Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu
Makaleler - Tebliğler

Derleyen: Doç. Dr. M. Murat İnceoğlu

XII LEVHA

YAYIN NO: 231

Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu: Makaleler - Tebliğler
Derleyen: Doç. Dr. M. Murat İnceoğlu

ISBN 978-605-5373-49-8

1. BASKI - İSTANBUL, OCAK 2012

© **ON İKİ LEVHA YAYINCILIK A. Ş.**

Adres : Prof. Nurettin Mazhar Öktel Sokak No: 3/B1 Şişli / İSTANBUL
Telefon : (212) 343 09 02
Faks : (212) 224 40 06
Web : www.onikilevha.com.tr
E-Posta : bilgi@onikilevha.com.tr

Baskı Sena Ofset Ambalaj Mat. San. ve Tic. Ltd. Şti.
Litros Yolu 2. Matbaacılar Sitesi B Blok Kat: 4 No: 20
Topkapı - Zeytinburnu / İstanbul
Tel: (212) 613 38 46
Sertifika No: 12064
Cilt Erdoğanlar Cilt - (212) 612 07 39

Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu

Makaleler - Tebliğler

Prof. Dr. Halil Akkanat
Prof. Dr. Atilla Altop
Prof. Dr. Nami Barlas
Prof. Dr. Haluk Burcuoğlu
Prof. Dr. Vedat Buz
Prof. Dr. Gülçin Elçin Grassinger
Prof. Dr. B. İlkay Engin
Prof. Dr. İlhan Helvacı
Prof. Dr. Nevzat Koç
Prof. Dr. Erden Kuntalp
Prof. Dr. Haluk Nami Nomer
Prof. Dr. Turgut Öz
Prof. Dr. Cumhur Özakman
Prof. Dr. Özer Seliçi
Prof. Dr. Rona Serozan
Prof. Dr. Cevdet Yavuz
Prof. Dr. Aydın Zevkliler
Doç. Dr. Yeşim M. Atamer
Doç. Dr. Kübra Doğan Yenisey
Doç. Dr. Emre Gökyayla
Doç. Dr. M. Murat İnceoğlu
Doç. Dr. Burak Özen
Yrd. Doç. Dr. Başak Baysal
Yrd. Doç. Dr. Kerem Cem Sanlı
Yrd. Doç. Dr. Yalçın Tosun

Derleyen
Doç. Dr. M. Murat İnceoğlu

XII LEVHA

ÖNSÖZ

Bu kitabın esasını İstanbul Bilgi Üniversitesi tarafından düzenlenen Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu teşkil etmektedir. Söz konusu sempozyuma 13 farklı üniversiteden 25 öğretim üyesi – konuşmacı ya da oturum başkanı olarak – katılmış, ayrıca pek çok öğretim üyesi de genel görüşmeler (tartışmalar) kısmında söz almak suretiyle Kanun hakkındaki görüşlerini ortaya koymuşlardır. Borçlar Hukuku alanında çalışan Türkiye'nin çeşitli yerlerinden 80'nin üzerinde akademisyenin katılmış olması, hiç kuşkusuz sempozyumun olduğu kadar, bu kitabın da değerini artırmaktadır.

1-2 Nisan tarihlerinde gerçekleşmiş olan sempozyuma 850 civarında dinleyicinin gelmiş ve kayıt yaptırmış olması, Türk Borçlar Kanunu'na ilişkin yapılacak olan açıklamaların Kanun'un yürürlüğe girmesinden önceki dönemde uygulamacılar açısından ne kadar büyük bir ihtiyaç teşkil ettiğinin en önemli göstergesidir. Ancak bu kitabın bunun da ötesinde yeni Borçlar Kanunumuza ilişkin olarak yapılacak olan doktrinsel tartışmalara ışık tutacağını, hatta bazı tartışmaları bizzat başlatacağını söylemek de yanlış olmayacaktır.

Kitabın baskı aşamasında söz konusu konuşmaların bant çözümlerinin aynen yayımlanması tercih edilmemiş, konuşmacılar tarafından bu bant çözümleri üzerinde düzeltmeler gerçekleştirilmiştir. Hatta pek çok konuşmacının kendi konularına ilişkin olarak baştan bir makale yazarak bu kitaba katkıda bulunmuş oldukları görülecektir. Böylece 2012 yılının Temmuz ayında yürürlüğe girecek olan Türk Borçlar Kanunu'na ilişkin

önemli bir eser ortaya çıkmıştır. Sempozyuma ve bu kitaba katkıda bulunan tüm Hocalarımıza sonsuz teşekkür borçluyum.

Ayrıca Ar. Gör. Ece Baş'a, gerek sempozyumun düzenlenmesi sırasında organizasyona ilişkin akla gelebilecek olan her işe yetişmesi, gerekse de kitabın basılması aşamasındaki yardımları için, Ar. Gör. Kadir Berk Kapancı ve Ar. Gör. Meliha Sermin Paksoy'a ise tashihler konusundaki destekleri için en içten teşekkürlerimi sunarım. Bunun yanı sıra bu kitabın basım aşamasını üstlenen ve büyük bir titizlik ve özenle yerine getiren On İki Levha Yayınlarına da Erol Öz'ün şahsında çok teşekkür ederim.

Doç. Dr. M. Murat İnceoğlu

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ V

İÇİNDEKİLER VII

Açılış Konuşmaları

Prof. Dr. Remzi Sanver 3

Prof. Dr. Turgut Tarhanlı 5

I. Oturum
Genel Değerlendirme ve Sözleşmenin Kurulması

Oturum Başkanı: Prof. Dr. Nevzat Koç 13

Sözleşmelerin Kurulması ve Geçerliliği - Prof. Dr. Turgut Öz 17

Genel İşlem Koşulları - Prof. Dr. Atilla Altop 27

Genel Görüşme 45

II. Oturum
Haksız Fiiller

Oturum Başkanı: Prof. Dr. Erden Kuntalp 51

Haksız Fiillerde Müteselsil Sorumluluk -
Prof. Dr. Haluk Nami Nomer 53

Kusursuz Sorumluluk Halleri - Yrd. Doç. Dr. Kerem Cem Sanlı 61

Genel Görüşme 83

III. Oturum
Borçların İfası, İfa Edilmemesi ve Sona Ermesi

Oturum Başkanı: Prof. Dr. Rona Serozan 89

Borçların İfası ve İfa Edilmemesi - Prof. Dr. Vedat Buz 91

Aşırı İfa Güçlüğü - Yrd. Doç. Dr. Başak Baysal 113

Genel Görüşme 145

IV. Oturum
Alacağın Temliki ve Sözleşmenin Devri

Oturum Başkanı: Prof. Dr. Cumhur Özakman 157

Alacağın Temliki ve Borcun Nakli - Prof. Dr. B. İlkay Engin 159

Sözleşmenin Devri - Yrd. Doç. Dr. Yalçın Tosun 169

Genel Görüşme 175

V. Oturum
Satım Sözleşmesi

Oturum Başkanı: Prof. Dr. Cevdet Yavuz 185

Taşınır Satımı Sözleşmesi - Doç. Dr. Yeşim M. Atamer..... 187

Satış İlişkisi Doğuran Haklar - Prof. Dr. İlhan Helvacı..... 223

Genel Görüşme..... 233

VI. Oturum
Kira Sözleşmesi

Oturum Başkanı: Prof. Dr. Haluk Burcuoğlu..... 243

Kira Sözleşmelerinin Kurulması ve Yenilenmesi -
Doç. Dr. M. Murat İnceoğlu 245

Kira Sözleşmesinin Sona Ermesi - Prof. Dr. Halil Akkanat..... 261

Genel Görüşme..... 273

VII. Oturum
İş Görme Sözleşmeleri

Oturum Başkanı: Prof. Dr. Aydın Zevkliler 285

Eser ve Vekâlet Sözleşmeleri - Doç. Dr. Emre Gökyayla..... 287

Hizmet Sözleşmesi - Doç. Dr. Kübra Doğan Yenisey..... 297

Genel Görüşme..... 337

VIII. Oturum
Kefalet Sözleşmesi

Oturum Başkanı: Prof. Dr. Özer Seliçi 347

Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları -
Prof. Dr. Nami Barlas..... 349

Kefalet Sözleşmesinde Def'iler ve Sona Erme -
Prof. Dr. Gülçin Elçin Grassinger..... 363

Kefalet Sözleşmesinin Türleri - Doç. Dr. Burak Özen 371

Genel Görüşme..... 389

Kapanış Konuşması

Prof. Dr. Rona Serozan..... 405

Taşınır Satımı Sözleşmesi

Doç. Dr. Yeşim M. Atamer*

I. Genel Değerlendirme

Yeni Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) satım sözleşmesine ilişkin hükümleri halen yürürlükte olan satım hukukumuz ile mukayese edildiğinde bazı maddelerde uygulama açısından önem taşıyabilecek ekleme ve çıkarmaların var olduğu tespit edilebilmektedir. Aşağıda bu düzenlemeler üzerinde ayrıntılı olarak durulacaktır. Ancak şimdiden ifade edilmelidir ki bu revizyonun satım hukukumuzu 21. yüzyılın gereklerine uygun, modern bir yüze kavuşturduğunu söylemek mümkün değildir. Satım sözleşmesine ilişkin düzenlemeler halen 2000 yıl öncesinin Roma Hukuku etkilerini taşımakta, bir dizi çelişki ve tutarsız değer yargısını aynen muhafaza etmektedir. Kanun Koyucunun nice başka TBK düzenlemesinde olduğu gibi bu noktada da dünyadaki gelişmelere sırt çevirmiş olması dikkat çekicidir. Ancak bu sırt çevirme satım hukukunda özellikle göze batıcı düzeydedir, zira Türkiye'de 1 Ağustos 2011 itibariyle yürürlüğe girmiş ve bundan sonra bütün milletlerarası satım sözleşmeleri açısından uygulama alanı bulacak olan yeni bir satım hukuku kurallar bütününün var olduğu tamamıyla göz ardı edilmiştir. Milletlerarası Mal Satımına

* İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi, yesim.atamer@bilgi.edu.tr

İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG)[1] bugün dünya ticaretinin bütün önemli ülkelerinin taraf olduğu, toplamda 76 ülkede uygulanan[2] ve 1990'lardan beri nice ülkenin satım hukukunun revize edilmesinde esas alınan bir metin olmuş olmasına rağmen[3] Türk Kanun Koyucusu tarafından yok sayılmıştır. Bunun acısını tabii ki uygulamacılar ve hakimlerimiz çekecektir. Zira bundan sonra satım hukuku için Türkiye'de dört yasal kaynakla çalışmak zorunda kalacaklardır: TBK m. 207-236; Türk Ticaret Kanunu (TTK) m. 23; Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK) m. 4 ve son olarak doğrudan maddi satım hukukunu düzenleyen CISG hükümleri (m.30-88). Tacir-tacir ulusal satımlarda TTK m. 23 ve TBK hükümleri; tacir-tacir milletlerarası satımlarda CISG hükümleri; tüketici-tüketici satımlarda TBK hükümleri, tacir-tüketici satımlarda ise TKHK hükümleri uygulanacaktır. Bu hükümler kısmen örtüşürken kısmen de, özellikle CISG-TBK hükümleri önemli farklılıklar arz etmekte olduğundan sorunların doğması kaçınılmazdır.

Dolayısıyla aşağıda, bir yandan Kanun Koyucunun getirmiş olduğu yenilikler ve değişiklikler takdim edilip, bunların yerindeliği üzerinde durulurken, diğer yandan da ilgili alanlarda yapılması ihmal edilen değişiklikler ve bunların sakıncaları kısaca yansıtılmaya çalışılacaktır. Aşağıdaki açıklamaları dikkatle okuyan okuyucu, savunulanların, Türk satım hukukunu ve genelde ifa engelleri hukukunu basitleştirmeye ve içinde bulunduğu anlaşılmaz çelişkileri aşmaya yarayacak teklifler olduğunu görecektir. Her ne kadar bu makalenin yazarı, bazı başka meslektaşları ile birlikte, bu kitabın temelini oluşturan konferansta "*Alman teorilerinin*

---

[1] RG, 7 Nisan 2010, sy. 27545. Uygulamacının, CISG'ın getirdiği satım hukukuna dair hükümleri aslında TBK m. 236 sonrasına eklenen yeni bir Ayırım olarak düşünmesi en kolayıdır. Yani TBK m. 209-236 "İkinci Ayırım – Taşınır Satışı" ve arkasında yeni bir ayırım olarak "Milletlerarası Taşınır Satışı" hükümleri eklenmiş gibi hareket edilmelidir. Zira bu Antlaşma devletler özel hukuku kuralları değil aslen maddi satım hukuku kuralları içermektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Atamer, Yeşim M.**, Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, İstanbul 2005 (Atamer, CISG).

[2] http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html

[3] Bu konuda örn. bkz. **Zimmermann, Reinhard**, The New German Law of Obligations, Historical and Comparative Obligations, Oxford 2005, s. 96 vd.

etkisinde olmak" veya *"avukatlık yapmadığı için uygulamanın ihtiyaçlarını anlamamak"* ile itham edilmişse de burada ileri sürülen görüşler ne "Alman"dır ne de salt "bilim ve teori adına" savunulmaktadır. Aksine, savunulanlar hem 85 yıllık Türk satım hukuku birikimini ve eleştirilerini hem de mukayeseli hukuk verilerini dikkate alarak kaleme alınmıştır. Görülecektir ki Almanya'da bile terk edilmiş olan anlamsız teorik tartışmalardan kendisini kurtaramamış olan ne yazık ki Kanun Koyucunun ta kendisidir.

II. Satım Hukukuna İlişkin Değişikliklerin Genel Takdimi

Satım sözleşmesine ilişkin bölümde kanunun genelinde yapıldığı gibi Türkçe sadeleştirmesine gidildiği gibi bazı tali değişiklikler yapılmış ve örneğin satıcının borçları eskiden teslim ve nakil masrafları olarak iki ayrı maddede düzenlenmiş iken bunlar m. 211 altında "devir ve taşıma giderleri" olarak birlikte ele alınmıştır. Ancak bu çalışmanın kapsamı bu tür tali noktalar üzerinde durmaya elverişli olmadığı için ana değişikliklere odaklanmak tercih edilecektir. Bunları 3 başlık altında toplamak mümkündür:

- Yarar ve Hasarın İntikali (Taşınır ve taşınmaz satımı açısından)
- Satıcının/Alıcının Temerrüdü
- Satıcının Ayıptan Doğan Sorumluluğu

III. Yarar ve Hasarın İntikaline İlişkin Yeni TBK m. 208 Düzenlemesi

1. Hasarın intikali anı ve zilyetliğin nakli ile ilişkisi

BK m.183 düzenlemesi İsviçre mehazında olduğu gibi satım sözleşmesinde **yarar ve hasarın intikali anı**nı kural olarak satım sözleşmesinin akdedilmesi anına bağlamaktaydı. Ancak bu şekilde mülkiyetin intikali ile hasarın intikali anının birbirinden ayrılması (zira mülkiyet daha sonraki bir anda, zilyetliğin nakli veya tescil ile geçer) yıllardır doktrinde

eleştirilmekteydi.[4] Temelinde özellikle Roma Hukuku'nun ve İsviçre'nin yasama tarihinin kendisine özgü uzlaşmalarının yatması nedeniyle[5] bu kuralın gerekçelendirilmesinin güçlüğü düşünüldüğünde Kanun Koyucunun bu maddeyi değiştirmesi son derece yerinde olmuştur. TBK m. 208'deki yeni düzenlemeye göre kural olarak artık hasar ve yarar taşınırlarda zilyetliğin nakli ile, taşınmazlarda ise tescil anında, yani mülkiyet ile beraber geçer. Dolayısıyla sözleşmenin kurulma anı artık hasarın intikali açısından önemini yitirmiştir.

Ancak **zilyetliğin nakli** kavramı üzerinde kısaca durmak gerekir. TBK m. 207'de satıcının borçlarını artık "zilyetlik ve mülkiyeti" alıcıya devretmek olarak tanımlayan Kanun Koyucu buna ilişkin Gerekçede şöyle demektedir:

> *"Taşınır bir malın mülkiyetinin devrinin, sadece satılanın fiilen teslimi yoluyla değil, zilyetliğin teslime bağlı olmaksızın kazanıldığı diğer yollarla da (kısa elden teslim veya hükmen teslim gibi) gerçekleşebileceği göz önünde tutularak maddede "teslim" yerine daha kapsamlı olan "zilyetliğin devri" terimi kullanılmıştır."*

Burada öncelikle ifade edilmesi gereken nokta, fiili teslim dışında diğer zilyetliğin nakli yollarının kullanılabilmesi ve bunların mülkiyetin naklinde etkili olabilmesi için tarafların bu konudaki bir anlaşmasının var olması gerekliliğidir. Eğer taraflar bir zilyetliğin devri anlaşması[6] yapmamışlarsa satıcının tek başına, örneğin hükmen teslim yoluyla mülkiyeti aktarması mümkün olamaz. Kural her zaman fiili teslim yoluyla zilyetlik naklidir, aksi taraflar arasında anlaşma gerektirir.

---

[4] **Aral, Fahrettin,** Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 7. bası, Ankara 2007, **s.** 76 vd.; **Atamer, Yeşim M.**, "Hukuk Tarihi, Karşılaştırmalı Hukuk ve Milletlerarası Hukuk Açısından BK m.183'ün Farklı Okunması Gereği", Oğuzman Armağanı, s. 133 vd. (Oğuzman Armağanı); **Serozan, Rona**, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 2006, s. 100 vd. (Borçlar Özel); **Söğütlü Erişgin, Özlem,** Tarihsel ve Dogmatik Açıdan Periculum Est Emptoris (Hasar Alıcıya Aittir), Ankara 2010, s. 147 vd.

[5] Ayrıntılı bilgi için bkz. **Atamer**, Oğuzman Armağanı, s. 135 vd.

[6] Kavram hakkında bkz. **Serozan, Rona**, Taşınır Eşya Hukuku, 2. Bası, 2007, 116 vd. ve özellikle 126.

Hasarın intikali açısından farklı olasılıkları gözden geçirmekte fayda vardır:

– Bir atın satımına ilişkin olarak tarafların akdettikleri sözleşmede semenin ifa edilmesi ve atın da durduğu tarladan gidip alınabileceği yönündeki bir anlaşma yapılması hem zilyetliğin hem de mülkiyetin nakli açısından kuşkusuz yeterlidir. Hasar da bu zilyetlik sözleşmesi ile geçecektir;

– Atın zaten alıcı tarafından daha önce kiralanmış olduğu için onda durması ve şimdi satın alınması halinde de hem mülkiyet hem de hasar kısa elden teslime ilişkin zilyetlik anlaşması ile geçecektir;

– Atın satıcının harasında duruyor olması ve sözleşme sonrası bakım amaçlı olarak durmaya devam edecek olması halinde de mülkiyet ve hasar hükmen teslime ilişkin zilyetlik devir anlaşması ile alıcıya geçecektir;

– Atın üçüncü bir kişinin harasında duruyor olması ve satım sözleşmesinde tarafların bir zilyetliğin havalesi anlaşması yapmış olması halinde yine mülkiyet ve zilyetlik bu an itibariyle alıcıya geçecektir.

Zilyetliğin fiilen nakli veya nakline ilişkin anlaşmaların aynı zamanda hasarı geçirmeleri normaldir. Ancak sorun daha çok zilyetlik nakli hiç olmaksızın hasarın geçip geçmeyeceğidir. Buna ilişkin olarak m. 208 farklı olasılıklar öngörmektedir.

Öncelikle taraflar kanunda sunulan çözümden sapan bir düzenleme yapma hakkına sahiptir. Sonuçta TBK m. 208 bir yedek hukuk kuralıdır. Bunun yanı sıra "*kanundan veya durumun gereğinden*" farklı bir sonuca varılması, yani hasarın daha önceki bir anda intikali sonucuna varılması imkanını da kanun koyucu açık bırakmıştır.

Diğer yandan TBK m. 208'e eklenmiş yeni f. 2 uyarınca taşınır satışlarında alıcının satılanın zilyetliğini devralmada temerrüde düşmesi durumunda zilyetliğin devri gerçekleşmişcesine satılanın yarar ve hasarı alıcıya geçer. Madde gerekçesinden anlaşıldığı kadarıyla bu fıkra hazır-

lanırken örnek alınan düzenleme Alman Medeni Kanununun (BGB) satım hukuku bölümünde yer alan § 446'dır. Oysa bu yeni fıkra ile aslında **alacaklı temerrüdü** halinde satım sözleşmesi özelinde hasarın ne zaman intikal edeceği sorusuna bir cevap üretilmektedir. Bu açıdan da düzenlemenin alacaklı temerrüdüne ilişkin TBK m. 106 içinde yer alması aslında daha anlamlı olurdu. Zira aynı sorun başka sözleşmelerde de doğmakta; alacaklının temerrüde düştüğü bütün hallerde hasarın ve yararın ne zaman geçeceği sorusu genel hükümlerde açık kalmaktadır.[7] Ancak alıcının temerrüdü hali için getirilen bu düzenlemenin genelleştirilerek kıyas yoluyla diğer sözleşme türlerinde de uygulanması kuşkusuz mümkündür. Kabul edilen ilke adil bir hasar dağılımı ilkesi getirmekte ve bu anlamda borçlu temerrüdüne ilişkin TBK m. 119'a (BK m. 102) paralel bir mantıkla çalışmaktadır: temerrüde düşen taraf, ister borçlu ister alacaklı temerrüdü olsun, edim konusunun başına gelebileceklere katlanmak zorundadır.

Son olarak TBK m. 208, f.3'de şu düzenlemeye yer verilmiştir: "*Satıcı alıcının isteği üzerine satılanı ifa yerinden başka bir yere gönderirse, yarar ve hasar, satılanın taşıyıcıya teslim edildiği anda alıcıya geçer.*" Madde gerekçesinde bunun 818 sayılı BK'da yer almayan yeni bir hüküm olduğu açıklamasına yer verilmiş ve bu konuda CISG m. 67 ile BGB § 447'nin örnek alındığı yazılmıştır. Bu noktada öncelikle tespit edilmesi gereken, eski BK m. 183, f.2'nin pekâlâ **gönderme borcu** içeren satım sözleşmelerinde hasarın intikali sorununu dikkate aldığı ve bunları özellikle çeşit borçları açısından düzenlemiş olduğudur. Hatırlanacağı üzere bu hüküm, satılan "*başka bir yere gönderilecek ise satıcının bu maksatla satılan üzerinden yedini refetmiş bulunması da şarttır*" cümlesine yer vererek, gönderme borcunda hasarın ancak taşıyana teslim ile geçeceğini kabul etmişti.[8] Bu noktada yeni düzenlemenin farkı sadece çeşit veya parça borcu ayırımı yapmaksızın, her türlü borç tipi açısından, gönderme borcu kararlaştırılan hallerde, henüz malın zilyetliği alıcıya intikal etmeden, malların

---

[7] Bu konuda örn. bkz. **Koç, Nevzat**, İsviçre-Türk Hukukunda Alacaklının Temerrüdü, 1992, s. 277 vd.

[8] **Aral**, s. 82; **Gümüş, Mustafa Alper**, Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, İstanbul 2008, c.1, s. 70.

ilk taşıyıcıya teslimi aşamasında hasarın intikaline izin vermesidir. Yani hasarın ve yararın intikali anı öne çekilmektedir. Sebebi ise, bir gönderme borcu kararlaştırılmış olması, yani alıcının istediği ile malın ifa yerinden başka bir yere gönderilmesidir. Bu durumda yolculukta malın başına gelebileceklerin rizikosunu alıcının taşıması makuldür.

2. TBK m. 208'de açık kalan noktalar

Yeni TBK m. 208 düzenlemesinin en önemli zaafı ise ne yazık ki çeşit borcu olgusunun özel isterlerini, yani hasarın geçmesi için ayırt etme zorunluluğunu tamamen göz ardı etmiş olmasıdır. Her ne kadar eski m. 183 hasarın intikali için "*nev'an tayin edilmiş olan satılanın ayırt edilmiş olması da lazımdır*" cümlesine yer vermiş olsa da yeni hüküm bu konuda susmuştur. Bunun gerekçesi ise ilginçtir:

> *"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.* ***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. maddesine alınmamıştır."*

Gerekçenin sunduğu "neden" aslında sorunun ne kadar da anlaşılmadığının bir göstergesidir. TBK m. 208'in Gerekçesi bütün satım hükümleri arasında CISG'a atıf yapılan tek maddedir ama ne yazık ki bu atıf yanlıştır. Zira CISG her ne kadar hasarın teslim (yani zilyetliğin nakli) ile geçeceğini öngörmüş olsa da çeşit borcunda ayırt edilme zorunluluğundan asla taviz vermemiştir, vermesi de düşünülemez. Zira zilyetliğin nakli ile çeşidin zaten parçaya dönüştüğü, dolayısıyla ayırt edilme gereğinin kalmayacağı düşüncesi sadece olayların bir bölümü için doğrudur. Buna karşılık alıcının teslim almada temerrüde düştüğü bütün hallerde ve gönderilmesi kararlaştırılan çeşit borçları açısından ayırt etme mecburiyeti

hasarın intikali için aynen bakidir. Nitekim milletlerarası satımlara ilişkin BM Konvansiyonu bunu iki ayrı maddede çok açık bir şekilde ifade etmektedir (bkz. CISG m. 67, f. 2 ve m. 69, f. 3).[9] Örneğin, aranacak bir borcun kararlaştırıldığı hallerde vade gününde alıcının gelip fabrikadan 100 ton buğdayı teslim almaması ve bunların daha sonra bir yangında telef olması durumunda, satıcının ifa yükümlülüğünün sona erdiğini kabul edebilmemiz için bu buğdayın en geç vadede ayrılmış ve bu sözleşmeye tahsis edilmiş olması gerekir. Aksi takdirde satıcı halen ifa yükümlülüğü altındadır, hasar intikal etmemiştir. Aynı şekilde bir gemiye dökme yük olarak buğday yüklenmiş ancak mallar "*üzerlerindeki ayırt edici işaretler, taşıma belgeleri, alıcıya yapılacak bildirim veya diğer herhangi bir yolla açıkça sözleşmeye tahsis edilme*"miş ise hasar alıcıya geçmez (CISG m. 67, f. 2). Bu açıdan kanımca en doğru çözüm, TBK m. 208'de artık açıkça düzenlenmemiş olmasına rağmen çeşit borcunda ayırma mecburiyetinin aynen devam ettiğinin (hasar düzenlemelerinin mantığı icabı) kabul edilmesi ve bu konuda milletlerarası satıma ilişkin CISG hükümlerinin kıyasen iç hukuk satımları açısından da uygulanmasıdır.

Hasarın intikaline ilişkin m. 208'in diğer sorunlu bir yanı geciktirici koşula[10] bağlı satım sözleşmelerinde hasarın intikali konusundaki düzenlemeye yeni hükümde yer verilmemiş olmasıdır. Yukarıda aktarılan gerekçeden anlaşıldığı üzere bunun da nedeni (aynı, çeşit borcunda ayırmanın düzenlenmemesi gibi) hasarın artık sözleşmenin kurulması yerine teslim ile geçecek olmasıdır. Ancak burada da aslında sorunun çözümü havada kalmaktadır. BK m. 183, f.3 uyarınca koşullu satımda yarar ve hasar ancak "*şartın tahakkuku anından itibaren iktisap edene geçer*"di. Yani bu düzenleme malın şart gerçekleşmeden alıcıya teslim edildiği hallerde BK m. 151'in (TBK m. 172) istisnasını oluştururdu. Zira genel hükümlere göre koşulun gerçekleşmesi ile yarar geriye yürüyerek teslim anından itibaren geçerken, satım sözleşmesinde yarar ve hasar ancak koşulun gerçekleşmesinden iti-

---

[9] Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Atamer**, CISG, s. 266 ve 270-271.

[10] TBK m.172, 1926'dan beri "şart" olarak bildiğimiz kavramı "koşul" olarak değiştirmiştir. İkisi de Türkçede son derece yaygın kullanılan bu kavramların biri yerine diğerinin kullanılmasının kanunun sadeleştirilmesi açısından faydası kanımca son derece tartışmalıdır.

baren ileriye dönük olarak geçerdi.[11] Şimdi koşullu satıma ilişkin bu düzenleme tümüyle silindiğinden satım konusunun şart gerçekleşmeden teslim edildiği hallerde genel hükümlerin uygulanacağı kabul edilecektir. Ancak bu durumda en azından yeni TBK m.172'de sorunu sadece yarar açısından değil hasar açısından da düzenlemek doğru olurdu. Zira bu ikisi hep el ele giden iki konudur. Sonuç olarak, koşula bağlı her satım sözleşmesinde koşulun gerçekleşmesine bağlı olarak hem yararın hem de hasarın artık teslim anından itibaren geçtiği kabul edilmek gerekecektir.

IV. Satıcının ve Alıcının Temerrüdüne İlişkin TBK m. 212-213 ve m. 236

1. Değişenler

Aslında satıcının da alıcının da temerrüdüne ilişkin hükümlerde genel mantık olarak değişen hiç bir şey olmamıştır. Satıcının temerrüde düşmesi ihtimali için BK m.187 ve 188'de sadece ticari satımlar için özel düzenlemeler mevcuttu. Dolayısıyla adi satım sözleşmeleri için genel hükümlerdeki temerrüt düzenlemesinin uygulanacağı kabul edilmekteydi (BK m.106-108). TBK m. 212, f.1 artık bunu açıkça ifade etmiştir: "*Satıcının temerrüdü halinde borçlu temerrüdüne ilişkin genel hükümler uygulanır*". Dolayısıyla satıcının temerrüdü halinde alıcının elindeki imkanlar BK m. 125 uyarınca yine üç adettir: 1. İfada ısrarcı olup yanında gecikmeden doğan zararının tazminini talep etmek; 2. Sözleşmeden dönüp "*sözleşmenin hükümsüz kalması sebebiyle uğradığı zararı*" tazminat olarak istemek ve 3. İfadan vazgeçip, ama sözleşmeden dönmeyip, ifa yerine tazminat istemek.[12] Eğer alıcı hemen aksini bildirmezse adi satımda ifada ısrar ettiği ve yanına tazminat istediği kabul edilir (1. opsiyon). Eskiden olduğu gibi yeni TBK m.212, f.2 de ticari satımlarda bu karineyi farklı düzenlemekte ve belirli vadeli ticari satımlarda temerrüde düşülmesi ihtimalinde alıcının ifadan vazgeçip yerine müspet zararının tazminini istediği kabul edilmektedir (3. opsiyon).

---

[11] Bu konuda örneğin bzk. **Sirmen, Lale**, Türk Özel Hukukunda Şart, 1992, s. 142-144.

[12] Ayrıntı için bkz. **Serozan**, **Rona**, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşmer, İstanbul 2009, s. 228 vd.; **Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, 7. bası, İstanbul 2011, s. 544 vd.

TBK m. 213 bu opsiyonun tercih edildiği ihtimallerde müspet zararın nasıl hesaplanacağına ilişkin olarak hakime yol göstermektedir. Bu açıdan eski BK m. 188 ile örtüşmektedir. Tek fark, maddenin uygulama alanının genişlemiş olmasıdır. Zira eskiden bu hesaplama yönteminin sadece tacirler arasındaki satım sözleşmelerinde uygulanması kabul edilirken, yeni düzenleme her türlü satım açısından uygulanmasına imkan tanıyacak şekilde "ticari" satım gereğinden vazgeçmiştir. Buna göre, herhangi bir satım sözleşmesinde eğer alıcı sözleşmeden dönmeyip, ifa yerine tazminat talep etmişse bu tazminatın hesaplanmasında fark kuramı esas alınabilir. Fark kuramına göre: 1. alıcının yapmış olduğu ikame bir alım varsa bu alımın bedeli ile temerrüde düşülen sözleşmedeki bedel arasındaki fark veya 2. borsada kayıtlı veya piyasada fiyatı bulunan bir mal söz konusu ise doğrudan piyasa fiyatı ile temerrüde düşülen sözleşmedeki bedel arasındaki fark müspet zarar olarak talep edilebilir. Ancak bunun ön koşulu alıcının sözleşmeden dönmemiş olmasıdır. Zira dönme halinde sadece menfi zararın tazmini istenebilir ki bu BK m. 125, f.3'de açıkça vurgulanmıştır.

TBK m. 213'ün aynada aksi, alıcının temerrüdü halinde tazminatın hesaplanmasına ilişkin olarak fark kuramını kabul eden m. 236'dır. Bu madde de eski halinde sadece ticari satımlar açısından uygulama bulurdu. Yani ancak ticari satıcı, ikame satımdaki satım bedeli ile ifası mümkün olmayan ilk sözleşmedeki bedel arasındaki farkı isteyebilirdi. Veya borsada kayıtlı veya piyasa fiyatı bulunan mallar için bu tür bir ikame satım yapılmaksızın soyut olarak zarar hesap edilebilirdi. İşte bu düzenleme artık ticari olmayan satımlar açısından da aynen geçerlidir.

2. Değişemeyenler

Bu satırların yazarı gerek yüksek lisans gerekse çok sayıda sertifika programında avukat öğrencilerine "temerrüde düşülmesi halinde alıcının elindeki üç hak hangisidir" diye sormayı adet edinmiştir. Bahsi geçen öğrenci kitlesinin çok çeşitli hukuk fakültelerinden mezun olmuş 500'den fazla avukat veya stajyer avukat olması rakamın belirli bir temsil kabiliyeti olduğunu gösterir. Verilen cevaplarda bugüne kadar, istisnasız hep sadece iki hakkın hatırlandığı görülmektedir: (gecikmiş ifa + tazminat) ile (dön-

me + tazminat). Buna karşılık "ifa yerine tazminat" opsiyonu adeta hafızalardan silinmiştir. Buna acaba şaşmak gerekir mi? Kanımca hayır. Bu alternatifi üst düzeyde akademik toplantılarda bile yabancı meslektaşlara açıklamak zorken, öğrencinin kavrayıp aklında tutması nasıl mümkün olsun? 19. yüzyıl Alman hukukçularının "dönme ile tazminat istenemez" dogmasının yumuşatılarak İsviçre kanun koyucusu tarafından "dönme ile ancak menfi tazminat istenebilir" şekliden kabul edilmesi sonucu bizim sistemimize giren bu anlayış bugün nice hukuk düzeni tarafından paylaşılmamaktadır.[13] Nitekim alıcının ifa talebinden vazgeçmesi aslında sözleşmenin devam ettirilmesine yönelik bir talebinin kalmadığı anlamına gelir. Normal olan bu durumda tazminat istemesidir. Bu tazminatın ise müspet zarara yönelik olması yine işin doğal akışı gereğidir. Örneğin alıcının, kendisine mal teslim etmeyen satıcıdan, o malı başkasından almak için harcadığı fazla semeni istemesi kadar doğal bir şey olamaz. Bu noktada ama alıcıya (ve tabi hukuk öğrencisine) bu tazminatın sadece sözleşmeden **dönülmemesi** halinde istenebileceği, yanlışlıkla dönülecek olursa ancak menfi zararın istenebileceği nasıl anlatılabilir? Hele de, ifa yerine tazminat opsiyonunu uygularken fark kuramına başvurduğumuz bir ihtimalde. Yani alacaklının kendi edimini yerine getirmekten kurtulduğu, karşı tarafın da tazminat ödediği bir durumda aslında sözleşmenin halen ayakta olduğunu kime anlatmak mümkündür? Ne yazık ki yeni BK'yı hazırlayan Komisyon Alman hukukçularının başımıza sardığı bu dogmayı, 2002 reformu ile Alman Medeni Kanunu bile terk etmiş olmasına rağmen aynen muhafaza etmiştir.

Oysa yapılacak olan şey çok basitti: gerek satım sözleşmesinde gerekse genel temerrüt hükümlerinde sözleşmeden dönme halinde müspet zararın tazminine izin vermek.[14] İfa yerine tazminat opsiyonunu tümden kaldırıp kaldırmamak konusunda tartışmaya girmeye bile gerek yoktu. Bu opsiyon aslında yok denecek kadar sınırlı hallerde (mesela alacaklının karşı edimi elde edememesine rağmen kendi edimini ifa etmekte ısrar ettiği trampa sözleşmelerinde) uygulama bulacak olsa da kanunda

---

[13] Bu konuda son derece açık ve aydınlatıcı bilgiler için bkz. **Ergüne, Mehmet Serkan**, Olumsuz Zarar, İstanbul 2008, s. 254 vd.

[14] Aynı görüşte örn. **Ergüne**, s. 267; **Serozan,** Borçlar Genel, s. 236.

bırakılabilirdi. Ama en azından dönme konusunda uygulamanın içi rahat hareket eder, dilerse menfi dilerse müspet zararın tazminini talep edebilirdi. Nitekim okuyucuyu bu noktada uyarmakta fayda vardır: CISG milletlerarası satım sözleşmelerinde temerrüde düşülürse alacaklıya sadece iki opsiyon tanımaktadır: ya ifa ve gecikme tazminatı isteyebilir, ya da sözleşmeden dönerek ifa etmeme tazminatı. Ama bu tazminat müspet zararın tazminine yönelik de olabilir, menfi zararın tazminine yönelik de[15]. Bu kavramları hiç kullanmamıştır bile CISG. Seçimi alacaklıya bırakmıştır.

V. Satıcının Malın Ayıbından Doğan Sorumluluğu

1. Ayıp Tanımı

TBK m. 219, f.1 her ne kadar ayıp tanımını detaylandırmışsa da özünde değişen bir şey yoktur. Malın **i.** objektif olarak kendisinden beklenen özelliklere ve **ii.** sübjektif olarak alıcıya bildirilen özelliklere sahip olmaması halinde ayıplı olduğu kabul edilecektir. Bu ayıpların maddi, hukuki veya ekonomik olması mümkündür. Bu tanımlama Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 4, f. 1'den alınmıştır ve aslında sadece ayıp türlerini kategorize etmeye yaramaktadır.[16] Buna göre maddi ayıp, maldaki kırık, çıkık, bozuk gibi fiziksel niteliklerine ilişkin eksikliklerdir. Hukuki ayıplar malın amacına uygun şekilde kullanılmasını engelleyen, örneğin inşaat veya çevre mevzuatından doğan sınırlamalar gibi hukuksal sınırların varlığı halinde kabul edilir. Ekonomik ayıplar ise, satım konusundan istenilen verimin alınamadığı veya masraflarının beklenenden fazla olması halinde söz konusu olur. Örneğin şehir içinde 100 km'de ortalama 7 lt. benzin yaktığı bildirilen otomobilin veya 5 kg çamaşır yıkadığı söylenen makinenin bundan daha fazla benzin kullanması veya yıkama kapasitesinin daha az olması bir ekonomik ayıptır. Ancak 1.800 TL'ye alınan çamaşır makinesinin, başka mağazada 1.300 TL'ye satılıyor olması bir ekonomik ayıp değildir. Yani semene ilişkin tartışmalar bu bağlamda ele alınamaz.

---

[15] Ayrıntılı bilgi için bkz. **Atamer,** CISG, s. 450 vd.

[16] Örn. bkz. **Gümüş,** s. 129 vd.

Sonuç olarak, maddi, hukuki veya ekonomik bir ayıbın varlığı halinde satıcı alıcıya karşı sorumludur.

2. Ayıptan sorumluluğun kusur ile bağlantısı ve sorumsuzluk anlaşması

TBK m. 219, f.2'de (aynı BK m. 194, f.2'de olduğu gibi) satıcı "*... ayıpların varlığını bilmese bile sorumludur*" hükmü yer almaktadır. Örneğin, satılan televizyonun ayıplı çıkması ihtimalinde nihai satıcı, malların paketli olması nedeniyle, bunu bilmesine fiilen imkan olmamasına rağmen tamirat veya yenisi ile değiştirme gibi taleplere muhatap olacaktır. Yani TBK m.227'de sayılan dört seçimlik hak kendisine karşı kullanılabilecektir. Ancak burada hemen vurgulanmalıdır ki, satıcının tazminat ödeme borcu açısından da bir kusursuz sorumluluğu olduğu sonucuna bu fıkraya bakarak varılmamalıdır. Bu konuya aşağıda daha ayrıntılı olarak değinilecektir.[17]

Satıcının ayıpları bilmese bile sorumlu olması durumu sadece hayvan satımları açısından sınırlandırılmıştır. Eski kanun koyucu, hayvan satıcısının ancak yazılı taahhüdü veya kasten alıcıyı iğfal ettiği ihtimallerde sorumlu olacağını öngörmekteydi. Oysa yeni haliyle TBK m. 220'de hayvan satıcısının sorumluluğu genişletilmiş ve yazılı olarak üstlenilmiş olmasının yanı sıra, kasten veya ağır ihmal ile ayıbın varlığının gizlenmesi hallerinde de sorumluluk olacağı öngörülmüştür.[18] Demek ki ağır ihmali ile farkına varamadığı ayıplar nedeniyle de artık hayvan satıcısı sorumlu olacak ve kendisine karşı m.227'deki dört seçimlik hak kullanılabilecektir.

Satıcının bu sorumluluğunu sınırlamak veya ortadan kaldırmak için bir sorumsuzluk anlaşması yapmak istemesi normaldir. TBK m. 221 uyarınca bu imkan kural olarak kendisine tanınmıştır, ancak sınırları var-

---

[17] Bkz. aşağıda V 6.

[18] Aslında madde "ağır kusur" kavramını kullanmaktadır. TBK m.114'e ilişkin Gerekçeden anlaşıldığı üzere bu kast ve ağır ihmali kapsayacak olan bir kavramdır. Hukuk terminolojisinde aslında "kusur" üst başlıktır ve bu, kast ve ihmal; ihmal de, ağır ihmal ve hafif ihmal olarak alt başlıklara ayrılır. Ancak Kanun Koyucu bu yerleşik kavramları değiştirmekte beis görmemiştir.

dır. Bilindiği gibi BK m. 196, ayıbın kasten alıcıdan gizlendiği hallerde sorumsuzluk anlaşmalarını geçersiz saymıştı. BK m. 99'un sorumsuzluk anlaşmalarının sadece hafif ihmal için akdedilebileceği yönündeki genel kuralı karşısında bu özel kuralın nasıl uygulanacağı çok tartışmalıydı.[19] Nitekim bunu da dikkate alarak Kanun Koyucu, TBK m. 221'de satıcının malı ayıplı olarak devretmekte kastının veya ağır ihmalinin olması halinde sorumsuzluk anlaşması yapılamayacağını öngörmüştür. Dolayısıyla düzenleme artık BK m. 99'un yerini alan TBK m. 115 ile paraleldir.

3. Alıcının bildiği ayıplardan satıcının sorumluluğu

Doğaldır ki alıcı bile bile ayıplı bir mal satın alıyorsa artık bu ayıptan dolayı satıcının sorumluluğuna gidememelidir. Aksi, çelişkili davranış yasağına takılırdı. Nitekim BK m. 197 ve onu takiben TBK m. 222 bu konuyu ele almaktadır. Ancak sorun "bilmek" kavramından tam olarak ne anlaşılması gerektiğidir. Zira ilk fıkra ayıbı bilen alıcıdan bahsederken ikinci fıkra "alıcının **yeterince gözden geçirmekle** görebileceği ayıplardan" bahsetmektedir. Bu ikinci tür ayıptan da satıcı sorumlu tutulmayacaktır. Peki, eski kanunda karşılığı "kafi derecede muayene" etmek olan "yeterince gözden geçirmek" acaba ne demektir? Hele de bir sonraki maddenin (m. 223) kenar başlığının "Gözden geçirme ve satıcıya bildirme" olduğu ve bu maddenin eski terimiyle muayene etme ve ihbar yükümlülüğünü düzenlediği düşünülecek olursa bu konuda soru işaretleri artmaktadır.

Sorunun cevabı ne yazık ki çok basittir: eski kanun koyucu bir tercüme hatası yapmış ve İsviçre mehazında "yeterli dikkat gösterilmesi halinde" kavramlarını "kafi derecede muayene etmek" olarak tercüme etmişti. Bu tercüme hatasının tehlikesi, alıcı için malın satın alınmasından sonra değil de öncesinde de bir muayene külfetinin olduğu intibaını uyandırmış olmasıdır. Nitekim bu tercüme hatasına doktrinde işaret edilerek maddenin mehaza göre anlamlandırılması tavsiye edilmişti.[20] Ancak TBK'yı

[19] Örn. Bkz. **Yavuz, Cevdet**, Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu, İstanbul 1989, s. 100-101 (Ayıp); **Aral,** s. 153; **Serozan**, Borçlar Özel, s 155.

[20] Bkz. **Gümüş**, s. 137

hazırlayan Komisyon ne yazık ki bu konudaki ikazları[21] da göz ardı ederek tercüme hatasında ısrar etmiş ve yine sözleşme öncesinde ve sonrasında alıcıya düşen görev için aynı kavramı kullanmış ve "gözden geçirme"den bahsetmiştir. Oysa birazdan görüleceği üzere, sözleşmenin kurulmasından sonraki muayene yükümlülüğü bile hukuk politikası açısından son derece tartışmalı bir düzenlemeyken bunu bir de sözleşme kurulmadan öncesine teşmil edecek ifadeler kullanmak çok sakıncalıdır. Yapılacak tek şey yeni haliyle de TBK m. 222, f. 2'yi mehaza göre anlamlandırmaya devam etmektir. CISG m. 35, f. 3 de bu konuda yeni bir destek sayılabilir. Burada çok rafine bir çözüm sunulmuş ve alıcının sözleşmenin kurulması anında bildiği ve "bilmemesinin mümkün olmadığı" ayıplardan dolayı satıcının sorumlu olmayacağı ifade edilmiştir.[22]

4. Gözden Geçirme ve Satıcıya Bildirme

TBK m. 223, alıcının, işlerin olağan akışına göre imkan bulur bulmaz malı gözden geçirmek ve bir ayıp tespit ederse bunu uygun süre içinde satıcıya bildirmek zorunda olduğunu öngörmektedir. Bu düzenleme, aynı eski BK m. 198 gibi, alıcının sırtına bir külfet yüklemekte ve açık ayıplara ilişkin muayenenin veya ihbar yükümlülüğünün geciktirilmesi halinde alıcının ayıptan doğan tüm haklarını kaybedeceğini düzenlemektedir. Düzenlemedeki tek yenilik ihbar konusunda biraz daha esnek olunması ve "derhal" yerine artık "uygun bir sürede" bildirimin yeterli görülmesidir. İkinci fıkrada ise olağan gözden geçirme ile ortaya çıkmayacak gizli ayıplara ilişkin bildirim külfeti düzenlenmiştir. Burada birinci fıkrada gösterilen esneklik terk edilmiş ve yine eski düzenlemedeki gibi ayıbın "hemen" satıcıya bildirilmesi öngörülmüştür. Aksi takdirde yine satılanın bu ayıpla kabul edildiği farz edilir.

Acaba bu düzenlemede rahatsız edici olan noktalar var mıdır? Mesela, şöyle düşünülebilir mi: "Alıcının olağan bir gözden geçirme ile bulabileceği ayıbı satıcının evleviyetle bulması gerekmez mi?" "Neden satıcının sorumluluk alanında gerçekleşen bir sözleşmeye aykırılığın

---

[21] **Atamer, Yeşim M.**, "Revize Edilmiş Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirme ve Teklifler", Hukuki Perspektifler Dergisi 2006, sy.6, s. 31 (TBK Tasarısı).

[22] Bu konuda bkz. **Atamer**, CISG, s. 237 vd.

sonuçlarına alıcı katlanmaktadır?" Bu soruların cevabını, hükmün tarihi kökeni ve çok sayıda mukayeseli veri ile birlikte Bucher/Buz'un 2004 tarihli "Mağdur Edilen Alıcı" başlıklı makalesinde bulmak mümkündür.[23] Yazarları burada uzun boylu tekrar etmeye gerek yoktur, ilgili okuyucuya makale hararetle salık verilir. Ancak çalışmadan yazarların vardığı bir sonucu buraya aktarmak doğru olacaktır: Karşılaştırmalı hukuk verileri göstermektedir ki Türk/İsviçre Borçlar Kanunu, Kıta Avrupa'sı hukuk sistemleri içerisinde, tacir olmayan şahıslar arasındaki satım sözleşmeleri bakımından muayene ve ihbar yükümlülüğü öngören tek kanundur.[24] Bunun sebebi araştırıldığında ise yine hayli basit gerekçeler tespit edilmektedir: İsviçre'de Ticaret Kanunu ayrı bir kanun değildir ve Borçlar Kanunu'nun devamı mahiyetindedir. Adi ortaklık sözleşmesi ile bizim kanunumuz biterken İsviçre'de şirketler bölümü ile kanun devam etmektedir. Dolayısıyla BK'nın genel ve özel bölümü aynı zamanda ticaret hayatının gerekleri de dikkate alınarak kaleme alınmış ve adeta TTK'nın ilk 123 maddesine tekabül eden[25] bölüm görevini üstlenmiştir. Bu açıdan özellikle satım sözleşmesi hükümleri ticari satımın ihtiyaçları ön plana alınarak düzenlenmiştir.[26] Şimdi, İsviçre'de bile kanun koyucunun bu tercihi eleştirilirken[27] ayrı bir Ticaret Kanunu ve bu kanunda ticari satıma ilişkin özel muayene ve ihbar yükümlülükleri olan Türkiye'de acaba neden BK içine yeniden bir muayene ve ihbar yükümlülüğü koyulur? Neden bu

---

[23] **Bucher, Eugen/Buz, Vedat**, "Mağdur Edilen Alıcı – Türk/İsviçre Borçlar Kanununun İki Özelliğinin Eleştirisi: Muayene ve İhbar Külfeti, BK m. 202/II'ye göre Dönme Yerine Bedel İndirimine Karar Verilmesinin Masraflara İlişkin Sonuçları", Kocayusufpaşaoğlu Armağanı, İstanbul 2004, s. 145 vd.

[24] Bu konuda ayrıntılı mukayeseli bilgiler için ayrıca bkz. **Schwartze**, Europäische Sachmängelgewährleistung beim Warenkauf, Optionale Rechtsangleichung auf der Grundlage eines funktionalen Rechtsvergleichs, Tübingen 2000, 474 vd.

[25] Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun Birinci Kitabı esas alınmıştır.

[26] Nitekim BK m.187-188'in (TBK m. 212-213) ticari satımda temerrüdü ve sonuçlarını düzenlemesi; m. 201'de (TBK m. 226) başka yerden gönderme bahsi altında tamamen ticari satımlara uygun muhafaza ve mahkeme aracılığıyla sattırmaya ilişkin hükümlerin olması da bu sebebe dayanır.

[27] Kramer'in ifadesi ile İsviçre'de borçlar hukuku bu yüzden "ticarileşmiştir" (*Kommerzialisierung*), bkz. **Kramer, Wolfgang**, "Probleme der kaufvertraglichen Sachmängelhaftung im schweizerischen, österreichischen (liechtensteinischen) und deutschen Recht", Lichtensteinische Juristenzeitung, 1988, s. 1, 4.

düzenlemeler doğrudan yeni TTK m. 23 içine aktarılarak bu tarihsel hata düzeltilmez? Ticari satımlar için son derece meşru bir menfaat olan çabukluk, açıklık, belirlilik gibi isterler bir yana, ticari satımda alıcı da satıcı kadar işin ehlidir ve muayene etme yetkinliğine ya kendisi sahiptir ya da yetkin kişilere muayene ettirme imkanı vardır. Nitekim CISG da milletlerarası satımlar için m. 38 ve 39'da muayene ve ihbar yükümlülüklerini düzenlemiştir. Ama bu mülahazalar ticari satım dışındaki satımlara hiçbir şekilde uymaz.

Ancak ilginçtir, Kanun Koyucu bu hatayı düzeltmemesine rağmen TBK m. 225'de yaptığı bir değişiklik ile muayene ve ihbar külfetini zamanında yerine getirmeyen kişinin hak kaybını telafi etmek için sanki bir çözüm üretmeye çabalamıştır. Bakalım başarılı olmuş mudur? Hatırlanacağı üzere BK m. 200 uyarınca satıcının alıcıyı iğfal ettiği, yani ayıbı bile bile, kasten bu malı sattığı hallerde daha sonra ayıbın vaktinde ihbar edilmediği iddiasında bulunması kabul edilmez. Bu düzenlemenin uygulama alanı TBK m. 225'de genişletilmiştir. Öncelikle sadece kasıt hallerinde değil satıcının ağır ihmali ile ayıbı tespit edemediği hallerde de alıcı ihbarı geç yapmış olsa dahi hak kaybına uğramayacaktır. Nitekim CISG m. 40 aynı bu mantığı milletlerarası ticari satımlar için de kabul etmiştir.[28] Fakat Borçlar Kanunu'nda bununla yetinilmeyip m. 225'e bir de ikinci fıkra eklenmiştir:

> *"Ağır kusurlu olan satıcı, satılandaki ayıbın kendisine süresinde bildirilmemiş olduğunu ileri sürerek sorumluluktan kısmen de olsa kurtulamaz.*
>
> *Satıcılığı meslek edinmiş kişilerin bilmesi gereken ayıplar bakımından da aynı hüküm geçerlidir."*

Gerekçeye bakıldığında ise eklenen fıkra 2'ye ilişkin şu açıklama ile karşılaşılmaktadır:

> *"Maddenin ikinci fıkrası, 818 sayılı Borçlar Kanununun 200 üncü maddesinde yer verilmeyen, yeni bir hükümdür. Bu hükme göre, satıcılığı meslek edinmiş bir kişi, bilmesi gereken ayıpların*

[28] Buna göre "Sözleşmeye aykırılık, satıcının bildiği veya *bilmemesinin mümkün olmadığı* ve alıcıya açıklamadığı olgulara dayanıyorsa, satıcı 38 ve 39. madde hükümlerine dayanamaz." CISG m. 38 ve 39 muayene ve ihbar külfetine ilişkin maddelerdir.

alıcı tarafından kendisine süresinde bildirilmemiş olduğunu ileri sürerek sorumluluktan kurtulamayacaktır. Ayrıca, fıkrada kullanılan "bilmesi gereken" şeklindeki ibare, satıcılığı meslek edinmiş kişilerin her türlü ihmalini kapsamaktadır."

Yasa Koyucu, anlaşılan o ki, şunu demektedir: Eğer satıcı, satıcılığı meslek edinmiş bir kişi ise, yani tacir ise ve hafif ihmali nedeniyle ayıbın varlığını kendisi tespit edememişse daha sonra alıcının muayene ve ihbarı vaktinde yapmadığını ileri süremez. Bu komplike çözüme bakınca insan kendini şu soruyu sormaktan alıkoyamamaktadır: Madem ticari satıcı karşısında ticari olmayan alıcının korunması gerekliliği kabul ediliyordu; madem muayene ve ihbar yükümlülüğünün ileri giden bir külfet olduğu kabul ediliyordu, o zaman neden en basit çözüm yolu tercih edilmedi? Neden bu hükümler silinip bunlar TTK m.23'e atılmadı? Neden Kanun Koyucu bir eliyle alıcıya külfet yüklermiş gibi yapıp diğer eli ile onu yine de korumak için hükümler koymak yolunu seçti? Bu soruların cevabı ne yazık ki açık kalmaktadır. Bunun sonucu ise dava sürecinin anlamsızca uzaması olacaktır. Önce alıcı ayıp nedeniyle taleplerini ileri sürecek, sonra satıcı ayıbın vaktinde ihbar edilmediğini defi olarak ileri sürecek, ardından alıcı, satıcının tacir olması nedeniyle ihbarın geç yapılmış olmasının önem taşımadığını savunacak, son olarak da ticari satıcı ayıbı tespit etmemek konusunda hafif de olsa ihmalli davranmadığını ispat etmek durumunda kalacaktır. Onun yerine ticari satıcı karşısında ticari olmayan alıcıların muayene ve ihbar yükümlülüğü olmadığını kabul etmek çok daha basit olmaz mıydı?[29]

Bu çözümün kafa karıştırıcılığı bir yana son derece sakıncalı şekilde açık bıraktığı bir soru daha vardır: Taraflardan ikisi de tacir ise bu hüküm uygulanacak mıdır?[30] Yani ticari alıcı da "karşı taraf satıcılığı meslek edinmiş kişidir, ben vaktinde ihbar etmedim belki ama bu hüküm uyarınca ayıptan doğan haklarımı muhafaza ederim" diyebilir mi? Bunu kabul

[29] Bu konuda ayrıca bkz. **Atamer, Yeşim M.**, "Tüketici Satım Sözleşmelerine İlişkin TKHK m.4 – Eleştiriler ve Revizyon Teklifleri", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, c.XXIV sy. 1, 2007, s. 81, 90 vd. (Batider 2007).

[30] Bu soruyu sormak gereklidir, zira TTK m.23'de özellikle düzenlenmiş olan konular dışında ticari satım sözleşmesi de TBK hükümlerine tâbidir (m. 23, f.1).

etmek çok doğru olmaz. Zira yukarıda da ifade edildiği gibi, muayene ve ihbar külfeti ticari satımlar için olması gereken bir düzenlemedir. Burada çabukluk da zaruri bir unsurdur. Sadece satıcı kasıt veya ağır ihmalli bir davranış içindeyse ayıbı vaktinde ihbar etmemesine rağmen alıcı ayıptan doğan haklarını kullanabilmelidir. Ama hafif ihmali nedeniyle satıcının ayıbı tespit edemediği hallerde de muayene ve ihbar külfetinin düştüğünü kabul etmek ticaret hayatının ihtiyaçlarına uygun bir çözüm değildir.

5. Alıcının Seçimlik Hakları ve Bunların Sınırları

a. Genel Olarak Alıcının Seçimlik Hakları ve Satıcının "İkinci Servis Şansı"

TBK m. 227, BK'nın 202 ve 203. maddelerini karşılamakta ve ayıplı bir mal teslim edilmesi halinde alıcının satıcıya karşı sahip olduğu hakları düzenlemektedir. BK'da bu haklar sadece çeşit borcunda yenisi ile değiştirme, semenin tenzili ve dönme iken, yeni düzenlemeye göre alıcıya tamirat isteme imkanı verildiği gibi yenisi ile değiştirme talebinin uygulama alanı da genişletilmiştir. Alıcının sahip olduğu bu haklar ve kendine özgü sınırları aşağıda tek tek incelenecektir. Burada bütün seçimlik haklar açısından geçerli olan satıcının "ikinci servis şansı" üzerinde kısaca durulacaktır.

İkinci servis şansı ile kast edilen satıcının sözleşmeye aykırılığı gidermesi ve alıcının geç de olsa ifa menfaatine kavuşmasını sağlamasıdır. Eski düzenleme uyarınca satıcı, sadece çeşit borcunun yerinde satımının (*Platzkauf*) söz konusu olduğu hallerde, teslim etmiş olduğu ayıplı malı hemen ayıpsızı ile değiştirmeyi teklif ederek alıcının diğer seçimlik haklarını kullanmasını engelleyebilmekteydi (BK m. 203, f. 2).[31] Buna karşılık mesafe satımlarında bu madde uygulanamadığı gibi, malı değiştirme imkanı olmayan hallerde tamirinin teklif edilmesi suretiyle alıcının hakları-

[31] Bkz. **Yavuz**, Ayıp, 147. Diğer yandan, Borçlar Kanununun genel hükümleri arasında yer alan hataya ilişkin düzenlemelerde, hataya uğrayanın karşısındaki tarafa, hataya düşenin aslen akdetmek istediği sözleşmeyi ifaya hazır olduğunu bildirmek suretiyle sözleşmenin iptaline engel olma imkanının verilmiş olması da (BK m.25) aynı mantık üzerine oturmaktadır.

nın durdurulması da mümkün değildi.[32] Yeni TBK m. 227, f. 3 bu konuda bir adım atmış ve en azından yerinde satım/mesafe satımı ayrımı yapmaksızın satıcıya aynı malın ayıpsız bir benzerini hemen alıcıya vererek ve uğradığı zararın tamamını gidererek seçimlik haklarını kullanmasını önleme imkanı vermiştir.

Satıcının, alıcının ifa menfaatine hemen kavuşmasını sağlayarak, onun seçimlik haklarını kullanmasını engelleyebilmesi *favor contractus* ilkesinin yansımasıdır. Kendisine ayıpsız bir mal verilen ve gecikmeden doğan zararları tazmin edilen alıcının yine de sözleşmeden dönmede ısrar etmesi hakkın kötüye kullanılması sayılır. Dolayısıyla satıcıya tanınan bu hakkın uygulama alanının genişletilmesi doğru bir tercihtir. Zaten mesafe satımlarında alıcının ayıpsız mal gelene kadar uzun süre beklemesinin gerekeceği kaygısı ile eski düzenlemede sadece yerinden satımlarda satıcıya bu hak verilmişti. Ancak bugünün nakliye imkanları düşünüldüğünde bu hakkın mesafe satımlarında da uygulanmasına imkan vermek uygun düşer. Nitekim CISG m. 48 aynı çözümü milletlerarası satım sözleşmeleri açısından da kabul etmektedir.[33]

b. İfaya yönelik talepler

Alıcının seçimlik haklarından ilk ikisi ifa menfaatine ulaşmasını sağlayan, yani sözleşmenin gereği gibi ifasına hizmet eden taleplerdir: tamirat ve yenisi ile değiştirme. Bu iki hak yenilik doğuran haklar değildir, aksine, asli ifa talebinin devamı mahiyetindedirler.[34] Dolayısıyla da ancak sonuca

---

[32] Bunun aşılması yönünde örn. **Serozan**, Borçlar Özel, s. 138; **Honsell**, **Heinrich**, Art. 206 N.1, in: Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Honsell/Vogt/Wiegand (Hrsg.), Obligationenrecht I, Art.1-529, 4. Auflage, Basel u.a. 2007.

[33] Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Atamer**, CISG, s. 347 vd.

[34] Ayrıntılı bilgi için örn. bkz. **Buz, Vedat**, Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005, s. 170 vd. (Yenilik Doğuran Haklar). Mukayeseli veriler için bkz. **Atamer**, CISG, s. 363 dn. 434. Yargıtay'ın bu konudaki aksine görüşünü (örn. bkz. Yargıtay 13. HD, 5.6.2008, E. 2008/1735, K. 2008/7867; YHGK 21.10.2009, E. 2009/4-441, K.2009/444) gözden geçirmesinde büyük fayda vardır. Yenilik doğuran haklar sadece semenin tenzili ve dönme haklarıdır. Bunların alıcı tarafından ileri sürülmesi ile sözleşme içeriği değişir veya sona erer, ama alıcının ifayı talepte ısrar etmesi bir yenilik doğuran hak kullanımı değildir.

ulaştırmaları, yani ayıpsız ifanın gerçekleşmesi ihtimalinde alıcının talep hakkı sona erer. Aksi takdirde, yani satıcının malı tamir edememesi veya verilen yeni malın da ayıplı çıkması ihtimalinde alıcının diğer seçimlik haklarına başvurmasında herhangi bir engel yoktur.

Alıcının onarmayı isteyebilmesinin sınırı bunun aşırı bir masraf gerektirmemesidir. Nitekim bu, hakkın kötüye kullanılması yasağının da doğal bir sonucudur. Onarma aşırı bir masrafı gerektiriyorsa, alıcıdan yenisi ile değiştirme veya diğer seçimlik haklarından birini kullanması beklenir. Yenisi ile değiştirme talebinin sınırı ise değiştirme imkânının var olmasıdır. Eski düzenlemede sadece çeşit borcu açısından değiştirme talep etme hakkı verilmişken Kanun Koyucu bu hakkı parça borcuna da yaymıştır. Bu doğru bir tercihtir ve milletlerarası yönelime de uygundur.[35] Örneğin alıcının, satıcının, fabrikasında imal ettiği belirli bazı makineleri incelemiş ve bunları satın almak istediğini beyan etmiş olması halinde borç bir parça borcuna dönüşmüş olur. Ancak bu hallerde sonradan, makinelerin ayıplı olduğunun anlaşılması halinde, alıcının, aynı türden başka makine talep etmesini engellemek için bir gerekçe bulmak güçtür. Sadece satıcının malı değiştirmesi konusunda bir imkânsızlık varsa alıcının bu talebinde ısrar etmesi kabul edilmez ve diğer seçimlik haklarına başvurması gerekir.[36]

c. Semenin Tenzili

Alıcı kendisine ayıplı olarak teslim edilen malı muhafaza etmek isterse seçebileceği alternatif, semen tenzili hakkını kullanmak olacaktır. Tenzil edilecek bedelin hesaplanma yöntemi konusunda zaten Yargıtay'ın yerleşik bir içtihadı vardır[37] ve bu konuda TBK düzenlemesi bir değişiklik yaratmayacaktır.[38] Semen tenzilinin sınırları konusunda eski düzenleme,

---

[35] Bu konuda ayrıntı için bkz. **Atamer**, CISG, s. 374-376.

[36] Bu konuda bkz. **Atamer,** Batider 2007, s. 91.

[37] Bu konuda bkz. **Aral**, s. 142-143; **Gümüş**, s. 181.

[38] CISG m. 50 semenin tenzilinde uygulanacak formülü de belirlemiştir: Buna göre, sözleşmeye aykırı malların fiilen teslim edildiği andaki değeri ile aynı malların sözleşmeye aykırılık olmasaydı bu anda sahip olacağı değer birbirine oranlanacaktır. Bkz. **Atamer,** CISG, s. 391.

indirilmesi gereken miktar ile semen aynı ise alacaklının ancak sözleşmeden dönme hakkını kullanabileceği yönündeydi (BK m. 202, f.3). Buna karşılık TBK m. 227, f.5'de bu daha katı şekilde ifade edilmiş ve indirilecek miktarın semene eşit değil, çok yakın olması halinde de semen tenzili hakkının kullanılamayacağı öngörülmüştür. Ancak ilginçtir, kanun koyucu bu durumda alıcının diğer seçimlik haklarından birini serbestçe kullanmasını kabul edeceği yerde bir sınırlamaya gitmiş ve alıcının ancak sözleşmeden dönme veya satılanın ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesini isteme haklarından birini kullanabileceğini öngörmüştür. Yani alıcı semen tenzili olmazsa tamirat isteme hakkına sahip olmayacaktır. Bu sınırlamanın gerekçesini kanunda bulmak mümkün değildir. Muhtemelen değeri sıfıra yakın olacak derecede ayıplı bir malın zaten tamir edilemeyeceğinden yola çıkılmıştır. Ancak bunu bir sınırlama olarak yazmaktansa duruma göre alıcının diğer üç seçimlik hakkını kullanmada serbest bırakılması daha uygun olurdu.

d. Sözleşmeden Dönme

Ayıplı bir malın teslim edilmesi halinde alıcının başvurabileceği son seçimlik hak sözleşmeden dönmedir. Bu hak da semenin tenzili gibi bir yenilik doğuran haktır ve sözleşme ilişkisini sonlandırır. Dönme üzerine gerek satıcı gerekse alıcı karşı taraftan aldığını iade etmek durumunda kalacaktır. TBK m. 229 uyarınca alıcı, satılanı, ondan elde ettiği yararları ile birlikte satıcıya geri verirken, satıcı da kendisine verilen semeni faiziyle birlikte alıcıya iade edecektir. Dönme ile bir tasfiye sürecine girilir ve eski hale iade gerçekleşir.

Sözleşmeden dönme hakkının bu radikal sonuçları nedeniyle her sözleşmeye aykırılık halinde gelişigüzel kullanılmasını engellemek için kanun koyucular bazı ön koşullar ararlar.[39] Dönme hakkının sınırlandırılması ihtiyacına genelde üç farklı yöntem ile cevap üretilmeye çalışıldığı dikkati çekmektedir.[40] Bunlardan ilki, borçluya, sözleşmeye aykırılığı

[39] Ayrıntılı bilgi için bkz. **Atamer**, CISG, s. 394 vd.

[40] Alman, Fransız, İngiliz hukukları ile CISG, PICC, PECL ve AB-Satım Hukuku Yönergesinde dönme hakkının hangi hallerde doğduğunu analiz eden ve bu mukayeseli verilerden, Avrupa borçlar hukuku için çıkarılabilecek sonuçları tespit eden ayrıntılı bir

gidermeyi teklif etme imkânının verilmesi suretiyle dönme hakkının engellenmesidir. Bu husus zaten yukarıda (a) altında ele alınmıştır. İkinci yöntem, inisiyatifin alacaklıya bırakılması ve onun borçluya bir süre tanımasının şart koşulmasıdır. Bu süre içinde sözleşmeye aykırılık giderilmezse dönme hakkı kullanılabilecektir.[41] Son yöntem ise, dönme hakkının kullanılmasının, sözleşme ihlalinin sonuçlarının belirli bir ağırlığının olması koşuluna bağlanmasıdır. Örneğin CISG sisteminde sözleşme ihlalinin sonuçlarının "esaslı" olması aranmakta (m. 49, f.1, a), esaslı olmayan sözleşme ihlallerinde dönme hakkı tanınmamaktadır.[42]

İsviçre-Türk hukukunda dönme hakkını sınırlandırmak için geliştirilmiş olan çözümlere bakıldığında, TBK m. 125'de, temerrüt nedeniyle sözleşmeden dönmek için kural olarak mehil tayini gereğinin aranması suretiyle, bu sistemlerden ikincisinin benimsenmiş olduğu görülmektedir.[43] Buna karşılık TBK m. 475'de iş sahibinin eser sözleşmesinden dönmesi ve TBK m. 304'de kiracının, ifa sürecine girmemiş kira sözleşmesinden dönmesi, sözleşme ihlalinin önemli olması koşuluna bağlanmak suretiyle üçüncü sistem benimsenmiştir. TBK m. 305-306 ise, ifa sürecindeki kira sözleşmesinde önemli bir ayıbın ortaya çıkması durumunda önce kiraya verene ayıbı gidermesi için bir süre tanınması şartını aramak suretiyle iki ve üçüncü sistemi kombine etmiştir.

Buna karşılık satım sözleşmesinde dönme hakkını sınırlandırmak için getirilmiş olan düzenlemeye bakıldığında, aynı eski düzenlemede olduğu gibi, garip bir karma ile karşılaşılmaktadır (TBK m. 227, f. 4, BK

çalışma için bkz. **Schmidt**, **Lutz**, Die Vertragsaufhebung durch den Warenkäufer, Eine rechtsvergleichende Untersuchung mit Interessenanalysen und Ausblicken auf ein mögliches europäisches Schuldvertragsrecht, Baden-Baden 2003, s. 211 vd.

41 AB tüketici satımı yönergesi de bu çözüme meyletmektedir (ATRG 7.7.1999, L 171/15). Yönerge doğrudan iki basamaklı bir yaptırımlar sistemi kurmuştur. Buna göre alıcı kural olarak öncelikle malın tamiri veya yenisi ile değiştirilmesi imkânlarını kullanmak zorundadır (Yönerge m.3, f.3). Ancak bunlardan bir sonuç alınamaması veya alınamayacağının baştan belli olduğu hallerde istisnai olarak doğrudan sözleşmeden dönme veya semenin tenzili imkanlarını kullanabilir (Yönerge m.3, f.5).

42 Ayrıntılı bilgi için bkz. **Atamer**, CISG, s. 397 vd.

43 Ayrıntı için bkz. **Buz**, **Vedat,** Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara 1998, s. 106 vd.

m. 202). Bir yandan sözleşmeden dönme herhangi bir önkoşula (süre, ayıbın esaslılığı gibi) bağlanmazken, diğer yandan hakime bu hakkın kullanılmasını engellemek konusunda bir takdir hakkı verilmiştir. Buna göre hakim, dönme hakkının kullanılması halinde "*durum bunu haklı göstermiyorsa satılanın onarılmasına veya satış bedelinin indirilmesine karar verebilir*." Eski düzenlemede ise hakim "hal icabı satımın feshini muhik göstermiyorsa" dönme yerine semenin tenziline hükmedebilmekteydi. Bu hüküm çok eleştirilmiştir, zira hakimin sözleşme tarafının yerine geçip bir seçimlik hakkı kullanmasını sözleşme özgürlüğü ve irade özerkliği ilkesi ile bağdaştırmak mümkün değildir ve nitekim Avrupa'da bir başka örneği de yoktur.[44] Dönme hakkının kullanılmasını bir önkoşula bağlamak ve bunun gerçekleşmemesi halinde bu hakkın kullanılamayacağına hükmetmek doğrudur ve dönme hakkını sınırlandırmak açısından gereklidir. Nitekim diğer bütün sözleşme türlerinde de TBK bunu kabul etmiştir. Peki sadece satım sözleşmesinde hakime ilgili taraf yerine geçip onun adına seçimlik hak kullanmak yetkisi verilmesinin sebebi nedir?

Ne yazık ki burada da sebep Roma'dan bugüne kadar İsviçre Borçlar Kanunu'nda yaşamaya devam eden ancak günümüzde aşılmış görüşlerdir.[45] Bu görüşlerde Kanun Koyucunun ısrar etmesinin ise hiçbir derin anlamının olmadığı Gerekçede bu konuda en ufak bir açıklamaya yer verilmemesinden anlaşılmaktadır. Vahim olan, zaten eleştirilen, hakimin bu müdahale imkanının bir de genişletilmiş olmasıdır. Zira eskiden hakim sadece dönme yerine semenin tenziline hükmedebilirken, bugün ilgili kişinin yerine geçip gönlüne göre dönme yerine tamirata da hükmedebilmektedir. Ama ilginçtir, hakime, malın ayıpsızı ile değiştirilmesine karar verme yetkisi verilmemiştir. "Neden?" sorusuna ise ne yazık ki Gerekçede yine bir cevap bulmak mümkün değildir. Halbuki Kanun Koyucu biraz olsun taraf iradesine önem verse, aslında hakimin tamirata değil değiştirmeye hükmetmesini öngörürdü, zira sözleşmeden dönmek isteyen kişi belli ki o malı elinde tutmak istememektedir. Seçim hakkını sözleşme tarafının elinden almak ve hakimin kullanmasında ısrar etmek

---

[44] Bu konuda örn. bkz. **Bucher/Buz**, s. 173 vd.; **Buz**, Yenilik Doğuran Haklar, s. 180; **Atamer**, CISG s. 396, dn. 618.

[45] Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Buz**, Yenilik Doğuran Haklar, s. 174 vd.

zaten yanlışken bir de yenisi ile değiştirmeye ilişkin hakkın kullanılmasına izin vermemek ayrı bir garabettir. Onun yerine yapılması gereken kira veya eser sözleşmelerinde olduğu ve milletlerarası satım sözleşmeleri açısından da kabul edildiği gibi doğrudan dönme hakkının kullanılmasının sözleşme ihlalinin esaslı olması şartına bağlanmasıydı.[46]

Ne yazık ki dönme hakkının sınırlarına ilişkin sorunlar bu madde ile kalmamaktadır. Burada anılması gereken ikinci bir sorun TBK m.228'de yapılan değişikliktir. Bu maddenin ele aldığı konu şudur: dönme hakkını kullanmak isteyen alıcı ayıplı malı iade etmek zorundadır. Ama mal telef olmuş veya hasara uğramışsa acaba ne olacaktır? Eğer mal alıcıya yüklenebilen bir sebep yüzünden yok olmuşsa veya alıcı onu devretmiş veya başkalaştırmışsa artık dönme hakkını kullanamaz (TBK m. 228, f.2). Buna karşılık malın telef olması veya zarara uğraması

- malın ayıbından, yani satıcıya yüklenebilen bir sebepten kaynaklanıyorsa veya
- mücbir sebep veya beklenmedik hal gibi iki tarafa da atfedilemeyen bir sebepten[47]

kaynaklanıyorsa bu durumda alıcı malı hiç iade edemese de, hasarlı iade etse de sözleşmeden dönme hakkını kullanması engellenemez. Şimdi, TBK m. 228, f.1 eski kanunda yer alan bu düzenlemeye şu eklemeyi yapmıştır:

> *"Alıcıya ayıplı olarak devredilmiş olan satılanın ayıptan, beklenmedik hâlden veya mücbir sebepten dolayı yok olması veya* ***ağır biçimde*** *zarara uğraması, alıcının sözleşmeden dönme hakkını kullanmasını engellemez. Bu durumda alıcı, satılandan elinde ne kalmışsa onu geri vermekle yükümlüdür."*

---

[46] **Bucher/Buz**, s. 145, 175; **Atamer**, TBK Tasarısı, s. 32.

[47] Kanun Koyucunun mücbir sebep rizikosunu satıcıya taşıtması bir hukuk politikası tercihidir ve burada tartışma konusu edilmeyecektir. Roma hukukundan gelen *mortuus redhibetur* ilkesinin yansıması olan bu kural hakkında örn. bkz. **Atamer**, CISG, s.358, dn. 405 ve s.360 dn. 421.

Gerekçedeki açıklamaya göre,

> *"Fıkrada yapılan değişiklik uyarınca, ayıplı satılanın zarara uğradığı her durumda değil, ancak ağır biçimde zarara uğraması durumunda bu fıkra uygulanabilecektir."*

Bu açıklamanın mefhumu muhalifinden anladığımız şudur: Alıcıya ayıplı olarak devredilmiş olan satılanın ayıptan, beklenmedik hâlden veya mücbir sebepten dolayı hafif biçimde zarara uğraması halinde artık alıcının dönme hakkını kullanması mümkün olmayacaktır. Bir örnek üzerinden Kanun Koyucunun düştüğü vahim mantık hatasını açıklamak kolay olacaktır:

- Freni bozuk araba bu ayıbı nedeniyle ağaca çarptı ve parçalandı: dönmek mümkün;
- Freni bozuk araba bu ayıbına rağmen iyi bir şoför tarafından bazı çizikler dışında bir hasara uğramadan durduruldu: dönmek mümkün değil;
- Freni bozuk araba kapının önünde park halindeyken sellere kapılıp parçalandı: dönmek mümkün;
- Freni bozuk araba kapının önünde park halindeyken sellere kapılmadı ama sokağı basan sular nedeniyle hafif bir hasar gördü: dönmek mümkün değil.

Görüldüğü gibi Kanun Koyucunun mantık hatasının sebebi çok basit bir karışıklıktır aslında: sorun, ayıplı malın uğradığı zararın çokluğu veya azlığı değildir. Sorun olsa olsa ayıbın "ağır" veya "hafif" olması sorunudur, yani teslim anında arabanın freni mi bozuktur, yoksa sadece kaportasında çizik mi vardır? Eğer ayıp önemsiz bir ayıp ise o zaman dönmek uygun düşmez.[48] Nitekim AB'nin Tüketici Satımlarına İlişkin Yönergesi ve onu takiben bütün AB ülkeleri bu ilke ile çalışır: eğer ayıp önemsiz ise dönme hakkı olmasın, pire için yorgan yakılmasın. Ayıbı önemsiz bir iki çizik olan arabanın sahibi bunun için sözleşmeden dönemeyeceği gibi, o arabanın sele kapılıp parçalanması halinde de dönmesi mümkün olmasın.

[48] Bkz. yukarıda dönmenin sınırlarına ilişkin açıklamalar.

Bu hallerde sadece semenin tenzili hakkı kullanabilmelidir. Buna karşılık arabanın o selde telef olması, az veya çok zarara uğraması ayıp nedeniyle kullanılacak haklar açısından en ufak bir önem taşımaz.

6. Alıcının Tazminat Talebi

Kendisine teslim edilen malın ayıplı olması halinde alıcının seçimlik haklarının dışında bir de tazminat talebi olacaktır. BK'nın bu konudaki düzenlemesi çok eksikti. Zira tazminat talebi sadece alıcının ayıp nedeniyle dönmesi hali için BK m. 205'de düzenlenmiş, buna karşılık diğer seçimlik hakları olan yenisi ile değiştirme veya semenin tenzilinin kullanılması halinde tazminat talebinin tâbi olacağı kurallara yer verilmemişti. Bu konuda bir kısım yazar BK m. 96'nın genel hüküm olarak uygulama bulacağını,[49] diğer bir kısım da BK m. 205'deki düzenlemenin kıyasen diğer bütün seçimlik haklar açısından da uygulanacağını savunmaktaydı.[50]

Yeni TBK düzenlemesi bu eksikliği gidermiş ve m. 227, f.2'de "*alıcının genel hükümlere göre tazminat isteme hakkı saklıdır*" ifadesine yer vermiştir. Dolayısıyla alıcı, ayıplı bir mal teslim edilmesi nedeniyle uğramış olduğu zararının tazminini isteyebilecektir. Örneğin arabanın tamir edilmesi nedeniyle binmek zorunda kaldığı taksinin ücreti veya yaz aylarında kiralamak zorunda kaldığı buzdolabı, alış veriş menfaatinin ihlal edilmesi nedeniyle doğan klasik zararlardır. Ticari bir satımda ise, arızalı makine yüzünden imalatın durmasından kaynaklanan kâr kaybı gibi kalemler de buna eklenecektir. Ancak unutulmamalıdır ki TBK m. 112 (BK m. 96) uyarınca satıcının kusursuzluğunu ispat etmek suretiyle tazminat yükümlülüğünden sıyrılması mümkündür.

Kanun Koyucu tazminata ilişkin düzenlemeleri bu noktada bırakmış olsaydı eleştirilecek hiçbir yönü olmazdı. Ancak ne yazık ki durum

---

[49] Bu yönde BaslerKommentar/**Honsell**, Art. 208 N.7; BGE 107 II 161, 166; semenin tenzili açısından bu yönde **Tandoğan**, **Haluk,** Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Cilt I/1, 5. bası, İstanbul 1988, s. 197.

[50] **Keller, Max/Siehr, Kurt**, Kaufrecht, 3. Aufl. Zürich 1995, s. 94 ve 96; **Giger**, **Hans**, Art.208 N.56 in: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Band 6, 2. Abt., Meier-Hayoz (Hrsg.), Bern 1979; **Aral**, s. 144 ve 146; **Serozan**, Borçlar Özel, s. 153-154; **Yavuz**, Ayıp, s. 189 ve 191.

öyle değildir. Zira Kanun Koyucu bir yandan m. 227'de tazminatın genel hükümlere göre belirleneceği ifadesine haklı olarak eklerken, diğer yanda dönme üzerine talep edilebilecek olan tazminata dair özel düzenlemeyi de (m. 229) muhafaza etmiştir. Eğer genel hükümlerin tazminat talebi ile m. 229'daki tazminat talebi paralel olsa bu başlı başına bir sorun olmaz, sadece kanunda bir tekrar olurdu. Fakat m. 229, aynı eski m. 205 gibi, BK sistemine son derece yabancı bir kural içermektedir: buna göre satıcı, alıcının dönmesi halinde ayıplı maldan doğan "doğrudan zararlar" için kusuru aranmaksızın sorumlu tutulur. Yani, Türk hukukunda her borçlu kusursuzluğunu ispat etmek suretiyle tazminat borcundan kurtulabilirken satıcı, kusursuz da olsa, doğrudan zararları tazmin etme borcundan kurtulamaz. TBK m. 229, zapta karşı tekeffülde tazminat sorumluluğunu düzenleyen m. 217 ile birlikte sözleşmeye aykırılık halinde kusursuz tazminat sorumluluk öngören yegâne TBK hükümleridir. Zamanında İsviçre Borçlar Kanununa neden girdikleri tartışmalı olan[51] bu ayrık hükümlerin yeni TBK içinde muhafaza edilmeye devam edilmesinin sebebine ilişkin olarak ise Gerekçe yine susmaktadır. Oysa bu hüküm eşitlik ilkesinden sapmaktadır, dolayısıyla özellikle gerekçelendirmeyi gerektirir. Madde:

- Ayıp nedeniyle satım sözleşmesinden dönen alıcıları diğer bütün sözleşmesel tazminat alacaklıları karşısında kayırmakta;
- Alıcının semen tenzili, tamirat ve değiştirme seçimlik haklarının yanı sıra talep edebileceği ve kusurun varlığına bağlı tazminat talebi ile anlamsız bir ikilik yaratmakta;
- Dönme üzerine sadece doğrudan zararlar için bir kusursuz sorumluluk rejimi öngörerek dolaylı zararları ayırmaktadır.

Nitekim maddenin nasıl uygulanacağı günümüze kadar tartışmalı kalmıştır. Zira neyin doğrudan zarar neyin dolaylı zarar olduğu konusunda bugüne kadar oturmuş yerleşik bir öğreti veya içtihat yoktur.

[51] BK m.205'deki bu ayırımın kaynağı, beraberinde getirdiği uygulama sorunları ve bunların nasıl aşılabileceği konusunda bkz. **Fischer**, **Willie**, Der unmittelbare Schaden und der mittelbare Schaden im Kaufrecht, Eine dogmatische Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte sowie der Funktion der Gewährleistungsinstitute, Zürich 1985.

İsviçre'de en son Kasım 2006'da verilen bir Federal Mahkeme kararı ile alevlenen tartışma yine bir sonuca bağlanamadan kalmıştır.[52] Dolayısıyla Kanun Koyucu aslında bu noktada da kanunu basitleştirme ve uyumlu hale getirme olanağını kullanmamıştır.

Ancak yanlış anlamaları önlemek açısından eleştirilen noktanın başlı başına kusursuz sorumluluk ilkesi olmadığı vurgulanmalıdır. Örneğin *common law* ülkelerinde sözleşmesel tazminat sorumluluğu hep kusurdan bağımsız sorumluluktur.[53] Nitekim CISG da bu sistemi takip etmiş ve mücbir sebep dışında sözleşmeye aykırı davranan satıcı ve alıcının tazminat sorumluluğunun devam ettiğini kabul etmiştir (CISG m. 79).[54] Bu açıdan Yasa Koyucu genel olarak sözleşme hukukunda kusur yerine kusursuz sorumluluk ilkesine geçmek yönünde tercihini kullanmış olsa bu tercih bilimsel açıdan tartışılır ancak eleştiri yöneltilemezdi. Yasa Koyucu, belirli bazı sözleşme tipleri açısından kusursuz sorumluluğun daha uygun olduğunu gerekçelendirerek ortaya koysa, bu da ancak bilimsel yerindeliği açısından tartışılırdı. Eleştirilen nokta, satım sözleşmesinde sadece ayıp nedeniyle dönmede ve tam zapt sorumluluğu halinde ve sadece doğrudan zararlar için kusursuz sorumluluk ilkesinin hiçbir gerekçe sunulmaksızın, eskiden beri öyle olduğu için devam ettirilmesidir. Nitekim bu makalenin yazarı satım hukukunda, ticari satıcı açısından kusursuz bir tazminat sorumluluğu olması taraftarıdır.[55] Burada kısaca

---

[52] BGE 133 III 257 vd; **Coendet**, **Thomas**, Schadenszurechnung im Kaufrecht, recht 2008, s. 15 vd.; **Zellweger-Gutknecht**, **Corinne**, Gewährleistung, Mangelfolgeschaden und Verjährung - Stellung und Wirkung der Gewähr im Leistungsstörungsrecht Anmerkungen zu BGE 133 III 257, BGE 133 III 335 und zur Risikoverantwortlichkeit, ZBJV 2007, s. 763 vd.; **Honsell**, **Heinrich**, Der Mangelfolgeschaden beim Kauf - der Papageienfall des Bundesgerichts BGE 133 III 257 ff., recht 2007, s. 154 vd.

[53] Örn. bkz. **Schmidt-Kessel, Martin**, Standards vertraglicher Haftung nach englischem Recht, 2001, s. 32 vd.

[54] Ne zaman tazminat sorumluluğunun düştüğü konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **Atamer, Yeşim M.**, Art. 79 N. 43 vd., in: UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (eds.), 2011; **Atamer**, CISG, s. 453 vd.

[55] Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Atamer, Yeşim M.**, "Haftung des gewerblichen Verkäufers für Schäden durch mangelhafte Ware: Ist das Verschuldenserfordernis sachgerecht?", Zeitschrift für Schweizerisches Recht (ZSR), Vol. 130 (2011) I, Heft 4, s. 449-478.

ifade edilecek olursa, ticari satıcıyı, diğer sözleşme ilişkilerindeki borçlulardan ayırarak, tazminattan kusur aranmaksızın sorumlu tutmak için özel gerekçeler vardır. Ancak bu sorumluluk seçimlik haklardan hangisi ile beraber tazminat istenirse istensin kusursuz olmalı ve doğrudan zarar/dolaylı zarar gibi uygulanamaz ayırımlara tabi tutulmamalıydı. Yani CISG'ın milletlerarası satım sözleşmeleri açısından kabul ettiği yaklaşım TBK'da ticari satımlar için de benimsenmeliydi.

7. Zamanaşımı[56]

Kanun Koyucunun farklı satım tiplerinin tümü için yeknesak hale getirdiği belki de tek konu zamanaşımı süresidir. Kuşkusuz bu çok doğru bir tercihtir. Bilindiği gibi tüketici satımları için TKHK m. 4 malın tesliminden itibaren iki yıllık bir süre öngörmekteydi. Buna karşılık BK'da bu süre 1 yıl olarak düzenlenmiş, ticari satımlar açısındansa 6 ayla sınırlandırılmıştı. Yeni düzenlemede TTK m. 23 ticari satım için özel zamanaşımı düzenlemesini kaldırmıştır. Dolayısıyla burada da artık TBK'nın hükümleri uygulama bulacaktır. TBK m. 231 ise zamanaşımı süresini 2 yıla çıkarmıştır. Sonuç olara, tacir-tacir, tacir-tüketici, tüketici-tüketici satım sözleşmelerinin tümünde zamanaşımı süresi teslimden itibaren 2 yıl olacaktır. Milletlerarası satıma ilişkin CISG her ne kadar doğrudan bir zamanaşımı süresi düzenlememişse de, en azından orada da m. 39'da alıcının ayıp ihbarına ilişki bir üst süre getirilmiş ve teslimden itibaren 2 yıl içinde bu ihbarın yapılması gereği ifade edilmiştir.[57] Bu açıdan iç satım ve dış satım hükümleri arasında da bir uyum olmuştur.

---

[56] TBK m. 231'de "zamanaşımı" kavramının kullanılmasının ne kadar doğru olduğu ise tartışmalıdır. Alıcının sahip olduğu seçimlik haklardan ikisinin (dönme/semenin tenzili) yenilik doğuran hak olması nedeniyle bunların zamanaşımına tabi tutulması yanlıştır. Yenilik doğuran haklar hak düşümü süresine tabidir. Bu açıdan maddenin daha "renksiz" bir ifade kullanılarak, örneğin "seçimlik hakların tabi olduğu süre" başlığıyla kaleme alınması, daha doğru olacaktı. Nitekim Tasarıyı hazırlayanlar örneğin TBK m. 297'de "bağışlamayı geri alma hakkının bağlı olduğu süre"den bahsetmiş, eski kanunda yer almış olan "zamanaşımı süresi" ibaresini kaldırmıştır. Bunun sebebi de geri alma hakkının yenilik doğuran bir hak olmasıdır. Tutarlı olmak adına, bütün yenilik doğuran hakların düzenlendiği maddelerde zamanaşımı ifadesinden kaçınılması gerekirdi.

[57] Ayrıntılı bilgi için bkz. **Atamer**, CISG, s. 233 vd.

Sorunlu olan tek nokta zamanaşımı süresinin başlangıcı ile ilgilidir. Zira Kanun Koyucu sürenin "devir"den itibaren işleyeceğini ifade etmiş ancak Gerekçede bu konuda bir açıklık getirmemiştir. Oysa kast edilen zilyetliğin devri ise, ki m. 207, 208, 210'da hep devir kavramı zilyetlik ile birlikte kullanılmıştır, bu her zaman uygun olmayacaktır. Zamanaşımı süresinin asli amacının alıcının mal üzerinde fiili hakimiyet kurması ve onu inceleyerek ayıplarını tespit etmesi olduğuna göre başlangıç anı malın gerçekten kullanılabilir şekilde alıcının iktidarında bulunduğu an olmalıdır. Bu an zilyetliğin kazanıldığı an olabileceği gibi, örn. malın daha satıcı veya üçüncü kişilerce alıcının iş yerinde monte edilmesi ve çalıştırılması gereken hallerde daha sonraki çalıştırma anı da olabilir. Nitekim milletlerarası satıma ilişkin CISG m. 39, f.2 kuralı malların "fiilen" alıcıya verildiği tarihten itibaren iki yıllık sürenin işleyeceğini öngörmüştür. Bu açıdan zilyetliğin havale yoluyla kazandırıldığı ve alıcıya sadece malları temsil eden belgelerin ulaştırıldığı, buna karşılık henüz malların bir depoda veya nakil halinde olduğu durumlarda da "satılanın alıcıya devredildiği" ve sürenin başladığı kabul edilmemeli, fiili teslim anı esas alınmalıdır.

Eski BK düzenlemesinde olduğu gibi TBK m. 231 de zamanaşımı süresinin sözleşme ile değiştirilmesine izin vermiştir. Her ne kadar fıkra sadece sürenin uzatılabileceği intibaını uyandırıyorsa da, eski düzenleme için kabul edildiği gibi[58] yeni düzenleme açısından da sürenin hem uzatılmasının hem de kısaltılmasının mümkün olduğu kabul edilmelidir. Bu noktada bir değişiklik ticari satımlar açısından söz konusudur. Zira eski TTK m. 25, b.4 uyarınca ticari satımlarda 6 aylık sürenin uzatılması yasaklanmış, sadece kısaltılması imkanı taraflara tanınmıştı. Artık yeni TTK m.23 ticari satımlar için zamanaşımı süresini hiç düzenlemediği için TBK m. 231 bu tür satımlarda da uygulanabilecek, dolayısıyla sürenin kısaltılması kadar uzatılması da mümkün olacaktır.

---

[58] Örn. bkz. **Gümüş**, s. 197; **Yavuz**, Ayıp, s. 159-160; **Honsell, Heinrich**, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 9. Aufl. 2010, s. 97.

VI. Satıcının Zapttan Doğan Sorumluluğuna İlişkin Düzenlemeler

TBK satıcının zapttan doğan sorumluluğuna ilişkin olarak önemli bir değişiklik getirmemiştir.[59] Bu açıdan yukarıda ana metin akışında değişiklikler bölümünde zapt konusuna girilmemiştir. Ancak bu son başlıkta okuyucuya zapt özelinde gösterilmek istenen, Kanun Koyucunun hükümler arasındaki uyumsuzlukları gidermek için elinde var olan fırsatı nasıl kaçırmış olduğudur.

Zapt ile kast edilen, satım konusu mal üzerinde 3. kişinin üstün hak iddiası nedeniyle alıcının malı bu 3. kişiye kısmen veya tamamen teslim etmek zorunda kalmasıdır. Yani zapt halinde alıcı sözleşme menfaatine kavuşamamakta, bir sözleşmeye aykırılık hali söz konusu olmaktadır. Bu açıdan bakıldığında zapt ile ayıp arasında aslında hiçbir fark yoktur – iki ihtimalde de alıcı satın aldığı malı gereği gibi kullanamamaktadır. Nitekim bu yüzden son yılların kanun reformlarında genel eğilim, Roma hukukundan kalan zapt/ayıp ayırımını terk ederek, ikisini de birer sözleşmeye aykırılık türü olarak yeknesak düzenlemektir. Hatta Alman borçlar hukuku reformu sadece zapt ve ayıbı aynı hükümlere bağlamakla kalmamış, *aliud* ifa ve eksik ifayı da, birer sözleşmeye aykırılık oluşturmaları sebebi ile aynı kefede değerlendirmiştir. CISG da AB Tüketici Satımı Yönergesi de bu mantıkla çalışmaktadır. TBK'da tam ve kısmi zapta bağlanan sonuçlara bakıldığında açıkçası mukayeseli hukuktaki bu tercihlerin ne kadar anlamlı olduğu daha iyi anlaşılacaktır.

---

[59] Yapılan bir değişiklik TBK m.216'da mehaz kanundan daha önce yanlış tercüme edilmiş olan bazı hususları düzeltmeye çalışmak olmuştur. Bu madde hali hazırda BK m. 191'de düzenlenmiş olan, alıcının bir mahkeme kararı olmaksızın malı üstün hak iddiasında bulunan üçüncü kişiye teslim etmesi veya tahkimi kabul etmesi konusunu ele almaktadır. Ancak maddenin ifadesi sadeleştirilmeye çalışılırken anlamda ciddi bir sapma olmuştur. Alıcının gerek üçüncü kişinin hakkını dürüstlük kuralına uygun şekilde tanıması gerekse tahkim yolunu kabul etmesi iki koşulun gerçekleşmiş olmasına bağlıdır: satıcının gecikmeksizin bu konuda uyarılması ve sorunun dava yoluyla çözümlenmesinin kendisine teklif edilmiş olması. Bu önkoşullar iki ihtimal için de aranır, yoksa TBK'da kaleme alınmış olduğu gibi, sadece tahkim yolunun kabul edilmesinin ön koşulu değildir bu. Yani 3. kişinin hakkını dürüstlük kuralına uygun şekilde kabul edip malı ona vermeden önce de alıcının aslında satıcıyı uyarması ve sorunu dava yoluyla çözmesini istemesi gerekirdi. Ancak bu şart m. 216, f.1, bent 1'de düşmüştür.

TBK m. 217 uyarınca tam zapt halinde sözleşme kendiliğinden sona erer. Yukarıda ayıp halinde dönme bahsinde ele alındığı gibi alıcı bu durumda doğrudan zararlar için satıcıdan kusuru olmasa bile tazminat isteyebilir. Buna karşılık kısmi zapt halinde m. 218 uyarınca sözleşme sona ermez ve alıcı sadece kısmi zapt nedeniyle uğradığı zararın giderilmesini isteyebilir. Ama bu tazminat, özel bir düzenleme olmadığı için, ancak satıcının kusuru varsa istenebilecektir. Elinden mal kısmen alınmış olan alıcı acaba o sözleşmeyi ayakta tutmak ister mi ki diye soracak olursak m. 218, f.2'ye bakmamız gerekir. Buna göre alıcı, malın kısmen zapt edileceğini bilseydi sözleşmeyi kurmayacağını ispat ederek hakimden sözleşmeyi sonlandırmasını isteyebilecektir. Şimdi, şu üç hüküm bile aslında nasıl da anlamsız tutarsızlıklar ve tarihi kalıntılarla uğraşmak zorunda kaldığımızı göstermektedir:

- Tümüyle ayıplı bir mal teslim edilmiş olan hallerde sözleşme ayakta kalır ve alıcı isterse dönme hakkını kullanırken, tam zaptta sözleşme neden kendiliğinden sona ermektedir?
- Alıcı tam zapta rağmen o sözleşmeyi ayakta tutmak ve satıcının kendisine yeni bir mal vermesini (değiştirme) istiyorsa neden sözleşme kendiliğinden sona erdiği için bu hak elinden alınmaktadır?
- Kısmi zapt halinde, aynı kısmi ayıpta olduğu gibi (bkz. m. 230) neden alıcı dönme yenilik doğuran beyanını kendi başına kullanamaz da hakimden bunu istemek zorunda bırakılır?
- Kısmi zapt halinde neden alıcıya isterse semenin indirilmesi, isterse de değiştirme hakları tanınmaz?
- Tam zaptta doğrudan zararlar için kusur aranmaksızın tazminat isteme imkanı verilirken, kısmi zaptta neden ancak kusur varsa tazminat hakkı tanınır?
- Ve son olarak, yasa koyucunun ayıp hükümlerine ilişkin TBK m. 221'de sorumsuzluk anlaşmasını TBK m. 115'deki genel düzenleme ile uyumlu hale getirip, hem kast hem de ağır ihmal için yasaklarken zaptta hala eski düzenlemeyi koruyarak sadece kast halinde yasaklaması nasıl açıklanabilir?

Bu soruların hiçbir ikna edici cevabı yoktur. Ve ne yazık ki şu soru da cevapsız kalmaktadır: Kanun Koyucudan 21. yüzyılın Türk Borçlar Kanunu'nu yazarken en azından bu tür tarihsel kalıntıları elemesi ve tutarlı bir sistem oluşturması beklenmez miydi?

VII. Sonuç

Sonuç olarak aslında yukarıda girişte yazılanlar tekrarlanmalıdır: TBK'nın satım düzenlemeleri 21. yüzyılın borçlar kanununda yer alacak yüz akı düzenlemeler değil, halen 2000 yıl öncesinin kavramları ve kurumlarını yansıtan, üzerlerinde uzun boylu durulmamış düzenlemelerdir. Satım hukukunu son derece basit, yalın ve sade şekilde kaleme almak, hatta ifa engelleri hukukunu tümden revize ederek aynı yalınlığı sağlamak mümkünken[60] Kanun Koyucu sadece metinlerini Türkçeleştirerek eskimiş kuralları tekrarlamakla yetinmiştir.

Unutulmamalıdır ki çalıştığımız kanunlar 19. yüzyıl kodifikasyon sürecinin ürünleridir. O zamanın kanun koyucuları dağınık binlerce kuralı toplayarak bir tek kanunda sistematik bir bütünlük içerisinde vermenin sancılarını yaşamışlardır. Her ne kadar hukukun gelişimi açısından son derece önemli eserler yaratmışlarsa da zaman içinde bunların eksiklikleri ve tutarsızlıkları daha iyi anlaşılmaya başlanmıştır. Nitekim 20. yüzyıl hukuk yazını bu kanunların nasıl daha ileri düzeye götürülebileceği konusuna vakfedilmiştir. Bu araştırma sonuçlarına tümüyle sırt çevirerek 19. yüzyıl kanunlarının tutarsızlıklarını 21. yüzyıla taşımış olmak Türk Kanun Koyucusunun daha uzun yıllar eleştirileceği noktalardan biri olacaktır.

Bu eleştirilere cevabi olarak zaman zaman milli mülahazaların ileri sürülmesi ise yadırgatıcıdır. Kuşkusuz bir ülkenin ekonomik ve sosyal gerçeklerinden kopuk hukuk kuralları koymak düşünülemez. Ama bir ülkenin ulaştığı ekonomik ve sosyal gelişmişlik düzeyine uygun olmayan, arkaik hukuk kurallarını muhafaza etmek de o kadar kabul edilemez.

---

[60] Bu konudaki teklifler için bkz. **Atamer, Yeşim M.** "İfa Engelleri Hukukunu Yeniden Sistematize Etmeyi Düşünmek: Borca Aykırılık Türleri Yerine Yaptırımları Esas Alan bir Sistematik", Rona Serozan'a Armağan, XII Levha Yayıncılık, 2010, s. 217- 260.

Hukuk bilimi, her bilim dalı gibi, evrenseldir. Bilim insanı da bilginin en gelişmişine ulaşmak yükümlülüğü altındadır. Bu yükümlülük Kanun hazırlayan komisyonlarda görev alanlar için evleviyetle mevcuttur ve omuzlarda hissedilmesi gereken ağır bir sorumluluktur aynı zamanda. Ancak bu Komisyon, TBK'nın hazırlanması sürecinde kendisine bu konuda yöneltilen bütün eleştirileri göz ardı ederek Genel Gerekçesinde çok açık şekilde mukayeseli verileri kullanmayı reddettiğini beyan etmiştir. Hazin olan şudur: "milli" olarak muhafaza ettiğimiz metin aslında İsviçre'nin Borçlar Kanunu'dur. Sadık kaldığımız kurallar İsviçre'de bile dünyadaki gelişmelerle uyum sağlayabilmek için ya değiştirilmiştir ya da değiştirilmesi için halihazırda çalışan komisyonlar vardır. İsviçre'ye sadakatimizin ne kadar körü körüne olduğunu gösterecek bir örnekle bitirelim:

İsviçre Borçlar Kanunu'na 1962'de eklenen taksitle satım sözleşmelerinde alıcıları korumaya yönelik olan hükümler tercüme edilerek yeni TBK m. 253 vd. hükümleri içine aktarılmıştır. Ancak, aynı düzenlemeleri İsviçre Kanun Koyucusu 1 Ocak 2003'den itibaren etki edecek şekilde yürürlükten kaldırmıştır! Sebebi ise kanunun gerekçesinde açıklanmıştır: taksitle satım sözleşmesi aslında tüketici kredisi sözleşmesi ile tamamen paralel menfaatlere hizmet eder, dolayısıyla da tüketici açısından aynı sorunları doğurur.[61] Bu açıdan AB ülkelerinin büyük çoğunluğunda yapıldığı üzere İsviçre'de de ayrı bir kanunda tüketici kredisi ve taksitle satım sözleşmesi birlikte düzenlenmiş ve BK'daki hükümler tümden silinmiştir. Şimdi, Türk Kanun Koyucusu, zaten Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da hem taksitle satıma hem de tüketici kredisine ilişkin ayrıntılı düzenlemeler olmasına rağmen, TBK'ya taksitle satıma ilişkin İsviçre'de dokuz yıl önce kaldırılmış bu hükümleri eklemiştir. Hatta bunların TKHK hükümleri ile çatışması nedeniyle doğacak uygulama sorunları hakkında tek bir kelime sarf etmeden bunu yapmıştır. Acaba başka söz söylemeye gerek var mıdır?

---

[61] Bilgi için bkz. **Atamer, Yeşim M.,** Tüketici Kredisi Hukukunda Reform Projeleri ve Avrupa Birliği Hukuku ile Uyumu, Banka ve Tüketici Hukuku Sorunları Sempozyumu, Türk-İsviçre Hukuk Günleri, 2010, s. 241, 248.