

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (MEDENÎ HUKUK)
ANABİLİM DALI

**TÜRK BORÇLAR KANUNUNA VE VİYANA SATIM
SÖZLEŞMESİNE (CISG) GÖRE SATIŞ SÖZLEŞMESİNDE
HASARIN GEÇİŞİ**

Yüksek Lisans Tezi

Aziz Erman BAYRAM

Ankara-2016

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (MEDENÎ HUKUK)
ANABİLİM DALI

**TÜRK BORÇLAR KANUNUNA VE VİYANA SATIM
SÖZLEŞMESİNE (CISG) GÖRE SATIŞ SÖZLEŞMESİNDE
HASARIN GEÇİŞİ**

Yüksek Lisans Tezi

Aziz Erman BAYRAM

Tez Danışmanı
Prof. Dr. Zarife ŞENOCAK

Ankara-2016

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (MEDENÎ HUKUK)
ANABİLİM DALI

**TÜRK BORÇLAR KANUNUNA VE VİYANA SATIM
SÖZLEŞMESİNE (CISG) GÖRE SATIŞ SÖZLEŞMESİNDE
HASARIN GEÇİŞİ**

Yüksek Lisans Tezi

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Zarife ŞENOCAK

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı

İmzası

.....
.....
.....
.....
.....
.....

.....
.....
.....
.....
.....
.....

Tez Sınavı Tarihi

TÜRKİYE CUMHURİYETİ

ANKARA ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Bu belge ile, bu tezdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu beyan ederim. Bu kural ve ilkelerin gereği olarak, çalışmada bana ait olmayan tüm veri, düşünce ve sonuçları andığımı ve kaynağını gösterdiğimi ayrıca beyan ederim.(26/12/2016)

Tezi Hazırlayan Öğrencinin

Adı ve Soyadı

.....

İmzası

.....

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	i
KISALTMALAR	ix
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

HASAR KAVRAMI, HASARIN GÖRÜNÜM BİÇİMLERİ, SATIŞ SÖZLEŞMESİNDE HASARIN GEÇİŞİ VE TÜRK HUKUKUNDA HASARIN GEÇİŞİNİN TARİHİ GELİŞİMİ

§ 1. HASAR KAVRAMI VE HASARIN GÖRÜNÜM BİÇİMLERİ	7
I. Hasar Kavramı.....	7
A. Eşya Hasarı	9
B. Borca İlişkin Hasar	12
II. Hasarın Görünüm Biçimleri	15
A. Edim Hasarı	16
1. Tanımı ve Kanundaki Düzenlenişi.....	17
a. Tanımı	17
b. Kanundaki Düzenlenişi	21
2. Tek Tarafa ve İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Edim Hasarı	22
a. Tek Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Edim Hasarı.....	23
b. İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Edim Hasarı	26
B. Karşı Edim Hasarı.....	28
1. Tanımı	29
2. Kanundaki Düzenlenişi	31
§ 2. SATIŞ SÖZLEŞMESİNDE HASARIN GEÇİŞİ.....	32
I. Hasarın Geçiş Hakkında Genel Açıklamalar.....	32
II. Hasarın Görünüm Biçimlerine Göre Hasarın Geçiş.....	35
A. Edim Hasarının Geçiş.....	35
B. Karşı Edim Hasarının Geçiş.....	38
C. Edim Hasarıyla Karşı Edim Hasarının Geçişleri Arasındaki İlişki	39
1. Edim Hasarının Geçmesinin Karşı Edim Hasarının Geçişinin Ön Koşulu Olması.....	40

2. Edim Hasarının En Geç Karşı Edim Hasarıyla Eşzamanlı Olarak Geçmesi	41
III. Çeşitli İlkelere Göre Hasarın Geçışı.....	42
A. Sözleşme İlkesine Göre Hasarın Geçışı	42
B. Mülkiyetin Nakli İlkesine Göre Hasarın Geçışı	45
C. Teslim İlkesine Göre Hasarın Geçışı	47
§ 3. TÜRK HUKUKUNDA HASARIN GEÇİŞİNİN TARİHİ GELİŞİMİ	49
I. Mecellede Hasarın Geçışı.....	49
II. 818 Sayılı Mülga Borçlar Kanunu'nda Hasarın Geçışı	52
A. Hasarın Geçişine İlişkin Genel Kural (BK 117) ve Bu Kuralın Satış Sözleşmesinde Hasarın Geçişini Düzenleyen Kuralla (BK 183) İlişkisi	54
1. Hasarın Geçişine İlişkin Genel Kural	54
2. Hasarın Geçişine İlişkin Genel Kuralın Satış Sözleşmesinde Hasarın Geçişini Düzenleyen Kuralla İlişkisi.....	57
B. Satış Sözleşmesinde Hasarın Geçişine İlişkin Düzenlemenin Kökenleri	60
C. Satış Sözleşmesinde Hasarın Geçiş Anı	62
1. Edim Hasarının Geçiş Anı	63
a. Parça Satışlarında Edim Hasarının Geçiş Anı	64
b. Çeşit Satışlarında Edim Hasarının Geçiş Anı.....	68
2. Bedel Hasarının Geçiş Anı.....	74
a. Parça Satışlarında Bedel Hasarının Geçiş Anı	75
b. Çeşit Satışında Bedel Hasarının Geçiş Anı	79
c. Şarta (Koşula) Bağlı Satışlarda Hasarın Geçiş Anı.....	95
d. Satış Sözleşmesinde Hasarın Geçişine İlişkin Kuralın Uygulanmayacağı Durumlar.....	98

İKİNCİ BÖLÜM

TÜRK BORÇLAR KANUNUNA GÖRE SATIŞ SÖZLEŞMESİNDE HASARIN GEÇİŞİ

§ 4. TÜRK BORÇLAR KANUNUNUN HASARIN GEÇİŞİNE İLİŞKİN GENEL DÜZENLEMESİ VE BU DÜZENLEMENİN SATIŞ SÖZLEŞMESİNDE HASARIN GEÇİŞİNE İLİŞKİN KURALLA İLİŞKİSİ	104
---	-----

I. Edim Hasarının Geçişine İlişkin Genel Düzenleme (TBK 136/1) ve Bu Düzenlemenin Satış Sözleşmesinde Hasarın Geçişini Düzenleyen Kuralla (TBK 208) İlişkisi	104
A. Edim Hasarının Geçişine İlişkin Genel Düzenleme (TBK 136/1)	105
B. Edim Hasarının Geçişine İlişkin Genel Düzenlemenin Satış Sözleşmesinde Hasarın Geçişini Düzenleyen Kuralla İlişkisi	107
II. Karşı Edim Hasarının Geçişine İlişkin Genel Düzenleme (TBK 136/2) ve Bu Düzenlemenin Satış Sözleşmesinde Bedel Hasarının Geçişini Düzenleyen Kuralla (TBK 208) İlişkisi	109
A. Karşı Edim Hasarının Geçişine İlişkin Genel Düzenleme (TBK 136/2)	110
B. Karşı Edim Hasarının Geçişine İlişkin Genel Düzenlemenin Satış Sözleşmesinde Bedel Hasarının Geçişini Düzenleyen Kuralla İlişkisi	112
§ 5. EDİM HASARININ GEÇİŞ ANI	116
I. Parça Satışlarında Edim Hasarının Geçiş Anı	116
II. Çeşit Satışlarında Edim Hasarının Geçiş Anı	121
A. Aranacak Borç İçeren Çeşit Satışlarında Edim Hasarının Geçiş Anı	125
1. Satılanın Ayırt Edilmesi	127
2. Ayırt Etmenin Bildirilmesi	132
B. Götürülecek Borç İçeren Satışlarda Edim Hasarının Geçiş Anı	134
C. Gönderilecek Borç İçeren Çeşit Satışlarında Edim Hasarının Geçiş Anı	135
§ 6. BEDEL HASARININ GEÇİŞ ANI	136
I. Aranacak Borç İçeren Satış Sözleşmelerinde Bedel Hasarının Geçiş Anı	136
A. Zilyetliğin Devri Kavramı	139
B. Hasarın Zilyetliğin Devriyle Geçmesi	142
II. Götürülecek Borç İçeren Satış Sözleşmelerinde Bedel Hasarının Geçışı	148
III. Gönderilecek Borç İçeren Satış Sözleşmelerinde Bedel Hasarının Geçışı	150
A. Satış Sözleşmesinde Gönderme Yan Yükümlülüğünün Kararlaştırılması	153
B. Satılanın Taşıyıcıya Teslimi	155
1. Taşıyıcı Kavramı	156
2. Taşıyıcının Niteliği	156
3. Taşıyıcıya Teslim	160
§ 7. KOŞULA BAĞLI SATIŞLARDA HASARIN GEÇİŞİ	161

I. Geciktirici Koşula Bağlı Satışlarda Hasarın Geçişİ	161
A. Geciktirici Koşula Bağlı Satış Sözleşmesi Kavramı	162
B. Geciktirici Koşula Bağlı Satış Sözleşmelerinde Hasarın Geçiş Anı.....	164
II. Bozucu Koşula Bağlı Satışlarda Hasarın Geçişİ	167
A. Bozucu Koşula Bağlı Satış Sözleşmesi Kavramı	167
B. Bozucu Koşula Bağlı Satış Sözleşmesinde Hasarın Geçiş Anı	168
III. Beğenme Koşuluyla Satış Sözleşmesinde Hasarın Geçişİ	171
A. Beğenme Koşuluyla Satış Sözleşmesinin Tanımı ve Türleri.....	172
1. Beğenme Koşuluyla Satış Sözleşmesinin Tanımı.....	172
2. Beğenme Koşuluyla Satış Sözleşmesinin Türleri	173
a. Beğenme Geciktirici Koşuluyla Satış Sözleşmesi.....	174
b. Beğenmeme Bozucu Koşuluyla Satış Sözleşmesi.....	176
B. Beğenme Geciktirici Koşuluyla Satış Sözleşmesinde Hasarın Geçişİ...	177
C. Beğenmeme Bozucu Koşuluyla Satış Sözleşmesinde Hasarın Geçişİ...	179
IV. Mülkiyeti Saklı Tutma Kaydıyla Satış Sözleşmesinde Hasarın Geçişİ.....	180
A. Mülkiyeti Saklı Tutma Kaydıyla Satış Sözleşmesinin Tanımı ve Türleri.....	182
1. Mülkiyeti Saklı Tutma Kaydıyla Satışın Tanımı	183
2. Mülkiyeti Saklı Tutma Kaydıyla Satışın Türleri.....	184
a. Geciktirici Koşula Bağlı Mülkiyeti Saklı Tutma Kaydıyla Satış ...	184
b. Bozucu Koşula Bağlı Mülkiyeti Saklı Tutma Kaydıyla Satış	186
B. Geciktirici Koşula Bağlı Mülkiyeti Saklı Tutma Kaydıyla Satışta Hasarın Geçişİ.....	187
C. Bozucu Koşula Bağlı Mülkiyeti Saklı Tutma Kaydıyla Satışta Hasarın Geçişİ.....	188
§ 8. ALICININ BORCA AYKIRI DAVRANIŞLARININ HASARIN GEÇİŞİNE ETKİSİ	190
I. Alıcının Satış Bedelini Ödeme Borcuna Aykırı Davranmasının Hasarın Geçişine Etkisi	190
A. Alıcının Bedel Ödeme Borcunu Yerine Getirmemesi	191
B. Satıcının Alıcının Bedel Ödeme Borcunu Yerine Getirmemesi Nedeniyle Sahip Olduğu Haklar ve Bu Hakların Kullanılmasının Hasarın Geçişine Etkisi	193

II. Alıcının Satılanı Teslim Alma Borcuna Aykırı Davranmasının Hasarın Geçine Etkisi.....	195
A. Alıcının Satılanı Teslim Alma Borcunu Yerine Getirmemesi.....	196
B. Alıcının Satılanı Teslim Alma Borcunu Yerine Getirmemesi Nedeniyle Hasara Katlanması	196
§ 9. TAŞINMAZ SATIŞLARINDA HASARIN GEÇİŞİ.....	200
I. Taşınmaz Satış Sözleşmesinin Konusu ve Şekli	200
A. Taşınmaz Satışının Konusu	200
B. Taşınmaz Satışının Şekli.....	202
II. Taşınmaz Satışında Hasarın Geçiş Anı	203
A. Taşınmaz Satışında Hasarın Geçiş Anına İlişkin Genel Açıklamalar ...	203
B. Tapuya Kayıtlı Taşınmazların Satışında Hasarın Geçiş Anı	206
1. Tescil Anına Kadar Hasara Satıcının Katlanması.....	207
2. Satıcının Hasara Katlanmasının Tescilden Önce Son Bulduğu Durumlar	210
a. Mahkeme Kararı.....	210
b. Cebri İcra.....	211
3. Taşınmazın Tesliminin Vadeye Bağlanması.....	214
C. Tapuya Kayıtlı Olmayan Taşınmazların Satışında Hasarın Geçiş Anı..	216
§ 10. HASARIN GEÇİŞİNE İLİŞKİN HÜKÜMLERİN UYGULANMAYACAĞI HÂLLER	218
I. Kanundan Kaynaklanan Ayırık Hâller	218
II. Sözleşmeden Kaynaklanan Ayırık Hâller	219
III. Durumun Gereğinden Kaynaklanan Ayırık Hâller.....	221
§ 11. TÜRK BORÇLAR KANUNUNA GÖRE HASARIN GEÇMESİNİN SONUÇLARI	225
I. Alıcının Satış Bedelini Ödeme ve Satılanı Teslim Alma Yükümlülüğü... 225	
A. Alıcının Satış Bedelini Ödeme Yükümlülüğü	226
B. Alıcının Satılanı Teslim Alma Yükümlülüğü.....	227
II. Alıcının Satıcıyı Sözleşmenin Aynen İfasına Zorlayamaması ve Edimin Yerine Geçen Değerin Durumu	227
A. Alıcının Satıcıyı Sözleşmenin Aynen İfasına Zorlayamaması	228
B. Edimin Yerine Geçen Değerin Durumu	230

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

VİYANA SATIM SÖZLEŞMESİNE GÖRE (CISG) HASARIN GEÇİŞİ

§ 12. VİYANA SATIM SÖZLEŞMESİNİN TARİHİ GELİŞİMİ, UYGULAMA ALANI VE BU SÖZLEŞME UYARINCA HASARIN GEÇİŞİNE İLİŞKİN TEMEL KURAL	234
---	-----

I. Sözleşmenin Tarihi Gelişimi ve Uygulama Alanı.....	234
A. Tarihi Gelişimi.....	234
B. Uygulama Alanı.....	241
1. Yer Bakımından Uygulama Alanı.....	243
2. Kişi Bakımından Uygulama Alanı.....	245
3. Zaman Bakımından Uygulama Alanı	246
4. Konu Bakımından Uygulama Alanı.....	248
a. Satış Sözleşmesi	249
b. Taşınır Mal	253
II. Sözleşmede Yer Alan Hasarın (Edim ve Karşı Edim Hasarının) Geçişine İlişkin Temel Kural.....	255

§ 13. VİYANA SATIM SÖZLEŞMESİNE GÖRE HASARIN GEÇİŞ ANI.....	261
---	-----

I. Gönderilecek Borç İçeren Satış Sözleşmelerinde Hasarın Geçiş Anı	261
A. Viyana Satım Sözleşmesine Göre Sözleşmenin Gönderilecek Borç İçermesi.....	262
B. Malların Alıcıya Ulaştırılmak Amacıyla İlk Taşıyıcıya Verilmesi	265
1. Teslim.....	265
2. Taşıyıcı.....	270
3. Satılanın Ayırt Edilmesi.....	275
4. Satıcının Malları Belirli Bir Yerde Taşıyıcıya Vermesi	279
II. Nakil Hâlindeki Malların Satışında Hasarın Geçiş Anı	281
A. Hasarın Sözleşmenin Kurulmasıyla Alıcıya Geçmesi	284
B. İstisnai Olarak Hasarın Malların Taşıyıcıya Verilmesi Anında Geçmesi.....	286
1. Koşulların Haklı Göstermesi.....	286
2. Malların Taşıma Sözleşmesini Somutlaştıran Belgeleri Düzenleyen Taşıyıcıya Verilmesi.....	288
3. Satıcının İyiniyetli Olması	291

a. Uygulanma Alanı	291
b. Kapsamı.....	293
c. Ölçüsü.....	296
d. Malların Ayırt Edilmesi.....	297
III. Aranacak Borç İçeren veya Satılanın Farklı Bir Yerde Teslim Edileceği Satış Sözleşmelerinde Hasarın Geçişi.....	299
A. Aranacak Borç İçeren Satış Sözleşmelerinde Hasarın Geçişi	300
1. Alıcının Malları Teslim Alması	302
2. Alıcının Sözleşmeyi İhlâli.....	305
a. Satılanın Zamanında Teslim Alınmaması	305
b. Satılanın Alıcının Tasarrufuna Hazır Bulundurulması.....	306
c. Alıcının Sözleşmeyi Satılanı Teslim Almama Dışındaki Başka Bir Nedenle İhlâli.....	309
B. Satılanın Farklı Bir Yerde Teslim Edileceği Satış Sözleşmelerinde Hasarın Geçişi	311
1. Teslim Borcunun Muaccel Olması.....	313
2. Satılanın Alıcının Tasarrufuna Hazır Bulundurulması	314
3. Alıcının Durumdan Haberdar Olması	315
§ 14. VİYANA SATIM SÖZLEŞMESİNE GÖRE SATICININ SÖZLEŞMEYİ İHLÂLİNİN HASARIN GEÇİŞİNE ETKİSİ	317
I. Sözleşmenin Esaslı İhlâli ve Söz Konusu İhlâlin Hasarın Geçişiyle Olan İlişkisi.....	317
A. Sözleşmenin Esaslı İhlâli Kavramı	317
B. Sözleşmenin İhlâlinin Hasarın Geçişiyle İlişkisi.....	321
II. Hasarın Geriye Aktarılması.....	323
A. Sözleşmenin Esaslı İhlâlinin Hasarın Geriye Aktarılmasını Sağlaması	324
B. Hasarın Geriye Aktarılmasında Özel Durumlar	325
§ 15. Incoterms® 2010 KURALLARI HAKKINDA GENEL AÇIKLAMALAR, BU KURALLARIN VİYANA SATIM SÖZLEŞMESİYLE İLİŞKİSİ VE BU KURALLAR UYARINCA HASARIN GEÇİŞİ	328
I. Incoterms® 2010 Kuralları Hakkında Genel Açıklamalar.....	328
II. Incoterms® 2010 Kurallarının Viyana Satım Sözleşmesiyle İlişkisi.....	334
III. Incoterms® 2010 Kuralları Uyarınca Hasarın Geçişi	338

A. E Grubu.....	339
B. F Grubu	340
1. FCA-Taşıyıcıya Masrafsız	340
2. FAS-Gemi Doğrultusunda Masrafsız.....	342
3. FOB-Gemide Teslim	342
C. C Grubu.....	344
1. CPT-Taşıma Ödenmiş Olarak ile CIP-Taşıma ve Sigorta Ödenmiş Olarak	345
2. CFR-Masraflar ve Navlun ile CIF-Masraflar, Sigorta ve Navlun.....	346
D. D Grubu	347
1. DAT-Terminalde Teslim.....	347
2. DAP-Belirlenen Yerde Teslim ve DDP-Gümrük Resmi Ödenmiş Olarak Teslim	348
§ 16. VIYANA SATIM SÖZLEŞMESİNE GÖRE HASARIN GEÇMESİNİN SONUÇLARI	349
I. Alıcının Satış Bedelini Ödeme ve Satılanı Teslim Alma Yükümlülüğü ...	349
II. Alıcının Satıcıyı Sözleşmeye Uygun Malın Teslimine Zorlayamaması ...	352
SONUÇ	355
KAYNAKÇA.....	363
ÖZET.....	379
ABSTRACT.....	381

KISALTMALAR

BATİDER : Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi

BK : Borçlar Kanunu

Bkz. (bkz.) : Bakınız

Çev. : Çeviren

E.T. : Erişim Tarihi

HD. : Hukuk Dairesi

Krş. : Karşılaştırınız

m. : madde

No. : Number

R.G. : Resmi Gazete

S. : Sayı

s. : sayfa

TBK : Türk Borçlar Kanunu

TMK : Türk Medeni Kanunu

TTK : Türk Ticaret Kanunu

vd. : ve devamı

Vol. : Volume

GİRİŞ

Bu çalışmanın konusunu satış sözleşmesinde hasarın geçişi meselesi oluşturmaktadır. Satış sözleşmesinde hasarın geçişi, borçlar hukukunun en temel ve en tartışmalı konularından birisidir. Kökleri Roma hukukuna kadar uzanan bu mesele, günümüzde de güncelliğini korumaktadır.

Gelişen teknoloji ve gün geçtikçe büyüyen ticaret hacmi, akdedilen satış sözleşmesi sayısını ve satış sözleşmesinde hasara sözleşmenin taraflarından hangisinin katlanacağı meselesinin önemini artırmaktadır. Günümüzde, özellikle ticaretle uğraşanlar arasında kurulan satış sözleşmeleri, nicelik bakımından büyük ya da nitelik açısından oldukça değerli mallar ve yüksek bedeller üzerinden akdedilmektedir. Satılan malların niceliğinin ya da niteliğinin artması ve söz konusu malların karşılığında ödenen bedellerin yükselmesi, sözleşmenin taraflarının karşı karşıya kaldığı tehlikenin boyutlarını da büyütmektedir. Ayrıca, ticaretin uluslararası alandaki gelişimi, hasar sorununa ve hasar sorunun doğmasına neden olan olaylara uluslararası bir boyut kazandırmıştır. Ancak satış sözleşmesinde hasarın geçişi konusu, sadece ticaretle uğraşanları ya da uluslararası alanda ticari faaliyet yürütenleri değil; satış sözleşmesinde sözleşmenin karşı tarafına göre daha zayıf konumda bulunan tüketicileri de yakından ilgilendirmektedir. Zira tüketiciler de, tıpkı ticaretle uğraşanlar gibi, satış sözleşmesi akdetmek suretiyle parasal bir kayba uğrama tehlikesiyle karşı karşıya kalmaktadır. İşte, satış sözleşmesinde hasarın geçişine ilişkin düzenlemeler, satış sözleşmesiyle borç altına giren taraflar arasında, tehlikenin nasıl dağıtılacağını düzenlemekte ve böylece alış-veriş hayatının tüm aktörlerini yakından ilgilendirmektedir.

Satış sözleşmesinin tarafları bakımından yıkıcı sonuçlar doğurma ihtimâli bulunan hasarın geçişi meselesi, gerek ulusal gerekse de uluslararası düzenlemelere konu olmuştur. Türk hukukunda, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda yer alan hasarın geçişine ilişkin düzenleme, Kanun'un, belki de en çok eleştirilen ve değiştirilmesi yönünde genel bir görüş birliği bulunan hükmü olmuştur. Bunun sonucunda, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda hasarın geçişi konusunda köklü bir değişikliğe gidilmiştir. Ne var ki, Türk Borçlar Kanunu, hasarın geçişine ilişkin olarak yürürlükten kalkan kanunda yer alan ve çözümü aranan sorunların tümünü ortadan kaldıramadığı gibi birtakım yeni sorunların ve görüş ayrılıklarının ortaya çıkmasına neden olmuştur.

Uluslararası hukukta ise, hasarın geçişi konusu, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'nda kapsamlı bir biçimde ele alınmış ve hükme bağlanmıştır. Bununla birlikte, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın hasarın geçişine ilişkin düzenlemesinin açıklığa kavuşturulmayı bekleyen pek çok yönü bulunmaktadır. Ülkemizde de yakın sayılabilecek bir tarihte yürürlüğe girmiş olan Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın hasarın geçişine ilişkin hükümlerinin açıklanması ve anlaşılması, hem iç ticaret ve ulusal hukuk bakımından, hem de dış ticaret ve uluslararası hukuk açısından büyük önem taşımaktadır. Aynı şekilde, hasarın geçişine ilişkin olarak kayda değer düzenlemeler içeren Incoterms® kurallarının incelenmesi, gerek iç hukuk gerekse de uluslararası hukuk bakımından son derece önemlidir.

Bu çalışmada, satış sözleşmesinde hasarın geçişi konusu, Türk Borçlar Kanunu ve Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş

Milletler Antlaşması yönünden incelenecektir. Söz konusu inceleme yapılırken her iki düzenleme arasında çeşitli göndermelere başvurulacaktır. Bununla birlikte, genel olarak her iki hukuki düzenlemede yer alan hükümlerin, münferit olarak incelenmesine özen gösterilecektir. Nitekim Türk Borçlar Kanunu'nun hasarın geçişine ilişkin düzenlemesi, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın konuya ilişkin düzenlemesinden daha kapsamlıdır. Ayrıca, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın hasarın geçişine ilişkin düzenlemesi, uluslararası nitelikli satış sözleşmeleri temelinde oluşturulmuştur. Buna karşılık, Türk Borçlar Kanunu'nun hasarın geçişine ilişkin düzenlemesinde, sınır aşmayan satış sözleşmeleri esas alınmıştır. Ayrıca, Türk Borçlar Kanunu ve Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması hükümlerinin bir arada ve iç içe incelenmesi durumunda, konunun karmaşık, anlaşılması ve çözümlenmesi güç bir hâl alma ihtimâli oldukça yüksektir. Bu nedenle, bu çalışmada, Türk Borçlar Kanunu uyarınca satış sözleşmesinde hasarın geçişi, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması uyarınca hasarın geçişinden önce ve ayrı olarak incelenecektir.

Bu çalışmayı oluşturan üç ana bölümden ilkinde, hukukun en belirsiz ve açıklığa kavuşturulmasına en çok ihtiyaç duyulan kavramlarından bir olan hasar kavramı ele alınacaktır. Bu bağlamda, borçlar hukukunun konusuna giren borca ilişkin hasar kavramı, eşya hukukunun konusunda giren eşya hasarı kavramından ayrılacak ve hasarın görünüm biçimlerinden edim hasarı ve karşı edim hasarı arasındaki fark ortaya konulmaya çalışılacaktır. Ardından, hasarın geçişi kavramı, satış sözleşmesi kapsamında ele alınacak ve çeşitli ilkelere göre hasarın geçişinin

nasıl düzenlendiği ya da düzenlenebileceği açıklanacaktır. Birinci bölümün son paragrafında, ikinci bölümün üzerine inşa edileceği, hasarın Türk hukukundaki tarihi gelişimi incelenecektir. Bu kapsamda, Mecelle’deki hasarın geçişine ilişkin hükümlere kısaca değinildikten sonra, konunun yürürlükten kalkan ancak etkisi günümüzde de hissedilen 818 sayılı Borçlar Kanun’daki görünümü aydınlatılmaya çalışılacaktır. Oldukça çetrefilli olan bu düzenleme, Türk Borçlar Kanunu bakımından taşıdığı önem ölçüsünde incelenecektir. Ancak sözleşme özgürlüğü çerçevesinde, tarafların, 818 sayılı Kanun’da yer alan düzenlemeyi esas alan bir hasar sistemini kabul etme ihtimâlleri ve bu hasar sisteminin teorik önemi de göz önünde tutularak, 818 sayılı Kanun’un hasarın geçişine ilişkin hükümleri yüzeysel sayılmayacak bir derinlikte işlenmeye çalışılacaktır.

Çalışmanın ikinci bölümünde, Türk Borçlar Kanunu’nun hasarın geçişine ilişkin düzenlemeleri ele alınacaktır. Bu kapsamda, öncelikle, satış sözleşmesinde hasarın görünüm biçimlerinin, Türk Borçlar Kanunu’nun “Genel Hükümler” kısmındaki görünüşüne yer verilecek ve söz konusu hükümlerin Kanun’un “Özel Borç İlişkileri” kısmındaki düzenlemelerle olan ilişkileri açıklanacaktır. Sonrasında, öğretide bugüne kadar üzerinde ayrıntılı olarak durulmayan edim hasarının geçişi konusu, parça ve çeşit satışları yönünden ayrı ayrı incelenecektir. Bunu takiben, hasarın geçişi konusunun köşe taşı oluşturan bedel hasarının geçişi konusu, sözleşmenin ifa yerine göre yapılacak bir ayrımla, aranacak, götürülecek ve gönderilecek borç içeren satış sözleşmeleri bakımından ayrı ayrı açıklanacaktır. Gerek edim hasarının, gerekse de bedel hasarının geçişi açıklanırken, Türk Borçlar Kanunu’nun konuya ilişkin en sorunlu yanlarından biri olduğu düşünülen çeşit borcu konusuna özel önem verilecektir. Akabinde, yine Türk Borçlar Kanunu’nun hasarın

geçişine ilişkin olarak sessiz kaldığı ve bu nedenle konunun en belirsiz ve açıklanması özel önem arz eden yönlerinden biri olan, koşula bağlı satış sözleşmelerinde hasarın geçişine yer verilecektir. Koşula bağlı satış sözleşmelerinde hasarın geçişi, geciktirici koşula bağlı sözleşmeler, bozucu koşula bağlı sözleşmeler, beğenme koşuluyla satış ve mülkiyeti saklı tutma kaydıyla satış şeklinde dörde ayrılarak detaylı olarak incelenmeye çalışılacaktır. Bunu takiben, alıcının borca aykırı davranışının hasarın geçişine olan etkisine değinilecek ve yine öğretilerinde fazlaca durulmamış olan taşınmaz satışlarında hasarın geçişi konusu incelenecektir. Taşınmaz satışında hasarın geçişi konusu, tapuya kayıtlı taşınmazlar ve tapuya kayıtlı olmayan taşınmazlar şeklinde ikiye ayrılarak açıklanacak ve sonrasında hasarın geçişinin uygulanmayacağı hâller ile hasarın geçmesinin sonuçları inceleme konusu yapılacaktır. Ancak çalışmanın konusu genel olarak taşınır satış sözleşmesinde hasarın geçişidir. Bu nedenle, hasarın geçişine ilişkin açıklamalar özel olarak taşınmaz satış bakımından da geçerli olduğu belirtilmediği sürece, sadece taşınır satışları bakımından dikkate alınmalıdır.

Çalışmanın üçüncü ve son bölümünde, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması uyarınca hasarın geçişi ve bununla da bağlantılı olarak Incoterms® kurallarında hasarın geçişi konularına yer verilecektir. İlk olarak, kısaca, ülkemiz açısından yeni sayılabilecek bir uluslararası düzenleme olan Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın tarihi gelişimine ve uygulama alanına değinilecek ve söz konusu uluslararası sözleşmenin hasarın geçişine ilişkin temel düzenlemesi inceleme konusu yapılacaktır. Ardından, adı geçen uluslararası sözleşmenin, hasarın geçiş anına ilişkin düzenlemeleri, gönderilecek borç içeren satış sözleşmeleri, nakil

hâlindeki malların satışı, aranacak borç içeren veya satılanın farklı bir yerde teslim edileceği satış sözleşmeleri bakımından ayrı ayrı ve detaylı olarak incelenmeye çalışılacaktır. Sonrasında, satıcının satış sözleşmesini ihlâlinin hasarın geçişine etkisi ele alınacak ve Incoterms® 2010 kurallarına ve bu kurallar uyarınca hasarın geçişine etraflıca yer verilmeye çalışılacaktır. Üçüncü bölümün son paragrafında, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'na göre hasarın geçmesinin sonuçlarına değinilecektir.

Çalışma kapsamında elde edilen belli başlı sonuçlara ise sonuç bölümünde yer verilecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM
HASAR KAVRAMI, HASARIN GÖRÜNÜM BİÇİMLERİ, SATIŞ
SÖZLEŞMESİNDE HASARIN GEÇİŞİ VE TÜRK HUKUKUNDA HASARIN
GEÇİŞİNİN TARİHİ GELİŞİMİ

§ 1. HASAR KAVRAMI VE HASARIN GÖRÜNÜM BİÇİMLERİ

I. Hasar Kavramı

Hasar kavramı, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda ¹ tanımlanmış olmamakla birlikte, Kanun'un pek çok yerinde bu kavrama yer verildiği görülmektedir². Hasar kavramının anlamının belirlenmesi, hasarın geçişi konusunun incelenebilmesi bakımından önem taşımaktadır. Zira hasar, birden fazla anlama gelecek şekilde kullanılmaktadır. Hasar kavramının biri geniş, diğeri dar olmak üzere

¹ R.G. 04.02.2011, S. 27836.

² Türk Borçlar Kanunu'nun 107, 136, 208, 245, 473, 483, 566, 570, 621. maddelerinde hasar terimi kullanılmıştır. Yine Türk Medeni Kanunu'nun (R.G. 08.12.2001, S. 24607) 518 ve 993. maddelerinde hasar kavramına yer verilmiştir.

iki anlamı bulunmaktadır³. Geniş anlamda hasar, eşya hasarı⁴, aynî hasar⁵, ayn'a müteallik hasar⁶ veya eşyaya ilişkin hasar⁷; dar anlamda hasar ise, borca ilişkin hasar⁸ veya borca müteallik hasar⁹ olarak da adlandırılmaktadır¹⁰.

³ T. Akıntürk, **Satım Akdinde Hasarın İntikali**, Ankara, 1966, s. 21; F. N. Feyzioğlu, **Borçlar Hukuku, İkinci Kısım, Akdin Muhtelif Nevileri (Özel Borç İlişkileri)**, Cilt I, 4. Bası, İstanbul, 1980, s. 203; K. Yetiş Şamlı, “**Borçlar Kanunu ve CISG Çerçevesinde Hasarın İntikali**”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 65, Sayı 1, İstanbul, 2007, s. 304; S. Altay, **Satım Sözleşmesinde Hasarın Geçişi**, İstanbul, 2008, s. 3; S. Reyhani Yüksel, “**Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Hasarın Geçişi**”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2013, s. 80; C. Yavuz/F. Acar/B. Özen, **Türk Borçlar Kanunu Özel Hükümler**, 10. Bası, İstanbul, 2014, s. 70.

⁴ M. Oruç, **Satış Sözleşmesinde Riskin Geçişi**, İstanbul, 2015, s. 8.

⁵ T. Akıntürk, s. 22; S. Altay, s. 4; H. Acar, **Uluslararası Satışlarda Hasar Riskinin Geçişi**, İstanbul, 2009, s. 6; H. Özdemir, “**Satış Sözleşmesinde Yarar ve Hasarın İntikali**”, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011) Sempozyum No: III, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, İstanbul, 2011, s. 360.

⁶ T. Akıntürk, s. 22.

⁷ S. Altay, s. 5; H. Özdemir, s. 360.

⁸ T. Akıntürk, s. 24; S. Altay, s. 6; M. Oruç, s. 8.

⁹ T. Akıntürk, s. 24; H. Özdemir, s. 361.

A. Eşya Hasarı

Geniş anlamda hasar olarak da ifade edilen eşya hasarı, hukuki bir kavram olmanın yanında, günlük dilde kullanılan hasar kavramına da karşılık gelir¹¹. Günlük yaşamda hasardan söz edildiğinde, “*Herhangi bir olayın yol açtığı kırılma, dökülme, yıkılma gibi zarar.*” anlaşılır¹². Örneğin, bir depremde sonra bazı konutların hasar görmesinden bahsedildiğinde, söz konusu konutların deprem nedeniyle çatladığı, yıkıldığı, kısacası zarar gördüğü anlatılmak istenir. Ancak günlük dilde kullanılan hasar kavramı, zararın hukuki yönünü kapsamamaktadır.

¹⁰ Bununla birlikte, öğretide, üçlü bir ayırım yapılarak, eşyaya ilişkin hasarın ayrı bir başlık altında incelendiği de görülmektedir. Bu üçlü ayırmada, eşyanın herhangi bir borç ilişkisine konu olması ile eşyanın herhangi bir borç ilişkisine konu olmaması durumları arasında bir farklılık yaratılmaktadır. Eşyanın herhangi bir borç ilişkisine konu olmaması durumunda, eşyanın telef olması ya da zarara uğramasının sonucuna kimin katlanacağı eşyaya ilişkin hasar ile ilgili olduğu belirtilmektedir (M. A. Gümüş, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt I**, 3. Bası, İstanbul, 2013, s. 29; M. Oruç, s. 10; A. H. Cihan, **Kullandırma Sözleşmelerinde Hasar**, İstanbul 2015, s. 4).

¹¹ S. İ. Çakırca, “**Satımda Edim ve Karşı Edim Hasarının Alıcıya Geçmesi**”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 65, Sayı 1, İstanbul, 2007, s. 179; S. Altay, s. 4.

¹² http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.562b7fb513bb91.96606227 (E.T. 24.10.2015).

Eşya hasarı, bir malın hukuki bir işleme konu olmasından bağımsızdır¹³. Eşya hasarının meydana gelmesinden, diğer bir deyişle, bir malın bir olay nedeniyle zarar görmesinden bahsedildiğinde, söz konusu malın bir borç ilişkisine konu olup olmaması önem taşımaz¹⁴. Malın, bir borç ilişkisine konu olması ya da olmaması eşya hasarı ile ilgili bir sorun değildir. Burada önemli olan, malın zarar görmüş ya da

¹³ T. Akıntürk, s. 22; H. Özdemir, s. 360; K. Yetiş Şamlı, s. 304; S. İ. Çakırca, s. 179; H. N. Nomer/B. İ. Engin, **Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Özel Borç İlişkileri, Cilt I: Satış Sözleşmesi, Birinci Fasikül: Giriş; Madde 207-211, 245**, Ankara, 2013, s. 55; M. Oruç, s. 9.

¹⁴ T. Akıntürk, s. 22; H. Özdemir, s. 360; K. Yetiş Şamlı, s. 304; M. Oruç, s. 9. Bununla birlikte öğretide, eşya hasarından söz edilebilmesi için malın sözleşmesel bir borç ilişkisine konu edilmemiş olmasını arayan yazarlar da bulunmaktadır (Bkz. S. Altay, s. 4 ve dipnot 7'deki yazarlar; M. A. Gümüş, s. 29). Benzer şekilde, bkz. Y. M. Atamer, **“Satım Sözleşmesinde Hasarın İntikali Anı”**, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul, 2010, s. 132.

kaybolmuş olması; diğer bir ifadeyle bir olay sonucunda¹⁵ malvarlıksal bir eksilmenin meydana gelmiş olmasıdır.

Eşya hasarının gerçekleşmesi hâlinde, söz konusu eşyanın herhangi bir borç ilişkisine konu edilmemiş olması durumunda, bu hasara kimin katlanacağı açıktır¹⁶. Roma hukukunda “*casum sentit dominus*” ya da “*res perit suo domino*” olarak ifade edilen, günümüzde de geçerliliğini sürdüren ilke gereğince, hasara malik katlanır¹⁷.

¹⁵ Eşya hasarına sebep olan olayın genellikle, tesadüfi, diğer bir ifadeyle, herhangi bir kimsenin kusuruna dayanmayan bir olay olduğu söylenmekte, ancak bunun bir zorunluluk olmadığı, bazı durumlarda kusurdan kaynaklanan zararları da kapsadığı ifade edilmektedir (T. Akıntürk, s. 22; H. Özdemir, s. 22). Bu noktada, eşya hasarının herhangi bir olaydan kaynaklanmış olabileceği, bu olayın tesadüfen gerçekleşmiş olmasının ya da bir kimsenin kusurundan kaynaklanmasının, olayın sonucunun eşya hasarı olarak nitelendirilmesinde önem taşımadığı ifade edilmelidir.

¹⁶ Y. M. Atamer, *Hasarın İntikali*, s. 131.

¹⁷ A. B. Schwarz (Çev. K. Ayiter), “**Satış Akdinde Hasarın İntikali**”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 4, Sayı 1-4, 1947, s. 161; R. Serozan, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, İstanbul, 2002, s. 104; Ö. Söğütlü Erişgin, **Tarihsel ve Dogmatik Açidan Periculum Est Emptoris (Hasar Alıcıya Aittir)**, Ankara, 2010, s. 19; Y. M. Atamer, *Hasarın İntikali*, s. 132; S. Altay, s. 5; H. Özdemir, s. 360; M. Oruç, s. 10.

Esasında bu konu eşya hukuku ile ilgilidir¹⁸. Malikin malvarlığına dâhil olan ve malikin üzerinde kullanma, yararlanma ve tasarruf etme yetkisine sahip olduğu eşyanın, sorumluluğu kimseye yüklenemeyen bir olay nedeniyle zarara uğraması ya da telef olmasının sonucuna yine malikin katlanması kabul edilmektedir¹⁹.

Eşyanın birden fazla aynî hakka konu olması durumunda, eşya hasarından, malikin yanında diğer ayni hak sahiplerinin de etkileneceği açıktır²⁰. Gerçekten de, eşya üzerinde örneğin, intifa hakkı gibi sınırlı bir aynî hakka sahip olan kişinin, eşya hasarının meydana gelmesi hâlinde, ayni hakkı zarar görecektir ya da sona erecektir. Ancak bu durumda borçlar hukukunun inceleme alanına giren teknik anlamda bir hasardan söz edilemez²¹.

B. Borca İlişkin Hasar

Dar ve teknik anlamda hasar olarak da ifade edilen²² borca ilişkin hasar²³, eşya hasarının aksine, borçlar hukukunun inceleme alanına girer²⁴. Borca ilişkin

¹⁸S. Altay, s. 5; H. Özdemir, s. 360; M. Oruç, s. 11; M. Doğan, **Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Hasarın İntikali**, Ankara, 2016, s. 34.

¹⁹ S. Altay, s. 6; A. Zevkliler/K. E. Gökyayla, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 14. Bası, Ankara, 2014, s. 44; M. Oruç, s. 10.

²⁰ T. Akıntürk, s. 63; S. Altay, s. 6, dipnot 13; H. N. Nomer/B. İ. Engin, s. 55; M. Oruç, s. 10.

²¹ T. Akıntürk, s. 63.

²² T. Akıntürk, s. 26; F. N. Feyzioğlu, s. 204; Ö. Söğütlü Erişgin, s. 19 vd.

²³ Hukukumuzdaki hasar kavramı, Almanya ve İsviçre Hukuku'nda “*Gefahr*”; İngiltere ve Amerika Birleşik Devletleri Hukuku'nda ise “*risk*” terimiyle ifade edilmektedir. Bununla birlikte, İngilizce yazan hukukçular, “*risk*” kelimesini ekonomik durumların her türü için çok daha kapsamlı bir anlama gelecek şekilde kullanmaktadır. Buna karşılık, Almanca yazan hukukçular “*Gefahr*” kelimesini hasarın geçişiyle sınırlı olmak üzere kullanmaktadır. Alman hukukçular ekonomik riskleri ifade etmek için ise “*risiko*” kelimesini tercih etmektedir (P. Schlechtriem/I. Schwenzer/P. Hachem, **Slechtriem & Schwenzer: Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)**, 4. Edition, Oxford, 2016, s. 951). “*Gefahr*” ya da “*risk*” kelimeleri, Türkçede karşılığını günlük dilde daha çok “*tehlike*”, hukukta ise teknik anlamda “*hasar*” sözcüğünde bulmaktadır. 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda olduğu gibi 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda da kanun koyucu, hasarın geçişi konusunda tehlike kelimesini kullanmamış, keyfiyeti hasar kelimesiyle ifade etmiştir. Öğretide de hasar kelimesi, 818 sayılı Kanun döneminde olduğu gibi, 6098 sayılı Kanun döneminde de neredeyse istisnasız olarak durumu ifade etmek için kullanılmıştır. Bununla birlikte, son dönemde, hukukî bir kurum olarak hasarı ifade etmek için “*hasar riski*” (özellikle bkz. H. Acar, s. 5 vd.; S. Reyhani Yüksel, s. 106 vd.) ya da sadece “*risk*” (M. Oruç, s. 27) terimlerinin kullanıldığı da görülmektedir. Ne var ki, kanun koyucunun ve öğretideki çoğunluğun kullanımına uyarak risk kelimesinden hasar kelimesinin tercih edilmesi gerekir. Nitekim risk kelimesi, Almandada olduğu gibi daha çok ekonomik riskleri karşılayan bir kelimedir. Öğretide hasar kelimesi ise, teknik anlamda hasar kelimesiyle sınırlı olarak kullanılmaktadır. Ayrıca borçlar hukukunda kullanılacak risk kelimesi, sigorta

hasar, sadece borç ilişkilerinde söz konusu olur²⁵ ve eşya hasarından farklı olarak, yalnızca borcun geçerli olarak doğmasından sonra ortaya çıkar. Gerçekten de, borca ilişkin hasardan söz edilebilmesinin ön koşulu, geçerli bir borç ilişkisinin varlığıdır²⁶.

Borca ilişkin hasar, borcun doğumundan sonraki, ancak ifa edilmesinden önceki dönemde, edimin taraflara yüklenemeyen nedenlerle imkânsızlaşması sonucunda ortaya çıkan ve taraflardan birini veya her ikisini de tehdit eden tehlikedir²⁷. Borca ilişkin hasara özelliğini veren husus, borç ilişkisinin konusunun borçlunun sorumlu tutulamayacağı şekilde imkânsızlaşmasıdır²⁸. Borca ilişkin hasardan söz edilebilmesi için, edimin ifasının ya da gereği gibi ifasının imkânsızlaşması gerekir. Borç ilişkisinin kurulmasından sonra, borçlunun alacaklıya

hukukundaki risk kavramıyla karıştırılmaya da müsaittir. Ayrıca, Türk Borçlar Kanunu'nda olduğu gibi, CISG'nin Resmi Gazete'de yayımlanan Türkçe tercümesinde de, İngilizce aslında yer alan “risk” kelimesi yerine, özellikle “hasar” kelimesi tercih edilmiştir (Aynı yönde bkz. M. Doğan, s. 60; bu konudaki tartışmalar için bkz. M. Oruç, s. 24 vd.)

²⁴ M. Oruç, s. 13.

²⁵ T. Akıntürk, s. 64; F. N. Feyzioğlu, s. 204; C. Yavuz/F. Acar/B. Özen, s. 70.

²⁶ T. Akıntürk, s. 30; H. Acar, s. 35; M. Oruç, s. 16.

²⁷ T. Akıntürk, s. 64; F. N. Feyzioğlu, s. 204; S. Altay, s. 7; H. Özdemir, s. 263; M. A. Gümüş, s. 29; C. Yavuz/F. Acar/B. Özen, s. 70; T. Uygur, **Açıklamalı ve İctihatlı Borçlar Kanunu Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, IV. Cilt (Madde 109-213)**, 2. Bası, Ankara, 2003, s. 4536.

²⁸ F. N. Feyzioğlu, s. 204; C. Yavuz/F. Acar/B. Özen, s. 70; Ö. Söğütlü Erişgin, s. 20.

karşı yerine getirmeyi üstlendiği edimin aynen ya da gereği gibi ifasının imkânsızlaşması, ancak taraflara yüklenemeyen nedenlerle gerçekleşirse, borca ilişkin hasardan söz edilebilir. Yoksa edimin ifasının ya da gereği gibi ifasının, borçlunun sorumlu tutulabileceği nedenlerle imkânsızlaşması durumunda, hasar sorunu gündeme gelmez²⁹.

Borca ilişkin hasarın gündeme gelebileceği borç ilişkisinin kaynağı, genellikle sözleşmedir. Bununla birlikte, borca ilişkin hasarın söz konusu olabileceği borç ilişkisi, kaynağını her zaman bir sözleşmeden almak zorunda değildir. Nitekim borç ilişkisi, sözleşmeden doğabileceği gibi, yasal ön alım hakkından ya da vasiyetnameden de kaynaklanabilir. Ayrıca borç ilişkisinin sözleşmeden kaynaklanması durumunda, bu sözleşme, tek tarafa ya da iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olabileceği gibi, çok taraflı bir sözleşme de olabilir. Örneğin, çok taraflı bir sözleşme olan ortaklık sözleşmesinde borca ilişkin hasar gündeme gelebilir³⁰.

II. Hasarın Görünüm Biçimleri

Eşya hasarının aksine, borca ilişkin hasar ancak geçerli bir borç ilişkisinin varlığı hâlinde söz konusu olabildiğinden, borca ilişkin hasarın borç ilişkisinin tarafları bakımından ifade ettiği anlam farklılaşmaktadır³¹. Bir borç ilişkisinde, borcun ifasının borçlunun sorumlu tutulamayacağı nedenlerle sonradan

²⁹ H. Arslanlı, **Ticarî Bey'**, 3. Bası, Ankara, 1952, s. 163; H. Tandoğan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt I**, 6. Tıpkı Bası, İstanbul, 2008, s. 106.

³⁰ M. Oruç, s. 16.

³¹ M. Oruç, s. 28; M. Doğan, s. 34.

imkânsızlaşması, borçluyu ve alacaklıyı değişik biçimlerde etkiler. Borç ilişkisinde, edimin ifasının sonradan imkânsızlaşması hâlinde, borçlandığı edimi ifa etme yükümlülüğü altına giren borçlu, borçlandığı edimi ifa etme ya da alacaklının zararını giderme tehlikesiyle karşı karşıya kalabilir. Edim borçlusunu (ve dolayısıyla edim alacaklısını) tehdit eden bu tehlike, edim hasarı ile ilgilidir.

Edimin ifasının taraflara yüklenemeyen nedenlerle imkânsızlaşması durumunda, borç ilişkisinin karşı tarafı da bundan etkilenir. Gerçekten de, borçlunun edimini ifa yükümlülüğünün sona ermesi ve de alacaklının zararını gidermekle yükümlü olmaması, karşı tarafın, borç ilişkisine dayanan alacağının sona ermesi tehlikesini doğurur. İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, edim hasarına bağlı olarak başka bir tehlike daha gündeme gelir. Borç ilişkisinin karşı tarafı, edimi aynen ya da gereği gibi elde edememesine rağmen, karşı edimi yerine getirmek zorunda kalabilir. Yahut edimin ifasının imkânsızlaşması hâlinde, sözleşmenin karşı tarafının karşı edimi yerine getirme borcu sona erer; dolayısıyla karşı edim alacaklısı (asıl edim borçlusu) karşı edimi talep etme hakkını kaybetme tehlikesine maruz kalabilir. Karşı edim borçlusunu (ve dolayısıyla karşı edim alacaklısını) tehdit eden bu tehlike, karşı edim hasarı ile ilgilidir.

A. Edim Hasarı

Edim hasarı, öğretide, edaya müteallik hasar³², maddi edim hasarı³³, edime ilişkin hasar³⁴ olarak da adlandırılmaktadır.

³² T. Akıntürk, s. 27.

1. Tanımı ve Kanundaki Düzenlenişi

Edim hasarının anlamının belirlenmesi ve edim hasarına ilişkin yasal düzenlemenin tespit edilmesi, konuyla ilgili yapılacak olan açıklamalar bakımından önemlidir. Özellikle karşı edim hasarı kavramının açıklanabilmesi ve edim hasarı ile karşı edim hasarı arasındaki bağlantının kurulabilmesi bakımından, öncelikle edim hasarının anlamının ve kanundaki düzenlenişinin ortaya konulması gerekir.

a. Tanımı

Edim hasarı, Türk Borçlar Kanunu'nda tanımlanmamıştır. Bu kavram, borca ilişkin hasarın, hukuki ilişkinin tarafları bakımından ifade ettiği anlam dikkate alınarak öğretide ortaya konulmuş bir kavramdır³⁵.

Edim hasarının temelinde, borç ilişkisinin, sonradan, borçluya yüklenemeyen sebeplerle imkânsız hâle gelmesi, diğer bir deyişle, borçlunun sorumlu olmadığı

³³ F. Aral/H. Ayrancı, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 11. Bası, Ankara, 2015, s. 84; F. Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 2. Bası, Ankara, 2015, s. 49.

³⁴ H. Tandoğan, s. 106; H. Acar, s. 9.

³⁵ M. Oruç, s. 28; M. Doğan, s. 34.

sonraki imkânsızlık olgusu yatar³⁶. Borca ilişkin hasar bahsinde de değinildiği üzere, borçlunun sorumlu olmadığı sonraki imkânsızlık, hukuki işlemin doğumundan

³⁶ S. Altay, s. 8; H. Hatemi, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, İstanbul, 1999, s. 78; H. Özdemir, s. 362; H. N. Nomer/B. İ. Engin, s. 57; A. H. Cihan, s. 7. Bununla birlikte öğretide, edim hasarı kavramının kusursuz imkânsızlığa indirgenemeyeceği de savunulmaktadır (Y. M. Atamer, **Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları**, İstanbul, 2005, s. 72; M. Oruç, s. 30). Y. M. Atamer, “*Her ne kadar sözleşmenin kurulmasından sonraki imkânsızlık hasar sorununun önemli bir yönünü oluşturmaktaysa da, satım hukukunda sorun bununla sınırlı değildir. Zira sadece sözleşmenin kurulmasından sonra, ancak ifadan önce malın telef olması değil, zarar görmesi hâlleri de hasar sorunu kapsamında değerlendirmek gerekir. Bu hâllerde malın ifası hâlen mümkündür, ancak bu ifa, sözleşmeye aykırı bir ifa niteliğini taşıyacaktır... Bu açıdan hasar sorununu bir imkânsızlık sorununa indirgememek gerekir.*” demektedir (Y. M. Atamer, **Satıcının Yükümlülükleri**, s. 272). M. Oruç da, edim hasarına ilişkin tanımlarda imkânsızlık kavramından yola çıkan öğretiyi, edim hasarına ilişkin tanımı karmaşıktırdığı, konuyu anlaşılması güç bir biçime soktuğu gerekçesiyle eleştirmektedir. (M. Oruç, s. 30).

sonra³⁷, tarafların sorumlu tutulamayacağı sebeplerle³⁸ edimin ifasının objektif olarak³⁹ imkânsız hâle gelmesidir⁴⁰. Edimin ifasının objektif olarak imkânsız hâle

³⁷ İmkânsızlık, edimin imkânsız olduğu zamana göre ikiye ayrılmakta, borçlunun edimi henüz hukuki işlem kurulurken hâlihazırda imkânsız idiye başlangıçtaki imkânsızlık; hukuki işlemin kurulmasından sonra imkânsız hâle geldiyse sonraki imkânsızlık olarak nitelendirilmektedir (M. Dural, **Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık**, İstanbul, 1976, s. 75).

³⁸ Borçlu imkânsızlıktan sorumlu tutulabiliyorsa, bu durumda borçlunun sorumlu olmadığı sonraki imkânsızlıktan söz etmek mümkün değildir. Bu durumda Türk Borçlar Kanunu'nun 112. maddesi uyarınca, borçlunun alacaklının uğradığı zararı tazmin etmesi gerekir (M. K. Oğuzman/M. T. Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt-1**, 12. Bası, İstanbul, 2014, s. 571; F. Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 16. Bası, Ankara, 2015, s. 1302). Ayrıca, imkânsızlığın meydana gelmesinde borçlunun kusurlu olup olmaması belirleyici değildir. Borçlunun kusurlu olmasına rağmen sorumlu tutulabileceği durumlar bulunabileceği gibi (örneğin, ifa yardımcısı kullanan borçlunun Türk Borçlar Kanunu'nun 116. maddesi uyarınca kusursuz sorumluluğu); borçlu kusursuz olmasına rağmen sonraki imkânsızlıktan sorumlu tutulamayabilir (örneğin, alacaklının temerrüdü hâlinde borçlunun hafif ihmalden sorumlu olmaması) (M. Dural, s. 110; B. Başoğlu, **Borcun İfasındaki İmkânsızlık**, Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, İstanbul, 2013, s. 309, dipnot 10; M. K. Oğuzman/M. T. Öz, s. 570 vd; F. Eren, Borçlar Genel, s. 1301).

³⁹ Borçlunun sorumlu olmadığı sonraki imkânsızlık öğretide objektif ve sübjektif imkânsızlık olarak ikiye ayrılmakta, borçlanılan edim sadece borçlu tarafından ifa

gelmesi kuşkusuz bir tehlike yaratır. Buradaki tehlike, borçlu bakımından, imkânsızlığa rağmen borcunu ifa etmekle yükümlü olma; alacaklı bakımından ise

edilemiyorsa sübjektif; ancak söz konusu edim borçlu dâhil hiç kimse tarafından ifa edilemiyorsa objektif imkânsızlık olarak nitelendirilmektedir (F. Eren, *Borçlar Genel*, s. 1300). Öğretide bir görüş, borcu sona erdiren ifa imkânsızlığın, sadece objektif imkânsızlık olduğunu savunmakta iken (M. Dural, s. 89; F. Eren, *Borçlar Genel*, s. 1300); diğer bir görüş, sübjektif imkânsızlığın da borcu sona erdiren ifa imkânsızlığı kapsamında olduğunu savunmaktadır (M. K. Oğuzman/M. T. Öz, s. 568; R. Serozan (N. Kocayusufpaşaoğlu/H. Hatemi/A. Arpacı), **Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Üçüncü Cilt, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, 6. Bası, İstanbul, 2014, s. 186; K. Tunçomağ, **Borçlar Hukuku II. Cild Özel Borç İlişkileri**, 2. Bası, İstanbul, 1974, s. 47; T. Akıntürk/D. Ateş Karaman, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri**, 23. Bası, İstanbul, 2014, s. 184).

⁴⁰ E. Erzurumluoğlu, **Türk-İsviçre Borçlar Hukuku Sistemine Göre Borçluya Yüklenemeyen Nedenlerden Dolayı Edimin Yerine Getirilememesi**, Ankara, 1970, s. 10-11; M. Dural, s. 120 vd; S. Topuz/F. Canbolat, **“Türk-İsviçre ve Alman Hukukunda İmkânsızlığın Düzenlenişi”**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 57, Sayı 3, 2008, s. 686 vd.; G. Turan Başara, **“Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık Sebebiyle Borcun Sona Ermesi”**, Çankaya University Journal of Law, Sayı 7/1, 2008, s. 7 vd.; B. Başoğlu, s. 309 vd.; M. K. Oğuzman/M. T. Öz, s. 568 vd.; F. Eren, *Borçlar Genel*, s. 1299 vd.

imkânsızlık durumunda, edim ifasını talep etmekten yoksun kalma tehlikesidir⁴¹. İşte, edim hasarı, borcun doğumundan sonra, ancak ifasından önce, edimin aynen ya da gereği gibi ifasının taraflara yüklenemeyen sebeplerle imkânsızlaşması durumunda, hukuki işlemin taraflarından birinin bu imkânsızlığa katlanma tehlikesi olarak tanımlanabilir⁴².

b. Kanundaki Düzenlenişi

Türk Borçlar Kanunu'nda açıkça edim hasarından söz edilmemekte, ancak Kanun'un 136. maddesinin 1. fıkrasında, "*Borcun ifası borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkânsızlaşırsa, borç sona erer.*" düzenlemesi yer almaktadır. Türk Borçlar Kanunu'nun 136. maddesinin 1. fıkrasında yer alan bu düzenlemenin edim hasarına ilişkin olduğu öğretide kabul edilmektedir⁴³.

Kanun'un 136. maddesinin 1. fıkrasında yer alan "*Borcun ifası borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkânsızlaşırsa, borç sona erer.*" düzenlemesinin, kapsamında iki hukuki kurumu barındırdığı söylenebilir. Bu hukuki

⁴¹ S. Altay, s. 10; H. Tandoğan, s. 107; F. Aral/H. Ayrancı, s. 84; H. Özdemir, s. 363; A. Yıldırım, "**6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Taşınmaz Satışında Hasarın İntikali**", BATİDER, Cilt 31, Sayı 2, 2015, s. 261. Krş. F. I. Bingöl, **Uluslararası Ticarî Satım Sözleşmelerinde Mücbir Sebep**, Ankara, 2011, s. 221.

⁴² H. Tandoğan, s. 107; Y. M. Atamer, *Hasarın İntikali*, s. 133; S. Altay, s. 9; M. A. Gümüş, s. 30 vd.; H. N. Nomer/B. İ. Engin, s. 57.

⁴³ H. Özdemir, s. 362; M. A. Gümüş, s. 31; H. N. Nomer/B. İ. Engin, s. 57; R. Serozan, *İfa*, s. 81; M. Oruç, s. 37.

kurumlardan ilki, borçlunun sorumlu olmadığı sonraki imkânsızlık; ikincisi ise edim hasarıdır. Borçlunun sorumlu olmadığı sonraki imkânsızlık, fıkra da düzenlenen ikinci hukuki kurumun, edim hasarının, ön koşulunu oluşturmaktadır. Nitekim edim hasarından söz edilebilmesi için, borçlunun sorumlu olmadığı nedenlerle edimin ifasının imkânsızlaşması tehlikesinin bulunması gerekir. Bu tehlike, borçlu açısından, imkânsızlığa rağmen edimi ya da yerine geçen değeri ifa etmekle yükümlü olmak; alacaklı açısından ise, edimin ifasının imkânsızlaşması hâlinde, borçluyu edimi ya da yerine geçen değeri ifaya zorlayamamaktır⁴⁴. İşte bu tehlikenin taraflar arasında dağıtılması meselesi, edim hasarına ilişkindir ve esas olarak Kanun'un 136. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenmiştir⁴⁵.

2. Tek Tarafa ve İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Edim Hasarı

Edim hasarı, karşı edim hasarından farklı olarak, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde ortaya çıkabileceği gibi, tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde de ortaya çıkabilir⁴⁶. Nitekim tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, sözleşmenin

⁴⁴ S. Reyhani Yüksel, s. 85; M. A. Gümüş, s. 30 vd.; H. N. Nomer/B. İ. Engin, s. 57; M. Oruç, s. 31.

⁴⁵ R. Serozan, İfa, s. 81; M. A. Gümüş, s. 31; H. N. Nomer/B. İ. Engin, s. 57; M. Oruç, s. 37.

⁴⁶ T. Akıntürk, s. 27; H. Tandoğan, s. 107; N. Bilge, **Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri**, Ankara, 1971, s. 34; F. Aral/H. Ayrancı, s. 84; M. Oruç, s. 29.

sadece bir tarafı borç altına girmektedir⁴⁷. Her ne kadar bu tür sözleşmelerde de, bütün sözleşmelerde olduğu gibi, sözleşmenin iki tarafı bulunsun da⁴⁸, tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde taraflardan birinin ediminin karşısında, diğer tarafın karşı edimi bulunmadığından⁴⁹, bu tür sözleşmelerde sadece edim hasarı gündeme gelir; karşı edim hasarı gündeme gelmez⁵⁰.

a. Tek Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Edim Hasarı

Tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, sözleşmenin kurulması ile ifası arasındaki dönemde, edimin aynen ya da gereği gibi ifasının, borçlunun ya da alacaklının etkisi olmaksızın gerçekleşen olaylar nedeniyle imkânsızlaşması

⁴⁷ N. Kocayusufpaşaoğlu (H. Hatemi/R. Serozan/A. Arpacı), **Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukukî İşlem, Sözleşme**, 6. Tıpkı Bası, İstanbul, 2014, s. 98.

⁴⁸ N. Kocayusufpaşaoğlu, s. 98; H. Hatemi, s. 18.

⁴⁹ M. K. Oğuzman/M. T. Öz, s. 46, F. Eren, Borçlar Genel, s. 168.

⁵⁰ K. Tunçomağ, s. 47; H. Tandoğan, s. 107; S. Altay, s. 13; H. Acar, s. 11; H. Cihan, **“818 s. Borçlar Kanunu ve 6098 s. Türk Borçlar Kanunu Yönünden Karşılaştırmalı Olarak Satış Sözleşmesinde Yarar ve Hasarın Geçişi”**, Ersin Çamoğlu’na Armağan, İstanbul, 2013, s. 268; H. Özdemir, s. 363; Ö. Söğütlü Erişgin, s. 20; A. Yıldırım, s. 263.

tehlikesi, edim hasarı sorununu gündeme getirir⁵¹. Örneğin, bağışlama sözü verme sözleşmesinin, Türk Borçlar Kanunu’nun 288. maddesinin 1. fıkrasında öngörüldüğü

⁵¹ Hazır olmayanlar arasında kurulan sözleşmelerde, sözleşmenin kurulma anıyla hüküm ve sonuç doğurma anı arasında farklılık bulunmaktadır. Türk Borçlar Kanunu’nun 11. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, “*Hazır olmayanlar arasında kurulan sözleşmeler, kabulün gönderildiği andan başlayarak hüküm doğurur.*” Buna göre, sözleşme, kabul beyanının önerene varmasıyla kurulacak; ancak hükümlerini, önceki bir zaman diliminde; kabul haberinin gönderildiği andan başlayarak doğurmaya başlayacaktır. Türk Borçlar Kanunu’nun 11. maddesinin 2. fıkrası uyarınca ise, “*Açık bir kabulün gerekli olmadığı durumlarda, sözleşme önerinin ulaşma anından başlayarak hüküm doğurur.*” Buna göre, açık bir kabulün gerekli olmadığı durumlarda, sözleşme, öneriyi reddetme imkânının bulunduğu sürenin sonunda kurulacak; ancak hükümlerini önerinin karşı tarafa vardığı andan itibaren doğurmaya başlayacaktır (B. İ. Engin, “**Aynı Alacağın Birden Fazla Kişiye Temlikinde Önceliğin Belirlenmesi Bakımından BK. 10 Hükmünün Bir İşlevi Var Mıdır?**”, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, İstanbul, 2000, s. 314; N. Kocayusufpaşaoğlu, s. 212; M. K. Oğuzman/M. T. Öz, s. 76; F. Eren, Borçlar Genel, s. 262). Hazır olmayanlar arasında kurulan sözleşmelerde sözleşmenin kurulma anıyla hüküm ve sonuçlarını doğurma anı arasındaki bu farkın, imkânsızlık ve dolayısıyla hasar kavramı bakımından da dikkate alınıp alınmayacağı konusunda öğretide görüş birliği yoktur. Bir görüşe göre, hazır olmayanlar arasında kurulan sözleşmelerde, imkânsızlığın başlangıçtaki imkânsızlık mı yoksa sonraki imkânsızlık mı olduğunun belirlenmesinde, sözleşmenin kurulma anının, diğer bir deyişle kabul

üzere, yazılı şekilde yapılmasından sonra, bağışlama sözü vermeye konu olan aracın, sorumlusu bulunamayan bir yangında yanıp kül olması hâlinde, bağışlama sözü verenin, borcunu yangına rağmen ifa edip etmeyeceği meselesi, edim hasarına ilişkindir. Burada, kendisine bağışlama sözü verilenin de, bağışlama sözü vereni, söz konusu yangına rağmen borcunu ifa etmeye zorlayıp zorlayamayacağı, edim hasarının kime yüklendiği ile ilgilidir.

beyanının önerene varma anının esas alınması gerekir (B. İ. Engin, s. 319; N. Kocayusufpaşaoğlu, s. 212). Böylece edim hasarı, kabul beyanının önerene varma anından itibaren gündeme gelebilir. Diğer bir görüşe göre ise, imkânsızlığın tespitinde sözleşmenin kurulmasından daha önceki bir an olan, kabul beyanının önerene gönderildiği, başka bir ifadeyle sözleşmenin hüküm ve sonuç doğurmaya başladığı an esas alınmalıdır (T. Akıntürk, s. 122, K. Tunçomağ, **Türk Borçlar Hukuku Cilt I Genel Hükümler**, 6. Bası, İstanbul, 1976, s. 206; S. S. Tekinay/G. G. S. Akman/H. Burcuoğlu/A. Altop, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. Bası, İstanbul, 1993, s. 97; Ş. Akyol, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler I**, İstanbul, 1995, s. 326). Sonraki imkânsızlığın tespitinde sözleşmenin hüküm ve sonuç doğurmaya başladığı anın esas alınması durumunda, dolayısıyla edim hasarının söz konusu olabileceği an da değişecektir. Dolayısıyla edim hasarı, sözleşmenin hüküm ve sonuç doğurmaya başladığı an ile sözleşmenin ifası arasındaki dönemde karşılaşılabilecek bir tehlikeyi ifade edecektir.

b. İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Edim Hasarı

Edim hasarı, iki tarafa borç yükleyen, diğer bir deyişle sözleşmenin her iki tarafının da borç altına girdiği sözleşmelerde⁵² de söz konusu olur⁵³. İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, sözleşmenin kurulması ile ifası arasındaki dönemde, edimin aynen ya da gereği gibi ifasının taraflara yüklenemeyen sebeplerle imkânsızlaşması hâlinde, borçlunun hâlâ borcunu ifa etmekle yükümlü olma tehlikesi, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde edim hasarı meselesini oluşturur. Örneğin, inşaat yapım sözleşmesiyle iki katlı daire yapmayı yüklenmiş yüklenicinin, belediye tarafından alınan sonraki tarihli bir karar nedeniyle iki katlı daire yapmasına imkân kalmaması hâlinde, sözleşmenin sonucunun ne olacağı, yüklenicinin iş sahibine bu nedenle

⁵² N. Kocayusufpaşaoğlu, s. 98; M. K. Oğuzman/M. T. Öz, s. 45.

⁵³ İki tarafa borç yükleyen sözleşmeler, öğretide tam iki tarafa borç yükleyen ve eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler olarak ayrılmaktadır. Buna göre, tam iki tarafa borç yükleyen, diğer bir deyişle karşılıklı (sinallagmatik) sözleşmeler, karşılıklı edimlerin değiş tokuşunu amaç edinen, tarafların birbirlerine karşı hem alacaklı hem de borçlu olduğu sözleşmelerdir. Eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler ise, sözleşmenin taraflarının edimlerinin birbirinin karşılığını oluşturmadığı, tarafların edimleri arasında bir değiş tokuş ilişkisi bulunmayan sözleşmelerdir (N. Kocayusufpaşaoğlu, s. 98 vd.; M. K. Oğuzman/M. T. Öz, s. 46 vd.; R. Serozan, İfa, s. 63). Edim hasarıyla karşılaşılma bakımından, satış sözleşmesi, eser sözleşmesi gibi tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler ile kullanım ödöncü, tüketim ödöncü gibi eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler arasında fark bulunmamaktadır (M. Oruç, s. 31).

herhangi bir miktar ödemekle yükümlü olup olmayacağı konusu, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde edim hasarı ile ilgilidir⁵⁴.

İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde edim hasarı, ayrıca önem taşır. Çünkü iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde edim hasarı ile karşı edim hasarı arasında mantıksal bir bağ söz konusudur⁵⁵. İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, edim hasarına (sözleşme konusu esas edimin ifasını talep etmeye yetkili) alacaklının katlanması, bu tür sözleşmelerde karşı edim hasarı sorunun gündeme gelmesinin ön koşuludur⁵⁶. Nitekim edim hasarına (sözleşme konusu esas edimi ifa etmeyi borçlanmış) borçlunun katlanması hâlinde, diğer bir deyişle borçlu edimini ya da yerine geçen değeri ifa etmek zorunda kaldığı sürece, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerin fonksiyonel karşılıklılık özelliği gereğince, karşı edim hasarı gündeme gelmeyecektir⁵⁷. Bu durumda, borçlu, edimini ya da yerine geçen değeri ifa etmekle; alacaklı da, karşı edimi ifa etmekle yükümlü olacak; herkes edimin (ya da yerine geçen değeri) ifa etmiş olduğundan karşı edim hasarından söz edilemeyecektir.

⁵⁴ Örnek için bkz. Yargıtay 15. HD. 27.12.2011 tarihli, 2011/616 Esas, 2011/7961 Karar sayılı kararı (www.kazanci.com; E.T. 18.11.2015).

⁵⁵ S. Altay, s. 12; Y. M. Atamer, Hasarın İntikali, s. 133; H. Özdemir, s. 364; H. N. Nomer/B. İ. Engin, s. 62; M. A. Gümüş, s. 32; K. Yetiş Şamlı, s. 306; M. Oruç, s. 32.

⁵⁶ Y. M. Atamer, Hasarın İntikali, s. 133; F. Aral/H. Ayrancı, s. 85.

⁵⁷ M. Dural, s. 162; Y. M. Atamer, Hasarın İntikali, s. 133.

B. Karşı Edim Hasarı

Satış sözleşmesinde karşı edim hasarının geçişinin incelenmesine önce, genel olarak karşı edim hasarının anlamının belirlenmesi ve yasal düzenlenişinin tespiti önemlidir. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, borçlanılan edimin karşılığı olarak genellikle bir miktar paranın ödenmesi söz konusudur⁵⁸. Borçlanılan edimin karşılığında bir miktar paranın ödenmesinin söz konusu olduğu, özellikle satış sözleşmesi gibi tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, karşı edim hasarı kavramı yerine, semen hasarı⁵⁹, semene müteallik hasar⁶⁰, bedel hasarı⁶¹ ya da bedele ilişkin hasar⁶² terimleri de kullanılmaktadır⁶³.

⁵⁸ S. Reyhani Yüksel, s. 87; A. H. Cihan, s. 52.

⁵⁹ Y. M. Atamer, Hasarın İntikali, s. 132; M. Doğan, s. 36.

⁶⁰ T. Akıntürk, s. 28.

⁶¹ S. Altay, s. 31; H. Acar, s. 11; F. Aral/H. Ayrancı, s. 85; F. Eren, Borçlar Özel, s. 48.

⁶² H. Tandoğan, s. 107; M. Aydoğdu/N. Kahveci, **Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 2. Bası, Ankara, 2014, s. 73.

⁶³ Bununla birlikte belirtmek gerekir ki, semen hasarı ya da semene müteallik hasar sadece satış sözleşmesinde bedel hasarı yerine kullanılabilecek bir terimdir. Nitekim semen, sadece satış sözleşmesinde karşı edimi, diğer bir deyişle satış bedelini ifade etmek için kullanılabilir. Eser sözleşmesi, kira sözleşmesi gibi karşı edim olarak bir miktar paranın kararlaştırıldığı diğer sözleşme türleri bakımından semen kavramı değil bedel kavramı söz konusudur ve dolayısıyla bu tür sözleşmelerde semen hasarından değil, bedel hasarından söz edilebilir.

1. Tanımı

Karşı edim hasarı kavramı da, edim hasarı gibi, Türk Borçlar Kanunu'nda tanımlanmış değildir. Bununla birlikte, karşı edim hasarı, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, borca ilişkin hasarın bir türü olarak edim hasarıyla birlikte ortaya konulmuş bir kavramdır.

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, edimler arasında karşılıklılık ve değişim ilkesi hâkim olduğundan⁶⁴, edimin karşısında ona genetik açıdan ve işlevsel olarak bağlı bir karşı edim bulunur⁶⁵. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, edim ile karşı edim birbiriyle o kadar ilişkilidir ki, birinin ifası diğerinin ifasına bağlanmakta; birinin akıbeti, öbürünün akıbetini belirlemektedir⁶⁶. Dolayısıyla, tam

⁶⁴ N. Kocayusufpaşaoğlu, s. 98; M. K. Oğuzman/M. T. Öz, s. 46; F. Eren, Borçlar Genel, s. 1303.

⁶⁵ R. Serozan, İfa, s. 63. Genetik karşılıklılık, bir edim yükümlülüğünün diğeri olmaksızın varlık kazanamamasıyken; işlevsel karşılıklılık, bir edim yükümüne isabet eden ifa engelinin karşı edim yükümü üzerinde de etkili olmasıdır (Ö. Söğütlü Erişgin, s. 21).

⁶⁶ R. Serozan, İfa, s. 63; Ö. Söğütlü Erişgin, s. 21.

iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, edimden bahsedildiğinde karşı edim; edim hasarından söz edildiğinde ise karşı edim hasarı akla gelir⁶⁷.

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, borcun doğumu ile ifası arasındaki dönemde, borcun ifasının borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkânsızlaşması hâlinde, borcundan kurtulan borçlunun, alacaklıdan karşı edimi talep edebilme ihtimâli, alacaklı bakımından bir tehlike yaratır. Diğer bir deyişle, alacaklı, sonraki imkânsızlık nedeniyle alacağını aynen ya da gereği gibi elde edememesine rağmen, karşı edimi ifa etme tehlikesiyle karşı karşıya kalabilir⁶⁸. Borçlu açısından bakıldığında ise, borcun ifasının, kendisine ya da alacaklıya yüklenemeyen bir sebeple sonradan imkânsızlaşması, karşı edim alacaklısı olan borçlunun, karşı edimi talep edememe, başka bir ifadeyle, karşı edimi yitirme tehlikesini doğurur⁶⁹. İşte karşı edim hasarı, tam iki tarafa borç yükleyen

⁶⁷ Karşı edim hasarı, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden sadece tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde gündeme gelebilir; eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde karşı edim hasarının meydana gelmesi mümkün değildir. Eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, tarafların edimleri arasında bir değiş tokuş ilişkisi bulunmadığından, diğer bir deyişle bu tür sözleşmelerde taraflardan birinin ediminin karşısında gerçek anlamda bir karşı edim bulunmadığından (N. Kocayusufpaşaoğlu, s. 99), eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde karşı edim hasarı gündeme gelmez (Aynı yönde bkz. K. Tunçomağ, s. 47; A. H. Cihan, s. 53).

⁶⁸ H. Tandoğan, s. 107; H. Acar, s. 10; F. Aral/H. Ayrancı, s. 85; M. A. Gümüş, s. 30; A. H. Cihan, s. 8.

⁶⁹ S. Altay, s. 11; H. Hatemi, s. 78; R. Serozan, İfa, s. 191; M. A. Gümüş, s. 30.

sözleşmelerde, borcun doğumu ile ifası arasındaki dönemde, borcun ifasının tarafların sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkânsızlaşması hâlinde, edim borçlusunun, karşı edime ilişkin alacak hakkını yitirme; edim alacaklısının ise, alacağını elde edememesine rağmen karşı edim borcunu ifa etmekle yükümlü olma tehlikesi olarak tanımlanabilir⁷⁰.

2. Kanundaki Düzenlenişi

Karşı edim hasarı, genel olarak, Türk Borçlar Kanunu’nun 136. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenmiştir⁷¹. Türk Borçlar Kanunu’nun 136. maddesinin 1. fıkrasında, tüm borç ilişkileri bakımından, borçlunun sorumlu olmadığı sonraki imkânsızlığın sonucunu ve edim hasarını düzenleyen kanun koyucu, maddenin 2. fıkrasında tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlunun sorumlu olmadığı sonraki imkânsızlığın karşı edime ilişkin sonucunu ve karşı edim hasarını düzenlemiş bulunmaktadır. Nitekim Türk Borçlar Kanunu’nun 136. maddesinin 2. fıkrasında, *“Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde imkânsızlık sebebiyle borçtan kurtulan borçlu, karşı taraftan almış olduğu edimi sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca geri vermekle yükümlü olup, henüz kendisine ifa edilmemiş olan edimi isteme hakkını*

⁷⁰ T. Bakır, “Alım-Satım Akdinde Hasar Problemi”, Adalet Dergisi, Ankara, 1954, s. 1093; H. Tandoğan, s. 107; F. Aral/H. Ayranç, s. 85; S. Altay, s. 11; M. A. Gümüş, s. 30; R. Serozan, İfa, s. 50; H. Özdemir, s. 363; H. N. Nomer/B. İ. Engin, s. 62; A. H. Cihan, s. 7.

⁷¹ M. A. Gümüş, s. 31; R. Serozan, İfa, s. 50; H. N. Nomer/B. İ. Engin, s. 63; A. H. Cihan, s. 8; A. Yıldırım, s. 263; F. Eren, Borçlar Genel, s. 1303.

kaybeder. Kanun veya sözleşmeyle borcun ifasından önce doğan hasarın alacaklıya yükletilmiş olduğu durumlar, bu hükmün dışındadır.” düzenlemesi yer almaktadır.

Kanun koyucu, Türk Borçlar Kanunu’nun 136. maddesinin 2. fıkrasında tam iki tarafa borç yükleyen “*tüm sözleşmelerde*” karşı edim hasarına ilişkin genel kuralı öngörmüştür. Kanun’un 136. maddesi, Kanun’un “*Genel Hükümler*” başlıklı birinci kısmında yer almaktadır. Nitekim Türk Borçlar Kanunu’nun 136. maddesinin 2. fıkrasının ilk cümlesinde, karşı edim hasarına ilişkin genel kural öngörülmüş olup, fıkranın 2. cümlesinde genel kuralın istisnalarının “*kanundan veya sözleşmeden*” doğabileceğine yer verilmiştir. Bu nedenle, kanundan ya da sözleşmeden doğan ayrık durumlarda Türk Borçlar Kanunu’nun 136. maddesinin 2. fıkrasının uygulanması söz konusu olmayabilir.

§ 2. SATIŞ SÖZLEŞMESİNDE HASARIN GEÇİŞİ

I. Hasarın Geçiş Hakkında Genel Açıklamalar

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerin en tipik örneği olan⁷² ve Türk Borçlar Kanunu’nun 207. maddesinin 1. fıkrasında tanımlanan satış sözleşmesi, satıcının satılanı, alıcının borçlanmış olduğu satış bedeli karşılığında alıcıya teslim etme ve satılanın mülkiyetini geçirme borcu altına girdiği, temelli hak devrine

⁷² M. K. Oğuzman/M. T. Öz, s. 46; R. Serozan, Borçlar Özel, s. 88.

yönelik borç doğurucu bir sözleşmedir⁷³. Satıcı henüz satılanı teslim etme ve mülkiyeti alıcıya geçirme borcunu yerine getiremeden, borca ilişkin hasarın gündeme gelmesi hâlinde, söz konusu hasara, hangi andan itibaren kimin katlanacağı, diğer bir deyişle, hasarı satıcının mı yoksa alıcının mı taşıyacağı hasarın geçişine göre belirlenir⁷⁴. Gerçekten de, satış sözleşmesinde, sözleşmenin kurulması ile ifası arasındaki dönemde, borcun aynen ya da gereği gibi ifasının, satıcının ya da alıcının etkisi olmaksızın gerçekleşen olaylar nedeniyle imkânsızlaşması durumunda, imkânsızlığın sonuçlarına sözleşmenin taraflarından hangisinin katlanacağını belirlenmesi, ancak hasarın geçip geçmediğinin saptanmasıyla mümkündür⁷⁵.

⁷³ F. N. Feyzioğlu, s. 67; S. Altay, s. 17; C. Yavuz/F. Acar/B. Özen, s. 49; R. Serozan, Borçlar Özel, s. 87; F. Eren, Borçlar Özel, s. 27; M. A. Gümüş, s. 16 vd.; M. Aydoğdu/N. Kahveci, s. 49.

⁷⁴ F. N. Feyzioğlu, s. 204; S. Altay, s. 13; H. N. Nomer/B. İ. Engin, s. 55; H. Özdemir, s. 361; F. Aral/H. Ayrancı, s. 84; A. Yıldırım, s. 268.

⁷⁵ H. Tandoğan, s. 106; S. Altay, s. 13; Y. M. Atamer, Satıcının Yükümlülükleri, s. 259.

Satış sözleşmesinde dar ve teknik anlamda hasar olarak ifade edilen borca ilişkin hasarın geçişi⁷⁶, borcun ifasının imkânsız hâle gelmesinin sonuçlarına katlanma tehlikesinin hangi andan itibaren kime ait olacağını ifade eder⁷⁷. Başka bir anlatımla, borçlunun sorumlu tutulamayacağı sonraki imkânsızlığın sonuçlarına katlanma tehlikesinin taraflar arasında dağıtılması, hasarın geçmesine göre gerçekleşir⁷⁸. Hasarın geçtiği an, satılanın taraflara yüklenemeyen sebeplerle telef olmasının, zarara uğramasının ya da değerinin düşmesinin sonuçlarına kimin

⁷⁶ Öğretide dar ve teknik anlamda hasarın geçişinin yanında geniş anlamda hasar olarak ifade edilen eşya hasarının geçişinden de söz edildiği görülmektedir (T. Akıntürk, s. 63 vd.; S. Reyhani Yüksel, s. 88; S. İ. Çakırca, s. 182). Ne var ki, belirtildiği üzere, eşya hasarının meydana gelmesi hâlinde, söz konusu eşyanın herhangi bir borç ilişkisine konu edilmemiş olması durumunda, hasara malikin katlanacağı açıktır. Bu nedenle, eşya hasarının borca ilişkin hasarda olduğu gibi “geçişinden” söz etmek mümkün görülmemektedir. (Aynı yönde, M. Oruç, s. 35, dipnot 113). Nitekim T. Akıntürk de, hasarın geçişi sorunun gerçek uygulama alanın borç ilişkileri olduğunu ve borç ilişkileri dışında gerçek anlamda bir hasarın geçişinden söz edilemeyeceğini ifade etmiştir (T. Akıntürk, s. 64).

⁷⁷ H. Tandoğan, s. 106; F. N. Feyzioğlu, s. 204; S. Altay, s. 13; Y. M. Atamer, Satıcının Yükümlülükleri, s. 259; H. N. Nomer/B. İ. Engin, s. 55; H. Özdemir, s. 361; F. Aral/H. Ayrancı, s. 84; Ö. Söğütlü Erişgin, s. 22; A. Yıldırım, s. 268.

⁷⁸ M. Oruç, s. 35; A. Yıldırım, s. 268.

katlanacağıının belirlenmesinde, dolayısıyla tehlikeyi kimin taşıyacağıının tespitinde esas alınan andır⁷⁹.

II. Hasarın Görünüm Biçimlerine Göre Hasarın Geçişi

Hasarın, borç ilişkisinin tarafları bakımından ifade ettiği anlama göre edim hasarı ve karşı edim hasarı olarak ikiye ayrıldığı belirtilmişti. Edim hasarı ve karşı edim hasarı kavramlarından sonra, satış sözleşmesinde edim hasarının geçişinden ve karşı edim hasarının geçişinden ne anlaşılması gerektiğinin de açıklanması gerekir.

A. Edim Hasarının Geçişi

Tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olan satış sözleşmesinde, edim hasarının geçişi, sözleşmenin kurulmasından sonra, fakat ifasından önce, edimin aynen ya da gereği gibi ifasının satıcıya yahut alıcıya yüklenemeyen sebeplerle imkânsızlaşması durumunda, sözleşmenin taraflarından hangisinin, hangi andan itibaren edimin ifa edilememesi tehlikesine katlanmakla yükümlü olacağını ifade eder⁸⁰.

Edim hasarının geçişi, en erken satış sözleşmesinin kurulduğu anda gündeme gelebilir⁸¹. Nitekim belirtildiği üzere, edim hasarından söz edebilmesi için borçlunun

⁷⁹ H. Arslanlı, s. 163; H. Tandoğan, s. 106; N. F. N. Feyzioğlu, s. 204; K. Yetiş Şamlı, s. 305.

⁸⁰ H. Arslanlı, s. 163; H. Tandoğan, s. 106 vd.; F. N. Feyzioğlu, s. 204; S. Altay, s. 13; S. Reyhani Yüksel, s. 87; M. Oruç, s. 35.

⁸¹ M. Oruç, s. 68.

sorumlu olmadığı sonraki imkânsızlığın gerçekleşmesi gerekir. Aksi hâlde, sözleşmenin başlangıçtaki imkânsızlığından söz edilir ve bu durumda edim hasarı sorunu doğmaz. Bununla birlikte, edim hasarının geçişi en geç karşı edim hasarının geçtiği anda söz konusu olabilir. Zira edim hasarı henüz alıcıya geçmeden karşı edim hasarının alıcıya geçişinden söz edilemez⁸².

Sözleşmenin kurulmasından sonra edim hasarının henüz alıcıya geçmediği dönemde, satıcı edimini ifa borcundan kurtulamaz; satıcı borcunu ifa etmekle yükümlü olmaya devam eder. Bu aşamada edim hasarına satıcı katlanır. Edim hasarının alıcıya geçmesinden sonra ise, alıcı, sözleşmede kararlaştırılan satılanın teslimine ve mülkiyetinin kendisine devredilmesine ilişkin talep hakkını yitirmektedir. Çünkü bu aşamada, satıcı edimin sonraki imkânsızlığı nedeniyle ifa yükümlülüğünden kurtulmuş olur; dolayısıyla edim hasarına alıcı katlanır⁸³.

Satış sözleşmesinde edim hasarı, her zaman “*satıcının ediminin*” ifasının imkânsızlaşması ile bağlantılıdır. Satış sözleşmesinde, edimin ifasının taraflara yüklenemeyen sebeplerle sonradan imkânsız hâle gelmesi olgusu, sadece, satıcının satılanı teslim etme ve satılanın mülkiyetini alıcıya geçirme borcu bakımından söz konusu olabilir. Zira satış sözleşmesinde alıcının satış bedelini ödeme borcunun ifasının imkânsızlaşması, çeşit olarak para hiçbir zaman ortadan kalkmayacağı için,

⁸² T. Akıntürk, s. 29; S. Altay, s. 15; Y. M. Atamer, Hasarın İntikali, s. 133; K. Yetiş Şamlı, s. 306; M. A. Gümüş, s. 124; M. Oruç, s. 68.

⁸³ S. Altay, s. 19; Y. M. Atamer, Hasarın İntikali, s. 133; M. Oruç, s. 31; A. Yıldırım, s. 268.

mümkün değildir⁸⁴. Bu nedenle, satış sözleşmesinde alıcının ediminin imkânsız hâle gelmesinden söz edilemeyeceği gibi, satıcının karşı edimi ifa edip etmeyeceği sorunuyla karşılaşılmaz⁸⁵. Dolayısıyla, satış sözleşmesinde edim hasarının geçişi denildiğinde, kural olarak edim hasarının “*satıcıdan alıcıya*” geçmesi anlaşılır. Bununla birlikte, tarafların aralarında, edim hasarının satıcıdan alıcıya geçmesinden sonra, tekrar satıcıya geçmesini, dolayısıyla edim hasarına satıcının katlanmasını öngörmeleri de mümkündür.

Hukukumuzda edim hasarının geçişine ilişkin genel hüküm niteliği taşıyan düzenleme, Türk Borçlar Kanunu’nun 136. maddesidir⁸⁶. Türk Borçlar Kanunu’nun 136. maddesi, tüm sözleşme türleri bakımından uygulanabilecek genel hüküm niteliği taşımaktadır. Bununla birlikte, satış sözleşmesi bakımından esas olarak karşı edim hasarını düzenleyen Türk Borçlar Kanunu’nun 208. maddesi, satış sözleşmesinde edim hasarının geçişine de dolaylı olarak temas etmektedir⁸⁷.

⁸⁴ M. Dural, s. 144; S. Altay, s. 18; R. Serozan, İfa, s. 19; H. Cihan, s. 231; B. Başoğlu, s. 323.

⁸⁵ S. Altay, s. 19; H. N. Nomer/B. İ. Engin, s. 57; H. Özdemir, s. 363; A. Yıldırım, s. 268.

⁸⁶ T. Akıntürk, s. 64; H. Tandoğan, s. 108; S. Altay, s. 8; Y. M. Atamer, Hasarın İntikali, s. 133; H. Cihan, s. 268; H. Özdemir, s. 362; H. N. Nomer/B. İ. Engin, s. 57; M. A. Gümüş, s. 31; M. Oruç, s. 36.

⁸⁷ H. N. Nomer/B. İ. Engin, s. 57; M. Oruç, s. 38.

B. Karşı Edim Hasarının Geçişi

Satış sözleşmesinde karşı edim hasarının geçişi, sözleşmenin kurulmasıyla ifası arasındaki dönemde, satıcının ediminin aynen ya da gereği gibi ifasının tarafların sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkânsızlaşması hâlinde, karşı edime ilişkin tehlikeye, sözleşmenin taraflarından hangisinin, hangi andan itibaren katlanacağını ifade eder⁸⁸.

Satış sözleşmesinde, satıcının ediminin aynen ya da gereği gibi ifasının sonradan kazara imkânsızlaşması sonucunda, hangi andan itibaren, satıcının kendi edimini ifa edememesine rağmen, karşı edimi talep edebileceği; alıcının ise satılanı aynen ya da gereği gibi elde edememesine rağmen, ne zamandan itibaren satış bedelini ifa edeceği karşı edim hasarının geçip geçmediğine göre belirlenir⁸⁹. Karşı edim hasarının, satıcıdan alıcıya geçtiği andan itibaren, alıcı karşı edimi ifa etmekle yükümlü olmakta; diğer bir deyişle karşı edim hasarına katlanmaktadır. Karşı edim hasarının satıcıdan alıcıya geçmesi anına kadar ise, edimin ifasının taraflara yüklenemeyen nedenlerle imkânsızlaşması durumunda, alıcı borçlandığı edimi yerine getirme borcundan kurtulmakta; karşı edim hasarına satıcı katlanmaktadır⁹⁰.

Satış sözleşmesinde edim hasarının geçişinde olduğu gibi, karşı edim hasarının geçişinde de, kural olarak hasarın “*satıcıdan alıcıya geçmesi*” söz konusudur.

⁸⁸ F. N. Feyzioğlu, s. 204; H. Tandoğan, s. 106; S. Altay, s. 13; S. Reyhani Yüksel, s. 87; M. Oruç, s. 35.

⁸⁹ T. Akıntürk, s. 36; H. Tandoğan, s. 107; S. Altay, s. 19; H. N. Nomer/B. İ. Engin, s. 62; M. Oruç, s. 34.

⁹⁰ M. A. Gümüş, s. 30; H. Özdemir, s. 363; F. Eren, Borçlar Özel, s. 49.

Başka bir anlatımla, satış sözleşmesinde karşı edim hasarının geçişinden söz edildiğinde, hasarın satıcıdan alıcıya geçmesi anlaşılır. Bununla birlikte, tıpkı edim hasarında olduğu gibi, tarafların anlaşarak, karşı edim hasarının satıcıdan alıcıya geçmesinden sonra, tekrar satıcıya geçmesini, dolayısıyla karşı edim hasarına satıcının katlanmasını ve böylece karşı edimi talep etme hakkını yitirmesini öngörmeleri de mümkündür.

Hukukumuzda karşı edim hasarının geçişine ilişkin genel düzenleme Türk Borçlar Kanunu'nun 136. maddesinin 2. fıkrasında yer almaktadır⁹¹. Ancak kanun koyucu, karşı edim hasarının geçişini satış sözleşmeleri bakımından Türk Borçlar Kanunu'nun 208. maddesinde özel olarak düzenlemiştir⁹².

C. Edim Hasarıyla Karşı Edim Hasarının Geçişleri Arasındaki İlişki

Edim hasarının geçişi ile karşı edim hasarının geçişi arasında çok yakın bir ilişki bulunmaktadır. Gerçekten de, karşı edim hasarının gündeme gelebilmesi ve karşı edim hasarından söz edilebilmesi için, edim hasarının alacaklıya geçmiş olması gerekir. Diğer bir deyişle, karşı edim hasarının geçmesinin ön koşulu, edim hasarının

⁹¹ T. Akıntürk, s. 66; H. Tandoğan, s. 108; N. Bilge, s. 34; H. Özdemir, s. 363; M. A. Gümüş, s. 31; H. N. Nomer/B. İ. Engin, s. 63; C. Yavuz/F. Acar/B. Özen, s. 72; A. H. Cihan, s. 53; M. Oruç, s. 37; A. Yıldırım, s. 263.

⁹² E. Erzurumluoğlu, **Sözleşmeler Hukuku (Özel Borç İlişkileri)**, 5. Bası, Ankara, 2015, s. 36; F. Aral/H. Ayrancı, s. 85; M. A. Gümüş, s. 31; H. N. Nomer/B. İ. Engin, s. 62; C. Yavuz/F. Acar/B. Özen, s. 72; F. Eren, Borçlar Özel, s. 49; M. Oruç, s. 37; A. Yıldırım, s. 269.

alacaklıya geçmesidir. Bununla bağlantılı olarak, edim hasarı en geç karşı edim hasarının geçişi anında, sözleşmenin karşı tarafına geçmektedir. Bu nedenle, hasarın söz konusu görünüm biçimleri arasındaki ilişkinin incelenmesi gerekir.

1. Edim Hasarının Geçmesinin Karşı Edim Hasarının Geçişinin Ön Koşulu Olması

Edim hasarının geçişi ile karşı edim hasarının geçişi arasında mantıksal açıdan zorunlu bir bağıllık bulunmaktadır. Karşı edim hasarının geçişinden söz edilebilmesi için, öncelikle edim hasarının alacaklıya; satış sözleşmesinde ise alıcıya geçmiş olması gerekmektedir. Nitekim edim hasarına borçlunun katlanması durumunda, borçlu, sözleşmenin sonradan taraflara yüklenemeyen sebeplerle imkânsız hâle gelmesine rağmen, edimini ifa etme borcundan kurtulamamaktadır. Borçlunun borcunu ifa etmemesine rağmen karşı edimi talep etme tehlikesinin doğması, alacaklının edimi elde etmemesine rağmen karşı edimi yerine getirmekle yükümlü olma tehlikesinin gündeme gelmesi için zorunludur⁹³. Bu nedenle, satış sözleşmesinde edim hasarının alıcıya geçmesinin, karşı edim hasarını kimin taşıyacağı sorunun doğmasının ön koşulu olduğu söylenmektedir⁹⁴. Edim hasarı henüz alacaklıya geçmeden ve bu nedenle borçlu borcun sonradan kazara imkânsız hâle gelmesi nedeniyle borcundan kurtulmadan, karşı edim hasarı gündeme

⁹³ S. Altay, s. 12; Y. M. Atamer, Hasarın İntikali, s. 133; H. Özdemir, s. 364; H. N. Nomer/B. İ. Engin, s. 62; M. A. Gümüş, s. 32; K. Yetiş Şamlı, s. 306; M. Oruç, s. 32.

⁹⁴ Y. M. Atamer, Hasarın İntikali, s. 133; Y. M. Atamer, Satıcının Yükümlülükleri, s. 260; S. Reyhani Yüksel, s. 75; K. Yetiş Şamlı, s. 106.

gelmeyeceğinden, hasarın geçişi sorununun, temelde karşı edim hasarına kimin katlanacağı sorunu olduğu ifade edilmektedir⁹⁵.

2. Edim Hasarının En Geç Karşı Edim Hasarıyla Eşzamanlı Olarak Geçmesi

Edim hasarının geçmesinin en erken satış sözleşmesinin kurulduğu anda gündeme gelebileceği belirtilmişti. Bununla birlikte, satış sözleşmesinde edim hasarı, en geç karşı edim hasarıyla aynı anda alıcıya geçer⁹⁶. Şöyle ki, edim hasarı henüz alıcıya geçmeden karşı edim hasarının geçişinden söz edilemeyeceğine göre, edim hasarı en geç karşı edim hasarıyla eşzamanlı olarak alıcıya geçer. Başka bir deyişle, edim hasarının alıcıya geçmesi, karşı edim hasarının alıcıya geçmesinden önce ya da karşı edim hasarının geçmesiyle en geç eş zamanlı olabilir⁹⁷. Edim hasarının alıcıya en geç karşı edim hasarıyla eşzamanlı olarak geçebileceğinin tespiti, satış sözleşmesinde karşı edim hasarının geçiş anına ilişkin düzenlemelerin, aynı zamanda edim hasarının geçebileceği en son anı da gösterdiği anlamına gelmektedir⁹⁸.

⁹⁵ M. A. Gümüş, s. 30; H. Özdemir, s. 364.

⁹⁶ S. Altay, s. 72; Y. M. Atamer, Hasarın İntikali, s. 133; M. Oruç, s. 68.

⁹⁷ S. Altay, s. 72; Y. M. Atamer, Hasarın İntikali, s. 133; M. Oruç, s. 68.

⁹⁸ S. Altay, s. 72; M. Oruç, s. 68.

III. Çeşitli İlkelere Göre Hasarın Geçişi

Satış sözleşmesinde hasarın geçişine ilişkin üç temel ilke bulunmaktadır⁹⁹. Bu ilkelere ilki, sözleşmenin kurulmasıyla birlikte hasarın, alıcının satılanın mülkiyetini kazanıp kazanmadığına bakılmaksızın geçmesini öngören sözleşme ilkesi; ikincisi, hasarın, mülkiyetin geçişi ile aynı anda alıcıya geçmesini öngören mülkiyetin nakli ilkesi ve nihayet üçüncüsü, hasarın alıcının mülkiyeti kazanmasından bağımsız olarak satılanın teslimiyle birlikte geçmesini öngören teslim ilkesidir¹⁰⁰.

A. Sözleşme İlkesine Göre Hasarın Geçişi

Kaynağını Roma hukukundan alan¹⁰¹ ve “*periculum est emptoris*” olarak ifade edilen sözleşme ilkesi, satış sözleşmesinin kurulmasından sonra, ancak satılanın alıcıya teslimden (*traditio*) önce, alıcının satılanı tamamen ya da kısmen elde

⁹⁹ H. Acar, s. 12; S. Reyhani Yüksel, s. 106; Ö. Söğütlü Erişgin, s. 22; M. Oruç, s. 38.

¹⁰⁰ H. Arslanlı, s. 195; H. Acar, s. 12; S. Reyhani Yüksel, s. 106 vd; Ö. Söğütlü Erişgin, s. 22 vd; M. Oruç, s. 32 vd.

¹⁰¹ Bununla birlikte öğretide, sözleşme ilkesinin kaynağının aslında klasik dönem Roma hukukuna ait olmadığı, bu ilkenin antik Yunan hukukçularından etkilenen Bizans hukukçuları tarafından Iustinianus döneminde getirildiğini savunan yazarlar da bulunmaktadır (K. Ayiter, “**Roma Hukukunda Alım Satım Akdinde Hasarın İntikali**”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 14, Cilt 1-4, s. 141; M. Oruç, s. 40, dipnot 135).

edememesine rağmen, sanki malı elde etmişçesine satış bedelini ödemekle yükümlü olmasını öngören ilkedir¹⁰². Sözleşme ilkesinin geçerli olabilmesi, diğer bir deyişle, sözleşmenin tamamlanmasıyla hasarın satıcıdan alıcıya geçebilmesi için, satıcıya herhangi bir sorumluluğun yüklenememesi gerekmektedir¹⁰³.

Sözleşme ilkesinin geçerli olduğu sistemlerde, hasarın satıcıdan alıcıya geçmesi için, malın alıcıya teslim edilmesi zorunlu değildir. Satış sözleşmesinin geçerli bir hukuksal işlem olarak ortaya çıkması, hasarın satıcıdan alıcıya geçmesi için yeterlidir¹⁰⁴. Ancak sözleşme ilkesi, satılanın parça borcu olarak belirlendiği durumlarda geçerlidir; satılanın çeşit borcu olarak belirlendiği durumlarda ise cinsin telef olması düşünülemez (*genus perire non censetur*) kuralı gereğince, hasarın sözleşmenin kurulmasıyla alıcıya geçişinden söz edilemez¹⁰⁵.

Roma hukukunda parça borçları bakımından hasar, sözleşmenin tamamlanmasıyla (*emptio perfectata*), başka bir ifadeyle, satılan ve satış bedeli

¹⁰² A. B. Schwarz, s. 160; Ö. Söğütlü Erişgin, s. 26; T. Rado, “Alım Satım Bahsinde Roma Hukuku Prensiplerinin Hukukumıza Tesiri”, Samim Gönensay’a Armağan, İstanbul, 1955, s. 506; P. Somer, **100 Soru-100 Cevap Roma Borçlar Hukuku**, İstanbul, 2013, s. 64.

¹⁰³ Ö. Söğütlü Erişgin, s. 26; T. Rado, **Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku**, İstanbul, 2006, s. 125.

¹⁰⁴ Ö. Söğütlü Erişgin, s. 38 vd.

¹⁰⁵ T. Rado, Borçlar Hukuku, s. 126; B. Tahiroğlu, **Roma Borçlar Hukuku**, İstanbul, 2009, s. 203; Ö. Söğütlü Erişgin, s. 46; B. Erdoğan, **Roma Borçlar Hukuku Dersleri**, İstanbul, 2012, s. 80.

konusunda tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının uyuşmasıyla alıcıya geçmekteydi.¹⁰⁶ Roma hukukunda çeşit borçları bakımından hasarın geçişi hususu ise oldukça tartışmalıdır¹⁰⁷. Bununla birlikte, genel olarak, çeşidin ayırt edilerek bireyselleştirilmesi anından itibaren hasarın alıcıya geçtiği kabul edilmektedir¹⁰⁸. Ancak çeşit borcu, en son teslim anında ayırt edilip bireyselleşmiş olacağından, Roma hukukunda çeşit borçlarında hasarın en geç teslim anında alıcıya geçtiği ifade edilmektedir¹⁰⁹.

Sözleşme ilkesinin geçerli olduğu bir sistemde, hasarın, sözleşmenin kurulmasıyla; satılanın mülkiyetinin ise satılanın teslimiyle alıcıya geçmesi durumunda, sözleşmenin tarafları arasındaki sözleşmesel dengenin alıcı aleyhine bozulduğu söylenmektedir¹¹⁰. Nitekim sözleşme ilkesi gereğince, alıcı henüz üzerinde yararlanma, kullanma ve tasarruf etme olanağına sahip olmadığı satılanın aynen ya da gereği gibi ifasının imkânsızlaşması durumunda, satış bedelini tam olarak ifa etmek zorunda kalabilir. Ayrıca hasarın, satılanın tesliminden önce

¹⁰⁶ N. Franko, “**Satım Akdinde Hasarın İntikali**”, Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan, Ankara, 1998, s. 350; T. Rado, Borçlar Hukuku, s. 125; B. Tahiroğlu, s. 203; M. Z. Akgün, “**Menkul Bey’inde Hasar**”, Adalet Dergisi, Yıl 44, Sayı 3, 1953, s. 253; K. Tunçomağ, s. 49; H. Acar, s. 13; Y. M. Atamer, Hasarın İntikali, s. 135; M. Oruç, s. 39.

¹⁰⁷ Söz konusu tartışmalar için bkz. Ö. Söğütlü Erişgin, s. 47 vd.

¹⁰⁸ Ö. Söğütlü Erişgin, s. 49 vd.; M. Oruç, s. 41.

¹⁰⁹ T. Bakır, s. 1095; H. Arslanlı, s. 194.

¹¹⁰ T. Akıntürk, s. 111; H. Acar, s. 14; M. Oruç, s. 41.

sözleşmenin kurulmasıyla birlikte alıcıya geçmesi, satıcının satılanı koruma ve ona gereken özeni gösterme isteğini azaltabilmekte, bu da alıcı açısından olumsuz sonuçlara neden olabilmektedir¹¹¹.

B. Mülkiyetin Nakli İlkesine Göre Hasarın Geçışı

Tabii hukukçular, Roma hukukçularından farklı olarak, “*res perit domino*”, diğer bir deyişle “*hasar malike aittir*” şeklinde ifade edilen, mülkiyetin nakli ilkesini esas almışlardır¹¹². Mülkiyetin nakli ilkesinde de, sözleşme ilkesinde olduğu gibi, hasar, sözleşmenin kurulmasıyla birlikte alıcıya geçmektedir; ancak mülkiyet de sözleşmenin kurulmasıyla birlikte alıcıya geçtiğinden, hasarın geçişi ile mülkiyetin geçişi aynı anda gerçekleşmektedir¹¹³. Hasarın mülkiyetin nakli ile alıcıya geçmesi, borcun ifasının sonradan imkânsızlaşması tehlikesine, sözleşmenin kurulmasıyla malın maliki hâline gelen alıcının katlanması anlamına gelmektedir.

Mülkiyetin nakli ilkesinin, hasarın geçişi bakımından sözleşmenin kurulmasını ve dolayısıyla mülkiyetin naklini yeterli görmesi; ancak hasarın geçişi için satılanın alıcıya teslimini zorunlu kılmaması eleştirilmektedir¹¹⁴. Mülkiyetin nakli ilkesinin geçerli olduğu hukuk sistemlerinde, sözleşme ilkesinin geçerli olduğu hukuk

¹¹¹ T. Akıntürk, s. 112; H. Tandoğan, s. 111; H. Acar, s. 14; M. Oruç, s. 44.

¹¹² S. Altay, s. 110; H. Acar, s. 12; Ö. Söğütlü Erişgin, s. 148; S. Reyhani Yüksel, s. 106.

¹¹³ Ö. Söğütlü Erişgin, s. 148; M. Oruç, s. 44.

¹¹⁴ Ö. Söğütlü Erişgin, s. 160; H. Acar, s. 13; S. Reyhani Yüksel, s. 106; M. Oruç, s. 44.

sistemlerdeki gibi, hasarın satılanın tesliminden önce alıcıya geçme ihtimâli, satıcının satılanı koruma ve ona gereken özeni gösterme arzusunu azaltabilecek, satıcı ile alıcı arasında uyuşmazlıklara neden olabilecektir¹¹⁵.

Fransız hukukunda, hasarın geçişinde mülkiyetin nakli ilkesi geçerlidir ve dolayısıyla hasar, mülkiyetin nakliyle birlikte alıcıya geçmektedir¹¹⁶. Böylece Fransız hukukunda kural olarak, satılan henüz teslim edilmemiş bile olsa, sözleşmenin kurulmasıyla birlikte, alıcı satılana malik olmakta ve dolayısıyla hasara katlanmaktadır¹¹⁷. Bununla birlikte, satış sözleşmesinin konusunu bir çeşit borcunun oluşturması durumunda, satılanın mülkiyeti, satılanın ayırt edilmesi, bireyselleştirilmesi ve belirlenmesi anında alıcıya geçeceği için, hasar da ancak bu anda alıcıya geçmektedir¹¹⁸.

¹¹⁵ H. Acar, s. 13; S. Reyhani Yüksel, s. 106; M. Oruç, s. 44.

¹¹⁶ M. Z. Akgün, s. 254; A. B. Schwarz, s. 161; H. Arslanlı, s. 225; S. Altay, s. 110; Y. M. Atamer, Hasarın İntikali, s. 136; H. Acar, s. 12; Ö. Söğütlü Erişgin, s. 154; S. Reyhani Yüksel, s. 106; M. Oruç, s. 45; M. Doğan, s. 71.

¹¹⁷ M. Z. Akgün, s. 254; T. Bakır, s. 1095; Ö. Söğütlü Erişgin, s. 154; S. İ. Çakırca, s. 185; M. Oruç, s. 45.

¹¹⁸ H. Arslanlı, s. 110; S. Altay, s. 110; Ö. Söğütlü Erişgin, s. 155; S. İ. Çakırca, s. 185.

C. Teslim İlkesine Göre Hasarın Geçişi

Teslim ilkesine göre hasar, satılanın mülkiyetinin alıcıya nakledip nakledilmediğine bakılmaksızın, satılanın teslimi anında alıcıya geçmektedir¹¹⁹. Dolayısıyla, teslim ilkesine göre hasarın geçiş anının tespitinde, satılanın teslim edildiği an esas alınmaktadır¹²⁰. Teslim ilkesinde, edimin sonradan aynen ya da gereği gibi ifasının imkânsızlaşması tehlikesine, satılanın teslim anına kadar satıcı; satılanın teslim anından itibaren ise alıcı katlanmaktadır.

Teslim ilkesine göre hasarın geçişini sözleşme ilkesinden ayıran yön, hasarın geçiş anının sözleşmenin kuruluş anından daha ileriki bir zaman dilimine, teslim anına, kaydırılmasıdır¹²¹. Nitekim teslim ilkesine göre hasarın geçebilmesi için sözleşmenin kurulması gerekli olsa da; yeterli değildir. Aynı zamanda satılanın alıcıya teslim edilmesi de gerekir. Sözleşme ilkesinde ise, hasarın geçmesi için sözleşmenin kurulması yeterlidir. Ayrıca satılanın teslimi zorunlu değildir. Teslim ilkesini, mülkiyetin nakli ilkesinden ayıran yön ise, hasarın geçmesinin mülkiyetin alıcıya geçmesinden bağımsız olarak gerçekleşmesidir¹²². Mülkiyet ilkesinde, hasar ve mülkiyet kural olarak her zaman aynı anda geçerken, teslim ilkesinde hasarın geçmesine rağmen mülkiyetin henüz geçmediği hâller de bulunmaktadır.

¹¹⁹ Ö. Söğütlü Erişgin, s. 181; H. Acar, s. 14; S. Reyhani Yüksel, s. 107.

¹²⁰ S. Altay, s. 111; H. Acar, s. 14.

¹²¹ A. B. Schwarz, s. 161; Ö. Söğütlü Erişgin, s. 181; S. Reyhani Yüksel, s. 107.

¹²² S. Altay, s. 111; H. Acar, s. 14; Ö. Söğütlü Erişgin, s. 181; S. Reyhani Yüksel, s. 107; M. Oruç, s. 49.

Teslim ilkesinin temelinde, satılanı fiili hâkimiyetinde bulunduran tarafın, satılanı elinde bulundurmayan tarafa göre tehlikeye egemen olma bakımından bir üstünlüğe sahip olduğu ve satılanı koruma konusunda doğrudan müdahale edebilecek bir konumda bulunduğu fikri yatmaktadır¹²³. Gerçekten de, satılanı fiili hâkimiyetinde bulunduran taraf, edimin aynen ya da gereği gibi ifasının imkânsızlaşmasına neden olabilecek bir olayın gerçekleşmesi hâlinde, duruma en kısa sürede müdahale edebilecek, zararın artmasını engelleyebilecek konumdadır¹²⁴. Bu nedenle, hasara satılanı elinde bulunduran tarafın katlanmasının maddi gerçeklikle bağdaştığı ifade edilmektedir¹²⁵. Ayrıca, iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olan satış sözleşmesinde, hasarın geçiş anının, satılanın teslim anına göre belirlenmesinin, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelere hâkim olan karşılıklılık ilkesine daha uygun olduğu ve taraflar arasındaki sözleşmesel dengeyi sağlama bakımından diğer ilkelere göre daha isabetli olduğu da belirtilmektedir¹²⁶.

¹²³ T. Akıntürk, s. 114; K. Tunçomağ, s. 51; H. Tandoğan, s. 111; S. Altay, s. 111; H. Acar, s. 14; Ö. Söğütlü Erişgin, s. 181; S. Reyhani Yüksel, s. 107.

¹²⁴ S. Altay, s. 111; H. Acar, s. 14; M. Oruç, s. 47.

¹²⁵ Ö. Söğütlü Erişgin, s. 182; S. Reyhani Yüksel, s. 108.

¹²⁶ H. Tandoğan, s. 111; S. Altay, s. 111; H. Acar, s. 14; Ö. Söğütlü Erişgin, s. 181.

Alman hukukunda hasarın geçişinde teslim ilkesi esas alınmış, hasarın satılanın teslimiyle birlikte alıcıya geçeceği düzenlenmiştir¹²⁷. Alman hukukunda, hasarın geçmesi için, satılanın teslim edilmesinin yanında, ayrıca satılanın mülkiyetinin naklinin gerçekleşmesinin zorunlu olup olmadığı konusu tartışılmış¹²⁸; hasarın geçmesi için satılanın mülkiyetin alıcıya geçmesinin zorunlu olmadığı fikri, genel kabul görmüştür¹²⁹. Hasarın geçişi anını, Roma hukukundaki sözleşmenin kurulması anından daha ileriki bir zaman dilimine çeken ve hasarın geçişini mülkiyetin naklinden bağımsız olarak düzenleyen Alman kanun koyucusu, hasarın geçişini maddi bir olgu olan teslim bağlamak suretiyle, karşılıklılık ilkesine uygun, sözleşmesel dengeyi sağlayıcı bir düzenleme oluşturmuştur.

§ 3. TÜRK HUKUKUNDA HASARIN GEÇİŞİNİN TARİHİ GELİŞİMİ

I. Mecellede Hasarın Geçişi

Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'nin satış sözleşmesinde hasarın geçişini düzenleyen 293. maddesi, hasarın geçişinde teslim ilkesini esas almıştır¹³⁰. Gerçekten de,

¹²⁷ H. Tandoğan, s. 109; K. Tunçomağ, s. 50; A. B. Schwarz, s. 161; N. Franko, s. 350; S. Altay, s. 111; H. Acar, s. 15; Y. M. Atamer, Hasarın İntikali, s. 137; Ö. Söğütlü Erişgin, s. 175; S. Reyhani Yüksel, s. 107; S. İ. Çakırca, s. 184; C. Yavuz/F. Acar/B. Özen, s. 71; M. Oruç, s. 49.

¹²⁸ S. Altay, s. 111. Söz konusu tartışmalar için bkz. H. Arslanlı, s. 221 vd.

¹²⁹ S. Altay, s. 111; Ö. Söğütlü Erişgin, s. 181; M. Oruç, s. 49.

¹³⁰ T. Bakır, s. 1095; H. Arslanlı, s. 195; H. Acar, s. 15; M. Oruç, s. 50.

Mecelle'nin 293. maddesine göre, “*Mebi' kabl-el-kabz bâyi'in yedinde telef olsa müşteri hakkında bir şey terettüp etmeyip zararı bâyi'e ait olur.*”¹³¹ Bu hüküm, satılan malın alıcıya tesliminden önce satıcının elinde telef olmasının zararının satıcıya ait olacağı, bu nedenle alıcıya herhangi bir sorumluluğun yüklenemeyeceğini öngörmektedir¹³². Mecelle'nin 293. maddesi, hasarın, satılanın teslimiyle alıcıya geçeceğini; mal henüz teslim edilmeden önce hasara satıcının katlanacağını düzenlemektedir¹³³.

¹³¹ A. H. Berki, **Mecelle (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye)**, Ankara, 1959, s. 39; O. Kaşıkçı, **İslâm ve Osmanlı Hukukunda Mecelle**, İstanbul, 1997, s. 258; C. İlhan, **Günümüz Türkçesiyle Mecelle (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye)**, 2. Tıpkı Bası, Ankara, 2014; s. 100.

¹³² S. Ş. Ansay, “**Menkul Mallarda Mülkiyetin ve Hasarın İntikali Hakkında Muhtelif Sistemler Arasında Bir Mukayese**”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 10, Sayı 1, 1953, s. 455; H. Hatemi, s. 79; O. Kaşıkçı, s. 258; C. İlhan, s. 101.

¹³³ S. Ş. Ansay, s. 455; H. Acar, s. 15; S. Reyhani Yüksel, s. 131.

Mecelle’de hasar, ancak satılanın teslimiyle alıcıya geçmekte iken, satılanın mülkiyeti kural olarak sözleşmenin kurulmasıyla birlikte alıcıya geçmektedir¹³⁴. Böylece alıcının satış sözleşmesinin kurulmasıyla birlikte satılanın mülkiyetini elde etmesine rağmen, hasara satıcının katlanması söz konusu olabilmektedir. Sözleşmenin kurulmasıyla, satılanın teslimi arasındaki dönemde satılanın mülkiyeti alıcıya ait olmakla birlikte, hasara satıcının katlanması alıcının lehine, satıcının aleyhine gözükmektedir. Ancak Mecelle’nin 278. maddesine göre, peşin satışta, alıcı bedeli tamamen ödeyinceye kadar satıcının satılan üzerinde hapis hakkı bulunmaktadır¹³⁵. Satış sözleşmesinin kurulmasıyla birlikte, satıcının satılan üzerinde hapis hakkının doğması, satıcı bakımından güvence oluşturmaktadır. Satılanın mülkiyetinin sözleşmeyle, hasarın ise satılanın teslimiyle alıcıya geçmesi, satıcıyı satılanı derhâl alıcıya teslim etmeye zorlamaktadır. Aksi hâlde, satıcının temerrüde düşmesi söz konusu olur¹³⁶.

¹³⁴ S. Ş. Ansay, s. 455; T. Bakır, s. 1095; H. Arslanlı, s. 254; H. Acar, s. 15; S. Reyhani Yüksel, s. 107; M. Oruç, s. 51. Mecelle’nin 369. maddesine göre, “*Bey’i mün’akidin hükmü mülkiyettir.*” (A. H. Berki, s. 50; C. İlhan, s. 120). Günümüz Türkçesiyle bu madde, satış sözleşmesinin kurulmasının hükmünün mülkiyetin geçmesi olacağını ifade etmektedir (C. İlhan, s. 121). Bununla birlikte, mülkiyetin sözleşmenin kurulmasıyla alıcıya geçmesi sadece sahih bey’i ve nâfiz bey’i söz konusudur; fâsit bey’de mülkiyet satılanın teslimiyle, bey’i mevkuf ta ise mülkiyet icazet verildiği takdirde geçer (H. Arslanlı, s. 196 vd.).

¹³⁵ H. Arslanlı, s. 213.

¹³⁶ H. Arslanlı, s. 213; S. Ş. Ansay, s. 456; H. Acar, s. 15.

Mecelle’de yarar da, mülkiyetin geçişinde olduğu gibi, hasarın geçişinden farklı olarak, sözleşmenin kurulmasıyla birlikte alıcıya geçmektedir¹³⁷. Bu düzenlemenin Mecelle’nin 88. maddesinde yer alan “*nimet külfete ve külfet nimete göredir*” hükmüyle çeliştiği söylenmektedir¹³⁸. Gerçekten de, Mecelle’de hasarın satılanın teslimi ile geçmesine rağmen, mülkiyetin ve yararın sözleşmenin kurulmasıyla birlikte alıcıya geçmesi, Mecelle’nin kendi içinde yer alan bir ahenksizlik olarak nitelendirilmiştir¹³⁹. Bu düzenlemesiyle Mecelle’nin sözleşme ilkesi, mülkiyetin nakli ilkesi ve teslim ilkesinin dışında bilfiil dördüncü bir sistem oluşturduğu ifade edilmektedir¹⁴⁰.

II. 818 Sayılı Mülga Borçlar Kanunu’nda Hasarın Geçışı

818 sayılı mülga Borçlar Kanunu’ndaki hasarın geçişi sistemi, Türk Borçlar Kanunu’nda yer alan hasarın geçişi sisteminden oldukça farklıdır. Nitekim belirtildiği üzere 818 sayılı Kanun’da satış sözleşmesinde hasarın geçişinde

¹³⁷ S. Ş. Ansay, s. 455; T. Bakır, s. 1095; O. Kaşıkçı, s. 259; H. Acar, s. 15; H. Arslanlı, s. 254; S. Reyhani Yüksel, s. 107. Mecelle’nin 236. maddesine göre, “*Ba’d-el-akd ve kabl-el-kabz mebi’de hâsıl olan semere ve ziyade müşteriye ait olur.*” (A. H. Berki, s. 32; C. İlhan, s. 56). Bu hüküm, sözleşmenin kurulmasından sonra ancak satılanın tesliminden önce, satılanın semerelerinin ve meydana gelen fazlalıkların alıcıya ait olacağını ifade etmektedir (C. İlhan, s. 87).

¹³⁸ H. Arslanlı, s. 194 vd; T. Bakır, s. 1095; M. Oruç, s. 51.

¹³⁹ S. Ş. Ansay, s. 455; S. Reyhani Yüksel, s. 108.

¹⁴⁰ S. Ş. Ansay, s. 456; H. Acar, s. 15; S. Reyhani Yüksel, s. 108; M. Oruç, s. 51.

“sözleşme ilkesi” esas alınmışken, Türk Borçlar Kanunu’nda “teslim ilkesi” esas alınmıştır. Türk Borçlar Kanunu’nda hasarın geçişine ilişkin sistemin değiştirilmesinin en önemli nedeni, yürürlükten kalkan Borçlar Kanunu’nun hasarın geçişi konusunda öngördüğü hükümlerin, Kanun’un neredeyse en çok tartışılan ve en çok eleştirilen hükümleri olmasıdır¹⁴¹. Yapılan eleştirileri dikkate alan kanun koyucu, Türk Borçlar Kanunu’nda satış sözleşmesinde özellikle karşı edim hasarının, diğer bir deyişle bedel hasarının geçişine ilişkin olarak önemli değişiklikler öngörmüştür. Edim hasarının geçişi konusunda ise, 818 sayılı Kanun’daki düzenleme, birkaç farklılıkla, korunmuştur.

Türk Borçlar Kanunu’nun hasarın geçişi konusunda öngördüğü sistemin incelenmesine geçilmeden önce, yürürlükten kalkan Borçlar Kanunu’nun konuya ilişkin düzenlemesini incelenmesi, hukukumuzdaki bu köklü değişikliğin nedenlerinin anlaşılması bakımından önem taşır. Ayrıca, yürürlükten kalkan Borçlar Kanunu’nda yer alan hasarın geçişi sistemi hakkında bilgi sahibi olunması, yürürlükteki sistemin daha iyi değerlendirilebilmesini de sağlar. Nitekim geçmişte uygulanan sistemin bilinmesi, hasarın geçişine ilişkin yürürlükteki düzenlemenin artılarının ve eksilerinin tespitine yarar; konuya ilişkin hukukî bakış açısını genişletir. Belirtildiği üzere, yürürlükten kalkan sistemin kökenleri Roma hukukuna dayandığı

¹⁴¹ H. Arslanlı, s. 229 vd.; T. Akıntürk, s. 110 vd.; H. Tandoğan, s. 111; K. Tunçomağ, s. 50; F. N. Feyzioğlu, s. 207 vd.; S. S. Tekinay/G. G. S. Akman/H. Burcuoğlu/A. Altop, s. 1011, dipnot 11; R. Serozan, Borçlar Özel, s. 104; H. Acar, s. 14; K. Yetiş Şamlı, s. 313; M. Aydoğdu/N. Kahveci, s. 66; M. Oruç, s. 42; E. Erzurumluoğlu, Sözleşmeler Hukuku, s. 36.

için, 818 sayılı Kanun'un hasarın geçişine ilişkin öngördüğü düzenlemeler tarihsel öneme de sahiptir. Tüm bunlara ilave olarak, Türk Borçlar Kanunu döneminde, tarafların aralarında anlaşarak, hasarın sözleşmenin kurulmasıyla alıcıya geçmesini kararlaştırmaları hâlinde, ortaya çıkabilecek bir hukuki uyuşmazlığın çözümünde yürürlükten kalkan Kanun'un hasarın geçişine ilişkin düzenlemelerinden yararlanılabilecektir.

A. Hasarın Geçişine İlişkin Genel Kural (BK 117) ve Bu Kuralın Satış Sözleşmesinde Hasarın Geçişini Düzenleyen Kuralla (BK 183) İlişkisi

818 sayılı mülga Borçlar Kanunu'nda satış sözleşmesinde hasarın geçişine ilişkin genel kuralı, “*Umumi hükümler*” kısmında, “*Borçların sukutu*” başlıklı bapta, “*İfanın Mümkün Olmaması*” kenar başlığı altında düzenlenen 117. madde oluşturmaktadır. Bununla birlikte, “*Aktin muhtelif nevileri*” kısmında, “*Nefi ve Hasar*” kenar başlığı altında düzenlenen 183. maddede, satış sözleşmesinde hasarın geçişi konusu özel olarak ele alınmıştır.

1. Hasarın Geçişine İlişkin Genel Kural

Yürürlükten kalkan Borçlar Kanunu'nun 117. maddesinde hasarın geçişi konusu, tüm borç ilişkilerini kapsayacak şekilde düzenlenmiştir¹⁴². 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 117. maddesinin 1. fıkrasına göre, “*Borçluya isnat olunamıyan haller münasebetiyle borcun ifası mümkün olmazsa, borç sakıt olur.*” Bu hüküm, borç

¹⁴² N. Bilge, s. 34; T. Akıntürk, s. 13; H. Özdemir, s. 362; Y. M. Atamer, Hasarın İntikali, s. 133 vd.; S. Altay, s. 12; Ö. Söğütlü Erişgin, s. 135.

ilişkisinde, taraflardan birine yüklenemeyen nedenlerle edimin aynen ya da gereği gibi ifasının imkânsızlaşmasının sonuçlarına ilişkindir. 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 117. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, borçlu, ortaya çıkmasında taraflara herhangi bir sorumluluk yüklenemeyen sonraki imkânsızlık hâlinde, imkânsızlaşan edimin yerine başka bir değer geçmemişse¹⁴³, borcundan tamamen kurtulmaktadır¹⁴⁴. Böylece edimin ifasının sonradan kazara imkânsızlaşması tehlikesine, borcun

¹⁴³ K. Tunçomağ, s. 47; K. Yetiş Şamlı, s. 307; R. Serozan, İfa, s. 190.

¹⁴⁴ T. Akıntürk, s. 64 vd.; K. Tunçomağ, s. 47; S. Altay, s. 11; M. Oruç, s. 42. Öğretide, K. Yetiş Şamlı, hasarın geçişi konusunun tek tarafa ve eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler bakımından BK. m. 117/1'de; tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler bakımından ise BK. m. 117/2'de düzenlendiğini ifade etmektedir (K. Yetiş Şamlı, s. 307). Ne var ki, BK. m. 117/1 hükmünün sadece tek tarafa borç yükleyen sözleşmeler ile eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmelere hasredilmesi mümkün değildir. Borçlar Kanunu'nun m. 117/1 hükmü, gerek tek tarafa gerekse de (eksik ya da tam) iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde edim hasarı konusunu düzenlemektedir. Keza tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde de edim hasarı sorunu ile karşılaşılabilir. Tek tarafa borç yükleyen sözleşmeler ile eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde ise sadece edim hasarı sorunuyla karşılaşılabilir, karşı edim hasarı bu tür sözleşmelerde gündeme gelmemektedir. Bu nedenle, karşı edim hasarının geçişi konusunu düzenleyen BK. m. 117/2 hükmünün sadece tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelere özgü olduğu söylenebilir; ancak BK m. 117/1 hükmünün sadece tek tarafa ve eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmelere özgü olduğunun söylenmesi mümkün gözükmemektedir.

alacaklısı konumunda bulunan taraf katlanmaktadır. Bir başka deyişle, edim hasarına alacaklı katlanmaktadır¹⁴⁵. Borçlunun borcunun sona ermesi, edim hasarına alacaklının katlanması, alacaklının alacak hakkının da sona ermesi anlamına gelmektedir. Alacaklı, borçluyu, borcunu borç ilişkisinde kararlaştırılan biçimde ifaya zorlama hakkını yitirmektedir. Bunun yanında alacaklı, sözleşmede kararlaştırılan edimi elde etmek ve bu edimi değerlendirmek için yaptığı harcamalara, söz konusu edimle ilgili üstlendiği yükümlülüğü yerine getirememenin hukuki sonuçlarına da katlanmaktadır¹⁴⁶.

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, asıl edimin ifasının sonradan kazara imkânsızlaşması durumunda, asıl edim borçlusunun borcundan kurtulmasının, karşı edime ilişkin sonuçları ise, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 117. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenmiştir¹⁴⁷. Kanun'un 117. maddesinin 2. fıkrasına göre, "*Karşılıklı taahhütleri havi akitlerde bu suretle beri olan borçlu haksız iktisaplara müteallik hükümlere tevfi kan almış olduğu şeyleri iadeye mecbur ve kendisine henüz tediye edilmemiş bulunan şeyi istemek hakkından mahrum olur.*" Bu hüküm, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, borcu sonraki imkânsızlık nedeniyle sona eren borçlunun, alacaklıyı karşı edimi ifa etme konusunda zorlayamamasını, bu sürede karşı edim olarak elde etmiş olduğu değerleri de iade etmekle yükümlü olmasını

¹⁴⁵ H. Tandoğan, s. 108; F. N. Feyzioğlu, s. 205; H. Acar, s. 29; H. Hatemi, s. 78; S. Altay, s. 11.

¹⁴⁶ R. Serozan, İfa, s. 191; S. Altay, s. 12.

¹⁴⁷ T. Akıntürk, s. 65; S. Altay, s. 11.

öngörmektedir¹⁴⁸. Böylelikle, karşı edim alacaklısı konumundaki borçlu, kendi ediminin ifasının sonradan kazara imkânsızlaşması sonucunda, karşı edimi yitirme tehlikesine katlanmaktadır. Başka bir deyişle, karşı edim hasarına, asıl edim borçlusu olan taraf katlanmaktadır¹⁴⁹. Karşı edim hasarına katlanan edim borçlusu, karşı edime ilişkin alacak hakkını yitirirken, karşı edim alacaklısı da karşı edime ilişkin borcundan kurtulmaktadır. Kısaca, sıfırlayıcı bir çözümle, eli boş gelenin eli boş gitmesi sağlanmaktadır¹⁵⁰.

2. Hasarın Geçişine İlişkin Genel Kuralın Satış Sözleşmesinde Hasarın Geçişini Düzenleyen Kuralla İlişkisi

818 sayılı Borçlar Kanunu’nun 117. maddesinin 2. fıkrasının son cümlesinde yer alan “*Kanun veya akit ile, borcun ifasından evvel bile vukua gelen zararın, alacaklıya tahmil edilmiş olduğu haller bundan müstesnadır.*” hükmü, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, karşı edim hasarına borçlunun katlanacağı kuralının emredici olmadığını, kanunla ya da sözleşmeyle, sözleşmenin kurulması ile edimin ifası arasındaki dönemde, hasarın alacaklıya da yüklenebileceğini açıkça

¹⁴⁸ T. Akıntürk, s. 66; K. Tunçomağ, s. 47; M. Dural, s. 163; S. Altay, s. 16.

¹⁴⁹ H. Tandoğan, s. 108; K. Tunçomağ, s. 47; F. N. Feyzioğlu, s. 205; M. Dural, s. 160; H. Acar, s. 29; H. Hatemi, s. 141; K. Yetiş Şamlı, s. 307; B. Çetiner, “**Yeni Türk Borçlar Kanunu’nda Yarar ve Hasarın İntikali ile Satıcının Ayrıptan Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi**”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 67, Sayı 1-2, 2009, s. 98.

¹⁵⁰ M. Dural, s. 162; R. Serozan, İfa, s. 191; M. A. Gümüş, s. 31.

düzenlemiştir¹⁵¹. Kanun'un 117. maddesinin 2. fıkrasında ifadesini bulan, karşı edim hasarının alacaklıya yüklenmesine ilişkin en önemli istisna, satış sözleşmesi bakımından öngörülen istisnadır¹⁵². Gerçekten de, satış sözleşmesinde yarar ve hasarı düzenleyen “Nefi ve Hasar” kenar başlıklı 183. maddenin 1. fıkrasına göre, “*Halin icabından veya hususi şartlardan mütevellit istisnaların maadasında, satılan şeyin nefi ve hasarı akdin in'ikadı anından itibaren müşteriye intikal eder.*” Bu hüküm uyarınca, durumun gereğinden ya da özel koşullardan kaynaklanan istisnalar dışında, satış sözleşmesinde hasar, sözleşmenin kurulması anından itibaren alıcıya geçer¹⁵³. Böylelikle yürürlükten kalkan Borçlar Kanunu döneminde, hasarın geçişi konusunda, İsviçre hukukundaki gibi¹⁵⁴ sözleşme ilkesi kabul edilmiştir¹⁵⁵.

¹⁵¹ M. Dural, s. 165; S. Altay, s. 20; H. Acar, s. 29; K. Yetiş Şamlı, s. 311.

¹⁵² T. Akıntürk, s. 13; H. Tandoğan, s. 108; K. Tunçomağ, s. 48; F. N. Feyzioğlu, s. 205; M. Dural, s. 166; R. Serozan, Borçlar Özel, s. 104; H. Hatemi, s. 78; S. Altay, s. 20; S. Topuz/F. Canbolat, s. 688; H. Acar, s. 29; K. Yetiş Şamlı, s. 307; M. Oruç, s. 42.

¹⁵³ M. Z. Akgün, s. 255; K. Tunçomağ, s. 49; N. Franko, s. 350; S. Altay, s. 20; S. İ. Çakırca, s. 182.

¹⁵⁴ Borçlar Kanunu'nun 183. maddesi, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 185. maddesinden tercüme yoluyla alınmıştır (T. Akıntürk, s. 72; H. Arslanlı, s. 231; H. Acar, s. 32; M. Oruç, s. 43).

¹⁵⁵ F. N. Feyzioğlu, s. 207; S. Altay, s. 21; Yargıtay 4. HD. 15.10.1979 tarihli 5763 Esas, 11355 Karar sayılı kararı (M. R. Karahasan, **Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Birinci Cilt**, İstanbul, 2002, s. 81).

818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 183. maddesinde, satış sözleşmesinin kurulması ile ifası arasındaki dönemde, edimin ifasının kazara imkânsızlaşması tehlikesi, kural olarak sözleşmenin kurulmasından itibaren alıcıya yüklenmektedir. Kanun'un 117. maddesinde düzenlenen hasara ilişkin genel kuralın istisnasını oluşturan bu hüküm, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler bakımından geçerli olan eli boş gelenin eli boş gitmesi ya da bir şey getirmeyenin bir şey almadan gitmesi anlayışından ayrılmaktadır¹⁵⁶. Gerçekten de, bu kural nedeniyle, satış sözleşmesinin kurulmasıyla birlikte alıcı henüz zilyetliğini bile elde edemediği satılanı hiç ya da gereği gibi elde edememe tehlikesiyle karşı karşıya kalmaktadır. Sözleşmenin kurulmasıyla, malın mülkiyetini henüz devralmayan alıcı, sözleşmeye uygun olarak ifa edilmesini isteme hakkını yitirdiği satılanın bedelini, sözleşmede kararlaştırıldığı şekilde tam olarak ödemekle yükümlü olabilmektedir. İsviçre/Türk borçlar hukuku sisteminde, taşınırın mülkiyeti zilyetliğin devriyle alıcıya geçmekte iken¹⁵⁷, hasarın henüz satılan tesliminden önce alıcıya geçmesi, alıcının maliki olmadığı ve sonraki imkânsızlık nedeniyle sözleşmede kararlaştırıldığı şekilde maliki olamayacağı bir malın bedelini tam olarak ödemesi sonucunu doğurmaktadır.

¹⁵⁶ K. Tunçomağ, s. 47; M. Dural, s. 162; R. Serozan, İfa, s. 191; M. A. Gümüş, s. 31; M. Oruç, s. 42.

¹⁵⁷ Türk Medeni Kanunu'nun 763. maddesine göre, taşınır mülkiyetinin nakli için zilyetliğin devri gerekir.

B. Satış Sözleşmesinde Hasarın Geçişine İlişkin Düzenlemenin Kökenleri

818 sayılı Borçlar Kanunu'nda yer alan, satış sözleşmesinde hasarın sözleşmenin kurulmasıyla alıcıya geçeceği kuralının tarihsel kökenleri, İsviçre Borçlar Kanunu'nun kabul ediliş sürecinde ve Roma hukukunda yatmaktadır. Kanun'a kaynaklık eden İsviçre Borçlar Kanunu'nun hazırlanış sürecinde, hasarın geçişi konusunda batıda yer alan kantonların mülkiyet ilkesini; doğuda yer alan kantonların bazılarında da teslim ilkesini benimsemiş olması, İsviçre kanun koyucusunu, bütün kantonların kabul edeceği bir sistem arayışına sevk etmiştir¹⁵⁸. Bu yolda yaşanan çeşitli tartışmalar ve gelişmeler sonucunda ¹⁵⁹, yürürlükten kalkan Borçlar Kanunu'nun 183. maddesinin karşılığı olan İsviçre Borçlar Kanunu'nun 185. maddesi kabul edilmiştir. İsviçre Borçlar Kanunu'nun 185. maddesinde yer alan kural, Roma hukukundan gelen “*periculum est emptoris*” olarak ifade edilen sözleşme ilkesini esas almaktadır¹⁶⁰.

Roma hukukunda hasarın geçişine ilişkin geçerli olan kural “*periculum est emptoris*”, Roma hukukunun uygulandığı dönemde yaygın olan pazar yerinde

¹⁵⁸ T. Akıntürk, s. 73; H. Arslanlı, s. 231; F. N. Feyzioğlu, s. 207; Y. M. Atamer, Hasarın İntikali, s. 137; Ö. Söğütlü Erişgin, s. 121; M. Oruç, s. 43.

¹⁵⁹ Söz konusu tartışmalar için bkz. T. Akıntürk, s. 72 vd.

¹⁶⁰ H. Becker (Çev. A. S. Dura), **İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi: İkinci Bölüm Çeşitli Sözleşme İlişkileri Madde: 184-551**, Ankara, 1993, s. 24; T. Akıntürk, s. 69; R, Serozan, Borçlar Özel, s. 104; H. Hatemi, s. 78; A. Zevkliler/K. E. Gökyayla, s. 44; B. Erdoğan, s. 79; P. Somer, s. 64; M. Oruç, s. 43.

akdedilen nakit karşılığı satış sözleşmesine uygundur¹⁶¹. Nitekim Roma döneminde satıcı ve alıcı genellikle pazar yerinde hazır bulunmakta ve satış sözleşmesini akdederek malın devrini gerçekleştirmektedir. Satılanın alıcıya tesliminin geciktirilmesi, ancak alıcının isteği doğrultusunda mümkün olmaktadır. Dolayısıyla, satış sözleşmesinin kurulmasıyla satılan alıcının malvarlığına dâhil olmakta; satıcı, malı artık ancak gözetim (*custodia*) sorumluluğu çerçevesinde elinde bulundurmaktadır¹⁶². Böylece alıcının sözleşmenin kurulmasıyla birlikte hasara katlanması yadırganmamaktadır.

İsviçre/Türk borçlar hukuku sisteminde, Roma hukukundaki gibi satış sözleşmesinin kurulmasıyla birlikte satılanın satıcının malvarlığından çıkarak alıcının malvarlığına girmesi söz konusu değildir. Ayrıca, İsviçre/Türk sisteminde hasarın sözleşmenin kurulmasıyla; mülkiyetin ise zilyetliğin devriyle alıcıya geçmesi¹⁶³, bu sistemin Alman hukuku sistemi ile Fransız hukuku sistemi arasında ortalama bir sistem olarak nitelendirilmesine neden olmuştur¹⁶⁴. Mülkiyetin intikal anı bakımından Alman hukukunda olduğu gibi zilyetliğin devri anının; hasarın geçmesi

¹⁶¹ A. B. Schwarz, s. 164; Y. M. Atamer, Hasarın İntikali, s. 135 vd.; S. Altay, s. 106; S. İrem Çakırca, s. 183; A. H. Cihan, s. 61.

¹⁶² T. Akıntürk, s. 99 vd.; Y. M. Atamer, Hasarın İntikali, s. 136; B. Tahiroğlu, s. 208; Ö. Söğütü Erişgin, s. 28; S. Altay, s. 106; S. İ. Çakırca, s. 183.

¹⁶³ A. B. Schwarz, s. 161; T. Akıntürk, s. 155; F. N. Feyzioğlu, s. 207; H. Acar, s. 32.

¹⁶⁴ H. Tandoğan, s. 110; Y. M. Atamer, Hasarın İntikali, s. 138.

bakımından ise Fransız hukukunda olduğu gibi sözleşmenin kurulması anının esas alındığı bu sistem¹⁶⁵ öğretide haklı olarak eleştirilmiştir¹⁶⁶.

C. Satış Sözleşmesinde Hasarın Geçiş Anı

Satış sözleşmesinde hasarı geçiş anı, hasara hangi andan itibaren sözleşmenin hangi tarafının katlanacağını göstermekte, böylece taraflara yüklenemeyen sonraki imkânsızlık hâlinde tarafların borçlarının sonucunu şekillendirmektedir. 818 sayılı Kanun döneminde, satış sözleşmesinde edim hasarının geçiş anı, esas olarak, tüm borç ilişkileri bakımından genel kural niteliği taşıyan Kanun'un 117. maddesinde düzenlenmiştir. Bununla birlikte, temel düzenleme alanı satış sözleşmesinde bedel hasarının geçişi olan Kanun'un 183. maddesinin¹⁶⁷ satış sözleşmesinde edim hasarının geçiş anı bakımından da önem taşıdığı ifade edilmektedir. Buna göre, Kanun'un 183. maddesinin 2. fıkrası, çeşit satışları bakımından edim hasarının

¹⁶⁵ A. B. Schwarz, s. 162; Y. M. Atamer, Hasarın İntikali, s. 138; Ö. Söğütlü Erişgin, s. 121-122; S. Reyhani Yüksel, s. 112-113.

¹⁶⁶ H. Arslanlı, s. 229 vd.; T. Akıntürk, s. 110 vd.; H. Tandoğan, s. 111; K. Tunçomağ, s. 50; F. N. Feyzioğlu, s. 207 vd.; S. S. Tekinay/G. G. S. Akman/H. Burcuoğlu/A. Altop, s. 1011, dipnot 11; R. Serozan, Borçlar Özel, s. 104; H. Acar, s. 14; K. Yetiş Şamlı, s. 313; M. Aydoğdu/N. Kahveci, s. 66.

¹⁶⁷ T. Akıntürk, s. 29; Y. M. Atamer, Hasarın İntikali, s. 135; S. Altay, s. 21.

geçişini de düzenlemekte¹⁶⁸ ve böylece söz konusu hüküm Kanun'un 117. maddesini tamamlamaktadır¹⁶⁹.

Tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olarak satış sözleşmesinde, edimin ifasının sonradan taraflara yüklenemeyen nedenlerle imkânsızlaşmasının en önemli sonuçlarından biriyle, satıcının bedeli talep etme hakkının sona erip ermeyeceği ve dolayısıyla alıcının sözleşmede kararlaştırılan bedeli ödemekle yükümlü olup olmayacağı noktasında karşılaşılmaktadır. Bununla birlikte, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde edim hasarına alacaklının katlanması, karşı edim hasarının gündeme gelmesinin ön koşulu olduğundan, bedel hasarının geçiş anının incelenmesine geçilmeden önce edim hasarının geçiş anının incelenmesini gerekmektedir.

1. Edim Hasarının Geçiş Anı

Edim hasarının sözleşmenin kurulması ile ifası arasındaki dönemde, edimin aynen ya da gereği gibi ifasının, taraflara yüklenemeyen nedenlerle imkânsızlaşması tehlikesi olduğu ifade edilmişti. Satış sözleşmesinde edim hasarın geçiş anı, satılanın

¹⁶⁸ Y. M. Atamer, Hasarın İntikali, s. 140; S. Altay, s. 21; H. Acar, s. 31, M. A. Gümüş, s. 36. N. Kocayusufpaşaoğlu'na göre, Borçlar Kanunu'nun 183. maddesinin 2. fıkrası, sadece karşı edim hasarını düzenleyen bir hükümdür. Bununla birlikte, karşı edim hasarının alıcıya geçmesi için daha önce edim hasarının alıcı üzerinde kalmış olması zorunlu olduğundan, Kanun'un 183. maddesinin 2. fıkrası dolaylı olarak edim hasarı konusunda da değer taşımaktadır (N. Kocayusufpaşaoğlu, s. 63).

¹⁶⁹ Y. M. Atamer, Hasarın İntikali, s. 140; S. Altay, s. 21.

parça borcu ya da çeşit borcu olmasına, diğer bir deyişle taraflar arasında kurulan satış sözleşmesinin parça satışı ya da çeşit satışı olmasına göre belirlenmektedir. Hatta öğretide, satılanın parça borcu ya da çeşit borcu olmasına bağlanan en önemli sonuçlardan birisinin, hasarın geçişi bakımından olduğu ifade edilmektedir¹⁷⁰. Satış sözleşmesinde, sözleşmenin kurulmasıyla ifası arasındaki dönemde, satıcının satılanın mülkiyetini alıcıya geçirme borcunu ifa etmesinin, tarafların sorumlu tutulamayacağı şekilde imkânsızlaşması tehlikesine, hangi andan itibaren sözleşmenin hangi tarafının katlanacağı, satışın parça satışı ya da çeşit satışı olmasına göre ayrı ayrı belirlenir.

a. Parça Satışlarında Edim Hasarının Geçiş Anı

Parça satışı, satılanın taraflarca özel ve ayırıcı nitelikleri gösterilerek somut bir biçimde belirlendiği satışır¹⁷¹. Bu tür satışta, satılan mal, sözleşmede, taraflarca bireysel özellikleriyle özel ve somut olarak belirlenmekte, diğer mallardan tam olarak ayırt edilmektedir¹⁷². Parça satışlarında satılanın genellikle misli olmayan, diğer bir deyişle, niteliği itibariyle diğerleriyle aynı olmayan, biri diğerinin yerine

¹⁷⁰ N. Kocayusufpaşaoğlu, s. 60; M. K. Oğuzman/M. T. Öz, s. 9; R. Serozan, İfa, s. 81; S. Altay, s. 46.

¹⁷¹ F. N. Feyzioğlu, s. 215; R. Serozan, Borçlar Özel, s. 96; C. Yavuz/F. Acar/B. Özen, s. 57; F. Aral/H. Ayrancı, s. 73; F. Eren, Borçlar Özel, s. 43.

¹⁷² T. Uygur, s. 4537; F. N. Feyzioğlu, s. 215; R. Serozan, Borçlar Özel, s. 95-96; F. Eren, Borçlar Özel, s. 43.

konulamayan eşya olması söz konusudur¹⁷³. Örneğin, İbrahim Çallı'nın “*Adada Gezintiye Çıkan Kadınlar*” tablosunun satış sözleşmesine konu edilmesi durumunda, satış sözleşmesi misli olmayan parça satışındır. Ancak misli şeylerin de parça satışına konu olması mümkündür¹⁷⁴. Örneğin, A kişinin Tekirdağ'daki bağından 2017 yılı bağ bozumunda toplanacak ilk 5 ton üzümün satışında durum böyledir.

Yürürlükten kalkan Borçlar Kanunu'nun 117. maddesi gereğince, parça satışlarında edim hasarı sözleşmenin kurulmasıyla birlikte alıcıya geçer. Hatta edim hasarının tanımında da ifa edildiği üzere, edim hasarı ancak sözleşmenin kurulmasından sonra gündeme gelebileceğinden ve parça satışlarında edim hasarı sözleşmenin kurulmasıyla alıcıya ait olacağından, parça satışlarında *teknik anlamda* bir “*edim hasarının geçişinden*” söz edilemez¹⁷⁵. Bu nedenle parça satışında edim hasarının geçişinden çok, edim hasarına alıcının katlanmasından ya da edim hasarının alıcıda olmasından söz edilebilir. Bununla birlikte, alışlagelmiş şekilde, parça satışlarında edim hasarının sözleşmenin kurulmasıyla alıcıya geçtiğini

¹⁷³ T. Akıntürk, s. 130; T. Uygur, s. 4538; F. N. Feyzioğlu, s. 215; S. S. Tekinay/G. S. Akman/H. Burcuoğlu/A. Altop, s. 12; N. Kocayusufpaşaoğlu, s. 59-60; F. Eren, Borçlar Genel, s. 111; M. K. Oğuzman/M. T. Öz, s. 8.

¹⁷⁴ F. N. Feyzioğlu, s. 215; S. S. Tekinay/G. S. Akman/H. Burcuoğlu/A. Altop, s. 12; N. Kocayusufpaşaoğlu, s. 60; T. Uygur, s. 4538; F. Eren, Borçlar Genel, s. 111; M. K. Oğuzman/M. T. Öz, s. 8.

¹⁷⁵ S. Altay, s. 38.

söylemekte büyük bir sakınca bulunmamaktadır. Kısaca, parça satışlarında, parça borcunun özelliği nedeniyle, edim hasarına her zaman alıcı katlanacaktır¹⁷⁶.

Parça satışlarında edim hasarına alıcıya geçmesi için gereken temel şart, geçerli bir satış sözleşmesinin kurulmuş olmasıdır. Geçerli ve tam olarak kurulmuş bir satış sözleşmesi yoksa sözleşmenin kurulmasıyla hasarın geçişinden söz edilemez¹⁷⁷. Örneğin, taraflar arasında geçerli bir satış sözleşmesi değil de, satış vaadi sözleşmesi kurulmuşsa, edim hasarının sözleşmenin kurulmasıyla sözleşme vaadi alacaklısına geçmesi söz konusu olmaz¹⁷⁸.

Parça satışlarında edim hasarı, sözleşmenin tam ve geçerli bir biçimde kurulmasıyla alıcıya geçtiğinden, sözleşmenin kurulma anının tespiti önem taşır. Sözleşmenin kurulma anının tespitinde, hazırlar arasında kurulan sözleşmeler ile hazır olmayanlar arasında kurulan sözleşmeler bakımından bir ayrım yapılmaktadır. Hazırlar arasında kurulan satış sözleşmelerinde, 818 sayılı Kanun'un 4. maddesinde yer alan *"Kabul için bir müddet tayin olunmaksızın hazır olan bir şahsa karşı vaki olan icap derhal kabul olunmadığı takdirde, anı yapan bağlı kalmaz."* hükmü

¹⁷⁶ N. Kocayusufpaşaoğlu, s. 61; R. Serozan, İfa, s. 81; M. Dural, s. 161; Y. M. Atamer, Hasarın İntikali, s. 133; S. Altay, s. 38; H. Acar, s. 30; G. Turan Başara, s. 17; M. A. Gümüş, s. 31; H. N. Nomer/B. İ. Engin, s. 57; M. Oruç, s. 71.

¹⁷⁷ H. Tandoğan, s. 109; M. R. Karahasan, s. 79; Y. M. Atamer, Hasarın İntikali, s. 138; T. Uygur, s. 4536; F. N. Feyzioğlu, s. 210; Ö. Söğütlü Erişgin, s. 136; C. Yavuz/F. Acar/B. Özen, s. 75; K. Yetiş Şamlı, s. 312.

¹⁷⁸ H. Arslanlı, s. 233-234; T. Akıntürk, s. 122; K. Tunçomağ, s. 51; Y. M. Atamer, Hasarın İntikali, s. 138, dipnot 25.

gereğince, muhatabın kabul beyanında bulunmasıyla satış sözleşmesi kurulur. Böylelikle hazırlar arasında kurulan sözlenmelerde hasar, kabul beyanının açıklanması anından itibaren alıcıya geçer¹⁷⁹. Hazır olmayanlar arasında kurulan satış sözleşmelerinde ise, hâkim görüşe göre, sözleşme, muhatabın kabul beyanının önerene varması anında kurulur¹⁸⁰. Bununla birlikte, 818 sayılı Kanun'un 10. maddesi gereğince, hazır olmayanlar arasında kurulan sözleşmelerde, sözleşme, hüküm ve sonuçlarını kabul haberinin gönderildiği andan itibaren doğurmaya başlar¹⁸¹. Dolayısıyla hazır olmayanlar arasında kurulan sözleşmelerde edim hasarının, kabul haberinin gönderildiği andan itibaren alıcıya ait olacağı kabul edilmektedir¹⁸².

¹⁷⁹ T. Akıntürk, s. 121; F. N. Feyzioğlu, s. 211; S. Altay, s. 121.

¹⁸⁰ N. Kocayusufpaşaoğlu, s. 210; F. Eren, Borçlar Genel, s. 262; M. K. Oğuzman/M. T. Öz, s. 75; H. Hatemi/K. E. Gökyayla, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, 3. Bası, İstanbul, 2015, s. 36; H. N. Nomer, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 13. Bası, İstanbul, 2013, s. 38; T. Akıntürk, s. 122; K. Tunçomağ, s. 61; S. Altay, s. 121.

¹⁸¹ B. İ. Engin, , s. 314; N. Kocayusufpaşaoğlu, s. 212; M. K. Oğuzman/M. T. Öz, s. 76; F. Eren, Borçlar Genel, s. 262; H. N. Nomer, s. 38; K. Tunçomağ, s. 61; H. Hatemi/K. E. Gökyayla, s. 37.

¹⁸² S. S. Tekinay/G. S. Akman/H. Burcuoğlu/A. Altop, s. 97; T. Akıntürk, s. 122; K. Tunçomağ, s. 61.

b. Çeşit Satışlarında Edim Hasarının Geçiş Anı

Çeşit satışı, satılanın salt tür özellikleriyle, miktarıyla ya da genel nitelikleriyle soyut bir biçimde belirlendiği satıştır¹⁸³. Çeşit satışlarında satılan, taraflarca, bireysel özellik ve nitelikleriyle kesin olarak belirlenmemiştir¹⁸⁴. Çeşit satışlarında satılanın, genel olarak misli şey olduğu söylenebilir¹⁸⁵. Diğer bir deyişle, çeşit satışında edim yükümlülüğü, konusu itibarıyla genellikle nitelikleri birbirinin aynı olan ya da biri diğerinin yerine konulabilen ve böylelikle sayılabilen, ölçülebilen bir şeyin mülkiyetinin geçirilmesine ilişkindir¹⁸⁶. Örneğin, satış sözleşmesinde 100 adet bilgisayarın ya da 1000 ton sütün teslimi kararlaştırılmışsa, konusu misli şey olan bir çeşit satışı söz konusu olur. Ancak misli olmayan şeylerin de çeşit satışına konu olması mümkündür¹⁸⁷. Örneğin, satış sözleşmesinde Auguste Rodin'in herhangi beş

¹⁸³ F. N. Feyzioğlu, s. 215; R. Serozan, Borçlar Özel, s. 96; C. Yavuz/F. Acar/B. Özen, s. 57; F. Aral/H. Ayrancı, s. 73; F. Eren, Borçlar Özel, s. 44.

¹⁸⁴ F. N. Feyzioğlu, s. 216; S. S. Tekinay/G. S. Akman/H. Burcuoğlu/A. Altop, s. 12; N. Kocayusufpaşaoğlu, s. 59; R. Serozan, Borçlar Özel, s. 96; T. Uygur, s. 4538; F. Eren, Borçlar Genel, s. 111; F. Eren, Borçlar Özel, s. 44.

¹⁸⁵ F. N. Feyzioğlu, s. 216; S. S. Tekinay/G. S. Akman/H. Burcuoğlu/A. Altop, s. 12; N. Kocayusufpaşaoğlu, s. 59-60; R. Serozan, İfa, s. 80; T. Uygur, s. 4538; M. K. Oğuzman/M. T. Öz, s. 8; F. Eren, Borçlar Genel, s. 111; F. Eren, Borçlar Özel, s. 44.

¹⁸⁶ S. S. Tekinay/G. S. Akman/H. Burcuoğlu/A. Altop, s. 12; N. Kocayusufpaşaoğlu, s. 58; S. Altay, s. 43; F. Eren, Borçlar Genel, s. 111; F. Eren, Borçlar Özel, s. 44-45.

¹⁸⁷ R. Serozan, İfa, s. 81; M. K. Oğuzman/M. T. Öz, s. 8; F. Eren, Borçlar Genel, s. 111; F. Eren, Borçlar Özel, s. 44.

heykelinin tesliminin kararlaştırılmasında durum böyledir. Çeşit satışlarında, satılanın belirli bir stoktan ya da belirli bir yerden verilecek şey olarak kararlaştırması da söz konusu olabilir. Bu durumda sınırlı çeşit satışı gündeme gelir¹⁸⁸. Sınırlı çeşit satışında, satıcı borcunu, türü ile belirlenmiş sınırlı bir depodaki veya stoktaki şeyden sağlayarak ifa etmektedir¹⁸⁹. Örneğin, A kişinin mandırasında 2014 yılında yillandırılmaya başlanmış 500 kilogram peynirin satışında sınırlı çeşit satışı söz konusudur.

Çeşit satışlarında Roma hukukundan gelen cinsin telef olması düşünülemez (*genus perire non censetur*) ilkesi gereğince, kural olarak, edimin ifasının imkânsızlaşması tehlikesi doğmaz¹⁹⁰. Edimin konusu objektif olarak bulundukça, edim konusu bütünü ile ortadan kalkmadıkça, satıcı satılanı başka yerden de olsa temin ederek borcunu yerine getirmek zorundadır¹⁹¹. Bu nedenle, çeşit satışlarında

¹⁸⁸ N. Kocayusufpaşaoğlu, s. 59; R. Serozan, İfa, s. 84; S. Altay, s. 44; M. K. Oğuzman/M. T. Öz, s. 8-9; F. Eren, Borçlar Genel, s. 112; F. Eren, Borçlar Özel, s. 45.

¹⁸⁹ N. Kocayusufpaşaoğlu, s. 59; M. Dural, s. 143; F. Eren, Borçlar Genel, s. 112; F. Eren, Borçlar Özel, s. 45.

¹⁹⁰ T. Akıntürk, s. 27; Y. M. Atamer, Hasarın İntikali, s. 139; Ö. Söğütlü Erişgin, s. 46; K. Yetiş Şamlı, s. 310; R. Serozan, İfa, s. 81; H. Hatemi, s. 77; S. Altay, s. 46; B. Başoğlu, s. 324-325; M. K. Oğuzman/M. T. Öz, s. 461; F. Eren, Borçlar Genel, s. 1301; M. A. Gümüş, s. 36.

¹⁹¹ T. Akıntürk, s. 27; M. Dural, s. 137; R. Serozan, İfa, s. 81; S. Altay, s. 48; B. Başoğlu, s. 324-325; Ö. Söğütlü Erişgin, s. 46; K. Yetiş Şamlı, s. 310.

satıcı Kanun'un 117. maddesine dayanarak edimi gereği gibi ifa borcundan kurtulamaz. Dolayısıyla çeşit satışlarında, kural olarak edim hasarına satıcı katlanır¹⁹², diğer bir deyişle edim hasarının alıcıya geçmesinden söz edilemez.

Çeşit satışlarında, kural, ediminin ifasının imkânsızlaşmasının mümkün olmamasıdır; ancak satıcıya sınırsız bir sağlama yükümlülüğü yüklemenin doğru olmadığı ve bazı durumlarda çeşit satışlarında da edimin ifasının imkânsızlaşmasının gündeme gelebileceği kabul edilmektedir¹⁹³. Öğretide R. Serozan, çeşit borcunun ifasının, tipik sayılamayacak olağanüstü, zorlayıcı bir nedenle sonradan borçludan beklenemeyecek olağanüstü bir özveriyi gerektirmesi durumunda, çeşit borcunun ifasının imkânsızlaşmış sayılacağı ifade etmektedir¹⁹⁴. S. Altay ise, parça borçlarında olduğu gibi çeşit borçlarında da hukuki imkânsızlığın, edimin ifasının imkânsızlaşmasına yol açarak sözleşmenin sona ermesine, satıcının borcundan kurtularak edim hasarına alıcının katlanmasına yol açabileceğini belirtmektedir. Örneğin, çeşit satışına ilişkin sözleşmenin kurulması ile ifası arasındaki dönemde satışa konu malın ülkede alınıp satılmasının yasaklanması durumunda, çeşidin tümü

¹⁹² T. Akıntürk, s. 28; M. Dural, s. 137; Ö. Söğütlü Erişgin, s. 46; R. Serozan, İfa, s. 88; S. Altay, s. 48.

¹⁹³ M. Dural, s. 142; F. Eren, Borçlar Genel, s. 1301; M. K. Oğuzman/M. T. Öz, s. 570; Y. M. Atamer, Hasarın İntikali, s. 140-141; S. Altay, s. 30-31; R. Serozan, İfa, s. 170.

¹⁹⁴ R. Serozan, İfa, s. 170.

bakımından ifa imkânsız hâle geleceğinden edim hasarı meydana gelir¹⁹⁵. *M. Dural* da, çeşit borcunda, çeşidin tamamen yok olmadığı hâllerde bile imkânsızlığın tespitinde dürüstlük kuralından hareket edilmesi gerektiğini, çeşidin temininin dürüstlük kurallarına uygun araçlarla mümkün olmadığı durumlarda, imkânsızlığın varlığını ve borçlunun borcundan kurtulduğunu kabul etmek gerektiğini belirtmektedir¹⁹⁶. Ancak bu kabulün aşırı ifa güçlüğü de içine alacak kadar genişletilmemesi gerektiğini eklemektedir¹⁹⁷. Gerçekten de, çeşit borcunun ifasının, tipik sayılamayacak olağanüstü, zorlayıcı bir nedenle, örneğin ithalat yasağı nedeniyle, sonradan borçludan beklenemeyecek olağanüstü bir özveriyi gerektirir hâle gelmesi durumunda, çeşit borcunun ifasının imkânsızlaştığından söz edilebilir. Dolayısıyla, çeşidin temininin dürüstlük kurallarına uygun araçlarla mümkün olmadığı durumlarda, satıcının borcundan kurtulması ve edim hasarına alıcının katlanması kabul edilebilir.

Sınırlı çeşit satışlarında, satıcı borcunu türü ile belirlenmiş, bir depodaki veya stoktaki şeyden sağlayarak ifa etmekle yükümlü olduğundan, sözleşmenin kurulmasıyla ifası arasındaki dönemde, edimin ifasının taraflara yüklenemeyen

¹⁹⁵ S. Altay, s. 30. Öğretide, hukuki imkânsızlıktan söz edilmemekle birlikte çeşit borçlarında edim konusu malın devrinin, ithalatının veya ihracatının sözleşmenin kurulmasından sonra tamamen yasaklanması durumunda ifa imkânsızlığının söz konusu olacağı genel kabul görmektedir (F. Eren, *Borçlar Genel*, s. 1301; M. K. Oğuzman/M. T. Öz, s. 570; Y. M. Atamer, *Hasarın İntikali*, s. 140-141).

¹⁹⁶ M. Dural, s. 141-142; B. Başoğlu, s. 325.

¹⁹⁷ M. Dural, s. 142; B. Başoğlu, s. 325.

sebeplerle imkânsızlaşması mümkündür¹⁹⁸. Örneğin, taraflar arasında belirli bir depodan sağlanacak kerestelerin satışı kararlaştırılmışsa, söz konusu deponun taraflara yüklenemeyen bir nedenle yanması sonucunda, satıcının borcu sona erer ve dolayısıyla edim hasarına alıcı katlanır. Bununla birlikte, deponun ya da stokun kısmen yok olması durumunda, borçlunun borcundan kurtulamayacağı, kalan kısım bakımından edim hasarına satıcının katlanacağı ifade edilmektedir¹⁹⁹. Bu nedenle, söz konusu depoda bulunan kerestelerin bir kısmının yanması durumunda, satıcının elinde kalan kısım bakımından edimini ifa yükümlülüğü devam eder.

Çeşit satışlarında sözleşmenin ifa edilmesi anından önce çeşit borcu mutlaka belirli hâle gelmekte, alıcının mülkiyetine geçirilecek mal kesinleşmektedir. En geç alıcının mülkiyetine geçirilecek malın belirlendiği anda, çeşit borcu bir anlamda parça borcuna dönüşmekte ve böylece borcun ifasının taraflara yüklenemeyen

¹⁹⁸ M. Dural, s. 143; F. Eren, Borçlar Genel, s. 1301; M. K. Oğuzman/M. T. Öz, s. 570; R. Serozan, İfa, s. 170; B. Başoğlu, s. 325; G. Turan Başara, s. 18; H. Hatemi/K. E. Gökyayla, s. 215.

¹⁹⁹ M. Dural, s. 143; B. Başoğlu, s. 326; A. Zevkliler/K. E. Gökyayla, s. 52.

sebeplerle imkânsızlaşması tehlikesi gündeme gelmektedir²⁰⁰. İşte bu noktada artık çeşit satışlarında teknik anlamda bir edim hasarından ve edim hasarının geçişinden söz etmek mümkün hâle gelir. Çeşit borcunun belirlenmesi, satılanın çeşidin içinden ayırt edilmesi ve böylece sözleşmeye özgülenmesiyle sağlanır. 818 sayılı Kanun'un 183. maddesinin 2. fıkrasında yer alan “*Bununla beraber yalnız nevan tayin edilmiş olan mebiin ayırt edilmiş olmasında lazımdır ve başka bir yere gönderilecek ise bayiin bu maksata mebi üzerinden yedini refetmiş bulunmasında şarttır.*” hükmü çeşidin ayırt edilmesiyle belirlenmesi olgusunun yasal dayanağını oluşturmaktadır. Böylece taraflar arasında kurulan çeşit satışı sözleşmesinde, satılanın belirlenmesi, malın sözleşmeye özgülenmesi anı, edim hasarının alıcıya geçtiği anı göstermektedir²⁰¹. Satılanın sözleşmeye özgülendiği ve böylece edim hasarının alıcıya geçtiği an, satış sözleşmesinin ifa yerine göre belirlenmektedir. Satılanın sözleşmeye özgülendiği an,

²⁰⁰ M. Dural, s. 142; R. Serozan, İfa, s. 79; S. Altay, s. 50; H. Acar, s. 31; H. Cihan, s. 274; A. Havutçu, “**İfa Engelleri ve İfa Engellerine Bağlanan Hukuki Sonuçlar**”, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011) Sempozyum No: III, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, İstanbul, 2011, s. 320. Bununla birlikte K. Yetiş Şamlı, ayırt etme ile çeşit borcunun parça borcuna dönüşmediğini; ayırt etmenin sadece hasarın parça borçlarında olduğu gibi alıcıya geçmesi sonucunu doğurduğunu belirtmektedir (K. Yetiş Şamlı, s. 315).

²⁰¹ Y. M. Atamer, Hasarın İntikali, s. 139-140; S. Altay, s. 72; H. Acar, s. 31; M. A. Gümüş, s. 37.

aynı zamanda çeşit satışlarında bedel hasarının alıcıya geçtiği andır. Diğer bir deyişle çeşit satışlarında edim hasarı ile bedel hasarı aynı anda alıcıya geçmektedir²⁰².

2. Bedel Hasarının Geçiş Anı

Satış sözleşmesinde hasarın geçişini düzenleyen 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 183. maddesi, konuyu, parça satışları ve çeşit satışları bakımından ayırım gözeterek hükme bağlamıştır²⁰³. Kanun'un 183. maddesinin 2. fıkrasında yer alan *“Bununla beraber yalnız nevan tayin edilmiş olan mebiin ayırt edilmiş olmasında lazımdır ve başka bir yere gönderilecek ise bayın bu maksata mebi üzerinden yedini refetmiş bulunmasında şarttır.”* ifadesinin karşıt anlamından, 183. maddenin 1. fıkrasının sadece parça borçları için geçerli olduğu; çeşit satışları bakımından ise 183. maddenin 2. fıkrasının uygulanacağı sonucu çıkmaktadır²⁰⁴. Böylece, hasarın geçiş anının belirlenmesinde parça satışları bakımından yürürlükten kalkan Borçlar Kanunu'nun 183. maddesinin 1 fıkrası esas alınırken, çeşit satışları bakımından 183. maddenin 2. fıkrası uygulama alanı bulmaktadır.

²⁰² Y. M. Atamer, Hasarın İntikali, s. 140; S. Altay, s. 78; H. Acar, s. 31;

²⁰³ T. Bakır, s. 1098; T. Akıntürk, s. 71; K. Tunçomağ, s. 54; H. Tandoğan, s. 109; F. N. Feyzioğlu, s. 215 vd.; S. Altay, s. 119; R. Serozan, Borçlar Özel, s. 106; H. Özdemir, s. 365; M. Aydoğdu/N. Kahveci, s. 64; H. Cihan, s. 72; B. Çetiner, s. 98.

²⁰⁴ T. Akıntürk, s. 71; H. Tandoğan, s. 109; S. İ. Çakırca, s. 180; M. Aydoğdu/N. Kahveci, s. 65.

a. Parça Satışlarında Bedel Hasarının Geçiş Anı

818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 183. maddesinin 1. fıkrası gereğince, durumun gereğinden ya da özel şartlardan kaynaklanan istisnalar dışında, parça satışlarında hasar, sözleşmenin kurulmasıyla birlikte alıcıya geçer²⁰⁵. Satılanın parça borcu olarak belirlendiği bir satış sözleşmesinde, satılan henüz alıcıya teslim edilmemiş olsa bile, sözleşmenin kurulmasıyla birlikte hasara alıcı katlanır. Bu durumda alıcı henüz teslim almadığı, mülkiyetini de elde edemediği satılanın hasarına katlanmış olmaktadır²⁰⁶. Dolayısıyla, parça satışlarında sözleşmenin kurulmasıyla birlikte, borcun ifasının tarafların sorumlu tutulamayacağı nedenlerle imkânsızlaşması

²⁰⁵ H. V. Velidedeoğlu/R. Özdemir, **Türk Borçlar Kanunu Şerhi**, Ankara, 1987, s. 379-380; H. Becker, s. 24; N. Bilge, s. 36; T. Akıntürk, s. 130; H. Tandoğan, s. 109; F. N. Feyzioğlu, s. 216; T. Uygur, s. 4538; Y. M. Atamer, *Hasarın İntikali*, s. 138; H. Acar, s. 37; Ö. Söğütlü Erişgin, s. 136; S. İ. Çakırca, s. 193; K. Yetiş Şamlı, s. 312; B. Çetiner, s. 98; Yargıtay 4. HD. 15.10.1979 tarihli, 5763 Esas, 11355 Karar sayılı kararı (M. R. Karahasan, s. 83); Yargıtay 13. HD. 15.09.1994 tarihli, 1994/6197 Esas, 1994/7587 Karar sayılı kararı (C. İ. Günay, **Türk Borçlar Kanunu Şerhi**, 2. Bası, Ankara, 2015, s. 756).

²⁰⁶ N. Bilge, s. 37; T. Akıntürk, s. 111; S. S. Tekinay/G. S. Akman/H. Burcuoğlu/A. Altop, s. 1011; H. Acar, s. 37; M. Aydoğdu/N. Kahveci, s. 66; B. Çetiner, s. 98.

hâlinde, alıcı alacağını elde edememesine rağmen sözleşmede kararlaştırılan satış bedelini ödemekle yükümlü olma tehlikesiyle karşı karşıyadır²⁰⁷.

Parça satışlarında hasarın alıcıya geçmesi için gereken temel şart, geçerli bir satış sözleşmesinin kurulmuş olmasıdır. Geçerli ve tam olarak kurulmuş bir satış sözleşmesi yoksa sözleşmenin kurulmasıyla hasarın geçişinden söz edilemez²⁰⁸. Örneğin, taraflar arasında geçerli bir satış sözleşmesi değil de, satış vaadi sözleşmesi kurulmuşsa, hasarın sözleşmenin kurulmasıyla sözleşme vaadi alacaklısına geçmesi söz konusu olmayacaktır²⁰⁹.

Parça satışlarında hasar, sözleşmenin tam ve geçerli bir biçimde kurulmasıyla alıcıya geçtiğinden, sözleşmenin kurulma anının tespiti önem taşır. Sözleşmenin kurulma anının tespitinde, hazırlar arasında kurulan sözleşmeler ile hazır olmayanlar arasında kurulan sözleşmeler bakımından bir ayrım yapılmaktadır. Hazırlar arasında kurulan satış sözleşmelerinde, 818 sayılı Kanun'un 4. maddesinde yer alan *"Kabul için bir müddet tayin olunmaksızın hazır olan bir şahsa karşı vaki olan icap derhal kabul olunmadığı takdirde, anı yapan bağlı kalmaz."* hükmü gereğince, muhatabın

²⁰⁷ H. Becker, s. 28; R. Serozan, Borçlar Özel, s. 104; S. S. Tekinay/G. S. Akman/H. Burcuoğlu/A. Altop, s. 1011; M. Aydoğdu/N. Kahveci, s. 66; K. Yetiş Şamlı, s. 312; B. Çetiner, s. 98.

²⁰⁸ H. Tandoğan, s. 109; M. R. Karahasan, s. 79; Y. M. Atamer, Hasarın İntikali, s. 138; T. Uygur, s. 4536; F. N. Feyzioğlu, s. 210; Ö. Söğütlü Erişgin, s. 136; C. Yavuz/F. Acar/B. Özen, s. 75; K. Yetiş Şamlı, s. 312.

²⁰⁹ H. Becker, s. 208; H. Arslanlı, s. 233-234; T. Akıntürk, s. 122; K. Tunçomağ, s. 51; Y. M. Atamer, Hasarın İntikali, s. 138, dipnot 25.

kabul beyanında bulunmasıyla satış sözleşmesi kurulur. Böylelikle hazırlar arasında kurulan sözleşmelerde hasar, kabul beyanının açıklanması anından itibaren alıcıya geçer²¹⁰. Hazır olmayanlar arasında kurulan satış sözleşmelerinde ise, hâkim görüşe göre, sözleşme, muhatabın kabul beyanının önerene varması anında kurulur²¹¹. Bununla birlikte, 818 sayılı Kanun'un 10. maddesi gereğince, hazır olmayanlar arasında kurulan sözleşmelerde, sözleşme, hüküm ve sonuçlarını kabul haberinin gönderildiği andan itibaren doğurmaya başlar²¹². Dolayısıyla hazır olmayanlar arasında kurulan sözleşmelerde hasarın, kabul haberinin gönderildiği andan itibaren alıcıya geçeceği kabul edilmektedir²¹³.

Parça satışlarında hasarın sözleşmenin kurulmasıyla birlikte alıcıya geçmesi, öğretide neredeyse istisnasız olarak konuyu kaleme alan tüm yazarlar tarafından eleştirilmiştir. Tarihsel süreçte hukukumıza dâhil olan bu düzenlemenin, sözleşmedeki edim-karşı edim dengesini satıcı lehine haksız olarak bozduğu ifade

²¹⁰ T. Akıntürk, s. 121; F. N. Feyzioğlu, s. 211; S. Altay, s. 121.

²¹¹ N. Kocayusufpaşaoğlu, s. 210; F. Eren, Borçlar Genel, s. 262; M. K. Oğuzman/M. T. Öz, s. 75; H. Hatemi/K. E. Gökyayla, s. 36; H. N. Nomer, s. 38; T. Akıntürk, s. 122; K. Tunçomağ, s. 61; S. Altay, s. 121.

²¹² B. İ. Engin, s. 314; N. Kocayusufpaşaoğlu, s. 212; M. K. Oğuzman/M. T. Öz, s. 76; F. Eren, Borçlar Genel, s. 262; H. N. Nomer, s. 38; K. Tunçomağ, s. 61; H. Hatemi/K. E. Gökyayla, s. 37.

²¹³ S. S. Tekinay/G. S. Akman/H. Burcuoğlu/A. Altop, s. 97; T. Akıntürk, s. 122; K. Tunçomağ, s. 61.

edilmiştir²¹⁴. Söz konusu düzenlemenin edimler arasındaki fonksiyonel karşılıklık ilişkisini bozan, çelişkili ve adaletsiz bir düzenleme olduğu belirtilmiş²¹⁵, kuralın olabildiğince dar, istisnalarının ise olabildiğince geniş yorumlanması gerektiği söylenmiştir²¹⁶. Gerçekten de, 818 sayılı Kanun’unda yer alan, parça satışlarında hasarın sözleşmenin kurulmasıyla birlikte alıcıya geçeceği kuralının uygulama alanı daraltılarak adeta kural istisna, istisna ise kural hâline getirilmiştir²¹⁷. Öğretide

²¹⁴ H. Tandoğan, s. 111; T. Akıntürk, s. 112-113; F. N. Feyzioğlu, s. 208; S. Altay, s. 123; Ö. Söğütlü Erişgin, s. 147.

²¹⁵ H. Tandoğan, s. 111; F. N. Feyzioğlu, s. 208; R. Serozan, Borçlar Özel, s. 104; K. Yetiş Şamlı, s. 313; S. İ. Çakırca, s. 200; E. Erzurumluoğlu, Sözleşmeler Hukuku, s. 36; Ö. Söğütlü Erişgin, s. 147; M. Oruç, s. 43.

²¹⁶ A. B. Schwarz, s. 167; H. Tandoğan, s. 114; N. Bilge, s. 36; F. N. Feyzioğlu, s. 220-221; Y. M. Atamer, Hasarın İntikali, s. 148; R. Serozan, Borçlar Özel, s. 105; N. Franko, s. 353; K. Yetiş Şamlı, s. 313; Ö. Söğütlü Erişgin, s. 148; M. Oruç, s. 43. Bu anlayışın bir yansıması olarak, 818 sayılı Kanun döneminde, götürülecek parça borçlarında, Kanun’da mesafeli satışa ilişkin hasarın geçişi hakkında özel bir düzenleme bulunmamasına rağmen, Kanun’un amacından hareketle, mesafeli çeşit satışlarında hasarın geçişi bakımından satılanın zilyetliğinin de devredilmesi gerekliliğini öngören Kanun’un 183. maddesinin 2. fıkrasının uygulanması gerektiği ifade edilmektedir (S. Altay, s. 125; H. Acar, s. 165).

²¹⁷ F. N. Feyzioğlu, s. 220-221; R. Serozan, Borçlar Özel, s. 105; S. Altay, s. 152; Y. M. Atamer, Hasarın İntikali, s. 148; H. Acar, s. 33; B. Çetiner, s. 99; Ö. Söğütlü Erişgin, s. 230.

yapılan eleştirileri dikkate alan kanun koyucu, Türk Borçlar Kanunu'nda bu kuralı değiştirmiştir²¹⁸.

b. Çeşit Satışında Bedel Hasarının Geçiş Anı

Çeşit satışlarında bedel hasarının geçiş anı, satış sözleşmesinin ifa yerine belirlenmektedir. Nitekim 818 sayılı Kanun'un 183. maddesinin 2. fıkrasında, çeşit satışlarında hasarın geçiş anı, sözleşmenin ifa yerine göre farklılık gösterecek şekilde düzenlenmiştir²¹⁹. Bu nedenle çeşit satışlarında hasarın geçişi, sözleşmenin ifa yeri dikkate alınarak ayrı ayrı incelenmektedir.

²¹⁸ Türk Borçlar Kanunu'nun gerekçesinde aynen, “ 818 sayılı Borçlar Kanununun 183 üncü maddesinin birinci fıkrasında, parça borçlarında yarar ve hasarın, kural olarak sözleşmenin kurulduğu anda alıcıya geçtiği kabul edilmektedir. Türk-İsviçre Borçlar Kanununda, satılanın mülkiyetinin, borçlandırııcı işlem niteliğindeki satış sözleşmesinin kurulduğu anda değil, tasarruf işlemi niteliğindeki zilyetliğin devri veya tescil işleminin gerçekleştiği anda alıcıya geçtiği hâlde, onun, henüz malik olmadığı bir malın hasarına katlanmak ve bedeli ödemek zorunda bırakılması, hakkaniyete aykırı görülerek, öğretilde haklı olarak eleştirilmektedir.” ifadesine yer verilmiştir.

²¹⁹ T. Akıntürk, s. 131; F. N. Feyzioğlu, s. 218; S. Altay, s. 119; M. Aydoğdu/N. Kahveci, s. 68.

Bilindiği üzere ifa yerine göre borçlar aranacak borç, götürülecek borç ve gönderilecek borç olmak üzere üç türe ayrılmaktadır²²⁰. Dolayısıyla, çeşit satışlarında bedel hasarının ve dolayısıyla edim hasarının geçiş anı, satılan bakımından sözleşmenin aranacak, götürülecek ya da gönderilecek borç içermesine göre incelenmektedir. 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 73. maddesinin 1. fıkrasının 3. bendi gereğince, çeşit borçlarında ifa yeri kural olarak satıcının yerleşim yeri ya da işyeridir. Böylece çeşit satışlarında taraflarca açık ya da örtülü bir biçimde aksi kararlaştırılmadıkça alıcının satılanı satıcının yerleşim yerinden ya da işyerinden kendi imkânlarıyla alması ya da aldırması gerekmektedir. Bununla birlikte, tarafların açık ya da örtülü olarak satılanın satıcı tarafından alıcının yerleşim yerine ya da işyerine götürülmesini yahut gönderilmesini kararlaştırmaları mümkündür. Her üç durumda satış sözleşmesinde hasarın geçiş anı farklılık gösterecektir.

Aranacak, götürülecek ve gönderilecek borç içeren çeşit satışı sözleşmelerinde hasarın geçiş anı incelenmeden önce belirtmek gerekir ki, her üç durumda da alacaklının temerrüdü söz konusu ise hasar, alıcıya geçmektedir²²¹. Gerçekten de, çeşit satışlarında satılan henüz sözleşmeye özgülenmeden önce alacaklının temerrüdünün gündeme gelmesi mümkündür²²². Böyle durumlarda hasarın alacaklının temerrüdü anından itibaren alıcıya geçtiği kabul edilmektedir²²³.

²²⁰ F. Eren, Borçlar Genel, s. 945; M. K. Oğuzman/M. T. Öz, s. 333 vd.; R. Serozan, İfa, s. 44 vd.; H. Hatemi/K. E. Gökyayla, s. 234-235;

²²¹ S. S. Tekinay/G. S. Akman/H. Burcuoğlu/A. Altop, s. 848; F. Eren, Borçlar Genel, s. 1018; R. Serozan, İfa, s. 148; S. Altay, s. 154.

²²² S. S. Tekinay/G. S. Akman/H. Burcuoğlu/A. Altop, s. 848.

i. Aranacak Borç İçeren Çeşit Satışlarında Bedel Hasarının Geçiş

Satılan bakımından aranacak ya da diğer bir deyişle alınacak borç içeren çeşit satışlarında, borç borçlunun yerleşim yerinde ya da işyerinde ifa edilmektedir²²⁴. Aranacak borç içeren çeşit satışlarında, satıcı satılanı alacaklının alabilmesi için onun emir ve tasarrufuna hazır bir biçimde bulundurmakla yükümlüdür²²⁵.

Aranacak borç içeren çeşit satışlarında hasarın geçiş anı, parça satışlarından farklı olarak sözleşmenin kurulmasından daha ilerideki bir zaman dilimine kaydırılmıştır²²⁶. Aranacak borç içeren çeşit satışlarında hasarın geçişi, çeşidin ölçme, tartma, sayma, işaret koyma, paketleme gibi eylemlerle ayırt edildiği, çeşidin

²²³ S. S. Tekinay/G. S. Akman/H. Burcuoğlu/A. Altop, s. 848; S. Altay, s. 145; Ö. Söğütlü Erişgin, s. 143.

²²⁴ F. Eren, Borçlar Genel, s. 945; M. K. Oğuzman/M. T. Öz, s. 333; R. Serozan, İfa, s. 44.

²²⁵ F. Eren, Borçlar Genel, s. 945; M. K. Oğuzman/M. T. Öz, s. 333; Y. M. Atamer, Hasarın İntikali, s. 150.

²²⁶ T. Akıntürk, s. 130; R. Serozan, Borçlar Özel, s. 106.

somutlaşıp bireyselleştirildiği ya da başka bir deyişle temerküz ettiği ana kaydırılmıştır²²⁷.

²²⁷ H. Becker, s. 25-26; T. Akıntürk, s. 131-132; F. N. Feyzioğlu, s. 216; R. Serozan, Borçlar Özel, s. 106; T. Uygur, s. 4538; N. Franko, s. 358; Ö. Söğütlü Erişgin, s. 140-141; A. Zevkliler/K. E. Gökyayla, s. 51; M. Aydoğdu/N. Kahveci, s. 69; M. A. Gümüş, s. 37; C. Yavuz/F. Acar/B. Özen, s. 77. Yargıtay konu ile ilgili verdiği bir kararında aynen söyle demektedir: “BK.nun 183. maddesince satım aktinde hasarın ve yararın alıcıya akdin in'ikadından itibaren geçeceği kuralı kabul edilmiştir. Ne varki bu kuralın uygulanması bir takım yasal koşullara bağlanmıştır. (BK.m.183/III). Bu koşullardan herhangi birisinin bulunmaması halinde anılan kural uygulanamaz. Yani hasarın akitle birlikte alıcıya geçtiği söylenemez. Uyuşmazlıkla doğrudan ilgili olması nedeni ile bunlardan sadece, satılanın muayyen olması koşulu üzerinde durulacaktır. Nefi ve hasarın aktin kuruluşundan itibaren alıcıya geçebilmesi için, satılan şeyin mutlaka muayyen, (belirli) hale getirilmiş olması gerekir. Sözleşmede de görüldüğü şekilde, tarafların mahsulün miktarı üzerinden bir anlaşmaları mevcut değildir. Yine akdin kuruluşu sırasında fiilen ayırdedilmiş ve akde tahsis olunmuş belirli bir mahsül de bulunmamaktadır. Bir anlamda; taraflar arasında nev'i (çeşit) satımı kurulmuştur. Nev'i borcu ferden değil sadece cins ve miktar itibariyle belirtilmiş olan edimlerdir. Bir edimin nev'i borcu sayılabilmesi için cins ve miktarının tayini yeterli ise de bu cins bir şeyin satım aktine konu olması halinde nefi ve hasarın alıcıya intikali için; akdin in'ikadı yetersizdir. Ayrıca BK.m.183/II uyarınca satılanın ayırdedilmiş olması gerekir. Ayırdetmeden maksat, satılan şeyin; cinsine göre “ölçülmek, sayılmak veya tartılmak suretiyle akde tahsis edilmesidir.

İşte ayırdetme suretiyle akde tahsis etme işlemi akdin in'ikadı ile birlikte yapılmışsa, nefi ve hasar da akdin kuruluşu tarihinden itibaren alıcıya geçer, fakat akdin kuruluşundan sonra yapılacak ise, nefi ve hasarın alıcıya intikali de o işlemin yapılması tarihinde vucut bulur (Bkz. Halil Arslanlı, Ticari Bey, İst. 1982,5h.238), (Fevzi Necmeddin Feyzioğlu, Borçlar Hukuku, Hususi Kısım, Akdin Muhtelif Nev'ileri, Cilt: I, İst.1970, Sh.158,159). Açıklanan yasal kuralların ışığı altında sözleşme hükümleri; dosyadaki delil ve bilgiler ile sav savunma birlikte değerlendirildiğinde taraflar arasında nev'i (çeşit) satımı kurulduğu satılan narenciye'nin ayırdedilmesi ve akde tahsisinin yine davalıya hukuken teslim edilmiş olmasının ancak mahsulün istihsal edilmesinin mümkün görüleceği, kemale erme (olgunlaşma) zamanına bağlandığı, oysa don olayının ve bundan kaynaklanan zararın bu zamandan evvel vukua geldiği anlaşılmaktadır. Hal böyle olunca ayırdetme ve satılanı akde tahsis etme işleminden evvel meydana gelen hasarın alıcıya geçeceğinin kabulü mümkün değildir. Ne varki sözleşmede kararlaştırılan şu yönünde değerlendirilmesi gerekir. Sözleşmede davalı alıcının ayrıca mahsulü toplama edimi altına girdiği görülmektedir. Ne varki tüm delillerin verilerine göre davalının bu edimi ifasında kusurlu bir davranışının varlığı kanıtlanamamıştır. En önemlisi ağacından mahsulü toplama zamanı gelmeden tamamen davalının dışında bir don olayı ile hasarın meydana gelmesinde davalının mahsulü zamanında toplama borcunun ifasının veya gereği gibi ifasının kusursuz olarak imkansızlaştığının kabulü zorunludur (BK. m.117).” Yargıtay 13. HD. 15.09.1994 tarihli, 1994/6197 Esas, 1994/7587 Karar sayılı kararı (C. İ. Günay, s. 756; www.kazanci.com; E.T: 02.03.2016).

Kanun koyucu, 818 sayılı Kanun'un 183. maddesinde, çeşit satışında hasarın satılanın ayırt edilmesiyle geçmesini öngörmekle birlikte, ayırt etme eyleminin kim tarafından ve hangi anda gerçekleştirilmesi gerektiği hususunu açıkça düzenlememiştir. Bu nedenle öğretide, ayırt etme konusunda dört temel görüş savunulmuştur. Bunlar, ayırt etmenin ihbarı, tek taraflı ayırt etme, teslim ve birlikte ayırt etme görüşleridir²²⁸:

Ayırt etmenin ihbarı görüşüne göre, çeşit satışında malın, ait bulunduğu çeşidin içinden ölçme, tartma yoluyla ayırt edilmesi ve de alıcının söz konusu ayırt etmeden

²²⁸ H. Arslanlı, s. 247 vd; T. Akıntürk, s. 132-133; H. Tandoğan, s. 115-116; F. N. Feyzioğlu, s. 217; K. Tunçomağ, s. 55-56; N. Franko, s. 357-358; S. Altay, s. 54 vd.; Ö. Söğütlü Erişgin, s. 141; M. Aydoğdu/N. Kahveci, s. 70-71; S. İ. Çakırca, s. 194; K. Yetiş Şamlı, s. 315; M. A. Gümüş, s. 37; C. Yavuz/F. Acar/B. Özen, s. 77-78.

haberdar edilmesi gerekmektedir²²⁹. Bu görüŖe göre, çeŖit satıŖında hasar ancak ayırt etme ve ayırt etmenin ihbarı kümülatif Ŗartlarının gerekleŖmesiyle alıcıya geer²³⁰.



²²⁹ T. Akıntürk, s. 133; H. Tandoğan, s. 115; F. N. Feyzioğlu, s. 217; K. Tunçomağ, s. 56; N. Franko, s. 358; S. Altay, s. 55; S. İ. akırca, s. 194; K. YetiŖ Ŗamlı, s. 316.

Tek taraflı ayırt etme görüşü, ayırt etmenin ihbarı görüşünden farklı olarak ayırt etmenin alıcıya ihbar edilmesini hasarın geçişi bakımından bir zorunluluk olarak

²³⁰ T. Akıntürk, s. 134; N. Kocayusufpaşaoğlu, s. 63; Y. M. Atamer, Hasarın İntikali, s. 152; K. Tunçomağ, s. 57; R. Serozan, Borçlar Özel, s. 106; S. Altay, s. 129.; K. Yetiş Şamlı, s. 316. Yargıtay da konu ile ilgili vermiş olduğu bir kararında ayırt etmenin ihbarını kabul etmiştir. Yargıtay söz konusu kararında aynen şöyle demektedir: “BK.nun 183. maddesinin 2. fıkrası hükmü uyarınca, aynı mahaldeki misli eşyanın satımında, hasarın alıcıya geçebilmesi için, satın alınan ayırt edilmiş olması gerekmektedir. Ayırdetme kavramı değişik biçimlerde yorumlanmakta ise de, öğretide daha çok ayırdetmenin satıcı tarafından yapılması ve fakat alıcıya ihbar edilmesi şekli daha doğru bulunarak tercih edilmektedir (Bakınız: Doç. Dr. Turgut Akıntürk, Satım Akdinde Hasarın İntikali, Ankara 1966, Sahife: 134; Prof. Dr. Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, Borçlar Hukuku Hususi Kısım, Cilt I, İstanbul-1970, Sahife: 160; Prof. Dr. Kenan Tunçomağ, Borçlar Hukuku, Cilt II, İstanbul-1977, Sahife 77-78; Prof. Dr. Haluk Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt I/1, Ankara-1984, Sahife: 111). Bu şekil tarafların ve özellikle alıcının menfaatine daha uygun düşmektedir. Somut olayda satılanın ayırdedilerek davacı alıcıya ihbar edildiği iddia ve ispat edilemediğine göre nefi ve hasarın henüz alıcıya geçtiğinden sözedilemez. Bu nedenle satılan eşyaların yanmasından doğan zarardan davalı satıcı sorumludur. O halde mahkemece bu yönler gözetilerek davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken aksine bazı düşüncelerle davanın reddedilmiş olması bozmayı gerektirir.” Yargıtay 13. HD. 15.02.1985 tarihli, 1984/7828 Esas, 1985/1010 Karar sayılı kararı (C. İ. Günay, s. 756; www.kazanci.com; E.T: 02.03.2016).

öngörülmemektedir. Tek taraflı ayırt etme görüşünde, satıcının tek başına, satılan malı dâhil olduğu çeşitten ayırt etmesi yeterli olup, hasar alıcıya satıcının çeşidi tek başına ayırt ettiği anda geçer²³¹.

Teslim görüşüne göre ise, satıcının borcunu ifa etmek için üzerine düşen yükümlülükleri fiilen yerine getirdiği an, ifanın tamamlandığı andır ve çeşit borcu ancak bu anda parça borcuna dönüşmektedir. Dolayısıyla çeşit satışında hasar, satıcının ifa yükümlülüklerini tamamladığı an olan teslim anında alıcıya geçmektedir²³².

Diğer görüşlerin bir anlamda ortalaması olduğu ifade edilen birlikte ayırt etme görüşüne göre ise, ayırt etme, satıcı tarafından dışarıdan algılanabilir bir biçimde, alıcının da ayırt etmeyi görebileceği şekilde birlikte gerçekleştirilmelidir. Böylece birlikte ayırt etme görüşüne göre, çeşit satışında hasar, çeşidin satıcı ve alıcı tarafından birlikte ayırt edilmesiyle alıcıya geçer²³³.

²³¹ H. Becker, s. 25; M. A. Gümüş, s. 37.

²³² C. Yavuz/F. Acar/B. Özen, s. 77-78. Öğretide H. Acar, esas olarak ayırt etmenin ihbarı görüşünü benimsemekle birlikte (H. Acar, s. 52-53), çeşit satışlarında ayırt etme işleminin ve buna bağlı olarak yapılacak ihbarın sözleşmede kararlaştırılan ifa tarihinden önce yapılması durumunda, alıcının erken ifayı kabul etme zorunluluğunun bulunmadığı hâllerde, hasarın ayırt etme ihbarının yapılmasıyla geçmediğini, sözleşme ifa edilinceye kadar hasara satıcının katlanacağını ifade etmekle, teslim görüşüne yaklaşmış görünmektedir.

²³³ H. Tandoğan, s. 115; R. Serozan, Borçlar Özel, s. 106; F. N. Feyzioğlu, s. 218; N. Franko, s. 359.

Çeşit satışlarında hasarın satılanın ayırt etmenin ihbarıyla alıcıya geçtiğinin kabulü için, ayırt etme yanında bazı şartların da gerçekleşmiş olmasının gerektiği ifade edilmektedir. Bu şartlardan ilki, satıcının ayırt ettiği malın orta kalitede olma zorunluluğudur²³⁴. Nitekim 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 70. maddesinde yer alan, satılanın çeşit borcu olarak kararlaştırıldığı durumlarda, satıcının alıcıya orta kaliteden aşağı bir malı teslim edemeyeceğine ilişkin hüküm, alıcıya ifayı reddetme yetkisi vermektedir. Kanun'un 208. maddesi uyarınca, alıcı yalnızca sözleşmede kararlaştırılan nitelikteki satılanı teslim almakla yükümlü olup, sözleşmede satılanın çeşit borcu olarak kararlaştırılması durumunda, satıcının orta kaliteden aşağı bir mal teklifini reddetme yetkisine sahiptir. Bu nedenle, orta kaliteden aşağı bir malın ayırt edilmesi hâlinde hasarın alıcıya geçmeyeceği kabul edilmektedir²³⁵. Ayrıca, alıcının ayıplı ifayı reddetme yetkisine sahip olması nedeniyle, ayıplı bir malın ayırt edilmesinin hasarın geçmesi sonucunu doğurmayacağı²³⁶; ancak buna rağmen alıcının ayıplı ifayı kabul etmesi durumunda, ayıba karşı sorumluluktan doğan hakları saklı kalmak üzere, hasarın alıcıya geçeceği ifade edilmektedir²³⁷.

Aranacak borç içeren sınırlı çeşit satışlarında da hasar, ayırt etme bakımından kabul edilen görüşe göre, tek taraflı ayırt etmeyle ya da ayırt etmenin bildirilmesiyle

²³⁴ H. Becker, s. 26; H. Arslanlı, s. 249-250; F. N. Feyzioğlu, s. 217; N. Franko, s. 358; S. Altay, s. 128-129; H. Acar, s. 39.

²³⁵ H. Becker, s. 26; F. N. Feyzioğlu, s. 217; S. Altay, s. 131; H. Acar, s. 39.

²³⁶ H. Becker, s. 26; S. Altay, s. 131; H. Acar, s. 38.

²³⁷ H. Arslanlı, s. 250; S. Altay, s. 129-130; M. Oruç, s. 276-277.

birlikte alıcıya geçer²³⁸. Ancak sınırlı çeşit satışlarında çeşidin içinde yer aldığı stokun tamamen yok olması durumunda, parça satışlarında olduğu gibi hasarın sözleşmenin kurulmasıyla birlikte alıcıya geçtiği kabul edilmektedir²³⁹.

ii. Götürülecek Borç İçeren Çeşit Satışlarında Hasarın Geçiş

Götürülecek borçlar, alacaklının yerleşim yerine ya da ifa yeri olarak belirlenen başka bir yere borçlu tarafından götürülecek yahut masrafı borçluya ait olacak şekilde nakledilecek borçlardır²⁴⁰. Götürülecek borç içeren çeşit satışlarında, satıcı, satılanı alıcının yerleşim yerine ya da ifa yeri olarak belirlenen başka bir yere kadar götürmek ve sözleşmeye konu satılanı mülkiyetin devri amacıyla alıcıya burada sunmakla yükümlüdür²⁴¹.

Götürülecek çeşit satışlarında hasarın geçiş anı konusunda 818 sayılı Kanun'un 183. maddesinde herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte,

²³⁸ H. Tandoğan, s. 116; K. Tunçomağ, s. 57; A. Zevkliler/K. E. Gökyayla, s. 52; Ö. Söğütlü Erişgin, s. 141; K. Yetiş Şamlı, s. 314.

²³⁹ K. Tunçomağ, s. 57; A. Zevkliler/K. E. Gökyayla, s. 52; Y. M. Atamer, Hasarın İntikali, s. 140; Ö. Söğütlü Erişgin, s. 141; M. Aydoğdu/N. Kahveci, s. 69. Bununla birlikte, *H. Tandoğan*, sınırlı çeşit borçlarında ayırt etme işlemi gerçekleştirilmemişse, malın dâhil bulunduğu stokun tamamı telef olsa bile hasarın alıcıya geçmeyeceğini belirtmektedir (H. Tandoğan, s. 116).

²⁴⁰ M. K. Oğuzman/M. T. Öz, s. 333; F. Eren, Borçlar Genel, s. 945; R. Serozan, İfa, s. 44.

²⁴¹ S. Altay, s. 64.

satıcının satılanı ifa yerine götürmeyi yüklediği bir satış sözleşmesinde, aranacak borç içeren çeşit satışlarında geçerli olan tür özellikleriyle belirlenen “*satılanın ayırt edilmesinin*” (ve ayırt edilmesinin bildirilmesinin) hasarın alıcıya geçmesi bakımından yeterli olmayacağı ifade edilmektedir²⁴². Nitekim götürülecek borç içeren satışlarda, satıcının üstlendiği edim eylemleri, satılanı alacaklıya kadar götürmek ya da masrafları kendisine ait olmak üzere nakletmek ve satılanı ifa yerinde alıcıya teslim etmektir. Bu nedenle, taşıma ya da yollama giderlerine ve taşımaya ilişkin kaybolma ya da gecikme tehlikelerine satıcı katlanmaktadır²⁴³.

Götürülecek çeşit satışlarında hasarın, satıcının satılanın mülkiyetini alıcıya geçirmek amacıyla son ifa hareketini gerçekleştirdiği anda, alıcıya geçeceği kabul edilmektedir²⁴⁴. Bu nedenle, götürülecek çeşit borcu içeren satış sözleşmesinde hasar, mülkiyeti devir amacıyla satılanın götürüldüğü yerde hazır bulundurulup, ifa olarak alıcıya sunulduğu anda geçer²⁴⁵. Satıcının satılanı ifa yerine götürerek mülkiyetin devri amacıyla alıcıya sunduğu andan itibaren, taraflara yüklenemeyen nedenlerle, satılanın aynen ya da gereği gibi ifa edilmesinin imkânsızlaşması durumunda, satıcının borcu sona erer ve edim hasarına alıcı katlanır. Aynı şekilde,

²⁴² S. Altay, s. 144.

²⁴³ M. K. Oğuzman/M. T. Öz, s. 333; F. Eren, Borçlar Genel, s. 945; R. Serozan, İfa, s. 44.

²⁴⁴ S. Altay, s. 144.

²⁴⁵ M. A. Gümüş, s. 38; S. Altay, s. 144; H. Acar, s. 61; Y. M. Atamer, Hasarın İntikali, s. 153; Ö. Söğütlü Erişgin, s. 143.

satılanın alıcıya sunulduğu andan itibaren bedel hasarı da alıcıya geçer ve alıcı bedelin tamamını satıcıya ifa etmekle yükümlü olur.

iii. Gönderilecek Borç İçeren Çeşit Satışlarında Hasarın Geçışı

Gönderilecek ya da diğer bir ifadeyle yollanacak borçlar, borçlunun malı ifa yerinden alacaklının yerleşim yerine ya da alacaklının gösterdiği bir yere gönderme yan yükümlülüğünü üstlendiği borçlardır²⁴⁶. Gönderilecek borç içeren çeşit satışlarında, ifa yeri satıcının yerleşim yeri ya da işyeri olmakla birlikte, satıcı satılanı ifa yerinden başka bir yere gönderme yan yükümlülüğünü üstlenmiştir²⁴⁷.

818 sayılı Kanun'da, çeşit satışlarında satılanın ifa yerinden başka bir yere gönderilmesi durumunda, hasarın alıcıya geçişinden söz edilmesi için, satılanın ayırt edilmesi yeterli görülmemiştir²⁴⁸. Gerçekten de, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 183. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, *“Bununla beraber yalnız nevan tayin edilmiş olan mebiin ayırt edilmiş olmasında lazımdır ve başka bir yere gönderilecek ise bayın bu maksata mebi üzerinden yedini refetmiş bulunmasında şarttır.”* Böylece, Kanun'un

²⁴⁶ M. K. Oğuzman/M. T. Öz, s. 324; R. Serozan, İfa, s. 46; S. Altay, s. 65; H. Acar, s. 55; Y. M. Atamer, Hasarın İntikali, s. 141.

²⁴⁷ T. Akıntürk, s. 134; F. N. Feyzioğlu, s. 218; Y. M. Atamer, Hasarın İntikali, s. 141; N. Franko, s. 360.

²⁴⁸ T. Akıntürk, s. 134 vd.; H. Tandoğan, s. 116; K. Tunçomağ, s. 58; R. Serozan, Borçlar Özel, s. 106; F. N. Feyzioğlu, s. 218; Y. M. Atamer, Hasarın İntikali, s. 141; M. Aydoğdu/N. Kahveci, s. 70; Ö. Söğütlü Erişgin, s. 141; K. Yetiş Şamlı, s. 316, S. İ. Çakırca, s. 194.

183. maddesinde, çeşit satışlarında gönderme borcu söz konusuysa hasarın geçişi için satıcının satılan üzerinden elini çekmesi aranmıştır²⁴⁹.

Satıcının satılan üzerinden yedini refetmesi ya da satıcının satılan üzerinden elini çekmesi hususu ile kastedilenin, her ne kadar Kanun'da açıkça düzenlenmemiş olsa da, satıcının satılanı taşıyıcıya teslim etmesi olduğu ifade edilmektedir²⁵⁰. Satılanın taşıyıcıya teslimi, satılanı alıcıya göndermek amacıyla, satıcının satılan üzerindeki dolaysız zilyetliği taşıyıcıya geçirmesi; kendi fiili hâkimiyetini sona erdirerek satılanın taşıyıcının fiili hâkimiyetine girmesini sağlamasıdır²⁵¹. Ayrıca, satıcının

²⁴⁹ H. Arslanlı, s. 259-260; T. Akıntürk, s. 139; H. Tandoğan, s. 116; K. Tunçomağ, s. 59; R. Serozan, Borçlar Özel, s. 106; F. N. Feyzioğlu, s. 218; M. Aydoğdu/N. Kahveci, s. 70; Ö. Söğütlü Erişgin, s. 141; K. Yetiş Şamlı, s. 316. Satıcının borcunu alıcının yerleşim yerinde veya işyerinde ifa etmeyi üstlendiği götürülecek borçlarda ise, hasarın, satılanın ayırt edilmesinin ihbarıyla ya da taşıyıcıya teslimiyle alıcıya geçmeyeceği kabul edilmektedir (R. Serozan, İfa, s. 82; Y. M. Atamer, Hasarın İntikali, s. 153; S. Altay, s. 144; H. Acar, s. 61; Ö. Söğütlü Erişgin, s. 143-144). Bu tür satışlarda, hasar, satıcının edimini ifa amacıyla alıcıya sunduğu anda alıcıya geçmektedir (Y. M. Atamer, Hasarın İntikali, s. 153; S. Altay, s. 144; H. Acar, s. 61; Ö. Söğütlü Erişgin, s. 143;).

²⁵⁰ T. Akıntürk, s. 139; H. Tandoğan, s. 116; K. Tunçomağ, s. 59; R. Serozan, Borçlar Özel, s. 106; F. N. Feyzioğlu, s. 218-219; Y. M. Atamer, Hasarın İntikali, s. 141; M. Aydoğdu/N. Kahveci, s. 70; Ö. Söğütlü Erişgin, s. 142; K. Yetiş Şamlı, s. 316.

²⁵¹ H. Arslanlı, s. 267-268; S. Altay, s. 133; H. Acar, s. 56.

satılan taşıyıcıya “*ifa amacıyla*” teslim etmesi gerekir. Teslimin ifa amacıyla yapılması, satıcının satılanı, alıcının ya da yetkili temsilcisinin adresine göndermek üzere taşıyıcıya teslim etmesidir²⁵².

Satılanın gönderilmek amacıyla teslim edileceği taşıyıcının bağımsız bir taşıyıcı olup olmayacağı konusu, 818 sayılı Kanun’da açıkça düzenlenmemiştir. Bununla birlikte uygulamada ²⁵³ ve öğretide taşıyıcının bağımsız gerektiği kabul edilmektedir²⁵⁴. Nitekim satıcının satılan üzerindeki fiili hâkimiyetini sona erdirmesi de ancak satılanın bağımsız bir taşıyıcıya teslimi ile mümkün olur²⁵⁵. Bununla birlikte, taşıyıcının satıcı tarafından görevlendirilmesi veya taşıyıcının satıcının ifa yardımcısı olması durumunda da, hasarın teslimle geçebileceği kabul edilmektedir²⁵⁶. Ancak bunun için, hasarın gündeme gelmesine sebep olan olayda satıcı tarafından görevlendirilen kişilerin sorumluluklarının bulunmaması ve taşımanın ifa yardımcısı

²⁵² K. Tunçomağ, s. 59.

²⁵³ Yargıtay TD 8.10.1964 tarihli, 963/2523 Esas, 964/5015 Karar sayılı kararı (K. Tunçomağ, s. 59-60).

²⁵⁴ N. Bilge, s. 38; H. Tandoğan, s. 116; K. Tunçomağ, s. 59; R. Serozan, Borçlar Özel, s. 106; Y. M. Atamer, Hasarın İntikali, s. 141-142; F. N. Feyzioğlu, s. 219; M. Aydoğdu/N. Kahveci, s. 70; Ö. Söğütlü Erişgin, s. 142; K. Yetiş Şamlı, s. 316; S. İ. Çakırca, s. 195.

²⁵⁵ K. Tunçomağ, s. 59; M. Aydoğdu/N. Kahveci, s. 70.

²⁵⁶ T. Akıntürk, s. 139-140; S. Altay, s. 136 vd. İfa yardımcısı, borçlunun iradesiyle, borçlunun sorumluluğu altında ve borçlunun menfaatine olarak borçluya yardım eden kişidir (R. Serozan, İfa, s. 23.)

tarafından yapılmasının satış sözleşmesine aykırılık teşkil etmemesi gerektiği ifade edilmektedir²⁵⁷.

Gönderme borcu içeren çeşit satışlarında, satılan malın kime ait olduğu belirlenerek birden fazla kişiye birlikte gönderilmesi durumunda, hasarın, satılan malların taşıyıcıya teslimiyle, her mal bakımından kendi alıcısına geçeceği açıktır²⁵⁸. Ancak satılan malın kime ait olduğu belirlenmeden birden fazla kişiye birlikte gönderilmesi durumunda, hasarın hangi anda geçeceği konusu açık değildir ve bu husus 818 sayılı Kanun'da düzenlenmemiştir. Böyle bir durumda, alıcıların, satılan malların bu şekilde gönderilmesi hususunda rızalarının bulunup bulunmadığına bakılması gerektiği ifade edilmektedir²⁵⁹. Alıcıların, satılan malların birlikte gönderilmesi konusunda rızaları varsa, hasar alıcılara payları oranında geçecek; eğer alıcıların bu hususta rızaları yoksa hasar alıcılara geçmeyecek ve dolayısıyla hasara satıcı katlanacaktır²⁶⁰.

²⁵⁷ S. Altay, s. 137-138.

²⁵⁸ H. Tandoğan, s. 117; N. Franko, s. 360; Ö. Söğütlü Erişgin, s. 142.

²⁵⁹ H. Arslanlı, s. 259-260; T. Akıntürk, s. 139; H. Tandoğan, s. 116; K. Tunçomağ, s. 59; F. N. Feyzioğlu, s. 218; N. Franko, s. 360; M. Aydoğdu/N. Kahveci, s. 70; Ö. Söğütlü Erişgin, s. 141; K. Yetiş Şamlı, s. 316.

²⁶⁰ H. Arslanlı, s. 270; H. Tandoğan, s. 117; K. Tunçomağ, s. 60-61; T. Uygur, s. 4539; Y. M. Atamer, Hasarın İntikali, s. 141, dipnot 38; N. Franko, s. 360; Ö. Söğütlü Erişgin, s. 142.

c. Şarta (Koşula) Bağlı Satışlarda Hasarın Geçiş Anı

Satış sözleşmesinde hasarın sözleşmenin kurulmasıyla alıcıya geçebilmesi için, tam ve geçerli olarak kurulan satış sözleşmesinin hükümlerini doğurmaya başlamış olması da gerekir²⁶¹. Satış sözleşmesinin geciktirici (taliki) şarta bağlı olarak yapılması durumunda, hasar sözleşmenin kurulmasıyla alıcıya geçmemektedir²⁶². Nitekim 818 sayılı Kanun'un 183. maddesinin 3. fıkrasında “*Taliki şart ile yapılan akitlerde temlik edilen şeyin nefi ve hasarı ancak şartın tahakkuku anından itibaren iktisap edene geçer.*” denilmek suretiyle, geciktirici şarta bağlı sözleşmelerde hasarın ancak şartın gerçekleşmesinden itibaren alıcıya geçeceği açıkça ifade edilmiştir²⁶³.

²⁶¹ T. Akıntürk, s. 123; H. Tandoğan, s. 109; M. R. Karahasan, s. 79; K. Tunçomağ, s. 61; F. N. Feyzioğlu, s. 212; S. Altay, s. 147; H. Acar, s. 35; C. Yavuz/F. Acar/B. Özen, s. 76; M. Aydoğdu/N. Kahveci, s. 71; K. Yetiş Şamlı, s. 313.

²⁶² H. Becker, s. 24; T. Akıntürk, s. 123; H. Tandoğan, s. 117; M. R. Karahasan, s. 79; H. V. Velidedeoğlu/R. Özdemir, s. 380-381; Y. M. Atamer, Hasarın İntikali, s. 138; T. Uygur, s. 4536; F. N. Feyzioğlu, s. 210; H. Hatemi, s. 80; Ö. Söğütlü Erişgin, s. 136; C. Yavuz/F. Acar/B. Özen, s. 75; M. Aydoğdu/N. Kahveci, s. 71; K. Yetiş Şamlı, s. 312.

²⁶³ Yargıtay 3. HD., 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde vermiş olduğu bir kararında, “*Erteleyici koşulla yapılan sözleşmelerde temlik edilen şeyin yararı ve zararı koşulun gerçekleşmesi anından başlayarak iktisap edene geçer.*” demiştir (Yargıtay 3. HD. 5716/4845Esas sayılı kararı; H. V. Velidedeoğlu/R. Özdemir, s. 381).

Satıcının şartın gerçekleşmesinden önce satılanı alıcıya teslim etmesi durumunda, hasarın geçiş anı bakımından öğretide görüş birliği bulunmamaktadır. Öğretideki bir görüşe göre, böyle bir durumda, satıcı, şartın gerçekleşmesinden önce satılanı alıcıya teslim etmek suretiyle, şartın niteliğini değiştirmiş ve geciktirici şartın bozucu şarta dönüşmesine neden olmuştur²⁶⁴. Bu nedenle, satılanın alıcıya teslimi ile hasar alıcıya geçmiştir. Öğretideki hâkim görüşe göre ise, geciktirici şarta bağlı satış sözleşmelerinde satılan alıcıya teslim edilmiş olsa bile, geciktirici şart gerçekleşmedikçe hasar alıcıya geçmez. Gerçekten de, geciktirici şarta bağlı satış sözleşmelerinde şart henüz gerçekleşmeden, tarafların hakları ve borçları doğmadığından, alıcının satılanın teslimini talep etme hakkı bulunmamaktadır. Dolayısıyla satıcının satılanı teslim yükümlülüğü de bulunmamaktadır. Satıcının böyle bir yükümlülüğü olmamasına rağmen, satılanı alıcıya teslim etmesi, hasarın alıcıya geçmesine yol açmaz. Bu nedenle, geciktirici şarta bağlı satış

²⁶⁴ H. Tandoğan, s. 117-118; K. Yetiş Şamlı, s. 313; S. İ. Çakırca, s. 192.

sözleşmelerinde, şartın gerçekleşmesinden önce satılan alıcıya teslim edilmiş olsa bile, geciktirici şart gerçekleşmedikçe hasar alıcıya geçmemektedir²⁶⁵.

Deneme veya gözden geçirme kaydıyla satışların geciktirici şarta bağlı satışlar olmasından hareketle, bu tür satışlarda da, hasarın şartın gerçekleştiği anda alıcıya geçeceği kabul edilmektedir²⁶⁶. Bununla birlikte, mülkiyeti saklı tutma kaydıyla yapılan satışlarda, satış sözleşmesi değil de mülkiyetin geçişi şarta bağlı tutulmuştur. Bu nedenle mülkiyeti saklı tutma kaydıyla satışlarda hasar, parça satışlarında

²⁶⁵ H. Arslanlı, s. 240; T. Akıntürk, s. 124; K. Tunçomağ, s. 52; F. N. Feyzioğlu, s. 214; S. Altay, s. 148; Y. M. Atamer, Hasarın İntikali, s. 145; H. Cihan, s. 279; M. Aydoğdu/N. Kahveci, s. 71; K. Yetiş Şamlı, s. 313; S. İ. Çakırca, s. 192; Yargıtay 4. HD. 15.10.1979 tarihli 5763 Esas, 11355 Karar sayılı kararı (M. R. Karahasan, s. 83). Yürürlükten kalkan Borçlar Kanunu'nun 151. maddesi, şartın gerçekleşmesinden önce satılanın alıcıya teslim edilmesi durumunda, sözleşmenin kurulmasıyla şartın gerçekleşmesi arasındaki dönemde yararın alıcıya ait olduğunu, şart gerçekleşmezse alıcının yararları iadeyle yükümlü olacağını düzenlemiştir. Kanun'un 151. maddesinin, yararın geçişi bakımından, Kanun'un 183. maddesinin 3. fıkrasının istisnası olduğu, hasarın geçişi bakımından ise 183. maddenin 3. fıkrasının uygulanacağı ifade edilmektedir (S. Altay, s. 147; M. Aydoğdu/N. Kahveci, s. 71; K. Yetiş Şamlı, s. 313).

²⁶⁶ H. Becker, s. 24; T. Akıntürk, s. 124; K. Tunçomağ, s. 52; F. N. Feyzioğlu, s. 213; T. Uygur, s. 4537; N. Bilge, s. 36.

sözleşmenin kurulması anında²⁶⁷; çeşit satışlarında ise yerinde satışlarda satılanın ayırt edilmesi ve ayırt edilmenin bildirilmesi, mesafeli satışlarda taşıyıcıya teslim anında geçer.

Bozucu (infisahî) şarta bağlı satışlarda satış sözleşmesi, sözleşmenin kurulduğu andan itibaren hüküm ve sonuç doğurmaya başladığından, hasar, parça satışlarında bozucu şarta bağlı satış sözleşmesinin kurulduğu andan itibaren alıcıya geçer. Çeşit satışlarında ise, aranacak borç içeren satışlarda satılanın ayırt edilmesi ve ayırt edilmenin bildirilmesi; gönderilecek borç içeren satışlarda, satılanın taşıyıcıya teslim edilmesi anından itibaren alıcıya geçer²⁶⁸.

d. Satış Sözleşmesinde Hasarın Geçişine İlişkin Kuralın Uygulanmayacağı Durumlar

Satış sözleşmesinde bedel hasarının sözleşmenin kurulmasıyla geçişini öngören 818 sayılı Kanun'un 183. maddesi emredici değildir²⁶⁹. Nitekim 183. maddenin 1. fıkrasının daha ilk cümlesinde “*Halin icabından veya hususi şartlardan mütevellit*

²⁶⁷ T. Akıntürk, s. 124; H. Tandoğan, s. 118; K. Tunçomağ, s. 52; H. Arslanlı, s. 243; N. Bilge, s. 36; F. N. Feyzioğlu, s. 213; M. Aydoğdu/N. Kahveci, s. 72; K. Yetiş Şamlı, s. 314; Yargıtay 4. HD. 15.10.1979 tarihli 5763 Esas, 11355 Karar sayılı kararı (M. R. Karahasan, s. 84).

²⁶⁸ H. Becker, s. 24; T. Akıntürk, s. 125; H. Tandoğan, s. 118; K. Tunçomağ, s. 52; H. Arslanlı, s. 242; M. R. Karahasan, s. 85; F. N. Feyzioğlu, s. 214; M. Aydoğdu/N. Kahveci, s. 72; K. Yetiş Şamlı, s. 314.

²⁶⁹ K. Tunçomağ, s. 63.

istisnaların maadasında...” denilmek suretiyle, durumun gereğinden doğan istisnalar ile tarafların aksine anlaşmalarından doğan istisnalar saklı tutulmuştur.

Belirtildiği üzere, 818 sayılı Kanun döneminde, hasarın sözleşmenin kurulmasıyla geçmesi adalete aykırı bulunmuş ve hasarın geçişini sözleşmenin kurulmasından ileriki bir âna öteleyen istisnaların olabildiğince geniş yorumlanması yoluna gidilmiştir.

i. Hâlin İcabından Doğan İstisnalar

818 sayılı Kanun’un 183. maddesinin 1. fıkrasında hâlin icabı olarak, hasarın, sözleşmenin kurulma anından sonraki bir zaman diliminde alıcıya geçebileceği düzenlenmiştir. Bununla birlikte, Kanun’da hâlin icabından; diğer bir deyişle durumun gereğinden doğan istisnaların ne olduğu açıkça belirtilmemiş, bu istisnalara örnek verilmemiştir. Böylece kanun koyucu durumun gereğinden doğan istisnaların somutlaştırılmasını, uygulamaya ve öğretiye bırakmıştır²⁷⁰.

²⁷⁰ Y. M. Atamer, *Hasarın İntikali*, s. 143; S. İ. Çakırca, s. 196.

Kanunda “*hâlin icabı*”, “*durumun gereği*” gibi ifadelerin kullanıldığı hâllerde hâkimin takdir yetkisine sahip olduğu öğretide kabul edilmektedir²⁷¹. Bundan hareketle, hasarın geçişiyle ilgili hukuksal bir uyuşmazlıkla karşılaşan hâkim, kendisine verilen takdir yetkisini hukuka ve hakkaniyete uygun olarak kullanmak suretiyle²⁷² durumun gereği olarak, hasarın sözleşmenin kurulmasından sonraki bir zaman diliminde geçmesine ya da hasara satıcının katlanmasına hükmedebilir.

Hâlin icabından doğan istisnalar, 818 sayılı Kanun döneminde öğreti tarafından somutlaştırılmış, geliştirilmiş ve hasarın sözleşmenin kurulmasıyla geçmesi kuralının yarattığı adaletsizlik bu istisnalar aracılığıyla en aza indirilmeye çalışılmıştır. Belirtildiği üzere, 818 sayılı Kanun döneminde, Kanun’da yer alan, parça satışlarında hasarın sözleşmenin kurulmasıyla birlikte; çeşit satışlarında ise ayırt etmenin ihbarıyla alıcıya geçeceği kuralının uygulama alanını daraltma, bu yolda özellikle

²⁷¹ B. Öztan, **Medenî Hukukun Temel Kavramları**, 40. Bası, Ankara, 2015, s. 164; S. Edis, **Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri**, 4. Bası, Ankara, 1989, s. 211; M. Dural/S. Sarı, **Türk Özel Hukuku Cilt I Temel Kavramlar ve Medenî Kanunun Başlangıç Hükümleri**, 10. Bası, İstanbul, 2015, s. 132-133; O. G. Antalya/M. Topuz, **Medeni Hukuk Giriş Temel Kavramlar Başlangıç Hükümleri**, İstanbul, 2015; s. 317; Y. Işıktaç, **Hukuk Başlangıcı**, 2. Tıpkı Bası, İstanbul, 2012, s. 211; S. Altay, s. 152.

²⁷² B. Öztan, s. 164; S. Edis, s. 217; M. Dural/S. Sarı, s. 133; G. Antalya/M. Topuz, s. 319; Y. Işıktaç, s. 211; S. Altay, s. 152.

durumun gereğinden doğan istisnaları olabildiğince genişletme eğilimi yerleşmiştir²⁷³.

Hâlin icabı olarak, hasarın parça satışlarında sözleşmenin kurulmasıyla, çeşit satışlarında satılanın ayırt edilmenin bildirilmesiyle geçmediği hâllere verilen örnekler çeşitlidir. Örneğin, teslimin satıcı lehine geciktirilmesinde²⁷⁴, durumun nimetinden yararlanan satıcının, hasarı taşıyarak külfete de katlanmasının hâlin icabıdır. Bir diğer örnek, aynı malın birden fazla kişiye satılması anlamına gelen çifte satışır²⁷⁵. Aynı malı birden fazla kişiye satarak ilk kurulan satış sözleşmesinde verdiği sözde durmayan satıcı, hasara da katlanmaktadır. Yine, satışın peşin olmaması, alıcının alacaklının temerrüdüne düşmemesine rağmen satıcının malı alıcıya vermiş olması, satıcının satılan üzerindeki tasarruf yetkisini kaybetmemiş olması gibi durumlar, hasarın parça satışlarında sözleşmenin kurulmasıyla, çeşit satışlarında satılanın ayırt edilmesinin bildirilmesiyle geçmeyeceği hâllere örnek

²⁷³ K. Tunçomağ, s. 65; F. N. Feyzioğlu, s. 221; S. Altay, s. 152; N. Franko, s. 352-353; H. Cihan, s. 281; H. Acar, s. 45; S. İ. Çakırca, s. 196.

²⁷⁴ T. Akıntürk, s. 152-153; H. Tandoğan, s. 111-112; F. N. Feyzioğlu, s. 222; M. R. Karahasan, s. 88; T. Uygur, s. 4540; Y. M. Atamer, Hasarın İntikali, s. 144; N. Franko, s. 352; Ö. Söğütlü Erişgin, s. 138; K. Yetiş Şamlı, s. 317; S. İ. Çakırca, s. 196; H. Cihan, s. 281.

²⁷⁵ T. Akıntürk, s. 153 vd; H. Tandoğan, s. 112; F. N. Feyzioğlu, s. 222; M. R. Karahasan, s. 88; T. Uygur, s. 4540; Franko, s. 352; Ö. Söğütlü Erişgin, s. 139-140; K. Yetiş Şamlı, s. 318; S. İ. Çakırca, s. 196; H. Cihan, s. 281.

olarak gösterilmektedir ²⁷⁶ . Ancak Kanun gereğince sözleşme ilkesinin uygulanmayacağı ya da uygulanmasının erteleneceği, şarta bağlı satış, taşınmaz satış, satış sözleşmesinin seçimlik borç içermesi, borca konu edimlerden birinin satıcının kusuruyla yok olması gibi durumların hâlin icabından doğan istisnalar olarak nitelendirilmesine gerek olmadığı belirtilmektedir²⁷⁷.

ii. Tarafların Aksine Anlaşması

818 sayılı Kanun'un hasarın geçişini düzenleyen 183. maddesi emredici olmayıp²⁷⁸, tamamlayıcı bir hukuk kuralıdır²⁷⁹. Nitekim 183. maddenin 1. fıkrasında açıkça satış sözleşmesinde hasarın geçişine ilişkin hükümlerin aksinin kararlaştırılabileceği düzenlenmiştir. Dolayısıyla, Kanun'un 183. maddesine, ancak taraflar aralarındaki sözleşmede söz konusu maddenin aksini kararlaştırmamışlarsa başvurulur. Bu nedenle, satış sözleşmesinde hasarın geçişine ilişkin ortaya çıkabilecek bir hukuki uyuşmazlığın çözümünde, öncelikle sözleşmede tarafların aksine bir düzenleme öngörüp öngörmediğine bakılır. Eğer taraflar arasında

²⁷⁶ T. Akıntürk, s. 147 vd.; H. Tandoğan, s. 111 vd.; T. Uygur, s. 4540; Ö. Söğütlü Erişgin, s. 138 vd.; H. Cihan, s. 281; K. Yetiş Şamlı, s. 317 vd.; S. İ. Çakırca, s. 196.

²⁷⁷ T. Akıntürk, s. 149 vd.; S. Altay, s. 152.

²⁷⁸ N. Bilge, s. 35; Ş. Berki, s. 6; H. Tandoğan, s. 111; K. Tunçomağ, s. 63; F. N. Feyzioğlu, s. 221; M. R. Karahasan, s. 88; T. Uygur, s. 4540; Y. M. Atamer, Hasarın İntikali, s. 144; N. Franko, s. 353; S. Altay, s. 153; H. Acar, s. 45; Ö. Söğütlü Erişgin, s. 137; H. Cihan, s. 80; K. Yetiş Şamlı, s. 317; S. İ. Çakırca, s. 197.

²⁷⁹ T. Akıntürk, s. 165.

Kanun'un 183. maddesinin aksini öngören açık veya örtülü bir anlaşma yoksa Kanun'un tamamlayıcı hükümleri uygulanır.

Taraflar arasında kurulan satış sözleşmesinde açık bir anlaşma olmamasına rağmen, çoğu kez sözleşmeye konulan bazı kayıt ve şartlardan, tarafların Kanun'un aksine bir çözümü kabul ettikleri sonucuna varılır. Nitekim tarafların, Kanun'un aksine bir düzenlemeyi açıkça yapmaları mümkün olduğu gibi, örtülü olarak yapmaları da mümkündür²⁸⁰. Örneğin, taraflar hasarın geçişinde açıkça teslim ilkesinin ya da mülkiyetin nakli ilkesinin geçerli olacağı kararlaştırabilirler. Tarafların sözleşmeye franko (masrafsız) teslim kaydını koymaları hâlinde ise, taraflar arasında hasarın geçişi konusunda örtülü bir anlaşma olup olmadığı konusunda görüş birliği yoktur. 818 sayılı Kanun döneminde öğretideki hâkim görüş, franko teslim kaydının sadece taşıma masraflarına ilişkin olmasından ve söz konusu kaydın ifa yerine ya da hasarın geçişine ilişkin özel bir durum yaratmamasından hareketle, franko teslim kaydının hasarın geçiş anını değiştirmediğini kabul etmektedir²⁸¹.

²⁸⁰ T. Akıntürk, s. 165; F. N. Feyzioğlu, s. 221; M. R. Karahasan, s. 88; N. Franko, s. 353; Y. M. Atamer, Hasarın İntikali, s. 144; S. Altay, s. 153; H. Cihan, s. 281; S. İ. Çakırca, s. 197.

²⁸¹ T. Akıntürk, s. 168; K. Tunçomağ, s. 64; Y. M. Atamer, Hasarın İntikali, s. 144-145; S. Altay, s. 153.

İKİNCİ BÖLÜM

TÜRK BORÇLAR KANUNUNA GÖRE SATIŞ SÖZLEŞMESİNDE

HASARIN GEÇİŞİ

§ 4. TÜRK BORÇLAR KANUNUNUN HASARIN GEÇİŞİNE İLİŞKİN GENEL DÜZENLEMESİ VE BU DÜZENLEMENİN SATIŞ SÖZLEŞMESİNDE HASARIN GEÇİŞİNE İLİŞKİN KURALLA İLİŞKİSİ

I. Edim Hasarının Geçişine İlişkin Genel Düzenleme (TBK 136/1) ve Bu Düzenlemenin Satış Sözleşmesinde Hasarın Geçişini Düzenleyen Kuralla (TBK 208) İlişkisi

Edim hasarının geçişine ilişkin genel düzenlemeyi oluşturan ve bütün sözleşmeler bakımından edim hasarının geçişini düzenleyen Türk Borçlar Kanunu’nun 136. maddesinin 1. fıkrası, Türk Borçlar Kanunu’nun “*Genel Hükümler*” başlıklı birinci kısmında yer almaktadır. Buna karşılık, Türk Borçlar Kanunu’nun 208. maddesi, “*Özel Borç İlişkileri*” başlıklı ikinci kısımda bulunmakta ve özel olarak satış sözleşmesinde hasarın geçişini düzenlemektedir. Türk Borçlar Kanunu’nun 136. maddesinin 1. fıkrası edim hasarının geçişini düzenlemekte iken; Türk Borçlar Kanunu’nun 208. maddesi esas olarak satış sözleşmesinde bedel hasarının geçişini düzenlemektedir. Bununla birlikte, Türk Borçlar Kanunu’nun 208. maddesinin, satış sözleşmesinde edim hasarının geçişini de dolaylı olarak

düzenlediği belirtilmektedir²⁸². Türk Borçlar Kanunu’nun edim hasarının geçişine ilişkin genel düzenlemesi ile satış sözleşmesinde bedel hasarını düzenleyen hüküm arasındaki ilişkinin açıklanması gerekir.

A. Edim Hasarının Geçişine İlişkin Genel Düzenleme (TBK 136/1)

Edim hasarının geçişine ilişkin genel düzenlemeyi oluşturan Türk Borçlar Kanunu’nun 136. maddesinin 1. fıkrası, 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun edim hasarının geçişine ilişkin genel kuralını oluşturan 117. maddesinin 1. fıkrasının karşılığıdır. Taraflara yüklenemeyen nedenlerle borcun ifasının sonradan imkânsızlaşmasını düzenleyen 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun 117. maddesi, dili sadeleştirilmek ve borçluya birtakım ek yükümlülükler yüklenmek suretiyle Türk Borçlar Kanunu’nun 136. maddesinin 1. fıkrasında muhafaza edilmiştir²⁸³.

²⁸² N. Kocayusufpaşaoğlu, s. 63; H. N. Nomer/B. İ. Engin, s. 57; H. Özdemir, s. 365; M. A. Gümüş, s. 38; L. M. Kurt, **Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık (TBK m. 136)**, Ankara, 2016, s. 272.

²⁸³ Türk Borçlar Kanunu’nun 136. maddesine üçüncü fıkra olarak eklenen “*Borçlu ifanın imkânsızlaştığını alacaklıya gecikmeksizin bildirmez ve zararın artmaması için gerekli önlemleri almazsa, bundan doğan zararları gidermekle yükümlüdür.*” düzenlemesi, edim hasarının gündeme gelmesine neden olan olayın gerçekleşmesi durumunda, borçluya birtakım yükümlülükler yüklemektedir. Buna göre, bir satış sözleşmesinde, satıcı, edimin ifasının imkânsızlaştığını derhâl uygun yollarla; örneğin mektupla, telefonla ya da elektronik posta yoluyla alıcıya bildirmekle yükümlüdür. Ayrıca satıcı, zararın artmaması için gerekli önlemleri almalı; örneğin,

Türk Borçlar Kanunu’nun 136. maddesinin 1. fıkrasında, 818 sayılı Kanun’un 117. maddesinde olduğu gibi, borcun, tarafların sorumlu tutulamayacağı nedenlerle imkânsızlaşması durumunda sona ereceği ifade edilmiştir. Bununla birlikte, Türk Borçlar Kanunu’nun 136. maddesinin, imkânsızlığın borcu sona erdirmesini sağlayan bir etkisi bulunmamaktadır. Nitekim Kanun’un 136. maddesi, esas olarak, borcun tarafların sorumlu tutulamayacağı nedenlerle imkânsızlaşması nedeniyle sona ermesinin “*sonuçlarını*” düzenlemek amacıyla öngörülmüştür²⁸⁴. Gerçekten de, borç ilişkisinin, taraflara yüklenemeyen nedenlerle imkânsızlaşmasının sonucunda borcun sona ermesi, işin doğası gereğidir. Ancak, sona ermenin borç ilişkisine etkisi; diğer bir deyişle borcun sonradan taraflara yüklenemeyen nedenler imkânsızlaşması sonucunda sona ermesi tehlikesine sözleşmenin taraflarından hangisinin, hangi andan itibaren katlanacağını belirlenmesi bir düzenlemeyi gerektirmektedir. İşte bu tür bir düzenleme, edim hasarına, sözleşmenin taraflarından hangisinin, hangi andan itibaren katlanacağına ilişkindir. Hukukumuzda edim hasarının geçişi tüm

yangının çıktığını hemen itfaiyeye bildirmeli, selden etkilenen malları mümkün olduğunca güvenli bir yere taşınmalıdır. Söz konusu düzenleme, 818 sayılı Kanun döneminde öğretide dürüstlük kuralı gereğince kabul edilen bir yükümlülüğü açıkça hükme bağlamıştır. Satış sözleşmesinde satıcının Kanun’da öngörülen bu yükümlülüklerle uymaması, sözleşmenin edim hasarına katlanacak tarafını değiştirmemekle birlikte, satıcının alıcının uğradığı zararı taraflar arasındaki sözleşme ilişkisi çerçevesinde tazmin etmesi sonucunu doğurmaktadır (M. K. Oğuzman/M. T. Öz, s. 574-575; F. Eren, Borçlar Genel, s. 1302).

²⁸⁴ M. K. Oğuzman/M. T. Öz, s. 571.

sözleşmeler bakımından ve dolayısıyla satış sözleşmesi yönünden esas olarak Türk Borçlar Kanunu'nun 136. maddesinde hükme bağlanmıştır.

Edim hasarının geçişine ilişkin genel düzenlemeyi oluşturan Türk Borçlar Kanunu'nun 136. maddesinin 1. fıkrası emredici değildir. Bu nedenle tarafların sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde, taraflara yüklenmeyen sebeplerle edimin ifasının imkânsızlaşması tehlikesine kimin katlanacağını kararlaştırmaları; diğer bir deyişle tarafların aksine açık ya da örtülü bir biçimde anlaşmaları mümkündür. Tarafların sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde, edim hasarına hangi andan itibaren, sözleşmenin hangi tarafının katlanacağını kararlaştırmaları durumunda, öncelikle bu anlaşma uyulur²⁸⁵. Taraflar arasında edim hasarının geçişine ilişkin olarak Kanun'un aksine bir anlaşma yoksa ya da bu anlaşma geçersiz hâle gelirse, bu durumda olaya Kanun'un yedek hükümleri uygulanır.

B. Edim Hasarının Geçişine İlişkin Genel Düzenlemenin Satış Sözleşmesinde Hasarın Geçişini Düzenleyen Kuralla İlişkisi

Edim hasarının geçişine ilişkin genel düzenleme, tüm borç ilişkileri bakımından Türk Borçlar Kanunu'nun 136. maddesidir; ancak Kanun'un satış sözleşmesinde bedel hasarının geçişini özel olarak düzenleyen 208. maddesinin, satış sözleşmesinde

²⁸⁵ R. Serozan, İfa, s. 195; A. Ö. Yenice, , **Türk Borçlar Kanunu ve Viyana Satım Konvansiyonu (CISG) Hükümleri Işığında Gönderme Satımı**, İstanbul, 2015, s. 108; L. M. Kurt, s. 31; Y. M. Atamer, “**Taşınır Satımı Sözleşmesi**”, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu Makaleler-Tebliğler, Derleyen: M. M. İnceoğlu, İstanbul, 2012, s. 191.

edim hasarının geçişini de dolaylı olarak düzenlediğı ifade edilmektedir²⁸⁶. Zira tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, edim hasarına alacaklının katlanması, karşı edim hasarı sorunun gündeme gelmesinin ön koşuludur. Dolayısıyla, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olan satış sözleşmesinde, edim hasarına alıcının katlanması, karşı edim hasarının alıcıya geçmesinin ön koşulunu oluşturmaktadır. Bu nedenle, satış sözleşmesinde karşı edim hasarının geçişini düzenleyen Türk Borçlar Kanunu’nun 208. maddesi, edim hasarının geçişi bakımından önem taşır²⁸⁷.

Parça satışlarında, edim hasarının satıcıdan alıcıya geçtiğı anın belirlenmesi bakımından Türk Borçlar Kanunu’nun 136. maddesinin 1. fıkrasının uygulanması yeterlidir²⁸⁸. Buna karşılık, çeşit satışlarında kural olarak edimin ifasının imkânsızlaşmasından söz edilemeyeceğinden, edimin ifasının imkânsızlaşmasının gündeme gelebileceğı an olan satılanın sözleşmeye özgülendiğı anın belirlenmesi gerekir. Gerçekten de, çeşit satışlarında edimin ifasının sonradan, taraflara yüklenemeyen nedenlerle imkânsızlaşması tehlikesi ancak satılanın sözleşmeye özgülendiğı andan itibaren gündeme gelebilir. Ancak Türk Borçlar Kanunu’nda, çeşit satışlarında satılanın sözleşmeye özgülendiğı an, Kanun’da açıkça düzenlenmemiştir. Çeşit satışlarında edim hasarının geçtiğı anın tespit edilmesinde, Kanun’un 136. maddesinin 1. fıkrasının tek başına uygulanması yeterli olmayacağından²⁸⁹, satış

²⁸⁶ H. N. Nomer/B. İ. Engin, s. 57; H. Özdemir, s. 365; M. A. Gümüş, s. 38; L. M. Kurt, s. 272.

²⁸⁷ N. Kocayusufpaşaoğlu, s. 63; L. M. Kurt, s. 272.

²⁸⁸ H. N. Nomer/B. İ. Engin, s. 58; M. A. Gümüş, s. 31; L. M. Kurt, s. 272.

²⁸⁹ M. A. Gümüş, s. 36; L. M. Kurt, s. 272.

sözleşmesinde çeşidin sözleşmeye özgülendiği ve böylece edim hasarının alıcıya geçtiği anın belirlenmesinde, Kanun'un 208. maddesinden yararlanmak gerekir. Nitekim Türk Borçlar Kanunu'nun 208. maddesinde, karşı edim hasarının geçişi bakımından, sözleşmenin ifa yeri esas alınmıştır. Çeşit satışlarında edim hasarının geçişi konusunun da sözleşmenin ifa yerine göre yapılan ayırım esas alınarak incelenmesi gerekir.

II. Karşı Edim Hasarının Geçişine İlişkin Genel Düzenleme (TBK 136/2) ve Bu Düzenlemenin Satış Sözleşmesinde Bedel Hasarının Geçişini Düzenleyen Kuralla (TBK 208) İlişkisi

Karşı edim hasarının geçişini, tam iki tarafa borç yükleyen bütün sözleşmeler bakımından genel olarak düzenleyen Türk Borçlar Kanunu'nun 136. maddesinin 2. fıkrası²⁹⁰, Türk Borçlar Kanunu'nun "*Genel Hükümler*" başlıklı birinci kısmında yer almaktadır. Türk Borçlar Kanunu'nun "*Özel Borç İlişkileri*" başlıklı ikinci kısımda bulunan Kanun'un 208. maddesinde ise satış sözleşmesinde karşı edim hasarının geçişi özel olarak düzenlenmiştir. Kanun'un, tam iki tarafa borç yükleyen bütün sözleşmelerde, karşı edim hasarının geçişine ilişkin olarak öngördüğü genel kural ile tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerin en tipik örneği olan satış sözleşmesi bakımından öngördüğü özel kural arasındaki ilişkinin açıklanması gerekir.

²⁹⁰ R. Serozan, İfa, s. 81; M. A. Gümüş, s. 31; H. N. Nomer/B. İ. Engin, s. 63; C. Yavuz/F. Acar/B. Özen, s. 72. Buna karşılık, A. Yıldırım, Türk Borçlar Kanunu'nun 136. maddesinin 2. fıkrasında hem edim hasarının hem de karşı edim hasarının düzenlendiğini ifade etmektedir (A. Yıldırım, s. 264).

A. Karşı Edim Hasarının Geçişine İlişkin Genel Düzenleme (TBK 136/2)

818 sayılı Borçlar Kanunu'nun karşı edim hasarının geçişine ilişkin genel kuralını oluşturan 117. maddesinin 2. fıkrası, karşı edim hasarının geçişine ilişkin genel düzenlemeyi oluşturan Türk Borçlar Kanunu'nun 136. maddesinin 2. fıkrasında muhafaza edilmiştir. Söz konusu fıkra, karşı edim hasarını düzenleyen 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 117. maddesinin 2. fıkrasından dili sadeleştirilmek suretiyle aktarılmıştır.

Türk Borçlar Kanunu'nun 136. maddesinin 2. fıkrasında, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, bir tarafın borcunun taraflara yüklenemeyen nedenlerle imkânsızlaşması neticesinde sona ermesinin, borç ilişkisine olan etkisi düzenlenmiştir. Söz konusu fıkranın ilk cümlesinde, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde imkânsızlık sebebiyle borcundan kurtulan borçlunun, karşı taraftan almış olduğu edimi sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca geri vermekle yükümlü olacağı ve henüz kendisine ifa edilmemiş olan edimi isteme hakkını kaybedeceği düzenlenmiştir. Böylece, edimi yerine getiremeyen ve edim yükümünden kurtulan borçlunun, karşı edimi talep edememesi; eğer karşı edimi elde etmiş ise bunu iade

etmesi öngörülmüştür²⁹¹. Dolayısıyla tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde karşı edim hasarına kural olarak borçlu katlanır²⁹².

Kanun koyucu, Türk Borçlar Kanunu'nun 136. maddesinin 2. fıkrasının son cümlesinde, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, edimi ifa etme yükümünden kurutulan borçlunun karşı edim alacağını yitireceğine ilişkin kuralın kanundan veya sözleşmeden doğan istisnalarının bulunabileceğini düzenlemiştir. Söz konusu cümlede, kanunla ya da sözleşmeyle borcun ifasından önce doğan hasarın alacaklıya yükletilmiş olduğu durumların bu hükmün dışında olduğu belirtilmiştir. Böylece, karşı edim hasarına borçlunun katlanacağına ilişkin kuralın emredici hukuk kuralı niteliğinde olmadığı; sadece taraflar aksini kararlaştırmamışsa uygulanacak olan yedek hukuk kuralı niteliğinde olduğu açıkça düzenlenmiştir²⁹³.

²⁹¹ R. Serozan, İfa, s. 191; M. A. Gümüş, s. 31; C. Yavuz/F. Acar/B. Özen, s. 72; L. M. Kurt, s. 250.

²⁹² R. Serozan, İfa, s. 81; H. N. Nomer/B. İ. Engin, s. 63; C. Yavuz/F. Acar/B. Özen, s. 72; M. A. Gümüş, s. 31; L. M. Kurt, s. 249-250; A. Ö. Yenice, s. 107-108; F. Eren, Borçlar Genel, s. 961.

²⁹³ R. Serozan, İfa, s. 195; Y. M. Atamer, Taşınır Satımı Sözleşmesi, s. 191; L. M. Kurt, s. 31; S. Altay, **“6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu ve Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması (CISG) Uyarınca Hasarın Alıcıya Geçişİ”**, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2013/1, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Anlaşması'nın (CISG) Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Değerlendirilmesi Sempozyumu Özel Sayısı, İstanbul, 2015, s. 192.

B. Karşı Edim Hasarının Geçişine İlişkin Genel Düzenlemenin Satış Sözleşmesinde Bedel Hasarının Geçişini Düzenleyen Kuralla İlişkisi

Karşı edim hasarının geçişine ilişkin genel düzenleme olan Türk Borçlar Kanunu'nun 136. maddesinin 2. fıkrası ile satış sözleşmesinde bedel hasarının geçişini düzenleyen Kanun'un 208. maddesi²⁹⁴ arasında genel kural²⁹⁵ -özel kural²⁹⁶ ilişkisi bulunmaktadır²⁹⁷.

²⁹⁴ Türk Borçlar Kanunu'nun 208. maddesinde sadece bedel hasarının geçişi değil, yararın da geçişi düzenlenmiştir. Yarar, teknik anlamda doğal ve hukuki ürünleri kapsar. Bununla birlikte, ifası imkânsızlaşan edimin yerine geçen ikame değerler yarar kavramına dâhil değildir. Yararın kendiliğinden ya da her malikin yapacağı faaliyetler sonucu meydana gelmesi gerekir. Türk Borçlar Kanunu'nun 208. maddesi hükmü, satılana ilişkin yarar üzerinde kimin hak sahibi olacağı hususunu, hasarın geçişine koşut olarak düzenlemiştir (F. Aral/H. Ayrancı, s. 90; M. A. Gümüş, s. 42). Diğer bir anlatımla, Türk Borçlar Kanunu'nda kural olarak yarar ve hasarın birlikte geçmesi ilkesi kabul edilmiştir. Ancak koşula bağlı satışlar bakımından Kanun'un 172. maddesinde özel bir düzenlemeye yer verilmiştir. Türk Borçlar Kanunu'nun 172. maddesi aynen şöyledir: “*Borcun konusunu oluşturan şey, koşulun gerçekleşmesinden önce kendisine verilen alacaklı, koşul gerçekleşirse, koşulun gerçekleşmesine kadar elde ettiği yararların sahibi olur. Koşul gerçekleşmezse alacaklı, elde ettiği yararları geri vermekle yükümlüdür.*”

²⁹⁵ Genel kural, kanunun tümüne ya da aynı nitelikteki ilişkilerin büyük bir bölümüne uygulanabilen kuraldır (M. Dural/S. Sarı, s. 130).

Karşı edim hasarının geçişi bakımından, konuya ilişkin genel hüküm niteliği taşıyan Türk Borçlar Kanunu'nun 136. maddesinin 2. fıkrası, tam iki tarafa borç yükleyen bütün sözleşmelerde, karşı edim hasarının geçişini düzenlemektedir. Buna karşılık, aynı konuyu satış sözleşmesi yönünden düzenleyen Kanun'un 208. maddesi, karşı edim hasarının geçişinde özel hüküm niteliği taşımaktadır. Kanunda düzenlenen bir konuya ilişkin hem genel bir hükmün hem de özel bir hükmün bulunması durumunda, somut olaya genel hükmün mü, özel hükmün mü yoksa ikisinin birlikte mi uygulanacağını belirlenmesi gerekir.

Türk Borçlar Kanunu'nun 136. maddesinin 2. fıkrası, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde karşı edim hasarını borçluya yüklemektedir. Türk Borçlar Kanunu'nun 208. maddesi de satış sözleşmesinde, edimin ifasının taraflara yüklenemeyen nedenlerle imkânsızlaşması tehlikesine, taşınır satışlarında zilyetliğin devri, taşınmaz satışlarında ise tescil anına kadar satıcının katlanacağını öngörmektedir. Diğer bir deyişle satıcı, satılanın zilyetliğinin devrine kadar satılanı teslim etme yükümünden kurtulmasının karşılığında bedeli talep edemeyecek; eğer bedeli elde etmiş ise alıcıya iade etmekle yükümlü olacaktır. Böylece bedel hasarını borçlu-satıcı taşıyacaktır.

²⁹⁶ Özel kural, genel kuralın öngördüğü hukuki sonucu, belirli, özel ve dar bir alanda ortadan kaldıran yahut değiştiren kuraldır (R. Serozan, **Hukukta Yöntem**, İstanbul, 2015, s. 147).

²⁹⁷ F. Eren, *Borçlar Özel*, s. 13; M. Aydoğdu/N. Kahveci, s. 75; C. Yavuz/F. Acar/B. Özen, s. 72; A. Ö. Yenice, s. 108; S. Altay, *Türk Borçlar Kanunu*, s. 192; M. Ayan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 11. Bası, Ankara, 2016, s. 425.

Türk Borçlar Kanunu'nun 208. maddesinde öngörüldüğü üzere, taşınırlarda²⁹⁸ zilyetliğin devri; taşınmazlarda tescil anına kadar bedel hasarını borçlu-satıcının taşıması, Türk Borçlar Kanunu'nun 136. maddesinin 2. fıkrasıyla uyumludur. Bu nedenle, Türk Borçlar Kanunu'nun 208. maddesindeki esasların uygulanmasıyla ortaya çıkacak hukuki sonuç, pek çok durumda, Türk Borçlar Kanunu'nun 136. maddesinin 2. fıkrasında yer alan karşı edim hasarının geçişine ilişkin sonuçtan farklı olmayacaktır²⁹⁹. Bununla birlikte, Türk Borçlar Kanunu'nun 136. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, borçlu, karşı edim hasarını, borç ifa edilinceye kadar taşımaktadır. Dolayısıyla, bu fıkra uyarınca, karşı edim hasarının geçiş anı, borçlunun borcunu ifa

²⁹⁸ Alacak haklarının, şirketlerdeki ortaklık haklarının, fikri ve sınai hakların ve maddi olmayan mallar üzerindeki hakların, anonim ortaklıkta yeni çıkarılan pay senetlerini satın alma konusundaki rüçhan hakkının, opsiyon ve devri geçerli olduğu ölçüde idarenin verdiği ruhsatnamelerden doğan hakların satışında da taşınır satışında ilişkin hükümler uygun düştüğü oranda uygulanır (C. Yavuz/F. Acar/B. Özen, s. 84). Hasarın geçişi bakımından hak satışında önemli olan nokta, hakkın konusu olan şey üzerinde zilyetliğin kurulup kurulamadığıdır. Eğer hakkın konusu olan şey üzerinde zilyetlik kurulabiliyorsa, satıcının hakkı devretme borcu yanında zilyetliği devretme borcu da bulunduğundan, hasar, Türk Borçlar Kanunu'nun taşınır satışlarında hasarın geçişini düzenleyen hükümlerine göre geçer. Buna karşılık, niteliği gereği zilyetliğin devrinin söz konusu olmayacağı alacak hakkı gibi hakların satışında, hasar, Türk Borçlar Kanunu'nun hasarın geçişini genel olarak düzenleyen hükümlerine göre geçer (H. N. Nomer/B. İ. Engin, s. 71).

²⁹⁹ C. Yavuz/F. Acar/B. Özen, s. 72; M. Doğan, s. 83.

ettiği andır. Borçlunun borcunu ifa ettiği andan anlaşılması gereken ise, ifa sonucunun gerçekleşmesidir. Buna karşılık, Türk Borçlar Kanunun 208. maddesinin 1. fıkrasına göre, taşınır satışlarında bedel hasarının geçiş anı, taşınırın zilyetliğinin alıcıya devredilmesi anı, diğer bir deyişle satıcının ifa fiillerini tamamlaması andır. Böylece, kanun koyucu taşınır satışlarında bedel hasarının geçiş anını hem parça satışları hem de çeşit satışları bakımından kural olarak taşınırın zilyetliğinin devredilmesi anına; diğer bir ifadeyle ifa fiilinin tamamlanması anına bağlamıştır³⁰⁰.

Karşı edim hasarının geçişine ilişkin genel düzenlemede, hasarın geçiş anının ifa sonucunun gerçekleşmesine; buna karşılık satış sözleşmesine ilişkin düzenlemede bedel hasarının geçiş anının ifa fiilinin tamamlanması anına bağlanması, çoğu kez bedel hasarının geçiş anı bakımından bir farklılık yaratmamaktadır. Bununla beraber, Türk Borçlar Kanunu'nun 208. maddesinde hasarın geçişine ilişkin olarak yer alan özel düzenleme, satıcının ifa fiilini gerçekleştirmesine rağmen, ifa sonucunun henüz ortaya çıkmadığı özel durumlarda önem arz eder³⁰¹. Örneğin, satıcının ifa fiilini gerçekleştirmesine rağmen ifa sonucunun henüz gerçekleşmediği taşınır mülkiyetini alıcıya geçirmeye yönelik tasarruf işleminin geciktirici şarta bağlandığı satışlarda, bedel hasarının geçiş anı bakımından, Türk Borçlar Kanunu'nun 208. maddesi özel önem taşır³⁰². Ayrıca gönderme borcu içeren satışlarda, ifa fiilin gerçekleştirilmesine rağmen ifa sonucunun henüz gerçekleşmemesi söz konusu olmaktadır. Bu husus,

³⁰⁰ C. Yavuz/F. Acar/B. Özen, s. 74; S. Altay, Türk Borçlar Kanunu, s. 185; M. Oruç, s. 59; M. Doğan, s. 83.

³⁰¹ C. Yavuz/F. Acar/B. Özen, s. 73; M. Oruç, s. 58; M. Doğan, s. 83.

³⁰² C. Yavuz/F. Acar/B. Özen, s. 73; M. Doğan, s. 83.

Kanun'un 208. maddesinin 3. fıkrasında özel olarak düzenlenmiştir. Bu nedenle, satış sözleşmesinde karşı edim hasarının geçişini özel olarak düzenleyen Türk Borçlar Kanunu'nun 208. maddesi, satış sözleşmesinde karşı edim hasarının geçişine ilişkin bir olaya doğrudan doğruya ve tek başına özel hüküm olarak uygulanır. Türk Borçlar Kanunu'nun 208. maddesinin doğrudan doğruya ve tek başına özel hüküm olarak uygulanması, kanunda düzenlenen bir konuya ilişkin hem genel bir hükmün hem de özel bir hükmün bulunması durumunda geçerli olan “*dışlama*” ya da diğer bir deyişle “*münhasıran uygulama*” ilkesine uygundur³⁰³.

§ 5. EDİM HASARININ GEÇİŞ ANI

I. Parça Satışlarında Edim Hasarının Geçiş Anı

Parça satışlarında, satış sözleşmesinin kurulmasıyla ifası arasındaki dönemde edimin aynen ya da gereği gibi ifasının taraflara yüklenemeyen sebeplerle imkânsızlaşması tehlikesine, Türk Borçlar Kanunu'nun 136. maddesini 1. fıkrası gereğince alıcı katlanır³⁰⁴.

Parça borcu içeren bir satış sözleşmesinde, satıcının ediminin konusu belirlidir. Satıcı, parça satışına ilişkin sözleşmede, yalnızca belirli bir malın mülkiyetini karşı tarafa geçirme borcu altına girmektedir. Parça satışlarında satıcı ve alıcı, çeşit satışlarından farklı olarak, sözleşmede, bireysel özellikleriyle özel ve somut olarak

³⁰³ F. Eren, Borçlar Özel, s. 13; F. Aral/H. Ayrancı, s. 50; M. Ayan, s. 425-426.

³⁰⁴ R. Serozan, İfa, s. 81; H. N. Nomer/B. İ. Engin, s. 63; M. A. Gümüş, s. 31; L. M. Kurt, s. 272; A. Ö. Yenice, s. 107; F. Eren, Borçlar Özel s. 50.

belirlenen, diğ er mallardan tam olarak ayırt edilen malın satışı üzerinde anlaşılır. Bu nedenle, satılanın aynen ya da gereğı gibi ifasının taraflara yüklenemeyen nedenlerle imkânsızlaşması hâlinde, satıcının sözleşmede bireysel özellikleriyle özel ve somut olarak belirlenen malı tedarik etme imkânı kalmadığından, Kanun’un 136. maddesi gereğince, satıcının borcu sona ermektedir. Borcu sona eren satıcının edimi ifa etme zorunluluğı bulunmamakta; edim hasarına alıcı katlanmaktadır³⁰⁵.

Parça satışılarında edim hasarının geçişi konusunda yürürlükten kalkan 818 sayılı Kanun dönemindeki sistem ile yürürlükte olan 6098 sayılı Kanun dönemindeki sistem arasında fark bulunmamaktadır. 818 sayılı Kanun’da olduğı gibi, 6098 sayılı Türk Borç Kanunu’nda da Kanun’un 136. maddesi gereğince, parça satışılarında edim hasarına “*sözleşmenin kurulmasıyla birlikte*” alıcı katlanır. Bu nedenle, parça satışılarında teknik anlamda bir edim hasarının geçişinden ziyade, edim hasarına alıcının katlanmasından söz edilir³⁰⁶. Edim hasarına sözleşmenin kurulmasıyla alıcının katlanması, satış sözleşmesinin tam ve geçerli olarak kurulmuş olmasına bağılıdır³⁰⁷. Diğ er bir deyişle, geçerli ve tam olarak kurulmuş bir satış sözleşmesi yoksa edim hasarına alıcının katlanmasından söz edilemez. Bu nedenle, 818 sayılı Kanun döneminde olduğı gibi, taraflar arasında satış sözleşmesi vaadi yapılmış

³⁰⁵ R. Serozan, İfa, s. 81; H. N. Nomer/B. İ. Engin, s. 58; M. A. Gümüş, s. 31; L. M. Kurt, s. 272.

³⁰⁶ S. Altay, s. 38.

³⁰⁷ Y. M. Atamer, Hasarın İntikali, s. 138; H. N. Nomer/B. İ. Engin, s. 61; M. A. Gümüş, s. 31; M. Aydoğdu/N. Kahveci, s. 76; L. M. Kurt, s. 77-78.

olması edim hasarına alıcının katlanması sonucunu doğurmaz³⁰⁸. Yine kanunun emredici hükümlerine, ahlâka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı ya da konusu imkânsız³⁰⁹ olan bir satış sözleşmesi, Türk Borçlar Kanunu’nun 27. maddesi gereğince kesin hükümsüz olduğundan, bu tür bir satış sözleşmesinde edim hasarına alıcının katlanmasından söz edilemez³¹⁰.

Parça satışlarında edim hasarının geçişi, her ne kadar satış sözleşmesinin kurulması anına bağlanmış olsa da, sözleşmenin hüküm doğurduğu anın edim hasarının geçişinde bir rolü olup olmadığının açıklanması gerekir. Zira Türk Borçlar Kanunu’nun 11. maddesinde, sözleşmenin, açık bir kabulün gerektiği durumlarda kabulün gönderildiği andan; açık bir kabulün gerekmediği durumlarda ise, önerinin ulaşma anından başlayarak hüküm ve sonuç doğuracağı düzenlenmiştir. Hazır olmayanlar arasında kurulan sözleşmelerde, sözleşmenin kurulma anıyla hüküm ve sonuç doğurma anı arasında farklılık bulunmaktadır. Hazır olmayanlar arasında kurulan sözleşmeler, Türk Borçlar Kanunu’nun 11. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, kabulün gönderildiği andan başlayarak hüküm doğurur. Bu nedenle, hazır olmayanlar

³⁰⁸ T. Akıntürk, s. 121; F. N. Feyzioğlu, s. 211; S. Altay, s. 121.

³⁰⁹ Burada söz konusu olan imkânsızlık başlangıçtaki imkânsızlıktır. Hasar sorunun temelinde yer alan sonraki imkânsızlıktan farklı olarak başlangıçtaki imkânsızlık, sözleşmenin kurulduğu sırada sözleşmenin konusunu oluşturan edimlerden birinin objektif olarak imkânsız olmasıdır. Böylece borçlunun taahhüt ettiği edimi borçlu dâhil hiç kimsenin ifa etmesi mümkün değildir (M. K. Oğuzman/M. T. Öz, s. 89; L. M. Kurt, s. 162).

³¹⁰ M. Aydoğdu/N. Kahveci, s. 76; L. M. Kurt, s. 77-78.

arasında kurulan bir satış sözleşmesi, kabul beyanının önerene varmasıyla kurulmaktayken; açık bir kabule gerek varsa hükümlerini önceki bir zaman diliminde, kabul haberinin gönderildiği andan başlayarak doğurmaya başlar. Türk Borçlar Kanunu’nun 11. maddesinin 2. fıkrasında açık bir kabule gerek olmayan durumlarda sözleşmenin hüküm doğurma anı daha da önceki bir zaman dilimine çekilmiştir. Gerçekten de, TBK m. 11/2 uyarınca, açık bir kabulün gerekli olmadığı hâllerde, sözleşme, önerinin ulaşma anından başlayarak hüküm doğurur. Dolayısıyla, açık bir kabulün gerekli olmadığı durumlarda, satış sözleşmesi, öneriyi alanın söz konusu öneriyi reddetme imkânının bulunduğu sürenin sonunda kurulmaktayken; hükümlerini önerinin vardığı andan itibaren doğurmaya başlar³¹¹. Hazır olmayanlar arasında kurulan sözleşmelerde, sözleşmenin kurulma anıyla hüküm ve sonuçlarını doğurma anı arasındaki bu farkın, imkânsızlık ve dolayısıyla edim hasarı bakımından dikkate alınıp alınmayacağı öğretide farklı görüşler bulunmaktadır. Öğretideki bir görüşe göre, hazır olmayanlar arasında kurulan sözleşmelerde, imkânsızlığın başlangıçtaki imkânsızlık mı yoksa sonraki imkânsızlık mı olduğunun belirlenmesinde, sözleşmenin kurulma anının, diğer bir deyişle “*kabul beyanının önerene varma anının*” esas alınması gerekir³¹². Böylece edim hasarı, “*kabul beyanının önerene varma anından*” itibaren alıcıya geçer. Öğretideki bir diğer görüşe göre ise, imkânsızlığın tespitinde sözleşmenin kurulmasından daha önceki bir an

³¹¹ B. İ. Engin, s. 314; A. Yıldırım, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 4. Bası, Ankara, 2016, s. 75-76; N. Kocayusufpaşaoğlu, s. 212; M. K. Oğuzman/M. T. Öz, s. 76; F. Eren, **Borçlar Genel**, s. 262.

³¹² B. İ. Engin, s. 319; N. Kocayusufpaşaoğlu, s. 212.

olan, kabul beyanının önerene gönderildiği, başka bir ifadeyle sözleşmenin hüküm ve sonuç doğurmaya başladığı an esas alınmalıdır³¹³. Gerçekten de, hazır olmayanlar arasında kurulan sözleşmelerde, borcun ifasının sonradan imkânsızlaşması tehlikesi, sözleşmenin kurulduğu andan daha önceki bir zamana denk gelen, “*sözleşmenin hüküm ve sonuç doğurma anından*” itibaren gündeme gelebilir. Dolayısıyla, hazır olmayanlar arasında kurulan parça satışı sözleşmesinde alıcı, edim hasarına, açık bir kabule gerek varsa “*kabulün gönderildiği andan*”; açık bir kabule gerek yoksa “*önerinin muhataba ulaşma anından*” itibaren katlanır. 818 sayılı Kanun döneminde, satış sözleşmesinde karşı edim hasarı, sözleşmenin kurulmasıyla birlikte alıcıya geçtiğinden, hasarın sözleşmenin hüküm doğurduğu andan itibaren alıcıya yüklenmesi haksız bulunmaktaydı. Bu nedenle, alıcının sözleşmenin kurulmasından daha önceki bir an olan sözleşmenin hüküm doğurması anından başlayarak hasara katlanması, özellikle hasarın geçişine ilişkin kuralın dar yorumlanması anlayışının da etkisiyle kabul görmemekteydi³¹⁴. Ancak Türk Borçlar Kanunu’nun yürürlüğe girmesiyle birlikte, satış sözleşmesinde karşı edim hasarının geçişi bakımından sözleşme ilkesi terk edildiğinden, artık hazır olmayanlar arasında kurulan parça satışlarında edim hasarına, sözleşmenin hüküm doğurmaya başladığı andan itibaren, alıcının katlanması savunulabilir. Böylece satıcı açık bir kabule gerek varsa, kabulün gönderildiği andan; açık bir kabule gerek yoksa, önerinin muhataba ulaşma anından

³¹³ T. Akıntürk, s. 122, K. Tunçomağ, Genel Hükümler, s. 206; Ş. Akyol, s. 326; S. S. Tekinay/G. S. Akman/H. Burcuoğlu/A. Altop, s. 97.

³¹⁴ B. İ. Engin, s. 319; N. Kocayusufpaşaoğlu, s. 213-213.

itibaren taraflara yüklenemeyen nedenlerle edimin ifasının imkânsızlaşması tehlikesine katlanmaktan kurtulacaktır.

II. Çeşit Satışlarında Edim Hasarının Geçiş Anı

Çeşit borçlarında geçerli olan cinsin telef olması düşünülemez (*genus perire non censetur*) ilkesi gereğince, çeşit satışlarında, sözleşmenin kurulmasıyla ifası arasındaki dönemde borcun ifasının imkânsızlaşması tehlikesinin kural olarak gündeme gelmeyeceği belirtilmişti. Gerçekten de, taraflar arasında kurulan çeşit satışı sözleşmesinde, satıcı, çeşidiyle belirli olan, yerine bir başkası ikame edilebilen bir malın mülkiyetini alıcıya geçirmeyi üstlenmektedir. Bu nedenle, kural olarak, çeşit satışlarında satılan malın aynen ya da gereği gibi ifasının imkânsızlaşması söz konusu olmaz ve satılanın zarara uğraması durumunda, satıcı aynı türden bir başka malı temin ederek borcunu ifa edebilir³¹⁵. Bununla birlikte, çeşit satışlarında, çeşidin ifasının imkânsızlaşmaması kuralının istisnaları bulunmaktadır.

Çeşidin ifasının imkânsızlaşmaması kuralının ilk istisnası, yeryüzünde o çeşidin tamamen tükenmesi durumudur³¹⁶. Gerçekten de, satış sözleşmesine konu olan çeşit, sözleşmenin kurulmasından sonra yeryüzünde tamamen tükenirse, çeşidin ifası imkânsızlaşır ve dolayısıyla edim hasarına alıcı katlanır.

Çeşidin ifasının imkânsızlaşmaması kuralının ikinci istisnası, sınırlı çeşit borcu içeren satış sözleşmeleri bakımındandır. Sınırlı çeşit satışlarında satıcı, borcunu türü

³¹⁵ R. Serozan, İfa, s. 81; M. K. Oğuzman/M. T. Öz, s. 461; M. A. Gümüş, s. 36; F. Eren, Borçlar Genel, s. 1301; M. Ayan, s. 49.

³¹⁶ F. Eren, Borçlar Genel, s. 1301; L. M. Kurt, s. 149.

ile belirlenmiş bir depodaki veya stoktaki şeyden sağlayarak ifa etmekle yükümlü olduğundan, sözleşmenin kurulmasıyla ifası arasındaki dönemde, edimin ifasının taraflara yüklenemeyen sebeplerle imkânsızlaşması tehlikesi gündeme gelebilir³¹⁷. Nitekim sözleşmeye konu olan sınırlı çeşit borcunun dâhil olduğu stokun ya da deponun tamamının telef olması ya da kötüleşmesi, sınırlı çeşit borcunun aynen ya da gereği gibi ifasını imkânsızlaştırmasına ve böylece satıcının borcunun Türk Borçlar Kanunu'nun 136. maddesi gereğince sona ermesine yol açar³¹⁸.

Çeşit satışlarında, çeşidin ifasının imkânsızlaşmamasının üçüncü istisnası olağanüstü hâller bakımındandır. Gerçekten de, çeşit borcunun ifasının, sonradan ortaya çıkan, tipik sayılamayacak, olağanüstü, zorlayıcı bir olay nedeniyle, borçludan beklenemeyecek bir özveriyi gerektirmesi durumunda, çeşit borcunun ifasının imkânsızlaşmış sayılması söz konusu olabilir³¹⁹. Çeşidin temininin, dürüstlük kurallarına uygun araçlarla mümkün olmaması durumunda, edimin ifasının imkânsızlaşması ve edim hasarının alıcıya geçmesi bu kapsamda

³¹⁷ R. Serozan, İfa, s. 170; F. Eren, Borçlar Genel, s. 1301; M. K. Oğuzman/M. T. Öz, s. 570; H. Hatemi/K. E. Gökyayla, s. 215; A. Yıldırım, Genel Hükümler, s. 43; L. M. Kurt, s. 151.

³¹⁸ R. Serozan, İfa, s. 170; F. Eren, Borçlar Genel, s. 1301; M. K. Oğuzman/M. T. Öz, s. 570; H. Hatemi/K. E. Gökyayla, s. 215. Sınırlı çeşit borçlarında deponun ya da stokun kısmen yok olması durumunda ise, borçlu kalan kısım bakımından borcundan kurtulamaz; diğer yok olan kısım bakımından ise kısmi imkânsızlık gündeme gelir (M. Dural, s. 143; A. Zevkliler/K. E. Gökyayla, s. 52; L. M. Kurt, s. 151).

³¹⁹ R. Serozan, İfa, s. 170.

değerlendirilebilir³²⁰. Örneğin, sözleşmenin kurulduğu sırada genetiği değiştirilmiş mısırın üretimi, ithalatı ve satışı serbestken, sonradan söz konusu malın ticaretinin tamamen yasaklanması durumunda, çeşit borcunun ifasının imkânsızlaşması ve dolayısıyla edim hasarına alıcının katlanması söz konusu olur.

Çeşit satışlarında, belirtildiği üzere, sözleşmenin ifa edilmesi anından önce, çeşit borcu mutlaka belirli hâle gelmekte, alıcının mülkiyetine geçirilecek mal kesinleşmektedir. Alıcının mülkiyetine geçirilecek olan malın belirlendiği anda, çeşit borcu bir anlamda parça borcuna dönüşmekte ve borcun ifasının taraflara yüklenemeyen sebeplerle imkânsızlaşması tehlikesi doğmaktadır³²¹. İşte bu noktada artık genel olarak çeşit satışlarında teknik anlamda bir edim hasarından ve edim hasarının geçişinden söz etmek mümkün hâle gelir. Her ne kadar, çeşit satışlarında çeşit borcunun belirlendiği, çeşidin sözleşmeye özgülendiği ve böylece çeşidin parçaya dönüşerek edim hasarının alıcıya geçtiği an bakımından Türk Borçlar Kanunu'nda açık bir düzenleme bulunmasa da, üzerine düşen tüm ifa fillerini gerçekleştiren satıcının edim hasarına katlanmaktan kurtulması gereği açıktır³²². Çeşit satışında çeşit borcunun parça borcuna dönüştüğü anda edim hasarının alıcıya geçmesinin kabulü, Türk Borçlar Kanunu'nun 136. maddesinin 1. fıkrasında yer alan, edim hasarının parça satışında sözleşmenin kurulması ve dolayısıyla parça borcunun doğmasıyla alıcıya geçmesi kuralıyla da uyumludur.

³²⁰ M. Dural, s. 141-142; B. Başoğlu, s. 325. Krş. L. M. Kurt, s. 149.

³²¹ R. Serozan, İfa, s. 79; H. Cihan, s. 274; H. N. Nomer/B. İ. Engin, s. 58; S. Altay, Türk Borçlar Kanunu, s. 189. Krş. L. M. Kurt, s. 150-151.

³²² S. Altay, Türk Borçlar Kanunu, s. 191.

Türk Borçlar Kanunu'nda, çeşit satışlarında edim hasarının geçişinde, satıcının ifa fillerini gerçekleştirdiği ve böylece edim hasarının alıcıya geçtiği anın sözleşmenin ifa yerine göre³²³ belirlenmesi gerekliliği devam etmektedir³²⁴. Nitekim çeşit satışı

³²³ Türk Borçlar Kanunu'nun 89. maddesine göre, borcun ifa yeri, tarafların açık veya örtülü iradelerine göre belirlenir. Taraflar, Kanun'un 89. maddesinin öngördüğü irade serbestisinin bir sonucu olarak, çeşit satışı sözleşmesinde açıkça ya da örtülü bir biçimde, satılanın satıcının yerleşim yerinden alınacağını, satılanın alıcının yerleşim yerine götürüleceğini ya da satılanın alıcıya gönderileceğini kararlaştırabilirler. Taraflar, aralarında, borcun ifa yerini açıkça ya da örtülü olarak kararlaştırmamışlarsa, para borcu dışında kalan çeşit borçları, Türk Borçlar Kanunu'nun 89. maddesinin 1. fıkrasının 3. bendi gereğince, satıcının sözleşmenin kurulması sırasındaki yerleşim yerinde ifa edilir. Bu nedenle çeşit satışları, taraflarca aksini kararlaştırılmadığı sürece aranacak borç içeren sözleşmelerdir. Para borcunda ise cinsin telef olması düşünülemez ilkesi kesin olarak uygulanmaktadır. Diğer bir deyişle para borçlarında edimin ifasının imkânsızlaşması tehlikesi ve dolayısıyla edim hasarı gündeme gelmez. Yine para borçlarının ifa yeri diğer çeşit borçlarından ayrı olarak düzenlemiştir. Türk Borçlar Kanunu'nun 89. maddesinin 1. fıkrasının 1. bendine göre, aksine bir anlaşma yoksa para borçları, alacaklının ödeme zamanındaki yerleşim yerinde ödenir. Böylece para borçları, diğer çeşit borçlarından farklı olarak aranacak değil, götürülecek bir borçtur. Nitekim aksine bir anlaşma yoksa para borcunun borçlusu para borcunu alacaklının yerleşim yerinde ödemekle yükümlüdür.

³²⁴ R. Serozan, İfa, s. 44 vd.; M. A. Gümüş, s. 34 vd.; H. N. Nomer/B. İ. Engin, s. 59; A. Ö. Yenice, s. 18.

sözleşmesinin aranacak, götürülecek ya da gönderilecek borç içermesi, çeşidin sözleşmeye özgülendiği ve dolayısıyla edim hasarının geçtiği anı belirlemektedir.

Türk Borçlar Kanunu döneminde, gönderilecek borç içeren çeşit satışlarında, yürürlükten kalkan Borçlar Kanunu döneminde olduğu gibi, edim hasarı ve bedel hasarı alıcıya aynı anda geçmektedir. Buna karşılık, 6098 sayılı Kanun döneminde, aranacak ve götürülecek borç içeren çeşit satışlarında edim hasarı ve karşı edim hasarı alıcıya aynı anda geçmez³²⁵. Diğer bir anlatımla, Türk Borçlar Kanunu döneminde çeşit satışlarında edim ve karşı edim hasarı, gönderilecek borçlar bakımından aynı anda; aranacak ve götürülecek borçlar bakımından ise farklı anlarda geçmektedir.

A. Aranacak Borç İçeren Çeşit Satışlarında Edim Hasarının Geçiş Anı

818 sayılı Kanun döneminde çeşit borcunun sözleşmeye özgülünme anının belirlenmesi bakımından önem taşıyan ve ayırt etme işleminin yasal dayanağını oluşturan Kanun'un 183. maddesinin 2. fıkrası, söz konusu maddenin 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'ndaki karşılığını oluşturan Kanun'un 208. maddesine alınmamıştır. Ayırt etme işleminin yasal dayanağını oluşturan 818 sayılı Kanun'un 183. maddesinin 2. fıkrasının Türk Borçlar Kanunu'na alınmaması, aranacak borç içeren çeşit satışlarında edim hasarının geçiş anı konusunda öğretide farklı görüşlerin ortaya çıkmasına neden olmuştur.

³²⁵ Y. M. Atamer, Taşınır Satımı Sözleşmesi, s. 193; R. Serozan, İfa, s. 85; H. N. Nomer/B. İ. Engin, s. 57 vd.

Öğretide yer alan bir görüşe göre, aranacak borç içeren çeşit satışlarında edim hasarı, satılanın zilyetliğinin alıcıya devredildiği anda geçer. Bu görüşe göre, kanun koyucu Türk Borçlar Kanunu'nda teknik anlamda ayırt etme zorunluluğundan vazgeçmemiş; ancak teknik anlamda ayırt etmenin, fiilen ayırt edilen çeşit borcu konusu satılanın alıcıya teslimi ile gerçekleşeceğini kabul etmiştir. Böylece, bu görüşe göre, çeşit satışlarında edim hasarı ve karşı edim hasarı aynı anda; satılanın zilyetliğinin alıcıya devredildiği anda geçmektedir³²⁶.

Öğretideki ikinci bir görüşe göre, aranacak borç içeren çeşit satışlarında edim hasarının alıcıya geçmesinden söz edilebilmesi için, çeşidin alıcı veya onun temsilcisiyle birlikte ayırt edilmesi gerekir. Bu bakımından, satılanın tek başına satıcı tarafından ayırt edilmesi ve durumun alıcıya bildirilmesi yeterli değildir³²⁷. Ancak satılanın satıcı tarafından tek başına ayırt edilmesi ve söz konusu ayırt etmenin alıcıya bildirilmesine rağmen, alıcının malı almaya gelmemesi ve dolayısıyla temerrüde düşmesi durumunda, satıcının tek taraflı ayırt etme işlemi yeterli görülmelidir³²⁸.

Öğretide yer alan üçüncü bir görüşe göre ise, aranacak borç içeren çeşit satışlarında edim hasarı çeşidin alacaklı için ayırt edildiği ve ayırt edilmenin karşı tarafa bildirildiği anda alıcıya geçer³²⁹. Gerçekten de, Türk Borçlar Kanunu'nda çeşit

³²⁶ M. A. Gümüş, s. 38; F. Aral/H. Ayrancı, s. 87.

³²⁷ H. Hatemi/K. E. Gökyayla, s. 215; H. N. Nomer/B. İ. Engin, s. 59.

³²⁸ H. N. Nomer/B. İ. Engin, s. 59.

³²⁹ N. Kocayusufpaşaoğlu, s. 63; R. Serozan, İfa, s. 82; Y. M. Atamer, Taşınır Satımı Sözleşmesi, s. 193-194, S. Altay, Türk Borçlar Kanunu, s. 191.

satışlarında hasarın geçişi bakımından ayırt etme zorunluluğuna açıkça yer verilmemişse de, çeşidin ayırt edilerek ve ayırt edildiği bildirilerek sözleşmeye özgülenmesiyle birlikte, edim hasarının alıcıya geçtiğini kabul etmek gerekir. Nitekim satıcının borcuna uygun olarak satılanı ayırt etmesiyle birlikte, edimin konusu somutlaşmakta, edim belirli bir parçaya dönüşmekte, sözleşmeye özgülenmekte ve böylece edimin ifasının imkânsızlaşması tehlikesi doğmaktadır³³⁰.

1. Satılanın Ayırt Edilmesi

Satılan çeşidin ayırt edilmesi, cinsiyle belli şeyin ölçme, tartma, sayma, işaret koyma, paketleme gibi eylemlerle belirlenmesini, çeşidin somutlaşp bireyselleşmesini (temerküz etmesini) ifade eder³³¹. Çeşit satışlarında satıcının borcunu ifa edebilmesi için en geç ifa anında, satılanı ölçme, tartma, işaret koyma ve benzeri yolla belirlemesi, böylece sözleşmeye özgülemesi gerekmektedir³³². Satılan malın sözleşmeye özgüendiğinden söz edilebilmesi için, satılanın, dâhil olduğu

³³⁰ R. Serozan, İfa, s. 82; S. Altay, Türk Borçlar Kanunu, s. 189. Krş. H. N. Nomer/B. İ. Engin, s. 59.

³³¹ R. Serozan, Borçlar Özel, s. 106; M. Aydoğdu/N. Kahveci, s. 69; M. A. Gümüş, s. 37; C. Yavuz/F. Acar/B. Özen, s. 77.

³³² Öğretide *M. Oruç*, çeşidin ayırt edilmesi ve çeşidin sözleşmeye özgülenmesi kavramlarının farklı iki safhada gerçekleşen farklı iki kavram olduğunu ifade etmektedir. Yazara göre, ayırt etmenin gerçekleşmesine rağmen, özgülenmenin gerçekleşmediği somut olaylara rastlamak mümkündür (M. Oruç, s. 142 vd.).

cinsin içinden ayrıldığıının açıkça anlaşılması ve satılanın alıcıya teslim edilmek üzere ayrıldığıının açık olması gerekir.

Tarafların satış sözleşmesinde ya da sonrasında aralarında yapacakları anlaşmada çeşidin kim tarafından ayırt edileceğini ya da çeşidin ayırt edilme biçimini kararlaştırmaları mümkündür. Taraflar cinsiyle belirli şeyi çeşidin içinden seçme yetkisini alıcıya ya da üçüncü bir kişiye bırakma konusunda anlaşabilir³³³. Ayrıca, taraflar sözleşmede çeşidin nasıl ayırt edileceğini tayin edebilecekleri gibi, çeşidin belirlenmesi şeklini satıcıya da bırakabilirler. Bu nedenle, satılanın ayırt edilmesi konusunda öncelikle tarafların satılanın belirlenmesi konusundaki anlaşmaları dikkate alınmalıdır³³⁴. Taraflar arasında kurulan satış sözleşmesinde ya da tarafların sözleşmenin kurulmasından sonra yapacakları anlaşmada çeşidin ayırt edilmesi konusunda herhangi bir düzenleme bulmamakta ise, Kanun'un yedek hükümleri devreye girer. Türk Borçlar Kanunu'nun 86. maddesine göre, çeşit borçlarında hukuki ilişkiden ve işin özelliğinden aksi anlaşılmadıkça, edimin seçimi borçluya aittir. Bu nedenle, çeşit satışı sözleşmesinde, sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça ya da işin özelliğinden aksi anlaşılmadıkça, cinsiyle belirli şeyi çeşidin içinden seçme

³³³ M. K. Oğuzman/M. T. Öz, s. 290; F. Eren, Borçlar Genel, s. 961; M. Ayan, s. 366; P. Tercier/P. Pichonnaz/H. M. Develioğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, 2016, s. 317.

³³⁴ R. Serozan, İfa, s. 79; M. K. Oğuzman/M. T. Öz, s. 290; F. Eren, Borçlar Genel, s. 961.

yetkisi borçlu-satıcıya aittir³³⁵. Satıcı tek taraflı eylemleriyle cinsiyle belirli şeyi çeşidin içinden seçerek alıcıya ifada bulunabilir. Bu nedenle, satıcının çeşidi tek taraflı ayırt etmesi yeterli olup, söz konusu ayırt etme işlemine alıcının ya da yetkili temsilcisinin eşlik etmesi zorunlu değildir³³⁶.

Taraflar arasında çeşidin ayırt edilme biçimi açıkça ya da örtülü olarak kararlaştırılmamışsa, satılan türünün özellikleri dikkate alınarak ayırt edilmelidir. Satılan, dâhil olduğu cinsin içinden ayrıldığı açıkça anlaşılacak şekilde ölçme, tartma, işaretleme, paketlenme gibi yollarla ayırt edilmelidir³³⁷.

Satılanın ayırt edilmesi konusunda önemli olan bir diğer husus ise, sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa, satılanın ortalama nitelikten daha düşük olamayacağıdır. Türk Borçlar Kanunu'nun 86. maddesine göre, çeşit borçlarında borçlunun seçeceği edim, ortalama nitelikten daha düşük olamaz. Bu nedenle satıcı, alıcı ile aralarında yapılan sözleşmede açıkça kararlaştırılmışsa, sözleşmede öngörülen nitelikte; tarafların akdettikleri sözleşmede kararlaştırılmamışsa, ortalama nitelikte bir malı çeşidin içinden seçip belirleme yetkisine sahiptir. Ortalama nitelikteki bir maldan anlaşılması gerekenin ise “*kabul edilebilir evrensel standartta*” bir mal olduğu ifade

³³⁵ R. Serozan, İfa, s. 79; M. K. Oğuzman/M. T. Öz, s. 290; F. Eren, Borçlar Genel, s. 961; M. Ayan, s. 366.

³³⁶ N. Kocayusufpaşaoğlu, s. 63; R. Serozan, İfa, s. 82; Y. M. Atamer, Taşınır Satımı Sözleşmesi, s. 193-194.

³³⁷ R. Serozan, Borçlar Özel, s. 106; M. Aydoğdu/N. Kahveci, s. 69; M. A. Gümüş, s. 37.

edilmektedir³³⁸. Satıcının orta nitelikten aşağı nitelikte, kabul edilebilir evrensel standardın altında bir malı ifa olarak alıcıya sunması durumunda, alıcı söz konusu malı reddedebilir³³⁹. Bu durumda, edim hasarı satıcıda kalır. Buna karşılık, satıcının ortalama nitelikten daha üstün bir nitelikteki bir şeyi ifa konusu olarak tayin etmesi ve söz konusu malı ifa olarak alıcıya sunması durumunda, alıcı ifayı reddedemez. Ortalama kaliteden üstün nitelikte bir malı reddeden alıcı, satılanı teslim alma borcuna aykırı davranmış olur. Ancak satış bedelinin satılana göre belirleneceği durumlarda ya da alıcının ortalama nitelikteki bir malı almasında üstün bir yararının bulunması durumunda, satıcı ortalama nitelikten daha üstün nitelikteki bir malı ifa konusu yapamaz; yapması durumunda alıcı ifayı reddedebilir³⁴⁰.

Ayırt edilerek sözleşmeye özgülünen malın aliud³⁴¹ niteliğinde de olmaması gerekir. Gerçekten de, satıcı tarafından ayırt edilen malın sözleşmede kararlaştırılan şeyden başka bir şey olması hâlinde satıcı tarafından satılanın ayırt edilmesiyle edim

³³⁸ R. Serozan, İfa, s. 80.

³³⁹ M. K. Oğuzman/M. T. Öz, s. 291; F. Eren, Borçlar Genel, s. 960.

³⁴⁰ M. K. Oğuzman/T. Öz, s. 291.

³⁴¹ Aliud kavramı ve aliud teslimin hukuki sonuçları konusunda bkz. Z. Şenocak, **“Borçlar Kanunu’nun 96 vd. ve 194 vd. Maddeleri Açısından <<Aliud>>un (başka şeyin) Teslimi”**, BATİDER, Cilt XV, Sayı 1, 1989, s. 114 vd.; N. Yavuz, **“Edime Uygun İfa İlkesi ve Aliud Kavramı”**, Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan, II. Cilt, Ankara, 2010, s. 228 vd.

hasarının alıcıya geçişinden söz edilemez. Nitekim bu durumda bir ifa etmeme hâlinde söz etmek gerekir³⁴².

Satıcı tarafından ayırt edilen malın ayıplı olmaması gerekir. Nitekim alıcı ayıplı malı reddetme yetkisine sahiptir³⁴³. Alıcının ayıplı malı reddederek kendisine ayıplı olmayan bir malın teslim edilmesini istemesi hâlinde, hasarın alıcıya geçişinden söz edilemez. Satıcı, sözleşmede kararlaştırılan ayıplı olmayan bir malı alıcıya teslim edinceye kadar hasarı taşır. Ancak alıcının ifa amacıyla teslim edilen ayıplı malı kabul etmesi durumunda, edim hasarı alıcıya geçer. Bu durumda alıcı, Türk Borçlar Kanunu'nun 219. maddesi ve devamında düzenlenen ayıptan sorumluluk hükümlerine başvurabilir³⁴⁴.

Satılanın ayırt edilmesi işlemi ifa zamanında yapılmalıdır. Henüz ifa zamanı gelmemiş bir borç, borçlu tarafından ifa edilebilir nitelikte değildir³⁴⁵. Taraflarca

³⁴² Z. Şenocak, Aliud, s. 135; R. Serozan, İfa, s. 80; F. Eren, Borçlar Özel, s. 171.

³⁴³ S. Altay, s. 129. Öğretide bazı yazarların, alıcının ayıplı malı devralmaktan kaçınabilmesi için, somut olayda sözleşmeden dönme koşullarının gerçekleşmiş olmasını aradıkları konusunda bkz. F. Eren, Borçlar Özel, s. 171.

³⁴⁴ Türk Borçlar Kanunu'nun 228. maddesinin 1. fıkrasına göre, *“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.”*

³⁴⁵ R. Serozan, İfa, s. 52; M. K. Oğuzman/M. T. Öz, s. 322; F. Eren, Borçlar Genel, s. 947.

kararlaştırılan ya da Türk Borçlar Kanunu'nun 90. maddesi ve devamı hükümlerine göre belirlenen ifa zamanı henüz gelmeden, aranacak çeşit borcu içeren bir satış sözleşmesinde, alıcının satıcının yerleşim yerine gelerek satılanı teslim alması kendisinden beklemez. Satılanın ayırt edilmiş olması bu sonucu değiştirmez. Bu nedenle, aranacak borç içeren çeşit satışlarında edim hasarının satılanın ayırt edilmesiyle alıcıya geçişinden söz edilebilmesi için, ayırt etme işleminin, borcun ifa edilebilir olduğu dönemde yapılması gerekir.

2. Ayırt Etmenin Bildirilmesi

Aranacak borç içeren satış sözleşmesinde satıcının esas borcu, satılanı ayırt etmek ve böylece satılanın alıcı tarafından teslim alınmasına hazır bulundurmaktır. Ayırt etme kavramı, içeriğinde, doğrudan, söz konusu ayırt edilmeden alıcının haberdar edilmesini barındırmaz. Ne var ki, satıcı tarafından ayırt edilen satılanın, somutlaşıp bireyselleştiğinin ve böylece sözleşmeye özgülendiğinin açıkça anlaşılması da gerekir³⁴⁶. Ayırt edilen satılanın, somutlaşıp bireyselleştiğinin ve böylece sözleşmeye özgülendiğinin açıkça anlaşılması ise ancak ayırt etmenin bildirilmesiyle olur. Ayırt etme bildiriminin aranmaması, satıcının satılanı keyfi bir biçimde hukuki işlemlere konu etmesinin yolunu açılabilir.

Satılanın ait olduğu çeşidin içinden ayırt edilmesinin ve söz konusu ayırt etmenin alıcıya bildirilmesinin, taraflar arasındaki menfaat dengesini sağlayıcı bir etkisi vardır³⁴⁷. Ayırt etmenin bildirilmesiyle üzerine düşen son ifa hareketini yapan

³⁴⁶ N. Kocayusufpaşaoğlu, s. 63; R. Serozan, İfa, s. 82; S. Altay, s. 81

³⁴⁷ N. Kocayusufpaşaoğlu, s. 63.

satıcı hasara katlanmaktan kurtulmakta; satıcının keyfi bir biçimde satılan üzerindeki hâkimiyetini kullanamayacağını bilen alıcı da satılanı teslim alma faaliyetine kesin olarak girişebilmektedir. Bu nedenle, dürüstlük kuralının bir gereği olarak ayırt edilme işleminin tamamlanabilmesi için söz konusu ayırt etmenin alıcıya bildirilmesi de gerekir³⁴⁸. Ayırt etme bildirimin yapılma usulü dürüstlük kurallarına göre tespit edilir. Diğer koşullar da mevcutsa, edim hasarının alıcıya, ayırt etme işlemine ilişkin bildirimin, alıcının öğrenebileceği şekilde, onun egemenlik alanına girdiği andan itibaren geçeceği kabul edilmelidir.

Satılan çeşidin ayırt edilmesinden ve ayırt etme işleminin bildirilmesinden sonra, satılanın ayırt edilmesine ilişkin beyanın satıcıyı bağlayıp bağlamayacağı, söz konusu beyanın satıcı tarafından geri alınıp alınamayacağı konusunda öğretide görüş birliği bulunmamaktadır. Eğer satıcının ayırt etmeye ilişkin beyanıyla bağlı olmadığı kabul edilecek olursa, alıcı, satıcının önceden ayırt etmiş olduğu maldan başka bir malı kabul etmek zorunda kalacaktır³⁴⁹. Bir görüşe göre, Türk Borçlar Kanunu'nun 86. maddesi uyarınca, aksi kararlaştırılmadıkça çeşidin içinden satılanı seçme yetkisi satıcıya ait olduğundan ve satıcı ortalama nitelikten aşağı olmamak ve sözleşmeye uygun olmak şartıyla satılanı ayırt etme yetkisine sahip olduğundan, satıcı her zaman ayırt etmeyi geri alabilir³⁵⁰. Öğretide savunulan diğer bir görüşe göre ise, satıcıya böyle bir geri alma hakkı ancak alıcının alacaklının temerrüdüne düşmesi durumunda

³⁴⁸ S. Altay, s. 81; H. Acar, s. 38.

³⁴⁹ R. Serozan, İfa, s. 84; M. K. Oğuzman/M. T. Öz, s. 333; F. Eren, Borçlar Genel, s. 945.

³⁵⁰ S. Altay, s. 132.

veya alıcının malı geri çevirme hakkını kötüye kullanması durumunda tanınmalıdır. Gerçekten de, satıcının alıcının zararına spekülasyon yapması ancak böyle engellenir. Diğer durumlarda satıcı ayırt etme beyanıyla bağlı tutulmalıdır³⁵¹. Satılanın ayırt edilerek sözleşmeye özgülenmesinin bağlayıcılığı hususunda, her somut olay için dürüstlük kuralına göre belirlenecek esnek bir tutum takınmak gerektiği³⁵², alıcının ayırt edilen malı talep etme hakkının dürüstlük kuralıyla sınırlandırıldığı ve hakkın kötüye kullanılması yasağına tâbi olduğu da ifade edilmektedir³⁵³.

B. Götürülecek Borç İçeren Satışlarda Edim Hasarının Geçiş Anı

Götürülecek borç içeren çeşit satışlarında, ifa fiilleri ile ifa sonucu aynı yerde gerçekleşmektedir. Bu tür satışlarda, satılanı gönderme masraflarını, yolda gecikmeden doğan zararları ve en önemlisi yolda edimin ifasının imkânsızlaşması tehlikesini satıcı taşır³⁵⁴. Bununla birlikte, götürülecek borç içeren çeşit satışlarında, satıcının, edimin ifasının imkânsızlaşması tehlikesine hangi andan itibaren katlanmaktan kurtulacağı konusunda öğretide fikir birliği bulunmamaktadır.

Öğretide yer alan bir görüşe göre, çeşit borçları bakımından edim hasarının geçişi konusunda satış sözleşmesinin ifa yerine göre bir ayırım yapılmasına gerek yoktur. Zira götürülecek borç içeren çeşit satışlarında, aranacak borç içeren çeşit

³⁵¹ R. Serozan, İfa, s. 84; F. Eren Borçlar Genel, s. 961.

³⁵² R. Serozan, İfa, s. 84, dipnot. 5.

³⁵³ S. Altay, s. 132.

³⁵⁴ R. Serozan, İfa, s. 44.

satışlarında olduğu gibi, edim hasarı, satılanın zilyetliğinin alıcıya devredildiği anda geçer³⁵⁵.

Öğretide yer alan bir diğer görüşe göre ise, götürülecek borç içeren satış sözleşmelerinde edim hasarı, satıcının satılan malı alıcının yerleşim yerine götürerek, alıcının satılan malı teslim almaması durumunda alacaklının temerrüdü oluşturacak şekilde, fiili olarak alıcıya sunmasıyla geçer³⁵⁶. Gerçekten de, götürülecek borç içeren çeşit satışları bakımından, çeşit borcunun belirlendiği, çeşidin sözleşmeye özgülendiği ve böylece çeşidin parçaya dönüşerek edim hasarının alıcıya geçtiği an, satılanın fiili olarak alıcının tasarrufuna sunulduğu andır. Satıcının satılanı fiili olarak alıcının tasarrufuna sunduğu an, götürülecek borç içeren çeşit satışlarında çeşit borcunun parça borcuna dönüştüğü ana denk gelir. Götürülecek borç içeren çeşit satışlarında satılanın alıcıya sunulduğu itibaren edim hasarının alıcıya geçmesi, Türk Borçlar Kanunu'nun 136. maddesinin 1. fıkrasında yer alan, edim hasarının parça satışında sözleşmenin kurulması ve dolayısıyla parça borcunun doğmasıyla alıcıya geçmesi kuralıyla da uyumludur.

C. Gönderilecek Borç İçeren Çeşit Satışlarında Edim Hasarının Geçiş Anı

Gönderilecek borç içeren çeşit satışları, ifa yeri bakımından aranacak borç içeren çeşit satışları gibidir. Nitekim gönderilecek borç içeren çeşit satışlarında, edim fiillerinin gerçekleştirileceği yer anlamında ifa yeri, sözleşmenin kurulduğu anda

³⁵⁵ M. A. Gümüş, s. 38; F. Aral/H. Ayrancı, s. 87.

³⁵⁶ R. Serozan, İfa, s. 46-48; H. N. Nomer/B. İ. Engin, s. 59; S. Altay, Türk Borçlar Kanunu, s. 191.

malın bulunduğu yer ya da satıcının yerleşim yeridir. Bununla birlikte, bu tür satışlarda satıcı satılanı alıcıya gönderme yan yükümlülüğünü üstlenir. Bu nedenle edim fiilleri, satılanın yollandığı yerde gerçekleşirken, edim sonucu satılanın varma yerinde tamamlanır. Diğer bir deyişle, satıcı satılanı göndermekle üstüne düşen edim fiilini gerçekleştirmiş olur³⁵⁷.

Türk Borçlar Kanunu döneminde, gönderilecek borç içeren çeşit satışlarında, edim hasarının ve bedel hasarının alıcıya aynı anda geçtiği söylenebilir³⁵⁸. Bu nedenle, Türk Borçlar Kanunu'nun 208. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenen, gönderilecek borç içeren satışlarda karşı edim hasarının geçişi konusunda yapılan açıklamalar, gönderilecek borç içeren çeşit satışlarında edim hasarının geçişi bakımından da geçerlidir.

§ 6. BEDEL HASARININ GEÇİŞ ANI

I. Aranacak Borç İçeren Satış Sözleşmelerinde Bedel Hasarının Geçiş Anı

Satış sözleşmesinin, sözleşmenin kurulduğu sıradaki yerleşim yerinde ifa edileceği aranacak borç içeren çeşit satışlarında, alıcı ya da temsilcisi, satılanı satıcının yerleşim yerinden gidip teslim almakla yükümlüdür³⁵⁹. Aranacak borç

³⁵⁷ R. Serozan, İfa, s. 46; M. K. Oğuzman/M. T. Öz, s. 334.

³⁵⁸ H. N. Nomer/B. İ. Engin, s. 59; F. Aral/H. Ayrancı, s. 85; M. A. Gümüş, s. 36; S. Altay, Türk Borçlar Kanunu, s. 191; L. M. Kurt, s. 272.

³⁵⁹ R. Serozan, İfa, s. 44; M. K. Oğuzman/M. T. Öz, s. 333; F. Eren, Borçlar Genel, s. 945.

içeren satış sözleşmelerinde satılanın yüklenmesi ve taşınması masraflarına alıcı katlanır³⁶⁰.

Aranacak borç içeren satış sözleşmelerinde edim hasarının parça satışları bakımından sözleşmenin kurulduğu anda, çeşit satışları bakımından ise, satılanın ayırt edilmesi ve ayırt edildiğinin alıcıya bildirilmesiyle geçeceği belirtilmişti. Buna karşılık, aranacak borç içeren satış sözleşmelerinde bedel hasarının geçiş anı, hem parça satışları hem de çeşit satışları bakımından Türk Borçlar Kanunu'nun 208. maddesinde kural olarak zilyetliğin devrine bağlanmıştır³⁶¹. Gerçekten de, aranacak borç içeren satışlarda bedel hasarının geçişi konusu, Türk Borçlar Kanunu'nun 208. maddesinde gerek parça borçları gerekse de çeşit borçları bakımından kural olarak satılanın zilyetliğinin devrine bağlanmıştır. Kanun'un 208. maddesinin gerekçesinde de ifade edildiği üzere, aranacak borç içeren satış sözleşmelerinde, bedel hasarının hem parça hem de çeşit borçları bakımından satılanın zilyetliğinin devriyle birlikte alıcıya geçmesi, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın konuya ilişkin düzenlemesiyle uyumludur. Zira Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'nda da aranacak borç içeren satış sözleşmelerinde bedel hasarı, satılanın teslimiyle birlikte alıcıya geçmektedir.

³⁶⁰ R. Serozan, İfa, s. 44; F. Eren, Borçlar Genel, s. 945.

³⁶¹ R. Serozan, İfa, s. 85; H. N. Nomer/B. İ. Engin, s. 64; M. Aydoğdu/N. Kahveci, s. 87; M. A. Gümüş, s. 38; C. Yavuz/F. Acar/B. Özen, s. 78; A. Zevkliler/K. E. Gökyayla, s. 53; A. Ö. Yenice, s. 114; H. Özdemir, s. 365; N. Yavuz, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi I. Cilt**, Ankara, 2013, s. 1053.

Türk Borçlar Kanunu'nun 208. maddesinin 2. fıkrasında yer alan, alıcının satılanın zilyetliğini devralmada temerrüde düşmesi durumunda, zilyetlik devredilmişçesine hasarın alıcıya geçeceğine ilişkin düzenleme, çeşit satışlarında bedel hasarının zilyetliğin devri ile alıcıya geçmesine ilişkin düzenlemeyle herhangi bir uyumsuzluk göstermemektedir. Nitekim belirtildiği üzere, aranacak borç içeren çeşit satışlarında edim hasarı satılanın ayırt edilmesi ve ayırt edildiğinin bildirilmesiyle alıcıya geçmektedir. Bu bakımından, edim hasarının geçişi konusunda, çeşit borcunda satılanın ayırt edilerek sözleşmeye özgülenmesi zorunluluğu sona ermemiştir. Buna karşılık, aranacak borç içeren çeşit satışlarında bedel hasarının alıcıya geçmesi, satılanın ayırt edilmesi ve ayırt edildiğinin bildirilmesi olgusuna değil; satılanın zilyetliğinin devredilmesi olgusuna bağlanmıştır. Alıcının satılanı teslim almada temerrüde düşmesi nedeniyle bedel hasarına katlanması konusunda ise, alıcının teslim almada temerrüde düşmesinin ön koşulu, satıcının satılanı ayırt ederek teslim alması için alıcıya sunmasıdır. Bunun için satıcının satılanı ayırt etmesi ve ayırt ettiğini alıcıya bildirmesi gerekir. Aksi hâlde alıcının satılanı teslim almada temerrüdünden söz edilemez³⁶². Tüm bunlar bir örnekle açıklanmaya çalışılacak olursa, şöyle bir örnek verilebilir: Alıcının, 5 ton üzümü, satıcının bağına gelerek buradan teslim almasının kararlaştırıldığı çeşit satışı sözleşmesinde, eğer satıcı 5 ton üzümü kasalara koyarak ayırmış ve durumu alıcıya bildirmişse, edim hasarı bildirimin varması anında alıcıya geçer. Ancak alıcı satılanı henüz teslim almadığından, karşı edim hasarı satıcıdadır. O hâlde, bağda meydana

³⁶²Benzer yönde, bkz. Y. Atamer, Taşınır Satımı Sözleşmesi, s. 193-194; B. Çetiner, s. 102. Krş. A. H. Cihan, s. 62-63; H. Cihan, s. 284.

gelen heyelan nedeniyle, 5 ton üzümün telef olması durumunda, edim hasarına alıcı; karşı edim hasarına ise satıcı katlanır. Böylece, alıcı, kendisine 5 ton üzümün ifa edilmesi konusunda satıcıyı zorlayamaz. Bunun karşılığında, bedel hasarına katlanan satıcı da satış bedelinin ödenmesi konusunda alıcıyı zorlayamayacaktır. Alıcının bildirim almasına rağmen, üzümleri teslim almaya gelmemesi durumunda ise, alıcının satılanı teslim almada temerrüde düşmesi söz konusu olur ve bu andan itibaren TBK m. 208/2 gereğince, bedel hasarına da alıcı katlanır.

A. Zilyetliğin Devri Kavramı

Türk Borçlar Kanunu’nun 208. maddesinin 1. fıkrasında, taşınır satışlarında³⁶³ hasarın “*zilyetliğin devri*” ile geçeceği belirtilmiştir. Türk Borçlar Kanunu’nun 208. maddesinin 1. fıkrasında yer alan “*zilyetliğin devri*” kavramından ne anlaşılması gerektiği hususunda, öğretide fikir birliği bulunmamaktadır.

Öğretideki bir görüşe göre, kanun koyucu, Kanun’un 208. maddenin 1. fıkrasında “*zilyetliğin devri*” kavramı ile aslında taşınır mülkiyetinin devri için yapılan tasarruf işlemi ifade etmek istemiştir. Taşınır mülkiyetinin devri için yapılan tasarruf işleminden, hükmün iç tutarlılığı bakımından anlaşılması gereken,

³⁶³ M. A. Gümüş, hükümde yer alan “*taşınır satışı*” ifadesinin “*taşınır eşya satışı*” olarak anlaşılması gerektiğini, nitekim taşınır satışı ile taşınır eşya satışının aynı anlama gelmediğini, hükümde yer alan zilyetliğin devri ifadesinin taşınır eşya satışı bakımından söz konusu olabileceğini, taşınır satışı ifadesinin alacak satışını da kapsadığını ancak alacak satışı için zilyetliğin devrinden söz edilemeyeceğini ifade etmektedir (M. A. Gümüş, s. 32).

ayni akit ve teslim ya da alıcı kabul ederse teslim dışında bir yolla zilyetliğin devridir³⁶⁴. Bu görüşe göre, mülkiyetin devrine yol açmamış bir zilyetlik devri, bedel hasarının geçişine yol açmayacaktır³⁶⁵. Kanun'un 208. maddesinin 1. fıkrasında yer alan “*zilyetliğin devri*” kavramının kapsamında ayni akdin ve teslim veya alıcı kabul ederse teslim dışında bir yolla zilyetliğin devrinin bulunduğu kabulü, hasarın geçişinde tabii hukukçuların, “*hasar malike aittir*” şeklinde ifade ettikleri, mülkiyetin nakli ilkesini esas alınması anlamına gelir.

Öğretide hâkim olan görüşe göre ise, Kanun'un 208. maddenin 1. fıkrasında yer alan “*zilyetliğin devri*” kavramı, “*satıcının ifa fiilini gerçekleştirmesi*” olarak anlaşılmalıdır³⁶⁶. Bu görüşe göre, taşınır satışlarında satıcının ifa fiilini gerçekleştirmesi, taşınıra ilişkin tasarruf işlemine, diğer bir deyişle zilyetliğin devrine eşlik edecek biçimde mülkiyetin alıcıya geçmesine ilişkin anlaşma olan “*ayni akdin*” yapılmasına katılmaktır³⁶⁷. Ancak hasarın geçişinden söz edilebilmesi için her durumda ifa sonucunun gerçekleşmesi, diğer bir deyişle satılanın mülkiyetinin alıcıya geçmesi zorunlu değildir³⁶⁸. Gerçekten de, hasarın geçişi bakımından sadece

³⁶⁴ M. A. Gümüş, s. 33.

³⁶⁵ M. A. Gümüş, s. 33.

³⁶⁶ C. Yavuz/F. Acar/B. Özen, s. 74; M. Aydoğdu/N. Kahveci, s. 78; M. Doğan, s. 83.

³⁶⁷ C. Yavuz/F. Acar/B. Özen, s. 74, dipnot 13.

³⁶⁸ C. Yavuz/F. Acar/B. Özen, s. 74; H. N. Nomer/B. İ. Engin, s. 65; B. Çetiner, s. 100; A. Ö. Yenice, s. 112.

zilyetliğin devredilmesi ve böylece ifa fiilinin gerçekleştirilmesi yeterlidir³⁶⁹. Pek çok olayda zilyetliğin devri kavramından, taşınır mülkiyetinin devri için yapılan tasarruf işleminin ya da satıcının ifa fiilini gerçekleştirmesinin anlaşılması, hasara katlanan tarafı değiştirmeyecektir. Bununla birlikte, hasarın geçişinin ifa sonucunun gerçekleşmesine, diğer bir ifade ile mülkiyetin alıcıya geçmesine değil de; ifa fiilinin tamamlanmasına bağlanması, önemini ifa sonucunun gerçekleşmesinin ifa fiilinin tamamlanmasından ayrıldığı durumlarda gösterir³⁷⁰.

Zilyetliğin devri, zilyetliğin önceki zilyedin rızasına dayanılarak kazanılmasını ifade eder³⁷¹. Dolayısıyla devren kazanma yolu kadar, mevcut bir zilyedin kendisi de zilyet kalmak üzere başka bir kişiye tarafların rızası ile zilyetlik tanınması anlamına gelen tesisen kazanma yolu da zilyetliğin devri kapsamındadır³⁷². Zilyetliğin devri,

³⁶⁹ C. Yavuz/F. Acar/B. Özen, s. 74; M. Aydoğdu/N. Kahveci, s. 78; M. Doğan, s. 83.

³⁷⁰ C. Yavuz/F. Acar/B. Özen, s. 73; M. Aydoğdu/N. Kahveci, s. 78; H. N. Nomer/B. İ. Engin, s. 65.

³⁷¹ M. K. Oğuzman/Ö. Seliçi/S. Oktay Özdemir, **Eşya Hukuku**, 15. Bası, İstanbul, 2012, s. 71; S. S. Tekinay/G. S. Akman/H. Burcuoğlu/A. Altop, **Eşya Hukuku Cilt I**, 5. Bası, İstanbul, 1989, s. 68.

³⁷² M. K. Oğuzman/Ö. Seliçi/S. Oktay Özdemir, s. 71. Buna karşılık, H. Burcuoğlu, zilyetliğin teslimle ya da teslimsiz nakilleri genel çerçevesinde yer alan zilyetliğin kazanılması türleri açısından, tesisen kazanmanın, devren kazanma karşısında farklılık göstermediğini belirtmektedir (S. S. Tekinay/G. S. Akman/H. Burcuoğlu/A. Altop, **Eşya Hukuku**, s. 68, dipnot 1a).

zilyet kılınacak kişiye fiili hâkimiyetin sağlanması ve böylece o kişinin dolaysız zilyet kılınması veya o kişiye dolaylı bir zilyetlik sağlanması şeklinde olabilir³⁷³. Bunun yanında bir malı elinde bulunduran kimsenin, zilyetlik sıfatının değişmesini ifade eden kısa elden teslim yoluyla da zilyetliğin devri mümkündür³⁷⁴.

B. Hasarın Zilyetliğin Devriyle Geçmesi

Hasarın geçişi bakımından, mülkiyetin devredilmiş olup olmamasından bağımsız olarak zilyetliğin devredilmesinin ve böylece ifa fiilinin tamamlanması yeterli görülmesi, hasarın geçişinde “*teslim ilkesinin*” esas alınması anlamına gelir. Böylece kanun koyucu, 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun hasarın geçişi bakımından öngördüğü sözleşme ilkesini terk ederek satış sözleşmesinde hasarın geçişine ilişkin olarak teslim ilkesini kabul etmiştir. Bu düzenleme, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun getirdiği en önemli değişikliklerden biri olarak nitelendirilmektedir³⁷⁵.

Kanun koyucunun, Kanun’un 208. maddesinin 1 fıkrasında “*teslim*” yerine “*zilyetliğin devri*” kavramını kullanmasının bilinçli bir tercih olduğu ifade edilmektedir³⁷⁶. Nitekim kanun koyucu, Kanun’un 207. maddesinde, satış sözleşmesini tanımlarken, satıcının satılanın “*zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretme*

³⁷³ M. K. Oğuzman/Ö. Seliçi/S. Oktay Özdemir, s. 71; J. G. Akipek/T. Akıntürk, **Eşya Hukuku**, İstanbul, 2009, s. 145.

³⁷⁴ M. K. Oğuzman/Ö. Seliçi/S. Oktay Özdemir, s. 71; J. G. Akipek/T. Akıntürk, 159.

³⁷⁵ H. Cihan, s. 282.

³⁷⁶ H. Özdemir, s. 368; H. Cihan, s. 282.

borcu üstlenmesi” ifadesini kullanmıştır. Sözü geçen maddenin gerekçesinde ise açıkça, “Taşınır bir malın mülkiyetinin devrinin, sadece satılanın fiilen teslimi yoluyla değil, zilyetliğin teslimine 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.” açıklamasına yer vermiştir.

Kanun’un 208. maddesinin 1. fıkrasında “teslim” yerine “zilyetliğin devri” kavramına yer verilmesinin nedeni, fiili teslim dışında kalan zilyetliğin devri yollarıyla da hasarın geçişine imkân tanımaktır. Bununla birlikte, fiili teslim dışında kalan zilyetliğin devri yollarının hasarın alıcıya geçmesine neden olabilmesi için taraflar arasında zilyetliğin devri anlaşmasının yapılmış olması da gerekir³⁷⁷. Nitekim satıcının, Kanun’un 207. maddesinde yer alan satılanın zilyetliğini devretme yükümlülüğünü, fiili teslim dışındaki zilyetliği nakil yollarından birini kullanarak yerine getirebilmesi, taraflar arasında bu yönde bir anlaşmanın bulunmasına bağlıdır³⁷⁸.

Satılanın fiilen alıcıya teslimi dışında kalan zilyetliğin devri vasıtalarından araçların tesliminde (TMK m. 977) satılanın kendisinin değil, satılan üzerindeki fiili

³⁷⁷ Y. M. Atamer, Taşınır Satımı Sözleşmesi, s. 190; S. Altay, Türk Borçlar Kanunu, s. 196.

³⁷⁸ Y. M. Atamer, Taşınır Satımı Sözleşmesi, s. 190; S. Altay, Türk Borçlar Kanunu, s. 196.

egemenliği elde etmeye yetecek araçların teslimi söz konusudur³⁷⁹ ve söz konusu araçların teslimi hasarın alıcıya geçmesine neden olur.

Zilyetliği devralacak olan kişinin, satılan üzerinde derhâl egemenlik kurmasını sağlayan uzak elden teslimde, diğer bir deyişle zilyetlik sözleşmesinde, hasara zilyetlik sözleşmesi yapıncaya kadar satıcı katlanır³⁸⁰. Zilyetlik sözleşmesinin kurulmasından sonra ise, satılanın mülkiyeti alıcıya geçtiğinden, borca ilişkin hasar sorunu sona erer³⁸¹.

Hâlihazırda belirli bir nedenle eşyanın fer'i ve dolaysız zilyedi konumunda bulunan alıcının, söz konusu eşyayı satın alması durumunda, alıcının fiilen egemenliği altında bulunan eşya üzerindeki zilyetlik türü değişir ve bu durumda, kısa elden teslimden söz edilir³⁸². Alıcının, dolaysız zilyetliğinde bulunan eşyayı satın aldığı satış sözleşmesinde hasara kısa elden teslimle ilişkin zilyetlik anlaşması yapılane kadar satıcı katlanır³⁸³. Kısa elden teslimle ilişkin zilyetlik anlaşmasının kurulmasından sonra ise, satılanın mülkiyeti alıcıya geçtiğinden borca ilişkin hasar sorunu da sona erer.

³⁷⁹ R. Serozan, **Eşya Hukuku I**, 3. Bası, İstanbul, 2014, s. 118-119.

³⁸⁰ Y. Atamer, Taşınır Satımı Sözleşmesi, s. 191; S. Altay, Türk Borçlar Kanunu, s. 199.

³⁸¹ R. Serozan, Eşya Hukuku, s. 120.

³⁸² R. Serozan, Eşya Hukuku, s. 120.

³⁸³ Y. Atamer, Taşınır Satımı Sözleşmesi, s. 191; S. Altay, Türk Borçlar Kanunu, s. 199.

Satıcının satılanın asli ve dolaylı zilyetliğini alıcıya devrettiği; buna karşılık satılanın fer'i ve dolaysız zilyetliğini özel bir hukuki ilişkiye dayanarak kendisinde alıkoyduğu hükmen teslimde (TMK m. 979/1)³⁸⁴, hasara hükmen teslim ilişkili zilyetlik anlaşmasının yapılması anına kadar satıcı katlanır³⁸⁵. Hükmen teslim ilişkili zilyetlik anlaşmasının yapılmasından sonra ise, satılanın mülkiyeti alıcıya geçtiğinden, satış sözleşmesinde borca ilişkin hasar sorunu da sona erer. Buna karşılık, satıcı satılanı özel bir hukuki ilişkiye dayanarak elinde bulundurduğundan, taraflar arasında kurulan hukuki ilişkiden, örneğin kira sözleşmesinden, kaynaklanan başka bir borca ilişkin hasar sorunu doğar³⁸⁶.

Satıcının, üçüncü bir kişinin fer'i ve dolaysız zilyetliğinde bulunan satılan üzerindeki asli ve dolaylı zilyetliğini alıcıya geçirdiği zilyetliğin havalesi yolunda (TMK 979/1), hasara, zilyetliğin havalesine ilişkin zilyetlik anlaşması yapılınca kadar satıcı katlanır³⁸⁷. Zilyetliğin havalesine ilişkin zilyetlik anlaşmasının yapılmasından sonra ise, satılanın mülkiyeti alıcıya geçtiğinden, satış sözleşmesinde borca ilişkin hasar sorunu da sona erer. Yine satıcının, bir taşıyıcıda ya da umumi mağazada bulunan ve emtia senedine konu olmuş bir eşyayı satması durumunda, hasara, satılanın dolaylı zilyetliğinin alıcıya geçirilmesini sağlayan emtia senetlerinin

³⁸⁴ R. Serozan, Eşya Hukuku, s. 121.

³⁸⁵ Y. Atamer, Taşınır Satımı Sözleşmesi, s. 191. Krş. S. Altay, Türk Borçlar Kanunu, s. 199.

³⁸⁶ Krş. S. Altay, Türk Borçlar Kanunu, s. 199.

³⁸⁷ Y. Atamer, Taşınır Satımı Sözleşmesi, s. 191; S. Altay, Türk Borçlar Kanunu, s. 199.

teslimi anına kadar satıcı katlanır. Emtia senetlerinin teslimi yoluyla zilyetliğin devri (TMK m. 980/1) anından itibaren, satılanın mülkiyeti alıcıya geçeceğinden borca ilişkin hasar sorunu da sona erer.

Zilyetliğin devriyle hasarın alıcıya geçmesinden söz edilebilmesi için söz konusu devrin satış sözleşmesinin ifası amacıyla yapılmış olması da gerekir. Bu nedenle, örneği satış sözleşmesinde teslimin vadeye bağlanmasına rağmen, satılanın daha önce kısa bir süre için alıcıya ödünç verilmiş olması durumunda, satılanın zilyetliğinin satış sözleşmesinin ifası amacıyla devrinden söz edilemeyeceğinden bedel hasarının alıcıya geçmesi söz konusu olamayacaktır³⁸⁸.

Satış sözleşmesinin ifası amacıyla, zilyetliği devredilmek istenen satılanın, ayıplı olması durumunda, alıcının satılanın zilyetliğini devralıp devralmadığına bakmak gerekir. Eğer alıcı satılanın zilyetliğini devralmışsa, hasarın kendisine geçtiği kabul edilir. Nitekim belirtildiği üzere, alıcının ayıplı malın zilyetliğini devralmayı reddetme yetkisi bulunmaktadır³⁸⁹. Buna rağmen alıcının ifa amacıyla zilyetliği devredilen ayıplı malı kabul etmesi durumunda, bedel hasarı alıcıya geçer. Bu durumda alıcı, Türk Borçlar Kanunu'nun 219. maddesi ve devamında düzenlenen ayıptan sorumluluk hükümlerine başvurabilir³⁹⁰. Buna karşılık, alıcının ayıplı malın

³⁸⁸ H. N. Nomer/B. İ. Engin, s. 63-64.

³⁸⁹ S. Altay, s. 129.

³⁹⁰ Satıcının ayıplı ifadan sorumlu olabilmesi için hasarın geçişi anında ayıbın var olması gerektiği gerek öğretide gerekse de Yargıtay İçtihatlarında kabul edilmektedir. F. Eren, Borçlar Özel, s. 114; M. A. Gümüş, s. 76; C. Yavuz/F. Acar/B. Özen, s. 127. Yargıtay 13. HD. 1.7.2013 tarihli, 2013/13389 Esas, 2013/18038 Karar

zilyetliğini devralmayı reddederek kendisine ayıplı olmayan bir malın teslim edilmesini istemesi hâlinde, hasarın alıcıya geçişinden söz edilemez. Satıcı, sözleşmede kararlaştırılan ayıplı olmayan bir malı alıcıya teslim edinceye kadar bedel hasarını taşır³⁹¹.

sayılı kararı (www.kazanci.com, E.T. 15.04.2016). Türk Borçlar Kanunu’nun 228. maddesinin 1. fıkrasına göre, “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.” Alıcının satılandaki ayıp nedeniyle sözleşmeden dönme hakkının kullanılması durumunda, alıcı, sözleşme yapılmamış olsaydı hangi durumda olacak idiyse, o duruma geri dönülebilmek için satılanı iade etmekle yükümlüdür. Sözleşmeden dönen alıcı, hasar kendisine intikal etmiş olmasına rağmen, ödediği satış bedelinin geri verilmesini isteyebilir ya da henüz ödenmemiş ise bedel ödeme borcundan kurtulur. Dolayısıyla bedel hasarı satıcıya geri döner (B. Çetiner, s. 103).

³⁹¹ Öğretide H. N. Nomer/B. İ. Engin, parça borçlarında zilyetliği devredilen şeyin ayıplı olması hâlinde de bedel hasarının alıcıya geçeceğini kabul etmektedir. Ancak çeşit borçlarında satıcının ifa olarak verdiği malın ayıplı olması durumunda, satılanın somutlaşmasının gerçekleşmeyeceği gerekçesiyle, çeşit satışında gerek edim hasarının gerekse de karşı edim hasarının alıcıya geçmeyeceğini ifade etmektedir (H. N. Nomer/B. İ. Engin, s. 60, 64).

II. Götürülecek Borç İçeren Satış Sözleşmelerinde Bedel Hasarının Geçişi

Satıcı, götürülecek borç içeren satış sözleşmelerinde, satılanı alıcının yerleşim yerine ya da ifa yeri olarak belirlenen başka bir yere kadar götürme ve satılanı burada alıcıya teslim etme borcunu üstlenmektedir. Götürülecek borç içeren satış sözleşmelerinde, ifa fiili ve ifa sonucu aynı yerde gerçekleşmektedir³⁹². Aranacak borç içeren satış sözleşmelerinden farklı olarak götürülecek borç içeren satışlarda satıcı, satılanın zilyetliğinin devri anına kadar, gerek kendi fiillerinden, gerekse de ifa yardımcısının fiillerinden alıcıya karşı sorumludur³⁹³. Bu nedenle, götürülecek borç içeren satış sözleşmeleri satıcı bakımından en külfetli; alıcı bakımından ise en avantajlı satış sözleşmeleridir³⁹⁴.

Götürülecek borç içeren satış sözleşmelerinde bedel hasarının geçiş anı, Türk Borçlar Kanunu'nda açıkça düzenlenmemiştir. Bununla birlikte, Türk Borçlar Kanunu'nun 208. maddesinin 1. fıkrasının, hem parça satışları hem de çeşit satışları bakımından, götürülecek borç içeren satış sözleşmelerine de uygulanacağı ifade edilmektedir³⁹⁵.

Türk Borçlar Kanunu'nun 208. maddesinin 1. fıkrasında, taşınır satışlarında hasarın zilyetliğin devriyle alıcıya geçeceği düzenlenmiştir. Bununla birlikte, götürülecek borç içeren satışlarda, aranacak borç içeren satışlardan farklı olarak,

³⁹² R. Serozan, İfa, s. 44.

³⁹³ S. Altay, s. 127; Z. Şenocak, **Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu**, Ankara, 1995, s. 65.

³⁹⁴ R. Serozan, İfa, s. 48.

³⁹⁵ M. A. Gümüş, s. 34; M. Oruç, s. 94.

satıcı, satılanı alıcının yerleşim yerine götürme ve burada teslim etme yan yükümlülüğünü üstlenmektedir. Dolayısıyla, götürülecek borç içeren satışlarda, hasarın, zilyetliğin devriyle alıcıya geçmesinden ziyade, hasarın “*fiili teslim yoluyla*” alıcıya geçmesinden söz etmek gerekir.

Götürülecek borç içeren satış sözleşmelerinde, aranacak borç içeren satış sözleşmelerinde olduğu gibi, ifa yerine götürülerek zilyetliği alıcıya devredilen malın ayıplı olması, hasarın alıcıya geçmesini engellemez. Bu durumda, ayıplı bir malı teslim eden satıcı, alıcıya karşı, Türk Borçlar Kanunu’nun 219. maddesi ve devamında düzenlenen ayıptan sorumluluk hükümlerine göre sorumlu olur. Bununla birlikte, alıcı ayıplı bir malın ifasını her zaman reddedebileceğinden, alıcının kendisine zilyetliği devredilmek istenen malın zilyetliğini devralmaktan kaçınması durumunda, hasarı satıcı taşımaya devam eder.

Götürülecek borç içeren satış sözleşmelerinin alıcı bakımından daha avantajlı olması nedeniyle, özellikle tüketicinin korunması kapsamında, satıcının malı monte etme veya devreye sokma gibi ek yükümlülükler yüklendiği durumlarda, götürülecek borç içeren bir satış sözleşmesinin varlığının kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir³⁹⁶. Böylece taşıma işlemi boyunca satıcı, gerek kendi fiillerinden, gerekse de ifa yardımcısının fiillerinden alıcıya karşı sorumlu olacak ve satılanın alıcıya teslimi anına kadar hasarı taşıyacaktır. Örneğin, montaj kaydıyla satışta, sözleşmenin götürülecek borç içeren bir satış sözleşmesi olarak kabul edilmesi

³⁹⁶ R. Serozan, İfa, s. 47.

gerektiği, hasarın montaj işinin sona ermesiyle alıcıya geçeceği kabul edilmektedir³⁹⁷.

III. Gönderilecek Borç İçeren Satış Sözleşmelerinde Bedel Hasarının Geçişİ

Gönderilecek borç içeren satış sözleşmelerinde bedel hasarının geçişi, Türk Borçlar Kanunu’nun 208. maddesinin 3. fıkrasında özel olarak düzenlenmiştir. Söz konusu fıkra uyarınca, satılan, satıcı tarafından alıcının isteği üzerine ifa yerinden başka bir yere gönderilirse, yarar ve hasar, satılanın “*taşıyıcıya teslim edildiği anda*” alıcıya geçer. Maddenin gerekçesinde, söz konusu fıkranın, 818 sayılı Borçlar Kanunu’nda yer verilmeyen yeni bir hüküm olduğu belirtilmiştir. Bununla birlikte, öğretide, bu fıkranın ne yeni bir düzenleme olduğu, ne de eski düzenlemenin bir devamı niteliği taşıdığı belirtilmektedir. Nitekim söz konusu fıkra, 818 sayılı Kanun’un 183. maddesinin 2. fıkrasına büyük ölçüde benzemekte; ancak özellikle açıkça taşıyıcıdan bahsetmesi ve “*satılanın üzerinden yedini refetmek*” yerine “*satılanın taşıyıcıya teslim edilmesinden*” söz etmesi nedeniyle, 818 sayılı Kanun’un düzenlemesinden ayrılmaktadır³⁹⁸.

Gönderilecek borç içeren satış sözleşmelerinde satılanın parça borcu ya da çeşit borcu olmasının hasarın geçişine etkisi konusunda öğretide fikir birliği bulunmamaktadır. Öğretideki bir görüşe göre, Türk Borçlar Kanunu’nun 208. maddesinin 3. fıkrası, hem parça satışları bakımından hem de çeşit satışları bakımından geçerlidir. Zira Kanun’un 208. maddesi, bedel hasarının geçişi bakımından parça ve çeşit satışı ayrımı yapmaksızın, zilyetliğin devri anını esas

³⁹⁷ M. Aydoğdu/N. Kahveci, s. 88; M. Oruç, s. 79.

³⁹⁸ M. Oruç, s. 107; A. Ö. Yenice, s. 121.

almıştır. Bu nedenle, gönderilecek borç içeren çeşit satışlarında, bedel hasarının geçişi konusunda, ayırt etme anının tespiti konusundaki tartışmalar önemini yitirmiştir³⁹⁹.

Öğretideki diğer görüşe göre ise, Türk Borçlar Kanunu'nun 208. maddesinin 3. fıkrasında sadece taşıyıcıya teslimden söz edilmiş, ancak çeşit borçlarında satılanın ayırt edilerek sözleşmeye özgülenmesi koşuluna yer verilmemiştir. Bununla birlikte, gönderilecek borç içeren çeşit satışlarında, satılanın taşıyıcıya teslim edilmesine rağmen, çeşidin ayırt edilerek sözleşmeye özgülenmemiş olması da mümkündür. Bu durumda, çeşit borcu ayırt edilerek sözleşmeye özgülenmedikçe hasarın alıcıya geçişinden söz edilemez⁴⁰⁰. Gerçekten de, çeşit satışlarında çeşidin ayırt edilerek sözleşmeye özgülenmesi, hasarın geçişi bakımından olmazsa olmaz bir koşuldur. Zira çeşit ayırt edilerek sözleşmeye özgülenmedikçe, çeşit borcunun ifasının sonradan taraflara yüklenemeyen nedenlerle imkânsızlaşması ve dolayısıyla edim hasarının alıcıya geçmesi mümkün değildir. Edim hasarının geçmesinin, karşı edim hasarının alıcıya geçmesinin ön koşulu olduğu gözetildiğinde, henüz edim hasarı alıcıya geçmedikçe bedel hasarının alıcıya geçmesi düşünülemez⁴⁰¹. Kaldı ki, Kanun'un 208. maddesinin 3. fıkrasının gerekçesinde, açıkça, buna benzer bir

³⁹⁹ R. Serozan, İfa, s. 46-47; C. Yavuz/F. Acar/B. Özen, s. 78; A. Zevkliler/K. E. Gökyayla, s. 45; F. Eren, Borçlar Özel, s. 55; A. H. Cihan, s. 62-63.

⁴⁰⁰ M. Aydoğdu/N. Kahveci, s. 88; Y. M. Atamer, Taşınır Satımı Sözleşmesi, s. 193-194; S. Altay, Türk Borçlar Kanunu, s. 200; A. Ö. Yenice, s. 95; M. Oruç, s. 137; M. Doğan, s. 89.

⁴⁰¹ M. Oruç, s. 139.

düzenlemenin, Milletlerarası Menkul Mal Satışları Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 67. maddesinde fıkrasında yer aldığı belirtilmiştir. Ne var ki, söz konusu 67. maddede gönderilecek borç içeren çeşit satışlarında hasarın geçişinden söz edilebilmesi için satılanın ayırt edilmesi koşuluna açıkça yer verilmiştir⁴⁰². Bu nedenle, Türk Borçlar Kanunu'nun 208. maddesinde çeşit borçlarının ayırt edilmesi konusunda gerçek boşluğun varlığını kabul etmek ve gönderilecek borç içeren çeşit satışlarında bedel hasarının taşıyıcıya teslimle geçebilmesi için çeşidin ayırt edilmiş olmasını aramak gerekir⁴⁰³.

Türk Borçlar Kanunu'nun gerekçesinde de ifade edildiği üzere, özellikle gönderilecek borç içeren satış sözleşmesinde hasarın geçişi konusunda, Kanun'un düzenlemesi ile Milletlerarası Menkul Mal Satışları Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin düzenlemesi büyük benzerlik taşımaktadır. Ayrıca Milletlerarası Menkul Mal Satışları Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın⁴⁰⁴ 90. maddesi gereğince, kanun hükmündedir ve iç hukukumuzda dâhildir. Bu nedenle, Kanun'un ulusal niteliğine aykırı düşmediği ölçüde, Milletlerarası Menkul Mal Satışları Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin

⁴⁰² Bkz. aşağıda §13. I. B. 3.

⁴⁰³ M. Aydoğdu/N. Kahveci, s. 88; Y. M. Atamer, Taşınır Satımı Sözleşmesi, s. 193-194; A. Ö Yenice, s. 114-115; M. Oruç, s. 139; M. Doğan, s. 89.

⁴⁰⁴ R.G. 09.11.1982, S. 17863 (Mükerrer).

gönderilecek borç içeren satışlarda bedel hasarının geçişine ilişkin düzenlemelerinden yararlanmak gerekir⁴⁰⁵.

A. Satış Sözleşmesinde Gönderme Yan Yükümlülüğünün Kararlaştırılması

Gönderilecek borç içeren satış sözleşmelerinde, ifa fiillerinin gerçekleştirildiği yer anlamındaki ifa yeri, satıcının yerleşim yeridir. Bununla birlikte, satıcı, satılanı alıcının yerleşim yerine ya da taraflarca belirlenen başka bir yere gönderme yan yükümlülüğünü üstlenmektedir⁴⁰⁶. Böylece, gönderilecek borç içeren satış sözleşmelerinde ifa fiillerinin gerçekleştiği yer satıcının yerleşim yeri ya da işyeri iken; ifa sonucunun gerçekleştiği yer alıcının yerleşim yeri ya da taraflarca belirlenen başka bir yerdir⁴⁰⁷. Bununla birlikte, tarafların ifa fiillerinin gerçekleştirileceği yer olarak satıcının yerleşim yeri ya da işyeri dışındaki bir yeri, örneğin satılanın imal yerini ya da belli bir depoyu kararlaştırmaları ve satılanın buradan gönderilmesini öngörmeleri de mümkündür⁴⁰⁸.

⁴⁰⁵ Y. M. Atamer, Taşınır Satımı Sözleşmesi, s. 193-194; A. Ö. Yenice, s. 89; S. Altay, Türk Borçlar Kanunu, s. 200; M. Oruç, s. 139. Buna karşılık, nakil hâlindeki malların satışını düzenleyen Milletlerarası Menkul Mal Satışları Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 68. maddesine benzer bir düzenlemeye Türk Borçlar Kanunu'nda yer verilmemiştir. Bu nedenle, Türk Borçlar Kanunu'nun uygulanması bakımından nakil hâlindeki malların satışında, Kanun'un 208. maddesinin 1. ve 2. fıkrasındaki kural ve istisnaların geçerli olduğu belirtilmektedir (M. Oruç, s. 154).

⁴⁰⁶ R. Serozan, İfa, s. 46; M. K. Oğuzman/M. T. Öz, s. 334; Z. Şenocak, s. 65.

⁴⁰⁷ R. Serozan, İfa, s. 46; A. Ö. Yenice, s. 7.

⁴⁰⁸ M. K. Oğuzman/M. T. Öz, s. 334; A. Ö. Yenice, s. 7.

Gönderilecek borç içeren bir satış sözleşmesinden söz edilebilmesi için, tarafların sözleşmede açıkça ya da örtülü olarak gönderme borcunu kararlaştırmaları gerekir⁴⁰⁹. Zira Türk Borçlar Kanunu’nun 208. maddesinin 3. fıkrasında, açıkça satıcının “*alıcının isteği üzerine*” satılanı göndermesinden söz edilmiştir⁴¹⁰. Tarafların satış sözleşmesinde açıkça ya da örtülü olarak bir gönderme borcu kararlaştırmamalarına rağmen sonradan aralarında yapacakları bir anlaşma ile satıcının gönderme yan yükümlülüğünü üstlenmesi de mümkündür. Satıcının sonradan, alıcının isteği üzerine satılanı göndermesi durumunda, yine gönderilecek borç içeren bir satış sözleşmesinden söz edilir. Taraflar arasında satılanın gönderilmesi yönünde bir anlaşma olmaması veya alıcı tarafından satılanın gönderilmesi açıkça istenmemiş olmasına rağmen, satılanın gönderilmesi ticari örf ve adet gereği ise ya da taraflar arasında bu yönde yerleşmiş bir uygulama varsa, malın alıcının isteği üzerine gönderildiğini kabul etmek gerekir⁴¹¹. Buna karşılık, taraflar arasında açık ya da örtülü olarak herhangi bir anlaşma yapılmamasına ve alıcının sonradan satılanın gönderilmesini talep etmemesine rağmen, satıcının satılanı tek

⁴⁰⁹ H. N. Nomer/B. İ. Engin, s. 68; Z. Şenocak, s. 65.

⁴¹⁰ Türk Borçlar Kanunu’nun 208. maddesinin 3. fıkrasında yer alan “*alıcının isteği üzerine*” ifadesi, satıcının tamamen alıcının yararına olmak üzere, ancak alıcının bilgisi ve rızası dışında, satılanı alıcıya gönderdiği durumlarda, dürüstlük kuralından hareket edilerek hasarın satılanın taşıyıcıya teslimle geçmesine yol açacak şekilde yorumlanamaz (B. Çetiner, s. 103; A. Ö. Yenice, s. 121).

⁴¹¹ M. Oruç, s. 113; Z. Şenocak, s. 65; B. Çetiner, s. 103-104; A. Ö. Yenice, s. 121-122.

tarafli olarak alıcıya göndermesi durumunda, satıcının gönderme borcunu yerine getirdiğinden söz edilemez. Nitekim gönderilecek borç içeren satış sözleşmelerinde, ifa fiilleri satıcının yerleşim yerinde; ancak satıcı gönderme yan yükümü üstlenmişse ifa sonucu alıcının yerleşim yerinde gerçekleşmektedir. Ayrıca, gönderilecek borç içeren satış sözleşmelerinde, aksi öngörülmedikçe, taşıma ve gönderme masrafları, gecikmeden doğan zararlar ile edim ve bedel hasarı alıcıya aittir⁴¹². Bu nedenle, satıcının tek tarafli olarak, alıcı talep etmediği hâlde satılanı alıcıya göndermesi, sözleşmeyi gönderilecek borç içeren bir sözleşmeye dönüştürmez; satıcıyı taşıma ve gönderme masraflarından, gecikmeden doğan zararlarından, edim ve bedel hasarına katlanmaktan kurtarmaz⁴¹³.

B. Satılanın Taşıyıcıya Teslimi

Gönderilecek borç içeren satış sözleşmelerinde, satıcı, gönderme yan yükümlülüğünü üstlenmiş olmakla birlikte, taşıma borcunu üstlenmiş değildir⁴¹⁴. Satıcının borcu, satılanı alıcıya göndermekten ibarettir. Satıcı, söz konusu borcunu, satılanı taşıyıcıya teslim ederek yerine getirir. Buna uygun olarak, Türk Borçlar Kanunu'nun 208. maddesinin 3. fıkrasında, gönderilecek borç içeren satış sözleşmelerinde “*satılanın taşıyıcıya teslim edildiği anda*” hasarın alıcıya geçeceği düzenlenmiştir.

⁴¹² R. Serozan, İfa, s. 46.

⁴¹³ M. Aydoğdu/N. Kahveci, s. 90; B. Çetiner, s. 103; A. Ö Yenice, s. 121.

⁴¹⁴ R. Serozan, İfa, s. 48.

1. Taşıyıcı Kavramı

Taşıyıcı kavramı, Türk Borçlar Kanunu'nda tanımlanmış olmamakla birlikte, Türk Ticaret Kanunu'nun 850. maddesinde taşıyıcı kavramının tanımına yer verilmiştir. Buna göre, taşıyıcı, taşıma sözleşmesiyle eşya veya yolcu taşıma işini veya ikisini birlikte üstlenen kişidir. Satış sözleşmesinde hasarın geçişi bakımından ise taşıyıcı, bir taşıma sözleşmesi çerçevesinde eşya taşımayı üstlenen gerçek ya da tüzel kişi olarak tanımlanabilir⁴¹⁵.

Taşıyıcı, taşıma işini kara yolunda, demir yolunda, deniz yolunda veya hava yolunda yürütebilir⁴¹⁶. Hatta taşıyıcının eşyayı taşımada sayılan yollardan birini, bir kaçını ya hepsini kullanması mümkündür. Taşıma işinin birden fazla taşıyıcı tarafından gerçekleştirilmesi de gündeme gelebilir.

2. Taşıyıcının Niteliği

Türk Borçlar Kanunu'nun 208. maddesinin 3. fıkrasında, gönderilecek borç içeren satış sözleşmelerinde “*satılanın taşıyıcıya teslim edildiği anda*” hasarın alıcıya geçeceği belirtilmiş; ancak taşıyıcının bağımsız bir taşıyıcı niteliğine sahip olmasının gerekli olup olmadığı açıkça ifade edilmemiştir. Bu nedenle öğretide, gönderme borcu içeren satışlarda taşıyıcıya teslimle hasarın geçişinden söz edilebilmesi için, taşıyıcının bağımsız olmasının zorunlu olup olmadığı ve dolayısıyla taşıyıcının satıcının ifa yardımcısı olup olamayacağı konusunda farklı görüşler ortaya çıkmıştır.

⁴¹⁵ M. Oruç, s. 114; A. Ö. Yenice, s. 85.

⁴¹⁶ M. Oruç, s. 114.

Öğretide bir görüşe göre, gönderilecek borç içeren satış sözleşmelerinde önemli olan satılanın gönderilmesidir; taşıyıcının bağımsız olmasına gerek yoktur. Gönderilecek borç içeren satış sözleşmelerinde hasar, ister bağımlı olsun ister bağımsız olsun, satılanın taşıyıcıya teslim edilmesiyle birlikte alıcıya geçer. Nitekim 818 sayılı Kanun'un 183. maddesinin 2. fıkrasında yer alan, “*mebi üzerinden yedini refetmiş bulunmasında şarttır*” ifadesi Türk Borçlar Kanunu'nun 208. maddesine alınmamıştır. Bu nedenle taşıyıcının bağımsız olmasına gerek bulunmamaktadır⁴¹⁷.

Öğretide baskın olan bir diğer görüşe göre ise, gönderilecek borç içeren satış sözleşmelerinde satılanın taşıyıcıya teslimiyle hasarın geçişinden söz edilebilmesi için, satılanın, bağımsız taşıyıcı niteliğindeki bir taşıyıcıya teslim edilmiş olması gerekir⁴¹⁸. Gerçekten de, satıcının satılanı bizzat taşıması ya da Türk Borçlar Kanunu'nun 116. maddesi anlamında bir ifa yardımcısıyla taşıması durumunda, gönderilecek borç içeren bir satış sözleşmesinden söz edilemez⁴¹⁹. Ayrıca, Türk Ticaret Kanunu'nun 850. maddesinde taşıyıcı kavramının tanımında, taşıyıcının eşya taşımayı bir taşıma sözleşmesi çerçevesinde gerçekleştirmesinden söz edilmiştir. Taşıma işini üstlenen kişinin satıcının ifa yardımcısı olması durumunda, satıcı ile ifa yardımcısı arasında bir taşıma sözleşmesinin akdedilmesi ve böylece ifa yardımcısının bağımsız taşıyıcı sıfatını kazanması mümkün görünmemektedir. Yine,

⁴¹⁷ A. Zevkliler/K. E. Gökyayla, s. 45; M. Aydoğdu/N. Kahveci, s. 92.

⁴¹⁸ R. Serozan, ifa, s. 48; C. Yavuz/F. Acar/B. Özen, s. 78; M. A. Gümüş, s. 36; H. N. Nomer/B. İ. Engin, s. 69; H. Özdemir, s. 373; S. Altay, Türk Borçlar Kanunu, s. 200; M. Oruç, s. 115; A. Ö. Yenice, s. 89.

⁴¹⁹ M. A. Gümüş, s. 36; A. Ö. Yenice, s. 89-90.

satıcının satılanı alıcıya gönderme yan yükümlülüğünü üstlendiği bir satış sözleşmesinde, satılanın satıcı ya da ifa yardımcıları tarafından taşınması sırasında meydana gelebilecek tehlikeleri alıcıya yüklemek, tüketicinin korunması düşüncesine de aykırıdır⁴²⁰.

Bağımsız nitelikteki taşıyıcı, taşımacılık işiyle uğraşan kurye gibi gerçek kişi olabileceği gibi; kara, deniz, demir ya da hava yolunda nakliyecilik hizmeti veren kargo, nakliyat şirketi gibi bir tüzel kişi de olabilir⁴²¹.

Satılanın taşınması işleminin birden fazla taşıyıcı tarafından gerçekleştirilmesi durumunda, satılanın “*ilk bağımsız taşıyıcıya*” teslimiyle hasar alıcıya geçer. Örneğin, taşıma işi hem kara yolunda hem de deniz yolunda gerçekleştirilmekteyse ve kara yolunda farklı, deniz yolunda farklı taşıyıcılar tarafından gerçekleştirilmekteyse, bu durumda, bağımsız olması koşuluyla, satılanın satıcı tarafından ilk taşıyıcıya teslimiyle hasar alıcıya geçer⁴²².

Gönderilecek borç içeren satış sözleşmelerinde satıcı, gönderme yan yükümlülüğünü üstlenmekte; ancak satılanı taşıma borcunu üstlenmemektedir. Bununla birlikte, satıcının satılanı taşıyıcıya değil de taşıma işleri komisyoncusuna⁴²³

⁴²⁰ R. Serozan, İfa, s. 48.

⁴²¹ M. Oruç, s. 118.

⁴²² H. Özdemir, s. 373.

⁴²³ Türk Ticaret Kanunu’nun 917. maddesine göre, taşıma işleri komisyoncusu, taşıma işleri komisyonculuğu sözleşmesi ile eşya taşıtmayı üstlenen kişidir. Taşıma işleri komisyoncusu, taşıyıcıdan farklı olarak eşya taşıma işini bizzat kendisi gerçekleştirmemekte; taşıma işini fiilen gerçekleştirecek taşıyıcıyı ve taşıyıcıları

teslim etmesi durumunda, hasarın alıcıya geçip geçmeyeceği konusunda öğretide fikir birliği bulunmamaktadır. Öğretideki bir görüşe göre, satılanın taşıma işleri komisyoncusuna teslim edilmesi durumunda hasar alıcıya geçmez. Zira satılan ancak taşıyıcıya teslim edildiği takdirde satıcının satılan üzerindeki hâkimiyeti sona erer; satılanın taşıma işleri komisyoncusuna teslimi satıcının satılan üzerindeki fiili hâkimiyetini sona erdirmez. Taşıma işleri komisyoncusu, satıcıdan bağımsız bir kişi değil; satıcının gönderme yan yükümlülüğünü yerine getirmek için kendisine temsil yetkisi verdiği, kendisinden yararlandığı kişidir⁴²⁴. Öğretideki diğer bir görüşe göre ise, satılanın taşıma işleri komisyoncusuna teslimi, satılanın taşıyıcıya teslimi gibi hasarın geçişine neden olur⁴²⁵. Zira gönderilecek borç içeren satışlarda taşıma işleri komisyoncusu satıcının ifa yardımcısı sayılmaz⁴²⁶. Gerçekten de, gönderilecek borç içeren sözleşmelerde taşıma işleri komisyoncusu, satıcının ifa yardımcısı sayılmaz; ancak satılanın taşıma işleri komisyoncusuna tesliminin hasarın geçişine neden olmasından söz edilebilmesi için, taşıma işleri komisyoncusunun faaliyetine bakmak gerekir. Eğer taşıma işleri komisyoncusu bir taşıyıcı gibi hareket ediyor ve satılan malları bizzat taşıyorsa, söz konusu malların taşıma işleri komisyoncusuna teslimi, ilk taşıyıcıya teslim gibi hasarın geçişine neden olur. Buna karşılık, taşıma işleri komisyoncusu satılan malları bizzat taşımıyor ancak sadece söz konusu malların

seçmek, eşyanın taşınması için gereken taşıma, ardiye ve taşıma işleri komisyonculuğu sözleşmelerini yapmaktadır (TTK 918).

⁴²⁴ S. Altay, s. 138; M. Oruç, s. 122.

⁴²⁵ T. Akıntürk, s.

⁴²⁶ Z. Şenocak, s. 65.

taşınması işini organize ediyorsa, satılanın taşıma işleri komisyoncusuna teslimi hasarın geçişine neden olmaz⁴²⁷.

3. Taşıyıcıya Teslim

Gönderilecek borç içeren satış sözleşmelerinde, bağımsız taşıyıcıya teslimin hasarın geçişine neden olabilmesi için, satılanın fiili hâkimiyetinin satıcıdan taşıyıcıya geçirilmiş olması, diğer bir deyişle, taşıyıcının satılan üzerinde zilyet kılınması gerekir⁴²⁸. Türk Borçlar Kanunu’nun 208. maddesinin 3. fıkrasında, aynı maddenin 1. fıkrasından farklı olarak, “*zilyetliğin devri*” kavramına değil, “*teslim*” kavramına yer verilmiştir. Kanun koyucunun zilyetliğin devri kavramı yerine teslim kavramını kullanması bilinçlidir. Nitekim gönderilecek borç içeren satış sözleşmelerinde, satılanın satıcı tarafından alıcıya gönderilmesi; bunun için de satılanın fiili hâkimiyetinin taşıyıcıya geçirilmesi gerekir.

Gönderilecek borç içeren çeşit satışlarında, satılanın taşıyıcıya teslim edilmesine rağmen, çeşidin ayırt edilerek sözleşmeye özgülenmemiş olması durumunda, hasarın satılanın bağımsız taşıyıcıya teslimiyle alıcıya geçmesinden söz edilemez. Belirtildiği üzere, her ne kadar Kanun’da açıkça düzenlenmemişse de, gönderilecek borç içeren çeşit satışlarında bedel hasarının satılanın taşıyıcıya teslimiyle geçmesinden söz edilebilmesi için ayırt edilmiş olması gerekir⁴²⁹. Gönderilecek borç içeren çeşit

⁴²⁷ Ayrıca bkz. aşağıda §13. I. B. 2.

⁴²⁸ M. Oruç, s. 123; A. Ö. Yenice, s. 90.

⁴²⁹ M. Aydoğdu/N. Kahveci, s. 88; Y. M. Atamer, Taşınır Satımı Sözleşmesi, s. 193-194; M. Oruç, s. 139; M. Doğan, s. 89.

satışlarında, satılan taşıyıcıya teslim edildiği sırada henüz ayırt edilmemişse, ancak ayırt edildiği ve ayırt edildiğinin alıcıya bildirildiği anda hasar alıcıya geçer. Taşıma boyunca satılan ayırt edilmemişse, hasar satılanın zilyetliğinin devriyle alıcıya geçer⁴³⁰.

§ 7. KOŞULA BAĞLI SATIŞLARDA HASARIN GEÇİŞİ

I. Geciktirici Koşula Bağlı Satışlarda Hasarın Geçışı

818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 183. maddesinin 3. fıkrasında geciktirici koşula (şarta) bağlı satış sözleşmesinde hasarın geçişi konusu açıkça düzenlenmişti. Buna karşılık, Türk Borçlar Kanunu'nda geciktirici koşula bağlı satış sözleşmesinde hasarın geçişi konusu açıkça düzenlenmemiştir. Kanun'un gerekçesinde, geciktirici koşula bağlı satış sözleşmesinde hasarın alıcıya geçtiği ana ilişkin özel bir düzenlemeye tasarıda yer verilmediği, 818 sayılı Kanun'un 183. maddesinin 3. fıkrasının tasarıya alınmadığı açıkça ifade edilmiştir⁴³¹. Geciktirici koşula bağlı satış sözleşmesinde hasarın geçişi meselesinin Türk Borçlar Kanunu'nda açıkça

⁴³⁰ Satılan malların toplu olarak gönderilmesi konusunda bkz. aşağıda §13. I.

⁴³¹ Öğretide B. Çetiner, koşula bağlı satışlarda hasarın geçişi konusundaki 818 sayılı Kanun'da yer alan düzenlemeye Türk Borçlar Kanunu'nda yer verilmeyerek bilinçli kanun boşluğu yaratıldığını ifade etmektedir. Böylece kanun koyucu geciktirici koşula bağlı satışlarda hasarın geçişi konusundaki çözümü uygulamaya bırakmıştır (B. Çetiner s. 104).

düzenlenmemesi, bu tür satış sözleşmelerinde hasarın geçişi konusunda öğretide farklı görüşlerin ortaya çıkmasına neden olmuştur⁴³².

A. Geciktirici Koşula Bağlı Satış Sözleşmesi Kavramı

Türk Borçlar Kanunu'nun 170. maddesine göre, bir sözleşmenin hüküm ifade etmesinin, gerçekleşip gerçekleşmeyeceği bilinmeyen bir olguya bırakılması durumunda, sözleşmenin geciktirici koşula bağlanmasından söz edilir. Dolayısıyla, bir satış sözleşmesinin hüküm doğurmasının gelecekteki bir olayın ya da olgunun gerçekleşmesine ya da gerçekleşmemesine bağlanmasıyla, geciktirici koşula bağlı bir satış sözleşmesi meydana gelir⁴³³.

Geciktirici koşula bağlı satış sözleşmesi, Türk Borçlar Kanunu'nun 170. maddesinin 2. fıkrası gereğince, aksi kararlaştırılmamışsa, ancak koşulun gerçekleştiği andan başlayarak hüküm ifade eder⁴³⁴. Bununla birlikte, geciktirici

⁴³² Öğretide, hasarın Türk Borçlar Kanunu'nda zilyetliğin devriyle alıcıya geçeceğinin kabul edilmesi nedeniyle, yürürlükten kalkan 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda geciktirici koşula bağlı satışlar için yapılmış olan düzenlemeye ihtiyaç kalmadığı, Türk Borçlar Kanunu'nda geciktirici koşula bağlı satışlar ile koşula bağlı olmayan satışlar hakkında aynı esasın benimsendiği yönünde görüşler de bulunmaktadır (A. Zevkliler/K. E. Gökyayla, s. 53).

⁴³³ M. K. Oğuzman/M. T. Öz, s. 498.

⁴³⁴ Bununla birlikte, istisnai de olsa, bazı hâllerde tarafların geciktirici koşula bağlı satış sözleşmesinin koşulun gerçekleştiği tarihten geçmişe etkili olacağını

koşula bağlı satış sözleşmesi, koşul gerçekleşmeden önce de varlığını sürdürür. Ancak sözleşmenin tarafları koşulun gerçekleşmesinden önce henüz doğmamış olan borcun ifa edilmesini talep edemez⁴³⁵. Koşulun gerçekleşmesinin askıda bu olduğu dönemde, koşula bağlı hak sahibinin, beklenen hakkından söz edilir⁴³⁶. Geciktirici koşula bağlı bir satış sözleşmesinde, koşulun daha gerçekleşmediği dönemde, alıcı, henüz satılanın mülkiyetini elde etmiş değildir. Buna rağmen, alıcının beklenen hakkı, malvarlıksal değeri bulunan bir haktır⁴³⁷.

Geciktirici koşula bağlı satış sözleşmesinde kararlaştırılan koşulun gerçekleşmesiyle ya da gerçekleşmemesiyle⁴³⁸ sözleşme kendiliğinden sonuçlarını kesin olarak doğurmaya başlar⁴³⁹ ve böylece koşula bağlı borç doğar⁴⁴⁰. Aksi

kararlandırmaları mümkündür (M. K. Oğuzman/M. T. Öz, s. 505; S. S. Tekinay/G. S. Akman/H. Burcuoğlu/A. Altop, s. 330).

⁴³⁵ M. K. Oğuzman/M. T. Öz, s. 506.

⁴³⁶ A. L. Sirmen, **Türk Özel Hukukunda Şart**, Ankara, 1992, s. 131; H. Pulaşlı, **Şarta Bağlı İşlemler ve Hukukî Sonuçları**, Ankara, 1989, s. 152.

⁴³⁷ A. L. Sirmen, **Şart**, s. 133; H. Pulaşlı, s. 152.

⁴³⁸ Türk Borçlar Kanunu'nun 175. maddesi uyarınca, geciktirici koşul henüz gerçekleşmeden ya da koşulun gerçekleşmeyeceği ortaya çıkmadan, taraflardan birinin duruma müdahalesiyle, koşulu oluşturan olayın gerçekleşmesine ya da gerçekleşmemesine engel olma söz konusu olursa ve bu engel olma dürüstlük kurallarına aykırıysa, koşul gerçekleşmiş ya da gerçekleşmemiş sayılır (M. K. Oğuzman/M. T. Öz, s. 511).

⁴³⁹ A. L. Sirmen, **Şart**, s. 171; H. Pulaşlı, s. 217.

tarafarca kararlaştırılmamışsa, geciktirici koşula baēlı satış sōzleřmesi, koşulun gerēekleřtiēi andan başlayarak ileriye etkili olarak sonuēlarını doēurur (TBK m. 170/2)⁴⁴¹.

B. Geciktirici Koşula Baēlı Satış Sōzleřmelerinde Hasarın Geēiř Anı

Geciktirici koşula baēlı satış sōzleřmelerinde hasarın geēiři konusunda ōēretide fikir birliēi bulunmamaktadır. Őēretideki bir gōrūře gōre, geciktirici koşula baēlı bir satış sōzleřmesinde, koşul henūz gerēekleřmeden ōnce, satılanın alıcıya teslim edilmesi durumunda, hasarın 818 sayılı Kanun'da olduēu gibi, ancak geciktirici koşulun gerēekleřmesiyle birlikte alıcıya geēeceēi savunulabilir⁴⁴². Her ne kadar, Tūrk Borēlar Kanunu'nun 172. maddesine gōre geciktirici koşula baēlı bir satış sōzleřmesinde satılanın, koşulun gerēekleřmesinden ōnce alıcıya verilmesi durumunda, koşul gerēekleřirse, alıcı koşul gerēekleřene kadar elde ettiēi yararların sahibi olmaktaysa da, burada yarar ve hasarın aynı anda geēmesi kuralının bir istisnası vardır⁴⁴³. Bu gōrūře gōre, koşul henūz gerēekleřmeden ōnce, satılanın alıcıya teslim edilmesi durumunda teslimle birlikte yarar alıcıya geēerken, koşul gerēekleřene kadar hasara satıcı katlanacaktır⁴⁴⁴.

⁴⁴⁰ M. K. Oēuzman/M. T. Öz, s. 513.

⁴⁴¹ A. L. Sirmen, şart, s. 171; H. Pulaşlı, s. 219.

⁴⁴² M. Aydoēdu/N. Kahveci, s. 81.

⁴⁴³ M. Aydoēdu/N. Kahveci, s. 80.

⁴⁴⁴ M. Aydoēdu/N. Kahveci, s. 81; M. Doēan, s. 91.

Öğretideki diğer bir görüşe göre ise, Türk Borçlar Kanunu'nun hasarın geçişine ilişkin hükümleri, kural olarak geciktirici koşula bağlı satış sözleşmelerinde de geçerli olur⁴⁴⁵. Gerçekten de, geciktirici koşula bağlı satış sözleşmesinde hasar, 818 sayılı Kanun'da olduğu gibi koşulun gerçekleşmesi anından itibaren alıcıya geçmez. Geciktirici koşula bağlı satış sözleşmelerinde hasar, Türk Borçlar Kanunu'nun hasarın geçişine ilişkin olarak öngördüğü andan; aranacak borç içeren satışlarda zilyetliğin devri, götürülecek borç içeren satışlarda satılanın teslimi, gönderilecek borç içeren satışlarda satılanın bağımsız taşıyıcıya teslimi anından itibaren alıcıya geçer. Dolayısıyla, koşulun gerçekleşmesinden önce, satılanın sözleşmenin ifası amacıyla ve koşulun ileride gerçekleşeceği beklentisiyle, zilyetliğinin devri hasarın alıcıya geçmesine neden olur⁴⁴⁶. Hasarın alıcıya geçmesi anından itibaren, koşulun gerçekleşmesi durumunda, taraflara yüklenemeyen nedenlerle sözleşmenin gereği gibi ifasının imkânsızlaşmasının sonuçlarına alıcı katlanır. Bu çerçevede, alıcı, satılanı gereği gibi elde edememesine rağmen, satış bedelini ödemekle yükümlü olur. Hasarın alıcıya geçmesine rağmen, gerçekleşmesi beklenen olgunun gerçekleşmeyeceğinin belli olması ya da gerçekleşmemesi istenen olgunun gerçekleşmesi durumunda, sözleşme baştan itibaren hüküm ve sonuç doğurmayacağından hasar ile ilgili sorun da sona erer⁴⁴⁷.

⁴⁴⁵ H. Özdemir, s. 367; M. A. Gümüş, s. 39; Y. M. Atamer, Taşınır Satımı Sözleşmesi, s. 195.

⁴⁴⁶ H. N. Nomer/B. İ. Engin, s. 65.

⁴⁴⁷ H. N. Nomer/B. İ. Engin, s. 65.

Öğretide, geciktirici koşula bağlı bir satış sözleşmesinde hasarın, Türk Borçlar Kanunu'nun 208. maddesinde öngörüldüğü biçimde alıcıya geçeceğine, başka bir çözüm yoluyla daha ulaşılmaktadır. Buna göre, geciktirici koşula bağlı bir satış sözleşmesinde, koşul henüz gerçekleşmeden önce, satılanın alıcıya teslim edilmesi durumunda, hasarın alıcıya geçtiği anın belirlenmesinde, Türk Borçlar Kanunu'nun koşul gerçekleşinceye kadar elde edilen yararları düzenleyen 172. maddesi dikkate alınmalıdır. Türk Borçlar Kanunu'nun 172. maddesinin 1. fıkrasına uyarınca, geciktirici koşula bağlı bir satış sözleşmesinde, satılanın koşulun gerçekleşmesinden önce alıcıya verilmesi durumunda, koşul gerçekleşirse, alıcı koşul gerçekleşene kadar elde ettiği yararların sahibi olmaktadır. Dolayısıyla, satılanın koşulun gerçekleşmesinden önce alıcıya verilmesi durumunda, yararlar sahibi olan alıcının hasara da katlanması gerekir. Bu durum yarar ve hasarın alıcıya aynı anda geçmesi ilkesinin⁴⁴⁸ ve de hakkaniyetin bir gereğidir⁴⁴⁹.

⁴⁴⁸ C. Yavuz/F. Acar/B. Özen, s. 77; B. Çetiner, s. 104; S. Altay, Türk Borçlar Kanunu, s. 201.

⁴⁴⁹ M. Aydoğdu/N. Kahveci, s. 80; S. Altay, Türk Borçlar Kanunu, s. 201. *M. Aydoğdu/N. Kahveci*, geciktirici koşula bağlı bir satış sözleşmesinde, koşul henüz gerçekleşmeden önce, satılanın alıcıya teslim edilmesi durumunda hasarın geçiş anının tespiti bakımından her somut olaya göre değerlendirme yapılması gerektiğini de ifade etmektedir (M. Aydoğdu/N. Kahveci, s. 81).

II. Bozucu Koşula Bağlı Satışlarda Hasarın Geçişi

818 sayılı Borçlar Kanunu'nda olduğu gibi, 6098 sayılı Kanun'da da bozucu koşula bağlı satışlarda hasarın geçişi konusu açıkça düzenlenmemiştir. Bununla birlikte, bozucu koşula bağlı satışlarda hasarın geçişi konusu öğretide ele alınmakta ve tartışılmaktadır. Özellikle bozucu koşula bağlı satış sözleşmesinde, bozucu koşulun gerçekleşmesiyle sözleşmenin hüküm ve sonuçlarının sona ermesinin geçmişe etkili olup olmayacağı ve bu durumun hasarın geçişine olan etkisi hususunda öğretide görüş birliği bulunmamaktadır.

A. Bozucu Koşula Bağlı Satış Sözleşmesi Kavramı

Türk Borçlar Kanunu'nun 173. maddesine göre, bir sözleşmenin sona ermesi, önceden gerçekleşip gerçekleşmeyeceği bilinmeyen bir olguya bağlanırsa, bozucu koşula bağlı sözleşmeden bahsedilir. Dolayısıyla bir satış sözleşmesinin, önceden gerçekleşip gerçekleşmeyeceği bilinmeyen bir olayın ya da olgunun gerçekleşmesiyle ya da gerçekleşmemesiyle sona ereceğinin kararlaştırılması durumunda, bozucu koşula bağlı satış söz konusu olur⁴⁵⁰.

Bozucu koşula bağlı satış sözleşmesinde, sözleşme, koşula bağlı olmakla birlikte, kurulmakla hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlar. Diğer bir anlatımla, bozucu koşula bağlı bir satış sözleşmesinde, koşul gerçekleşene kadar, sözleşmeden doğan hüküm ve sonuçlar varlıklarını ve geçerliliklerini korur⁴⁵¹.

⁴⁵⁰ A. L. Sirmen, Şart, s. 54 vd.; H. Pulaşlı, s. 63 vd.; M. K. Oğuzman/M. T. Öz, s. 498.

⁴⁵¹ A. L. Sirmen, Şart, s. 157; H. Pulaşlı, s. 188; F. Eren, Borçlar Genel, s. 1176.

B. Bozucu Koşula Bağlı Satış Sözleşmesinde Hasarın Geçiş Anı

Bozucu koşula bağlı satış sözleşmesinin, sözleşmenin kurulmasıyla birlikte hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlaması nedeniyle, bozucu koşulun gerçekleşmesi anına kadar, hasarın geçişi bakımından koşula bağlı olmayan satış sözleşmelerinde geçerli olan kurallar, bozucu koşula bağlı satış sözleşmeleri bakımından da geçerlidir. Dolayısıyla, bozucu koşula bağlı bir satış sözleşmesinde, bozucu koşulun gerçekleşip gerçekleşmeyeceğinin belli olmadığı ara dönemde, hasar, koşula bağlı olmayan satış sözleşmelerinde hasarın geçişini düzenleyen hükümlere göre geçer⁴⁵².

Bozucu koşula bağlı bir satış sözleşmesinde, koşulun gerçekleşmesiyle ya da gerçekleşmemesiyle birlikte⁴⁵³, koşulun gerçekleşme yahut gerçekleşmeme anından itibaren, sözleşmenin hüküm ve sonuçları ortadan kalkar⁴⁵⁴. Bozucu koşulun gerçekleşmesiyle sözleşmenin hüküm ve sonuçlarının ortadan kalkmasından söz

⁴⁵² H. N. Nomer, s. 359.

⁴⁵³ Bazı durumlarda bozucu şartın henüz gerçekleşmesine ya da gerçekleşmemesine rağmen, şartın gerçekleşmiş ya da gerçekleşmemiş sayılması söz konusu olmaktadır. Keza Türk Borçlar Kanunu'nun 175. maddesine göre, taraflardan biri, koşulun gerçekleşmesine dürüstlük kurallarına aykırı olarak engel olursa, koşul gerçekleşmiş sayılır. Taraflardan biri, koşulun gerçekleşmesini dürüstlük kurallarına aykırı biçimde sağlarsa, koşul gerçekleşmemiş sayılır (A. L. Sirmen, Şart, s. 167 vd.; H. Pulaşlı, s. 195 vd.).

⁴⁵⁴ A. L. Sirmen, Şart, s. 179; H. Pulaşlı, s. 179; F. Eren, Borçlar Genel, s. 1176.

edilebilmesi için sözleşmenin taraflarının durumdan haberdar olması ya da tarafların herhangi bir bildirimde bulunmasına da gerek yoktur⁴⁵⁵. Bozucu koşulun gerçekleştiği anda, satış sözleşmesinin hüküm ve sonuçları kendiliğinden ortadan kalkmaktadır⁴⁵⁶.

Öğretideki bir görüşe göre, gerek sürekli sözleşmelerde gerekse de ani edimli sözleşmelerde Türk Borçlar Kanunu'nun 173. maddesinin 3. fıkrası gereğince, aksi kararlaştırılmadıkça veya işin niteliğinden anlaşılmadıkça, bozucu koşulun gerçekleşmesiyle sözleşmenin sona ermesi, geçmişe etkili değildir. Buna karşılık, öğretide savunulan bir diğer görüşe göre ise, ani edimli sözleşmelerde bozucu koşulun gerçekleşmesiyle sözleşmenin sona ermesi, işin niteliği gereği, geçmişe etkilidir⁴⁵⁷. Gerçekten de, bozucu koşulun gerçekleşmesi durumunda, tıpkı sözleşmeden dönmede olduğu gibi, bozucu koşulla yapılan sözleşmeye dayanılarak gerçekleştirilen kazandırmanın iadesi, taraflar arasında yapılan satış sözleşmesine göre gerçekleştirilecektir⁴⁵⁸.

Ani edimli sözleşmelerde bozucu koşulun gerçekleşmesinin ileriye etkili olacağının kabul edilmesi durumunda, hasarın satış sözleşmesinde hasarın geçişini düzenleyen hükümlere göre alıcıya geçişinden sonra, bozucu koşulun gerçekleşmesi

⁴⁵⁵ A. L. Sirmen, Şart, s. 179; H. Pulaşlı, s. 221; M. K. Oğuzman/M. T. Öz, s. 514.

⁴⁵⁶ A. L. Sirmen, Şart, s. 179; H. Pulaşlı, s. 221.

⁴⁵⁷ A. L. Sirmen, Şart, s. 180; H. Pulaşlı, s. 221; M. K. Oğuzman/M. T. Öz, s. 516; F. Eren, Borçlar Genel, s. 1178.

⁴⁵⁸ A. L. Sirmen, Şart, s. 182; M. K. Oğuzman/M. T. Öz, s. 359; F. Eren, Borçlar Genel, s. 1178.

herhangi bir farklılık yaratmaz. Böylece, bozucu koşula bağlı satış sözleşmesinde, bozucu koşul hasarın alıcıya geçişinden önce gerçekleşirse, sözleşme ileriye etkili olarak kendiliğinden sona ereceğinden, hasar sorunu da sona erer⁴⁵⁹. Bozucu koşulun hasarın alıcıya geçişinden sonra gerçekleşmesi durumunda, hasar, alelaide satış sözleşmesindeki hasarın geçişi hükümlerine göre alıcıya geçtiğinden, sözleşmenin sona ermesi ileriye etkili olur ve satıcı almış olduğu bedeli iade etmez; ancak henüz satış bedeli ödenmemişse, satıcı bedeli talep edemez⁴⁶⁰. Bu durumda hasara satıcı katlanmış olur.

Ani edimli sözleşmelerde bozucu koşulun gerçekleşmesinin geriye etkili olacağının kabul edilmesi durumunda, bozucu koşul hasarın alıcıya geçişinden önce gerçekleşirse, sözleşme geriye etkili olarak sona erer ve hasar sorunu doğmaz. Buna karşılık, hasarın alıcıya geçmesinden sonra, bozucu koşulun gerçekleşmesi, sözleşmenin hüküm ve sonuçlarının geriye etkili olarak ortadan kalkmasına neden olduğundan, bu aşamada artık satış sözleşmesinde hasarın geçişine ilişkin hükümlerin uygulanması mümkün değildir. Hasar, koşulun gerçekleşmesinden önce alıcıya geçmişse, bozucu koşul gerçekleşene kadar hasarı alıcı taşır. Ancak bozucu koşulun gerçekleşmesiyle birlikte, satış sözleşmesinin hüküm ve sonuçları geçmişe etkili olarak ortadan kalkacağından, artık hasarı alıcının taşımasından söz edilemez. Bu durumda edim ve karşı edim hasarına satıcı katlanır. Dolayısıyla edimin ifasının sonradan taraflara yüklenemeyen nedenlerle imkânsızlaşması, satılanı iade etme yükümlülüğü sona eren alıcının, satış bedelini henüz ödememişse, ödemekten

⁴⁵⁹ M. Aydoğdu/N. Kahveci, s. 81.

⁴⁶⁰ H. N. Nomer/B. İ. Engin, s. 66; B. Çetiner, s. 104.

kurtulmasını; satış bedelini ödemişse söz konusu bedelin iadesini talep edebilmesini sağlar⁴⁶¹. Örneğin, gönderme borcu içeren bozucu koşula bağlı bir parça satışında, satılanın bağımsız taşıyıcıya tesliminden sonra bozucu koşulun gerçekleşmesi durumunda, sözleşmenin hüküm ve sonuçları geçmişe etkili olarak ortadan kalkacağından, tarafların aldıklarını iade borcu doğar. Bu arada taraflara yüklenemeyen nedenlerle satılanın geri verilmesi imkânsız hâle gelirse, alıcı satılanı iade borcundan kurtulur ve ödemiş olduğu bedelin iadesini satıcıdan isteyebilir.

III. Beğenme Koşuluyla Satış Sözleşmesinde Hasarın Geçışı

Satış sözleşmesinin özel bir türü olan beğenme koşuluyla satış sözleşmesi⁴⁶², Türk Borçlar Kanunu'nun 249. maddesi ve devamında düzenlenmiştir. Alıcı yönünden iradi koşula bağlı bir satış sözleşmesi⁴⁶³ niteliği taşıyan beğenme koşuluyla satış sözleşmesinde, hasarın geçışı konusu, Türk Borçlar Kanunu'nda özel olarak düzenlenmemiştir. Bununla birlikte, alelade satış sözleşmesinden ayrılan yönleri nedeniyle, beğenme koşuluyla satış sözleşmesinde hasarın geçışı konusunun özel olarak ele alınması gerekir. Koşula bağlı bir satış sözleşmesi türü olan beğenme koşuluyla satış sözleşmesi, geciktirici koşula ya da bozucu koşula bağlı olarak kurulabileceğinden, beğenme koşuluyla satış sözleşmesinin geciktirici koşula bağlı

⁴⁶¹ H. N. Nomer/B. İ. Engin, s. 66; M. Aydoğdu/N. Kahveci, s. 82. Krş. B. Çetiner, s. 104.

⁴⁶² O. G. Antalya, **Türk, İsviçre ve Alman Hukuklarında Tecrübe veya Muayene (Alıcının Onaylaması) Şartıyla Satım**, İstanbul, 1993, s. 23.

⁴⁶³ C. Yavuz/F. Acar/B. Özen, s. 264.

satışlarda hasarın geçişinden ya da bozucu şarta bağlı satışlarda hasarın geçişinden ayrı olarak incelenmesi gerekir.

A. Beğenme Koşuluyla Satış Sözleşmesinin Tanımı ve Türleri

Yürürlükten kalkan 818 sayılı Kanun'da "*tecrübe ve muayene şartıyla satım*" olarak adlandırılan⁴⁶⁴ beğenme koşuluyla satış sözleşmesi, koşula bağlı bir sözleşme olup satış sözleşmesinin özel bir türünü oluşturmaktadır. Beğenme koşuluyla satış sözleşmesi, kural olarak geciktirici koşula bağlı olarak kurulmaktadır⁴⁶⁵. Bununla birlikte beğenme koşuluyla satışın bozucu koşula bağlı olarak kurulmasının önünde bir engel bulunmamaktadır⁴⁶⁶.

1. Beğenme Koşuluyla Satış Sözleşmesinin Tanımı

Beğenme koşuluyla satış sözleşmesi, Türk Borçlar Kanunu'nun 249. maddesinde tanımlanmıştır. Türk Borçlar Kanunu'nun 249. maddesine göre,

⁴⁶⁴ Tecrübe ve muayene şartıyla satım teriminin eleştirisi için bkz. O. G. Antalya, s. 4 vd.

⁴⁶⁵ C. Yavuz/F. Acar/B. Özen, s. 264; O. G. Antalya, s. 40.

⁴⁶⁶ C. Yavuz/F. Acar/B. Özen, s. 265; O. G. Antalya, s. 40; M. Aydoğdu/N. Kahveci, s. 328. Öğretide M. A. Gümüş, "*Beğenme koşuluyla satış, alıcının satılanı denemesi (tecrübesi) veya incelemesi (muayenesi/gözden geçirmesi) ve sonrasında onaylaması geciktirici iradi koşuluna bağlı (parça) satış(ı) sözleşmesi olarak tanımlanabilir.*" demek suretiyle, beğenme koşuluyla satış, geciktirici koşula bağlı satış sözleşmesinin bir türü olarak tanımlamaktadır (M. A. Gümüş, s. 189).

beğenme koşuluyla satış sözleşmesi, alıcının satılanı deneyerek ya da gözden geçirerek beğenmesi koşuluna bağlı olarak yapılan satış sözleşmesidir.

Beğenme koşuluyla satış sözleşmesinden söz edilebilmesi için, sözleşmenin taraflarının satış sözleşmesinin esaslı unsurları üzerinde anlaşmalarının yanında, alıcının satılanı serbest iradesiyle onaylaması koşulunun kararlaştırılmış olması gerekir⁴⁶⁷. Diğer bir anlatımla, beğenme koşuluyla satış sözleşmesinde taraflar, alıcının deneme veya gözden geçirmeye elverişli nitelikteki satılanı beğenip beğenmeme konusunda serbest olması üzerinde uzlaşmaktadır⁴⁶⁸. Böylece, alıcı, tek taraflı iradesiyle serbestçe, satılanı beğendiğini ve alıkoymak istediğini beyan edebilmekte yahut satılanı beğenmediğini ve alıkoymak istemediğini açıklayabilmektedir⁴⁶⁹. Nitekim Türk Borçlar Kanunu'nun 250. maddesinin 1. fıkrasında, beğenme koşuluyla satışta alıcının, satılanı kabul etmekte ya da herhangi bir neden göstermeksizin geri vermekte serbest olduğu düzenlenmiştir.

2. Beğenme Koşuluyla Satış Sözleşmesinin Türleri

Koşulun hukuki işlemin hükümlerine etkisi yönünden, beğenme koşuluyla satış sözleşmesinin, beğenme geciktirici koşuluyla satış sözleşmesi ve beğenmeme bozucu koşuluyla satış sözleşmesi olmak üzere iki türü bulunmaktadır⁴⁷⁰. Bununla birlikte,

⁴⁶⁷ O. G. Antalya, s. 37.

⁴⁶⁸ C. Yavuz/F. Acar/B. Özen, s. 265.

⁴⁶⁹ C. Yavuz/F. Acar/B. Özen, s. 265.

⁴⁷⁰ O. G. Antalya, s. 38-39.

her iki koşul türünde de koşulun hukuki etkisi, alıcının satılanı serbest isteğiyle beğenmesi ya da beğenmemesi olgusuna bağlanmıştır⁴⁷¹.

Tarafların sözleşmede öngörülen koşulu geciktirici koşul olarak mı yoksa bozucu koşul olarak mı kararlaştırdıkları hususu, tarafların gerçek iradelerinin araştırılması yoluyla belirlenir⁴⁷². Taraflarca öngörülen koşulun geciktirici koşul mu yoksa bozucu koşul mu olduğu tespit edilemiyorsa, söz konusu koşulun geciktirici bir koşul olduğu yönünde yorum yapılmaktadır⁴⁷³. Nitekim bozucu koşula bağlı sözleşme, yapıldığı andan itibaren hüküm ve sonuç doğurmaya başladığından, koşul henüz gerçekleşmeden tarafların sözleşmenin sonuç doğurmasını istemeyeceklerinden hareketle, şüphe hâlinde sözleşmenin geciktirici koşula bağlı olarak yapıldığı kabul edilmektedir⁴⁷⁴.

a. Beğenme Geciktirici Koşuluyla Satış Sözleşmesi

Satış sözleşmesinin taraflarının, sözleşmenin hüküm ifade etmesini, gerçekleşip gerçekleşmeyeceği bilinmeyen “*alıcının satılanı onaylaması*” olgusuna bağlamaları durumunda, beğenme geciktirici koşuluyla satıştan söz edilir⁴⁷⁵. Beğenme geciktirici koşuluyla satışta, alıcının satılanı beğenip beğenmeyeceği belirsizdir. Sözleşme, ancak alıcının satılanı beğenmesi; diğer bir deyişle, onaylaması durumunda hüküm

⁴⁷¹ O. G. Antalya, s. 46.

⁴⁷² O. G. Antalya, s. 44; A. L. Sirmen, Şart, s. 62.

⁴⁷³ O. G. Antalya, s. 45-46; A. L. Sirmen, Şart, s. 63-64.

⁴⁷⁴ A. L. Sirmen, Şart, s. 64.

⁴⁷⁵ O. G. Antalya, s. 40.

doğurmaya başlar. Her ne kadar, sözleşmenin hüküm ve sonuçları, alıcının satılanı beğenmesiyle ortaya çıkacak olsa da, taraflar, sözleşmenin kurulduğu andan itibaren sözleşmeyle bağlıdır. Bununla beraber, alıcının henüz satılanı onaylamadığı aşamada sözleşmenin hukuki etkisi askıdadır⁴⁷⁶. Bu aşamada satılanın zilyetliği alıcıya geçmiş olsa bile, Türk Borçlar Kanunu’nun 250. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, beğenme koşulunun gerçekleştiği ana kadar satılanın mülkiyeti alıcıya geçmez.

Alıcının satılanı beğendiğini bildirmesi durumunda, koşul gerçekleşir ve böylece sözleşmenin hüküm ve sonuçları doğmaya başlar. Kanun koyucu, Türk Borçlar Kanunu’nun 252. maddesinin 1. fıkrasında, deneme veya gözden geçirmenin alıcının nezdinde gerçekleşmesi durumunda, alıcının susmasının yasal bir varsayım olarak alıcının satılanı onayladığı anlamına geleceğini⁴⁷⁷ ve böylece beğenme geciktirici koşulunun gerçekleşerek satış sözleşmesinin hüküm ve sonuçlarını doğuracağını düzenlemiştir⁴⁷⁸. Kanun koyucu, Kanun’un 252. maddesinin 2. fıkrasında ise, alıcının, hiçbir çekince belirtmeksizin satış bedelinin tamamını veya bir kısmını ödemesi yahut satılanı deneme veya gözden geçirme amacını aşacak bir biçimde

⁴⁷⁶ A. L. Sirmen, Şart, s. 130.

⁴⁷⁷ M. A. Gümüş, s. 190.

⁴⁷⁸ Türk Borçlar Kanunu’nun 252. maddesinin 1. fıkrası aynen şöyledir: “*Satılan, denenmeksizin veya gözden geçirilmeksizin alıcıya verilmişse, sözleşme veya âdete göre gereken süre içinde veya böyle bir süre yoksa, satıcının ihtarı üzerine alıcı, satılanı beğenmediğini hemen bildirmez veya onu geri vermezse, beğenme koşulu gerçekleşmiş olur.*”

kullanması durumunda, beğenme geciktirici koşulunun gerçekleşeceğini ve böylece bu durumda da satış sözleşmesinin hüküm ve sonuçlarını doğuracağını düzenlemiştir.

b. Beğenmeme Bozucu Koşuluyla Satış Sözleşmesi

Satış sözleşmesinin taraflarının, sözleşmenin sona ermesini, önceden gerçekleşip gerçekleşmeyeceği bilinmeyen “*alıcının satılanı onaylamaması*” olgusuna bağlamaları durumunda, beğenmeme bozucu koşuluyla satıştan söz edilir⁴⁷⁹. Beğenmeme bozucu koşuluyla satışta, beğenme geciktirici koşuluyla satışta olduğu gibi, alıcının satılanını beğenip beğenmeyeceği belirsizdir. Bununla birlikte, alıcı satılanı beğenmediğini bildirene kadar satış sözleşmesi, hüküm ve sonuçlarını doğurmaktadır. Türk Borçlar Kanunu’nun 250. maddesinin 2. fıkrasında yer alan, beğenme koşulunun gerçekleştiği ana kadar satılanın mülkiyetinin alıcıya geçmeyeceği hükmü, beğenmeme bozucu koşuluyla satış sözleşmesi bakımından uygulama alanı bulmaz. Nitekim Kanun’un 250. maddesinin 2. fıkrasında açıkça “*beğenme*” koşulundan söz edilmektedir. Böylece, söz konusu hükmün beğenme geciktirici koşuluyla satış sözleşmesinde geçerli olduğu; genişletici yorum yapılarak beğenmeme bozucu koşuluyla satış sözleşmesine uygulanmasının mümkün olmadığı söylenebilir. Bu nedenle beğenmeme bozucu koşuluyla satış sözleşmesinde satılanın zilyetliğinin alıcıya devri, satılanın mülkiyeti alıcıya geçmesine neden olur⁴⁸⁰.

Alıcının satılanı beğenmediğini bildirmesi durumunda koşul gerçekleşir ve böylece sözleşmenin hüküm ve sonuçları kendiliğinden sona erer. Eğer, alıcı,

⁴⁷⁹ O. G. Antalya, s. 41.

⁴⁸⁰ M. Aydoğdu/N. Kahveci, s. 328; C. Yavuz/F. Acar/B. Özen, s. 268-269.

sözleşmede öngörülen sürede, satılanı beğenmediğini bildirmezse, sözleşme baştan itibaren koşulsuz bir satış sözleşmesi gibi hüküm doğurur. Kanun koyucu, Türk Borçlar Kanunu’nun 251. maddesinde, deneme veya gözden geçirmenin satıcının yanında yapılması durumunda, alıcının susmasının yasal bir varsayım olarak alıcının satılanı onaylamadığı anlamına geleceğini⁴⁸¹ ve böylece beğenmeme bozucu koşulunun gerçekleşeceğini, dolayısıyla satış sözleşmesinin sona ereceğini öngörmüştür⁴⁸².

B. Beğenme Geciktirici Koşuluyla Satış Sözleşmesinde Hasarın Geçışı

Beğenme geciktirici koşuluyla satış sözleşmesinde hasarın geçışı konusunda, öğretide farklı görüşler bulunmaktadır.

Öğretide yer alan bir görüşe göre, Türk Borçlar Kanunu’nda, yürürlükten kalkan 818 sayılı Kanun’dan farklı olarak, geciktirici koşula bağlı satış sözleşmelerinde hasarın geçışı konusunda özel bir hüküm düzenlenmemiştir. Bununla birlikte, Türk Borçlar Kanunu’nun 172. maddesinin 1. fıkrasında, geciktirici koşula bağlı bir satış sözleşmesinde satılanın koşulun gerçekleşmesinden önce alıcıya verilmişse, koşulun

⁴⁸¹ M. A. Gümüş, s. 190.

⁴⁸² Türk Borçlar Kanunu’nun 251. maddesi aynen şöyledir: “Deneme veya gözden geçirme satıcının yanında yapılmak gerekip de alıcı, satılanı sözleşme veya âdete göre gerekli süre içinde kabul edip etmediğini açıklamazsa, satıcı sözleşmeyle bağlılıktan kurtulur. Böyle bir süre belirlenmemişse, satıcı uygun bir süre geçtikten sonra, satılanı kabul edip etmediğini bildirmesi için alıcıya ihtarla bulunabilir; bu ihtara hemen cevap verilmezse satıcı, sözleşmeyle bağlılıktan kurtulur.”

gerçekleşmesi durumunda, alıcının, koşul gerçekleşene kadar elde ettiği yararların sahibi olacağı düzenlenmiştir. Bu nedenle, satılanın zilyetliğinin beğenme geciktirici koşulun gerçekleşmesinden önce alıcıya devredilmesi durumunda, hasar zilyetliğin devriyle; diğer bir deyişle Türk Borçlar Kanunu’nun 208. maddesinde öngörüldüğü biçimde alıcıya geçer. Bununla birlikte, beğenme geciktirici koşuluyla satışta, zilyetliğin alıcıya devrinin amacı, satılanın mülkiyetinin alıcıya devri değil; beğenme koşulunu gerçekleştirmektir. Bu nedenle, beğenme geciktirici koşuluyla satışta, hasarın, beğenme koşulunun gerçekleştiği andan itibaren alıcıya geçeceği kabul edilmelidir⁴⁸³.

Öğretide yer alan bir diğer görüşe göre ise, alıcı satılan üzerinde zilyet kılınmış ise, satıcı ile alıcı arasında yalnızca beğenme geciktirici koşuluyla bir satış sözleşmesi değil; aynı zamanda bir beğenme geciktirici koşuluna bağlı kısa elden teslim sözleşmesi söz konusudur. Gerçekten de, beğenme koşulunun gerçekleşmesiyle hem taraflar arasındaki beğenme geciktirici koşuluyla satış sözleşmesi hem de beğenme geciktirici koşuluna bağlı kısa elden teslim sözleşmesi hüküm doğurur. Böylece, “*beğenme koşulunun gerçekleşmesiyle birlikte*” hasar alıcıya geçer. Alıcı beğenme geciktirici koşulu gerçekleşmeden önce satılana zilyet kılınmadıysa, bu durumda hasar Türk Borçlar Kanunu’nun 208. maddesinde öngörüldüğü biçimde alıcıya geçer⁴⁸⁴.

⁴⁸³ M. Aydoğdu/N. Kahveci, s. 328;

⁴⁸⁴ M. A. Gümüş, s. 39; M. Doğan, s. 91.

C. Beğenmeme Bozucu Koşuluyla Satış Sözleşmesinde Hasarın Geçiş

Satış sözleşmesinin bir türü olan beğenmeme bozucu koşuluyla satış sözleşmesi de ani edimli bir sözleşmedir. Ani edimli sözleşmelerde bozucu koşulun gerçekleşmesinin ileriye etkili mi yoksa geriye etkili olduğu öğretide tartışmalı olduğundan, kabul edilecek görüşe göre bozucu koşula sözleşmelerde hasarın geçiş anı değişir. Diğer bir anlatımla, beğenmeme bozucu koşuluyla satış sözleşmesinde de hasarın geçiş anı, beğenmeme bozucu koşulunun gerçekleşmesinin etkisinin ileriye mi yoksa geriye mi olduğunun kabulüne göre değişmektedir.

Beğenmeme bozucu koşulunun gerçekleşmesinin ileriye etkili olacağının kabul edilmesi durumunda, hasarın satış sözleşmesinde hasarın geçişini düzenleyen hükümlere göre alıcıya geçeceği kabul edilir. Beğenmeme bozucu koşuluyla satış sözleşmesinde, alıcının satılana onay vermemesi, hasarın alıcıya geçişinden önce gerçekleşirse, sözleşme ileriye etkili olarak kendiliğinden sona ereceğinden, hasar sorunu da sona erer⁴⁸⁵. Hasarın, satış sözleşmesinde hasarın geçişini düzenleyen hükümlere göre alıcıya geçişinden sonra, alıcının satılana onay vermemesi durumunda, sözleşme ileriye etkili olarak sona erer. Satıcı almış olduğu bedeli iade etmez; ancak henüz satış bedeli ödenmemişse, satıcı bedeli talep edemez⁴⁸⁶. Bu durumda hasara satıcı katlanmış olur.

Beğenmeme bozucu koşulunun gerçekleşmesinin geriye etkili olacağının kabul edilmesi durumunda ise, alıcının satılanı beğenmemesi olgusunun ne zaman gerçekleştiğine bakmak gerekir. Gerçekten de, eğer alıcının satılanı beğenmemesi

⁴⁸⁵ M. Aydoğdu/N. Kahveci, s. 81.

⁴⁸⁶ H. N. Nomer/B. İ. Engin, s. 66; B. Çetiner, s. 104.

olgusu, hasarın satış sözleşmesinde hasarın geçişini düzenleyen hükümlere göre alıcıya geçişinden önce gerçekleşirse, sözleşme geriye etkili olarak sona erer ve hasar sorunu doğmaz. Buna karşılık, eğer alıcının satılanı beğenmemesi olgusu hasarın satış sözleşmesinde hasarın geçişini düzenleyen hükümlere göre alıcıya geçişinden sonra gerçekleşirse, satış sözleşmesinin hüküm ve sonuçları geçmişe etkili olarak ortadan kalkacağından, artık hasarı alıcının taşımasından söz edilemez. Bu durumda edim ve karşı edim hasarına satıcı katlanır⁴⁸⁷.

IV. Mülkiyeti Saklı Tutma Kaydıyla Satış Sözleşmesinde Hasarın Geçiş

Bir hukuki işlemin koşula bağlanması, sadece borçlandırıcı işlemler bakımından söz konusu olmaz. Tasarruf işlemleri de, temelindeki borçlandırıcı işlemle birlikte ya da borçlandırıcı işlemten ayrı olarak koşula bağlanabilir. İşte mülkiyeti saklı tutma kaydıyla satışta, temelinde yer alan borçlandırıcı işlemten ayrı olarak, tasarruf işleminin koşula bağlanması söz konusudur⁴⁸⁸.

Mülkiyeti saklı tutma kaydıyla satışta, mülkiyetin geçişine ilişkin aynı tasarruf işleminin bağlandığı koşul, genellikle geciktirici koşuldur. Bununla birlikte, mülkiyeti saklı tutma kaydıyla satışta, mülkiyetin geçişine ilişkin aynı tasarruf

⁴⁸⁷ H. N. Nomer/B. İ. Engin, s. 66; M. Aydoğdu/N. Kahveci, s. 82. Krş. B. Çetiner, s. 104.

⁴⁸⁸ A. L. Sirmen, Şart, s. 144.

işleminin bozucu koşula bağlı olarak yapılmasının önünde bir engel yoktur⁴⁸⁹. Tarafların mülkiyeti saklı tutma kaydıyla satışta öngördükleri koşulun geciktirici koşul mu yoksa bozucu koşul mu olduğunu açık değilse, öğretide ağır basan görüşe göre, mülkiyeti saklı tutma kaydıyla satışın geciktirici koşula bağlı olarak yapıldığı kabul edilir⁴⁹⁰.

⁴⁸⁹ H. K. Elbir, “**Mülkiyeti Muhafaza Mukavelesine Müteallik Umumi Mülâhazalar ve Bu Müessesenin Hukuki Mahiyeti**”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 18, Sayı 1-2, İstanbul, 1952, s. 288; A. L. Sirmen, **Eşya Hukuku**, 2. Bası, Ankara, 2014, s. 555; R. Serozan, **Eşya Hukuku**, s. 285; R. Serozan, **Mülkiyeti Saklı Tutma Anlaşması**, İstanbul, 1968, s. 7.

⁴⁹⁰ M. K. Oğuzman/Ö. Seliçi/S. Oktay Özdemir, s. 749; F. Eren, **Mülkiyet Hukuku**, 3. Bası, Ankara, 2014, s. 501. Öğretide yer alan diğer bir görüşe göre ise, şüphe hâlinde mülkiyeti saklı tutma kaydıyla satış sözleşmesinde ayni tasarruf işleminin bağlandığı koşulun bozucu koşul olduğunun kabul edilmesi gerekir (H. Arslanlı, s. 360 vd.; H. Pulaşlı, “**Mülkiyeti Saklı Tutma Anlaşması ve Bundan Doğan Sorunlar**”, Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, Sayı 56, Ankara, 1987, s. 28; R. Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, 2. Bası, İstanbul, 2007, s. 98). Nitekim sözleşmeye aykırılık nedeniyle sözleşmeden dönme bozucu şartına bağlı teslim görüşü, taşınır hukukunun sadelik ve kesinlik gereğine daha uygundur. Ayrıca şüphe hâlinde bozucu koşula üstünlük tanınması alıcı yararınadır; çünkü bozucu koşulun kabul edilmesi durumunda satılanın zilyetliğini devralan alıcı mülkiyet hakkının kendisine tanıdığı yetkileri kullanabilir (R. Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 98).

A. Mülkiyeti Saklı Tutma Kaydıyla Satış Sözleşmesinin Tanımı ve Türleri

Mülkiyeti saklı tutma kaydıyla satışta tasarruf işleminin koşula bağlanması, taraflar arasında akdedilen satış sözleşmesinde mülkiyeti saklı tutma kaydına yer verilmesi ya da ayrı bir anlaşma ile satış sözleşmesinde tasarruf işleminin koşula bağlanması şekilde olabilir. Ayrı bir anlaşma ile satış sözleşmesinde tasarruf işleminin koşula bağlanması durumunda, satış sözleşmesinden ayrı bir mülkiyeti saklı tutma anlaşmasından söz edilir⁴⁹¹.

İster taraflar arasında akdedilen satış sözleşmesinde mülkiyeti saklı tutma kaydına yer verilsin, isterse de ayrı bir anlaşma ile tasarruf işlemi koşula bağlansın, aynı tasarruf işleminin bağlandığı koşulun hukuki etkisi bakımından, mülkiyeti saklı tutma kaydıyla satış sözleşmesi ikiye ayrılarak incelenebilir. Bunlar, geciktirici koşula bağlı mülkiyeti saklı tutma kaydıyla satış ve bozucu koşula bağlı mülkiyeti saklı tutma kaydıyla satıştır.

⁴⁹¹ M. K. Oğuzman/Ö. Seliçi/S. Oktay Özdemir, s. 747. Mülkiyeti saklı tutma sözleşmesi, özellikle taksitle satış sözleşmesinin yaygın hâle gelmesiyle önem kazanmıştır (M. K. Oğuzman/Ö. Seliçi/S. Oktay Özdemir, s. 747). Nitekim mülkiyeti saklı tutma sözleşmesinin en çok uygulama alanı bulduğu sözleşme satış sözleşmesidir. Bununla birlikte mülkiyeti saklı tutma sözleşmesi, satış sözleşmesinden başka trampa, koşullu bağışlama, eser ve ortaklık sözleşmelerinde de uygulama alanı bulabilir (F. Eren, Mülkiyet, s. 500).

1. Mülkiyeti Saklı Tutma Kaydıyla Satışın Tanımı

Mülkiyeti saklı tutma kaydıyla satış sözleşmesi Türk Borçlar Kanunu'nda tanımlanmamıştır. Bununla birlikte, mülkiyeti saklı tutma kaydıyla satış sözleşmesi, satılanın zilyetliğinin alıcıya devredilmesine rağmen, kararlaştırılan koşul gerçekleşinceye kadar satıcının satılan üzerindeki mülkiyetinin sürdüğü satış sözleşmesi olarak tanımlanabilir⁴⁹².

Mülkiyeti saklı tutma kaydıyla satışta, satıcı, satış bedelini peşin almaksızın satılanı devretmekte, satış bedeli ödeninceye kadar satılanın mülkiyetini teminat amacıyla kendisinde saklı tutmaktadır⁴⁹³. Böylece satıcı, satış sözleşmesinin temelinde yer alan borçlandırııcı işlemde ayrı olarak tasarruf işleminin koşula bağlanmasıyla, satış bedeli ödeninceye kadar satılanın mülkiyetini nezdinde tutarak satış bedelinin ödenmesini garanti altına almaktadır⁴⁹⁴.

⁴⁹² H. K. Elbir, s. 259; A. L. Sirmen, s. 555; F. Eren Mülkiyet, s. 499; M. K. Oğuzman/Ö. Seliçi/S. Oktay Özdemir, s. 749; R. Serozan, Eşya Hukuku, s. 285; R. Serozan, Mülkiyeti Saklı Tutma Anlaşması, s. 3.

⁴⁹³ M. K. Oğuzman/Ö. Seliçi/S. Oktay Özdemir, s. 747; R. Serozan, Eşya Hukuku, s. 285.

⁴⁹⁴ Bu bakımdan R. Serozan, mülkiyeti saklı tutma sözleşmesini “*teslimsiz bir menkul rehni*” olarak nitelendirmektedir (R. Serozan, Eşya Hukuku, s. 286). Bununla birlikte, Türk Medeni Kanunu'nun 764. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, hayvan satışlarında mülkiyeti saklı tutma sözleşmesi yapılamaz. Yine Türk Borçlar Kanunu'nun 243. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, taşınmaz satışında mülkiyeti saklı tutma koşulu da tescil edilemez.

2. Mülkiyeti Saklı Tutma Kaydıyla Satışın Türleri

Satış sözleşmesinde aynı tasarruf işleminin bağlandığı koşulun hukuki etkisi bakımından mülkiyeti saklı tutma kaydıyla satış sözleşmesi, geciktirici koşula bağlı mülkiyeti saklı tutma kaydıyla satış ve bozucu koşula bağlı mülkiyeti saklı tutma kaydıyla satış olmak üzere ikiye ayrılır.

a. Geciktirici Koşula Bağlı Mülkiyeti Saklı Tutma Kaydıyla Satış

Geciktirici koşula bağlı mülkiyeti saklı tutma kaydıyla satış, satılanın mülkiyetinin devrini sağlayan tasarruf işleminin hüküm ve sonuç doğurmasının, çoğu kez satış bedelinin tamamının ödenmesi gibi bir geciktirici koşula bağlandığı; buna karşılık, satılanın zilyetliğinin alıcıya devredildiği satış sözleşmesidir⁴⁹⁵.

Geciktirici koşula bağlı mülkiyeti saklı tutma kaydıyla satışta, taraflar arasında kurulan satış sözleşmesi gereğince, satılanın zilyetliği alıcıya devredilmekte, ancak, satılanın mülkiyeti geciktirici koşul gerçekleşene kadar satıcının nezdinde kalmaktadır. Genellikle, satış bedelinin tamamının ödenmesi olarak kararlaştırılan geciktirici koşulun henüz gerçekleşmediği dönemde, satıcı satılan üzerinde mülkiyet hakkına sahip olmaktadır. Bununla birlikte, alıcının satılan üzerinde beklenen bir aynı hakkı söz konusudur⁴⁹⁶. Alıcının satılan üzerinde hem dolaysız zilyet olması hem de beklenen aynı hakka sahip olması, alıcının satılandan yararlanmasını

⁴⁹⁵ R. Serozan, Eşya Hukuku, s. 286; M. A. Gümüş, s. 39; M. Aydoğdu/N. Kahveci, s. 81; C. Yavuz/F. Acar/B. Özen, s. 76.

⁴⁹⁶ R. Serozan, Eşya Hukuku, s. 286.

sağladığı gibi, ona bir koruma da sağlar. Nitekim Türk Borçlar Kanunu'nun 171. maddesinin 3. fıkrası gereğince, koşulun gerçekleşmesinden önce yapılan tasarruflar, koşulun hükümlerini zedelediği oranda geçersiz olacağından, alıcının mülkiyeti saklı tutma kaydıyla satış sözleşmesine ilişkin tasarruf işleminden doğabilecek haklarını engelleyen tasarruflar bu oranda geçersiz olur⁴⁹⁷.

Geciktirici koşula bağlı mülkiyeti saklı tutma kaydıyla satışta, geciktirici koşulun gerçekleşmesiyle birlikte mülkiyetin alıcıya devrini sağlayan tasarruf işlemi hüküm ve sonuçlarını doğurur. Böylece, alıcı satılanın maliki olur⁴⁹⁸. Buna karşılık, geciktirici koşulun gerçekleşmemesi durumunda, tasarruf işlemi hüküm ve sonuç doğurmaz. Örneğin, belirli bir tarihe kadar satış bedelinin tamamının ödenmiş olması geciktirici koşuluyla akdedilen bir mülkiyeti saklı tutma kaydıyla satışta, belirlenen tarihte satış bedelinin tamamının ödenmemesi durumunda, satıcı sahip olduğu mülkiyet hakkına dayanarak satılanı geri alabilir⁴⁹⁹.

Geciktirici koşula bağlı mülkiyeti saklı tutma kaydıyla satışta, geciktirici koşulun gerçekleşmemesi durumunda, alıcı satılanın mülkiyetini kazanamaz. Ancak

⁴⁹⁷ R. Serozan, Eşya Hukuku, s. 287.

⁴⁹⁸ M. K. Oğuzman/Ö. Seliçi/S. Oktay Özdemir, s. 749.

⁴⁹⁹ M. K. Oğuzman/Ö. Seliçi/S. Oktay Özdemir, s. 749. R. Serozan'a göre, satıcının saklı tutmuş olduğu mülkiyet hakkına dayanmak suretiyle satılanın iadesini istemesi, satıcının aynı zamanda sözleşmeden döndüğü anlamına gelir (R. Serozan, Eşya Hukuku, s. 288).

bu durumda satış sözleşmesinde borçlandırıcı işlem değil, tasarruf işlemi koşula bağlı olduğundan satıcının sözleşmeden dönme hakkı gündeme gelir⁵⁰⁰.

b. Bozucu Koşula Bağlı Mülkiyeti Saklı Tutma Kaydıyla Satış

Bozucu koşula bağlı mülkiyeti saklı tutma kaydıyla satış, satılanın mülkiyetinin devrini sağlayan tasarruf işleminin hüküm ve sonuçlarının ortadan kalkmasının, çoğu kez satış bedelini ödememesi gibi bir bozucu koşula bağlandığı; buna karşılık, satılanın zilyetliğinin alıcıya devredildiği anda, alıcının satılanın mülkiyetini kazandığı satış sözleşmesidir.

Bozucu koşula bağlı mülkiyeti saklı tutma kaydıyla satışta, tasarruf işleminin gerçekleştirilmesiyle, diğer bir deyişle, satılanın zilyetliğinin alıcıya devredilmesiyle birlikte alıcı satılanın mülkiyetini kazanmaktadır. Ancak bozucu koşul olarak öngörülen koşulun gerçekleşmesiyle birlikte, örneğin genellikle alıcının satış bedelinin tamamını ödememesi hâlinde, alıcının satılan üzerindeki mülkiyet hakkı sona ermektedir. Bu durumda, önceden alıcıya geçen mülkiyet hakkı kendiliğinden satıcıya geri döner⁵⁰¹.

⁵⁰⁰ A. L. Sirmen, Şart, s. 174.

⁵⁰¹ H. K. Elbir, s. 288; R. Serozan, Eşya Hukuku, s. 288. Ancak R. Serozan, bu durumda satıcının satış sözleşmesinden dönmeksizin, sadece alıcının borçlu temerrüdüne ve kendisi tarafından saklı tutulmuş mülkiyet hakkına dayanarak satılanın iadesini isteyemeyeceğini belirtmektedir (R. Serozan, Eşya Hukuku, s. 288). Bu durumda da satıcının mülkiyet hakkına dayanmak suretiyle satılanın iadesini

Bozucu koşula bağlı mülkiyeti saklı tutma kaydıyla satışta, bozucu koşul olarak öngörülen koşulun gerçekleşmemesi; örneğin alıcının öngörülen sürede satış bedelinin tamamını ödemesi durumunda, sözleşme baştan itibaren koşulsuz bir satış sözleşmesi gibi hüküm doğurur.

B. Geciktirici Koşula Bağlı Mülkiyeti Saklı Tutma Kaydıyla Satışta Hasarın Geçişİ

Geciktirici koşula bağlı mülkiyeti saklı tutma kaydıyla satış sözleşmesinde hasarın geçişİ konusunda öğretide farklı görüşler bulunmaktadır.

Öğretide yer alan bir görüşe göre, geciktirici koşula bağlı mülkiyeti saklı tutma kaydıyla satışta satış sözleşmesi değil, tasarruf işlemi geciktirici koşula bağlanmıştır. Bu tür satışta, satılanın zilyetliği hâlihazırda alıcıya devredilmiş, ancak tasarruf işleminin hüküm ve sonuç doğurması, satış bedelinin tamamının ödenmesi geciktirici koşuluna bağlanmıştır. Bu nedenle, geciktirici koşula bağlı mülkiyeti saklı tutma kaydıyla satışta, hasar ilk bakışta koşulun gerçekleşmesi anında alıcıya geçecekmiş gibi gelmektedir. Ancak “*durumun gereğinden kaynaklanan*” bir istisna olarak, geciktirici koşul gerçekleşmeden ve dolayısıyla mülkiyet henüz alıcıya geçmeden önce, satılanın zilyetliğinin devri anında hasar alıcıya geçer⁵⁰².

Öğretide yer alan bir diğer görüşe göre ise, Türk Borçlar Kanunu’nun 208. maddesinin hasar sorununa ilişkin getirdiği özel düzenleme, özellikle, satıcının ifa

istemesinin, aynı zamanda satıcının sözleşmeden döndüğü anlamına geleceği düşünülebilir.

⁵⁰² M. A. Gümüş, s. 39.

filini gerçekleştirmesine rağmen ifa sonucunun ortaya çıkmadığı istisnai durumlarda önem taşır. Gerçekten de, satılanın mülkiyetinin alıcıya geçmesini sağlayan tasarruf işleminin geciktirici koşula bağlandığı mülkiyeti saklı tutma kaydıyla satışta böyle bir durum söz konusudur. Geciktirici koşula bağlı mülkiyeti saklı tutma kaydıyla satışta, satıcı, satılanın zilyetliğini alıcıya devrederek ifa fiillerini gerçekleştirmiştir. Bununla birlikte, alıcının satılanın mülkiyetini kazanması şeklinde ortaya çıkan ifa sonucu henüz gerçekleşmemiştir. Ancak Türk Borçlar Kanunu'nun 208. maddesinde, hasarın geçişi için öngörülen satılanın zilyetliğinin alıcıya devri olgusu gerçekleştiğinden hasar da alıcıya geçer⁵⁰³. Bu durumda, geciktirici koşula bağlı mülkiyeti saklı tutma kaydıyla satış sözleşmesinde, satılanın zilyetliği henüz geciktirici koşul gerçekleşmeden, çoğu durumda satış bedelinin tamamı ödenmeden, alıcıya devredildiği için, Türk Borçlar Kanunu'nun 208. maddesi uyarınca alıcı, henüz satılan üzerinde mülkiyet hakkı elde etmemesine rağmen, hasarı taşımaktadır⁵⁰⁴.

C. Bozucu Koşula Bağlı Mülkiyeti Saklı Tutma Kaydıyla Satışta Hasarın Geçişi

Bozucu koşula bağlı mülkiyeti saklı tutma kaydıyla satışta, tasarruf işleminin gerçekleştirilmesiyle, diğer bir deyişle, satılanın zilyetliğinin alıcıya devredilmesiyle birlikte alıcı satılanın mülkiyetini kazanmaktadır. Bu aşamada hasar, koşula bağlı

⁵⁰³ C. Yavuz/F. Acar/B. Özen, s. 73; S. Altay, Türk Borçlar Kanunu, s. 199.

⁵⁰⁴ C. Yavuz/F. Acar/B. Özen, s. 76; M. Aydoğdu/N. Kahveci, s. 81.

olmayan satış sözleşmelerinde hasarın geçişini düzenleyen hükümlere göre alıcıya geçmektedir.

Bozucu koşula bağlı mülkiyeti saklı tutma kaydıyla satışta, satılanın zilyetliği henüz bozucu koşul gerçekleşmeden, genellikle satış bedeli tamamen ödenmeden önce alıcıya devredildiğinden, kural olarak, bozucu koşulun hasarın alıcıya geçişinden önce gerçekleşmesi söz konusu olmaz.

Satılanın zilyetliğinin alıcıya devredilmesinden ve böylece hasarın alıcıya geçmesinden sonra, bozucu koşul olarak öngörülen koşulun, çoğu olayda alıcının satış bedelinin tamamını ödememesinin gerçekleşmesi durumunda, hasara kimin katlanacağı konusunda, bozucu koşulun ileriye mi yoksa geriye mi etkili olacağının kabulü önem taşır.

Hasarın alıcıya geçişinden sonra bozucu koşulun gerçekleşmesinin ileriye etkili olacağının kabul edilmesi durumunda, satıcı satış bedelinden almış olduğu kısmı iade etmez; ancak henüz satış bedelinin ödenmeyen kısmını talep edemez⁵⁰⁵. Bu durumda bozucu koşulun gerçekleşmesiyle mülkiyet kendiliğinden satıcıya geçeceğinden, artık borca ilişkin hasar sorunu sona erer.

Hasarın alıcıya geçişinden sonra bozucu koşulun gerçekleşmesinin geriye etkili olacağının kabul edilmesi durumunda, bozucu koşula bağlı mülkiyeti saklı tutma kaydıyla satış sözleşmesinde önceden alıcıya geçen mülkiyet hakkı, satıcının borçlandırıcı işleminden dönmesi işlemiyle birlikte satıcıya kendiliğinden geri dönmüş sayılır⁵⁰⁶. Bozucu koşulun gerçekleşmesi, çoğu olayda alıcının satış bedelinin

⁵⁰⁵ H. N. Nomer/B. İ. Engin, s. 66; B. Çetiner, s. 104.

⁵⁰⁶ R. Serozan, Eşya Hukuku, s. 288.

tamamını ödememesi nedeniyle, satıcının sözleşmeden dönmesi şeklinde gerçekleşecektir. Böyle bir durumda, alınanların iadesi, sözleşme ilişkisi çerçevesinde gerçekleştirileceğinden, bu aşamada taraflara yüklenemeyen nedenlerle imkânsızlığın gündeme gelmesi hâlinde, bu imkânsızlığın sonuçlarına kimin katlanacağını tespit edilmesi gerekir. Öğretide V. Buz'a göre, borçlu (alıcı) sözleşmeyi ifa etseydi hasara katlanmak zorunda katlanacaktı; buna rağmen borçlu kusursuz da olsa edimini ifa etmeyerek hasara katlanmaktan kurtulamamalıdır. Kendi edimini yerine getirerek sözleşmeye sadık kalmış olan alacaklı (satıcı) ile kusursuz da olsa temerrüde düşmüş ve satıcıdan aldığı edimin aynen ya da gereği gibi iadesi taraflara yüklenemeyen nedenlerle imkânsızlaşmış olan alıcı arasında bir tercih yapılması söz konusu olduğunda, tereddütsüz satıcı tercih edilmelidir. Bu nedenle, iade borçlusu olan alıcının hasara katlanması gerektiğini kabul etmek gerekir. Bunun karşılığında, satıcı da almış olduğu bedelden, iadesi imkânsızlaşan edimin değerini ödemekle yükümlüdür⁵⁰⁷.

§ 8. ALICININ BORCA AYKIRI DAVRANIŞLARININ HASARIN GEÇİŞİNE ETKİSİ

I. Alıcının Satış Bedelini Ödeme Borcuna Aykırı Davranmasının Hasarın Geçişine Etkisi

Türk Borçlar Kanunu'nun 232. maddesinin 1. fıkrasında, alıcının, satış sözleşmesinde kararlaştırılmış olduğu biçimde satış bedelini ödemekle yükümlü

⁵⁰⁷ V. Buz, **Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme**, Ankara, 2014, s. 192.

olduğu düzenlenmiştir. Nitekim satış sözleşmesinin esaslı unsurlarından biri satış bedelidir ve dolayısıyla alıcının satış bedelini ödeme borcu alıcının başlıca aslî borcudur⁵⁰⁸.

Alıcının satış bedelini ödememesi durumunda satıcı lehine birtakım haklar doğmaktadır. Alıcının bedel ödememesi nedeniyle, satıcının sahip olduğu hakları kullanması, hasarın geçişini doğrudan etkilemektedir.

A. Alıcının Bedel Ödeme Borcunu Yerine Getirmemesi

Satış bedeli, alıcının satıcıya karşı edim olarak ödemeyi taahhüt ettiği bir miktar paradır⁵⁰⁹. Tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olan satış sözleşmesinde, satıcının mülkiyet hakkını ya da başka hakkı geçirme borcu ile alıcının satış bedelini ödeme borcu arasında bir mübadele ilişkisi vardır⁵¹⁰.

Türk Borçlar Kanunu'nun 207. maddesinin 2. fıkrası gereğince, taraflar arasında aksi kararlaştırılmadıkça ya da aksine bir âdet bulunmadıkça, satıcı ve alıcı borçlarını aynı anda ifa etmekle yükümlüdür. Bu hüküm, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde ifa sırasını düzenleyen Kanun'un 97. maddesinin bir yansımasıdır. Nitekim Kanun'un 97. maddesine göre, karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmenin ifasını talep eden taraf, kural olarak önce kendi borcunun ifasını önermiş ya da kendi borcunu ifa etmiş olmalıdır.

⁵⁰⁸ C. Yavuz/F. Acar/B. Özen, s. 215.

⁵⁰⁹ C. Yavuz/F. Acar/B. Özen, s. 58.

⁵¹⁰ C. Yavuz/F. Acar/B. Özen, s. 63.

Karşı edim borçlusu olan alıcının satış bedelini ifa günü gelmesine rağmen ödememesi durumunda, alıcının satış bedelini ödemede temerrüdü söz konusu olur. Karşı edim borçlusu olan alıcının satış bedelini ödemede temerrüdünden söz edilebilmesi için, satış bedelinin ödeme gününün gelmiş olması (muaccel olması), bedel alacaklısı olan satıcının temerrüdünün söz konusu olmaması, alıcının satıcıya karşı ileri sürebileceği bir def'i hakkının bulunmaması ve gerekiyorsa temerrüt ihtarinın⁵¹¹ yapılmış olması gerekir⁵¹².

Alıcının temerrüdü, ancak taraflara yüklenemeyen nedenlerle edimin ifasının imkânsızlaşması tehlikesinin gerçekleşmesinden önce gündeme gelebilir. Gerçekten de, ifa imkânsızlığının meydana gelmesinden sonra artık alıcının satış bedelini ödemede temerrüde düşmesinden söz edilemez⁵¹³. Alıcının satış bedelini ödememe temerrüde düşmesinden sonra ifa imkânsızlığına neden olan olay gerçekleşirse, alıcının temerrüdü sona erer⁵¹⁴. İfa imkânsızlığının meydana gelmesinden sonra artık tarafların hasara katlanma durumlarına bakılır ve buna göre tarafların hakları ve

⁵¹¹ Türk Borçlar Kanunu'nun 117. maddesi gereğince, muaccel bir borcun borçlusu, alacaklının ihtarıyla temerrüde düşer. Borcun ifa edileceği gün, alacaklı ve satıcı tarafından birlikte belirlenmiş veya sözleşmede saklı tutulan bir hakka dayanarak taraflardan biri usulüne uygun bir bildirimde bulunmak suretiyle borcun ifa edileceği günü belirlemişse, bu günün geçmesiyle borçlu temerrüde düşmüş olur.

⁵¹² R. Serozan, İfa, s. 217.

⁵¹³ R. Serozan, İfa, s. 144; M. Dural, s. 127; L. M. Kurt, s. 210.

⁵¹⁴ F. Eren, Borçlar Genel, s. 1016; M. K. Oğuzman/T. Öz, s. 366; L. M. Kurt, s. 210-211.

yükümlölükleri belirlenir. Bu nedenle, alıcının bedel ödeme borcunu yerine getirmemesi nedeniyle, satıcının sahip olduğu hakları kullanabilmesi için ifa imkânsızlığına neden olayın henüz gerçekleşmemiş olması gerekir.

B. Satıcının Alıcının Bedel Ödeme Borcunu Yerine Getirmemesi Nedeniyle Sahip Olduğu Haklar ve Bu Hakların Kullanılmasının Hasarın Geçişine Etkisi

Türk Borçlar Kanunu'nun 235. maddesinde, alıcının temerrüdü hâlinde, satıcının sözleşmeden dönme hakkı düzenlenmiştir. Buna göre, peşin olarak yapılan satış sözleşmelerinde, diğeri bir deyişle, satılanın satış bedelinin ödenmesinden sonra ya da satış bedelinin ödenmesi anında teslim edildiğı satış sözleşmelerinde, alıcı temerrüde düştüğü anda, satıcı, temerrüt ihtarına ve uygun bir süre verilmesine gerek kalmaksızın sözleşmeden dönebilir. Ancak satıcının bu durumu hemen alıcıya bildirmesi gerekir; aksi hâlde satıcı sadece genel hükümlere göre sözleşmeden dönebilir⁵¹⁵.

Veresiye olarak yapılan satış sözleşmelerinde, diğeri bir ifadeyle, satılanın zilyetliğinin henüz satış bedeli ödenmeden alıcıya devredildiğı satış sözleşmelerinde, satıcı ancak sözleşmede açıkça bu hak saklı tutulduysa, alıcının temerrüdü nedeniyle dönme hakkını kullanarak satılanı geri alabilir.

Peşin olarak yapılan satış sözleşmelerinde, satılanın zilyetliği henüz alıcıya devredilmediğinden, satıcının alıcının temerrüdü nedeniyle sözleşmeden dönmesi

⁵¹⁵ C. Yavuz/F. Acar/B. Özen, s. 223.

durumunda, henüz hasar alıcıya geçmediği için hasarın akıbeti sorunu gündeme gelmeyecektir⁵¹⁶.

Veresiye olarak yapılan satış sözleşmelerinde, satılanın zilyetliği henüz satış bedeli ödenmeden alıcıya devredilmektedir. Bu nedenle alıcının temerrüdü nedeniyle satıcının satış sözleşmesinden dönmesi hâlinde, alıcıya devredilen satılanın iadesi gerekir⁵¹⁷. Bu aşamada, satılanın zilyetliğinin alıcıya devredilmesiyle birlikte, hasar da alıcıya geçmiş bulunmaktadır. Satıcının sözleşmeden dönmesi üzerine alıcıya geçmiş bulunan hasarın akıbeti önemli bir sorun oluşturmaktadır. Bu noktada, satıcının satılanın zilyetliğini devrederek kendi edimini yerine getirmesi hususu önem taşımaktadır. Burada satıcının edimini yerine getirmesine rağmen, alıcı sözleşmeye aykırı davranarak edimini ifa etmemiştir. Bu durumda, edimini yerine getiren satıcı ile temerrüde düşen alıcı arasında bir tercih yapılacak olsa satıcının tercih edilmesi gerekir⁵¹⁸. Bu nedenle, satıcının alıcının temerrüdü nedeniyle sözleşmeden dönmesi hâlinde, sözleşmenin tasfiyesi sırasında hasara alıcı katlanır. Hasarın gerçekleşmesi ve böylece alıcının satılanı aynen ya da gereği gibi iade edememesi durumunda, söz konusu edimin parasal karşılığını iade etmesi gerekir⁵¹⁹.

Türk Borçlar Kanunu'nun 236. maddesinin 1. fıkrası gereğince, satış bedelini ifa etmeyen alıcı, satıcının bu yüzden uğradığı zararı gidermekle yükümlüdür. Satıcının alıcının satış bedelini ifa etmemesi nedeniyle uğradığı zararın tazminini talep etmesi

⁵¹⁶ M. Oruç, s. 313.

⁵¹⁷ M. Oruç, s. 313.

⁵¹⁸ V. Buz, s. 192; M. Oruç, s. 315-316.

⁵¹⁹ M. Oruç, s. 316.

durumunda, satılanın iadesi gündeme gelmeyeceğinden hasarın geçişine ilişkin özel bir etki meydana gelmez⁵²⁰.

II. Alıcının Satılanı Teslim Alma Borcuna Aykırı Davranmasının Hasarın Geçine Etkisi

Alıcının satılanı teslim almada temerrüde düşmesi durumunda, alıcının satış bedelini ödemede temerrüde düşmesinden farklı olarak sadece borçlunun temerrüdü hâlinde değil; aynı zamanda alacaklının temerrüdünden söz edilir⁵²¹. Alıcının satılanı devralmada temerrüdü, kanun koyucu tarafından ağır bir yaptırıma tabi tutulmuştur. Nitekim Türk Borçlar Kanunu’nun 208. maddesinin 2. fıkrası gereğince, taşınır satışlarında, alıcının, satılanın zilyetliğini devralmada temerrüde düşmesi durumunda, zilyetliğin devri gerçekleşmişçesine hasar alıcıya geçer⁵²². Bununla birlikte, kanun koyucunun, alıcının satılanı teslim almada⁵²³ temerrüde düşmesi durumunda hasara alıcının katlanmasını öngörmesi, alıcının sırf hasara katlanmamak

⁵²⁰ M. Oruç, s. 317.

⁵²¹ C. Yavuz/F. Acar/B. Özen, s. 222.

⁵²² Öğretide E. Akyiğit, burada alacaklının temerrüdünün özel bir uygulama hâlinin bulunduğunu belirtmektedir (E. Akyiğit, **Yeni Borçlar Kanununa Göre Satış-Mal Değişimi ve Bağışlama Sözleşmeleri**, Ankara, 2011, s. 68).

⁵²³ Öğretide M. A. Gümüş, Türk Borçlar Kanunu’nun 208. maddesinin 2. fıkrasında kullanılan “*satılanın zilyetliğini devralmada*” ifadesinin doğru olmadığını, bu ifadenin “*satılanı teslim almada*” olarak anlaşılması gerektiğini belirtmektedir (M. A. Gümüş, 40-41).

amacıyla zilyetliği devralmaktan kaçınmasını ve böylece satıcıyı zor durumda bırakmasını önler⁵²⁴.

A. Alıcının Satılanı Teslim Alma Borcunu Yerine Getirmemesi

Alıcı, kendisine yerinde ve zamanında, sözleşmeye uygun olarak önerilen satılanı teslim almaktan haksız olarak kaçınırsa temerrüde düşer. Satılanı devralma, alıcı bakımından hem bir hak hem de bir borç olduğundan, usulüne uygun olarak önerilen ifayı haksız olarak kabul etmeyen alıcının hem alacaklının temerrüdüne hem de borçlunun temerrüdüne düşmesinden söz edilir⁵²⁵.

Alıcının satılanı devralmada temerrüde düşmesinin bir sonucu olarak, satıcı, Türk Borçlar Kanunu'nun 106. maddesi ve devamında düzenlenen alacaklının temerrüdü hükümlerine başvurabilir. Bu bağlamda, satıcı, satılanı tevdi ederek ya da sattırarak alıcıya karşı olan satılanı devretme borcunu ifa edebilir⁵²⁶.

Alıcının satılanı devralma borcu, yan borç niteliğinde sayıldığından, alıcının yan borcuna aykırı davranması hâlinde, satıcının borçlunun temerrüdü hükümlerine dayanarak gecikme tazminatı isteyebileceği kabul edilmektedir⁵²⁷.

B. Alıcının Satılanı Teslim Alma Borcunu Yerine Getirmemesi Nedeniyle Hasara Katlanması

⁵²⁴ M. Oruç, s. 87.

⁵²⁵ C. Yavuz/F. Acar/B. Özen, s. 222.

⁵²⁶ C. Yavuz/F. Acar/B. Özen, s. 222.

⁵²⁷ C. Yavuz/F. Acar/B. Özen, s. 223.

Alicının satılanı devralmada temerrüdü nedeniyle hasara katlanmasından söz edilebilmesi için en önemli koşul, satılanın sözleşmeye uygun olarak alıcıya gerçek anlamda önerilmesidir. Başka bir anlatımla, satıcının satılanı ifa zamanında ve ifa yerinde alıcıya usulüne uygun olarak önermesi, alıcının satılanı devralma borcunda temerrüde düşmesinin ön koşuludur. Bu bakımdan ancak miktar, vasıf, yer ve zaman bakımından borca uygun olarak arz edilen satılan alıcının temerrüdüne ve dolayısıyla alıcının hasara katlanmasına neden olabilir⁵²⁸.

Alicının sadece borca uygun olarak önerilen ifayı kabul etmemesi değil; aynı zamanda ifanın gerçekleşmesi için ifa hazırlıklarına katılmasının gerekmesine rağmen, gerekli davranışları yerine getirmemesi de alıcının temerrüdüne yol açar (TBK m. 106/1). Nitekim burada alıcının, satıcının ifayı borca uygun olarak arz etmesine engel olması söz konusudur⁵²⁹. Alicının ifanın gerçekleşmesi için ifa hazırlıklarına katılması gerekirken, söz konusu hazırlıklara katılmayarak ifanın önerilmesine engel olması durumu da, alıcının satılanı devralmada temerrüde düşmesi sonucunu doğurur⁵³⁰. Nitekim böyle bir durumda, alıcı, davranışlarıyla satıcının satılanı borca uygun olarak arz edebilmesinin önüne geçmektedir.

Alicının borca uygun olarak önerilen ifayı kabulden kaçınmasının ya da ifanın gerçekleşmesi için yapması gerekenleri yapmamasının, alıcının temerrüdüne yol açabilmesi için, söz konusu kaçınmanın haklı bir nedene dayanamaması gerekir⁵³¹.

⁵²⁸ M. K. Oğuzman/T. Öz, s. 363.

⁵²⁹ M. K. Oğuzman/T. Öz, s. 364.

⁵³⁰ H. N. Nomer/B. İ. Engin, s. 67.

⁵³¹ M. K. Oğuzman/T. Öz, s. 365.

Aranacak, götürülecek ya da gönderilecek borç içeren satış sözleşmesinde, alıcının, ifa hazırlıklarına katılması gerekirken söz konusu hazırlıklara katılmayarak ifanın önerilmesine engel olma durumu gündeme gelebilir. Ancak alıcının ifa hazırlıklarına katılması gerekirken katılmaması nedeniyle temerrüde düşmesi, en çok, gönderilecek borç içeren satış sözleşmesi bakımından söz konusu olabilir. Nitekim gönderilecek borç içeren satışlarda, alıcının genellikle satıcıya paketleme ve nakliye konusunda talimat vermesi söz konusudur. Alıcının söz konusu talimatları vermesi gerekirken haklı neden olmaksızın talimat vermemesi nedeniyle, satıcının borcunu sözleşmeye uygun olarak ifa etmesi mümkün olmazsa, satılan henüz bağımsız taşıyıcıya teslim edilmeden, hasar alıcıya geçer.

Aranacak çeşit borcu içeren satışlarda, edim hasarı, satılanın ayırt edildiğinin bildirilmesiyle alıcıya geçmektedir. Bu durumda, aranacak borç içeren çeşit satışlarında alıcıya satılanı teslim alması için süre verilmemişse satılanın ayırt edildiğinin bildirilmesi anında, hem edim hasarı alıcıya geçmekte hem de alıcının temerrüdü gerçekleşmektedir. Buna karşılık, satılanın ayırt edildiğine ilişkin bildirimde alıcıya satılanı teslim alması için bir süre verilmişse, alıcı henüz temerrüde düşmemiş olmasına rağmen, edim hasarı alıcıya geçmektedir. Aranacak borç içeren satışlarda bedel hasarı, zilyetliğin devri ile alıcıya geçmektedir. Alıcının kararlaştırılan tarihte satılanı teslim almaya gitmemesi durumunda, henüz zilyetlik devredilmemiş olmasına rağmen, alıcının temerrüdü nedeniyle, hasar alıcıya geçer. Ancak alıcı, zamanında gelmiş olsaydı bile satıcının borcunu ifa edemeyecek durumda olduğunu ispat ederse, hasara katlanmaktan kurtulur⁵³².

⁵³² H. N. Nomer/B. İ. Engin, s. 68.

Götürülecek borç içeren çeşit satışları bakımından, edim hasarının alıcıya geçtiği an, satıcının, satılanı fiili olarak alıcının tasarrufuna sunduğu andır. Götürülecek borç içeren satışlarda satıcının satılanın zilyetliğini alıcıya fiilen sunmasına rağmen, alıcı satılanı derhâl teslim almazsa, temerrüde düşer. Bu nedenle, götürülecek borç içeren çeşit satışlarında, satıcının satılanı borca uygun olarak ve eylemli bir biçimde alıcıya önermesine rağmen alıcının satılanı devralmaması hâlinde hasar alıcıya geçmektedir⁵³³.

Gönderilecek borç içeren satış sözleşmelerinde hasar, satılanın bağımsız taşıyıcıya teslimiyle geçtiğinden, alıcının satılanı devralmada temerrüdü nedeniyle hasara katlanması gündeme gelmez. Alıcının bağımsız taşıyıcıdan satılanı devralmada temerrüde düşmesi, hâlihazırda hasara alıcının katlanmakta olduğu sonucunu değiştirmez. Eğer sözleşmede bağımsız taşıyıcının alıcı tarafından ayarlanacağı kararlaştırılmışsa ve buna rağmen bağımsız taşıyıcı satıcıdan satılanı almada temerrüde düşmüşse, bu durumda alıcının ifa hazırlıklarına katılmaması nedeniyle temerrüdü gündeme gelir ve hasar satılan bağımsız taşıyıcıya teslim edilmişçesine alıcıya geçer⁵³⁴.

⁵³³ H. N. Nomer/B. İ. Engin, s. 67; S. Altay, Türk Borçlar Kanunu, s. 200.

⁵³⁴ S. Altay, Türk Borçlar Kanunu, s. 200; benzer yönde bkz. E. Akyiğit, s. 68.

§ 9. TAŞINMAZ SATIŞLARINDA HASARIN GEÇİŞİ

I. Taşınmaz Satış Sözleşmesinin Konusu ve Şekli

Taşınmaz satışı sözleşmesi Türk Borçlar Kanunu'nun "*Özel Borç İlişkileri*" kısmının "*Satış Sözleşmesi*" başlıklı birinci bölümünde, "*Taşınmaz Satışı ve Satış İlişkisi Doğuran Haklar*" başlıklı üçüncü ayırımında, Kanun'un 237. maddesi ve devamında düzenlenmiştir.

A. Taşınmaz Satışının Konusu

Türk Borçlar Kanunu'nda, taşınmaz satışının konusu düzenlenmemiştir. Bununla birlikte, Türk Borçlar Kanunu'nun 209. maddesinin 1. fıkrasında, taşınır satışı tanımlanmış ve bu tanımda, Türk Medeni Kanunu'na atıf yapılarak, taşınır satışının, Türk Medeni Kanunu uyarınca "*taşınmaz sayılanlar dışında kalan*" ve diğer kanunlarda taşınır olarak belirtilen şeylerin satışı olduğu ifade edilmiştir. Bu tanımdan hareketle, taşınmaz satışının konusunu, Türk Medeni Kanunu'nda taşınmaz olarak belirlenenlerin oluşturduğu söylenebilir⁵³⁵.

Türk Medeni Kanunu'nun 704. maddesi gereğince, taşınmaz mülkiyetinin konusunu arazi⁵³⁶, tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli

⁵³⁵ C. Yavuz/F. Acar/B. Özen, s. 227; A. Yıldırım, s. 271-272.

⁵³⁶ 22.07.2013 tarihli, 2013/5150 numaralı Bakanlar Kurulu Kararı ile 17.08.2013 tarihli, 28738 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan Tapu Sicil Tüzüğü'nün 9. maddesinde arazi, sınırları hukuksal ve geometrik yöntemlerle belirlenmiş yeryüzü parçası olarak tanımlanmıştır.

haklar⁵³⁷ ve kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümler⁵³⁸ oluşturmaktadır. Taşınmaz mülkiyetinin konusunu oluşturan arazi, tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar ve kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümler, dolayısıyla taşınmaz satışı sözleşmesinin de konusunu oluşturmaktadır.

2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun⁵³⁹ 136. maddesinde taşınmaz malların satışına ilişkin hükümlerin, bayrağı dikkate alınmaksızın gemi siciline kayıtlı bütün gemiler hakkında da uygulanacağı düzenlenmiştir. Bununla birlikte gemiler taşınmaz satışının konusunu oluşturmazlar⁵⁴⁰. Nitekim Türk Ticaret Kanunu'nun 936. maddesi gereğince sicile kayıtlı olup olmadıklarına bakılmaksızın bütün gemiler Türk Ticaret Kanunu'nun ve diğer kanunların uygulanmasında taşınır eşyadandır.

⁵³⁷ Tapu Sicil Tüzüğü'nün 10. maddesinde bağımsız ve sürekli haklar, süresiz ya da en az otuz yıl süreli olan ve tasarrufları kısıtlanmayan ve izne tâbi kılınmayan bağımsız ve sürekli irtifak hakları olarak tanımlanmış; söz konusu hakların hak sahibinin yazılı istemi üzerine tapu kütüğünün ayrı bir sayfasına taşınmaz olarak tescil edileceği düzenlenmiştir.

⁵³⁸ Tapu Sicil Tüzüğü'nün 11. maddesinde kat mülkiyetine tabi bağımsız bölüm, ana taşınmazın bağımsız mülkiyete konu olan bölümü olarak tanımlanmış; söz konusu bölümlerin kat mülkiyeti kütüğünün ayrı sayfalarına kaydedileceği düzenlenmiştir. Ayrıca devre mülk hakkının da eşyaya bağlı irtifak hakkı şeklinde nitelendirilmek suretiyle bağlı olduğu müşterek mülkiyet payına bağlı olarak taşınmaz satışı sözleşmesinin konusu olacağı ifade edilmektedir (C. Yavuz/F. Acar/B. Özen, s. 230).

⁵³⁹ R.G. 19.06.1932, S. 2128.

⁵⁴⁰ C. Yavuz/F. Acar/B. Özen, s. 228.

B. Taşınmaz Satışının Şekli

Türk Medeni Kanunu'nun 706. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan sözleşmelerin geçerli olması, resmi şekilde düzenlenmiş bulunmalarına bağlıdır. Taşınmaz mülkiyetinin devri amacını taşıyan bir sözleşme olan taşınmaz satış sözleşmesinin şekli, Türk Medeni Kanunu'na koşut olarak Türk Borçlar Kanunu'nun 237. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenmiştir. Söz konusu fıkra uyarınca, taşınmaz satışının geçerli olabilmesi için, satış sözleşmesinin resmi şekilde düzenlenmesi gerekir. Hem Türk Medeni Kanunu'nda hem de Türk Borçlar Kanunu'nda, taşınmaz satışının resmi şekilde yapılması gerektiği düzenlenmiş olmakla birlikte, söz konusu resmi şekilden anlaşılması gereken açıklanmamıştır. 2644 sayılı Tapu Kanunu'nun⁵⁴¹ 26. maddesinde söz konusu resmi şeklin tapu sicil müdürü veya tapu sicil görevlileri tarafından yerine getirileceği düzenlenmiştir. Bu nedenle Tapu Kanunu'nun 26. maddesi uyarınca taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan satış sözleşmesine ilişkin resmi senet tapu sicil memurları tarafından düzenlenmelidir⁵⁴².

Tapuya kayıtlı olmayan taşınmazların satışında ise, önemli olan söz konusu taşınmaz üzerinde mülkiyet hakkının doğup doğmadığıdır. Eğer tapuya kayıtlı olmayan taşınmaz üzerinde mülkiyet hakkı doğmuşsa, bu durumda söz konusu taşınmazın satışını konu alan sözleşmenin resmi şekilde yapılması gerekir. Ancak bu tür taşınmazların üzerinde tasarruf işlemlerinin yapılabilmesi için ilk önce söz

⁵⁴¹ R.G. 29.12.1934, S. 2892.

⁵⁴² A. Yıldırım, s. 275-276.

konusu mülkiyet hakkının tapu kütüğüne tescil işlemi yapılması gerekir. Ayrıca tapuya kayıtlı olmayan taşınmazın 3402 sayılı Kadastro Kanunu'na⁵⁴³ göre tapuya kaydedilmesi de mümkündür⁵⁴⁴. Eğer tapuya kayıtlı olmayan taşınmaz üzerinde mülkiyet hakkı doğmamışsa, diğer bir deyişle taşınmaz üzerinde sadece zilyetlik söz konusuysa, söz konusu zilyetliğin devri herhangi bir şekle tabi değildir⁵⁴⁵.

II. Taşınmaz Satışında Hasarın Geçiş Anı

Taşınmaz satışında hasarın geçişi, genel olarak Kanun'un 208. maddesinde ve özel olarak Kanun'un 245. maddesinde düzenlenmiştir. Bununla birlikte tapuya kayıtlı olmayan taşınmazlarda hasarın geçişi, tapuya kayıtlı taşınmazlarda hasarın geçişinden farklılık arz ettiğinden, tapuya kayıtlı olan ve olmayan taşınmazların satışında hasarın geçişi konusu birbirinden ayrı olarak incelenmelidir.

A. Taşınmaz Satışında Hasarın Geçiş Anına İlişkin Genel Açıklamalar

Türk Borçlar Kanunu'nun 208. maddesinde, kanundan, durumun gereğinden veya sözleşmede öngörülen özel koşullardan doğan ayrık hâller dışında, satılanın yarar ve hasarının taşınmaz satışlarında tescil anına kadar satıcıya ait olacağı düzenlenmiştir. Böylece, kanun koyucu taşınmaz satışlarında hasarın geçişi bakımından, taşınır satışlarından farklı olarak zilyetliğin devri olgusunu değil, “*tescil*” olgusunu esas almıştır.

⁵⁴³ R.G. 09.07.1987, S. 19512.

⁵⁴⁴ F. Eren, Mülkiyet, s. 241.

⁵⁴⁵ F. Eren, Mülkiyet, s. 241.

Taşınmaz satışlarında hasarın geçişi konusunda tescilin esas alınması, esasında, taşınmazlar bakımından borca ilişkin hasarın geçişinden çok, borca ilişkin hasara belirli bir ana kadar satıcının katlanması anlamına gelir. Nitekim borca ilişkin hasar, borcun doğumundan sonraki ancak “*ifa edilmesinden önceki dönemde*”, edimin taraflara yüklenemeyen nedenlerle imkânsızlaşması sonucunda ortaya çıkan ve taraflardan birini veya her ikisini de tehdit eden tehliktir. Hâlbuki taraflar arasında akdedilen taşınmaz satış sözleşmesinde, taşınmazın dolaylı zilyetliğinin devrinin yeterli görülmesi ya da taşınmazın hâlihazırda alıcının dolaysız zilyetliğinde olması durumunda, tescil işleminin gerçekleştirilmesiyle birlikte, satıcının taşınmazın zilyetliğini devri borcu sona erer ve taşınmazın mülkiyeti alıcıya geçer. Bu andan itibaren, sözleşmenin ifası gerçekleştiğinden borca ilişkin hasar sorunu sona erer⁵⁴⁶ ve eşya hasarına söz konusu taşınmaza malik olma sıfatıyla, “*casum sentit dominus*” ya da “*res perit suo domino*” olarak ifade edilen ilke gereğince alıcı (malik) katlanır. Taraflar arasında akdedilen taşınmaz satış sözleşmesinde taşınmazın dolaylı zilyetliğin devri yeterli görülmemişse ve taşınmaz da hâlihazırda alıcının zilyetliğinde değilse, diğer bir deyişle taşınmazın teslimi tescilden sonraya bırakıldıysa, bu durumda Türk Borçlar Kanunu’nun 245. maddesi devreye girer⁵⁴⁷.

⁵⁴⁶ H. N. Nomer/B. İ. Engin, s. 70.

⁵⁴⁷ H. N. Nomer/B. İ. Engin, s. 70. Öğretide taşınmaz satışında satılan üzerinde hâkimiyetin kurulamadığı bir dönemde tescil gerçekleşmiş olsa dahi hasarın alıcıya geçmeyeceği, bunun durumun gereğinden kaynaklanan bir istisna olduğu da savunulmaktadır (B. Çetiner, s. 101; A. Yıldırım, s. 289).

Taşınmazlarda hasara tescil anına kadar satıcının katlanacağını düzenleyen Türk Borçlar Kanunu'nun 208. maddesi emredici nitelikte bir hukuk kuralı değildir⁵⁴⁸. Taraflarca söz konusu hükmün aksi kararlaştırılabilir. Ancak hasarın tescilden önce alıcıya geçeceğinin kararlaştırılması pratik açıdan mümkün gözükmemektedir⁵⁴⁹. Nitekim taşınmaz satışında borcu doğuran borçlandırıci işleme, diğer bir deyişle taşınmaz satış sözleşmesine ilişkin resmi senet tapu sicil memurları tarafından düzenlenmektedir. Tapu sicil memurlarınca taşınmaz satışını içeren resmi senedin⁵⁵⁰ düzenlenmesinin hemen ardından, mülkiyet hakkının devrine ilişkin tescil işlemi de gerçekleştirilmektedir⁵⁵¹. Hasar sorunu, ancak geçerli bir taşınmaz satış

⁵⁴⁸ H. N. Nomer/B. İ. Engin, s. 70.

⁵⁴⁹ Krş. A. Yıldırım, s. 287; B. Çetiner, s. 100-101; M. Akçaal, **“Satış Sözleşmesinde Yarar ve Hasarın Geçişİ”**, Konya Barosu Dergisi, Yıl 41, S. 24, 2013, s. 52.

⁵⁵⁰ Tapu Sicil Tüzüğü'nün 16. maddesi gereğince, akdi gerektiren işlemlerde resmi senet düzenlenir.

⁵⁵¹ Tapu Sicil Tüzüğü'nün 24. maddesi uyarınca istem, yevmiye defterine kaydedildikten sonra, aynı tarih ve yevmiye numarası ile kütüğe tescil edilir. Tapu dairelerinin borçlandırıci işlem niteliğindeki taşınmaz satış sözleşmesi ile tasarruf işlemi niteliğindeki tescil işleminin bir arada yapma ve böylece taşınmaz satış sözleşmesinin vadeye bağlanamaması durumunu öğretide eleştirmektedir. S. E. Özmen, bu konuda aynen şöyle demektedir: *“...tapu uygulayıcıları sayesinde taşınmaz mülkiyeti devir ve her türlü aynı hak kuran sözleşmelerin “real akit” niteliğini kazandığını unutmamalısınız. Şöyle ki; anılan sözleşmeler borçlandırıci*

sözleşmesinin kurulmasından sonra gündeme gelebileceği için⁵⁵² hasarın tescilden önce alıcıya geçmesi mümkün görünmemektedir. Tarafların hasarın tescilden sonra alıcıya geçeceğini kararlaştırmaları durumunda ise, Türk Borçlar Kanunu’nun 245. maddesinin uygulanması gündeme gelir.

B. Tapuya Kayıtlı Taşınmazların Satışında Hasarın Geçiş Anı

Tapuya kayıtlı taşınmazlarda hasara kural olarak taşınmaza ilişkin mülkiyet hakkının tapuya tesciline kadar satıcı katlanmaktadır. Bununla beraber, Türk Borçlar Kanunu’nun 245. maddesinde taşınmazın tesliminin vadeye bağlanması durumu için özel bir düzenleme öngörülmüştür.

*işlem (taahhüt muameleleri) niteliğinde vade ve koşula bağlı olarak tescil işleminden önce ve tescili de bu nitelikte sonraya bırakan hükümlerle yapılması olanaklı iken matbu akit tablosunu (resmi suret) bilgisayar çıktısı olarak alan ve gerekli yerleri doldurarak hiçbir irade beyanını bu metnin içeriğine dahil etmemize olanak tanımaksızın yalnızca okumamız için önümüze koymaları sonucu tescili sonraya bırakmanıza asla müsaade edilmeyecektir.” (S. E. Özmen, “**Tapu Daireleri Uygulamaları Üzerine Düşünceler**”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 86, Sayı 4, 2012, s. 44).*

⁵⁵² Taşınmaz satış vaadi sözleşmesi bir ön sözleşme olup, söz konusu sözleşmenin kurulmuş olması borca ilişkin hasar sorunun gündeme gelebilmesi için yeterli değildir.

1. Tescil Anına Kadar Hasara Satıcının Katlanması

Taşınmaz satış sözleşmesiyle taşınmazın mülkiyetinin bir kişiden başka bir kişiye geçirilmesi amaçlanır. Taşınmaz mülkiyetinin bir kişiden başka bir kişiye geçirilmesi, taşınmaz mülkiyetinin devren kazanılması anlamına gelir⁵⁵³. Taşınmazın mülkiyetinin taşınmaz satış sözleşmesine dayalı olarak devren kazanılması, tescil yoluyla olur. Gerçekten de, Türk Medeni Kanunu'nun 705. maddesine göre, taşınmaz mülkiyetinin kazanılması, tescille olur. Söz konusu tescil, taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkının kazanılması bakımından kurucu bir nitelik taşır⁵⁵⁴.

Taşınmaz mülkiyetinin, taşınmaz satış sözleşmesi ve tescile dayalı olarak devren kazanılmasında, iki ayrı hukuki işlemin varlığından söz edilebilir. Bu hukuki işlemlerden biri taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran ve kazanma sebebini oluşturan taşınmaz satış sözleşmesi, diğeri ise tasarruf işlemi niteliğindeki tescildir⁵⁵⁵. Resmi şekilde yapılması gereken ve taşınmaz mülkiyetinin devri borcu doğuran taşınmaz satış sözleşmesi, taşınmaz malikini mülkiyet hakkını, mülkiyeti

⁵⁵³ F. Eren, Mülkiyet, s. 202; M. K. Oğuzman/Ö. Seliçi/S. Oktay Özdemir, s. 358; J. G. Akipek/T. Akıntürk, 461; A. L. Sirmen, s. 351.

⁵⁵⁴ F. Eren, Mülkiyet, s. 203; M. K. Oğuzman/Ö. Seliçi/S. Oktay Özdemir, s. 358.

⁵⁵⁵ F. Eren, Mülkiyet, s. 204-205. R. Serozan, taşınmaz satışında mülkiyetin devrine yönelik kazandırıcı tasarruf işlemini aynı tasarruf işlemi olarak adlandırmakta, aynı tasarruf işleminin aynı sözleşme (consensus) ve tescil fiilinden oluştuğunu belirtmektedir. Buna göre tescil resmi fiili, aynı tasarruf sözleşmesinin hukuki etki doğurmasının yasal geciktirici koşuludur (R. Serozan, **Medeni Hukuk**, 6. Bası, İstanbul, 2015, s. 331-332).

kazanacak olan kişiye devretme borcu altına sokmaktadır. Taşınmaz maliki, taşınmazın mülkiyetini devretme borcunu, tapu kütüğüne tescil işlemiyle yerine getirir. Tescil işleminin gerçekleştirilebilmesi için, taşınmaz malikinin⁵⁵⁶ tescilin yapılması amacıyla yazılı tescil talebinde bulunması gerekir (TMK m. 1013/1)⁵⁵⁷. Ayrıca, tescil talebinde bulunanın talepte bulunma yetkisini ve tescilin hukuki sebebini belgelemesi gerekir (TMK m. 1015)⁵⁵⁸.

Tescil talebini alan tapu memurunun, söz konusu talebi tapu kütüğüne işlediği an, tasarruf işlemi tamamlanır ve mülkiyet hakkı karşı tarafa geçer. Tescil talebi ve bu talebin tapu memuru tarafından tapu kütüğüne işlenmesi resmi fiili, taşınmaz mülkiyetinin devri sonucunu doğuran ve tescil olarak adlandırılan tasarruf işlemi oluşturur⁵⁵⁹.

Tescilin hüküm ve sonuçlarını düzenleyen Türk Medeni Kanunu'nun 1022. maddesinin 2. fıkrası gereğince, tescilin etkisi yevmiye defterine yapılan kayıt tarihinden başlar. Ancak bunun için kanun tarafından öngörülen belgelerin tescil talebine eklenmiş veya geçici tescil hâlinde⁵⁶⁰ belgelerin uygun zamanda

⁵⁵⁶ Tescil talebi bizzat malik tarafından yapılabileceği gibi, malikin yasal ya da iradi temsilcisi tarafından da yapılabilir (F. Eren, Mülkiyet, s. 206).

⁵⁵⁷ F. Eren, Mülkiyet, s. 205; M. K. Oğuzman/Ö. Seliçi/S. Oktay Özdemir, s. 202-203.

⁵⁵⁸ M. K. Oğuzman/Ö. Seliçi/S. Oktay Özdemir, s. 207-208.

⁵⁵⁹ F. Eren, Mülkiyet, s. 206.

⁵⁶⁰ Türk Medeni Kanunu'nun 1016. maddesinde geçici tescil hâli düzenlenmiştir. Kanun'un 1016. maddesine göre, tasarruf yetkisine ve hukukî sebebe ilişkin belgeler

tamamlanmış olması gerekir. Tescilin etkisinin, tescil talebinin yevmiye defterine yapılan kayıt tarihinde başlaması nedeniyle, tescil tarihinin, tescil talebinin yevmiye defterine kaydedildiği tarih olduğu söylenebilir⁵⁶¹. Dolayısıyla tescil, tescil talebinin yevmiye defterine kaydedildiği tarihinden itibaren hüküm ve sonuçlarını doğurur. Böylece, taşınmaz satışında hasara, kanun tarafından öngörülen belgelerin tescil talebine eklenmiş veya geçici tescil hâlinde eksik belgelerin uygun zamanda tamamlanmış olması koşuluyla, hem kesin tescilde hem de geçici tescil şerhinde, tescil talebinin yevmiye defterine kaydedildiği tarihe kadar satıcı katlanır⁵⁶². Örneğin, kat mülkiyetine tabi bağımsız bölümün satılmasında, taşınmaz satış sözleşmesinin yapılması anıyla, tescil talebinin yevmiye defterine kaydedilmesi anı arasında bir deprem meydana gelirse ve söz konusu deprem sonucunda bağımsız bölüm yıkılırsa, hasara satıcı katlanır.

tamam değilse tescil talebi reddedilir. Ancak, hukukî sebebe ilişkin belgelerin tamam olmasına rağmen, tasarruf yetkisini belirten belgenin tamamlanması gereken hâllerde, malikin rızası veya hâkimin kararıyla geçici tescil şerhi verilebilir. Tasarruf yetkisini gösteren belgenin zamanında tamamlanması durumunda, kesin tescil yapılır. Söz konusu kesin tescil, geçici tescil şerhinin yapıldığı tarihten itibaren etkili olur, mülkiyet hakkı bu tarihten itibaren karşı tarafa intikal eder (A. L. Sirmen, s. 251).

⁵⁶¹ A. Yıldırım, s. 281.

⁵⁶² A. Yıldırım, s. 282; M. A. Gümüş, s. 33.

2. Satıcının Hasara Katlanmasının Tescilden Önce Son Bulduğu Durumlar

Türk Medeni Kanunu'nun 705. maddesinin 2. fıkrasında taşınmazlarda mülkiyetin miras, mahkeme kararı, cebri icra, işgal, kamulaştırma hâlleri ile kanunda öngörülen diğer hâllerde tescilden önce kazanılacağı, ancak, bu hâllerde malikin tasarruf işlemleri yapabilmesi için mülkiyetin tapu kütüğüne tescil edilmiş olması gerektiği düzenlenmiştir. Kanun'da sayılan bu hâllerden mahkeme kararı ve cebri icrada satıcının hasara katlanmasının tescilden önce son bulması gündeme gelir⁵⁶³.

a. Mahkeme Kararı

Taşınmaz mülkiyetinin tescilden önce mahkeme kararıyla kazanılmasından söz edilebilmesi için, yenilik doğuran bir mahkeme kararı olması gerekir⁵⁶⁴. Türk Medeni Kanunu'nun 706. maddesinin 1. fıkrası gereğince, mülkiyet hakkının kazanılmasına esas olacak bir hukukî sebebe dayanarak malikten mülkiyetin kendi adına tescilini talep etme konusunda kişisel hakka sahip olan kişi, malikin söz konusu talepten kaçınması durumunda hâkimden, mülkiyetin hükmen kendisine geçirilmesini isteyebilir. Taşınmaz satışında hasarın geçişi bağlamında, söz konusu

⁵⁶³ Öğretide B. Çetiner, taraflar arasında, taşınmazın tescilden önceki bir tarihte teslim edileceğine ilişkin bir sözleşmenin bulunması durumunda, tarafların sözleşme serbestisi çerçevesinde, hasarın tescilden önceki bir tarihte, teslim tarihinde, alıcıya intikal edeceğini örtülü olarak kararlaştırmış olduklarının kabul edilebileceğini belirtmektedir (B. Çetiner, s. 100-101).

⁵⁶⁴ M. K. Oğuzman/Ö. Seliçi/S. Oktay Özdemir, s. 406; A. Yıldırım, s. 283.

mülkiyet hakkının kazanılmasına esas olacak hukukî sebep taşınmaz satış sözleşmesidir⁵⁶⁵.

Taşınmaz mülkiyetinin yenilik doğuran mahkeme kararıyla birlikte tescilden önce alıcıya geçmesi durumunda, artık alıcı söz konusu taşınmazın maliki olmaktadır. Kurucu yenilik doğurucu mahkeme kararının kesinleşmesiyle birlikte, satıcı hasara katlanmaktan kurtulur⁵⁶⁶. Nitekim kurucu yenilik doğurucu mahkeme kararının kesinleşmesiyle birlikte, tescilden önce alıcı satılanın mülkiyetini kazanmaktadır. Bu aşamadan sonra yapılan tescil açıklayıcı niteliktedir⁵⁶⁷. Örneğin, taşınmaz satışında önalım hakkının dava yoluyla kullanılması sonucu meydana gelen satış ilişkisinde, satıcı hasara tescile kadar değil, mahkeme kararının kesinleşmesine kadar katlanır⁵⁶⁸.

b. Cebri İcra

Türk Medeni Kanunu'nun 705. maddesinin 2. fıkrası gereğince, taşınmaz mülkiyetinin tescilden önce kazanılması yollarından biri olan cebri icra, cebri artırma yoluyla taşınmazın satışa konu edilmesi ve mülkiyetinin bu yolla devredilmesidir⁵⁶⁹. İcra ve İflas Kanunu'nun 123. maddesi gereğince, haczedilen bir taşınmazın paraya

⁵⁶⁵ A. Yıldırım, s. 283.

⁵⁶⁶ A. Yıldırım, s. 284.

⁵⁶⁷ A. Yıldırım, s. 284.

⁵⁶⁸ M. A. Gümüş, s. 41.

⁵⁶⁹ A. Yıldırım, s. 285.

çevrilmesi, cebri diğer bir deyişle zorla açık artırma yoluyla olur. Cebri artırma yoluyla satışta, satış işlemi malikin rızasına bakılmaksızın gerçekleştirilmektedir⁵⁷⁰.

İcra ve İflas Kanunu'nun 134. maddesi gereğince, icra dairesi tarafından taşınmaz kendisine ihale edilen alıcı, ihale ile birlikte o taşınmazın mülkiyetini kazanmaktadır⁵⁷¹. Böylece cebri artırma yoluyla satılan taşınmazın mülkiyeti tescilden önce alıcıya geçmekte, sonrasında yapılan tescil, açıklayıcı tescil niteliği taşımaktadır⁵⁷².

⁵⁷⁰ A. Yıldırım, s. 285.

⁵⁷¹ Öğretide bir görüşe göre, alıcı taşınmazın mülkiyetini ihalenin kesinleştiği tarihte kazanır (M. K. Oğuzman/Ö. Seliçi/S. Oktay Özdemir, s. 408). Yine bazı Yargıtay kararlarında da alıcının taşınmazın mülkiyetini ihalenin kesinleşmesiyle kazanacağı belirtilmektedir (Yargıtay 4. HD. 12.04.2016 tarihli, 2015/16326 Esas, 2016/4835 Karar sayılı kararı (<https://emsal.yargitay.gov.tr>; E.T. 10.04.2016). Ancak öğretide ağır basan görüşe göre, cebri açık artırma sonunda icra dairesi tarafından taşınmaz kendisine ihale edilen alıcı, söz konusu taşınmazın mülkiyetini ihale anında kazanır (B. Kuru, **İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı**, İstanbul, 2016, s. 231; H. Pekcanitez/O. Atalay/M. Sungurtekin Özkan/M. Özekes, **İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı**, 2. Bası, Ankara, 2015, s. 263; T. Muşul, **İcra ve İflâs Hukuku**, 3. Bası, Ankara, 2008, s. 650; F. Eren, Mülkiyet, s. 251).

⁵⁷² M. Aydoğdu/N. Kahveci, s. 359; A. Yıldırım, s. 285. Bu yönde, Yargıtay 4. HD. 12.04.2016 tarihli, 2015/16326 Esas, 2016/4835 Karar sayılı kararı (<https://emsal.yargitay.gov.tr>; E.T. 15.04.2016).

Taşınmaz mülkiyetinin tescilden önce, ihale anında alıcıya geçmesi durumunda, artık satıcının hasara katlanması düşünülemez⁵⁷³. Nitekim artırma yoluyla satışta rızası aranmayan ve ihale ile birlikte taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkını yitiren satıcının borca ilişkin hasara katlanması beklenemez. Cebri artırmada ihale ile birlikte alıcı söz konusu taşınmazın maliki olmaktadır⁵⁷⁴. Taşınmaza ihale anında malik olan alıcı, artık malik olması nedeniyle eşya hasarına katlanır⁵⁷⁵.

Satıcı taşınmazın alıcıya ihale edilmesiyle hasara katlanmaktan kurtulmuş olsa da ihalenin feshine karar verilmesi ve fesih kararının kesinleşmesi durumunda, ihale ile doğan hukuki sonuçlar geçmişe etkili olarak ortadan kalkacağı için, alıcı, ihale ile kazandığı mülkiyet hakkını kaybeder⁵⁷⁶.

⁵⁷³ A. Yıldırım, s. 285.

⁵⁷⁴ İsteğe bağlı açık artırmada ise, taşınmaz satış sözleşmesi, satıcı artırma koşullarında aksi yönde bir irade açıklamasında bulunmamışsa, artırmayı yönetenin en yüksek bedeli öneren kişiye ihale etmesiyle kurulmuş olur (TBK m. 275). Bununla birlikte, artırmadan alınan taşınmazın mülkiyeti, ancak tapu siciline tescille alıcıya geçmektedir (TBK m. 279).

⁵⁷⁵ Bu yönde, Yargıtay 3. HD. 14.01.2013 tarihli, 2012/22983 Esas, 2013/17 Karar sayılı kararı; Yargıtay 3. HD. 27.06.2012 tarihli, 2012/11349 Esas, 2012/16177 Karar sayılı kararı (A. Yıldırım, s. 285).

⁵⁷⁶ B. Kuru, s. 243; A. C. Ruhi, **İcra ve İflâs Hukukuna Göre İhale ve İhalenin Feshi**, 2. Bası, Ankara, 2013, s. 282.

3. Taşınmazın Tesliminin Vadeye Bağlanması

Türk Borçlar Kanun'un 245. maddesinde taşınmaz satışlarında hasarın geçişine ilişkin olarak Kanun'un 208. maddesinden farklı bir hüküm öngörülmüştür. Kanun'un 245. maddesine göre, satılan taşınmazın alıcı tarafından tescilden sonraki bir zaman diliminde teslim alınması konusunda yazılı şekilde yapılmış bir sözleşmeyle süre belirlenmişse⁵⁷⁷, satıcı hasara taşınmazın alıcıya teslimi anına kadar katlanmaya devam eder.

Kanun koyucu, taraflar arasında taşınmazın alıcıya tescilden sonraki bir zaman diliminde teslim edileceğine ilişkin yazılı bir anlaşmanın bulunması durumunda, hasara bir süre daha satıcının katlanmasını düzenlemiştir. Ancak söz konusu hükmün karşıt anlamından, taraflar arasında taşınmazın alıcıya tescilden sonraki bir zaman diliminde teslim edileceğine dair yazılı bir anlaşmanın bulunmadığı durumlarda, satılan taşınmaz sonraki bir tarihte teslim edilecek olsa bile, satıcının tescille birlikte hasara katlanmaktan kurtulacağı sonucu çıkmaktadır⁵⁷⁸.

Türk Borçlar Kanun'un 245. maddesinde zilyetliğin devri değil de, teslim kelimesinin kullanılmasının bilinçli bir tercih olduğu ifade edilmektedir. Nitekim

⁵⁷⁷ Her ne kadar Kanun'da yer alan “*süre belirlenmişse*” ifadesinden, taraflar arasında yapılan sözleşmede belirli bir süre belirlenmesi gerektiği gibi bir sonuç çıksa da, söz konusu sürenin “*vade*” olarak anlaşılması gerekir. Böylece söz konusu sürenin belli bir tarih olarak (belirli vade) ya da doğum gibi gerçekleşeceği belli olmasına rağmen ne zaman gerçekleşeceği belli olmayan olay şeklinde (belirsiz vade) kararlaştırılması mümkün olacaktır. Bu konuda bkz. R. Serozan, İfa, s. 56-57.

⁵⁷⁸ C. Yavuz/F. Acar/B. Özen, s. 241.

buradaki teslim kelimesiyle kastedilen, zilyetliğin teslim yoluyla devri vasıtalarıdır⁵⁷⁹. Bu bağlamda taşınmazın fiilen teslimi yanında zilyetliğin teslim yoluyla devri vasıtalarından, araçların teslimi (TMK m. 977), fiili hâkimiyet kurmaya yarayan anlaşma (TMK m. 977) ve hazır olmayan kişiler arasında zilyetliğin teslimle devri (TMK m. 978) de buraya dâhildir.

Türk Borçlar Kanunu’nun 245. maddesinin 1. fıkrası aynen şöyledir: “*Satılanın tescilden sonraki bir zamanda alıcı tarafından teslim alınması için sözleşmeyle bir süre belirlenmişse, onun yarar ve hasarı, alıcıya teslimle geçer. Bu hüküm, alıcının satılanı teslim almada temerrüde düşmesi durumunda da uygulanır.*” Bu fıkra dikkat çeken nokta, fıkranın ikinci cümlesidir. Nitekim söz konusu fıkranın ikinci cümlesinde, taraflar arasında satılanın tescilden sonra teslim alınmasına ilişkin bir anlaşmanın bulunması durumunda, hasarın ancak satılanın teslimiyle alıcıya geçmesi durumunun, alıcının satılanı teslim almada temerrüde düşmesi hâlinde de uygulanacağı belirtilmektedir. Ne var ki bu durum anlaşılır değildir. Söz konusu hükümden, alıcının satılanı tescilden sonraki bir tarihte teslim almayı kabul etmesine rağmen, kararlaştırılan tarihte satılan taşınmazı teslim almasa bile, satıcının teslim anına kadar hasara katlanacağına ilişkin bir anlam çıkmaktadır. Ancak söz konusu hükmün gerekçesinde, alıcının satılanı teslim almada temerrüde düşmesi durumunda, hasarın teslim gerçekleşmişçesine alıcıya geçeceğinin kabul edildiği belirtilmektedir. Diğer bir anlatımla, alıcının satılanı teslim almada temerrüde düşmesi durumunda, satıcı hasara katlanmaktan kurtulacaktır. Gerçekten de, maddenin amacı ve gerekçesi söz önünde tutulduğunda, taraflar arasında satılanın tescilden sonra teslim alınmasına

⁵⁷⁹ M. Aydoğdu/N. Kahveci, s. 295.

ilişkin bir anlaşmanın bulunmasına rağmen alıcının satılanı teslim almakta temerrüde düşmesi durumunda, satıcının hasara katlanmaktan kurtulacağını kabulü gerekir⁵⁸⁰.

C. Tapuya Kayıtlı Olmayan Taşınmazların Satışında Hasarın Geçiş Anı

Tapuya kayıtlı olmayan taşınmazların satışında hasarın geçişi, taşınmaz üzerinde mülkiyet hakkının doğup doğmamasına göre değişir. Eğer tapuya kayıtlı olmayan taşınmaz üzerinde mülkiyet hakkı doğmuşsa, bu durumda söz konusu taşınmazın satışını konu alan sözleşmenin yapılabilmesi için ilk önce taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkının tapu kütüğüne tescil ettirilmesi ve böylece tapunun elde edilmesi gerekir⁵⁸¹. Taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkının tapu kütüğüne tescil ettirilmesiyle birlikte artık söz konusu taşınmazın satışı ve dolayısıyla satış

⁵⁸⁰ A. Yıldırım, s. 293-294.

⁵⁸¹ M. Aydoğdu/N. Kahveci, s. 293; A. Yıldırım, s. 277. Buna karşılık Yargıtay, pek çok kararında, tapuda kayıtlı olmayan taşınmazları taşınır mal niteliğinde görmekte ve zilyetliğin devri ile mülkiyetinin de geçeceğini kabul etmektedir: Yargıtay 1. HD. 14.5.2014 tarihli, 2013/20415 Esas, 2014/9846 Karar sayılı kararı, Yargıtay 1. HD. 31.3.2015 tarihli, 2013/20491 Esas, 2015/4537 Karar sayılı kararı (www.kazanci.com; E.T. 20.05.2016). Ayrıca bkz. M. K. Oğuzman/Ö. Seliçi/S. Oktay Özdemir, s. 403, dipnot 510'daki kararlar; A. Yıldırım, s. 277, dipnot 62'deki kararlar.

sözleşmesinde hasarın geçişi tapuya kayıtlı taşınmazların satışında hasarın geçişini düzenleyen hükümlere göre gerçekleşecektir⁵⁸².

Tapuya kayıtlı olmayan taşınmaz üzerinde mülkiyet hakkının henüz doğmamış olması, diğer bir deyişle, tapuya kayıtlı olmayan taşınmaz üzerinde sadece zilyetliğin söz konusu olması durumunda, söz konusu zilyetliğin devrinin vaat edilmesi herhangi bir şekil şartına tabi değildir⁵⁸³. Ne var ki, hasarın geçmesinden söz edilebilmesi için geçerli olarak kurulmuş bir satış sözleşmesinin varlığı zorunludur. Dolayısıyla, taşınmazların şekle aykırı olarak satışı geçersiz olduğundan ve tapuya kayıtlı olmayan taşınmazların zilyetliğinin devri vaadi geçerli olarak kurulan bir satış sözleşmesine vücut vermediğinden her iki sözleşme bakımından da hasarın geçişi sorununun gündeme gelmesi mümkün değildir.

⁵⁸² M. Aydoğdu/N. Kahveci, s. 293. Bununla birlikte, *M. Aydoğdu/N. Kahveci*, ülkemizdeki gerçeklerin göz önünde bulundurulmasını ve bu gerçekleri göz önünde bulunduran Yargıtay kararlarında olduğu gibi, tapuya kayıtlı olmayan taşınmazların fiilen tapu dışında satışı hâlinde taşınır satışına ilişkin yarar ve hasar kuralının uygulanması gerektiğini savunmaktadır.

⁵⁸³ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 15.2.2012 tarihli, 2011/20-714 Esas, 2012/78 Karar sayılı kararı (www.kazanci.com; E.T. 29.05.2016); F. Eren, Mülkiyet, s. 243; A. L. Sirmen, s. 382; M. K. Oğuzman/Ö. Seliçi/S. Oktay Özdemir, s. 403.

§ 10. HASARIN GEÇİŞİNE İLİŞKİN HÜKÜMLERİN UYGULANMAYACAĞI HÂLLER

I. Kanundan Kaynaklanan Ayırık Hâller

Türk Borçlar Kanunu’nun 208. maddesinde hasarın geçişi düzenlenirken açıkça “*Kanundan, durumun gereğinden veya sözleşmede öngörülen özel koşullardan doğan ayırık hâller dışında*” ifadesine yer verilmiştir.

Kanunda Kanun’un 208. maddesinden farklı bir hükmün düzenlenmiş olması da söz konusu olabilir. Kanundan kaynaklanan nedenlerle satış sözleşmesinde hasarın geçişini düzenleyen hükümlerin uygulanmayacağı hâllerin, sadece Türk Borçlar Kanunu’ndan kaynaklanması zorlu değildir. Nitekim Kanun’un 208. maddesinde yer alan kanun ifadesinden kasıt sadece Türk Borçlar Kanunu değildir⁵⁸⁴. Kanun’un 208. maddesinde yer alan kanun ifadesinden yasama organı tarafından belli usullere uyularak hazırlanan ve Cumhurbaşkanı tarafından Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe giren yazılı hukuk kuralı anlamındaki kanun⁵⁸⁵ anlaşılmalıdır. Bu bağlamda Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın 90. maddesi gereğince usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası sözleşmeler de kanun hükmünde olduğundan, satış sözleşmesinde hasarın geçişine ilişkin ayırık bir durum uluslararası sözleşmelerden de kaynaklanabilir.

Kanundan kaynaklanan nedenlerle satış sözleşmesinde hasarın geçişini düzenleyen Türk Borçlar Kanunu’nun 208. maddesinin uygulanmayacağı hâllerin

⁵⁸⁴ H. N. Nomer/B. İ. Engin, s. 67.

⁵⁸⁵ M. Dural/S. Sarı, s. 133.

alıcının temerrüdü hâli (TBK m. 208/2)⁵⁸⁶, satış sözleşmesinin gönderilecek borç içermesi hâli (TBK m. 208/3)⁵⁸⁷ ve taşınmaz satışları bakımından taşınmazın tesliminin vadeye bağlanması hâli (TBK m. 245)⁵⁸⁸ olduğu belirtilmektedir.

II. Sözleşmeden Kaynaklanan Ayrık Hâller

Türk Borçlar Kanunu'nun hasarın geçişine ilişkin kurallar emredici değil; yedek hukuk kuralı niteliğindedir. Bu nedenle satış sözleşmesinin taraflarının her zaman satış sözleşmesinde hasarın geçişini düzenleyen kuralların aksini kararlaştırmaları mümkündür. Türk Borçlar Kanunu'nun 208. maddesinin 1. fıkrasında bu durum açıkça ifade edilmiştir. Dolayısıyla, tarafların aralarında yapacakları anlaşma ile Kanun'un hasarın geçişini düzenleyen hükümlerinin aksini kararlaştırmaları mümkündür. Bu bağlamda taraflar hasarın geçiş anını serbestçe belirleyebilirler. Tarafların hasarın geçiş anı bakımından sözleşme ilkesini kabul etmeleri ve böylece hasarın sözleşmesinin geçerli olarak kurulmasıyla geçeceğini kararlaştırmaları mümkündür⁵⁸⁹. Yahut tarafların gönderilecek borç içeren satış sözleşmesinde hasarın satılanın bağımsız taşıyıcıya değil de; alıcıya teslimiyle geçeceğini kararlaştırmaları

⁵⁸⁶ M. A. Gümüş, s. 40; H. N. Nomer/B. İ. Engin, s. 67; M. Aydoğdu/N. Kahveci, s. 85; F. Eren, Borçlar Özel, s. 55.

⁵⁸⁷ H. N. Nomer/B. İ. Engin, s. 68; F. Eren, Borçlar Özel, s. 55.

⁵⁸⁸ F. Aral/H. Ayrancı, s. 89; C. Yavuz/F. Acar/B. Özen, s. 80; M. Aydoğdu/N. Kahveci, s. 86.

⁵⁸⁹ C. Yavuz/F. Acar/B. Özen, s. 80.

gündeme gelebilir. Bu durumda da, sözleşmeden kaynaklanan nedenle hasarın geçişine ilişkin Kanun'un uygulanmayacağı bir durum söz konusu olur.

Taraflar arasında Kanun'un hasarın geçişine ilişkin hükümlerinin uygulanmayacağına dair yapılan anlaşma açık ya da örtülü olabilir⁵⁹⁰. Taraflar her zaman Kanun'un hasarın geçişine ilişkin hükümlerinin uygulanmayacağına ya da değişik şekilde uygulanacağına dair açıkça anlaşabilir⁵⁹¹. Söz konusu anlaşma açıkça satış sözleşmesinin içeriğinde yer alabileceği gibi satış sözleşmesinden ayrı olarak da yapılabilir. Taraflar arasında Kanun'un hasarın geçişine ilişkin hükümlerinin uygulanmayacağına ya da değişik şekilde uygulanacağına dair yapılan anlaşma, kural olarak herhangi bir geçerlilik şekline tabi değildir⁵⁹². Bu tür bir anlaşma satış sözleşmesi kurulurken ya da sözleşmenin kurulmasından sonra yapılabilir. Ancak satış sözleşmesinin ifa ile sona ermesinden sonra, borca ilişkin hasar sorunu da kural olarak sona ereceğinden, hasarın geçişine ilişkin bir anlaşmanın yapılması düşünülemez.

Tarafların farklı bir hukuk sisteminde geçerli olan hasarın geçişine ilişkin kuralları kabul etmeleri mümkündür. Ayrıca taraflar uluslararası alanda kabul görmüş sözleşmelerin tamamını ya da sadece hasara ilişkin düzenlemelerini kabul

⁵⁹⁰ F. Eren, Borçlar Özel, s. 54; M. Oruç, s. 168.

⁵⁹¹ M. Oruç, s. 168.

⁵⁹² Bununla birlikte Türk Borçlar Kanunu'nun 245. maddesinde öngörülen ve taşınmaz satışında hasarın geçişini tescile değil teslim erteleyen, satılan taşınmazın alıcı tarafından tescilden sonraki bir zaman diliminde teslim alınması konusundaki sözleşmenin yazılı şekilde yapılması gerekmektedir.

edebilirler. Bunun yanında tarafların uluslararası alanda yaygın bir biçimde uygulama alanı bulan ve hasarın geçişine ilişkin düzenlemeler barındıran Incoterms® gibi uluslararası ticari kayıtları kabul etmeleri mümkündür⁵⁹³.

Tarafların Kanun'un hasarın geçişine ilişkin hükümlerinin uygulanmayacağına ya da değişik şekilde uygulanacağına dair örtülü olarak anlaşmaları da mümkündür. Taraflar arasında, hasarın geçişine ilişkin olarak, Kanun hükümlerinden farklı bir sonuç ortaya çıkaran ticari teamülün bulunması durumunda, örtülü anlaşmanın varlığı kabul edilebilir⁵⁹⁴. Tarafların sözleşmeye franko (masrafsız) teslim kaydını koymaları durumunda, taraflar arasında hasarın geçişi konusunda örtülü bir anlaşmanın bulunup bulunmadığı konusu açık değildir. Franko teslim kaydının ifa yerini değiştirip değiştirmediği konusunda henüz kabul gören yeknesak bir ticari teamülün bulunmamaktadır. Bu nedenle franko teslim kaydının sözleşmenin ifa yerini değiştirip değiştirmediği konusunda her somut olayın kendi içerisinde değerlendirilmesi ve böylece bir sonuca varılması gerekir⁵⁹⁵.

III. Durumun Gereğinden Kaynaklanan Ayrık Hâller

Türk Borçlar Kanunu'nun 208. maddesinin 1. fıkrası gereğince, taraflar arasında kurulan sözleşmede yahut kanunda yer alan bir düzenlemede aksi öngörülmemiş olmakla birlikte, durumun gereği olarak hasarın geçişine ilişkin Türk Borçlar Kanunu'nun 208. maddesinden farklı bir hâl ortaya çıkabilir.

⁵⁹³ S. Altay, s. 153. Bu konuda bkz. Üçüncü Bölüm, § 14.

⁵⁹⁴ M. Oruç, s. 169.

⁵⁹⁵ M. Oruç, s. 173.

Kanun koyucu durumun gereğinden kaynaklanan hâllerde, Kanun'un hasarın geçişine ilişkin hükümlerinin uygulanmaması konusunda hâkime takdir yetkisi tanımıştır. Böylece hâkim, takdir yetkisini kullanarak, kanunun çizdiği sınırlar içinde kalmak koşuluyla, durumun gereğinden kaynaklanan hâllerde Kanun'un hasarın geçişine ilişkin hükümlerinin getirdiği çözümden ayrılarak hakkaniyete uygun karar verebilecektir⁵⁹⁶.

Her ne kadar durumun gereği ifadesine Kanun'un 208. maddesinin 1. fıkrasında yer verilmiş olsa da, hâkimin maddenin 2. ve 3. fıkralarından da durumun gereği olarak ayrılmasının mümkün olduğu ifade edilmektedir⁵⁹⁷. Böylece hâkim, durumun gerektirdiği hâllerde taşınır satışlarında, alıcının satılanı devralmada temerrüde düşmesine rağmen hasarın alıcıya geçmeyeceğine hükmedebilir. Yine hâkim durumun gerektirdiği hâllerde gönderilecek borç içeren satışlarda hasarın, ancak satılanın alıcıya teslim edildiği anda geçeceğine karar verebilir.

Teslimin alıcı lehine geciktirildiği satışlarda, durumun gereği olarak Kanun'un hasarın geçişine ilişkin kuralının uygulamaması gerektiği belirtilmektedir⁵⁹⁸. Gerçekten de, teslimin alıcı lehine geciktirildiği satışlarda, sözleşmesi kurulmuş, hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlamıştır. Satıcının bir an önce borcunu ifa ederek borcundan ve dolayısıyla hasarı taşıması menfaatedir. Buna rağmen, alıcının menfaatine olacak şekilde satılanın tesliminin ertelenmesi durumunda, bir

⁵⁹⁶ B. Öztan, s. 167; M. Dural/S. Sarı, s. 133.

⁵⁹⁷ M. A. Gümüş, s. 40; M. Oruç, s. 174.

⁵⁹⁸ H. N. Nomer/B. İ. Engin, s. 69; M. Aydoğdu/N. Kahveci, s. 85; M. A. Gümüş, s. 40.

türlü borcunu ifa edemeyen ve çoğu kez fazladan masraf yapmak durumunda kalan satıcının hasara katlanması hakkaniyete aykırıdır. Bu nedenle, teslimin alıcının lehine olarak geciktirildiği satışlarda henüz satılanın zilyetliği alıcıya devredilmemiş olmasına rağmen, durumun gereği olarak hasarın sözleşmenin ilk vade tarihi itibarıyla alıcıya geçeceğinin kabul edilmesi gerekir⁵⁹⁹.

Teslimin satıcı lehine geciktirildiği satışlarda ise, hasarın, Kanun'un hasarın geçişine ilişkin düzenlemesinde öngörülen anda mı yoksa durumun gereği olarak farklı bir anda mı alıcıya geçeceği konusunda öğretilerde farklı görüşler bulunmaktadır. Öğretilerdeki bir görüşe göre, alıcının dolaylı zilyet olmasına rağmen teslimin satıcı lehine geciktirilmesi nedeniyle dolaysız zilyet olamadığı ve satılardan da ekonomik olarak yararlanamadığı hâllerde, durumun gereği olarak Türk Borçlar Kanunu'nun 245. maddesi kıyasen uygulanmalıdır. Bu durumda teslimin satıcı lehine geciktirildiği satışlarda hasar ancak satılanın zilyetliğinin alıcıya devredildiği anda geçer⁶⁰⁰. Buna karşılık, öğretilerdeki diğer bir görüşe göre ise, hasarın geçişini açıkça zilyetliğin devrine bağlayan Türk Borçlar Kanunu'nun 208. maddesi karşısında,

⁵⁹⁹ H. N. Nomer/B. İ. Engin, s. 69. Buna karşılık, öğretilerde *M. A. Gümüş*, teslimin alıcının lehine olarak geciktirildiği satışlarda henüz satılanın zilyetliği alıcıya devredilmemiş olmasına rağmen, durumun gereği olarak hasarın sözleşmenin kurulmasıyla alıcıya geçeceğini ifade etmektedir (M. A. Gümüş, s. 40).

⁶⁰⁰ B. Çetiner, s. 100. Öğretilerde *S. Altay* ise, satılanın tesliminin satıcı lehine geciktirildiği satışlarda, taraflarca aksi açıkça kararlaştırılmadıkça ve dürüstlük kuralı gerektirmedikçe, durumun gereği olarak mülkiyet geçmiş olsa bile hasarın alıcıya geçmeyeceğini kabul etmektedir (S. Altay, Türk Borçlar Kanunu, s. 197, dipnot 29).

zilyetliğin hükmen teslim yoluyla alıcıya devri gerçekleşmeksizin teslimin satıcı lehine geciktirildiği hâllerde, durumun gereğinden hareketle hasarın ancak satılanın teslimiyle geçeceğini savunmak mümkün değildir⁶⁰¹. Gerçekten de, teslimin satıcı lehine geciktirildiği durumlarda, satıcı satılanı hükmen teslim sözleşmesine dayalı ödünç alan olarak elinde bulunduruyorsa, hükmen teslim sözleşmesinin kurulduğu anda hasar alıcıya geçer⁶⁰².

Alıcının tüketici olduğu gönderilecek borç içeren satışlarında, durumun gereği olarak hasarın, satılanın bağımsız taşıyıcıya teslimiyle değil de alıcıya teslimiyle geçeceği kabul edilmektedir⁶⁰³. Gerçekten de, alıcının tüketici⁶⁰⁴ olduğu satışlarda, tüketici satıcıya göre zayıf konumda bulunmakta bu nedenle hukuk düzeni tarafından korumaya ihtiyaç duymaktadır. Buna karşılık alıcının tüketici olduğu gönderilecek borç içeren satışlarda hasarın satılanın bağımsız taşıyıcıya teslimiyle geçeceğinin kabulü, tüketicinin durumunu ağırlaştırmaktadır. Bu nedenle alıcının tüketici olduğu gönderilecek borç içeren satışlarda hasarın götürülecek borçlarda olduğu gibi satılanın bağımsız taşıyıcıya teslimiyle değil; alıcıya teslimiyle geçeceğinin kabulü gerekir⁶⁰⁵.

⁶⁰¹ M. A. Gümüş, s. 40, dipnot 155; M. Aydoğdu/N. Kahveci, s. 85.

⁶⁰² M. A. Gümüş, s. 40, dipnot 155.

⁶⁰³ R. Serozan, İfa, s. 83; M. Aydoğdu/N. Kahveci, s. 90; M. Oruç, s. 176.

⁶⁰⁴ 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un (R.G. 28.11.2013, S. 28835) 3. maddesi uyarınca tüketici, ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi ifade eder.

⁶⁰⁵ R. Serozan, İfa, s. 83; M. Aydoğdu/N. Kahveci, s. 90; M. Oruç, s. 176.

818 sayılı Kanun döneminde, hasarın geçişi bakımından sözleşme ilkesinin kabul edilmesi ve bu ilkenin özellikle alıcı aleyhine adil olmayan sonuçlar ortaya çıkarması nedeniyle “*hâlin icabı*” istisnasının geniş yorumlanması kuralı benimsenmişti. Ancak Türk Borçlar Kanunu’nda teslim ilkesinin benimsenmesi ve bu ilkenin uygulanmasının genellikle daha adil sonuçlar ortaya çıkaracağı göz önüne alındığında, Türk Borçlar Kanunu’nun 208. maddesinde yer alan “*durumun gereğinden kaynaklanan hâller*” istisnasının dar yorumlanması gerekir⁶⁰⁶.

§ 11. TÜRK BORÇLAR KANUNUNA GÖRE HASARIN GEÇMESİNİN SONUÇLARI

I. Alıcının Satış Bedelini Ödeme ve Satılanı Teslim Alma Yükümlülüğü

Türk Borçlar Kanunu’nun 232. maddesinde, alıcının satış bedelini ödeme ve satılanı devralma borçları düzenlenmiştir. Buna göre, alıcı, satış sözleşmesinde kararlaştırılan biçimde satış bedelini ödemekle ve kendisine sunulan satılanı teslim almakla yükümlüdür. Bedel hasarının alıcıya geçmesinin en önemli sonucu, sözleşmenin ifasının taraflara yüklenemeyen nedenlerle imkânsızlaşmasına rağmen, alıcının, Kanun’un 232. maddesinde düzenlenen satış bedelini ödeme ve kendisine sunulan satılanı teslim alma borcundan kurtulamamasıdır.

⁶⁰⁶ F. Aral/H. Ayrancı, s. 88; M. Oruç, s. 175.

A. Alıcının Satış Bedelini Ödeme Yükümlülüğü

Bedel hasarının alıcıya geçmesiyle birlikte, satıcının, sözleşmenin ifasının taraflara yüklenemeyen nedenlerle imkânsızlaşması durumunda satış bedelini elde edememe tehlikesi sona erer. Bedel hasarının alıcıya geçmesinden sonra, alıcı, sözleşmenin ifasının imkânsızlaşması sonucunda sözleşmede kararlaştırılan malları elde edememesine karşın, satış bedelini, satış sözleşmesinde ve Türk Borçlar Kanunu'nda öngörülen biçimde tam olarak ödemekle yükümlü olur⁶⁰⁷. Alıcı, hasara katlanmasının bir sonucu olarak satış sözleşmesinde kararlaştırılan bedeli ödemekle yükümlü olmasına rağmen, söz konusu bedeli ödemekten kaçınırsa, satıcı, alıcıdan satış bedelinin ödenmesini taraflar arasında kurulan “*satış sözleşmesine dayanarak*” talep edebilir⁶⁰⁸. Eğer bedel hasarına katlanan alıcı, henüz sözleşmenin aynen ya da gereği gibi ifasının imkânsızlaşması sonucunu doğuran olay meydana gelmeden önce satış bedelini ödemişse, ödediği bedelin iadesini talep etme hakkını yitirir⁶⁰⁹. Ayrıca alıcı, satış bedelinin yanında, hasarın geçmesi anından satılanın teslim edilmesi anına

⁶⁰⁷ T. Akıntürk, s. 190; M. Oruç, s. 356.

⁶⁰⁸ Satış sözleşmesinin ifasının taraflara yüklenemeyen nedenlerle imkânsızlaşması durumunda, tarafların sözleşmeden doğan asli edim borçları sona ermekle birlikte sözleşme ilişkisi tasfiye ilişkisine dönüşmek suretiyle devam eder. Bu nedenle alıcı bedeli taraflar arasındaki sözleşmeye uygun olarak ödemekle yükümlüdür. Alıcının söz konusu satış bedelini ödememesi durumunda, satıcı taraflar arasında kurulan satış sözleşmesine dayanarak alıcıyı bedelin ödenmesi konusunda zorlayabilir (R. Serozan, s. 192-193; L. M. Kurt, s. 254).

⁶⁰⁹ F. Eren Borçlar Genel, s. 1304; L. M. Kurt, s. 268.

kadar satıcının satılanın korunması ve bakımı için yapmış olduğu masrafları da satıcıya ödemekle yükümlüdür⁶¹⁰.

B. Alıcının Satılanı Teslim Alma Yükümlülüğü

Karşı edim hasarına katlanan alıcı, satıcı tarafından kendisine sunulan malları, eksik ya da zarara uğramış oldukları gerekçesiyle teslim almaktan kaçınmaz⁶¹¹. Gerçekten de, taraflara yüklenemeyen nedenlerle, satış sözleşmesinin ifasının gereği gibi ya da diğer bir deyişle, kısmen imkânsızlaşması durumunda, Türk Borçlar Kanunu'nun 137. maddesi gereğince, satıcı, borcunun sadece imkânsızlaşan kısmından kurtulur. Borcun ifası imkânsızlaşmayan kısmı bakımından satıcının, kalan kısmı alıcıya devretme yükümlülüğü devam eder. Bunun karşılığında, alıcının da Türk Borçlar Kanunu'nun 228. maddesi gereğince, kalan kısmı teslim alma yükümlülüğü devam etmektedir. Karşı edim hasarına katlanan alıcının, Kanun'un 137. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen kısmi ifayı kabul etmeyerek, satış bedelini ödemekten kaçınması da mümkün değildir⁶¹².

II. Alıcının Satıcıyı Sözleşmenin Aynen İfasına Zorlayamaması ve Edimin Yerine Geçen Değerin Durumu

Edim hasarının alıcıya geçmesinin en önemli sonucu, alıcının satıcıyı sözleşmenin aynen ifasına zorlayamamasıdır. Bununla birlikte, satıcıyı sözleşmenin aynen ifasına

⁶¹⁰ T. Akıntürk, s. 194; M. Oruç, s. 360.

⁶¹¹ M. Oruç, s. 356-357. Krş. T. Akıntürk, s. 198.

⁶¹² M. Oruç, s. 333.

zorlayamayan alıcının, satıcıyı, ifası imkânsız hâle gelen edimin yerine geçen ekonomik değeri vermeye zorlayıp zorlayamayacağını açıklaması gerekir.

A. Alıcının Satıcıyı Sözleşmenin Aynen İfasına Zorlayamaması

Türk Borçlar Kanunu’nun 210. maddesi uyarınca, satıcı, satılanın mülkiyetini geçirmek amacıyla, satılanın zilyetliğini alıcıya devretmekle yükümlüdür. Edim hasarının alıcıya geçmesi, sözleşmenin ifasının taraflara yüklenemeyen nedenlerle imkânsızlaşması durumunda, satıcıyı satılanın zilyetliğini ve dolayısıyla mülkiyetini “sözleşmede öngörüldüğü şekliyle” alıcıya devretme yükümlülüğünden kurtarmaktadır.

Edim hasarının alıcıya geçmesiyle birlikte, alıcı sözleşmenin taraflara yüklenemeyen nedenlerle aynen ya da gereği gibi ifa edilememesi tehlikesine katlanır. Edim hasarının alıcıya geçmesinin sonucu olarak, sözleşmenin ifasının taraflara yüklenemeyen nedenlerle imkânsızlaşması durumunda, alıcı edimin aynen ifasını talep etme hakkını sürekli olarak kaybeder⁶¹³. Böylece alıcı satıcıyı sözleşmeyi aynen ifa etme konusunda zorlayamaz ve bu bağlamda, Türk Borçlar Kanunu’nun 117. maddesi ve devamında düzenlenen borçlunun temerrüdü hükümleri uyarınca sözleşmeden dönemez.

Her ne kadar edim hasarının alıcıya geçmesinin bir sonucu olarak, sözleşmenin ifasının imkânsızlaşması durumunda, alıcı satıcıyı sözleşmenin aynen ifa edilmesi konusunda zorlayamasa da, satıcının kalan kısımları iade etme yükümlülüğü devam

⁶¹³ L. M. Kurt, s. 213.

etmektedir⁶¹⁴. Nitekim Kanun'un 137. maddesinde, borcun ifasının taraflara yüklenemeyen nedenlerle kısmen imkânsızlaşması durumunda, borçlunun borcunun “*sadece imkânsızlaşan kısmından*” kurtulacağı açıkça düzenlenmiştir. Bu bağlamda, kalan kısımlar alıcıya teslim edilinceye kadar satıcı, Türk Borçlar Kanunu'nun 136. maddesinin üçüncü fıkrası gereğince, zararın artmaması için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür⁶¹⁵. Ayrıca satıcı, 136. maddenin 3. fıkrası gereğince, edimin ifasının imkânsızlaştığını alıcıya gecikmeksizin bildirmekle de yükümlüdür.

⁶¹⁴ T. Akıntürk, s. 182; M. Oruç, s. 332.

⁶¹⁵ Türk Borçlar Kanunu'nun 136. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan satıcının “zararın artmaması için gerekli önlemleri alma” borcu, taraflara yüklenemeyen nedenlerle edimin ifasının imkânsızlaşmasına neden olan olayın meydana gelmesinden sonraki aşama için öngörülmüş olan bir hükümdür. Bu nedenle, söz konusu fıkra, satıcının, satış sözleşmesinin kurulması anından, satılan malların teslim edilmesi anına kadarki süreçte satılanın bakımını ve korunmasını sağlama yükümlülüğünün kaynağı olarak görülemez (Krş. M. Oruç, s. 327). Satıcının, satış sözleşmesinin kurulması anından, satılan malların teslim edilmesi anına kadarki süreçte satılanın bakımını ve korunmasını sağlama yükümlülüğünün kaynağı 818 sayılı Kanun döneminde olduğu gibi (T. Akıntürk, s. 196; F. N. Feyzioğlu, s. 237), Türk Borçlar Kanunu döneminde de genel ilkeler ve dürüstlük kuralıdır (C. Yavuz/F. Acar/B. Özen, s. 88).

B. Edimin Yerine Geçen Değerin Durumu

Taraflara yüklenemeyen nedenlerle edimin ifasının imkânsızlaşması sonucunda borcundan kurtulan borçlunun malvarlığına, ifası imkânsızlaşan edimin yerine başka değerlerin girmesi söz konusu olabilir. Borçlunun malvarlığına giren bu değerlere kaim değer⁶¹⁶ ya da ikame değer⁶¹⁷ denilmektedir.

Kaim değer konusu, Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmemiştir. Bununla birlikte, Türk Borçlar Kanunu'nun 136. maddesinin düzenlenme biçimi ve amacından, kaim değer Türk hukuku bakımından da geçerli olacağı kabul edilmektedir⁶¹⁸. Gerçekten de, Kanun'un 136. maddesinde, borçlu, imkânsızlığın yarattığı olumsuz sonuçtan kurtarılmakta, ifa edemediği asli edim borcu yerine tazminat ödemekten korunmaktadır. Buna karşılık, borçlunun malvarlığına, ifası imkânsızlaşan edimin yerine başka bir değer girmesi durumunda, borçlunun, imkânsızlık gerçekleşmeseydi ifa edecek olduğu edimin yerine geçen değeri, imkânsızlığın gerçekleşmesi nedeniyle iade etmesi kabul edilmektedir⁶¹⁹.

Satış sözleşmesinde edim hasarına alıcının katlandığı durumlarda alıcı, satıcıdan satılanı sözleşmeye uygun olarak ifa etmesini talep edememektedir. Edim hasarıyla birlikte bedel hasarına da katlanan alıcı, sözleşmenin taraflara yüklenemeyen nedenlerle imkânsızlaşması hâlinde, satılanı sözleşmeye uygun olarak elde

⁶¹⁶ T. Akıntürk, s. 184; M. Dural, s. 183; R. Serozan, İfa, s. 190; M. K. Oğuzman/M. T. Öz, s. 575; L. M. Kurt, s. 222.

⁶¹⁷ F. Eren, Borçlar Genel, s. 1304.

⁶¹⁸ M. Dural, s. 185; F. Eren, Borçlar Genel, s. 1305; L. M. Kurt, s. 227.

⁶¹⁹ M. Dural, s. 185; L. M. Kurt, s. 227.

edememesine rağmen, satış bedelini sözleşmede kararlaştırılan biçimde tamamen ödemek zorunda kalmaktadır. Bu durumda satıcı, edimi aynen ya da gereği gibi ifa edememesine karşın, satış bedelini alıcıdan talep edebilmektedir. Satıcının hem satış bedelini elde etmesi, hem de ifası imkânsızlaşan edimin yerine geçen değeri alıkoyması, alıcıya söz konusu kaim değeri talep edebilme hakkı tanınmak suretiyle engellemektedir⁶²⁰.

Satış sözleşmesinde, edimin ifasının imkânsızlaşması sonucunda, edimi aynen ya da gereği gibi elde edemeyen alıcının, satıcıdan kaim değeri talep edebilmesi için, imkânsızlığa neden olan durum ile kaim değer in elde edilmesine neden olan durum arasında sıkı bir ekonomik bağlantının bulunması gerekir⁶²¹. Bunun yanında, kaim değer ile imkânsızlaşan edim arasında ekonomik özdeşliğin bulunması da aranır. Kaim değer ile imkânsızlaşan edim arasında ekonomik özdeşliğin bulunmasından kasıt, kaim değer in, ekonomik açıdan satıcının malvarlığında ifası imkânsızlaşan edim konusunun yerine geçmek üzere satıcıya verilmiş olmasıdır. Bu bakımdan satışa konu malın kaybolması ya da zarar görmesi nedeniyle, satıcıya ödenen sigorta bedeli kaim değer niteliğindedir. Aynı malın birden fazla kişiye satılması durumunu ifade eden çifte satışta, satıcının sözleşmeye konu malın satışından elde ettiği satış bedelinin de kaim değer niteliği taşıdığı söylenebilir⁶²².

⁶²⁰ T. Akıntürk, s. 186; R. Serozan, s. 196; H. N. Nomer/B. İ. Engin, s. 72; L. M. Kurt, s. 227-228.

⁶²¹ L. M. Kurt, s. 231 vd.

⁶²² L. M. Kurt, s. 234.

Satış sözleşmesinde, hem edim hasarına hem de bedel hasarına satıcının katlandığı durumlarda, edimin ifasının imkânsızlaşması sonucunda, satıcı, alıcıyı satış bedelinin ödenmesi konusunda zorlayamamakta; buna karşılık, alıcı, edim hasarına katlanan satıcıdan kaim değerin ya da kaim değere ilişkin talep hakkının kendisine devredilmesini talep edebilmektedir. Böyle bir durumda, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerin mübadele amacından hareketle, satış sözleşmesinin kaim değer üzerinden devam ettiği ve bu nedenle kaim değeri talep eden alıcının, bedel ödeme borcunun da yeniden canlanacağı kabul edilmektedir⁶²³. Örneğin, gönderilecek borç içeren bir sınırlı çeşit satışında, satılan bağımsız taşıyıcıya teslim edilene kadar hem edim hasarına hem de bedel hasarına satıcı katlanır. Sözleşmenin kurulmasından sonra ancak satılanın taşıyıcıya teslim edilmesinden önce, sınırlı çeşit borcunun ifasının imkânsızlaşması durumunda (sınırlı çeşit borcunun ifa edileceği depodaki bütün malların yanmasında olduğu gibi), alıcının, satıcının elde ettiği sigorta bedelini talep etmesi onun satış bedelini ödeme borcunu yeniden canlandırır.

Alıcının talep edebileceği kaim değer, satıcının asli ediminin değerine eşitse ya da söz konusu asli edimin değerinden yüksekse, alıcı satış bedelinin tamamı ödemesi karşılığında kaim değeri satıcıdan talep edebilir⁶²⁴. Buna karşılık, kaim değer, asli edim değerinden düşükse, bir görüşe göre, karşı edim de bu değer düşüklüğü oranında indirilmelidir⁶²⁵. Bir diğer görüşe göre ise, bu durumda bedel hasarına alıcının katlanıp katlanmadığına bakmak gerekir. Eğer bedel hasarı henüz alıcıya

⁶²³ M. Dural, s. 197; L. M. Kurt, s. 242-243.

⁶²⁴ R. Serozan, s. 196; M. Dural, s. 197; L. M. Kurt, s. 243 vd.

⁶²⁵ R. Serozan, s. 196; M. Dural, s. 198.

geçmemişse, satış bedeli kaim değerin asli edimden düşüklüğü oranında indirilir. Buna karşılık bedel hasarı alıcıya geçmişse, satış bedelinden indirim yapılması kabul edilmemektedir⁶²⁶. Gerçekten de, alıcının bedel hasarına katlanması, satıcının bedeli elde edememe tehlikesinin sona ermesi anlamına gelir. Buna rağmen, kaim değerin asli edimden düşük olduğu gerekçesiyle, satıcının talep edebileceği satış bedelinin orantılı bir biçimde indirilmesi kabul edilmemelidir.

⁶²⁶ L. M. Kurt, s. 245.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

VİYANA SATIM SÖZLEŞMESİNE GÖRE (CISG) HASARIN GEÇİŞİ

§ 12. VİYANA SATIM SÖZLEŞMESİNİN TARİHİ GELİŞİMİ, UYGULAMA ALANI VE BU SÖZLEŞME UYARINCA HASARIN GEÇİŞİNE İLİŞKİN TEMEL KURAL

I. Sözleşmenin Tarihi Gelişimi ve Uygulama Alanı

Viyana Satım Sözleşmesi'nde hasarın geçişi konusunun incelenmesine geçilmeden önce söz konusu uluslararası sözleşmenin tarihi gelişiminin ve dolayısıyla öneminin ortaya konulması gerekir. Ayrıca bir uluslararası sözleşme olarak Viyana Satım Sözleşmesi, her hukuki ilişkiye uygulanabilir nitelikte değildir. Bu nedenle Viyana Satım Sözleşmesi'nin uygulama alanının da belirlenmesi gerekmektedir.

A. Tarihi Gelişimi

Geçtiğimiz yüzyılın başından itibaren hukukun önemli alanlarının ve özellikle satışa ilişkin konuların uluslararası düzeyde yeknesaklaştırılması hususunda önemli çabalar harcanmıştır. Nitekim uluslararası ticaretin giderek artan hacmine rağmen, uluslararası ticaretin en önemli hukuki araçlarından bir olan satış sözleşmesi konusundaki düzenlemelerin ulusal düzeyde kalması ve farklılıklar taşıması, hukuki güvenliği zedelemiş, birbiriyle eşit düzeyde pazarlık etme imkânı bulunmayan ya da

farklı sosyal ve ekonomik durumda bulunan sözleşme taraflarını olumsuz etkilemiştir⁶²⁷.

Uluslararası satış hukukunun uyumlaştırılması ve yeknesaklaştırılması çalışmalarının başlangıcı 1929 tarihine kadar uzanır. Zira 1929 yılında, Milletlerarası Özel Hukukun Birleştirilmesi Enstitüsü⁶²⁸ (UNIDROIT) tarafından hukukun birleştirilmesi konusunda gerekli çalışmaların yapılmasına ve bu amaçla bir komite oluşturulmasına karar verilmiştir. 1934 yılında, söz konusu komite, uluslararası mal satımına ilişkin yasa taslağını hazırlamış; bu taslak, sonrasında Milletlerarası Özel

⁶²⁷ C. M. Bianca/M. J. Bonell/M. J. Bonell, **Commentary on the International Sales Law the 1980 Vienna Sales Convention**, Giuffrè-Milan, 1987, s. 3; A. G. Toker, **Uluslararası Taşınır Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin (Viyana Sözleşmesi) Uygulama Alanı**, Ankara, 2005, s. 19.

⁶²⁸ The International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT), 1926 yılında Roma'da kurulmuştur. Bağımsız ve hükümetler arası şekilde çalışmalar yürüten söz konusu kuruluşun amacı, devletler arasında özel hukukun ve özellikle ticaret hukukunun koordinasyonu, yeknesaklaştırılması ve çağdaşlaştırılması için gereken yöntem ve ihtiyaçlar hususunda çalışmalar yapmak ve bunun için yeknesak hukuk araçlarının, ilkelerinin ve kurallarının oluşturulmasını sağlamaktır. <http://www.unidroit.org/about-unidroit/overview> (E.T. 03.08.2016). Bugün itibarıyla Milletlerarası Özel Hukukun Birleştirilmesi Enstitüsü'ne üye 63 devlet bulunmaktadır. <http://www.unidroit.org/about-unidroit/membership> (E.T. 03.08.2016).

Hukukun Birleştirilmesi Enstitüsü'nün Yürütme Konseyi tarafından onaylanmıştır⁶²⁹. İzleyen yıllarda söz konusu taslak üzerinde pek çok değişiklik yapılmış, yapılan çalışmaların sonucunda 1964'te Hague Konferansı'nda Maddi Taşınır Malların Milletlerarası Satımına İlişkin Yeknesak Hukuk Hakkındaki Sözleşme⁶³⁰ (ULIS) ve Maddi Taşınır Malların Milletlerarası Satımına İlişkin Sözleşmelerin Kuruluşuna Dair Yeknesak Hukuk Hakkındaki Sözleşme⁶³¹ (ULFC) kabul edilmiştir⁶³². ULIS ve

⁶²⁹ C. M. Bianca/M. J. Bonell/M. J. Bonell, s. 3; E. Özsunay, **“CISG'in Oluşum Tarihçesi”**, Milletlerarası Mal Satım Hukuku (CISG) (Ed. S. Okur), Ankara, 2016, s. 16.

⁶³⁰ Convention relating to a Uniform Law on the International Sale of Goods (ULIS) <http://www.unidroit.org/instruments/international-sales/international-sales-ulis-1964> (E.T. 03.08.2016).

⁶³¹ Convention relating to a Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods (ULFC) <http://www.unidroit.org/instruments/international-sales/international-sales-ulfc-1964-en> (E.T. 03.08.2016).

⁶³² C. M. Bianca/M. J. Bonell/M. J. Bonell, s. 4; E. Özsunay, s. 17; A. G. Toker, s. 22; J. O. Honnold/H. M. Flechtner, **Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention**, 4. Edition, Alphen aan den Rijn, 2009, s. 6; B. Tiryakioğlu, **Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk**, Ankara, 1996, s. 97-98; F. Ö. Özdemir, **“Milletlerarası Mal Satımlarına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın Birinci Madde Hükmünün İncelenmesi”**, Milletlerarası Özel Hukuk Çerçevesinde

ULFC az sayıda ülke tarafından uygulamaya konmuştur⁶³³. 1966 yılında Birleşmiş Milletler bünyesinde kurulan Birleşmiş Milletler Milletlerarası Ticaret Komisyonu⁶³⁴ (UNICITRAL), uluslararası ticaret hukukunun birleştirilmesi ve yeknesaklaştırılması amacıyla, hukuki, sosyal ve ekonomik yönden farklı sistemleri benimsemiş ülkelere kabul görebilecek şekilde ULIS ve ULFC'nin değiştirilmesi ya da yeni bir metin oluşturulması için bir Çalışma Grubu oluşturmuştur⁶³⁵. ULIS ve ULFC'yi temel alan yeknesaklaştırma çalışmaları sonucunda, 1978 yılında Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Sözleşme Taslağı⁶³⁶ hazırlanmıştır⁶³⁷. Bunun üzerine, 10

Milletlerarası Mal Satımına İlişkin BM. Sözleşmesinin Uygulama Alanı (Ed. G. Öztekin Gelgel/F. K. Giray), İstanbul, 2014, s. 2.

⁶³³ ULIS ve ULFC'yi uygulamaya koyan devletler Belçika, Gambiya, Almanya, İsrail, İtalya, Lüksemburg, Hollanda, San Marino ve Birleşik Krallık'tır.

⁶³⁴ United Nations Commission on International Trade Law (UNICITRAL), kırk yılı aşkın süredir, dünya çapında, uluslararası ticarete ilişkin kuralların çağdaşlaştırılması ve yeknesaklaştırılması için çalışan, ticaret hukukunun geliştirilmesinde uzmanlaşmış, Birleşmiş Milletler'in evrensel üyelik sistemine dayalı yasal bir organdır <https://www.uncitral.org/> (E.T. 03.08.2016).

⁶³⁵ C. M. Bianca/M. J. Bonell/M. J. Bonell, s. 5-6; E. Özsunay, s. 17; A. G. Toker, s. 24.

⁶³⁶ Draft Convention on Contracts for the International Sale of Goods <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/sales/cisg/a-conf-97-19-ocred-e.pdf> (E.T. 03.08.2016).

Mart-1 Nisan 1980 tarihleri arasında Viyana’da gerçekleştirilen Milletlerarası Mal Satımına ilişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Konferansı’nda adı geçen taslak üzerinde çalışılmış ve sonunda Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması⁶³⁸ (CISG)⁶³⁹ ya da Viyana’da imzalanması



⁶³⁷ J. O. Honnold/H. M. Flechtner, s. 10; F. Ö. Özdemir, s. 3; E. Özsunay, s. 18; A. G. Toker, s. 25.

⁶³⁸ United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG). İngilizce tam metni için bkz. <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/sales/cisg/V1056997-CISG-e-book.pdf>. (E.T. 10.08.2016).

⁶³⁹ CISG, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması’nın 6 resmi dilinden (Arapça, Çince, Fransızca, İngilizce, İspanyolca ve Rusça) biri olan İngilizce aslının baş harflerinin kısaltılması yoluyla elde edilmiş ve kullanımda oldukça yaygınlaşmıştır (F. Ö. Özdemir, s. 3).

nedeniyle yaygın olarak kullanılan diğer adıyla Viyana Satım Sözleşmesi⁶⁴⁰ (Sözleşme) kabul edilmiştir⁶⁴¹.

Yürürlüğe girmesinden itibaren CISG, uluslararası sözleşmelerle özel hukuk alanında yapılan yeknesaklaştırma çalışmalarının en başarılı örneklerinden biri olarak gösterilmektedir⁶⁴². Nitekim günümüz itibariyle CISG'nin tarafı olan 85 devlet bulunmaktadır⁶⁴³. Dünya ticaretinin dörtte üçünün gerçekleştiği, beş kıtaya yayılan bu devletler, farklı hukuk sistemlerine sahip, farklı sosyal ve ekonomik koşulların varlığını sürdürdüğü devletlerdir⁶⁴⁴.

CISG'nin uluslararası alandaki başarısının en önemli nedenlerinden biri, Sözleşme'de, satış sözleşmesine ilişkin başlıca hukuksal kurumların çağdaş bir

⁶⁴⁰ A. G. Toker, s. 26; H. E. Erdem, “**Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (Viyana Satım Sözleşmesi)**”, BATİDER, Cilt 16, Sayı 3, 1992, s. 35; Z. D. Tarman, **Türk Satım Hukukunda Yeni Bir Dönem: Viyana Satım Antlaşması'nın Milletlerarası Satım Sözleşmelerine Etkisi**, İpek Yolu Canlanıyor: Türk-Çin Hukuk Zirvesi Konferans Bildiri Kitabı, Ankara, 2013, s. 171.

⁶⁴¹ C. M. Bianca/M. J. Bonell/M. J. Bonell, s. 6; J. O. Honnold/H. M. Flechtner, s. 11; E. Özsunay, s. 18; B. Tiryakioğlu, s. 105; A. G. Toker, s. 26; F. Ö. Özdemir, s. 3.

⁶⁴² Z. D. Tarman, s. 172; F. Ö. Özdemir, s. 3.

⁶⁴³ Sözleşmeye taraf devletlerin tam listesi için bkz. http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html (E.T. 10.08.2016).

⁶⁴⁴ Z. D. Tarman, s. 172.

anlayışla ele alınmasıdır. CISG, dünya genelinde, uluslararası alanda ticari faaliyette bulunan tüm alıcılar ve satıcılar için, ortak bir anlayış ve yeknesak bir rejim öngörmektedir. CISG, günümüzde, Amerika Birleşik Devletleri'nden Çin'e, Norveç'ten Avusturalya'ya, tacirlerin, aynı satış hukuku dilini konuşmasına, aynı hukuksal kavramları kullanmasına ve aralarında çıkan uyuşmazlıkları aynı ilkelere göre çözmesine imkân veren uluslararası bir sözleşme olarak görülmektedir⁶⁴⁵.

CISG'nin başarısı yalnız uluslararası düzeyde değildir. Nitekim ulusal düzeyde de CISG'nin önemli etkileri olmuştur. Almanya, Hollanda, Rusya, Çin ve Estonya gibi pek çok devlet, hukuk sistemlerinin modernleştirilmesinde CISG'den faydalanmıştır⁶⁴⁶. Keza Türk Borçlar Kanunu'nun hazırlanmasında, Kanun'un genel gerekçesinde de ifade edildiği üzere CISG'den yararlanılmıştır⁶⁴⁷.

⁶⁴⁵ S. Kröll/L. Mistelis/P. P. Viscasillas, **UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)**, Münih, 2011, s. 2.

⁶⁴⁶ S. Kröll/L. Mistelis/P. P. Viscasillas, s. 10.

⁶⁴⁷ F. Ö. Özdemir, s. 4. Bununla birlikte öğretide, Türk Hukukunda satış sözleşmesini düzenleyen Türk Borçlar Kanunu hükümlerinde, CISG'de yer alan düzenlemeler doğrultusunda bir değişikliğin, bir reformun yapılmadığı; bu durumun da Türk Satım Hukuku bakımından bir tür iki başlılık ve zorluk yaratacağı ifade edilmektedir. E. Kuntalp, **Türk Borçlar Kanunu Tasarısına İlişkin Değerlendirmeler**, İstanbul, 2005, s. 5-6; T. Öz, **Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) ile Türk Borçlar Kanunu'nun İlgili Hükümlerinin Kısa Karşılaştırması**, İstanbul, 2016, s. 1 vd.

Türkiye, 5870 sayılı Uygun Bulma Kanunu⁶⁴⁸ ve Bakanlar Kurulu'nun 2010/247 sayılı kararıyla⁶⁴⁹ CISG'ye katılma kararı almış; katılma belgesinin 07.07.2010 tarihinde merkezi makama tevdi edilmesiyle Sözleşme'ye taraf olmuştur. Sözleşme'nin 99. maddesinin 2. fıkrası gereğince, CISG, Türkiye bakımından, katılma belgesinin tevdi edildiği tarihten itibaren on iki ayın tamamlanmasını izleyen ayın ilk gününde, 01.08.2011 tarihinde, yürürlüğe girmiştir⁶⁵⁰.

B. Uygulama Alanı

CISG, taraf devlet mahkemeleri tarafından somut olaya bir iç hukuk düzenlemesi olarak tarafların taleplerinden bağımsız bir biçimde, diğer bir deyişle re'sen uygulanabilir nitelikte bir sözleşmedir⁶⁵¹. Bu nedenle, taraf devlet mahkemelerinin re'sen somut olayın CISG'nin uygulama alanına girip girmediğini incelemesi ve bu yönde bir karar vermesi gerekmektedir. Taraf olmayan devlet mahkemelerinin ise bu tür bir yükümlülüğü bulunmamakla birlikte, kanunlar ihtilafı kurallarının bir taraf devlet hukukunu göstermesi hâlinde, söz konusu devlet mahkemesi, tıpkı bir taraf devlet mahkemesi gibi, somut olayın CISG'nin uygulama

⁶⁴⁸ R.G. 14.04.2009, S. 27200.

⁶⁴⁹ R.G. 07.04.2010, S. 27545.

⁶⁵⁰ F. Ö. Özdemir, s. 4; Z. D. Tarman, s. 169.

⁶⁵¹ Z. Zeytin, **Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri (CISG) Hukuku**, Ankara, 2011, s. 37; Y. M. Atamer, *Satıcının Yükümlülükleri*, s. 51; S. Altay, *Türk Borçlar Kanunu*, s. 186.

alanına dâhil olup olmadığını inceleme ve bu konuda karar verme yükümlüğü altına girer⁶⁵².

CISG'nin uygulama alanı, Sözleşme'nin genel olarak birinci kısmının "Uygulama Alanı" başlıklı birinci bölümünde, 1 ilâ 6. maddeler arasında düzenlenmiştir. Bununla birlikte, Sözleşme'nin işyeri kavramını açıklayan 10. maddesi gibi diğer maddeleri ve özellikle taraf devletlerin çekince koyarak sözleşmenin uygulama alanının daraltılmasına olanak sağlayan 92 ilâ 96. maddeleri, Sözleşme'nin uygulama alanının belirlenmesi bakımından önem taşımaktadır⁶⁵³.

CISG'nin uygulama alanının belirlenmesinde yer, kişi, zaman ve konu unsurları önem taşımaktadır. CISG'nin 1. maddesinde, Sözleşme'nin yer, kişi ve konu bakımından uygulama alanı genel olarak düzenlenmiş, devam eden maddelerde ise söz konusu uygulama alanının genişletildiği ya da daraltıldığı birtakım düzenlemelere yer verilmiştir⁶⁵⁴. CISG'nin zaman bakımından uygulanması hususu ise, Sözleşme'nin 99, 100 ve 101. maddelerinde ele alınmıştır⁶⁵⁵.

⁶⁵² B. Tiryakioğlu, s. 108; A. G. Toker, s. 45.

⁶⁵³ A. G. Toker, s. 29; Z. Zeytin, s. 37.

⁶⁵⁴ A. G. Toker, s. 33-34; K. Erkan, **CISG Gereğince Alıcının Sözleşmeden Dönmesi**, İstanbul, 2013, s. 5.

⁶⁵⁵ A. G. Toker, s. 140; L. Mistelis, **"CISG'nin Uygulama Alanı: Yer, Zaman ve Kişi Bakımından"** (Çev. C. Yasan), Milletlerarası Satım Hukuku-Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) (Ed. Y. M. Atamer), 2. Tıpkı Bası, İstanbul, 2012, s. 20.

1. Yer Bakımından Uygulama Alanı

CISG'nin yer bakımından uygulama alanından söz edildiğinde, ilk olarak üzerinde durulması gereken nokta, Sözleşme'ye taraf olan devletlerin belirlenmesi gerekliliğidir. Nitekim belirtildiği üzere, taraf devlet mahkemeleri, diğer şartların da varlığı hâlinde CISG'yi kendiliğinden uygulamakla yükümlüdür. Sözleşmeye taraf olmayan devlet mahkemelerinin kanunlar ihtilafı kuralları gereğince CISG'yi uygulaması söz konusu olacaktır⁶⁵⁶.

CISG'nin yer itibariyle uygulaması, Sözleşme'nin 1. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre, “Bu Antlaşma, işyerleri farklı devletlerde bulunan taraflar arasındaki mal satımı sözleşmelerine, (a) bu devletlerin âkit devletlerden olması veya (b) milletlerarası özel hukuk kurallarının âkit bir devletin hukukuna atıf yapması hâlinde uygulanır.” Bu fıkradan anlaşılabacağı üzere, CISG'nin doğrudan ya da dolaylı olarak uygulama alanı bulabilmesi mümkündür. Sözleşme'nin 1. maddesinin 1. fıkrasının a bendi, Sözleşme'nin doğrudan uygulama alanı bulmasını, sözleşmenin taraflarının işyerlerinin veya mutat meskenlerinin⁶⁵⁷ farklı âkit devlette

⁶⁵⁶ H. E. Erdem; s. 47; Z. Zeytin, s. 39.

⁶⁵⁷ Öğretide, işyerinin belirli ölçüde bağımsız olarak karar alıp uygulama mekanizmasına sahip olma ve sürekli olma unsurlarına sahip olması gerektiği ifade edilmektedir (Y. M. Atamer, Satıcının Yükümlülükleri, s. 49; H. E. Erdem, s. 44; A. G. Toker, s. 37; F. Ö. Özdemir, s. 10, K. Bell, “**The Sphere of Application of the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods**”, Pace International Law Review, Vol. 8, Issue 1, 1996, s. 245). Ayrıca CISG'nin 10. maddesine göre, “...taraflardan birinin birden fazla işyerinin olması halinde,

olması⁶⁵⁸ şartına bağlamıştır⁶⁵⁹. Sözleşme'nin 1. maddesinin 1. fıkrasının b bendi ise, Sözleşme'nin dolaylı uygulama alanı bulmasını, forum devletin kanunlar ihtilafı kurallarının, taraflar arasındaki ilişki bakımından CISG'ye taraf bir devletin hukukuna atıf yapması şartına bağlamıştır⁶⁶⁰.

sözleşmenin akdi sırasında veya öncesinde taraflarca bilinen veya dikkate alınan koşullar değerlendirilerek sözleşme ve sözleşmenin ifası ile en yakın irtibat içinde olan işyeri esas alınır, taraflardan birinin hiçbir işyerinin olmaması halinde mutlak meskeni esas alınır.”

⁶⁵⁸ CISG'nin 1. maddesinin 2. fıkrası, “Tarafların işyerlerinin ayrı devletlerde bulunması olgusu sözleşmeden veya sözleşmenin akdi sırasında veya öncesinde gerçekleşmiş olan görüşmelerden veya verilmiş olan bilgilerden anlaşılmadıkça dikkate alınmaz.” demek suretiyle taraflar arasında kurulan sözleşmenin uluslararası niteliğinin açıkça anlaşılabilir olmasını zorunlu kılmıştır (H. E. Erdem, s. 45; A. G. Toker, s. 53).

⁶⁵⁹ B. Tiryakioğlu, s. 107; A. G. Toker, s. 41; F. Ö. Özdemir, s. 13; Z. Zeytin, s. 39.

⁶⁶⁰ B. Tiryakioğlu, s. 107; A. G. Toker, s. 41; F. Ö. Özdemir, s. 16; Z. Zeytin, s. 39.

Bu noktada belirtmek gerekir ki, CISG'nin 95. maddesine göre, her Devlet, onay, kabul, uygun bulma veya katılma belgesinin tevdi edilmesi sırasında, CISG'nin 1. maddesinin 1. fıkrasının b bendi ile bağlı olmayacağını beyan edebilir, diğer bir deyişle çekince koyabilir. Bu nedenle, forum devletin kanunlar ihtilafı kurallarının hukukuna atıf yaptığı âkit devletin CISG'nin 95. maddesine istinaden CISG'nin 1. maddesinin 1. fıkrasının b bendine çekince koymamış olması gereklidir.

CISG'nin yer bakımından uygulanıp uygulanmayacağını belirlenmesinde sözleşmeye konu malların bulunduğu yer yahut taraflar arasında sözleşmeye ilişkin görüşmelerin yapıldığı yer önem taşımaz⁶⁶¹. Ayrıca CISG'nin uygulanması bakımından sözleşmenin ifa edileceği yer de önemli değildir⁶⁶².

CISG'nin 6. maddesinde, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde, tarafların CISG'nin tamamının ya da bazı hükümlerinin uygulanmasını bertaraf etme olanağı sağlanmıştır⁶⁶³. Nitekim CISG'nin 6. maddesinde, *“Taraflar, bu Antlaşmanın uygulanmamasını kararlaştırabilecekleri gibi, 12. madde saklı kalmak şartıyla, hükümlerine istisna getirebilir veya hükümlerinin doğurabileceği etkileri değiştirebilirler.”* hükmü yer almaktadır. Bu nedenle, sözleşmenin taraflarının karşılıklı olarak CISG'nin uygulanmayacağı yönünde anlaşmaları durumunda, söz konusu hukuki ilişkiye CISG'nin uygulanmasını mümkün değildir⁶⁶⁴.

2. Kişi Bakımından Uygulama Alanı

CISG'nin 1. maddesinin 3. fıkrasında, Sözleşme'nin uygulanmasında tarafların vatandaşlığının, tacirlik sıfatının ya da taraflar arasında kurulan sözleşmenin adı veya ticarî nitelikte olmasının önem taşımadığı belirtilerek Sözleşme'nin kişi itibarıyla

⁶⁶¹ K. Bell, s. 245.

⁶⁶² H. E. Erdem, s. 44; Y. M. Atamer, Satıcının Yükümlülükleri, 48.

⁶⁶³ J. O. Honnold, **“Introduction to the Symposium”**, Cornell International Law Journal, Vol. 21, Issue 3, 1988, s. 420; B. Tiryakioğlu, s. 114.

⁶⁶⁴ L. Mistelis, s. 17; B. Tiryakioğlu, s. 115; Y. M. Atamer, Satıcının Yükümlülükleri, s. 57; Z. Zeytin, s. 39.

uygulama alanı oldukça geniş bir biçimde düzenlenmiştir. Bu nedenle, sözleşmenin tarafları aynı ülke vatandaşı olsa bile, işyerleri farklı taraf devletlerde bulunuyorsa CISG'nin uygulanması söz konusu olabilir⁶⁶⁵.

CISG'nin 1. maddesinin 3. fıkrasında, sözleşmenin adî veya ticarî nitelikte olmasının önem taşımadığı düzenlenmiş olmakla birlikte, bu husus sadece sözleşmenin yer itibariyle uygulanması açısından dikkate alınmalıdır⁶⁶⁶. Bu bağlamda, CISG'nin 2. maddesinin 1. fıkrasının a bendi önem taşımaktadır. Nitekim söz konusu bent uyarınca, kişisel kullanım amaçlı mal satın alınması durumunda, satıcının sözleşmenin kurulması sırasında veya öncesinde bu durumu bilmemesi veya bilmesinin gerekmemesi koşuluyla, CISG uygulama alanı bulmaz. CISG'nin yer bakımından uygulama alanı dışında kalan hükümlerinde, tarafların tacir sıfatı ya da sözleşmenin ticarî niteliği önem taşıyabilir⁶⁶⁷.

3. Zaman Bakımından Uygulama Alanı

CISG'nin bütün ülkeler bakımından yürürlüğe gireceği tarih, Sözleşme'nin 99. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre, Sözleşme, onuncu onay, kabul, uygun bulma veya katılma belgesinin tevdi edildiği tarihten itibaren on iki ayın

⁶⁶⁵ A. G. Toker, s. 55; F. Ö. Özdemir, s. 23.

⁶⁶⁶ A. G. Toker, s. 56; F. Ö. Özdemir, s. 24

⁶⁶⁷ A. G. Toker, s. 56.

tamamlanmasını izleyen ayın ilk gününde; yani 11 Ocak 1988 tarihinde yürürlüğe girmiştir⁶⁶⁸.

Viyana Satım Sözleşmesi'ne sonradan katılan ülkeler bakımından ise Sözleşme, 99. maddenin 2. fıkrası gereğince, söz konusu ülkenin onay, kabul, onam ya da katılım senedinin tevdiinden sonra başlar ve bu dönemin bitimini izleyen ayın ilk gününden itibaren Sözleşme yürürlüğe girer⁶⁶⁹.

Sözleşme'nin 100. maddesinde ise, taraflar arasındaki satış sözleşmesinin kuruluşu ve ifası hakkında Sözleşme'nin uygulama alanı bulması için gereken zaman koşulu düzenlenmiştir. Söz konusu hükmün 1. fıkrasına göre, taraflar arasında satış sözleşmesinin kurulması konusunda CISG'nin uygulanabilmesi için, sözleşmenin akdine yönelik önerinin CISG'nin taraf devlet veya devletler bakımından yürürlüğe girdiği tarihte veya bu tarihten sonra yapılmış olması gerekir. Diğer bir deyişle öneri, CISG'nin yürürlüğe girdiği tarihten önce gönderilmemiş olmalıdır⁶⁷⁰.

CISG'nin 100. maddesinin 2. fıkrasına göre ise, taraflar arasında kurulan sözleşmeye CISG'nin uygulanabilmesi için, satış sözleşmesinin, CISG'nin taraf devlet veya devletler bakımından yürürlüğe girdiği tarihten sonra yapılmış olması gerekir. Diğer bir deyişle, sözleşmenin kurulmasına yönelik önerinin yapıldığı an değil; sözleşmenin kurulduğu an önemlidir⁶⁷¹. Bu durumda, taraflar arasında kurulan

⁶⁶⁸ C. M. Bianca/M. J. Bonell/M. J. Bonell, s. 7; E. Özsunay, s. 19; A. G. Toker, s. 136.

⁶⁶⁹ A. G. Toker, s. 137.

⁶⁷⁰ A. G. Toker, s. 140; Z. Zeytin, s. 57.

⁶⁷¹ C. M. Bianca/M. J. Bonell/M. Evans, s. 673; L. Mistelis, s. 21.

sözleşmeye CISG'nin uygulanabilmesi için, sözleşmenin kurulmasına yönelik kabul beyanının CISG'nin taraf devlet veya devletlerde yürürlüğe girdiği tarihte veya daha sonraki bir anda öneride bulunana varması yeterlidir⁶⁷².

Viyana Satım Sözleşmesi'nin tarafı olan devletin sözleşmeden çekilmesi durumunda, çekilme bildiriminin geçerli olacağı tarih ise Sözleşme'nin 101. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, taraf devletin tevdi makamına yapacağı yazılı resmi bildirimle fesihte bulunması hâlinde, söz konusu fesih, bildirimin tevdi makamına ulaşmasından itibaren on ikinci ayın tamamlanmasını izleyen ayın ilk gününde hüküm ifade eder. Ancak yapılan resmi bildirimde, feshin hüküm ifade etmeye başlaması için daha uzun bir sürenin belirtilmişse, fesih, tevdi makamına bildirimin ulaşmasından itibaren anılan daha uzun sürenin geçmesi ile hüküm ifade eder.

4. Konu Bakımından Uygulama Alanı

CISG'nin 1. maddesinin 1. fıkrasında, CISG'nin mal satışına ilişkin sözleşmeleri konu edindiği yer almaktadır. Diğer bir deyişle, CISG sadece taşınır mal satışı sözleşmelerine ilişkindir⁶⁷³. Bu nedenle, satış sözleşmesi dışındaki diğer

⁶⁷² A. G. Toker, s. 141; Z. Zeytin, s. 58.

⁶⁷³ B. Heiderhoff, “CISG'nin Uygulama Alanı: Konu Bakımından” (Çev. A. Gençsoy), Milletlerarası Satım Hukuku-Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) (Ed. Y. M. Atamer), 2. Tıpkı Bası, İstanbul, 2012, s. 25; Y. M. Atamer, Satıcının Yükümlükleri, s. 36; A. G. Toker, s. 76.

sözleşmelere ve CISG'nin öngördüğü mal kavramı dışında kalan herhangi bir şeyin satışında CISG'nin uygulanması söz konusu olmayacaktır.

a. Satış Sözleşmesi

CISG'de satış sözleşmesi açıkça tanımlanmamıştır⁶⁷⁴. Ancak öğretide CISG'nin 30. ve 53. maddelerinden⁶⁷⁵ hareketle, satış sözleşmesi, satıcının satılan malları alıcıya teslim etme ve söz konusu malların mülkiyetini alıcıya devretme; buna karşılık alıcının satış bedelini ödeme ve satılan malları teslim alma borcunu üstlendiği sözleşme olarak tanımlanmaktadır⁶⁷⁶. Satış türlerinden ard arda teslimli satış⁶⁷⁷, sağlayıcıdan müşteriye doğrudan satış⁶⁷⁸ gibi sözleşmeler de CISG'nin konu

⁶⁷⁴ S. Kröll/L. Mistelis/P. P. Viscasillas/L. Mistelis, s. 27-28; Y. M. Atamer, Satıcının Yükümlülükleri, s. 36; Z. Zeytin, s. 47.

⁶⁷⁵ CISG'nin 30. maddesine göre, “*Satıcı sözleşmede ve bu Antlaşmada öngörüldüğü şekilde malları teslim etmek, onlara ilişkin belgeleri vermek ve malların mülkiyetini geçirmekle yükümlüdür.*” CISG'nin 53. maddesine göre ise, “*Alıcı, sözleşme ve bu Antlaşmanın gerektirdiği şekilde semeni ödemek ve malları teslim almakla yükümlüdür.*”

⁶⁷⁶ S. Kröll/L. Mistelis/P. P. Viscasillas/L. Mistelis, s. 28; B. Heiderhoff, s. 26; Y. M. Atamer, Satıcının Yükümlülükleri, s. 36.

⁶⁷⁷ S. Kröll/L. Mistelis/P. P. Viscasillas/L. Mistelis, s. 28. Ard arda teslimli satış sözleşmesi, satıcının satılanı ard arda teslim etmeyi; buna karşılık alıcının satış bedelini tek bir defada ya da satıcının teslimlerine uygun olarak ard arda ödemeyi

itibariyle kapsamına dâhildir. Bununla birlikte, mal değişim sözleşmesi (trampa)⁶⁷⁹ CISG'nin uygulama alanına girmez⁶⁸⁰. Nitekim mal değişimi sözleşmesi satış sözleşmesinin bir türü değildir⁶⁸¹.

CISG'nin 2. maddesinde bazı satış türleri açıkça Sözleşme'nin uygulama alanı dışında bırakılarak Sözleşme'nin uygulama alanı sınırlandırılmıştır⁶⁸². Buna göre, kişisel kullanım amaçlı malları konu alan tüketici satışları⁶⁸³, açık artırma yoluyla

borçlandığı bir satış sözleşmesi türüdür (E. Kuntalp, **Ard Arda Teslimli Satım Akdi**, Ankara, 1968, s. 7).

⁶⁷⁸ S. Kröll/L. Mistelis/P. P. Viscasillas/L. Mistelis, s. 28.

⁶⁷⁹ Türk Borçlar Kanunu'nun 282. maddesine göre, "*Mal değişim sözleşmesi, taraflardan birinin diğer tarafa bir veya birden çok şeyin zilyetlik ve mülkiyetini, diğer tarafın da karşı edim olarak başka bir veya birden çok şeyin zilyetlik ve mülkiyetini devretmeyi üstlendiği sözleşmedir.*"

⁶⁸⁰ S. Kröll/L. Mistelis/P. P. Viscasillas/L. Mistelis, s. 29; Krş. J. O. Honnold/H. M. Flechtner, s. 57; A. G. Toker, s. 77.

⁶⁸¹ P. Schlechtriem, "**Requirements of Application and Sphere of Applicability of the CISG**", Victoria University of Wellington Law Review, 2005/4, s. 787.

⁶⁸² S. Kröll/L. Mistelis/P. P. Viscasillas/F. Spohnheimer, s. 40; A. G. Toker, s. 78-79.

⁶⁸³ CISG'nin uygulama alanı dışında bırakılan tüketici satışlarından kasıt, bir malın kişisel, ailevi ya da ev içi kullanım amacıyla satın alınmasıdır. Burada önemli olan husus malın kişisel olarak kullanımının amaçlanmasıdır. Ayrıca bu tür bir satışta alıcının tacir olup olmaması da önem taşımaz. Ancak önemli olan bir nokta vardır ki, o da satıcının sözleşmenin kurulması sırasında veya öncesinde malın kişisel kullanım

yapılan satışlar⁶⁸⁴, cebri icra veya kanun gereği yapılan diğer satışlar CISG'nin uygulama alanı dışındadır⁶⁸⁵.

amacıyla alındığını bilmemesi ya da bilmesinin gerekmemesidir (S. Kröll/L. Mistelis/P. P. Viscasillas, s. 41 vd.; A. G. Toker, s. 82 vd.) Alıcının bir malı kişisel kullanım amacıyla alması durumunda iki ihtimâl gündeme gelebilir. Birinci ihtimâl, satıcının malın kişisel kullanım amacıyla alındığını bilmemesi ya da bilmesinin gerekmemesidir. Bu ihtimâlde, söz konusu mal kişisel kullanım amacıyla alınmasına rağmen CISG'nin 2. maddesinin a bendi gereğince, satış sözleşmesine CISG uygulanacaktır. İkinci ihtimâl ise, satıcının kişisel kullanım amacıyla alınan malın bu amaçla alındığını bilmesi ya da bilmesinin gerekmesidir. Bu durumda, CISG'nin 2. maddesinin a bendi uyarınca, söz konusu satış sözleşmesine CISG uygulanmayacaktır.

⁶⁸⁴ Emtia borsasındaki satışlar ise CISG'nin uygulama alanı içindedir (S. Kröll/L. Mistelis/P. P. Viscasillas/F. Spohnheimer, s. 47). İnternet üzerinden gerçekleştirilen açık artırmalar ise bütün teklif verenlerin aynı yerde olduğu ya da teklif verenlerin satıcı ile aynı devlette olmasının zorunlu tutulduğu geleneksel açık artırmalar hariç, CISG'nin uygulama alanı içindedir (S. Kröll/L. Mistelis/P. P. Viscasillas/F. Spohnheimer, s. 47-48).

⁶⁸⁵ CISG'nin 2. maddesinde öngörülen bu tür satışların sözleşmenin uygulama alanının dışında tutulmasının nedeninin, devletlerin emredici iç hukuk kuralları ile CISG arasında ortaya çıkabilecek sorunları önlemek olduğu ifade edilmektedir (C. M. Bianca/M. J. Bonell/W. Khoo, s. 39; K. Erkan, s. 9. dipnot 20).

CISG'nin 3. maddesi ise, Sözleşme'nin uygulama alanını iki yönden genişletmiştir. Bunlardan ilki sipariş eden tarafın, imalat ve üretim için gerekli malzemenin esaslı olmayan bir bölümünün teminini taahhüt etmiş olduğu sözleşmeler; ikincisi mal temin eden tarafın ediminin, işgücü veya diğer bir hizmetin sağlanmasına göre daha fazla önem taşıdığı sözleşmelerdir⁶⁸⁶. Birinci durumda, sipariş eden tarafın imalat ve üretim için gerekli malzemenin esaslı bir bölümünün teminini taahhüt etmiş olduğu sözleşmelere CISG uygulanmaz⁶⁸⁷. Sipariş edinin temin ettiği üretim için gerekli malzemenin esaslı olup olmadığı konusunda, tarafların sağladığı malzemenin başta ekonomik değeri olmak üzere⁶⁸⁸, malzemenin işlevinin⁶⁸⁹ ya da miktarının⁶⁹⁰ da dikkate alınması gerektiği savunulmaktadır. İkinci durumda ise, mal temin eden tarafın, aynı sözleşmede malın teslimi dışında ayrıca bir işgücü veya diğer bir hizmet sağlamayı üstlenmesi söz konusudur. Bu tür bir karma sözleşmeye CISG'nin uygulanabilmesi için, malın teslimi borcunun, işgücü ya da

⁶⁸⁶ S. Kröll/L. Mistelis/P. P. Viscasillas/L. Mistelis/A. Raymond, s. 53.

⁶⁸⁷ Y. M. Atamer, Satıcının Yükümlülükleri, s. 39; A. G. Toker, s. 97; Z. Zeytin, s. 52; K. Erkan, s. 10.

⁶⁸⁸ Z. Zeytin, s. 48; A. Ö. Yenice, s. 30.

⁶⁸⁹ S. Kröll/L. Mistelis/P. P. Viscasillas/L. Mistelis/A. Raymond, s. 55; Z. Zeytin, s. 52.

⁶⁹⁰ P. Schlechtriem, s. 787; S. Kröll/L. Mistelis/P. P. Viscasillas/L. Mistelis/A. Raymond, s. 55.

diğer bir hizmet sağlama borcuna göre edimin ağırlıklı kısmını oluşturması gerekir. Aksi hâlde söz konusu sözleşmeye CISG'nin uygulanması mümkün olmaz⁶⁹¹.

b. Taşınır Mal

CISG'nin 1. maddesinin 1. fıkrasında, CISG'nin “mal” satışına ilişkin sözleşmeleri konu edindiği ifade edilmiştir. Ancak Sözleşme’de malın tanımına yer verilmemiştir. Bununla birlikte, mal kavramının içeriği CISG hükümleri uyarınca doldurulmaktadır. Özellikle CISG'nin 2. maddesinde hangi malların CISG'nin uygulama alanı dışında kaldığı açıkça sayılmıştır⁶⁹².

CISG’de mal terimi ile kastedilen taşınır mallardır⁶⁹³. Söz konusu malların teslim anında nakledilebilir ve somut bir nesne olması gerekir. Bu bağlamda söz konusu malın katı ya da sıvı, canlı ya da ölü, eski ya da yeni olmasının bir önemi yoktur⁶⁹⁴. İnsan organları, yapay uzuvlar, kültürel ve sanatsal nesneler, ilaçlar ve benzeri mallar, CISG’de yer alan mal kavramının kapsamındadır⁶⁹⁵. Soyut varlıklar

⁶⁹¹ Z. Zeytin, s. 56; S. Kröll/L. Mistelis/P. P. Viscasillas/L. Mistelis/A. Raymond, s. 57; A. Ö. Yenice, s. 31.

⁶⁹² J. O. Honnold/H. M. Flechtner, s. 55; Y. M. Atamer, Satıcının Yükümlülükleri, s. 44.

⁶⁹³ J. O. Honnold/H. M. Flechtner, s. 56; H. E. Erdem, s. 51; S. Kröll/L. Mistelis/P. P. Viscasillas/L. Mistelis, s. 31; B. Heiderhoff, s. 33; Z. Zeytin, s. 48; A. Ö. Yenice, s. 34.

⁶⁹⁴ S. Kröll/L. Mistelis/P. P. Viscasillas/L. Mistelis, s. 31.

⁶⁹⁵ S. Kröll/L. Mistelis/P. P. Viscasillas/L. Mistelis, s. 31.

ve haklar CISG’de yer alan mal kavramının kapsamı dışında kaldığından, fikri mülkiyet haklarının, şirket payının ya da bir alacağın satışı CISG’nin uygulama alanı dışındadır⁶⁹⁶.

CISG’nin 2. maddesinde, menkul kıymet, kambiyo senedi, para, gemi, tekne, hava yastıklı taşıt veya hava taşıtı ve elektrik satışına CISG’nin uygulanmayacağı düzenlenmiştir. Söz konusu mallar hükümde sınırlı olarak sayıldığından, bu malların geniş yorumlanması ve böylece CISG’nin uygulama alanının daraltılması kural olarak mümkün değildir⁶⁹⁷. Menkul kıymet, kambiyo senedi ve para satışı konusunda getirilen kısıtlama, CISG’nin hakların satışını değil taşınır malların satışını esas almasının ve iç hukukun emredici hükümlerini ihlâl edecek bir durumun ortaya çıkmasını engelleme gayretinin bir sonucudur⁶⁹⁸. Gemi, tekne, hava yastıklı taşıt veya hava taşıtı bakımından getirilen kısıtlamanın nedeni ise söz konusu malların pek çok ülkenin iç hukukunda farklı tescil sistemlerine tabi tutulmuş olması ve bazı ülkelerde söz konusu malların taşınmaz gibi muamele görmesidir⁶⁹⁹. Elektrik konusunda getirilen kısıtlamanın nedeni ise hem elektriğin bir mal olup olmadığının tartışmalı olması hem de elektrik sağlama sözleşmelerinin genellikle CISG’nin

⁶⁹⁶ S. Kröll/L. Mistelis/P. P. Viscasillas/L. Mistelis, s. 31.

⁶⁹⁷ Z. Zeytin, s. 53.

⁶⁹⁸ S. Kröll/L. Mistelis/P. P. Viscasillas/F. Spohnheimer, s. 49; Y. M. Atamer, Satıcının Yükümlülükleri, s. 45.

⁶⁹⁹ S. Kröll/L. Mistelis/P. P. Viscasillas/F. Spohnheimer, s. 50; Y. M. Atamer, Satıcının Yükümlülükleri, s. 45.

uygulanmasına uygun düşmeyecek hükümler içermesidir⁷⁰⁰. Elektrik dışındaki petrol, gaz ya da sıvılaştırılmış gaz gibi doğal kaynakların satışı CISG’nin uygulama alanına dâhildir⁷⁰¹.

II. Sözleşmede Yer Alan Hasarın (Edim ve Karşı Edim Hasarının) Geçişine İlişkin Temel Kural

CISG’de hasarın geçişi konusu, “Hasarın İntikali” başlıklı Sözleşme’nin IV. bölümünde, 66 ilâ 70. maddeler arasında düzenlenmiştir. CISG’nin hasarın geçişine ilişkin temel kuralını, oluşturan 66. maddeye göre, “*Hasarın alıcıya geçmesinden sonra malların zayi olması veya zarar görmesi, alıcıyı semeni ödeme yükümlülüğünden kurtarmaz, meğerki, ziya veya zarar satıcının bir eyleminden veya eylemsizliğinden kaynaklansın.*” Bu madde, hasarın geçişinin temel sonucu düzenlemekte; böylece hasar kavramının içeriğini ve karakterini ortaya koymaktadır⁷⁰².

⁷⁰⁰ S. Kröll/L. Mistelis/P. P. Viscasillas/F. Spohnheimer, s. 51; H. E. Erdem, s. 55; Y. M. Atamer, Satıcının Yükümlülükleri, s. 45-46; A. G. Toker, s. 95-96; A. Ö. Yenice, s. 45.

⁷⁰¹ S. Kröll/L. Mistelis/P. P. Viscasillas/F. Spohnheimer, s. 51; Y. M. Atamer, Satıcının Yükümlülükleri, s. 46; A. Ö. Yenice, s. 45.

⁷⁰² C. M. Bianca/M. J. Bonell/B. Nicholas, s. 485.

CISG'nin 66. maddesinde, esas olarak karşı edim hasarının geçişi ele alınmış ve hasarın geçişi anından itibaren taraflara yüklenemeyen nedenlerle⁷⁰³ edimin gereği gibi ifa edilememesi tehlikesine alıcının katlanacağı; diğer bir anlatımla malın zayı olması, zarar görmesi yahut bozulması nedeniyle alıcının edimi tam ya da gereği gibi elde edememesine rağmen⁷⁰⁴, satış bedelini ödemekle yükümlü olacağı ifade

⁷⁰³ Çinli bir satıcı ile yine Çinli bir alıcı arasında akdedilen satış sözleşmesine ilişkin olarak, 1997 yılında Çin Tahkim Komisyonu, hasarın, taşıma sırasında, doğal ya da tesadüfi nedenlerle meydana gelen kazaların sonucunda ortaya çıkan kayıp ya da zararlar gibi “kazara” meydana gelen zararlara ilişkin olduğunu ifade etmiştir. <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970401c1.html> (E.T. 19.10.2016), M. Bridge, “**The Transfer of Risk under the UN Sales Convention 1980 (CISG)**”, Sharing International Commercial Law across National Boundaries: Festschrift for Albert H. Kritzer on the Occasion of his Eightieth Birthday, Londra, 2008, s. 78.

⁷⁰⁴ Alıcının edimi aynen ya da gereği gibi elde edememesinin çeşitli nedenleri olabilir. Nitekim söz konusu nedenler sınırlı sayıda değildir. Ancak bunların başında hiç kuşkusuz satılan malın fiziksel olarak ortadan kalkması ya da zarar görmesi gelir. Bu kapsamda, satılan malın çalınması, kaybolması, yanlış bir kişiye ya da adrese teslim edilmesi yahut satılan mal canlı ise hastalığı ya da ölümü sayılabilir. Yine ambargo ya da öngörülemeyen ticaret kısıtlamaları gibi hukuki nedenlerle alıcının edimini aynen ya da gereği gibi elde edememesi de bu kapsamda sayılabilir. Her ne kadar kural olarak ekonomik nedenler hasar kavramına vücut vermese de, taraflara yüklenemeyen nedenlerle gerçekleştirilen taşıma değişikliklerinin de bu kapsamda değerlendirilmesi gerekir (P. Schlechtriem/I. Schwenzer/P. Hachem, s. 959 vd.; S.

edilmiştir⁷⁰⁵. Bu düzenleme, CISG’nin 53. maddesini bir anlamda tekrar ya da teyit eder niteliktedir; zira CISG’nin 53. maddesinde alıcının, taraflar arasında akdedilen sözleşmenin ve CISG’nin gerektirdiği şekilde satış bedelini ödemekle yükümlü olduğu ifade edilmiştir⁷⁰⁶. Bu nedenle, hasarın geçişi anından itibaren alıcı, satışa konu taşınırı hiç ya da gereği gibi elde edememesine karşın, Sözleşme’nin 66. ve 53. maddeleri uyarınca satış bedelini ödemekle yükümlüdür.

CISG’nin 66. maddesi ve devamında, karşı edim hasarının geçişi ele alınmış; edim hasarının geçişi konusuna değinilmemiştir. Ne var ki, iç hukuk sistemlerinde de çoğu kez edim hasarının geçişi konusunun açık bir biçimde düzenlenmediği

Kröll/L. Mistelis/P. P. Viscasillas/J. Erauw, s. 886 vd.; F. Enderlein/D. Maskow, International Sales Law, New York, 1992, s. 261; D. Flambouras, **“Transfer of Risk in the Contract of Sale involving Carriage of Goods: A Comparative Study in English Law, Greek Law and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods”** International Trade and Business Law Annual, 87, 2001, s. 90-91).

⁷⁰⁵ J. Erauw, **“CISG Articles 66-70: The Risk of Loss and Passing It”**, Journal of Law and Commerce, Vol. 25, 2005, s. 204; M. Buydaert, **“The Passing of the Risk in International Sale of Goods: A Comparison between CISG and INCOTERMS”**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gent, 2013, http://lib.ugent.be/fulltxt/RUG01/002/060/824/RUG01-002060824_2013_0001_AC.pdf (E.T. 11.10.2016).

⁷⁰⁶ J. Erauw, s. 208; S. Kröll/L. Mistelis/P. P. Viscasillas/J. Erauw, s. 880.

görülmektedir⁷⁰⁷. Buna rağmen, kanunlarda yer alan bedel hasarının geçişine ilişkin düzenlemelerden, edim hasarının geçtiğine ana ilişkin sonuç çıkarılması yoluna gidilmektedir⁷⁰⁸. İşte esas olarak bedel hasarının geçişinin sonucunu düzenleyen CISG'nin 66. maddesinin, aynı zamanda, satış bedelini sözleşmeye uygun biçimde ödemek zorunda kalan alıcının satıcıdan edimin aynen ya da gereği gibi ifasını talep etmesinin önüne geçerek, dolaylı da olsa, edim hasarının geçişinin sonucunu da düzenlediği söylenebilir⁷⁰⁹. CISG uyarınca, edim hasarı bedel hasarı ile aynı anda geçmektedir⁷¹⁰. Ayrıca, CISG'nin 36. maddesinde, satıcının, hasarın alıcıya geçtiği anda mevcut olan sözleşmeye aykırılıktan, sözleşmeye aykırılık hasarın geçiş anından sonra belirgin hâle gelmiş olsa bile sorumlu olduğu düzenlenmiştir. Maddede sözü edilen hasar, bedel hasarıdır. Dolayısıyla satıcı, sözleşmenin kurulması anından bedel hasarının alıcıya geçtiği ana kadar, taraflara yüklenemeyen

⁷⁰⁷ Y. M. Atamer, Satıcının Yükümlülükleri, s. 272.

⁷⁰⁸ Y. M. Atamer, Satıcının Yükümlülükleri, s. 262.

⁷⁰⁹ C. M. Bianca/M. J. Bonell/B. Nicholas, s. 484-485; Z. Zeytin, s. 223; M. Buydaert, s. 14; Y. M. Atamer, Satıcının Yükümlülükleri, s. 262; K. Yetiş Şamlı, s. 321.

⁷¹⁰ Z. Valioti, **“Passing of Risk in International Sale Contracts: A Comparative Examination of the Rules on Risk under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Vienna 1980) and INCOTERMS 2000”** Nordic Journal of Commercial Law, Issue 2, 2004, s. 8; F. Enderlein/D. Maskow, s. 255; Y. M. Atamer, Satıcının Yükümlülükleri, s. 262-263; K. Yetiş Şamlı, s. 321; M. Doğan, s. 239.

nedenlerle satılanın kaybolması ya da zarar görmesi tehlikesine katlanacak⁷¹¹; bedel hasarının ve böylece edim hasarının alıcıya geçtiği andan itibaren ise satılanın kazara kaybolmasından ya da zarara uğramasından sorumlu tutulamayacaktır⁷¹².

CISG'nin hasarın geçişine ilişkin temel kuralını oluşturan 66. maddesinin son kısmında yer alan “*meğerki, ziya veya zarar satıcının bir eyleminden veya*

⁷¹¹ Hasarın geçmesinden önce, satılanın kazara kaybolması ya da zarar görmesi konusu, CISG'nin 79. maddesinde ele alınmıştır. Söz konusu maddenin 1. fıkrası uyarınca, satış sözleşmesinin taraflarından birinin yükümlülüklerinden birini ifa etmemesinin, denetimi dışında kalan bir engelden kaynaklandığını ve bu engeli, sözleşmenin kurulması anında hesaba katmasının veya engelden ve sonuçlarından kaçınmasının veya bunları aşmasının kendisinden makul olarak beklenemeyeceğini ispatlaması durumunda, söz konusu taraf, ifa etmemeden dolayı sorumlu tutulmaz. Görüldüğü üzere, CISG'nin 79. maddesi, hasarın geçmesinden önceki dönemde satılanın kazara kaybolması ya da zarar görmesi ihtimâlini düzenlemektedir. Buna karşılık, CISG'nin 66 ilâ 70. maddeleri, hasarın geçiş anını ve hasarın alıcıya geçmesinin sonuçlarını düzenlemektedir. Dolayısıyla, hasarın alıcıya geçmesinden önce, satılanın kazara kaybolması veya zarar görmesi durumunda, CISG'nin 79. maddesinin; hasarın alıcıya geçmesinden sonra satılanın kazara kaybolması ya da zarar görmesi durumunda, CISG'nin 66. maddesinin uygulanması gündeme gelir. Böylece, satıcının, CISG'nin 79. maddesinin öngördüğü şekilde sözleşmeye aykırılıktan sorumlu olmayacağını kanıtlamasına da gerek kalmamaktadır (S. Kröll/L. Mistelis/P. P. Viscasillas/Y. M. Atamer, s. 880).

⁷¹² K. Yetiş Şamlı, s. 322; Y. M. Atamer, Satıcının Yükümlülükleri, s. 273-274.

eylemsizliğinden kaynaklansın” ifadesi ise aslında hasar sorununa ilişkin değildir⁷¹³. Nitekim belirtildiği üzere, satış sözleşmesinde hasar, sözleşmenin aynen ya da gereği gibi ifasının taraflara yüklenemeyen nedenlerle imkânsızlaşması ile ilgilidir. Hasarın geçişinden sonra satıcıya yüklenebilecek bir davranış nedeniyle meydana gelen zararlar ise hasarın geçişiyle değil; duruma göre sözleşmenin ihlâli⁷¹⁴ veya haksız fiil hükümleri ile ilgili olabilir⁷¹⁵.

⁷¹³ C. M. Bianca/M. J. Bonell/B. Nicholas, s. 484-485; Y. M. Atamer, Satıcının Yükümlülükleri, s. 262; S. Altay, Türk Borçlar Kanunu, s. 204.

⁷¹⁴ CISG’nin 70. maddesi uyarınca, “*Satıcı sözleşmeyi esaslı şekilde ihlâl etmişse, 67, 68 ve 69. madde hükümleri, alıcının ihlâl dolayısıyla sahip olduğu hukukî imkânlarla hâlel vermez.*” CISG’nin 36. maddesinin 1. fıkrasına göre ise, “*Satıcı, hasarın alıcıya geçtiği anda mevcut olan sözleşmeye aykırılıktan, sözleşmeye aykırılık bu andan sonra belirgin hale gelmiş olsa dahi, sözleşme ve bu Antlaşma uyarınca sorumludur.*”

⁷¹⁵ C. M. Bianca/M. J. Bonell/B. Nicholas, s. 485; Y. M. Atamer, Satıcının Yükümlülükleri, s. 262, dipnot 732; M. Buydaert, s. 26-27; L. Sevón, “**Passing of Risk**”, Presentation of Schweizerisches Institut für Rechtsvergleichung, Wiener Übereinkommen von 1980, Lausanner Kolloquium 1984, Zürich, 1985, s. 196-197; Z. Valioti, s. 12.

§ 13. VİYANA SATIM SÖZLEŞMESİNE GÖRE HASARIN GEÇİŞ ANI

I. Gönderilecek Borç İçeren Satış Sözleşmelerinde Hasarın Geçiş Anı

Uluslararası satışlarda, çoğunlukla, sözleşmeye konu malın, bulunduğu yerden alıcının bulunduğu yere ya da belirlenen üçüncü bir yere gönderilmesi gerekir. Bu nedenle gönderilecek borç içeren uluslararası satış sözleşmelerinde hasarın geçiş anının belirlenmesi büyük önem taşımaktadır.

CISG’de gönderilecek borç içeren satışlarda hasarın geçiş anına, Sözleşme’nin 67. maddesinde, aranacak ve götürülecek borç içeren satış sözleşmelerinde hasarın geçişi konusundan önce yer verilmiştir⁷¹⁶. CISG’nin 67. maddesine göre, “*Satım sözleşmesi malların taşınmasını gerektiriyorsa ve satıcı malları belirli bir yerde vermeye mecbur değilse hasar, malların, alıcıya ulaştırılması amacıyla, satım sözleşmesine uygun olarak ilk taşıyıcıya verilmesi ile alıcıya geçer. Satıcının malları belirli bir yerde taşıyıcıya vermesi gerekiyorsa malların o yerde taşıyıcıya verilmesine kadar hasar alıcıya geçmez.*” Bununla birlikte, taraflar arasında akdedilen ve geçerli olarak kurulmuş gönderilecek borç içeren bir satış sözleşmesinde, hasarın geçiş anı taraflarca açıkça ya da kullanılan ticari terimlerle

⁷¹⁶ Bunun en önemli nedeni, hasar sorunun çoğunlukla satış sözleşmesine üçüncü kişi olarak taşıyıcının dâhil olduğu ve satılan malların taşıma sırasında kaybolduğu ya da zarara uğradığı hâllerde gündeme gelmesi olsa gerektir. Bu durumun temelinde yatan neden ise, taşıyıcının zilyetliğinin, satıcının fiili zilyetliği ile alıcının fiili zilyetliği arasındaki boşlukta bir köprü oluşturmastır (M. Bridge, s. 80).

belirlenmiş de olabilir⁷¹⁷. Böyle bir durumda, tarafların konuyu düzenlediği ölçüde, CISG'nin hasarın geçişine ilişkin hükümleri uygulama alanı bulmaz. Diğer bir anlatımla, CISG'nin hasarın geçiş anına ilişkin hükümlerinin uygulanmasının ön koşulu, taraflarca bu konuda bir düzenleme yapılmamış olmasıdır⁷¹⁸.

A. Viyana Satım Sözleşmesine Göre Sözleşmenin Gönderilecek Borç İçermesi

CISG'nin 67. maddesinin ilk fıkrasında, “*satım sözleşmesi malların taşınmasını gerektiriyorsa ve satıcı malları belirli bir yerde vermeye mecbur değilse*” ifadesi yer almaktadır. Satış sözleşmesinin malların taşınmasını gerektirmesi ve satıcının malları belirli bir yere götürme borcunun bulunmaması, söz konusu satış sözleşmesinin gönderilecek borç içeren bir satış sözleşmesi olduğu anlamına gelir⁷¹⁹.

⁷¹⁷ CISG'nin 6. maddesi uyarınca, “*Taraflar, bu Antlaşmanın uygulanmamasını kararlaştırabilecekleri gibi, 12. madde saklı kalmak şartıyla, hükümlerine istisna getirebilir veya hükümlerinin doğurabileceği etkileri değiştirebilirler.*”

⁷¹⁸ S. Yılmaz, “**Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Çerçevesinde Hasarın İntikali**”, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt 9, Sayı 100, 2014, s. 136; C. M. Bianca/M. J. Bonell/B. Nicholas, s. 489; M. Buydaert, s. 31; Z. Valioti, s. 10.

⁷¹⁹ Y. M. Atamer, Satıcının Yükümlülükleri, s. 265. CISG'nin İngilizce metninin 67. maddesinde “*If the contract of sale involves carriage of the goods...*” ifadesi yer almaktadır. Bu ifade CISG'nin Resmi Gazete'de yayınlanan Türkçe metninde de “*Satım sözleşmesi malların taşınmasını gerektiriyorsa...*” şeklindedir. Bununla birlikte, öğretide D. Flambouras, “*carriage*” (taşıma) kelimesinden “*dispatch*”

CISG'ye göre sözleşmenin gönderilecek borç içermesi, satıcının malları göndermesinin gerekmesi ya da satıcının malları gönderme konusunda yetkilendirilmesi durumlarında söz konusu olur⁷²⁰. Satıcının malları göndermesinin gerekip gerekmediği ya da satıcının malları gönderme konusunda yetkilendirilip yetkilendirilmediği ise öncelikle taraflar arasında akdedilen satış sözleşmesinden anlaşılır. Bu konuda, sözleşmede yer alan, tarafların üstlendikleri masraflar, taşıma işinin ayarlanması konusundaki yükümlülükler ve satılan malların sigorta ettirilme durumu gibi şartlar yol gösterici olur⁷²¹.

(gönderme) kelimesinin anlaşılması gerektiğini belirtmektedir. Nitekim yazara göre, “*carriage*” kelimesinin anlamı çok geniştir. Aslında CISG’de yer alan sözleşmenin malların taşınmasını gerektirmesi ifadesi ile kastedilen, satıcının satılanı üstlendiği yükümlülüklerin bir gereği olarak göndermek zorunda olmasıdır (D. Flambouras, s. 104-105). Bu nedenle, CISG’nin 67. maddesinde yer alan “*Satım sözleşmesi malların taşınmasını gerektiriyorsa ve satıcı malları belirli bir yerde vermeye mecbur değilse*” ifadesinden satış sözleşmesinin gönderilecek borç içermesi anlaşılmalıdır.

⁷²⁰ S. Bollée, “**The Theory of Risks in the 1980 Vienna Sale of Goods Convention**”, Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 1999-2000, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bollee.html> (E.T. 09.11.2016), s. 251; L. Sevón, s. 198; D. Flambouras, s. 104.

⁷²¹ P. Schlechtriem/I. Schwenzer/P. Hachem, s. 970. Fransız bir satıcı ile Alman bir alıcı arasında dondurulmuş tavuk teslimini konu alan bir satış sözleşmesine ilişkin olarak, 1992 yılında Alman Karlsruhe Eyalet Yüksek Mahkemesi, sözleşmede yer alan masrafsız teslim kaydını, tarafların hasarın geçişine ilişkin öngördükleri bir özel

CISG'nin 67. maddesinin ilk fıkrasında yer alan, malların taşınmasının gerekmesinden kasıt, satıcının malları, alıcıya götürülmek üzere, bu işi üstlenen üçüncü bir kişiye teslim etmesi gerekliliğidir. Alıcının, satılan satıcının işyerinden teslim almayı ya da satıcının satılan alının işyerine götürmeyi üstlendiği sözleşmelerin, gönderilecek borç içermesinden söz edilemez⁷²². Bu açıdan, CISG'nin 67. maddesi, satılan malların teslimi konusunu düzenleyen Sözleşme'nin 31. maddesiyle aynı doğrultudadır. Nitekim CISG'nin 31. maddesinde de, satıcının malları belirli başka bir yerde teslim zorunluluğunun bulunmamasından ve satış sözleşmesinin malların taşınmasını gerektirmesinden söz edilmiş; bu hâlde, satıcının malları alıcıya ulaştırılmak üzere ilk taşıyıcıya teslim etmekle yükümlü olduğu düzenlemiştir. Her iki maddede de sözü edilen taşıma işlemi, tarafların kendilerinin değil; üçüncü kişilerin nakliye olanaklarıyla gerçekleştirilen taşıma işlemini ifade etmektedir⁷²³.

şart olarak yorumlamış ve böylece hasarın geçişi konusunda CISG'nin 67. maddesinin 1. fıkrasının uygulanamayacağına hükmetmiştir (P. Schlechtriem/I. Schwenzer/P. Hachem, s. 970; söz konusu karara erişim için, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/921120g1.html> (E.T. 18.10.2016)).

⁷²² C. M. Bianca/M. J. Bonell/B. Nicholas, s. 491; P. Schlechtriem/I. Schwenzer/P. Hachem, s. 970; L. Sevón, s. 198-199; J. O. Honnold/H. M. Flechtner, s. 517-518; S. Bollée, s. 251.

⁷²³ J. O. Honnold/H. M. Flechtner, s. 517; S. Kröll/L. Mistelis/P. P. Viscasillas/J. Erauw, s. 892; P. Schlechtriem/I. Schwenzer/P. Hachem, s. 970.

B. Malların Alıcıya Ulaştırılmak Amacıyla İlk Taşıyıcıya Verilmesi

CISG'nin 67. maddesinin ilk fıkrasında, sözleşmenin gönderilecek borç içermesi durumunda hasarın malların, alıcıya ulaştırılması amacıyla, satış sözleşmesine uygun olarak ilk taşıyıcıya teslimi ile geçeceği ifade edilmiştir⁷²⁴. Böylece, satılan malların taşınması süresince hasara, malların zarar görmesi durumunda olaya daha kolay müdahale edebilecek ve taşıyıcı ile meselenin çözüme kavuşturulmasında etkili rol oynayabilecek durumda olan alıcının katlanması öngörülmüştür⁷²⁵.

1. Teslim

Gönderilecek borç içeren uluslararası bir satış sözleşmesinde, satıcının satılan malları taşıyıcıya teslimi, onun gönderme borcunun yerine getirilmesi kapsamında gerçekleştirdiği bir eylemdir⁷²⁶. Söz konusu teslim, satılan malların satıcının

⁷²⁴ CISG'nin 67. maddesinde hasarın geçişi konusu, mülkiyetin naklinden, taşıma işini kimin organize ettiğinden, taşıma sözleşmesinin bedelini kimin ödediğinden ya da taşıma sırasında malı sözleşmenin hangi tarafının sigorta ettirdiğinden bağımsız olarak düzenlenmiştir (K. Yetiş Şamlı, s. 325).

⁷²⁵ P. Schlechtriem/I. Schwenzer/P. Hachem, s. 969; J. O. Honnold/H. M. Flechtner, s. 518.

⁷²⁶ D. Flambouras, s. 105; E. Alazemi, **“Passing of Risk in International Contracts of Sale of Goods; A Comparative Study Between the United Nations Convention on Contracts for Sale of Goods 1980 and the English Sale of Goods Act 1979”**, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/alazemi.html#bib> (E.T. 15.10.2016), s. 127.

himayesinden çıkıp taşıyıcının gözetimi ve himayesi altına girmesini ifade eder⁷²⁷. Bu nedenle satıcının malları taşıyıcının alması için hazır bulundurması ya da malların kendisini değil de malları temsil eden belgeleri teslim etmesi, CISG'nin 67. maddesi anlamında teslimin gerçekleşmesi bakımından yeterli değildir⁷²⁸. Nitekim 67. maddenin 1. fıkrasının 2. cümlesinde açıkça “*Satıcının malları belirli bir yerde taşıyıcıya vermesi gerekiyorsa malların o yerde taşıyıcıya verilmesine kadar hasar alıcıya geçmez.*” ifadesi yer almaktadır.

Öğretide, teslim kavramından anlaşılması gerekenin, satılan malların “*fiziksel olarak*” taşıyıcının gözetimi ve himayesi altına girmesi olduğu ifade edilmektedir⁷²⁹. CISG'nin 67. maddesinin 1. fıkrasının 3. cümlesine göre, satıcının malları temsil eden belgeleri alıkoyma hakkına dayanarak söz konusu belgeleri elinde tutması, diğer bir deyişle mallar üzerinde tasarruf etmeye olanak sağlayan belgeleri teslim etmemesi, hasarın geçişine etki etmez.

Satılan malların taşıyıcıya teslimi çoğu kez bir anda gerçekleşmez. Bu durumda teslimin gerçekleşip gerçekleşmediğinin ve dolayısıyla hasarın alıcıya geçip geçmediğinin belirlenmesi gerekir. Malların fiilen tesliminden söz edilebilmesi için, satılan malların satıcının hâkimiyetinden çıkıp bağımsız taşıyıcının gözetimi ve hâkimiyeti altına girmesi gerekir. Bunun için de, satılan malların tamamen ve fiilen taşıyıcıya teslim edilmesi zorunludur.

⁷²⁷ S. Bollée, s. 253; D. Flambouras, s. 105; E. Alazemi, s. 127.

⁷²⁸ P. Schlechtriem/I. Schwenzer/P. Hachem, s. 973; D. Flambouras, s. 105.

⁷²⁹ M. Buydaert, s. 35; E. Alazemi, s. 127.

İtalyan bir satıcı ile Alman bir alıcı arasında fidan teslimini konu alan bir satış sözleşmesine ilişkin olarak, 2006 yılında Alman Bamberg Bölge Mahkemesi, CISG'nin 67. maddesinde yer alan teslim kelimesinden malların fiilen tesliminin anlaşılacağını, bu bağlamda satıcının satılan taşıma aracının içine ya da üzerine yüklemekle yükümlü olduğunu ifade etmiştir. Böylece Mahkeme, hasarın ancak söz konusu “*yüklemenin tamamlanması*” anında alıcıya geçeceğine karar vermiştir⁷³⁰. Yine Tayvanlı bir alıcı ile İsviçreli bir satıcı arasında makine teslimini konu alan bir satış sözleşmesine ilişkin olarak, 2008 yılında İsviçre Federal Mahkemesi, satışa konu makinenin çatallı yükleyiciden “*henüz kamyonu yüklenmeden*” düşerek zarar görmesi nedeniyle, CISG'nin 67. maddesinde düzenlenen teslimin gerçekleşmediğine hükmetmiştir⁷³¹.

Deniz taşımacılığında ise satılan malların, taşıyıcının gözetim ve himayesi altına girmesi koşuluyla, gemi bordasında yerleştirilmesi yeterlidir. Bu nedenle hasar, malların tamamının gemi bordasına boşaltılmasıyla alıcıya geçer. Son derece tehlikeli olan malların gemiye yüklenmesi sürecinde hasara alıcı katlanır⁷³².

⁷³⁰ M. Buydaert, s. 35-36; söz konusu karara erişim için, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/061023g1.html> (E.T. 15.10.2016).

⁷³¹ M. Buydaert, s. 36; söz konusu karar erişim için, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/081216s1.html> (E.T. 15.10.2016).

⁷³² S. Bollée, s. 253; M. Buydaert, s. 36; A. Ö. Yenice, s. 130.

Satılanların münferit birimlerden oluşması ve her bir birimin ayrı ayrı nakledilmesi söz konusu ise, hasar, her birim bakımından satılanın bağımsız taşıyıcıya teslim edilmesi anında alıcıya geçer⁷³³.

Taraflar arasında satış sözleşmesinin kurulduğu sırada, satışa konu malların hâlihazırda taşıyıcının gözetimi ve himayesi altında bulunması da mümkündür. Böyle bir durumda, hasarın, nakle ilişkin talimatların taşıyıcıya verilmesiyle geçtiğinin kabulü gerekir⁷³⁴. Yükleme işleminin taşıyıcının yokluğunda gerçekleştirilmesi durumunda, satılan malların taşıyıcının gözetimi ve himayesi altına girmesinden söz edilemeyeceğinden, hasarın alıcıya geçmesi söz konusu olmaz. Böyle bir durumda hasar, ancak taşıyıcının çalışanlarının nakliye aracının kontrolünü sağladığı anda alıcıya geçer⁷³⁵.

Satılan malların taşıyıcıya teslimiyle hasarın geçişinden söz edilebilmesi için söz konusu teslimin, “*malların alıcıya ulaştırılması amacıyla*” yapılması gerekir. Satıcının, satılan malları, depoya konulmak üzere taşıyıcıya vermesi durumunda malların alıcıya ulaştırılmak üzere tesliminden söz edilemez. Yine satıcının, ilk taşıyıcının malları kendisine verdiği başka bir taşıyıcıdan, nakledilen malları geri alma hakkını saklı tutarak, satılanı ilk taşıyıcıya teslim etmesi durumunda, malların alıcıya ulaştırılmak amacıyla taşıyıcıya tesliminden söz edilemez⁷³⁶. Bununla birlikte, malların taşıyıcıya alıcıya ulaştırılmak üzere verilmesine rağmen, taşıyıcının

⁷³³ F. Enderlein/D. Maskow, s. 266.

⁷³⁴ D. Flambouras, s. 107.

⁷³⁵ D. Flambouras, s. 107; E. Alazemi, s. 136.

⁷³⁶ D. Flambouras, s. 107.

sonradan meydana gelen nakil sorunları nedeniyle söz konusu malları geçici olarak bir depoya yerleştirmesi durumunda, gönderme borcunu yerine getiren satıcının, malların taşıyıcıya teslimiyle hasara katlanmaktan kurtulduğunun kabulü gerekir⁷³⁷.

CISG'nin 67. maddesinin 1. fıkrasında malların *“satım sözleşmesine uygun olarak ilk taşıyıcıya verilmesi”* ifadesi yer almaktadır. Malların satış sözleşmesine uygun olarak ilk taşıyıcıya verilmesi ifadesi açık değildir. Nitekim bu ifade iki şekilde yorumlanabilir. İlk olarak, bu ifadenin, satılan mallar ancak satış sözleşmesine uygun ise hasar alıcıya geçer; uygun değilse geçmez, biçiminde yorumlanması mümkündür. İkinci olarak, bu ifade, satışa konu mallar taşıyıcıya ancak sözleşmeye uygun bir biçimde teslim edilirse hasar alıcıya geçer, biçiminde yorumlanabilir. Diğer bir anlatımla, birinci durumda *“sözleşmeye uygun olma”* satılan malları nitelendirmekte iken; ikinci durumda teslim eylemini nitelendirmektedir. Malların taşıyıcıya tesliminin hasarın geçişini sağlayabilmesi için söz konusu teslim eyleminin sözleşmeye uygun olarak yapılmış olması gerekir. Öğretide, satılan malların sözleşmeye aykırılığının hasarın geçişine engel olmayacağı ifade edilmektedir. Gerçekten de, Sözleşme'nin 70. maddesinde *“Satıcı sözleşmeyi esaslı şekilde ihlâl etmişse, 67, 68 ve 69. madde hükümleri, alıcının ihlâl dolayısıyla sahip olduğu hukukî imkânlarla hâlel vermez.”* düzenlemesinin yer almaktadır. Bu nedenle ikinci yorum kabul edilerek hasarın geçişini sağlayan teslimin sözleşmeye uygun olarak yapılmış bir teslim eylemi olduğu kabul edilmelidir⁷³⁸.

⁷³⁷ D. Flambouras, s. 107.

⁷³⁸ C. M. Bianca/M. J. Bonell/B. Nicholas, s. 489; P. Schlechtriem/I. Schwenzer/P. Hachem, s. 973; S. Bollée, s. 259; Z. Valioti, s. 13.

CISG'nin 67. maddesinde, 69. maddenin 1. fıkrasında yer alan alıcının sözleşmeye aykırı davranması sonucunda hasara katlanacağına ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Hâlbuki gönderilecek borç içeren satış sözleşmelerinde de satılanın alıcıdan kaynaklanan nedenlerle satılanın teslim edilememesi ve böylece satıcının hasara katlanmaktan kurtulamaması gündeme gelir. Bu konuda öğretide fikir birliği bulunmamaktadır. Öğretide yer alan bir görüşe göre, bu meselenin CISG'nin 69. maddesinde açıkça düzenlenmesine rağmen, 67. maddesinde düzenlenmemiş olması nedeniyle, satılan malların alıcının ya da alıcı tarafından gönderilen taşıyıcının gecikmesi nedeniyle teslim edilememesi durumunda hasara satıcı katlanmaya devam eder⁷³⁹. Öğretideki diğer bir görüşe ise, maddede açıkça alıcının malları teslim almakta gecikmesi durumunda hasara katlanacağına ilişkin bir düzenleme bulunmamasında rağmen, teslim gerçekleşmese bile hasarın alıcıya geçtiği kabul edilmelidir⁷⁴⁰. Gerçekten de, teslimin alıcı ya da alıcının kendisiyle taşıma sözleşmesi yapmış olduğu taşıyıcı nedeniyle gerçekleştirilememesi hâlinde hasar, malların alıcının tasarrufuna hazır bulundurulduğu ancak teslimin yapılamadığı anda alıcıya geçer.

2. Taşıyıcı

CISG'nin 67. maddesinin 1. fıkrasında, hasarın, satılan malların “*ilk taşıyıcıya*” teslimi ile geçeceği düzenlenmiştir. Satılan malların birden fazla farklı taşıyıcı

⁷³⁹ P. M. Roth, “**The Passing of Risk**”, The American Journal of Comparative Law, Vol. 27, 1979, s. 308-309; L. Sevón, s. 200.

⁷⁴⁰ P. Schlechtriem/I. Schwenzer/P. Hachem, s. 966.

tarafından taşınması durumunda, hasarın malların birinci taşıyıcıya teslimiyle geçeceği maddede açıkça ifade edilmiştir. Bununla birlikte, söz konusu taşıyıcının bağımsızlığı hususunda herhangi bir açıklamaya yer verilmemiştir. Öğretide, taşıyıcının bağımsız nitelikte olması gerektiğine ilişkin genel bir kabul vardır⁷⁴¹. Gerçekten de, satıcının söz konusu taşıma işlemini kendi araçlarıyla yahut personeliyle gerçekleştirmesi durumunda, satılan mallar hâlâ satıcının himayesi ve denetimi altındadır⁷⁴². Böyle bir durumda hasara alıcının katlanması söz konusu olmamalıdır.

Satılan malların ilk taşıyıcıya verilmesinden sonraki bir aşamada da taşıma işine satıcının kendi araçlarıyla ya da personeliyle devam etmesi durumunda, hasara

⁷⁴¹ C. M. Bianca/M. J. Bonell/B. Nicholas, s. 490; P. Schlechtriem/I. Schwenzer/P. Hachem, s. 971; L. Sevón, s. 199; J. O. Honnold/H. M. Flechtner, s. 521; F. Enderlein/D. Maskow, s. 265; S. Kröll/L. Mistelis/P. P. Viscasillas/J. Erauw, s. 892; M. Bridge, s. 87; D. Flambouras, s. 112; M. Buydaert, s. 34; Z. Valioti, s. 13; S. Bollée, s. 254; A. Romein, **“The Passing of Risk A Comparison Between the Passing of Risk Under the CISG and German Law”**, Heidelberg, 1999, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/romein.html> (E.T. 09.11.2016), s. 7. Buna karşılık B. von Hoffmann, taşımanın satıcı tarafından gerçekleştirilmesi durumunda, hasara satıcının katlanmasını eleştirmektedir. B. von Hoffmann, **“Passing of Risk in International Sales of Goods”** International Sale of Goods: Dubrovnik Lectures (Ed. P. Sarcevic/P. Volken), New York, 1986, s. 288.

⁷⁴² J. O. Honnold/H. M. Flechtner, s. 521; D. Flambouras, s. 112; M. Buydaert, s. 34; B. von Hoffmann, s. 288.

katlanmaya devam etmesi düşünülemez. Çünkü bu hâlde, satıcı malları göstermelik olarak bağımsız bir taşıyıcıya verip sonrasında hasarı alıcıya ait olmak üzere taşıma işini kendi gerçekleştirebilecektir. Bu tür suiistimalleri engellemek adına, satıcının taşıma işlemini bağımsız taşıyıcıdan devraldığı anda, alıcının hasara katlanmaktan kurtulacağını kabul etmek gerekir⁷⁴³.

Öğretide, her ne kadar, malların teslim edileceği taşıyıcının bağımsız nitelikte olması gerektiği yönünde genel kabul olsa da, söz konusu bağımsızlığın ölçüsünün belirlenmesi oldukça zordur. Nitekim pek çok durumda malların teslim edileceği taşıyıcının hukuken ya da fiilen satıcının işletmesiyle bağlantılı olması mümkündür. Gerçekten de, günümüzde pek çok işletme dikey olarak (örneğin, üretim, dağıtım, nakliye, toptan satış, perakende satış aşamalarında) iç içe girmiş yapıdadır. Yahut aynı şirketin başka ülkelerde faaliyet gösteren ve genellikle bu şirketle birlikte hareket eden bağlı şirketleri bulunmaktadır. Taşıyıcının bağımsızlığının belirlenmesindeki en önemli ölçüt kuşkusuz ki hukuksal bağımsızlıktır. Bu nedenle, kural olarak satılan malların kendisine teslim edildiği taşıyıcı “*hukuken*” satıcıdan bağımsızsa, hasar, satılan malların taşıyıcıya teslimiyle alıcıya geçer⁷⁴⁴. Ne var ki, D. Flambouras, hukuken bağımsızlık kıstasının tek başına yeterli olmadığını, ayrıca bir de “*kontrol*” kıstasının aranması gerektiğini belirtmektedir. Buna göre, eğer satıcı şirketin bağlı taşıyıcı şirketiyle sıkı bir bağlantısı varsa; örneğin, satıcı şirket, taşıyıcı şirketin sözleşmesel sorumluluklarının yerine getirilmesinde sıkı denetim sağlayabiliyorsa ya da taşıyıcı şirketin taşıma işinde yararlandığı çalışanları istihdam

⁷⁴³ P. Schlechtriem/I. Schwenzer/P. Hachem, s. 971; Krş. K. Yetiş Şamlı, s. 327.

⁷⁴⁴ L. Sevón, s. 199; D. Flambouras, s. 112; E. Alazemi, s. 136.

ediyorsa ya da denetliyorsa, bu durumda satılan malların bağımsız bir taşıyıcıya tesliminden söz edilemez. Buna karşılık, bağlı taşıyıcı şirket sadece şeklen değil, aynı zamanda gerçekte de satıcı şirketten bağımsızsa; örneğin kendi yönetimini gerçekleştirebiliyorsa ve/veya işletme politikasıyla ilgili konularda bağımsız karar alabiliyorsa, bu durumda satılan malların bağımsız bir taşıyıcıya teslim edildiğinin kabulü gerekir⁷⁴⁵.

Satıcının, nakliye sözleşmesini icra etmek amacıyla, üçüncü bir taşıyıcı şirketin nakliye araçlarını ya da taşıyıcı şirketin kendisini “*kiralaması*” durumunda, taşıyıcının bağımsızlığı konusunda da göre, kontrol kıstasından hareket edilebilir. Eğer kiralanan şirket satıcının yakın idaresi ve denetimi altında faaliyet gösteriyorsa, söz konusu şirket satıcının temsilcisi gibi düşünülebilir. Böyle bir durumda satıcının satılanı göndermesinden değil götürmesinden söz edilir⁷⁴⁶. Bu nedenle hasar satılanın kiralanan şirkete teslimiyle alıcıya geçmez.

CISG’nin 67. maddesinde taşıyıcıdan söz edilmiş; ancak taşıma işleri komisyoncusunun taşıyıcı kavramının kapsamına dâhil olup olmadığı düzenlenmemiştir. Öğretide taşıma işleri komisyoncusu, satıcıyı temsilen faaliyet gösteren ve satılan malların alıcıya ya da taşıyıcıya ulaştırılması amacıyla taşıma

⁷⁴⁵ D. Flambouras, s. 113-114. E. Alazemi ise bu görüşü, alıcının hasara katlanmasını taşıyıcının hem şeklen hem de fiilen bağımsız olma koşuluna bağlaması nedeniyle, adil bulmamaktadır. Yazara göre, bu sav, taşıyıcı şirketin tamamen bağımsız olduğunun kanıtlanmasındaki zorluklar nedeniyle makul değildir (E. Alazemi, s. 136).

⁷⁴⁶ C. M. Bianca/M. J. Bonell/B. Nicholas, s. 491; D. Flambouras, s. 114.

işini örgütlemeyi, özellikle farklı nakliye yöntemlerini konu alan bir dizi taşıma sözleşmesi akdetmeyi üstlenen gerçek ya da tüzel kişi olarak tanımlanmaktadır⁷⁴⁷. Taşıma işleri komisyoncusunun bağımsız bir taşıyıcı sayılıp sayılmayacağı konusunda, taşıma işleri komisyoncusunun faaliyetine bakmak gerekir. Şöyle ki, eğer taşıma işleri komisyoncusu bir taşıyıcı gibi hareket ediyor ve satılan malları bizzat taşıyorsa, söz konusu malların taşıma işleri komisyoncusuna teslimi, ilk taşıyıcıya teslim gibi hasarın geçişine neden olur⁷⁴⁸. Buna karşılık, taşıma işleri komisyoncusu satılan malları bizzat taşımıyor ancak sadece söz konusu malların taşınması işini organize ediyorsa, satılan malların taşıma işleri komisyoncusuna teslimi hasarın geçişine neden olmaz⁷⁴⁹.

⁷⁴⁷ W. Leung, “**The Dual Role of the Freight Forwarder: Vastfame Camera Ltd v Birkraft Globistics Ltd, 2005 High Court of Hong Kong 117, Stone J, 5 October 2005; 2005 AMC 2864 (High Court of Hong Kong, 2005)**”, Journal of Maritime Law & Commerce, Vol. 38, No. 1, 2007, s. 97; E. Alazemi, s. 130; D. Flambouras, s. 115.

⁷⁴⁸ P. Schlechtriem/I. Schwenzer/P. Hachem, s. 972; F. Enderlein/D. Maskow, s. 265; D. Flambouras, s. 115; E. Alazemi, s. 134; A. Romein, s. 8.

⁷⁴⁹ F. Enderlein/D. Maskow, s. 265; D. Flambouras, s. 115; E. Alazemi, s. 134. P. Schlechtriem/I. Schwenzer/P. Hachem, taşıma işleri komisyoncusunun hangi hâllerde taşıma işini etkileyecek şekilde hareket ettiğinin, hangi hâllerde ise sadece taşıma işini organize ettiğinin tespitinin oldukça zor ve masraflı olması nedeniyle, satılan malların bağımsız bir taşıma işleri komisyoncusuna teslim edilmesi

Satılan malların taşınmasında, yükleme yerinden varış yerine kadar en az iki farklı ulaşım yolunun (kara, demir, deniz, hava yolları) kullanıldığı ve tüm taşıma sürecini kombine taşıma operatörünün üstlendiği kombine taşımacılıkta hasar, malların ilk taşıyıcıya verilmesiyle alıcıya geçer⁷⁵⁰. Bununla birlikte, böyle bir durumda, satıcının satılan malların fabrikasından yakındaki bir istasyona, limana ya da havalimanına taşınması konusunda yerel bir taşıyıcıyla anlaşması durumunda, hasarın, malların söz konusu taşıyıcıya teslimiyle alıcıya geçeceği kabul edilmektedir⁷⁵¹.

3. Satılanın Ayırt Edilmesi

CISG’de gönderilecek borç içeren satışlarda hasarın geçiş anı, gerek parça borçları gerekse de çeşit borçları bakımından Sözleşme’nin 67. maddesinde düzenlenmiştir. Ne var ki, çeşit satışlarında bazı durumlarda, satılan mal taşıyıcıya teslim edilmiş olmakla birlikte henüz sözleşmeye özgülenmemiş olabilir⁷⁵². Özellikle, malların taşınması sırasında, ambalaj üzerindeki işaretlerden ya da mallarla birlikte verilen belgelerden belirli bir malın belirli bir alıcıya gönderildiğinin

durumunda, hasarın alıcıya geçeceğini kabul etmektedir (P. Schlechtriem/I. Schwenzer/P. Hachem, s. 972).

⁷⁵⁰ P. Schlechtriem/I. Schwenzer/P. Hachem, s. 972-973; D. Flambouras, s. 116; Z. Valioti, s. 14; A. Romein, s. 7.

⁷⁵¹ P. Schlechtriem/I. Schwenzer/P. Hachem, s. 973. Krş. F. Enderlein/D. Maskow, s. 265.

⁷⁵² Y. M. Atamer, Satıcının Yükümlülükleri, s. 266.

tespiti mümkün olmayabilir. Örneğin, satıcının satılan malı alıcıya mı yoksa malı teslim alacak başka bir kişiye mi gönderdiğinin, ambalaj üzerindeki işaretlerden ya da mallarla birlikte verilen belgelerden anlaşılmaması söz konusu olabilir. Yahut satıcının farklı sözleşmelerle farklı alıcılara sattığı malları, toplu hâlde göndermesi gündeme gelebilir⁷⁵³. İşte böyle durumlarda CISG'nin 67. maddesinin 2. fıkrası gereğince, mallar, üzerlerindeki ayırt edici işaretler, taşıma belgeleri, alıcıya yapılacak bildirim veya diğer herhangi bir yolla açıkça sözleşmeye özgülenmediğinden hasar, satılanın bağımsız ilk taşıyıcıya teslimiyle alıcıya geçmez⁷⁵⁴. Konuya ilişkin olarak, Rus bir satıcı ile Hintli bir alıcı arasında akdedilen bir satış sözleşmesiyle ilgili, 1998 yılında Rus Tahkim Komisyonu, satıcının taşıma belgeleri marifetiyle satılan malları açıkça sözleşmenin amacına özgüleme borcunu yerine getirdiğine ve böylece malları taşıyıcıya teslim eden satıcının hasara katlanmaktan kurtulduğuna karar vermiştir⁷⁵⁵.

CISG'nin 67. maddesinin 2. fıkrasında, satılanın, ambalajına konulacak ayırt edici işaretlerle, taşıma belgeleriyle ya da alıcıya yapılacak bildirimle ayırt edilebileceğini belirtmiştir. Ancak “*diğer herhangi bir yolla*” ifadesinden bu saymanın sınırlı sayıda olmadığı anlaşılmaktadır. Bununla birlikte, satılanın ayırt

⁷⁵³ C. M. Bianca/M. J. Bonell/B. Nicholas, s. 494; M. Buydaert, s. 38; D. Flambouras, s. 119.

⁷⁵⁴ P. Schlechtriem/I. Schwenzer/P. Hachem, s. 970; F. Enderlein/D. Maskow, s. 268; L. Sevón, s. 201; S. Yılmaz, s. 139.

⁷⁵⁵ M. Buydaert, s. 38; söz konusu karara erişim için, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/981230r1.html> (E.T. 16.10.2016).

edilmesini sağlayan yöntemin, malların sözleşmeye özgülendiğini açıkça göstermesi ve satıcı tarafından suistimal edilmeye yer bırakmayacak biçimde olması gerekir⁷⁵⁶. Satılanın ilk bağımsız taşıyıcıya teslimi anında ayırt edilmemiş olmasına rağmen, sonradan taşıma sırasında CISG'nin 67. maddesinin 2. fıkrasına uygun olarak ayırt edilmesi durumunda, hasar, ileriye etkili olarak (*ex nunc*) ayırt etmenin gerçekleştiği andan itibaren alıcıya geçer⁷⁵⁷. Malların ayırt edilmesinden önceki dönemde hasarı satıcıya; malların ayırt edilmesinden sonraki dönemde alıcıya yükleyen bu durum, bir anlamda hasarın bölünmesine (*splitting*) yol açar. Ayırt etme işleminin geriye etkili olarak (*ex tunc*) teslimin başından itibaren hasarın alıcıya geçmesinin değil de; ayırt etme işleminin gerçekleştirilmesi anından itibaren alıcıya geçmesinin öngörülmesi, zarara neden olan olayın hangi anda meydana geldiğinin belirlenmesini güçleştirmektedir. Böylece zararın hasara sözleşmenin hangi tarafının katlandığı anda oluştuğunun tam olarak tespitini zorlaştırmakta; konunun çözümü ancak ispat yüküne göre şekillenmektedir⁷⁵⁸.

Satış sözleşmesinin konusunu kömür, petrol, hububat gibi dökme malların oluşturduğu satış sözleşmelerinde satılan malların ayırt edilmesi konusu güçlük arz etmektedir. Satılan malların dökme olarak gönderilmesi durumunda, hasara neden olayın gerçekleşmesi ve satılan malların bir kısmının kaybolması ya da zarar görmesi

⁷⁵⁶ J. O. Honnold/H. M. Flechtner, s. 525; S. Bollée, s. 256; D. Flambouras, s. 119.

⁷⁵⁷ C. M. Bianca/M. J. Bonell/B. Nicholas, s. 495; P. Schlechtriem/I. Schwenzer/P. Hachem, s. 978; A. Romein, s. 8; A. Ö. Yenice, s. 99; K. Yetiş Şamlı, s. 329.

⁷⁵⁸ M. Buydaert, s. 39; Z. Valioti, s. 15; Y. M. Atamer, Satıcının Yükümlülükleri, s. 266.

durumunda hasara hangi tarafın katlanacağını belirlenmesi gerekir. Eğer satış sözleşmesinde satıcının satılanı dökme olarak ayırt etmeden gönderilmesine izin verilmişse ve alıcıya söz konusu sevkiyata ilişkin bildirimde bulunulmuşsa satıcının ifa yükümlülüğü söz konusu dökme yükle sınırlanır⁷⁵⁹. Böylece satılan dökme malın bağımsız taşıyıcıya teslimiyle hasar alıcıya geçer.

Satılan dökme malların toplu olarak, diğer bir deyişle, birden fazla alıcıya aynı taşıma aracıyla gönderilmesi söz konusuysa alıcıların hasara nasıl katlanacakları konusunda ise öğretide fikir birliği bulunmamaktadır. Öğretideki bir görüşe göre, böyle bir durumda satılanın ayırt edilmesi sadece toplu gönderimle ilgili olup; hasar, satılan malların bağımsız taşıyıcıya teslim edilmesiyle tüm alıcılara geçer. Hasara neden olay gerçekleşirse, tüm alıcılar hasara ortaklaşa katlanır. Böylece, malların tamamının kaybolması ya da zarar görmesi durumunda, hasara her alıcı gönderideki kendi payının oranında; malların bir kısmının kaybolması ya da zarar görmesi durumunda her alıcı gönderideki payıyla orantılı olarak (*pro rata*) katlanır⁷⁶⁰. Öğretideki bir diğer görüşe göre ise, dökme malların toplu gönderiminde hasara alıcıların payları oranında katlanacağı görüşü, ancak tüm alıcıların birbirinden haberdar olmaları ve hasarı aralarında paylaştıklarını bilmeleri durumunda savunulabilir. Bunun dışında, kayba ya da zarara neden olan olayın gerçekleşmesi sonucunda, bazı alıcıların sözleşmelerinin ifa edilmesine yetecek kadar mal kalmış olmasına rağmen, satıcının kalan malları gönderilen yükteki oranlarına göre bütün alıcılara paylaştırmayı seçmesi nedeniyle, alıcıların muzdarip olması kabul edilemez.

⁷⁵⁹ P. Schlechtriem/I. Schwenzer/P. Hachem, s. 976-977. Krş. K. Yetiş Şamlı, s. 330.

⁷⁶⁰ F. Enderlein/D. Maskow, s. 269-270; S. Bollée, s. 257; Z. Valioti, s. 15.

Ahde vefa (*pacta sunt servanda*) ilkesi gereğince, her alıcının sözleşmede kararlaştırılan miktarda hâlâ var olan ve zarar görmemiş durumdaki malı almaya hakkı vardır. Hasarın orantılı olarak alıcılara geçtiğinin kabulü, bir ya da birden fazla sözleşmenin tamamen edilmesi ifa olanağı varken, satıcının söz konusu satış sözleşmelerinin her birini malların belirli bir kısmıyla sınırlı olarak ifa etmesi anlamına gelir. Bu da sözleşmesel ilişkinin sadece sözleşmenin tarafları arasında geçerli olduğu; kural olarak üçüncü kişileri ilgilendirmedeği yolundaki genel ilkeye aykırıdır⁷⁶¹. Bu nedenle, böyle bir durumda, satıcı artakalan ya da zarar görmeyen malları hangi alıcıya teslim edeceği karar vermelidir. Söz konusu malların satıcının belirlediği alıcılara teslim edilmesinden sonra, satıcı diğer alıcılara karşı, artakalan ya da zarar görmeyen malların onların sözleşmelerini tatmin edeceği ölçüde sorumludur. Böylece her alıcı, hasara, tüm artakalanlar ya da zarar görmeyenler teslim edilseydi sözleşmede kararlaştırılan miktarın ne kadarı tatmin edilemeyecek idiyse o ölçüde katlanır⁷⁶².

4. Satıcının Malları Belirli Bir Yerde Taşıyıcıya Vermesi

CISG'nin 67. maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesinde, “*Satıcının malları belirli bir yerde taşıyıcıya vermesi gerekiyorsa malların o yerde taşıyıcıya verilmesine kadar hasar alıcıya geçmez.*” düzenlemesi yer almaktadır. Bu hüküm daha çok satıcının işyerinin iç kısmında olduğu; buna karşılık malların limandan

⁷⁶¹ P. Schlechtriem/I. Schwenzer/P. Hachem, s. 977.

⁷⁶² P. M. Roth, s. 296-297; A. Romein, s. 7; P. Schlechtriem/I. Schwenzer/P. Hachem, s. 986.

gönderilmesinin kararlaştırıldığı durumlarda uygulama alanı bulur⁷⁶³. Örneğin, işyeri Çorlu’da bulunan satıcı, satılan kumaşları Varna limanında alıcıya teslim edilmek üzere, Tekirdağ limanında taşıyıcıya vermeyi üstlenmişse, CISG’nin 67. maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesi uygulama alanı bulacaktır.

Satıcının satılan malları belirli bir yer kadar götürme ya da gönderme ve burada “*taşıyıcıya*” teslim etme borcunu üstlenmesi durumunda, yine satış sözleşmesinin gönderilecek borç içermesinden söz edilir. Ancak bu böyle bir durumda, satıcı satılan belirli bir yerde alıcıya verme yan yükümlülüğünü yüklenmiştir. Bu nedenle, satılan malların, taşıyıcıya teslim edileceği belirli yere kadar götürülmesi ya da gönderilmesi süresince hasara satıcı katlanacaktır. Söz konusu nakliye işleminin satıcının kendi araçlarıyla ya da bağımsız bir taşıyıcı aracılığıyla gerçekleştirilmesi arasında bir fark yoktur. Hasar ancak satılan malların alıcıya gönderilmek üzere kararlaştırılan yerde ilk bağımsız taşıyıcıya teslimiyle alıcıya geçer⁷⁶⁴. İtalyan bir satıcı ile Alman bir alıcı arasında pizza kartonu teslimini konu alan bir satış sözleşmesine ilişkin olarak, 2000 yılında Alman Duisburg İlk Derece Mahkemesi, tarafların satılan malların belirli bir yerde teslim edileceği konusunda anlaşmalarına ilişkin bir kanıt bulunamadığından, hasarın malların ilk taşıyıcıya teslimiyle alıcıya geçtiğine hükmetmiştir⁷⁶⁵.

⁷⁶³ M. Buydaert, s. 36; D. Flambouras, s. 117.

⁷⁶⁴ P. Schlechtriem/I. Schwenzer/P. Hachem, s. 974-975; J. O. Honnold/H. M. Flechtner, s. 521-522; F. Enderlein/D. Maskow, s. 267; M. Buydaert, s. 36.

⁷⁶⁵ M. Buydaert, s. 37; söz konusu karara erişim için, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/000413g1.html> (E.T. 16.10.2016).

Satıcının satılan malları belirli bir yere götürme ve burada taşıyıcıya teslim etme borcunu üstlendiği; ancak satılan malları götüreceği birden çok yer arasından birini seçme hakkının da tanındığı hâllerde (örneğin, Marmara Denizi'nde yer alan limanlardan birinde malların taşıyıcıya teslimi), yine CISG'nin 67. maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesi uygulama alanı bulur⁷⁶⁶. Bu durumda satıcının fiilen seçerek malları ilk bağımsız taşıyıcıya teslim ettiği yerde (örneğin, Marmara Ereğlisi Limanı'nda) hasar alıcıya geçer⁷⁶⁷.

II. Nakil Hâlindeki Malların Satışında Hasarın Geçişi

Uluslararası ticarete satış sözleşmeleri genellikle malların sözleşmenin kurulmasından sonraki bir tarihte teslimini içerir. Nitekim taraflar satılan malların teslim edilmesini ve bunun karşılığında satış bedelinin ödenmesini, sözleşmenin kurulması anında gerçekleştirmek zorunda değildir. Söz konusu teslimin veya ödemenin yahut her ikisinin ileriki bir tarihe bırakılması mümkündür. Bu nedenle satış sözleşmesinin kurulduğu sırada ileriki bir tarihte teslim edilecek olan malların taşıma durumunda olması gündeme gelebilir⁷⁶⁸. Ayrıca satıcı tarafından gönderilen

⁷⁶⁶ Z. Zeytin, s. 226; A. Ö. Yenice, s. 84.

⁷⁶⁷ P. Schlechtriem/I. Schwenzer/P. Hachem, s. 975; M. Buydaert, s. 37; A. Ö. Yenice, s. 84.

⁷⁶⁸ Amerika Birleşik Devletleri'nden bir satıcı ile Çinli bir alıcı arasında akdedilen satış sözleşmesine ilişkin olarak, 1995 yılında Çin Tahkim Komisyonu, CISG'nin 68. maddesinde öngörüldüğü üzere, nakil hâlindeki malların satılabileceğine; sözleşmenin hukuka uygun olarak kurulması koşuluyla malların yüklenmiş ve

malların henüz varış noktasına varmadan önce birkaç kez alınıp satılması da söz konusu olabilir ⁷⁶⁹ . İşte satış sözleşmesinin kurulduğu sırada hâlihazırda nakledilmekte olan mallara ilişkin hasarın geçişi CISG'nin 68. maddesinde düzenlenmiştir. ⁷⁷⁰

Nakil hâlindeki malların satışında hasarın geçişine ilişkin en önemli sorun, malın zayi olduğu ya da zarara uğradığı anın ve yerin belirlenmesinin çok zor ve hatta çoğu kez imkânsız olmasıdır ⁷⁷¹ . Bu nedenle ULIS'te nakil hâlindeki malların satışı bakımından hasarın geriye etkili olarak geçişi kabul edilmişti. ULIS'in 99. maddesinin 1. fıkrasında, denizde taşınmakta olan malların satışında hasarın alıcıya satılan malların ilk taşıyıcıya teslimi anından itibaren geriye etkili olarak geçeceği düzenlenmişti. Aynı maddenin 2. fıkrasında, satıcının sözleşmenin kurulduğu anda malların zayi olduğunu ya da zarar gördüğünü bildiği yahut bilmesinin gerektiği durumlarda ise, sözleşmenin yapıldığı ana kadar hasara satıcının katlanacağını

taşınmakta olmasının sözleşmenin geçerliliğini etkilemeyeceğine karar vermiştir.

<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950310c2.html> (E.T. 19.10.2016).

⁷⁶⁹ S. S. Grewal, **“Risk of Loss in Goods Sold during Transit: A Comparative Study of the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods, the U.C.C., and the British Sale of Goods Act”**, Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review, Vol. 14, 1991, s. 95.

⁷⁷⁰ S. S. Grewal, s. 96; C. M. Bianca/M. J. Bonell/B. Nicholas, s. 496; M. Buydaert, s. 40.

⁷⁷¹ S. S. Grewal, s. 96; P. Schlechtriem/I. Schwenzer/P. Hachem, s. 979; M. Buydaert, s. 40.

düzenlemişti. Bu düzenleme özünde Viyana Satım Sözleşmesi'nin taslak aşamasının neredeyse tümünde ⁷⁷² varlığını sürdürmüştür. Bununla birlikte, ULIS'teki hükümden, sadece deniz yoluyla taşınan mallar için değil taşınan tüm mallar için düzenleme getirmesi ve malların teslim edildiği ilk taşıyıcıyı, malların teslim edildiği taşıma sözleşmesine ilişkin belgeleri elinde bulunduran ilk taşıyıcı olarak nitelendirmesi yönünden ayrılmıştır⁷⁷³. Ne var ki, Viyana Konferansı'nda, özellikle ithalat odaklı gelişmekte olan ülkelerin, alıcının geriye etkili olarak sigorta temin edemeyeceği gerekçesiyle söz konusu maddeye karşı çıkmaları sonucunda, söz konusu taslak değiştirilmiş ve sonunda Sözleşme'nin 68. maddesinde yer alan hüküm üzerinde uzlaşmaya varılmıştır⁷⁷⁴.

CISG'nin 68. maddesine göre, *“Taşıma halindeyken satılan mallara ilişkin hasar, satım sözleşmesinin kurulduğu andan itibaren alıcıya geçer. Ancak koşulların haklı göstermesi durumunda, taşıma sözleşmesine ilişkin belgeleri düzenleyen taşıyıcıya malların verilmesi anında hasar alıcı tarafından üstlenilir. Buna karşılık, satım sözleşmesinin akdi anında malın zayı olduğunu veya zarar gördüğünü satıcının*

⁷⁷² 1976 tarihli Cenevre Taslağı'nın 65. maddesinin 2. fıkrası; 1977 tarihli Viyana Taslağı'nın 66. maddesi; 1978 tarihli New York Taslağı'nın 80. maddesi (P. Schlechtriem/I. Schwenzer/P. Hachem, s. 979, dipnot 2).

⁷⁷³ P. Schlechtriem/I. Schwenzer/P. Hachem, s. 979; C. M. Bianca/M. J. Bonell/B. Nicholas, s. 496; M. Buydaert, s. 40.

⁷⁷⁴ B. von Hoffman, s. 294; S. S. Grewal, s. 98; P. Schlechtriem/I. Schwenzer/P. Hachem, s. 980; J. O. Honnold/H. M. Flechtner, s. 528; S. Bollée, s. 261; M. Buydaert, s. 40-41.

bildiği veya bilmesi gerektiği hallerde bu bilgiyi alıcıya açıklamamışsa ziya veya zarar rizikosunu satıcı taşır.”

A. Hasarın Sözleşmenin Kurulmasıyla Alıcıya Geçmesi

Taşınmakta olan malların satışında, satış sözleşmesinin kurulmasından önce söz konusu malın zayi olması ya da zarara uğraması durumunda, sözleşme henüz kurulmadığından hasar sorunundan değil; ancak sözleşmeye aykırılık sorunundan söz edilebilir. Hasar sorunu ise ancak sözleşmenin geçerli olarak kurulması anından itibaren gündeme gelebilir⁷⁷⁵.

CISG’nin 68. maddesinin 1. cümlesine göre, satış sözleşmesinin kurulduğu sırada hâlihazırda nakledilmekte olan mallara ilişkin hasar, kural olarak, söz konusu satış sözleşmesinin kurulduğu andan itibaren alıcıya geçer. Bu düzenleme açık olup belirsizliğe mahâl vermeyecek niteliktedir. CISG’nin 68. maddesi, nakledilmekte iken satılan mallara ilişkin hasarı, sözleşmenin geçerli olarak kurulmasından itibaren ileriye etkili olarak alıcıya yüklemiştir.

Öğretide, taşınmakta olan malların satışından, hâlihazırda bağımsız bir taşıyıcıya teslim edilmiş olan malları konu alan satış sözleşmesinin anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir. Bununla birlikte, söz konusu malların yüklenmiş olmasına ya da fiili taşıma işleminin başlamasına gerek yoktur⁷⁷⁶. Diğer bir ifadeyle, malların hâlihazırda bağımsız taşıyıcının gözetim ve hâkimiyeti altında girmiş olması durumunda, söz

⁷⁷⁵ S. S. Grewal, s. 98-99; C. M. Bianca/M. J. Bonell/B. Nicholas, s. 500; Y. M. Atamer, Saticının Yükümlülükleri, s. 268-269.

⁷⁷⁶ P. Schlechtriem/I. Schwenzer/P. Hachem, s. 981; K. Yetiş Şamlı, s. 332.

konusu taşınmakta olan malları konu alan bir satış sözleşmesinin akdedilmesi hâlinde, Sözleşme'nin 67. maddesi değil; 68. maddesi uygulanır⁷⁷⁷. Bununla birlikte, Sözleşme'nin 68. maddesinin uygulanabilmesi için, sözleşmenin kurulduğu sırada, sözleşmenin taraflarının, satılan malların nakil hâlinde olduğunun farkında olmaları da gerekmektedir⁷⁷⁸. Buna karşılık, taraflar yanlışlıkla satış sözleşmesine konu malların nakil hâlinde olduğunu farz etmişlerse, ancak mallar henüz nakil hâlinde değilse, hasar, sözleşmenin kurulmasıyla değil; malların taşıyıcıya fiilen verilmesiyle alıcıya geçer⁷⁷⁹.

CISG'nin 68. maddesinin uygulanmasındaki en büyük sorun, malların zayi olmasına ya da zarar görmesine neden olan olayın hangi anda gerçekliğinin bilinmesinin her zaman mümkün olmamasıdır. Kayba ya da zarara neden olan olayın, fırtına ya da patlama gibi olaylar olması durumunda, hadisenin meydana geldiği anının belirlenmesi daha kolaydır. Ne var ki çoğu kez, su sızıntısı ya da aşırı ısınma olaylarında olduğu gibi, hadisenin meydana geldiği anın belirlenmesi mümkün olmaz⁷⁸⁰. Özellikle konteyner taşımacılığında, yüklemeden sonra kapatılan konteynerlerin, varış yerine kadar hiç açılmaması söz konusu olmaktadır⁷⁸¹. Bu durum gemideki su sızıntısı nedeniyle zarar gören konteyner içindeki malların ne zaman; diğer bir deyişle satış sözleşmesinin kurulmasından önce mi yoksa sonra mı

⁷⁷⁷ P. Schlechtriem/I. Schwenzer/P. Hachem, s. 981.

⁷⁷⁸ L. Sevón, s. 202; S. S. Grewal, s. 100.

⁷⁷⁹ P. Schlechtriem/I. Schwenzer/P. Hachem, s. 981; K. Yetiş Şamlı, s. 332.

⁷⁸⁰ J. O. Honnold/H. M. Flechtner, s. 528; M. Buydaert, s. 42; Z. Valioti, s. 15.

⁷⁸¹ Z. Valioti, s. 16; Y. M. Atamer, Satıcının Yükümlülükleri, s. 267, dipnot 762.

zarar gördüğünün belirlenmesini olanaksız kılmaktadır. Böyle bir olay, ispat yükü çerçevesinde çözülmeye çalışılacak; ancak anlaşmazlıklar kaçınılmaz olacaktır⁷⁸².

B. İstisnai Olarak Hasarın Malların Taşıyıcıya Verilmesi Anında Geçmesi

CISG'nin 68. maddesinin 2. cümlesine göre, nakil hâlindeki malların satışında, koşullar haklı gösteriyorsa, hasar, satış sözleşmesinin kurulmasından itibaren ileriye etkili olarak değil; malların, taşıma sözleşmesine ilişkin belgeleri düzenleyen taşıyıcıya verilmesinden itibaren geriye etkili olarak alıcıya geçer.

1. Koşulların Haklı Göstermesi

Hasarın geriye etkili olarak satılanın taşıyıcıya verilmesinden itibaren alıcıya geçmesinden söz edilebilmesi için öncelikle koşulların bunu haklı göstermesi gerekir. Eğer koşullar haklı gösteriyorsa, alıcı tüm yolculuk boyunca hasara katlanır. Ne var ki, CISG'nin 68. maddesinin 2. cümlesinde yer alan koşulların haklı göstermesi ifadesi, hasarı geriye etkili olarak alıcıya yükleyen oldukça belirsiz bir önkoşuldur⁷⁸³. Söz konusu belirsizlik, CISG'nin 7. maddesinde önlenmeye çalışılan farklı yorumların yapılması tehlikesine yol açar niteliktedir. Özellikle ihracat odaklı

⁷⁸² Z. Valioti, s. 16; P. Schlechtriem/I. Schwenzer/P. Hachem, s. 981.

⁷⁸³ C. M. Bianca/M. J. Bonell/B. Nicholas, s. 498; L. Sevón, s. 203; M. Buydaert, s. 43; S. Kröll/L. Mistelis/P. P. Viscasillas/A. Raymond, s. 901; H. J. Berman/M. Ladd, **“Risk of Loss or Damage in Documentary Transactions Under the Convention on the International Sale of Goods”**, Cornell International Law Journal, Vol. 21, Issue 3, 1988, s. 430.

gruplar bu maddenin geniş yorumlanmasından; ithalat odaklı gruplar ise dar yorumlanmasından yanadır ⁷⁸⁴. Bu noktada unutulmaması gereken husus, nakil hâlindeki malların satışında hasarın, kural olarak sözleşmenin kurulduğu andan itibaren; istisnai olarak ise satılan malların taşıyıcıya tesliminden itibaren alıcıya geçmesidir. Bu nedenle, koşulların haklı göstermesi ifadesi, maddenin kabul edilmesi öncesinde söz konusu düzenlemeye yönelik olarak yapılan eleştiriler ve maddenin kabul ediliş süreci dikkate alınarak yorumlanmalıdır⁷⁸⁵.

Taraflar arasında akdedilen sözleşmede, açıkça hangi hâllerde hasara geriye etkili olarak alıcının katlanacağını düzenlenmesi mümkündür. Bununla birlikte, tarafların bu yönde açıkça bir düzenleme yapması da zorunlu değildir. Aksine, taraflar arasında akdedilen satış sözleşmesinin koşullarından, tarafların, hasara geriye etkili olarak alıcının katlanacağını kararlaştırdıkları sonucu çıkarılabilir⁷⁸⁶. Özellikle, satışa konu mallara ilişkin olarak, malların taşıyıcıya teslimi ile satış sözleşmesinin kurulması arasındaki zaman dilimini kapsayan bir sigortalama işlemi söz konusuysa,

⁷⁸⁴ P. Schlechtriem/I. Schwenzer/P. Hachem, s. 981. CISG’de egemen olan ilke otonom yorum ilkesidir. Nitekim CISG’nin 7. maddesi uyarınca, “*Bu Antlaşmanın yorumunda, Antlaşmanın milletlerarası niteliği dikkate alınacağı gibi yeknesak uygulanmasının teşviki ve milletlerarası ticarete dürüstlük kuralının korunması gereği de gözetilir.*”

⁷⁸⁵ C. M. Bianca/M. J. Bonell/B. Nicholas, s. 498.

⁷⁸⁶ B. von Hoffmann, s. 295; S. S. Grewal, s. 99.

koşulların haklı göstermesi nedeniyle, hasarın geriye etkili olarak malların taşıyıcıya teslim anından itibaren alıcıya geçmesi öğretide genel kabul görmektedir⁷⁸⁷.

CISG'nin 68. maddesinin, nakil hâlindeki malların satışında hasarın geriye etkili olarak geçmesi hususunu, koşulların haklı göstermesi şartına bağlamış olması nedeniyle, tarafların her durumda, istediklerinden farklı bir sonucun ortaya çıkmasına engel olmak için satış sözleşmesinde açıkça hasarın hangi andan itibaren alıcıya geçeceğini düzenlemeleri önerilmektedir⁷⁸⁸.

2. Malların Taşıma Sözleşmesini Somutlaştıran Belgeleri Düzenleyen Taşıyıcıya Verilmesi

Koşulların haklı göstermesi hâlinde hasarın geriye etkili olarak alıcıya yüklenmesinden söz edilebilmesi için, CISG'nin 68. maddesinin 2. cümlesi uyarınca, malların taşıma sözleşmesini somutlaştıran⁷⁸⁹ belgeleri düzenleyen taşıyıcıya teslim edilmiş olması gerekir⁷⁹⁰.

⁷⁸⁷ P. Schlechtriem/I. Schwenzer/P. Hachem, s. 981; J. O. Honnold/H. M. Flechtner, s. 529; L. Sevón, s. 203; S. S. Grewal, s. 99; M. Buydaert, s. 43; S. Kröll/L. Mistelis/P. P. Viscasillas/A. Raymond, s. 901; A. Romein, s. 11-12; S. Bollée, s. 262; Y. M. Atamer, Satıcının Yükümlülükleri, s. 268.

⁷⁸⁸ L. Sevón, s. 203; M. Buydaert, s. 44.

⁷⁸⁹ Viyana Satım Sözleşmesi'nin İngilizce aslında, 68. maddede, taşıyıcı nitelendirilirken “*to the carrier who issued the documents embodying the contract of carriage*” ifadesi kullanılmıştır. Buna karşılık Sözleşme'nin Resmi Gazete'de yayımlanan Türkçe metninde, taşıyıcı “*taşıma sözleşmesine ilişkin belgeleri*

CISG'nin 58. maddesinin 1. ve 2. fıkralarının ve 67. maddesinin 1. fıkrasının aksine, taşıma sözleşmesini somutlaştıran belgelerin aynı zamanda malları temsil eden belgeler olmasına gerek yoktur⁷⁹¹. Bununla birlikte, söz konusu belgelerin taşıma sözleşmesinin varlığını kanıtlayan belgeler olması gerekir. Uygulamada gerek taşıma sözleşmesinin varlığını kanıtlayan belgelerin, gerekse de malları temsil eden belgelerin sıklıkla konişmentoda yer aldığı görülür. Taşıma işinde birden fazla taşımacıdan yararlanılması durumunda, örneğin kombine taşımacılıkta, CISG'nin

düzenleyen taşıyıcıya” ifadesine yer verilmiştir. Sözleşme'nin Türkçe çevirisinde, taşıyıcının taşıma sözleşmesine “*ilişkin*” belgeleri düzenlemesinden söz edilmiş; ancak Sözleşme'nin İngilizce orijinalinde “*embodying*” kelimesi kullanılarak söz konusu belgelerin taşıma sözleşmesini “*somutlaştıran/tecessüm ettiren*” belgeler olduğu açıkça ifade edilmiştir. Viyana Satım Sözleşmesi'nin uygulanmasında, Sözleşme'nin resmi dillerinden biri olan İngilizce metni esas alınacağından (Zira Sözleşme'nin sonunda “*1980 yılının 11 Nisanında Viyana'da, her bir metin aynı derecede muteber olmak üzere Arapça, Çince, İngilizce, Fransızca, Rusça ve İspanyolca tek bir nüsha halinde tanzim edilmiştir.*” ifadesi yer almaktadır), ülkemizde de taşıyıcının, açık bir ifade ile “*taşıma sözleşmesini somutlaştıran belgeleri düzenleyen taşıyıcı*” olduğu kabul edilmelidir.

⁷⁹⁰ C. M. Bianca/M. J. Bonell/B. Nicholas, s. 498-499; L. Sevón, s. 203; S. Bollée, s. 263; M. Buydaert, s. 44.

⁷⁹¹ C. M. Bianca/M. J. Bonell/B. Nicholas, s. 499; P. Schlechtriem/I. Schwenzer/P. Hachem, s. 983; L. Sevón, s. 203; A. Romein, s. 11; S. Bollée, s. 263; M. Buydaert, s. 44.

68. maddesinin 2. cümlesinde sözü geçen taşıyıcı, konuyla ilgili gerekli belgeleri düzenleyen taşıyıcıdır. Bu tür belgeleri birden fazla taşıyıcının düzenlemiş olması durumunda, söz konusu belgeyi ilk düzenleyen taşıyıcı, CISG'nin 68. maddesinin 2. cümlesinde bahsedilen taşıyıcıdır⁷⁹².

Nakil hâlindeki malların satışında, söz konusu taşıma sözleşmesinin, bu sözleşmeyi somutlaştıran, onun varlığını kanıtlayan herhangi bir “belge” kullanılmadan kurulması durumunda, CISG'nin 68. maddesinin 2. cümlesinde düzenlenen istisnanın uygulanıp uygulanmayacağı sorusu akla gelebilir. Bu sorunun yanıtı, özellikle elektronik ortamda herhangi bir insan müdahalesi olmadan kurulan taşıma sözleşmeleri bakımından önem arz etmektedir. Öğretide, taşıma sözleşmesinin elektronik ortamda yapılmış olması hâlinde kıyas yoluyla CISG'nin 68. maddesinin 2. cümlesinde düzenlenen istisnanın uygulanabileceğini savunan yazarlar bulunmaktadır⁷⁹³. Buna karşılık, taşıma sözleşmesini somutlaştıran, onun varlığını kanıtlayan belgelerin alıcı tarafından özellikle sigortacıya karşı yöneltilen istemlerinin kanıtlanmasında büyük rol oynadığı ve söz konusu maddenin kabul edilme sürecinde, hasarın geriye etkili şekilde geçişinin istisna olarak öngörüldüğü düşünüldüğünde, taşıma sözleşmesini somutlaştıran, onun varlığını kanıtlayan “belgelerin” her zaman var olması gerektiği söylenebilir⁷⁹⁴. Kısaca, taşıma

⁷⁹² P. Schlechtriem/I. Schwenzer/P. Hachem, s. 983; M. Buydaert, s. 45; K. Yetiş Şamlı, s. 333.

⁷⁹³ P. Schlechtriem/I. Schwenzer/P. Hachem, s. 983, dipnot 3'teki yazarlar.

⁷⁹⁴ P. Schlechtriem/I. Schwenzer/P. Hachem, s. 983; M. Buydaert, s. 45; K. Yetiş Şamlı, s. 333.

sözleşmesini somutlaştıran, onun varlığını kanıtlayan belgelerin bulunmaması ya da bu belgelerin taşıyıcı tarafından düzenlenmemesi durumunda, koşullar haklı gösterse bile, nakil hâlindeki malların satışında hasar, satış sözleşmesinin geçerli olarak kurulmasından itibaren, ileriye etkili olarak alıcıya geçer. Bu durumda, CISG'nin 68. maddesinin 2. cümlesinde düzenlenen istisnanın uygulanması mümkün değildir⁷⁹⁵.

3. Satıcının İyiniyetli Olması

CISG'nin 68. maddesinin 3. cümlesinde, satıcının, satış sözleşmesinin kurulması anında, malın zayı olduğunu veya zarar gördüğünü bilmesine ya da bilmesinin gerekmesine rağmen, bu bilgiyi alıcıya açıklamaması durumunda hasarı kendisinin taşıyacağı düzenlemiştir. Bu nedenle, nakil hâlindeki malların satışında hasarın geriye etkili olarak, malların alıcıya teslim edilmesinden itibaren alıcıya geçmesinden söz edilebilmesi için satıcının iyiniyetli olması gerekir.

a. Uygulanma Alanı

CISG'nin 68. maddesinin 3. cümlesinin iki şekilde yorumlanabilir nitelikte olduğu belirtilmektedir⁷⁹⁶. Şöyle ki, söz konusu cümlelerin sadece 68. maddenin 2.

⁷⁹⁵ M. Buydaert, s. 45.

⁷⁹⁶ C. M. Bianca/M. J. Bonell/B. Nicholas, s. 500; P. Schlechtriem/I. Schwenzer/P. Hachem, s. 984; M. Buydaert, s. 45.

cümlesinin mi; yoksa aynı zamanda 68. maddenin 1. cümlesinin mi istisnası olduğunun açık olmadığı ifade edilmektedir⁷⁹⁷.

CISG'nin 68. maddesinin 3. cümlesinin, aynı maddenin 2. cümlesine bir istisna getirdiği açıktır. Buna göre, koşulların haklı göstermesi hâlinde, hasar, malların taşıma sözleşmesini somutlaştıran belgeleri düzenleyen taşıyıcıya teslim edilmesinden itibaren, geriye etkili olarak alıcıya geçer. Ne var ki, satıcı, satış sözleşmesinin kurulması anında, malın zayi olduğunu veya zarar gördüğünü bilmesine ya da bilmesinin gerekmesine rağmen, bu bilgiyi alıcıya açıklamamışsa, diğer bir deyişle satıcı iyiniyetli değilse, koşullar haklı gösterse bile hasara katlamaktan kurtulamaz. Bu durumda yolculuk boyunca hasarı satıcı taşır. Gerçekten de, alıcının geriye etkili olarak sözleşmenin kurulmasından önceki dönemde hasara katlanması istisnai bir durumdur. Söz konusu istisnanın, satıcının iyiniyetli olmaması hâlinde uygulanmayacağı, Sözleşme'nin 68. maddesinin 3. cümlesinde açıkça belirtilerek, bu istisna sınırlandırılmıştır⁷⁹⁸.

CISG'nin 68. maddesinin 3. cümlesinin, aynı maddenin 1. cümlesine bir istisna getirmediği ise kolaylıkla söylenebilir. Gerçekten de, 68. maddenin 1. fıkrasında taşıma hâlindeyken satılan mallara ilişkin hasarın, satış sözleşmesinin kurulduğu andan itibaren alıcıya geçeceği düzenlenmiştir. Taraflara yüklenemeyen nedenlerle

⁷⁹⁷ C. M. Bianca/M. J. Bonell/B. Nicholas, s. 500; P. Schlechtriem/I. Schwenzer/P. Hachem, s. 984; M. Buydaert, s. 46.

⁷⁹⁸ C. M. Bianca/M. J. Bonell/B. Nicholas, s. 500; P. Schlechtriem/I. Schwenzer/P. Hachem, s. 981; L. Sevón, s. 203; S. S. Grewal, s. 100; Y. M. Atamer, Satıcının Yükümlülükleri, s. 269.

malların zayı olması ya da zarar görmesi tehlikesi, ancak satış sözleşmesinin kurulması anından sözleşmenin ifası anına kadar söz konusu olabilir. Satış sözleşmesinin kurulmasından önceki dönemde hasar sorunundan söz edilemez. Bu dönemde yaşananlar satıcının malı ifa edememesiyle ya da sözleşmeye aykırı olarak ifa etmesiyle ilgilidir. CISG'nin 68. maddesinin 3. cümlesinin, aynı maddenin 1. cümlesine bir istisna getirmesinden söz edilecek olursa, satılan mallara ilişkin hasarın, satış sözleşmesinin kurulmasıyla alıcıya geçeceği; ancak bu sırada satıcı iyiniyetli değilse hasarı satıcının taşıyacağı kabul edilmiş olur. Ne var ki, belirtildiği üzere, satış sözleşmesinin kurulmasından önce malın zayı olması ya da zarar görmesi hasar sorununu doğurmayacağından; iyiniyetli olmayan satıcının gerçekleşmemiş bir tehlikeye katlanmasından söz etmek mümkün değildir⁷⁹⁹. Tüm bunlar bir yana, CISG'nin 68. maddesinin 3. cümlesinin başında “*Buna karşılık*” ifadesinin kullanılması bile, 3. cümleinin 1. cümlesinin değil; 2. cümlesinin istisnası olarak öngörüldüğünü ortaya koyar niteliktedir⁸⁰⁰.

b. Kapsamı

CISG'nin 68. maddesinin 2. cümlesinin uygulanabilmesi için, satıcının iyiniyetli olması koşulunu getiren aynı maddenin 3. cümlesinde, satıcının iyiniyetinin kapsamı

⁷⁹⁹ C. M. Bianca/M. J. Bonell/B. Nicholas, s. 500-501; P. Schlechtriem/I. Schwenzer/P. Hachem, s. 984; Y. M. Atamer, Satıcının Yükümlülükleri, s. 268-269; K. Yetiş Şamlı, s. 335.

⁸⁰⁰ C. M. Bianca/M. J. Bonell/B. Nicholas, s. 500; J. O. Honnold/H. M. Flechtner, s. 530, dipnot 10; M. Buydaert, s. 49.

açıklanmamıştır. Bu bağlamda, satıcının bildiği ya da bilmesinin gerektiği zararların, sadece satış sözleşmesinin kurulduğu ana kadar var olan zararlar mı; yoksa ayrıca sözleşmenin kurulmasından sonra meydana gelen ve satıcının görmezden geldiği ya da sözleşmenin kurulduğu anda var olan zararlarla bağlantılı zararlar mı olduğu sorusu akla gelebilir⁸⁰¹. Örneğin, satıcı 8 Aralık'ta bir gemi yükü pirinci gemiye yüklemiş, 10 Aralık'ta ise gemideki tüm pirinci alıcıya satmış olsun. Satıcı, pirinçleri alıcıya sattığı gün, tüm pirincin beşte birinin deniz suyuyla zarar gördüğüne inanmakta olsun ve buna ilişkin haklı bir gerekçesi de bulunsun. Ancak gerçekte pirinçlerin beşte üçü zarar görmüş olsun. Bu durumda satıcı, satış sözleşmesinin kurulma anında malın zarar gördüğünü bildiği beşte birlik kısma ilişkin hasarı mı taşıyacaktır; yoksa gerçekte var olan beşte üçlük kısma ilişkin hasara mı katlanacaktır? Ayrıca malın geri kalan kısmının tamamı taşıma sırasında deniz suyundan zarar görürse, bu kısma ilişkin hasara kim katlanacaktır⁸⁰²? Bir başka sorun, satıcının, sözleşmenin kurulduğu sırada mevcut olan zararları bilmesine rağmen; söz konusu zararların kazara mı yoksa kendi kusuruyla mı meydana geldiğini bilmemesi hâlinde ortaya çıkar. Bu durumda satıcı iyiniyetinden söz edilebilecek midir⁸⁰³?

Öğretide bu soruların cevaplanmasında CISG'nin 68. maddesinin 2. cümlesinin oluşturulmasındaki taslak sürecinden yararlanılmaktadır. Nitekim ULIS'ten farklı olarak Cenevre taslağında satıcının iyiniyetli olmaması durumunda

⁸⁰¹ C. M. Bianca/M. J. Bonell/B. Nicholas, s. 500; M. Buydaert, s. 46.

⁸⁰² C. M. Bianca/M. J. Bonell/B. Nicholas, s. 498; M. Buydaert, s. 46.

⁸⁰³ P. Schlechtriem/I. Schwenzer/P. Hachem, s. 985.

onun hasarın tümüne katlanacağı (*the risk of loss sold in transit does not pass to the buyer*) düzenlenmişti. Bu kural, New York ve Viyana taslaklarında sınırlandırılmış ve satıcının hasarın tümüne değil; bildiği veya bilmesi gereken “*bu tür*” ziya ve zararlara katlanacağı (*such loss or damage is at the risk of the seller*) düzenlenmiştir. Viyana Konferansı sırasında ise, “*bu tür ziya ve zararlar*” ifadesi “*ziya veya zararlar*” (*the loss or damage*) olarak değiştirilmiştir⁸⁰⁴. Bundan hareketle, öğretideki yaygın görüş, iyiniyetli olmayan satıcının tüm kayba ya da zarara katlanmasını öngören “*ya hep ya hiç*” yaklaşımını kabul etmektedir⁸⁰⁵. Buna göre, eğer satıcı sözleşmenin kurulmasından önce meydana gelen zararları açıklamamışsa, satıcı sadece bildiği kayıp ve zarardan değil; aynı zamanda ilk zararla bağlantılı olan ikincil kayıp ve zarardan da sorumludur⁸⁰⁶. Bu görüş, hasarın bölünmesinin sakıncalarını önlemektedir. Ancak bu görüş, amacının çok daha ötesine geçtiği gerekçesiyle eleştirilmektedir. Nitekim bu görüşe göre, satıcı önemsiz zararları bile bilmiyorsa iyiniyetli sayılamayacak ve böylece tüm hasara katlanmak zorunda kalacaktır. Ne var ki, tür bir yorum, madde 68’in amacıyla bağdaşmaz niteliktedir⁸⁰⁷.

⁸⁰⁴ C. M. Bianca/M. J. Bonell/B. Nicholas, s. 499; P. Schlechtriem/I. Schwenzer/P. Hachem, s. 985; S. Bollée, s. 263-264; M. Buydaert, s. 46-47.

⁸⁰⁵ C. M. Bianca/M. J. Bonell/B. Nicholas, s. 500; J. O. Honnold/H. M. Flechtner, s. 529-530; P. Schlechtriem/I. Schwenzer/P. Hachem, s. 985; S. Bollée, s. 264; M. Buydaert, s. 48.

⁸⁰⁶ C. M. Bianca/M. J. Bonell/B. Nicholas, s. 500; J. O. Honnold/H. M. Flechtner, s. 530; F. Enderlein/D. Maskow, s. 273; M. Buydaert, s. 48.

⁸⁰⁷ P. Schlechtriem/I. Schwenzer/P. Hachem, s. 985-986.

Öğretideki bir diğer görüş, yine söz konusu taslağın geçirdiği değişikliklerden hareketle, satıcının sadece sözleşmenin kurulması anında bildiği ya da bilmesinin gerektiği zararları açıklamaması nedeniyle hasara katlanacağını savunmaktadır. Sözleşmenin kurulmasından sonra meydana gelen ancak satıcının görmezden geldiği yahut sözleşmenin kurulmasından sonra meydana gelen fakat sözleşmenin kurulduğu anda var olan zararlarla bağlantılı zararları açıklamaması nedeniyle hasarın satıcıya yüklenemeyeceği kabul etmektedir⁸⁰⁸. Ne var ki, bu görüş, hasarın bölünmesi sonucu doğurduğundan uygulamada sakıncalar yaratacak niteliktedir⁸⁰⁹.

c. Ölçüsü

Satıcının iyiniyetinin ölçüsünün belirlenmesinde, ağır ihmalden mi yoksa hafif ihmalden mi hareket edileceğinin belirlenmesi gerekir. Özellikle satıcının “*bilmesi gerektiği*” hâllerde, satıcının hafif ihmali hasarı taşıması bakımından yeterli olacak mıdır?

CISG’de “*bilmesi gerektiği*” ifadesine sadece 68. maddede değil; aynı zamanda Sözleşme’nin pek çok yerinde (örneğin, 38. maddenin 3. fıkrasında, 39. maddenin 1. fıkrasında) yer verilmiş ve bu hâllerde tartışmasız olarak satıcının hafif ihmâli yeterli görülmüştür. Zira CISG’de satıcının ağır ihmâlinin arandığı durumlarda “*bilmemesinin mümkün olmadığı*” ifadesi kullanılmıştır. Örneğin, Sözleşme’nin 35.

⁸⁰⁸ P. Schlechtriem/I. Schwenzer/P. Hachem, s. 985; M. Buydaert, s. 47-48; S. Kröll/L. Mistelis/P. P. Viscasillas/A. Raymond, s. 903; K. Yetiş Şamlı, s. 336.

⁸⁰⁹ C. M. Bianca/M. J. Bonell/B. Nicholas, s. 499; J. O. Honnold/H. M. Flechtner, s. 529-530; P. Schlechtriem/I. Schwenzer/P. Hachem, s. 985; M. Buydaert, s. 47.

maddesinin 3. fıkrasında; 40. ve 42. maddelerinde durum böyledir⁸¹⁰. Dolayısıyla, satıcının bilmesi gereken hâllerde hafif ihmâli hasarı taşıması bakımından yeterlidir⁸¹¹.

d. Malların Ayırt Edilmesi

Nakil hâlindeki malların satışında, satış sözleşmesi kurulmuş olmakla birlikte, malların henüz sözleşmeye özgülenmemiş olması muhtemeldir. CISG'nin 67. maddesinin 2. fıkrasında gönderilecek borç içeren satış sözleşmelerinde, malların ayırt edilmemesi durumunda hasarın alıcıya geçmeyeceği açıkça düzenlenmiştir. Buna rağmen, nakil hâlindeki mallarda da hasarın malların ayırt edilmesinden önce alıcıya geçmemesi, işin doğası gereğidir. Ayrıca CISG'nin 67. maddesinin 2. fıkrasının kıyas yoluyla 68. madde uygulanacağı da söylenebilir⁸¹². Böylece, taşıma hâlindeyken satılan mallara ilişkin hasar, kural olarak sözleşmenin parça borcu içermesi durumunda, sözleşmesinin kurulduğu andan itibaren ileriye etkili olarak alıcıya geçer. Satış sözleşmesinin çeşit borcu içermesi durumunda ise, çeşidin ayırt edilerek sözleşmeye özgülenmesi anından itibaren alıcıya geçer.

Satılan dökme yük niteliğindeki malların birden fazla alıcıya bir arada gönderildiği toplu gönderimler bakımından ise bir ayırım yapmak gerekir. Eğer sözleşmede ya da ticari teamüllerde, satılanın toplu olarak gönderilmesine izin

⁸¹⁰ P. Schlechtriem/I. Schwenzer/P. Hachem, s. 986.

⁸¹¹ P. Schlechtriem/I. Schwenzer/P. Hachem, s. 986; K. Yetiş Şamlı, s. 336.

⁸¹² P. Schlechtriem/I. Schwenzer/P. Hachem, s. 986; D. Flambouras, s. 129; S. Bollée, s. 265; A. Romein, s. 12.

veriliyorsa hasar, her alıcıya satış sözleşmesinin kurulması anında geçer⁸¹³. Satılan malların kısmen zarar görmesi ya da kaybolması hâlinde ise alıcıların hasara hangi ölçüde katlanacağı konusunda, CISG'nin 67. maddesinde olduğu gibi, öğretide görüş ayrılığı bulunmaktadır. Bir görüşe göre hasar, alıcılara gönderideki paylarıyla orantılı olarak geçerken⁸¹⁴; diğer bir görüşe göre ise paylarıyla orantılı olarak geçmez. Böyle bir durumda, satıcı artakalan ya da zarar görmeyen malları hangi alıcıya teslim edeceği satıcının kararına bağlıdır. Satıcı, diğer alıcılara karşı, artakalan ya da zarar görmeyen malların onların sözleşmelerini tatmin edeceği ölçüde sorumludur. Böylece her alıcı, hasara, tüm artakalanlar ya da zarar görmeyenler teslim edilseydi sözleşmede kararlaştırılan miktarın ne kadarı tatmin edilemeyecektiye o ölçüde katlanır⁸¹⁵.

Nakil hâlindeki malların satışında istisnai olarak hasar, malların taşıyıcıya teslimi anından itibaren geriye etkili olarak alıcıya geçer. Ancak bunun için koşulların bu durumu haklı göstermesi ve satıcının iyiniyetli olması gerekir. Diğer yandan, satış sözleşmesinin kurulmasından sonra; ancak malların ayırt edilerek sözleşmeye özgülenmesinden önce, satıcının malların kayba uğradığının ya da zarar gördüğünün farkına varması durumunda ne olacağı CISG'nin 68. maddesinde

⁸¹³ P. Schlechtriem/I. Schwenzer/P. Hachem, s. 986; D. Flambouras, s. 130; M. Buydaert, s. 49.

⁸¹⁴ D. Flambouras, s. 130; M. Buydaert, s. 50.

⁸¹⁵ P. Schlechtriem/I. Schwenzer/P. Hachem, s. 986.

açıklanmamıştır⁸¹⁶. Öğretide, böyle bir durumda, 68. maddenin 2. cümlesinde yer alan “*koşulların haklı göstermesi durumunda*” ifadesinden hareketle ve bu ifade zorlanarak, hasarın geriye etkili olarak alıcıya geçmesinin kabulü edilebileceği belirtilmektedir⁸¹⁷. Bununla birlikte, satıcının kayba uğradığını ya da zarar gördüğünü bildiği veya bilmesinin gerektiği malları, ayırt edip edemeyeceği konusunda, öğretide bir fikir birliği bulunmamaktadır⁸¹⁸.

III. Aranacak Borç İçeren veya Satılanın Farklı Bir Yerde Teslim Edileceği Satış Sözleşmelerinde Hasarın Geçiş

CISG’nin 69. maddesinde, Sözleşme’nin 67. ve 68. maddelerinin kapsamına girmeyen hâllerde, diğer bir deyişle gönderilecek borç içeren satış sözleşmeleri ile nakil hâlindeki malların satışına ilişkin sözleşmelerin dışında kalan durumlarda, hasarın geçişi konusu ele alınmıştır⁸¹⁹. Böylece aranacak borç içeren satış

⁸¹⁶ M. Bridge, s. 96; S. Kröll/L. Mistelis/P. P. Viscasillas/A. Raymond, s. 902; M. Buydaert, s. 47.

⁸¹⁷ M. Bridge, s. 96; S. Kröll/L. Mistelis/P. P. Viscasillas/A. Raymond, s. 902. Ne var ki, söz konusu maddeyi hazırlayanların “*koşulların haklı göstermesi durumunda*” ifadesinin kapsamı bu denli genişleme amacıyla olmadıklarının açık olduğu ifade edilmektedir (S. Kröll/L. Mistelis/P. P. Viscasillas/A. Raymond, s. 902).

⁸¹⁸ S. Kröll/L. Mistelis/P. P. Viscasillas/A. Raymond, s. 902.

⁸¹⁹ C. M. Bianca/M. J. Bonell/B. Nicholas, s. 502; P. Schlechtriem/I. Schwenzer/P. Hachem, s. 989; L. Sevón, s. 203; J. O. Honnold/H. M. Flechtner, s. 533; S. Kröll/L. Mistelis/P. P. Viscasillas/A. Raymond, s. 905; M. Bridge, s. 97; M. Buydaert, s. 51.

sözleşmeleri ile satılanın farklı bir yerde teslim edileceği satış sözleşmelerinde hasarın geçişi, CISG'nin 69. maddesinde bir arada düzenlenmiştir.

CISG'nin 69. maddesi aynen şöyledir:

“(1) Madde 67 ve 68 kapsamına girmeyen hallerde hasar, alıcının malları teslim aldığı anda, veya malları zamanında teslim almaması halinde, malın tasarrufuna hazır bulundurulduğu ve teslim almayarak sözleşmeye aykırı bir davranışta bulunduğu andan itibaren alıcıya geçer.

(2) Ancak alıcının, satıcının işyerinden farklı bir yerde malı teslim almasının öngörüldüğü hallerde hasar, teslim borcunun muaccel olduğu ve alıcının, o yerde malların tasarrufuna hazır bulundurulduğundan haberdar olduğu anda intikal eder.

(3) Sözleşmenin, henüz ayırdedilmemiş mallara ilişkin olması halinde bunların ancak açıkça sözleşmeye tahsis edilmesi ile alıcının tasarrufuna hazır bulundurulduğu kabul edilir.”

A. Aranacak Borç İçeren Satış Sözleşmelerinde Hasarın Geçişi

Aranacak borç içeren satış sözleşmelerinde hasarın geçişi, CISG'nin 69. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenmiştir⁸²⁰. Her ne kadar fıkra sözleşmenin aranacak borç içermesinden ya da satılanın alıcı tarafından satıcının işyerinden teslim alınmasından açıkça söz edilmese de, maddenin 2. fıkrasının karşıt anlamından bu

⁸²⁰ L. Sevón, s. 204; A. Romein, s. 14; Y. M. Atamer, Satıcının Yükümlülükleri, s. 269; K. Yetiş Şamlı, s. 337.

sonuca ulaşmak ve 1. fıkranın aranacak borç içeren satış sözleşmelerinde hasarın geçişine ilişkin olduğunu söylemek mümkündür⁸²¹.

CISG'nin 69. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, alıcının satılan malları satıcının işyerinde teslim alma yan yükümlülüğünü yüklendiği satış sözleşmelerinde, hasar, alıcının söz konusu malları teslim aldığı anda geçer. Bununla birlikte, alıcının satılanı zamanında teslim almaması durumunda hasar, satılanın alıcının tasarrufuna hazır bulundurulması ve alıcının malları teslim almayarak davranışının sözleşmeye aykırı hâle gelmesiyle geçer.

CISG'nin 69. maddesinin 1. fıkrası, Sözleşme'nin 31. maddesinin 1. fıkrasının c bendiyle de uyumludur⁸²². Zira CISG'nin 31. maddesinin 1. fıkrasının c bendinde, satış sözleşmesinin satılan malların taşınmasını gerektirmediği hâllerde, satıcının malları teslim etme borcuna ilişkin genel kural düzenlenmiştir⁸²³. Buna göre, satıcı

⁸²¹ P. Schlechtriem/I. Schwenzer/P. Hachem, s. 990; S. Yılmaz, s. 142. Yukarıda da bahse konu olan, İtalyan bir satıcı ile Alman bir alıcı arasında pizza kartonu teslimini konu alan satış sözleşmesine ilişkin olarak, 2000 yılında Alman Duisburg İlk Derece Mahkemesi, CISG'nin 69. maddesini de ele almıştır. Mahkeme, 69. maddenin 1. fıkrasının, satılan malların alıcının teslim alması için satıcının işyerinde hazır bulundurulduğu hâllerde uygulanacağına hükmetmiştir. Mahkeme bu sonuca aynı maddenin 2. fıkrasından ulaşıldığını da açıkça belirtmiştir. M. Buydaert, s. 52. Söz konusu karar erişim için:

<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/000413g1.html> (E.T. 26.10.2016).

⁸²² P. Schlechtriem/I. Schwenzer/P. Hachem, s. 989; M. Buydaert, s. 54.

⁸²³ C. M. Bianca/M. J. Bonell/O. Lando, s. 502.

malları belirli başka bir yerde teslim etmek zorunda değilse ve satış sözleşmesi satılan malların taşınmasını gerektirmiyorsa, satıcı, sözleşmenin kurulduğu anda kendi işyerinin bulunduğu yerde malları alıcının tasarrufuna hazır bulundurmakla teslim borcunu yerine getirir. Böylece, aranacak borç içeren sözleşmelerde, hasarın geçiş anının, alıcının satılanı teslim almasına ya da satılanın alıcının tasarrufuna hazır bulundurulmasına ve alıcının malları teslim almayarak davranışının sözleşmeye aykırı hâle gelmesine bağlanması, sözü geçen iki maddeyi biriyle uyumlu hâle getirmiştir.

1. Alıcının Malları Teslim Alması

CISG'nin 69. maddesinin 1. fıkrasında, satılanın satıcının işyerinde teslim edileceği satış sözleşmelerinde hasarın, malların alıcı tarafından “*teslim alınması*” anında alıcıya geçeceği düzenlemiştir. Söz konusu maddede her ne kadar sadece alıcıdan söz edilmiş olsa da, malların alıcı tarafından bizzat teslim alınmasıyla, alıcının çalışanları ya da görevlendirdiği bir taşıyıcı tarafından alınması arasında bir fark bulunmamaktadır⁸²⁴. Satış sözleşmesinde satılanın bizzat alıcı tarafından teslim alınmasının kararlaştırılmış olmasına rağmen, alıcının satılanın alınmasında bir taşıyıcıyı görevlendirmesi durumunda, hasar satılanın taşıyıcıya teslimiyle geçer⁸²⁵. 2002 yılında Alman Schleswig-Holstein Eyalet Yüksek Mahkemesi, taraflar arasında akdedilen damızlık at teslimini konu alan bir satış sözleşmesine ilişkin olarak,

⁸²⁴ P. Schlechtriem/I. Schwenzer/P. Hachem, s. 990; A. Romein, s. 15; K. Yetiş Şamlı, s. 338.

⁸²⁵ M. Buydaert, s. 54.

öncelikle somut olayda hasarın, satılanın ya alıcıya teslim edildiği anda ya da alıcı tarafından teslim alındığı anda geçtiğini tespit etmiştir. Bir diğer tespit, olayda damızlık atın, alıcının görevlendirdiği taşıyıcı tarafından harada ele geçirildiği anda teslim alındığına ilişkindir. Bunun üzerine, Mahkeme, tarafların atın alıcı tarafından alınacağı hususunda anlaşmış olmalarına rağmen, gerçekte alıcının bir taşıyıcının hizmetinden faydalanması ve taraflar arasındaki sözleşmeye uygun olarak dolaylı zilyetliği elde etmesi nedeniyle, hasarın alıcıya geçtiğine karar vermiştir⁸²⁶.

Alıcının satılan malları satıcının işyerinden teslim aldığı durumlarda, satılanın yüklenmesi sırasında hasara sözleşmenin hangi tarafının katlanacağı CISG’de düzenlenmemiştir. Bu nedenle, alıcının malları teslim almasının gerçekleşmesi için yüklemenin başlamasının yeterli olup olmayacağı sorusu gündeme gelebilir. Malların alıcıya teslimi sırasında hasara kimin katlanacağına ilişkin şüpheye düşülmesi hâlinde, hasara, taşıyıcıya ya da sigortacıya başvurma bakımından çok daha elverişli konumda olan alıcının katlanması gerektiği kabul edilmelidir. Bu nedenle, yüklemenin başlamasıyla birlikte hasar alıcıya geçecek ve yükleme süresince hasara alıcı katlanacaktır⁸²⁷.

CISG’nin 69. maddesinin 1. fıkrasında, ilk olasılıkta alıcının malları teslim almasından; ikinci olasılıkta ise, malın alıcının tasarrufuna hazır bulundurulmasından söz edilmektedir. Bu nedenle, ilk ihtimâlde, hasarın geçişi bakımından malların alıcının tasarrufuna hazır bulundurulması yeterli değildir. Bu nedenle, satılan

⁸²⁶ M. Buydaert, s. 54; söz konusu karara erişim için, <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/021029g1.html> (E.T. 26.10.2016).

⁸²⁷ P. Schlechtriem/I. Schwenzer/P. Hachem, s. 990.

malların bizzat alıcı ya da onun emir ve talimatı altında çalışan personel yahut onun görevlendirdiği bir taşıyıcı tarafından fiilen teslim alınması gerekmektedir⁸²⁸. Ayrıca, satıcının, satılan malların alıcının tasarrufuna hazır bulundurulduğunu bildirme yükümlülüğü de bulunmamaktadır. Bununla birlikte, öğretide, alıcının en azından malların tasarrufuna hazır bulundurulduğunun farkında olmasının gerekli olduğu ifade edilmektedir⁸²⁹.

Teslimat işleminin, satış sözleşmesinde öngörülen ya da CISG'nin 33. maddesine göre belirlenen tarihten önce gerçekleşmesi durumunda, alıcının satılanı fiilen teslim alıp almadığına bakmak gerekir. Eğer alıcı, çalışanları ya da alıcının görevlendirdiği taşıyıcı, satılanı fiilen teslim almışsa, hasar kural olarak alıcıya geçer⁸³⁰. Ancak alıcının satılanı reddetme yetkisi varsa ve alıcı bu yetkisini kullanırsa, malları fiilen teslim almış olsa bile hasar alıcıya geçmez. Bu durumda alıcı yine de CISG'nin 86. maddesi uyarınca, malların korunması için koşulların gerekli kıldığı makul önlemleri almakla yükümlüdür⁸³¹.

⁸²⁸ P. Schlechtriem/I. Schwenzer/P. Hachem, s. 990; M. Buydaert, s. 54.

⁸²⁹ M. Bridge, s. 99; S. Kröll/L. Mistelis/P. P. Viscasillas/A. Raymond, s. 906; M. Buydaert, s. 54.

⁸³⁰ S. Kröll/L. Mistelis/P. P. Viscasillas/A. Raymond, s. 906; P. Schlechtriem/I. Schwenzer/P. Hachem, s. 990; F. Enderlein/D. Maskow, s. 277.

⁸³¹ P. Schlechtriem/I. Schwenzer/P. Hachem, s. 990; F. Enderlein/D. Maskow, s. 277.

2. Alıcının Sözleşmeyi İhlâli

CISG'nin 69. maddesinin 1. fıkrasında, hasarın geçişi bakımından, ikinci bir olasılık daha öngörülmüştür. Buna göre, aranacak borç içeren satış sözleşmelerinde hasar, alıcının malları zamanında teslim almaması durumunda, malların alıcının tasarrufuna hazır bulundurulduğu ve alıcının söz konusu malı teslim almayarak, davranışının sözleşmeye aykırı hâle geldiği an alıcıya geçer.

a. Satılanın Zamanında Teslim Alınmaması

Alıcının malları zamanında teslim almaması nedeniyle hasara katlanmasından söz edilebilmesi için öncelikle sözleşmenin ifa zamanının gelmiş olması gerekir. Diğer bir ifadeyle, henüz satıcının malları teslim etme; bunun karşılığında da alıcının malları teslim alma zamanı gelmemişse, mal alıcının tasarrufuna hazır bulundurulsa bile, hasarın alıcıya geçmesinden söz edilemez. Buna karşılık, sözleşmenin ifa zamanı gelmiş olmasına rağmen, alıcının satılanı teslim almayı geciktirerek hasara katlanmaktan kurtulmasına da izin verilmemiştir. CISG'nin 69. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, alıcı, satılan mal zamanında tasarrufuna hazır bulundurulmasına rağmen, malı teslim almaktan kaçınmışsa, malı elde edememiş olmasına rağmen hasara katlanır⁸³².

Alıcı, satılan malları teslim almada gecikirse, Sözleşme'nin 69. maddesinin 1. fıkrasında yer alan “*zamanında teslim almaması halinde*” ifadesi uyarınca, derhal alıcının malları teslim alabileceği süre sona erer ve davranışı sözleşmeye aykırı hâle gelir. Bazı ulusal düzenlemelerden farklı olarak, CISG'de alıcının satılanı teslim

⁸³² P. Schlechtriem/I. Schwenzer/P. Hachem, s. 990.

almada gecikmesinden söz edilebilmesi için, alıcıya ihbarda bulunulması ya da ek süre tanınması gerekli değildir⁸³³. Diğer yandan, satıcının satılan malları sözleşmeye özgülemesi, teslim alınmak üzere hazırlaması ve henüz teslim alma zamanı gelmeden alıcıya bildirimde bulunması, hasarın geçişine neden olmaz⁸³⁴.

Satış sözleşmesinde satılan malların alıcı tarafından teslim alınabileceği belli bir zaman aralığının kararlaştırılmış olması durumunda (örneğin Aralık ayı), alıcının bu zaman dilimi içerisinde (örneğin 8 Aralık'ta), satılanı teslim alması durumunda hasar, malın teslim alınmasıyla alıcıya geçer. Buna karşılık, söz konusu zaman aralığı sona ermeden önce alıcının malları teslim almaması durumunda, hasar, bu tarihin dolduğu gün (örnekte 31 Aralık'ta), çalışma saatinin bitiminde alıcıya geçer⁸³⁵.

b. Satılanın Alıcının Tasarrufuna Hazır Bulundurulması

Alıcının satılan malı zamanında teslim almaması nedeniyle hasarın alıcıya geçmesinden söz edilebilmesi için, satılan malın alıcının tasarrufuna hazır bulundurulması da gerekir. Satılan malın alıcının tasarrufuna hazır bulundurulmasıyla kastedilen, satıcının, alıcının malların zilyetliğini elde edebilmesi için üzerine düşeni yapma yükümlülüğünü yerine getirmesidir⁸³⁶. Satılan malların

⁸³³ P. Schlechtriem/I. Schwenzer/P. Hachem, s. 990-991.

⁸³⁴ P. Schlechtriem/I. Schwenzer/P. Hachem, s. 991.

⁸³⁵ C. M. Bianca/M. J. Bonell/B. Nicholas, s. 503; L. Sevón, s. 204; J. O. Honnold/H. M. Flechtner, s. 534.

⁸³⁶ L. Sevón, s. 204; S. Kröll/L. Mistelis/P. P. Viscasillas/A. Raymond, s. 907.

parça borcu olarak belirlenmesi durumunda, satıcının satılanı alıcının teslim alması için hazır bulundurması yeterlidir. Ancak satılan malların çeşit borcu olarak belirlenmesi durumunda, hasarın geçişinden söz edilebilmesi için CISG'nin 69. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, satılanın sözleşmeye özgülenmesi de gerekir. Her ne kadar 69. maddede açıkça belirtilmese de, söz konusu özgüleme, Sözleşme'nin 67. maddesinin 2. fıkrasında öngörüldüğü gibi yapılmalı ve böylece malların sözleşmeye özgülendiği açıkça anlaşılmalıdır⁸³⁷. Satış sözleşmesinin konusunun kömür, hububat, petrol gibi dökme malların teslimi olması durumunda, söz konusu malların ilk aşamada ayrı konteynerlere ya da varillere konulmasına gerek yoktur. Bu dökme malların yeterli miktarda ve teslim almaya olanak verecek şekilde hazır bulundurulması yeterlidir⁸³⁸.

Satılan malların alıcının tasarrufuna hazır bulundurulmasının gerçekleşmiş sayılması için satıcının alıcıya bir bildirimde bulunmasının gerekip gerekmediği konusunda öğretide fikir birliği yoktur. Hâkim görüş, bildirimde gerek olmadığı yönündedir⁸³⁹. Sözleşme'nin 69. maddesinin 1. fıkrasında bildirimin gerekli olup olmadığı konusunda açık bir düzenleme bulunmamasına rağmen, aynı maddenin 2. fıkrasında, hasarın, alıcının o yerde malların tasarrufuna hazır bulundurulduğundan

⁸³⁷ P. Schlechtriem/I. Schwenzer/P. Hachem, s. 995; M. Buydaert, s. 61; K. Yetiş Şamlı, s. 340.

⁸³⁸ P. Schlechtriem/I. Schwenzer/P. Hachem, s. 991.

⁸³⁹ P. Schlechtriem/I. Schwenzer/P. Hachem, s. 991-992; L. Sevón, s. 204; J. O. Honnold/H. M. Flechtner, s. 535; S. Kröll/L. Mistelis/P. P. Viscasillas/A. Raymond, s. 907; M. Bridge, s. 99.

“haberdar olduğu anda” geçeceği düzenlenmiştir. Bu nedenle, öğretide, satılan malların alıcının tasarrufuna hazır bulundurulmasının gerçekleşmiş sayılması için, satıcının alıcıya bir bildirimde bulunmasının zorunlu olmadığı; alıcının o yerde malların tasarrufuna hazır bulundurulduğundan bir şekilde haberdar olmasının yeterli olduğu da belirtilmektedir⁸⁴⁰.

Satış sözleşmesinde teslimatın yapılacağı tarihin açıkça belirlenmemesi durumunda, satıcının malları alıcının tasarrufuna hazır bulundurduğu tarihin önemi artar. Nitekim CISG’nin 33. maddesi uyarınca, satış sözleşmesinde teslim tarihine ilişkin herhangi bir hükmün yer almaması hâlinde, satıcı malları sözleşmenin kurulmasından itibaren makul bir süre içinde teslim etmekle yükümlüdür. Böyle bir durumda, satıcının malları alıcının tasarrufuna hazır bulundurduğu ve alıcının bundan haberdar olduğu anda hasarın alıcıya geçmesinden söz edilemez. Zira alıcının malları teslim alabilmesi için bir süreye ihtiyacı vardır. Bu süre, satıcının malları teslim etme süresinin belirlenmesinde olduğu gibi, her somut olayın özelliğine göre belirlenecek olan “makul” bir süredir. Alıcı, malların teslim alınmaya hazır olduğuna ilişkin ihbarı, makul sürede yanıtlamazsa ya da tasarrufuna hazır bulundurulan malları haberdar olduğu hâlde makul sürede teslim almazsa, CISG’nin 69. maddesinin 1. fıkrasında aranan sözleşmeye aykırılık koşulu gerçekleşir ve hasar bu makul sürenin sonunda alıcıya geçer⁸⁴¹.

⁸⁴⁰ L. Sevón, s. 204; M. Bridge, s. 99.

⁸⁴¹ M. Bridge, s. 99-100; S. Kröll/L. Mistelis/P. P. Viscasillas/A. Raymond, s. 906-907; M. Buydaert, s. 55.

c. Alıcının Sözleşmeyi Satılanı Teslim Almama Dışındaki Başka Bir Nedenle İhlâli

CISG’nin 69. maddesinin 1. fıkrasında her ne kadar alıcının “*teslim almayarak sözleşmeye aykırı bir davranışta*”⁸⁴² bulmasından söz edilmiş olsa da, alıcının satış sözleşmesini teslim almama dışındaki bir nedenle ihlâl etmesi durumunda, CISG’nin 69. maddesinin 1. fıkrasındaki ikinci ihtimâl kapsamında hasara katlanıp katlanmayacağı konusunda öğretide farklı görüşler bulunmaktadır.

⁸⁴² CISG’nin İngilizce metninin 69. maddesinde “...*when he takes over the goods*...” ifadesi yer almaktadır. Bu ifade CISG’nin Resmi Gazete’de yayınlanan Türkçe metninde “...*alıcının malları teslim aldığı anda*...” şeklinde tercüme edilmiştir. CISG’nin İngilizce metninin 69. maddesinin devamında yer alan “...*he commits a breach of contract by failing to take delivery*...” ifadesi ise, CISG’nin Resmi Gazete’de yayınlanan Türkçe metninde yine “...*teslim almayarak sözleşmeye aykırı bir davranışta bulunduğu*...” şeklinde tercüme edilmiştir. Görüldüğü üzere, Sözleşme’nin Türkçe tercümesinde “*take over*” ve “*take delivery*” kavramları arasında bir ayırım yapılmamış; her iki kavram da “*teslim almak*” olarak tercüme edilmiştir. Bununla birlikte öğretide bu iki terimin aynı anlama gelmediği; aksine “*take delivery*” teriminin “*take over*” teriminden daha geniş bir anlam ifade ettiği belirtilmektedir (F. Enderlein/D. Maskow, s. 275). Bu nedenle, Sözleşme’nin Türkçe tercümesinde yer alan “...*teslim almayarak sözleşmeye aykırı bir davranışta bulunduğu*...” ifadesindeki teslim alma kavramı, “...*alıcının malları teslim aldığı anda*...” ifadesindeki teslim alma kavramından daha geniş bir anlama gelecek şekilde anlaşılmalıdır.

Öğretide *B. Nicholas*, açıkça, alıcının sözleşmeyi satılanı teslim almama dışındaki bir nedenle ihlâl etmesi durumunda, hasarın CISG'nin 69. maddesinin 1. fıkrası kapsamında alıcıya geçmesinden söz edilemeyeceğini ifade etmektedir. Buna göre, satıcının sözleşmeyi esaslı şekilde ihlâli için öngörülmüş olan CISG'nin 70. maddesi, alıcının satış sözleşmesini ihlâline uygulanamaz. Nitekim alıcının sözleşmeyi ihlâli, satıcının malları teslim etme imkânını sona erdirmemekte; sadece onun malları teslim etme borcunu ortadan kaldırmakta ya da ertelemektedir ki bu hasarın alıcıya geçmesi için yeterli değildir⁸⁴³.

Öğretide ağır basan bir diğer görüşe göre ise, alıcının satılanı teslim almama dışındaki diğer bir nedenle satış sözleşmesini ihlâl etmesi hâlinde de, CISG'nin 69. maddesinin 1. fıkrasında yer alan ikinci olasılık kapsamında hasarın alıcıya geçmesi söz konusu olabilir⁸⁴⁴. Ancak öğretilde alıcının teslim almama dışındaki hangi davranışlarının hasara katlanmasına neden olacağı konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. *P. Hachem*'e göre, bu durum, CISG'nin 7. maddesinin 2. fıkrası anlamında sözü edilen genel ilkenin sonucu olarak kabul edilmeli ya da en azından CISG'nin 69. maddesinin 1. fıkrasında yer alan ikinci ihtimâlin kıyas yoluyla uygulanması suretiyle benimsenmelidir. Böylece sıkça karşılaşılan alıcının kredi mektubunu temin edememesi ya da satış bedelini ödeme borcunu yerine getirememesi nedeniyle satıcının malları teslim etmekten kaçınması durumunda, hasarın alıcıya geçeceği kabul edilmelidir. Alıcının malları sözleşmeye uygun

⁸⁴³ C. M. Bianca/M. J. Bonell/B. Nicholas, s. 507.

⁸⁴⁴ P. Schlechtriem/I. Schwenzer/P. Hachem, s. 992; B. von Hoffmann, s. 296; A. Romein, s. 15; M. Buydaert, s. 56; S. Yılmaz, s. 142; K. Yetiş Şamlı, s. 339.

olmamaları nedeniyle derhâl reddetmesi, alıcının sözleşmeyi ihlâlüne neden olmaz. Dolayısıyla böyle bir durumda alıcının sözleşmeyi ihlâli nedeniyle hasara katlanmasından söz edilemez⁸⁴⁵. *F. Enderlein /D. Maskow*'a göre ise, alıcının malları “*teslim almayarak*” sözleşmeye aykırı bir davranışta bulunması, alıcının satış sözleşmesine aykırı her türlü davranışını kapsayacak kadar geniş yorumlanamaz. Özellikle de alıcının satış bedelini ödeme borcunu yerine getirmemesi ve dolayısıyla satılan malları teslim alamaması bu kapsamda değerlendirilemez. Aksine, 69. maddede yer alan “*teslim alma*” ifadesinden kasıt, alıcının üzerine düşen bütün yükümlülükleri yerine getirmesidir. Bu bağlamda, alıcının taşıma araçlarını sağlaması ve sözleşmede kararlaştırılmışsa, malları teslim alan kişinin beraberinde nakit, çek ya da teminat getirmesi gereklidir. Bu nedenle, burada esas alınması gereken alıcının dar anlamda teslim alma borcuna aykırılık oluşturmaya bile bizzat satılanın teslim alınmasını engelleyen davranışlarıdır. Kaldı ki, hasarı alıcıya yüklemek, sözleşmenin alıcı tarafından ihlâl edilmesinin bir yaptırımını olarak kullanılamaz⁸⁴⁶.

B. Satılanın Farklı Bir Yerde Teslim Edileceği Satış Sözleşmelerinde Hasarın Geçişi

Satılanın satıcının işyerinden farklı bir yerde teslim edileceği satış sözleşmelerinde hasarın geçişi CISG'nin 69. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenmiştir. Bu bağlamda söz konusu fıkranın özellikle götürülecek borç içeren

⁸⁴⁵ P. Schlechtriem/I. Schwenzer/P. Hachem, s. 992-993.

⁸⁴⁶ F. Enderlein/D. Maskow, s. 276.

satış sözleşmelerinde hasarın geçişine ilişkin olduğu söylenebilir. Nitekim satılanın satıcı tarafından alıcının işyerine ya da ifa yeri olarak başka yere götürülerek alıcıya teslim edileceği satış sözleşmelerinde hasarın geçişine, CISG'nin 69. maddesinin 2. fıkrası uygulanacaktır. Bununla birlikte, söz konusu fıkra, aynı zamanda satılanın alıcıya satıcının işyerinden başka bir yerde, genellikle muhafaza edildiği depoda teslim edileceği satış sözleşmelerinde hasarın geçişine de uygulanacaktır⁸⁴⁷. Satıcının birden fazla işyerinin bulunması hâlinde, 69. maddenin 2. fıkrası ancak alıcının satılanı bunlardan herhangi birinden almayı üstlenmediği sözleşmelerde uygulama alanı bulabilir⁸⁴⁸.

Satılanın satıcının işyerinden farklı bir yerde teslim edileceği satış sözleşmelerinde hasar, CISG'nin 69. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, teslim borcunun muaccel olduğu ve alıcının malların teslim edileceği yerde tasarrufuna hazır bulundurulduğundan haberdar olduğu anda alıcıya geçer. Nitekim bu tür satış sözleşmelerinde satıcı, satılanın korunması ya da sigorta ettirilmesi konusunda alıcıdan iyi durumda değildir. Bu nedenle hasarın mümkün olduğu kadar çabuk malları alabilecek durumdaki alıcıya geçmesi öngörülmüştür⁸⁴⁹.

⁸⁴⁷ P. Schlechtriem/I. Schwenzer/P. Hachem, s. 993; M. Buydaert, s. 57; Y. M. Atamer, Satıcının Yükümlülükleri, s. 270.

⁸⁴⁸ P. Schlechtriem/I. Schwenzer/P. Hachem, s. 993.

⁸⁴⁹ C. M. Bianca/M. J. Bonell/B. Nicholas, s. 504; J. O. Honnold/H. M. Flechtner, s. 536.

1. Teslim Borcunun Muaccel Olması

Satılanın satıcının işyerinden farklı bir yerde teslim edileceği satış sözleşmelerinde hasarın geçişi CISG'nin 69. maddesinin 2. fıkrası uyarınca geçmesinin ön koşulu, satıcının teslim borcunun muaccel olmasıdır.

Taraflar arasında teslim borcunun muaccel olacağı tarihin kararlaştırılması durumunda, satıcının satılanı alıcının tasarrufuna kararlaştırılan tarihte hazır bulundurmakla; alıcının da kararlaştırılan tarihte satılanı teslim almakla yükümlü olduğu açıktır. Taraflar arasında akdedilen sözleşmede, satıcının, malları alıcı talep ettiği zaman teslim etmekle yükümlü olduğu kararlaştırılmışsa, alıcının talebi olmadan satıcının malları alıcının tasarrufuna hazır bulundurulması, hasarın geçişine neden olmaz⁸⁵⁰. Avusturyalı iki satıcı ile Alman bir alıcı arasında, mobilya teslimini konu alan bir satış sözleşmesine ilişkin olarak, 1998 yılında Alman Hamm Eyalet Yüksek Mahkemesi, öncelikle taraflar arasında akdedilen sözleşmede, mobilyaların teslim edileceği zamanın alıcı tarafından hazırlanan teslim plana göre belirleneceğini saptamıştır. Bunun üzerine, satıcının, alıcı tarafından hazırlanan bu tür bir teslim planını sunmadığını ve mobilyaların teslim planına göre teslim edildiğini açıklayamadığını tespit etmiştir. Sonuç olarak Mahkeme, mobilyaların Macaristan'daki bir depodan alıcı tarafından teslim alınacağını ve teslim zamanının gelmediğini göz önünde bulundurarak, CISG'nin 69. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, hasarın alıcıya geçmediğine karar vermiştir⁸⁵¹.

⁸⁵⁰ C. M. Bianca/M. J. Bonell/B. Nicholas, s. 506; A. Romein, s. 16.

⁸⁵¹ M. Bridge, s. 100, dipnot 59; söz konusu karara erişim için, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/980623g1.html> (E.T. 28.10.2016).

Taraflar arasında teslim zamanına ilişkin bir anlaşmanın bulunmaması durumunda, teslim zamanı CISG'nin 33. maddesine göre belirlenir. CISG'nin 33. maddesine göre, taraflar arasında teslim zamanına ilişkin bir anlaşmanın bulunmaması durumunda satıcı malları sözleşmenin kurulmasından itibaren makul bir süre içinde teslim etmekle yükümlüdür.

Henüz teslim zamanı gelmemesine rağmen, alıcının malları teslim alması durumunda, hasar söz konusu malları teslim alındığı andan itibaren alıcıya geçer⁸⁵².

2. Satılanın Alıcının Tasarrufuna Hazır Bulundurulması

CISG'nin 69. maddesinin 1. fıkrasındaki ikinci ihtimâlde olduğu gibi, satılanın satıcının işyerinden farklı bir yerde teslim edileceği satış sözleşmelerinde hasarın geçişi için de satılanın alıcının tasarrufuna hazır bulundurulması gerekmektedir. Satılanın satıcının tasarrufuna hazır bulundurulmasından anlaşılması gereken, satıcının alıcının satılanı teslim alabilmesi için üzerine düşenleri yerine getirmesidir⁸⁵³. Bu bağlamda, satıcı satılanı alıcının işyerine ya da kararlaştırılan üçüncü bir yere götürmeyi üstlenmişse, satılanı bu yere bizzat, kendi çalışanları yahut görevlendirdiği götürerek taşıyıcı vasıtasıyla götürerek fiilen teslim alması için alıcıya sunması gerekmektedir. Ayrıca satılanın monte edilmesi gerekiyorsa, monte işlemini tamamlamalıdır⁸⁵⁴. Satılan malların depoda bulunması durumunda, satıcının,

⁸⁵² L. Sevón, s. 204.

⁸⁵³ C. M. Bianca/M. J. Bonell/B. Nicholas, s. 504; S. Kröll/L. Mistelis/P. P. Viscasillas/A. Raymond, s. 907; S. Bollée, s. 269; L. Sevón, s. 205.

⁸⁵⁴ P. Schlechtriem/I. Schwenzer/P. Hachem, s. 994.

alıcın malları depodan teslim alabilmesi için gerekenleri yapması zorunludur⁸⁵⁵. Bu çerçevede, satıcının depo sorumlusuna alıcının satılanı teslim alabilmesi için gerekli talimatları vermesi⁸⁵⁶ ve depo sorumlusunun bu talimatlara uymayı kabul etmesi gerekir⁸⁵⁷. Dolayısıyla sadece alıcının satılan malları teslim alabilmesine ilişkin talimatları içeren teslim belgesinin depo sorumlusuna verilmesi satıcının üzerine düşenleri yerine getirmesi bakımından yeterli değildir⁸⁵⁸.

Satılan malların çeşit borcu olarak belirlenmesi durumunda, hasarın geçişinden söz edilebilmesi için CISG'nin 69. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, malların sözleşmeye özgülenmesi ve söz konusu özgülemenin açıkça anlaşılması gerekir⁸⁵⁹.

3. Alıcının Durumdan Haberdar Olması

CISG'nin 69. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, satılanın satıcının işyerinden farklı bir yerde teslim edileceği satış sözleşmelerinde hasarın alıcıya geçmesi için, alıcının malların tasarrufuna hazır bulundurulduğundan haberdar olması gerekir. Dolayısıyla

⁸⁵⁵ C. M. Bianca/M. J. Bonell/B. Nicholas, s. 504; P. Schlechtriem/I. Schwenzer/P. Hachem, s. 994.

⁸⁵⁶ C. M. Bianca/M. J. Bonell/B. Nicholas, s. 504; P. Schlechtriem/I. Schwenzer/P. Hachem, s. 994; L. Sevón, s. 205.

⁸⁵⁷ P. Schlechtriem/I. Schwenzer/P. Hachem, s. 994.

⁸⁵⁸ M. Bridge, s. 100; P. Schlechtriem/I. Schwenzer/P. Hachem, s. 994.

⁸⁵⁹ J. O. Honnold/H. M. Flechtner, s. 538; P. Schlechtriem/I. Schwenzer/P. Hachem, s. 995; M. Buydaert, s. 61.

eğer alıcı malların tasarrufuna hazır bulundurulduğundan haberdar değilse, hasara katlanmasından söz edilemez.

Alicının haberdar olması ile kastedilen, alıcının malların tasarrufuna hazır bulundurulduğunu gerçek anlamda bilmesidir⁸⁶⁰. Bu bağlamda, alıcının haberdar olmayı ihmâl etmesi nedeniyle hasara katlanmasından söz edilemez. Bununla birlikte, alıcıya yazılı bir ihbarda bulunulmasına da gerek yoktur. Alıcıya üçüncü bir kişi vasıtasıyla bildirimde bulunulmuşsa, hasar alıcıya bildirimin ulaştığı ve alıcının malların tasarrufuna hazır bulundurulduğu anda geçer. İhbarın gecikmesi ya da ulaşmamış olması durumunda, Sözleşme'nin 27. maddesinin⁸⁶¹ aksine, satıcının hasara katlanmaktan kurtulmasından söz edilemez⁸⁶².

Alicının malların tasarrufuna hazır bulundurulduğundan haberdar olmadığı gerekçesiyle, hasarın geçişini satıcının zararına olacak şekilde ertelemesine izin verilemez. Satıcı her zaman alıcının söz konusu durumdan haberdar olduğunu kanıtlama yetkisine sahiptir. Bu çerçevede, normal şartlar altında, yapılan bildirimin

⁸⁶⁰ P. M. Roth, s. 300; P. Schlechtriem/I. Schwenzer/P. Hachem, s. 995; S. Bollée, s. 269.

⁸⁶¹ CISG'nin 27. maddesi aynen şöyledir: “*Antlaşmanın bu Kısımında açıkça aksi düzenlenmedikçe, sözleşme taraflarından birinin bu Kısma uygun bildirim, talep veya diğer bir açıklaması koşullara uygun araçlarla yapılmışsa, bu açıklamanın iletimindeki bir gecikme veya hata veya ulaşmamış olması açıklamada bulunan tarafı ona dayanmak hakkından yoksun bırakmaz.*”

⁸⁶² P. Schlechtriem/I. Schwenzer/P. Hachem, s. 995; A. Romein, s. 17.

alıcının egemenlik alanına girdiği akla uygun bir şekilde beklenebilirse, alıcının bildirimi aldığı ve durumdan gerçekten haberdar olduğu varsayılabilir⁸⁶³.

§ 14. VİYANA SATIM SÖZLEŞMESİNE GÖRE SATICININ SÖZLEŞMEYİ İHLÂLİNİN HASARIN GEÇİŞİNE ETKİSİ

I. Sözleşmenin Esaslı İhlâli ve Söz Konusu İhlâlin Hasarın Geçişile Olan İlişkisi

CISG'nin 70. maddesinde “*Satıcı sözleşmeyi esaslı şekilde ihlâl etmişse, 67, 68 ve 69. madde hükümleri, alıcının ihlâl dolayısıyla sahip olduğu hukukî imkânlarla hâlel vermez.*” hükmü yer almaktadır. Satıcının sözleşmeye aykırı her davranışı, sözleşmenin esaslı ihlâli olarak nitelendirilemez. Nitekim CISG'nin 70. maddesinde, her türlü sözleşmeye aykırılıktan değil; sözleşmenin esaslı ihlâli olarak nitelendirilen sözleşmeye aykırılık hâllerinden söz edilmiştir. Bu nedenle, öncelikle sözleşmenin esaslı ihlâlinin ne anlama geldiğinin tespit edilmesi; ardından söz konusu sözleşmeye aykırılığın hasarın geçişile olan ilişkisinin ortaya konulması gerekir.

A. Sözleşmenin Esaslı İhlâli Kavramı

CISG'de sözleşmenin ihlâli kavramı, sözleşmenin esaslı ihlâli ve esaslı olmayan ihlâli şeklinde ikiye ayrılarak ele alınmıştır. Söz konusu ayırım, meydana gelen ihlâl karşısında başvurulabilecek hukuki yolları şekillendirmekte; sözleşmenin sona erip

⁸⁶³ P. Schlechtriem/I. Schwenzer/P. Hachem, s. 995.

ermeyeceğini belirlemekte ve dolayısıyla sözleşmenin geleceğinde önemli rol oynamaktadır⁸⁶⁴.

Sözleşmenin ihlâlinin ne zaman esaslı olarak nitelendirilebileceği, CISG'nin 25. maddesinde otonom bir biçimde, diğer bir deyişle ulusal tanımlarından bağımsız olarak düzenlenmiştir⁸⁶⁵. Buna göre, taraflardan birinin sözleşmeyi ihlâli, diğer tarafı, sözleşme uyarınca beklemekte haklı olduğu şeyden önemli ölçüde yoksun bırakacak bir olumsuzluğa neden oluyorsa, esaslıdır. Bununla birlikte, sözleşmeyi ihlâl eden taraf böyle bir olumsuz sonucu öngörmemişse, onunla aynı konumdaki ve aynı şartlar altındaki makul bir kişi de bu sonucu öngöremeyecekti denilebiliyorsa, sözleşmenin ihlâli esaslı sayılmaz.

CISG'nin 25. maddesi çerçevesinde, sözleşmenin esaslı ihlâlinin, yükümlülüğe aykırılık, olumsuzluk ve öngörülebilirlik olmak üzere üç unsurunun bulunduğu söylenebilir⁸⁶⁶. Yükümlülüğe aykırılıktan kasıt, taraflardan birinin satış sözleşmesinden yahut yedek hukuk kuralı olarak sözleşmeye uygulanan CISG'nin hükümlerinden kaynaklanan bir yükümlülüğe aykırı davranmasıdır⁸⁶⁷.

⁸⁶⁴ C. M. Bianca/M. J. Bonell/M. Will, s. 205.

⁸⁶⁵ F. Ferrari, “**Fundamental Breach of Contract Under the UN Sales Convention - 25 Years Article 25 CISG -**”, Journal of International Business & Law, Vol. 25, 2006, s. 491; C. M. Bianca/M. J. Bonell/M. Will, s. 209.

⁸⁶⁶ F. Ferrari, s. 491 vd.; Y. M. Atamer, Satıcının Yükümlülükleri, s. 297.

⁸⁶⁷ R. Koch, “**The Concept of Fundamental Breach of Contract under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)**”,

Olumsuzluktan anlaşılması gereken ise, sözleşmenin ihlâli nedeniyle sözleşmenin karşı tarafının, satış sözleşmesinden haklı olarak beklediği bir menfaatten önemli ölçüde yoksun kalmasıdır⁸⁶⁸. Öngörülebilirlik, sözleşmeyi ihlâl eden tarafın, ihlâlin olumsuz sonuçlarını önceden sezmesini ve aynı nitelikteki ve aynı koşullardaki ortalama bir kimsenin de bu sonuçları önceden sezebilecek durumda olmasını ifade eder⁸⁶⁹. Böylece, sözleşmeden ya da CISG'nin hükümlerinden doğan yükümlülüğe aykırı bir davranışın, esaslı ihlâl niteliğinde sayılabilmesi için, sözleşmenin karşı tarafının sözleşmeden haklı olarak beklediği menfaatini önemli ölçüde zedelemesi ve davranışı gerçekleştiren tarafın bu olumsuz sonucu öngörmesi ve aynı durumdaki ortalama bir kimsenin öngörebilecek durumda olması gerekir.

CISG'nin 25. maddesinde, satılanın teslim edilmemesi, satış bedelinin ödenmemesi ya da ifada gecikme gibi sözleşmeyi ihlâli türleri arasında herhangi bir ayırım gözetilmemiş; bunun yerine “*esaslı ihlâl*” adı altında bütünsel bir kavram yaratılmıştır⁸⁷⁰. Her ne kadar sözleşmenin ihlâl türleri arasında bir ayırım yapılmamışsa da, söz konusu ihlâlin, sözleşmenin diğer tarafını sözleşmeden beklemekte haklı olduğu şeyden önemli ölçüde mahrum bırakacak bir olumsuzluğa

Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), 1998, s. 261-262; F. Ferrari, s. 493; Y. M. Atamer, Satıcının Yükümlülükleri, s. 298.

⁸⁶⁸ F. Ferrari, s. 495; R. Koch, s. 263; S. Kröll/L. Mistelis/P. P. Viscasillas/A. Björklund, s. 337; Y. M. Atamer, Satıcının Yükümlülükleri, s. 299.

⁸⁶⁹ F. Ferrari, s. 499; S. Kröll/L. Mistelis/P. P. Viscasillas/A. Björklund, s. 340; Y. M. Atamer, Satıcının Yükümlülükleri, s. 303.

⁸⁷⁰ F. Ferrari, s. 494.

neden olması gerektiği açıktır. Bu çerçevede, 25. maddede yer alan “*sözleşmeden beklemekte olduğu*” ifadesi, ihlâlin esaslı olup olmadığının belirlenmesinde, ilk ve en önemli ölçüt olma özelliğini taşır. Kuşkusuz bu ölçüt karşılığını sözleşmenin özel hükümlerinde bulur⁸⁷¹. Bu nedenle sözleşmenin karşı tarafının sözleşmeden elde etmeyi beklemekte haklı bir menfaatinin olup olmadığının tespitinde, sözleşmede kararlaştırılan hususlar dikkate alınır.

Sözleşmeyi ihlâl eden bir davranışın esaslı nitelikte olup olmadığı somut olayın özelliğine göre belirlenir. Bununla birlikte, hangisinin diğer ihlâl türlerine nazaran kolaylıkla esaslı ihlâl olarak değerlendirilebileceğine yönelik örnekler vermek mümkündür⁸⁷². Bu kapsamda öğretide, temelli ifa etmeme⁸⁷³, geç ifa etme⁸⁷⁴, ayıplı ifada bulunma⁸⁷⁵, eksik ya da yanlış belge teslim etme⁸⁷⁶ gibi sözleşmeye aykırı davranışlar sözleşmenin esaslı ihlâli niteliğindeki davranışlara verilen en yaygın örneklerdir. Ancak belirtildiği üzere, esaslı ihlâl niteliği taşıyan sözleşmeye aykırı

⁸⁷¹ R. Koch, s. 263-264; S. Kröll/L. Mistelis/P. P. Viscasillas/A. Björklund, s. 342.

⁸⁷² F. Ferrari, s. 500.

⁸⁷³ F. Ferrari, s. 501; R. Koch, s. 318; S. Kröll/L. Mistelis/P. P. Viscasillas/A. Björklund, s. 342; Y. M. Atamer, Satıcının Yükümlülükleri, s. 307.

⁸⁷⁴ R. Koch, s. 216; S. Kröll/L. Mistelis/P. P. Viscasillas/A. Björklund, s. 343; Y. M. Atamer, Satıcının Yükümlülükleri, s. 308-309.

⁸⁷⁵ F. Ferrari, s. 501; R. Koch, s. 220; S. Kröll/L. Mistelis/P. P. Viscasillas/A. Björklund, s. 344; Y. M. Atamer, Satıcının Yükümlülükleri, s. 310.

⁸⁷⁶ F. Ferrari, s. 503; R. Koch, s. 350; S. Kröll/L. Mistelis/P. P. Viscasillas/A. Björklund, s. 347; Y. M. Atamer, Satıcının Yükümlülükleri, s. 311.

davranışların tam bir listesini vermek hem gerekli hem de mümkün değildir; her davranışın ciddiyeti somut olayın özelliğine göre belirlenmelidir.

CISG'nin 25. maddesinde, esaslı ihlâlin unsurları düzenlenmiş, ancak söz konusu ihlâlin hukuki sonuçlarına yer verilmemiştir. Sözleşmenin esaslı ihlâlinin hukuki sonuçları, Sözleşme'nin diğer maddelerinde yer almaktadır. Dolayısıyla, CISG'nin 25. maddesi, ancak esaslı bir ihlâlin varlığını önkoşul olarak gerektiren CISG'nin diğer hükümleriyle birlikte uygulama alanı bulur⁸⁷⁷.

Satıcının sözleşmeyi ihlâlinin hukuki sonuçları, diğer bir deyişle alıcının sahip olduğu haklar, CISG'nin çeşitli maddelerine dağılmıştır. Bu kapsamda, sözleşmenin ihlâli karşısında, alıcının, sözleşmeden dönme hakkı (CISG 49/1), malın yenisi ile değiştirilmesini talep hakkı (CISG 46/2), malların tamirini talep hakkı (CISG 46/3), semenin indirilmesini talep hakkı (CISG 50) ve tazminat talep etme hakkı (CISG 74) bulunmaktadır⁸⁷⁸. Bunlardan sözleşmeden dönme hakkı ve malın yenisi ile değiştirilmesini talep hakkı, sadece sözleşmenin ihlâlinin esaslı olduğu hâllerde kullanılabilir.

B. Sözleşmenin İhlâlinin Hasarın Geçişiyile İlişkisi

CISG'nin 70. maddesi, hasarın geçişi ile satıcının sözleşmeyi ihlâli hâlinde alıcının başvurabileceği hukuki yollar arasındaki ilişkiyi düzenlemektedir. Bununla birlikte, söz konusu hüküm yanlış anlaşılmaya elverişlidir. Hemen belirtmek gerekir ki, Sözleşme'nin 70. maddesinde, satıcının davranışları nedeniyle satılan malların

⁸⁷⁷ F. Ferrari, s. 490; S. Kröll/L. Mistelis/P. P. Viscasillas/A. Björklund, s. 335.

⁸⁷⁸ P. Schlechtriem/I. Schwenzer/P. Hachem, s. 997; M. Buydaert, s. 64.

kaybolması ya da zarar görmesi hâli düzenlenmemiştir. Nitekim satılan malların kaybına yahut zarar görmesine satıcının davranışlarının sebep olması durumunda, hasar sorunu gündeme gelmez. Aksine, söz edilen maddenin düzenleme alanı, sözleşmenin esaslı ihlâliyle malların sonradan kaybolması ya da zarar görmesi arasında herhangi bir bağlantının bulunmadığı durumlardır⁸⁷⁹. Örneğin, alıcı ile satıcı arasında, yeni yıl öncesinde tüketicilere satılmak üzere havai fişek satın alınmasına ilişkin bir satış sözleşmesi kurulmuş ve sözleşmede havai fişeklerin en geç 15 Kasım'da teslim edileceği kararlaştırılmış olsun. Buna rağmen, satıcı siparişleri yetiştirememiş, havai fişekleri ancak 15 Aralık'ta bağımsız taşıyıcıya teslim etmiş olsun. Havai fişeklerin taşınması sırasında, yıldırım düşmesi sonucu çıkan yangında tüm havai fişekler zarar görsün. Bu olayda satıcıya yüklenemeyen nedenlerle, satılanın zarar görmesi söz konusudur. İşte CISG'nin 70. maddesi, bu olayda olduğu gibi, sözleşmeye aykırı davranan satıcının, hasarın alıcıya geçtiği gerekçesiyle, kazara meydana gelen olay sonucu satılanların zarar görmesine rağmen satış bedelini alıcıdan talep edebilmesini engelleyen bir hükümdür.

CISG'nin 70. maddesinin yanlış anlaşılmaya elverişli ikinci yönü, hükümde sadece sözleşmenin esaslı ihlâlinden bahsedilmiş olmasıdır. Bundan yola çıkılarak, CISG'nin 70. maddesinin, satıcının sözleşmeyi ihlâlinin esaslı olmadığı hâllerde, hasarın 67, 68 veya 69. madde gereğince alıcıya geçmesinden sonra alıcının sahip olduğu hakları kullanmasını engellediği söylenemez. Tam tersine, satıcının sözleşmeyi esaslı olmayan ihlâli karşısında, alıcı, Sözleşme'nin 67, 68 ya da 69.

⁸⁷⁹ P. Schlechtriem/I. Schwenzer/P. Hachem, s. 996-997; F. Enderlein/D. Maskow, s. 279; M. Buydaert, s. 64.

maddesi gereğince hasara katlanıyor olsa bile, sözleşmeden dönme ve malın yenisi ile değiştirilmesini talep hakkı dışındaki haklarını kullanabilir⁸⁸⁰. CISG'nin 70. maddesinde sadece sözleşmenin esaslı ihlâlüne yer verilmesinin nedeni, alıcının esaslı ihlâl karşısında sözleşmeden dönme ya da malın yenisiyle değiştirilmesini talep hakkını kullanmak istemesi hâlinde, malı iade edemeyecek durumda olmasına rağmen, bu hakları kullanabileceğinin vurgulanmak istenmesidir⁸⁸¹.

II. Hasarın Geriye Aktarılması

Satıcının sözleşmeyi ihlâl etmesi durumunda, alıcının sahip olduğu haklara hâlel gelmeyeceğini öngören CISG'nin 70. maddesinin, hasarın geçişini engelleyici bir etkisi bulunmamaktadır. Bu madde, hasarın, CISG'nin 67, 68 ve 69. maddelerine göre alıcıya geçmiş olmasına rağmen, alıcının satıcı tarafından sözleşmenin ihlâli nedeniyle sahip olduğu hakları kullanması sonucunda, satıcıya geri aktarılmasına imkân tanımaktadır⁸⁸².

⁸⁸⁰ P. Schlechtriem/I. Schwenzer/P. Hachem, s. 998; Y. M. Atamer, Satıcının Yükümlülükleri, s. 277; K. Yetiş Şamlı, s. 347.

⁸⁸¹ P. Schlechtriem/I. Schwenzer/P. Hachem, s. 998; M. Buydaert, s. 64; Y. M. Atamer, Satıcının Yükümlülükleri, s. 277; K. Yetiş Şamlı, s. 348.

⁸⁸² C. M. Bianca/M. J. Bonell/B. Nicholas, s. 510; P. Schlechtriem/I. Schwenzer/P. Hachem, s. 997; M. Bridge, s. 102.

A. Sözleşmenin Esaslı İhlâlinin Hasarın Geriye Aktarılmasını Sağlaması

Satıcının sözleşmeyi esaslı ihlâli nedeniyle hasarın geriye aktarılması ile kastedilen, CISG'nin 67, 68 veya 69. uyarınca, hasara katlanmak zorunda kalan alıcının, satıcının sözleşmeye aykırı davranışı nedeniyle sahip olduğu haklarını kullanması sonucunda, artık hasara katlanmaktan kurtulmasıdır. CISG'nin 70. maddesi uyarınca, satıcının sözleşmeyi esaslı ihlâli karşısında, alıcının sahip olduğu hakları kullanması, hasarın satıcıya geri aktarılmasına neden olur. Bu kapsamda, satıcının sözleşmeye aykırı mal teslim etmesi durumunda, söz konusu malın teslimi CISG'nin 25. maddesine göre sözleşmenin esaslı ihlâlini oluşturuyorsa, alıcı sözleşmeden dönme ya da malın yenisiyle değiştirilmesini talep hakkını kullanarak hasarın satıcıya geri aktarılmasını sağlayabilir. Böylece, satılan mallar hâlihazırda alıcının denetim ve gözetimi altında olsa bile, kazara malların kaybolması ya da zarar görmesi durumunda, hasara satıcı katlanacaktır. Satıcı malların teslim edildiğinde sözleşmeye uygun olduğunu; ancak kayba ya da zarara neden olan olay sonucunda sözleşmeye aykırı hâle geldiğini iddia ediyorsa bu iddiasını kanıtlamakla yükümlüdür⁸⁸³.

CISG'nin 70. maddesi uyarınca, satıcının sözleşmeyi esaslı ihlâlinin hasarın geriye aktarılmasını sağlaması temelde Sözleşme'nin 82. maddesiyle ilişkilidir. Nitekim Sözleşme'nin 81. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, sözleşmenin ortadan kaldırılması sonucunda, sözleşme tamamen ya da kısmen ifa edilmişse, ifada bulunan taraf, sözleşme uyarınca ifa ettiklerinin veya ödediklerinin iadesini karşı taraftan talep edebilir. Böylece, satıcının sözleşmeyi esaslı ihlâli karşısında, alıcının

⁸⁸³ P. Schlechtriem/I. Schwenzer/P. Hachem, s. 999.

sözleşmeden dönme veya malın yenisiyle değiştirilmesini talep hakkını kullanması durumunda, teslim aldığı malları, teslim aldığı andaki duruma esaslı surette yakın bir şekilde iade etmesi gerekir. Ne var ki, CISG'nin 82. maddesinin 1. fıkrası gereğince, eğer alıcının söz konusu iade olanağı imkânsızlaşırsa, alıcı sözleşmeden dönme veya malın yenisiyle değiştirilmesini isteme hakkını kullanamaz. İşte CISG'nin 70. maddesi burada devreye girmekte ve 82. maddenin 1. fıkrasına bir istisna getirmektedir. Buna göre, hasar alıcıya geçmiş olsa ve satılanın aynen ya da gereği gibi iadesi kazara imkânsızlaşmış olsa bile, alıcı, satıcının esaslı ihlâli nedeniyle sözleşmeden dönme veya malın yenisiyle değiştirilmesini isteme hakkını kullanabilir. Böylece, Sözleşme'nin 70. maddesinin, malların aynen veya teslim alındığı andaki duruma esaslı surette yakın bir şekilde iade edilmesinin imkânsızlaşmasının alıcıya yüklenememesi hâlinde, alıcının sözü geçen haklarını kullanmasına imkân tanıyan, Sözleşme'nin 82. maddenin 2. fıkrasının a bendiyle uyumlu olduğu söylenebilir⁸⁸⁴.

B. Hasarın Geriye Aktarılmasında Özel Durumlar

Hasarın geriye aktarılması sadece alıcının sözleşmeden dönme ya da malın yenisiyle değiştirilmesini isteme hakkıyla sınırlı değildir. Satıcının sözleşmeye aykırı mal teslim etmesi üzerine, alıcının CISG'nin 47. maddesinde düzenlenen “*satılanın tamirini talep hakkını*” kullanması durumunda da hasarın geriye aktarılması söz konusu olur. Bu nedenle alıcının satılanın tamirini talep hakkını kullanması

⁸⁸⁴ P. Schlechtriem/I. Schwenzer/P. Hachem, s. 997; F. Enderlein/D. Maskow, s. 279; M. Bridge, s. 103.

sonrasında, satıcı henüz satılanın tamirini gerçekleştiremeden, kazara malların kaybolması ya da zarar görmesi durumunda, hasarın satıcıya geri aktarılması nedeniyle hasara satıcı katlanır⁸⁸⁵. Bu durumda, malların kaybolması ya da zarar görmesi üzerine, satıcı malların öncesinde alıcıya teslim edilmiş olduğu ve böylece hasarın alıcıya geçtiği gerekçesiyle, alıcıdan satış bedelini ödemesini talep edemeyecektir.

Satıcının sözleşmeyi ihlâli kapsamında değinilmesi gereken bir başka husus da malların erken teslimidir. Satıcının malları erken teslim etmesi durumunda, alıcının malları teslim alması koşuluyla, hasarın alıcıya geçeceği belirtilmişti. Ancak gönderilecek borç içeren satışlarda, satıcının kararlaştırılandan erken bir zaman diliminde ve satılanı bağımsız taşıyıcıya teslim etmesinin, hasarın alıcıya geçmesine sebep olması alıcının aleyhinedir. Böyle bir durumda, alıcının hasara katlanmaktan kurtulabilmesi için malları “*taşıyıcıdan*” teslim almaktan kaçınması gerekir. Alıcının malları teslim almaktan kaçınması üzerine, satıcının malları sözleşmede kararlaştırılan bir zamanda alıcıya yeniden sunması gerekir. Bu durum satıcının sözleşmede kararlaştırılandan eksik ya da fazla mal teslim etmesi yahut teslimin yanlış yerde yapılması hâlleri için de geçerlidir⁸⁸⁶. Böylece alıcı, satılanın erken, eksik ya da fazla gönderilmesi nedeniyle satılanı taşıyıcıdan almaktan kaçınırsa, hasara katlanmaktan kurtulur. Ancak alıcı söz konusu malları teslim almışsa, hasar satılanın bağımsız taşıyıcıya tesliminden itibaren alıcıya geçer⁸⁸⁷. Bununla birlikte,

⁸⁸⁵ P. Schlechtriem/I. Schwenzer/P. Hachem, s. 999.

⁸⁸⁶ P. Schlechtriem/I. Schwenzer/P. Hachem, s. 999-1000.

⁸⁸⁷ P. M. Roth, s. 306.

alıcının CIGS'nin 70. maddesi uyarınca, sözleşmenin ihlâli nedeniyle sahip olduğu haklar saklıdır. Satıcının teslimi, sözleşmenin esaslı ihlâli niteliğindeyse ve alıcı bu nedenle sözleşmeden dönerse, hasar satıcıya geri aktarılır.

Satıcının malları geç teslim etmesi, sözleşmenin esaslı ihlâline neden olursa satıcı CISG'nin 49. maddesinin 1. fıkrasının a bendi uyarınca sözleşmeden dönebilir ve ödemişse satış bedelinin iadesini isteyebilir. Bununla birlikte, satıcının malları geç teslim etmesi sözleşmenin esaslı ihlâline neden olmasa bile, CISG'nin 49. maddesinin 1. fıkrasının b bendi uyarınca, alıcı tarafından verilen ek süre içinde malları teslim edilmemişse veya satıcı verilen süre içinde malları teslim etmeyeceğini açıklamışsa, alıcı sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir. Hasarın alıcıya geçmiş olması, alıcının sözleşmeden dönme hakkını kullanmasına engel değildir⁸⁸⁸. Alıcının sözleşmeden dönme hakkını kullanması hasarın satıcıya geri aktarılmasına neden olur. Alıcının sözleşmeden dönme ya da malların yenisiyle değiştirilmesini talep hakkını kullanması sonucunda, önceden elde etmiş olduğu malların iadesi gündeme gelirse, söz konusu malların taşınması sürecinde hasara satıcı katlanır⁸⁸⁹.

⁸⁸⁸ P. Schlechtriem/I. Schwenzer/P. Hachem, s. 1000; F. Enderlein/D. Maskow, s. 280-281; A. Romein, s. 20; M. Buydaert, s. 68.

⁸⁸⁹ P. Schlechtriem/I. Schwenzer/P. Hachem, s. 1000.

**§ 15. Incoterms® 2010 KURALLARI HAKKINDA GENEL
AÇIKLAMALAR, BU KURALLARIN VİYANA SATIM SÖZLEŞMESİYLE
İLİŞKİSİ VE BU KURALLAR UYARINCA HASARIN GEÇİŞİ**

I. Incoterms® 2010 Kuralları Hakkında Genel Açıklamalar

Incoterms®, Uluslararası Ticaret Odası (International Chamber of Commerce-ICC) tarafından, uluslararası ticaret bağlamında ticari faaliyetlerde ve dilde uyumun sağlanması ve böylece ticaretin güvenle ve süratle yürütülmesi amacıyla hazırlanmış resmi kurallardır⁸⁹⁰. Bu kurallar, uluslararası satışlarda en çok kullanılan ticari terimlerin bir araya getirilmesi ve bir örnek yorumunun sağlanması suretiyle oluşturulmuştur⁸⁹¹. Böylece günümüzde Incoterms® uluslararası satış sözleşmelerinde tarafların en sık kullandığı ticari terimlerin aynı şekilde

⁸⁹⁰ P. Ndlovu, “**Incoterms 2010: A Consideration of Certain Implications of the Amendments to the Traditional Incoterms 2000**”, The Comparative and International Law Journal of South Africa, Vol. 44(2), 2011, s. 205; H. E. Erdem, “**Incoterms 2000**”, Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı, I. Cilt, İstanbul, 2001, s. 179; H. E. Erdem, “**Incoterms® 2010**”, Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan, İstanbul, 2011, s. 220.

⁸⁹¹ J. Ramberg, “**Incoterms 2000 - The Necessary Link Between Contracts of Sale and Contracts of Carriage**”, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, Vol. 58, 2008, s. 35; F. Doğan, “**Incoterms Tarihi Gelişimi, Geçerlilik Kaynağı, Münferit Klotlar, Son Değişiklikler**”, Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı, İstanbul, 2002, s. 341.

yorumlanmasını sağlayan ve temel olarak satış sözleşmesinde alıcı ile satıcı arasında, malların tesliminde taraflara düşen yükümlülükleri, masrafları, belgelere ilişkin yükümleri ve nihayet hasarın geçişini düzenleyen kurallardır⁸⁹².

Incoterms® kuralları, Uluslararası Ticaret Odası tarafından ilk kez 1936 yılında yayınlanmış, sonrasında ise 1953, 1967, 1976, 1980, 1990, 2000 yıllarında ve nihayet 2010 yılında gözden geçirilerek d zenlenmiştir⁸⁹³. Incoterms®'in en yeni ve günümüzde de yürürlükte olan versiyonu, 1 Ocak 2011 tarihinde yürürlüğe giren Incoterms® 2010'dur⁸⁹⁴. Görüldüğü  zere Incoterms®, 1980'den itibaren her on yılda bir gözden geçirilmiş ve yenilenmiştir. Bunun altında yatan en önemli sebep, çağın ticari uygulamalarının izlenmesi gerekliliğidir. Ayrıca, söz konusu gözden

⁸⁹² J. Malfliet, **“Incoterms 2010 and the Mode of Transport: How to Choose the Right Term”**, Management Challenges in the 21st Century: Transport and Logistics: Opportunity for Slovakia in the Era of Knowledge Economy, Proceedings. 2011, s. 164; C. şanlı/N. Ekşi, Uluslararası Ticaret Hukuku, 2. Bası, İstanbul, 2003, s. 133; H. E. Erdem, Incoterms® 2010, s. 220; J. Ramberg, Sale, s. 36 vd.

⁸⁹³ J. Coetzee, **“Incoterms 2010: Codified Mercantile Custom or Standard Contract Terms”**, Stellenbosch Law Review, Vol. 23, 2012, s. 564; A. K. Tang n, **“Incoterms 2010 ile Getirilen Yenilikler”**, Legal Hukuk Dergisi, Cilt 10, Sayı 119, 2012, s. 114; P. Ndlovu, s. 209.

⁸⁹⁴ Incoterms® 2010, ICC rules for the use of demestic and international trade terms, ICC Publications No. 715E, Paris, 2010, s. 1; J. Malfliet, s. 164; H. E. Erdem, Incoterms® 2010, s. 221; A. K. Tang n, s. 114.

geçirme ve yenileme, Incoterms®'in kullanımının ve anlaşılmasının kolaylaşmasına hizmet etmektedir⁸⁹⁵.

Uluslararası ticarete Incoterms® kurallarının kullanımı tarafların rızasına bağlıdır. Bu nedenle, Incoterms® kurallarının uygulanabilmesi için, tarafların söz konusu kuralların uygulanmasını, tercihen yazılı bir biçimde, açıkça kararlaştırmaları gerekir⁸⁹⁶. Taraflar aksini öngörmedikçe, 1 Ocak 2011'den sonra kurulan ve Incoterms®'e atıf yapılan tüm işlemlere Incoterms® 2010 kuralları uygulanır⁸⁹⁷. Bununla birlikte tarafların Incoterms®'in eski bir versiyonunun uygulanacağını kararlaştırmalarının önünde de bir engel bulunmamaktadır⁸⁹⁸.

Incoterms® kuralları, geleneksel olarak malların ulusal sınırları aştığı uluslararası satış sözleşmelerine uygulanır. Bununla birlikte, Avrupa Birliği ve NAFTA (Kuzey Amerika Ülkeleri Serbest Ticaret Anlaşması) gibi ticaret birliklerinin, farklı ülkeler arasındaki gümrük işlemlerinin önemini ve etkisini azaltması nedeniyle, Incoterms® 2010'da, açıkça söz konusu kuralların hem ulusal hem de uluslararası ticarete uygulanmaya elverişli kurallar olduğu belirtilmiştir⁸⁹⁹.

⁸⁹⁵ J. Ramberg, “**Incoterms® 2010**”, Penn State International Law Review, Vol. 29, 2011, s. 415; H. E. Erdem, Incoterms® 2010, s. 222.

⁸⁹⁶ J. Coetzee, Incoterms® 2010, s. 565; P. Ndlovu, s. 210.

⁸⁹⁷ J. Coetzee, Incoterms® 2010, s. 567.

⁸⁹⁸ P. Ndlovu, s. 210.

⁸⁹⁹ Incoterms® 2010, s. 8; H. E. Erdem, Incoterms® 2010, s. 224; J. Ramberg, Incoterms® 2010, s. 420; J. Coetzee, Incoterms® 2010, s. 567.

Uluslararası Ticaret Odası tarafından yayınlanan Incoterms® 2010’da, Incoterms® kuralları, tüm taşıma türlerini kapsayan kurallar ve deniz ve iç su taşımalarına özgü kurallar olarak ikiye ayrılmıştır⁹⁰⁰. Nitekim bu yolla, uygulamada var olan, tüm taşıma türleri için geçerli olan kuralların daha uygun olduğu hâllerde bile deniz taşımalarına özgü kuralların kullanılması yönündeki alışkanlığın düzeltilmesi amaçlanmıştır⁹⁰¹.

Incoterms® kuralları⁹⁰² alıcı ve satıcı arasındaki yükümlülüklerin dengesine göre düzenlenmiştir. Bu çerçevede, Incoterms® 2010’da bulunan 11 kuraldan EXW satıcının yükümlülüğünün en az; DDP ise en çok olduğu kuralı temsil eder⁹⁰³. Incoterms® 2000’de terimler dört grup altında toplanmıştı. Buna karşılık, belirtildiği üzere, Incoterms® 2010’da gruplar tarafların uygun ticari terimi seçebilmesini kolaylaştırmak amacıyla malların taşıma şekli esas alınmak suretiyle ikiye

⁹⁰⁰ Incoterms® 2010, s. 7; J. Ramberg, Incoterms® 2010, s. 415; J. Malfliet, s. 164; J. Coetzee, Incoterms® 2010, s. 567.

⁹⁰¹ J. Ramberg, Incoterms® 2010, s. 420; J. Malfliet, s. 164; J. Coetzee, Incoterms® 2010, s. 567.

⁹⁰² Incoterms® 2010’da Incoterms®’ten artık “terimler” (*terms*) olarak değil; “kurallar” (*rules*) olarak bahsedilmektedir. Bu kullanımın, Incoterms®’ü güçlendireceği ve böylece söz konusu kuralların hâkim norm olarak faaliyet göstermesine katkıda bulunacağı söylenebilir (J. Coetzee, Incoterms® 2010, s. 567).

⁹⁰³ J. Malfliet, s. 164.

ayrılmıştır. Buna rağmen, söz konusu kuralları yine dört kategoriye ayırarak incelemek mümkündür⁹⁰⁴:

➤ E grubu (sadece EXW): Mallar satıcının işyerinde alıcının tasarrufuna hazır buldurulur. Alıcının malları satıcının işyerinden gelip alması gerekir.

➤ F grubu: Malların satıcı tarafından gönderilmesi ve bu kapsamda alıcının görevlendirdiği taşıyıcıya teslim edilmesi söz konusudur. Malların taşınması masrafına ve hasara alıcı katlanır. FCA, FAS ve FOB kuralları bu grupta yer alır.

➤ C grubu: Malların satıcı tarafından gönderilmesi gerekir ancak taşıma masrafları satıcıya aittir. Satıcı, taşıma işlemi için sözleşme yaptığı taşıyıcıya malları teslim etmekle borçlarından kurtulur; hasara alıcı katlanır. CPT, CIP, CFR ve CIF kuralları bu grupta yer alır.

➤ D grubu: Malların varış ülkesindeki teslim noktasına kadar taşınması masraflarına ve hasara satıcı katlanır. Satıcı malları varış noktasında teslim etmekle yükümlüdür. DAT, DAP ve DDP kuralları bu grupta yer alır.

⁹⁰⁴ J. Malfliet, s. 164-165; H. E. Erdem, Incoterms® 2000, s. 195-196; A. Romein, s. 21; C. Şanlı/N. Ekşi, s. 134-135.

Incoterms® 2010’da yer alan terimlerin daha önceki versiyonlarda yer alan gruplandırma sistemi dikkate alınarak sınıflandırılması durumunda şöyle bir tablo ortaya çıkar:

Tablo 1: Incoterms® 2010’un E, F, C ve D Gruplarına Göre Sınıflandırılması

	<i>Tüm Taşıma Yollarını Kapsayan Kurallar</i>	<i>Deniz ve İçsu Taşımalarına Özgü Kurallar</i>
<i>E Grubu</i>	EXW (Ex Works) İşyerinde Teslim	–
<i>F Grubu</i>	FCA (Free Carrier) Taşıyıcıya Masrafsız	FAS (Free Alongside Ship) Gemi Doğrultusunda Masrafsız FOB (Free on Board) Gemide Masrafsız
<i>C Grubu</i>	CPT (Carriage Paid To) Taşıma Ödenmiş Olarak CIP (Carriage and Insurance Paid To) Taşıma ve Sigorta Ödenmiş Olarak	CFR (Coast and Freight) Masraflar ve Navlun CIF (Cost, Insurance and Freight) Masraflar, Sigorta ve Navlun
<i>D Grubu</i>	DAT (Delivered At Terminal) Terminalde Teslim DAP (Delivered At Place) Belirlenen Yerde Teslim DDP (Delivered Duty Paid) Gümrük Resmi Ödenmiş Olarak Teslim	–

II. Incoterms® 2010 Kurallarının Viyana Satım Sözleşmesiyle İlişkisi

Uluslararası satış sözleşmelerinde taraflar malları nerede, ne zaman ve nasıl teslim edileceğini belirleme ihtiyacı duyar. Eskiden beri, tarafların bu ihtiyacına standartlaşmış ticari terimler yanıt verir⁹⁰⁵. Bu nedenle, uluslararası satış sözleşmelerinin çoğunluğu, bir ticari terim temelinde kurulur⁹⁰⁶. Günümüz dünya ticaretinde söz konusu ticari terimler karşılığını Incoterms®’te bulmaktadır⁹⁰⁷. Gerçekten de, Uluslararası Ticaret Odası tarafından uluslararası satışlarda en çok kullanılan ticari terimlerin bir araya getirilmesi suretiyle oluşturulan Incoterms®, ticari terimlerin yorumlanmasında uluslararası bir standart hâline gelmiş olup tüm dünyada yaygın olarak kullanılmaktadır⁹⁰⁸.

Uluslararası satış sözleşmelerinde ticari terimlerin yaygın olarak kullanılmasına rağmen, Viyana Satım Sözleşmesi’nde söz konusu ticari terimlerin tanımlanmasından ya da düzenlenmesinden kaçınılmıştır. Bu durumun kaynağında, ticari terimlerin, ticaret uygulamasındaki gelişmelere duyarlı ve dinamik yapısının bulunduğu söylenebilir. Gerçekten de, ticari terimlerin yapısı değişmez nitelikte değildir. Ayrıca, Viyana Satım Sözleşmesi’nin hazırlandığı yıllarda, yaygın olarak

⁹⁰⁵ J. Ramberg, “**To What Extent do INCOTERMS 2000 Vary Articles 67(2), 68 and 69?**”, Journal of Law and Commerce, Vol. 25, 2005, s. 219; P. Ndlovu, s. 218.

⁹⁰⁶ J. Coetzee, “**The Interplay Between Incoterms® and the CISG**”, Journal of Law & Commerce, Vol. 32, 2013, s. 2; F. Enderlein/D. Maskow, s. 257; P. Schlechtriem/I. Schwenzer/P. Hachem, s. 956;

⁹⁰⁷ J. Ramberg, Incoterms 2000, s. 219.

⁹⁰⁸ J. Malfliet, s. 163.

kullanılan ticari terimler hâlihazırda Uluslararası Ticaret Odası tarafından formüle edilen Incoterms®’te tanımlanmış ve artık standart hâle gelmiş bulunmaktadır⁹⁰⁹. Bu nedenle, Viyana Satım Sözleşmesi’nde ticari terimlere yer verilmemiştir. Bununla birlikte, Viyana Satım Sözleşmesi taraf iradelerine üstünlük tanımıştır. Nitekim CISG’nin 6. maddesi uyarınca, satış sözleşmesinin tarafları, kural olarak, Sözleşme’nin hükümlerine istisna getirebilir veya söz konusu hükümlerin aksini kararlaştırabilir. Bu bağlamda, satış sözleşmesinin tarafları, sözleşmelerinde ticari terim kullanma serbestisine sahiptir⁹¹⁰.

Uluslararası bir satış sözleşmelerinin taraflarının, aralarında akdedilen sözleşmede açıkça Uluslararası Ticaret Odası tarafından hazırlanan Incoterms®’e göndermede bulunmaları durumunda, aralarındaki ilişkiye Incoterms® kurallarının uygulanacağı açıktır⁹¹¹. Bununla birlikte, tarafların sözleşmede genel olarak ‘Incoterms’ kelimesini ya da üç harfli terimlerden birini kullanması durumunda da, tarafların Uluslararası Ticaret Odası tarafından hazırlanan Incoterms®’e göndermede

⁹⁰⁹ H. J. Berman/M. Ladd, s. 423, 433; J. Coetzee, CISG, s. 3.

⁹¹⁰ L. Sevón, s. 194.

⁹¹¹ Tarafların Incoterms®’e göndermede bulunması söz konusu sözleşmeye bütünüyle Incoterms® kurallarının uygulanması anlamında gelmez. Belirtildiği üzere Incoterms®’in düzenleme alanı malların tesliminde taraflara düşen yükümlülükler, masraflar, belgelere ilişkin yükümler ve hasarın geçişi ile sınırlıdır. Bunların dışındaki konulara sözleşmeye uygulanacak hukuk ve bu bağlamda uygulama alanına giriyorsa Viyana Satım Sözleşmesi uygulanacaktır (J. Coetzee, CISG, s. 4).

bulundukları şeklinde yorum yapılabilir. Böyle bir durumda, sözleşmenin kurulma anında yürürlükte olan Incoterms® sözleşmeye uygulanmalıdır⁹¹².

Uluslararası bir satış sözleşmesinde, tarafların açıkça Incoterms® kurallarının uygulanacağı kararlaştırmamasına rağmen, taraflar arasındaki uzun süreden beri devam eden ticari ilişkide, düzenli olarak Incoterms® kurallarının kullanılması söz konusu olabilir. Bu durumda, Incoterms®, CISG'nin 9. maddesinin 1. fıkrasında yer alan, tarafların uygulanmasını kabul ettiği teamüller ve tarafların aralarında yerleşmiş olan alışkanlıklar kapsamında değerlendirilebilir⁹¹³. Dolayısıyla taraflar Incoterms®'le bağlı olur.

Taraflar arasında uzun süredir devam eden ticari ilişkide düzenli olarak Incoterms® kullanılması söz konusu olmamasına rağmen, CISG'nin 9. maddesinin 2. fıkrası gereğince, Incoterms®'in, tarafların bildiği veya bilmesi gerektiği ve uluslararası ticarete yaygın olarak bilinen ve düzenli olarak uygulanan teamüller kapsamında olup olmadığı sorusu gündeme gelebilir. Nitekim eğer Incoterms®'in bu kapsamda olduğu kabul edilecek olursa, CISG'nin 9. maddesinin 2. fıkrası gereğince, tarafların Incoterms®'in sözleşmelerine uygulanmasını zımnen kabul ettikleri varsayılacaktır. Öğretide bu konuda fikir birliği bulunmamaktadır. Öğretide bir görüşe göre, Incoterms®, CISG'nin 9. maddesinin 2. fıkrası anlamında, tarafların bildiği veya bilmesi gerektiği ve uluslararası ticarete yaygın olarak bilinen ve

⁹¹² P. Schlechtriem/I. Schwenzer/P. Hachem, s. 956.

⁹¹³ C. M. Bianca/M. J. Bonell/M. J. Bonell, s. 115; J. O. Honnold/H. M. Flechtner, s. 114; J. Coetzee, Incoterms® 2010, s. 573; J. Coetzee, CISG, s. 6. Krş. S. Kröll/L. Mistelis/P. P. Viscasillas/J. Erauw, s. 895.

düzenli olarak uygulanan teamüller kapsamında sayılabilir⁹¹⁴. Öğretideki diğer bir görüşe göre ise, Incoterms®'in CISG'nin 9. maddesinin 2. fıkrası kapsamında tarafların bilmesi gereken teamüller kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir⁹¹⁵. Gerçekten de, dünyanın bazı bölgelerinde Incoterms® ticarete yaygın olarak bilinmekte ve düzenli olarak kullanılmaktadır. Ne var ki, henüz Incoterms®'in uluslararası ticarete yeteri kadar yaygın olarak kullanıldığından söz edilemez⁹¹⁶. Bu nedenle, taraflar arasında uzun süredir devam eden ticari ilişkide düzenli olarak Incoterms® kullanılması söz konusu değilse, tarafların Incoterms®'in uygulanacağını kararlaştırmamaları hâlinde, CISG'nin 9. maddesinin 2. fıkrasına dayanılarak Incoterms®'in sözleşmeye uygulanması mümkün değildir.

Incoterms® kuralları ile Viyana Satım Sözleşmesi hükümleri oldukça uyumludur⁹¹⁷. Kaldı ki, CISG'nin 6. gereğince, taraflarca kabul edilen kuralların CISG'nin yedek hükümlerine göre önceliğe sahip olması nedeniyle, Incoterms®

⁹¹⁴ S. Kröll/L. Mistelis/P. P. Viscasillas/J. Erauw, s. 895; M. Buydaert, s. 75; J. Coetzee, CISG, s. 6.

⁹¹⁵ J. Ramberg, **“CISG and INCOTERMS 2000 in Connection with International Commercial Transactions”**; Sharing International Commercial Law across National Boundaries: Festschrift for Albert H. Kritzer on the Occasion of his Eightieth Birthday, Londra, 2008, s. 403; M. Bridge, s. 90; J. O. Honnold/H. M. Flechtner, s. 172; P. Schlechtriem/I. Schwenzer/P. Hachem, s. 956.

⁹¹⁶ J. Ramberg, CISG, s. 403; J. O. Honnold/H. M. Flechtner, s. 172.

⁹¹⁷ P. Schlechtriem/I. Schwenzer/P. Hachem, s. 956. Buna karşılık, M. Bridge, CISG'nin Incoterms® ile uyumlu olmadığını savunmaktadır (M. Bridge, s. 105).

kurallarının CISG hükümleriyle çatışması mümkün değildir. Tarafların öngördüğü özel kural, belirli bir konuyu kapsadığı ölçüde uygulama alanı bulur; bu alanda CISG'nin yedek hükümleri uygulanmaz⁹¹⁸. Bununla birlikte, tarafların sözleşmede bir Incoterms® kuralına yer vermesi, CISG'nin sözleşmeye tümüyle uygulanmayacağı anlamına da gelmez. Sonuçta tarafların kullandığı Incoterms® kuralının kapsamı ve sonuçları, CISG'nin 8. ve 9. maddeleri altında yorumlanacak ve bu ölçüde öncelikli olarak uygulanacaktır⁹¹⁹. Öğretide, satış sözleşesinde Incoterms® kuralının öngörülmesinin, CISG hükümlerinin uygulanmasını engellemesi bir yana; CISG'nin özellikle hasarın geçişi konusunda Incoterms® kurallarını tamamlayıcı ve bütünleyici bir işlev görebileceği ifade edilmiştir⁹²⁰. Bu nedenle, taraflar arasında akdedilen satış sözleşmesinde Incoterms®'e yer verilmesi durumunda, eğer sözleşme CISG'nin uygulama alanına giriyorsa, Incoterms® kuralları ve CISG birlikte uygulanır. Dolayısıyla, CISG'nin hasarın geçişi konusunda Incoterms® kuralını tamamlayıcı bir işlev gördüğü söylenebilir.

III. Incoterms® 2010 Kuralları Uyarınca Hasarın Geçiş

Incoterms® 2010'da kuralların, malların taşıma şekli esas alınmak suretiyle, tüm taşıma yollarını kapsayan kurallar ile deniz ve iç su taşımalarına özgü kurallar olmak

⁹¹⁸ P. Schlechtriem/I. Schwenzer/P. Hachem, s. 956; M. Buydaert, s. 75; S. Kröll/L. Mistelis/P. P. Viscasillas/J. Erauw, s. 894; J. Coetzee, CISG, s. 6.

⁹¹⁹ P. Schlechtriem/I. Schwenzer/P. Hachem, s. 956-957.

⁹²⁰ H. J. Berman/M. Ladd, s. 435; F. Enderlein/D. Maskow, s. 257; J. Coetzee, CISG, s. 11.

üzere ikiye ayrıldığı belirtilmişti. Bununla birlikte, hasarın geçişi konusu, temelinde satıcının teslim ilişkine ilişkin yükümlülüğüyle ilgili olduğundan, konunun, satıcının teslim yükümlülüğünün en hafif olduğu kuraldan en ağır olduğu kurala doğru derecelendirilerek oluşturulan gruplama sistemine göre incelenmesi gerekir.

A. E Grubu

E grubunda sadece EXW (Ex Works) işyerinde teslim kuralı bulunmaktadır. İşyerinde teslim kuralı, satıcının yükümlülüğünün en az olduğu kuraldır⁹²¹. Gerçekten de, bu kuralın geçerli olduğu hâllerde satıcı, malları kendi malları ya da ismen belirlenmiş işyeri, fabrika ya da depo gibi bir yerde alıcının tasarrufuna sunarak teslim yükümlülüğünden kurtulur. Satıcı malları herhangi bir taşıma aracına yüklemek ya da gümrük işlemlerini yerine getirmek zorunda değildir⁹²². Bu kural uyarınca hasar, satıcının malları kararlaştırılan yerde ve tarihte alıcının tasarrufuna hazır bulundurduğu anda, malların ayırt edilmiş olması koşuluyla alıcıya geçer⁹²³. Eğer alıcı, kararlaştırılmış süre içerisinde teslimatın yapılacağı günü veya belirlenen yerdeki teslim noktasını belirleme hakkı olmasına rağmen, bu konuya ilişkin ihbarda bulunmazsa, hasar kararlaştırılan tarihten ya da kararlaştırılan sürenin sona

⁹²¹ J. Malfliet, s. 165; M. Buydaert, s. 76; Z. Valioti, s. 22; H. E. Erdem, Incoterms® 2000, s. 195.

⁹²² Incoterms® 2010, s. 15.

⁹²³ J. Coetzee, CISG, s. 13; M. Buydaert, s. 77; Z. Valioti, s. 22; F. Doğan, s. 356.

ermesinden itibaren alıcıya geçer. Ancak bunun için malların sözleşmeye özgülenmiş olması da gerekir⁹²⁴.

B. F Grubu

Bu grupta FCA (Free Carrier) taşıyıcıya masrafsız; FAS (Free Alongside Ship) gemi doğrultusunda masrafsız ve FOB (Free on Board) gemide masrafsız kuralları bulunmaktadır. F gurubunda, satıcı malları alıcı tarafından görevlendirilen ve ücreti alıcı tarafından ödenen taşıyıcıya teslim etmekle yükümlüdür⁹²⁵. Incoterms® 2010'da, taşıyıcı kavramının tanımına yer verilmiştir. Buna göre, Incoterms® 2010 kapsamında taşıyıcı, kendisiyle taşıma sözleşmesi akdedilen taraftır⁹²⁶. Bu bağlamda Incoterms® 2010 bakımından taşıyıcının, bir taşıma sözleşmesiyle, kara, demir, deniz, hava ya da iç su yolunu yahut bunlardan en az iki farklı ulaşım yolunu kullanarak taşıma işlemini yerine getirmeyi ya da yerine getirilmesini temin etmeyi üstlenen gerçek ya da tüzel kişi olduğu söylenebilir⁹²⁷.

1. FCA-Taşıyıcıya Masrafsız

Taşıyıcıya masrafsız kuralında, satıcı malları satıcının işyerinde ya da belirlenen başka bir yerde, alıcı tarafından görevlendirilen taşıyıcıya ya da başka bir kişiye

⁹²⁴ Incoterms® 2010, s. 10.

⁹²⁵ M. Buydaert, s. 78; F. Doğan, s. 357; H. E. Erdem, Incoterms® 2000, s. 195.

⁹²⁶ Incoterms® 2010.

⁹²⁷ M. Buydaert, s. 79.

kararlaştırılan tarihte veya sürede teslim etmekle yükümlüdür⁹²⁸. Bu kural uyarınca hasar, teslim satıcının işyerinde gerçekleştirilecekse, malların alıcı tarafından sağlanan taşıma aracına yüklenmesiyle alıcıya geçer. Buna karşılık teslim belirlenen başka bir yerde gerçekleştirilecekse, hasar, malların satıcının taşıma aracında boşaltılmamış olarak alıcının tasarrufuna hazır bulundurulmasıyla geçer⁹²⁹.

Taşıyıcıya masrafsız kuralında, alıcının, malların satıcı tarafından tasarrufuna hazır bulundurabilmesi için taşıyıcının adını, durum gerektiriyorsa teslim için öngörülen süre içerisinde malların teslim alınacağı tarihi, taşıyıcının malları taşıma şeklini ve belirlenen yerdeki teslim noktasını satıcıya ihbar etmekle yükümlüdür⁹³⁰. Alıcı söz konusu ihbar yükümlülüğünü yerine getirmeyen ya da malları taşıyıcı aracılığıyla teslim almazsa, hasar, kararlaştırılan tarihten itibaren alıcıya geçer. Eğer böyle bir tarih kararlaştırılmamışsa, hasar, satıcı tarafından, kararlaştırılan sürede, durumun ihbar edildiğı tarihten itibaren alıcıya geçer. Ancak böyle bir tarih de yoksa kararlaştırılan teslim süresinin sona ermesinden itibaren hasar alıcıya geçer. Tüm bu durumlarda hasarın geçmesinden söz edilebilmesi için malların ayırt edilerek sözleşmeye özgülennmiş olması da gerekir⁹³¹.

⁹²⁸ J. Malfliet, s. 165; M. Buydaert, s. 79.

⁹²⁹ Incoterms® 2010, s. 24-26.

⁹³⁰ Incoterms® 2010, s. 29.

⁹³¹ Incoterms® 2010, s. 27.

2. FAS-Gemi Doğrultusunda Masrafsız

Incoterms® 2010'da deniz ve iç su taşımalarına özgü kurallar içerisinde yer verilen gemi doğrultusunda masrafsız kuralında, satıcı malları kararlaştırılan tarihte, belirlenen yükleme limanında, eğer varsa alıcı tarafından gösterilen yükleme noktasında, alıcı tarafından seçilen geminin doğrultusuna bırakmakla yükümlüdür⁹³². Bu kural uyarınca hasar, satıcının malları kararlaştırılan yerde ve tarihte, geminin doğrultusunda bıraktığı anda alıcıya geçer⁹³³.

Gemi doğrultusunda masrafsız kuralında, alıcının gemi adını, yükleme noktasını veya gerekli ise kararlaştırılan süre içerisinde seçilen yükleme tarihini satıcıya bildirmezse hasar alıcıya geçer. Yine gemi zamanında gelmez, malları almaz ya da ihbar edilen tarihten önceki bir zamanda mal almayı durursa hasar alıcıya geçer. Bu iki durumda alıcı hasara kararlaştırılan tarihten ya da kararlaştırılan sürenin sona ermesinden itibaren katlanır. Her iki durumda da hasarın geçmesinden söz edilebilmesi için malların ayırt edilerek sözleşmeye özgülenmiş olması gerekir⁹³⁴.

3. FOB-Gemide Teslim

Uluslararası satış sözleşmelerinde en çok kullanılan kurallardan biri olan ve sadece deniz ve iç su taşımalarına özgü olma niteliği taşıyan gemide teslim

⁹³² Incoterms® 2010, s. 80.

⁹³³ Incoterms® 2010, s. 80-82.

⁹³⁴ Incoterms® 2010, s. 83.

kuralında, satıcı malları belirlenen yükleme limanında, alıcı tarafından seçilen gemide teslim etmekle yükümlüdür⁹³⁵.

Gemide teslim kuralında hasarın geçiş anı bakımından Incoterms® 2010'da önemli bir değişiklik yapılmıştır. Incoterms® 2010'dan önce, FOB kuralında hasarın, malların geminin küpeştesini aştığı anda alıcıya geçeceği kabul edilmişti⁹³⁶. Incoterms® 2010'da çok uzun süredir anlamını ve işlevini yitirdiği belirtilen, hasarın geçişi noktası olarak küpeştenin aşılması kavramı terk edilmiştir⁹³⁷. Bunun yerine, Incoterms® 2010'da FOB kuralında hasarın geçişi bakımından “gemide/güvertede teslim” (*place on board*) kavramı kabul edilmiştir⁹³⁸. Gemide teslimden anlaşılması gereken ise açık değildir⁹³⁹. Bununla birlikte, kuralda yükleme kavramından bahsedilmemesi, gemide teslimin kapsamına istiflemenin ve yükü dengelemenin dâhil olmadığını göstermektedir. Bu bağlamda hasar, yükün yüklenmesinin başarılı bir şekilde tamamlanması anında alıcıya geçer; bu nedenle hasarın geçtiğinden söz edilebilmesi için yükün istiflenmesi, dengelenmesi, bağlanması ve emniyete alınması gerekmez⁹⁴⁰.

⁹³⁵ Incoterms® 2010, s. 88.

⁹³⁶ S. Kröll/L. Mistelis/P. P. Viscasillas/J. Erauw, s. 896; J. O. Honnold/H. M. Flechtner, s. 519; P. Schlechtriem/I. Schwenzer/P. Hachem, s. 973; Z. Valioti, s. 22.

⁹³⁷ H. E. Erdem, Incoterms® 2010, s. 228; J. Ramberg, Incoterms® 2010, s. 422.

⁹³⁸ S. Kröll/L. Mistelis/P. P. Viscasillas/J. Erauw, s. 897; J. Ramberg, Incoterms® 2010, s. 422.

⁹³⁹ J. Ramberg, Incoterms® 2010, s. 422.

⁹⁴⁰ S. Kröll/L. Mistelis/P. P. Viscasillas/J. Erauw, s. 897; M. Buydaert, s. 81.

Gemide teslim kuralında, satıcının satılanı kararlaştırılan tarihte ya da kararlaştırılan süre içerisinde ve ilgili limandaki teamüllere göre teslim edeceği düzenlenmiştir⁹⁴¹. Bu nedenle, eğer ilgili limanda (örneğin, sözleşmede “FOB Ambarlı” ifadesi yer alıyorsa, Ambarlı Limanı’nda) teslim ilişkine ilişkin teamül, Incoterms® düzenlemesine nazaran öncelikle uygulanır⁹⁴². Bu durumda, eğer ilgili limanda hasarın, malların gemi küpeştesini geçtiği anda alıcıya geçeceği teamülü varsa, hasar malların gemi küpeştesini geçtiği anda alıcıya geçecektir⁹⁴³.

Gemide teslim kuralında da, gemi doğrultusunda masrafsız kuralında olduğu gibi, alıcı gemi adını, yükleme noktasını veya gerekli ise kararlaştırılan süre içerisinde seçilen yükleme tarihini satıcıya bildirmezse hasar alıcıya geçer. Yine gemi zamanında gelmez, malları almaz ya da ihbar edilen tarihten önceki bir zamanda mal almayı durursa hasar alıcıya geçer. Bu hâllerde, alıcı hasara kararlaştırılan tarihten ya da kararlaştırılan sürenin sona ermesinden itibaren katlanır. Her iki durumda da hasarın geçmesinden söz edilebilmesi için malların ayırt edilerek sözleşmeye özgülünmüş olması gerekir⁹⁴⁴.

C. C Grubu

C grubunda, CPT (Carriage Paid To) taşıma ödenmiş olarak, CIP (Carriage and Insurance Paid To) taşıma ve sigorta ödenmiş olarak, CFR (Coast and Freight)

⁹⁴¹ Incoterms® 2010, s. 88.

⁹⁴² S. Kröll/L. Mistelis/P. P. Viscasillas/J. Erauw, s. 897; M. Buydaert, s. 81.

⁹⁴³ M. Buydaert, s. 81.

⁹⁴⁴ Incoterms® 2010, s. 91.

masraflar ve navlun ve CIF (Cost, Insurance and Freight) masraflar, sigorta ve navlun kuralları bulunur. C grubunda satıcı, taşıma işleminin gerçekleştirilebilmesi için taşıma sözleşmesi yapmak ve taşıma bedelini ödemekle yükümlüdür⁹⁴⁵. C grubu Incoterms® kurallarında hasar, satılanın yüklenmesi anından itibaren alıcıya geçer. C grubunda yer alan dört farklı terim arasındaki esas farklılık taşıma masraflarının dağıtılmasına ilişkindir⁹⁴⁶.

1. CPT-Taşıma Ödenmiş Olarak ile CIP-Taşıma ve Sigorta Ödenmiş Olarak

Incoterms® 2010'da tüm taşıma türlerini kapsayan kurallar arasında sayılan taşıma ödenmiş olarak kuralı ile taşıma ve sigorta ödenmiş olarak kuralının ortak özelliği, her iki kuralda da hasarın malların taşıyıcıya teslim edilmesiyle alıcıya geçmesidir⁹⁴⁷. Zira her iki kuralda da satıcı, malları kararlaştırılan tarihte ya da kararlaştırılan süre içerisinde kendisiyle sözleşme yaptığı taşıyıcıya teslim etmekle yükümlüdür⁹⁴⁸. Satıcı malları ilk taşıyıcıya teslim etmekle hasara katlanmaktan kurtulur⁹⁴⁹. İki kural arasındaki fark, adlarından da anlaşılacağı üzere, ikinci kuralda

⁹⁴⁵ M. Buydaert, s. 84; H. E. Erdem, Incoterms® 2000, s. 195.

⁹⁴⁶ M. Buydaert, s. 84.

⁹⁴⁷ P. Schlechtriem/I. Schwenzer/P. Hachem, s. 962.

⁹⁴⁸ Incoterms® 2010, s. 34, 46.

⁹⁴⁹ M. Buydaert, s. 84.

satıcının masrafları kendisine ait olmak üzere bir yük sigortası temin etmekle yükümlü olmasıdır⁹⁵⁰.

2. CFR-Masraflar ve Navlun ile CIF-Masraflar, Sigorta ve Navlun

Incoterms® 2010’da deniz ve iç su taşımalarına özgü kurallar arasında sayılan masraflar ve navlun kuralıyla masraflar, sigorta ve navlun kuralının ortak özelliği, her iki kural uyarınca da hasarın gemide/güvertede teslim ile alıcıya geçmesidir⁹⁵¹. Incoterms® 2010’dan önce, FOB kuralında olduğu gibi CFR ve CIF kurallarında hasarın, malların geminin küpeştesini aştığı anda alıcıya geçeceği kabul edilmişti⁹⁵². Incoterms® 2010’da CFR ve CIF kuralları bakımından da hasarın geçişi noktası olarak küpeştenin aşılması kavramı terk edilmiştir⁹⁵³. Bunun yerine, Incoterms® 2010’da kuralında CFR ve CIF kurallarında hasarın geçişi bakımından “gemide/güvertede teslim” (*place on board*) kavramı kabul edilmiştir⁹⁵⁴. Böylece, satıcı malların gemiye başarılı bir şekilde yüklenmesinin tamamlanmasıyla hasara katlanmaktan kurtulur. İki kural arasındaki fark ise, CIF kuralında satıcının

⁹⁵⁰ Incoterms® 2010, s. 46.

⁹⁵¹ P. Schlechtriem/I. Schwenzer/P. Hachem, s. 962.

⁹⁵² J. O. Honnold/H. M. Flechtner, s. 519; P. Schlechtriem/I. Schwenzer/P. Hachem, s. 973; Z. Valioti, s. 23; F. Doğan, s.360.

⁹⁵³ H. E. Erdem, Incoterms® 2010, s. 228; J. Ramberg, Incoterms® 2010, s. 422.

⁹⁵⁴ H. E. Erdem, Incoterms® 2010, s. 228; J. Ramberg, Incoterms® 2010, s. 422.

masrafları kendisine ait olmak üzere bir yük sigortası temin etmekle yükümlü olmasıdır⁹⁵⁵.

D. D Grubu

D grubunda, Incoterms® 2010'da tamamı tüm taşıma türlerini kapsayan kurallar kategorisinde yer alan DAT (Delivered At Terminal) terminalde teslim, DAP (Delivered At Place) belirlenen yerde teslim ve DDP (Delivered Duty Paid) gümrük resmi ödenmiş olarak teslim kuralları yer alır. Bu kurallardan DAP ve DAT, Incoterms®'in önceki versiyonlarında bulunmayan, Incoterms® 2010'da kabul edilen yeni kurallardır⁹⁵⁶.

D grubunda satıcı, belirlenen varış noktasına kadar malların taşınması masraflarına ve hasara katlanmakla yükümlüdür⁹⁵⁷. Diğer bir deyişle bu grupta satıcı satılan malları alıcıya götürmek ve burada alıcının tasarrufuna sunmalıdır⁹⁵⁸. Diğer gruplara nazaran, satıcıya en fazla yükümlülüğün yüklendiği grup D grubudur⁹⁵⁹.

1. DAT-Terminalde Teslim

Terminalde teslim kuralında satıcı, malları kararlaştırılan tarihte ya da kararlaştırılan süre içerisinde varma yerinde veya limanında, belirlenen iskele, depo,

⁹⁵⁵ Incoterms® 2010, s. 110.

⁹⁵⁶ H. E. Erdem, Incoterms® 2010, s. 225; J. Ramberg, Incoterms® 2010, s. 421.

⁹⁵⁷ M. Buydaert, s. 87; H. E. Erdem, Incoterms® 2000, s. 196; F. Doğan, s. 363.

⁹⁵⁸ P. Schlechtriem/I. Schwenzer/P. Hachem, s. 974.

⁹⁵⁹ H. E. Erdem, Incoterms® 2000, s. 196.

konteyner sahası, konteyner yükleme istasyonu, karayolu, demiryolu, havaalanı yükleme terminali gibi bir terminalde, gelen taşıma aracından boşaltarak alıcının tasarrufuna sunmakla yükümlüdür⁹⁶⁰. Böylece bu kural uyarınca hasar, kararlaştırılan tarihte ya da kararlaştırılan süre içerisinde varma yerinde veya limanında, belirlenen terminalde malların kullanılan taşıma aracından boşaltılarak alıcının tasarrufuna hazır bulundurulmasıyla alıcıya geçer⁹⁶¹.

2. DAP-Belirlenen Yerde Teslim ve DDP-Gümrük Resmi Ödenmiş Olarak

Teslim

Belirlenen yerde teslim ve gümrük resmi ödenmiş olarak teslim kurallarının ortak özelliği, her iki kural uyarınca da hasarın malların taşıma aracından boşaltılmaya hazır şekilde alıcının tasarrufuna hazır bulundurulduğu anda geçmesidir⁹⁶². Zira her iki kuralda da satıcının yükümlülüğü, malları kararlaştırılan tarihte ya da kararlaştırılan süre içerisinde varma yerinde, eğer varsa, kararlaştırılan noktada kullanılan taşıma aracından boşaltılmaya hazır şekilde alıcının tasarrufuna hazır bulundurmaktır⁹⁶³. Satıcı söz konusu yükümlülüğünü yerine getirdiği anda hasara katlanmaktan kurtulur⁹⁶⁴. Yükün boşaltılması sürecinde ise hasara alıcı katlanır⁹⁶⁵.

⁹⁶⁰ Incoterms® 2010, s. 54; M. Buydaert, s. 88.

⁹⁶¹ Incoterms® 2010, s. 54-56.

⁹⁶² P. Schlechtriem/I. Schwenzer/P. Hachem, s. 974.

⁹⁶³ Incoterms® 2010, s. 62, 70.

⁹⁶⁴ Incoterms® 2010, s. 62-64, 70-72.

DAP ve DDP kurallarından, DDP kuralının ithalat için öngörölmüş olduğu açıktır. Zira bu kuralda, malın ithalatı nedeniyle tahsil edilen gümrük resmini satıcı ödemekle yükümlüdür⁹⁶⁶.

§ 16. VİYANA SATIM SÖZLEŞMESİNE GÖRE HASARIN GEÇMESİNİN SONUÇLARI

I. Alıcının Satış Bedelini Ödeme ve Satılanı Teslim Alma Yükümlölüğü

Satıcıyı satış sözleşmesi akdetmeye sevk eden en önemli neden, genellikle, satış bedeli elde etme isteğidir. Bu nedenle, satış sözleşmesinde üstlendiğı ifa fiillerini yerine getiren satıcı, bir an önce satış bedeline kesin olarak kavuşmayı arzu eder. Hasarın alıcıya geçmesinin en önemli sonucu, satıcı yönünden bu noktada ortaya çıkar. Hasarın alıcıya geçmesiyle birlikte, satılan malların kazara zarar görmesi ya da telef olması nedeniyle, satıcının satış bedelini elde edememe tehlikesi sona erer. Gerçekten de, CISG'nin 66. maddesi uyarınca, hasarın satıcıdan alıcıya geçmesinden sonra, alıcı, satılanın kazara kaybolması ya da zarar görmesi nedeniyle satış sözleşmesine konu malları sözleşmeye uygun bir biçimde elde edememesine rağmen, satış bedelini sözleşmeye uygun olarak yükümlüdür⁹⁶⁷. Alıcının bedel hasarına

⁹⁶⁵ P. Schlechtriem/I. Schwenzer/P. Hachem, s. 974.

⁹⁶⁶ Incoterms® 2010, s. 72; M. Buydaert, s. 88.

⁹⁶⁷ C. M. Bianca/M. J. Bonell/M. J. Bonell/B. Nicholas, s. 485; P. Schlechtriem/I. Schwenzer/P. Hachem, s. 966; Z. Valioti, s. 11.

katlanması ile kastedilen, onun satış bedelinin tamamını ödemek zorunda kalmasıdır. Bu bedel hasarının geçmesinin en temel sonucudur.

Hasarın alıcıya geçmesinden sonra, kayba ya da zarara neden olan olayın gerçekleşmesi durumunda, alıcı, CISG'nin 53. maddesi uyarınca, taraflar arasında kurulan satış sözleşmesinin ve CISG'nin gerektirdiği şekilde, satış bedelini ödemekle yükümlü olur⁹⁶⁸. Hasarın kendisine geçmesinden sonra alıcı, satış konusu malların tamamının ya da bir kısmının kazara kaybolması ya da zarar görmesi sonucunda, satılanı sözleşmeye uygun olarak elde edemediği gerekçesiyle, satış bedelini ödemekten kaçınmaz⁹⁶⁹. Hasara katlanmak zorunda kalmasına rağmen, alıcının sözleşmeye ve CISG'ye uygun olarak satış bedelini ödememesi durumunda, satıcı, alıcıdan satış bedelini ödemesini talep edebilir ve CISG'nin 61. maddesi ve devamında düzenlenen, sözleşmenin alıcı tarafından ihlâli karşısında sahip olduğu hukukî yollara başvurabilir. Bunun dışında, alıcı, hasarın kendisine geçmesinden sonra, kazara telef olan ya da zarar gören satılanı sözleşmeye uygun olarak elde edemediği gerekçesiyle, CISG'nin 45. maddesi ve devamında düzenlenen haklarını kullanamaz; bu kapsamda satış bedelinin indirilmesini talep edemez ya da önceden ödemiş olduğu bedelin iadesini isteyemez.

Hasarın alıcıya geçmesinin alıcı yönünden tek sonucu, satış bedelinin ödenmesi zorunluluğu değildir. Alıcı aynı zamanda sözleşmeden doğan diğer

⁹⁶⁸ S. Kröll/L. Mistelis/P. P. Viscasillas/J. Erauw, s. 897.

⁹⁶⁹ C. M. Bianca/M. J. Bonell/M. J. Bonell/B. Nicholas, s. 484; F. Enderlein/D. Maskow, s. 259; Z. Valioti, s. 11.

yükümlülüklerini⁹⁷⁰ de yerine getirmek zorundadır. Bu yükümlülüklerin başında, alıcının kendisine sunulan malları, zarara uğramış ya da eksik bile olsa, teslim alma yükümlülüğü gelir⁹⁷¹. Eğer satış sözleşmesine konu malların tamamı kaybolmamışsa, alıcıya eksik de olsa bir mal teslim ediliyorsa, alıcı, gerek satıcı gerekse de bağımsız taşıyıcı tarafından sunulan bu malları teslim almakla yükümlüdür. Bu husus, CISG'nin 66. maddesinin ve Sözleşme'nin genel ilkelerinin bir gereğidir⁹⁷². Alıcının kendisine sunulan malları teslim almaması durumunda, alıcının bu davranışı sözleşmeye aykırılık oluşturabilir; bunun üzerine satıcı, CISG'nin 61. maddesi ve

⁹⁷⁰ Alıcının satış bedelini ödeme ve satılanı teslim alma dışında kalan diğer yükümlülükleri, taraflar arasında kurulan sözleşmeden ya da CISG'nin diğer çeşitli maddelerinden kaynaklanabilir. Bu yükümlülüklerden bazıları, satılanı muayene etmek (CISG m. 37), sözleşmeye aykırılık ihbarında bulunmak (CISG m. 38), sözleşmeden dönme hâlinde teslim alınan malları muhafaza etmek ve satmaktır (CISG m. 86) (E. Kanışlı, **CISG Uyarınca Alıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılık Halinde Satıcının Hakları**, İstanbul, 2013, s. 37-38; Z. Zeytin, s. 191). Hasarın alıcıya geçmesinden sonra, alıcı satılanı gereği gibi elde edemese bile satılanın kazara zayi olduğu ya da zarara uğradığı gerekçesiyle söz konusu yükümlülükleri yerine getirmekten kaçınamaz.

⁹⁷¹ C. M. Bianca/M. J. Bonell/M. J. Bonell/B. Nicholas, s. 484; S. Bollée, s. 271.

⁹⁷² S. Bollée, s. 271.

devamında düzenlenen haklarını kullanabilir. Buna karşılık, hasarın geçmesiyle birlikte alıcı, sigorta tazminatının kendisine ödenmesini talep edebilir⁹⁷³.

II. Alıcının Satıcıyı Sözleşmeye Uygun Malın Teslimine Zorlayamaması

Alıcıyı satış sözleşmesini akdetmeye yönelten en önemli neden, çoğunlukla, sözleşmede kararlaştırılan miktarda ve kalitede, herhangi bir zarara uğramamış mallara sahip olma isteğidir. Bununla birlikte, alıcının hasara katlanmasının diğer bir önemli ve doğal sonucu, satış sözleşmesinden elde etmeyi beklediği malları hiç ya da gereği gibi elde edememesidir. Alıcının bedel hasarına katlanmasından söz edilebilmesi için, onun, satılanın kazara kaybolması ya da zarar görmesi nedeniyle satış sözleşmesine konu malları sözleşmeye uygun bir biçimde elde edememesi ve dolayısıyla satıcıyı edimin sözleşmeye uygun olarak ifasına zorlayamaması gerekir⁹⁷⁴. Gerçekten de, CISG'nin 66. maddesinde belirtildiği üzere, bedel hasarının alıcıya geçmesinin önkoşulu alıcının edim hasarına katlanmasıdır. Edim hasarına katlanmayan, satılanı sözleşmeye uygun bir biçimde elde edebilen alıcının, bedel hasarına katlanmasından söz edilemez. Dolayısıyla, edim hasarına katlanan alıcı, hasarın kendisine geçmesinden sonra, kazara telef olan ya da zarar gören satılanı sözleşmeye uygun olarak elde edemediği gerekçesiyle, satıcıya karşı sözleşmenin

⁹⁷³ C. M. Bianca/M. J. Bonell/M. J. Bonell/B. Nicholas, s. 486; F. Enderlein/D. Maskow, s. 257; S. Bollée, s. 249; L. Sevón, s. 194; M. Oruç, s. 382.

⁹⁷⁴ C. M. Bianca/M. J. Bonell/B. Nicholas, s. 484-485; Z. Zeytin, s. 222; K. Yetiş Şamlı, s. 321.

ihlâlinden doğan haklarını kullanamaz⁹⁷⁵. Bu bağlamda, alıcı CISG'nin 45. maddesi ve devamında düzenlenen haklarından yararlanamaz, özellikle satıcıyı sözleşmeye uygun malların teslimine zorlayamaz.

Her ne kadar hasarın geçmesinden sonra alıcının, satıcıyı, kaybolan ya da zarar gören malların yerine sözleşmeye uygun malları teslim etmeye zorlayamamasından söz edilmekteyse de, bu kural çok katı uygulanmamalıdır. Gerçekten de, bazı durumlarda satılanın yedek parçalarının ya da satılanın büyük bir birim olması durumunda küçük kısımlarının kaybolması ya da zarar görmesi gündeme gelebilir. Kaybolan ya da zarar gören parçaları sadece satıcının temin veya tamir etmesi mümkünse, alıcıyı satılandan tamamen yoksun doğru değildir. Böyle durumlarda, satış bedelini sözleşmeye uygun olarak elde eden satıcının, CISG'nin 7. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen iyiniyet kuralı gereğince, söz konusu temin ya da tamir satıcıdan makul olarak beklenebildiği ölçüde, kaybolan ya da zarar gören parçaları temin etmek ya da tamir etmekle sorumlu olduğu kabul edilmelidir⁹⁷⁶.

CISG'nin 66. maddesi gereğince, alıcının satıcıyı sözleşmeye uygun malın teslimine zorlayamamasına ve dolayısıyla satıcının yeni bir ifa hazırlığına girişmek zorunda olmamasına rağmen, satıcının tüm yükümlülüklerinden kurtulduğu da söylenemez. Nitekim alıcının, satıcıdan, geriye kalan malların⁹⁷⁷ kendisine

⁹⁷⁵ C. M. Bianca/M. J. Bonell/M. J. Bonell/B. Nicholas, s. 484; F. Enderlein/D. Maskow, s. 260; S. Bollée, s. 272.

⁹⁷⁶ F. Enderlein/D. Maskow, s. 261.

⁹⁷⁷ C. M. Bianca/M. J. Bonell/M. J. Bonell/B. Nicholas, s. 486; L. Sevón, s. 194; S. Bollée, s. 250; M. Oruç, s. 332; M. Doğan, s. 258.

devredilmesini talep etme hakkı devam etmektedir. Gerçekten de, kayba ya da zarara neden olan olayın gerçekleşmesi sonucunda, satış sözleşmesine konu malların bir kısmının kaybolması ya da zarar görmesi; diğer kısmının ise satıcının elinde kalması söz konusu olabilir. Böyle bir durumda, satıcı sadece malların sözleşmeye uygun ifa edilmesi borcundan kurtulur; ancak borcun yerine getirilmesi mümkün olan kısmını ifa etmekle yükümlüdür. Satıcının geriye kalanları alıcıya devretmekten kaçınması durumunda, alıcı da CISG'nin 80. maddesi uyarınca satış bedelini ödemekten kaçınabilir⁹⁷⁸.

Satıcının geriye kalanları alıcıya devretme borcundan başka, yararları teslim etme⁹⁷⁹, malların korunması için koşulların gerekli kıldığı makul önlemleri alma (CISG m. 85)⁹⁸⁰ ve kayba ya da zarara neden olan olayın gerçekleştiğini alıcıya bildirme⁹⁸¹ yükümlülükleri de devam eder. Satıcının söz konusu yükümlülüklere uymaması durumunda, alıcının zararını tazmin borcu gündeme gelebilir.

⁹⁷⁸ M. Oruç, s. 333-334; M. Doğan, s. 259-260.

⁹⁷⁹ C. M. Bianca/M. J. Bonell/M. J. Bonell/B. Nicholas, s. 486; S. Kröll/L. Mistelis/P. P. Viscasillas/J. Erauw, s. 883, dipnot 15; M. Oruç, s. 325.

⁹⁸⁰ F. Enderlein/D. Maskow, s. 264; M. Oruç, s. 326. CISG'nin 85. maddesi uyarınca, satıcının malların korunması için koşulların gerekli kıldığı makul önlemleri alma borcunun karşısında, alıcının da satıcının söz konusu korunma borcunu yerine getirirken yaptığı masrafları ödeme borcu bulunur (M. Oruç, s. 357 vd.).

⁹⁸¹ Kayba ya da zarara neden olan olayın gerçekleştiğini öğrenen satıcının, bu durumu alıcıya bildirmesi dürüstlük kuralının bir gereğidir (M. Oruç, s. 330).

SONUÇ

I. Hasar, borcun doğumundan sonraki, ancak ifa edilmesinden önceki dönemde, edimin borçluya yüklenemeyen nedenlerle imkânsızlaşması sonucunda ortaya çıkan ve taraflardan birini veya her ikisini tehdit eden tehlikedir. Borca ilişkin hasara özelliğini veren husus, borç ilişkisinin konusunun borçlunun sorumlu tutulamayacağı şekilde imkânsızlaşmasıdır. Diğer bir deyişle, borca ilişkin hasardan söz edilebilmesi için, edimin ifasının ya da gereği gibi ifasının imkânsızlaşması gerekir. Edim hasarı, borcun doğumundan sonra, ancak ifasından önce, edimin aynen ya da gereği gibi ifasının taraflara yüklenemeyen sebeplerle imkânsızlaşması sonucunda, hukuki işlemin taraflarından birinin bu imkânsızlığa katlanma tehlikesidir. Karşı edim hasarı ise, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, borcun doğumu ile ifası arasındaki dönemde, borcun ifasının tarafların sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkânsızlaşması hâlinde, edim borçlusunun, karşı edime ilişkin alacak hakkını yitirme; edim alacaklısının ise, alacağını elde edememesine rağmen karşı edim borcunu ifa etmekle yükümlü olma tehlikesidir. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, edim hasarı ile karşı edim hasarı arasında mantıksal bir bağ söz konusudur. Zira tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, edim hasarına alacaklının katlanması, bu tür sözleşmelerde karşı edim hasarı sorunun gündeme gelmesinin ön koşuludur.

II. Tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olan satış sözleşmesinde, edim hasarının geçişi, sözleşmenin kurulmasından sonra, fakat ifasından önce, edimin aynen ya da gereği gibi ifasının satıcıya yahut alıcıya yüklenemeyen sebeplerle imkânsızlaşması durumunda, sözleşmenin taraflarından hangisinin, hangi andan itibaren edimin ifa edilememesi tehlikesine katlanmakla yükümlü olacağını ifade

eder. Parça satışlarında edim hasarına sözleşmenin kurulmasıyla birlikte alıcı katlanır. Bu nedenle, parça satışlarında teknik anlamda bir edim hasarının geçişinden ziyade, edim hasarına alıcının katlanmasından söz edilir. Edim hasarına sözleşmenin kurulmasıyla alıcının katlanması, satış sözleşmesinin tam ve geçerli olarak kurulmuş olmasına bağlıdır. Hazır olmayanlar arasında kurulan parça satışlarında edim hasarına, sözleşmenin hüküm doğurmaya başladığı andan itibaren, alıcı katlanır. Satıcı, açık bir kabule gerek varsa, kabulün gönderildiği andan; açık bir kabule gerek yoksa önerinin muhataba ulaşma anından itibaren taraflara yüklenemeyen nedenlerle edimin ifasının imkânsızlaşması tehlikesine katlanmaktan kurtulur. Çeşit satışlarında, edim hasarı çeşit borcunun parça borcuna dönüştüğü anda alıcıya geçer. Aranacak borç içeren çeşit satışlarında edim hasarı, çeşidin alacaklı için ayırt edildiği ve ayırt edilmenin karşı tarafa bildirildiği anda alıcıya geçer. Götürülecek borç içeren satış sözleşmelerinde edim hasarı, satıcının satılan malı alıcının yerleşim yerine götürerek fiili olarak alıcıya sunmasıyla geçer. Gönderilecek borç içeren çeşit satışlarında, edim hasarı satılanın bağımsız taşıyıcıya teslim edildiği anda alıcıya geçer.

III. Karşı edim ya da diğer bir ifadeyle bedel hasarının geçişi, sözleşmenin kurulmasıyla ifası arasındaki dönemde, satıcının ediminin aynen ya da gereği gibi ifasının taraflara yüklenemeyen sebeplerle imkânsızlaşması hâlinde, karşı edime ilişkin tehlikeye, sözleşmenin taraflarından hangisinin, hangi andan itibaren katlanacağını ifade eder. Aranacak borç içeren satış sözleşmelerinde bedel hasarının geçiş anı, hem parça satışları hem de çeşit satışları bakımından kural olarak zilyetliğin devrine bağlanmıştır. Zilyetliğin devri kavramı, satıcının ifa fiilini gerçekleştirmesi olarak anlaşılmalıdır. Hasarın geçişinden söz edilebilmesi için her durumda ifa sonucunun gerçekleşmesi, diğer bir deyişle satılanın mülkiyetinin

alıcıya geçmesi zorunlu değildir. Satış sözleşmesinin ifası amacıyla, zilyetliği devredilmek istenen satılanın, ayıplı olması durumunda, alıcının ifa amacıyla zilyetliği devredilen ayıplı malı kabul etmesi durumunda, bedel hasarı alıcıya geçer. Buna karşılık, alıcının ayıplı malın zilyetliğini devralmayı reddederek kendisine ayıplı olmayan bir malın teslim edilmesini istemesi hâlinde, hasarın alıcıya geçişinden söz edilemez. Götürülecek borç içeren satış sözleşmelerinde bedel hasarı, satılanın alıcıya teslimiyle geçer. Gönderilecek borç içeren satış sözleşmelerinde ise, bedel hasarı, satılanın ilk bağımsız taşıyıcıya teslim edilmesiyle geçer. Gönderilecek borç içeren çeşit satışlarında, satılanın taşıyıcıya teslim edilmesine rağmen, çeşidin ayırt edilerek sözleşmeye özgülenmemiş olması durumunda, çeşit borcu ayırt edilerek sözleşmeye özgülenmedikçe hasar alıcıya geçmez. Hasar ancak çeşidin ayırt edildiği ve ayırt edildiğinin alıcıya bildirildiği anda geçer. Taşıma boyunca çeşit ayırt edilmemişse, hasar satılanın zilyetliğinin devriyle alıcıya geçer.

IV. Geciktirici koşula bağlı satış sözleşmelerinde koşulun gerçekleşmesinden önce, sözleşmenin ifası amacıyla ve koşulun ileride gerçekleşeceği beklentisiyle, satılanın zilyetliğinin devri hasarın alıcıya geçmesine neden olur. Hasarın alıcıya geçmesine rağmen, gerçekleşmesi beklenen olgunun gerçekleşmeyeceğinin belli olması ya da gerçekleşmemesi istenen olgunun gerçekleşmesi durumunda, sözleşme baştan itibaren hüküm ve sonuç doğurmayacağından, hasar ile ilgili sorun sona erer. Bozucu koşula bağlı satış sözleşmesinde, bozucu koşulun gerçekleşip gerçekleşmeyeceğinin belli olmadığı ara dönemde, hasar, koşula bağlı olmayan satış sözleşmelerinde hasarın geçişini düzenleyen hükümlere göre geçer. Bozucu koşul, hasarın alıcıya geçmesinden önce gerçekleşirse, sözleşme geriye etkili olarak sona erer ve hasar sorunu doğmaz. Hasar, koşulun gerçekleşmesinden önce alıcıya

geçmişse, bozucu koşul gerçekleşene kadar hasarı alıcı taşır. Hasarın alıcıya geçmesinden sonra, bozucu koşulun gerçekleşmesi, sözleşmenin hüküm ve sonuçlarının geriye etkili olarak ortadan kalkmasına neden olacağından, edim ve karşı edim hasarına satıcı katlanır. Geciktirici koşula bağlı mülkiyeti saklı tutma kaydıyla satışta, satılanın zilyetliğinin alıcıya devriyle hasar alıcıya geçer. Bozucu koşula bağlı mülkiyeti saklı tutma kaydıyla satış sözleşmesinde, satıcının alıcının bozucu koşulu gerçekleştirmesi nedeniyle sözleşmeden dönmesi durumunda, hasara iade borçlusu olan alıcı katlanır.

V. Taşınmaz satışında hasara, kanun tarafından öngörülen belgelerin tescil talebine eklenmiş veya geçici tescil hâlinde eksik belgelerin uygun zamanda tamamlanmış olması koşuluyla, hem kesin tescilde hem de geçici tescil şerhinde, tescil talebinin yevmiye defterine kaydedildiği tarihe kadar satıcı katlanır. Taşınmaz satışında, mahkeme kararının ya da cebrî icranın söz konusu olması durumunda, satıcı, mahkeme kararı bakımından, kurucu yenilik doğurucu mahkeme kararının kesinleşmesi anından ve cebrî icra bakımından ise ihale anından itibaren hasara katlanmaktan kurtulur. Taşınmaz satışında, taraflar arasında satılanın tescilden sonra teslim alınmasına ilişkin bir yazılı bir anlaşmanın bulunması durumunda, hasar ancak satılanın teslimiyle alıcıya geçer. Taraflar arasında satılanın tescilden sonra teslim alınmasına ilişkin bir anlaşmanın bulunmasına rağmen alıcının satılanı teslim almakta temerrüde düşmesi durumunda, satıcı hasara katlanmaktan kurtulur. Tapuya kayıtlı olmayan taşınmazlarda, taşınmaz üzerinde mülkiyet hakkı doğmuşsa, söz konusu taşınmazın satışını konu alan sözleşmenin yapılabilmesi için ilk önce taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkının tapu kütüğüne tescil ettirilmesi ve böylece tapunun elde edilmesi gerekir. Bu nedenle, bu tür bir taşınmazın satışı ve dolayısıyla

satış sözleşmesinde hasarın geçişi, tapuya kayıtlı taşınmazların satışında hasarın geçişini düzenleyen hükümlere göre gerçekleşir. Tapuya kayıtlı olmayan taşınmaz üzerinde mülkiyet hakkının henüz doğmamışsa, tapuya kayıtlı olmayan taşınmazların şekle aykırı olarak satışı geçersiz olduğundan ve tapuya kayıtlı taşınmazların zilyetliğinin devri vaadi geçerli olarak kurulan bir satış sözleşmesine vücut vermediğinden, her iki sözleşme bakımından da hasarın geçişi sorununun gündeme gelmez.

VI. Teslimin alıcının lehine olarak geciktirildiği satışlarda henüz satılanın zilyetliği alıcıya devredilmemiş olmasına rağmen, durumun gereği olarak, hasar ilk vade tarihi itibarıyla alıcıya geçer. Teslimin satıcı lehine geciktirildiği durumlarda, satıcı satılanı hükmen teslim sözleşmesine dayalı ödünç alan olarak elinde bulunduruyorsa, hükmen teslim sözleşmesinin kurulduğu anda hasar alıcıya geçer. Alıcının tüketici olduğu gönderilecek borç içeren satışlarında, durumun gereği olarak hasarın, satılanın bağımsız taşıyıcıya teslimiyle değil; satılanın alıcıya teslimiyle geçmesi kabul edilmelidir.

VII. Hasarın alıcıya geçmesinin bir sonucu olarak, edimin ifasının taraflara yüklenemeyen nedenlerle imkânsızlaşması durumunda, satıcının malvarlığına, ifası imkânsızlaşan edimin yerine başka bir değer girmişse, alıcı söz konusu kaim değer kendisine devredilmesini satıcıdan talep edebilir. Kaim değer, asli edim değerinden düşükse, eğer bedel hasarı henüz alıcıya geçmemişse, satış bedeli kaim değer asli edimden düşüklüğü oranında indirilir. Buna karşılık, bedel hasarı alıcıya geçmişse, satış bedelinden indirim yapılamaz.

VIII. CISG uyarınca, gönderilecek borç içeren satışlarda, hasar, malların, alıcıya ulaştırılmak üzere, satış sözleşmesine uygun olarak, ilk bağımsız taşıyıcıya teslimiyle

geçer. Taşıyıcının bağımsızlığının belirlenmesindeki en önemli ölçüt hukuksal bağımsızlıktır. Bununla birlikte, taşıyıcının bağımsızlığının belirlenmesinde kontrol kıstası da aranmalıdır. Satılanın ilk bağımsız taşıyıcıya teslimi anında ayırt edilmemiş olmasına rağmen, sonradan taşıma sırasında ayırt edilmesi durumunda, hasar, ileriye etkili olarak ayırt etmenin gerçekleştiği andan itibaren alıcıya geçer. Dökme malların toplu gönderiminde, tüm alıcılar birbirinden haberdarsa ve hasarı aralarında paylaştıklarını biliyorlarsa, alıcılar, hasara payları oranında katlanır. Alıcılar söz konusu durumu bilmiyorsa, her alıcı, hasara, tüm artakalanlar ya da zarar görmeyenler teslim edilseydi sözleşmede kararlaştırılan miktarın ne kadarı tatmin edilemeyecektiye, o ölçüde katlanır.

IX. CISG uyarınca, taşınmakta olan malların satışında, hasar, kural olarak satış sözleşmesinin kurulması anından itibaren alıcıya geçer. Malların taşınmasından söz edilebilmesi için satışa konu malların yüklenmiş olmasına ya da fiili taşıma işleminin başlamasına gerek yoktur. Satış sözleşmesinin çeşit borcu içermesi durumunda, hasar, çeşidin ayırt edilerek sözleşmeye özgülenmesi anından itibaren alıcıya geçer. İstisnai olarak, hasarın, geriye etkili etkili bir biçimde, satılanın taşıyıcıya verilmesinden itibaren alıcıya geçmesinden söz edilebilmesi için koşulların bunu haklı göstermesi gerekir. Ancak koşulların haklı göstermesi ifadesi dar yorumlanmalıdır. Taşıma sözleşmesini somutlaştıran, onun varlığını kanıtlayan belgelerin bulunmaması ya da bu belgelerin taşıyıcı tarafından düzenlenmemesi durumunda, koşullar haklı gösterse bile, nakil hâlindeki malların satışında hasar, satış sözleşmesinin geçerli olarak kurulmasından itibaren, ileriye etkili olarak alıcıya geçer.

X. CISG uyarınca, aranacak borç içeren satışlarda hasar, satılanın alıcıya teslim edilmesiyle geçer. Malların alıcıya teslimi sırasında, yüklemenin başlamasıyla birlikte hasar alıcıya geçer ve yükleme süresince hasara alıcı katlanır. Alıcının malları zamanında teslim almaması durumunda, hasar malların alıcının tasarrufuna hazır bulundurulduğu ve alıcının söz konusu malı teslim almayarak davranışının sözleşmeye aykırı hâle geldiği anda geçer. Ayrıca, alıcının satılanı teslim almama dışındaki diğer bir nedenle satış sözleşmesini ihlâl etmesi hâlinde de, hasarın alıcıya geçmesi söz konusu olabilir.

XI. CISG'nin 70. maddesi uyarınca, satıcının sözleşmeyi ihlâl etmesi, alıcının sahip olduğu haklara hâle vermez. Maddenin düzenleme alanı, satıcının sözleşmenin esaslı ihlâliyle malların sonradan kaybolması ya da zarar görmesi arasında herhangi bir bağlantının bulunmadığı durumlardır. CISG'nin 70. maddesinde sadece sözleşmenin esaslı ihlâlinden bahsedilmiştir. Ancak bundan yola çıkılarak, CISG'nin 70. maddesinin, satıcının sözleşmeyi ihlâlinin esaslı olmadığı hâllerde, hasarın 67, 68 veya 69. madde gereğince alıcıya geçmesinden sonra alıcının sahip olduğu hakları kullanmasını engellediği söylenemez. CISG'nin 70. maddesinde sadece sözleşmenin esaslı ihlâline yer verilmesinin nedeni, alıcının esaslı ihlâl karşısında sözleşmeden dönme ya da malın yenisiyle değiştirilmesini talep hakkını kullanmak istemesi hâlinde, malı iade edemeyecek durumda olmasına rağmen, bu hakları kullanabileceğinin vurgulanmak istenmesidir.

XII. Incoterms®'in hasarın geçişine ilişkin düzenlemeleri gerek ulusal gerekse de uluslararası satış sözleşmelerinde uygulanabilir niteliktedir. Tarafların satış sözleşmesinde Incoterms®'e ve açıkça göndermede bulunmalarının dışında, genel olarak 'Incoterms' kelimesini ya da üç harfli terimlerden birini kullanması

durumunda da, tarafların Uluslararası Ticaret Odası tarafından hazırlanan Incoterms®'e göndermede bulundukları şeklinde yorum yapılabilir. Böyle bir durumda, sözleşmenin kurulma anında yürürlükte olan Incoterms® sözleşmeye uygulanmalıdır. Ayrıca uluslararası bir satış sözleşmesinde, tarafların açıkça Incoterms® kurallarının uygulanacağı kararlaştırmamasına rağmen, taraflar arasındaki uzun süreden beri devam eden ticari ilişkide, düzenli olarak Incoterms® kurallarının kullanılması söz konusuysa, tarafların uygulanmasını kabul ettiği teamüller ve tarafların aralarında yerleşmiş olan alışkanlıklar kapsamında, taraflar Incoterms®'le bağlı olur. Buna karşılık, Incoterms®'in CISG'nin 9. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, tarafların bilmesi gereken teamüller kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir.

XIII. Taraflar arasında akdedilen satış sözleşmesinde Incoterms®'e yer verilmesi durumunda, eğer sözleşme CISG'nin uygulama alanına giriyorsa, Incoterms® kuralları ve CISG birlikte uygulanır. CISG hasarın geçişi konusunda Incoterms® kuralını tamamlayıcı bir işlev görmektedir. Bu durum, Türk Borçlar Kanunu'nun emredici olmayan hükümleri bakımından da geçerlidir.

KAYNAKÇA

ACAR, Hakan: Uluslararası Satışlarda Hasar Riskinin Geçişi, İstanbul, 2009.

AKÇAAL, Mehmet: “Satış Sözleşmesinde Yarar ve Hasarın Geçişi”, Konya Barosu Dergisi, Yıl 41, S. 24, 2013, s. 50-53.

AKGÜN, M. Zerrin: “Menkul Bey’inde Hasar”, Adalet Dergisi, Yıl 44, Sayı 3, 1953, s. 251-263.

AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ KARAMAN, Derya: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri, 23. Bası, İstanbul, 2014.

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

AKYİĞİT, Ercan: Yeni Borçlar Kanununa Göre Satış-Mal Değişimi ve Bağışlama Sözleşmeleri, Ankara, 2011.

AKYOL, Şener: Borçlar Hukuku Genel Hükümler I, İstanbul, 1995.

ALAZEMI, Essa: “Passing of Risk in International Contracts of Sale of Goods; A Comparative Study Between the United Nations Convention on Contracts for Sale of Goods 1980 and the English Sale of Goods Act 1979”, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/alazemi.html#bib> (Çevrimiçi).

ALTAY, Sabah: Satım Sözleşmesinde Hasarın Geçişi, İstanbul, 2008.

ALTAY, Sabah: “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu ve Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması (CISG) Uyarınca Hasarın Alıcıya Geçişi”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2013/1, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Anlaşması’nın (CISG) Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Değerlendirilmesi Sempozyumu Özel Sayısı, İstanbul, 2015, s. 183-224. (*Türk Borçlar Kanunu*)

ANSAY, S. Şakir: “Menkul Mallarda Mülkiyetin ve Hasarın İntikali Hakkında Muhtelif Sistemler Arasında Bir Mukayese”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 10, Sayı 1, 1953, s. 4450-456.

ANTALYA, O. Gökhan/Topuz, Murat: Medeni Hukuk Giriş Temel Kavramlar Başlangıç Hükümleri, İstanbul, 2015.

ANTALYA, O. Gökhan: Türk, İsviçre ve Alman Hukuklarında Tecrübe veya Muayene (Alıcının Onaylaması) Şartıyla Satım, İstanbul, 1993.

ARAL, Fahrettin/Ayrancı, Hasan: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 11. Bası, Ankara, 2015.

ARSLANLI, Halil: Ticarî Bey', Ankara, 1952.

ATAMER, Yeşim M.: “Satım Sözleşmesinde Hasarın İntikali Anı”, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul, 2010, s. 129-167. (*Hasarın İntikali*)

ATAMER, Yeşim M.: “Taşınır Satımı Sözleşmesi”, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu Makaleler-Tebliğler, Derleyen: İnceoğlu, M. M., İstanbul, 2012, s. 187-195. (*Taşınır Satımı Sözleşmesi*)

ATAMER, Yeşim M.: Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, İstanbul, 2005. (*Satıcının Yükümlülükleri*)

AYAN, Mehmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 11. Bası, Ankara, 2016.

AYDOĞDU, Murat/Kahveci, Nalan: Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 2. Bası, Ankara, 2014.

AYİTER, Kudret: “Roma Hukukunda Alım Satım Akdinde Hasarın İntikali”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 14, Cilt 1-4, 1957, s. 122-142.

BAKIR, Turan: “Alım-Satım Akdinde Hasar Problemi”, Adalet Dergisi, Ankara, 1954, s. 1091-1103.

BAŞOĞLU, Başak: Borcun İfasındaki İmkânsızlık, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, İstanbul, 2013, s. 307-346.

BECKER, Herman (Çev. DURA, A. Suat): İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi: İkinci Bölüm Çeşitli Sözleşme İlişkileri Madde: 184-551, Ankara, 1993.

BELL, Kevin: “The Sphere of Application of the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods”, Pace International Law Review, Volume 8, Issue 1, 1996, s. 237-258.

BERKİ, A. Himmet: Mecelle (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye), Ankara, 1959,

BERMAN, Harold J./LADD, Monica: “Risk of Loss or Damage in Documentary Transactions Under the Convention on the International Sale of Goods”, Cornell International Law Journal, Volume 21, Issue 3, 1988, s. 423-437.

BIANCA C. Massimo/BONELL, M. Joachim (Ed.): Commentary on the International Sales Law the 1980 Vienna Sales Convention, Giuffrè-Milan, 1987.

BİLGE, Necip: Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri, Ankara, 1971.

BİNGÖL, F. İtir: Uluslararası Ticarî Satım Sözleşmelerinde Mücbir Sebep, Ankara, 2011.

BOLLÉE, Sylvain: “The Theory of Risks in the 1980 Vienna Sale of Goods Convention”, Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 1999-2000, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bollee.html> (Çevrimiçi).

BRIDGE, Michael: “The Transfer of Risk under the UN Sales Convention 1980 (CISG)”, Sharing International Commercial Law across National Boundaries:

Festschrift for Albert H. Kritzer on the Occasion of his Eightieth Birthday, Londra, 2008, s. 77-105.

BUYDAERT, Michiel: “The Passing of the Risk in International Sale of Goods: A Comparison between CISG and INCOTERMS”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gent, 2013, http://lib.ugent.be/fulltxt/RUG01/002/060/824/RUG01-002060824_2013_0001_AC.pdf (Çevrimiçi).

BUZ, Vedat: Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara, 2014.

CİHAN, A. Hulki: Kullandırma Sözleşmelerinde Hasar, İstanbul 2015.

CİHAN, Hulki: “818 s. Borçlar Kanunu ve 6098 s. Türk Borçlar Kanunu Yönünden Karşılaştırmalı Olarak Satış Sözleşmesinde Yarar ve Hasarın Geçişi”, Ersin Çamoğlu’na Armağan, İstanbul, 2013, s. 267-293.

COETZEE, Juana: “Incoterms 2010: Codified Mercantile Custom or Standard Contract Terms”, Stellenbosch Law Review, Volume 23, 2012, s. 564-582. (*Incoterms® 2010*)

COETZEE, Juana: “The Interplay Between Incoterms® and the CISG”, Journal of Law & Commerce, Volume 32, 2013, s. 1-21. (*CISG*)

ÇAKIRCA, S. İrem: “Satımda Edim ve Karşı Edim Hasarının Alıcıya Geçmesi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 65, Sayı 1, İstanbul, 2007, s. 177-205.

ÇETİNER, Bilgehan: “Yeni Türk Borçlar Kanunu’nda Yarar ve Hasarın İntikali ile Satıcının Ayıptan Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 67, Sayı 1-2, 2009, s. 97-113.

DOĞAN, Fatih: “Incoterms Tarihi Gelişimi, Geçerlilik Kaynağı, Münferit Klotlar, Son Değişiklikler”, Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı, İstanbul, 2002, s. 335-367.

DOĞAN, Mustafa: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Hasarın İntikali, Ankara, 2016.

DURAL, Mustafa/SARI, Suat: Türk Özel Hukuku Cilt I Temel Kavramlar ve Medenî Kanunun Başlangıç Hükümleri, 10. Bası, İstanbul, 2015.

DURAL, Mustafa: Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık, İstanbul, 1976.

EDİS, Seyfullah: Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 4. Bası, Ankara, 1989.

ELBİR, H. Kemal: “Mülkiyeti Muhafaza Mukavelesine Müteallik Umumi Mülâhazalar ve Bu Müessesenin Hukuki Mahiyeti”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 18, Sayı 1-2, İstanbul, 1952, s. 184-221.

ENDERLEİN, Fritz/MASKOW, Dietrich: International Sales Law, New York, 1992.

ENGİN, B. İlkay: “Aynı Alacağın Birden Fazla Kişiye Temlikinde Önceliğin Belirlenmesi Bakımından BK. 10 Hükümünün Bir İşlevi Var Mıdır?”, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, İstanbul, 2000, s. 313-321.

ERAUW, Johan: “CISG Articles 66-70: The Risk of Loss and Passing It”, Journal of Law and Commerce, Volume 25, 2005, s. 203-217.

ERDEM, H. Ercüment: “Incoterms 2000”, Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı, I. Cilt, İstanbul, 2001, s. 179-218. (*Incoterms® 2000*)

ERDEM, H. Ercüment: “Incoterms® 2010”, Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan, İstanbul, 2011, s. 219-235. (*Incoterms® 2010*)

ERDEM, H. Ercüment: “Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (Viyana Satım Sözleşmesi)”, BATİDER, Cilt 16, Sayı 3, 1992, s. 35-105.

ERDOĞMUŞ, Belgin: Roma Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul, 2012.

EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. Bası, Ankara, 2015. (*Borçlar Genel*)

EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 2. Bası, Ankara, 2015. (*Borçlar Özel*)

EREN, Fikret: Mülkiyet Hukuku, 3. Bası, Ankara, 2014. (*Mülkiyet*)

ERKAN, Kutluhan: CISG Gereğince Alıcının Sözleşmeden Dönmesi, İstanbul, 2013.

ERZURUMLUOĞLU, Erzan: Sözleşmeler Hukuku (Özel Borç İlişkileri), 5. Bası, Ankara, 2015. (*Sözleşmeler Hukuku*)

ERZURUMLUOĞLU, Erzan: Türk-İsviçre Borçlar Hukuku Sistemine Göre Borçluya Yüklenemeyen Nedenlerden Dolayı Edimin Yerine Getirilememesi, Ankara, 1970.

FERRARI, Franco: “Fundamental Breach of Contract Under the UN Sales Convention - 25 Years Article 25 CISG -”, Journal of International Business & Law, Volume 25, 2006, s. 489-508.

FEYZİOĞLU, F. Necmeddin: Borçlar Hukuku, İkinci Kısım, Akdin Muhtelif Nevileri (Özel Borç İlişkileri), Cilt I, 4. Bası, İstanbul, 1980.

FLAMBOURAS, Dionysios: “Transfer of Risk in the Contract of Sale involving Carriage of Goods: A Comparative Study in English Law, Greek Law and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods” *International Trade and Business Law Annual*, 87, 2001, s. 87-149.

FRANKO, Nisim: “Satım Akdinde Hasarın İntikali”, Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan, Ankara, 1998, s. 349-369, s. 349-370.

GREWAL, Shivbir S.: “Risk of Loss in Goods Sold during Transit: A Comparative Study of the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods, the U.C.C., and the British Sale of Goods Act”, *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, Volume 14, 1991; s. 93-119.

GÜMÜŞ, M. Alper: *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt I*, 3. Bası, İstanbul, 2013.

GÜNAY, C. İlhan: *Türk Borçlar Kanunu Şerhi*, 2. Bası, Ankara, 2015.

HATEMİ, Hüseyin/GÖKYAYLA, K. Emre: *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 3. Bası, İstanbul, 2015.

HATEMİ, Hüseyin: *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*, İstanbul, 1999.

HAVUTÇU, Ayşe: “İfa Engelleri ve İfa Engellerine Bağlanan Hukuki Sonuçlar”, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011) Sempozyum No: III, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, İstanbul, 2011, s. 317-337.

HEIDERHOFF, Bettina (Çev. GENÇSOY, Ajda): “CISG’nin Uygulama Alanı: Konu Bakımından” *Milletlerarası Satım Hukuku-Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG)* (Ed. Atamer, Y. M.), 2. Tıpkı Bası, İstanbul, 2012, s. 25-36.

HONNOLD, John O./FLECHTNER, Harry M.: Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention, 4. Edition, Alphen aan den Rijn, 2009.

HONNOLD, John O.: “Introduction to the Symposium”, Cornell International Law Journal, Volume 21, Issue 3, 1988, s. 419-422.

İŞIKTAÇ, Yasemin: Hukuk Başlangıcı, 2. Tıpkı Bası, İstanbul, 2012.

İLHAN, Cengiz: Günümüz Türkçesiyle Mecelle (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye), 2. Tıpkı Bası, Ankara, 2014.

KANIŞLI, Erhan: CISG Uyarınca Alıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılık Halinde Satıcının Hakları, İstanbul, 2013.

KARAHASAN, M. Reşit: Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Birinci Cilt, İstanbul, 2002.

KAŞIKÇI, Osman: İslâm ve Osmanlı Hukukunda Mecelle, İstanbul, 1997.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukukî İşlem, Sözleşme, Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, 6. Tıpkı Bası, İstanbul, 2014.

KOCH, Robert: “The Concept of Fundamental Breach of Contract under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)”, Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), 1998, 177-354.

KRÖLL, Stefan/MİSTELIS, Loukas/VİSCASILLAS P. Perales (Ed.): UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), Münih, 2011.

KUNTALP, Erden: Ard Arda Teslimli Satım Akdi, Ankara, 1968.

KUNTALP, Erden: Türk Borçlar Kanunu Tasarısına İlişkin Değerlendirmeler, İstanbul, 2005.

KURT, L. Müjde: Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık (TBK m. 136), Ankara, 2016.

KURU, Baki: İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, İstanbul, 2016.

LEUNG, William: “The Dual Role of the Freight Forwarder: Vastfame Camera Ltd v Birkraft Globistics Ltd, 2005 High Court of Hong Kong 117, Stone J, 5 October 2005; 2005 AMC 2864 (High Court of Hong Kong, 2005)”, Journal of Maritime Law & Commerce, Volume 38, No. 1, 2007, s. 97-110.

MALFLIET, Jonas: “Incoterms 2010 and the Mode of Transport: How to Choose the Right Term”, Management Challenges in the 21st Century: Transport and Logistics: Opportunity for Slovakia in the Era of Knowledge Economy, Proceedings. 2011, s. 163-179.

MISTELIS, Loukas (Çev. YASAN, Candan): “CISG’nin Uygulama Alanı: Yer, Zaman ve Kişi Bakımından” Milletlerarası Satım Hukuku-Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) (Ed. Atamer, Y. M.), 2. Tıpkı Bası, İstanbul, 2012, s. 7-24.

MUŞUL, Timuçin: İcra ve İflâs Hukuku, 3. Bası, Ankara, 2008.

NDLOVU, Portia: “Incoterms 2010: A Consideration of Certain Implications of the Amendments to the Traditional Incoterms 2000”, The Comparative and International Law Journal of South Africa, Volume 44(2), 2011, s. 204-224.

NOMER, H. Nami/ENGİN, B. İlkey: Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Özel Borç İlişkileri, Cilt I: Satış Sözleşmesi, Birinci Fasikül: Giriş; Madde 207-211, 245, Ankara, 2013.

NOMER, H. Nami: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 13. Bası, İstanbul, 2013.

OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt-1, 12. Bası, İstanbul, 2014.

OĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY ÖZDEMİR, Saibe: Eşya Hukuku, 15. Bası, İstanbul, 2012.

ORUÇ, Murat: Satış Sözleşmesinde Riskin Geçişi, İstanbul, 2015.

ÖZ, Turgut: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) ile Türk Borçlar Kanunu'nun İlgili Hükümlerinin Kısa Karşılaştırması, İstanbul, 2016.

ÖZDEMİR, F. Özge: “Milletlerarası Mal Satımlarına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın Birinci Madde Hükümünün İncelenmesi”, Milletlerarası Özel Hukuk Çerçevesinde Milletlerarası Mal Satımına İlişkin BM. Sözleşmesinin Uygulama Alanı (Ed. Öztekin Gelgel, G./Giray, F. K), İstanbul, 2014, s. 1-27.

ÖZDEMİR, Hayrunnisa: “Satış Sözleşmesinde Yarar ve Hasarın İntikali”, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011) Sempozyum No: III, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, İstanbul, 2011, s. 359-379.

ÖZMEN, S. Etem: “Tapu Daireleri Uygulamaları Üzerine Düşünceler”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 86, Sayı 4, 2012, s. 42-54.

ÖZSUNAY, Ergun: “CISG'in Oluşum Tarihçesi”, Milletlerarası Mal Satım Hukuku (CISG) (Ed. Okur, S.), Ankara, 2016, s. 15-23.

ÖZTAN, Bilge: Medenî Hukukun Temel Kavramları, 40. Bası, Ankara, 2015.

PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral/ÖZEKES, Muhammet: İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 2. Bası, Ankara, 2015.

PULAŞLI, Hasan: Şarta Bağlı İşlemler ve Hukukî Sonuçları, Ankara, 1989.

PULAŞLI, Hasan: “Mülkiyeti Saklı Tutma Anlaşması ve Bundan Doğan Sorunlar”, Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, Sayı 56, Ankara, 1987.

RADO, Türkan: “Alım Satım Bahsinde Roma Hukuku Prensiplerinin Hukukumuzda Tesiri”, Samim Gönensay’a Armağan, İstanbul, 1955, s. 498-512.

RADO, Türkân: Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku, İstanbul, 2006. (*Borçlar Hukuku*)

RAMBERG, Jan: “CISG and INCOTERMS 2000 in Connection with International Commercial Transactions”; Sharing International Commercial Law across National Boundaries: Festschrift for Albert H. Kritzer on the Occasion of his Eightieth Birthday, Londra, 2008, s. 394-403. (*CISG*)

RAMBERG, Jan: “Incoterms 2000 - The Necessary Link Between Contracts of Sale and Contracts of Carriage”, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, Volume 58, 2008, s. 35-46. (*Sale*)

RAMBERG, Jan: “Incoterms® 2010”, Penn State International Law Review, Volume 29, 2011, s. 415-424. (*Incoterms® 2010*)

RAMBERG, Jan: “To What Extent do INCOTERMS 2000 Vary Articles 67(2), 68 and 69?”, Journal of Law and Commerce, Volume 25, 2005, s. 219-222. (*Incoterms® 2000*)

REYHANİ YÜKSEL, Sera: “Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Hasarın Geçışı”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2013.

ROMEIN, Annemieke: “The Passing of Risk A Comparison Between the Passing of Risk Under the CISG and German Law”, Heidelberg, 1999, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/romein.html> (Çevrimiçi).

ROTH, P. M.: “The Passing of Risk”, The American Journal of Comparative Law, Volume 27, 1979, s. 291-310.

RUHİ, A. Cemal: İcra ve İflâs Hukukuna Göre İhale ve İhalenin Feshi, 2. Bası, Ankara, 2013.

SCHLECHTRIEM, Peter/SCHWENZER, Ingeborg (Ed.): Schlechtriem & Schwenger: Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG), 4. Edition, Oxford, 2016.

SCHLECHTRIEM, Peter: “Requirements of Application and Sphere of Applicability of the CISG”, Victoria University of Wellington Law Review, Volume 4, 2005, s. 781-794.

SCHWARZ, Andreas B. (Çev. AYİTER, Kudret): “Satış Akdinde Hasarın İntikali”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 4, Sayı 1-4, 1947, s. 159-167.

SEROZAN, Rona: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Üçüncü Cilt, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Arpacı, 6. Bası, İstanbul, 2014. (*İfa*)

SEROZAN, Rona: Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul, 2002. (*Borçlar Özel*)

SEROZAN, Rona: Eşya Hukuku I, 3. Bası, İstanbul, 2014. (*Eşya Hukuku*)

SEROZAN, Rona: Hukukta Yöntem, İstanbul, 2015.

SEROZAN, Rona: Medeni Hukuk, 6. Bası, İstanbul, 2015.

SEROZAN, Rona: Mülkiyeti Saklı Tutma Anlaşması, İstanbul, 1968. (*Mülkiyeti Saklı Tutma Anlaşması*)

SEROZAN, Rona: Sözleşmeden Dönme, 2. Bası, İstanbul, 2007. (*Sözleşmeden Dönme*)

SEVÓN, Lief: “Passing of Risk”, Presentation of Schweizerisches Institut für Rechtsvergleichung, Wiener Übereinkommen von 1980, Lausanner Kolloquium 1984, Zürich, 1985, s. 191-206.

SİRMEN, A. Lâle.: Eşya Hukuku, 2. Bası, Ankara, 2014.

SİRMEN, A. Lâle: Türk Özel Hukukunda Şart, Ankara, 1992. (*Şart*)

SOMER, Pervin: 100 Soru-100 Cevap Roma Borçlar Hukuku, İstanbul, 2013.

SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, Özlem: Tarihsel ve Dogmatik Açıdan Periculum Est Emptoris (Hasar Alıcıya Aittir), Ankara, 2010.

ŞANLI, Cemal /Ekşi, Nuray: Uluslararası Ticaret Hukuku, 2. Bası, İstanbul, 2003.

ŞENOCAK, Zarife: “Borçlar Kanunu’nun 96 vd. ve 194 vd. Maddeleri Açısından <<Aliud>>un (başka şeyin) Teslimi”, BATİDER, Cilt XV, Sayı 1, 1989, s. 113-135. (*Aliud*)

ŞENOCAK, Zarife: Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu, Ankara, 1995.

TAHİROĞLU, Bülent: Roma Borçlar Hukuku, İstanbul, 2009.

TANDOĞAN, Halûk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt I, 6. Tıpkı Bası, İstanbul, 2008.

TANGÜN, A. Kürşat: “Incoterms 2010 ile Getirilen Yenilikler”, Legal Hukuk Dergisi, Cilt 10, Sayı 119, 2012, s. 113-123.

TARMAN, Z. Derya: Türk Satım Hukukunda Yeni Bir Dönem: Viyana Satım Antlaşması’nın Milletlerarası Satım Sözleşmelerine Etkisi, İpek Yolu Canlanıyor: Türk-Çin Hukuk Zirvesi Konferans Bildiri Kitabı, Ankara, 2013.

TEKİNAY, S. Sulhi/AKMAN, G. Sermet/BURCUOĞLU, Halûk/ALTOP, Atilla: Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul, 1993.

TEKİNAY, S. Sulhi/AKMAN, G. Sermet/BURCUOĞLU, Halûk/ALTOP, Atilla: Tekinay Eşya Hukuku Cilt I, 5. Bası, İstanbul, 1989.

TERCIER, Pierre/PICHONNAZ, Pascal/DEVELİOĞLU, H. Murat: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2016.

TİRYAKİOĞLU, Bilgin: Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk, Ankara, 1996.

TOKER, A. Gümrah: Uluslararası Taşınır Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’nin (Viyana Sözleşmesi) Uygulama Alanı, Ankara, 2005.

TOPUZ, Seçkin/CANBOLAT, Ferhat: “Türk-İsviçre ve Alman Hukukunda İmkânsızlığın Düzenlenişi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 57, Sayı 3, 2008, s. 673-718.

TUNÇOMAĞ, Kenan: Borçlar Hukuku II. Cild Özel Borç İlişkileri, 2. Bası, İstanbul, 1974.

TUNÇOMAĞ, Kenan: Türk Borçlar Hukuku Cilt I Genel Hükümler, 6. Bası, İstanbul, 1976. (*Genel Hükümler*)

TURAN BAŞARA, Gamze: “Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık Sebebiyle Borcun Sona Ermesi”, Çankaya University Journal of Law, Sayı 7/1, 2008, s. 1-22.

UYGUR, Turgut: Açıklamalı ve İçtihatlı Borçlar Kanunu Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, IV. Cilt (Madde 109-213), 2. Bası, Ankara, 2003.

VALIOTI, Zoi: “Passing of Risk in International Sale Contracts: A Comparative Examination of the Rules on Risk under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Vienna 1980) and INCOTERMS 2000” Nordic Journal of Commercial Law, Issue 2, 2004, s. 2-51.

VELİDEDEOĞLU, H. Veldet/ÖZDEMİR, Rafet: Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara, 1987.

VON HOFFMANN, Bernd: “Passing of Risk in International Sales of Goods” International Sale of Goods: Dubrovnik Lectures (Ed. Sarcevic, P. /Volken, P.), New York, 1986, s. 265-303.

YAVUZ, Cevdet/ACAR, Faruk/ÖZEN, Burak: Türk Borçlar Kanunu Özel Hükümler, İstanbul, 10. Bası, 2014.

YAVUZ, Nihat: “Edime Uygun İfa İlkesi ve Aliud Kavramı”, Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan, II. Cilt, Ankara, 2010, s. 2287-2299.

YAVUZ, Nihat: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi I. Cilt, Ankara, 2013.

YETİŞ ŞAMLI, Kübra: “Borçlar Kanunu ve CISG Çerçevesinde Hasarın İntikali”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 65, Sayı 1, İstanbul, 2007, s. 303-349.

YILDIRIM, Abdulkerim: “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Taşınmaz Satışında Hasarın İntikali”, BATİDER, Cilt 31, Sayı 2, 2015, s. 257-302.

YILDIRIM, Abdulkerim: Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 4. Bası, 2016. (*Genel Hükümler*)

YILMAZ, Süleyman: “Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Çerçevesinde Hasarın İntikali”, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt 9, Sayı 100, 2014, s. 135-145.

ZEVLİLER, Aydın/GÖKYAYLA, K. Emre: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, 14. Bası, 2014.

ZEYTİN, Zafer: Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri (CISG) Hukuku, Ankara, 2011.

ÖZET

Bu çalışmada, satış sözleşmesinde hasarın geçişi konusu, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ve Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) çerçevesinde incelenmektedir. Bu kapsamda birinci bölümde, genel olarak, hasar kavramı, hasarın görünüm biçimleri, satış sözleşmesinde hasarın geçişi kavramı ve satış sözleşmesinde hasarın geçişinin tarihi gelişimi ele alınmaktadır. Çalışmanın ikinci bölümünde, Türk Borçlar Kanunu uyarınca satış sözleşmesinde hasarın geçişi konusu, edim hasarı ve bedel hasarı yönünden ayrı ayrı incelenmektedir. Söz konusu inceleme kapsamında, edim hasarının geçişi konusu, parça ve çeşit borçları bakımından ele alınmaktadır. Diğer yandan, bedel hasarının geçişi konusu, sözleşmenin ifa yerine göre yapılan bir ayımla, aranacak, götürülecek ve gönderilecek borç içeren satış sözleşmeleri bakımından ayrı ayrı incelenmektedir. Bedel hasarının geçişi konusunda, Kanun'da açık bir düzenleme bulunmamasına rağmen, parça ve çeşit borcu ayırımı dikkate alınmaktadır. Koşula bağlı satış sözleşmelerinde bedel hasarının geçişi konusunda, geciktirici koşul ve bozucu koşul üzerinde ayrı ayrı durulmaktadır. Taşınmaz satışlarında hasarın geçişi hususunda, tapuya kayıtlı olmayan taşınmazlar hakkında da birtakım açıklamalarda bulunmaktadır. Çalışmanın üçüncü ve son bölümünde, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'nda ve Incoterms® kurallarında hasarın geçişi konusuna yer verilmiştir. Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın hasarın geçiş anına ilişkin düzenlemeleri, gönderilecek borç içeren satış sözleşmeleri, nakil hâlindeki malların satışı, aranacak borç içeren veya satılanın farklı bir yerde teslim edileceği satış sözleşmeleri açısından detaylı olarak

incelenmeye çalışılmaktadır. Incoterms® 2010 kurallarında hasarın geçişi konusu, borçların alıcı ve satıcı arasındaki dağılımı dikkate alınarak yapılan gruplandırmaya göre açıklanmaktadır.

Anahtar Sözcükler: Hasar, Edim Hasarı, Bedel Hasarı, Hasarın Geişi, Türk Borçlar Kanunu, CISG, Incoterms



ABSTRACT

In this study, the passing of risk in the contract of sale is examined within the scope of Turkish Code of Obligations numbered 6098 and United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG). In this context, in the first part, the notion of risk, different types of risk, the concept of the passing of risk in the contract of sale and historical development of the passing of risk in the contract of sale are generally handled. In the second part of the study, the passing of risk under the Turkish Code of Obligations is analyzed with regard to the passing of the price risk and the passing of the risk of non-performance. Within the context of relevant analysis, the passing of risk of non-performance is examined from the point of view of indeterminate and specific obligations. On the other hand, the passing of price risk is handled in compliance with a conducting analysis according to place of performance of contract of sale that including an obligation to be collected at the debtor's address or to be performed at the creditor's address or to be dispatched what is owed. In the matter of the passing of price risk, the differentiation between indeterminate and specific obligation is taken in consideration even though there is a gap in law. The passing of risk in the conditional contracts of sale is respectively explained in respect to suspensive condition and resolute condition. On the subject of sale of immovable property, several explanations are given about the unregistered land as well. The third and last part of the study, the passing of risk under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) and Incoterms® rules is explained. Within this context, the moment of the passing of risk under the CISG is examined in detail with regard to the sale that involving to be dispatched what is owed, the sale of goods in transit, the sale that including an

obligation to be collected at the debtor's address and the sale of goods in storage or the sale of goods for which another place of fulfillment has been agreed. The passing of risk under the Incoterms® 2010 rules is explained in accordance with categories which are arranged according to the distribution of obligations between seller and buyer.

Key Words: Risk, Risk of Non-Performance, Price Risk, Passing of Risk, Turkish Code of Obligations, CISG, Incoterms

