

YENİ TÜRK BORÇLAR KANUNU'NDA YARAR VE HASARIN İNTİKALİ İLE SATICININ AYIPTAN SORUMLULUĞUNA İLİŞKİN HÜKÜMLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Yard. Doç. Dr. Bilgehan Çetiner*

I. GİRİŞ

Yeni Borçlar Kanunu'nda¹ hasarın intikali ve satıcının ayıptan sorumluluğunu düzenleyen hükümlerde bir takım değişiklikler ve yenilikler yapılmakla birlikte, kanunun, gerek bu hükümleri ve gerekse diğer hükümleri göz önüne alındığında, bir reform niteliği taşıdığı söylenemez. Oysaki Avrupa Hukukları ve uluslararası hukuktaki gelişmeler ile AB Hukuku çerçevesinde yapılan düzenlemeler dikkate alındığında, bu alanda önemli reformlar yapıldığı görülmektedir. Bu bağlamda örneğin, İskandinav ülkelerinden Norveç 1989, İsveç 1990 ve Finlandiya 1988 yıllarında satım kanunlarını; Hollanda 1992 yılında medeni kanununu ve nihayet Almanya 2002 yılında Medeni Kanunu'nu (BGB) tamamen modernize etmişlerdir. Bütün bu reform hareketlerinin ortak noktası, Viyana Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması² (CISG) hükümleri esas alınarak, sözleşme ihlallerinin hukuki sonuçlarının tamamının ortak bir sistemde ve genel hükümler içerisinde düzenlenmeleridir. Bu sistemin hem pratik hem de doktrinsel çok önemli faydaları bulunduğu bir gerçektir. Zira sözleşmeye aykırılık halleri ve hukuki sonuçları arasında yapılan katı ayırım nedeniyle yaşanan zorluklar ve ortaya çıkan hakkaniyete aykırı sonuçlar bunların kural olarak aynı genel esaslara tabi tutulmaları neticesinde büyük oranda giderilmiştir. Türk Borçlar Kanunu'nda da er yada geç benzer bir reformun yapılacağı düşüncesindeyiz. Ancak o zamana değin yapılan değişikliklerle yeni Kanunumuz uygulamada olacağından, mevcut değişiklik ve yeniliklerin neler getirdiğinin ele alınması önceliğimiz olacaktır.

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

¹ 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, RG. 04.02.2011/27836. Makalenin devamında "TBK" olarak kısaltılacaktır.

² Türkiye'nin de taraf olduğu anlaşma RG. 07.04.2010/27545'de yayımlanmış ve 01.08.2011 tarihinden itibaren ülkemizde yürürlüğe girecektir.

II. YARAR VE HASARIN İNTİKALİ

1. MEVCUT SİSTEM

Hasar, satılan şeyin, taraflardan birinin sorumlu olmadığı sebeplerden dolayı yok olması veya kötüleşmesi olarak tanımlanmaktadır³. Yarar ise kendiliğinden yahut her malikin normal olarak yapacağı faaliyetler neticesinde ortaya çıkan her türlü fazlalık veya fazla değer olarak tanımlanabilir. Kanun koyucu yürürlükteki kanunda hasar ve yararın geçmesi olguları arasında paralellik kurmak suretiyle taşınır satımları için BK m. 183 ve taşınmaz satımları için de BK m. 216'daki düzenlemelerde yapmıştır. Bu düzenlemeleri ayrıntılı olarak incelemeye geçmeden önce mevcut kanundaki sistemi ve buna getirilen eleştirileri ele almakta fayda vardır.

BK m. 183'e göre;

“Halin icabından veya hususi şartlardan mütevellit istisnaların maadasında, satılan şeyin nef'i ve hasarı akdın in'ikadı anundan itibaren müşteriye intikal eder.

Bununla beraber yalnız nevan tayin edilmiş olan satılanın ayırt edilmiş olması da lazımdır ve başka bir yere gönderilecek ise satıcının bu maksatla satılan üzerinden yedini refetmiş bulunması da şarttır.

Taliki şart ile yapılan akitlerde temlik edilen şeyin nefi ve hasarı ancak şartın tahakkuku anundan itibaren iktisap edene geçer.”

Şu halde BK m. 183 gereğince halin icabından ve özel şartlardan doğan istisnalar dışında satılan şeyin yarar ve hasarı sözleşmenin kurulduğu andan itibaren alıcıya geçecektir. Bu kural parça borçları için öngörülmüştür ve bedele ilişkin hasara yönelik bir düzenlemedir. Yani sözleşmenin kurulduğu an ile ifa anı arasında satılanın hasara uğraması halinde, alıcı sözleşmeyle kararlaştırılan bedelin (semenin) tamamını satıcıya ödemek zorundadır. Roma Hukuku'ndan gelen bu kural, BK m. 117/f. 2'de yer alan esastan ayrılmaktadır. Buna göre tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, borcunu ifadan kurtulan borçlu alacaklıdan daha önce almış olduğu şeyleri iadeye mecburdur; ifa edilmemiş edimi isteme hakkından yoksun kalır. Bir başka ifadeyle karşı edim (bedel) hasarına borçlu katlanır. BK m. 183 hükmü ise BK m. 117/f. 2/c.2'de kanun tarafından saklı tutulan istisnalardan birisi olarak karşımıza çıkmaktadır.

Ancak bu kuralın hakkaniyete aykırı olduğu ve adil olmayan bir düzenleme içerdiği noktasında doktrinde görüş birliği bulunmaktadır⁴. Zira satım sözleşmesi kurulduğu anda malın mülkiyeti alıcıya henüz geçmemekte, mülkiyetin geçmesi için kural olarak ayrıca taşınır mallarda teslim, taşınmaz mallarda ise tapuya tescil gerekmektedir. Böyle olunca alıcı henüz mülkiyeti kendisine geçmemiş olan bir malın hasarına katlanmak durumunda kalmaktadır. Ayrıca BK m. 183 hükmü hasarın teslim ile geçeceğine ilişkin diğer kanun hükümleri ile de çelişmekte ve kanunun sistemine uymamaktadır (bkz. örn.

³ Aral, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Ankara 2010, s. 76.

⁴ Bkz. Akıntürk, *Satım Akdinde Hasarın İntikali*, Ankara, 1966, s. 110-115; Tandoğan, *Borçlar Hukuku-Özel Borç İlişkileri*, C. 1/1, Ankara 1988, s. 111; Zevkliler/Gökayla, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 11. Bası, Ankara 2010, s. 40; Aral, *a.g.e.*, Ankara 2010, s. 77.

kirada BK m. 249, eser sözleşmesinde BK m. 368, yayın sözleşmesinde BK m. 382). Bunun yanında satılana zilyet olmayan ve dolayısıyla hasarı önleyebilme imkanı bulunmayan alıcının hasara katlanması hakkaniyete ve menfaatler dengesine aykırı olacaktır. Sonuç olarak mevcut uygulamada bütün bu eleştiriler karşısında bulunan çözüm, BK m. 183'de öngörülen hasarın geçişine ilişkin hükümde kuralın dar, istisnaların geniş yorumlanması olmuştur⁵.

2. YENİ DÜZENLEMELER

a. Genel

TBK m. 208 ve 245 yarar ve hasarın hangi ana kadar satıcıya ait olacağına ilişkin yeni düzenlemeler getirmektedir. Bu hükümlerden TBK m. 208'e 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”.

Bu kanun hükmüne ait gerekçede, hükmün getirdiği yeni düzenlemelerde, CISG ile Alman Medeni Kanunu'nun (BGB) ilgili hükümlerinin önemli rol oynadığı açıkça belirtilmektedir. Konuya ilişkin BGB § 446'da şu hükme yeril vermektedir:

*“Satılan **eşyanın teslimi** ile birlikte (satılanın) beklenmedik halden ortadan kalkması ve kötüleşmesi tehlikesi (hasar) alıcıya intikal eder. Teslim anından itibaren alıcı yararlarla hak kazanır ve eşyanın masraflarını taşır. Alıcının, teslim almada temerrüdü hali de teslim ile aynı sonucu doğurur.”*

CISG m. 69'da yer alan hüküm ise şu şekildedir:

*“Madde 67 (gönderilecek borçlarda) ve 68 (Nakil Halindeki Mal Satımında Hasarın intikali) kapsamına girmeyen hallerde hasar, 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.”*

Yeni Kanunumuz parça ve cins borcu ayırımı yapmaksızın bütün taşınır satımlarında yarar ve hasarın zilyetliğin devri anında alıcıya geçeceğini öngörmektedir. Kanun koyucu burada taşınır mülkiyetinin teslim dışında zilyetliğin devrine ilişkin diğer yollarla da geçeceği hususunu dikkate alarak hasarın intikali anını teslim anı ile sınırlandırmamıştır. BGB m. 446 ve gerekse CISG m. 69'de ise hasarın intikali anı olarak satılanın alıcıya teslim anı esas alınmıştır. Ancak bu hükümlere ilişkin doktrinde yapılan açıklamalara ve yargı uygulamalarına baktığımızda orada da “teslim” kavramının geniş yorumlandığı ve alıcıya dolaylı zilyetliğin sağlandığı durumlarda da hasarın intikali bakımından

⁵ Aral, a.g.e., s. 77.

teslim koşulunun gerçekleşmiş olacağıın kabul edilebildiği görülmektedir⁶. Esasında her üç düzenlemede de hasarın intikali anına ilişkin temel hareket noktası öncelikle teslim anıdır. Diğer durumlarda ise yarar ve hasarın intikalinin koşulu satım sözleşmesi ile alıcı için amaçlanan ekonomik sonucun gerçekleşmiş olmasıdır⁷. Ancak bu durumda alıcı hasarın hukuki sonuçlarına da katlanmak durumunda kalacaktır. Özellikle satılanın mülkiyetinin naklinin ertelendiği durumlarda ve teslim dışındaki yollarla zilyetliğin alıcıya nakledildiği durumlarda bu kriter ön plana çıkacaktır. Eğer ki alıcının halihazırda satılardan ekonomik anlamda faydalanması söz konusu ise, örneğin doğrudan zilyet kalan satıcı alıcıya kira ödemekle yükümlü tutulmuş ise veya zilyetliğin havalesi yoluyla alıcının üçüncü kişi ile olan kira sözleşmesine dahil edilmesi söz konusu ise artık satılanın zilyetliğinin hukuki ve ekonomik anlamda alıcıya geçtiği ve böylelikle hasarın da alıcıya ait olacağı kabul edilebilir⁸. Ancak alıcı satılanı ekonomik anlamda kullanıma erişemediği müddetçe, zilyetlik alıcıya geçmiş olsa da, satıcı ona doğrudan zilyetliği sağlamadığı müddetçe hasar intikal etmiş olmayacaktır. Bu sonuç TBK m. 208/f. 1'de yer alan genel kuralın "durumun gereğinden doğan" bir istisnası olarak değerlendirilebilir.

b. Özel Durumlar

b.1. Taşınmaz Satımı

Taşınmaz satımında TBK m. 208 ve m. 245 hükümlerinde yarar ve hasarın kural olarak tescil anında; sözleşmeyle tescilden sonraki bir zamanda teslimin kararlaştırılmış olması halinde ise teslim anında alıcıya intikal edeceği düzenlenmiştir. Alman Medeni Kanunu'nda 2002 yılında yapılan reform öncesi halinde de (§ 446/f. 2 BGB a.F.) benzer bir düzenleme yer almakta idi. Ancak Alman kanun koyucusu bu düzenlemeyi reform çalışmaları esnasında tamamen kaldırmıştır. Buna gerekçe olarak da alıcının taşınmaz üzerinde fiili hâkimiyetinin kurulmadığı dönemde tescilden itibaren hasardan sorumlu tutmanın menfaatler dengesine uygun olmadığını belirtmektedir⁹. Ayrıca önceki düzenlemenin uygulamaya yabancı olduğu zira tescilin hiçbir zaman teslimden önce gerçekleşmediği ve taşınmaz satımında hasarın intikalinin çoğu zaman zaten sözleşmeyle düzenlenmekte olduğu vurgulanmaktadır. TBK m. 208 ve 245'deki düzenleme ise kural olarak hasarın intikalinde tescil anını esas almakla birlikte sözleşmeyle tescilden sonra bir teslim tarihi kararlaştırılmış olması halinde ise yarar ve hasarın teslim ile geçeceği kabul ederek Alman Hukuk'unda uygulamadaki kaygıları gidermeye çalışmıştır. Bu durumda akla gelebilecek bir diğer soru, sözleşmeyle tescilden önceki bir tarihte teslimin kararlaştırılmış olması halinde hasarın hangi anda alıcıya intikal etmiş olacaktır. Kanaatimce, BK m. 208 ve 245 hükümlerinin emredici olmaması karşısında tarafların böylesi bir durumda yarar ve hasarın tescilden önceki bir tarihte, bir başka ifadeyle teslim

⁶ Bkz. örneğin Alman Hukuku için Staudinger/Beckmann, § 446 BGB Rn. 18 vd.; BM Satım Hukuku için Heilmann, *Mängelgewährleistung im UN-Kaufrecht*, Berlin 1994, s. 247.

⁷ Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Münih 1986, c. II/1, § 42 II a.

⁸ Karş. Bamberger/Roth/Faust, § 446 BGB, Rn. 8; Palandt/Putzo, § 446 BGB, Rn. 7; Staudinger/Beckmann, § 446 BGB, Rn. 20.

⁹ BT-Drucks 14/6040, s. 203.

tarihinde alıcıya intikal edeceğini örtülü olarak kararlaştırmış oldukları kabul edilebilir. Nitekim TBK m. 208/f. 1 “durumun gereğinden veya sözleşmede öngörülen özel koşullardan doğacak” istisnaların gündeme gelebileceğini açıkça öngörmektedir. Burada da bu türden bir istisna söz konusu olduğu pekala söylenebilecektir. Ancak sonuç olarak şunu belirtelim ki, taşınmaz satımında da genel kurala bağlı kalınıp, doğrudan teslim tarihi, bir başka ifadeyle zilyetliğin devri tarihinin esas alınması bu ve benzer sorunların önlenmesi açısından yerinde olurdu.

b. 2. Alıcının Temerrüdü

Türk Borçlar Kanunu'nda satım sözleşmesinde yarar ve hasarın intikali ile ilişkin bir diğer yenilik m. 208/f. 2'de alıcının, satılanın zilyetliğini devralmada temerrüde düşmesi durumunda zilyetliğin devri gerçekleşmişçesine satılanın yarar ve hasarının alıcıya geçecek olmasıdır. Bu noktada belirtmek gerekir ki, temerrüde düşen alıcı hem edim hasarını hem de bedel hasarını taşıyacaktır. Yani hem satılanın satıcıda iken onun sorumlu olmadığı bir nedenden ötürü telef olması yahut kötüleşmesi nedeniyle artık edimden yoksun kalma riskini hem de edimi elde edemediği halde bedelini ödeme riskini taşıyacak olmasıdır. Tabi bunun koşulu satıcının hasardan sorumlu olmamasıdır ki burada alıcının temerrüt halinde bulunduğu da dikkate alınarak sorumluluğunun TBK m. 114/f. 2'nin yaptığı atıfla TBK m. 52'ye göre daha az şiddette değerlendirilmesi gerektiğinin altını çizmekte fayda vardır.

Benzer bir düzenleme halen yürürlükte bulunan kanunda eser sözleşmelerine ilişkin BK m. 368/f. 1'de de yer almaktadır. Buna göre “Yapılan şey teslimden evvel kazara telef olmuş ise iş sahibi, onu tesellümden temerrüt etmiş bulunmadıkça müteahhit ne yaptığı işin ücretini ne de masraflarının tediyesini isteyemez”. TBK m. 208/f.2'ye göre de alıcı satılanı teslim almada temerrüt ederse, bir başka ifadeyle alacaklı temerrüdüne düşerse, temerrüdün başladığı andan itibaren yarar ve hasar alıcıya ait olacaktır. Yalnız dikkate edilecek olunursa BK m. 368'den farklı olarak burada yalnızca hasar değil yararın da alıcıya ait olacağı öngörülmektedir. Aynı durum BGB § 446'da da söz konusudur. Ancak orada satılana ilişkin yarar ile birlikte masrafların da alıcıya geçeceği belirtilmektedir. Burada kanun koyucunun hakkaniyet düşüncesiyle mümkün olduğu ölçüde hasar ve yararın geçmesi olguları arasında paralellik kurma amacının bir örneğinin bulunduğunu söyleyebiliriz.

Bu hükmün önemli bir sonucu da hasarın geçmesinden sonra ortaya çıkan ayıplardan, satıcının sorumlu olmamasıdır. Her ne kadar kanunumuzda bu konuda açık bir düzenleme bulunmasa da doktrinde ve yargı içtihatlarında kabul edildiği üzere satıcı sadece hasarın alıcıya geçmesi anında mevcut ayıplar nedeniyle alıcıya karşı sorumludur¹⁰. Alıcının temerrüdü halinde hasarın alıcıya intikal edeceğini düzenleyen TBK m. 208/f. 2 hükmü gereğince, temerrüdü müteakip satılana ortaya çıkacak ayıplardan dolayı satıcının satılanın kötüleşmesi nedeniyle ayrıptan doğan sorumluluğu cihetine gidilemeyecek ve hasara ilişkin kurallar uygulanacaktır. Yani bu durumda satıcı elinde ne kalmışsa onu

¹⁰ BGE 86 II 27: JdT 1960 I 549; Yavuz, *Türk Borçlar Kanunu Özel Hükümler*, Tıpkı 8. Baskı, İstanbul 2009, s. 100; Tandoğan, *a.g.e.*, c. I/1, s. 175; Zevkliler/Gökyayla, *a.g.e.*, s. 104.

teslim edecek buna karşılık alıcı semenin tamamını ödemekle yükümlü olacaktır. Öte yandan alıcı, satılanın en geç hasarın alıcıya geçmesi anında, bir başka ifadeyle alıcının temerrüdü anında ayıplı olduğunu ispat edebilirse, tekrardan ayıptan doğan hakları kullanabilecektir. Zaten esasında teslimi teklif edilen satım konusu şeyin ayıplı olması halinde usulüne uygun bir ifa teklifi bulunmadığından, alıcının temerrüdü koşulları da oluşmamış olacak ve bunun neticesi hasar alıcıya intikal etmeyecektir. Dolayısıyla satılanın tesliminin teklif edildiği anda ayıplı olması halinde, satıcının ayıba karşı tekeffülden doğan sorumluluğu doğacaktır.

Burada altı çizilmesi gereken bir diğer husus her ne kadar TBK m. 208 parça borcu çeşit borcu ayırımı yapmamakta ise de bu ayırımın halen önem arzettiğidir. Şöyle ki, hasarın zilyetliğin devri ile alıcıya geçeceği durumlarda, ortada bir çeşit satımı varsa, en geç bu anda ayırt etme de gerçekleştirilmiş olacağından ayrıca ayırt etme gereğinden söz edilmemiştir. Ancak çeşit borçlarında alıcının temerrüdü ile hasarın alıcıya intikali bakımından “ayırt etme” olgusu önem kazanmaktadır. Burada satıcının örneğin deposundaki herhangi bir mal ile ifayı teklif etmiş olması ve alıcının ifayı kabulden kaçınmış olması alıcının temerrüdü koşullarının gerçekleşmesi açısından yeterli olacaktır. Fakat hasarın alıcıya intikali için satılanın ayrıca ayırt edilmiş olması gereklidir. Bu durum CISG m. 69/f. 3’de açıkça düzenlenmiştir. Buna göre,

“Sözleşmenin, henüz ayırt edilmemiş mallara ilişkin olması halinde bunların ancak açıkça sözleşmeye tahsis edilmesi ile alıcının tasarrufuna hazır bulunduğunda kabul edilir.”

Türk Borçlar Kanunu’nun ilgili madde gerekçesinde uluslararası satım hukuku hükümleri ile paralelliğin kurulmasının amaçlandığı belirtilmekte olduğundan, bizce her ne kadar yeni kanunda açık hüküm olmasa da TBK m. 208/f. 2’nin çeşidiyle belirlenmiş mallar bakımından uygulanmasında CISG m. 69/f. 3 hükmüne uygun bir yorum yapılarak satıcının yarar ve hasarın intikali bakımından satım konusu şeyi ayırt etmiş olması külfetinin bulunduğu kabulü isabetli olacaktır.

Ayrıca belirtelim ki, TBK m. 208/f. 2’ye göre yarar ve hasarın intikali bakımından sadece ayırt etme işleminin gerçekleştirilmiş olması yeterli değildir. TBK m. 86/c. 2 (BK m. 70/c.2) gereği çeşit borçlarında borçlunun seçeceği edim ortalama nitelikten daha düşük olamayacağından, satıcının özellikle ayıplı bir mal ile yapacağı ayırt etme ile ne edim hasarının ne de karşı edim hasarının alıcıya intikal etmeyeceğinin kabulü gereklidir. Daha önce de belirtildiği üzere alıcının ayıplı edimi kabul etme zorunluluğu bulunmadığından böylesi bir durumda satıcının edimini gereği gibi arz etmiş olduğundan bahsedilemeyeceğinden, alacaklının temerrüdünden de bahsedilebilmesine imkân bulunmamaktadır.

b. 3. TBK m. 228/f. 1 hükmü

Hasarın intikali konusu ile bağlantılı olarak yeni kanununun satıcının ayıplı ifasına ilişkin bir başka hükmü daha gündeme gelecektir: TBK m. 228 (BK m. 204). Buna göre:

“Alıcıya ayıplı olarak devredilmiş olan satılanın ayıptan, beklenmedik halden veya mücbir sebepten dolayı yok olması veya ağır biçimde zarara uğ-

raması, alıcının sözleşmeden dönme hakkını engellemez. Bu durumda alıcı, satılardan elinde ne kalmışsa onu geri vermekle yükümlüdür.”

Görüldüğü üzere burada yarar ve hasarın satılanın ziyetliğinin alıcıya devri ile birlikte alıcıya geçtiği yolundaki prensibin bir istisnası kaleme alınmıştır. Zira sözleşmeden dönme hakkının kullanılması durumunda, taraflar, sözleşme yapılmamış olsaydı hangi durumda olacaklardıysa, o duruma geri dönülebilmesi için aldıkları edimleri birbirlerine iade etme yükümlülüğündedirler. Böylece alıcı, hasar TBK m. 208/f. 1 hükmüne göre kendisine intikal etmiş olmasına rağmen, dönme hakkını kullanarak ödediği satım parasının geri ödenmesini isteyebilecek ya da henüz ödenmemiş ise satım parasını ödeme borcundan kurtulacaktır. Böylelikle bedel hasarı tekrar satıcıya ait olacaktır.

Burada dikkat çeken husus, satılanın ayıptan, beklenmeyen halden veya mücbir sebepten dolayı yok olması dışında kanun koyucunun, mevcut düzenlemeden farklı olarak alıcının sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmesi bakımından satılanın “ağır biçimde zarara” uğramış olması halini öngörmüş olmasıdır. Oysaki BK m. 204/f. 1’de ise “satılanın hasara uğraması” yeterlidir. Kanun gerekçelerinde bu değişikliğin nedeni açıklanmadığı gibi değişiklikle herhangi bir zararın değil, yalnızca ağır zararın sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasına engel olmayacağı ayrıca vurgulanmıştır. Ancak bu haliyle maddenin uygulanması ortaya hakkaniyete aykırı sonuçlar çıkaracaktır. Şöyle ki, örneğin alıcı motoru arızalı olarak devredilmiş olan aracın yıldırım düşmesi sonucu yok olması veya ağır biçimde zarara uğraması halinde dönme hakkını kullanabilecek; ancak hafif biçimde zarara uğraması halinde dönme hakkını kullanamayacaktır. Yahut da araç aynası kırık biçimde teslim edilmiş ancak daha sonra gelen sel felaketinde tamamen yok olmuşsa alıcı kural olarak dönme hakkı kullanmasına engel bir durum teşkil etmeyecek. Oysaki buradaki dönme hakkı daha sonra gerçekleşen yıldırım düşmesi yahut sel felaketi ile ortaya çıkan, onunla bağlantılı bir sonuç değildir. Aracın motoru arızalı ise, neden daha sonra aynı aracın yıldırım düşmesi sonucu çok az zarar görmesi nedeniyle dönme hakkı kullanılamasın; bunun mantıklı bir izahı yoktur.

b. 4. Gönderilecek Borçlar Bakımından

Kanun koyucu, gerekçesinde yeni bir hüküm olarak nitelese de aslında mevcut kanunda da yer aldığı görülen TBK m. 208/f. 3 hükmüne göre satıcı, alıcının isteği üzerine satılanı ifa yerinden başka bir yere gönderirse, yarar ve hasar, satılanın taşıyıcıya teslim edildiği anda alıcıya geçer. Burada mevcut düzenlemeden farklı olan tek husus madde metnine “alıcının isteği üzerine” ifadesinin eklenmiş olmasıdır. Bu ekleme, BGB § 447’de yer alan düzenleme esas alınarak yapılmıştır ve yalnızca satılanın gönderilmesinin alıcının rızası olmaksızın yahut rızası hilafına olamayacağını vurgulamayı amaçlamaktadır. Yani satıcının tamamıyla alıcının yararına olmak üzere ve fakat onun bilgisi ve rızası dışında satılanı alıcıya gönderdiği durumlarda dürüstlük kuralı yoluyla TBK m. 208/f. 3 hükmünün uygulama alanının genişletilmesi mümkün olamayacaktır. Öte yandan belirtelim ki, bu eklemenin satıcının gönderme borcunun sadece sözleşmede kararlaştırılmış olduğu durumlarla sınırlandırmak gibi bir işlevi yoktur. Gönderme borcunun yine eskisi gibi ticari örf ve adetten veya taraflar arasında uzun süreden beri devam eden müstakar uygulamadan kay-

naklanması mümkündür ve bu durumlarda da TBK m. 208/f. 3 hükmü uygulama alanı bulacaktır.

b. 5. Geciktirici ve Bozucu Koşula Bağlı Satımlar

TBK m. 208 kapsamında son olarak değineceğimiz husus, kanun koyucunun koşula bağlı satımlarda hasarın intikali bakımından mevcut düzenlemeyi kanundan çıkartarak bir bilinçli kanun boşluğu yarattığıdır. Özellikle de satılanın, geciktirici koşulun gerçekleşmesinden önce alıcıya teslim edilmiş olması ve bu esnada hasarın gerçekleşmiş olması halinde, hasarın teslim ile mi yoksa koşulun gerçekleşmesi anından itibaren mi alıcıya geçeceği sorunu karşımıza çıkmaktadır. Kanun koyucu çözümü uygulamaya bırakmış olmakla birlikte, bu maddenin gerekçelerinde sıklıkla Alman Medeni Kanunu'na atıf yapılmış olması göz önünde tutularak, Alman Hukuku'ndaki konuya ilişkin getirilen çözümün¹¹ bizim hukukumuz bakımından da kanun boşluğunun doldurulmasında dikkate alınabileceği kanaatindiyim.

Buna göre, satılanın zilyetliği kararlaştırılan koşul gerçekleşmeden alıcıya devredilmiş ise burada çoğu zaman koşulun gerçekleşeceği inancıyla yine koşulun gerçekleşmesiyle ortaya çıkacak olan edimin vaktinden önce ifası söz konusudur. Burada alıcıya başlangıçta geçici olmak üzere, koşulun gerçekleşmesi ile de kalıcı olacak şekilde zilyetlik ve kullanım hakkı devredilmektedir. Alman Hukuku'nda bu durumda hasarın intikali sorunu, TBK m. 172' de (BK m. 151) öngörülen koşula bağlı işlemlerde yararın intikaline ilişkin kuralda öngörülen çözüme benzer bir şekilde sonuca bağlanmaktadır. Yani alıcı koşulun gerçekleşmesi şartıyla koşulun gerçekleşmesine kadar elde ettiği yararların sahibi olacağı gibi, bu dönem içerisinde ortaya çıkacak hasarda yine koşulun gerçekleşmesi halinde alıcıya ait olacaktır. Bir başka ifadeyle koşul gerçekleşirse, satılan bu arada telef olmuş olsa dahi alıcı satım bedelini ödemekle yükümlüdür. Koşul gerçekleşmez ise satım bedelini ödemekten kurtulacak yahut ödemiş ise iadesini isteyebilecektir. Zira bu durumda hiçbir taraf için edim borcu doğmamıştır. Ayrıca alıcı, bu arada telef olan satılanı iade yükümlülüğünden de TBK m. 136/f. 1 uyarınca kurtulacaktır. Bu çözüm tarzı, yarar ve hasarın intikali bakımından paralel sonuçlar öngörmesi nedeniyle Türk Borçlar Kanunu'nun amaç ve mantığına da uygun olacaktır.

Bozucu şarta bağlı satımlarda ise TBK m. 173/f. 2'ye göre sözleşmenin hükümleri koşulun gerçekleştiği anda ortadan kalkacağından satıcının, satılanın yok olması yahut kötüleşmesi halinde hâlihazırda ödenmiş satım bedelini iade ile yükümlü olmayacaktır. Henüz alıcı satım bedelini ödenmemiş ise bozucu koşulun gerçekleşmesi ile birlikte ödeme yükümlülüğü de sona erecektir; bu durumda kendisine teslim edilen satılanı iade yükümlülüğünden ise TBK m. 136/f. 1 uyarınca kurtulacaktır.

III. SATICININ AYIPTAN DOĞAN SORUMLULUĞU

Yeni Borçlar Kanunu'nun satıcının ayıptan sorumluluğuna ilişkin hükümlerine göz attığımızda öne çıkan değişiklik ve yeniliklerin şunlardan ibaret olduğunu görüyoruz:

¹¹ Karş. Staudinger/Beckmann, § 446 BGB, Rn. 13, 14; Larenz, *a.g.e.*, c. II/1, § 42 II a.

1. Madde 219

Bu madde hükümünde satıcının sorumlu olduğu ayıbın tanımı ve kapsamı düzenlenmektedir. BK md 194’de yer alan düzenleme ile karşılaştırıldığında tanımın detaylandırıldığı, çeşitlendirildiği görülmektedir. Ancak mevcut kanunda da bulunan ve satıcının ayıptan sorumluluğunun doğabilmesi için “ayıbın, satılanın kullanım amacı bakımından değerini ve alıcının ondan bekle-diği faydaları ortadan kaldıran veya önemli ölçüde azaltan” bir ayıp olması koşuluna yeni kanunda da yer verildiği görülmektedir. Oysaki artık bütün modern satım hukuklarında ayıbın önemsiz olması veya daha doğru ifadeyle satıcının ayıplı ifa yoluyla sözleşmeyi ihlalinin belirli bir ağırlığa ulaşmamış olmasının satıcının sorumluluğunun doğumuna engel bir durum olarak değil, yalnızca alıcının belirli haklara başvurabilmesine engel bir durum olarak düzenlendiğini görmekteyiz. Örneğin, BGB § 323/f. 5’e göre bu durumda alıcı sözleşmeden dönme hakkını kullanamayacaktır; yine BGB § 281/f. 1’e göre ifa yerine tazminat talebinde bulunamayacaktır. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un 4. maddesi 1. fıkrasında yapılan ayıp tanımında TBK m. 219’dakine benzer bir kayıtlama bulunmamaktadır. Kanımca, sadece bu kanun kapsamına giren değil bütün satımlarda alıcının, önemsiz ayıplarda da satıcının sorumluluğu cihetine gidebilmesi ve özellikle onarım hakkından mahrum bırakılması gereklidir. Dolayısıyla bu hükümün yorum yoluyla önemsiz ayıpları da kapsayacak şekilde uygulanması hakkaniyete uygun olacaktır.

2. Madde 221

Satıcının ayıptan sorumluluğuna ilişkin önemli değişikliklerden birisi TBK m. 221’de yer almaktadır. Buna göre “Satıcı satılanı ayıplı olarak devretmekte ağır kusurlu ise, ayıptan sorumluluğunu kaldıran veya sınırlayan her anlaşma kesin olarak hükümsüzdür”. Mevcut düzenlemede ise, bu hükümsüzlük yalnızca satıcının hilesinin olması halinde gündeme gelmektedir. Yeni düzenleme ile sorumsuzluk anlaşmalarına ilişkin TBK m. 115’de yer alan genel düzenleme ile de paralellik sağlanmak suretiyle, bu konuya ilişkin mevcut kanun çerçevesinde devam eden tartışmalara da son verilmiştir.

Madde hükümünde yer almamakla birlikte madde gerekçesinde “Tasarının satıcılığı meslek edinmiş kişilerin bilmesi gereken ayıplara ilişkin 224’üncü maddesinin ikinci fıkrasındaki düzenlemenin burada da göz önünde tutulması” gerektiğine işaret edildiği görülmektedir. Yani bu durumda satıcının, satıcılığı meslek edinmiş bir kişi olması halinde, bilmesi gereken ayıplardan sorumluluğunu ortadan kaldıran yahut sınırlayan sözleşme koşulları da kesin hükümsüz olacaktır. Anılan maddenin gerekçesine baktığımızda bu bağlamda satıcının her türlü ihmalinin dikkate alınacağının düzenlenmekte olduğunu görmekteyiz. Bu da demek oluyor ki satıcılığı meslek edinen kişi hafif ihmali ile ayıplı bir mal teslim etmiş ise, kendisini sorumluluktan kurtaran anlaşma kesin hükümsüz olacaktır. Bu noktada sanırız kanun koyucu TBK m. 115/f. 3’de yer alan ve uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat yürüten borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşmaların kesin hükümsüz olacağına ilişkin düzenlemeye benzer bir durum yaratmak istemektedir. Ancak bizce sözleşme özgürlüğünün esas, onun sınırlandırılmasının istisna olması kuralı gereği, kanun koyucunun madde gerekçelerinde ortaya koyduğu böylesi

bir sonuca TBK m. 225/f. 2 hükmünün kıyasen uygulanması ile ulaşılabileceğini öngörmesi yerinde değildir. Kanun koyucunun böyle bir amacı varsa ki gerekçelerden böyle bir sonuç ortaya çıkıyor, bizce bunu madde metninde açıkça düzenlemesi isabetli olurdu.

Ayrıca hükmün ticari satımlarda da uygulanabilir olması gerçeği karşısında satıcıyı hafif kusuru halinde dahi ayıptan sorumluluğunu ortadan kaldıran sözleşmeler yapmaktan mahrum bırakmanın ticari hayatın gerçekleri ve dengelerine aykırı olacağı açıktır.

3. Madde 222

Bir diğer değişiklik içeren madde ise, TBK m. 222'dir. Bu maddenin ilk fıkrasında satıcının, satış sözleşmesinin kurulduğu sırada alıcı tarafından bilinen ayıplardan sorumlu olmayacağı düzenlenmektedir. Maddenin ikinci fıkrasında ise satıcının, alıcının satılanı yeterince gözden geçirmekle görebileceği ayıplardan da ancak böyle bir ayıbın bulunmadığını ayrıca üstlenmişse sorumlu olacağı düzenlenmektedir. Dolayısıyla mevcut düzenlemedeki çeviri hatası maddenin yeni halinde de devam ettirildiğini görmekteyiz. İsviçre Borçlar Kanunu md. 200/f. 2'de "satılanın kafi derecede muayenesi" yahut "yeterince gözden geçirilmesi"nden değil olağan dikkatin sarfedilmesi halinde fark edilebilecek olan ayıplardan bahsedilmektedir¹². Oysa bizdeki düzenlemelerde "muayene" ve "gözden geçirme" kavramları kullanıldığı için, bir sonraki hükümde (BK m. 198; TBK m. 222)alıcı için öngörülen "muayene" veya yeni tabiriyle "gözden geçirme" külfeti ile karıştırılmaya müsaittir. Bu durumda alıcının hem malı satın alırken hem de teslim alırken ayrı ayrı gözden geçirme yükümlülüğünün bulunduğu gibi kabul edilemez bir sonuç ortaya çıkacaktır. Hâlbuki kaynak kanun burada alıcının satılanı gözden geçirmesi yükümlülüğü öngörmemekte; satılanı seçerken yahut beğenirken ilk bakışta gözüne çarpacak ayıpların varlığı halinde satıcının sorumluluğunu sınırlandırmaktadır. Bu noktada 28.11.1945 tarihli YİBK uyarınca yeni hükmün kaynak kanun İsviçre Borçlar Kanunu md. 200/f. 2'ye uygun yorumlanması gerekeceği kanaatindedim¹³.

4. Madde 223

Kanun koyucu bu hükümde diğer hukuklardaki, özellikle de Avrupa ülkelerindeki gelişmeleri dikkate almayarak bütün satış sözleşmeleri için geçerli olacak şekilde alıcı için gözden geçirme ve bildirim külfeti getirmiştir. Oysaki bugün Avrupa ülkelerinin hukuklarının büyük kısmında adı satımlar ve tüketici satımları bakımından artık bu yükümlülüğün vazgeçilmiştir. Hatta Fransa ve Fransız hukukunu esas alan Belçika gibi ülke hukuklarında böyle bir yükümlülük hiçbir satım türü için mevcut değildir. Nitekim AB de 1999 tarihli

¹² OR 200/f. 2: "Für Mängel, die der Käufer bei Anwendung gewöhnlicher Aufmerksamkeit hätte kennen sollen, haftet der Verkäufer nur dann, wenn er deren Nichtvorhandensein zugesichert hat."

¹³ "Kanunlarımızı yorumlarken kendi metinlerimizi göz önünde tutmakla beraber yorumlarken de ilmi içtihatlardan da faydalanılabileceğine göre bunların asıllarına bakmaktan vazgeçemeyiz" (YİBK, 28.11.1945, 13/15, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları-Hukuk Kısmı, c. III, Ankara 1980, s. 279).

Tüketim Malları Satımına Dair Yönergesi’ nin 19 ve 20 no.lu gerekçeleri tüketicilere daha üst düzeyde bir koruma sağlamak amacıyla üye devletleri mevzuatlarındaki muayene ve ihbar külfetlerini kaldırmaya davet etmektedir. Bu Yönerge ile birlikte daha önce Avrupa Hukukları’ nda çok tartışmalı olan muayene ve ihbar külfetinin gerekliliği tartışması tekrar gündeme gelmiştir. Ancak kanun koyucumuz bu gelişmeleri ve yine Türk doktrinindeki eleştirileri dikkate almayarak mevcut kanundaki hükmü ufak değişiklikler ile muhafaza etmeyi tercih etmiştir. Diğer yandan TBK m. 225’de yer alan düzenleme ile satıcının, bu külfetin yerine getirilmediğini ileri sürebileceği durumlar oldukça geniş ölçüde sınırlandırılmıştır. Kanaatimce, bunun yerine bu külfetlerin tamamen kaldırılması, en azından ticari satımlarla sınırlı tutulması daha isabetli olurdu¹⁴.

Yeni haliyle TBK m. 223/f. 1’de düzenlenen bu külfete ilişkin yapılan tek değişiklik alıcının, gözden geçirme ile birlikte satılarda satıcının sorumluluğunu gerektiren bir ayıp bulursa artık “derhal” değil, “uygun bir süre içerisinde” bunu satıcıya bildirmekle yükümlü tutulmuş olmasıdır. Mevcut hükmün uygulanmasında da zaten derhal bildirim yoruma tabi tutularak, hâkimin takdirinde somut olayın özelliklerine göre uygun bir süre olarak uygulanmakta idi. Dolayısıyla uygulamaya uygun düşen bir değişiklik olmuştur. Ancak kanun koyucu gizli ayıplar bakımından ise TBK m. 223/f. 2/c. 3’de ayıbın satıcıya “hemen” bildirilmesini şart koşturmaktadır. Kanun gerekçesinde bu farklılığa ilişkin herhangi bir açıklama bulunmadığı gibi, adi ayıplar ile gizli ayıplar arasındaki farkın bu bağlamda belirgin hale getirildiği belirtilmektedir. Ancak bu noktada böyle bir ayırımın yapılmasının nedenine ilişkin hiçbir bilgi yoktur. Böyle bir ayırım yapılmasının haklı gerekçesi de yoktur. Bizce burada da “hemen” ifadesinin yorum yoluyla yine “uygun bir süre içerisinde” şeklinde uygulanmasının önünde bir engel yoktur.

5. Madde 225

Zamanında yerine getirilmeyen gözden geçirme ve bildirim külfetinin meydana getireceği hak düşümü sonucunu yumuşatan bir hüküm TBK m. 225’de yer almaktadır. Burada mevcut kanundaki düzenlemeden farklı olarak yalnızca satıcının kastının bulunduğu durumlarda değil, satıcının ağır kusurlu olması halinde de satılardaki ayıbın kendisine süresinde bildirilmemiş olduğunu ileri sürerek sorumluluktan kurtulması engellenmiştir. Maddenin 2. fıkrasında ise bir adım daha ileri gidilerek satıcılığı meslek edinmiş kişilerin bilmesi gereken ayıpların da aynı kapsamda değerlendirileceği, yani bunların alıcı tarafından süresi içerisinde kendisine bildirilmediği iddiası ile satıcının sorumluluktan kurtulamayacağı belirtilmektedir. Burada kastedilenin ne olduğuna ilişkin olarak madde gerekçesinde, satıcılığı meslek edinmiş olan kişilerin her türlü ihmalinin bu kapsama girdiği belirtilmektedir. Bir başka ifadeyle satıcı kast ve ağır kusuru yanında hafif kusuru ile de satılardaki ayıbı fark etmemiş ise sorumluluktan kurtulamayacaktır. Yalnız kanun koyucunun burada neden doğrudan TBK m. 115/f. 3’dekine benzer şekilde “hafif kusur” kav-

¹⁴ Bu bağlamda Türk ve İsviçre Hukuku’nda yapılan eleştiriler için bkz. Eugen Bucher/Vedat Buz, *Mağdur Edilen Alıcı*, Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Ankara 2004, s. 145 vd.

ramını kullanmayı, kanun dilimize yabancı olan ve daha çok kusur sorumluluğunun bulunmadığı hukuklarda yaygın kullanımı olan ve borçlunu sorumluluğunu sınırlandıran “bilmesi gerekme” kavram ve olgusuna müracaat ettiğini hükmün gerekçesinden anlamak mümkün değildir. Ancak sanırız burada ülkemizde de yürürlüğe giren CISG m. 40’daki hükmü ile paralellik kurulmak ve uygulamanın benzer durumlarda aynı sonuçlara ulaşmasını sağlamayı mümkün kılmak amacının bulunduğu söylenebilir.

Bu noktada akla gelebilecek bir diğer soru maddenin ikinci fıkrasının ticari satımlarda da uygulanıp uygulanamayacağıdır. Özellikle de CISG hükümleri ile kurulmak istenen uyumun bu durumda bozulmuş olup olmayacağı önem arz etmektedir. Kanaatimce bu fıkra hükmü ticari satımlarda da pekâlâ uygulanabilmelidir. Alıcı tacir de olsa bu hükümde esas alınan satıcıya ait belirli bir vasıftır; onun satılana ait özellikleri alıcıya oranla daha iyi bilmesidir ve bu, ticari satımlarda da pekala geçerli olacak bir durumdur. Ayrıca CISG ile paralelliğin korunması açısından da sakıncalı bir durum yoktur. Çünkü TBK m. 225/f. 2 hükmüne çok benzer bir hüküm CISG md. 40’da yer almaktadır. Buna göre “satıcının bildiği veya **bilmemesinin mümkün olmadığı**” ayıpların varlığı halinde satıcı alıcının bildirim külfetini zamanında yerine getirmediği savunmasına başvuramayacaktır. Burada satıcının, bilmemesi mümkün olmayan ayıpların ne olduğu belirlenirken satıcının satıcılığı meslek edinmiş kişi olması TBK m. 225/f. 2 ile aynı kapsamda yoruma tabi tutulabilecektir. Daha önce de belirtildiği üzere hâkimin bu yolla her iki hüküm arasında paralellik kurarak, benzer olaylarda aynı sonuçlara varacağını söyleyebiliriz.

6. Madde 227

Önemli değişikliklerin olduğu bir başka madde, alıcının seçimlik haklarını genel olarak düzenleyen TBK m. 227’dir. Bu maddenin ilk fıkrasında alıcının hakları sıralanmıştır.

a. Sözleşmeden Dönme

Alıcıya tanınmış olan haklardan ilki “satılanı geri vermeye hazır olduğunu bildirerek sözleşmeden dönme” hakkıdır. Mevcut kanunda da alıcıya tanınan seçimlik haklardan birisi olmakla birlikte yeni kanunda alıcının bu hakkını kullanmasının neden “satılanı geri vermeye hazır olduğunu bildirmesi” şartına bağlanmış olduğunu anlamak mümkün değildir. Bunun ötesinde bu koşula uyulmadan yapılacak bir dönme beyanının hukuki yaptırımının ne olacağı da belirsizdir. Kanımca kanun koyucunun yapmış olduğu bu eklemeyi dönme hakkının kullanımını bakımından bir geçerlilik koşulu olarak değil de, dönme hakkının kullanımını neticesinde alıcının satılanı iade ile yükümlü olacağına yapılan bir vurgu olarak yorumlamak ve uygulamak amaca uygun olacaktır. Yahut da *ultima ratio* karakteri gereği alıcının bu hakkı kullanırken mümkün olduğu ölçüde satıcı ile uzlaşma arayışına girmesi gerektiğine vurgu yapan bir yorumlayıcı hüküm olarak kabul edebilmek mümkündür. Akla gelebilecek bir diğer düşünce de kanun koyucunun satılanın iadesinin mümkün olmadığı durumlarda dönme hakkının kullanılmayacağını dolaylı olarak ifade etmiş olabileceğidir. Ancak bu düşünce de TBK m. 228/f.1 hükmü ile de büyük oranda çelişecektir. Zira TBK m. 228/f. 1’e göre, alıcıya devredilmiş satılanın yok olması yahut aşırı zarar uğraması alıcının sözleşmeden dönme hakkını

kullanmasını kural olarak engellemez. Yalnızca TBK m. 228/f. 2 gereği satılanın alıcıya yüklenebilen bir sebep yüzünden yok olması veya alıcının onu başkasına devretmesi ya da biçimini değiştirmesi halinde sözleşmeden dönme hakkı kullanılamaz ve alıcı yalnızca semenin indirilmesi hakkına başvurabilir. Bu durumda TBK m. 227/f. 1/b. 1’de yer alan bu ifadenin yalnızca TBK m. 228/f. 2’nin uygulama alanı ile sınırlı bir kayıtlama olduğunu söyleyebiliriz.

Öte yandan alıcının sözleşmeden dönme hakkını kullanmasını sınırlandıran bir hükme TBK m. 227/f. 4’de yer verilmiştir. Şöyle ki, durum sözleşmeden dönülmesini haklı göstermiyorsa hâkim satılanın onarılmasına veya satış bedelinin indirilmesine karar verebilir. Dikkat edilecek olunursa burada hâkimin satılanın ayıpsız bir benzeri ile değiştirilmesine karar verebilmesine imkân tanınmamıştır. Sanırız kanun koyucu burada dönmeyi haklı göstermeyen nedenlerin, satılanın ayıpsız benzeri ile değiştirilmesini de haklı göstermeyeceği kabulünden hareket etmektedir. Bu nedenlerin ne olduğuna gelince uygulamadan verilen örnekler, özellikle satılanın alıcı tarafından kullanılabilir olduğu, geri gönderme için taşıma masraflarının yüksek olduğu veya sipariş üzerine yapılmış ve başkası için kullanışlı olmadığı durumlardır. Kanaatim o ki, bütün bu durumlarda satılanın ayıpsız benzeri ile değiştirilmesi hakkı da kullanılamayacaktır. Zira konunun devamında da açıklanacağı üzere, alıcının bu hakkına ilişkin kanun koyucu TBK m. 227/f. 1/b. 4’de “imkan varsa” koşulunu getirmiştir ve sözleşmeden dönmeyi haklı göstermeyen durumlardan bizim tespit edebildiklerimizin tamamında bu koşulun da gerçekleşmeyeceğini söyleyebilmemiz mümkündür.

b. Satış Bedelinde İndirim İsteme Hakkı

Alıcının bir diğer hakkı mevcut kanunda da bulunan “satılanı alıkoyup ayıp oranında satış bedelinde indirim isteme hakkı”dır. Bu hakka ilişkin de 5. fıkarda bir sınırlamanın yer almakta olduğunu görmekteyiz. Buna göre satılanın değerindeki eksiklik satış bedeline çok yakın ise alıcı, ancak sözleşmeden dönme veya satılanın ayıpsız bir benzeri ile değiştirilmesini isteme haklarından birini kullanabilir. Burada da kanun koyucu alıcıya onarma hakkı vermemektedir. Bu hükmün bu haliyle isabetli olmadığına ilişkin eleştiriler getirilmektedir. Buna göre satım bedelinin indirilmesini isteyen alıcının, ayıplı malı alıkoyma arzusunda olduğu açıktır. Bu durumda da mantıklı olan alıcıya öncelikle onarma hakkının tanınması olurdu. Öncelikle belirtelim ki, kanaatimizce 5. fıkra hükmü yorumlayıcı niteliktedir ve alıcıya onarım isteme hakkı tanıyan aynı maddenin 1. fıkrası 3. bendinin uygulanmasına set çekmemektedir. Yani satım bedelinin indirilmesi talebiyle açılan davada bu sınırlamanın gündeme gelmesi halinde hâkim yalnızca istemi reddetmekle yetinmelidir. Bundan sonrasında alıcı diğer seçimlik haklarından herhangi birine başvurabilmelidir. Eğer 5. fıkra hükmüne göre alıcının onarma hakkının bulunmadığı kabul edilseydi alıcının durumu henüz hiçbir hakka başvurmamış alıcıya göre ağırlaştırılmış ve satıcı gereksiz yere korunmuş olurdu. Diğer taraftan onarma hakkı ile yetinecek bir alıcı, bu hakka oranla daha şiddetli hukuki sonuçlara başvurmaya mecbur edilecekti.

Öte yandan kanun koyucunun burada şu kabulden hareket ettiğini de söyleyebiliriz. Satılanın değerindeki eksikliğin satış bedeline çok yakın olduğu durumlarda onarma hakkının kullanımı satıcı bakımından “aşırı bir masrafı”

gerektirecektir. Nitekim TBK m. 227/f. 1/b. 3 hükmünde bu gibi durumlarda alıcının satılanın ücretsiz onarım hakkına başvuramayacağı düzenlenmektedir. Bunun sonucu ise kanunda, alıcının satılanın ayıpsız benzeri ile değiştirilmesini isteme, sözleşmeden dönme yahut da semenin indirilmesini isteme hakkına başvurabilmesidir. Ancak bu durumda da TBK m. 227/f. 5'deki sınırlama devreye girecek ve satılanın değerindeki eksiklik satış bedeline çok yakın ise alıcının hakları sözleşmeden dönme ile satılanın ayıpsız benzeri ile değiştirilmesini isteme hakkından ibaret olacaktır. Ancak her durumda alıcının, genel hükümlere göre tazminat talep edebilmesi mümkündür (TBK m. 227/f. 2).

c. Onarım İsteme Hakkı

Alıcının yeni seçimlik haklarında ilki 1. fıkranın 3. bendinde yer alan onarım hakkıdır. Alıcı aşırı bir masrafı gerektirmediği takdirde, bütün masrafları satıcıya ait olmak üzere satılanın ücretsiz onarılmasını isteyebilir. Onarım hakkının kullanılması, satıcı bakımından aşırı bir masrafı gerektirmemesi koşuluna bağlanmıştır. Bu durum özellikle günlük hayatta sürekli alınıp satılan değeri düşük saat, oyuncak, ev eşyası gibi şeylerde gündeme gelecektir. Çin malı 3 TL değerindeki bir çalar saatin arızalı çıkması halinde satıcıdan bunun tamirini talep etmek onun için satılanın değerinden fazla bir tamirat masrafının ortaya çıkması anlamına gelecektir. Bu koşulun dayanağı MK m.2/f. 2 hakkın kötüye kullanılması yasağıdır ve benzer bir koşul CISG m. 46/f. 3'de ve yine BGB § 439/f. 3'de de yer almaktadır.

d. Satılanın Ayıpsız Bir Benzeri İle Değiştirilmesini İsteme Hakkına

Mevcut kanunda BK m. 203. maddenin 1. fıkrasında yalnızca çeşit satışları için tanınmış olan bu hakkın artık herhangi bir ayırımı tabi olmaksızın kural olarak tüm satışlar için alıcıya tanınmış olduğunu görmekteyiz. Kanun gerekçesinde her ne kadar "imkân varsa" ifadesi kullanılarak bu seçimlik hakkın kullanılabilceği durumların genişletildiğinden bahsedilmekte ise de aslında bu ifade hakkın kullanımını sınırlandırmaktadır. Şöyle ki, bu ifade ile özellikle parça satışlarında, konusu itibariyle çeşit satımı ile karşılaştırılabilecek durumlarda alıcıya ancak değiştirme hakkının tanınabileceği; ancak satım konusunun güçlü bir ferdileştirmeye tabi tutulduğu durumlarda ise alıcının böyle bir hakka başvuramayacağı kabul edilmektedir. İlk duruma bir mağazada çok sayıda aynı üründen herhangi birini seçip alan alıcı; ikinci duruma ise özellikle ikinci el araba satışı örnek gösterilebilir. "İmkân varsa" ifadesi ile getirilen bir diğer sınırlama ise aynı hakkın kullanımını bakımından BGB § 439/f. 3'de yer alan "aşırı masrafı gerektirmesi" sınırlamasıdır. Bu durumda da satılanın ayıpsız benzeri ile değiştirilmesine imkân bulunmadığı söylenebilecektir. Aynı hükümde Alman kanun koyucu satılanın ayıpsız değerinin, ayıbın öneminin ve alıcının menfaatleri önemli bir kayba uğramaksızın onarım isteme hakkına başvurabilme imkânının bulunup bulunmadığının göz önünde tutulacağını öngörmektedir.

e. Genel Hükümlere Göre Tazminat Hakkı

Maddedeki en önemli yeniliklerden bir tanesi de 2. fıkrada alıcının seçimlik haklarının yanında satılanın ayıplı tesliminden dolayı uğradığı zararlar

için genel hükümlere göre tazminat isteme hakkının tanınmış olmasıdır. Bu hükmün önemi doktrinde ve uygulamada hâlihazırda hâkim görüş¹⁵ olarak kabul edilen, satıcının kötü ifayı düzenleyen hükümler çerçevesinde sorumluluğu ile ayıptan sorumluluğunun yarışacağıın kanuni düzenlemeye kavuşmuş olmasıdır. O halde alıcı, satıcıya karşı bir seçimlik hak olarak BK m. 96 vd. hükümlerine göre tazminat da isteyebilecektir. Bu kapsamda alıcı yine bir seçimlik hak olarak ifadan vazgeçmek suretiyle müspet zararının tazminini de isteyebilecektir. Bu noktada akla gelebilecek soru alıcının, diğer seçimlik hakları ile birlikte yahut bunlardan ayrı olarak TBK m. 227/f. 2'ye göre tazminat talebinde bulunabilmesi için ayıptan sorumluluğa ilişkin gözden geçirme ve bildirim gibi şekli koşulları yerine getirmek zorunda olup olmadığı ve TBK m. 231'deki 2 yıllık kısa zamanaşımı süresine mi yoksa TBK m. 146'daki 10 yıllık genel zamanaşımı süresine mi tabi olacağıdır. Kanaatim o ki, sözleşmeden dönme halinde talepe dilecek tazminatın, bu hakkın kullanımı ile aynı hüküm ve koşullara tabi olması nedeniyle, hukuki ve ekonomik açıdan burada düzenlenen tazminat ile benzer ağırlıkta sonuçlara sahip olan ifadan vazgeçerek müspet zararın istenmesi halinde de bildirim koşulu gerçekleştirilmiş olması ve tazminat talebinin benzer şekilde 2 yıllık zamanaşımı süresine tabi olması gereklidir. Öte yandan alıcının ayıplı edimi elinde tutup, ayıplı ifa nedeniyle uğramış olduğu zararlarının tazminini talep ettiği tüm hallerde ve ayıpsız benzeri ile değişimini talep ettiği hallerde ise, talebini genel hükümlere göre, yani herhangi bir bildirim koşuluna tabi olmaksızın ve TBK m. 146'da düzenlenen 10 yıllık zamanaşımı süresine tabi olarak isteyebileceği kanaatindeyim¹⁶. Ancak şu da bir gerçek ki, alıcının bedelin indirimi, onarım veya ayıpsız benzeri ile değiştirme talep ettiği hallerde, bunlardan ayrı olarak ayıplı ifa nedeniyle uğradığı zararlarının tazminini istediği takdirde TBK m. 227/f. 2 hükmü yalnızca tazminatın tabi olacağı zamanaşımı süresi bakımından önem taşıyacaktır. Zira bu durumda alıcı söz konusu haklara başvurabilmek için zaten kanunen bildirim koşulunu yerine getirmiş olmalıdır. Ancak bu durumda edimi elinde tutan ve/veya yeniden ifa imkanı tanıyan alıcının tazminat talebinin TBK 146'ya tabi olması hakkaniyete uygun düşecektir. Ancak bu haklar hiç kullanılmamış olsa da alıcı kötü ifa niteliğindeki ayıplı ifa nedeniyle TBK 112'ye göre tazminat talebinde bulunabilecektir ve bu talebi de TBK m. 146'ya tabi olacaktır. Nitekim TBK m. 227/f. 2'ye ilişkin kanun gerekçelerinde bu ayırım şu şekilde ifade olunmaktadır:

"...öğreti ve uygulamada da kabul edildiği gibi, alıcının hangi seçimlik hakkı kullanmış olursa olsun, ayrıca satılanın ayıplı tesliminden dolayı uğradığı zararlar için genel hükümlere göre tazminat isteme hakkının saklı tutulduğu

¹⁵ Bkz. Yavuz, *Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu*, İstanbul 1989, s. 232; Aral, *Kötü İfa*, Ankara 2011, s. 192.

¹⁶ Nitekim mevcut kanunun uygulaması bakımından da BK m. 96'nın uygulanabilirliğine ilişkin olarak krş. örneğin, Yavuz, *a.g.e.*, s. 232; Aral, *a.g.e.* s. 193; Oser/Schönenberger, Art. 197 OR, Rn. 6; Giger, Vorbem. Zu Art. 197-210, Rn. 20 vd., 26; Burlet, *Die Gewährleistungspflicht in ihrem Verhältnis zu den Bestimmungen über Nichterfüllung und Irrtum*, Zürich 1948, s. 71; Y. 13. HD, 04.04.1974 T, E. 492/ K. 755, YKD 1975, S. 2, s. 89-90.; Y. 13. HD, 16.03.1984, E. 8918/K. 2052, YKD 1984, s. 1046-1047.

belirtilmektedir. Ancak, alıcının, satılanın ayıplı olması nedeniyle dönme hakkını kullanmasının sonuçlarının, Tasarının 229 uncu maddesinde düzenlendiği göz önünde tutulursa, **onun dönme dışındaki diğer seçimlik hakları ile birlikte**, uğradığı zararın giderilmesini, genel hükümlere göre isteyebileceğinde bir duraksama yoktur.”

7. Madde 229

Sözleşmeden dönmenin sonuçlarını düzenleyen bu madde hükmünde önemli bir değişiklik bulunmamakla birlikte doktrinde mevcut tartışmalara da bir çözüm üret(e)memiş olması nedeniyle eleştirilebilecek bir düzenleme içermektedir. Bu bağlamda özellikle 1. fıkra bent 3’de ve 2. fıkrada yer alan “doğrudan zarar” ve “diğer zararlar” kavramları ile tam olarak ne ifade edildiği ve neden yalnızca satımda ve sözleşmeden dönmenin sonucu olarak doğrudan zararlar için satıcının kusuruna dayanmayan bir sorumluluk öngörüldüğünün cevabı henüz verilebilmiş değildir. Madde gerekçesinde doğrudan zarar ve diğer zararlar ibarelerine verilecek anlam hakkında TBK m. 217 hükmünün gerekçesine atıf yapılmıştır. Orada ise doğrudan zarar kavramının olumsuz zarar kavramı ile dolaylı zarar kavramının ise olumlu zarar kavramı ile özdeşleştirildiği görülmektedir. Oysaki şu anda doktrinde giderek hâkim olan ve bizim de katıldığımız görüşe göre doğrudan-dolaylı zarar ayırımı ile olumlu-olumsuz zarar ayırımı birbirini tam olarak karşılamamaktadır¹⁷. Doğrudan zarar-dolaylı zarar arasındaki sınır nedensellik bağının yoğunluğuna göre tespit edilmek gerekir. Buna göre ayıplı mal tesliminden doğan ilk ve en yakın zararlar doğrudan zarar, ayıplı ifa olgusuna eklenen başka olayların sonucu olarak ortaya çıkan zararlar ise “diğer” veya “dolaylı” zarar kapsamına girmektedir¹⁸. Sanırız yeni düzenlemesi ile TBK m. 229/ f. 1/b. 3 ve f. 2 yorumlanırken de ayırımın bu kritere göre yapılması isabetli olacaktır.

Bu tartışma ile bağlantılı akla gelebilecek bir diğer soru ise, acaba bu tür tazminat taleplerinde de yalnızca sözleşmeden dönme hali için öngörülmüş olan doğrudan zarar-dolaylı zarar ayırımının ve buna bağlı olarak satıcının doğrudan zararlar için kusursuz sorumluluğu ilkesinin geçerli olup olmayacağıdır. Bir başka ifadeyle alıcı onarma, bedelin indirimi veya değiştirme hakkı ile birlikte ayıptan doğan zararının tazminini de talep etmiş olsa yahut da TBK m. 125/f. 2’ye göre ifadan vazgeçerek tazminat talebinde bulunmuş olsa ayıptan doğan doğrudan zararın giderilmesi bakımından satıcının kusurunu aramazken, dolaylı zararının tazmini bakımından kusurunu arayacak mıyız?

TBK m. 229/f. 1/b. 3 hükmü, borçlunu sorumluluğu bakımından kusur sorumluluğu esasını kabul eden TBK 112 hükmünün istisnasıdır. Dolayısıyla bu istisnai hükmün dar yorumlanarak, sadece sözleşmeden dönme halinde uygulanması gerektiği söylenebilecektir. Ancak bu yorum karşısında bu durumun alıcıyı sözleşmeden dönmeye teşvik edici olacağı ve bunun da *favor contractus* (mümkün olduğu ölçüde sözleşmeyi ayakta tutan yorumun tercih edilmesi zorunluluğu) ilkesine aykırı olacağı söylenebilir. Yani sözleşmeden

¹⁷ Bkz. bu tartışmalar için Ergüne, *Olumsuz Zarar*, İstanbul 2008, s. 63 vd.

¹⁸ Aral, *a.g.e.*, s. 140; Hatemi/Serozan/Arpacı (Serozan), *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*, İstanbul 1992, s. 85; 101; Honsell, OR Art 208, Rn. 8; Ergüne, *a.g.e.*, s. 66.

dönen alıcı, satılanın onarılması hakkını kullanan alıcıdan hukuken daha avantajlı bir konuma gelmiş olacaktır. Bu durumun hakkaniyete aykırı bir sonuç doğurduğu söylenebilir. Buna karşın denilebilirki, TBK m. 229/f. 1/b. 3'e göre tazminat talep edilebilmesi için alıcının mutlaka gözden geçirme ve bildirim yükümlülüğünü yerine getirmiş olması gereklidir. Ayrıca bu hükme göre talep edilecek tazminat TBK m. 231'de düzenlenen 2 yıllık zamanaşımı süresine tabidir. Oysa alıcının genel hükümlere göre tazminat talebinde bulunabilmesi için TBK m. 223'deki külfetleri yerine getirmesi gerekmediği gibi, satıcının bu kapsamda sorumluluğunun tabi olacağı zamanaşımı süresi de 10 yıldır.

TBK m. 229 hükmü yalnızca dönme hakkı ile birlikte tazminat talep edilmiş olması halinde uygulama alanı bulabilecek; diğer seçimlik hakların kullanılması halinde ise tamamen genel hükümlere göre tazminat talep edilebilecektir. Yani bu durumda satıcının TBK m. 112 hükmüne göre kusur sorumluluğu bulunmaktadır. Ancak TBK m. 227'de düzenlenen seçimlik hakları kullanabilmenin ön koşulunun TBK m. 223'deki külfetlerin yerine getirmiş olması ve nihayet bu hakların TBK m. 231'de öngörülen 2 yıllık zamanaşımı süresine tabi oldukları göz önünde tutulduğunda, yalnızca, alıcının bu haklarla birlikte talep edebileceği tazminat talebinin bu kısıtlamalara tabi olmamasının, ortaya çıkan hakkaniyete aykırı sonucu giderici mahiyette olup olmadığı şüphelidir.

8) Madde 231 ve 244

Son olarak belirtelim ki kanun koyucu isabetli bir düzenleme ile satıcının ayıptan doğan sorumluluğunun tabi olacağı zamanaşımını taşınır satımında satılanın alıcıya devrinden itibaren 2 yıla çıkarmıştır. Ayrıca mevcut Ticaret Kanununda 25. maddede öngörülen 6 aylık zamanaşımı süresi çıkarılmıştır. Böylelikle artık ticari satımlarda da satıcının ayıptan doğan sorumluluğu Borçlar Kanunundaki 2 yıllık süreye tabi olduğundan, Borçlar Kanunu, Ticaret Kanunu, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ve hatta CISG hükümlerine tabi satımların tamamında satıcının ayıptan sorumluluğunun tabi olduğu zamanaşımı süreleri arasında uyum sağlanmıştır. Öte yandan taşınmaz satımında ise satılanın "yapı" niteliğinde olması halinde bunun ayıplı olmasından doğan davalar için zamanaşımı TBK m. 244/f. 3'de mülkiyetin devrinden itibaren 5 yıl olarak öngörülmüştür. Satıcının satılanı ayıplı olarak devretmekte ağır kusurunun varlığı halinde ise taşınır satımlarında 10 yıllık genel zamanaşımı süresi devreye girerken taşınmaz yapı satımında TBK m. 244/f. 3'de 20 yıllık özel bir zamanaşımı süresi düzenlenmiştir. Bu 20 yıllık zamanaşımı süresi, tasarının ilk halinde haksız fiil sorumluluğunda azami süre olarak 20 yıllık bir sürenin belirlenmiş olması nedeniyle, buna paralel bir düzenleme yapmak amacıyla kanuna konmuştur. Ancak haksız fiillere ilişkin hükümlerde sonradan değişiklik yapılmış ve tekrar 10 yıllık bir zamanaşımı süresi belirlendiği halde, TBK m. 244/f. 3'deki 20 yıllık süre bu haliyle kalmıştır.