

Son Güncelleme Tarihi 20.03.2013

e - akademi

HUKUK, EKONOMİ VE SİYASAL BİLİMLER AYLIK İNTERNET DERGİSİ

MART 2013 - SAYI 131

Makale:

Türk Borçlar Kanunu'nda Alıcının Genel ve Sonraki İfa Talebi Üzerine CISG Işığında Eleştirel Bir Değerlendirme*

Dr. iur. Sinan OKUR, LL. M.*

I. Giriş

1) Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG)'nın Türk satım hukuku bakımından önemi

Satım hukukunun yeknesaklaştırılması çabalarının son 30 yıldaki en önemli başarısı sayılan CISG, bir yandan uluslararası satımlarda tacirlerin karşılaştıkları problemleri bertaraf etmeyi amaçlarken, diğer yandan Avrupa'nın değişik ülkelerindeki, bilhassa Almanya ve Hollanda borçlar kanunu reformlarında önemli ölçüde göz önünde bulundurulmuş ve bu ülkelerin yeni borçlar kanunlarına kaynaklık etmiştir.¹

*Bu makale 15 Mart 2012 tarihinde Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde düzenlenen 'Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Sempozyumu'nda sunulan 'CISG' da Alıcının Hakları ve Türk Hukuku ile Mukayesesi' başlıklı tebliğin ilk bölümünün gözden geçirilmiş ve kısmen genişletilmiş halidir.

* Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Görevlisi

¹**Grundmann** in: Grundmann/Bianca (Hrsg.), s. 23 Rn. 10; Ulusal hukuklardaki reform projeleri üzerinde CISG'in etkisini ifade sadedinde bkz: **P. Huber** in: The Oxford Handbook of Comparative Law, Reimann/Zimmermann (ed), s. 938 'a considerable impact on reform projects in national systems'; **Magnus**, ZEuP 1993, 'erhebliche, weitreichende Ausstrahlungswirkung' (**Janssen**, s. 225, dn. 414); Hollanda hukuku

Bahsi geçen ülkelerde borçlar kanunun özellikle ifa engelleri ve buna bağlanan sonuçlar kısmı, CISG'in benimsediği, daha ziyade Anglo-Amerikan yaklaşımını esas almakla birlikte Kıta Avrupa'sı hukuk sistemi ile Anglo-Amerikan hukuk sistemi arasında ara bir çözüm benimseyen; satıcının ihlalinin türünden bağımsız olarak *alıcı için kusurdan bağımsız bir tazminat hakkı öngören ifa engelleri sistemine yaklaştırılmaya çalışılmıştır.*²

Buna karşılık Türk özel hukukunda da bir süredir devam eden ve yeni bir borçlar kanununu da ihtiva eden reform hazırlıkları son birkaç yıl içinde hızlı bir kanunlaştırma sürecine girmiştir. Bu anlamda sorulması gereken en temel soru, bahsi geçen reform hazırlık çalışmalarında bilhassa yeni Türk Borçlar Kanunu'nda (TBK), Avrupa'daki borçlar hukuku alanında özellikle CISG'in öncülük ettiği sözleşme hareketlerinin ne derece dikkate alındığıdır.

TBK'nın gerekçesinde gerek bahsi geçen yeknesaklaştırma hareketlerinden, gerekse Alman Borçlar Kanunu Reformu'ndan bahsedilmiş ve kanunun hazırlanmasında bu gelişmelerin göz önünde bulundurulduğu ifade edilmiştir.³

2) İfa engelleri sisteminde kıta Avrupa'sındaki hâkim paradigmanın değişimi: CISG

Satıcının yükümlüklerinden herhangi birinin ihlali halinde CISG'in öngördüğü çözüm tarzının daha iyi anlaşılabilmesi, hukuk sistemleri arasında tarihi ve sosyal nedenlere bağlı olarak ortaya çıkan farklılıklara kısaca değinmeyi gerekli kılmaktadır. Bu bağlamda büyük ölçüde Roma Hukukundan tevârüs ettiği ifa engelleri sisteminde, hakikatte pratik değeri -örneğin malın ayıplı teslimine nazaran- oldukça sınırlı olan, imkânsızlık problemine yoğunlaşmış, satıcının ayıba karşı sorumluluğunu -yine tamamen tarihi şartların eseri olarak-⁴ ayrı bir sorumluluk rejimine tabi kılan reform öncesi Alman Borçlar Kanunu (BGB) ile Anglo-Amerikan hukuku ayrı iki örneği temsil etmekteydiler.

Bu mealde akla gelmesi muhtemel sorulardan ilki, ihlâlin türü ile ilgilenmeyen, bütün ifa engellerini tek bir kavrama (*breach of contract*) irca eden Anglo-Amerikan hukukuna mukabil, Alman ve Türk-İsviçre Hukukunun neden tek tek ifa engelleri, ya da başka bir deyişle ifa engeline kaynaklık eden davranış ile ilgilendiğidir?

için: Krusinga, The Impact of Uniform Law: Limits and Possibilities –CISG and Its Incidence in Dutch Law, EJCL vol. 13.2 (May 2009).

²**Benjamin's Sale of Goods**, supra, footnote 2, para. 12-017, 1992, (Hsu, S.Ac.L.J. (1996), s. 113, 120); **Zweigert/Kötz**, s. 477, 478; **Schrewe**, s. 58; **Bartfeld**, s. 125; **Henrich/P. Huber**, s. 52; **Tacheva**, s. 301.

³ Genel Gerekçe, s. 2: <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss321.pdf>.

⁴**Schnüll**, s. 1 vd.; **Rado**, s. 114 vd.; **Honsell**, Römischeres Recht, s. 139 vd.; **Basedow**, Int'l Rev. L. & E., 25 (2005) s. 487, s. 491.

Sorunun cevabı söz konusu hukuk sistemlerinin ya da hukukçularının, sözleşme (akit) kavramını nasıl anladıkları ile yakından ilgilidir. Taraflar arasında akdedilen sözleşmeyi bir tür ‘garanti sorumluluğu’ olarak gören Anglo-Amerikan hukukunda satıcı bir edimi yerine getirmek hususunda bir vaatte bulunmuş, ifaya ilişkin ortaya çıkabilecek muhtemel engelleri de göze almıştır. Satıcının yükümlülüğünü ‘niçin’ yerine getiremediği sorusuna bir önem atfedilmeksizin, satıcı bir garanti sorumluluğu altında olup, yükümlülüğünü yerine getir(e)mediği her halde alıcının zararını tazmine mecburdur.⁵

Netice olarak ihlalin türü önem arz etmemektedir. Borçlu sorumlu tutulmak istemediği ifa engellerini açıkça zikretmek zorunda olup bunları dile getirmemek sureti ile bu ifa engellerinin de sorumluluğuna dâhil olduğu şeklindeki bir kabule cevaz verir.⁶

Alıcının hangi imkânlarla sahip olduğu sorusuna başka bir soru ile mukabele eden ve satıcının ihlalinin türü ile ilgilenen Alman hukuku ise, bu derece katı bir sorumluluğu sadece istisnai durumlara hasretmekte ve borçlunun sorumluluğunu kusur şartına bağlamaktadır.⁷ Borçluya atfedilen kusurun mutlaka borçlunun bir davranışına istinat etmek zorunda oluşu ise **‘borçlunun ifa ihlalini netice veren davranışını’** ifa engelleri sisteminin merkezine oturtmaktadır.⁸ Netice itibari ile iki hukuk sistemi arasında, birisinin ihlalin türü ile ilgilenmeksizin ihlalin hukuki sonuçlarına, diğersinin ise ihlalin türüne yönelmesi şeklinde tebarüz eden farklılıkların sebebi, bu hukuk sistemlerinin ‘sözleşme’ kavramına ilişkin tasavvurlarındaki farklılıkta aranmalıdır. Bu mealde zikre değer diğers bir problem ise, borçlunun tarihi şartlara bağlı olarak gelişen ayıba karşı tekeffül borcunun kanun içinde ihraz ettiği hususi mevkiin ve buradan tevellüt eden problemlerin ne şekilde aşılacağı hususudur.

Başka bir deyişle 2002 Reformu önceci BGB, hâli hazırda İsviçre Borçlar Kanunu (OR), eski Borçlar Kanunu (eBK) ve Türk Borçlar Kanunu’nda (TBK) satıcının malın ayıptan arı biçimde teslimi yükümünün ihlali halinde alıcının sahip olduğu haklar özel bir rejime tabi tutulmuş ve bu durum beraberinde bilhassa bu özel rejimin genel hükümlerle ilişkisine dair birçok soruyu beraberinde getirmiştir.

⁵**O.W. Holmes**’ e göre CommonLaw’ da sözleşmeye uyma yükümlülüğü kişinin sözleşme ihlali halinde tazminat ödeyeceğini önceden beyan etmesinden ibarettir. Thepath of theLaw, 10 HarwardLawReview (1897) s. 457 vd. özellikle 462 (**Stachelin**, s. 150, Dn.13) Oldukça katı sayılabilecek bu sorumluluk türünün borçlu lehine gelişen tarihi seyri için bkz. **Müller-Chen**, s. 41 vd.

⁶**Müller-Chen**, s. 41 vd.

⁷VonJhering’e göre Boçluyu oluşun zararı tazmine memur eden şey “zarar” değil kusurdur. (**Schneider**, s. 4 Dn:1)

⁸**Oechsler**, s.12.

Anglo-Amerikan sistemini izah sadedinde belirtildiği üzere malın ayıplı teslimini özel bir rejime tabi tutmayan, bütün ifa ihlallerinin tek bir kavram altında içtimasını öngören bu sistem, bahsi geçen kanunlara nazaran çok daha basit ve anlaşılır bir yol izlemiştir.⁹ CISG Anglo-Amerikan modeline uygun olarak bütün ifa engellerini tek bir şemsiye altında toplamakta ve kural olarak alıcıya kusurdan bağımsız bir tazminat hakkı öngörmekte, ihlalin nevi ile değil ağırlığı ile ilgilenmektedir.¹⁰

CISG'ın temel hareket noktalarından bir diğeri ise milletlerarası satımlarda sözleşmeden dönmenin ve ikame mal tesliminin satıcı bakımından getireceği külfetlerin gözetilerek alıcının sözleşmeden dönme imkânının kural olarak ihlalin esaslı olması şartına bağlanmış olmasıdır (CISG m. 25). Aynı şekilde alıcının ikame mal teslimine ilişkin talebi ancak ihlalin esaslı olması haline hasredilmiştir.

Anlaşma alıcının sözleşmeden dönme imkânını mümkün mertebe sınırlama eğilimi içinde olup bu eğilim anlaşmanın değişik maddelerinde değişik vesilelerle tezahür etmektedir.¹¹

3) İfa engelleri hukukunda 'kusur sorumluluğu' ile 'garanti sorumluluğu' arasında karma sistem

Doktrinde sözleşmeden doğan sorumluluğu bir "garanti sorumluluğu" olarak gören sistem ile "sorumluluğu kusur şartına bağlayan sistem" arasında bir 'vasatı' ifade etmek üzere kullanılan üçüncü bir yoldan –daha doğrusu karma bir sistemden (*Mischsystem*)– bahsedilmekte; ancak bu 'vasatı' ifade etmek üzere dile getirilen örnekler farklı kodifikasyonlara işaret etmektedir. Bu mealde bu sistemi temsil sadedinde sıkça dile getirilen ilk örnek, bünyesinde birbirileri ile te'lifi zor iki hükmü ihtiva eden Fransız Medeni Kanunu'dur (Codecivil, CC). Fransız Medeni Kanunu bir yandan m. 1147'de alıcının tazminat hakkı için zarar ve illiyet rabitasına ilaveten, bütün ifa ihlallerini ihâta edecek biçimde vaz'edilen *sözleşme ihlalini (inexécution)* yeterli görüp borçlunun kusuru ile ilgilenmezken, diğeri yandan m. 1137'de zararın tazmini şartı olarak borçlunun özensiz davranmış olmasını ve bunun alacaklı tarafından ispatını şart koşmaktadır. Mezkûr hükümlerden neş'et eden bu tenâkuzun halli, Fransız doktrin ve yargısında uzunca süredir kabul gören, akdin *mevzûu ve muhtevâsına* bağlı olarak yapılan bir ayırımı gerekli kılmaktadır.

⁹Müller-Chen, s. 41.

¹⁰Müller-Chen in: Schlechtriem/Schwenzer, Art. 45 Rn. 23.

¹¹P. Huber in: MünchKommBGB, Art. 49 CISG, Rn. 34; Schwenzer in: Schlechtriem/Schwenzer, Art. 80, Rn.10.

Akdin bir neticeyi hâsıl etme yükümlülüğü içerip içermemesinden hareketle yapılan bu ayırım, kusurdan bağımsız sorumluluğu sadece borçlunun somut bir neticeyi taahhüt ettiği – örneğin, satım sözleşmesinde malın mülkiyetinin nakli veya taşıma sözleşmesinde eşyanın yerine vardırılması edimleri gibi – sözleşme tiplerine hasretmektedir (*obligations de résultat*). Alıcının tazminat hakkı için sözleşme ihlaline ilaveten borçlunun gerekli özeni göstermediği olgusunu ispata mecbur olduğu sözleşme tipleri ise, alıcının bir neticeyi değil, sözleşme gereği alıcı bakımından amaçlanan gayenin hâsıl olması için gereken özeni gösterme yükümlülüğü üstlendiği sözleşmelerdir (*obligations de moyens*). Bu manada sıkça dile getirilen bir örnek, doktorun hastanın muhakkak iyileştirilmesini içermeyen tedavi yükümlülüğüdür. Son olarak ifade etmek gerekir ki, netice edimleri için kusurdan bağımsız bir sorumluluk öngören Fransız Medeni Kanunu, borçluya mücbir sebep (*forcemajeure*) halinde sorumluluktan kurtulma imkânı getirmiştir.¹²

4) Dar bir çerçevede ifa engelleri: İmkânsızlık-temerrüt ayırımı

Yukarıda kısmen işaret edilen ve ifa engeline kaynaklık eden davranışın merkeze alındığı özellikle reform öncesi BGB'nin üzerine inşa edildiği imkânsızlık-temerrüt ayırımının tarihi tecrübeler neticesinde, kısıtlayıcı, pratik gerçeklere uzak bir ayırım olduğu bugün izahtan varestedir. Kaynak metindeki (OR) '*nichtgehörige Erfüllung*' ifadesinin yanlış tercüme edildiği tartışması bir kenara bırakılırsa, eBK'nın da aynı dar çerçeve üzerine bina edildiği söylenebilir. EBK'da borcun ifa edilmemesinin neticeleri kanunun 2. faslında 'Borçların Ödenmemesinin Neticeleri' başlığı altında düzenlenmiştir. Kanun metninde kullanılan 'ödeme' kelimesi kanun hükümlerinin sadece para borçlarına inhisar ettiği intibamı uyandıracakı gerekçesi ile eleştirilmiş ve başlığın 'Borçların İfa Edilmemesinin Neticeleri' şeklinde olması gerektiği ifade edilmiştir.¹³ Sonuçları sadece dilsel bir tartışmayla sınırlı kalmayan, işaret ettiği anlam bakımından, reform öncesi BGB'ye izafe edilen 'kötü ifanın' kanuni bir boşluk olarak BGB' de düzenlenmediği yönündeki eleştiriyi eBK açısından gereksiz kılan, kanun metninin lafzına yönelik daha mühim bir eleştiri ise 'kısmen ifa' şeklinde çevrilen metnin doğru tercümesinin 'gereği gibi ifa etmeme' olduğu şeklindedir.¹⁴

¹² Daha Ayrıntılı bilgi için: **Ferid**, s. 486 ; **Müller-Chen**, s. 354; **Schneider**, s. 39; Doktrinde üçüncü yolu ifade etmek üzere getirilen diğer örnek ise bir grup bilim adamın şahsi inisiyatifi ile vücuda gelen ve 2001 Yılında Fransızca olarak yayınlanan Avrupa Sözleşme Kanunu Öntaslağı veya projeye öncülük eden G. Gandolfi'ye nisbetle Gandolfi Prensipleri olarak anılan çalışmadır. **Düchs**, s. 64.

¹³ **Eren**, s. 985.

¹⁴ Gereği gibi ifa etmememe kavramı için bkz. **Aral**, Kötü ifa, s. 67 vd.

Yapılan eleştiri dikkate alındığında, eBK’da ilk olarak borçlunun kusurlu olup olmadığının (eBK m. 96 veya TBK m. 117) ve imkânsızlığın sözleşmenin hangi safhasına tekabül ettiğinin dikkate alındığı imkânsızlık hali (eBK m. 20 veya eBK m. 96 ve eBK m. 117), (tartışmalı olmakla birlikte) gereği gibi ifa etmeme ve temerrüt halinin düzenlendiği görülecektir. Eski Borçlar Kanunu’nda hatalı bir biçimde ‘kısmen’ şeklinde tercüme edilen ifade, Türk Borçlar Kanunu’nda her ne kadar ‘gereği gibi ifa etmeme’ şeklinde düzeltildi ise de temel olarak hukuki sonuçlar açısından imkânsızlık ve temerrüt ayırımı üzerine kurulmuş bu dar çerçeveye sadık kalınmıştır.

II. CISG

1) İfa talebi ve sözleşmeye uygunluk kavramı

Alıcının ifa hakkı anlaşmanın üç fıkradan müteşekkil 46’ıncı maddesinde düzenlenmiş olup alıcının *genel ifa talebi ve sonraki ifa talebi* şeklinde bir ayırımı gerekli kılmaktadır. Doktrinde bu çalışmada yapılan *genel ifa talebi/sonraki ifa talebi* ayırımından farklı olarak *asli/tali* ifa talebi şeklinde bir ayırım yapılmaktadır.¹⁵ Satıcının yükümlülükleri arasında asli/tali şeklindeki ayırımı terk etmiş olan CISG’ta malın ayıptan arî bir biçimde teslimi yükümlülüğü ile salt malın teslimi yükümlülüğü, bu yükümlülüklerin önemiyetine istinat eden bir hiyerarşi içinde değildir. Haliyle hukuki sonuçlar aşamasında da zamansal bir ötelemenin dışında -ki bu zamansal öteleme ‘sonraki’ sözcüğünde ifadesini bulmaktadır- bir talilik-aslilik ilişkisi söz konusu değildir. CISG bağlamında yapılacak **asli** yükümlülük- **tali** yükümlülük şeklindeki bir ayırımda dahi, malı ayıptan arî bir biçimde teslim yükümlülüğü asli bir yükümlülük olacağı için alıcının bu borcun ifasına yönelmiş talebinin asli ifa talebi olması icap ederdi. Son olarak gerek Alman hukukunda, gerekse CISG’ta bu hakkı ifade etmek üzere kullanılan terminolojinin (Nacherfüllungsanspruch) Türkçe karşılığı ‘sonraki ifa talebi’ şeklindedir.

Genel ifa talebi ve sonraki ifa talebi şeklindeki ayırım ayıplı mal teslimi ve diğer ihlaller şeklinde ihlalin nevine yönelmiş başka bir ayırımın neticesidir. Buna göre alıcının ayıplı mal teslimi dışındaki bütün ihlaller CISG m. 46 f. 1’in uygulama alanı içinde olup genel ifa talebi olarak isimlendirilmekte, buna mukabil CISG m. 46 f. 2 (ikame mal teslimi) ve CISG m. 46 f.

¹⁵ **Atamer**, s. 362; Diğer bir görüş (**Zeytin**, s. 165) ise sonraki ifa talebini ortak bir başlığa almaksızın üçlü bir tasnife gitmekte ve burada genel ifa talebi olarak isimlendirilen kısmı ‘**aynen ifa talebi**’ olarak isimlendirmektedir. Ayrıca yazar CISG’ın sözleşmeye aykırılık halinde alacaklıya aynen ifa hakkını tanıyan bir düzenleme içermediği kanaatindedir. Bkz. **Zeytin**, s. 61.

3 (tamir hakkı) alıcının sonraki ifa talebi olarak isimlendirilebilecek, malın ayıplı teslimi halinde doğacak haklarını düzenlemektedir.

Hemen ifade etmek gerekir ki, 1. fıkraya yüklenen fonksiyon ayıplı mal teslimi dışındaki ihlallerde alıcının genel ifa talebinin ihdası ile sınırlı olmayıp, esasen şartları 2. ve 3. fıkrada düzenlenen alıcının ayıplı mal teslimindeki sonraki ifa talebi (ikame mal teslimi ve tamir talebi) için de aranması lüzumlu genel şartları muhtevi genel bir fıkra hükmündedir.¹⁶

Başka bir deyişle 1. fıkrada alıcının genel ifa talebi için öngörülen ifa talebinde bulunması halinde bu talep ile bağdaşmayan başka bir hukuki imkânı - örneğin sözleşmeden dönme - kullanamama şeklinde tezahür eden sınırlama 2. ve 3. fıkralarda açıkça ifade edilmese de, alıcının ikame mal teslimi veya tamir talebinde bulunduğu hallere de şamildir.¹⁷

2) Genel ifa talebi

CISG m. 46 f. 1'in uygulama alanını izah zımında ifade edilen fıkranın ayıplı mal teslimi dışındaki diğer ihlallere uygulanacağı ya da malın CISG m. 35 bağlamında ayıplı addedildiği hallerde 2. veya 3. fıkranın uygulanacağı kuralına, metnin amaçsal yorumunun gerekli kıldığı ve CISG m. 46 f. 1'in uygulama alanının genişlemesine neden olan birtakım istisnalar getirilmektedir.

Bu anlamda ilk istisna; CISG m. 35 bağlamında bir ayıp olarak kabul edilen, maldaki taraflarca kararlaştırılan miktardan alıcı aleyhine meydana gelen niceliksel bir sapma (eksik ifa) halinde (örneğin 100 teneke yağ yerine 80 teneke yağ sipariş edilmesi) alıcının malın ifa edilmeyen kısmına yönelmiş ifa talebinin ikame mal teslimi için esaslı ihlali şart koşan CISG m. 46 f. 2 kapsamında değil, CISG m. 46 f. 1 kapsamında ele alınacağıdır.¹⁸

CISG m. 46 f. 1 kapsamında olan diğer bir ihlal nevi ise tartışmalı olmakla birlikte malda üçüncü kişilerin hak ve iddiaları şeklinde tezahür eden hukuki ayıplardır. Hukuki ayıpları CISG m. 46 f. 1 kapsamında değerlendiren hâkim görüş, bilhassa kanun sistematüğinde üçüncü kısım ikinci bölüm 2. ayırımında satıcının malın sözleşmeye uygun teslimi yükümü ile üçüncü kişilerin her türlü hak ve talebinden arî teslim yükümlülüğünün birbirinden ayrılmış

¹⁶ Yukarıdaki bahsi geçen ayırım **P. Huber**'e dayanmaktadır; fıkralar arasındaki ilişkiyi anlamayı kolaylaştıracak son derece isabetli bu ayırım için bkz: **P. Huber** in: MünchKommBGB, Art. 46 CISG Rn. 5.

¹⁷ **P. Huber**: MünchKommBGB Art. 46 CISG Rn. 37.

¹⁸ Söz konusu istisna ve istisnanın gerekçeleri için bkz. **P. Huber**: MünchKommBGB Art. 46 CISG Rn. 8.

olmasını delil getirmektedir.¹⁹ ‘Malların sözleşmeye uygunluğu’ kavramı malın üçüncü kişilerin her türlü hak ve talebinden arî teslim yükümlülüğünü içermemektedir.

Ayrıca alıcının sonraki ifa talebini düzenleyen CISG m. 46 f. 2 ve f. 3’te esasen sadece CISG m. 35 ve devamı için öngörülen CISG m. 39’daki ihbar yükümlülüğüne gönderme yapılmış hukuki ayıplar için bir ihbar yükümlülüğü öngören CISG m. 43’e gönderme yapılmamıştır.²⁰

Bu manada pratik endişelere dayanan daha makul bir gerekçe ise maddi bir ayıp halinde alıcının nispeten malı kullanma imkânına sahip olduğu, hukuki ayıp halinde ise malı kullanma imkânından tamamen mahrum olduğu yönündedir.²¹ Alıcının genel ifa hakkına ilişkin ilk sınır ‘aynen ifa talebini’ istisnai durumlara hasreden Anglo-Amerikan hukukunu gözeten CISG m. 28’den doğmaktadır. Buna göre mahkemenin aynen ifaya hükmetmesi ancak anlaşmanın uygulama alanına girmeyen benzer satım sözleşmelerinde, kendi iç hukukuna göre ifaya hükmedecek olması halinde mümkündür.

Diğer bir sınırlama ise alıcının ifa talebi ile bağdaşmayan başka bir hukuki imkânı kullanması halinde söz konusu olacaktır. Alıcının sözleşmeden dönme, bedelde indirim ve sözleşmenin ifa edilmemesinden ötürü tazminat talep ettiği hallerde alacaklı aynen ifa talebinde bulunamayacaktır. Yalnız burada işaret edilmesi gereken bir husus, bu tazminat talebinin tüm ifanın yerine geçen bir tazminat talebi olduğudur. Başka bir deyişle alıcının müspet zararının tazmini söz konusudur. Değilse, örneğin borcunu ifa hususunda geciken borçlunun alacaklının ifa talebi üzerine gerçekleştirdiği ifa sonrası gecikmiş ifadan mütevellit tazminat talebi alacaklının ifa talebi ile bağdaşmaktadır.²²

Satıcıyı tazminat ödeme yükümlülüğünden muaf kılan CISG m. 79 f. 5 alıcının tazminat talebi dışında diğer haklarına müracaatını önleyen bir hüküm öngörmemiştir. Bu durum Viyana satım hukukunun en tartışmalı sorularından birisini ortaya çıkarmıştır. Sorun; borçlunun ifa etmemesinin, borçlunun denetimi dışında kalan bir engelden kaynaklandığı ve bu engeli aşmasının kendisinden beklenemediği durumlarda alıcının ifa talebinin ne derece mantıklı olacağıdır.²³

¹⁹**P.Huber:** MünchKommBGB Art. 46 CISG Rn. 9; Farklı bir görüş için bkz. **Atamer**, s. 329.

²⁰**P.Huber:** MünchKommBGB Art. 46 CISG Rn. 9.

²¹**Magnus:** Staudinger/CISG, Art. 46 Rn. 17.

²²**P.Huber:** MünchKommBGB Art. 46 CISG Rn. 12.

²³**P.Huber:** MünchKommBGB Art. 46 CISG Rn. 17.

3) Sonraki ifa talebi

a) İkame mal teslimi

CISG m. 46 f. 2 'ye göre mallar sözleşmeye uygun değilse, CISG m. 39 uyarınca alıcı yapılacak bildirimle ve bu bildirimden itibaren makul bir süre içinde talepte bulunması halinde ikame mal teslimini isteyebilir. Daha önce ifade edildiği üzere CISG m. 46 f. 2 ikame mal teslimi için sözleşmeye aykırılığın esaslı olması şartını aramaktadır.

Sözleşmeye aykırılığın tespitinde öncelikli ölçü, sözleşmeye aykırılığın objektif ağırlığı ise de sözleşmeye aykırılığın, tamir sureti ile giderilebilecek olmasının ihlalin esaslı bir ihlal olarak değerlendirilmesinde ne derece dikkate alınacağı Viyana satım hukukunun en tartışmalı konularından birisini teşkil etmektedir.

Tartışma ile alakalı tespiti gerekli ilk nokta; doktrinde ihlalin tamir sureti ile giderilebilirliğinin her halükarda ihlalin esaslı olup olmadığı konusunda dikkate alınması gerektiği yönünde bir görüş birliğinin varlığıdır.²⁴

Bizce, ihlalin tamir sureti ile giderilebilecek olmasını esaslı ihlalin varlığının kabulüne mani gören görüş uygun gözükmemektedir.²⁵ Hâkim görüş, alıcının ikame mal teslimine ilişkin hakkını cins borçları ile sınırlasa da parça borçlarında da ikame mal tesliminin kabulüne bir mani yoktur.²⁶ İkame mal teslimine ilişkin talep bir şekle tâbi değilse de belli bir süre sınırlamasına tabi tutulmuştur. Buna göre alıcı bu talebini ya sözleşme ihlaline ilişkin ihbar ile birlikte ya da ihbarı müteakip uygun bir süre için de yapmak zorundadır. Sürenin uygunluğu bakımından her olayın kendine mahsus şartlarının dikkate alınarak bir sonuca varılması gerekli ise de, şayet özel bir durum söz konusu değilse, 10 gün ile 2 hafta arasında değişen bir sürenin uygun süre olarak telakki edilmesi gerekir.²⁷

İkame mal teslimi ile alakalı tespiti gereken mühim bir sınır ise CISG m. 82' den doğmaktadır. Buna göre alıcının teslim aldığı malları teslim aldığı andaki duruma esaslı

²⁴**P.Huber:** MünchKommBGB Art. 46 CISG Rn. 28; **Schnyder/Straub:** Honsell/CISG (2009), Art. 49 Rn. 23; **Müller-Chen:** Schlechtriem/Schwenzer, Art. 46 Rn. 26; Farklı bir görüş için **Welser:** Doralt, Uncitral-Kaufrecht, S. 125; **von Hoffmann:** Schlechtriem, Einheitliches Kaufrecht, s. 299.

²⁵**P.Huber:** MünchKommBGB Art. 46 CISG Rn. 44.

²⁶**Müller-Chen:** Schlechtriem/Schwenzer Art. 46 Rn. 18.

²⁷**Magnus:** Staudinger/CISG Art. 46 Rn. 40; **Schnyder/Straub:** Honsell/CISG, Art. 46 Rn. 66.

surette yakın bir durumda iade etmesi imkânsızlaşmışsa, alıcının sözleşmeyi ortadan kaldırma veya satıcıdan ikame mal talep hakkı düşer²⁸

İkame mal teslimi borcunun nerede ifa edileceği tartışmalı olmakla birlikte, hâkim görüş ifanın ayıplı malın bulunduğu yerde yapılacağı yönündedir.²⁹

b) Tamir talebi

CISG m. 35 f. 3 de alıcıya tanınan tamir hakkını ikame mal tesliminden ayıran en önemli husus; alıcının bu hakkının, ihlalin esaslı olması şartına bağlanmamış oluşudur. Daha da önemlisi –burada da tercih edilen fikre göre- ihlalin tamir sureti ile giderilebilirliği, ihlalin esaslı olmasını önlemekte, bunun pratik sonucu ise malın tamirinin mümkün olduğu her halde alıcının öncelikle tamir hakkına başvurma mecburiyetinde kalmasıdır.³⁰ Alıcının tamir hakkı bakımından iki önkoşul malın tamire elverişli olması ve bunun makul bir talep olmasıdır.³¹

Talebin makul olması, bu malın tamiri talebinin satıcıdan beklenip beklenemeyeceği şeklinde anlaşılmalıdır. Bu anlamda tamirin satıcıdan beklenebilirliği ise tamamen satıcının subjektif durumu göz önünde bulundurularak karar verilecek bir husustur.³² Her olayın kendisine mahsus şartları göz önünde bulundurulmalı, örneğin malın tamirinin ekonomik olmadığı daha doğru bir deyişle tamir için gereken masraf ile alıcının bundan sağlamayı umduğu menfaatin kıyası nesnel olarak bir muvazene içinde değilse tamir hakkının ekonomik olmadığı yani satıcıdan beklenebilir olmadığı kabulü gerekir.³³ Tamir talebi de ikame mal teslimi için bahsi geçen süre sınırlamasına tabidir.

4) Satıcının ıslah hakkı³⁴

Alıcının ifa hakkı çerçevesinde izaha muhtaç diğer bir mevzu ise satıcının sonraki ifa daha doğru bir deyişle sözleşmeye aykırılığı giderme hakkıdır. Terminolojik olarak alıcının herhangi bir ihlali halinde satıcının alıcıya yönelteceği ifa talebi ile bir karışıklığa mahal vermemek amacı ile bu hakkın *satıcının ıslah hakkı* biçiminde isimlendirilmesi uygun

²⁸ Kuralın istisnaları maddenin 2. Fıkrasında düzenlenmiştir.

²⁹ **Magnus:** Staudinger/CISG Art. 46 Rn. 50; **Schnyder/Straub:** Honsell/CISG, Art. 46 Rn. 71.

³⁰ **Magnus:** Staudinger/CISG Art. 46 Rn. 60; **P.Huber:** MünchKommBGB Art. 46 CISG Rn. 54.

³¹ **Magnus:** Staudinger/CISG Art. 46 Rn.59.

³² **Magnus:** Staudinger/CISG (2005), m. 46 N. 60; **Schnyder/Straub:** Honsell/CISG Art. 46 Rn. 93. **P.Huber:** MünchKommBGB Art. 46 CISG Rn. 55.

³³ **P.Huber:** MünchKommBGB Art. 46 CISG Rn. 55.

³⁴ CISG'in Arapça metninde kullanılan 'yuslihu' tabiriden mülhem bu terminoloji Türk hukuku için de kullanılabilir. CISG'in Arapça metni için: <http://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/sales/cisg/V1056999-CISG-a.pdf>. Çalışmada kullanılan 'ıslah hakkı' tabiri doktrinde 'ikinci servis şansı' olarak da ifade edilmektedir. Bkz. **Atamer** s. 345.

gözükmektedir. Satıcının ıslah hakkı, satıcı için teslim tarihini merkeze alan bir ayırım üzerine inşa edilmiş olup farklı şartları havidir. Satıcının teslim için tayin edilmiş vadeden sonraki ıslah hakkı, CISG m. 37⁶ de düzenlenen, teslim için tayin edilmiş vadeden önce doğan ıslah hakkından farklı olarak, CISG m. 48 f. 1 'in sıkı şartlarına bağlanmıştır.

Öncelikle ifade etmek gerekir ki; alıcı teslim için öngörülen vadeden önce sunulan malı kabule mecbur olmayıp (CISG m. 53 f.1)³⁵ sonraki ifa hakkı alıcının malı kabul etmiş olması şartına bağlanmıştır. Teslim muayyen yahut münasip bir zaman zarfı içinde ifa edilmek zorunda ise bu zaman zarfının nihayetinden önce yapılan her teslim CISG m. 37 anlamında bir erken teslimdir.³⁶ CISG m. 37'nin öngördüğü ıslah hakkı, CISG m. 48' e göre gerçekleşecek ıslah hakkından ihlalin esaslı olmasının erken teslimdeki ıslah hakkının varlığına etki etmeyişi noktasında ayrılmaktadır.³⁷

Satıcının erken teslimdeki ıslah hakkına getirilen mühim bir sınırlama, CISG m. 37'nin 2. cümlesinden doğmaktadır. İlgili hüküm, satıcının ıslah hakkının varlığını bu hakkın kullanımının alıcı için makul olmayan bir masraf ve zahmete yol açmaması ile kayıtlamaktadır. Örneğin, alıcının malın tamiri için sonradan tazmini mümkün olan bir bedel ödemek zorunda olduğu durumlarda ya da alıcının bedelini ödemiş bulunduğu malı satıcıya geri vermek zorunda olduğu hallerde alıcının, satıcının ıslah hakkını engelleyebileceği kabul edilmektedir.³⁸ Buna karşılık satıcının ıslah hakkını haksız bir surette engelleyen alıcı, satıcının ihlalden doğan haklarını kaybetmektedir.³⁹

Teslim için öngörülen vadeden sonra satıcı için öngörülen ıslah hakkı CISG m. 48'de düzenlenmiştir. Satıcının vadeden sonraki ıslah hakkı, CISG m. 37'dekine benzer bir şekilde 'ıslahın' makul olmayan bir gecikmeye yol açmaması ve alıcı için makul olmayan bir zahmete veya onun tarafından yapılan masrafların satıcı tarafından karşılanmayacağı konusunda tereddüde sebep olmaması şartına bağlanmıştır.

³⁵ Anlaşma, alıcı için teslim sunulmuş malı teslim alma borcu öngörmüştür. İhlali, alıcının mesuliyetini mucip bu yüküm için birtakım istisnalar söz konusudur. Öncelikle malın vadesinden önce teslimi (CISG m. 51 f. 1) ve sözleşmede kararlaştırıldan daha fazla mal teslimi (CISG m. 52 f.2) alıcının malı teslim almaktan kaçınabileceği hallerdir. Diğer bir konu ise esaslı ihlal halinde alıcının malı teslim almaktan kaçınıp kaçınmayacağı problemidir. Doktrinde tartışmalı olmakla birlikte hâkim görüş esaslı ihlal halinde alıcının malı teslim almaktan kaçınabileceği yönündedir. Bkz. **P.Huber:** MünchKommBGB Art. 46 CISG Rn. 8.

³⁶**Saenger:** Bamberger/Roth CISG Art. 37 Rn. 2.

³⁷**Magnus:**Honsell/CISG, Art. 37 Rn. 4.

³⁸**Magnus:** Honsell/CISG, Art. 37 Rn. 11.

³⁹**Saenger:** Bamberger/Roth CISG Art. 37Rn. 4.

CISG m. 48'in 2. fıkrası, m. 48 fıkrası 1'e göre esasen kendisi için bir ıslah hakkının şartları oluşmamış satıcı için, sözleşmeye aykırılığı hangi süre zarfında gidereceğini içeren bir açıklama ile ıslah hakkı kazanma, diğer bir deyişle sözleşmeye aykırılığı giderme imkânı getirmiştir.

Buna göre satıcının, sunduğu ıslah teklifini kabul edip etmediğini kendisine açıklamasını alıcıdan talep etmesi, alıcının ise uygun bir süre zarfında bu talebe menfî bir mukabele de bulunmaması halinde, satıcı daha önce zikri geçen açıklamasında belirtmek zorunda olduğu süre zarfında sözleşmeye aykırılığı giderebilir.

Aynı şekilde, alıcının susması halinde, satıcı için kendisince belirtilen süre zarfında bir ıslah hakkına sahip olduğunu kabule cevaz vardır.⁴⁰ Maddenin son fıkrasında ise bu bildirimlerin geçerliliği, bu bildirimlerin alıcıya varması koşuluna bağlanmıştır.

Bu noktada üzerinde durulması gereken mühim bir husus satıcının ıslah hakkının CISG m. 49'da alıcı için öngörülen sözleşmeden dönme hakkı ile alıcı lehine sınırlanmasıdır. Başka bir deyişle, ihlalin esaslı olması halinde alıcının dönme hakkının -satıcının ıslah hakkına nazaran- bir önceliği söz konusudur. Bu noktada bilhassa iki konuda satıcının ıslah hakkı ile alıcının dönme hakkı arasındaki ilişki ciddi sorunları beraberinde getirmiştir.

İlk sorun, sözleşmeye aykırılığın örneğin tamir sureti ile giderilebilecek olmasının, ihlalin esaslı olup olmadığının tespitinde ne derece dikkate alınacağı sorunudur ki, daha önce değinildiği üzere –bizce de isabetli bulunan görüşe göre- malın tamir edilebilirliği, esaslı ihlalin varlığının kabulüne manidir. Yalnız ihlalin tamir sureti ile ıslah kabiliyetinin, ihlalin esaslı oluşunu tespitite yegâne kıstas olmadığını, ihlalin nesnel olarak çok ağır ve alıcının sözleşmeden hemen dönmesini haklı kılacak bir menfaatinin olabileceğini unutmamak gerekir.⁴¹

Diğer bir sorun ise sadece sözleşmeden dönmeyi haklı kılan ihlalin varlığının yeterli olup olmadığı ve alıcının sözleşmeden dönmeyi açıklaması gerekip gerekmediği ile alakalıdır. Yine burada da takip edilen fikre göre; satıcı sadece ıslah arzusunu zamansal olarak önce açıklamak sureti ile satıcının sözleşmeden dönme hakkını engelleyememelidir.⁴² Son olarak alıcıya CISG m. 47'de satıcıya ek süre vermek ve bu süre içerisinde sözleşmeye aykırılığı gidermesini talep etme imkânı verildiğini belirtmek gerek. Kendisince tayin edilen bu süre

⁴⁰**Magnus:** Staudinger/CISG Art. 48 Rn. 41.

⁴¹**P.Huber:** MünchKommBGB Art. 46 CISG Rn. 10.

⁴²**Magnus:** Staudinger/CISG Art. 48 Rn. 22 vd.

zarfında diğerk hukuki imkânlarab başvuramayan alıcının, örneğın gecikmeden mütevellit zararının tazminini isteme hakkı saklıdır.

CISG m. 49’da satıcının borcunu hiç ifa etmediğı duruma mahsus olmak üzere bu sürenin nihayetinde sözleşmeden dönme hakkına sahip olduğı düşünöldüğünde CISG m. 47’de alıcının ek süre tanıma hakkının mantığı ortaya çıkmaktadır.

III. Türk Hukuku

1) 818 Sayılı Borçlar Kanunu (eBK)

a) Genel ifa talebi

İsviçre Borçlar Kanununa, dolayısıyla ifa talebini sözleşmenin en tabii neticesi olarak gören Kara Avrupa’sı hukuk mantığına istinat eden Türk hukukunda da, bu anlayışın bir neticesi olarak, ifa talebi sözleşmeye aykırılık halinde alıcı için öngörölmüş hukuki bir müeyyide (*Rechtsbehelfe*) olarak değil, sözleşme ilişkisinin en tabii neticesi olarak değerkendirilmiştir.⁴³ Fakat her ne kadar eBK m. 96 ‘da borçlunun borcunu hiç ya da kısmen ifa etmediğı halde alıcı için öngörölen hukuki imkân tazminat talebinden ibaret ise de, eBK m. 106 da açık biçimde alacaklının (alıcının) gecikme tazminatı ile birlikte aynen ifayı talep edebileceğini öngörmüştür.⁴⁴ Genel ifa talebi için elbette zaruri birtakım sınırlandırmalar söz konusu olmaktadır.

Her şeyden önce alacaklının ifa talebinin dürüstlük kuralına (TMK m. 2) aykırı düştüğü, örneğın borcun ifasının borçludan beklenemeyeceğı veya alacaklının ifa ile elde etmeyi hedeflediğı menfaatin borçlunun borcu ifa gayesi ile yapacağı masraf ile açık bir orantısızlık içinde bulunduğı hallerde, borcun ifasının istenemeyeceğı kabul edilmektedir.⁴⁵ İfa talebinin en tabii sınırı ise, ifa talebinin ancak edası ‘mümkün’ bir borç için söz konusu olabileceğidir.⁴⁶ İfadan bağımsız yan yükümlerin, diğerk bir deyişle, özen ve koruma yükümlölüklerinin ihlali halinde de, bu yükümlölüklerin muhtevasının zorunlu kıldığı üzere bir ifa talebine yer olmayacaktır.⁴⁷ Tam bu noktada, üzerinde durulması gereken husus bir satım sözleşmesi örneğinde satıcının malın salt teslimi yükümlölüğü dışında diğerk

⁴³Müller-Chen, s. 74;Schwenzer, s. 441.

⁴⁴Eren, s. 115.

⁴⁵Oğuzman/Öz, s. 331. Oğuzman’ın verdiğı örnek Alman Medeni Kanunu (BGB)’de borcun sona ermesi başlığı altında m. 275 f. 2 ve 3’te - imkânsızlık müessesini müteakip düzenlenen - borcun diğerk sona erme halleridir.

⁴⁶Oğuzman/Öz, s. 329.

⁴⁷Oğuzman/Öz, s. 328.

yükümlülükleri, örneğin malın ayıptan arî biçimde teslimi yükümlülüğün ihlali halinde de, genel bir ifa talebinin mümkün olup olmayacağı sorundur.

Bilindiği üzere zapta karşı tekeffül hükümlerinin uygulanabilirliği, zaptın satım sözleşmesinin kurulduğu anda mevcut olması şartına bağlanmıştır. Aksi halde yani satım sözleşmesinin kurulmasını müteakip fakat teslimden önce satılan üzerinde satıcı tarafından üçüncü kişi lehine üstün bir hak kurulması durumunda, satıcının mesuliyeti zapta karşı tekeffül hükümlerine göre değil, borçlar kanununun genel hükümlerine eBK 96 vd. göre tayin edilecektir.⁴⁸

b) Sonraki ifa talebi ve malın ayıplı teslimi

EBK’da malın ayıplı teslimi halinde alıcıya satıcının kusurundan bağımsız olarak bir takım haklar tanınmış ve kusurdan bağımsız sorumluluğun ağır neticelerini kısmen hafifletme amacına matuf bu hakların kullanımı, alıcının muayene ve ihbar külfeti ile kayıtlanmıştır. CISG terminolojisinden hareketle eBK’ da malın ayıplı teslimi halinde satıcı için sonraki ifa talebinin başlığının iki değişik varyasyonu olan tamir talebi ve ayıpsız bir mal teslimi şeklindeki hukuki imkânlar birkaç konuda farklılık arz etmektedir. Her şeyden önce, eBK ‘da alıcıya tanınan imkânlar içinde tamir hakkı bulunmamaktadır. Böylece alıcının sonraki ifa talebi, malın ayıpsız benzeri ile değiştirilmesine inhisar etmekte buna ilaveten malın ayıpsız bir benzeri ile değiştirilmesi yönündeki talep - gerek kaynak metin de (OR Art. 206) gerekse metnin Türkçe çevirisinde (eBK 203) geçen ‘misli’ kelimesine rağmen – doktrindeki hâkim görüşçe, ‘amaçsal bir yorumun bu talebi misli eşya satımına hasretmeyi tecviz etmeyeceği’ şeklindeki makul sayılamayacak bir gerekçe ile cins satımlarına hasredilmektedir.⁴⁹ Alıcının, cins satımlarına hasredilmiş malın ayıpsız bir benzeri ile değiştirilmesini isteme yönündeki talebinin, satıcı açısından mukabili olan, malın ayıpsız bir benzerini teklif etmek ya da malın tamirini teklif etmek şeklinde tezahür edebilecek bir *ıslah hakkı* ise sadece yerinde satışlara (Platzkauf) özgülenmiştir (eBK m. 203 f. 2).

⁴⁸ **Aral**, Borçlar Özel s. 97. Alıcının genel hükümlere göre talepte bulunacağı genel bir ifa hakkının mümkün olduğu haller devamlı şöyle sıralanabilir. Şayet sözleşme konusu maldan tamamen farklı, alakasız bir mal teslim edilmişse (aliud-lieferung) ve sözleşmenin konusu bir parça borcu ise alıcının ayıba karşı tekeffül hükümlerinde öngörülmuş bir sonraki ifa hakkı değil de genel hükümlere istinat eden genel ifa talebi söz konusu olacaktır. Buna mukabil, hâkim görüş sözleşmenin konusunun bir cins borcu olması halinde de aynı şekilde genel hükümlere istinat eden bir genel ifa hakkı olduğu yönünde ise de, literatürde azınlıkta kalan bir görüş konusu cins borcu olan bir satım sözleşmesinde tamamen farklı bir mal tesliminde ayıba karşı tekeffül hükümlerinin uygulanacağını savunmaktadır. **Şahiniz**, s. 33 vd. ;**Demirelli**, s. 88.

⁴⁹ **Becker** in: BernerKomm, Art. 206 Rn. 4; **Honsell**, BT, S. 120, **Aral**, Borçlar Özel s. 145; **Serozan**, Parça Borcu-Çeşit Borcu; aşılması gerekli bir ayırım, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Araştırma Hukuku Dergisi, İstanbul 1969, S. 211 vd.

2) Türk Borçlar Kanunu

Yeni Türk Borçlar Kanunu bilhassa sonraki ifa talebi açısından ciddi birtakım değişiklikler getirmekte, ancak bu değişiklikler bir takım soruları da beraberinde getirmektedir. Bu yüzden genel ifa talebine ilişkin açıklamalarda, eBK için yapılan açıklamalara atıf yapmakla yetinilecek daha ziyade sonraki ifa talebine ilişkin muhtemel sorunlar mevzu edilecektir.

İlgili başlıklar ile alakalı hususi başlıkların izahı, sonraki ifa talebinin TBK'daki genel çerçevesini çizmeyi gerekli kılmaktadır. Malın ayıplı teslimi halinde alıcının kullanacağı seçimlik haklar içinde sonraki ifa talebini ilgilendiren kısımlar şu şekilde listelenebilir.

- Satılanın **ücretsiz onarılmasını** isteme hakkı (TBK m. 227 f. 1, b. 3).
- İmkân varsa satılanın **ayıpsız bir benzeri ile değiştirilmesini** isteme hakkı (TBK m. 227 f. 1, b. 4).
- Alıcının uğradığı zararların tamamını gidererek **malın ayıpsız bir benzerini hemen verme** şeklinde tezahür eden ıslah hakkı (TBK m. 227 f. 3).
- Alıcının sözleşmeden dönme hakkını kullanması halinde, durum bunu haklı göstermiyorsa hâkim, satılanın onarılmasına veya **satış bedelinin indirilmesine** karar verebilir (TBK m. 227 f. 4)
- Satılanın değerindeki eksiklik satış bedeline çok yakın ise alıcı ancak sözleşmeden dönme veya **satılanın ayıpsız benzeri ile değiştirilmesini** isteme haklarından birini kullanabilir (TBK m. 227 f. 5)

Memnuniyet verici ilk değişiklik, satıcının ayıplı bir mal teslimi halinde alıcıya sunulan hukuki imkânlarla Türk Borçlar Kanunu'nda bütün masrafları satıcıya ait olmak üzere satılanın ücretsiz onarılmasını isteme hakkının eklenmiş olmasıdır. Olumlu karşılanacak bu yenilik birtakım soruları ise beraberinde getirmektedir. Bu mealde akla gelen ilk soru, alıcının satılanın ayıpsız bir benzeri ile değiştirilmesi talebine tekabül eden, satıcının malın ayıpsız bir benzerini vererek alıcının seçimlik haklarını kullanmasını önleme yetkisi, alıcı için malın ücretsiz onarılmasını isteme şeklindeki yeni bir seçimlik hakkın ihdasına rağmen, satıcı zaviyesinden bu yeni seçimlik hakka tekabül eden tamir etme hakkı ile niçin tamamlanmamış daha doğrusu genişletilmemiştir. Diğer bir ifade ile acaba malın ayıpsız bir benzerini hemen vererek ve alıcının uğradığı zararların tamamını gidererek alıcının seçimlik haklarını kullanmasını önleyen satıcı, malın hemen değil ancak makul bir süre içinde tamirini teklif ederek de alıcının seçimlik haklarını kullanmasının önünü alabilir mi?

Meseleye benimsenecek yorum metoduna göre farklı cevaplar verilebilmekle birlikte, uygulamada genel işlem şartları yolu ile satıcının malın tamir hakkını elinde saklı tuttuğu gerçeği karşısında, kanun metninin lafzı ile birlikte kanun koyucunun gayesini esas alan bir bakış açısı ile kanun koyucunun mevcut durumu kanuni bir düzenleme ile satıcı lehine çözerek, satıcıyı daha da güçlendirmek istemediği neticesine ulaşılabilir. Alıcının malın ayıpsız bir benzeri ile değiştirilmesini isteme hakkına gelince, konuya ilişkin ilk dikkat çeken değişiklik: Alıcının bu hakkını hâkim doktrinin yorumlandığı şekli ile cins borcuna hasreden anlayışın TBK’da terk edildiğidir. Bu ayırımın yerine ikame edilen ‘imkân varsa’ kıstasının ise parça-cins borcu ayırımının sağladığı hukuki güvenlik karşısında ne derece isabetli olduğu sorusu konu edilmeksizin bu kıstasın manası, sınırları tespit edilmeye çalışılacaktır.⁵⁰

Alıcının malın ayıpsız bir benzeri ile değiştirilmesi talebi, kanun metninden anlaşıldığı kadarıyla bu talebin mümkün olması (imkân varsa) ile malın ayıpsız bir benzerinin varlığına bağlanmıştır. Öncelikle ‘imkân varsa’ şeklindeki son derece muğlâk ifadenin tespitinde konuyu satıcı zaviyesinden düzenleyen TBK m. 227 f. 3’e müracaat edilmelidir. Şöyle ki, satıcının ayıpsız bir benzeri ile değiştirmeye özgülenmiş ıslah hakkını düzenleyen fıkra dikkate alındığında; ayıpsız benzer bir malın reel varlığından bağımsız olarak öncelikli sorun satıcının malın ayıpsız bir benzerini temin edip edemeyeceğidir.

Konuyu açmak gerekirse kanun koyucu ‘imkân varsa’ ifadesi ile malın ayıpsız bir benzerinin temininin satıcıdan beklenip beklenemeyeceğini öncelemektedir, velev ki benzer bir malın temini objektif açıdan mümkün olsun. Bu noktada esasen dürüstlük kuralları üzerinden zaten ulaşılabilecek bir netice olan satıcıyı korumaya râci bu kıstas, dürüstlük kuralının özel bir görünümü veya kanunda özel olarak düzenlenmiş bir hali olarak görülebilir. Böylece ‘imkân varsa’ şeklindeki kıstas şu şekilde anlaşılabilir: ‘Dürüstlük kuralları çerçevesinde malın ayıpsız bir benzeri ile değiştirilmesi satıcıdan beklenebiliyorsa alıcı malın ayıpsız bir benzeri ile değiştirilmesini isteyebilir’. ‘İmkân varsa’ ifadesinin anlamını tespiti sadedinde dile getirilen ‘beklenebilirliğin’ tayininde değişik ölçütler mevcut olmakla birlikte, sorunun yine kanun yardımı ile çözülmesi mümkün gözükmektedir.

Yukarıda zikredildiği üzere kanun alıcının malın ücretsiz onarılmasını isteme talebini bunun ‘aşırı bir masrafı gerektirmemesi’ koşuluna bağlarken, ayıpsız bir benzeri ile değiştirilmesi talebini bunun dürüstlük kuralları çerçevesinde satıcıdan beklenebilir olması (‘imkân varsa’)

⁵⁰**Çetiner:** Yeni Türk Borçlar Kanunu ve CISG’e göre Satış Sözleşmeleri, Şıpka/Yıldırım (ed.), s. 37; **Gümüş** s. 127-128; **Bilgin:** Prof. Cevdet Yavuz’a Armağan, s. 406.

koşuluna bağlamıştır. Acaba malın tamiri için öngörülen kıstas, ‘beklenebilirliğin’ tayin ve tespitinde kullanılabilir mi? Yani satıcı açısından aşırı bir masrafı gerektiren malın ayıpsız bir benzeri ile değiştirilmesi talebi, bu talebin ifasının satıcıdan sırf bu nedenle beklenemeyeceği şeklindeki bir gerekçe ile reddedilebilir mi?

Bu soruya verilecek olumlu bir yanıt, esasen malın onarılması talebinin şartı olan ‘aşırı bir masrafı gerektirmeme’ kıstasının ‘malın ayıpsız bir benzeri ile değiştirilmesi’ yönündeki ‘beklenebilirlik’ daha doğrusu ‘imkân varsa’ şeklindeki kıstasın tayininde, her şeyden önce satıcının ekonomik imkânlarının göz önünde bulundurulması anlamına gelecektir. İşin ilginç yanı tamir talebinde masrafların satıcıya yükleneceğini açıkça düzenleyen kanun koyucu, malın ayıpsız bir benzeri ile değiştirilmesinin talep edilmesi halinde masrafların kime ait olacağı hususunu, herhalde bunun izaha muhtaç olmadığı düşüncesinden hareketle, açıkça düzenlememiştir. Gerçi böyle bir yaklaşıma aynı şeyin tamir talebi için de mümkün olduğu, yani malın tamiri talebinde de masrafların satıcıya ait olacağını izahtan vareste olacağı, bu yüzden kanun koyucunun tutarlı bir biçimde ya her iki talep için - sadece açıklayıcı bir fonksiyon icra edecek biçimde – masrafların satıcıya tahmil edileceğini düzenlemesi; ya da her iki talep için de masrafların satıcı tarafından karşılanacağı neticesinin bu hakların tabii bir sonucu olduğundan hareketle, bu hususu açıkça düzenlememesi gerektiği şeklinde bir itiraz getirilebilir.

Esasen Türk kanun koyucusu bu tip sorunları Alman Medeni Kanunu (BGB) m. 439’dakine benzer biçimde alıcının bu taleplerini sonraki ifa talebi başlığı altında yeknesak biçimde düzenlemek sureti ile bertaraf edebilecekken, eBK’daki, alıcının hakları konusunda benimsenen yatay geçişkenliği; yani ayıba karşı tekeffülün şartları olgunlaştığında alıcının söz konusu hukuki imkânlar arasında serbestçe seçim yapabileceği yönündeki mevcut sistemi korumuş, CISG ve BGB’nin benimsediği; alıcının haklarını, ihlalin yoğunluğuna paralel dikey bir düzlemde ele alan ve ifayı önceleyen sisteme itibar etmemiştir.

Değnilmesi gereken diğer bir husus ise TBK m. 227 f. 4’te düzenlenen alıcının sözleşmeden dönme hakkını kullanması halinde, durum bunu haklı göstermiyorsa kendisine, satılanın onarılmasına veya **satış bedelinin indirilmesine** karar verebilme yetkisi tanınan hâkimin, acaba malın ayıpsız bir benzeri ile değiştirilmesine de karar verip veremeyeceği hususudur. Soruya verilecek cevapta göz önünde bulundurulması gereken en önemli husus; kanun koyucunun sonuçları satıcı bakımından ağır sayılabilecek, sözleşmeden dönmeyi önlemeye yönelik bu düzenleme ile güttüğü gayedir. Kanun koyucunun, söz konusu hüküm ile satıcı

lehine bir düzenleme gayesi götüğü göz önüne alınırsa, yukarıdaki ‘hâkimin malın ayıpsız bir benzeri ile değiştirilmesine hükmedip edemeyeceği’ şeklindeki sorunun cevabında satıcının menfaatlerinin merkeze alınması icap eder.

Evveleminde her ne kadar hâkimin sözleşmeden dönmeden daha az ağır sayılamayacak sonuçlar taşıyan malın ayıpsız bir benzeri ile değiştirilmesine de hükmedebilmesinin satıcının menfaatine uygun düşmeyeceği düşünülebilir ise de hakikatte satıcı için malın ayıpsız bir benzeri ile değiştirilmesi, bazen malın tamirine nazaran daha ekonomik bir yol olabilir. Örneğin ekonomik değeri düşük seri mamullerde, malın tamiri için gereken masraf bazen malın fiyatına yaklaşabileceği gibi hatta malın fiyatını dahi aşabilir. Bu tip durumlarda, hâkimin malın ayıpsız bir benzeri ile değiştirilmesine hükmedebileceğini kabul etmenin normun amacına hizmet edecek biçimde satıcının durumunu güçlendirdiği izahtan varestedir.⁵¹

⁵¹ Esasen TBK’nın getirdiği soru(n)lar burada tartışılardan ibaret değildir. Ancak bu sorunların tamamı esaslı bir tetebbuât ile geniş bir monografide konu edilebilir. Bu çalışma ile bu sorunların ancak bir kısmına değinilebilmiş, örneğin alıcının muayene ve ihbar yükümlülüğüne uymakla birlikte, ayıbı kendisinin gidermesi halinde bunun hukuki neticeleri burada tartışılmamıştır. Sorun Alman hukukunda da henüz tatmin edici bir çözüme bağlanamamıştır. Konu ile alakalı bkz. **Westermann**, in: MünchKommBGB, § 439 Rn. 10.

IV. Sonuç

TBK'nın birtakım olumlu değişiklikler içerdiği izahından varestedir. Bunlar yukarıda izah edildi. CISG veya BGB'nin sonraki ifa hakkına ilişkin benimsediği yeknesak konseptin Türkiye'nin hususi şartları gözetilmeden, 'gözü kapalı' bir biçimde alınıp, uygulanması Türk kanun koyucusundan elbette beklenemez. Yalnız mukayeseli hukuk verilerini 'bir tür entelektüel bağımlılığa' dönüştürmeksizin farklı coğrafyalarda, farklı şartlarda ortaya çıkmış çözüm tarzlarını hiç değil derinlikli bir okumaya tabi tutmanın, bu çözüm tarzını kendi çözüm tarzı ile mukayese etmenin esasen kanun koyucu için bir emek ve zaman tasarrufu sağlayacağı kuşkusuzdur.

Kaynakça *

Aral, F., Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 8. Baskı, Ankara 2010 (Aral, Borçlar Özel)

Aral, F., Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa, Ankara 2011 (Aral, Kötü ifa)

Atamer, Y.M., Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, 1.Bası, İstanbul 2005

Bamberger, H.G/Roth, H.(Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band I §§ 1-610 CISG, 2. Auflage, München 2003

Basedow, J., Towards a Universal Doctrine of Breach of Contract: The Impact of the CISG, International Review of Law and Economics (September 2005) s. 487 vd.:<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/basedow.html>

BernerKommentar Kommentar zum schweizerischen Privatrecht

-Das Obligationenrecht, Band VI, 2. Abteilung, Die EinzelnenVertragsverhältnisse, 1. Teilband, Kaufund Tausch- Die Schenkung, 1. Abschnitt Allgemeine Bestimmungen- Der Fahrniskauf Artikel 184-215 OR, Bern 1979

Bilgin M.Y., Satım Sözleşmesinde Ayıptan Dolayı Sorumluluğun Şartları ve Alıcının Seçimlik Hakları, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a ARMAĞAN, 2. Bası 2012, s. 377 vd.

Çetiner B. Yeni Türk Borçlar Kanunu'nda Yarar ve Hasarın İntikali ile Satıcının Ayıptan Sorumluluğuna ilişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi: Şıpka Ş./ Yıldırım A. C. (ed.) Yeni Türk Borçlar Kanunu ve CISG' e Göre Satış Sözleşmeleri

Demirelli, K., Die Sachmängelhaftung des Verkäufers beim Kauf beweglicher Sachen nach deutschem und türkischem Recht mit einem Blick auf das Internationale Privat- und Zivilrecht, Frankfurt am Main 1990

Eren, F.,Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 2001

Ferit, M., Das französische Zivilrecht Allgemeine Lehren; Recht der Schuldverhältnisse, Frankfurt am Main 1971

Grundmann, S./Bianca, C.M.(Hrsg.), EU-Kaufrechts-Richtlinie-Kommentar, Köln 2002, (Müellif: Grundmann/Bianca (Hrsg.))

Gümüş, M.A., Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt I, 2.Bası, İstanbul 2012

* Tek bir eserine atıf yapılan yazarlar çalışmada sadece ismen zikredilmiş birden fazla eserine atıf yapılan yazarlar için ise ilgili esere nasıl atıf yapıldığı kaynakçada parantez içinde gösterilmiştir. Şerhler ve Tebliğler için öncelikle müellifin adı sonrasında ise eserin yayınlandığı çalışmanın ismi zikredilmiştir. Eğer esere başka bir eser vasıtası ile atıf yapılıyorsa, atıf hangi esere istinaden yapılıyorsa bu eserin adı dolaylı atfın yanında parantez içinde verilmiştir.

Henrich, D./Huber, P., Einführung in das englische Privatrecht, 3. Auflage, Heidelberg 2003

Honsell, H. (Hrsg.), Kommentar zum UN-Kaufrecht, Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den Internationalen Warenkauf (CISG), 2. Auflage, Berlin 2010, (Müellif: Honsell/CISG)

Honsell, H., Römisches Recht, 8. Auflage, Berlin 2006 (Honsell, RömischesRecht)

Honsell, H., Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, 8. Auflage, Bern, 2006, (Honsell, BT)

Hsu, L., Remedies under Sale of Goods (UN Convention) Act, S.Ac.JL 1996, S. 113 vd.

[:http://www.sal.org.sg/digitallibrary/Lists/SAL%20Journal/Attachments/168/1996-8-SAcLJ-113-Hsu.pdf](http://www.sal.org.sg/digitallibrary/Lists/SAL%20Journal/Attachments/168/1996-8-SAcLJ-113-Hsu.pdf)

Huber P. , Comparative Sales Law:The Oxford Handbook of Comparative Law, Reimann/Zimmermann (ed.), 2007: s. 937 vd.

Jansen, A., Die Untersuchungs- und Rügenpflichten im deutschen, niederländischen und internationalen Kaufrecht, Eine rechtsvergleichende Darstellung der Gemeinsamkeiten und Unterschiede, 1. Auflage, Baden-Baden 2001

J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB - Buch 2:

-Recht der Schuldverhältnisse: Wiener UN-Kaufrecht (CISG) 2005, (Müellif: Staudinger/CISG)

Krusinga, The Impact of Uniform Law: Limits and Possibilities –CISG and Its Incidence in Dutch Law, EJCL vol. 13.2 (May 2009)

Müller-Chen, M., Folgen der Vertragsverletzung, Zürich 1999

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,

-Band 3 Schuldrecht Besonderer Teil §§ 433-610, 5. Auflage, München 2008

(Müellif: MünchKommBGB)

Oechsler, J., Vertragliche Schuldverhältnisse, 2.Auflage, München 2007

Oğuzman, K./Öz, T., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası, İstanbul 2005

Rado, T., Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku, 6. Bası, İstanbul 1969

Schlechtriem, P./Schwenzer, I., (Hrsg.), Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht-CISG-, 5. Auflage, München 2008, (Müellif: Schlechtriem/Schwenzer)

Schwenzer, I., Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Bern 2009

Serozan, R., Parça Borcu-Çeşit Borcu; aşılması gerekli bir ayırım, İstanbul Üniversitesi Mukayaseli Araştırma Hukuku Dergisi, İstanbul 1969, S. 211 vd.

Schneider, W.T., Abkehr vom Verschuldenprinzip?, Einerechtsvergleichende Untersuchung zur Vertragshaftung (BGB, Code civil und Einheitsrecht), Tübingen 2007

Schnüll, D.V., Die Haftung des Verkäufers für Fehler und zugesicherte Eigenschaften im europäischen Rechtsvergleich, Bonn 1994

Schrewe, H., Der Abhilfeanspruch des Käufers, Eine rechtsvergleichende Untersuchung aus perspektive des europäischen Rechts unter Berücksichtigung der Rechtsordnungen Deutschlands, Englands, Frankreichs und des UN-Kaufrechts, Hamburg 2010

Stahelin, B., Die Vertragsverletzung im englischen und schweizerischen Privatrecht, Basel 1954

Şahiniz, S., Tacirler Arası Ticari Satımlarda Satıcının Ayıplı İfadan (Ayıplı Mal Tesliminden) Sorumluluğu, Ankara 2008

Tacheva, M., Rechtsbehelfe des Käufers im Warenkaufrecht-Eine rechtsvergleichende Untersuchung des Übereinkommens der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf (CISG), des englischen Sale of Goods Act, des bulgarischen Kaufrechts und des deutschen Kaufrechts vor und nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, Frankfurt am Main 2004

Türk Borçlar Kanunu, haz. Dinç Mutlu, Ankara 2011

von Hoffmann, B., Gewährleistungsansprüche im UN-Kaufrecht – verglichen mit dem EKG und BGB, in: Schlechtriem (Hrsg.), Einheitliches Kaufrecht und nationales Obligationen-Recht, Baden-Baden 1987

Welser, R., Die Vertragsverletzung des Verkäufers und ihre Sanktion, in: Doralt (Hrsg.), Das UNCITRAL-Kaufrecht im Vergleich zum österreichischen Recht, Wien 1985

Zeytin Z., Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri (CISG) Hukuku, Ankara 2011

Zweigert, K./Kötz, H., Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, 3. Auflage, Tübingen 1996