

Başak BALKIR*

Mal Değişim Sözleşmesinde Satış Hükümlerinin Uygulanması

*Implementation of Contract of Sale Provisions to Barter
Agreements*

Özet

Mal değişimi; malların veya hizmetlerin para olmaksızın gönüllü değişimi olarak ticaretin en eski ve en basit şekli olup, en eski insan faaliyetleri arasında yer alır. Mal değişimi sözleşmesi, tarafların karşılıklı olarak belirli ya da belirlenebilir nesnelerin (şeylerin) zilyetlik veya mülkiyetlerini devretmekle yükümlü kılan sözleşmedir.

Satım sözleşmesinden farklı olarak mal değişim sözleşmesinde, bir mal para ile değil başka bir mal ile değiştirilmektedir. Mal değişim sözleşmesine, satım sözleşmesine ilişkin hükümler kıyas yoluyla uygulanır. Mal değişim sözleşmesinde, taraflardan her biri vermeyi taahhüt ettiği şey için satıcı, kendisine verilecek şey bakımından alıcı gibi işlem görür. Bu nedenle, bu sözleşme türünden doğacak hukuki ihtilaf ve sorunlara, satım sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygun düştüğü ölçüde uygulanması gerekmektedir.

Anahtar Sözcükler: Mal değişim sözleşmesi, Satım sözleşmesi, Trampa

JEL Kodu: K12

Giriş

Günümüz dünyasında hızla yayılan bir alışveriş türü olarak önem kazanan mal değişim sözleşmesi, bazen taşınır mallarla ve bazen değiş tokuş edilen mallardan birisinin taşınmaz olduğu "araba karşılığında kat" değiştirilmesi veya benzer şekillerde yapılmaktadır.

* İstanbul Ticaret Üniversitesi yüksek lisans öğrencisi, avukat, basakbalkir@hotmail.com

Son zamanlarda mal değişim sözleşmeleri, satım sözleşmesinin özel bir şekli olarak kabul edilmeye başlansa bile; kendisine özgü karakteristik özellikleri olan sözleşmeler olarak ortaya çıkmakta ve ekonomik kriz dönemlerinde çok daha fazla kullanılmaktadırlar.

Süreç içinde mal değişimi sözleşmelerinin gerek temerrüt ve gerekse ayıp ve zapttan doğan birçok uygulama sorunu ve hukuki ihtilaf ortaya çıkardığı görülmektedir. Bu sorunların çözümü için Türk Borçlar Kanunu'nun 284. maddesinin atfıyla, uygun düştüğü ölçüde satış sözleşmesi hükümlerinden ve doktrindeki hakim görüş uyarınca hakkaniyetten yararlanılabilir.

Bu çalışmada öncelikle mal değişim sözleşmesinin tanımı ve hukuki niteliği incelenecek ve sonra TBK md. 284 hükmü gereğince mal değişim sözleşmesi için satış hükümlerinin uygulanması ilkesi araştırılacaktır.

1. Mal değişim sözleşmesi ve tarihsel gelişimi

Mal değişimi ya da trampa; malların veya hizmetlerin para olmaksızın gönüllü olarak değişimidir. Mal değişimi, ticaretin en eski ve en basit şekli olup en eski insan faaliyetleri arasında yer alır. Trampanın kökeni, paranın icadından önceki insanlığın başlangıcına kadar uzanır. Ünlü ekonomist Adam Smith, Ulusların Zenginliği isimli kitabında parasız mal değişimini ticaretin en ilkel ve basit şekli olarak tanımlamaktadır. İlkel ekonomilerde ve kriz dönemlerinde insanlar, emeklerini veya emekleriyle ürettiklerinin fazlalarını; yiyeceklerle ya da fazlalık yiyeceklerini, yakacak ve diğer ihtiyaçları için değiş tokuş etmişlerdir. Mal değişiminde önemli ve geçerli olan, o malın sizin için değeri değil, onu isteyen karşı taraf için ne değer taşıdığıdır.

Çağdaş hukuk dünyasında mal değişim sözleşmesinin hukuksal yapı içindeki yerine bakıldığında; bu sözleşme türünün özellikle paranın olmadığı zamanlarda veya sistemlerde ihtiyaç nedeniyle ortaya çıktığı görülmektedir. Bundan başka, ellerinde mal bulunan ve her birinin diğerindeki mala ihtiyacı olan iki kişi mal değişimi yoluyla, malı başkasına satıp para temin etmenin külfetinden kurtulurlar.

Mal değişim sözleşmeleri takasa benzemekte ise de özünde başlı başına kendine özgü hukuksal bir işleme dayanmaktadır. Gerçekten hukuksal kavram olarak mal değişim sözleşmesi, iki taraflı hukuksal işlemler ve tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler arasında yer almaktadır. Malla malın değiştirilmesi şeklinde tanımlanabilecek mal değişim sözleşmesinde, her bir tarafın sözleşme ile yerine getirmeyi üstlendiği edim, karşı tarafın kendisine eda edeceği edimin karşılığını oluşturmakta olup bireylerin ihtiyaçlarını karşılamaktadır. Satımın konusunu teşkil eden her mal ve hak mal değişimine de konu olabilir (Tandoğan, 1990: 336).

Mal değişim sözleşmesi, bugün bile para darlığı hissedildiğinde, tarafların para yerine elden çıkartmayı düşündükleri malların bulunduğu zamanlarda veya karşı tarafın elden çıkartmayı istediği mala ihtiyaç duyduğu vakitlerde başvurulan bir akitir (Feyzioğlu, 2014: 310).

Tarihsel gelişimi içinde insanlığın ve uygarlığın gelişimine bağlı olarak ticaretle birlikte mal fazlalıklarının değiş tokuşuyla yapılan anlaşmaların günümüzdeki satım sözleşmesinin en ilkel hali olarak kabul edilebildiği söylenmekte ise de tam tersine satım sözleşmesinin üstünde yer almaktadır (Hatemi, 1992: 130).

Mal değişim sözleşmesi, paranın alışveriş yaşamında güvenilirliği arttıkça, satım karşısında arka plana geri çekilmiş, ancak paraya karşı güvenin sarsıldığı dönemlerde biraz toparlanabilmiştir. Mal değişim sözleşmesi, paranın işlemediği ve paranın para etmediği yerlerde işler. Son zamanlarda uluslararası ticarete "barter anlaşmaları", ulusal pazarda da "eskiyi getir, yeni götür kampanyaları" ile güncel hale gelmiştir (Serozan, 2006: 192).

Global mal değişim işlemleri, Benjamin Gisin'in Looking Beyond the Limits of Cash and Credit adlı makalesinde belirttiği gibi, 1.7 trilyonu ABD içi olmak üzere, yıllık 3.7 trilyon dolara ulaşmıştır. Bu rakam, dünya çapında 15.9 trilyon dolar tutarındaki ticari işlemlerin %23'ünü oluşturur (Kaikati, 2013: 47). American Express tarafından 2009 yılında yapılan 6 aylık bir anket, işletme sahiplerinin neredeyse yarısının (%45) müşterilerle ve tedarikçilerle yeni mallar ve hizmetler için değişim yapmaya açık olduklarını ve neredeyse dörtte üçünün (%23) mal değişim aktivitelerinin sert ekonomik koşullar nedeniyle arttığını ortaya koymuştur.

Uygulamaya baktığımızda, hukuksal sistemlerde mal değişim sözleşmesinin kendine has özel bir sözleşme olduğu ve dar bir uygulama alanı olduğu görülmektedir. Ülkemize bakıldığında da, mal değişim sözleşmesinin apartman dairesi-otomobil değiş tokuşu, tarla-apartman dairesi değiş tokuşu gibi bazen taşınmazlar ve bazen taşınmazlar ve taşınurlar arasında yapılan bir sözleşme olduğu görülmektedir.

2. Mal değişim sözleşmesinin tanımı

Trampa sözleşmesi, taraflardan birinin diğer tarafa bir veya birkaç şeyin teslim ve mülkiyetini geçirmeyi, diğer tarafın aynı şekilde başka bir veya birkaç şeyin teslim ve mülkiyetini geçirmeyi taahhüt etmesi karşılığında borçlandığı bir sözleşmedir (eBK. md. 232 c. 2 ve TBK md. 283) (Cevdet Yavuz, 2011: 331).

Bir başka tanıma göre; mal değişim sözleşmesi, bir hak veya bir malın, başka bir hak veya mal ile değiştirilmesini amaçlayan bir sözleşmedir. Bu sözleşmenin satıştan farkı, satışta karşılık para olduğu halde, mal değişim sözleşmesinde mal veya hak (Olgaç, 1966: 209). Mal ile malın değişimi (trampa) öyle bir sözleşmedir ki, bu sözleşme gereğince taraflar karşılıklı olarak bir malla başka bir malı ya da hakları değiştirerek zilyetlik ve mülkiyetini karşı tarafa geçirmeyi üstlenmektedir (Zevkliler ve Gökyayla, 2013: 161).

Mal değişim sözleşmesi, değişim aracı olarak mal değiş tokuşunun yapıldığı ve hukukî adı olarak mal mukabilinde mal mübadelesi veya mal değişimi yapılması konusunda tarafların anlaşmasıdır. Trampa ve trampa sözleşmesi, uygulamada satımın bir çeşidi sayılmaktadır. Trampada mal, para ile değil, başka bir mal ile değiştirilmektedir (Tandoğan, 1990: 335).

Mal değişimi en az iki malın mülkiyetinin karşılıklı olarak geçirilmesini sağlayan tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdendir. Malın malla değişimini içeren rızai bir sözleşmedir. Sözleşmenin geçerliliği için iradelerin kesişmesi yeterli görülmüştür. Ayrıca malların teslimi şart değildir (Şenyüz, 2012: 290). İki pul koleksiyoncusunun pullarını değiş tokuş etmesi, iki hisse senedi sahibinin senetlerini trampa etmesi gibi maddi mallar yanında ayrıca patent gibi fikri mülkiyete konu olan eserler gibi maddi olmayan değerler

de trampaya konu olabilirler. Başkasına devredilebilir her değer, satıma olduğu kadar trampaya da konu olabilir (Serozan, 2006: 191).

Satım akdinin tanımından yararlanarak trampa sözleşmesinin tanımı şöyle de yapılabilir:

"Trampa bir akittir ki, onunla taraflardan her biri, bir veya birkaç şeyi diğerine teslim ve mülkiyetini ona geçirmek borcunu, diğer tarafın aynı şekilde başka bir veya birkaç şeyin mülkiyetini kendisine nakletmeyi borçlanması karşılığında, üstlenir" (Feyzioğlu, 1980, 310-311).

Borçlar Hukukunda trampa sözleşmesinin yasal olarak düzenlenmesiyle satıcının edimi olan mal veya hakların değiş tokuşuna dayalı olan karma bir sözleşme türü ortaya çıkmıştır (Hatemi, Serozan ve Arpacı, 1992: 130).

Türk Borçlar Kanunundaki trampayla ilgili bu tanımın yeni bir düzenleme olmasıyla ve kapsamı itibarıyla TBK'da trampa sözleşmesinin genişletildiği görülmektedir. Gerçekten 818 sayılı eBK'da "Mal Değişim Sözleşmesi"ne ilişkin hükümler içerisinde sözleşmenin tanımına yer veren bir düzenleme bulunmamaktadır. Borçlar Kanunu'nun Özel Borç İlişkileri kısmında düzenlenen sözleşmelere ilişkin hükümler incelendiğinde, bunların genellikle bir tanım maddesiyle başladığı görülür. Bu nedenle, mal değişim sözleşmesine ilişkin bir tanım maddesine Türk Borçlar Kanunu'nda yer verilmesi sistematige uygundur (N. Yavuz, 2011: 442).

818 sy. eBK'nun mal değişim sözleşmesini trampa sözleşmesi olarak düzenlediği; yeni TBK'da ise mal değişim sözleşmesinin yeniden tanımlanarak ve mülkiyeti devir borcu doğuran bir sözleşme olarak düzenlendiği görülmektedir (TBK 282-284). Bu tanıma bakılırsa; mal değişimi sözleşmesi de (tıpkı satış gibi) bir şeyin zilyetlik ve mülkiyetini devir borcu doğuran ve bedelli (karşılıklı borç doğuran) bir sözleşmedir. Yalnız burada, sözleşenlerden her birinin edimi aynı karakterdedir. Yani her bir taraf diğer tarafa kendisine ait bir ya da birçok şeyin zilyetlik ve mülkiyetini devretme borcu altına girer. Satış sözleşmesine benzerdir. Ancak mal değişim sözleşmesinde en önemli fark ve ayırım; bir şeyin zilyetlik ve mülkiyetini devir borcunun, bir miktar para değil, başka bir veya birçok şeyin zilyetlik ve mülkiyetinin kendisine devredilmesi karşılığında üstlenilmiş olmasıdır. Bu fark ve ayırım dışında, satış sözleşmesindeki taraflar arasındaki çıkarlar dengesinin ve ona bağlı sorunlar ile çözüm önerilerinin paralel olması doğaldır (Akyiğit, 2011: 166).

Trampa sözleşmesinde, taraflardan birinin vermeyi üstlendiği bir mala ya da hakka karşılık, öteki taraf da başka bir mal ya da hak vermeyi üstlenmektedir. Tarafların edimleri karşılıklı değiştirildiğinden, burada "tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme" çeşitlerinden biri vardır. Gerçekten trampa sözleşmesinde haklar da (Oser ve Schönerberger, 1966: 12), misli eşya ve tedavül kabiliyeti olmayan para da trampaya konu teşkil eder (Olgaç, 1966: 209). Paranın parayla mübadelesi eğer paralardan birinin döviz satışı gibi kanunî rayici yoksa satıştır; ikisinin de para bozdurmak gibi kanunî rayici varsa trampanın zıddı olan kendisine özgü yapısı olan bir sözleşmedir (Tandoğan, 1990: 336).

Trampa sözleşmesinde mübadele ilişkisi içinde olan karşılıklı edimlerden her ikisi de paradan başka bir şeydir. Bu sebeple trampa sözleşmesinde taraflardan her ikisi de,

satım sözleşmesindeki terimlerle ifade edilmek gerekirse hem satıcı hem de alıcı durumundadır; sözleşmenin kendisine yüklediği şeyin teslimi ve mülkiyetini geçirmeyi borçlanma açısından satıcı, kendisine teslim ve mülkiyetinin geçirilmesi gereken şey açısından alıcı durumunda olunmaktadır (Feyzioğlu, 1980: 311, C. Yavuz, 2011: 332).

Uygulamada trampayı satıştan ayırmak bazen güç olur. Örneğin satış bedeline mahsuben eşya teslim edilmesi kararlaştırılır ve bu anlaşma akdin kurulmasından sonra ifa esnasında yapılırsa, trampa değil, satış ve tediye yerine geçen edim vardır. Bazen satış bedellerinin takas edildiği çift satışı trampadan ayırt etmek de zordur. Burada tarafların iradesine bakmak lâzımdır; eğer o şeyler doğrudan doğruya mübadele ediliyorsa yahut karşıtı şey alınmaksızın o şey satın alınmayacaksa, ortada trampa vardır. Buna karşılık, satışlardan biri geçerli olmasa dahi diğeri yapılacaksa çift satış karşısında bulunulur; fakat malların mübadelesi hedef tutulmaksızın bileşik âkit şeklinde, yani birinin hükümsüzlüğü diğerininkinin de öyle olması sonucunu doğuracak şekilde, çift satış yapmak da kabildir (örneğin borsa işlemlerinden röpor işleminde, hisse senetleri ve tahvilleri belli bir günde alıp ilerideki bir gün için satmak suretiyle trampa niteliği taşımayan çift satış vardır) . İştirak halinde veya müşterek mülkiyetin tasfiyesinde hissedarların her birine bir mal tahsisi trampa mahiyetini taşımaz. Bir malın bir hizmetle mübadelesi de trampa değil, karma bir akittir (Tandoğan, 1990: 337).

Mal değişimi sözleşmesinde kural olarak, karşılıklı değiştirilen malların birbirleriyle eşit değerde olması gerekir. Fakat bazen taraflardan birinin vermeyi üstlendiği mal, öteki tarafın vereceği mala göre daha az değerde olabilir. Genellikle bu gibi durumlarda, daha az değerde mal veren kişi, aradaki değer farkını denklik parası denilen bir para ödeyerek kapatmaya çalışır, işte bu durumda, ortada karma ya da bileşik bir sözleşmenin varlığından söz edilebilir. Burada mal değişim sözleşmesinin niteliği ağır basmaktadır. Fakat tarafların asıl amacı, malla başka bir malın değiştirilmesi olmayıp da mal karşılığı para ödenmesi amaçlanmışsa ve paranın yanında bir mal da veriliyorsa artık burada satış niteliği ağır basmaktadır (Zevkliler ve Havutçu, 2004: 151).

Hilton otelleri ile “Up in the Air” filminin yapımcıları arasında yapılan bir mal değişim sözleşmesine göre; filmin bir sahnesinde George Clooney, Hilton otellerinin konaklama kalitesini övmekte ve Hilton firması reklam giderleri için harcayacağı nakit paradan tasarruf ederken, film ekibi film çekimi süresince otelde ücretsiz konaklama yapmaları ve Hilton’un Web sitesinde filmin tanıtımının yapılması konusunda anlaşmışlardır (Kaikati, 2013: 50).

Yeni bir araba karşılığında bir eşya verilmesi durumunda, (Flynn v. Mackin ve Mahon davasında olduğu gibi), yapılan işlemin taraflarca satış olarak nitelendirilmesi halinde, sözleşmenin mal değişim sözleşmesi olarak ele alınmasının olanak dışı olduğunu söylenmekte ise de bu durumda yaşanan zorluk, genellikle tarafların yeni arabanın fiyatından mahsup edilecek olan kullanılmış arabaya somut bir fiyat saptamadığı gerçeğiyle giderilir (Canton, 1976: 589-592).

Mal değişimi sözleşmeleri esaslı olarak mülkiyetin türüne göre taşınır ve taşınmaz mal değişim sözleşmesi ya da edimlerden birinin tapulu olduğu mal değişim sözleşmeleri olarak ayrılabilir.

Mal değişim sözleşmesi bir Borçlar Hukuku sözleşmesi olduğundan, sözleşmelerin şekli ve konusuyla ilgili her hukuki konu ve ihtilafta Borçlar Kanununun genel

hükümleri uygulanır. Trampa edilen mallardan biri taşınmaz mal olduğu takdirde, sözleşmenin resmî şekilde yapılmış olması şarttır. Taşınmaz mal trampasına ilişkin resmî senedin, Tapu Kanununun 26 nci maddesine uygun olarak, Tapu Sicil Muhafızı veya Tapu Sicil Memuru tarafından düzenlenmesi şarttır; aksi takdirde, yapılan sözleşme Borçlar Kanununun 11 inci maddesi uyarınca geçersizdir; yokluk ifade eder. Öte yandan tapu kütüğünde kayıtlı olmayan taşınmaz malların trampasında resmî şekil şartı aranmaz.

Trampa sözleşmesinin konusunun taşınır olması ve söz konusu taşınırarla ilgili kanunda özel bir hüküm olmaması halinde trampa sözleşmesi şekle tabi değildir. Tapu kütüğünde kayıtlı olmayan taşınmaz mallar için yapılan trampa sözleşmesi şekle bağlı değildir. Trampa edilen mallardan birinin tapulu taşınmaz olması halinde trampa sözleşmesinin tapu memuru tarafından resmi şekilde yapılması gerekir. Taşınmazlar hangi Tapu Sicil Müdürlüğünün yetki alanında bulunuyorsa o Tapu Sicil Müdürlüğü trampa sözleşmesi yapmaya yetkilidir.

Ayrı Tapu Sicil Müdürlüklerinin yetki alanlarında bulunan taşınmazların trampası taşınmazlardan birinin bulunduğu yer Tapu Sicil Müdürlüğünde yapılabilir. Seçimlik borcun konusunun taşınmaz olduğu bir trampa sözleşmesinde, Tapu Sicil Tüzüğü'nün tasarruf yetkisini araştırma görevi vermiş olması ve tasarruf yetkisinin de belli taşınmazlar üzerinde tesbit edilebilecek olması nedeniyle tapu memuru seçimlik borca konu teşkil eden taşınmazları, birer birer tespit ederek bunlar üzerinde malikin tasarruf yetkisine sahip olduğunu görmedikçe resmi senet düzenleyemez (Erdoğan, 1996: 93).

3. Mal değişim sözleşmesinin satış sözleşmesiyle ilişkisi

Mal değişim sözleşmesi, satış sözleşmesine çok benzemektedir. Mal değişim sözleşmesinin satış sözleşmesinden ve satıştan farkı, mal ile malın değişimi sözleşmesinde, mal karşılığında satışta olduğu gibi para değil, başka bir malın mülkiyetinin ya da hakkın geçirileceğinin üstlenilmesidir.

Mal değişiminde, değiştirilecek hak ya da malların değeri arasında yaklaşık olarak bir denklik ve denge olması gerekir. Değerler arasında bir denklik olmadığı takdirde, fazla değerli edimi karşılamak üzere denklik parası denilen bir miktar para ödenmesi söz konusu olur. Edimlerden bir tanesinin para ödenmek suretiyle denkleştirildiği bu durumda, sözleşme karma bir sözleşmeye dönüşmüş olur. Şeye ilişkin edime mal değişimi, paraya ilişkin edime satım sözleşmesinin hükümleri uygulanır; her iki sözleşmeye ait hükümlerin birbiriyle bağdaşmadığı durumlarda, edimlerden hangisinin asli, hangisinin fer'i olduğuna bakılmalı ve asli edime ilişkin hükümler bütün sözleşmeye uygulanmalıdır.

Satım sözleşmesinde amaç sahip olunan mal ya da hakkı bir miktar para karşılığında elden çıkarmak olup önemli olan o miktar parayı elde etmektir. Mal değişim sözleşmesinde ise hem elde edilmek istenen belli bir mal ya da hak vardır, hem de bunun karşılığında elden çıkarılan bir mal ya da hak söz konusudur. Elden çıkarılan mal ya da hak karşı edime kavuşmak amacıyla elden çıkarılmıştır. Bu nedenle trampa alacaklısı, belki de satım sözleşmesinde alıcı konumunda olan mal alacaklısından daha çok özenle korunmayı hak etmiştir (Erdoğan, 1996: 92).

Satımın konusunu teşkil eden her mal ve hak trampaya da konu olabilir. Haklar, misli eşya ve tedavül kabiliyeti olmayan para da trampaya konu teşkil eder. Paranın parayla mübadelesi eğer paralardan birinin kanunî rayıcı yoksa satıştır (döviz satışı gibi); ikisinin de kanunî rayıcı varsa (para bozdurmak gibi) trampa'nın zıddı olan kendisine özgü yapısı olan bir sözleşmedir.

4. Mal değişim sözleşmesinde satış hükümlerinin uygulanması

Satım Sözleşmesiyle mal değişim sözleşmesi arasında diyalektik bir ilişki bulunmaktadır. Satım mal değişiminden çıkmıştır, süreç içinde satım sözleşmesinin ikincil türevi olmuştur. Tarihsel açıdan, satım sözleşmesinden önce geldiği gibi, hukuksal açıdan da trampa sözleşmesinin satım sözleşmesi üstünde yer alması gerekir. Bu bağlamda para da hukuken bir maldır (Serozan, 2006: 1991).

Kural olarak, mal değişim sözleşmesine satışa ilişkin kurallar uygulanır (TBK md. 283). Yalnız ayıba ve zapta karşı sorumluluk hakkında, Türk Borçlar Kanununun 284 üncü maddesinde özel bir düzenleme yer almıştır. TBK md. 283 karşısında 284. maddeye gerek olmadığı söylenebilir (Aydoğdu ve Kahveci, 2013 :342). Satım akdine ilişkin hükümler trampada uygulanır.

Trampa sözleşmesine, satım sözleşmesine ilişkin hükümler kıyas yoluyla uygulanır. Trampa sözleşmesinde, taraflardan her biri vermeyi taahhüt etmeyi şey için satıcı, kendisine verilecek şey bakımından alıcı gibi işlem görür (Cevdet Yavuz, 2011: 333, Tandoğan, 1990: 337). Gerçekten trampa sözleşmesine satım sözleşmesine ilişkin kurallar örneğe yoluyla aktarılır. TBK 282'nin söylemiyle, trampacılar'dan her biri, malı verme edimi yönüyle satıcı, malı alma edimi yönüyle de alıcı konumundadır.

Satıcının mal teslimi edimine ilişkin hükümler trampaya doğrudan doğruya uygulanabilse bile, alıcının parayı ödeme edimine ilişkin hükümler trampaya ancak dolaylı olarak kıyasen uygulanabilir; daha doğrusu uyarlanabilir. Ne de olsa alıcı borcunu para vererek değil, mal vererek kapatacaktır. Bu arada, önceden peşin edimde bulunan satıcının dönme hakkını saklı tutmadığında, parayı ödemede temerrüde düşmüş alıcısına karşı sözleşmeden dönemeyeceğini hükme bağlayan TBK md. 235/3 kuralı, peşin edimde bulunan trampacı zararına uygulanmaz. Veresiye satımda, özellikle taksitle satımda, alıcıyı gözeten satım kuralları, sonradan ifade bulunacak olan trampacı yararına işletilmez. Alıcı gibi korunmaya muhtaç sayılmaz. Sözleşmeye aykırılık edildiğinde, alacaklının tazminat isterken, mübadele kuramı ile fark kuramı arasında dilediği kuramı seçebileceği kabul edilir.

eBK. md. 233'de hasar konusu "Trampa suretiyle aldığı şey yedinden zaptolunan yahut onu ayıbından dolayı red eden taraf muhayerdir; dilerse zarar ve ziyarı diğer tarafa tazmin ettirir, dilerse vermiş olduğu şeyi istirdat eder" (C. Yavuz, 2011: 334), şeklinde yer almaktaydı; ancak yeni kanunda bu seçimlik haklar tek tek sayılmak yerine satış sözleşmesinin ayıptan ve zapttan sorumluluğa ilişkin hükümlerinin uygun düştüğü ölçüde mal değişim sözleşmesine de uygulanacağı belirtilerek bu haklar tahdidi olmaktan çıkarılmıştır.

Türk Borçlar Kanununun 283. maddesinin satış sözleşmesine yaptığı atıf gereği, satışlardaki gibi yarar ve zararın, taşınırlarda zilyetliğin devriyle, taşınmazlarda tescille alıcıya geçeceği sonucu doğmaktadır (TBK md. 208/1). Taşınır olan mal değişim

sözleşmesinde, alıcının satılanın zilyetliğini devralmada temerrüde düşmesi durumunda zilyetliğin devri gerçekleşmişçesine satılanın yarar ve hasarı alıcıya geçer (Aydoğdu ve Kahveci, 2013: 342). Satıcı alıcının isteği üzerine satılanı ifa yerinden başka bir yere gönderirse, yarar ve hasar, satılanın taşıyıcıya teslim edildiği anda alıcıya geçer (TBK md. 208/II-IH). Taşınmaz satışında değişiminde yarar ve hasar kural olarak akdin kurulmasıyla alıcıya geçer; ancak, satılanın değiş tokuş edilenin teslimi için sözleşmeyle bir süre tayin edilmişse, yarar ve hasar bu süre dolmadan önce alıcıya geçmez (TBK md. 245). TBK md. 245 hükmü, teslimin tescilden sonra yapılmasının kararlaştırılması halinde de uygulanmalıdır (Aral ve Ayrancı, 2012: 176).

Trampa, tecrübe ve muayene şartıyla yapılmış ise, olaya TBK md. 250 daki esasların aynen uygulanması gerekir; bu nedenle beğenme koşuluyla trampa ettiği atı alan taraf, onu beğenmediğinden bahisle ertesi günü karşı taraf olarak satıcıya iade etmek istese bu isteği kabul olunmak gerekir. TBK md. 249 ve 250 deki beğenme koşuluyla satıma ilişkin hükümler, bu şartla yapılan trampalarda da aynen uygulanır.

Buna karşılık satım akdinin satış parasının (semenin) ödenmesine ait hükümlerinin trampaya da uygulanması düşünülemez. Çünkü trampa, para karşılığı mal değişimi değil; mal karşılığı mal değişimidir; yani trampada satış parası söz konusu olmadığı için, ona ilişkin esasların trampada uygulanmasına akdin niteliği elverişli değildir. Ancak bu noktada duraksamalara yol açabilecek bir hususa işaret etmekte yarar vardır. Trampada her ne kadar bedel yok ise de, bazen değiştirilecek şeyler arasında bir değer dengesi kurabilmek için bir tarafın diğerine (denklik akçesi) denilen bir miktar para da ödemesi gerekebilir. Satım akdinde nasıl satılan şey ile bedelin (semenin) tayin edilmiş veya hiç olmazsa tayini kabil duruma konulmuş olması gerekiyorsa, ona kıyasen trampada da, değiştirilecek şeylerin belirtilmiş ya da belirlenebilir halde bulunmuş olması icap eder. Fakat Federal Mahkemenin de bir kararında işaret ettiği üzere, satım akdindeki semene ilişkin kuralların, olduğu gibi denklik akçesine de uygulanması yoluna gidilemez (Feyzioğlu, 1980: 314).

Şayet taraflar eş değerde olmayan iki şeyin, bir denklik akçesi de eklenmek suretiyle trampası hususunda anlaşmış, fakat bu akçenin tutarını kararlaştırmamışlarsa, sadece bu hal akdin butlanını gerektirmez. Kanun, böyle bir durumda denklik akçesinin nasıl belirtileceğini açıklamamış ise de, Borçlar Hukukunun genel kurallarına göre söz konusu denklik akçesinin hakkaniyete uygun olarak ve TBK md. 233/1'e kıyasen sözleşme tarihindeki "piyasa fiyatı" esas alınarak hâkim tarafından tespiti mümkündür. Hâkim bu tespiti yaparken bilhassa, trampa konusu malı alacak olanın takdirinin kesin bir önem taşıdığını unutmayacaktır (Feyzioğlu, 1980: 315).

4.1 Mal değişim sözleşmesinde satıcı temerrüdü

Mal değişim sözleşmesi sinallagmatik bir sözleşme olup bu sinallagmatik sözleşmeler temerrüt bakımından farklılaşmış sözleşme tipleridir. Sinallagmatik sözleşmelerde borcun ifa edilmemesi durumunda alacaklı, ifa mümkün olduğu halde ifadan vazgeçip müspet tazminat talep edebilecektir. Yine borç ilişkisini sona erdirme olanağı da, yalnızca iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde temerrüt durumu için öngörülmüştür. Borçlu temerrüdü durumunda alacaklı, sözleşmeden dönebilecektir. Alacaklı, gecikmeye rağmen ifayı istiyorsa, herhangi bir şey yapması gerekmeyecektir.

Ancak ifadan vazgeçip müspet tazminat yahut sözleşmeden dönerek menfi tazminat istemek niyetindeyse, kural olarak borçluya bir mehil tayin edip, mehille birlikte veya mehlin sonunda derhal seçimini yaparak bu olanaklardan yararlanabilecektir. Her iki durumda tazminata kavuşma olanağı, borçlu aleyhine getirilen kusur karinesi uyarınca; borçlunun, temerrüde düşmede kusuru bulunmadığını kanıtlayamamasına bağlıdır (TBK m. 112, 90-92) (Belen, 2007: 153).

Taraflar malın tesliminde temerrüde düşerlerse, belirli satış sözleşmesinde temerrüdü düzenleyen TBK 212. ve 213. madde hükmünün ve adi mal değişiminde TBK 125 madde hükmünün, yani satıştaki satıcının temerrüdüne ilişkin kuralların uygulanacağı kabul edilir. Mal değişim sözleşmesinde para ödeme amacı olmadığından; alıcının temerrüdüne ilişkin kurallar ve TBK md. 235 hükmü mal değişim sözleşmesinde uygulama alanı bulmaz (Zevkliler ve Gökyayla, 2010: 163).

TBK md. 212'de satıcının temerrüdünün sonuçlarına ilişkin kural ve bunun istisnası, TBK m.213'te de temerrüitten doğan zararın hesaplanması düzenlenmiştir. TBK md. 212/1'e göre, "Satıcının temerrüdü halinde, borçlunun temerrüdüne ilişkin genel hükümler uygulanır". Türk Borçlar Kanunu'nun Borç İlişkisinin Hükümleri kısmında yer alan genel hükümleri düzenleyen 117. md. vd. maddelerinde temerrüdün şartları ile temerrüdün hüküm ve sonuçları düzenlenmiştir.

TBK md. 123 ile 125. Madde hükümlerine göre, satıcının temerrüde düşmesi halinde, alıcı her zaman borcun ifasını ve gecikme sebebiyle uğradığı zararlar için tazminat isteme hakkına sahiptir. Alıcı, borcun aynen ifasından vazgeçtiğini hemen bildirmek suretiyle, müspet (olumlu) zararının tazminini isteyebileceği gibi, sözleşmeden de dönebilir (TBK md. 125). TBK md. 124'deki hallerin bulunması halinde, süre verilmesine gerek yoktur (Aral ve Ayrancı, 2012: 85).

4.2. Zapta ve ayıba karşı tekeffülde satım hükümleri

Trampa sözleşmesinde hasarın ve yararın sözleşme ile değil, mülkiyetin devri ile geçtiğini kabul etmek gerekir. Trampa sözleşmesinde hasarın sözleşme ile değil, mülkiyetin devri veya malların teslimi ile geçmesi hakkaniyete ve toplumdaki genel düşünüşe daha uygundur. Ancak satım hükümlerinin trampa sözleşmesinde uygulanacağı hükmü karşısında ifa imkânsızlığı ve beklenmeyen hallerin kıyasen mal değişim sözleşmesine uygulanacağı savunulabilir. Bu durumda borçlanılan edimle ve ifa imkânsızlığı ile ilgili olarak "halin icabından ve işin niteliğinden" kaynaklanan durumları mümkün olduğunca geniş bir yelpazede düşünerek çözüme varmak gerekmektedir.

TBK 284. madde uyarınca, zapta karşı ve ayıba karşı tekeffülün maddi ve şekli şartları konusunda satım sözleşmesine ilişkin hükümler kıyasen uygulanır. Trampa sözleşmesinde özel olarak Türk Borçlar Kanununda düzenlendiği şekliyle zapta ve ayıba karşı tekeffül borcunun ihlali halinde, sözleşen dilerse zararın tazminini ister, dilerse sözleşmeden döner.

Sonuç

Mal değişimi; malların veya hizmetlerin para olmaksızın gönüllü değişimi olarak ticaretin en eski ve en basit şekli olup, en eski insan faaliyetleri arasında yer alır. Trampa'nın kökeni, paranın icadından önceki insanlığın başlangıcına kadar uzanırken,

gerçekte parasız mal değişimi olarak ticaretin ve satım sözleşmesinin en ilkel ve en basit şekli olarak da tanımlanmaktadır.

Mal değişimi sözleşmesi, tarafların karşılıklı olarak belirli ya da belirlenebilir nesnelerin (şeylerin) zilyetlik veya mülkiyetlerini devretmekle yükümlü kılan sözleşmedir. Satım sözleşmesinden farklı olarak mal değişim sözleşmesinde, bir mal para ile değil başka bir mal ile değiştirilmektedir. Satım sözleşmesinde edimlerden biri para iken, trampa bu edimlerin her ikisini de mal teşkil etmektedir. Trampa bir malın, para karşılığında değil de başka bir mal karşılığında temelli devrini amaçlayan çift taraflı bir borçlanma sözleşmesidir. İki pul koleksiyoncusunun pullarını değiş tokuş etmesi, iki hisse senedi sahibinin senetlerini trampa etmesi gibi maddi mallar yanında ayrıca patent gibi fikri mülkiyete konu olan eserler gibi maddi olmayan değerler de trampaya konu olabilirler.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda mal değişim sözleşmesi, taraflardan birinin diğer tarafa bir veya birden çok şeyin zilyetlik ve mülkiyetini, diğer tarafın da karşı edim olarak başka bir veya birden çok şeyin zilyetlik ve mülkiyetini devretmeyi üstlendiği sözleşme olarak tanımlanmıştır.

Mal değişim sözleşmesine, satım sözleşmesine ilişkin hükümler kıyas yoluyla uygulanır. Trampa sözleşmesinde, taraflardan her biri vermeyi taahhüt etmeyi şey için satıcı, kendisine verilecek şey bakımından alıcı gibi işlem görür.

Mal değişim sözleşmesinin her aşaması, günümüz özel hukuk temel ilkelerinden irade serbestisiyle oluşturulmaktadır. Mal değişim sözleşmesinde değiş tokuş edilen mal ve hizmetlerin temelinde mal değişim sözleşmesinin kendine özgü yaptırımlar, kendine özgü karşılıklarla iç içe bulunmaktadır. Mal değişim sözleşmesinde tarafların karşılıklı edimlerinin değiş tokuş edilmesiyle ilgili olarak çıkacak uyuşmazlıklar genel sözleşme koşullarına ve buna bağlı olarak borçlar hukuku ilkelerine ve sözleşmede hüküm bulunmaması durumunda yasalardaki yedek hükümlerin uygulanmasıyla çözümlenecektir.

Bu noktada TBK da mal değişim sözleşmelerinde satım sözleşmesi kurallarının uygulanmasıyla ilgili düzenleme, mal değişim sözleşmelerindeki hukuksal sorunların; mal değişim sözleşmesinin elverdiği ölçüde satım sözleşmesine ait hükümlerle çözümlenebilmesi olanağı getirmiştir. Sonuç olarak mal değişim sözleşmesinin gerektiği ve elverdiği ölçüde satım sözleşmesine ait hükümlerin bu sözleşmelerde kullanılabilmesi ilkesi, hukuksal sorunlarda uygulama kolaylığı getirmesi yanında, mal değişim sözleşmelerinin kullanımını da arttıracaktır.

Kaynakça

- ARAL, Vecdi (1992). **Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine**. İstanbul: Filiz Kitabevi.
- AKGÜLEN, Alper Tunga (2007). **İngilizce - Türkçe/ Türkçe - İngilizce Hukuk Sözlüğü**. Ankara: Hatiboğlu Yayınevi.
- AKINTÜRK, Turgut (1966). **Satım Akdinde Hasarın İntikali**. Ankara: Sevinç Matbaası.
- AKINTÜRK Turgut ve Derya Ateş Kahraman (2012). **Borçlar Hukuku**. İstanbul: Beta Yayınları.
- AKYIĞIT, Ercan (2011). **Satış Mal Değişimi ve Bağışlama Sözleşmeleri**. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- AKYOL, Şenel (2006). **Dürüstlük kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı**. İstanbul: Vedat Kitapçılık. 2006.
- AKYOL, Şenel (2006). **Medeni Hukuka Giriş**. İstanbul: Vedat Yayıncılık.
- ARAL, Fahrettin ve Hasan AYRANCI (2012). **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**. Ankara: Yetkin Yayınları.
- AYDOĞDU, Murat ve Nalan KAHVECİ (2013). **Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**. İzmir: İleri Kitabevi. 2013.
- BELEN, Herdem (2007). **Barter Sistemi Hukuki Yapısı ve İşleyişi**. İstanbul: Beta Yayınları.
- DİNÇ, Mutlu (2011). **Borçlar Kanununda Neler Değişti?** Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- DÖRTGÖZ, Gürsel Öcal (2014). **Tapu ve Kadastro Sistemi Uyumlu Tapu İşlemleri**. Ankara: Bil Ofset.
- ERDEN, Kuntalp (1971). **Karışık Muhtevalı Akit**. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No.291.
- ERDOĞAN, Gülnur (1996). **Trampa Sözleşmesi**. (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Bölümü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul.
- EREN, Fikret (1994). **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**. Cilt 1. İstanbul: Beta Yayınları.
- ESENER, Turhan (1969). **Borçlar Hukuku I**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No:246.
- FEYZİOĞLU, Feyzi Necmettin (1980). **Borçlar Hukuku İkinci Kısım Akdin Muhtelif Nevileri (Özel Borç İlişkileri)**. İstanbul: Fakülteler Matbaası. 1980.
- GÖZLER, Kemal (2013). **Hukuka Giriş**. Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım.
- GÖZLER, Kemal (2013). **Hukukun Temel Kavramları**. Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım.
- GÜMÜŞ, Alper (2013). **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**. Cilt 1. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Hatemi, HÜSEYİN (1999). **Borçlar Özel Hukuku**. İstanbul: Filiz Kitabevi.

- HATEMİ, Hüseyin ve Emre GÖKYAYLA (2012). **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- HATEMİ Hüseyin, Rona SEROZAN, Abdülkadir ARPACI (1992). **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**. İstanbul: Filiz Kitabevi.
- OĞUZMAN Kemal ve Turgut ÖZ (2006). **Borçlar Hukuku**. İstanbul: Filiz Kitabevi.
- OĞUZMAN Kemal (1973). **Borçlar Hukuku Dersleri**. İstanbul: Fakülteler Matbaası.
- OLGAÇ, Senai (1966). **Borçlar Hukuku Akdın Muhtelif Nevileri (I) Satış ve Trampa**. İstanbul: İsmail Akgün Matbaası.
- Orkun, ERİNÇ (2013). **Emlakçının Elkitabı & Gayrimenkul Terimler Sözlüğü**. İstanbul: Alfa Yayınları.
- OSER ve SCHÖNENBERGER (1966). **İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi**. Çeviren: Kemal Fikret ARIK. Ankara Yarı Açık Cezaevi Matbaası.
- ÖZ, Turgut (2012). **Yeni Borçlar Kanununun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler**. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- REİSOĞLU, Safa (2008). **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**. İstanbul: Beta Yayınları.
- SEROZAN, Rona (2006). **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**. İstanbul: Filiz Kitabevi.
- ŞENEL, Alaattin (2001). **İlkel Topluluktan Uygur Topluma**. Ankara: Bilim ve Sanat Yayınları.
- ŞENYÜZ, Doğan (2012). **Borçlar Hukuku Genel ve Özel Hükümler**. Bursa: Ekin Yayınları.
- TANDOĞAN, Halûk (1990). **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt I/1**. İstanbul: Evrim Basım- Yayım-Dağıtım.
- YAVUZ, Cevdet (2011). **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**. İstanbul: Beta Yayınları.
- YAVUZ, Cevdet (2013). **Borçlar Hukuku Dersleri**. İstanbul: Beta Yayınları.
- YAVUZ, Nihat (2011). **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler**. Ankara: Adalet Yayınevi.
- ZEVKLİLER, Aydın ve Emre GÖKYAYLA (2010). **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**. Ankara: Turhan Kitabevi.
- ZEVKLİLER, Aydın ve Ayşe HAVUTÇU (2004). **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**. Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Elektronik Kaynaklar

- "Barter." **Essential Negotiation**. February 2004; 23. (Çevrimiçi) Business Source Complete EBSCOhost (Erişim tarihi:11.12.2013).
- CANTON, E.M. Clare (1976). **Sale of Goods and Barter**. The Modern Law Review, Vol. 39, No. 5. (Çevrimiçi) <http://www.jstor.org/stable/1095151>.

"Entrepreneurs Say Managing Through Recession Makes Them Sharper Business Owners" American Express Open Small Business Monitor, April 15, 2009, (Çevrimiçi) <http://ir.americanexpress.com/file.aspx?IID=102700&FID=7648975#.UrBgPtIW2gk>, (Erişim Tarihi: 17.12.2013)

KAIKATI Andrew M., Jack G.KAIKATI (2013). **"Doing Business Without Exchanging Money: The Scale and Creativity of Modern Barter"**, California Management review. Winter 2013;55 no. 2:46-71. (Çevrimiçi). Business Source Complete, EBSCOhost (Erişim tarihi 12. 12.2013).

GISIN, Benjamin (2013). **"Looking Beyond the Limits of Cash and Credit"** Touch the Soil, 17 (November/December 2007): 46-47, (Çevrimiçi) www.barternews.com/pdf/looking_beyond.pdf (Erişim Tarihi: 17.12.2013)

IMPLEMENTATION OF CONTRACT OF SALE PROVISIONS TO BARTER AGREEMENTS

Başak BALKIR*

Abstract

Barter; the voluntary exchange of goods and services without money is the oldest and most basic form of trade, and also one of the oldest human activities. Barter is an agreement which enjoins parties to transfer the possession or ownership of determined or determinable objects reciprocally.

Unlike contract of sale, barter agreement is a contract which goods are exchanged with different goods, not with money. The provisions concerning contract of sale are implemented to barter agreements in analogy. In barter agreements, each party is considered as buyer for the goods that will be given to, and as seller for the goods that are undertaken to be sold. For that reason, provisions concerning contract of sale are required to be implemented to an extent suitable for the legal disputes and controversies.

Key Words: Barter agreement, Contract of sale, Exchange

JEL Codes: K12

* İstanbul Commerce University, Lawyer, basakbalkir@hotmail.com