

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu ve Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması (CISG) Uyarınca Hasarın Alıcıya Geçişi

Yard. Doç. Dr. Sabah ALTAY*

GİRİŞ

Borcun ifasının amacı, alacaklının tatmin edilmesi suretiyle borcun sona erdirilmesidir. Alacaklının tatmin edilmesi olarak öngörülen amaç ise, ifa olgusunun borçludan ziyade alacaklı yönünden ele alınması sonucunu doğurmaktadır. Bu bakış açısına bağlı olarak, satış sözleşmesine ilişkin genel düşüncenin, alıcının sözleşmeye uygun, ayıpsız bir satılanın mülkiyetini devralmadığı sürece, satıcıya herhangi bir ödemede bulunmak zorunda olmaması gerektiği yönünde olduğu söylenebilir. Edim ve karşı edim dengesi anlayışının sonucu olan bu düşüncenin, hakkaniyete uygun olduğu da bir gerçektir. Zira, alıcının haklı beklentisi, satıcının borca uygun ifası sonucunda edim sonucuna kavuşmak, yani satılanı eksiksiz ve ayıpsız olarak elde etmektir. Ne var ki, bu çalışmanın konusunu teşkil eden satış sözleşmesinde hasarın geçişi hukukî olgusu; borcun doğumu ile ifası yani satış sözleşmesinin kurulması ile alıcının satılanın mülkiyetini edinmesi arasındaki dönemde, satıcıdan kaynaklanmayan ve sözleşmeye uygun bir teslimi engelleyen bazı maddî vakıaların gerçekleşmesi halinde, satıcının teslim borcundan kurtulması sonucunda alıcıyı satılanı hiç veya sözleşmeye uygun bir şekilde elde etmemiş olmasına rağmen, ifayı talep etme hakkından yoksun bırakabilmekte, bununla da kalmayarak kendi borcu olan karşı edimi yani satış bedelini ödemeye zorlayabilmektedir. Böylece, satış sözleşmesinde¹ hasarın alıcıya geçişi sorunu, alıcının

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

¹ 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girmiş bulunan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda 818 sayılı Borçlar Kanunundan farklı olarak "satım" yerine "satış" terimi tercih edilmiş, bunun

satılanın mülkiyetini, sözleşmede kararlaştırıldığı gibi ayıpsız ve eksiksiz bir şekilde elde etme yönündeki ifa menfaatini, sözleşmenin her iki tarafının da sorumlu olmadığı sebeplerle hiç veya gereği gibi elde edememesine rağmen, satış bedelinin tamamını satıcıya ödemek zorunda kalma riskini² ve alıcının hangi andan itibaren bu riski taşımaya başlayacağını belirlenmesini ifade etmektedir. Bu yönüyle konu; satıcının bir yandan aslî edim yükümlülüğünü ifade eden satılanı teslim borcunun ne zaman sona ermiş sayılacağı, diğer yandan da satıcının satılanın kısmen ya da tamamen teslim edilmemesinden veya alıcıya bir şekilde teslim edilmiş satılanın ayıplarından dolayı sorumluluğunun sınırlarıyla yakından ilgilidir. Zira, hasarın alıcıya geçmesi anından itibaren satıcı sözleşmeye uygun bir ifade bulunmuş olmamasına rağmen, söz konusu yükümlülüklerinden tamamen kurtulmuş sayılacak ve alıcı da, sanki satılanı sözleşmeye uygun bir şekilde tam ve ayıpsız olarak teslim almış gibi satış bedelinin tamamını ödemek durumunda kalacaktır. Bu sonuç, satıcının belirli bir andan itibaren satılanın piyasa değerinden yoksun kalma riskini tamamen alıcıya yükleyebilmesi anlamını taşır³.

İlk bakışta adaletsiz gibi gözükse de bu durum, bir yandan teslim borçlusu satıcının edim yükümlülüğünün bir sınırı olduğu, borcun doğumundan sonra kendisinden kaynaklanmayan sebeplerle borca uygun bir ifayı gerçekleştirmenin mümkün olmamasına rağmen, sürekli olarak mutlak bir sağlama ve

gerekçesi olarak satımın sözleşmeyi sadece satıcı yönünden ifade ettiği belirtilmiştir. Ne var ki, 1 Ağustos 2011 tarihinde yürürlüğe giren Milletlerarası Mal Satımları Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması'nın (çalışmanın bundan sonraki bölümlerinde kısaca "Anlaşma" veya "CISG" olarak ifade edilecektir.) kanunlaşan (bkz RG. 7 Nisan 2010, sayı: 27545) çevirisinde "satım" ifadesi kullanılmasının sonucunda, satım hukukuna ilişkin yasal terminoloji açısından uyumsuzluk meydana gelmiştir. Bu çalışmada, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun terminolojisine uygun olarak "satış" kavramı tercih edilmiştir.

- 2 Hasar kavramının özünde, satılan malın satıcının mülkiyetinde olması dolayısıyla, bozulma veya telef olma halinde esasen onun malvarlığında gerçekleşecek olan zarar riskinin, belirli bir andan itibaren alıcıya aktarılması ve böylece alıcının hem satış bedelini ödemek, hem de ayıpsız ve eksiksiz bir satılanın teslimini talep edememe riskiyle (tehlikesiyle) karşı karşıya kalması yatmaktadır. Bu anlayışa paralel olarak hasarın geçişi, İngiliz ve Amerikan Hukuklarında, riskin geçişi, aktarılması anlamında "transfer of risk", İsviçre ve Alman Hukuklarında ise yine "riskin geçişi" veya "riskin taşınması" anlamına gelebilen "Gefahrübergang" veya "Gefahrtragung" kavramlarıyla ifade edilmektedir. Bkz. **Günter HAGER**, Die Gefahrtragung beim Kauf, Frankfurt am Main, 1982, s. 40, vd. Türk hukukunda ise ağırlıklı olarak "hasarın geçişi" ifadesi tercih edilmektedir.
- 3 Hasarın geçişi doktrininin, sözleşmesel edimlere ilişkin olağan kuralların önüne geçtiği yönündeki tespit için bkz. **Michael BRIDGE**, CISG Uyarınca Hasarın Geçişi, Milletlerarası Satım Hukuku, Editör: Yeşim M. ATAMER, İstanbul 2008, s. 197.

sonuç borcu altında bulunmaması gerektiği (edim hasarının geçişi), diğer yandan da - günümüzün modern düzenlemelerinde olduğu gibi ifa eylemlerine dayalı âdil bir hasar dağılımının kanunî veya iradî olarak öngörülmesi şartıyla-borçlunun kendi üzerine düşen ifa eylemlerini sözleşmeye uygun bir şekilde gerçekleştirdiği sürece, kendisinden kaynaklanmayan sebeplerle edim sonucu gerçekleşme dahi, karşı edim alacağını (satış bedelini) talep edebilmesine imkân sağlanmasının âdil olduğu düşüncesiyle açıklanabilir. Gerçekten, borcun doğumu ile ifası arasındaki dönemde, satılanın parça borcu niteliğinde olması nedeniyle borcun doğumu anından veya ayırt edilmek suretiyle bireyselleştiği andan itibaren tarafların sorumluluğu bulunmaksızın meydana gelen bir ifa engelini (deprem, sel, malın taşındığı geminin batması veya ithalât yasağı gibi hukukî bir engel vs.) varlığı halinde; edimi ifa yükümlülüğünden haklı olarak kısmen veya tamamen kurtulan satıcıya, üzerine düşen edim eylemlerini tamamlamış olması hiç beklenmeksizin, bir de satış bedelinin tamamını talep etme hakkı tanımının adaletsizliği son derece açık iken (bkz. bu şekilde 818s. BK. m. 183/1); aynı durum sözleşmeden doğan eksiksiz ve ayıpsız mal teslim borcunu yerine getirmek için zaman ve emek harcamış olan, bu konuda edimi ifa için üzerine düşen eylemleri yerinde ve zamanında tamamlamış olan bir satıcı için söz konusu değildir. Zira, böyle bir satıcı, alıcının ifa menfaatini gerçekleştirmek için üzerine düşenleri yapmış fakat engelleyemediği, sorumlu olmadığı tesadüfî bir olay sonucunda, edim sonucunu gerçekleştirememiş, satılanı alıcıya sözleşmeye uygun şekilde sağlayamamıştır. Bu durumda ise, satıcıya satış bedelini talep hakkı tanımının adaletsiz olmayacağı söylenebilir.

Bu bakış açısına paralel olarak, günümüzde satış sözleşmesinde hasarın alıcıya geçiş ânının belirlenmesi konusunda kabul gören modern anlayış, satıcının teslim yükümlülüğünü borca uygun olarak yerine getirmesine yönelik ifa eylemlerini merkez almaktadır⁴. Bu gelişme, 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu çalışmalarına da yansımış ve kanun koyucu, 818 sayılı Borçlar Kanunu m. 183'te parça borçları için öngörülen ve hasarın sözleşmenin kurulmasıyla geçmesi sonucunu doğurduğu için doktrinde çokça eleştirilen sözleşme prensibini⁵ terk ederek, bazı

4 **Yeşim M. ATAMER**, Satım Sözleşmesinde Hasarın İntikali Anı- Hukuk Tarihi, Karşılaştırmalı Hukuk ve Milletlerarası Hukuk Açısından BK.m.183'ün Farklı Okunması Gerektiği, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan (Kısaltma: Atamer, Oğuzman'a Armağan.), İstanbul 2000, 131-167, s. 153, dn. 82'de anılan yazarlar.

5 Hasarın geçişinde sözleşme prensibinin ve sakıncalarının ayrıntılı açıklaması için bkz. **Turgut AKINTÜRK**, Satım Sözleşmesinde Hasarın İntikali, Ankara 1966, s. 130, vd.; **ATA-**

eksiklikleriyle beraber TBK m. 208 hükmünde hasarın geçişinde teslim prensibini kabul etmiştir. Diğer yandan, bu değişiklikten yaklaşık bir yıl önce, Türkiye’de 1 Ağustos 2011 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiş olup, tacirler arasında taşınır malları konu edinen uluslararası satış sözleşmelerine doğrudan doğruya uygulanacak olan⁶ ve kısaca CISG olarak ifade edilen Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşmasının 66-70. maddelerinde, hasarın alıcıya geçişine ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır ve bu düzenlemelerde de yukarıdaki açıklamalarımıza paralel bir şekilde hasarın alıcıya geçişi, ifa yeri esas alınarak satıcının teslim yükümlülüğüne yönelik edim eylemleri ekseninde ve uluslararası ticaretin gerekleri dikkate alınmak suretiyle düzenlenmiştir. Gerek CISG, gerekse 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda yer alan bu hükümler dikkate alındığında, son birkaç yıl içinde taşınır malların satışına ilişkin olarak, hasarın geçişi konusunda önemli değişikliklerin gerçekleştiği görülmektedir. Bu çalışmada önce taşınır malları konu edinen ulusal satış sözleşmelerinde hasarın geçişi konusunda uygulanmakta olan TBK 208 hükmü ile getirilen yenilikler ele alınacak, ardından Türk Hukukunda uluslararası satış sözleşmelerinde uygulama alanına sahip olan CISG. 67-70 hükümleri incelenmeye çalışılacaktır.

I. HASAR KAVRAMI, TÜRLERİ ve SATIM SÖZLEŞMESİNDE HASARIN GEÇİŞİ SORUNUNA GENEL BAKIŞ

Türk hukukunda hasar kavramının farklı anlamlarda kullanıldığı görülmektedir. Hatta satış sözleşmesi açısından dahi aynı durum söz konusudur. Bununla birlikte, tüm bu farklı kullanımlardaki ortak yön, yukarıda belirtildiği gibi, hasar kavramının bir tehlikeyi, bir riski ifade etmesidir. Bu risk, onu taşıyacak olan kişinin malvarlığında meydana gelebilecek olan azalmaya katlanmak durumunda kalması şeklinde gerçekleşmektedir⁷.

MER, Oğuzman’a Armağan, s. 130, vd.; **Sabah ALTAY**, Satım Sözleşmesinde Hasarın Geçiş, İstanbul 2008, s. 118, vd.

6 Nitekim Atamer, haklı olarak bu hükümlerin Borçlar Kanunu’nun satış sözleşmesini düzenleyen TBK.209-236 hükümlerinin altına “Milletlerarası Taşınır Satışı” adı altında eklenmiş gibi düşünülmesi gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. **Yeşim M. ATAMER**, Taşınır Satımı Sözleşmesi, 187-221, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu (Kısaltma: Sempozyum), İstanbul 2012, s. 194. Gerçekten, farklı ülkelerde işyerleri bulunan sözleşme taraflarından birinin işyerinin olduğu devlet Anlaşmaya taraf olmasa dahi, milletlerarası taşınır mal satış sözleşmesinden doğan bir uyumsuzluğa uygulanacak hukukun, âkit devlet olan Türkiye’nin Hukuku olduğu hallerde, CISG hükümleri, Türk iç Hukukunun bir parçası ve milletlerarası satışlara uygulanacak kanun hükümleri olarak uygulanacaktır. Bkz. CISG.m.1/1-b.

7 **HAYRUNNİSA ÖZDEMİR**, Satış Sözleşmesinde Yarar ve Hasarın İntikali, Marmara Üni-

En geniş anlamıyla hasar, doğal nedenlerle veya insan iradesinin sonucu olarak eşya üzerinde meydana gelen kırılma, yanma, bozulma, tamamen yok olma (telef olma) gibi olaylardır. Bu olaylar, bir yandan eşya üzerinde meydana gelen olumsuz sonuçları; diğer yandan da bu sebeple söz konusu eşya üzerinde aynî hak sahibi bulunanların, eşyanın yok olması, ya da bozularak değerinin düşmesi sebebiyle doğrudan doğruya uğradıkları zararı ifade ettiği için doktrinde eşyaya ilişkin hasar veya aynî hasar olarak adlandırılmaktadır. Bu yönüyle aynî hasar, herhangi bir borç ilişkisine konu olması gerekmeksizin eşya üzerinde sahip olunan aynî hakka ilişkin olduğundan, eşya hukukunu ilgilendirir ve sözleşme dışı bir görünüm arz etmektedir. Zira bir eşyanın telef olması veya bozulması, o eşya üzerinde sahip olunan mülkiyet hakkının da sona ermesi veya değerinin düşmesi sonucunu doğurduğundan, bu kayba eşyanın malikinin katlanması doğal bir sonuçtur. Bu durum, Roma Hukukundan beri “Hasara malik katlanır (casum sentit dominus/res perit domino)” şeklinde ifade edilmektedir⁸.

Aynı kavram borç ilişkisi yönünden ele alındığında, borcun konusu olan edimin ifasına ve bunun sonucunda elde edilecek edim menfaatine ilişkin bir risk olarak karşımıza çıkar. Buna göre borca ilişkin hasar; borcun doğumu ile ifası arasındaki dönemde, borç ilişkisinin her iki tarafının da sorumlu tutulamayacağı, tesadüfî bir olay sebebiyle borcun sözleşmeye uygun şekilde ifa edilmesinin (borcun ifasının ya da gereği gibi ifasının) imkânsızlaşmasının meydana getirdiği olumsuz sonuçlara taraflardan hangisinin katlanacağı, söz konusu olumsuz sonuçların taraflardan hangisinin malvarlığında doğacağı belirlenmesi sorunudur⁹. Bu tanımdaki hasar olgusu, dar ve teknik anlamda hasar olarak kabul edilmektedir. Satış sözleşmesi yönünden ele alındığında ise, borca ilişkin hasar, satıcının satılanı alıcıya sözleşmede kararlaştırıldığı gibi teslim etme borcunu ifa etmesinin, satıcının ve alıcının sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkânsızlaşmasının olumsuz hukukî sonuçlarına satıcının mı yoksa alıcının mı katlanacağı sorunudur¹⁰.

Borca ilişkin hasardaki bu risk iki yönlü olarak gerçekleşmektedir. Bun-

versitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi-Prof. Dr. Cevdet YAVUZ’a Armağan, İstanbul 2011, 359-379, s.361.

8 **ÖZLEM SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN**, Tarihsel ve Dogmatik Açından Periculum Est Emptoris, İstanbul 2010, s. 25.

9 **PAUL FİLİOS**, Die Gefahrtragung beim Kauf im Rahmen Des Synallagmas, Berlin 1964, s. 3.

10 **Haluk TANDOĞAN**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, c. I/1, İstanbul 1988, s. 106; **Liliane SIEBER**, Gefahrtragung im Kaufrecht, Zürich 1993, s. 5.

lardan ilki, edim hasarıdır. Edim hasarı, borcun doğumundan sonra, borcun konusu olan edimin ifasının ya da gereği gibi ifasının borçlunun veya alacaklının sorumluluğu bulunmaksızın mümkün olmaması durumunda hangi hukukî sonucun doğacağını belirler¹¹. Burada riskin borçluya ait olacağına karar verilirse, yani “edim hasarına borçlu katlanır” denilirse, borçlu edimi ifa etmekle yükümlü olmaya devam edecek, yani edimi yineleyecek; eğer bu riskin alacaklıya ait olacağına karar verilirse, yani “edim hasarına alacaklı katlanır” denilecek olursa, alacaklı ifa imkânsızlaştığı için artık edimin yerine getirilmesini isteyemeyecektir. Yani borçlu borcundan kurtulmuş olacak, alacaklı edimin ifasını talep etme hakkını kaybedecektir. Edim hasarı bu sebeple, edim borçlusu açısından edimi yineleme, edim alacaklısı açısından da edimden yoksun kalma tehlikesini ifade eder. Edim hasarı, sadece borçlunun ifa edeceği edim yönünden anlam taşımakta olduğundan, kavramsal olarak bir karşı edimin varlığını zorunlu kılmaz,; bu sebeple hem tek tarafa, hem de tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler açısından uygulama alanı bulmaktadır. Satış sözleşmesi açısından edim hasarı, satıcının teslim borcunun ifasının imkânsızlaşması hâlinde, bunun hukukî sonucunun ne olacağı, satıcının halen ifa ile yükümlü tutulup, tutulmayacağına belirlenmesidir¹².

Edim hasarına kimin katlanacağına yönelik tercih, hukuk mantığının gereği olarak borçludan yana kullanılır, yani edim hasarına alacaklı katlanır. Buna göre borcun doğumu ile ifası arasındaki dönemde borçlunun sorumlu olmadığı sebeplerle edimin borca uygun olarak ifası imkânsızlaşırsa, borç sona erer; zira borçludan imkânsızlaşan edimi ifa etmesi mantıken ve hakkaniyet gereği beklenemez. Nitekim Türk, İsviçre ve Alman Hukuklarındaki düzenlemeler de bu yöndedir (TBK. 136/1, OR.119/1, BGB §275/1). Buna göre, satış sözleşmesinde teslim borcunun ifası imkânsızlaştığında, genel hükme uygun olarak satıcı da, satılanı teslim ve mülkiyetini alıcıya geçirme borcundan kurtulur yani edim hasarı teslim alacaklısı olan alıcıya geçmiş olur.

Borcun konusunun parça borcu mu, yoksa çeşit borcu niteliğinde mi olduğu, borcun ifası hususunda önem taşıdığı için, hasara katlanılması konusunda da belirleyici rol oynamaktadır. Bilindiği üzere, bir borcun parça borcu mu yoksa, çeşit borcu mu olduğu, misli-gayri misli eşya ayırımından farklı olarak tamamen taraf iradelerine, yani tarafların borcun konusunu nasıl belir-

11 **Tanju Oktay YAŞAR**, *Übergang der Leistungsgefahr bei den Internationalen Kaufverträgen unter Berücksichtigung von Incoterms und WKR*, Ankara 1998, s. 27.

12 **AKINTÜRK**, s. 27; **YAŞAR**, s. 3; **ALTAY**, s. 26.

lediklerine dayanmaktadır¹³. Edim hasarının alacaklıya geçmesi, parça borçlarında sözleşmenin kurulması ânında gerçekleşir. Zira sözleşmenin niteliği ne olursa olsun, taraflarca bireysel özellikleriyle (ferden) ve borcun yegâne konusu olarak belirlenmiş bir şey (34 TD 0563 Plakalı otomobilin kiralınması, 1.10.2003 tarihinde oynanan Chelsea-Beşiktaş maçında futbolcu Sergen Yalçın'ın ilk yarıda giydiği formanın satışı, taraflarca belirlenmiş antika bir vazunun sergilenmesi gibi.) kırılma, yanma, vs. sebeplerle telef olduğunda, artık edimin yinelenmesi mümkün olmaz, ifa imkânsızlaşır. Bununla birlikte, aynı sonuç çeşit borçları için hemen gerçekleşemez. Çeşit borcunun konusu olan edimin, piyasadan tedariki mümkün olduğu sürece (bir adet 2014 model Toyota Corolla otomobil, katalogdan seçilen veya telefonda sipariş edilen bir adet Samsung marka televizyon), ifa imkânsızlığından bahsedilemez. Bu durum “genus non perit” yani “çeşit imkânsızlaşmaz” sözüyle ifade edilmektedir. Bununla birlikte, çeşit borcunda borçlunun sınırsız bir sağlama yükümlülüğü altında olması da âdil görülmemekte, mutlak bir değer sağlama borcu olan para borçları hariç tutulursa (ki gerçek anlamda çeşit borcu olarak kabul edilmemektedir) çeşit borçlarında da, borçlunun ediminin belirli bir andan itibaren bireyselleşerek, somutlaşarak imkânsızlaşabileceği ve böylece borcun sona erebileceği kabul edilmektedir. Bu anlayışın özünde, baskın fikre göre her çeşit borcunun ifa aşamasında, en geç teslim ânında somutlaşarak, parçaya dönüştüğü düşüncesi yatmaktadır¹⁴.

Belirtmek gerekir ki, Türk ve İsviçre Hukuklarında çeşit borcunda edim hasarının geçişine ilişkin bir düzenleme mevcut değilken, Alman Hukukunda

¹³ **Kemal OĞUZMAN/Turgut ÖZ**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2011, s. 299.

¹⁴ Alman Hukukunda, çeşit borcunun parçaya dönüştüğü anın belirlenmesine ilişkin olarak çeşitli görüşleri ileri sürülmüş olup, bunların başlıcaları Thöl'ün ayırdetme teorisi, Jhering'in teslim teorisi ve Bekker'in ferdileştirme teorisidir. Bu konudaki geniş açıklamalar için bkz. **Christoph BUCHHOLZ**, Konzentration und Gefahrübergang, Nürnberg 1986, s. 201, vd; **YAŞAR**, s. 27, vd. BGB'nin 243. Paragraftaki düzenlemesiyle, Jhering'in Ayırdetme Teorisinin yasaca kabul edilmiş olduğu ifade edilmektedir. Açıklamalar için bkz. **VOLKER EMMERICH**, § 243 N. 24 : Münchener Kommentar zum BGB, 6. Auflage, München 2012, Belirtmek gerekir ki, çeşit borcunun ifa aşamasında parçaya dönüştüğü düşüncesi esasen tartışmalı olup, bununla birlikte, çeşidin parçaya dönüşmediği düşüncesinde olan yazarlar dahi, edim hasarının çeşit borcunun bir aşamadan sonra bireyselleştığının kabulünün gerekli olduğunu, bunun ise sadece edim hasarının geçişi açısından anlam taşıdığını ifade etmektedirler. Bu düşüncüyü taşıyan yazarlardan bkz. **Joachim GERNHUBER**, Das Schuldverhältnis, Tübingen 1989, s. 219 vd.; **BUCHHOLZ**, s. 45, vd; **YAŞAR**, s.27, vd. Türk Hukukunda çeşidin mantık gereği ifa aşamasında parçaya dönüşeceği (temerküz edeceği) ve bunun borçlunun yararına olduğu görüşünde **RONA SEROZAN**, İfa-İfa Engelleri-Haksız Zenginleşme, İstanbul 2014, §7 N. 4 ve 9.

bu konuda açık bir hükümle düzenleme getirilmiştir. Çeşit borcuna ilişkin genel bir hüküm niteliğindeki BGB § 243 hükmü şu şekilde tercüme edilebilir:

“Çeşidiyle belirlenmiş bir şeyin borçlusu, orta/standart kalitede bir şeyi ifa ile yükümlüdür.

Borçlu böyle bir şeyi ifa için kendisi tarafından yapılması gerekenleri yerine getirdiğinde, borç ilişkisi o şey ile sınırlanır.”

Bu kuralı tamamlayan şekilde, alacaklı temerrüdüne ilişkin genel bir hüküm niteliğindeki BGB § 300/2: *“Çeşidiyle belirli bir şeyin borçlanması halinde hasar, kendisine teklif edilen şeyi kabul etmeyerek temerrüde düştüğü anda alacaklıya geçer.”* düzenlemesini içermektedir. Böylece hükümde, çeşit borcunda, edim alacaklısının, usulüne uygun olarak kendisine teklif edilen şeyi almayarak alacaklı temerrüdüne düştüğü an itibarıyla hasara katlanacağı açıkça düzenlenmiştir. Bu iki hükmün birlikte değerlendirilmesinin sonucu olarak, çeşit borcunda hasarın geçtiği an; borçlunun seçmiş olduğu şey üzerinde, edimin ifasına yönelik olarak kendisine düşenleri sözleşmeye uygun olarak yapıp, ifaya yönelik tüm edim eylemlerini tamamladığı andır. Bu tamamlanma ise, borçlunun alacaklının ifayı kabul etmediğinde alacaklı temerrüdüne düşeceği şekilde ifayı teklif etmesi ile gerçekleşir. BGB § 243'e göre aranan somutlaştırma esasen ifanın teklif edildiği anda gerçekleşir. Bununla birlikte Alman Hukukunda BGB §295 uyarınca, alacaklının edimin ifasını kabul etmeyeceğini açıkladığı veya ifanın gerçekleşmesi için kendi üzerine düşenleri yapmadığı, örneğin aranacak borçlarda gidip malı teslim almadığı hallerde, borçlunun sözlü ifa teklifi alacaklı temerrüdünü gerçekleştirebildiğinden, çeşit borcunda hasarın geçmesi açısından da, bu ihtimallerde hasar sözlü teklifle de alıcıya geçebilecektir. Diğer yandan, borçlunun ifa eylemlerini edimin ifasını teklif etmeden ve alacaklıyı alacaklı temerrüdüne düşürmeden önce tamamladığı hallerde (örneğin gönderme borçlarında satılan gemiye yüklemek gibi) çeşidin somutlaştırılmasının o anda gerçekleştiği ve bu durumda BGB. 300/2 hükmünün pratik önemi kalmayacağı da ifade edilmektedir¹⁵.

Türk ve İsviçre Hukuklarında, çeşit borcunda edim hasarının alacaklıya geçişini düzenleyen genel bir hüküm bulunmamakla birlikte, bu hukuk çevrelerinde de, belirli bir andan itibaren ifa aşamasında çeşidin parçaya dönüşmesi ve çeşit borçlusunun sınırsız tedarik yükümlülüğünden kurtulmasının gerekli olduğu bazı yazarlarca ifade edilmektedir. Bu konuda başvurulan çözümler-

¹⁵ Açıklamalar için bkz. WOLFGANG ERNST, § 300, N.4: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Auflage, München 2012.

den ilki dürüstlük kuralıdır. Borcun konusu olan, çeşidiyle belirlenmiş edim tamamen yok olmamış olsa dahi, ifanın borç ilişkisinin amacıyla bağdaşmayacak ve borçludan yerine getirilmesi beklenemeyecek derecede külfetli hale gelmesi, örneğin ticarî doğruluk kuralları uyarınca aşırı masraflı olması halinde borçludan ifada bulunması istenemeyecek ve borç sona erecektir¹⁶. Bunun dışında, Türk ve İsviçre Hukuklarında da genel eğilimin, borçlunun edimin ifasına ilişkin olarak tüm yapması gerekenleri yaptığıında, artık borcun konusunun borçlunun seçtiği şey ile sınırlanması gerektiği yönünde olduğu söylenebilir¹⁷.

Satış sözleşmesi açısından da kanaatimizce durum aynıdır. Gerek sorunun en çok gündeme gelebileceği satış sözleşmesinde, gerekse bir malın teslimini gerektiren diğer sözleşmelerde; aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça, ifa yerine göre yapılacak belirleme uyarınca aranacak borçlarda edim hasarı; yukarıda açıklanmış olduğu gibi, borçlunun sözleşmede kararlaştırılan ayıpsız bir çeşidi ayırt edip, alacaklıya teslim alma davetini içeren bir ihbarda bulunması ve alacaklının da kendisi için ayırt edilen ve vadesinde teslim edileceği ihbar edilen şeyi, yerinde ve zamanında (borçlunun işyerinde ve vadesinde) teslim almayarak alacaklı temerrüdüne düşmesiyle; gönderme borçlarında ayırtedilmiş malı kararlaştırılan yerde bağımsız taşıyıcıya teslimi ânında; alacaklının ikametgâhında teslimin sözkonusu olduğu götürülecek borçlarda ise ifa yerinde ve zamanında, anılan nitelikteki malın eylemli olarak alacaklıya teklif edilmesi ve alacaklının bu malı teslim almayarak alacaklı temerrüdüne düşmesi ânında alıcıya geçecektir. Bu andan itibaren gerçekleşen borçlunun sorumlu olmadığı ifa imkânsızlığı durumunda, teslim borçlusu satıcı çeşit telef olmaz kuralına tâbi olmaksızın TBK. 136/1 uyarınca borçtan kurtulabilecektir.

Borca ilişkin hasarda iki yönlü olarak gerçekleştiğini ifade ettiğimiz riskin diğer yönünü karşı edim hasarı oluşturmaktadır. Karşı edim hasarı, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, edimin ifasındaki sonraki imkânsızlık dolayısıyla borcundan kurtulan (edim hasarını alacaklıya yükleyen) borçlunun, alacaklısı olduğu karşı edimi talep etme hakkına sahip olup, olmadığı sorununu ifade etmektedir. Bu sorun satış sözleşmesi açısından, sözleşmeye uygun teslim borcundan kurtulan satıcının, buna rağmen satış bedelini alıcıdan talep etme hakkına sahip olup, olmadığı şeklinde ortaya çıkar ve karşı edim

¹⁶ **Mustafa DURAL**, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık, İstanbul 1976, s. 142; **Herbert SCHÖNLE**, Art. 185, N. 18: Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Teilband V/2a, Zürich 1993 ve **ALTAY**, s. 78 dn.210'da adı geçen yazarlar.

¹⁷ **SEROZAN**, §7 N. 8; **YAŞAR**, s. 27, vd.

hasarı satış sözleşmesinde bedel hasarı adını alır¹⁸. Esasen satış sözleşmesinde hasarın alıcıya geçişinden kasdedilen bedel hasarının alıcıya geçişidir. Zira konu, satılanı elde edemeyen alıcının satış bedeli ödemek zorunda olup, olmayacağı olarak ele alınır. Buna göre, satış sözleşmesinde bedel hasarının alıcıya geçmesi, alıcının satılan malın teslimini talep etme hakkını satıcının sorumlu olmadığı sonraki imkânsızlık olguları dolayısıyla kaybetmesinden (edim hasarının alıcıya geçmesinden) sonra, hiç teslim alamadığı veya sözleşmeye uygun şekilde eksiksiz ya da ayıpsız olarak teslim alamadığı mal için satış bedelini ödemek zorunda kalması anlamını taşımaktadır¹⁹.

Edim hasarına imkânsızlaşan edimin ifasını isteme hakkını kaybetmek suretiyle alacaklı katlanır, karşı edim hasarına da borcu sona eren edim borçlusunun katlanması, yani edimi ifadan kurtulmanın karşı edimi de talep edememesi, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde edim ve karşı edim arasındaki sinallagma dengesinin bir gereği olarak görüldüğünden, yine Türk, İsviçre ve Alman Hukuklarında karşı edim hasarına ilişkin genel düzenlemeler uyarınca; karşı edim hasarına da borçlu (edim borçlusu) katlanır ve edimin ifadan kurtulmanın karşılığında, karşı edimin ifasını isteyemez (TBK 136/2, OR. 119/2, BGB.§326/1). Böylece Türk Hukukunda TBK 136/2’de düzenlenen genel kural, karşı edim hasarına ifadan kurtulan edim borçlusunun katlanması, borcundan kurtulmanın karşı edimin ifasını da isteyememesidir²⁰. Satış sözleşmesinde ise, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ve CISG hükümlerinde satış sözleşmesinde bedel hasarının alıcıya geçişi özel hükümlerle düzenlenmiştir (TBK. 208, CISG. 66-70) Bu nedenle yedek hukuk kuralları niteliğinde olan bu hükümler, taraflarca geçerli olarak²¹ aksi kararlaştırılmadığı sürece

18 **SEROZAN**, §4 N. 6 ve 11; **Yeşim M. ATAMER**, Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Anlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları (Satıcının Yükümlülükleri), İstanbul 2005, s. 260. Yazar, aynı anlamı içeren şekilde “semen hasarı” terimini de kullanmaktadır. Bkz. s.275.

19 **Zafer ZEYTİN**, Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri (CISG) Hukuku, Ankara 2011, s. 223.

20 **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 591.

21 Belirtmemiz gerekir ki, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun genel işlem koşulları düzenimini düzenleyen hükümleri (TBK.m.20-25) emredici nitelik taşımakta olup, tâcirler arası sözleşmeler için de uygulama alanı bulmaktadır. Bu hükümlerin kamu düzeninden olduğu kabul edildiğinden, uyumsuzluğa Türk Hukukunun uygulanacağı hallerde, milletlerarası olsun veya olmasın bir satış sözleşmesinde hasarın geçişine ilişkin olarak öngörülen hükümlerin müzakere edilmeksizin, tek taraflı olarak düzenlenmiş genel işlem koşulu teşkil etmesi hâlinde, hasarın geçişine ilişkin bu düzenlemeler de yürürlük, yorum ve içerik denetimine tâbi olacak; özellikle içerik denetimini düzenleyen, dürüstlük kuralına aykırı işlem şartlarını geçersiz sayan TBK. 25 hükmüne aykırı düşerse kesin hükümsüzlük yaptırımına tâbi olacaktır. 6098

öncelikli olarak uygulanacak, bu hükümlerle sorun çözümlenemiyorsa genel ilkeye başvurulması gündeme gelecektir.

Bu bağlamda tespiti gerekli olan iki husus bulunmaktadır. Öncelikle karşı edim hasarı sorununun ortaya çıkabilmesi için, kavramsal olarak edim hasarının alacaklıya geçmiş yani borçlunun borcundan kurtulmuş olması zorunludur. Zira belirttiğimiz gibi, karşı edim hasarı, tanımı gereği, borcunda kurtulan borçlunun karşı edimi isteyip isteyemeyeceği sorusuna cevap arar. Buna göre, karşı edim hasarından ve buna kimin katlanacağından bahsedebilmek için, önce edim hasarı alacaklıya geçmiş, yani borçlu borçtan kurtulmuş olmalıdır. Aksi takdirde, edim hasarının halen borçluda olduğu hallerde, borçlu halen ifa ile yükümlü olacak ve bunun sonucu olarak da ifada bulunmayacağı sürece zaten karşı edimi talep edemeyecektir. Bu ihtimalde ne edim hasarı, ne de karşı edim hasarı sorunu gündeme gelemez. Bu sebeple, edim hasarının alacaklıya geçmiş olması, yani borçlunun borcundan kurtulmuş olması, karşı edim hasarının geçişi, yani karşı edim hasarına kimin katlanacağı sorununu tartışabilmenin zorunlu unsurunu oluşturmaktadır. Satış sözleşmesinde de, bedel hasarına kimin katlanacağı sorununun ortaya çıkması, öncelikle edim hasarının alıcıya geçmesi ve böylece satıcının sonraki ifa imkânsızlığı dolayısıyla teslim borcundan kurtulmuş olmasını gerektirmektedir²².

Belirtmek gerekir ki, genel kural TBK 136/2 uyarınca, edim hasarına alacaklının, karşı edim hasarına borçlunun katlanmasıdır ve bu genel kural, aksi düzenlenmediği sürece satış sözleşmeleri yönünden de kanaatimizce geçerli kabul edilmelidir. Bu sebeple, satış sözleşmesinde, karşı edim hasarını ifade eden bedel hasarının alıcıya geçip geçmediği tartışılırken, edim hasarının geçmiş olması kanaatimizce bu konuda bir kriter olarak esas alınmamalıdır; bedel hasarı sorununun gündeme gelebilmesi için zorunlu şart olan edim hasarının geçişi olgusu, kanaatimizce bedel hasarının alıcıya geçip, geçmediğini belirleyici bir kavram değildir. Diğer bir ifadeyle, satış sözleşmesinde, satılanı teslim borcundan kurtulan satıcının, her durumda satış bedelini de talep edebilmesi gerekli ve zorunlu değildir. Öyle durumlar olabilir ki, edim hasarı alıcıya geçmiş yani satıcı malı teslim borcundan kurtulmuş olmasına rağmen, bedel hasarı alıcıya geçmemiş olabilir ve TBK 136/2 hükmünde düzenlenen genel ilkenin sonucu olarak, teslim borcundan kurtulan satıcı, satış bedelini de isteyemeyebilir.

sayılı Türk Borçlar Kanunu ile getirilen genel işlem koşulları denetimi hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Yeşim M. ATAMER**, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2011, s. 7-79.

22 **HAGER**, s. 36.

Bununla birlikte, CISG hükümleri açısından, satıcının teslim yükümlülüğü ile bedel hasarının paralel olarak düzenlendiği, fakat böyle olmadığı hallerde de, satıcının teslim borcundan kurtulacağı, fakat satış bedelini talep edemeyeceği de ifade edilmektedir²³.

II. 6098 SAYILI TÜRK BORÇLAR KANUNU'NUN TAŞINIR MAL SATIŞI SÖZLEŞMESİNDE HASARIN ALICIYA GEÇİŞİNE İLİŞKİN HÜKÜMLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Satış sözleşmesinde karşı edim, yani bedel hasarının alıcıya geçişi, gerek yürürlükten kaldırılan 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda, gerekse 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girmiş olan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda, hasarın geçişine ilişkin genel ilkeyi ifade eden BK.117/2- TBK 136/2. maddelerinden ayrı olarak, bu hükümlerin ikinci fıkralarında belirtilen istisnanın somut uygulaması niteliğindeki özel bir hükümlerle düzenlenmiştir. Belirtmek gerekir ki, bu özel hükümlerin (BK. 183/TBK.208) düzenleme konusu esasen sadece bedel hasarının alıcıya geçişidir²⁴. Yürürlükten kaldırılan 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 183. Maddesi, İsviçre Borçlar Kanunu'nun halen yürürlükte olan 185. Maddesine (OR.185) paralel olarak, satış sözleşmesinde yarar ve hasarın parça borçlarında sözleşmenin kurulması ânında, çeşit borçlarında ise çeşidin ayırt edilmesiyle birlikte alıcıya geçeceğini, yine sadece çeşit borçlarına özgü olarak satılanın ifa yerinden başka bir yere gönderileceği mesafe satışlarında, satıcının satılan üzerindeki hâkimiyetini sona erdirmesiyle yani (baskın görüşe göre kendi elemanı veya ifa yardımcısı olmayan) taşıyana teslim etmesiyle birlikte alıcıya geçeceğini öngörmekteydi²⁵. Bu hükümde yer

23 **ULRICH MAGNUS**, Vorbem zu Art. 66, N. 9 : Jhering Von Staudingers Kommentar zum BGB. Mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch XVIII, Berlin 2005.

24 818 sayılı BK.'nin yürürlükte olduğu dönemde, 183. maddenin ikinci fıkrasında belirtilen ve aslında bedel hasarının geçiş anını düzenleyen çeşidin ayırtılması şartının, edim hasarının geçiş anını da düzenlemekte olup, olmadığı konusu tartışmalı idi. Bu tartışmalar için bkz. **ALTAY**, s. 71. 6098 sayılı TBK. ise, metinde açıklanacağı gibi kanaatimizce doğru olmayarak çeşidin ayırt edilmesine ilişkin düzenlemeye 208. Maddede yer vermemiş olduğundan, bu tartışma TBK.208 açısından geçerliliğini kaybetmiştir. Bununla birlikte, çalışmamızda açıklanacağı üzere, çeşidin ayırt edilmesi, hem edim, hem de bedel hasarının geçişi açısından zorunludur.

25 818 s. BK.m. 183: "Halin icabından veya hususi şartlardan mütevellit istisnaların maadasında, satılan şeyin nefi ve hasarı akdin in'ikadı anından itibaren müşteriye intikal eder. Bununla beraber yalnız nevan tayin edilmiş olan mebiin ayırt edilmiş olması da lazımdır ve başka bir yere gönderilecek ise bayiin bu maksata mebi üzerinden yedini refetmiş bulunması da şarttır.

alan, parça borçlarında satıcının hiçbir ifa eyleminde bulunması gerekmeksizin sözleşme kurulur kurulmaz alıcının bedel hasarını üstlenmesi kuralı doktrinde ittifakla eleştirilmekte, hükümde belirtilen “ tarafların aksine anlaşması veya halin icabından doğan istisna” ifadesinin verdiği imkânlar olabildiğince genişletilmek ve adeta bu istisnalar kural, genel kural da istisna haline getirilmek suretiyle hükmün adaletsizliği aşılmaya çalışılmaktaydı²⁶.

Doktrinde yapılan eleştiriler dikkate alınarak 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun satış sözleşmesinde hasarın geçişini düzenleyen hükmünde yerinde bir değişiklik yapılmıştır. “Yarar ve Hasar” başlıklı TBK. m. 208 hükmü şu şekilde kaleme alınmıştır:

“Kanundan, durumun gereğinden veya sözleşmede öngörülen özel koşullardan doğan ayrık hâller dışında, satılanın yarar ve hasarı; taşınır satışlarında zilyetliğin devri, taşınmaz satışlarında ise tescil anına kadar satıcıya aittir.

Taşınır satışlarında, alıcının satılanın zilyetliğini devralmada temerrüde düşmesi durumunda zilyetliğin devri gerçekleşmişçesine satılanın yarar ve hasarı alıcıya geçer.

Satıcı alıcının isteği üzerine satılanı ifa yerinden başka bir yere gönderirse, yarar ve hasar, satılanın taşıyıcıya teslim edildiği anda alıcıya geçer.”

Hüküm uyarınca; taşınır satışlarında yarar ve hasar (bedel hasarı) zilyetliğin alıcıya devri ânında alıcıya geçecektir. Hükmün ikinci fıkrasında, taşınır satışlarında, alıcının satılanın zilyetliğini devralmada temerrüde düşmesi yani alıcının alacaklı temerrüdüne düşmesi durumunda yarar ve hasarın alıcıya geçeceği ifade edilmiş, son olarak üçüncü fıkrada; satılanın, alıcının isteği üzerine satıcı tarafından ifa yerinden başka bir yere gönderilmesi hâlinde, yarar ve hasarın satılanın taşıyıcıya teslim edildiği anda alıcıya geçeceği düzenlenmiştir.

Öncelikle, hasar kavramına ilişkin yapmış olduğumuz tanım ve açıklamalar çerçevesinde, TBK.208'in uygulama alanının tespiti gereklidir. Acaba, satıcının teslim borcunu ifa etmesini veya gereği gibi ifa etmesini imkânsız

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

26 Parça borçlarında, bedel hasarını sözleşmenin yapılması ânında alıcıya intikal ettiren 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 183. Maddesindeki düzenlemenin ayrıntılı eleştirisi ve kuralın istisnalarını geniş yorumlayan açıklamalar için bkz. **AKINTÜRK**, s. 130, vd.

hale getiren tüm sebepler bu hükmün uygulama alanına girmekte midir? Yoksa sadece satılanın telef olması veya bozulması halleri mi hükmün kapsamına alınmıştır? 818 sayılı Borçlar Kanunu açısından mehz kanun olan İsviçre Borçlar Kanunu'nun hasarın geçişini düzenleyen 185. Maddesinin, esasen somut varlığı bulunan satılanın yok olduğu veya zarar gördüğü halleri düzenlediği, kabul edilmektedir²⁷. Belirtmek gerekir ki, Alman Medeni Kanunu'nun konuya ilişkin düzenlemesini içeren 446. Paragrafında, açıkça satılan şeyin telef olması veya bozulması hükmün kapsamına alınmıştır. CISG. m. 66'nın metninde de “*malların zayi olması veya zarar görmesi*” ifadesi kullanılarak, hükmün sadece bu iki durumu kapsadığı açıkça düzenlenmiştir.

Kanun koyucunun esasen böyle bir tartışmayı engellemek için açıkça “satılan şeyin telef olması veya bozulması” ifadesini kullanması gerektiği söylenebilir. Ne var ki, yabancı hukuklardaki hasarın geçişi hükümlerinin uygulama alanı ve satış sözleşmesinde hasarın tipik gerçekleşme şeklinin, satılan malın telef olması veya bozulması halleri olduğu dikkate alınarak, sadece eşya niteliğini taşıyan somut satılanın, yine ancak telef olma veya bozulma şeklinde gerçekleşen hasarının TBK. m. 208 hükmünün kapsamında olduğu sonucuna yorum yoluyla varılması mümkün ve kanaatimizce isabetlidir.

TBK. 208'deki temel yenilik, mehz İsviçre Borçlar Kanunu'nun 185. maddesinden ayrılınmak suretiyle, hasarın geçişi açısından parça ve çeşit borcu ayrımı terkedilerek, her iki tür edim yönünden de hasarın geçişinin zilyetliğin nakline bağlanmış olmasıdır. Bu bağlamda, hemen belirtmek gerekir ki, bu hükümde yer alan “zilyetliğin nakli” ifadesinden kastedilen, tarafların zilyetliğin başka bir yolla geçirileceği hususunda özel olarak anlaşmış olmadıkları hallerde, satılanın alıcıya teslimi yoluyla zilyetliğin devridir. Nitekim TBK. m. 207 hükmündeki satıcının zilyetliği devretme olarak ifade edilen asli edim yükümlülüğünü de aksine anlaşma olmadığı sürece teslim olarak algılamak zorunludur. Zira satıcı, alıcıyla özel olarak anlaşmaksızın, alıcıyı teslim dışındaki diğer zilyetlik devri yollarıyla malı kabul etmeye zorlayamaz (örneğin alıcıyı uzak elden teslim veya zilyetliğin havalesi yoluyla devri kabule zorlayamaz) ve teslimi gerçekleştirmediği sürece satış sözleşmesinden doğan asli edim yükümlülüğünü ifa etmiş olmaz²⁸. Bu sebeple, TBK. m. 208/1'deki zilyetliğin naklinden anlaşılması gereken, taşınır mallarda hasarın

27 SCHÖNLE, Art. 185 N. 9; SIEBER, s. 6; s. 46; YAŞAR, s. 9.

28 Ancak satılan mal, satış sözleşmesinin yapıldığı an itibarıyla zaten alıcının elinde ise, zilyetlik herhangi bir teslim fiiline ihtiyaç duyulmaksızın, kısa elden teslim anlaşmasıyla alıcıya devredilmiş olacaktır.

geçişine ilişkin temel kuralın hem parça, hem de çeşit satımı yönünden teslim prensibi olduğudur. Bununla birlikte, tarafların aksine anlaşma yapmaları veya hükümde belirtildiği gibi kanun ya da durumun gereği dolayısıyla farklı bir sonucun doğması da mümkündür.

TBK. m. 208/1 hükmünün lâfzına göre yorumlanması hâlinde, hasarın geçişinin zilyetliğin nakline bağlanmasındaki temel amacın, hasarın alıcıya geçişi ânının, büyük ölçüde mülkiyetin geçişi ânına yaklaştırılması olduğu anlaşılmaktadır. Hükme göre, anlaşmalı zilyetlik yoluyla mülkiyet alıcıya geçmişse, alıcı fiilen malı teslim almış olmasa dahi hasar kendisine geçmiş olmaktadır ve hasara malik katlanır kuralı aynen uygulanacaktır. Yani hasarın geçişini düzenleyen TBK. m. 208 hükmünün esas amacı, kural olarak mülkiyetin alıcıya geçtiği hallerde hasarın alıcıya geçmesidir²⁹.

Ne var ki, kanaatimizce TBK m. 208 hükmünün gerekçesinde de açıkça ifade edilen³⁰ böyle bir anlayışın kabulü, bugün hasarın geçişine ilişkin olarak genel eğilim olarak görülen satıcının ifaya ilişkin yükümlülüklerinin esas alınması gereğine³¹ ve kanaatimizce bunun bir sonucu olarak görülmesi gereken

²⁹ **Mustafa Alper GÜMÜŞ**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, cilt 1 İstanbul 2012, s. 38; **CEVDET YAVUZ/ FARUK ACAR/ BURAK ÖZEN**, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 9. Baskı, İstanbul 2013, s. 72. Ne var ki, hükmün böyle yorumlanması hâlinde dahi, satılanın teslimi, satıcının lehine olarak geciktirilmişse, bu durumda taraflar açıkça aksini kararlaştırmadıkça ve dürüstlük kuralı gerektirmedikçe, hâlin icabı gereği mülkiyet geçmiş olsa dahi hasarın alıcıya geçmediği kabul edilmelidir. Nitekim 818 sayılı BK. 183'ün yürürlükte olduğu dönemde de, parça satımında satılanın tesliminin satıcı yararına geciktirildiği hallerde, sözleşmenin kurulması ânında hasarın alıcıya geçmeyeceği kabul edilerek aynı çözüm benimsenmekteydi. Bkz. **AKINTÜRK**, s. 147, vd.

³⁰ Belirtmek gerekir ki, TBK.208 hükmünün madde gerekçesinde yer alan "satış sözleşmesinde hasarın taşınırlarda zilyetliğin devri, taşınmazlarda ise tescil anına kadar satıcıya ait olduğu, istisnasız bir kural haline getirilmiştir." ifadesi, madde metninde yer alan "durumun gereğinden..... doğan ayırık hallerin dışında" şeklindeki düzenlemeyle çelişmektedir. Madde metninde durumun gerektirdiği haller, zilyetlik devrinin hasarı alıcıya geçirmediği istisnai bir hal olarak açıkça öngörülmüştür. Yine, kanun koyucunun gerekçede ifade ettiği gibi, eğer doktrindeki eleştiriler dikkate alınarak, hasarın geçişinin zilyetliğin alıcıya devrine ve böylece mülkiyetin geçişine bağlanması (kanaatimizce isabetli olmayarak) amaçlanmış ise, hükmün üçüncü fıkrasında, satılanın ifa yerinden başka bir yere gönderilmesi halinde, satılanın alıcıya değil taşıyıcıya teslim edilmesi durumunda hasarın alıcıya geçmesi, bizatihî zilyetliğin alıcıya devredilmesinden önce hasarı alıcıya geçiren istisnai bir durumdur. Zira bu durumda, eğer taşıyıcı alıcının satılanın zilyetliğini ve mülkiyetini devralmaya yetkili temsilcisi değilse, ne zilyetlik alıcıya devredilmiş sayılabilmekte, ne de alıcı mülkiyeti kazanabilmektedir.

³¹ Hasarın uluslararası satışlarda nadiren mülkiyet ile geçtiğini ve CISG örneğinde görüldüğü üzere genel eğilimin hasarın geçişini teslimle bağlamak olduğu fakat teslim kavramının da geniş yorumlanması gerektiği yönünde **BRIDGE**, s. 193.

teslim prensibinin amacına aykırıdır. Zira, hasarın alıcıya teslimle geçmesinin sebebi, teslimin mülkiyeti geçirmesi değil, satılan kimin fiilî hâkimiyetinde ise, onun malı daha iyi koruyabileceği, satıcının teslim ettiği bir malı koruyamayacak bir durumda iken hasara katlanmasının hakkaniyete aykırı olacağı ve alıcının teslim ile birlikte maldan fiilen yararlanmaya başladığına göre, a andan itibaren hasara katlanması gerektiği düşüncesidir³². Bu sebeple, söz konusu gerekçe satılanın alıcının hâkimiyetinde olduğu veya onun menfaati gereği üçüncü kişiyi elinde olduğu haller için geçerli kabul edilmelidir; ayrıca bu gerekçe esas alınarak, alıcının zilyet olup, malik olmadığı hallerde hasarın alıcıya geçmediği de kabul edilemez.

Bununla birlikte, TBK. m. 208'in açıkça veya zımnen aksinin kararlaştırılabileceği de unutulmamalıdır. Nasıl ki TBK. m. 207 uyarınca satıcı satılanın zilyetliğini teslim yoluyla devretmek zorunda iken, taraflar aksini kararlaştırarak, zilyetliğin anlaşmalı devri yollarından biriyle mülkiyetin geçişini kararlaştırabilir ve böylece satıcı teslim yükümlülüğünden kurtulabilirse, aynı durum hasarın geçişi açısından da mümkündür. Bu hâllerde, satılanın fiilî hâkimiyetini elde etmeksizin zilyetliği devralmayı ve böylece satıcının teslim yükümlülüğünün sona ermesine razı olan alıcının, hasara malik katlanıp prensibi uyarınca, o andan itibaren satılanın başına gelenlere katlanması gerekeceği kabul edilebilir³³.

Bununla birlikte kanaatimizce, teslim dışı mülkiyetin geçtiği hallerde, hasarın kimde kalacağı konusunda bir yargıya varırken, dikkatli olmak gerekli özellikle anlaşmalı zilyetlik devrinin satıcıyı teslim masraflarından kurtarmak amacıyla veya başka bir şekilde satıcı menfaatine olarak gerçekleştiği, ya da mal her iki tarafın kontrolü altında olmayıp, üçüncü kişinin elinde iken, satıcının malı alıcı fiilen teslim alana kadar daha iyi koruyabileceği, satılanın zarar görmemesi için önlem alabileceği veya satıcının muhtemel bir zarar tehlikesinden haberdar olup da, bu konuda alıcının ticari hayattaki tecrübesizliğinden faydalanıp onu uyarmayarak teslim yükümlülüğünden kurtulmuş olduğu hallerde, dürüstlük kuralına uygun bir yorumla hâlin icabının gereği olarak hasarın halen satıcıda kaldığını kabul etmek gerekir.

32 HAGER, s. 190.

33 HANS PETER WESTERMANN, BGB § 446 N.7: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Auflage, München 2012. Yazar, aynı bölümde, mala ilişkin iade talebinin (örneğin üçüncü kişiye karşı istihkak talebinin) alıcıya devredildiği hallerde hasarın ancak, satılana ilişkin tüm ekonomik faydaların da alıcıya tahsis edildiği hallerde alıcıya intikal edeceğini, satıcının zilyet olup alıcı ile arasındaki anlaşmayı ihlâl ettiği hallerde ise hasarın alıcıya geçmeyeceğini ifade etmektedir.

Anlaşmalı zilyetlik devri hallerini hasarın geçişi yönünden ayrı ayrı ele alacak olursak³⁴, örneğin kısa elden teslimde alıcı zaten mülkiyetin geçişinden önce de zilyet olduğundan bir problemle karşılaşılmaz. Anlaşma ile birlikte hasar alıcıya intikal edecektir. Üçüncü kişinin elinde bulunan satılanın zilyetliğinin, zilyetliğin havalesi yoluyla alıcıya devredildiği hallerde prensip olarak hasar alıcıya geçmeli³⁵, fakat hâlin icabı istisnası ve aksine zımnen anlaşma olup olmadığı araştırılmalıdır. Zilyetlik sözleşmesi (uzak elden teslim) hallerinde de kanaatimizce aynı sonuca varılmalıdır.

Hükmen teslim yoluyla zilyetliğin devri durumunda ise, alıcı malik olmuş, fakat mal örneğin saklanmak üzere veya kira, bakım, satılana ek bir montaj yapma gibi, satıcının vasıtasız zilyet olmaya devam etmesini sağlayan özel bir sebeple satıcıda kalmıştır. Bu ihtimalde taraflar arasında satışa ek olarak ayrı bir sözleşme mevcuttur ve alıcı malik olmuş olsa dahi, hasarın geçişi, aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça malın satıcıda kalmasını gerektiren özel sebebe yani kira, eser vs. gibi sözleşme ilişkisine göre belirlenecek, eğer konu hakkında özel düzenleme yoksa, TBK. 136 uyarınca malı iade edemeyen taraf, karşı edimi de talep edemeyecektir³⁶.

Satıcı tarafından edim fiilinin yerine getirilerek teslimin yapıldığı, fakat edim sonucunun yani mülkiyet geçişinin gerçekleşmediği mülkiyeti saklı tutma anlaşması yoluyla yapılan satış sözleşmelerinde ise, zilyetlik devri gerçekleşmiş olduğu için hasar TBK. 208 uyarınca alıcıya geçecektir³⁷.

TBK. m. 208/2 hükmü, alıcının satılanın zilyetliğini devralmayarak, alacaklı temerrüdüne düşmesi halinde, hasarın alıcıya geçeceğini öngörmektedir. Öncelikle, bu hükmün sadece teslim yoluyla yapılacak olan zilyetliğin devrinin alıcı tarafından kabul edilmediği ve böylece alacaklı temerrüdüne düştüğü haller için uygulanması mümkündür. Her ne kadar TBK. m. 207 hükmü satılanın tesliminden değil, zilyetliğin devrinden bahsetse de, yukarıda belirtmiş olduğumuz gibi³⁸, satıcı alıcıyı teslim dışındaki zilyetlik devir-

³⁴ Hasarın intikali açısından teslim dışı zilyetlik devrine yönelik anlaşmaların meydana getireceği olasılıklar için bkz. **ATAMER**, Sempozyum, s. 191.

³⁵ **ATAMER**, Sempozyum, s. 191.

³⁶ Aksi görüşte **ATAMER**, Sempozyum, s. 191.

³⁷ **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, s. 72 ; **GÜMÜŞ** bu durumu hükmün doğal bir sonucu olarak değil, durumun gereğinden kaynaklanan bir istisna olarak değerlendirmektedir. Bkz. **GÜMÜŞ**, s. 46.

³⁸ Bkz. dipnot no: 28 ve çevresi.

lerine zorlayamaz, yani alıcı anlaşmalı zilyetlik devrini kabul etmediğinde alacaklı temerrüdüne düşmüş olmaz. Bu sebeple, ancak satıcının teslim yoluyla gerçekleştirmek istediği borca uygun ifa niteliğindeki zilyetlik devrini alıcının haklı bir sebep bulunmaksızın kabul etmemesi, ayrıca yerinde satımlarda malı teslim almak için satıcının işyerine gitmemesi veya satıcının teslim fiilini gerçekleştirebilmesi için sözleşmeye göre kendi üzerine düşen hazırlık eylemlerini yapmaması (örnek olarak sözleşmeyle üstlenmişse, gönderme suretiyle satışlarda, taşıyıcıyı malın teslim edileceği zamanda ve yerde hazır bulundurma borcunu yerine getirmemesi) gibi hallerde hasar alıcıya geçecektir³⁹.

TBK. m. 208/f.3 hükmü, BK. m. 183/2'den farklı ve yerinde olarak; hem parça, hem de çeşit borcunun söz konusu olduğu gönderme suretiyle satışlarda (dar anlamda mesafe satışlarında) hasarın taşıyıcıya teslimle geçeceğini düzenlemektedir. Burada BK. m. 183/2 için yapılan, hasarın geçişi için taşıyıcının, satıcının ifa yardımcısı olmayan bağımsız taşıyıcı olması gerektiği yorumuna yine ihtiyaç duyulacaktır⁴⁰.

Bu noktada, çeşit borcunda hasarın geçişi için BK 183/2'de yer alan çeşidin ayırt edilmesi koşuluna, TBK. 208 hükmünde yer verilmemiş olması önemli bir eksiklik. Zira, çeşidin ayırt edilmesi ihtiyacı, hükümde öngörülen zilyetlik devri kuralıyla bertaraf edilebilmiş değildir. Öncelikle, 208/3'te yer alan gönderme suretiyle satışlarda, mal taşıyıcıya teslim edilmiş, fakat alıcı için ayırt edilmemiş, ayrı bir yere konulup alıcıya tahsis edilmemişse, alıcıya bir ton mal teslim edilecek iken, taşıyıcıya bir tonunu alıcıya teslim etmek üzere, toplamda beş ton mal teslim edilmişse, hasarın alıcıya geçip geçmeyeceği sorusuna hükümden yola çıkılarak cevap bulunamamaktadır. Bu konuda çözüm, borcunun ifa aşamasında temerküzüne ilişkin görüşümüz çerçevesinde, satıcı henüz ifa eylemlerini tamamlamış olmadığı için, hasarın alıcıya geçmediğinin kabul edilmesidir⁴¹. Nitekim aşağıda açıklayacağımız, CISG. 67/2 hükmü de çeşidin ayırt edilmesini, bu hallerde hasarın geçişi için bir koşul olarak aramaktadır. Yine, alıcının satıcının iş yerine gidip, malı teslim alması gereken aranacak borçlarda, alıcı yerinde ve zamanında satıcının

39 SEROZAN, §2 N. 1.

40 SCHÖNLE, Art. 185 N. 24 ; HAGER, s. 85.

41 ATAMER, Sempozyum, s. 194. Alman Hukukunda hasarın geçişine ilişkin BGB.§446 ve 447 hükümlerinde de açık düzenleme olmamakla beraber, bu konuda BGB. §243/2 hükmü ile sonuca varılabilmektedir. Bkz. HEINRICH, §243, N. 6.

işyerine gitmeyerek alacaklı temerrüdüne düşmüş olsa⁴² veya satıcı malı bağımsız taşıyıcıya teslim için hazırlamış fakat ayırt etmemişse, bağımsız taşıyıcının teslim yeri ve zamanında orada bulundurulması alıcının yükümlülüğünde iken, alıcı bu yükümlülüğe uymayarak alacaklı temerrüdüne düşmüş olsa dahi, satıcı bu hallerde henüz malı ayırt etmemişse, hasar TBK. 208/2 uyarınca alıcıya geçecek midir? Bu sorunun cevabı da tek başına TBK. 208 hükmünden yola çıkılarak verilemez. Kanaatimizce burada da uygulanması gereken çözüm, satıcı ifa eylemlerini tamamlamış olmadığı için, çeşit telef olmaz kuralının uygulanması ve hasarın satıcıda kalmasıdır.

BK 183/3 hükmünde yer alan, geciktirici şarta bağlı satışlarda, yarar ve hasarın alıcıya geçişinin, sözleşmenin hüküm ifade etmesiyle birlikte gerçekleşeceği düzenlemesi, TBK. 208'e alınmadığından, geciktirici şarta bağlı satışlarda, şart henüz gerçekleşmeden alıcıya teslim gerçekleşmişse TBK. m. 172 uyarınca, teslim ile koşulun gerçekleşmesi arasındaki dönemde yarar alıcıya ait olacaktır. Bu durumda, hasarın da satılanın teslimiyle alıcıya geçeceğinde şüphe edilmemek gerekir⁴³. Bu çözümün gerekçesi, bir yandan alıcının satılanın yararlarını elde ederken hasarına katlanmayacağını, zira bu konuda kanunda açık bir hüküm bulunmadığını ileri sürmesinin dürüstlük kuralına aykırı düşmesi olabileceği gibi; diğer yandan, satılanın alıcıya sözleşmenin hüküm ifade etmesinden önce teslimiyle birlikte, aksi ispat edilmediği sürece, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde, taraf iradeleri dürüstlük ve güven ilkesi ışığında, hayatın olağan akışına uygun olarak yorumlanmak suretiyle, alıcı ile satıcının hasarın alıcıya geçişi için satış sözleşmesinin hükümlerini doğurmasını beklememek konusunda özel olarak anlaşmış olmaları olarak da gösterilebilir. Zira alıcı nasıl, daha satış sözleşmesi hüküm ifade etmeye başlamaksızın hukuki sebebin gerçekleşeceği (sözleşmenin hüküm doğuracağı) düşünce ve ümidiyle malı teslim alıp kullanmaya başlıyorsa, yani bu konuda taraflar anlaşmış ise, aynı şekilde alıcının hasara da teslimle birlikte katlanması konusunda tarafların anlaşmış olduklarını kabul etmek kanaatimizce hayatın olağan akışına uygundur.

42 ATAMER, Sempozyum, s. 194.

43 ATAMER, Sempozyum, s. 195.

III. MİLLETLERARASI MAL SATIMINA İLİŞKİN SÖZLEŞMELER HAKKINDA BİRLEŞMİŞ MİLLETLER ANLAŞMASI'NIN (CISG'NİN) SATIŞ SÖZLEŞMESİNDE HASARIN GEÇİŞİNE İLİŞKİN HÜKÜMLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

1. CISG'de HASARIN ALICIYA GEÇİŞİNİ DÜZENLEYEN HÜKÜMLER VE UYGULAMA ALANI

CISG'de hasarın alıcıya geçişi, anlaşmanın dördüncü bölümünde “Hasarın İntikali⁴⁴” başlığı altında, 66-70. maddeler arasında düzenlenmektedir. Anlaşmanın 66. Maddesi, hasar kavramını ve hasarın alıcıya geçişinin hukukî sonucunu genel olarak ifade etmektedir. İlgili hükmün metni şu şekildedir: “*Hasarın alıcıya geçmesinden sonra malların zayi olması veya zarar görmesi, alıcıyı semeni ödeme yükümlülüğünden kurtarmaz, meğer ki ziya veya zarar satıcının bir eyleminden veya eylemsizliğinden kaynaklansın.*”⁴⁵.

Öncelikle, CISG hükümlerinin de yedek hukuk kuralları niteliğinde oldukları ve uluslararası ticarete özellikle INCOTERMS yoluyla hasarın intikaline ilişkin düzenlemelerin sıklıkla yapıldığı gözardı edilmemelidir⁴⁶.

44 Anlaşmanın Dördüncü Bölümünün “Übergang der Gefahr” ifadesini taşıyan başlığının, tercih ettiğimiz terminoloji yönünden “hasarın geçişi” olarak tercüme edilmesi mümkündür. Bununla birlikte, Anlaşmanın, 7 Nisan 2010 tarihli ve 27545 sayılı Resmi Gazetede yayınlanarak kanunlaşan çevirisinde “Hasarın İntikali” şeklindeki çeviri tercih edilmiş olduğundan, biz de başlığı ifade ederken “intikal” kavramını tercih ediyoruz. Ne var ki, gerek başlıkta, gerekse 66-70. Maddelerde, hasarın geçişinden genel olarak bahsedilirken “intikal” terimi tercih edilmişken, aynı kavram alıcı ile birlikte kullanılmak istendiğinde “hasarın alıcıya geçmesinden” bahsedilmektedir. Bu sebeple CISG'nin hasara ilişkin terminolojisi yönünden de “hasarın alıcıya geçişi” ifadesinin kullanılması tutarsızlık meydana getirmemektedir. TBK.m. 208/f. 2 ve 3 hükümlerinde de “hasarın alıcıya geçmesi” ifadesi tercih edilmiştir.

45 Anlaşma metni için bkz. RG. 7 Nisan 2010, sayı:27545. <http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2010/04/20100407.htm&main=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2010/04/20100407.htm>.

46 **PETER HUBER**, Art. 66 N. 4; Münchener Kommentar zum BGB, 6. Auflage, München 2012. Incoterms A5 ve B5 hükümleri, hasarın intikalini düzenlemektedir. Hasarın alıcıya geçişi, CISG hükümlerine paralel şekilde satıcının teslim yükümlülüklerinin kapsamı esas alınarak düzenlenmiştir. E, F, C ve D gruplarından oluşan Incoterms'in sayısı, 2010 yılında yapılan son değişikikten sonra DAF, DES ve DEQ terimlerinin çıkartılıp, DAT (Delivered at Terminal) ve DAP (Delivered at Place) terimlerinin eklenmesiyle birlikte on üçten ona düşürülmüştür. Açıklamalar için bkz. **ASLIHAN SEVİNÇ KUYUCU**, Incoterms, İstanbul 2011, s. 2, vd. ; Incoterms 2010 ile getirilen değişiklikler hakkında bkz. **Oğuz CANER**, “10. Yıl'a Armağan” İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl:11 Sayı: 22 Güz 2012/2 s.223- 262.

Hükümden de anlaşılacağı üzere, anlaşmanın hasara ilişkin hükümleri, uygulama alanı yönünden, sadece satılanın zayi yani telef olması veya zarar görmesi (bozulması) halleri için, yani somut hasar halleri için uygulama alanı bulmaktadır.

Diğer yandan, CISG'nin hasarın alıcıya geçişine ilişkin belirtilen hükümleri bedel hasarının alıcıya geçişini düzenlemekte, esasen edim hasarına ilişkin bir düzenleme içermemektedir. CISG açısından da bedel hasarı, alıcının karşı edimi elde etmeksizin satış bedelini ödemek zorunda kalma riskini ifade etmekte; buna bağlı olarak hasarın intikalini düzenleyen hükümler de satılanın satış sözleşmesinin kurulması ile malın teslimi arasındaki dönemde, her iki tarafın da meydana gelen zarardan sorumluluğu bulunmaksızın mücbir sebep⁴⁷ veya üçüncü kişinin ağır kusuru gibi nedenlerle malın telef olması veya bozulması, ayıplı hale gelmesinin ekonomik riskine kimin katlanacağını belirlemektedir⁴⁸.

CISG'de hasarın geçişi açısından hâkim olan prensip, teslim prensibidir. Buna göre, aksi kararlaştırılmadığı sürece, hasara satılan üzerinde doğrudan veya dolaylı olarak fiilî hâkimiyeti bulunduran taraf katlanır. Çeşit borcu açısından ise hasarın geçişine ilişkin kurallar, aşağıda açıklayacağımız gibi, m. 67/2 ve 69/f.3 uyarınca ancak satılanın ilgili sözleşme için özgülenmesi anından itibaren devreye girebilmektedir, buradaki amaç satıcının meydana gelen tesadüfî bir telef olma veya bozulma olgusundan haksız bir biçimde yararlanmak (manipüle etmek) suretiyle, telef olan çeşidin söz konusu sözleşme için ayırt etmiş olduğu çeşit olduğunu ileri sürerek borçtan kurtulmasına engel olmaktır⁴⁹. Satıcı bu özgülemeyi gerçekleştirmediği sürece, "genus non perit" ilkesi uyarınca, sözleşmenin konusu olan çeşidi tedarik etmek ve alıcıya teslim etmekle yükümlü olduğundan, edim hasarı alıcıya geçmemekte, böylece bedel hasarı sorunu da gündeme gelmemektedir.

Görüşümüz çerçevesinde, her ne kadar bedel hasarının geçişi için edim hasarının alıcıya geçmiş olması zorunlu bir koşul olsa da, bu durum edim hasarının geçiş anının, en geç bedel hasarının geçtiği anı olduğunu ortaya koyması açısından önem taşımaktadır. Diğer bir ifadeyle, bedel hasarı alıcıya

47 Mücbir sebebin hasar kavramı ile ilişkisi ve mücbir sebebe bağlanan sonuçlar hakkında bkz. **ITIR BİNGÖL**, Uluslararası Ticarî Satım Sözleşmelerinde Mücbir Sebep, Ankara 2011, s. 212, vd.

48 **Christoph BRUNNER**, Kommentar zum UN Kaufrecht-CISG, (swisslex), Bern 2004, s. 365; **HUBER**, Art. 66 N. 3.

49 **BRUNNER**, s. 366.

geçmişse, edim hasarının en geç o anda veya daha önce geçmiş olduğunda şüphe bulunmamaktadır. Bununla birlikte, kanaatimizce tersi her zaman geçerli değildir, yani edim hasarının alıcıya geçtiği her durumda, mutlaka bedel hasarının da alıcıya geçmiş olması zorunlu değildir. Bununla birlikte bu durumun istisna niteliğinde olduğu, yani kural olarak bedel hasarı alıcıya geçene dek edim hasarının satıcıda olduğu, yani ifa ile yükümlü kalmaya devam ettiği, edim hasarının alıcıya geçtiği anda ise, bedel hasarının da alıcıya geçerek, teslim yükümlülüğünden kurtulan satıcının, satış bedelini de talep edebileceği doktrinde ifade edilmektedir⁵⁰. Yine doktrinde, bu şekilde edim hasarı ile bedel hasarının ayrı olarak gerçekleşmesinin ancak yerinde satışlarda mümkün olduğu, satıcının bu durumda satılanı alıcının emrine âmade tutmakla teslim yükümlülüğünü yerine getirmiş olacağı, fakat bedel hasarının alıcının satılanı teslim almasıyla veya almayarak alacaklı temerrüdüne düşmesiyle alıcıya geçeceği belirtilmektedir. Örneğin satıcı 1.11.2013 tarihinde satılanı teslim hazır halde bulundurmuş ve çeşit borcunda ilgili sözleşme için özülemişse ise artık bu tarihten itibaren tedarik yükümlülüğünden kurtulacak, teslim tarihi olan 8.11.2014'e kadar meydana gelecek bir kaza sonucunda, artık aynı çeşit malı teslim etmek yükümlülüğünden kurtulacak, fakat henüz bedel hasarı alıcıya geçmediği için satış bedelini talep edemeyecektir⁵¹. Diğer bir ifadeyle hasarın geçişi konusunda istisnalar hariç olmak kaydıyla “ya hep, ya hiç” şeklinde bir çözüm söz konusudur. Fakat bu çözümün mutlak olmadığı, uluslararası ticaretin gereklerine ve özellikle CISG'nin ifa engelleri sistemine aykırı düşmedikçe, somut olayın özelliklerinin ve hakkaniyetin edim hasarının alıcıya geçmişken, bedel hasarının da satıcıda kalmasını gerektirebileceği, diğer bir ifadeyle bu konuda bir ara çözümün de söz konusu olabileceği kanaatimizce dikkate alınmalıdır.

Doktrinde haklı olarak ifade edildiği gibi⁵², hükmün ikinci yarısındaki “meğer ki, ziya veya zarar satıcının bir eyleminden veya eylemsizliğinden” kaynaklansın” şeklindeki ifade, hasar kavramına yabancıdır, zira satılanın ziya veya hasara uğramasında satıcının sorumluluğunun bulunduğu hâllerde, hasar sorunu gündeme gelmeyecektir. Aynı şekilde alıcının da malın telef olmasından veya bozulmasından dolayı sorumlu tutulabileceği hallerde, hasar sorununun varlığından bahsedilemez. CISG'nin konuya ilişkin hükümlerinin temel özelliği, çeşidiyle belirlenen satış konusu malın ayırt edilmesinin ge-

50 Bkz. **ATAMER**, Satıcının Yükümlülükleri, s. 262 ve 263, dn. no: 734.

51 **BRUNNER**, s. 368.

52 **KAROLLUS**, s. 187; **HAGER**, s. 163; **ATAMER**, Satıcının Yükümlülükleri, s. 262.

rekli olduğu haller dışında, hasarın alıcıya geçişi açısından parça borcu-çeşit borcu ayırımına dayalı bir hasar dağılımının değil, ifa yeri merkez alınmak suretiyle, satıcının teslim yükümlülüğüne ve fiilî hâkimiyete dayalı bir hasar dağılımının öngörülmüş olmasıdır⁵³. Anlaşmada edim hasarının alıcıya geçişine ilişkin somut hüküm bulunmadığından CISG. m. 66-70. Hükümlerinde düzenlenen bedel hasarının alıcıya geçişini incelerken, edim hasarının intikalini de ele almaya çalışacağız.

2. CISG HÜKÜMLERİNE TÂBİ SATIŞ SÖZLEŞMELERİNDE EDİM VE BEDEL HASARININ ALICIYA GEÇİŞ ÂNININ BELİRLENMESİ

a. Gönderme Suretiyle Satışlarda Hasarın Alıcıya Geçiş (CISG. 67)

Satış sözleşmesi, satılanın taşınmasını ve satıcı teslim yükümlülüğünü ancak satılanı bağımsız bir taşıyıcıya teslim etmek suretiyle yerine getirmesini öngörüyorsa, gönderme suretiyle satıştan bahsedilir. Satıcı, satılanı belirli yere ulaştırmayı taahhüt etmişse götürülecek borç mevcut olup, eğer alıcı satılanın belirli bir yere sevkini üstlenmişse aranacak borcun varlığı kabul edilmektedir⁵⁴

Gönderme borcunu içeren satış sözleşmesinde hasarın geçişini düzenleyen CISG. 67 hükmü şu şekilde kaleme alınmıştır:

“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. Satıcının malları temsil eden belgeleri alıkoyma hakkı olsa bile, bu, hasarın intikaline etki etmez

Ancak mallar, üzerlerindeki ayırt edici işaretler, taşıma belgeleri, alıcıya yapılacak bildirim veya diğer herhangi bir yolla açıkça sözleşmeye tahsis edilmediği sürece hasar alıcıya geçmez.”

Hükme göre, bu tür satışlarda, hasarın alıcıya satılanın alıcıya ulaştırılmak üzere bağımsız taşıyıcının hâkimiyeti altına sokulmasıyla geçmektedir.

53 STAUDINGER/MAGNUS, Vorbem. Zu Art. 66 N.1; 300, N.4.

54 BRUNNER, s. 374.

Mallar birden fazla taşıyıcı tarafından taşınarak alıcıya ulaştırılacaksa, ilk bağımsız taşıyıcıya teslim edildiği andan itibaren hasara alıcı katlanır. Taşıma masraflarına kimin katlandığı, sigorta yaptırma yükümlülüğünün kime ait olduğu, mülkiyetin kimde olduğu hasarın geçişi açısından belirleyici değildir⁵⁵.

CISG.m. 67/1, c.1 uyarınca, satıcının taşıyıcıya teslim yükümlülüğünü yerine getirmesi için belirli bir yer belirlenmiş değilse, satıcı satılanı alıcıya ulaştırılmak üzere ilk bağımsız taşıyıcıya teslim ettiği anda, hasara artık alıcı katlanacaktır, bu yer genellikle satıcının ikametgâhıdır⁵⁶. Söz konusu teslimden itibaren, artık satılanın taşınmasına ilişkin tüm riskler alıcıya ait olup, bu çözüm özellikle birçok taşıyıcının ve taşıma türünün gündeme geleceği multi modal taşımalar açısından uygun düşmektedir. Hükümde sözleşmeye yapılan atıf sadece, sözleşmede malın taşınmasının öngörülmesine ilişkindir, yoksa gönderilen malın sözleşmeye uygun olup, olmadığı hasarın geçişi açısından belirleyici değildir⁵⁷.

Satıcı sözleşmeye göre, malları belirli bir yerde taşıyıcıya teslim etmekle yükümlü ise, satılanın belirlenen yerde taşıyıcıya teslim edilmesi ânına kadar hasar alıcıya geçmez. Burada kasd edilen, sırasıyla götürülecek ve gönderilecek borcun bir arada bulunmasıdır. Zira, satıcı satılanı belirli bir yere kadar götürmeyi ve orada bağımsız taşıyıcıya teslim etmeyi sözleşmeyle taahhüt etmiştir. Bu durum özellikle, satıcının kendi ikametgâhı (işyeri) olmayan bir yükleme limanında teslim etmeyi üstlendiği hallerde söz konusu olur ve hasar yükleme limanında öngörülen bağımsız taşıyıcıya teslimle alıcıya geçer. Kara yolu taşımalarının riski satıcıya, deniz yoluyla gerçekleştirilecek taşımalarının riski ise alıcıya ait olup, kara yoluyla taşıma bağımsız bir taşıyıcı tarafından yapılırsa dahi hasar yine de satıcıya ait olur, zira kara yolu taşımalarının sonuca ulaşmasını satıcı üstlenmiş olmaktadır. Karayoluyla transferin satılan mallar zayi olmaksızın veya zarar görmeksizin (telef olmaksızın veya bozulmaksızın) gerçekleştiğini, mallarda gerçekleşebilecek muhtemel bir zararın yüklemenden sonra, yani hasarın alıcıya geçmesinden sonra gerçekleştiğini ve böylece satış bedelini talep etme hakkının doğduğunu ispat etmek açısından satıcının yükleme limanında malları bir ekspere kontrol ettirmesi ve malların durumunun belgelenmesini sağlaması, hasarın geçiş ânını ispat edebilmesi açısından önem taşımaktadır. Taşıyıcının kararlaştırılan yer ve saatte hazır

55 BRUNNER, s. 374.

56 KAROLLUS, s. 194.

57 BRUNNER, s. 374.

bulundurulması, sözleşmeyle alıcıya yüklenmiş olan bir yükümlülük ise, bu ifaya hazırlık hareketini sözleşmeye aykırı olarak gerçekleştirmeyen alıcı, satılanın taşıyıcıya teslimi gereken andan itibaren hasara katlanacaktır⁵⁸.

Satıcının teslim edeceği malın çeşit borcu niteliğinde olduğu hallerde, hükmün ikinci fıkrası uyarınca, çeşidin ayırt edilmesi suretiyle alıcıya tahsis edilmesi yani satılan çeşidin bireyselleşmesi ânına kadar hasar alıcıya geçmez. Buna göre, ayırt edilmemiş bulunan çeşidiyle belirlenmiş mal, bağımsız taşıyıcıya teslim edilmiş olsa dahi hasar satıcıda kalmaya devam edecektir. Hüküm uyarınca, söz konusu ayırt etme, malların üzerlerine ayırt edici işaretler koyma, taşıma belgeleri vasıtasıyla, alıcıya yapılacak bildirimle veya diğer herhangi bir yolla gerçekleştirilebilir. Buna göre, önemli olan, fiilen ve objektif olarak gözlemlenebilir şekilde, satılanın belirli bir alıcıya tahsis edilmiş olmasıdır. Tahsisteki amaç, satıcının malları ilgili sözleşme bağlamında kullanma, ifaya konu etme niyetini ortaya koyması ve böylece çeşit borcu olarak belirlenen satılanın henüz ilgili sözleşmeye özgülenmesinden önce, satıcının elindeki bir kısım aynı türdeki çeşidin telef olması veya bozulmasının ekonomik riskini alıcıya yüklemesinin önlenmesidir⁵⁹.

Taraflar sözleşmede ayırt etmenin nasıl gerçekleştirileceğini kararlaştırmışlar ise, buna uyulmadığı takdirde, satıcı ifa eylemlerini gereği gibi yerine getirmediği için hasar alıcıya geçmemelidir. Eğer ayırt etmenin tarzı, yani nasıl gerçekleşmesi gerektiği konusunda özel bir anlaşma yapılmamış ise satıcı serbesttir; yeter ki söz konusu malın kimin için ayrılmış olduğu objektif olarak tespit edilebilsin. Bu ayırt etme taşıma belgesinde alıcının ismi, adresi belirtilerek yapılabileceği gibi, yükleme belgesinin yüklemenin gerçekleşme-

58 **BRUNNER**, s.375. Satıcının sözleşmeye ilişkin diğer yan yükümlülüklerine aykırı davranmasının da hasarın geçişine etki edip etmeyeceği tartışılabilir. Bkz. **BRUNNER**, s. 375, dn. 1395. Kanaatimizce hasarın geçişi olgusu, teslimi ve bu teslimin gerçekleşmesini sağlayacak ifaya katılma yükümlülüklerini ilgilendirmeli, satış bedelinin ödenmesine ilişkin bu tür yükümlülükler, hasarın geçişi konusunda belirleyici olmamalı, satıcı sözleşmeye aykırılık sebebiyle CISG uyarınca sahip olacağı hakları kullanmalıdır. Satıcı sözleşmeyi esaslı olarak ihlâl ettiğinde, alıcının hasara katlanması nasıl ki, onun ihlâl sebebiyle sahip olduğu haklara halel vermeyecekse, aynı durum satıcı açısından da söz konusu olmalıdır. Bu tartışma, özellikle satıcının m. 85 uyarınca, satış bedeli ile teslim borcunun aynı anda ifa edilecek olduğu ve satıcının satış bedeli ödenmediği için malı elde tutmaya devam ettiği (ödemezlik defî hakkını kullandığı) hallerde de önem taşımaktadır. Zira satıcı, bu ihtimalde, sözleşme yürürlükte kaldığı sürece, ileride kendisine satış bedeli teklif edildiğinde malı teslim etmek zunda kalacağından, m. 86 uyarınca bu malların muhafazası için de gerekli önlemleri almakla yükümlü ve almaması halinde mallara gelecek zarardan da sorumludur.

59 **BRIDGE**, s. 207; **BRUNNER**, s. 376.

si şartıyla, alıcıya gönderilmesi suretiyle de gerçekleştirilebilir⁶⁰. İhtilâf halinde, malın ayırt edilmiş ve böylece hasarın alıcıya geçmiş olduğunu iddia eden taraf yani satıcı ispat yükünü taşımalıdır. Bununla birlikte, malın zarar görmesi ihtimalinde, ayıplı bir malın varlığından bahsedilmek gerekeceğinden, alıcının ayıp hükümlerinden yararlanabilmek için, hasarın geçtiği anda malın ayıplı olduğunu ispat etmesi gerekecektir. Bu konuda, hem maddi olguların ispatı, hem de ispat yükünün dağılımı yönünden güçlükler söz konusu olacaktır. Alıcının, ayıplı malı kabul etmiş durumuna düşmemek için, malı taşıyıcıdan teslim alırken ihtirazî kayıt ileri sürmesi dahi, satılanın teslimden önce mi, yoksa taşıyıcıya teslimden sonra mı zarara uğradığı konusundaki ispat güçlüğünü kanaatimizce ortadan kaldırmamaktadır.

Birden fazla alıcıya aynı çeşitten malın gönderilmesi halinde, malın bağımsız taşıyıcıya tesliminden sonra riskin gerçekleşerek, malların telef olması veya zarar görmesi durumunda, eğer mallar CISG. m. 67/2 uyarınca söz konusu riskin gerçekleşmesinden önce ayırt edilmemişse hasar alıcılara kanaatimizce hiç geçmeyecek, eğer ayırt edilmiş olmalarına rağmen mallar birbirine tamamen karışmak suretiyle zarara uğramışlar ise, alıcılar teslim alacakları malların miktarıyla orantılı olarak hasara katlanacaklardır⁶¹. Bununla birlikte, toplu taşıma alıcıların isteği üzerine kararlaştırılmışsa ve ayırt edilmiş olmama da bundan kaynaklanıyorsa, alıcıların hasarab katlanması söz konusu olabilecektir⁶².

Gönderilecek borçlar yönünden edim hasarının geçiş anı, satılanın parça ve çeşit borcu olmasına göre tespit edilecektir. Buna göre taraf iradelerine göre, ikame mal teslimi yapılamayacak olan parça borcu söz konusu ise, sözleşmenin yapıldığı anda edim hasarı alıcıya geçer. Malın telef olması halinde, alıcı yeni bir satılanın teslimini isteyemez, buna karşılık henüz satıcı satılanı taşıyıcıya teslim etmemişse, bedel hasarı alıcıya geçmiş olmadığı için, satıcı da satış bedelini talep edemez. Satılan telef olmamış, fakat zarar görmüş (örneğin bozulmuş) ise; satılanın ayıpları, hasarın geçtiği ana göre saptana-

60 Söz konusu ayırt etme, hasarın intikalinin maddî koşuludur ve ileriye etkili olarak hüküm doğurur. Bu sebeple malların yüklenmesinden önce yükleme belgesi düzenlenmesi ve alıcıya gönderilmesi halinde, yüklemenin yapılmasıyla birlikte gerçekleşecek geriye etkili bir hasar intikali kabul edilmemektedir. **BRUNNER**, s. 376.

61 Doktrinde bu ihtimalde, alıcılar arasında bir "hasar ortaklığının" mevcudiyetinden bahsedilmektedir. **STAUDINGER/MAGNUS**, Art. 67 N. 28.

62 **Wilhelm-Albrecht ACHILLES**, Kommentar zum UN-Kaufrechtsübereinkommen, Neuwied, 2000, Art. 67 N.6.

cağından, hasarın geçtiği anda mal sözleşmeye uygunsa, bu andan itibaren gerçekleşecek bozulmalardan satıcı sorumlu olmaz. Bunun istisnası ise, satıcının meydana gelen zarardan sorumlu olması (örneğin malı kötü paketleme, kötü taşıyıcı seçme -ki esasen bu durumlarda bir hasar sorunu yoktur.) veya satıcının bu konuda özel bir garanti taahhüdünde bulunmuş olması halleridir.

Acaba, edim hasarının alıcıya geçtiği, fakat bedel hasarının geçmediğinin kabul edilebileceği hallerde, örneğin parça satımında sözleşmenin kurulması ise bedel hasarının geçişi ânı arasındaki dönemde satılanın telef olmayıp, zarara uğraması durumunda sonuç ne olacaktır? Eğer mal telef olsa idi, alıcı malı alamayacak, karşılığında da bedel ödemeyecekti⁶³. Bu durumda ise, satıcının borcunu gereği gibi ifa etmesi imkânsızlaşmıştır, bu durumda kanaatimizce dürüstlük kuralının da yardımıyla şöyle bir çözüm gündeme gelir: Eğer satılan maldaki zarar, maldan beklenen yararı neredeyse tamamen ortadan kaldırmakta ise, yani malın bozulma oranı adeta telef olma sonucunu doğuruyorsa, telef olmanın sonuçları uygulanmalıdır. Bu ihtimalde mal sanki telef olmuş gibi, alıcı malı teslim almaz ve karşılığında herhangi bir bedel ödemez. Satılan mal bozulmuş ise, henüz bedel hasarı kendisine geçmemiş olan alıcı, malı teslim almak zorunda olmayıp, bedelini de ödemek durumunda değildir⁶⁴. Eğer, malın zarara uğramasına rağmen, kullanımı mümkün ise ve özellikle alıcı malı teslim almak istiyorsa, artık alıcı malın zarara uğramış haliyle piyasa değerini ödeyecektir. Zira, edim hasarının alıcıya geçmiş olması, yeni satıcının yeni ve ayıpsız bir mal vermekle yükümlü olmaması, alıcının da yeni bir mal isteyememesi anlamını taşımaktadır, eğer zarar görmüş haliyle malı teslim alacaksa bunun bedelini ödemelidir çünkü henüz bedel hasarı kendisine geçmediği için, alıcı malı ayıpsız teslim etmiş gibi, bedelin tamamını ödememelidir. Bu sonuç, parça borcunda edim hasarının sözleşmenin kurulması ânında alıcıya geçmesinin bir sonucudur. Zira, malın tamamen telef olması halinde satıcı teslim yükümlülüğünden tamamen kurtulmaktadır⁶⁵. Alıcının bu ihtimâlde, CISG.m. 79 uyarınca mücbir sebep dolayısıyla tazminat talep edememesine karşılık, ayıplı ifadan doğan diğer haklarını özellikle onarım hakkını kullanabilmesi ise, kanaatimizce CISG.m. 46, hükmünün edim hasarına ilişkin olarak özel bir düzenleme olarak görülebilmesiyle açıklanabilece-

63 STAUDINGER/MAGNUS, Vorbem zu Art. 66, N. 9.

64 Satıcının teslim yükümlülüğü ile bedel hasarının farklı zamanlarda geçtiği hallerde, satıcının teslim yükümlülüğünden kurtulacağı fakat bedel hasarı alıcıya geçmediği için satış bedeli talep edemeyeceği hakkında bkz. STAUDINGER/MAGNUS, Vorbem zu Art. 66, N. 9.

65 STAUDINGER/MAGNUS, Vorbem. Zu Art. 66, N. 9.

ği gibi⁶⁶; kanaatimizce CISG.m. 36/1 uyarınca hasarın geçişi ânında malların ayıpsız olması gereğinin bedel hasarını ifade etmesi ve dolayısıyla edim hasarının geçmiş olup, bedel hasarının henüz geçmediği, böylece satıcının ayıplı satıştan sorumlu tutulabilmesi ile de açıklanabilir. Zira, belirtmek gerekir ki, CISG.m. 36 hükmünde ifade olunan “hasar“ kavramı, bedel hasarını ifade etmektedir⁶⁷.

Çeşit borcu açısından ise, edim hasarı satıcının satılanı teslim yükümlülüğü kapsamında alıcıya tahsis etmesi, bireyselleştirmesi ile geçeceğinden, edim hasarı satılanın ayırt edilerek bağımsız taşıyıcıya teslimi anında geçecektir. Böylece gönderme borcu doğuran satışlarda, edim ve bedel hasarının alıcıya geçişi aynı anda gerçekleşmektedir⁶⁸.

b. Nakil Halindeki Malları Konu Edinen Satışlarda Hasarın Alıcıya Geçişi

CISG, malların taşınması sırasında bu malları konu edinen bir satış sözleşmesinin yapılması hâlinde, hasarın geçişini özel bir hükümlle düzenlemiştir. Anlaşmanın 68. Maddesi, nakil halindeki malların satışı halinde hasarın geçiş ânını düzenlemektedir. Madde metni şöyledir :

“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 bildiği veya bilmesi gerektiği hallerde bu bilgiyi alıcıya açıklamamışsa ziya veya zarar rizikosunu satıcı taşır.”

Hükümde, satış konusu olan ve alıcıya gönderilmek üzere yola çıkarılan malların, alıcı tarafından henüz nakil halindeyken bir başka kişiye satılması

⁶⁶ **KAROLLUS**, s. 193. Aksi görüşte, **STAUDINGER/MAGNUS**, Vorbem. Zu Art. 66, N. 9; **ATAMER**, Satıcının Yükümlülükleri, s. 275.

⁶⁷ **GRUBER**, Art. 36, N. 3; **BRUNNER**, s. 207, 208; **KAROLLUS**, s. 193; **ATAMER**, Satıcının Yükümlülükleri, s. 274. Anlaşmanın 36/2 hükmü ile 66. maddesinin birbiriyle çeliştiği ve anlaşmada hasarın alıcıya geçişinden sonra malın zarara uğramasından, herhangi bir yüküm ihlali bulunmadığı için satıcının sorumlu tutulamayacağı fakat satıcının da zararın kendi hâkimiyet alanında gerçekleşmesi dolayısıyla hasarın geçişine dayanamayacağı hallere ilişkin bir düzenlemenin bulunmadığı görüşü ve tartışmalar için bkz. **HAGER**, s. 37, dn. 6.

⁶⁸ **KAROLLUS**, s. 193.

yani aynı malların ikinci bir satışa konu olmaları durumunda, hasarın ikinci satışa ilişkin sözleşmenin yapılması ânında yeni alıcıya geçmesi öngörülmüştür⁶⁹. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, hükümde bahsedilen satıcının, ilk satış sözleşmesindeki alıcı olduğudur. Alıcı, daha önce satın almış olduğu ve kendisine (ya da başka bir yere) gönderilmekte olan malları bir başkasına satmakta, yani önceki alıcı, yeni satıcı konumuna geçmekte; hüküm de bu ihtimalde, hangi andan itibaren yeni alıcının hasara katlanacağını düzenlemektedir.

Düzenlemeye göre, satılanın hasarı sözleşmenin yapılması ânında yeni alıcıya geçmekte, bu andan itibaren malların bozulma ve telef olan riskine yeni alıcı katlanmaktadır. Hasarın bu şekilde intikalinin ilk şartı, malların kendisine (ikinci) sözleşmenin kurulmasından önce teslim edildiği ve malları sözleşmenin kurulması ânında nakletmekte olan taşıyanın bağımsız taşıyıcı olmasıdır⁷⁰.

Bununla birlikte, hükme göre durumun gerektirdiği hallerde, hasarın ilk sözleşmenin yapılmış olduğu andan itibaren yeni alıcıya ait olacağı düzenlenmiştir. Bu hallerde, alıcı sözleşme ile bağlı olmadığı döneme ait hasara da geriye etkili olarak katlanacaktır. Hükümün gerekisi olarak, malların telef olması veya zayi olması durumunda, buna sebep olan olayın gerçekleşme ânının tespitindeki zorluklar, özellikle sözleşmenin kurulması ânında malların hasara uğramış olup, olmadığı belirlenmesinin güçlüğü gösterilmektedir. Bu sebeple, durumun gerektirdiği hâllerde alıcının geriye etkili olarak, taşıma belgelerini düzenleyen taşıyıcıya malın teslim edilmesi ânından itibaren hasara katlanacağı öngörülmüştür. Durumun gerektirdiği bu hallerin tipik örneği olarak, malın sigortalı olduğu durumlar, örneğin CIF satışlar gösterilmektedir. Zira, yeni alıcı satış sözleşmesini akdettiği andan itibaren bu sigortadan yararlanmaya başlayabilecektir. Söz konusu taşıma belgelerinin, satış sözleşmesinin akdedilmiş olduğunu ispatlamaya yarayan belgeler olması yeterli görülmekte, mallar üzerinde tasarruf yetkisi de tanınması aranmamaktadır⁷¹.

69 ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri, s. 267.

70 STAUDINGER/MAGNUS, Art. 68, N. 6. BRUNNER ise, hasarın geçişi için malın bağımsız taşıyıcıya teslim edilmiş olmasını yeterli görmekte, sözleşmenin akdi ânında mal artık satıcının kontrolünden çıkmış olduğundan, malın yüklenmiş olması veya taşınma sırasında sözleşmenin akdedilmiş olmasının gerekli olmadığını ifade etmektedir. BRUNNER, s.377. Bu görüşün hükmün açık lâfzıyla çeliştiği ileri sürülebilir.

71 BRUNNER, s. 378.

Hükümün son cümlesinde, hasarın alıcıya intikal edebilmesi için, satıcının yani ilk sözleşmedeki alıcının, ikinci alıcıyla sözleşmeyi yaparken malların hasara uğradığını bilmiyor olması veya bilebilecek durumda olmaması öngörülmektedir. Bu ihtimalde, yani satıcının kötü niyetli olması ihtimalinde hasar satıcıda (ilk satıştaki alıcıda) kalmaya devam edecektir. Hükümde dikkati çeken ilk husus, Türk ve İsviçre Borçlar Kanunlarından farklı olarak, CISG uyarınca, satış sözleşmesinin yapılması ânında malların telef olmasının yani yok olmasının, sözleşmenin kurulması ânında bu malların tesliminin imkânsızlaşmış olması gerekçesiyle, yani başlangıçtaki ifa imkânsızlığı (sözleşme konusunun imkânsızlığı: TBK 27/1, OR 20/1) sebebiyle satış sözleşmesini hükümsüz hale getirmemesidir. Zira aksinin kabulü hâlinde, satıcının hasara katlanacağından bahsetmek mümkün bulunmamaktadır⁷².

72 CISG, Türk Hukuku açısından kanunlaşmış olduğundan, artık uluslararası taşınır satışlarında Türk Hukuku açısından, satılanın telef olduğu hallerde, satış sözleşmesinin konusundaki imkansızlık dolayısıyla sözleşmenin geçersizliğini ileri sürmek mümkün bulunmamaktadır. Yine kanaatimizce, Türkiye’de yapılan bir satış sözleşmesinde, tarafların aralarındaki ilişkiye CISG hükümlerinin uygulanacağı konusunda anlaşmaları veya bu hükümleri sözleşme metnine taraflarca öngörülmuş hükümler olarak dercetmeleri halinde de artık sözleşmenin konudaki imkansızlık yönünden geçersiz olacağını söylemek mümkün olmamalıdır. Zira bu ihtimalde taraflar, geçerli olarak bir yasa hükmünü sözleşme hükmü olarak kabul etmiş olmaktadır. Ne var ki bu konunun tartışmaya açık olduğu, zira TBK m. 27’deki hükmün kesin hükümsüzlüğü öngörmesi karşısında, uluslararası olmayan satış sözleşmelerinde CISG’ye atıf yapılması hâlinde, uyumsuzluğa uygulanacak yasa hükümleri arasında açık bir çatışmanın söz konusu olacağı bir gerçektir; en azından CISG’nin uygulanmasının öngörüldüğü ve öngörülmeyip sadece TBK’nun uygulanacağı uyumsuzluklar arasında uygulanacak olan hükümler bakımından tutarsızlık ve adaletsiz sonuçlar gündeme gelebilecektir. Esasen 7 Nisan 2010 ‘da kabul edilerek kanunlaşan ve 1 Ağustos’ta yürürlüğe giren CISG’nin sözleşmede konudaki imkansızlığı bir geçersizlik sebebi saymaması karşısında, TBK açısından da yasa koyucunun aynı çözümü benimsemesi ve başlangıçtaki imkansızlığı bir hükümsüzlük sebebi olmaktan çıkarması beklenirdi. Nitekim Almanya’da 1.1.2002 tarihinde yürürlüğe giren ve Alman Borçlar Hukukunda modernizasyon yapılmasını amaçlayarak, BGB. hükümlerinde değişiklikler öngören yasa ile BGB. 306 hükmü değiştirilmiş ve sözleşmenin konusundaki başlangıçtaki imkansızlık bir geçersizlik sebebi olmaktan çıkarılmıştır. Konu hakkında geniş açıklamalar ve başlangıçtaki imkansızlığı hükümsüzlük sebebi olarak düzenlemenin sakıncaları için bkz. **SEROZAN**, § 14 N. 3. Kanaatimizce sözleşmelerin geçerliliğini ilgilendiren genel işlem şartları düzenlenirken Almanya örneğinden yararlanılmış olma çabası karşısında, hem Almanya örneği hem de TBK’nun yürürlüğe girmesinden bir yıl önce kanunlaşarak yürürlüğe girmiş olan ve böylece iç hukuk haline gelen CISG’den yararlanılması zorunluluk teşkil etmektedir. Belirtmek isteriz ki, bu görüşümüz hasar kavramının merkezinde edimin ifasındaki kısmen veya tamamen sonraki ifa imkansızlığının bulunduğu yönündeki görüşümüzle çelişmemektedir. Çünkü hasara yol açan mücbir sebep, üçüncü kişinin ağır kusuru gibi kavramlar, borçlunun sorumluluğu bulunmaksızın borçtan kurtulmanın yani ifadaki sonraki kusursuz imkansızlığın malzemeleridir. Satılanın bozulması durumunda da, ayıp hükümleri

Doktrinde haklı olarak, hükmün son cümlesindeki bu istisnanın, ilk satış sözleşmesindeki alıcıya hasarı geçirip geçirmeyeceğinin tartışılmasının yer-siz olduğu kabul edilmektedir⁷³. Zira hüküm, sadece ikinci satış sözleşmesindeki hasarın yeni alıcıya geçişini düzenlemektedir. İlk satış sözleşmesinde hasarın alıcıya geçip, geçmediği hükmün düzenleme alanına dahil değildir. Esasen, ilk satış sözleşmesinin yapılması anında zaten mallar bozulmuş, zarar görmüş veya telef olmuşsa, bu durum ilk satış sözleşmesindeki satıcının ilk satış sözleşmesindeki alıcıya karşı ayıptan doğan sorumluluğuna yol açacaktır, zira hasarın geçişi anında mal ayıplıdır ve böylece ikinci alıcı açısından da bir hasarın geçişi sorunundan bahsetmek mümkün olmayacaktır. Belirtmek gerekir ki ikinci alıcı da malların ayıplı olması dolayısıyla satıcının sorumluluğuna başvurabilecektir. Ayrıca bu durumda, satıcının bu ayıpları bilmesinin veya bilecek durumda olmasının ise hukuken bir önemi bulunmamaktadır⁷⁴.

Bununla birlikte, hüküm özellikle kısmi bir hasarın gerçekleştiği hallerde gündeme gelebilir. Örnek olarak, sözleşme kurulduğu sırada, satılan malların yarısı telef olmuştur, fakat satıcı sadece malın tümünün $\frac{1}{4}$ 'ünün telef olduğunu bilmekte ve bilmesi gerekmekte, daha sonra ise kalan $\frac{1}{4}$ 'lük bölüm, kaza sebebiyle telef olmuştur. Bu ihtimalde satıcı sadece bildiği veya bilmesi gerektiği bölüm için hasar rizikosunu taşır ve hükmün ikinci cümlesi uyarınca geriye etkili bir hasar intikali ancak bu $\frac{1}{4}$ 'lük bölüm için söz konusu olmayacaktır. Fakat satıcının söz konusu aydınlatma yükümlülüğünü ihlâl etmesi sonucundaki $\frac{1}{4}$ 'lük sözleşme ihlâli esaslı ihlâl olarak görülebilir ve alıcı da sözleşmeden dönerse, satıcı tüm zarardan sorumludur. Bu durum, makûl bir alıcının, satıcı tarafından yapılacak doğru bir bilgilendirmenin sonucunda sözleşmenin kurulması ânında söz konusu zararı bilmesi durumunda, sözleşmeyi kurmayacağına kabul edileceği hâllerde söz konusu olacaktır. Hükümdeki “satıcının bildiği veya bilmesi gerektiği” ifadesi, iyi niyete ilişkin TMK. 3 hükmüne paralel bir ifade olmakla birlikte, satıcının sorumluluğu için hafif ihmâlin yeterli olacağına işaret etmektedir. Buna göre satıcı tarafından bilinen şartlar ve olgular, böyle bir zararın meydana gelmiş olmasını ihtimal dahilinde gösteriyorsa, satıcı kötü niyetli kabul edilecektir. Satıcının kötü niyetini ispat yükü alıcıya düşmektedir⁷⁵.

devreye girmekte, fakat hasarın geçişi olgusu alıcının satıcının ayıp dolayısıyla sorumluluğuna başvurmasına engel olmaktadır.

73 Bkz. **ATAMER**, Satıcının Yükümlülükleri, s. 269.

74 **BRUNNER**, s. 379.

75 **BRUNNER**, s. 379.

Belirtmek gerekir ki, sözleşmenin kurulması ânı itibarıyla satılanın çeşit borcu niteliğinde olup, ayırt edilmiş olmadığı hallerde hasarın hükümdeki (ikinci) alıcıya geçmesi söz konusu olmayacağından, alıcı yeni parti mal talep edebilecektir⁷⁶. Nakil halindeki mallarda sözleşmenin kurulması ânında bedel hasarı alıcıya geçtiğinden, edim hasarı da alıcıya o anda geçmekte, bedel hasarının alıcıya geriye etkili olarak geçtiği hallerde, edim hasarı da geriye etkili olarak geçecektir. Zira yukarıda da açıklandığı gibi, edim hasarının en geç bedel hasarının alıcıya geçtiği anda geçmiş olması zorunludur⁷⁷.

c. Aranacak ve Götürülecek Borçlarda Hasarın Alıcıya Geçişi

CISG. 69 hükmü, 67 ve 68. Maddede öngörülmeyen haller için genel bir düzenleme getirmektedir. Böylece hüküm, gönderilecek borcun ve nakil halindeki malların satışının söz konusu olmadığı hallerde, aksi kararlaştırılmadığı sürece devreye girecek olan hasarın alıcıya geçişine ilişkin kuralları içermektedir. Bu kurallar esasen, CISG’de hasarın geçişine ilişkin başlangıç noktasını ve genel ilkeyi ifade etmektedir⁷⁸. Gönderilecek borcun söz konusu olmadığı bu haller, aranacak, götürülecek veya depolanmış bir malın satışında olduğu gibi; ne alıcının, ne de satıcının ikametgâhı olan bir yerde teslim borcunu içeren satış sözleşmeleridir⁷⁹. Hüküm şu şekilde kaleme alınmıştır:

*“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 almaya-
rak sözleşmeye aykırı bir davranışta bulunduğu andan itibaren alıcıya geçer.*

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.

Sözleşmenin, henüz ayırdedilmemiş mallara ilişkin olması halinde bunların ancak açıkça sözleşmeye tahsis edilmesi ile alıcının tasarrufuna hazır bulundurulduğu kabul edilir.”

⁷⁶ KAROLLUS, s. 200.

⁷⁷ ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri, s. 276; KAROLLUS, s.192, vd.

⁷⁸ HUBER, Art. 69 N. 3.

⁷⁹ BRUNNER, s. 381.

Hükümün ilk fıkrası, malların satıcının işyerinde teslim edilecek olduğu yani aranacak borcun söz konusu olduğu yerinde satım olarak da ifade edilen durumlarda hasarın intikalini düzenlemektedir. Hüküm uyarınca bu halde hasar, alıcının veya onun yerine ifayı kabul edecek kişinin (bu kişi alıcının bu konuda yetkilendirmiş olduğu herhangi bir kişi, örneğin malı teslim almak üzere satıcıya göndermiş olduğu nakliyeciyi de olabilir) sözleşmeye uygun olarak, zamanında malı teslim almak için satıcının işyerine gitmiş olduğu hallerde, alıcıya (ya da bahis konusu ilgili kişiye) teslim ile geçecektir. Böylece satılan, satıcının hâkimiyetinden çıkarak, alıcının kontrolüne girer. Satıcının kendi işyerinde alıcıya malı teslim alması için sunması hasarı intikal ettirmez⁸⁰.

Alıcı, satılanı teslim almayarak sözleşmeye aykırı hareket ederse hasar teslim borcunun muaccel olduğu anda, satılanın satıcı tarafından kendi işyerinde teslim alınmak üzere hazır bulundurulmasıyla birlikte alıcıya geçecektir. Maddenin üçüncü fıkrası uyarınca, satıcının hazır bulundurmuş sayılabilmesi için, çeşidiyle belirli satılanı ayırt etmiş ve alıcıya tahsis etmiş olması gereklidir. Anlaşmanın 53. Maddesinde malların teslim alınması alıcı için sadece bir hak değil, aynı zamanda bir yükümlülük olarak düzenlenmiştir; bu sebeple ilk fıkrada alıcının satılanı “*teslim almayarak sözleşmeye aykırı bir davranışta bulunması*” hasarı intikal ettiren bir olgu olarak ifade edilmektedir⁸¹. Alıcı söz konusu teslim yükümlülüğünü, malı teslim almak için varsa üzerine düşen hazırlık hareketlerini yerine getirmediğinde, ya da sözleşmeye uygun olarak kendisine sunulan malı satıcının iş yerinde kendisi ya da yetkili temsilcisi vasıtasıyla teslim almayarak ihlâl etmiş olur⁸².

Belirli vadenin söz konusu olmadığı hallerde, satıcının teslim borcu derhal muaccel olacağı için, satıcının edim hasarını alıcıya geçirmek için ifa fiillerini ne zaman tamamlamış sayılacağı tereddüt doğurmaya müsaittir. Satıcının tek taraflı ayırt etmesiyle edim hasarı geçer mi? Yoksa bu konuda alıcıya bildirim yapılması aranacak mıdır? Hükümde açıkça düzenlenmiş olmasa dahi, teslim için bir vade belirlenmemişse, satıcının malları hazırlamış olduğunu ve teslim

80 **HUBER**, Art. 69, N.1; **BRUNNER**, s. 382.

81 **HUBER**, Art. 69, N. 6.

82 **BRUNNER**, s. 382. Aranacak borçlarda edim hasarı ise, görüşümüz çerçevesinde parça satışlarında sözleşmenin kurulmasıyla birlikte alıcıya geçecek, böylece edim hasarı ile bedel hasarının geçişi farklı zamanlarda gerçekleşebilecek; çeşit satışlarında ise satıcının vadesinde malı ayırt ederek sözleşmeye tahsis etmesiyle, yani bedel hasarının geçişiyle aynı anda alıcıya geçecektir. Farklı görüşte **ATAMER**, Satıcının Yükümlülükleri, s. 275. Çeşit borçlarında ise, satıcının malı ayırt edip alıcıya ihbarda bulunmasıyla edim hasarı intikal etmemelidir.

alabileceğini alıcıya ihbar etmesinin gerekli olduğu kabul edilmektedir. Zira, teslim tarihi belirli olmadığına göre, alıcının satıcıdan bu konuda haber beklemesi hayatın olağan akışına uygun ve dürüst bir satıcıdan beklenecek davranıştır. Bu bildirim yapan satıcının, alıcının malı teslim alması için bildirim varmasından itibaren makul bir süre beklemesi gereklidir. Satılan, ancak makul sürenin geçmesinden sonra alıcının tasarrufuna hazır bulundurulmuş sayılabilir. Fakat bu durum, bedel hasarının geçişi açısından belirleyicidir. Makul sürenin geçmesine rağmen, alıcı satıcının işyerine gitmemiş ve malı öngörülen zamanda teslim almamış ise, bedel hasarı malın ayırt edilmiş olması şartıyla alıcıya geçecektir⁸³. Doktrinde, alıcının malı teslim alma yükümlülüğü dışındaki başka bir yükümlülüğünü ihlal etmesi ve bu ihlalin alıcının 60. Maddede düzenlenen ifaya katılma yükümlülüğünün yanı sıra, doğrudan doğruya alıcının teslim alma yükümlülüğü ile bağlantılı olması hâlinde de birinci fıkranın kıyasen uygulanacağı kabul edilmektedir⁸⁴. Böylece, alıcı her ne kadar zamanında satılanı satıcının işyerine giderek teslim almayı istese de, satıcının teslim borcuyla bağlantılı kabul edilen örneğin akreditif açtırma yükümlülüğünü ihlâl etmek suretiyle sözleşmeye aykırı hareket ettiğinde, teslim gerçekleşmiş gibi hasara katlanacaktır⁸⁵. Belirttiğimiz gibi, çeşidin ancak fiilen ayırt edilmiş olması şartıyla, ihbarda bulunulması edim hasarını alıcıya geçirir. Bu sebeple, tereddüt halinde, satılanın telef olduğu veya zarara uğradığı an itibarıyla ayırt edilmiş olduğunu ispat yükü, edim hasarını alıcıya geçirmek isteyen satıcıya düşmektedir. Bu ihtimalde, edim hasarı alıcıya geçmiş, fakat makul süre henüz geçmiş olmadığından, bedel hasarı alıcıya geçmemiş olmaktadır. Böylece, satıcı teslim borcundan kurtulabilecek fakat makul sürenin geçmesinden önce bedel hasarı alıcıya geçmiş olmayacağı için satış bedelini alıcıdan talep edemeyecektir.

Hükmün ikinci fıkrası ise, satış konusu malların satıcının ikametgâhı (işyeri) dışında bir yerde teslim edileceği hallerde uygulama alanı bulacaktır. Bu hallerden ilki, satılanın alıcının ikametgâhında (iş yerinde) teslim edileceği dar ve gerçek anlamdaki götürülecek borçlardır. Bu tür satışlar için uzağa satış kavramı da kullanılmaktadır⁸⁶. Hükmün uygulama alanına giren diğer durum ise, satılanın satıcının veya alıcının ikametgâhı olmayan üçüncü bir yerde teslim edilecek olmasıdır. Satıcının satılanı, alıcının ve kendisinin işye-

83 BRUNNER, s. 382.

84 STAUDINGER/MAGNUS, Art 69 N. 16.

85 BRUNNER, s. 382.

86 BRUNNER, S. 383.

rinden başka bir yerde teslim edeceği hallerde, satıcı açısından götürülecek, alıcı açısından da aranılacak borç mevcuttur⁸⁷ ve satıcı belirlenen ifa yerinde malı teslim etmediği sürece, teslim yükümlülüğünü yerine getirmiş olmaz. CISG.69/2 hükmünde, her iki durumu da içerecek şekilde “*Ancak alıcının, satıcının işyerinden farklı bir yerde malı teslim almasının öngörüldüğü hallerde*” ifadesi kullanılmıştır. Özellikle malların, satıcıya ait olmayan bir depoda veya üçüncü kişiye ait bir yerde saklandığı ve malın buradan teslim alınacağı haller de ikinci fıkranın kapsamına girmektedir. Yine, satıcının malı alıcının işyeri olmayan belirli bir yere götürmeyi ve orada satılanın montajını gerçekleştirmeyi üstlendiği hâllerde de hüküm uygulama alanı bulacaktır. Satıcı malı belirli bir yerde bağımsız taşıyıcıya teslim ederek göndermeyi üstlenmişse, mallar o yere götürülene ve bağımsız taşıyıcıya teslim edilene kadar (örneğin işyeri Hannover’de bulunan satıcı, malı Hamburg limanındaki gemiye teslim etmeyi yani oradan göndermeyi taahhüt etmiştir.) hasar yine satıcıdadır. Zira burada dahi belirlenen yere kadar malın ulaştırılması satıcının sözleşmeyle üstlendiği bir yükümlülük olup, satıcı açısından götürme borcu teşkil eder; ne var ki bu ihtimal gönderme borcunun ifasına ilişkin olarak, Anlaşma m. 67/f. 1c.2’de açıkça düzenlenmiş olduğu için, bu konuda ayrıca bir yorum yapmaya da ihtiyaç kalmamaktadır.

Hükmün kapsamına giren yukarıdaki hâllerde, bedel hasarı satıcının malı, ifa yerinde alıcının teslim alması için hazır bulundurması ve alıcının bu durumdan haberdar olması ânında alıcıya geçmektedir. Teslim borcunun muaccel olmasından önce hasar her zaman satıcıdadır. Alıcı, zamanından önce yapılan bir ifayı kabul etmek zorunda olmadığından, vadeden önce yapılan davranış hasarı intikal ettirmez, zira alıcı açısından da Anlaşmanın 60. Maddesi uyarınca teslim alma yükümlülüğü muaccel olmamıştır. Haberdar olma şartı ise, mutlaka satıcının yapacağı bir ihbarı gerektirmeyebilir. Fakat her ihtimalde, alıcının haberdar olması, hasarın intikalinin objektif bir şartı olduğundan, tereddüt halinde satıcı ihbar gerekmez alıcının durumdan haberdar olduğunu ispatla mükellef olacaktır. Diğer yandan, satılanın teslim alınması için bir vade veya süre öngörülmemişse, satıcı mutlaka alıcıya ihbarda bulunmak zorundadır. Yukarıdaki açıklamalarımıza paralel olarak, satıcının yapmış olduğu ihbarın alıcıya varmasından itibaren malın teslim alınması için alıcıya makul bir süre verilmeli ve ancak bu makul, kısa sürenin geçmesinden sonra mallar tasarrufa hazır bulundurulmuş sayılmalıdır, böylece hasar da bu andan itibaren alıcıya intikal edecektir. Satılan mallar, belirli bir yerde muha-

87 BRUNO von BÜREN, Schweizerisches Recht Allgemeiner Teil, Zürich 1964, s. 444.

faza edilmekte ise, ayrıca alıcıya mal üzerinde tasarruf edebileceği ve söz konusu malları ardiye sahibinden (veya ilgili üçüncü kişiden) teslim alabileceği belgelerin kendisine verilmesiyle birlikte, mallar alıcının tasarrufuna hazır bulundurulmuş sayılabilir⁸⁸. Satıcı, bu sonucu alıcıya mutlaka kıymetli evrak niteliğinde bir belge vererek değil, alıcının zilyetliğini tanınması şartıyla söz konusu üçüncü kişiye artık alıcının malların zilyedi olduğunu bildirmek suretiyle yani uzak elden teslim yoluyla da gerçekleştirebilir. Belirtmek gerekir ki, burada satıcının yükümlülüğünün kapsamı belirleyicidir. Örneği montaj edimini de içeren bir satış varsa, söz konusu montaj tamamlanmadan, satılan mal alıcının tasarrufuna hazır bulundurulmuş sayılmaz⁸⁹.

İkinci fıkra yönünden de, genel bir ilke olarak alıcının malın teslim alınmasıyla bağlantılı olan yükümlülüklerine aykırı davranması dolayısıyla satıcı ayırt etmiş olduğu malı alıcının tasarrufuna hazır bulunduramıyorsa hasara alıcı katlanacaktır. Burada alıcının sözleşmeye aykırı davranışı ile satıcının malı alıcının tasarrufuna hazır hale getirmemesi arasında uygun nedensellik bağı aranacaktır. Yani alıcının söz konusu sözleşmeye aykırı davranışı olmasa idi, satıcının sözleşme uyarınca malı alıcının tasarrufuna hazır bulundurması gerekmeli ve satıcı bu engel olmasa idi malı alıcının tasarrufuna hazır bulundurabilecek durumda olmalıdır⁹⁰.

Edim hasarı yönünden ise, satıcının teslimine yönelik yükümlülüğü, malı alıcının teslim alması için ifa yerinde hazır bulundurmadır. Satıcıya haberdar etme konusunda bir yükümlülük yüklenmediğine göre, teslim borcunun muaccel olduğu anda, satılanın ifa yerinde ayırt edilmiş bir şekilde hazır bulundurulmuş olmasının, edim hasarının geçişi açısından yeterli olacağı savunulabilir⁹¹. Bu görüşün kabulü halinde, haberdar olma durumundan önce edim hasarı alıcıya geçebilecek, fakat bedel hasarı, malların teslim yerinde hazır bulundurulduğundan haberdar olmasından itibaren alıcıya geçecektir.

3. SATICININ SÖZLEŞMEYE AYKIRI DAVRANIŞININ HASARIN GEÇİŞİNE ETKİSİ:

Anlaşmanın 70 maddesi “*Satıcı sözleşmeyi esaslı şekilde ihlâl etmişse, 67, 68 ve 69. madde hükümleri, alıcının ihlâl dolayısıyla sahip olduğu hukukî*

88 BRUNNER, s. 383; STAUDINGER/MAGNUS, Art. 69 N. 22.

89 BRUNNER, s.383.

90 BRUNNER, s. 384.

91 Farklı görüşte ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri, s. 275.

imkânlara hâlel vermez.” hükmünü içermektedir. Hüküm TBK. 228’e paralel bir düzenleme getirmektedir. TBK. 228 uyarınca, “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, satılardan elinde ne kalmışsa onu geri vermekle yükümlüdür.”

CISG m. 70, satıcının sözleşmeyi esaslı olarak ihlâl etmiş olduğu hallerde, alıcının bu sebeple sahip olduğu hakları kullanabileceğini, hasarın alıcıya intikali olgusunun bu hakların kullanımını engellemeyeceğini ifade etmektedir. Buna göre, alıcı hasarın geçişi ânı itibarıyla sözleşmeyi 49. madde uyarınca ortadan kaldırma (dönme) veya Anlaşma m. 46/f.2 uyarınca ikame mal talebinde bulunma hakkına sahip olmuşsa⁹²; satılanın tarafların sorumluluğu bulunmaksızın bozulması veya telef olması alıcının bu haklarını kaybetmesine sebep olmayacaktır.

Alıcı hasar olgusu sebebiyle satılanı iade edebilecek durumda olmasa dahi esaslı ihlâlden doğan haklarını kullanabilecektir. Nitekim Anlaşmanın 82. Maddesinde de,

“(1) Alıcının, teslim aldığı malları, teslim aldığı andaki duruma esaslı surette yakın bir durumda iade etmesi imkansızlaşmışsa, sözleşmeyi ortadan kaldırma veya satıcıdan ikame mal talep etme hakkı düşer.

(2) Önceki fıkra hükmü aşağıdaki hallerde uygulanmaz:

(a) malların iade edilmesinin veya teslim alındığı andaki duruma esaslı surette yakın bir durumda iade edilmesinin imkansızlaşması alıcının bir eyleminden veya eylemsizliğinden kaynaklanmıyorsa;” denilmek suretiyle, alıcının satılanın iadesinin imkânsızlaşmasında alıcının kusurunun bulunmadığı hallerde, alıcının haklarının düşmeyeceği açıkça ifade edilmiştir. Satılanın, satıcının veya alıcının sorumlu olduğu sebeplerle telef olması veya bozulması, kötüleşmesi durumlarında ise, hasar sorunu gündeme gelmeyeceğinden, Anlaşmanın 66-70. Madde hükümleri uygulanmayacaktır.

Düzenlemenin lâfzından da anlaşıldığı üzere; hasarın intikali olgusu ile satıcının esaslı ihlâl⁹³ niteliğindeki davranışı bir arada bulunabilmekte; satıcı-

⁹² CISG. m. 46/f.2 ve 3 ‘te düzenlenen ikame mal talebinin yani malın yenisi ile değiştirilmesi talebinin ve onarım talebinin, alıcının aynen ifayı talep hakkının birer görünümü olduğu hakkındaki açıklamalar ve hükümlerin yorumu için bkz. **BAŞAK BAŞOĞLU**, Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Aynen İfa Talebi, İstanbul 2012, s. 230.

⁹³ Doktrinde, temelli ifa etmemenin, borçlunun kesin olarak ifada bulunmayacağını beyan et-

nın esaslı ihlâlde bulunduğu hallerde dahi, hasar alıcıya intikal edebilmektedir. Yani alıcı, satıcının esaslı ihlâl içeren davranışlarda bulunduğunu ortaya koyarak, hasarın kendisine geçmediğini ileri süremez. Fakat alıcının esaslı ihlâl dolayısıyla sahip olduğu haklar öncelikle uygulama bulacak, sanki satılan mal hiç telef olmamış veya zarar görmemiş gibi, sözleşmeden dönebilecek ya da ikame mal talep edebilecektir. Hasarın kendisine geçmesinin hukukî sonucu olan satış bedelinin tamamını ödemekten kurtulabilmek için söz konusu haklardan birini kullanmak zorundadır. Alıcı bu haklardan birini kullanmaksızın satılanı kendinde tutarsa, malın bozulmuş olması dolayısıyla herhangi bir hak ileri süremeyecektir. Alıcı sözleşmenin ihlâl edilmesi dolayısıyla Anlaşmanın 50. Maddesi uyarınca satış bedelinde indirim veya Anlaşmanın 45/1.b.'nin atfı ile 74-77. hükümleri uyarınca tazminat talep ederse; hasarın geçişinin sonuçları alıcının bu hakları saklı kalmak kaydıyla uygulanacak; alıcı satış bedelini indirilmiş olarak ödeyecek veya tazminat talebiyle satıcının bedel alacağını takas edebilecektir. Alıcı, Anlaşmanın 46/f.3 hükmü uyarınca onarım hakkını kullanmak isterse, hasarın intikalinden önce mevcut olan ayıplar için bu hakkını kullanabilecektir. Fakat alıcı, hasarın intikalinden önce onarım hakkını seçmiş ve bunun arkasından mal telef olmuş ise; alıcı malın telef olması ânında mevcut olan esaslı ihlâl dolayısıyla sahip olduğu hakları kullanarak, artık imkânsızlaşmış olan onarım yerine ikame mal talebinde bulunabilecek veya sözleşmeden dönebilecektir.

Esaslı ihlâlin söz konusu olmadığı hallerde de, alıcı hasarın geçişi ânı itibarıyla sahi olduğu hakları kullanabilir; mal telef olmamış ise onarım isteyebilir, satış bedelinden indirim veya tazminat haklarından birini seçebilir. Bununla birlikte hasarın geçişi olgusunun kendisine yüklediği hukuksal sonuçlara katlanacaktır. Zira, tesadüfen meydana gelen zararın olumsuz ekonomik sonuçları, hasarın intikalinden itibaren alıcıya yüklenmiş olup, satıcının sözleşme ihlali doğuran davranışları (hasar kavramının zorunlu kıldığı üzere, malın telef olmasına veya bozulmasına satıcı sebep olmadığı sürece)

mesinin, eksik ifade ifa edilen bölümün alıcı için hiçbir değer ifade etmiyor olmasının, alıcının semenin tenzili, ayıbın giderilmesi veya tazminat haklarına başvurduğu hallerde tatmin edilemeyecek olduğu hallerde ayıplı ifanın, kesin vadede teslimi gerçekleştirilmemesinin esaslı ihlâl oluşturduğu kabul edilmektedir. Sözleşmede Incoterms kullanılmış olması halinde, kesin vadeden bahsedilip, bahsedilemeyeceği tartışmalıdır. Ne var ki, uygulamaya yansıyan bir olayda Hamburg Yüksek Eyalet Mahkemesi, CIF (Cost Insurance Freight) klotunun kesin vadeye işaret ettiğini kabul etmiştir. Bkz. OLG Hamburg, 28.02.1997, CISG-Online N. 261, karar metni için bkz. <http://www.globalsaleslaw.org/content/api/cisg/display.cfm?test=261>, açıklamalar için bkz. **Yavuz DAYIOĞLU**, Cısg Uygulamasında Sözleşmenin İhlâli Halinde Alıcının Hakları ve Özellikle Alıcının Tazminat Talep Etme Hakkı, İstanbul 2011, s. 43.

bu konuda bir değişiklik meydana getirmez. Alıcı yine bu olumsuz tesadüfî olayın sonuçlarına katlanacaktır, ne var ki esaslı ihlâl mevcut olup, alıcı da zamanında ikame mal talep etmiş veya sözleşmeden dönmüş ise, söz konusu ekonomik sonuçların tamamı sadece satıcıya yükletilecektir. Alıcı, bu halde malı hasara uğraması dolayısıyla hiç veya teslim almış olduğu gibi iade edemeyecek olmasına rağmen, sözleşmeden dönme veya ikame mal talebinde bulunma hakkını kullanabilecek, satılanı iade borcundan kısmen veya tamamen kurtulabilecektir. Satıcı alıcının sözleşmeden dönmesi halinde, satış bedelini talep etme hakkını kaybeder, tahsil etmişse de tamamını iade eder⁹⁴. Esasen burada söz konusu olan, bir hasar dağılımı öngörmek değil, alıcıya sözleşmeye aykırı ifa dolayısıyla sahip olduğu hakları, mal kendi kusuru olmaksızın telef olsa veya bozulsa dahi kullandırmaktır. Anlaşma uyarınca, ancak esaslı ihlal durumunda alıcı hasar kendisine geçmiş olsa dahi, zamanında ikame mal talebinde bulunmak veya sözleşmeden dönmek suretiyle, hasarın kendisine geçmiş olmasının olumsuz sonuçlarını tamamen bertaraf edebilecektir⁹⁵.

Satıcı satılanı teslim etmekte temerrüde düşmüş ve Anlaşmanın 49/1.b. hükmü uyarınca kendisine verilmiş olan mehil de, zararı doğuran tesadüfî olayın gerçekleştiği an itibarıyla semeresiz kalarak dolmuş ise (mehilin dolduğu an itibarıyla mal teslim edilmemiş veya mehilin dolmasından önce satıcı malı teslim etmeyeceğini açıklamışsa), alıcı sözleşmeden dönebilecektir. Satıcı tarafından satılanın ayıpsız fakat geç teslim edilmiş olması hâlinde, alıcı ancak Anlaşmanın 49/f.2,a hükmü uyarınca sözleşmenin ortadan kalktığını bildirme yani dönme hakkına sahip ise (alıcı gecikmiş teslim halinde, teslimin yapıldığını öğrendiği andan itibaren makul bir süre içinde sözleşmenin ortadan kalktığını beyan etmiş ise), hasarın intikalinin tüm sonuçlarından kurtulabilir. Satıcı sözleşmeye uygun mal teslim etmez ve bu durum esaslı ihlâl teşkil ederse, alıcı zamanında ikame mal talebinde bulunmak veya sözleşmeden dönmek suretiyle hasarın kendisine geçmiş olmasının sonuçlarından kurtulabilir. Alıcı Anlaşmanın 52. Maddesi uyarınca, vadesinden önce yapılan ya da sözleşmede belirlenenden daha fazla miktardaki bir teslimi kabul etmek zorunda olmakla birlikte, eğer kabul ederse hasar kendisine intikal edecektir.

⁹⁴ Sözleşmeden dönme imkânı veren esaslı ihlâl halleri hakkında bkz. **KUTLUHAN ERKAN**, CISG Gereğince Alıcının Sözleşmeden Dönmesi, İstanbul 2013, s. 78, vd. Alıcının dönme hakkını kullanmasından önceki ve sonraki duruma göre yapılan ayırım ve açıklamalar için bkz. **Işıl YELKENCİ**, CISG Uyarınca Alıcının Sözleşmeden Dönmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2013, s. 156, vd.

⁹⁵ **KAROLLUS**, s. 191.

SONUÇ

CISG’de öngörülen hasarın geçişi rejimi, satıcının teslim yükümlülüklerinin kapsamı esas alınarak ve ifa modalitelerine bağlı olarak öngörülmüştür. Bu yönüyle anlaşmanın, 6098 sayılı TBK.’nun 208. Maddesinde kabul edilen teslim prensibine model oluşturduğu söylenebilir. Ne var ki, TBK. 208 hükmünün, hasarın geçişinde modern eğilimlerin gerektirdiği şekilde fiilî hakimiyeti esas almaktan ziyade mülkiyetin geçişini kriter alan bir anlayışı benimser gözükmese, multi modal taşımaların özelliklerini ve çeşidin ayırt edilmesi gereğini dikkate almaması dolayısıyla eleştirileri doğurmaktadır. Yine de, parça borçlarında hasarın geçişi açısından sözleşme prensibinin terkedilmiş olması önemli ve yerinde bir değişikliktir.

CISG’nin hasarın geçişine ilişkin hükümlerinin tamamında, teslim prensibinin geçerli olduğu söylenemez, bununla birlikte satıcının asıl ediminin çoğunlukla ifa yerinde malın teslim hazırlanması bulundurulması olduğu vurgulanmıştır. Anlaşmanın 68. Maddesindeki sözleşme prensibi nakil halindeki mallar yönünden ilişkinin yapısı gereği olmakla birlikte, bu konudaki ispat sorunları, hükmün uygulanmasına engel olacak niteliktedir. Diğer yandan Anlaşma m. 69/2 hükmünde aranan haberdar olma koşulu ise belirsizliğe ve spekülasyona müsaittir. Bununla birlikte, CISG’nin hasara ilişkin hükümlerinin yedek hukuk kuralı niteliğinde olduğu ve aksine anlaşmaların çoğunlukla Incoterms yoluyla gerçekleşeceği unutulmamalıdır. Son olarak, uluslararası ticaretin gerekleri aksini öngörmedikçe ve Anlaşma hükümlerine hâkim olan ifa engelleri sistemine aykırı düşmedikçe, bazı hallerde satıcı teslim yükümlülüğünden kurtulurken, sözleşmeye uygun bir malı teslim alma hakkını kaybeden alıcının da satış bedeli ödememesinin uygun bir sonuç olabileceği, edim hasarının alıcıya geçtiği tüm hallerde, bedel hasarının da alıcıya geçişinin zorunlu olmadığı kanaatini taşımaktayız.

KAYNAKÇA

- ACHILLES Wilhelm-Albrecht:** Kommentar zum UN- Kaufrechtsübereinkommen, Neuwied, 2000.
- AKINTÜRK Turgut:** Satım Sözleşmesinde Hasarın İntikali, Ankara 1966.
- ALTAY Sabah:** Satım Sözleşmesinde Hasarın Geçışı, İstanbul 2008.
- ATAMER M.Yeşim:** Satım Sözleşmesinde Hasarın İntikali Anı- Hukuk Tarihi, Karşılaştırmalı Hukuk ve Milletlerarası Hukuk Açısından BK.m.183'ün Farklı Okunması Gerektiği, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, s. 131-167, İstanbul 2000 (Kısaltma: Atamer, Oğuzman'a Armağan).
- ATAMER M. Yeşim:** "Taşınır Satımı Sözleşmesi", Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu: Makaleler-Tebliğler, editör : M. Murat İnceoğlu, İstanbul 2012 (Kısaltma: Atamer, Taşınır Satımı Sözleşmesi).
- ATAMER M. Yeşim:** Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, İstanbul 2005 (Kısaltma: Atamer, Satıcının Yükümlülükleri).
- ATAMER M. Yeşim:** Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi – TKHK m. 6 ve TTK m. 55, f.1, (f) ile Karşılaştırmalı Olarak- Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, BATIHA E Yayını, Ankara 2012.
- BAŞOĞLU Başak:** Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Aynen İfa Talebi, İstanbul 2012.
- BİNGÖL İtir:** Uluslararası Ticarî Satım Sözleşmelerinde Mücbir Sebep, Ankara 2011.
- BRIDGE Michael:** CISG Uyarınca Hasarın Geçışı, Milletlerarası Satım Hukuku, Editör: Yeşim M. ATAMER, İstanbul 2008.
- BRUNNER Christoph:** CISG Kommentar zum UN Kaufrecht, (swisslex), Bern 2004.
- BUCHHOLZ Christoph:** Konzentration und Gefahrübergang, Nürnberg 1986.
- von BÜREN Bruno:** Schweizerisches Recht Allgemeiner Teil, Zürich 1964.
- CANER Oğuz:** "10. Yıl'a Armağan" İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl:11 Sayı: 22 Güz 2012/2 s.223- 262.
- DAYIOĞLU Yavuz:** Cısg Uygulamasında Sözleşmenin İhlâli Halinde Alıcının Hakları ve Özellikle Alıcının Tazminat Talep Etme Hakkı, İstanbul 2011.
- DURAL Mustafa:** Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık, İstanbul 1976.
- EMMERICH Volker:** Münchener Kommentar zum BGB, zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd. 2: Schuldrecht Allgemeiner Teil: §§ 241-432, 6. Auflage, München 2012.

- ERİŞGİN Özlem Söğütü:** Tarihsel ve Dogmatik Açıdan Periculum Est Emptoris, İstanbul 2010.
- ERKAN Kutluhan:** CISG Gereğince Alıcının Sözleşmeden Dönmesi, İstanbul 2013.
- ERNST Wolfgang:** Münchener Kommentar zum BGB, zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd. 2: Schuldrecht Allgemeiner Teil: §§ 241-432, 6. Auflage, München 2012.
- FILIOS Paul:** Die Gefahrtragung beim Kauf im Rahmen Des Synallagmas, Berlin 1964.
- GERNHUBER Joachim:** Das Schuldverhältnis, Tübingen 1989.
- GÜMÜŞ Mustafa Alper:** Borçlar Hukuku Özel Hükümler, cilt 1, İstanbul 2012.
- HUBER Peter:** Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, BGB Band 3, CISG Art. 45-101, 6. Auflage, München 2012.
- HAGER Günter:** Die Gefahrtragung beim Kauf, Frankfurt am Main, 1982.
- KAROLLUS Martin:** UN-Kaufrecht- Eine systematische Darstellung für studium und Praxis Vienna, New York, Springer 1991.
- KUYUCU Ashhan Sevinç:** Incoterms, İstanbul 2011.
- MAGNUS Ulrich:** Kommentarzum Bürgerlichen Gesetzbuch Mit Einföhrungsgesetz Und Nebengesetzen -- Wiener Un-Kaufrecht (CISG) Berlin 2005.
- OĞUZMAN Kemal / ÖZ Turgut:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2011.
- ÖZDEMİR Hayrunnisa:** Satış Sözleşmesinde Yarar ve Hasarın İntikali, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi-Prof. Dr. Cevdet YAVUZ'a Armağan, İstanbul 2011.
- SEROZAN Rona:** İfa-İfa Engelleri-Haksız Zenginleşme, İstanbul 2014, §7 N. 4 ve 9.
- SIEBER Liliane:** Gefahrtragung im Kaufrecht, Zürich 1993.
- TANDOĞAN Haluk:** Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, c. I/1, İstanbul 1988.
- WESTERMANN Harm Peter:** Münchener Kommentar zum BGB, 6. Auflage, München 2012.
- YAŞAR Tanju Oktay:** Übergang der Leistungsgefahr bei den Internationalen Kaufverträgen unter Berücksichtigung von Incoterms und WKR, Ankara 1998.
- YAVUZ Cevdet / ACAR Faruk / ÖZEN Burak:** Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 9. Baskı, İstanbul 2013.
- YELKENCİ Işıl:** CISG Uyarınca Alıcının Sözleşmeden Dönmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2013.
- ZEYTİN Zafer:** Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri (CISG) Hukuku, Ankara 2011.