

TÜRK BORÇLAR KANUNUNA GÖRE SATIŞ SÖZLEŞMESİNDE HASARIN GEÇİŞİ

Yrd. Doç. Dr. Yakup KORKMAZ*

PASSING OF RISK IN SALES CONTRACT ACCORDING TO THE TURKISH CODE OF OBLIGATIONS

ÖZET

Hasarı sözleşmenin kurulması ile birlikte alıcıya yükleyen kural, Roma Hukukundan kaynaklanmaktadır. İsviçre ve Türk Hukukunda da aynı kural uygulanmıştır. Ancak bu düzenleme, doktrin ve yargı kararlarında adil olmadığı yönünde eleştirilmiştir. Yeni 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu hazırlanırken, eski düzenlemeye yöneltilen eleştiriler göz önünde bulundurulmuştur. Bunun sonucu olarak, hasarı malın zilyetliğinin devri anından itibaren alıcıya yükleyen yeni anlayış kabul edilmiştir.

ANAHTAR KELİMELEER: *Satış Sözleşmesi, Hasar, Bedel Hasarı, Edim Hasarı, Hasarın Geçışı*

* Zirve Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

ABSTRACT

The norm that passes risk to the buyer with conclusion of contract takes its source from Roman Law. The same norm also carried out in Turkish and Swiss Law. But it is criticised in doctrine and judicial decisions because of being unfair. The critics of old legislation about this subject has taken into account while preparing The new Turkish Code of Obligations numbered 6098. Thereupon a new concept which passes the risk to the buyer with transfer of possession has been accepted.

KEYWORDS: *Sale Contract, Risk, Price Risk, Performance Risk, Passing of Risk.*

I. Genel Olarak

Satış sözleşmesi¹toplumlarda en çok uygulanan sözleşmelerden birisidir. Bu sözleşme ile satıcının, satılanın zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretme, alıcının ise buna karşılık bir bedel ödeme borcunu üstlenmesidir².Kısaca satış sözleşmesi, bir eşyanın para ile değiştirilmesidir.

Satış sözleşmesinde hasar kavramı, hukuk sistemlerinde birbirine yakın anlamlar ifade etmektedir. Buna karşın, adı geçen sözleşme açısından, hasarın geçişi ile ilgili düzenlemeler farklı hükümlere

¹ Bir şeyin zilyetliğinin ve mülkiyetinin bir bedel karşılığında devrini amaçlayan sözleşme için 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda satım sözleşmesi kavramı yer almakta iken, 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu'nda satış sözcüğüne yer verilmiştir. Bunun sebebi gerekçede; ““*Satım*” sözcüğünün, sözleşmenin her iki tarafını değil de, sadece satıcı tarafını ifade ettiği sanılarak, günlük dilde, hattâ 818 sayılı Borçlar Kanununun bazı hükümlerinde “*alım satım*”dan söz edildiği ve uygulamada da genellikle “*satım*” yerine “*satış*” sözcüğünün kullanıldığı göz önünde tutularak, Tasarıda “*satış sözleşmesi*” teriminin kullanılması tercih edilmiştir. Yine, ayrı bir sözleşme olan *trampa*, *mal değişim sözleşmesi* adı ile ayrı bir bölümde düzenlenmiştir. Bu nedenle, Tasarının İkinci Kısımının Birinci Bölüm başlığında 818 sayılı Borçlar Kanunundan farklı olarak, sadece “*Satış Sözleşmesi*” ibaresi kullanılmıştır.” şeklinde belirtilmiştir. Bkz. **Adalet Bakanlığı:** Borçlar Kanunundan Türk Borçlar Kanununa, Ankara 2011, s. 285.

² **Yavuz, Cevdet/Acar, Faruk/Özen, Burak:** Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 10. Baskı, İstanbul 2012, s. 24.

bağlanmıştır. Bu çalışmada “*Türk Hukuk Sistemi*” esas alınarak, satış sözleşmesinde hasarın geçişi incelenmiştir. Bu yapılırken önce, bugün yürürlükte olmayan 818 sayılı eski Borçlar Kanunu’ndaki düzenleme ele alınmıştır. Daha sonra ise, 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun hasarın geçişi ile ilgili hükümleri incelenmiştir.

II. Hasar Kavramı

Hasar, satılan şeyin, taraflardan birisinin sorumlu olmadığı sebeplerden dolayı tamamen kullanılamaz hale gelmesi veya kısmen zarar görmesidir³. Tarafların sorumlu olmadığı sebeplerden, mücbir sebep ve umulmayan hal gibi satıcının özen eksikliğinin olmadığı durumlar anlaşılır⁴.

Hasar kavramı doktrinde, geniş anlamda hasar ile dar ve teknik anlamda hasar olmak üzere ikiye ayrılmaktadır⁵. Buna göre geniş anlamda hasar, herhangi bir sözleşme konusu olmaksızın, üzerinde aynı hak sahibi olunan eşyanın maddî anlamda, somut olarak yok olması, bozulması veya parçalanmasını ifade eder. Başka bir deyişle geniş anlamda hasar, eşyanın değerinin azalması gibi olumsuz sonuçları ve hak sahibinin bu yüzden uğradığı zararı ifade eder⁶. Bu sebeple eşyaya ilişkin hasar, eşya üzerindeki hakla ilgilidir⁷. Bu hasar türü eşya hukukunu

³ **Honsell**, Heinrich: Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, 8. Aufl., Bern 2006, s. 49; **Filios**, Paul; Die Gefahrtragung beim Kauf im Rahmen des Synallagmas, Berlin 1964, s.1; **Aral**, Fahrettin/**Ayrancı**, Hasan: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 9. Baskı, Ankara 2012, s. 73; **Altay**, Sabah: Satım Sözleşmesinde Hasarın Geçişi, İstanbul 2008, s. 3.

⁴ **Aral/Ayrancı**, s. 73; **Gümüş**, Mustafa Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. I, İstanbul 2012, s. 35. Yarg. 13. HD. T. 03.02.2003, E. 2002/14548, K. 2003/972 (www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 20.02.2014).

⁵ **Sieber**, Liliane, Gefahrtragung im Kaufrecht, Zürich 1993, s. 4; **Akıntürk**, Turgut: Satım Akdinde Hasarın İntikali, Ankara 1966, s. 21 vd.; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 32.

⁶ **Filios**, s. 3; **Akıntürk**, s. 22; **Altay**, s. 4-5.

⁷ **Filios**, s. 2; **Sieber**, s. 4.

ilgilendirir. Çünkü bu durum sözleşme dışı bir görünüm oluşturur. Bu yüzden sözkonusu hasara, o malın maliki katlanır⁸.

Dar ve teknik anlamda hasar ise, borç ilişkileri açısından geçerli olan, borcun doğumu ile ifası arasında geçen zaman aralığında, taraflardan herhangi birisinin sorumlu olmadığı sebeplerden dolayı edimin imkânsızlaşması veya değerinin azalmasıdır⁹. Bu anlamda hasar, alacaklı ve borçlu arasındaki borç ilişkisinden doğan yükümlülüklerin varlığına dayanır; eşya üzerindeki aynî hak ile bir ilgisi yoktur. Bu tür hasara doktrinde “*borca ilişkin hasar*” da denilmektedir¹⁰. Çünkü, borca ilişkin hasar, sözleşmenin tarafları arasındaki risk dağılımını ifade eder. İngiliz, İtalyan, Fransız, Alman ve İsviçre hukuk sistemlerinde de bu kavramı ifade etmek için “*zarar* (damage, danno, dommage, Schaden)” kavramı değil, “*tehlike* (*risk, rischio, risque, Gefahr*)” kavramları kullanılmıştır¹¹.

Hasar, satılan şeyin ifasını tamamen veya kısmen imkânsız hale getirebilir (BK. m. 117, TBK. m. 136). Satılanın maddeten yok olması, kamulaştırılması, müsadere edilmesi, eşyanın satıcının elinden hukuka aykırı olarak alınması, çalınması, satılandan ekonomik olarak yararlanma imkânını ortadan kaldıracabilecek her tür insan davranışı veya doğa olayları sonucunda tam imkânsızlıktan bahsedilir. Satılanın kötüleşmesi ile anlatılmak istenen ise, eşyadaki olumsuz nitelik değişimi, bozulması veya

⁸ Roma Hukukunda bu esas, “*casum sentit dominus*” veya “*res perit domino*” yani “hasara malik katlanır” şeklinde ifade edilmiştir. Bkz. **Mayer-Maly**, Theo: *Römisches Recht*, 2. Aufl., Wien-New York 1999, s.138; **Fikentscher**, Wolfgang/**Heinemann**, Andreas: *Schuldrecht*, 10. Aufl., Berlin 2006, s. 398; **Erdoğan**, Belgin: *Roma Borçlar Hukuku Dersleri*, 2. Baskı, İstanbul 2006, 28-29.

⁹ **Akıntürk**, s. 24; **Tandoğan**, Haluk: *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C. I/1, 5. Basım, Ankara 1988, s. 106 vd.; **Aral/Ayrancı**, s. 73; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 32.

¹⁰ Roma Hukukunda bu kavram “*periculum obligationis*” olarak ifade edilmiştir. Bkz. **Filios**, s. 3; **Sieber**, s. 5; **Akıntürk**, s. 24.

¹¹ **Akıntürk**, s. 25; **Schwarz**, Andreas B.: *Satış Aktinde Hasarın İntikali*, (Çev. Kudret Ayiter), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 1947, C. 4, S. 1 – 4, s. 159 – 160.

bir kısmının telef olmasıdır. Meselâ, on adet kitaptan üçünün yanmasında durum böyledir¹².

III. Hasarın Geçmesi Kavramı

Hasarın geçmesinden maksat; sözleşmenin kurulması ile ifa edilmesi arasında, satılanın, taraflara yüklenemeyen ve onların sorumlu olmadığı bir sebeple yok olması veya kötüleşmesidir. Başka bir deyişle hasarın geçmesi, satılarda meydana gelen değer azalmasının sonuçlarından hangi tarafın sorumlu olacağını belirler¹³.

Hasarın geçmesi deyiminin daha iyi anlaşılabilmesi için, “*edim hasarı*” ile “*bedel hasarı*” kavramları üzerinde durulması gerekir. “*Edim hasarı (Leistungsgefahr)*”, edim konusunun yok olmasına veya kötüleşmesine rağmen, satıcının gereği gibi ifa ile yükümlü olup olmayacağına ilişkin yapılacak açıklamadır¹⁴. Bunun sonucuna göre satıcının gereği gibi ifa yükümlülüğü devam ediyorsa, maddî edim hasarı satıcıdadır, aksi halde alıcıdadır. Bu sebeple, maddî edim hasarı hem tek tarafa borç yükleyen, hem de tam iki tarafa borç yükleyen (synallagmatik) sözleşmelerde sözkonusu olabilir¹⁵. Buna karşılık, “*bedel hasarı (Preisgefahr)*”, satış sözleşmesinde, satılanın hasara uğraması sebebiyle satıcının gereği gibi ifa yükümünden kurtulmasına rağmen, alıcının satış bedelini ödemek zorunda olması halidir¹⁶. Bu sebeple bedel hasarı, satış sözleşmesi gibi tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde sözkonusu olur. Bunun için edim hasarının alacaklıya geçmesi gerekir.

¹² Aral/Ayrancı, s. 73.

¹³ Akıntürk, s. 64; Giger, Hans: Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Bd. VI, Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 1. Teilband, Kauf und Tausch- Die Schenkung, 1. Abschnitt, Allgemeine Bestimmungen - Der Fahrniskauf, Art. 184-215 OR, Bern 1979, Art. 185, N. 8-9; Tandoğan, s. 106; Aral/Ayrancı, s. 74; Yavuz/Acar/Özen, s. 32.

¹⁴ Giger, N. 11; Akıntürk, s. 27; Tandoğan, s. 106-107; Aral/Ayrancı, s. 74.

¹⁵ Tandoğan, s. 107; Aral/Ayrancı, s. 75.

¹⁶ Giger, N. 12-13; Mayer-Maly, s. 138; Fikentscher/Heinemann, s. 399; Akıntürk, s. 28 vd.; Tandoğan, s. 107; Aral/Ayrancı, s. 75. Bu durum Roma Hukukunda, “*hasar alacaklı içindir (res perit creditori)*” şeklinde ifade edilmiştir. Bkz. Söğütlü Erişgin, Özlem: Tarihsel ve Dogmatik Açından Periculum Est Emptoris (Hasar Alıcıya Aittir), Ankara 2010, s. 20.

Bazı hukuk sistemlerinde tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, ifanın imkânsızlaşması halinde, sonraki kusursuz imkânsızlık sebebiyle edimini ifa edemeyen borçlu borcundan kurtulur (BK. m. 117, TBK. m. 136; OR. Art. 119; BGB § 275)¹⁷. Ancak sözkonusu borçlu karşı edimin ifasını da isteyemez. Bu durumda tazminat borcu doğmaksızın borç sona erer¹⁸.

TBK. m. 208'de, satış sözleşmesi ile ilgili olarak özel bir düzenleme getirilmiştir. Bu düzenlemeye göre “*Kanundan, durumun gereğinden veya sözleşmede öngörülen özel koşullardan doğan ayırık hâller dışında, satılanın yarar ve hasarı; taşınır satışlarında zilyetliğin devri, taşınmaz satışlarında ise tescil anına kadar satıcıya aittir.*

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.” Bu düzenleme, TBK. m. 136/II'de belirtilen, hasarın geçişini özel olarak ele alan düzenlemelerden birisidir.

Türk Borçlar Kanunu m. 208/I'de düzenlenen “... *satılanın ... hasarı*” kavramından sadece bedel hasarı anlaşılır. Bu yüzden aşağıdaki açıklamalarımız, başka türlü ifade edilmediği takdirde, bedel hasarını ifade etmektedir.

Hasarın geçmesi ile ilgili olarak hukuk sistemlerinde farklı çözümler kabul edilmiştir. Gerçekten de, Roma hukukunda, tabii hukukta ve günümüzdeki hukuk sistemlerinde sözleşmenin yapılması, mülkiyetin

¹⁷ TBK. m. 136/I-II; “*Borcun ifası borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkânsızlaşarsa, borç sona erer. Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde imkânsızlık sebebiyle borçtan kurtulan borçlu, karşı taraftan almış olduğu edimi sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca geri vermekle yükümlü olup, henüz kendisine ifa edilmemiş olan edimi isteme hakkını kaybeder. Kanun veya sözleşmeyle borcun ifasından önce doğan hasarın alacaklıya yükletilmiş olduğu durumlar, bu hükmün dışındadır.*”

¹⁸ **Hager**, Günter: Die Gefahrtragung beim Kauf, Frankfurt am Main 1982, s. 13; **Akıntürk**, s. 37; **Feyzioğlu**, Feyzi Necmeddin: Borçlar Hukuku, İkinci Kısım: Akdin Muhtelif Nevileri (Özel Borç İlişkileri), C. I, 4. Baskı, İstanbul 1980, s. 205.

geçirilmesi ve malın teslim anı olmak üzere farklı zamanlar dikkate alınarak hasarın alacaklıya geçmesinde değişik çözümler benimsenmiştir¹⁹. Bu çözümler ise, hasarın geçmesi konusunda birbirinden farklı sistemlerin ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Bunlardan birisi, sözleşmenin kurulması anından itibaren, hasarın alıcıya geçmesini kabul eden sistemdir. Bu sistemde alacaklının malik olup olmadığına bakılmamaktadır. Sistemi kabul eden ülkeler arasında Şili, Kolombiya Japonya ve İsviçre bulunmaktadır²⁰.

İkinci bir sistem, mülkiyetin geçişi ile birlikte bedel hasarının alıcıya geçmesini kabul etmektedir. Bahsi geçen sistemi kabul eden ülkelere de misal olarak, Fransa, Belçika, İngiltere, İtalya Meksika ve Rusya Federasyonu verilebilir²¹.

Üçüncü sistem olarak, satılanın teslimi ile bedel hasarını alıcıya yükleyen sistemdir. Bu son sisteme misal olarak da Mısır, Arjantin, Çin, Amerika Birleşik Devletleri, Avusturya ve Alman hukuk sistemleri gösterilebilir²².

Türk hukukunda ise, yukarıda kısaca özetlenen üç uygulamadan, 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde, İsviçre Hukuku'nda uygulanan sistem kabul edilmişti. Buna göre, kural olarak sözleşmenin kurulması ile birlikte hasar alacaklıya geçmekte idi. Buna karşılık, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda ise, bu anlayıştan uzaklaşmıştır. Buna göre, satılanın zilyetliğinin devri veya tescil ile bedel hasarının alıcıya yüklenmesi sistemi kabul edilmiştir. Bu farklılık aşağıda ayrıntılı olarak ele alınmıştır.

IV.Hasarın Geçiş Anıyla İlgili Sistematik Açından Yapılan Değişiklikler

Yukarıda da ifade edildiği üzere, 818 sayılı eski Borçlar Kanunu ile 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu arasında, hasarın geçişi konusunda bir yaklaşım farklılığı vardır. Gerçekten de, BK. m. 183/I'de hasar "*akdin in'ikadı anından itibaren, müşteriye intikal eder.*" hükmü kabul edilmiştir. Böylece hasarın hangi anda alıcıya geçeceği hususu düzenlenmiştir. Buna karşılık, TBK. m. 208/I'de "*satılanın yarar ve*

¹⁹ **Mayer-Maly**, s. 138-139.

²⁰ **Filios**, s. 11-12 ve dpn. 15.

²¹ **Filios**, s. 13-14 ve dpn. 18; **Schwarz**, s. 161 – 162 .

²² **Filios**, s. 15-16 ve dpn. 26; **Schwarz**, s. 160 – 162.

hasarı; taşınır satışlarında zilyetliğin devri, taşınmaz satışlarında ise tescil anına kadar satıcıya aittir” düzenlemesine yer verilerek, hasarın hangi ana kadar satıcıya ait olduğu belirtilmiştir²³.

818 sayılı Borçlar Kanunu’nda hasarın geçişi, parça borcu ve cins borcu esas alınarak ikili bir ayırım yapılmak suretiyle düzenlenmişti. Gerçekten de, BK. m. 183/I’de “*Halin icabından veya hususi şartlardan mütevellit istisnaların maadasında, satılan şeyin nefi ve hasarı akdin in’ikadı anından itibaren, müşteriye intikal eder.*” hükmü yer almaktaydı. Böylece söz konusu düzenleme ile parça borcuna yer verilmişti. Her ne kadar hükümde, açıkça parça borcundan bahsedilmemiş olmasına rağmen, doktrinde, maddenin ikinci fıkrasında cins borcu için yapılan açıklamalardan yola çıkılarak, anılan düzenlemenin parça borçları için geçerli olduğu sonucuna ulaşılmaktaydı²⁴. Diğer taraftan BK. m. 183/II’ye göre, “*Bununla beraber yalnız nevan tayin edilmiş olan mebiin ayırt edilmiş olması da lazımdır ve başka bir yere gönderilecek ise bayiin bu maksata mebi üzerinden yedini refetmiş bulunması da şarttır.*” Doktrinde bu hükümden yola çıkılarak, cins borcunda hasarın alıcıya geçişinin düzenlendiği kabul edilmekteydi²⁵.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda, Borçlar Kanunu’ndan farklı olarak, parça borcu – cins borcu ayırımı terkedilmiş²⁶; bunun yerine taşınır satışı – taşınmaz satışı ayırımı esas alınmıştır. Gerçekten de, TBK. m. 208/I’de “*...satılanın yarar ve hasarı; taşınır satışlarında zilyetliğin devri, taşınmaz satışlarında ise tescil anına kadar satıcıya aittir.*” düzenlemesi ile yeni ayırım açıkça ortaya konulmuştur. Yeni Kanunla birlikte taşınır ve taşınmaz satışı ayırımı esas alındığı için, Borçlar Kanundaki bazı düzenlemelere yer verilmemiştir. Meselâ, cins borçlarında hasarın alacaklıya geçmesi için aranan “*ayırt edilmiş olma*”

²³ **Demir**, Mehmet: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun Borçlar Hukuku Alanında Getirdiği Yenilik ve Değişiklikler, Ankara 2012, s. 43.

²⁴ **Akıntürk**, s. 71; **Tandoğan**, s. 109.

²⁵ **Akıntürk**, s. 71; **Tandoğan**, s. 115.

²⁶ **Zevkliler**, Aydın/**Gökyayla**, K. Emre: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 13. Bası, Ankara 2013, s. 51.

ve “*taliki (geciktirici) şart ile yapılan sözleşmelerde temlik edilenin hasarının geçmesi*” ile ilgili kurallar bunlardandır²⁷.

Satış sözleşmesinde hasarın geçişine ilişkin kuralın istisnaları sayılırken, Borçlar Kanunu’nda iki istisnaya yer verilmişti²⁸. Bunlardan birisi, durumun gereğinden doğan istisnalar, diğeri ise sözleşmede kararlaştırılan özel şartlardan doğan istisnalardır²⁹. 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu ile kanundan doğan istisnalar³⁰ da bu iki istisnaya eklenmiştir. Böylece yeni Kanunda hasarın geçişi ile ilgili kuralın istisnası üçe çıkarılmıştır.

V. Hasarın Geçiş Anıyla İlgili Esas Bakımından Yapılan Değişiklikler

A. Genel Olarak

Türk hukukunda, hem eski hem de yeni Borçlar Kanununda hasarın geçişi ile ilgili genel bir düzenleme vardır. Bu düzenlemeye göre, borcun ifası, borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkânsızlaştığı takdirde borç sona erer. Bu halde, tam iki tarafa borç

²⁷ **Özdemir**, Hayrunnisa: Satış Sözleşmesinde Yarar ve Hasarın İntikali, Cevdet Yavuz’a Armağan, İstanbul 2011, s. 373; **Öz**, M. Turgut: Yeni Borçlar Kanununun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler, İstanbul 2011, s. 28; **Demir**, s. 44. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda bunun gerekçesi, “...Tasarıda 818 sayılı Borçlar Kanununda yapılan düzenlemeden farklı olarak, satış sözleşmesinde hasarın, taşınırlarda zilyetliğin devri, taşınmazlarda ise tescil anına kadar satıcıya ait olduğu, istisnasız bir kural haline getirilmiştir. Bu nedenle, 818 sayılı Borçlar Kanununun, çeşit (cins) borçlarında hasarın alıcıya geçmesinin koşullarına ilişkin ikinci fıkrası ile geciktirici koşula bağlı satış sözleşmesinde hasarın alıcıya geçtiği ana ilişkin son fıkra hükümleri, Tasarının 207 nci maddesine alınmamıştır.” şeklinde açıklanmıştır. Bkz. **Adalet Bakanlığı**, s. 287.

²⁸ 818 sayılı Borçlar Kanunu m. 183/I, “*Halin icabından veya hususi şartlardan mütevellit istisnaların maadasında, ...*”

²⁹ **Guhl**, Theo/**Koller**, Alfred: Das Schweizerische Obligationenrecht, Bearbeitet von; Alfred Koller/Anton K. Schnyder/Jean Nicolas Druey, 9. Aufl., Zurich 2000, § 41, N. 128; **Huguenin**, Claire: Obligationenrecht Besonderer Teil, 3. Aufl., Basel 2008, s. 22 vd.

³⁰ 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 208/I, “*Kanundan, durumun gereğinden veya sözleşmede öngörülen özel koşullardan doğan ayrık haller dışında, ...*”

yükleyen sözleşmelerde imkânsızlık sebebiyle borcundan kurtulan borçlu, karşı taraftan almış olduğu edimi sebepsiz zenginleşme hükümleri gereği geri vermekle yükümlü olur. Dolayısıyla borçlu, henüz kendisine ifa edilmemiş olan edimi de isteme hakkını kaybeder. Görüldüğü gibi, Kanun Koyucu, kendisinin sorumlu olmayacağı bir sebeple imkânsızlaşan edim için borçluyu sorumlu tutmazken, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlunun kendisine ifa edilecek edimi talep hakkını yitirdiğini kabul etmiştir. Söz konusu halde, şayet karşı edim elde edilmiş ise, borçlu onu iade ile yükümlüdür. Böylece gerek Borçlar Kanunu'nda gerek Türk Borçlar Kanunu'nda edim ve karşı edim dengesi adaletli bir şekilde kurulmuştur. Ancak hem eski hem de yeni Kanundaki düzenlemede, kanun veya sözleşmeyle borcun ifasından önce doğan hasarın alacaklıya yükletilmiş olduğu durumlar, bu hükmün istisnası olarak kabul edilmiştir³¹.

Satış sözleşmesi yukarıda açıklanan kuralın istisnalarından birini teşkil etmektedir³². Gerçekten de, Borçlar Kanunu'nda "*Halin icabından veya hususi şartlardan mütevellit istisnaların maadasında, satılan şeyin nefi ve hasarı akdin in'ikadı anından itibaren, müşteriye intikal eder.*" düzenlemesine yer verilmiştir (m. 183/I). Bu hükümlerle, aynı Kanun'un 117'nci maddesinin istisnası olarak, aksi kararlaştırılmadığı ve durumun gereği aksinin gerekmediği sürece, satış sözleşmesinin kurulduğu anda hasarın alıcıya geçeceği kabul edilmişti. Bu düzenleme, Borçlar Kanunu'nun kaynağını teşkil eden İsviçre Borçlar Kanunundan (Obligationen Recht - OR) alınmış bir hükümdür. Tarihî sürecine bakıldığında, İsviçre de kanunlaştırma (kodifikation) aşamasında Fransız Medenî Kanunu (Code Civil) ve Alman Medenî Kanunlarının (Bürgerliches Gesetzbuch - BGB) etkisinde kalınmıştır. Bu sebeple İsviçre Borçlar Kanunu'nda ortalama bir yol olarak, mülkiyetin geçişinde Alman Medenî Kanunu'nda kabul edilen sistem, buna karşılık hasarın geçişinde ise Fransız Medenî Kanunu'nda kabul edilen sistem

³¹ 818 sayılı BK. m. 117; "...Kanun veya akit ile borcun ifasından evvel bile vukua gelen zararın, alacaklıya tahmil edilmiş olduğu haller bundan müstesnadır." 6098 sayılı TBK. m. 136; "...Kanun veya sözleşmeyle borcun ifasından önce doğan hasarın alacaklıya yükletilmiş olduğu durumlar, bu hükmün dışındadır."

³² **Honsell**, s. 49; **Akıntürk**, s. 69; **Tandoğan**, s. 108.

benimsenmiştir. Bunun sonucu olarak İsviçre Borçlar Kanunu m. 185’de parça satışlarında, tarafların aksini kararlaştırmaları ve durumun gereği doğan istisnalar dışında, hasarın sözleşmenin kurulması anında alıcıya geçeceği kabul edilmiştir³³. Söz konusu düzenleme Roma Hukukundaki “*Hasar alıcıya aittir (Periculum est emptoris)*” kuralının İsviçre hukukunda kanun metni haline getirilmesidir³⁴.

İsviçre Borçlar Kanununda düzenlenen, 818 sayılı Borçlar Kanunu’na da kaynaklık eden ve yukarıda özetlenen düzenleme, haklı olarak doktrinde ve yargı kararlarında eleştirilmiştir. Eleştiriler daha çok, sözleşme kurulduktan fakat henüz ifa gerçekleşmeden önce hasarın alıcıya geçmesinin, hukuk sistemine aykırı olacağı noktasındadır. Çünkü bu durum, toplumun adalet duygusuna ve hayatın olağan akışına uygun olmamaktadır. Gerçekten de, söz konusu halde satıcının satış konusunu koruma ve ona özen gösterme hususundaki çabasını azaltması ihtimal dâhilindedir. Hâlbuki, satılan şey parça borcu olsa bile, teslimden önce hasarın alıcıya ait olması adalet duygusuna aykırıdır. Zira söz konusu halde, alıcı, satılana zilyet olmayıp, dolayısıyla hasarı önleyebilme imkânı bulunmamasına rağmen, hasara katlanmak zorunda kalmaktadır. Bu sonuç ise, edimler arasındaki değişim fikrine de aykırılık teşkil eder³⁵. Bu sebeple doktrinde, Kanundaki bu hükmün dar, istisnalarının ise geniş yorumlanması gerektiği benimsenmiştir³⁶.

³³ **Guhl/Koller**, § 41, N. 127; **Honsell**, s. 50.

³⁴ **Sieber**, s. 108; **Huguenin**, s. 21; **Söğütlü Erişgin**, s. 120 vd.; **Atamer**, Yeşim M.: Satım Sözleşmesinde Hasarın İntikal Anı, Hukuk Tarihi, Karşılaştırmalı Hukuk ve Milletlerarası Hukuk Açısından BK m. 183’ün Farklı Okunması Gereği, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 135 vd.

³⁵ Eleştiriler için bkz. **Honsell**, s. 50; **Huguenin**, s. 21; **Koller**, Alfred: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1 – 529 OR, Hrsg. Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Wiegand, Wolfgang, 4. Aufl., Basler 2007, s. 1101; **Akıntürk**, s. 103 vd.; **Tandoğan**, s. 111; **Ansay**, Sabri Şakir: Menkul Mallarda Mülkiyetin ve Hasarın İntikali Hakkında Muhtelif Sistemler Arasında Bir Mukayese, Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 1953, C. X, S. 1 – 4, s. 455; **Atamer**, s. 145 vd.

³⁶ **Yavuz/Acar/Özen**, s. 39; **Altay**, s. 114, 123; **Atamer**, s. 148; **Honsell**, s. 51-52; **Huguenin**, s. 21; **Koller**, Alfred: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529, Hrsg. Honsell, Heinrich/Vogt,

Türk Borçlar Kanunu hazırlanırken yukarıda bahsedilen eleştiriler dikkate alınmıştır. Bunun sonucu olarak TBK. m. 208 hükmü ile satış sözleşmesinde hasarın geçiş anı değiştirilmiştir. Yeni düzenlemeye göre taşınır satışlarında hasarın, zilyetliğin devri ile birlikte alıcıya geçeceği kabul edilmiştir. Söz konusu değişiklikle ilgili olarak madde gerekçesine bakıldığında, “818 sayılı Borçlar Kanununun 183 üncü maddesinin birinci fıkrasında, *parça borçlarında yarar ve hasarın, kural olarak sözleşmenin kurulduğu anda alıcıya geçtiği kabul edilmektedir. Türk-İsviçre Borçlar Kanununda, satılanın mülkiyetinin, borçlandırıcı işlem niteliğindeki satış sözleşmesinin kurulduğu anda değil, tasarruf işlemi niteliğindeki zilyetliğin devri veya tescil işleminin gerçekleştiği anda alıcıya geçtiği hâlde, onun, henüz malik olmadığı bir malın hasarına katlanmak ve bedeli ödemek zorunda bırakılması, hakkaniyete aykırı görülerek, öğretilde haklı olarak eleştirilmektedir. Uluslararası taşınır malların satışına ilişkin sözleşmelere uygulanacak kurallarda da, hasarın teslim anında alıcıya geçmesi kabul edilmiş bulunmaktadır. Bu nedenle, Tasarıda 818 sayılı Borçlar Kanununda yapılan düzenlemeden farklı olarak, satış sözleşmesinde hasarın, taşınırlarda zilyetliğin devri, taşınmazlarda ise tescil anına kadar satıcıya ait olduğu, istisnasız bir kural hâline getirilmiştir.*” açıklamasına yer verilmiştir³⁷.

Yukarıda metni verilen madde gerekçesinde de görüldüğü üzere, hasarı geçişinde CISG’in³⁸ ilgili hükümlerine atıf yapılmaktadır. Gerekçede bahsedilen hüküm, CISG m. 69 düzenlemesidir³⁹. Bu madde

Nedim Peter/Wiegand, Wolfgang, 2. Aufl. Basel 1996, Art 185, N. 35; **Sieber**, s. 114.

³⁷ Bkz. **Adalet Bakanlığı**, s. 287.

³⁸ Milletlerarası Mal Satışına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (United Nations Convention on Contracts For The International Sale of Goods). Söz konusu Anlaşma bu çalışmada CISG olarak anılacaktır.

³⁹ CISG’da bedel hasarı ile ilgili olarak 69’uncu maddeden başka üç madde daha vardır. Bunlar 66, 67 ve 68’inci maddelerdir. Bu maddelerden ilkindeki (66’ncı maddedeki) düzenlemeye göre, “*hasarın alıcıya geçmesinden sonra malların zayi olması veya zarar görmesi, alıcıyı semeni ödeme yükümlülüğünden kurtarmaz, meğerki, ziya ve zarar satıcının bir eyleminden veya eylemsizliğinden kaynaklansın.*” Yine 67’inci maddede

CISG içerisinde “*hasarın intikali*” başlıklı dördüncü bölümde yer almaktadır. Anılan maddede, ifa yerinden başka bir yere gönderilecek şeylerin satışında, yani mesafe satışında ve nakil halindeki mal satışında hasarın geçmesi kapsamına girmeyen hallerde hasarın nasıl geçeceği düzenlenmiştir. Buna göre mesafe satışlarında hasar, alıcının malları teslim aldığı anda veya malları zamanında teslim almaması halinde, malın tasarrufuna hazır bulundurulduğu ve teslim almayarak sözleşmeye aykırı bir davranışta bulunduğu andan itibaren alıcıya geçer.

TBK. m. 208 gerekçesinde hasarın geçişi ile ilgili olarak atıf yapılan diğer bir düzenleme Alman Medenî Kanunudur. Gerçekten de, BGB § 446’ya göre, satılan eşyanın teslimi ile birlikte bunun beklenmedik halden ortadan kalkması veya kötüleşmesi tehlikesi yani hasarı, alıcıya intikal eder⁴⁰. Teslim anından itibaren alıcı yararlarına hak kazanır ve eşyanın masraflarını taşır. Alıcının, teslim almada temerrüdü hali de teslim ile aynı sonucu doğurur.

B. Taşınır Satışında Hasarın Geçiş Anı

Daha önce de ifade edildiği üzere, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, Borçlar Kanunu’ndan farklı olarak, parça borcu – cins borcu ayırımını ortadan kaldırmış, bunun yerine taşınır satışı – taşınmaz satışı ayırımını esas almıştır. Bu yeni düzenlemeye göre, parça ve cins borcu ayırımını yapılmaksızın bütün taşınır satışlarında⁴¹ hasar, zilyetliğin devrine kadar satıcının üzerinde kalır; bu andan itibaren alıcıya geçer.

mesafe satışı ile ilgili hasarı düzenlemektedir. Son olarak 68’inci maddede ise nakil halindeki malların satışında hasarın geçişi düzenlenmiştir

⁴⁰ **Grunewald**, Barbara: Kaufrecht, Tübingen 2006, s. 126; **Oetker**, Hartmut/**Maultzsch**, Felix: Vertragliche Schuldverhältnisse, 2. Aufl. Heidelberg 2004, s. 156; **Beckmann**, Roland Michael: J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Eckpfeiler des Zivilrechts, Berlin 2008, s. 615 - 616. Mülkiyeti muhafaza kaydıyla satışta, mülkiyet karşı tarafa devredilmeksizin satış konusu eşya karşı tarafa teslim edildiğinde de hasar alacaklıya geçer. Bu tür satımda her ne kadar malik olarak satıcı görünmesine rağmen, satım konusu alıcıya teslim edildiği için, başka bir anlatımla satım konusu bakımından alıcı fiili egemenliği ele geçirdiği için, hasar teslimle birlikte alıcıya geçer. Bkz. **Filios**, s. 90; **Oetker/Maultzsch**, s. 156.

⁴¹ Kanundaki “*taşınır satışı*” kavramının doğru olmadığı, bunun “*taşınır eşya satışı*” şeklinde anlaşılması gerektiği hakkında bkz. **Gümüş**, s. 38.

Eski metinde hasarın geçmesi için sözleşmenin kurulması yeterli kabul edilmiş iken, yeni düzenleme ile satış konusu eşyanın zilyetliğinin karşı tarafa geçirilmesi gerekmektedir. Bahis konusu düzenleme, eski Kanundaki eleştirilerin karşılanması ve adalet duygusuna aykırılığın ortadan kaldırılması için yapılmıştır. Yeni düzenlemedeki taşınırlarda zilyetliğin devriyle malik olan alıcının hasara katlanması gerekliliği, “*hasara malik katlanır (casum sentit dominus)*” ilkesinin kanun metnine alınmış bir ifadesidir⁴².

Yukarıda da ifade edildiği üzere, CISG ve Alman Medenî Kanununda, satış sözleşmesinde hasar, teslimle birlikte alıcıya geçmektedir. Gerçi hem CISG m. 69, hem de BGB § 446'nın 1'inci cümlesinde, hasarın alıcıya geçmesi için satış konusunun teslim edilmiş olması aranmakla birlikte, doktrinde yapılan açıklamalarda teslim kavramının geniş yorumlandığı, alıcıya dolaylı zilyetliğin sağlandığı durumlarda da hasarın geçmesi bakımından, teslim şartının gerçekleşmiş olduğu kabul edilmektedir⁴³. Türk Kanun Koyucusu ise taşınır satışında hasarın geçmesini, zilyetliğin devrine bağlamıştır. Kanun Koyucu, taşınır mülkiyetinin teslim dışında zilyetliğin devrine ilişkin diğer yollarla da geçeceği hususunu dikkate alarak, hasarın intikalini teslimle sınırlandırmamıştır⁴⁴. Çünkü, bir eşya üzerindeki zilyetliğin devri için o şeyin teslimi⁴⁵, devir yollarından sadece biridir. Zilyetliğin teslimsiz

⁴² **Yavuz/Acar/Özen**, s.34

⁴³ **Grunewald**, s. 126 – 127; **Beckmann**, s. 616; **Oetker/Maultzsch**, s. 157; **Westermann**, Harm Peter: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB Band 3: Schuldrecht • Besonderer Teil I §§ 433-610, Finanzierungleasing, HeizkostenV, BetriebskostenV, CISG, 4. Aufl., München 2004, s. 290.

⁴⁴ **Özdemir**, 368; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 38, dnp. 33.

⁴⁵ Zilyetliğin teslim yoluyla devri üç farklı şekilde olabilir. Bunlar; eşyanın kendisinin karşı tarafa teslim edilmesiyle olabileceği gibi, araçların teslimi ile de olabilir. Bunlardan başka, eşya üzerinde fiili hâkimiyet kurmaya yeten anlaşma ile de zilyetlik devredilebilir. Geniş bilgi için bkz. **Ünal**, Mehmet/**Başpınar**, Veysel: Şekli Eşya Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2012, s. 175 vd.; **Oğuzman**, M. Kemal/**Seliçi**, Özer/ **Oktay-Özdemir**, Saibe: Eşya Hukuku, 15. Bası, İstanbul 2012, s. 73 vd.; **Ayan**, Mehmet: Eşya Hukuku I, Zilyetlik ve Tapu Sicili, Konya 2010, s. 61 vd.

devri de mümkündür. Bu hallerde eşya doğrudan veya dolaylı olarak teslim edilmemesine rağmen, zilyetlik karşı tarafa geçmektedir. Zilyetliğin teslimsiz devredildiği hallere, zilyetliğin hükmen teslimi veya havale ya da emtiayı temsil eden senetlerin teslimi ile devredilmesi misal olarak gösterilebilir⁴⁶.

C. Taşınmaz Satışında Hasarın Geçiş Anı

Taşınmaz satışı halinde hasar, 6098 sayılı Kanunun 208'inci maddesine göre, kural olarak tescil anına kadar satıcıya ait olup, tescilden sonra alıcıya geçer. Görüldüğü üzere, taşınmaz satışlarında hasarın geçişi, taşınır satışına paralel bir şekilde düzenlenmiştir. Bununla birlikte, taşınmaz satışlarında hasarın geçmesi ile ilgili tek düzenleme, anılan madde hükmü değildir. Gerçekten de, taşınmaz satışlarında hasarı geçişi ile ilgili olarak, söz konusu madde yanında m. 245 hükmü de mevcuttur. Söz konusu düzenlemeye göre, taşınmaz satışında sözleşme ile satılanın tescilden sonra alıcıya teslim edileceği kabul edilmiş ise, hasar alıcıya fiilen teslimle birlikte geçer. Burada TBK. m. 208'de öngörülen, kanundan kaynaklanan istisnaî hallerden biri söz konusudur. Meselâ, bir konut satışında alıcı adına tescil yapılmış olmasına rağmen, satıcının kendisine yeni bir konut bulması için, altı ay sonra bu konutun teslim edileceği sözleşmeyle kararlaştırılmıştır. Bu süre içerisinde satıcının kusuru olmaksızın satış konusu konut yanarak kül olduğu takdirde, teslim henüz gerçekleşmediği için hasara alıcı değil, bilâkis satıcı katlanır.

⁴⁶ Kısa elden teslim, bir eşyayı fer'i zilyet veya zilyet yardımcısı olarak elinde tutan kişinin, bir hukuki işlem ile zilyetlik sıfatının değişmesine denir. Kısa elden teslimin zilyetliğin teslimsiz devir yollarından birisi olduğu konusu tartışmalıdır. Ünal/Başpınar kısa elden teslimi, fiilî hakimiyet kurmaya yarayan anlaşma ile teslimin özel bir türünü oluşturduğunu belirtmesine karşılık; Reisoğlu, Ertaş ve Ayan, kısa elden teslimi, zilyetliğin teslimsiz kazanılması başlığı altında incelemişlerdir. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir ise zilyetliğin devrinin çeşitli şekilleri başlığı altında kısa elden teslimde değinmiş, zilyetliğin devri şekillerini bu açıklamadan sonra gruplandırmıştır. Bkz. **Ünal/Başpınar**, s. 150; **Reisoğlu**, Safa: Türk Eşya Hukuku, C. 1, Giriş – Zilyetlik – Tapu Sicili, Ankara 1980, s. 38; **Ertaş**, Şeref: Eşya Hukuku, Ankara 2005, s. 85; **Ayan**, s. 65; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s.71.

Taşınmazlarda hasarın tescil ile alıcıya geçeceği kuralı Borçlar Kanunu'nda da mevcuttu⁴⁷. Ancak yeni Kanun'da önceki düzenlemeden farkı olarak, taşınmazın tescilden sonraki bir tarihte teslim edileceğine dair akdedilen sözleşmenin geçerli olabilmesi için yazılı şekilde yapılmasının gerekli olduğu belirtilmiştir (TBK. m. 245/II). Bu sebeple, anılan sözleşme yazılı şekilde yapılmazsa, kesin hükümsüzlükle sakattır (TBK. m. 27).

Taşınmaz satışında, tescilden sonraki bir tarihte teslimin gerçekleşeceğine dair yazılı bir sözleşme yapıldığında, hasarın alacaklıya ne zaman geçeceği düzenlenmiş olmakla birlikte; sözleşmeyle tescilden önceki bir tarihte teslimin kararlaştırılmış olması halinde hasarın hangi anda alıcıya geçeceği hükme bağlanmamıştır. Böyle bir durumda tarafların, hasarın tescilden önceki teslim tarihinde alıcıya geçeceğini örtülü olarak kararlaştırdıkları kabul edilebilir. Çünkü, söz konusu halde, TBK. m. 208/I'de yer alan "... *durumun gereği*..."inden doğan bir istisnanın bulunduğu doktrinde kabul edilmektedir⁴⁸.

D. Özel Durumlar

1) Alıcının Temerrüdü

Türk Borçlar Kanunu'nun satış sözleşmesinde hasarın geçmesi anına ilişkin yapılan yeniliklerinden bir diğeri, alıcının temerrüdü ile ilgili yapılan düzenlemedir. Söz konusu düzenlemede, alıcının satılanın zilyetliğini devralmada temerrüde düşmesi durumunda, zilyetliğin devri gerçekleşmişçesine, satılanın hasarının alıcıya geçeceği belirtilmiştir (TBK. m. 208/II). Bu düzenleme, hasarın geçişi ile ilgili düzenlemeye kaynaklık eden BGB § 446'nın üçüncü cümlesinden alınmıştır. Buna göre, haklı bir sebep olmaksızın taşınırın zilyetliğini devralmaktan kaçınan alıcının temerrüde düşmesi, hasarın alıcıya geçmesi için yeterlidir⁴⁹. Ancak alıcının, zilyetliğin devrini kabul etmemekte haklı bir

⁴⁷ 818 sayılı Borçlar Kanunu m. 216; "*Satılanın alıcı tarafından kabzedilmesi için mukavele ile bir müddet tayin edildiği halde onun nefi ve hasarı alıcıya intikal etmemesi asıldır.*"

⁴⁸ **Çetiner**, Bilgehan: Yeni Türk Borçlar Kanunu'nda Yarar ve Hasarın İntikali ile Satıcının Ayıptan Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Y. 2009, C. LXVII, S. 1-2, s. 101.

⁴⁹ **Beckmann**, s. 616; **Grunewald**, s. 127; **Oetker/Maultzsch**, s. 158.

sebebi varsa, söz konusu hüküm uygulanmaz. Meselâ, satış konusu şeyin ayıplı olmasında durum böyledir. Çünkü bahsedilen halde, ortada usulüne uygun bir ifa teklifi bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu olayda alıcının temerrüdünün şartları gerçekleşmediğinden, hasar da alıcıya geçmez⁵⁰.

Alıcı, satış sözleşmesinde temerrüde düştüğü takdirde, hem edim hasarına hem de bedel hasarına katlanır. Başka bir deyişle temerrüde düşen alıcı, satılan daha satıcıda iken onun sorumlu olmadığı bir sebepten dolayı hasara uğraması halinde, hem karşı edimden yoksun kalmak, hem de –karşı edimi elde edememesine rağmen-, bedeli ödemek zorunda kalır⁵¹.

2) Mesafe Satışı

Satılanın kanunî ifa yerinden (genellikle satıcının yerleşim yeri veya işyerinden), satıcı tarafından yan borç olarak, başka bir yere gönderilmesinin kararlaştırıldığı hallerde mesafe satışından bahsedilir⁵². Mesafe satışlarında hasarın geçiş anını düzenleyen BK. m. 183/II'de, hasarın alıcıya geçmesi için satılan çeşitten alıcıya teslim edilmek üzere ayrılan malların bağımsız bir taşıyıcıya teslim edilmesi anı esas alınmıştır.

Yapılan yeni düzenlemede ise, satıcı alıcının isteği üzerine satılanı ifa yerinden başka bir yere gönderirse, hasarın, satılanın taşıyıcıya teslim edildiği anda⁵³ alıcıya geçeceği kabul edilmiştir⁵⁴. Hasarla ilgili düzenlemelere kaynaklık eden BGB'de de aynı hüküm § 447'de düzenlenmiştir. Bununla ilgili benzer bir düzenleme de CISG 67'nci maddesinde yer almaktadır⁵⁵. TBK. m. 208/III hükmü

⁵⁰ **Grunewald**, s. 127; **Oetker/Maultzsch**, s. 158.

⁵¹ **Çetiner**, s. 101.

⁵² **Atamer**, s. 141.

⁵³ Mesafe satışlarında zilyetliğin devri değil, teslim kavramı esas alınmıştır (**Zevkliler/Gökyayla**, s. 44 – 45). Alman Medenî Kanunu'nda (BGB) da hasar nakliyeciyeye teslimle, başka bir ifadeyle malın alıcıya nakledilmesi amacıyla nakliyeciyeye fiziksel olarak teslimiyle birlikte alıcıya geçer. Bkz. **Grunewald**, s. 128.

⁵⁴ **Aral/Ayrancı**, s. 77; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 38; **Grunewald**, s. 128; **Fikentscher/Heinemann**, s. 401.

⁵⁵ CISG m. 67'deki düzenlemede, “*Satım sözleşmesi malların taşınmasını gerektiriyorsa ve satıcı malları belirli bir yerde vermeye mecbur değilse hasar, malların, alıcıya ulaştırılması amacıyla, satım sözleşmesine uygun*

uyarınca satıcı, alıcının isteği üzerine satılanı ifa yerinden başka bir yere gönderdiği takdirde, yarar ve hasar, satılanın taşıyıcıya teslim edildiği anda alıcıya geçer.

Türk Borçlar Kanunu'nun 208/III'üncü maddesinin gerekçesinde, bu hükmün eski Borçlar Kanunu'nda bulunmayan yeni bir düzenleme olduğu belirtilmiştir. Yukarıdaki açıklamadan da görüleceği üzere, 6098 sayılı TBK. m. 208/III, 818 sayılı Kanunun 183/II'üncü maddesinin karşılığını oluşturmaktadır. Başka bir deyişle, sözkonusu hüküm bütünüyle yeni bir düzenleme değildir. Bununla birlikte, hükümde yapılan değişiklik, önceki Kanundaki düzenlemenin sadece kelimelerinin arılaştırılması da değildir. Türk Borçlar Kanunu'ndaki düzenlemeyle, mesafe satışı için geçerli olacak kural, önceden sadece çeşit borçları için geçerliyken⁵⁶; yeni metin, hem çeşit hem de parça borçları bakımından uygulanacak genel bir kural haline getirilmiştir⁵⁷. Ayrıca, önceki Kanunla yeni Kanundaki düzenlemeler, madde metnine “*alıcının isteği üzerine*” ifadesinin eklenmiş olması bakımından da farklılık arz etmektedir. Bu ifade, Türk Borçlar Kanunu'na, BGB § 447'nin birinci fıkrasındaki düzenleme emsal alınarak eklenmiştir. Anılan ifade ile anlatılmak istenen, satılanın gönderilmesinin, ancak alıcının isteği üzerine yapılması halinde, hasarın teslimle birlikte alıcıya geçeceği⁵⁸. Bu sebeple, alıcının isteği olmadan, fakat alıcının yararına olarak, satış

*olarak ilk taşıyıcıya verilmesi ile alıcıya geçer. Satıcının malları belirli bir yerde taşıyıcıya ermesi gerekiyorsa malların o yerde taşıyıcıya verilmesine kadar hasar alıcıya geçmez...” düzenlemesine yer verilmiştir. 68'inci maddesinde ise, nakil halindeki malların satışında hasarın geçişi düzenlenmiştir. Sözkonusu maddeye göre; “*Taşıma halindeyken satılan mallara ilişkin hasar, satım sözleşmesinin kurulduğu andan itibaren alıcıya geçer. Ancak koşulların haklı göstermesi durumunda, taşıma sözleşmesine ilişkin belgeleri düzenleyen taşıyıcıya malların verilmesi anında hasar alıcı tarafından üstlenilir. Buna karşılık satım sözleşmesinin akdi anında malın zayi olduğunu veya zarar gördüğünü satıcının bildiği veya bilmesi gerektiği hallerde bu bilgiyi alıcıya açıklamamışsa ziya veya zarar rizikosunu satıcı taşır.*”*

⁵⁶ **Atamer**, s. 151; **Altay**, s. 133.

⁵⁷ **Yavuz/Acar/Özen**, s. 38.

⁵⁸ **Grunewald**, s. 128; **Oetker/Maultzsch**, s. 161.

konusunun gönderilmesi halinde, hasır alıcıya geçmez⁵⁹. Söz konusu hükmün, dürüstlük kuralı yoluyla genişletilmesi de mümkün değildir⁶⁰.

Satıcının kendisi veya ifa yardımcısı vasıtasıyla satılanı alıcıya teslim etmesi halinde, bir mesafe satımı söz konusu olmayacağından, bedel hasarı, TBK. m. 208/III uyarınca alacaklıya geçmez; genel kural uygulanır⁶¹.

E. Kuralın İstisnaları

Türk Borçlar Kanunu'nda, satış sözleşmesinde hasarın geçişini düzenleyen 208'inci maddesinin 1'inci fıkrası emredici nitelikte olmayıp, aksi her zaman kararlaştırılabilir. Dolayısıyla satış konusu eşyanın zilyetliğinin geçirilmesi anında hasarın geçmeyeceği bazı haller vardır. Yukarıda da belirtildiği üzere bu haller Borçlar Kanununda iki adet olarak açıklanmıştır. Bunlar, “sözleşmeden doğan istisnalar” ve “halin icabından doğan istisnalar”dı⁶². Hâlbuki, yeni düzenleme ile istisnalar üçe çıkarılmıştır. Zira, önceki Kanunda yer alan istisnalara, “kanundan doğan istisnalar” da eklenmiştir.

Esas kuralın istisnasını oluşturan hallerden birisi, durumun gereğinden doğan istisnalardır⁶³. Bunlar kanunda tanımlanmamış ve ne oldukları belirtilmemiştir⁶⁴. Bununla birlikte, sözleşmede hüküm bulunmamasına rağmen, hasara satıcının katlanması haklı gösteren özel durumlar buraya dâhildir. Meselâ, satılanın tesliminin satıcı yararına geciktirilmesi, aynı şeyin birden fazla kişiye satılması halinde ve satıcının seçim hakkına sahip olduğu seçimlik borçlarda, henüz seçim yapılmadan

⁵⁹ Grunewald, s. 128.

⁶⁰ Çetiner, s. 103.

⁶¹ Gümüş, s. 42.

⁶² Akıntürk, s. 145 vd.; Tandoğan, s. 111 – 112; Atamer, s. 143.

⁶³ Tandoğan, s.112; Honsell, s. 49; Schönle, Art. 185, N. 64; Aral/Ayrancı, s. 76; Yavuz/Acar/Özen, s. 40.

⁶⁴ Akıntürk halin icabı kavramından ne anlaşılması gerektiğini anlatırken, Kanun Koyucunun söz konusu maddeye halin icabı ibaresini hangi gaye ile eklediğinin göz önünde tutulması gerektiğini belirtmektedir. Daha sonrada Kanun Koyucuyu sevk eden sebep olarak, “hasar alıcıya aittir” kuralının her halükarda uygulanmasının hakkaniyete aykırı sonuçlarını önlemek olduğunu ifade etmektedir. Bkz. Akıntürk, s. 145 vd. Benzer açıklamalar için bkz. Atamer, s. 143.

edimlerin birinin hasara uğraması durumu gerçekleşmişse ve benzeri hallerde zarara satıcı katlanır⁶⁵.

Hasarın alıcıya geçmesi konusundaki kuralın istisnalarından ikincisi, sözleşmeden kaynaklanır⁶⁶. Sözleşmeden doğan istisnalar denilince, tarafların, kuralın aksine olarak satış sözleşmesinde kararlaştırdıkları haller anlaşılır. Meselâ, taraflarca hasarın sözleşmenin kurulması ile birlikte alıcıya geçeceği kararlaştırılmış olabilir. Böyle bir halde satış konusu eşyanın zilyetliği henüz alıcıya geçmeden bir hasar meydana geldiği takdirde, bundan alıcı sorumlu olur. Yine, deniz aşırı satışlarda, satış konusunun teslim edilinceye kadar hasara satıcının katlanmasının kararlaştırılması, sözleşmeden doğan istisnaya misal olarak gösterilebilir. Buna göre durumun gereğinden doğan hallerde veya tarafların kanun hükmünün aksini kararlaştırdığının kabulünü gerektiren hallerde hasara satıcı katlanır.

TBK. m. 208 ile yeni eklenen istisna ise, kanundan doğan istisnalardır. Buna misal vermek gerekirse, yeni Kanun'un 208/II'inci maddesinde düzenlenen "*Taşınır satışlarında, alıcının satılanın zilyetliğini devralmada temerrüde düşmesi durumunda zilyetliğin devri gerçekleşmişçesine satılanın yarar ve hasarı alıcıya geçer.*" hükmü gösterilebilir. Bu yeni düzenleme ile teslim veya tescil olmaksızın, temerrüdü sebebiyle kanundan dolayı hasar alıcıya geçmektedir. Yine, mesafe satımında satım konusunun bağımsız taşıyıcıya teslim edilmesi ile birlikte alıcı, satım konusunun zilyetliğini elde etmeden önce, hasarı taşımaya başlamaktadır. Bu kural da, hasarın teslimle geçeceği genel kuralının bir istisnasını oluşturmaktadır.

SONUÇ

Hasarı sözleşmenin kurulması ile birlikte alıcıya yükleyen "hasara alıcı katlanır (periculum est emptoris)" kuralı, Roma Hukukundan gelen, İsviçre Hukukunda, Fransız ve Alman hukukları arasında orta yolu bulma amacıyla yapılan bir düzenlemedir. Söz konusu düzenleme, doktrin ile uygulamada adil olmadığı yönünde eleştirilmiştir.

⁶⁵ **Atamer**, s. 142 – 143.

⁶⁶ **Schönle**, Art. 185, N. 69; **Giger**, Art. 185, N. 81; **Atamer**, s. 144 – 145; **Aral/Ayrancı**, s. 76; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 40.

Bunun sonucu olarak, satış sözleşmesinde hasarın geçmesi, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda, 818 sayılı eski Borçlar Kanunu'ndan farklı bir şekilde düzenleme konusu yapılmıştır. Düzenleme yapılırken önceki hükme yöneltilen eleştiriler göz önünde bulundurulmuştur. Hasarı malın zilyetliğinin devri anından itibaren alıcıya yükleyen yeni anlayış, sözleşmelerde karşılıklılık (synallagma) ilkesine de uygun düşmektedir. Yeni düzenleme ile birlikte İsviçre Borçlar Kanunundaki düzenlemeden ayrılmış, Alman Medenî Kanunundaki sisteme uygun bir düzenleme yapılmıştır. Bu sonuç tarafların menfaatine daha uygun düşmektedir.

KAYNAKLAR

Adalet Bakanlığı: Borçlar Kanunundan Türk Borçlar Kanununa, Ankara 2011.

Akıntürk, Turgut: Satım Akdinde Hasarın İntikali, Ankara 1966.

Altay, Sabah: Satım Sözleşmesinde Hasarın Geçışı, İstanbul 2008.

Ansay, Sabri Şakir: Menkul Mallarda Mülkiyetin ve Hasarın İntikali Hakkında Muhtelif Sistemler Arasında Bir Mukayese, Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 1953, C. X, S. 1 – 4, s. 450 – 456. (<http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-1953-10-01-04/AUHF-1953-10-01-04-Ansay.pdf>)

Aral, Fahrettin/**Ayrancı,** Hasan: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 9. Baskı, Ankara 2012.

Atamer, Yeşim M.: Satım Sözleşmesinde Hasarın İntikal Anı, Hukuk Tarihi, Karşılaştırmalı Hukuk ve Milletlerarası Hukuk Açısından BK m. 183'ün Farklı Okunması Gereği, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 131 – 168.

Ayan, Mehmet: Eşya Hukuku I, Zilyetlik ve Tapu Sicili, Konya 2010.

Beckmann, Roland Michael: J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Eckpfeiler des Zivilrechts, Berlin 2008.

Çetiner, Bilgehan: Yeni Türk Borçlar Kanunu'nda Yarar ve Hasarın İntikali ile Satıcının Ayıptan Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Y. 2009, C. LXVII, S. 1-2, s. 97 –113.

Demir, Mehmet: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun Borçlar Hukuku Alanında Getirdiği Yenilik ve Değişiklikler, Ankara 2012.

Erdoğan, Belgin: Roma Borçlar Hukuku Dersleri, 2. Baskı, İstanbul 2006

Ertaş, Şeref: Eşya Hukuku, Ankara 2005.

Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin: Borçlar Hukuku, İkinci Kısım: Akdin Muhtelif Nevileri (Özel Borç İlişkileri), C. I, 4. Baskı, İstanbul 1980.

Fikentscher, Wolfgang/**Heinemann**, Andreas:

Schuldrecht, 10. Aufl., Berlin 2006.

Filios, Paul: Die Gefahrtragung beim Kauf im Rahmen des Synallagmas, Berlin 1964.

Giger, Hans: Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Bd.VI,Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 1. Teilband, Kauf und Tausch- Die Schenkung, 1. Abschnitt, Allgemeine Bestimmungen - Der Fahrniskauf, Art. 184-215 OR, Bern 1979.

Grunewald, Barbara: Kaufrecht, Tübingen 2006.

Guhl, Theo/**Koller**, Alfred: Das Schweizerische Obligationenrecht, Bearbeitet von; Alfred Koller/Anton K. Schnyder/Jean Nicolas Druey, 9. Aufl., Zurich 2000.

Gümüş, Mustafa Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C.I, İstanbul 2012.

Hager, Günter: Die Gefahrtragung beim Kauf, Frankfurt am Main 1982.

Honsell, Heinrich: Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, 8. Aufl., Bern 2006.

Huguenin, Claire: Obligationenrecht Besonderer Teil, 3. Aufl., Basel 2008.

Koller, Alfred: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1 – 529 OR, Hrsg. Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Wiegand, Wolfgang, 4. Aufl., Basler 2007. (Koller, Basler)

Koller, Alfred: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529, Hrsg. Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Wiegand, Wolfgang, 2. Aufl. Basel 1996.

Mayer-Maly, Theo: Römische Recht, 2. Aufl., Wien-New York 1999.

Oetker, Hartmut/ **Maultzsch**, Felix: Vertragliche Schuldverhältnisse, 2. Aufl. Heidelberg 2004.

Oğuzman, M. Kemal/**Seliçi**, Özer/ **Oktay-Özdemir**, Saibe:Eşya Hukuku, 15. Bası, İstanbul 2012.

Öz, M. Turgut: Yeni Borçlar Kanununun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler, İstanbul 2011.

Özdemir, Hayrunnisa: Satış Sözleşmesinde Yarar ve Hasarın İntikali, Cevdet Yavuz'a Armağan, İstanbul 2011, s. 359 – 379.

Reisoğlu, Safa: Türk Eşya Hukuku, C. 1, Giriş – Zilyetlik – Tapu Sicili, Ankara 1980.

Schwarz, Andreas B.: (Çev. Kudret Ayiter) :Satış Aktinde Hasarın İntikali, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 1947, C. 4, S. 1 – 4, s. 159 – 167.

Sieber, Liliane: Gefahrtragung im Kaufrecht, Zürich 1993.

Söğütlü Erişgin, Özlem: Tarihsel ve Dogmatik Açından Periculum Est Emptoris (Hasar Alıcıya Aittir), Ankara 2010.

Tandoğan, Haluk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. I/1, 5. Basım, Ankara 1988.

Ünal, Mehmet/**Başpınar**, Veysel: Şekli Eşya Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2012.

Westermann, Harm Peter: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB Band 3: Schuldrecht Besonderer Teil I §§ 433-610, Finanzierungsleasing, HeizkostenV, BetriebskostenV, CISG, 4. Aufl., München 2004.

Yavuz, Cevdet/**Acar**, Faruk/**Özen**, Burak: Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 10. Baskı, İstanbul 2012.

Zevkliler, Aydın/**Gökyayla**, K. Emre: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 13. Bası, Ankara 2013.