılan edimlerden birinin seçim hakkının kullanılmasından önce hasara uğraması halinde, hasara satıcı katlanır⁷⁴. Satıcı, hasara uğrayan şeyi seçtiğini belirterek bedelin ödenmesini talep edemez.

_Aynı şeyin birden çok kişiye satımı halinde, satıcı, semeni bunlardan hiç birinden alamaz. İkinci satım sözleşmesinin kurulmasıyla hasar, tekrar satıcıya geçer⁷⁵.

C. Sözleşmeden Doğan İstisnalar

TBK m. 208 emredici olmayan bir hukuk kuralıdır. Söz konusu bu kuralın aksi kararlaştırılabilir⁷⁶. Taraflar sözleşmeyle aralarındaki satım sözleşmesinde yarar ve hasarın analaşmayla geçeceğini kararlaştırabilirler.

Uluslar arası deniz aşırı satışlarda, hasarın geçişine ilişkin esaslar sözleşmeyle düzenlenir. Bu tür satımlarda taraflar genellikle, zilyetliğin geçirilmesi, satış bedelinin ödenmesi ve hasarın geçişi konularında uluslar arası ticarete kullanılan kayıtlara yer verirler. Bu konuda milletlerarası Ticaret Odası (ICC), uluslar arası sözleşmelerde kullanılan başlıca ticari kayıtların yorumuna ilişkin kurallar taşımaktadır. Bu kurallar, en son 2000'da revize edilen ICC'nin 560 numaralı yayınında yer almaktadır⁷⁷. Söz konusu bu kurallar, taşıma

⁷¹ Akıntürk, 170; Tandoğan, 483.

⁷² Tandoğan, 111-112; Akıntürk, 152-153; Keller/Siehr, 27; Aral, 78.

⁷³ Keller/Siehr, 27; Aral, 78;

⁷⁴ Tandoğan, 112; Schönle, Art. 185, N. 64; Honsell, 49; Aral, 79; Koller, Alfred; in: Basler Kommentar (Honsell/Vogt/Wiegand), Art. 185, PN. 39, 1100.

⁷⁵ Tandoğan, 112; Schönle, Art. 185, N. 65; Honsell, 49; Aral, 79; Koller, Art. 185, PN. 39, 1100.

⁷⁶ Aral, 79; Yavuz, 63.

⁷⁷ Acar, 58; Koller, Art. 185, PN. 42, 1100; Erdem, Ercüment; Incoterms 2000, Hayri Domaniç'e Armağan, İstanbul 2001, 195.

masrafları ve sigorta yükümlerinden başka, taşıma esnasındaki hasarın geçişine ilişkin esasları da düzenlemektedir. Buna göre, SİF ve FOB satışlarda hasar, satılan malın yükleme limanında geminin küpeştesine geçtiği anda alıcıya geçer⁷⁸.

Franko (masrafsız) temsil kaydı, tek başına hasarın geçişine ilişkin anlaşma sayılmaz ve hasarın teslimine kadar satıcıda olduğu anlamına gelmez. Söz konusu bu kayıt sadece taşıma masraflarına ilişkindir⁷⁹.

SONUÇ

Satım sözleşmesi, hasarın intikali konusunda ortaya çıkan haksızlıkların giderilmesi açısından doktrin tarafından uzunca bir zamandan beri eleştirilmekteydi. Bu konuda, “hasarın sözleşme ile intikaline ilişkin” kural, yürürlüğe girecek olan 6098 sayılı kanun ile daha adaletli olacağı düşünülen, “yarar ve hasarın zilyetliğin devri” kuralına yerini bırakacaktır. Türk Borçlar Kanununda, hasarın geçişi için iki önemli ön şart getirilmiştir. Bunlardan biri zilyetliğin devri diğeri alacaklı temerrüdüdür. Temerrüde düşen alacaklı hasara katlanmak zorundadır. Yeni düzenlemede, parça ve cins satımı ayrımı ortadan kaldırılmıştır. Buradan hareketle mevcut kanunda yer alan parça ve cins satımına ilişkin hasarın geçişi kuralları da berî olmuştur. Bunların yerine gönderilecek borç kavramı getirilmiştir. Burada kabul edilen görüş ise, Viyana Satım Sözleşmesi ile paralellik sağlanması açısından, “yarar ve hasarın geçişi, satım konusunun ilk satıcıya teslimi” ile gerçekleşeceği kabul edilmiştir.

Gayrimenkullerde ise, yarar ve hasar kural olarak tescille geçeceği kabul edilmiştir. Buradan hareketle, edim hasarı tescile kadar satıcıya ait olacaktır. Tescille birlikte, edim hasarı ve bedel hasarı alıcıya geçecektir. Bunun yanı sıra yine gayrimenkullerde, eğer tescilden sonra teslim için sözleşme ile bir süre tayin edilmişse, yarar ve hasar alıcıya, satım konusunun teslimi ile geçeceği kabul edilmiştir. Süre tayinini öngören sözleşmenin şekli, de yazılı olması gerekir. Buradaki şekil geçerlilik şeklidir.

⁷⁸ Schönle, Art. 185, PN. 76-77; Keller/Siehr, 26; Honsell, 51; Aral, 80; Koller, Art. 185, PN. 42, 1100; Atamer, Yeşim; Satım Sözleşmesinde Hasarın İntikali Anı; Prof. Dr. M. K. Oğuzman’a Armağan, İstanbul 2000, 163.

⁷⁹ Schönle, Art. 185, Art. 118; Keller/Siehr, 26; Honsell, 50; BGE 185 N. 83; Koller, Art. 185, PN. 43, 1100.

SATIŞ SÖZLEŞMESİNDE AYIPTAN DOLAYI SORUMLULUĞUN ŞARTLARI VE ALICININ SEÇİMLİK HAKLARI

Yrd. Doç. Dr. Melek YÜCE BİLGİN*

I. GİRİŞ

Satım sözleşmesinin varlığından itibaren, onunla birlikte ayıp kavramı da var olmuştur. Satıcı malın mülkiyetini devretme borcu ile birlikte, malı olması gerektiği gibi, hukukî ifadesi ile gereği gibi ifa etme borcu altındadır. Bu bağlamda, satım sözleşmesine dayalı olan bu borcunu yerine getirmeyen veya getiremeyen borçlu satıcının borca aykırı davranmış olacağı açıktır.

Hukukî düzenlemelere ihtiyaç, kurumun ne kadar sıklıkla karşımıza çıktığı ile doğru orantılıdır. Satıcının ayıptan doğan sorumluluğu, belirtildiği üzere, uygulamada çok karşılaşılmaya bağlı olarak, neredeyse hukuk düzenlerinin başlangıcından itibaren özel düzenlemelere konu olmuş ve olmaya devam etmektedir.

Daha önceden alıcı ile satıcı arasında bir nebze de olsa bir denge içinde olan sistem, günümüzde satış ağlarının genişlemesine ve teknolojisine bağlı olarak, ibre birazcık da olsa alıcı lehine kaymaya başlamıştır. Bu çerçevede yeni düzenleme olan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile de bu konuya ilişkin çeşitli değişiklikler yapılmıştır.

Biz tebliğimizde, asıl olarak satıcının ayıptan doğan sorumluluğuna gidebilmek için hangi koşulların gerçekleşmiş olmasını ve daha sonra da bu sorumluluğun şartlarının oluşmasına bağlı olarak alıcının ne gibi haklara sahip olacağını açıklayacağız. Temel konu bu olmakla birlikte, konuya giriş niteliğinde olmak üzere ayıbın türleri kısaca açıklanacak; daha sonra da şartları oluşmamasına rağmen, genel hükümler çerçevesinde alıcının sahip olabileceği haklar değerlendirilecektir.

II. AYIP

Ayıp, en basit hâli ile, aynı cinsten normal malda bulunması gereken iyi niteliklerin sözleşme konusu malda bulunmaması ya da bulunmaması gereken kötü niteliklerin bulunmasıdır. Mevcut kanunumuzdaki terminoloji ile satıcının

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

borçları içinde yer alan ayıba karşı tekeffül¹ ise, “*satılan şeyin satıcının zikrettiği vasıfları taşımasından veya bu şeyin değerini yahut akit gereğince ondan beklenen yararları azaltan veya kaldıran eksiklikleri bulunmasından satıcının sorumlu olmasıdır*”². Kanundan doğan bir sorumluluktur³ ve satıcının sorumlu tutulabilmesi kusurlu olmasına bağlı değildir⁴.

Konumuz olan ayıptan doğan sorumluluğun şartlarına ve kullanılabilen haklara geçmeden önce, ayıba ilişkin kısa bir değerlendirme yapılacaktır.

A. Ayıbın Sözleşmede Yer Alıp Almamasına Göre Yapılan Ayırım

Yürürlükte bulunan 818 sayılı Borçlar Kanununda yer alan ifadelere dayalı olarak yapılan ayırım, bir ayıbın sözleşmede yer alıp almamasına göre, “*lüzumlu vasıflarda ayıp*”⁵ veya “*zikir ve vaad edilen vasıflarda ayıp*”⁶ şeklindedir. Lüzumlu vasıflarda ayıp denilince, satın aldığımız ürünün ısınmaması, televizyonun sesinin olmaması; zikir ve vaad edilen vasıflarda ayıp denildiğinde

¹ Ayıptan doğan sorumluluğunun hukukî niteliği hakkındaki görüşler için bkz. **YAVUZ, C.**, Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu, İstanbul 1989, s.19 vd. (Satıcının Sorumluluğu).

² **TANDOĞAN, H.**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.I/1, B.6, İstanbul 1990, s.163.

³ “*Ayıba karşı tekeffül borcu, zapta karşı tekeffül gibi satıcının mülkiyeti geçirme borcunun tamamlayıcısıdır.*” **YAVUZ, C. – ÖZEN, B. – ACAR, F.**, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2007, s.197.

⁴ Kurumun diğer özellikleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **YAVUZ**, Satıcının Sorumluluğu, s.31 vd. ; **KELLER – SIEHR**, Kaufrecht, 3. Auflage, Zurich 1995, s.71 vd.

⁵ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **YAVUZ**, Satıcının Sorumluluğu, s.60 vd.; **YAVUZ - ÖZEN - ACAR**, s.97 vd.; **TANDOĞAN, C.I**, s.167 vd.; **BİLGE, N.**, Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri, Ankara 1971, s.76; **ZEVKLİLER, A.**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, B.8, Ankara 2004, s.117; **ZEVKLİLER, A. – GÖKYAYLA, E.**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, B.11, Ankara 2010, s.101; **ARAL, F.**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, B.8, Ankara 2010, s.115; **GÜMÜŞ, M. A.**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C.1, İstanbul 2008, s.123; **ŞAHİNİZ, S.**, Tacirler Arası Ticarî Satımlarda Satıcının Ayıplı İfadan (Ayıplı Mal Tesliminden) Sorumluluğu, Ankara 2008, s.45.

⁶ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **YAVUZ**, Satıcının Sorumluluğu, s.60 vd.; **YAVUZ - ÖZEN - ACAR**, s.109; **TANDOĞAN, C.I**, s.164 vd.; **BİLGE, s.75;** **ZEVKLİLER, s.116;** **ZEVKLİLER - GÖKYAYLA, s.101;** **ARAL, s.113 vd.;** **GÜMÜŞ, s.123-124;** **ŞAHİNİZ, s.52.**

de, yapışmayan ütü, buruşmayan gömlek gibi vaadlere⁷ karşılık ütünün ve gömleğin bu özellikleri taşımamasıdır.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, “*Ayıptan Sorumluluk*” başlıklı maddesinde biraz daha kapsamlı bir tanım yapma yoluna gitmiştir. Maddenin ilk fıkrasına göre, “*Satıcı, alıcıya karşı herhangi bir surette bildirdiği niteliklerin satılarda bulunmaması sebebiyle sorumlu olduğu gibi, nitelik⁸ veya niteliği etkileyen niceliğine aykırı olan, kullanım amacı bakımından değerini ve alıcının ondan beklediği faydaları ortadan kaldıran veya önemli ölçüde azaltan maddî, hukukî ya da ekonomik ayıpların bulunmasından da sorumlu olur.*”

Öncelikle zikir ve vaad edilen yerine “*alıcıya karşı herhangi bir surette bildirdiği*” ifadesi ile, kavram daha açık bir ifadeye kavuşmuştur. Bu anlamda, Türkçeleştirme yapılırken herhangi bir hukukî sıkıntı oluşmadan bu husus ifade edilmiştir.

İkinci olarak, sorumlu olunan lüzumlu vasıflardaki eksiklik hususu ise biraz daha karmaşık ifade edilmiştir. Burada ilk olarak, malın niteliğine aykırı olan ayıplardan sorumluluk söz konusu olacaktır ki, bu da doğaldır.

Burada farklı olarak, “*niteliği etkileyen niceliğe aykırı olan ayıp*” ifadesi kullanılmıştır⁹. Bilindiği üzere nicelik, yani miktar açısından eksiklik, kısmî ifa ile ilgili bir sorundur¹⁰. Satıcı taahhüt ettiği miktardan az bir miktarda mal teslim etmişse, kalan kısımda kısmî temerrüde düşmüş olur ve buna bağlı sonuçlar uygulanacağından satıcının kalan kısmı tamamlaması asıl olandır. Hâl böyle

⁷ “*Açık ve özel bir nitelik vaadi varsa, artık niteliğin (daha doğrusu nitelik eksikliğinin, yani ayıbın) önemli ve gizli olması şartı aranmaz.*” SEROZAN, R., Borçlar Hukuku Özel Bölüm, B.2, İstanbul 2006, s.142.

⁸ Gramer bakımından “... *niteliğine ... aykırı olan*” olması gerekiyor.

⁹ Bu husus İsviçreli kimi yazarlar tarafından “*Quantitätsmängel*” olarak ifade edilmektedir. GİGER, H., Kauf und Tausch – Die Schenkung in Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch Das Obligationenrecht, VI/2, Bern 1980, Art.197, No.67; HONSELL - VOGT - WIEGAND, Obligationenrecht I Art.1-529 OR in Basel Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, 3. Auflage, Basel 2003, Art.197, No.9. Bizde de SEROZAN, bu terimi “*nicelik ayıbı*” olarak kullanmaktadır. SEROZAN, s.139. Nitelik ayıbı anlamında kullanılan “*Qualitätsmängel*” terimiyle oldukça uyumlu olan “*Quantitätsmängel*” terimi, kanımızca bizde de, “*nitelik ayıbı*” ve “*nicelik ayıbı*” olarak ifade edilebilirdi. Bu şekilde bir terminoloji yaratılarak, içinin doldurulmasının doktrine bırakılması daha uygun olurdu diye düşünülmektedir.

¹⁰ “*Yeni eğilim nicelik (miktar) eksikliği (eksik ifa) ile nicelik ayıbı arasında kılı kırk yarmacayı yadsmakta ve her ikisini de aynı sözleşmeye aykırılık rejimine bağlamaktadır. Gerçekten de yeni eğilimlere göre, eksik ifa da ayıplı ifa ile aynı hukuki rejime bağlanmalıdır. Öyleyse yüz kavanoz bozuk bal yollama gibi, doksan kavanoz sağlam bal yollama da hiç değilse, “kıyasen” ayıplı ifa hükümlerine bağlı tutulmalıdır.*” SEROZAN, s.139.

iken, niceliğe ilişkin eksiklik nitelikte problem yaratabilir¹¹. Doktrinde, “*miktar eksikliğinin alışveriş hayatındaki görüşler nedeniyle ayıp olarak nitelendirilmesi gereken durumlar ortaya çıkabilir*”¹² denmektedir. Bu duruma örnek olarak da satılan kumaşın genişliğinin istenilen şekilde olmaması, yün işinde belli sayıda örgü bulunmaması verilmektedir¹³. Ancak kanımızca, bu husus ayrı bir ayıp formu değildir. Zira kumaşın genişliğinin istenilen uzunlukta olmaması demek, alıcı ile satıcının sözleşme görüşmelerinde kumaşın genişliğinin ne olacağını sübjektif esaslı unsur olarak konuşmuş olmalarını ifade etmektedir. Bu nedenle de “*satıcının alıcıya bildirdiği*” bir özelliğın malda bulunmamasına bağlı olarak ayıp söz konusu olacaktır. Aynı şekilde, örgünün belli sayıda olması ya satıcı tarafından taahhüt edilmiştir ya da zaten taahhüt edilmese bile belli ilmek sayısının altında olduğundan örgü olması gereken nitelikte değildir. Örneğın, kordsa lastik için bir kumaş ürettiğında o kumaşın belli bir direncinin olması, ilmek sayısıyla bağlantılı olacaktır. Bu ise zaten o kumaşta olması gereken bir özellik olduğundan, neyden kaynaklandığından bağımsız olarak malın kalitesinin yetersizliğine yol açacaktır. Yine belli bir genişliğe sahip olduğu hâlde, ancak lastiğe takılabileceğinden bu genişliğın altında olduğunda, yine işlevini göremeyecek ve olması gereken özelliğının olmamasına bağlı olarak, ayıplı mal niteliğında olacaktır. Bir diğeri nicelikle bağlantılı olarak verilen örnek olan ipek halı örneğında ise, cm²'de bulunan ilmek sayısı bize satıcı tarafından bildirilmiş olmasına bağlı olarak, onun altında olduğunda satıcı tarafından vaad edilen bir hususun eksikliğıne dayalı olarak ayıp söz konusu olur. Dolayısıyla bu örneklerde niceliğe aykırılıkmış gibi duran hususlar kanımızca, yine satıcı tarafından bildirilen veya olması gereken hususlara ilişkin ayıplardan başka bir ayıp türü değildir. Nitekim, İsviçre Federal Mahkemesi de bir kararında benzer bir sonuca varmıştır¹⁴. Madde metninde yer alması herhangi

¹¹ TANDOĞAN, C.I, s.172; HONSELL – VOGT – WIEGAND, Art.197, No.9; HATEMİ – SEROZAN – ARPACI, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 1992, s.93.; ZEVLİLER - GÖKYAYLA, s.103; YAVUZ - ÖZEN - ACAR, s.101.

¹² YAVUZ, Satıcının Sorumluluğı, s.53.

¹³ YAVUZ, Satıcının Sorumluluğı, s.53; HONSELL - VOGT - WIEGAND, Art.197, No.9; ...

¹⁴ “... doktrinde gerçek olmayan miktar eksiklikleri diye adlandırılan ifa bozukluklarına, diğeri bir deyişle, misli nesnelere, ölçü, ağırlık ya da sayıya göre satılıp, vaad edilen nicelikte teslim edilmemesine uygulanır. Bu durumda, alıcının ayıba karşı tekeffül kurallarına göre korunması gerekli değildir. Dilerse kalan miktarı ister, dilerse satıcının temerrüdü kurallarına başvurur. Buna karşılık, ölçü, ağırlık ya da sayıya ilişkin açıklamalar, satılanın miktarını değil de, misli olmayan bir nesnenin, belirli bir misli nesnenin ya da belirli bir misli nesnelere kümesinin niteliklerini belirtmeye yarıyorsa; mesela satıcı belirli bir soğutma tezgâhının uzunluğında yanlış bilgi vermişse, ya da götürü olarak satımı teklif edilen belirli bir vagon ticari malın ağırlığını veya parça sayısını olduğundan fazla söylemişse, farklı sonuca varılmalıdır. Bu durumlarda “gerçek anlamda miktar

bir sakınca yaratmamakla birlikte, kanun tekniği anlamında o ifadeler olmadan da zaten anlatılan bir konuya ilişkin fazladan cümlelerin bulunması, kanaati-mizce uygun olmayıp, ilk okuyuşta anlamı oldukça zorlaştıran bir ifade niteliğindedir.

B. Ayıbın Yarattığı Sonuca Bağlı Yapılan Ayrım

818 sayılı yasada yer alan ifade ile bu ayrım, “*maddî veya hukukî bir sebeple kıymetini veya maksut olan menfaatini izale veya ehhemiyetli surette tenkis*” eden olarak ikiye ayrılmıştır. Maddî ayıp, bir malın aynı nitelikte diğerleriyle karşılaştırıldığında kötü bir özelliğe sahip olması veya olması gereken bir özelliğinin bulunmamasıdır. Örneğin, çekyatın açılmaması, ceketin yırtık olması gibi, diğerlerinden daha kötü bir özelliğe sahip olduğunda ya da dizüstü bilgisayarın fanının çalışmaması nedeniyle uzun süreli kullanımda kendiliğinden kapanması hâlinde maddî ayıp¹⁵ söz konusu olur¹⁶.

Aldığımız bir evde bulunan bir odanın veya verandanın imara aykırı olarak izinsiz yapılmış veya kapatılmış olması; (tartışmalı olmakla birlikte¹⁷ bizce de) işyeri olarak kiralanmış bir yerin işletme izni olmaması hâllerinde ise hukukî bir ayıp¹⁸ söz konusu olur¹⁹.

6098 sayılı TBK ile maddî ve hukukî ayıbın yanısıra bir başka ayıp kavramı daha getirilmiştir. Bu da doktrinde üçüncü bir ayrım olarak savunulan ve mahkeme kararlarına da girmiş olan ekonomik ayıp kavramıdır. Madde metninin ilgili kısmı, “*maddî, hukukî ya da ekonomik ayıpların bulunmasından da sorumlu olur*” şeklindedir.

eksikliği değil”, satılanın OR 197/ BK 194 anlamında vaat edilen niteliğinde eksiklik vardır.” Karar metni için ve daha ayrıntılı bilgi için bkz. YAVUZ, Satıcının Sorumluluğu, s.53 vd.

¹⁵ “*BK m.194 kuralının değindiği maddi ayıp, satılanın fiziksel, işlevsel, yapısal özellikleriyle ilgili nitelik eksikliğidir. Çürüklük, bayatlık, bozukluk, yurtukluk, dayanıksızlık, iş görmezlik, işlemezlilik, solmuşluk gibi.” SEROZAN, s.137.*

¹⁶ GİGER, Art.197, No.62; KELLER, s.77.

¹⁷ GÜMÜŞ, Özel Hükümler, s.130.

¹⁸ YAVUZ, Satıcının Sorumluluğu, s.62 vd.; TANDOĞAN, C.I, s.168 vd.; HONSELL - VOGT - WIEGAND, Art.197, No.2; CAVİN, P., Kauf, Tausch und Schenkung, Obligationenrecht – Besondere Vertragsverhältnisse, B.VII/1, Basel – Stuttgart 1977, s.75; GİGER, Art.197, No.64; KELLER, s.78; ŞAHİNİZ, s.48 vd.; SEROZAN, s.137; DOĞANAY, İ., Ticari Alım-Satım Akdi ve Nevileri, B.2, Ankara 2003, s.132.

¹⁹ En üst katta imara aykırı olarak inşa edilmiş bir dairenin satış vaadine konu edilmiş olmasında ayıp değil, sözleşmenin kurulmasından önce var olan ifa imkânsızlığı söz konusu olur. Bu halde sözleşme kesin hükümsüzdür. Bu konuda ayrıntılı örneklendirme için bkz. TANDOĞAN, C.I, s.168 vd.; YAVUZ, Satıcının Sorumluluğu, s.62 vd.; DOĞANAY, s.133 vd.

Doktrinde ekonomik ayıp şu şekilde tarif edilmektedir: “*normal koşullarda satım konusundan elde edilmesi beklenen tarzda gelir veya verimin sağlanamamasıdır*”²⁰. Özellikle şirket satımı, işletmenin satımı gibi durumlarda var olduğu ileri sürülen bu tür ayıplarda, işletmenin maddî değerlerine ilişkin sıkıntılarının olması hâlinde örneğin, makinelerin ayıplı olması hâli gibi, maddî ayıp söz konusu olacak; buna bağlı olarak da, bütün olarak işletmenin satımı ayıplı ifa edilmiş kabûl edilecektir ya da işletmenin ruhsatlarında bir sorun olması hâlinde, hukukî ayıptan bahsedilecek, yine işletmenin satımında ayıp nedeniyle satıcının sorumluluğuna gitmek mümkün olacaktır²¹. İşletmenin vaad edilen iş potansiyeline sahip olmaması, satıcı tarafından bildirilen maddî ayıp niteliğinde olacaktır²². Alıcının beklediği potansiyelin altında olması hâlinde ayıp hükümleri değil, şartları varsa hata veya hile hükümleri söz konusu olabilecektir. Bu nedenle kanımızca ekonomik ayıp, maddî veya hukukî ayıp kavramından bağımsız bir kavram değildir²³. Ancak doktrindeki tartışmalara bağlı olarak kanun koyucu oyunu diğer görüşten yana kullanarak, ekonomik ayıp kavramını, Türk hukukuna artık üzerinde tartışma olmayacak şekilde getirmiştir.

C. Ayıbın Niteliğine Bağlı Olarak Yapılan Ayrım

Yukarıda bahsedilen ayrımların, ayıptan doğan sorumluluktan doğan hakların kullanılması açısından bir önemi bulunmamaktadır. Ancak, ayıbın kendi niteliğine bağlı olarak yapılan ayrımların, ayıptan doğan sorumluluktan doğan haklarla daha yakın bir ilişkisi bulunmaktadır. Bu ayrım, ayıbın şekli koşulları olarak adlandırdığımız muayene ve ihbar, artık yeni adıyla gözden geçirme ve bildirim külfetleri ile doğrudan bağlantılıdır.

1. Açık Ayıp

Açık ayıp²⁴, ilk bakışta fark edilecek nitelikte olan ayıplardır. Masanın çizik olması, elbisenin lekeli olması, dolabın kapağının kapanmaması, koltuğun dikişinin sökülmesi gibi, mala ilk bakıldığında normal bir insanın fark ede-

²⁰ GÜMÜŞ, s.131; ŞAHİNİZ, s.48; ARAL, s.113.

²¹ KELLER, s.78.

²² “*Ekonomik ayıpların da, BK m.194 f.1 anlamında «maddi ... ayıplardan» olarak düşünülmesi gerekir*”. YAVUZ, Satıcının Sorumluluğu, s.61.

²³ Bu konudaki tartışmalar için bkz. TANDOĞAN, C.I, s.168 (dn.18).

²⁴ Doktrinde GÜMÜŞ ve DOĞANAY, bu tür ayıpları aşikar ayıp olarak adlandırmakta; bizim gizli ayıplar altında gözden geçirme ile ortaya çıkan ayıpları ise açık ayıp olarak adlandırmaktadır. GÜMÜŞ, s.133-134; DOĞANAY, s.149. Ancak kanımızca bu adlandırma kurumlar arasındaki ayrımı netleştirmemektedir. Ayrıca doktrindeki klasik eserlerde ayıptan sorumluluğun koşulu olarak “gizli ayıbın varlığı” ifade edildiğinden, bu terim bize daha uygun gelmektedir. YAVUZ ise, bu tür ayıplara “görünen ayıp (vices apparents)” demektedir. YAVUZ, Satıcının Sorumluluğu, s. 81.

bileceği nitelikteki ayıplara açık ayıp denmektedir. Bunlar, her iki kanunda da ayıptan doğan sorumluluk sorumluluğunun kapsamı dışında tutulmuştur²⁵.

818 sayılı yasada, “*kâfi derecede muayene etmekle fark etmiş olacağı*” ayıp olarak ifade edilen bu husus, yeni metinde “*alıcının yeterince gözden geçirmekle görebileceği*” ayıp olarak yer almıştır. Görülebileceği üzere, içerik açısından herhangi bir farklılık bulunmamaktadır. Kanımızca da, açık ayıpların sorumluluğa dâhil edilmemesi uygundur. Ancak metin içindeki gözden geçirmenin, yine mehzaz metne uygun olarak “özenli bir inceleme”²⁶ yapma külfeti olarak yorumlanması gerekir²⁷.

2. Gizli Ayıp

Gizli ayıplar ise, açık ayıptan farklı olarak ilk başta fark edilemeyecek nitelikteki ayıplardır²⁸. Bunlar, ya muayene ile ya da kullanma ile ortaya çıkan ayıplardır²⁹. Ancak kanun koyucu, bugüne kadar bizim ve herkesin dilinin alışmış olduğu ve hiç zorlanmadan, zorlanmayı bırakın düşünmeden kullandığı terim olan “*muayene*” terimini her nedense beğenmemiş olduğundan, artık burada konuyu daha ifade ettiğinin düşünüldüğü, “*gözden geçirme*” terimi kullanılmak durumundadır. Ancak burada belirtmeden geçemeyeceğimiz nokta, TBK’da muayene yerine “*gözden geçirme*” terimi kullanılmışken, 6102 sayılı Ticaret Kanununun konuyu düzenleyen 23. maddesinde muayene yerine “*inceleme*” terimi tercih edilmiştir. İki kanunda terim birliği sağlanamamış olması kanımızca doğru olmamıştır.

Kanun koyucu bu ayrımları metinde yapmayıp, altının doldurulmasını haklı olarak doktrine bıraktığı için, bu hususlara ilişkin herhangi bir değişiklik

²⁵ CAVİN, s.84.

²⁶ Bu husus roma hukukunda “*caveat emptor*” şeklinde ifade edilmekteydi. Buna göre, “*savruk alıcı korunmaz*” denilerek, düzenlemenin gerekçesi oluşturuluyordu. **HONSELL - VOGT - WİEGAND**, Art.200, No.1.

²⁷ “*BK m.198 anlamında esaslı bir muayene ve araştırma beklenmemekte; ondan sadece satım konusunun seçiminde ve gözden geçirilmesinde mutad özen gösterilmesi istenmektedir.*” **ARAL**, s.120. Bakıldığında kolaylıkla görülebilecek ayıplar konusunda ve alıcının göstermesi gereken özene ilişkin çeşitli terimler için bkz. **KELLER**, s.80 vd.; **OSER – SCHÖNENBERGER**, Art.200, No.3.; **HONSELL - VOGT - WİEGAND**, Art.200, No.3.

²⁸ “*Doktrinde kabul edildiğine göre gizli ayıp, sözleşmenin kurulması ya da satılan teslim alma zamanında alıcının bilmediği ve satılan üzerinde mutad (yeterli) dikkati sarfetse bile bilemeyeceği nitelik noksanlıklarının bulunmasıdır. Görünür ayıplar ise, gizli ayıp teşkil eden durumların dışında kalan ve derin, etraflı bir muayeneye gerek duymadan ilk bakışta bilinebilen, görülebilen nitelik noksanlarıdır.*” **YAVUZ**, Saticının Sorumluluğu, s.81-82.

²⁹ Bu konuda yargı kararlarına yansıyan çeşitli örnekler için bkz. **DOĞANAY**, s.156 vd.

bulunması mümkün değildir. Bununla birlikte, konuyla bağlantısı nedeniyle bir açıklamada bulunmak gerekli olmaktadır.

a. Gözden Geçirme ile Ortaya Çıkan Ayıplar

Gizli ayıpların bir kısmı ancak bir gözden geçirmeden sonra fark edilebileceklerdir ki, her ayıba ilişkin gözden geçirme aynı kapsamda olamayacaktır. Bu nedenle, burada da bir alt ayırım yapmak gerekmektedir.

i. Alelade Gözden Geçirme ile Ortaya Çıkan Gizli Ayıplar

Bu tür ayıplar, alıcının kendisinin yapabileceği bir inceleme sonucunda ortaya çıkacaktır. Örneğin, ütünün fişe takılması sonucunda ısınıp ısınmadığı anlaşılacak, elektrik süpürgesinin çekim gücünün olup olmadığı kişinin kendisi tarafından fark edilebilecektir.

ii. Nitelikli Gözden Geçirme ile Ortaya Çıkan Gizli Ayıplar

Alıcının kendisinin incelemesi ile ortaya çıkamayacak nitelikte ayıplar da söz konusu olabilir. Örneğin, bir Picasso tablosunun gerçek olup olmadığı, ipek halının ilmek sayısının kaç olduğu, eşimiz tarafından onuncu yılda alınan tek taşın “ne kadar tek taş olduğu!” bizim tarafımızdan yapılamayacak incelemelere örnektir. Bunlarda ancak, bir uzman aracılığı ile nitelikli bir gözden geçirme sonucu ayıp ortaya çıkarılabilecektir.

b. Kullanmakla Ortaya Çıkan Ayıplar

Bu tür gizli ayıplar, gözden geçirilme ile de fark edilemez ve bunlar ancak zaman içinde, kullanmaya bağlı olarak ortaya çıkarlar. Satın aldığımız televizyonun renklerinin bozulması, örneğin bir kısım fanatik taraftarlar açısından oldukça sarsıcı olacak şekilde final maçı sırasında lacivert renklerin kırmızı göstermeye başlaması ve bunun sonucunda şampiyonluk kutlaması yapan kişilerin formalarının sarı kırmızı gözükmesi, faks makinesinin hızının yavaşlaması, kullanmakla ortaya çıkan ayıplara örnektir. Bu tür ayıplarda işin niteliği gereği gözden geçirme kavramı bulunmamaktadır.

III. SATICININ AYIPTAN DOĞAN SORUMLULUĞUNUN KOŞULLARI

Maddî Koşullar

1. Malın Devredilmiş Olması

Ayıptan doğan sorumluluk, gereği gibi ifa etmemenin, yani borca aykırılığın özel bir görünümüdür. Mala ilişkin olarak nitelikte gereği gibi ifa etmeme söz konusudur. Bu nedenle ancak, malın devrinden sonra, mevcut terminoloji ile “ayıba karşı tekeffül” söz konusu olabilecektir.

“Malın teslim edilmiş olması” olarak ifade ettiğimiz bu husus, 6098 sayılı Kanun ile her açıdan açıklığa kavuşturulmuştur. Daha önce doktrinde, hem satım sözleşmesinin kendisi açısından hem de ayıptan doğan sorumlulukta gözden geçirme külfetinin ya da sürelerin ne zaman başlayacağına ilişkin tartışma bulunmaktaydı. 818 sayılı yasada, satıcının borcu malı “*teslim ve mülkiyeti naklelemek*” olarak düzenlenmişken, 6098 sayılı Kanununun 207. maddesinde “*satılanın zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretme*” borcu olarak düzenlenmiştir. Bununla uyumlu olarak, ayıptan doğan sorumluluğun düzenlendiği kısımlarda da, (m.221, m.223, m.224, m.228, m.231) devir lafı kullanılarak terim ve içerik birliği sağlanmıştır. Mevcut metne göre de, kanaatimiz, zilyetliğin hangi yolla devredildiğinden bağımsız olarak, satıcı mülkiyeti nakil borcunu ayıplı bir malla yaparak, kötü bir şekilde yerine getirdiğinde, artık ayıptan doğan sorumluluğu açısından kronometre çalışmaya başlayacaktır.

Kimi yazarlar tarafından malın alıcının eline geçmeden, gözden geçirme külfetine ilişkin sürenin başlaması eleştirilerek, bu sonuç alıcı açısından doğru bulunmamaktadır. Burada doğrudan zilyet olmadan gözden geçirmenin yapılamayacağı belirtilerek, sürenin teslimle başlaması gerektiği ve metnin de bu şekilde yorumlanması gerektiği savunulabilecektir. Ancak bilindiği üzere borçlu, aksi sözleşme ile kararlaştırılmış olmadıkça, ifasını normal olarak, malın teslimi ile gerçekleştirmekle yükümlüdür. Alıcının kendisine teklif edilen, örneğin zilyetliğin havalesi yolu ile yapılmak istenen ifa teklifini, gereği gibi bir ifa teklifi olmadığından reddetme hakkı vardır. Aksi durumun kabûlü hâlinde, satıcının alıcıya “*malı git (Ü)’den al*” demesi gereği gibi ifa teklifi olacak, alıcının alacaklı temerrüdüne düşmemesi için diyebileceği tek şey, “*adresini rica edeyim*” demek olacaktır. Benzer şekilde hükmen teslimde, satıcı alıcıya “*tablonuz sergide bir süre daha duracak*” dediğinde, kabûl etmek durumunda bırakacağımız alacaklının söyleyebileceği tek şey, “*Tablomu ne zaman almaya geleyim*” demektir. Bu sonucun kabûl edilmesinin mümkün olmadığı açıktır. Bu nedenle, her ne kadar TBK m.207 zilyetliğin devrinden bahsetse de, bu tür tekliflerin varlığı gereği gibi ifa teklifi olmayacak; kabûl etmeyen alıcı da alacaklı temerrüdüne düşmeyecek, malın kendisinin tesliminde ısrar edebilecektir. Hâl böyleyken bunu yapmayarak, ifanın bu şekilde yapılmasını kabûl eden alıcıyı daha fazla koruma gereği duymanın, kanımızca, pek bir mantığı yoktur. Bu nedenle, yeni metin bizim yorumladığımız üzere, gözden geçirme sürelerini malın ne şekilde teslim edildiğinden bağımsız olarak mülkiyetin geçmesine bağlayarak, doktrindeki tartışmalara, bu yönde son vermiş olup, kanımızca bu sonucun kabûl edilmesi de yerinde olmuştur.

2. Malın Ayıplı Olması

Ayıp kavramına ilişkin daha önce açıklama yapıldığından, burada ayrıca açıklama yapılmayacaktır. Ayıp, olması gereken özellikleri taşımadığında ya da

satıcının alıcıya bildirdiği özelliklerde olmaması hâlinde maddî, hukukî veya ekonomik nitelikte olabilecektir.

3. Maldaki Ayıbın Gizli Olması

Yukarıda da belirtildiği üzere, en geç teslim sırasında farkedilebilecek ayıplar³⁰ için ayıptan doğan sorumluluk sorumluluğu öngörülmemiştir³¹. Gömleğin bir kolunun kısa olması, ceketin cebinin delik olması, buzdolabının çizik olması, koltuk takımındaki koltuklarda renk farklılığının bulunması, desen bozukluğu, evin kapılarının olmaması gibi ayıplarda, alıcı teslim sırasında tavrını ortaya koymak zorundadır. Bu durumlarda esasen ortada ifanın konusu bakımından, eş deyişle nitelik açısından gereği gibi bir ifa teklifi olmadığından, alıcının ifayı reddederek, borçlusunu temerrüde düşürme imkânı bulunmaktadır. Bu nedenle, ayıptan doğan sorumluluk hükümleri yukarıda açıklandığı şekilde ancak, gizli ayıplarda söz konusu olacaktır.

4. Maldaki Ayıbın Önemli Olması

818 sayılı metinde olduğu gibi, yeni metinde de muhafaza edilen bir başka husus da, ayıbın önemli ayıp³² olması gerekliliğidir. Bu konuda, herhangi bir değişiklik söz konusu değildir. Bu değerlendirme sübjektif açıdan değil, objektif açıdan yapılmalıdır³³. Örneğin, satın alınan giysi dolabının tek kapağının tam olarak kapanmaması, aralık duruyor olması bazı kişiler açısından çok önemliyken, bazı kişiler açısından önemli bulunmayabilir. Fakat, bu sübjektif değerlendirmeler, bu ayıbın objektif açıdan önemli bir ayıp niteliğinde olduğu gerçeğini değiştirmez. Mâkul mantıklı bir kişi, yeni aldığı giysi dolabının kapağının aralık durmasına katlanmak zorunda değildir. Ancak, kapağın tam kapanmamasının sebebi montaj sırasında bir vidanın gevşek takılmasından veya hiç olmamasından kaynaklanıyorsa artık ortada önemsiz bir ayıp bulunmaktadır. Böyle bir durumda tüketicinin, sözleşmeden dönme, indirim isteme gibi ayıptan doğan seçimlik haklarını kullanması söz konusu olmayacaktır. Bir kitabın sonunda okuyucunun not alması için konulan boş sayfalardan bir kaçının eksik olması, alınan nevrresim takımının 200x160 yerine 198x160 çıkması gibi ayıplar, önemsiz ayıp sayılabilecektir.

³⁰ YAVUZ - ÖZEN - ACAR, s.103.

³¹ HONSELL - VOGT - WİEGAND, Art.200, No.1 vd.

³² YAVUZ - ÖZEN - ACAR, s.102; DOĞANAY, s.147.

³³ BİLGE, s.77.

5. Maldaki Ayıbın, En Geç Sözleşmede Hasarın Alıcıya Geçmesi Anında Satılarda Bulunması

Bu hususa ilişkin düzenleme her iki kanunda da olmamasına rağmen, işin niteliği gereği bu sonuca ulaşılmaktadır³⁴. Zira hasarın alıcıya geçmesi anından sonra malın hasarlanması halinde hasara alıcı katlanacağı için satıcının sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. Mevcut metne göre, parça borçlarında sözleşmenin kurulması anında, nevi borçlarında teslimine kadar ve geciktirici şartta bağlı sözleşmelerde şart gerçekleşinceye kadar ayıbın söz konusu olması gerekir.

6098 sayılı yasanın konuyu düzenleyen m.208'e göre ise, genel kural olarak, “*Kanundan, durumun gereğinden veya sözleşmede öngörülen özel koşullardan doğan ayrık hâller dışında, satılanın yarar ve hasarı; taşınır satışlarında zilyetliğin devri, taşınmaz satışlarında ise tescil anında satıcıya aittir.*”. Bu konu bizden önceki tebliğin konu olduğundan açıklanmamıştır.

Hasarın alıcıya geçmesinden sonra malın ayıplı hâle gelmesinde satıcının kusuru olmadığında, sorumluluğu da söz konusu olmaz.

6. Satıcının Sorumluluğunun Kaldırılmamış Olması

818 sayılı Kanunda m.196'da düzenlenmiş olan bu husus³⁵, yeni metinde m.221 ile “*Satıcı satılanı ayıplı olarak devretmekte ağır kusurlu ise, ayıptan sorumluluğunu kaldıran veya sınırlayan her anlaşma kesin olarak hükümsüzdür*” şeklinde düzenlenmiştir. Her iki düzenlemeye göre de, satıcının ayıptan dolayı sorumluluğuna gidebilmek için aranan bir diğer maddî koşul, satıcının bu sorumluluğunun bir sözleşme ile kaldırılmamış olmasıdır. Ters ifadesiyle, taraflar satıcının, emredici nitelikte olmayan³⁶, ayıptan doğan sorumluluk sorumluluğunu yapacakları bir sorumsuzluk anlaşması³⁷ ile bertaraf edebileceklerdir.

Bu konuda daha önceki metinde yer alan ifade, “*satıcı satılanın ayıbını alıcıdan hile ile gizlemiş ise*” şeklindeydi. Kanun koyucu bu hususu artık yeni metinde, “*satıcı satılanı ayıplı olarak devretmekte ağır kusurlu ise*” şeklinde düzenlemiştir.

Yürürlükteki metne dayalı olarak doktrinde tartışma bulunmaktaydı. Esasen bu tartışmaların temelinde yatan gerekçe, BK m.99'da düzenlenmiş olan sorumsuzluk anlaşması ile borçlunun sadece hafif ihmali için kendini

³⁴ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. YAVUZ, Satıcının Sorumluluğu, s.86 vd.

³⁵ YAVUZ - ÖZEN - ACAR, s.103-104.

³⁶ YAVUZ, Satıcının Sorumluluğu, s.34-35.

³⁷ Bu anlaşmanın sorumsuzluk anlaşması olmayıp, özel nitelikte bir anlaşma olduğunu kabul eden görüşler de bulunmaktadır. Bu konudaki tartışmalar için bkz. GÜMÜŞ, s.140 vd.

kurtarabileceği gerçeğidir. Genel borca aykırılıkta durum böyle düzenlenmişken, ayıptan doğan sorumlulukta borçlu neden daha fazla korunsun diyen hâkim görüş, burada yapılan sözleşmenin de aynı çerçevede değerlendirilmesini savunmaktadır. Diğer görüş ise, BK m.196'da düzenlenen sözleşmenin BK m.99'un uygulamasını kaldırdığını kabûl ederek, ayıptan doğan sorumluluk için akdedilmiş olan sorumsuzluk anlaşmasının hem hafif ihmal için hem de ağır ihmal için geçerli olarak akdedilebileceğini kabûl etmektedir³⁸. Yeni metinde kanun koyucu bu görüşlerden hâkim görüşü³⁹ tercih etmiştir. Bu konuda daha doğru diye bir kavram olmadığı düşünüldüğünden, kanun koyucunun tercihine saygı duymak gerekir. Kanun koyucu, ayıptan doğan sorumluluk sorumluluğu açısından alıcıyı korumayı tercih etmiştir.

Ayıptan doğan sorumluluk konusunda yapılabilecek sorumsuzluk anlaşmasını düzenleyen m.221'e ilişkin olarak eleştirilecek bir husus da, gerekçede yer alan son cümledir. Yukarıda yazıldığı şekliyle tek fıkradan oluşan bu maddenin gerekçesinin son cümlesi şu şekildedir: "*Tasarımın satıcılığı meslek edinmiş kişilerin bilmesi gereken ayıplara ilişkin 224'üncü maddesinin ikinci fıkrasındaki düzenleme burada da göz önünde tutulmalıdır*". Zaten bazı maddelerin çıkarılmış olması dolayısıyla, madde gerekçelerindeki numaraların çoğu gibi bu gerekçedeki madde numarası da yanlış olup, bahsedilen madde 225. maddedir. Bu maddenin ikinci fıkrasına göre, "*satıcılığı meslek edinmiş kişilerin bilmesi gereken ayıplar bakımından da aynı hüküm geçerlidir*". Bu hükmü 221. maddeye uyguladığımızda, satıcılığı meslek edinmiş kişiler ayıplara ilişkin sorumsuzluk sözleşmesi akdetmiş olsalar bile, sadece ağır kusurlu olmaları hâlinde değil, hafif ihmalleri halinin de ötesinde, bilmeleri gereken ayıpların varlığı hâlinde de yapılan sorumsuzluk sözleşmesi kesin hükümsüz olacaktır. Bu hâlde, tacir ya da esnaf olan satıcıların ayıptan doğan sorumluluk açısından yaptıkları sorumsuzluk anlaşmalarının, kesin hükümsüz olduğunun kabûl edilmesi gerekecektir.

³⁸ Bu konudaki tartışmalar için bkz. YAVUZ, Satıcının Sorumluluğu, s.99 vd.; HONSELL, Art.199, No.1; GİGER, Art.199, No.6; TANDOĞAN, C.I, s.176; GÜMÜŞ, s.140 vd.; SEROZAN, s.155; ŞAHİNİZ, s.65 vd.; ZEVKLİLER - GÖKYAYLA, s.106 vd.; YAVUZ - ÖZEN - ACAR, s.104 vd.; BUCHER - BUZ, "Mağdur Edilen Alıcı Türk/İsviçre Borçlar Kanununun İki Özelliğinin Eleştirisi Muayene ve İhbar Külfeti (Art.201 OR; BK m.198); BK m.202/II (Art.205/II OR)'ye göre Dönme Yerine Bedel İndirimine Karar Verilmesinin Masraflara İlişkin Sonuçları", Necip Kocayusufoğlu'na Armağan, Ankara 2004, (s.145-178), s.146.

³⁹ Bu yazarlar, 818 sayılı yasada yer alan BK m.196, BK m.199 ve BK m.207'deki "hile ile", "iğfal etmiş" ifadelerinin tümünün aynı anlama gelerek, kast ve ağır ihmali kapsadığını kabûl etmektedirler. Mehaz yasadaki OR Art.192 (absichtlich verschwiegen) ve OR Art.203 (absichtlich Täuschung) maddelerindeki ifadelerin, OR Art.199'daki (arglistig) ifadesi ile aynı anlama gelmesi gerektiği hakkında bkz. HONSELL - VOGT - WIEGAND, Art.199, No.7; GİGER, Art.199, No.27 vd.

Ancak kanımızca, gerekçede belirtilen bu hususun bu sonucu sağlaması mümkün değildir. Bilindiği üzere gerekçeler yardımcı kaynak niteliğinde olup, gerekçe ile kanun yaratılması mümkün değildir. Eğer Kanun koyucu bu sonucu sağlamak istiyorsa, maddeye ikinci fıkra olarak bu düzenlemeyi getirmiş olması gerekirdi. Bu hâliyle gerekçenin son cümlesinin, herhangi bir hukukî sonucu olamayacağını düşünmekteyiz.

Şekli Koşullar

Ayıptan doğan sorumluluğun maddî koşulları oluşsa dahi, kanunda öngörülen gözden geçirme ve bildirim külfetleri yerine getirilmezse satıcının, ayıptan doğan sorumluluğuna gitmek mümkün değildir⁴⁰. Ayıptan doğan seçimlik hakların doğumu sadece maddî koşulların oluşması ile değil; ancak bunların varlığına dayalı olarak alıcının şekli koşulların da yerine getirilmesi hâlinde söz konusu olur. Ancak, aşağıda açıklanacağı üzere yeni Kanun ile bu şekli koşullar alıcı lehine gevşetilmiştir⁴¹.

7. Gözden Geçirme Külfeti

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile, gözden geçirme⁴² terimi dışında alıcının bu külfetine ilişkin herhangi bir değişiklik yapılmamıştır. TBK m.222/II ile, daha önce de belirttiğimiz üzere, açık ayıplarda gözden geçirmenin en geç teslim anında yapılması gerekir; aksi halde alıcı malı bu hâliyle kabûl etmiş sayılır.

Gözden geçirme ile ortaya çıkan gizli ayıplarda, ister alelâde olsun, isterse nitelikli bir gözden geçirme olsun, ne zaman yapılması gerektiği sorunu çıkacaktır. Farklı ifadelerle de olsa, kanımızca iki Kanunda da bu husus benzer şekilde düzenlenmiştir. Eski metne göre, gözden geçirme “*örf ve âdete göre imkân hâsıl olur olmaz*” yapılacak; yeni metne göre ise “*işlerin olağan akışına göre imkân bulunur bulunmaz*” yapılacaktır⁴³. Sonuç itibariyle iki düzenlemede

⁴⁰ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **GİGER**, Art.201, No.5; **CAVİN**, s.88 vd.; **YAVUZ**, Satıcının Sorumluluğu, s.105 vd.; **TANDOĞAN**, C.I, s.176 vd.; **ARAL**, s.120 vd.; **ZEVKLİLER**, s.229 vd.

⁴¹ “*Ayıplı ifa durumunda uyulması gerekli ağır hukuki ödevlerin ve bu arada oldukça kısa tutulmuş olan hak kullanma (etkisizleşme) süresinin temelinde, Roma'nın küçük çaplı satıcını alıcının spekülâtif hesaplarına, emellerine karşı koruma kaygıları yatar. Oysa bu kaygılar günümüzde geçerliliğini yitirmiştir. Satıcıya ağır ayıp sorumluluğundan kurtulma şansı vermek için alıcıya böylesine ağır ödevler yüklemeye gerek yoktur.*” **SEROZAN**, s.146.

⁴² Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **HONSELL - VOGT - WİEGAND**, Art.201, No.5; **CAVİN**, s.89 vd.; **TANDOĞAN**, C.I, s.177 vd.

⁴³ Bunun mevcut düzenleme zamanında da mehzaz metne uygun olarak, zaten böyle anlaşılması gerektiği hakkında bkz. **YAVUZ**, Satıcının Sorumluluğu, s.107; **TANDOĞAN**, C.I, s.178; **BİLGE**, s.80.

de söylenmek istenen, zilyetliğin devrinden itibaren⁴⁴ kişinin imkân bulur bulmaz gözden geçirmeyi yapması gerekmesidir. Örneğin, klasik Türk usûlü bir yöntemle ne zaman evleneceği belli olmayan çocuğumuz için bir buzdolabı alarak, bunu bir odada yıllarca bekletip de sonunda nihayet çocuğumuz evlendikten sonra fişe taktığımızda çalışmadığını fark edersek, artık ayıptan doğan haklarımızı kullanmamızın mümkün olmayacağı açıktır.

Maddede olağan akışa göre imkân bulunur bulunmaz denmesinin sebebi, bazı durumlarda gözden geçirmenin hemen yapılmasının mümkün olmaması nedeniyledir. Örneğin, Erzurum'da yaşayan bir alıcının ucuz bulduğu için Ocak ayında çim kesme makinesi alması hâlinde, bunun gözden geçirmesinin hemen yapılması mümkün olmaz. Karın neredeyse Haziran'a kadar kalkmadığı Erzurum'da yaşamın olağan akışına göre imkân ancak, Haziran ayında bulunabileceği; alıcı çimlerin uzama sürecine bağlı olarak ilk uzamasında makineyi gözden geçirme külfeti altında olacaktır⁴⁵.

Kullanmayla ortaya çıkan ayıplarda ise, işin niteliği gereği bir gözden geçirme söz konusu değildir. Eve geldiğimizde o güne kadar sorun çıkarmadan çalışan buzdolabımızın motorunun aşırı ısınması sonucunda bozulduğunu ve derin dondurucudaki her şeyin bozulduğunu gördüğümüzde, satıcının ayıba karşı sorumluluğunun doğacağı açık olduğu gibi; bunun daha önceden yapılacak bir gözden geçirme ile ortaya çıkarılmasının mümkün olmadığı da bir o kadar açıktır.

8. Bildirim Külfeti

Şekli koşulların diğeri olan daha önceki ifadesiyle ihbar⁴⁶, şimdiki ifade ile bildirim külfetine ilişkin yeni düzenlemede, kullanmaya ilişkin ayıplar açısından bir fark bulunmamaktadır. Her iki Kanunda da, kullanmakla ortaya çıkan ayıbın varlığı hâlinde alıcı satıcıya, eski ifadeyle “*derhal*”, yeni ifade ile “*hemen*”, durumu bildirmelidir⁴⁷.

Ancak, gözden geçirme ile ortaya çıkan ayıplara ilişkin bildirim külfeti açısından iki Kanun arasında fark bulunmaktadır. 818 sayılı Kanunun 198. maddesinde yer alan külfetlerden ikincisi olan “*ihbar*” külfeti için getirilen düzenleme, “*alıcı ... bir ayıp gördüğü zaman bunu derhal satıcıya ihbar etmesi lazım gelir*” şeklindedir. 6098 sayılı Kanunun 223. maddesinde bildirim külfeti olarak düzenlenen hususta ise, “*alıcı, ... bir ayıp görürse, bunu uygun süre*

⁴⁴ TBK m.207’de yer alan ifadelerin yorumu konusundaki çekincelerimiz baki kalmak koşuluyla bu hususun bu şekilde açıklandığı unutulmamalıdır.

⁴⁵ Bu konuda İsviçre Federal Mahkemesi kararlarından çeşitli örnekler için bkz. **HONSELL - VOGT - WİEGAND**, Art.201, No.9; **ARAL**, s.124.

⁴⁶ Hukukî niteliği hakkındaki tartışmalar için bkz. **YAVUZ**, Satıcının Sorumluluğu, s.113-114.

⁴⁷ **YAVUZ - ÖZEN - ACAR**, s.106-107.

çinde ona bildirmek zorundadır.” ifadesi kullanılmıştır. Artık Kanun koyucu alıcının bildirim külfetini ayıbı fark etmesinin hemen sonrasında derhal yapmasını aramamakta; uygun bir süre içinde bildirimde bulunmasını, ayıptan doğan sorumluluğun doğumu için yeterli bulmaktadır.

Bu konuda doktrinde var olan eğilime uygun olarak, gerekçede de belirtildiği üzere, kanun koyucu alıcıyı daha fazla korumayı tercih ederek, alıcıya bildirim külfeti açısından esneklik sağlamıştır. Mevcut düzenlemede savunulan görüşe göre, “*hakim görüş, muayene zamanı için aranan «örf ve adete göre imkan hasıl olur olmaz» veya ihbar için arana muayene sırasında ayıp ortaya çıkınca «derhal» ölçütünü, adi satımlarda daha gevşek tutmakta ve böylelikle adi satımlarda muayene ve ihbar süresini alıcı lehine uzatmaktadırlar. Sonuçta adi satımlarda ticarî satımlardan farklı olarak, alıcıya muayene ve ihbar için tanınacak süre kısa olmamalıdır. Olması gereken, muayene ve ihbar külfetleri için öngörülmiş sürelerin, «makul bir süre» olarak yeniden tanımlanmasıdır»⁴⁸. Makûl, mantıklı bir kişi bir televizyon satın almış olup da, eve geldiğinde bunun çalışmadığını fark ettiğinde bunu satıcıya bildirmek için kaç gün bekleyecektir sorusunu kanımızca, ya aynı gün ya da ertesi gün satıcının aranması gerekir şeklinde yanıtlanması gerekir. Bu nedenle, hemen ya da derhal bildirim külfeti getirilmesinin alıcı aleyhine olabilecek bir durum yarattığı tarafımızdan düşünülmemekle birlikte, Kanun koyucu tercihini diğer görüşten yana kullanmış olduğundan, daha doğru ya da daha yanlış denmesi mümkün değildir.*

Süreleri içinde bildirim külfeti yapılmadığından, ayıptan doğan sorumluluğun doğmayacağı her iki Kanun açısından da açıktır. Ancak, her iki Kanunda da bildirim külfeti yerine getirilmemiş olsa da, satıcının sorumluluğunun doğacağı durumlar düzenlenmiştir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu açısından kanımızca bildirim hususundaki bu istisnalar alıcı lehine genişletilmiştir.

818 sayılı Kanununun 200. maddesinde yer alan bildirim külfeti aranmaksızın satıcının ayıptan dolayı sorumlu tutulması şu şekilde ifade edilmiştir: “*Alıcıyı işgal etmiş olan satıcı, ayıbın kendisine vaktinde ihbar edilmemiş olduğunu ileri sürerek mesuliyetten kurtulamaz*”. Bu düzenlemeye göre, satıcı ancak kastı ile hareket ettiği hâllerde ayıptan doğan sorumluluğu açısından, alıcının ihbar külfeti bulunmayacak; alıcı ayıbı ihbar etmemiş olsa bile, satıcının kasdını ispatlayarak ayıptan doğan sorumluluğuna gidebilecektir⁴⁹. Ancak, aynı konuyu düzenleyen 6098 sayılı Kanununun 225. maddesinin ilk fıkrası, “*ağır kusurlu olan satıcı, satıldandaki ayıbın kendisine süresinde bildirilmemiş olduğunu ileri sürerek sorumluluktan kısmen de olsa kurtulamaz*” şeklindedir. İki metin

⁴⁸ GÜMÜŞ, s.150.

⁴⁹ “*BK m.196 anlamında «hile ile gizleme», BK m.189/III anlamında «bilerek gizleme» ve BK m.200 anlamında «alıcıyı işgal etme» kavramları birbiriyle özdeştir.*” GÜMÜŞ, s.143. Aynı görüşte HONSELL - VOGT - WIEGAND, Art. 199, No.7.

arasında, satıcının kusurunun derecesi açısından büyük bir farklılık bulunmaktadır. Artık, satıcının ağır ihmalinin bulunduğu hâllerde de, ihbar külfeti kaldırılmış denilebilecektir. Bu yine alıcı lehine, satıcı aleyhine getirilmiş bir başka düzenlemedir. Zaten mevcut düzenlemeye bağlı olarak bunu, aynı sorumsuzluk anlaşmasında olduğu gibi, bu şekilde kabûl eden yazarlar bulunmaktadır.

Satıcı aleyhine olan düzenlemeler bununla da kalmayıp, aynı maddenin ikinci fıkrası ile satıcılığı meslek olarak edinmiş satıcılar için çok daha ağır bir düzenleme daha getirilmiştir⁵⁰. Buna göre, “*Satıcılığı meslek edinmiş kişilerin bilmesi gereken ayıplar bakımından da aynı hüküm geçerlidir*”. Kanımızca bu düzenlemeden sonra artık, ticarî nitelikte satımlar için neredeyse bildirim külfetinin kaldırıldığı sonucuna varmak gerekecektir. Satıcı, ister tacir olsun ister esnaf olsun, sonuçta satıcılığı meslek edinmiş kişi olarak satış sözleşmesi akdettiğinde, bildiği ayıplardan ihbar yapılmaksızın sorumlu olacak; ayrıca bilmesi gereken ayıplar bakımından da yine ihbar yapılmaksızın sorumluluğun olduğu kabûl edilecektir.

6098 sayılı Kanun yürürlüğe girdiğinde satıcının ayıptan doğan sorumluluğuna gidebilmek için bildirim külfeti, sadece satıcılığı meslek edinmemiş ve ayıp konusunda hafif ihmali olan veya hiç kusuru olmayan satıcılara karşı ve satıcılığı meslek edinmiş, ancak yeterli özeni gösterseydi dahi ayıbı fark edemeyecek konumda olan satıcılara karşı söz konusu olacaktır.

Hâl böyle olunca, kanımızca kiracıyı, işçiyi koruma konusunda kanunî düzenlemeleri “*kraldan çok kralcı*” bir şekilde değerlendiren mahkemeler, bu düzenlemeyi de kanun koyucunun yeni eğilimine uygun olarak alıcıdan yana değerlendirecek ve işi meslek edinmiş kişilerin sattığı mallarda çıkan ayıpların büyük bir çoğunluğunu satıcıların bilmeleri gerektiği yönünde karar verecek; buna bağlı olarak da bu tür satımlarda bildirim külfetini fiilî olarak uygulamadan kaldıracaklardır. Bu düzenleme, satıcıların sorumluluğunu kanımızca arzu edilenden daha ağırlaştıracak bir özelliğe sahip görünmektedir. Kanaatimizce mahkemeler, bu maddenin uygulanmasında biraz daha hassas davranarak, satıcının her durumda bilmesi gerektiğini ileri sürerek alıcının bildirim külfetini yerine getirmemiş olmasını göz ardı etmemelidir. Ayrıca alıcı açısından bildirim yapılmamış olmasının ileri sürülmesinin, hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olacağı hâllerin de göz ardı edilmemesi gerekir.

III. AYIPTAN DOĞAN SORUMLULUK HÂLİNDE SEÇİMLİK HAKLAR

Ayıplı ifa, sonuç itibarıyla satıcının malı olması gerektiği hâliyle alıcının mülkiyetine geçiremeyerek kötü ifada bulunmasıdır. Ancak uygulamada bu

⁵⁰ Bu doktrinde daha önce savunulan görüşe uygun bir düzenlemedir. Bu konuda bkz. YAVUZ, Satıcının Sorumluluğu, s.102; YAVUZ - ÖZEN - ACAR, s.102; TANDOĞAN, C.I, s.177; SEROZAN, s.146-147.

durumlarla çok sık karşılaşılmasına bağlı olarak özel düzenlemeler yapılmaktadır. Bu özel düzenlemelerin yanında, diğer genel düzenlemelere dayalı olarak hakların var olup olmadığı hususu, aşağıda ayrıca incelenecektir. Satıcının ayıptan doğan sorumluluğuna yol açan maddî ve şeklî koşulların gerçekleşmesi hâlinde, kanun koyucu alıcıya yapılan bu kötü ifaya dayalı olarak tazminat dışında bazı yenilik doğuran haklar⁵¹ tanımıştır.

Belirtilmesi gereken ilk husus, mevcut düzenlemeye bağlı olarak BK'ya tabi bir satım sözleşmesinde ayıbın varlığı hâlinde alıcının üç seçimlik hakkı varken, 6098 sayılı Kanun ile dört seçimlik hak getirilmiştir. Elbette hukukumuz yeni düzenleme ile getirilen ve dördüncü hak olan onarım hakkına, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK) nedeniyle yabancı değildir. TKHK'nın yürürlüğünden sonra doktrinde birçok yazar, Kanunda düzenlenmemiş olsa dahi BK'ya tabi satımlar açısından da bu hakkın var olduğunu kabûl etmiştir.

TBK'nın 227. maddesindeki düzenleme ile,

“1. Satılanı geri vermeye hazır olduğunu bildirerek sözleşmeden dönme.

2. Satılanı alıkoyup ayıp oranında satış bedelinde indirim isteme.

3. Aşırı bir masrafı gerektirmediği takdirde, bütün masrafları satıcıya ait olmak üzere satılanın ücretsiz onarılmasını isteme.

4. İmkan varsa, satılanın ayıpsız bir benzeri ile değiştirilmesini isteme.”

Daha önce m.202 ve m.203 olmak üzere iki maddede⁵² düzenlenen haklar, tek bir maddede düzenlemeye konu edilerek, daha derli toplu bir düzenleme hâline getirilmiştir.

Ayrıca madde metinlerinde yer alan “fesh edilmesini, ... tenzil olunmasını dava eder” veya “ari misliyle değiştirilmesini dava eder” gibi ifadeler kaldırılmış olduğundan, doktrinde hemen herkesin kabûl ettiği üzere, hakların dava açmadan kullanılabileceği hususu açıklığa kavuşturulmuştur.

⁵¹ Bu konudaki tartışmalar için bkz. **YAVUZ**, Satıcının Sorumluluğu, s.134 vd.; **YAVUZ - ÖZEN - ACAR**, s.112 vd.; **GÜMÜŞ**, s.165 vd.; **ARAL**, s.130.

⁵² M. 202 : “Satıcının tekeffülü altındaki satılanın ayıbı anlaşıldığı zaman alıcı muhayerdir. Dilerse mebiî redde hazır olduğunu beyanla satımın fesh edilmesini, dilerse satılanı alıkoyup kıymetinin noksanı mukabilinde semenin tenzil olunmasını dava eder. / Hâkim, alıcının satılanı ret davası üzerine hal icabı satımın feshini muhik göstermiyorsa semenin tenzili ile iktifa edebilir. / Kıymetinin noksanı mebiîin semenine müsavi ise alıcı ancak satımın feshini talep edebilir”; m.203: “Satılan miktarı muayyen misli şeylerden ise alıcı dilerse fesih veya semenin tenzilinden hiç birini talep etmeyip satılanın ayıptan ari mislile değiştirilmesini dava edebilir. / Satılan, başka yerden gönderilmiyorsa satıcının da müşteriye derhal ayıptan ari mislini teslim ve alıcının düçar olduğu zararı tamamen tazmin ederek aleyhine ikame edilecek davadan kurtulmağa salahiyeti vardır.”

İkinci olarak, doktrinde çok uzun süredir savunulduğu şekilde⁵³, 818 sayılı Kanunda mesafe satımları için öngörölmüş olan hak, günümüzün ulaşım imkânları düşünölerek⁵⁴, çok yerinde olarak, her türlü satım için getirilmiştir. Buna göre, “*saticı, alıcıya aynı malın ayıpsız bir benzerini hemen vererek ve uğradığı zararın tamamını gidererek seçimlik haklarını kullanmasını önleyebilir*”. Gerçekten, günümüzün ulaşım imkânları düşünöldüğünde, satıcının nerede olduğundan bağımsız olarak, alıcıya bir başka malın ulaştırılması mümkün olacağından, doktrinde haklı olarak savunulan bu hususun yasalaştırılması yerinde olmuştur.

Seçimlik hakların kullanılması ağırlıktaki görüş uyarınca, yenilik doğuran hak niteliğinde olup, muhatabı olan satıcıya varması ile onun iradesine bakılmaksızın sonuçlarını doğurur. Ancak, her bir hakka ilişkin açıklanacağı üzere, 818 sayılı Kanun’da olduğu üzere yeni düzenlemeyle de, bu haklara bazı kısıtlamalar getirilmiştir. Bu kısıtlamalara, haklara ilişkin açıklamalardan hemen sonra değeriendirilecektir.

Bilindiği üzere, haklardan birinin kullanılmış olması hâlinde alıcının daha sonradan başka bir hakkı seçip seçemeyeceğine ilişkin doktrinde tartışma bulunmaktadır⁵⁵. Kanun koyucu bu tartışmaları bir sonuca bağlamamıştır. Kanımızca, uygulamadaki sorunlara bağılı olarak bu konunun da çözüme kavuşturulması uygun olurdu. Örneğin, görüşlerden hangisinin tercih edildiğine ilişkin olarak, yenilik doğuran hakların bir kere kullanılması ile sona ereceği mutlak kabül edilirse “*Alıcı seçimlik haklardan birini kullandıktan sonra, bunu ancak satıcı ile anlaşarak değıştirebilir*” veya diğeri bir görüş olan satıcının kullanılan hakka itirazı hâlinde diğeri bir hakkı kullanabileceği kabül edilirse, “*Alıcı tarafından kullanılan seçimlik hakka satıcı tarafından açıkça itiraz edildiği hâlde alıcı diğeri haklardan birini kullanmaya bir seferliğine daha yetkili olur.*” şeklinde bir son fıkranın eklenmesi uygun olurdu, diye düşünölmektedir. Biz ikinci önerdiğimiz düzenlemenin, eş deyişle satıcının itirazına bağılı olarak alıcının bir kez daha kullanmasına imkân veren düzenlemenin daha uygun olduğunu düşünmekteyiz.

⁵³ Hatta mevcut metnin uygulanmasında da, haklı olarak, satıcı benzersiz olanı hızlı bir şekilde sağladığında, alıcı bu ifa teklifini kabül etmezse hakkını kötüye kullanmış olacağı belirtilmekteydi. YAVUZ, Saticının Sorumluluğu, s.147; SEROZAN, s.148; ARBEK, Ö., Satım Konusu Ayıplı Malın Tamir Edilmesi, Ankara 2005, s.54-55.

⁵⁴ HONSELL - VOGT - WİEGAND, Art.206, N.1; HATEMİ – SEROZAN – ARPACI, s.103; GÜMÜŞ, s.183.

⁵⁵ Bu konudaki tartışmalar için bkz. YAVUZ, Saticının Sorumluluğu, s.141-142; GÜMÜŞ, s.169 vd.; BUZ, Vedat, Medenî Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005, s.443 vd.; ARAL, s.130-131.

A. Sözleşmeden Dönme ve Sınırlamaları

1. Sözleşmeden Dönmenin Sonuçları

Bozucu yenilik doğuran bir hak olan sözleşmeden dönme hakkı ile, varması gereken tek taraflı bir irade beyanıyla, sözleşme baştan itibaren kesin hükümsüz hale getirilmektedir⁵⁶. Dönmenin sonuçları⁵⁷, 818 sayılı Kanunda m.205'teki gibi, burada da ayrı olarak m.229'da düzenlenmiştir.

Yeni metinde ilk dikkatimizi çeken nokta, dönme hâlinde alıcının “*elde ettiği yararlar*”ın âkibetine ilişkin düzenlemedir. Önceki düzenlemeden hiçbir farkı bulunmamakla birlikte, kanımızca bu düzenlemede değişiklik yapılmaması bir tercihin sonucudur. Çünkü, doktrinde bu konuda zapt hâlindeki gibi elde edilmesi ihmal edilen semerelerin ne olacağı ya da semere elde edilmese bile, arabanın kullanılması sonucunda elde edilen ekonomik menfaate ilişkin bir talep olup olamayacağı konuları tartışmalıydı⁵⁸. Kanımızca kanun koyucu, mevcut düzenlemeyi koruyarak, sadece elde edilen yararları iade yükümlülüğü öngörmüştür; diğer konularda satıcının talep hakkının söz konusu olmayacağı düşünülmektedir. Her ne kadar bu konuda kanaatimiz, değişiklik yapılmamasının bir tercih sonucu olduğu yönündeysede, kanun koyucunun doktrini rahatlatmak adına bu tercihinin bilinçli olduğunu göstermek ve 818 sayılı Kanun döneminde de, bu düzenlemenin bilinçli olduğunu savunan yazarları açıkça desteklemek adına, gerekçede bu hususları netleştirmenin daha yerinde olacağı düşünülmektedir.

Alıcı semeni, yeni ifadesi ile satış bedelini ödememişse, doğal olarak satış bedeli borcu sona erecektir; ödemişse de satıcı 229. maddenin 2. bendi uyarınca faiziyle birlikte iade borcu altına girmektedir. Burada faiz, dönme beyanının satıcıya varmasından itibaren başlayacaktır. Bu konuda doktrinde savunulan görüş çerçevesinde, karşılıklı akitlerde aslı borçlarda ifaya ilişkin getirilmiş olan ödemezlik def'inin⁵⁹, semen iade edilmedikçe alıcının malı iade etmeme konusunda hakkı bulunduğu kabûl edilse dahi, hazır yeni düzenleme

⁵⁶ Bu hakkın niteliğine ve sonuçlarına ilişkin doktrindeki tartışmalar için bkz. **YAVUZ**, Satıcının Sorumluluğu, s.168 vd.; **KELLER**, s.87 vd.; **GİGER**, Art.207, No.9 vd.; **CAVİN**, s.99 vd.; **TANDOĞAN**, C.I, s.191; **GÜMÜŞ**, s.170 vd.; **ARBEK**, s.54-55; **ZEVKLİLER - GÖKYAYLA**, s.110.

⁵⁷ Bu konuya ilişkin özel bir inceleme için bkz. **YAVUZ**, C., “Yargıtay Kararları Işığında Alıcının Satılanın Ayıpları Sebebiyle Sözleşmeden Dönmesi ve Hükümleri”, Ergun Özsunay’a Armağan, İstanbul 2004, (s.117-143), s.147 vd. (Sözleşmeden Dönme).

⁵⁸ Bu konudaki tartışmalar için bkz. **YAVUZ**, Satıcının Sorumluluğu, s.178; **TANDOĞAN**, C.I, s.191; **GÜMÜŞ**, s.175; **HATEMİ – SEROZAN – ARPACI**, s.101.; **ZEVKLİLER**, s.124; **ZEVKLİLER - GÖKYAYLA**, s.111; **GİGER**, Art.208, NO.20; **ARBEK**, s.55; **YAVUZ**, Sözleşmeden Dönme, s.141.

⁵⁹ **KELLER**, s.104; **YAVUZ**, Sözleşmeden Dönme, s.141.

getirilmişken ve alıcı bu kadar korunmaya özen gösterilirken, “*semen ödenmedikçe iadeden kaçınma*” imkânının, özel bir def’i olarak ya da tercihe bağlı olarak doktrinde önerildiği üzere, bir hapis hakkı olarak düzenlemeye konu edilmesi uygun olurdu diye düşünmekteyiz⁶⁰. Bununla bağlantılı olarak ya da buna ek bir cümle şeklinde de, “*alıcı iadeden kaçınma hakkını kullandığı hallerde mala gelen zarardan ancak ağır kusuru hâlinde sorumlu olur*” düzenlemesi getirilerek, m.226’daki malı koruma külfeti hafifletilebilirdi.

Maddenin 3. bendinde, alıcının satılana yaptığı masraflar ve yargılama giderleri düzenlenmiştir. Bu konuda herhangi bir farklılık getirilmediğinden, satılana yapılan lüks masraflara ilişkin tartışma devam edecektir⁶¹.

4. bentte, “*ayıplı maldan doğan doğrudan zararın giderilmesi*” talebi düzenlenmiştir⁶². Yürürlükteki metinde bu husus, “*ayıplı mal teslim etmesinden doğrudan doğruya tevellüt etmiş zararı da ayrıca tazmin etmeğe mecburdur*” şeklinde düzenlenmiştir. 5. bentte ise, “*satıcı, kendisine hiçbir kusur yüklenmeyeceğini ispat etmedikçe, alıcının diğer zararlarını da gidermekle yükümlüdür*”. Doktrinde en tartışmalı konulardan birisinin, doğrudan ve dolaylı zararların ne anlama geldiği olduğundan⁶³, kanımızca tercih edilen terim çok uygun olmamıştır⁶⁴. Konuya ilişkin sıkıntıların elbette farkında olan kanun koyucu, gerekçede her ne kadar, “*maddede yer alan «doğrudan zarar» ve «diğer zararlar» ibarelerine verilecek anlam hakkında, Tasarının 216. maddesinin gerekçesi göz önünde tutulmalıdır*” demiş olsa da, kanımızca bunun yerine doktrinde içeriği konusunda tartışma olmayan, fiilî zarar ve yoksun kalına kâr veya olumlu ve olumsuz zarar kavramlarının net bir şekilde tercih edilmesi daha

⁶⁰ YAVUZ, Satıcının Sorumluluğu, s.179.

⁶¹ GÜMÜŞ, s.176; YAVUZ - ÖZEN - ACAR, s.147; ARBEK, s.56.

⁶² Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. YAVUZ, Satıcının Sorumluluğu, s.173 vd.; KELLER, s.95 vd.; GİGER, Art.208, No.32 vd.; CAVİN, s.100 vd.

⁶³ Bu konudaki tartışmalar konusunda özel bir çalışma için bkz. YILDIRIM, F. – BAŞPINAR, V., “Doktrin ve Uygulama Açısından Türk – İsviçre Hukukunda Doğrudan Doğruya ve Dolaylı Zarar Ayrımı”, Bilge Öztan’a Armağan, Ankara 2008, (s.1093-1125), s.1093 vd. Ayrıca bkz. GÜMÜŞ, s.177 vd.; TANDOĞAN, C.I, s.192 vd.; YAVUZ, Sözleşmeden Dönme, s.135 vd.; ARAL, s.139 vd.

⁶⁴ “*Borçlar Kanunumuzda yer alan «doğrudan zarar» ve «dolaylı zarar» ayrımı, 1881 tarihli eski İsviçre Borçlar Kanununun bir kalıntısıdır. Gerçekten aCo.art.116’da böyle bir ayırım yapılmış, fakat bu ayırım, 1911 revizyonu sırasında Borçlar Kanunundan çıkarılmıştır. (...) 1881 tarihli eski İsviçre Borçlar Kanununun 116. maddesine göre, doğrudan zarar, borçlanılan şeyin telef olmasından ya da edimin ayıplı olmasından sonuçlanan zarardır; dolaylı zarar ise, şey ya da edim ve alacaklının diğer malvarlığı hakları ilişkileri arasında mevcut olan durumlardan ileri gelen zarardır.*” YAVUZ, Sözleşmeden Dönme, s.118.

uygun olabilirdi. Atıf yapılan doğru madde olan m.217'nin⁶⁵ gerekçesinden anlaşıldığı üzere doğrudan zarar kavramı ile olumsuz zararların, diğer zararlar lafı ile ifade edilmek istenenin dolaylı zarar kavramına işaret ettiğini ve bunun da olumlu zararlar anlamına geldiğini anlamaktayız. Bizler doktrin olarak tartışmaları bilen, en azından bilmek için çaba sarfeden kişiler olarak, madde metninde yer alan kavramlar ile gerekçede yer alan kavramları, hem takip etmekte hem de ne anlama geldiklerini daha önceki veriler çerçevesinde bir yerlere oturtmakta zorlanırken, uygulamada bunlara verilecek anlam konusunda zorluk yaşanacağı düşünülmektedir.

Dönmeye ilişkin olarak düzenlenen bir diğer husus olan, satılanın yok olması hâlinde dönme hakkının varlığı m.228'de mevcut düzenlemeden biraz daha farklı bir düzenlemeye konu edilmiştir. Mevcut düzenleme olan m.204'e göre, "*satılanın ayıp sebebi ile yahut kazaen telef ve ziya veya hasara uğraması, ayıptan dolayı feshi davaya mani olmaz.*". Yeni düzenleme ise, "*Alıcıya ayıplı olarak devredilmiş olan satılanın ayıptan, beklenmedik hâlden veya mücbir sebepten dolayı yok olması veya ağır biçimde zarara uğraması, alıcının sözleşmeden dönme hakkını kullanmasını engellemez.*" şeklindedir.

Yeni düzenlemenin daha uzun olmasının sebebi, eski metinde yer alan "kazaen" terimi yerine "beklenmedik hâl" ve "mücbir sebep" ifadelerinin kullanılmasıdır. Doktrinde her ne kadar kaza terimini, "beklenmeyen hâl" kavramı ile özdeş tutan yazarlar⁶⁶ varsa da, kanımızca "kaza" teriminin, m.102'deki düzenlenişinde kabûl edildiği üzere "*sözleşme taraflarının kusuru olmaksızın malın zarara uğraması veya telef olması*" şeklinde geniş bir terim olarak algılanması daha yerindedir⁶⁷. Kaldı ki, her ne kadar maddenin gerekçesinde "*ayıplı satılanın beklenmedik hâl yanında, mücbir sebepten yok olması veya ağır biçimde zarara uğraması aynı hükmün kapsamına dâhil edilmiştir.*" denmekteyse de, doktrinde zaten bu şekilde kabûl edilmekte olduğundan, bu değişiklik yapılmadan da aynı sonuca varmak mümkündür.

⁶⁵ Madde metninde talep edilecek zararlar için eski metindeki gibi "doğrudan doğruya uğradığı diğer zararları" ifadesi yer almaktadır. Oysa kanun yapma tekniği anlamında aralarında doğrudan atıf bulunan ve paralel bir düzenlemeye sahip olan bu iki madde arasında ifade birliği sağlanması daha uygun olurdu.

⁶⁶ **YAVUZ - ÖZEN - ACAR**, s.143; **YAVUZ**, Sözleşmeden Dönme, s.130; **GÜMÜŞ**, s.174. Bunun bu şekilde algılanmasının sebebi mehzada yer alan zıfâl kelimesidir.

⁶⁷ "*Zarara yol açan kazanın fevkalâde hâl veya mücbir sebep niteliği taşıması fark etmez. Her ne kadar BK m.102'de yer alan kaza tabiri karşılığında İsviçre Borçlar Kanununun 103. Maddesinde fevkalâde hâl (cas fortuit, Zufall) tabiri yer almakta ise de, burada aslında borçlunun fevkalâde hâlden sorumluluğu değil, kusuru ile temerrüde düşmenin sonuçlarına katlanması bahis konusu olduğu için zarara yol açan olayın, fevkalâde hâl veya mücbir sebep teşkil etmesi önem taşımaz.*" **ÖĞUZMAN**, M. Kemal, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2009, s.390. Kanımızca benzer bir bakış açısı burası için de uygun olacaktır.

Gerekçedeki son cümle olan, “*Fıkıradaki yapılan değişiklik uyarınca, ayıplı satılanın zarara uğradığı her durumda değil, ancak ağır biçimde zarara uğraması durumunda bu fıkra uygulanabilecektir*” şeklinde düzenlenen kısmın, herhangi bir anlamı yoktur, Zira zaten madde ağır zarara uğramış bir malın varlığı hâlinde veya tamamen yok olması hâlinde dönme hakkını alıcıya veriyorsa, malın daha az zarara uğradığı hâllerde de bu hakkın kullanılabilmesi zaten açıktır. Çoğun içinde az da vardır, ilkesine dayalı olarak madde yorumlandığında da, bu sonuca ulaşılır. Kaldı ki, madde metninin açık olması dolayısıyla, yoruma gidilmesine gerek olmadan, düz ve zıt anlamlarından gerekli olan sonuçlara ulaşıldığı düşünülmektedir. Gerekçedeki bu cümle doğru kabûl edildiğinde, “*satılanın ayıptan, beklenmedik hâlden veya mücbir sebepten dolayı hafif olarak zarara uğraması hâlinde alıcı dönme hakkını kullanamaz*” sonucuna varmak gerekir ki, maddenin bunu hedeflemediği açıktır.

3. Sınırlamaları

a. Durumun Dönmeyi Haklı Göstermemesi Hâlinde (BK m.202/II – TBK m.227/IV)

Seçimlik hakların kullanılmasında orantılılık gözetilmesi esasına dayanarak getirilmiş olan bu düzenlemenin mevcut hâli, “*hâkim, alıcının satılanı ret davası üzerine hal icabı satımın feshini muhik göstermiyorsa semenin tenzili ile iktifa edebilir*” şeklindedir. Buna göre, hâkim sözleşmeden dönmenin uygun olmamasına⁶⁸ karar vermesi hâlinde semende indirim uygulaması gerektiği düzenlenmiştir⁶⁹.

Yeni metinde ise, aynı husus bu kez, “*alıcının, sözleşmeden dönme hakkını kullanması hâlinde, durum bunu haklı göstermiyorsa hâkim, satılanın onarılmasını veya satış bedelinin indirilmesine karar verebilir*” şeklinde düzenlenmiştir. 6098 sayılı düzenleme ile, hâkimin dönmeyi uygun bulmadığı hallerde sadece indirim gitmek zorunda olmadığı, bunun yanında satılanın onarılmasına da karar vermesi uygun görülerek bu hak da metne eklenmiştir. Elbette, mevcut düzenlemeye göre daha yerinde bir düzenlemedir; sadece indirim karar vermek yerine, onarımın sağlanması seçeneğinin de eklenmesi uygundur.

⁶⁸ “Burada hakim özellikle şeyin ayıplı olmasına rağmen alıcının işine yarayıp, feshin satıcıya getireceği zarar ile alıcının bundan elde edeceği yarar arasında açık bir oransızlık bulunup bulunmadığına bakacaktır. Özellikle şey alıcı bakımından kullanılabilir, geri gönderme için taşıma masrafları çok ise veya sipariş üzerine yapılmış ve başkası için kullanışlı olmayacaksa semenin tenziline hükmedilebilir. Hakim satıcının kusurunun ağırlığını da göz önünde tutacaktır. Satıcının hilesi varsa alıcının önem verdiği anlaşılabilir, zikrolunan vasıflar şeyde bulunmuyorsa daha ziyade fesih talebini kabule gidebilir.” TANDOĞAN, C.I, s.188.

⁶⁹ Konuya ilişkin çeşitli örnekler için bkz. YAVUZ, Satıcının Sorumluluğu, s.143 vd.

Ancak düzenleme mevcut hâlinde de, bu yeni hâlde de bizim hukuk duygumuza hitap etmemektedir. Biz, başka seçimlik haklarımız varken, bu sözleşme ilişkisinden tamamen kurtulmayı seçmişken, hâkimin takdir hakkına dayalı olarak, elbette objektif bir temelde ama sonuçta takdir hakkına dayalı olarak, bu hakkın kullanılmasını uygun bulmaması öngörülmüş; bununla da kalmayıp bizim yerimize, onun diğer bir hakkı seçmesi kabul edilmiştir. Kanımızca ilk sakınca, alıcıya ait olması gereken hakkın, hâkim bile olsa bir başkası tarafından kullanılmasına izin vermektir. İkinci sakınca ise, kullanılacak iki hakkın da malın alıcıda kalması sonucunu doğurmasıdır. Mevcut düzenleme istemediğimiz malı bize indirimli olarak veriyordu; yeni düzenleme ise mal ayıplı olarak bizde kalacak ya da yeni aldığımız mal onarılmış bir mal olarak bizde kalacak. Oysa biz o malı hiç istememiştik!

Alıcının malı hiç istemediği bir hâlde, satıcıyı haklı olarak korumak isterken; alıcının da menfaatini biraz daha dikkate alarak, onun isteğine uygun bir biçimde durumu dengelemeye çalışmak daha uygun olurdu diye düşünmekteyiz. Bu hâlde, kanımızca en iyi seçenek ayıpsız olan ile değiştirme seçeneğidir. Bunun mümkün olmaması hâlinde ise, diğer iki seçeneğin gündeme getirilmesi bize daha uygun gelmektedir. Kanun koyucunun onarım hakkını eklerken, ayıpsız benzeri ile değişim hakkını niye eklemediğini anlamak mümkün değildir.

Kanaatimizce, dönme hakkının kullanılmasının uygun bulunmaması hâlinde, alıcıya diğer haklardan birini yeniden kullanması için süre verilmesi en uygun çözümdür. Kanun koyucunun alıcıya ait olan hakları tekrar ona kullanılabilecekken, bunu hâkime kullandırtmayı tercih etmesini de, bu bağlamda anlayamadığımızı belirtmek zorundayız.

Ayrıca konu düzenlenirken, bu konuya ilişkin doktrinde tartışmalı olan def'i mi, itiraz mı olduğu hususunun da çözüme kavuşturulması uygun olurdu⁷⁰.

Sonuç olarak konunun şu şekilde düzenlenmesinin daha adil olacağı düşünülmektedir: “Alıcının dönme hakkını kullandığı bir uyuşmazlıkta hâkim, dönmenin haklı olmadığını fark ettiği hâlde, vereceği uygun süre içinde diğer haklarından birini kullanmayan alıcının yerine karar verir.”

Bu hâli ile ayıplı bir mal istemediğini çok açık bir biçimde ifade etmiş olan alıcıya en azından, mümkün olan hâllerde, ayıpsız bir mal elde etme imkânı tekrar sağlanmış olacaktır. Ayrıca, alıcıya ait olan seçimlik hakların hâkim yerine, alıcının kendisi tarafından kullanılması imkânı getirilmiş olacaktır. Yine, diğer seçimlik haklarını kullanmayarak satıcıyı sürüncemede bırakabilecek olan alıcı yerine hâkime seçim hakkını tanımak da, süreci kısaltmaktadır.

⁷⁰ Bu konudaki tartışmalar için bkz. YAVUZ, Satıcının Sorumluluğu, s.145; GÜMÜŞ, s.188.

b. Alıcının Kusuru ile Satılanın Zarara Uğraması Hâlinde (BK m.204/II – TBK m.228/II)

Bu konuya ilişkin herhangi bir değişiklik bulunmadığı düşünülmektedir. Gerekece de bu hususa ilişkin bir açıklama yoktur. Bununla birlikte, yeni metinde yer alan ifadede bir değişiklik olmuştur.

Mevcut metindeki “*Satılanın alıcının kusuru ile yok olması*” ifadesinin yerini, yeni metinde “*satılan alıcıya yüklenebilen bir sebep yüzünden yok olmuştur*” ifadesi⁷¹ almıştır. Kanımızca bunun sebebi, doktrinde bu konuda var olan görüşlerden birinin tercih edilmesidir. Nitekim YAVUZ bu konuyu “*ancak burada kullanılan «kusur» kavramı da, teknik anlamıyla kullanılmış değildir. Çünkü alıcı kendisine teslim edilen satılanın maliki olmuştur ve malik olmak sıfatıyla, satılanı dilediği gibi kullanabilir. Bu kavram ile burada anlatılmak istenen husus, alıcının kendi davranışıyla satılanın herhangi bir şekilde bozulmasına, telef ve hasara uğramasına yol açmasıdır; yoksa alıcının bu davranışlarında bir hukuka aykırılık durumunun gerçekleşmesi aranmaz ve zaten buna da imkan bulunmamaktadır.*” şeklinde açıklamaktadır⁷². Bu görüş doğrultusunda, 6098 sayılı metinde ilgili konu, kusur terimi kaldırılarak kaleme alınmıştır.

Kanımızca kusur terimi çıkarılmasaydı da, bu husus zaten net anlaşıl-maktaydı. Kaldı ki, fiilin hukuka aykırı olması ile failin kusurlu olması da aynı anlama gelmemektedir. Bu nedenle, malik olsa bile, sokağa korumasız bıraktığı bir koltuğun ya da bir makinenin telef olması hâlinde alıcının bu hakkının kal-mayacağı ortadadır. Benzer bir bakış açısı ile, kalp krizi geçirirken kullandığı makine açık kaldığı için motoru fazla ısınarak makinesinin tamamının yanma-sına sebep olması hâlinde de alıcının bu hakkı kullanabileceği açıktır. Hâl böyle olunca esasen değerlendirmenin temeli, klasik sistemdeki kusur anlayışı olmaktadır. Burada alıcıyı, haksız fiilden sorumlu tutmak gibi bir algılayış yoktur. Bu nedenle, kusur teriminin metinden çıkarılarak, alıcıya yüklenebilen bir sebep denmesinin, bir sonuç farklılığı yaratmadığı düşünüldüğü gibi, ko-nuyu daha aydınlatır nitelikte de bulmadığımızı belirtmek gerekir.

Ayrıca bu düzenleme konusunda doktrinde haklı olarak, satıcının alıcının fiili sonucu ağır zarara uğraması, yani aşırı derecede değer kaybının olması

⁷¹ YAVUZ, makalesinde konuyu bu şekilde ifade etmiştir. YAVUZ, Sözleşmeden Dönme, s.129.

⁷² YAVUZ, Satıcının Sorumluluğu, s.148. TANDOĞAN da bu hususu aynı yönde şu şekilde ifade etmektedir: “*Şeyin alıcının kusuruyla telef olmasında, alıcı teslimle şeye malik olmuş bulunduğundan ve onu yok etmesi hukuka aykırı satılmayacağından, teknik anlamda bir kusur söz konusu değildir. Alıcıya isnadı kabil olan ve halin icaplarının gerektirmediği her yok etme kusurlu sayılmalıdır.*” TANDOĞAN, C.I, s.189.

hâlinde de bu hükmün uygulanması gerektiği savunulmaktaydı⁷³. Bu görüşün varlığına ve haklılığına rağmen, yeni düzenlemedeki ifade hâlâ “yok olması”dır. Bu durumda, bilinçli olarak susularak, bunun kapsama alınmadığı mı kabul edilmeli, yoksa hâlâ mevcut hâli ile yoruma tabi mi tutulmalıdır sorusu karşısında bizim kanaatimiz, eski yorumun daha makûl olması nedeniyle metni bu yorumla okumak gerektiği şeklindedir. Bu nedenle, burada hâlâ alıcının kusuruyla malın tamamen yok olması veya yok olmasa da, ağır bir biçimde zarar uğramış olması hâllerinde alıcının, sadece bedelden indirim isteyeceğinin kabul edilmesi gerekir. Oysa madde, “*Satılan alıcıya yüklenebilen bir sebep yüzünden yok olmuş veya ağır hasara uğramışsa yahut ...*” şeklinde ifade edilseydi, bu tereddüt de ortadan kaldırılmış olurdu.

Anılan durumda, “*alıcı, ancak değerindeki eksiklik karşılığının satış bedelinden indirilmesini isteyebilir*” hükmünden açıkça anlaşılacağı üzere, bu düzenleme sadece sözleşmeden dönme hakkı için getirilmiş bir sınırlama değildir. Diğer hakların kullanıldığı hallerde de, bu sınırlama gündeme gelecektir.

c. Alıcının Satılarda Tasarruf Etmesi Hâlinde (BK m.204/II – TBK m.228/II)

Mevcut metinde “*alıcı onu başkasına temlik veya şeklini tağyir etmiş ise ancak kıymet noksanına mukabil semenin tenzilini dava edebilir*” şeklinde ifade edilen bu husus, yeni düzenleme olan m.228/II’de “*alıcı onu başkasına devretmişse ya da biçimini değiştirmişse alıcı, ancak değerindeki eksiklik karşılığının satış bedelinden indirilmesini isteyebilir*” şeklinde ifade edilmiştir.

i. Satılanın Devri

Madde ile ilk düzenlenen husus, satılanın başkasına devredilmesidir. 818 sayılı yasanın ifadesi ise temliktir. Bu konu doktrinde bir kısım yazarlarca, sadece mülkiyet devri olarak anlaşılmaktayken, diğerleri tarafından mülkiyet devri, sınırlı aynî hak tesisi ve hatta kişisel haklara ilişkin yapılan tasarruf işlemi niteliğindeki şerh verilmesi hâllerinin tümünü kapsar şekilde anlaşılmaktadır⁷⁴. 6098 sayılı Kanun, bu tartışmayı çözmemiştir. Oysa bizim başlıkta ifade ettiğimiz üzere tasarruf işlemi terimi kullanılmış olsaydı, bu tartışma da sona erdirilmiş ve konu netlik kazanmış olurdu.

İkinci olarak, konuya ilişkin diğer bir tartışmalı husus da yine havada bırakılmıştır. Bazı yazarların devrin yapılmasında satıcının ayıbı bilip bilmeme-

⁷³ “Şeyin alıcının kusuruyla esaslı surette hasara uğraması veya değerinin düşmesi hâlinde, tamamen telef olmaya ilişkin BK m.204 f.II kıyas yoluyla uygulanmalıdır.” TANDOĞAN, C.I, s.189; YAVUZ - ÖZEN - ACAR, s.125.

⁷⁴ Görüşler için bkz. TANDOĞAN, C.I, s.189; YAVUZ - ÖZEN - ACAR, s.125.

sine göre yaptığı ayırım, doktrinde bazı yazarlarca kabû edilmemektedir⁷⁵. Kanımızca doğru olarak yapılan bu ayırımın, metne dâhil edilmesi uygun olurdu.

ii. Satılanın Şeklinin Değiştirilmesi

Eski ifade ile “tağyir”, yeni ifade ile “değiştirilme” olarak belirtilen husus doktrinde malın işleme, karışma, birleşme gibi yollarla artık ya aynen iadesinin hiç mümkün olamayacağı ya da iadenin eski hâliyle mümkün olamayacağı tüm durumları kapsadığı şeklinde kabû edilmekteydi⁷⁶. Kanımızca yeni ifade ile de aynı sonuca ulaşılması yerinde olacaktır. Doktrinde daha önce de benimsendiği üzere, malın gözden geçirilmesi amacı ile kullanılması veya faydalanma nedeniyle oluşan önemsiz nitelikteki değişiklikler bu kapsamda sayılmayacak⁷⁷ ve alıcının diğer hakları devam edecektir.

Bu hâlde madde metninin, “*Satılan alıcının kusuruyla yok olmuş veya ağır hasara uğramışsa; alıcı ayıbı bilerek malda tasarruf etmiş yahut malı iadesini oldukça zor hale sokan biçimde kullanmışsa ancak bedelde indirim hakkını kullanabilir.*” şeklinde kaleme alınmasının daha açıklayıcı olabileceği düşünülmektedir.

Hatta metne, “*Alıcının başkasına sattığı mala ilişkin o alıcının ayıptan dolayı sözleşmeden dönmesi hâlinde alıcının hakları, işlemi ayıbı bilerek yapmasına rağmen, koşullarının sağlanmış olmasına bağlı olarak yeniden doğar*” şeklinde, tercihe bağlı olarak bir son cümle de eklenebilirdi.

d. Satıcının Ayıpsız Olanın İfasını Hemen Teklif Etmesi Hâlinde (BK m.203/II – TBK m.227/III)

Bu husus yukarıda açıklandığı için ayrıca açıklanmayacaktır. Ancak düzenleme sadece dönme hakkına ilişkin getirilmiş bir sınır olmayıp, diğer bütün haklara ilişkin bir sınırlama niteliğindedir.

B. Ayıp Oranında Satış Bedelinden İndirim İsteme ve Sınırlamaları

1. İndirim İstemenin Sonuçları

Alıcı bu hakkını seçtiğinde, sözleşme ilişkisinde kararlaştırılmış olan diğer hiçbir hususta değişiklik olmaz⁷⁸. Alıcı satılanı elinde tutacak, semen, elbette artık kanunî ifadesi ile satış bedeli ödeme borcu devam edecektir. Sadece artık satıcının, satış bedelinde indirim yapma borcu bulunmaktadır. Alıcı satış

⁷⁵ TANDOĞAN, C.I, s.189 (dn.90); Aksi fikirde HONSELL, Art.207, No.2; GÜMÜŞ, s.190.

⁷⁶ YAVUZ, Satıcının Sorumluluğu, s.150; TANDOĞAN, C.I, s.189.

⁷⁷ Çeşitli örnekler için bkz. TANDOĞAN, C.I, s. 178.

⁷⁸ Sonuçları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. YAVUZ, Satıcının Sorumluluğu, s.180 vd.; TANDOĞAN, C.I, s.195 vd.

bedelini ödememişse, indirim yapılması gereken tutarı mahsup ederek, belirlenenden eksik ödeme yapacak; ödemişse indirilen miktarın iadesini isteyebilecektir.

Bu konuda, doktrinde ve uygulamada genel kabûl görmüş olan nisbî yöntem uygulanmaktadır. Oldukça basit ve adil bir sonuca da götürür nitelikteki bu yöntem, basit bir doğru orantıdır: Ayıpsız değer (rayiç bedelin) ayıplı değere oranına bakarak, karşılaştırılan bedel ile şu an indirimli olarak olması gereken bedel arasında aynı oran kurulur. Örneğin, malın rayiç bedeli 2.000 TL. Şu an varolan ayıplı ile ancak 1 milyar TL'ye satılabilir. Biz arkadaşımızdan ikinci el olarak 1.500 TL'ye satın almışsak, rakam ½ oranında düşmüş olduğundan; biz de 750 TL'lik bir indirim talep edebiliriz.

2. Sınırlamaları

a. İndirim Miktarının Satış Bedeline Yakın Olması Hâlinde (BK m.202/son – TBK m.227/son)

818 sayılı yasada BK m.202/son'da “kıymetinin noksanı mebiün semine müsavi ise alıcı ancak satımın feshini talep edebilir” şeklinde düzenlenmiş olan bu hak, TBK m.227/son'da biraz farklı olarak düzenlenmiştir. Buna göre, “satılanın değerindeki eksiklik satış bedeline çok yakın ise alıcı, ancak sözleşmeden dönme veya satılanın ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesini isteme haklarından birini kullanabilir”. Zaten mevcut metne ilişkin olarak da, mehaza uygun olarak bu şekilde okunması gerektiği doktrinde belirtilmekteydi⁷⁹.

Mevcut metinde, indirim bedelinin satış bedeline yakın olması ihtimalinde alıcıya sadece sözleşmeden dönme imkânı tanınmışken, artık alıcı isterse sözleşmeden dönebilecek, isterse de malın ayıpsız olan ile değişimini talep edebilecektir. Bu bağlamda, alıcıyı sadece sözleşmeden dönme seçeneği ile bırakmak yerine, malın değiştirilmesini isteme hakkının da verilmesi elbette olumludur. Çünkü, indirim seçeneğini kullanan alıcının bu malı ayıplı hâli ile dahi kabûl ettiği bir gerçektir. Durum böyle olunca, gerek ihtiyacı nedeniyle, gerek bilmediğimiz ve bilmemiz de gerekmeyen diğer nedenlerle, malı ayıplı hâli ile bile elinde tutmak isteyen bir kişiye, “hayır sen bu malı mutlaka iade etmelisin” demenin hiçbir hukukî gerekçesi olamaz. Bu nedenle yeni hak eklenmesinin isabetli olduğunu düşünmekteyiz.

Ancak bu noktada anlaşılmaz olan husus, onarım hakkının neden verilmediği hususudur. Dönme hakkını kullanarak maldan kurtulmak isteyen alıcıya onarım hakkını vererek, ayıpsız bir mala kavuşmasının önünü kapattık; burada da ayıplı hâli ile bile malı kabûl etmek isteyen alıcıya elindeki malı iade etmeye mecbur bıraktık. Çünkü, ister sözleşmeden dönsün, isterse ayıpsız olanı ile değişim istesin, alıcı kanunen kullanmak zorunda bırakıldığı her iki

⁷⁹ YAVUZ, Satıcının Sorumluluğu, s.146.

seçenekte de elindeki malı iade etmekle yükümlü olacaktır. Kaldı ki, satılanın gayrimisli bir mal olması hâlinde ayıpsız benzeri olmadığından alıcının sadece dönme hakkı söz konusu olabilecektir. Bu da, zorunlu olarak malı elinde tutmak isteyen alıcıyı, hiçbir şey isteyemeyecek konuma sokabilecektir.

Ayrıca, bu hakların konulması ve sınırlamaları ile taraflar arasında âdil bir denge yaratmak isteniliyorsa, malı ayıplı hâli ile bile elinde tutmaya karar vermiş bir alıcı karşısında, satıcıyı yeniden bir mal vermekle yükümlü bırakmak yerine, onarmaya zorlamak daha makûl olabilirdi diye düşünülmektedir. Elbette alıcının haklarını iki ile sınırlamak istiyorsak, eş deyişle haklardan iki tanesini seçmek zorundaysak indirim talebinde bulunan kişiye onarım hakkının verilmesi ilk seçeneğimiz olmalıydı diye düşünmekteyiz.

Kanımızca, indirim hakkını kullanmış fakat makûl bulunmamış alıcının, diğer haklarından birini yeniden seçme hakkının varlığını kabûl etmek daha uygundur. Hatta, dönme hakkının sınırlanmasında olduğu gibi durumun, bir dava sırasında fark edilmiş olması hâlinin de, aynı fıkra ile çözüme kavuşturulması da düşünülebilirdi.

Buna göre, maddenin “*satılanın değerindeki eksiklik satış bedeline çok yakın ise, alıcı diğer haklarından birini kullanmak zorundadır. Bu durumun bir uyumsuzlukta fark edilmesi hâlinde hâkim yukarıdaki fıkra hükmünce karar verir.*”⁸⁰ şeklinde düzenlenmesinin amaca daha uygun olacağı düşünülmektedir.

b. Satıcının Ayıpsız Olanın İfasını Hemen Teklif Etmesi Hâlinde (BK m.203/II – TBK m.227/III)

Bu husus yukarıda açıklandığı için ayrıca açıklanmayacaktır. Ancak, düzenleme sadece indirim isteme hakkına ilişkin getirilmiş bir sınır olmayıp, tüm haklara ilişkin bir sınırlama niteliğindedir.

C. Onarım İsteme ve Sınırlamaları

1. Onarım İstemenin Sonuçları

Onarım hakkı, TKHK ile hukukumuza girmiş olsa da, BK’da satıcının sorumluluğu çerçevesinde bulunmamaktaydı⁸¹. Ancak doktrinde benimsendiği

⁸⁰ Önerdiğimiz hâli ile TBK m.227’nin son iki fıkrası şu şekilde olacaktır:

“*Alıcının dönme hakkını kullandığı bir uyumsuzlukta hâkim, dönmenin haklı olmadığını fark ettiği hâlde, vereceği uygun süre içinde diğer haklarından birini kullanmayan alıcının yerine karar verir.*

Satılanın değerindeki eksiklik satış bedeline çok yakın ise, alıcı diğer haklarından birini kullanmak zorundadır. Bu durumun bir uyumsuzlukta fark edilmesi hâlinde hâkim yukarıdaki fıkra hükmünce karar verir.”

⁸¹ TANDOĞAN, C.I, s.187 ve aksi görüş için aynı sayfa dn.81a; ZEVKLİLER - GÖKYAYLA, s.115.

üzere⁸², 6098 sayılı TBK ile dördüncü hak olarak, tüketici işlemi niteliğinde olmayan satımlar için de kabûl edilmiştir⁸³. Elbette, bu hakkın eklenmesinin olumsuz olduğunu söylemek mümkün değildir. Hatta satıcı açısından, birçok durumda çok avantajlı bir seçenektir. Kullanılmakla artık yeni mal olmaktan çıkmış ürünü geri alıp yenisini vermek ya da ikinci el ürün olarak değerlendirilmesi gereken bir ürünü geri alıp parasını faizi ile birlikte iade etmek yerine, varolan ürünü tamir ettirerek, aldığı satış bedelini elinde tutmak satıcı için oldukça elverişli bir sonuçtur. Benzer bir şekilde, satılanın misli eşya olmadığı hâllerde, ayıplı olmasına rağmen malı elinde tutmak isteyen alıcı açısından da yine yerinde bir seçenektir.

Esasen aynen ifanın devamı niteliğinde bir talep olan onarım hakkında alacaklı konumundaki alıcı, kendisine yapılmış olan kötü ifanın düzeltilmesini talep etmektedir.

Kanaatimizce, onarım isteme konusunda uygulamada çıkan sorun, onarımın ne kadar sürede yapılacağı, yapılmadığı hâlde alıcının haklarının ne olacağıdır. Konu, özel olarak düzenlenmediğinden bu durumda, onarımın BK m.74 / TBK m.90'a uygun şekilde, herhangi bir vade kararlaştırılmamış olmasına bağlı olarak, işin niteliğinin gerektirdiği uygun süre sonunda satılanın onarılmış hâli ile teslimini isteme borcu, muaccel olacaktır. Malın onarılması için gerekli olan makûl süre, her durum için farklı olacaktır. Satıcı ancak, alıcının ihtarı ile temerrüde düşecek; ifasını yapamadığı hâlde alıcı iki tarafa borç yükleyen akitte aslı borçlar için öngörülen haklarla birlikte, borçlu temerrüdüne dayalı haklarını satıcıya karşı kullanabilecektir. Aynen ifanın yanısıra sözleşmeden dönme ve ifadan vazgeçme seçeneklerine sahip olan alıcı, malı ayıplı hâli ile elinde tutmayı istediği hâlde, bunu sağlama imkânı biraz zayıflamış olacaktır. Bu çok mu önemlidir, elbette o kadar önemli değildir; çünkü aşağıda açıklanacağı üzere alıcının tazminat talebi de söz konusu olduğundan, birçok durumda fazla zararı olmayabilecektir. Ancak tazminatta genel hükümlere atıf dolayısıyla kusur sorumluluğu söz konusu olacağından, satıcının kusursuz olduğu noktada alıcı sıkıntılar yaşayabilecektir.

Bu nedenle kanımızca hazır onarım hakkı tanınmışken, hemen peşinden gelen bir fıkra ile onarımın makûl süre içinde yapılmaması hâlinde alıcının bir defalığına diğer seçimlik haklarından birisini kullanma imkânının kabûl edilmiş olmasının daha yerinde olduğu düşünülmektedir. Buna göre, “Alıcı onarım hakkını seçtikten sonra uygun süre içinde satılanın onarılması gerçekleşmezse

⁸² YAVUZ, Satıcının Sorumluluğu, s.192; SEROZAN, s.147; HATEMİ – SEROZAN – ARPACI, s.103; ARAL, s.129.

⁸³ Tartışma ve görüşler için bkz. ARBEK, s.60 vd.

alıcı, satıcıyı uyararak⁸⁴, ayıptan doğan diğer haklardan birini tekrar kullanabilir” şeklinde bir fıkra getirilmesi önerilebilir.

2. Sınırlamaları

a. Onarımın Aşırı Bir Masraf Gerekirmesi Hâlinde (TBK m.227/b.3)

TKHK'dan farklı olarak TBK m.227 ile getirilen onarım isteme seçeneği, onarımın aşırı bir masraf gerektirmemesi hâlinde mümkün kılınmıştır, ki bu kanımızca yerinde bir düzenlemedir. Ayrıca, indirim istendiğinde indirim miktarının satış bedeline yakın olması hâlinde, bu hakkın kullanılmayacağı kabul edilmesi ile de uyumludur. Burada da benzer bir anlayış ile, neredeyse malın değerine yakın bir onarım bedelinin tutuyor olması hâlinde satıcıyı bu kadar ağır bir yük altında bırakmak, haklı olarak uygun bulunmamıştır.

Burada üzerinde durulması gereken husus, alıcının bu durumu düşünmeksizin, ki genelde uygulamada böyle olacaktır, onarım bedelinin aşırı olmasına rağmen alıcının onarımı istemiş olduğu durumlarda irade beyanının âkibetinin ne olacağıdır. Borçlunun temerrüde düşmede kusursuz olduğu durumlarda, alacaklının ifadan vazgeçip olumlu zarar seçmiş olması hâlinde içi boş bir seçenek seçmiş olması gibi⁸⁵, burada da alıcı aslında olmayan bir seçeneği seçmiş kabul edilerek, irade beyanının herhangi bir hukukî sonucu olmadığı sonucuna varılmalıdır. Kanımızca bu durumda alıcının üç hakkının var olduğu kabul edilerek, diğer haklardan birini kullanma imkânına yeniden sahip olması gerekmektedir.

Vardığımız bu sonuç da, f.4 ve f.5 'te düzenlenmiş olan dönme ve indirim istemeye getirilen sınırlamalarla uyumlu olarak ayrı bir fıkrada olarak düzenlenebilirdi. Buna göre, “3. Bütün masrafları satıcıya ait olmak üzere onarım isteme. (...) / Onarımın aşırı masraf gerektirdiğinin fark edilmesi hâlinde alıcı diğer haklardan birini tekrar kullanabilir.”⁸⁶ şeklinde düzenleme yapılması yerinde olurdu.

⁸⁴ Alıcı yeni bir hak kullanacağı için satıcının uyarılması gerektiği düşünülmektedir. Bu konuda uygun bir süre verilmesi de düşünülebilir.

⁸⁵ Doktrinde bu konuda da alacaklıyı yenilik doğuran hakkı kullanmamış sayarak, temerrüdün kusura bağlı olmayan sonuçlarından olan aynen ifa ya da dönme hakkını yeniden kullanabileceği kabul edilmektedir.

⁸⁶ Yine diğer haklarda olduğu gibi, “bir uyumsuzlukta fark edilmesi hâlinde hâkim yukarıdaki fıkraya uygun olarak karar verir” diye de eklenerek, seçim hakkının kullanılmaması hâli de çözüme kavuşturulmuş olabilir.

b. Satıcının Ayıpsız Olanın İfasını Hemen Teklif Etmesi Hâlinde (BK m.203/II – TBK m.227/III)

Bu husus yukarıda açıklandığı için ayrıca açıklanmayacaktır. Ancak düzenleme sadece indirim isteme hakkına ilişkin getirilmiş bir sınır olmayıp, tüm haklara ilişkin bir sınırlama niteliğindedir.

c. Alıcının Satılanda Tasarruf Etmesi Hâlinde (BK m.204/II – TBK m.228/II)

Alıcının malı devretmesi veya malı değiştirmesi hâllerinde alıcıya sadece bedelde indirim hakkı tanıyan bu maddeler, onarım hakkı açısından da bir sınırlama niteliğinde olacaktır. Bu konu yukarıda açıklandığından burada ayrıca açıklanmamıştır.

D. Ayıpsız Benzeri ile Değiştirilmesini İsteme ve Sınırlamaları

1. Ayıpsız Benzeri ile Değiştirilmesini İstemenin Sonuçları

Bu hak, BK m.203/f.I'de “*satılan miktarı muayyen şeylerden ise alıcı dilerse fesih veya semenin tenzilinden hiçbirini talep etmeyip satılanın arı mislile değiştirilmesini dava edebilir*” şeklinde ifade edilmiştir. 6098 sayılı TBK'nın 227. maddesinin 4. bendindeki düzenleme ise, şu şekildedir: “*imkân varsa, satılanın ayıpsız bir benzeri ile değiştirilmesini isteme*”. Özünde bu hak, aynen ifa talebinde ısrar edilmesidir. Borçlu satıcı, bu talebin kullanılmasından sonra ifayı gerçekleştiremezse, borçlu temerrüdüne düşecek; alıcı da borçlu temerrüdü hükümlerine dayalı olarak haklarını kullanabilecektir⁸⁷.

Madde gerekçesinde değişiklik için, “*818 sayılı Borçlar Kanununun 203'üncü maddesinin birinci fıkrasında değiştirme hakkı sadece çeşit satışları için kabûl edildiği hâlde, Tasarıda, «imkân varsa» denilmek suretiyle, bu seçimlik hakkın kullanılabilceği durumlar genişletilmiştir*” denilmektedir. Çeşit satışı dışındaki satışlar parça borcunun konu edildiği satışlar olabilecektir. Bu ifadeden, sanki parça borçları için de ayıpsız olanı ile değiştirme hakkının getirildiği sonucuna varılmak gerekecektir. Ancak, bu sonucun birçok olayda mümkün olamayacağı açıktır. Gayrimisli eşya niteliğinde bir malın satış sözleşmesine konu yapılması hâlinde, ayıpsız bir benzeriyle değişim hakkının olmayacağı açıktır. Örneğin, bize ait 34 NN 899 plakalı aracımızı satım sözleşmesine konu yapıp malı teslim ettikten sonra ayıplı olması hâlinde, alıcının ayıpsız olanla değişim hakkının olamayacağı işin niteliği gereğidir. Benzer şekilde aynı araç, ikinci el otomobil satışı yapan bir galeriden satın alınmış olduğu hâlde de alıcının ayıpsız benzerini isteme hakkı olamaz. Galeri sahibi satıcının elinde, aynı modelden başka bir araç olsa da, yıl, kilometre, bakım,

⁸⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. YAVUZ, Satıcının Sorumluluğu, s.190 vd.; TANDOĞAN, C.I, s.198 vd.

değişmiş olan yedek parçalar vb. hususlar açısından birebir borçlanılan otomobile aynı olamayacağı için kanımızca burada da ayıpsız olanın istenmesi mümkün değildir. Bu hâlde alıcı ve satıcı, kanımızca eski satış sözleşmesini sona erdirerek, yeni bir satış sözleşmesi yapmaktadır. Elbette borçlanılan otomobil, sıfır olarak bir galeriden alındığında, bu malın ayıplı çıkmasına bağlı olarak, ona plaka takılmış olsa dahi, ayıpsız olanı ile değişim istenmesi, kanımızca artık mümkün olacaktır.

Konuyu ayrıntılandırmak istersek, değişim hakkının genişletilmesi ile kastedilenin, otomobil örneğinde belirtildiği üzere, misli eşya niteliğinde olup taraflarca veya üçüncü bir kişi tarafından ferden tayin sonucunda parça borcu hâline gelmiş olan bir edimin değiştirilmesidir, diye düşünmekteyiz. Bir başka örnekle açıklarsak, bir muhasebeci, büro malzemesi olarak teşhirde olan ürünün tüm gözden geçirmelerini yaparak, ferden belirleme suretiyle seçtiği durumda satıcının borcu, artık teşhir edilmekte olan o büro takımındır. Konu ile bağlantılı ifade edilmek istendiğinde, satıcının borcu çeşit borcu değil, parça borcudur. Satıcı, aynı özelliklere sahip başka bir takım getirdiğinde alıcı, çekmecelerini, masasını, dolabını kontrol etmiş olduğu takımın gelmediğini ileri sürebilir. Çünkü, alıcının ferden tayin ettiği borca konu olan mal getirilmemiş olduğundan, gereği gibi ifa teklifi bulunmamaktadır. Bu hâlde alıcı, bu teklifi reddettiğinde alacaklı temerrüdüne düşmez. İşte böyle bir durumda, irademizle parça borcu hâline getirdiğimiz, ama eşyanın niteliği anlamında misli eşya niteliğinde olan büro takımının bize tesliminden sonra dolaplarının raflarında yamukluk olduğu fark edildiğinde, ayıpsız bir benzeri ile değiştirilmesini isteyebilmek artık mümkün olabilecektir diye yorumlanabilir⁸⁸.

Maddede düzenlenen hakkın, sadece çeşit borcunun konu edildiği satış sözleşmeleri için değil, aynı zamanda parça borcu niteliğine getirilmiş misli eşya niteliğindeki satılanın söz konusu olduğu satış sözleşmelerinde de alıcının bu hakkının var olduğu şeklindeki yorum tarzımız kabul edildiği hâlde, bu tür satışlarda kullanılan bu hakkın nitelendirilmesinde farklılık olacağı düşünülmektedir. Çeşit borçları açısından bu talep seçildiğinde basit bir şekilde doğru düzgün bir aynen ifa yapılmasında ısrar edilmesi niteliğinde olacağı açıktır. Ancak, parça borçları açısından bu talep kullanıldığında, kanımızca aynen ifade ısrar etmekten önce, kullanılan hak edimi değiştirici bir niteliğe sahip olmaktadır. Bu halde alıcıya kanundan doğan bir edimi değiştirme yetkisinin (seçimlik yetki, facultas alternativa) verildiğinin kabul edilmesi gerekecektir. Çünkü,

⁸⁸ Uygulamada zaten bu sonuç genelde taraflar arasında sorun olmadan sağlanmaktadır. Somut olaya bağlı olarak değişiklik gösterecek olmakla birlikte, çoğu olayda ayıplı ifa edilen sözleşmenin ikâle yolu ile sona erdirilerek, yeni bir satış sözleşmesi olarak nitelendirilebileceğimiz irade beyanlarına bağlı olarak bu sonuç pratik olarak sağlanmaktadır.

ferden belirlenerek parça borcu hâline getirilmiş olan ve artık mutlak olarak borcun konusunu oluşturan edimi, alıcı kanun ile kendisine verilmiş olan tek taraflı irade beyanı ile değiştirmektedir. Alıcının bu hakkını kullanmasından sonra satıcının borcu artık, daha önce ferden belirlenen satılanın özelliklerine sahip, onunla özdeş bir diğer malı teslim etmek olacaktır. Bu hâlde satıcının borcu, çeşit borcu niteliğine bürünecektir.

2. Sınırlamaları

a. Alıcının Kusuru ile Satılanın Yok Olması Hâlinde (BK m.204/II – TBK m.228/II)

Bu konu yukarıda dönme hakkında açıklandığından ve bu hakka ilişkin farklı bir özelliği olmadığından ayrıca açıklanmamıştır.

b. Alıcının Satılanda Tasarruf Etmesi Hâlinde (BK m.204/II – TBK m.228/II)

Yukarıda açıklandığı üzere bu hâlde alıcının sadece indirim isteme hakkı olduğundan, ayıpsız olana ilişkin herhangi bir talebi olamayacaktır. Düzenleme yukarıda dönme hakkında açıklandığından ve bu hakka ilişkin farklı bir özelliği olmadığından ayrıca açıklanmamıştır.

IV. ALICININ SEÇİMLİK HAKLARLA BİRLİKTE TAZMİNAT HAKKI

Mevcut düzenlemede olmayan eklemelerden biri de, TBK m.227'nin 2. fıkrası ile getirilen tazminat esasıdır. Buna göre, dört seçimlik hak yanında, “*alıcının genel hükümlere göre tazminat isteme hakkı saklıdır.*” denilmiştir.

Her ne kadar kanun metnine yeni girmiş olsa da, ayıplı malın verdiği zararlardan dolayı diğer hakların yanında tazminat talebinin olacağı doktrinde kabul edilmekteydi⁸⁹. Bu konunun açığa kavuşturulması elbette yerinde olmuştur.

Satıcının gereği gibi ifa yapamadığı, eş deyişle kötü ifa gerçekleştirdiği bir durumda, bu duruma yol açmada kusurunun bulunması hâlinde bunu telafi etmesi en doğal sonuçtur. Zaten kanunî düzenleme de, genel hükümlere atıfla bu esası kabul etmiştir. İfaya menfaat dendiği için de, sözleşme ilişkisinin ayakta olduğu seçeneklerde kullanılacağı da, kendiliğinden anlaşılmaktadır. Bu nedenle, sözleşme ilişkisinin kesin hükümsüz hâle geldiği dönme hâlinde, BK m.96 / TBK m.112 uyarınca kötü ifaya dayalı olarak tazminat istenemeyecektir.

Bu husus gerekçede, “*Tasarımın 226'ncı maddesinin ikinci fıkrasında, 818 sayılı Borçlar Kanununda açıkça düzenlenmemiş olmakla birlikte, öğreti ve uygulamada da kabul edildiği gibi, alıcının hangi seçimlik hakkı kullanmış*

⁸⁹ YAVUZ - ÖZEN - ACAR, s.150.

olursa olsun, ayrıca satılanın ayıplı tesliminden dolayı uğradığı zararlar için genel hükümlere göre tazminat isteme hakkının saklı tutulduğu belirtilmektedir. Ancak, alıcının, satılanın ayıplı olması nedeniyle dönme hakkını kullanmasının sonuçlarının, diğer seçimlik hakları ile birlikte, uğradığı zararların giderilmesini, genel hükümlere göre isteyebileceğinde bir duraksama yoktur.” denilerek, net bir şekilde ifade edilmiştir.

Ayıptan doğan sorumluluk konusunda bu husus, gerekçede de belirtildiği üzere hiç tartışmalı değildi. Tartışmalı olan husus, ayıptan doğan haklarını kullanmayan alıcının yine de BK m.96, yani genel kötü ifaya dayalı olarak tazminat isteyip isteyemeyeceğine ilişkindi. Bu konu, hakların yarışması ile ilgili olduğundan aşağıda incelenmiştir.

V. ZAMANAŞIMI

Bu konuya ilişkin olarak ilk belirtilmesi gereken nokta, zamanaşımı ve hak düşürücü süre konularındaki karmaşanın giderilerek, doktrinde çoğunlukla savunulduğu, bizim de katıldığımız üzere, zamanaşımı esasının kabûl edilmiş olduğudur⁹⁰.

İkinci olarak yine, “teslim” yerine devir teriminin tercihinine bağlı olarak doktrinde varolan diğer bir tartışmanın da, giderilmiş olması yerinde olmuştur. Daha önceki tercihlere ilişkin olarak belirttiğimiz üzere, bu tür konularda “daha doğru” kavramını kabûl etmemekle birlikte, kanun koyucunun tercihi bizim de katıldığımız görüştür. Buna bağlı olarak artık, malın zilyetliğin devrinin malın teslimi olmaksızın yapılması sonucunda mülkiyetin geçirilmiş olması hâllerinde de, mal fiilen alıcının eline geçmese bile, zamanaşımı süreleri başlayacaktır.

Ayrıca artık zamanaşımı süresi, TKHK ile uyumlu olarak, bir değil, iki yıldır.

Bu konuya ilişkin bir diğer değişiklik de, son fıkraya ilişkindir. Burada da kanun koyucu “*iğfal etmiş*” lafını genişleterek, “*ağır ihmal*” e çevirmiş, bu durumda satıcının iki yıllık zamanaşımı süresinden yararlanamayacağı öngörülmüştür. Kanımızca bu hâlde satıcının sonsuza kadar sorumlu olacağı değil, genel zamanaşımı olan on yıllık süre boyunca sorumlu olacağı kabûl edilmelidir.

⁹⁰ Tartışmalar için bkz. YAVUZ, Satıcının Sorumluluğu, s.155-156; TANDOĞAN, C.I, s.200; GÜMÜŞ, s.193; ZEVKLİLER, s.131; ZEVKLİLER - GÖKYAYLA, s.119.

VI. AYIPTAN DOĞAN SORUMLULUKLA DİĞER HAKLARIN YARIŞMASI

A. Genel Borca Aykırılık ile Yarışması

Ayıptan doğan sorumluluk konusunda doktrinde ve uygulamada en tartışılan konulardan biri de, ayıptan doğan hakların, genel borca aykırılığı düzenleyen BK m.96 /TBK m.112 ile yarışıp yarışmadığıdır. Ayıplı ifanın özel bir düzenlemeye konu olmadığına, BK m.96 uyarınca olumlu zararların istenebileceği açıktır. Ancak mevcut özel düzenlemenin, genel hükmün uygulamasını sonlandırıp sonlandırmayacağı çözüme kavuşturulmamış konulardan biridir⁹¹.

Temel olarak ayıptan doğan sorumluluğun özel olarak düzenlenmiş olmasına bağlı olarak, artık ayıptan doğan haklarını kullanmamış olan alıcının genel hükümlere dayalı olarak kötü ifanın varlığına rağmen tazminat istenemeyeceğini söyleyen bir görüş vardır. İkinci görüş, ayıptan doğan haklarını kullanmamış alıcının genel hükümlere dayalı olarak tazminat talebinde bulunabileceğini, ancak bunun için yine de yeni ifadelerle gözden geçirme ve bildirme külfetlerini yerine getirmiş olması gerektiğini kabûl etmektedir. Bir başka görüş ise, ayıptan doğan sorumluluğa dayalı hakların ekstra haklar olmasına bağlı olarak, her hâlde alıcının genel hükümlere dayalı tazminat talep edebileceğini kabûl etmektedir. Kanun koyucu bu tartışmayı çözüme kavuşturmamıştır. Bu halde bilinçli mi, bilinçsiz olarak mı sustuğu hususu yine tartışmaya açık olacak ve buna bağlı olarak mevcut görüşler, yasal bir zemini olmadığından hiçbiri daha doğru olamadan, varlıklarını sürdürmeye devam edeceklerdir.

Yeni düzenlemede yer alan ifadenin yeterince açık olmamakla birlikte, kanımızca bu sonucu sağlar şekilde yorumlanması yerinde olacak ve buna bağlı olarak ayıptan doğan sorumluluğa dayalı haklarını kullanmayan alıcının kötü ifaya dayalı olarak tazminat talep edebilmesi mümkün kabûl edilecektir.

B. Haksız Fiil ile Yarışması

Bu konuya ilişkin doktrindeki ağırlıktaki görüş, yarışacağı yönüdeyken İsviçre Federal Mahkemesinin bir kararına dayalı olarak görüş ayrılığı çıkmıştır⁹². Bu kararda, haksız fiil sorumluluğuna gidebilmek için dahi gözden geçirme ve bildirme külfetlerinin yerine getirilmiş olması aranmıştır. Bu hususa ilişkin de bir tercih yapılmamıştır.

⁹¹ Bu konudaki görüşler için bkz. **YAVUZ**, Satıcının Sorumluluğu, s.208 vd.; **TANDOĞAN**, C.I, s.206; **GÜMÜŞ**, s.115 vd.; **ARAL**, s.157 vd.; **CAVİN**, s.109 vd.; **KELLER**, s.105 vd.

⁹² **YAVUZ**, Satıcının Sorumluluğu, s.230; **GÜMÜŞ**, s.117.

Kanımızca kötü ifada olduğu gibi, ayıplı ifanın ve sonuçlarının haksız fiil şartlarını sağlaması⁹³ hâlinde alıcının, bu hakka dayalı olarak tazminat talep etmesi başka bir nedenle engellenmemelidir⁹⁴.

C. İrade Sakatlıkları ile Yarışması

Benzer şekilde irade sakatlıklarının varlığı hâlinde, ayıptan doğan hakların kullanılması ile irade sakatlıklarına dayalı hakların nasıl bağdaştırılması gerektiği konusunda da çeşitli görüşler bulunmaktadır⁹⁵. Yeni düzenleme ile bunlar da, yanıtı bırakılmıştır.

Bu konuda kanaatimiz, irade sakatlığına dayalı olarak iptal hakkını kullanarak sözleşmeyi hükümsüz hâle getirmiş olan alıcının, ayıptan doğan haklarını kullanamayacağıdır. Bununla birlikte hile, ikrah hâllerinde iptal hakkından feragat etmiş olsa bile, tazminat talebi devam edeceğinden, ayıptan doğan haklarını kullanmamış olsa dahi, bu talebinin devam edeceği kabul edilmelidir. Hakların yarışmasına ilişkin olarak bir madde eklenmek suretiyle bu husustaki mevcut tartışmalara bir son verilebileceğini düşünmekteyiz. Nitekim, “*Ayıptan doğan sorumluluğa başvurmamış olan alıcı, külfetleri yerine getirmemiş olsa dahi, şartları bulunduğu halde genel hükümlerden doğan haklarını kullanabilecektir*” gibi tek fıkralık bir düzenlemenin, bu amacı gerçekleştirme bakımından uygun olacağını savunmaktayız.

SONUÇ

Bizim konumuz olan satıcının ayıptan doğan sorumluluğu açısından varılacak en temel sonuç, konudaki terminolojinin tamamen değişmiş olduğudur. Bunun her terim için uygun olduğu düşünülmesi de, bir tercihin sonucunda oluşan bu durum karşısında yeni terminolojiye bir an önce ayak uydurmakta fayda vardır.

Şekli olarak diğer söylenebilecek olan diğer bir husus, ayıptan doğan hakların tek maddede toplanması ile maddeler arası birliğin sağlanmış olmasıdır.

⁹³ YAVUZ, Satıcının Sorumluluğu, s.234 vd.; ARAL, s.157; CAVİN, s.113; KELLER, s.107.

⁹⁴ Culpa in contrahendo sorumluluğu ile yarışması konusunda bkz. YAVUZ, Satıcının Sorumluluğu, s.212-213.

⁹⁵ Bu konuda özel bir inceleme için bkz. BUZ, V., “İrade Sakatlığı ile Malûl Bir Satım Sözleşmesinde Alıcının Ayıba Karşı Tekeffül Hükümlerine Başvurmasının Satım Sözleşmesine İcazet Verme Anlamına Gelip Gelmeyeceği Sorunu”, Fikret Eren’e Armağan, Ankara 2006, (s.295-317), s.295 vd. Ayrıca bkz. YAVUZ, Satıcının Sorumluluğu, s.212 vd.; TANDOĞAN, C.I, s.203 vd.; KELLER, s.107 vd.; GÜMÜŞ, s.120 vd.; ARAL, s.154 vd.

Yine içerikle bağı olsa da şekliymiş gibi gözüken, doktrin ve uygulamanın ağırlıkta olarak kabûl ettiği, (dava, iffal etme, hilesi ile gibi) belli terimler çıkarılarak, bunların doktrinde algılandığı biçimiyle düzenlemesi yapılmıştır.

Bunun dışında, içerik açısından ise, doktrindeki eğilimlere uygun olarak çeşitli yenilikler yapılmıştır. Bunların en başında gelen, onarım hakkının getirilmesi olmuştur. İkinci olarak, ayıptan doğan hakların satıcının engel olması imkânı tüm satış türleri için getirilmiştir ki, kanımızca bu husus, ayıp düzenlemesi içinde en olumlu olandır.

Alıcı lehine olan hususlardan bildirim külfetine ilişkin olarak getirilen esnekliktir. Alıcılar açısından iyi bir şey olmakla birlikte, bu hususta mesleği satıcılık olan kişiler açısından getirilen düzenlemenin uygulamasında biraz hassas davranmak gerektiği düşünülmektedir.

Kısıtlamalar açısından ek imkânlar getirilerek, tek imkânla baş başa bırakılmamış ikinci imkan getirilmiş; ancak burada nedense yeniden kalan haklardan birinin kullanılabilceği şeklinde düzenlenmemiştir.

Zamanaşımı açıklığa kavuşturularak, alıcı lehine uzatılmıştır.

Bir eserin mükemmel olması mümkün değildir. Bu nedenle, her eser gibi eksiksiz olamayacak Türk Borçlar Kanunu birçok açıdan getirdiği olumlu yönleriyle elbette hukukumıza katkıda bulunmuştur. Zaman içinde hem doktrin hem de uygulamanın katkılarıyla, tereddüt olan noktaların da yoluna gireceği ve herkesi biraz daha az rahatsız edeceği, kanımızca kaçınılmaz bir sonuçtur.

KAYNAKÇA

ARAL, F., Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, B.8, Ankara 2010.

ARBK, Ö., Satım Konusu Ayıplı Malın Tamir Edilmesi, Ankara 2005.

BİLGE, N., Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri, Ankara 1971.

BUCHER – BUZ, “Mağdur Edilen Alıcı Türk/İsviçre Borçlar Kanununun İki Özelliğinin Eleştirisi Muayene ve İhbar Külfeti (Art.201 OR; BK m.198); BK m.202/II (Art.205/II OR)’ye göre Dönme Yerine Bedel İndirimine Karar Verilmesinin Masraflara İlişkin Sonuçları”, Necip Kocayusufpaşaoğlu’na Armağan, Ankara 2004, (s.145-178).

BUZ, Vedat, Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005.

BUZ, V., “İrade Sakatlığı ile Malûl Bir Satım Sözleşmesinde Alıcının Ayıba Karşı Tekeffül Hükümlerine Başvurmasının Satım Sözleşmesine İcazet Verme Anlamına Gelip Gelmeyeceği Sorunu”, Fikret Eren’e Armağan, Ankara 2006, (s.295-317) (İrade Sakatlığı).

CAVİN, P., Kauf, Tausch und Schenkung, Obligationenrecht – Besondere Vertragsverhältnisse, B.VII/1, Basel – Stuttgart 1977.

DOĞANAY, İ., Ticari Alım-Satım Akdi ve Nevileri, B.2, Ankara 2003.

GİGER, H., Kauf und Tausch – Die Schenkung in Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch Das Obligationenrecht, VI/2, Bern 1980.

GÜMÜŞ, M. A., Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C.1, İstanbul 2008.

HATEMİ – SEROZAN – ARPACI, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 1992.

HONSELL - VOGT - WIEGAND, Obligationenrecht I Art.1-529 OR in Basel Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, 3. Auflage, Basel 2003.

KELLER – SIEHR, Kaufrecht, 3. Auflage, Zurich 1995, s.71 vd.

OĞUZMAN, M. Kemal, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2009.

SEROZAN, R., Borçlar Hukuku Özel Bölüm, B.2, İstanbul 2006.

ŞAHİNİZ, S., Tacirler Arası Ticarî Satımlarda Satıcının Ayıplı İfadan (Ayıplı Mal Tesliminden) Sorumluluğu, Ankara 2008.

TANDOĞAN, H., Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.I/1, B.6, İstanbul 1990.

YAVUZ, C., Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu, İstanbul 1989 (Satıcının Sorumluluğu).

YAVUZ, C., “Yargıtay Kararları Işığında Alıcının Satılanın Ayıpları Sebebiyle Sözleşmeden Dönmesi ve Hükümleri”, Ergun Özsunay’a Armağan, İstanbul 2004, (s.117-143) (Sözleşmeden Dönme).

YAVUZ, C. – ÖZEN, B. – ACAR, F., Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2007.

YILDIRIM, F. – BAŞPINAR, V., “Doktrin ve Uygulama Açısından Türk – İsviçre Hukukunda Doğrudan Doğruya ve Dolaylı Zarar Ayrımı”, Bilge Öztan’a Armağan, Ankara 2008, (s.1093-1125).

ZEVKLİLER, A., Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, B.8, Ankara 2004.

ZEVKLİLER, A. – GÖKYAYLA, E., Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, B.11, Ankara 2010.

SATIM SÖZLEŞMESİNDE ALICININ TEMERRÜDÜNDE SATICININ DÖNME HAKKI (TBK.M.235)*

Yrd. Doç. Dr. Hakan ALBAŞ**

I. GİRİŞ

Bu tebliğimde seçtiğim konuda hüküm değişikliği olmamasına rağmen, 818 sayılı Borçlar Kanununun 211. maddesinde düzenlenen ve özellikle üçüncü fıkrada düzenlenen hüküm ile ilgili küçük de olsa eleştirimi ortaya koymaya çalışmaktım.

Değerli hocalarımız ve değerli bilim insanlarının 6098 sayılı Kanun ile getirilen değişiklikler için eleştirileri çerçevesinde muhtemel yasa değişikliğinin gündeme gelmesi durumunda, hüküm değişikliği olmamakla beraber değiştirilmesinde fayda olabilecek bazı düzenlemelerin de bu kapsamda değişikliğe eklenmesi yolunda bir dikkat çekme, tebliğimizin temel amacını oluşturmaktadır.

Böyle bir eğilimin olması durumunda, hiç şüphe yoktur ki, esas görev, bilgi, birikimleri ve tecrübeleri bizlerden çok fazla olduğundan şüphe duymadığımız değerli hocalarımızın ve hukukçuların olacaktır.

II. SORUNUN TESPİTİ

Süreyi de göz önünde bulundurarak, Satım sözleşmesinde alıcının temerrüdü halinde satıcının dönme hakkına ilişkin düşüncemize değinmek isteriz.

818 sayılı Borçlar Kanunumuzun düzenlemesi şu şekildedir :

“ IV: MÜŞTERİNİN TEMERRÜDÜ:

1. BAYİN FESİH HAKKI

Madde 211 - *Mebi ancak semenin tediyesinden sonra veya tediyesi akabinde teslim edilmek lazım gelen hallerde müşteri tediye eden temerrüt ederse, bayi hiç bir merasime muhtaç olmaksızın bey'i feshedebilir.*

Fakat bu hakkını kullanmak istiyorsa keyfiyetten müşteriyi derhal haberdar etmekle mükelleftir.

Mebi, müşteriye teslim edilmiş ise bayi bu hakkı sarahaten muhafaza etmiş olmadıkça bey'i feshedilip mebi istirdat edemez.”

* Makale hakemsiz olarak yayımlanmıştır.

** DEÜ. Seferihisar Fevziye Hepkon Sosyal Bilimler Meslek Yüksek Okulu; KKTC. YDÜ. Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda karşılık gelen düzenleme TBK. 235. maddedir. Bu hüküm de şu şekilde kaleme alınmıştır.

“IV. Alıcının temerrüdü

1. Satıcının dönme hakkı

MADDE 235- *Satılanın, ancak satış bedeli ödendikten sonra veya ödenme anında devredilmesi gereken durumlarda alıcı temerrüde düşerse satıcı, herhangi bir işlem gerekmeksizin satıştan dönebilir.*

Bu hakkını kullanmak isteyen satıcı, durumu gecikmeksizin alıcıya bildirmek zorundadır.

Satılanın zilyetliği satış bedeli ödenmeden alıcıya devredilmişse, alıcının temerrüdü sebebiyle satıcının dönme hakkını kullanarak satılanı geri alması, bu hakkın sözleşmede açıkça saklı tutulmasına bağlıdır.”

İlgili madde gerekçesinden¹ de anlaşılacağı üzere, esas itibariyle her iki düzenleme arasında bir hüküm farkı bulunmamaktadır. İlk bakışta bu madde-deki düzenleme bir sakınca yokmuş gibi durmaktadır.

Birinci ve ikinci fıkralara ilişkin olarak bir itiraz ileri sürmenin mantıklı bir gerekçesi yoktur. Ancak, Hükümün üçüncü fıkrasında, *Satılanın zilyetliği satış bedeli ödenmeden alıcıya devredilmesi halinde, satıcının dönme hakkını kullanabilmesi ancak sözleşmede bu hakkın açıkça tutulmasına bağlanmıştır.*

¹ Madde gerekçesi aynen şu şekildedir: **MADDE 235-** 818 sayılı Borçlar Kanununun 211 inci maddesini karşılamaktadır.

Tasarının üç fıkradan oluşan 235 üncü maddesinde, alıcının temerrüdü durumunda, satıcının sözleşmeden dönme hakkı düzenlenmektedir.

818 sayılı Borçlar Kanununun 211 inci maddesinin kenar başlığında kullanılan “IV. Alıcının temerrüdü / 1. Satıcının fesih hakkı” şeklindeki ibareler, Tasarıda “IV. Alıcının temerrüdü / 1. Satıcının dönme hakkı” şeklinde değiştirilmiştir.

818 sayılı Borçlar Kanununun 211 inci maddesinin birinci fıkrasında kullanılan “hiçbir merasime muhtaç olmaksızın” şeklindeki ibare, Tasarıda “herhangi bir işlem gerekmeksizin” şekline dönüştürülmüştür. Bu ibareyle, fıkroda öngörülen durumlarda, satıcının, temerrüde düşen alıcıya Tasarının 122 nci maddesinde öngörülen ek süreyi vermek zorunda olmaksızın sözleşmeden dönme hakkını kullanabileceği kastedilmektedir.

818 sayılı Borçlar Kanununun 211 inci maddesinin ikinci fıkrasının sonunda kullanılan “mükelleftir.” şeklindeki ibare, bu fıkroda satıcıya düşen bir yükümlülük değil, bir yük (kulfet) söz konusu olduğu için, Tasarıda “zorundadır.” şeklinde düzeltilmiştir.

818 sayılı Borçlar Kanununun 211 inci maddesinin son fıkrasında kullanılan “Satılan alıcıya teslim edilmiş ise” şeklindeki ibare, Tasarıda “Satılanın zilyetliği satış bedeli ödenmeden alıcıya devredilmişse” şeklinde düzeltilmiştir.

Metninde yapılan düzeltme ve arılaştırma dışında, maddede 818 sayılı Borçlar Kanununa göre bir hüküm değişikliği yoktur.

Satıcı neden bu halde, yani *Satılanın zilyetliğini satış bedeli ödenmeden alıcıya devredilesi* halinde “Sözleşmeden Dönme” hakkını açıkça sözleşmede saklı tutmak zorunluluğunda olmalıdır?

Mevcut bu hüküm satıcı bakımından aleyhine bir durum ortaya koymakta ve dönmeye Borçlar Kanununa ilişkin genel ilkedden (BK.m.106; TBK.m.125) açık olmayan bir ayrılığı içermektedir. Kanunun alıcı karşısında satıcıya bu biçimde aleyhte hüküm koyması günümüz hukuk anlayışı içerisinde makul, anlaşılabilir değildir.

O zaman bu hükmün gerekçesi nedir?

Bu konuda Tandoğan², satıcıya bu yönde bir fesih hakkını tanımanın, alıcı bakımından ağır sonuçlar doğurabileceğini, Örneğin alıcının teslim aldığı şeyi tükettiği veya temlik ettiği için aldığını geri verme imkânını yitirmiş olabileceği örneğini vermektedir. Şayet satıcı dönme hakkını saklı tutmamışsa sadece fiyatın ödenmesini ve gecikmeden doğan zararını veya semen yerine müspet zararını isteyebileceğini belirtmektedir.

Serozan³ ise, konuya ilişkin en ayrıntılı açıklamayı yapmıştır. Veresiye satımda satıcının hukuksal durumunun değişik ve elverişsiz olduğunu, satıcının kural olarak mütemerrit alıcısına karşı dönme hakkını saklı tutmadıkça dönme hakkının bulunmadığını belirttirmiştir. Hükmün gerekçesine ilişkin olarak da aynen⁴, “ Alıcı satılan nesneyi, kendi kişisel amaçlarına uygun bir yolda kullanmak için devralmış, zilyetliğine geçirmiştir. Onun bu kullanma amacı da, genellikle nesneyi tüketme, bir başkasına devretme başkalaştırma gerçekleştirilecektir. Böyle olmasa bile kullanma eylemleri, en azından nesnenin yıpranmasına ve değer düşmesine yol açacaktır. İşte bu gibi durumlarda alıcıyı bir dönme işlemiyle hırpalamak, ondan maddi ve hukuki tasarruflarının sonuçlarını ortadan kaldırılmasını isteyebilmek ve onu kullanmadan, devirden tüketmeden ötürü zarar ile yükümlü kılmak hakkaniyete aykırı bulunmuştur. Alıcının malını geleceğinden emin ve kaygısızca kullanma çıkarı, onun bu kullanmadan ötürü sorumlu tutulmamasını gerektirmiştir. İşte BY 211 III kuralı Aynen §454 BGB kuralı gibi, alıcı, satıcısının dönme işlemi üzerine , nesneyi kullanmadan ötürü haksız zenginleşme sorumluluğunun dar çerçevesinden taşan ağır bir kullanma sorumluluğuna bağlayacağı içindir ki, satıcıya zarar-giderim istemini bıraktığı halde, onun elinden dönme hakkını almıştır. Alman hukukunda alıcıyı özel olarak §346 BGB i.s. kuralların öngördüğü ağır sorumluluktan kurtarmak için, BGB’ye sokulmuş olan §454 BGB kuralının Türk-İsviçre yasalarının aynen kabul benimsenmiş olması gösteriyor ki, BGB gibi, dönme üye-

² Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, C.I, Sh.215-216

³ Serozan, R., Sözleşmeden Dönme, İstanbul 1975, sh. 79 vd ayrıca sh.271-272.

⁴ Serozan, sh.79 vd.

rine kurulan çözülme ilişkisinin, sadece basit bir “haksız zenginleşmenin denkleştirilmesi ilişkisinden” ibaret kalacağı olgusundan yola çıkmış değildir. Eğer böyle olmuş olmaları durumunda mevcut kurallar varlık nedenlerini yitirirler, havada kalırlardı”

Becker⁵, muaccel satım parasının ödenmemiş olmasına rağmen satım konusu malın teslim edilmiş olmasını yasal dönme hakkından feragat olarak değerlendirmektedir.

Koller⁶ ve Giger⁷, Hükümün önceki Borçlar Kanunundaki hükümden aynen alındığını ve hükümün yasal gerekçesinin, kendisine ihtirazi kayıt konmadan devredilen malı teslim alan alıcının her hangi bir tereddüte düşmek zorunda olmaksızın mal üzerinde tasarruf edebilmesini, yani malın tesliminden sonra tüketme, üçüncü bir kişiye satma veya değiştirme imkanını sağlamak olarak açıklamaktadır.

Yargıtay uygulamaları da bu görüşler çerçevesinde şekillendiği anlaşılmaktadır⁸.

Buna karşılık hükümün amacına (ratio legis) ilişkin olarak Honsell⁹, “ satıcı bakımından, edim ve karşı edim ilişkisini gevşeten, günümüzde pek anlaşılabilen düzenlemenin amacı korunmaya değer değildir. Bu düşüncenin temelinde roma hukuku yatmaktadır. Kim önceden edimini yerine getirir veya edimini gecikmeden ifa ederde, büyük ölçüde kredi sağlamış ve o güvendiği diğer kişiye karşı bir para talep edecektir. Bu düşüncenin dönme hakkını dışarıda bırakması ve snallagmanın tamamıyla bir istisnasını haklı görülüp görülemeyeceği kuşkuludur. Yasa koyucu alıcıyı korumayı esas almıştır. Oysa, ödemeyi yapmayan alıcının bu korumayı hak edip etmediği sorulmak zorundadır. Şayet Alıcı, malı geri vermez ve fakat satım parasını da ödemek istemezse, bu durumda roma hukukunda kabul edilen esasın (venire contra factum proprium) varlığı kuşkuludur.

Kural, hüküm hukuk politikası bakımından hatalı, kuralın gerekçesi bakımından da günümüz anlaşışları çerçevesinde ikna edici değildir.

⁵ **Becker**, H., kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht II. Abteilung Die einzelnen Vertragverhältnisse, Art.214.Nr.7

⁶ **Koller**, A. Basler Kommentar, Obligationenrecht Art.1-529. 4. Aufl., Art.214. Nr.6 (Herausgeber, Heinrich Honnsel, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand)

⁷ **Giger**, H., Basler Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band. VI. Das Obligationenrecht 2.Abteilung, Art. 214. Nr.44 (Hrsg. Arthur Meier-Hayoz)

⁸ Bu konuda Bkz. (<http://www.kazanci.com>) 2 Haziran 2011 tarihi itibariyle adresinde BK.m. 211'e ilişkin karar örnekleri

⁹ **Honsell**, H, Schweizerisches Obligationenrecht, Bern, 2006, sh.63

Şöyle ki:

Mevcut hükmün kapsamının belirlenmesi sorunları¹⁰ bir tarafa bırakılırsa, ki bu sorunlar öğretilerde farklı görüşlerin oluşmasına sebebiyet vermiştir,

Ayrıca, hükmün değişmemesi halinde daha önemli olduğunu düşündüğüm başka bir sakınca ortaya çıkabilecektir. Menkul satım hukukunda alıcının temerrüdü halinde, satıcının dönme hakkı bakımından ikircikli bir düzen söz konusudur. Şöyle ki, **Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'na Türkiye Cumhuriyeti'nin katılımının uygun bulunduğuna ilişkin 2.4.2009 tarihli, 5870 sayılı yasanın 14 Nisan 2009 tarihli Resmi Gazete'de yayımından sonra Bakanlar Kurulu kararnamesinin 7 Nisan 2010 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanmasıyla antlaşma Türkiye'de yürürlüğe girmiştir.**

Anayasamızın 90. maddesi gereği, bu anlaşma kapsamı¹¹ içinde kalmak kaydıyla Borçlar Kanunumuzdan önce uygulama alanı bulacaktır. Bu sözleşmenin

Madde 64 'üncü maddesinde

(1) Satıcı aşağıdaki durumlarda sözleşmenin ortadan kalktığını beyan edebilir:

(a) Alıcının sözleşmeden veya bu Antlaşmadan doğan yükümlülüklerinden herhangi birini yerine getirmemesi sözleşmeye esaslı bir aykırılık oluşturuyorsa, veya

(b) Alıcı, satıcı tarafından 63. maddenin 1. fıkrası uyarınca verilmiş ek süre içinde semeni ödeme borcunu yerine getirmez veya malları teslim almaz veya verilmiş süre içinde bunu yapmayacağını açıklarsa.

(2) Ancak, alıcının semeni ödediği hallerde, satıcı, sözleşmenin ortadan kalktığını beyan etme hakkını yitirir; meğerki

(a) alıcının gecikmiş ifası halinde, ifanın gerçekleşmiş olduğunu öğrenmeden önce sözleşmenin ortadan kalktığını beyan etmiş olsun, veya

(b) alıcının gecikmiş ifa dışındaki bir sözleşmeye aykırılığı halinde,

(i) bu aykırılığı bildiği veya bilmesi gerektiği andan itibaren makul bir süre içinde veya

(ii) satıcı tarafından 63. maddenin 1. fıkrası uyarınca verilmiş herhangi bir ek sürenin geçmesinden sonra veya alıcının bu ek süre içinde yükümlülüklerini yerine getirmeyeceğini açıklamasından sonra makul bir süre içinde Sözleşmenin ortadan kalktığını beyan etmiş olsun.

¹⁰ Bu konuya ilişkin tartışmalar için bkz. **Koller**, Art.214 ; **Gümüş** A.M., Borçlar Hukuku Özel hükümler, İstanbul 2008, sh.211 vd.

¹¹ Sözleşmenin 1-6. maddeleri arasında sözleşme kapsamı belirlenmiştir.

Hükümde açıkça alıcının temerrüdü halinde, satıcının dönme hakkı düzenlenmiştir. Sözleşme kapsamında kalan satımlar İçin dönme hakkı olacak, buna karşı Borçlar Kanununa tabi satım sözleşmeleri olmayacak.

III. SONUÇ

Öncelikle tebliğimizin temel amacının, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda mevcut değişikliklerin değil, değiştirilmemiş olmasına rağmen değiştirilmesinde fayda olabilecek hükümlerin tespiti konusunda bir açılım, küçük bir görüş ortaya koyma amacıyla belirlediğimiz BK.m.211/III, TBK.m.235/III hükmünün tahlilidir.

Menkul satımlarının kural olarak şekle bağlı olmaması, menkul satımına ilişkin kapsamın genişliği dikkate alındığında¹² dönme hakkı bakımından alıcını 818 sayılı Kanunda olduğu gibi bir koruma düşüncesini anlamak mümkün değildir.

Bu konuya ilişkin olmak üzere, Honsell'in yukarıda belirttiğimiz görüşlerine katılmaktayız. Muhtemelen bu hükmün komisyon çalışmaları esnasında gözden kaçtığı kanaatini taşımaktayız. Şöyle ki, Türk- İsviçre hukukundaki hükme ilişkin temel görüşleri Sayın Serozan hocamız ayrıntılı olarak belirtmiştir. Hükmün kapsamı konusunda tartışmalar bir tarafa bırakılırsa, haklılığa ilişkin temel düşüncenin Alman Medeni Kanununa paralel olarak bu düzenlemenin yapıldığı da ifade edilmektedir. Oysa örnek alınan Alman Medeni Kanununun 454. paragrafında yer almış olan hüküm, yürürlükten kaldırılmıştır¹³. Kaynak kanun olarak benimsediğimiz İsviçre Borçlar Kanununun çalışmaları uzun bir süre önceye dayanmaktadır. Buna karşılık, o dönemde hükmün gerekçesini oluşturan sakıncaların günümüzde hala geçerliliğini koruduğunu söylemek güçtür. Ekonomi ve sanayideki gelişmeler hükmün konulma amacının haklılığını büyük oranda ortadan kaldırdığı düşüncesindeyiz. Kredi kuruluşlarının sağladığı kredi kolaylıkları, büyük oranda satım konusu olabilecek malın ikame imkanlarının mevcut ekonomik koşullarda büyük oranlarda sağlanabilmesi,

¹² TBK.m. 209'da “ *Taşınır satışı, Türk Medenî Kanunu uyarınca taşınmaz sayılanlar dışında kalan ve diğer kanunlarda taşınır olarak belirtilen şeylerin satışıdır.*”

Ürünler, bir yapının yıkıntıları ve taş ocağından çıkarılacak taşlar gibi, taşınmazdan ayrıldıktan sonra mülkiyeti devredilecek bütünleyici parçaların satılması da taşınır satışıdır.” Biçiminde tanımlanarak, bu hükümlerin uygulama alanının geniş bir kapsama sahip olduğunu bize göstermektedir. Kaldı ki, Söz konusu bu hüküm taşınmaz mal satışların da dahi uygulama alanı bulabilmektedir. (Bkz. Gigert/Wiegant, Basler Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art.1-529, 4.Aufl. Art.214, Nr.21; **Yavuz**, C. Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, B.7. İst. 2007, sh.178, dn.23a).

¹³ Bu konuda bkz. **Honsell**, H, Schweizerisches Obligationenrecht, sh.63

alıcı ile satıcı arasında var olan karşılıklılık ilkesinin alıcı yarına bozulmasını haklı gösterme imkanını büyük oranda ortadan kaldırmış olduğuna inanıyoruz.

Bundan ayrı, satım hukukunda, satımın çeşitleri bakımından, örneğin taksitli satımlarda TBK.m.259–260; TBK.m.270/I’de de dönme hakkı sistem içersinde tanınmıştır. Bu satım türleri bakımından da veresiye satımlar bakımından belirtilen sakıncalar hemen hemen aynen mevcut bulunmaktadır.

Öte yandan, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması’nın yarattığı sakıncayı yukarıda belirtmiştik. Muhtemelen Alman hukukunda bu sakıncanın giderilmesi için, ilgili § 454. BGB hükmü Borçlar Kanunu revizyonu ile ortadan kaldırılmıştır.

Son olarak, taşınır satımına ilişkin hükümlerinin kapsamı dikkate alındığında, taşınmaz satımı dahil diğer hemen hemen bütün hak satımlarında uygulanıyor olması, bu işlemler bakımından da taşınırlar bakımından mevcut olduğu kabul edilen sakıncaların olduğu sonucuna bizi götürmektedir. Bu hususun haksızlığına ilişkin hisse senedi satışı gibi bir çok örnek göstermek de mümkündür.

Ancak, bize verilen tebliğ suma süremizi aşmamak için, bahsi geçen hükmün sistemle uyumlaştırılmasında, ve Kanunun değişikliğe uğramamış olmakla birlikte gözden kaçmış veya değiştirilmesinde fayda olabilecek hükümlerinin, Türk Borçlar Kanunumuz yürürlüğe girmeden yapılacak bir değişiklik yasası çerçevesinde günün koşul ve ihtiyaçlarına uygun hale getirilmesinde fayda görmekteyiz. Bu konuda, Hocalarımız başta olmak üzere, değerli hukukçuların bu süreçte öncelikli görevleri olduğu kanaatini taşıyoruz.

TBK'NA GÖRE TAŞINMAZ SATIŞINA İLİŞKİN HÜKÜMLERİN İRDELENMESİ*

Prof. Dr. Etem Saba ÖZMEN**

Aydın Hoca'mın hayatımdaki önemi büyüktür. Ankara Hukuk Fakültesinde bir dönem bana ceza asistanlığı yolu açılmışken, özel hukuka geçişimin hayırlı vesilesinde katalizör olmuştur. Bugün bir öğretim üyesi olarak aranızda bulunmamdan ötürü öncelikle Aydın Hoca'mın kendisine ve ayrıca bu sempozyumu düzenleyenlere teşekkürü bir borç bilirim. Bu sempozyum yapıldığı için çok mutluyum çünkü bilime değer veren insanların gün geçtikçe azalmakta olduğunun farkındayım. Bir Pazar gününü bu tür bilimsel bir toplantıya harcayan siz değerli katılımcıları bulmuşken, dert paylaşma babında sizlere de ayrıca teşekkür borçluyum.

Tebliğime öncelikle maddelerin değişmesi ile ilgili olan eleştirilerimi dile getirerek başlamak istiyorum. Paris Belediyesi, semt binalarının tozunun alınması kararı alır. Belediye'nin bu kararına, Parisliler şiddetle karşı çıkarlar, yıllar boyunca oluşmuş tarihi tozlarımızı kaldıramazsınız derler. Bizim tarihi maddelerimizin kaldırılmaması gerekirdi. Zaten belirli ve oturmuş bir sistemdi ve siz de yeni bir kanun yapmadınız. Dünyada hiçbir ülkeye nasip olmamış Ata'mızın armağanı, liderimizin eseri hukuk reformuyla kabul görmüş yasada zorunlu olan sadeleştirmeler, başarılı ve yararlı değişiklikler zaten yapıldı. Kanun değişikliği ile yapılmak amaçlanan değişiklikler madde bazında araya harf kodlaması şeklinde eklemeler yapmak suretiyle de yapılabilirdi. Esasen madde numarası vermek kodlamadan başka bir şey değildir. Örneğin; genel işlem koşulları 19 a olarak Kanun'a aktarılmış olsaydı genel işlem koşullarında ne gibi bir değişiklik olacaktı? 19a olarak anacaktık.

Bir de bu konuda değişikliklerin fazlalığına dayalı olarak harflerin yetmeyeceğine dair de görüşler mevcuttur. Kanımca bu görüşler kabul edilebilir değildir. Örnek vermek gerekirse İsviçreliler Kat Mülkiyeti Kanunu'nu paylı mülkiyet ile ilgili bir maddeye-yanılmıyorsam 712. Madde olacak-a'dan, t'ye kadar madde numarası vermek suretiyle yapmışlar ve hiçbir sorun da çıkmamıştır. Kat mülkiyeti gibi geniş kapsamlı bir değişiklik bile böyle harf kodlaması yöntemi ile yapılabilir iken; kültür birikimi olan maddelerimiz konusunda aramızdaki (*consensus*) anlaşmamızı bozmadığımızı göre, yapılması

* Makale hakemsiz olarak yayımlanmıştır.

** Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

öngörülen değişikliklerin neden madde bazında yapılmadığını anlamak mümkün değildir.

Jhering'in çok güzel bir sözü vardır: "Ben bir ülkede kanunların iyi olup olmadığına bakmam, iyi uygulanıp uygulanmadığına bakarım" diyor. Taşınmaz hukuku bu sözler açısından uygulama felaketi örneği oluşturmuştur. Size bununla ilgili iki karar okumak istiyorum. Birincisi; Didim'deki bir mahkemede kat malikleri kurulu kararı aleyhine iptal davası açılmış. Davaya bakan ve uzun yıllar hakimlik tecrübesi olan bir hakimin verdiği ara kararı okuyacağım. "Didim Kaymakamlığı Dernekler Masasına müzekkere yazılarak kat malikleri kurulunun yapılmış olan toplantısına ilişkin bütün tutanak, belge, duyuru ve tebligat örneklerinin gönderilmesinin istenmesine" şeklinde ara karar oluşturulmuştur. Şimdi Dernekler Masası'nın ne cevap verdiğinin merakı içindeyim. Şahsen ben bu tür durumlarda hemen Hakimler Savcılar Kurulu'na şikayette bulunuyorum. Ancak bana cevap bile verilmiyor. Sonrasında telefon açıp soruyorum ve verilen cevap da şöyle: "Hakimin takdir hakkı vardır, kararı Yargıtay'da temyize gönderip kararı bozdurabilirsiniz." Böyle bir karar takdir hakkı gerekçesine sığdırılabilir mi? Kat malikleri kurulu kararını dernekler masasından isteyecek olan bir kararı ben niçin kabullenmek zorundayım? Peki, eğer bu karar temyize gitseydi ne olurdu? (karar temyize gitmemiştir) Bunun ışığında temyize gideceği dairenin de bir içtihadını buldum, karar şöyle: "İpotek aynı bir haktır. Taşınmazın tamamı üzerinde kurulduğunda bölünmesi mümkün değildir. Borçtan sorumlu olan "kişiler" olmayıp taşınmazın kendisidir." Buyurun; karşınızda borçlu bir taşınmaz var, el sıkışabilirsiniz. Her toplantıda örnek verdiğim, ancak hala aksi yönde bir karara rastlamadığım ve Melek Yüce ile eleştirilerimizi içeren makaleye konu olan bir içtihadı paylaşmak istiyorum. Şu an Türkiye Cumhuriyetinde bilimsel olarak tartıştığımız yasaların varlığına rağmen güvenli bir taşınmaz alabilmek için (arkadaşlar sizi uyarıyorum) Türkiye'deki yaklaşık 3800 noterin hepsini teker teker gezmeniz gerekir. Zamanaşımına uğraması ve kesilmesi hallerini de hesaba katarak, 3800 noterin kurulduğu günden bu yana bütün yevmiye numaralarına bakacaksınız. Çünkü size satış ile tescili yapan malik; daha öncesinde; başka birine şerh edilmemiş olan bir taşınmaz satış vaadi yapmışsa ve bu satış vaadi alacaklısına zamanaşımı def'ini de ileri süremiyorsanız size tapu iptal davası açabiliyor ve bu tapu iptal davasını Yargıtay olumlu karara bağlayarak sonuçlandırıyor. Çünkü Yargıtay, akıl almayacak bir gerekçeyle noter satış vaadindeki tarihin resmi olduğu ve bu yüzden kesinlik taşımakla size karşı üstünlük sağlayabileceğini öngörmektedir. Bu sözün bittiği yerdir. Klasik eşya hukuku öğretisine dayalı yılların bilgi birikimi ile siz istediğiniz kadar borç ilişkisinin nisbiliğinden bahsedin ve yolsuz tescile dayalı mülkiyeti kazanmamış bir kişinin yaptığı bir taşınmaz satışında iyi niyetli üçüncü kişiye mülkiyeti kazandırın, Yargıtay'ımız Medeni Hukuk öğretisine resmi tarih diye bir kavramı kazandırır vermiştir. Hukuk fakültesinde nisbi alacak hakkının tanımını verdiğimiz, borçlar hukuku dersini ilk kez almış

öğrenci böylesi bir sonuca varsa fahiş hata addederiz. Bu konuda daire kararlarının yanı sıra, Genel Kurul Kararına konu olmuş içtihat hala bu yönde kara bir leke gibi durmaktadır. İlk fırsatta Yargıtay bu sonucun aksini vurgulayan bir kararla uygulamaya yön vermelidir. Geçenlerde yine kanımı donduran bir karar okudum. Arsa karşılığı inşaat sözleşmesi yapılmış ve Yüklenici'ye taşınmazın devri yapılmış, yüklenici de satışı takiben alıcılar adına tescili yapmıştır. Yargıtay'ın çıkan bir uyuşmazlık ile ilgili kararı ise; "Arsa sahibi sözleşmeyi feshettiğinde bu durumu alıcıların öngörmesi gerektiği için tapu iptal davası kabul ediliyor." Arkadaşlar işte özetle gelmek istediğim nokta budur: Yasaları değiştirek veya değiştirmesek ne fark edecektir? İşte içtihatlar budur. Burada vardığımız bu tür bilimsel kararları hiçbir temele oturtamazsınız. İşte medeni hukuk öğretisinin temelini sarsan içtihatlar bu yöndedir.

Tapu memurlarının taşınmaza ilişkin uygulamaları da ayrı bir konudur. Taşınmaz satışıyla ilgili Borçlar Kanunu'nun tasarısının konuya ilişkin hükmünün ilk halinde(m.242) "Taşınmaz satışının geçerli olabilmesi için sözleşmenin tapu idaresince resmi bir şekilde düzenlenmesi şarttır." hükmü eklenmişti. Daha sonra Borçlar Kanunu'nun kabul edilen yeni tasarısında bu hükümden vazgeçildi. Yeni Borçlar Kanunu 237. Maddede "*Taşınmaz satışının geçerli olabilmesi için, sözleşmenin resmî şekilde düzenlenmesi şarttır.*" denildi. Oysa ilk değişiklik çok daha başarılıydı çünkü 743 sayılı Türk Kanun-u Medenisi zamanında yapılan hata tasarıdaki ilk hükümlerle düzeltilecekti. Şöyle ki; bildiğiniz üzere federatif yapıya sahip ve kantonlarında farklı düzenlerin mevcut olduğu İsviçre Medeni Kanun'u uygulamasında resmi şekle kimin vücut vereceği kantonal düzenlemeye bırakılmakla (kimisi tapu kimisi noterlik sistemine dayanmakla) bu yönde tercüme yapılmıştı. Hal böyle olmakla Tapu Kanunu diye ayrı bir Kanun ile; kantonal düzenlemeye bırakılan hususlar genel kanunumuza konu olmuştu. İşte bu noktada doğan hata Medeni Kanun değişikliğiyle çözülmeliydi. Ayrıca Tapu Kanunu tamamen ilga edilerek buradaki düzenlemelerin hepsi 4721 sayılı Yeni Medeni Kanun'a alınmalıydı. Bu konuda, şimdi taşınmaz satışı ile ilgili olan bu şekil bahsinde, bence Yeni Borçlar Kanunundaki 237. madde bile gereksizdir. 706. madde vardı ve zaten 706 maddeyi de Tapu Kanunu'na gerek bırakmayacak şekilde geçirip, satışların tapu memuru tarafından yapılacağını Medeni Kanun hükmünde geçirmek gerekiyordu. Tapu kanunun artık dili başta olmak üzere çok eskimiş hükümleri ile günümüz Türkçesi ile yapılmış değişikliklerin bir arada bulunmasından doğan tezatlık yeni Medeni Kanun'umuzda giderilmiş olacaktı. Şimdi resmi şekle kimin vücut vereceği sorunu yine Tapu Kanunu 26. Maddesi ile düzenlemesine konu olagelmektedir. Buna göre taşınmaz satış vadinin bile tapu müdürlüğünden yapılmasını isteyebilirsiniz. Yasalarımıza göre tapuda mülkiyeti devir veya bir aynı hak kurulmasına yönelik hukuki işlemlerin resmi şekilde yapılmasında borçlandırıcı işlem (taahhüt muamelesi) ile tasarruf işlemi ayrımı gözetilmesi gerekirken vatandaşa dayatılan hukuka aykırı fiili uygulamalarla; taahhüt iş-

lemeleri, (borçlandırıcı işlem) ve tasarruf işlemleri aynı akit tablosunda bir arada (resmi senette) gerçekleştirilmekte ve vatandaşların vadeye ve koşula bağlı resmi sözleşme yapmaları olanağı asla kabul edilmemektedir. Roma hukukun karz, ariyet, vedia üçlemesiyle real akitlerine gönderme yapılarak real akit örneği bulunmadığı ve illilik prensibine dayalı borçlandırıcı işlem-tasarruf işlemi ayrımı klasik eşya borçlar öğretisi olarak öğrencilerimize aktarılmaktadır. Ancak yukarıda andığımız uygulama ile taşınmaza ilişkin tüm resmi akitler, aynı akit tablosunda zorunlu olarak tescil talebiyle gerçekleştirilen tüm sözleşmeler real akit halini almıştır. Bu yönde uygulama kanuna uygun olarak yapılırsa ön-sözleşme (akit yapma vaadi uygulaması) hiç olmayacakken noter akit yapma vaadi uygulamasının salt taşınmazlara özgü olarak gerçekleşmesi bu yüzdendir. Sonuç olarak bu durum sırf tapu uygulamasına bağlı çift harç ve damga vergisi yükü doğurmaktadır. Yeni Borçlar Kanunu'muzun 243. Maddesinde öngörülen *"Bir taşınmazın koşula bağlı satışında, koşul gerçekleşmedikçe tapu siciline tescil yapılamaz."* hükmünce koşula ve vadeye bağlı taşınmaz mülkiyeti devir sözleşmelerinin yapılabileceği kuşkusuzdur. Buna göre bu yönde irade beyan edilmesi halinde tapuda yalnızca vade veya koşula bağlı satış, trampa veya isimsiz sözleşme resmi şekilde yapılmalı ve sonradan muacceliyete dayalı tescil yapılabilmelidir. Böylece, muacceliyetin gerçekleşmesini takiben MK 716 hükmünce mülkiyeti devir alacağına dayalı davaların müeyyidesi altında tescil yerine getirilmiş olacaktır. Bu söylediklerimiz karşısında Tapu Kanunu 26 hükmüne uygun olarak tapu memurluklarında noter satış vaatlerinin yapılabileceğinin bir hayal olduğunu söylemek yerinde olacaktır. Ayrıca belirtmek isterim ki, tapu memurlarına daha önce yapmadıkları bir işlemi asla yaptıramazsınız.

Geçenlerde karşıma Bodrumda çok ilginç bir şey geldi. Eşya Hukuku ve Borçlar Hukuku dersi veren meslektaşlarım için bileşik sözleşme ile ilgili çok ilginç bir örnek olacağını düşünüyorum. Komşu iki parselden birinin sahibi, arka parseldeki bir yoldan geçit hakkı istiyordu. Arka parsel sahibi bunun karşılığında geçit hakkından ivaz istemeyeceğini (imar yasasına göre istemeye hakkı vardır) ancak komşusunun kendi lehine manzara kapatmama irtifakının karşılığında geçit hakkı vereceğini belirtmiştir. Şimdi karşımızda bağımsız varlıklarını koruyan birbiri ile sinallagmatik ilişki içinde iki irtifak sözleşmesi mevcuttur. Aksine bir düzenlemeye Yasada rastlanılmamasına rağmen bunu tapu sicili müdürüne bileşik akit olarak yaptırmanız mümkün değildir. Bir diğer örnek olarak taşınmaz satımında resmi senetle bedel yerine taşınır ile trampasını yaptırmanızdır. Tapudaki taşınmaz resmi senedinde tapu memurlarının öngörüsünden öteye gidemezsiniz. Peki, bunun üzerine tapu memuruyla mücadele etmeye kalkarsak, nereye varacağız? Sonuçta idare mahkemesine dava açacaksınız ifa konusunda altmış gün susacak, talebiniz susmayla reddolacaktır. Açacağınız davanın da üç yıldan önce sonuçlanma ihtimali olmadığını düşününce olursak bu yolda işlem yapılmasını her kötü uygulamaya dayalı yasaya

yapılmasını öngören hüküm getirerek mi çözeceksiniz? Hiçbir çağdaş hukuk devletinde kanunlar bu gerekçe ile yapılamaz.

İrdelenmesi gereken bir diğer konu da satış vaatleri konusunda noterlerin re'sen düzenleme yetkisiyle akit yapmalarıdır. Tarafların avukatla temsili halinde noterlerin salt imza tasdiki yapmaları kabul edilmelidir. Çünkü uygulamada hepimizin bildiği üzere re'sen düzenlenen akitler, ön ve arka sayfaların matbu bilgilerle doldurulup araya yaptığınız sözleşmenin eklenmesi ile yapılagelmektedir. Açıkçası Kanun'a bu konuda hüküm getirilmesini isterdim. Noterlerin re'sen düzenleme yetkisiyle zorunlu olarak akit yapmalarını doğru bulmuyorum zira buna bir hüküm getirilmeliydi ve bu konuda noterlerin öyle re'sen düzenleme yetkisinin yerini; taraflardan birinin talebi halinde re'sen düzenleme şeklinde yapmaları geçerli kılınmalıydı.

Hem bu tür uygulama hataları hem de hatalı Yargıtay kararlarının düzeltilmesi için kanuna açık hüküm getirilmesi yolunda bazı görüşler de dile getirildi ancak etkili olmadı. Efendim kanuna açık hüküm getirilsin dediğinizde hatırlıyorsunuz ki; Kral Frederick'in hukukçulara olan antipatisi nedeniyle Prusya Ceza Kanunu'nu 17000 maddelik yapmıştır. Her uygulama hatasını ve hatalı Yargıtay kararını kanun değişikliği ile düzeltmeye kalkarsak Prusya Ceza Kanunu'nun maddelerini bile geçmek gerekecektir.

Borçlar Kanunumuz, Medeni Kanunumuzun düzenlediği paylı mülkiyete dayalı önalım hakkını tek bir madde ile düzenlediği sözleşmeden doğan önalım hakkına da kıyasen uygulamışken bu defa Yeni Borçlar Yasası ile ; ayrıntılı hükümlere yer vermiştir.. Bence bu konuda bir takım şeyler atlandı. Şöyle ki; yasal önalım hakkının kullanılmasına ve bundan doğan hükümlerin sözleşmeden doğan önalım hakkına da uygulanacağı hükmü Medeni Kanunumuzda MK 735 hükmünde yer almaktadır. Şimdi ise, Borçlar Kanunu bu rolü üstlendiği için ve sözleşmeden doğan önalım hakkı ayrıntılı düzenlendiği için tereddüt doğacaktır. Bu tereddüt ise, yasal önalım hakkında Borçlar Kanunumuzun bazı değişiklikler getirdiğinden, sözleşmeden doğan önalım hakkı bu sefer tersine yollamayla yasal önalım hakkına da uygulanacak mıdır uygulanmayacak mıdır sorusunun gündeme gelmesidir. Çünkü Medeni Kanun madde 735 şöyle diyor: "Yasal önalım hakkının kullanılmasına ve vazgeçmeye ilişkin hükümler sözleşmeden doğan önalım hakkına da uygulanır." Borçlar Kanunumuzda sözleşmeden doğan önalım hakkı bir maddeydi ve anılan Medeni Kanun atfıyla ayrıntılı düzenlemeye konu edilmişti. Şimdi ise Borçlar Kanunu ile sözleşmeden doğan önalım hakkı ayrıntılı bir düzenlemeye konu edilmiştir. Bu durumda örneğin BK 239 hükmü kanunun öngörmediği kıyasla yasal hakkına da uygulanıp uygulanmayacağı sorunu çıkacaktır. Ayrıca sözleşmeden doğan alım, önalım ve geri alım haklarının devredilemeyeceği hükümlerine gelecek olursak bu değişikliği hiçbir şekilde benimseyemediğimi belirtmek isterim. Şöyle ki alacağın devrinin zaten borçlunun kişisel durumunu ağırlaştırmayacağı sonucu

doğuran YBK 188 (EBK 167) 'de her türlü itiraz ve def'i ileri sürebilecek iken ve aksi kararlaştırılarak devir yasağı getirilebilecek iken bu kanun hükmüne dayalı devir yasağını anlamak mümkün değildir.

Yeri gelmiş iken yeni Borçlar Kanunu'nun 240. Maddesi ile düzenlenmiş önalım hakkının ileri sürülmesi hükmünü de irdelemek isterim. Madde 240: "*Önalım hakkı, taşınmazın satışı ya da ekonomik bakımdan satışa eşdeğer her türlü işlemin yapılması hâllerinde kullanılabilir.*" diyor. Taşınmazın satışı ya da ekonomik bakımdan satışa eşdeğer her türlü işlemin yapılması meselesine biraz değinelim. Ratio legis açısından trampa mı kastedilmiş? Ekonomik bakımdan satışa eşdeğer hukuki bir işlem tabiri içi doldurulması zor bir kavram olarak tartışma yaratacaktır... Yasal önalım hakkının sadece satışa bağlı kullanılmasında düşünce şudur: Paylı mülkiyet birliğine yabancı biri girmesin diyerek, aynı bedeli ödemek suretiyle payı satın alma düşüncesi vardır. Somut satışta feragat düzenlenmesi başarılı bir durumdur. Bunun dışında; trampa veya isimsiz sözleşmelerde kullanılamaması yolunda önceki düzenleme çok mantıklıydı. Örneğin; sizin bir taşınmazın paylı mülkiyetiyle veya sözleşmeden doğan önalım hakkıyla mülkiyetini asla devretmeyi düşünmediğiniz bir antika koleksiyonunuz var. Birisi gelip size şu antika koleksiyonunu sat dediğinde, hayır ben bunu satmıyorum, sen bana şuradaki paylı mülkiyetteki payını verirsen bunun karşılığı trampa ederim dediğinizde; şimdi burada bir önalım hakkı kullanılmasının mantığını anlamak asla mümkün değildir. Çünkü burada parasıyla değil mi, satacaksan bize sat fikri birden bire anlamını yitirir. Gerekçede örnek verilen; sözleşmeden doğan önalım hakkında da satmayı düşünmeyen birinin gayrimenkul yatırım ortaklığı hisselerini devretmesi halinde borsada bedeli var diyerek önalım hakkı kullanılmasında doğru olmayacaktır. Çünkü yeni kurulmuş bir gayrimenkul yatırım ortaklığının hisselerinin devrini gelecekte çok iyi prim yapacağı düşüncesi ile kabul ediyorsam; hangi bedel bu düşüncemi tatmin edebilir?

Kanun değişikliklerinin Yargıtay içtihatlarına dayalı olarak yapılması uygulamasına da değinmek istiyorum. Eğer bir boşluğa işaret edilmekte veya söz konusu boşluk ile ilgili içtihat farklılığı söz konusu ise bence bu boşluğun içtihadı birleştirme kararları ile doldurulması daha isabetlidir. Ancak somut durumda olduğu gibi doğruluğu tartışma konusu edilen Yargıtay kararları kanun değişikliği halini alacak olursa, bu konuda yarardan değil, hatalı yasa değişikliğinden söz etmek gerekecektir.

Bu konuda birkaç örnek vererek gerekirse MK 700 hükmünün yeni bir hüküm olarak mehzında olmamasına rağmen yasalaşması tam bir hukuki garabet örneği oluşturmaktadır. Şöyle ki; paylı mülkiyette bir paydaş payı üzerinde -çoğunlukla muvazaalı olurdu- intifa hakkı kuruyordu. Güttüğü amaç neydi? Bu izale-i şüyu davası olursa kozları elimde bulundurmamak, taşınmazın ekonomik bakımdan değer düşürmesi karşısında elindeki kozları kullanmak. Neden? Çünkü Yargıtay kendilerine içtihat zırhı ile bu imkanı sağlamıştır:

Paylı mülkiyette payın üzerinde bir intifa hakkı kurulması durumunda, paydaşlardan biri tarafından açılan eski adıyla izale-i şüyu yani paylı halin giderilmesi davalarında, bu konuda cebri satışın intifa hakkı ile yüklü olarak yapılmasına hükmedildi. Yargıtay neyi atladı? Medeni Kanun 731. Maddeyi. Paydaşlar payları üzerinde intifa hakkı kurabilir. Kurulan intifa hakkının sahibi, açılmış izale-i şüyuu davasında cebri arttırmaya katlanmak zorunda olup, intifa paydaşa düşen cebri artırma bedeli üzerinde hukuki semere devam eder. Çünkü MK 731:

“Taşınmaz mülkiyetinin kanundan doğan kısıtlamaları, tapu siciline tescil edilmeksizin etkili olur.” hükmünü amirdir.

MK 731 hükmünce intifa hakkı taşınmaz mülkiyetinin kanundan doğan özel hukuk kısıtlaması olup intifa hakkı sahibi tescile gerek kalmaksızın kidede itibar ilkesi gereğince intifa hakkından önce malik paydaş kadar tapu sicilindeki (paya bağlı intifayı edinme ve bu konuda bilgi sahibi olmakla) ikame değer bedelin (surrogat) semeresine (faizine) dayalı hak sahibi olur. Bu sonuç payın üzerindeki intifa hakkının kamulaştırılmasında ve sigorta tazminatında açıkça ifade edilmiştir. Hal böyle iken MK 700 hükmünün değişikliği öncesi verilmiş fahiş hatalı içtihatlarla paylı halin giderilmesi davasında cebri artırmanın intifa ile yüklü olarak yapılmasına karar verilmiştir. Doğal olarak uyanık paydaşların bu sonucu görünce paylı halin giderilmesi davalarında kendilerinin düşük bedelli edinme amaçlı veya bu amacı olmasa da satışından haksız kazanç elde etme amacıyla intifa hakkı kurduğu görülmüştür. Maalesef bu yöndeki içtihatlar adalet arkasında alaycı bir gülüş bırakmamalıdır sözünün aksine bu tür davranışların zırrı haline gelmiştir.

Bu arada intifa hakkından söz etmişken ilgili bir içtihadada değinmeden geçemeyeceğim. Yargıtay'da kesinleşmiş bir kararda intifa hakkının haczinin geçerli olduğuna ilişkin karar verilmiştir. Hacizli intifa hakkı cebri arttırmada satılmış ve yeni hak sahipleri tarafından edinilmiştir. Artık bu tür içtihatlara söyleyecek söz bulamıyorum. Zorunlu olarak kişiye bağlı bir hak olan intifa hakkının haczinde doksan yaşında birisine manevi duygu ile ivazsız olarak intifa hakkı tanıdığınızı ve hak sahibinin borcu dolayısıyla intifa hakkının haczedilip cebri icra marifetiyle satıldığını ve sonucunda yirmibeş yaşında bir alıcının cebri arttırma ile intifa hakkını edindiğini düşünün. İntifa hakkının haczini geçerli sayan bu yöndeki içtihatların hukuki garabetini anlatmakta kelimeler bulamamaktayım.

Hatalı içtihadada dayalı değişiklik uygulaması örneğine önalım hakkının kullanılmasında da rastlanılmıştır. Alım ve gerialım hakları mülkiyetin isteğe bağlı kısıtlaması olarak hak sahibine tek taraflı irade beyanı ile kullanılmakla mülkiyetin kendisine devri talebi hakkı vermektedir. Kullanılması yenilik doğurucu haklara bağlı olarak tartışmasız iken yine hatalı Yargıtay içtihatlarına konu olmuş ve nedense uygulamada sıklıkla dava açılarak kullanılagelmiş ol-

masına bağılı olarak dava açılarak kullanılması zorunluluğu içtihadında bulunmuştur. Böyle bir içtihadı hukuki temeli olmaksızın ve üstelik alım ve geri alım haklarından kurgusu itibariyle hiçbir farklılığı olmadığı halde anılan sonucu ile kabul etmek mümkün değildir. Ayrıca uygulamadan örnekler göstermiştir önalım hakkının dava açmadan da kullanılabilmesi açıktır. Alacaklı ve borçlu sıfatının birleşmesi kurgusuna konu somut bir olay ile ilgili olarak önalım hakkının dava açmaksızın kullanılabilmesi yolunda verdiğimiz mütalaada görüş bildirmiş ve içtihat ta bu yönde oluşmuştur. Şöyle ki; taşınmaz satış vaa-dinin mülkiyeti devir talebini içeren önalım hakkının kullanılması sonucu doğan mülkiyeti devir talebi MK 716'ya dayalı olarak taşınmaz malikini hem borçlu hem alacaklı kılmış ve dolayısıyla önalım hakkının sonlandığı kabul edilmelidir.

Biraz önce genç meslektaşımın değindiği 245. Madde, hasar ve yararın geçişi konusunda da şunları belirtmek isterim: Madde 245 *“Satılanın tescilden sonraki bir zamanda alıcı tarafından teslim alınması için sözleşmeyle bir süre belirlenmişse, onun yarar ve hasarı, alıcıya teslimle geçer. Bu hüküm, alıcının satılanı teslim almada temerrüde düşmesi durumunda da uygulanır.”* diyor. Tescil ile mülkiyetin alıcı adına geçmesine rağmen hasar ve yarar konusunda istisna bir hüküm getiriyor. Bu konuda önerimiz şöyledir: Mülkiyetin alıcıya geçmesine rağmen özellikle hasar konusunda satıcının hala hasar ve yarara katlanıyor olması teslimin satıcıya yarar sağlaması nedeniyle sonraki zamanda yapılması halinde mantıklı olacaktır. Şöyle ki; alıcının kendisinden kaynaklanan sorunla teslim için lehine hükmü koydurması halinde satıcının hasara katlanması kabul edilebilir değildir.

Peki, bu konuda siz değerli hukukçuları hazır bulmuşken bir hususa daha değinmek istiyorum. Uygulamada dava dilekçeleri hiçbir mesleki sorumluluk taşımayan avukatlar tarafından saldım çayıra hakimler kayıra misali münazaanın veya muarazanın menı adı altında yani uyuşmazlığın giderilmesi yolu dilekçelerle açılmaktadır. Doğal olarak bir davanın uyuşmazlık olmadan açılmayacağı düşünülecek olursa bu tür dava dilekçeleri hakimlerimiz tarafından derhal reddedilmelidir. Hakimlerin hukuki sebebi resen araştırma ilkesi bu tezimize karşı argüman olarak konulamaz çünkü davaların telahuku (yanlışlıkla yarışması olarak sadeleştirilen oysa birbirine eklenmesi olması gereken sonucuyla) davanın alacak sebepsiz zenginleşme haksız fiil istihkak ve benzeri isimlerle açılması gerekir. Aksi takdirde davaların birbirine eklenmesi teorik bilgisine dayalı olarak davalının savunma yapması mümkün olmaz. Öyle ya; sözleşmeye dayalı dava 10 yıllık dava zamanaşımına tabiyken istihkak davası zamanaşımına olmayacaktır.

Diğer yönden uygulamada tapu iptali ve hükmen tescil davaları diye adlandırılan hukuki temeli olmayan bir kavrama da değinmek gerekecektir. Öğrenciyi mezun ederiz ve MK madde 716 ile 1025'i ayrı ayrı anlatırız. Ve hiçbir şekilde tapu iptal davası diye bir davayı kulaklarına fısıldamayız. Ama ne ga-

riptir ki mezun olur olmaz daha stajda bu 1025 ile 716'nın farkını unuturlar ve birden bire bu davaları tapu iptal ve hükmen tescil diye uydurulmuş bir terimle anmaya başlar. Oysa aynı neticeli bir davada taşınmaza ilişkin karşı taraftan istenen talep ya alacak hakkına dayalı olarak maliki olmadığı taşınmazın mülkiyetin devri talebiyle açılır ki bu durumda tescili isteme veya zorlama adıyla açmak gerekir (MK 716) Ya da malik veya aynı hak sahibi mülkiyet hakkına dayalı olarak aleyhine yapılan yolsuz tescilden/terkinden dolayı şekli olarak aynı hak karinesini kaybetmesinin ve 3. Kişilerin bu yolla aleyhine iyiniyetle hak kazanmasının önlenmesini ister ki bu durumda da yolsuz tescilin düzeltilmesi davası(MK 1025) tabirini kullanmak gerekir. Ancak uygulamada somut bir olayda gördüğüm bir kurguda taraf aslen tapu iptal ve hükmen tescil adı altında aslında alacak hakkına dayalı tescili isteme hakkına sahipken mülkiyet hakkına dayanan dava açmış ve bu dava haklı olarak reddi üzerine bu defa haklı bir sebeple ve fakat tapu iptal davası adı altında alacak hakkını istemişken ikinci davasında kesin olarak tüm haklarını (somut olayda arsa karşılığı inşaat sözleşmesinde yirmi dört bağımsız bölüm)kaybetmiştir. Sonuç olarak vurgulamak istediğimiz yönü ile kanunları mükemmel değişikliklerle yasalastırmak uygulamanın bu ciddi sancuları karşısında hiçbir yara sağlamamaktadır ve sağlamayacaktır. Sabrınıza ve ilginize teşekkürler, sevgilerimle...

