



**T.C.  
GAZİ ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**

**YÜKSEK  
LİSANS  
TEZİ**

**SATIŞ SÖZLEŞMESİNDE HASARIN GEÇİŞİ**

**ALİ TUNCER**

**MEDENİ ÖZEL HUKUK BİLİM DALI**

**EKİM 2014**



**SATIŞ SÖZLEŞMESİNDE HASARIN GEÇİŞİ**

**Ali TUNCER**

**YÜKSEK LİSANS TEZİ**

**ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

**GAZİ ÜNİVERSİTESİ**

**SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**

**EKİM 2014**

Ali TUNCER tarafından hazırlanan "Satış Sözleşmesinde Hasarın Geçışı" adlı tez çalışması aşağıdaki jüri tarafından OY BİRLİĞİ / ~~OY ÇOKLUĞU~~ ile Gazi Üniversitesi Özel Hukuk Anabilim Dalında YÜKSEK LİSANS TEZİ olarak kabul edilmiştir.

*Başkan*

**Danışman:** Unvanı Adı SOYADI

Anabilim Dalı, Üniversite Adı

Bu tezin, kapsam ve kalite olarak Yüksek Lisans Tezi olduğunu onaylıyorum/onaylamıyorum

**Başkan :** Unvanı Adı SOYADI

Anabilim Dalı, Üniversite Adı

Bu tezin, kapsam ve kalite olarak Yüksek Lisans Tezi olduğunu onaylıyorum/onaylamıyorum

**Üye :** Unvanı Adı SOYADI

Anabilim Dalı, Üniversite Adı

Bu tezin, kapsam ve kalite olarak Yüksek Lisans Tezi olduğunu onaylıyorum/onaylamıyorum

Tez Savunma Tarihi: 10/10/2014

Jüri tarafından kabul edilen bu tezin Yüksek Lisans Tezi olması için gerekli şartları yerine getirdiğini onaylıyorum.

Prof. Dr. Hikmet KAVRUK  
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürü

## ETİK BEYAN

Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Yazım Kurallarına uygun olarak hazırladığım bu tez çalışmada;

- Tez içinde sunduğum verileri, bilgileri ve dokümanları akademik ve etik kurallar çerçevesinde elde ettiğimi,
- Tüm bilgi, belge, değerlendirme ve sonuçları bilimsel etik ve ahlak kurallarına uygun olarak sunduğumu,
- Tez çalışmada yararlandığım eserlerin tümüne uygun atıfta bulunarak kaynak gösterdiğimi,
- Kullanılan verilerde herhangi bir değişiklik yapmadığımı,
- Bu tezde sunduğum çalışmanın özgün olduğunu,

bildirir, aksi bir durumda aleyhime doğabilecek tüm hak kayıplarını kabullendiğimi beyan ederim.



Ali TUNCER

27.10.2014

# **SATIŞ SÖZLEŞMESİNDE HASARIN GEÇİŞİ**

(Yüksek Lisans Tezi)

Ali TUNCER

GAZİ ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

Ekim 2014

## **ÖZET**

Satış sözleşmesi, günlük hayatta oldukça yaygın şekilde kullanılan sözleşmelerden birisidir. Bu sözleşmenin kurulması ile ifası arasında satılanın hasara uğraması halinde, kimin hangi andan itibaren hasara katlanacağı sorunu, hukukçuların temel uğraş alanlarından birisi olmuştur. Bu konuda 818 sayılı Borçlar Kanununun (eBK)183'üncü maddesi ile kabul edilmiş olan sözleşmenin kurulmasından itibaren parça borçlarında satılanın yarar ve hasarına alıcının katlanacağı ilkesi, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunun (TBK) 208'inci maddesiyle taşınırlarda zilyetliğin devrine kadar satılanın yarar ve hasarının satıcıya ait olacağı şeklinde değiştirilmiştir. Hasarın alıcıya ait olduğu ilkesi, uygulamada birçok sorunun ortaya çıkmasına neden olmuş ve doktrinde ciddi şekilde eleştirilmiştir. TBK m. 208'de hasarın geçiş anının, taşınırlarda zilyetliğin devrine, taşınmazlarda ise tescil işleminin yapılmasına bağlanmasıyla yapılan eleştiriler büyük oranda giderilmiştir. Değişiklikle alıcının hasara ilişkin haksız uygulamalar neticesinde mağdur edilmesi engellenmiştir. Zilyetliğin devriyle hasarın alıcıya geçmesi, Alman hukukundaki hasarın teslimle alıcıya geçeceği ilkesinin bir yansımasıdır. Bu çalışmada, TBK'daki hasarın geçişine ilişkin düzenlemelerin eski kanundaki hükümlere göre incelenmesiyle yeni değişikliklerin uygulamadaki sorunların çözümü konusunda ne ölçüde katkı sağlayacağı belirlenmiştir. Bu belirleme yapılırken hasarın geçiş kurumu, tarihsel açıdan değerlendirilmiş ve bu kurumun karşılaştırmalı hukuktaki yeri araştırılmıştır. Konunun daha iyi anlaşılması için hasarın geçişine ilişkin şartlar ile istisnalara ayrıntılı şekilde değinilmiştir.

Bilim Kodu :2.086

Anahtar Kelimeler :Satış sözleşmesi, hasar, yarar, hasarın geçişi, imkânsızlık kavramı.

Sayfa Adedi :129

Tez Danışmanı :Prof. Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM

# THE PASSING OF RISK IN CONTRACTS FOR SALE

(M. S. Thesis)

Ali TUNCER

GAZİ UNIVERSITY

GRADUATE SCHOOL OF SOCIAL SCIENCES

October 2014

## ABSTRACT

Sales contract is one of the rather extensive agreements in daily life used. When the sold product damaged between the contract signed and fulfilled, who will suffer from which time, this has been one of the fundamental issue for lawyers. This issue the law no. 818 of the Obligations Code (eBK) 183rd clause accepted that the after contract signed, part of debts sold product's benefit and risk the buyer will suffer prinsible changed with the law no. 6098 of Türkish Obligation Code's (TBK) 208rd clause chattel goods until hand on the possession, sold product's benefit and risk is belonged to seller. The principle about the buyer has the risk, caused a lot of trouble in practice and has seriously critised by doctrine. In the TBK m. 208 passing of risk moment connect with chattel goods to hand on possession, in case real estate made registration, so that the critics have gulled with great ratio. The unjust treatment of buyers has prevented because of unfair implementation with alteration. Passing the risk to buyer with handing on possession is reflection of the passing risk with delivery principle in German law. In this study, about the passing risk of the regulations in TBK according to old legislation researching how ratio will contribute has determined. While this determination was made. passing risk was historically evaluated and this issue has researched in comparative law. Passing the risk of conditions and exceptions were circumstantially mentioned in order that the issue could better understood.

Science Code :2.086

Key Words :Sale contract, risk, benefit, passing of risk, term of impossibility.

Page Nummer :129

Supervisor :Prof. Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM

## TEŞEKKÜR

Tez konusunun belirlenmesi ve tezin hazırlanması aşamasında bana yardımcı olan değerli hocam Prof. Dr. M. Fadıl YILDIRIM'a, fikir ve önerileriyle bana destek olan Yrd. Doç. Dr. Abdulkerim YILDIRIM'a, kürsü arkadaşlarım Arş. Gör. Özkan ÖZYAKIŞIR ve Arş. Gör. Elif AYAN'a, hayatımın her anında yanımda olan ve beni her zaman destekleyen sevgili eşim Arş. Gör. Seral TUNCER'e sonsuz teşekkürlerimi sunarım.

## İÇİNDEKİLER

|                  | Sayfa |
|------------------|-------|
| ÖZET.....        | İV    |
| ABSTRACT .....   | V     |
| TEŞEKKÜR.....    | Vi    |
| İÇİNDEKİLER..... | Vii   |
| KISALTMALAR..... | Xii   |
| GİRİŞ .....      | 1     |

## 1. BÖLÜM

### TEMEL KAVRAMLAR VE HASARIN GEÇİŞİ İLE İLGİLİ DÜZENLEMELER

|                                                                                |    |
|--------------------------------------------------------------------------------|----|
| 1.1. Temel Kavramlar .....                                                     | 5  |
| 1.1.1. Satış sözleşmesi kavramı.....                                           | 5  |
| 1.1.1.1. Genel olarak satış sözleşmesi .....                                   | 5  |
| 1.1.1.2. Terminoloji sorunu; satım mı satış mı? .....                          | 6  |
| 1.1.2. Hasar kavramı .....                                                     | 7  |
| 1.1.2.1. Genel olarak hasar.....                                               | 7  |
| 1.1.2.1.1. Geniş anlamda hasar .....                                           | 8  |
| 1.1.2.1.2. Dar anlamda hasar.....                                              | 9  |
| 1.1.2.1.2.1. Edim hasarı .....                                                 | 10 |
| 1.1.2.1.2.2. Karşı edim hasarı .....                                           | 12 |
| 1.1.2.2. Hasar kavramının kullanımı ve benzer kavramlardan ayırt edilmesi..... | 14 |
| 1.1.3. Hasarın geçişi kavramı .....                                            | 16 |
| 1.1.3.1. Genel olarak.....                                                     | 16 |
| 1.1.3.2. Geniş anlamda hasarın geçişi .....                                    | 16 |
| 1.1.3.3. Dar anlamda hasarın geçişi .....                                      | 17 |

|                                                                        |  |
|------------------------------------------------------------------------|--|
| 1.1.3.3.1. Tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde hasarın geçişi .18   |  |
| 1.1.3.3.2. İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde hasarın geçişi ...20 |  |
| 1.1.4. Yarar kavramı.....21                                            |  |
| 1.1.4.1. Genel olarak yarar kavramı.....21                             |  |
| 1.1.4.2. Yararın geçmesi.....22                                        |  |
| 1.1.4.3. Satış sözleşmesinde yararın alıcıya geçişi.....22             |  |
| 1.2. Tarihsel Açıdan Hasarın Geçişine İlişkin Düzenlenmeler .....24    |  |
| 1.2.1. Roma hukukunda hasarın geçişi düzenlemesi .....24               |  |
| 1.2.2. Mecellede hasarın geçişi düzenlemesi .....27                    |  |
| 1.3. Karşılaştırmalı Hukukta Hasarın Geçişi .....30                    |  |
| 1.3.1. Fransız hukukunda hasarın geçişi.....30                         |  |
| 1.3.2. İngiliz ve Amerikan hukukunda hasarın geçişi.....33             |  |
| 1.3.3. İsviçre hukukunda hasarın geçişi .....34                        |  |
| 1.3.4. Alman hukukunda hasarın geçişi.....37                           |  |
| 1.3.4.1. Genel olarak.....37                                           |  |
| 1.3.4.2. Edim ve karşı edim hasarı .....38                             |  |
| 1.3.4.3. Satış sözleşmesinde hasarın geçişi .....39                    |  |
| 1.3.4.4. İstisnai hükümler .....41                                     |  |

## 2. BÖLÜM

### SATIŞ SÖZLEŞMESİNDE HASARIN GEÇİŞİ VE ŞARTLARI

|                                                                                        |  |
|----------------------------------------------------------------------------------------|--|
| 2.1. Satış Sözleşmesinde Hasarın Geçişine İlişkin Düzenlemeler.....43                  |  |
| 2.1.1. Genel olarak.....43                                                             |  |
| 2.1.2. 818 sayılı eBK m. 183'teki hasarın geçişi rejimi .....43                        |  |
| 2.1.3. 6098 sayılı TBK ile getirilen değişiklikler .....46                             |  |
| 2.1.4. Hasarın geçişine ilişkin kuralın hukuki niteliği.....48                         |  |
| 2.1.5. Satış sözleşmesinde imkânsızlık kavramı ve kaim değer meselesi..49              |  |
| 2.1.5.1. İmkânsızlık kavramı ve borçlunun sorumlu olmadığı sonraki imkânsızlık .....49 |  |
| 2.1.5.2. Sübjektif ve objektif imkânsızlık ayrımı.....51                               |  |

|                                                                                                  |    |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 2.1.5.3. Kısmi imkânsızlık .....                                                                 | 52 |
| 2.1.5.4. İmkânsızlık halinde borçlunun ihbar yükümlülüğü .....                                   | 54 |
| 2.1.5.5. Edimin yerine geçen (kaim) değer meselesi .....                                         | 54 |
| 2.1.6. Hasarın geçişine ilişkin genel kural: “TBK m. 136” .....                                  | 57 |
| 2.1.7. Hasarın geçişine ilişkin TBK m. 208 düzenlemesi .....                                     | 61 |
| 2.1.7.1. Taşınır satışında hasarın geçişi .....                                                  | 62 |
| 2.1.7.2. Taşınmaz satışında hasarın geçişi .....                                                 | 62 |
| 2.2. Satış Sözleşmesinde Hasarın Geçişinin Şartları .....                                        | 63 |
| 2.2.1. Genel olarak .....                                                                        | 63 |
| 2.2.2. Satış sözleşmesinin geçerli şekilde kurulmuş olması .....                                 | 63 |
| 2.2.3. Taşınırlarda zilyetliğin devri ve taşınmazlarda tescil işleminin yapılması .....          | 65 |
| 2.2.3.1. Genel olarak zilyetlik ve zilyetliğin devri .....                                       | 65 |
| 2.2.3.2. Zilyetliğin teslim yoluyla devri .....                                                  | 65 |
| 2.2.3.2.1. Şeyin teslimi .....                                                                   | 65 |
| 2.2.3.2.2. Araçların teslimi .....                                                               | 66 |
| 2.2.3.2.3. Şeyin yeni zilyedin fiili hâkimiyetine bırakılmasına ilişkin anlaşma ile teslim ..... | 67 |
| 2.2.3.3. Zilyetliğin teslim olmadan devri .....                                                  | 68 |
| 2.2.3.3.1. Zilyetliğin temsilci vasıtasıyla devri .....                                          | 69 |
| 2.2.3.3.2. Zilyetliğin hükmen teslim yoluyla devri .....                                         | 70 |
| 2.2.3.3.3. Zilyetliğin havale yoluyla devri .....                                                | 71 |
| 2.2.3.3.4. Zilyetliğin emtia senetlerinin teslimi ile devri .....                                | 72 |
| 2.2.3.4. Zilyetlik ile mülkiyetin devri ilişkisi .....                                           | 73 |
| 2.2.3.5. Satılanın teslimi yerine zilyetliğin devrinin getirilmesinin yerindeligi .....          | 76 |
| 2.2.3.6. Taşınmazlarda tescil işleminin yapılması .....                                          | 77 |

### 3. BÖLÜM

## SATIŞ SÖZLEŞMESİNDE HASARIN GEÇİŞİNE İLİŞKİN İSTİSNALAR VE BİRLEŞMİŞ MİLLETLER SATIŞ HUKUKUNDA HASARIN GEÇİŞİ

|                                                                                                              |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 3.1. Satış Sözleşmesinde Hasarın Geçişine İlişkin İstisnalar .....                                           | 79  |
| 3.1.1. Genel olarak .....                                                                                    | 79  |
| 3.1.2. Tarafların hasarın geçişine ilişkin özel koşullar öngörmesi .....                                     | 80  |
| 3.1.2.1. Hasarın geçişine ilişkin özel koşulların nitelikleri .....                                          | 80  |
| 3.1.2.2. Hasarın geçişine ilişkin özel koşulların sınırları .....                                            | 81  |
| 3.1.2.3. Milletlerarası ticari kayıtların kullanılması durumunda hasarın<br>geçiş ve Incoterms kavramı ..... | 82  |
| 3.1.3. Durumun gereğinden .....                                                                              | 84  |
| 3.1.3.1. Genel olarak .....                                                                                  | 84  |
| 3.1.3.2. Durumun gereği ifadesinin kapsamı .....                                                             | 84  |
| 3.1.3.3. Çifte satış halinde hasarın geçişi .....                                                            | 86  |
| 3.1.3.4. Zilyetliğin devrinin satıcı veya alıcı yararına ertelenmesi halinde<br>hasarın geçişi .....         | 87  |
| 3.1.4. Kanunda belirtilen sebeplerden .....                                                                  | 88  |
| 3.1.4.1. Koşula bağlı satışlarda hasarın geçişi .....                                                        | 88  |
| 3.1.4.1.1. Genel olarak .....                                                                                | 88  |
| 3.1.4.1.2. Geciktirici koşula bağlı satışlarda hasarın geçişi .....                                          | 90  |
| 3.1.4.1.3. Beğenme koşuluna bağlı satışlarda hasarın geçişi .....                                            | 93  |
| 3.1.4.1.4. Bozucu koşula bağlı satışlarda hasarın geçişi .....                                               | 94  |
| 3.1.4.2. Mesafe satışında hasarın geçişi .....                                                               | 96  |
| 3.1.4.2.1. Genel olarak .....                                                                                | 96  |
| 3.1.4.2.2. Götürme ve gönderme borcu ile mesafe satışı kavramı .....                                         | 97  |
| 3.1.4.2.3. Unsurları .....                                                                                   | 99  |
| 3.1.4.2.3.1. Alıcının isteği üzerine gönderme .....                                                          | 99  |
| 3.1.4.2.3.2. İfa yerinden başka bir yere gönderme .....                                                      | 101 |
| 3.1.4.2.3.3. Satılanın taşıyıcıya teslim edilmesi .....                                                      | 101 |
| 3.1.4.3. Taşınmaz satışında ileri tarihli teslimin kararlaştırılması .....                                   | 102 |

|                                                                       |     |
|-----------------------------------------------------------------------|-----|
| 3.1.4.4. Alıcı temerrüdünde hasarın geçişi.....                       | 105 |
| 3.1.4.4.1. Genel olarak alıcı temerrüdü .....                         | 105 |
| 3.1.4.4.2. Satış sözleşmesinde alıcı temerrüdü .....                  | 106 |
| 3.1.4.4.3. Satış sözleşmesinde alıcı temerrüdünün sonuçları .....     | 107 |
| 3.1.5. 6102 sayılı TTK'daki hasarın geçişine ilişkin istisnalar ..... | 109 |
| 3.1.6. Birleşmiş Milletler satış hukukunda hasarın geçişi .....       | 111 |
| 3.1.6.1. Genel olarak.....                                            | 111 |
| 3.1.6.2. Gönderme satışında hasarın geçişi .....                      | 112 |
| 3.1.6.3. Taşıma halinde olan malların satışında hasarın geçişi .....  | 114 |
| 3.1.6.4. Yerinde satışlarda ve götürme satışında hasarın geçişi.....  | 115 |
| SONUÇ .....                                                           | 117 |
| KAYNAKÇA.....                                                         | 121 |
| ÖZGEÇMİŞ .....                                                        | 129 |

## KISALTMALAR

Bu çalışmada kullanılmış kısaltmalar, açıklamaları ile birlikte aşağıda sunulmuştur.

| <b>Kısaltmalar</b> | <b>Açıklamalar</b>                                                                     |
|--------------------|----------------------------------------------------------------------------------------|
| <b>AÜHFD</b>       | Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi                                            |
| <b>BATİDER</b>     | Banka ve Ticaret Enstitüsü Araştırma Dergisi                                           |
| <b>BGB</b>         | Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu)                                          |
| <b>BGE</b>         | Bundesgerichtsentscheidungen (İsviçre Federal Mahkemesi Kararları)                     |
| <b>bkz.</b>        | Bakınız                                                                                |
| <b>BM</b>          | Birleşmiş Milletler                                                                    |
| <b>C.</b>          | Cilt                                                                                   |
| <b>c.</b>          | Cümle                                                                                  |
| <b>CFR</b>         | Cost And Freight                                                                       |
| <b>CIF</b>         | Cost, Insurance and Freight                                                            |
| <b>CISG</b>        | Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması |
| <b>çev.</b>        | Çeviren                                                                                |
| <b>der.</b>        | Derleyen                                                                               |
| <b>dn.</b>         | Dipnot                                                                                 |
| <b>E.</b>          | Esas                                                                                   |
| <b>eBK</b>         | 818 Sayılı Borçlar Kanunu                                                              |
| <b>ed.</b>         | Editör                                                                                 |
| <b>eTTK</b>        | Türk Ticaret Kanunu (6762 Sayılı)                                                      |
| <b>FOB</b>         | Free On Board                                                                          |
| <b>Fr. CC.</b>     | Code Civil (Fransız Medeni Kanunu)                                                     |
| <b>GÜHFD</b>       | Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi                                              |
| <b>HD</b>          | Hukuk Dairesi                                                                          |
| <b>HGK</b>         | Hukuk Genel Kurulu                                                                     |
| <b>Iust Ins.</b>   | Iustinianus Institutiones                                                              |
| <b>İBK</b>         | İsviçre Borçlar Kanunu                                                                 |
| <b>İÜHFM</b>       | İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası                                         |

|             |                                                |
|-------------|------------------------------------------------|
| <b>K.</b>   | Karar                                          |
| <b>m.</b>   | Madde                                          |
| <b>MTO</b>  | Milletlerarası Ticaret Odası                   |
| <b>N</b>    | Nummer                                         |
| <b>s.</b>   | Sayılı                                         |
| <b>sf.</b>  | Sayfa                                          |
| <b>SGA</b>  | Sale Of Goods Act                              |
| <b>T.</b>   | Tarih                                          |
| <b>TBK</b>  | 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu                |
| <b>TKHK</b> | Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun           |
| <b>TMK</b>  | Türk Medeni Kanunu                             |
| <b>TTK</b>  | Türk Ticaret Kanunu (6102 Sayılı)              |
| <b>UCC</b>  | Uniform Commercial Code (Ortak Ticaret Kanunu) |
| <b>vb.</b>  | Ve benzeri                                     |
| <b>vd.</b>  | Ve devamı                                      |
| <b>Y.</b>   | Yıl                                            |
| <b>Yar.</b> | Yargıtay                                       |
| <b>YHGK</b> | Yargıtay Hukuk Genel Kurulu                    |
| <b>YKD</b>  | Yargıtay Kararları Dergisi                     |



## GİRİŞ

### Konunun Önemi

Günümüzde borçlandırıcı sözleşmeler içinde uygulama alanı en geniş olan sözleşme satış sözleşmesidir. Teknolojinin gelişmesi ve satışa konu olabilen eşyaların günden güne çeşitlenmesi, satış sözleşmesinin uygulama alanını her geçen gün daha da genişletmekte ve böylece satış sözleşmesine olan ihtiyacı gün be gün katlamaktadır. Bu durum, satış sözleşmesine ilişkin hükümlerin daha iyi anlaşılması zorunluluğunu beraberinde getirmektedir. Sözü edilen bu hükümlerden birisi de satış sözleşmesinde hasarın geçişi sorunudur.

Satış sözleşmesinde, satıcı, alınacak şeyin karşılığında alıcıya bir miktar para taahhüt etmektedir. Satıcının, satılanı, sözleşmede kararlaştırıldığı şekilde alıcıya teslim etmesi, onun asli edim borcunu oluşturmaktadır. Alıcının bu edime karşılık ödemesi gereken bedel ise karşı edimdir. Alıcı, satılanın hasara uğraması halinde, karşı edimi satıcıya ödemek zorunda kalmışsa hasara alıcı katlanmaktadır. Buna karşılık satıcı, alıcıdan karşı edimi isteyemiyorsa, hasar satıcının üzerindedir.

Satış sözleşmesinin geçerli bir şekilde kurulmasından sonra fakat ifa işlemi tam olarak gerçekleştirilmeden önce satılanın kusursuz ifa imkânsızlığı sebebiyle telef olması veya zarar görmesi halinde ortaya çıkan hasara kimin katlanacağı, çözüme kavuşturulması gereken önemli bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Hasar, taraflar arasındaki borcun doğması ile ifası arasındaki sürede söz konusu olan, edimin, borçlunun kusuru olmadan imkânsızlaşması sonucunda ortaya çıkan ve tarafların, herhangi birini veya her ikisini de tehdit eden tehlikedir. Hangi tarafın hangi andan itibaren bu tehlikeye katlanacağı meselesi, satış sözleşmesinde hasarın geçişi kavramıyla nitelendirilir.

Hasarın geçişi sorunu, Roma hukukundan günümüze kadar hukukçuları sürekli meşgul etmiştir. Roma hukukunda kabul edilen satış sözleşmesinin kurulması ile hasarın alıcıya geçeceği kuralı (Periculum est emptoris) 818 sayılı Borçlar Kanunu (eBK) ile kabul edilmiştir. Türk hukukuna bu şekilde geçmiş olan bu kural, mülkiyeti henüz elde etmemiş olan alıcı tarafın yalnızca satış sözleşmesinin tamam olması nedeni ile hasara katlanmasına neden olmuştur. Uygulamada toplumun adalet duygusunu zedeleyici bir takım sonuçlar doğuran bu hasar rejimi, kabul edilmiş

olduğu andan itibaren önemli eleştirilere maruz kalmıştır. Çünkü bu kural, henüz satılanın hâkimiyetini elde etmemiş olan alıcıyı satılanın hasarına katlanmaya mahkûm etmiştir. Ortaya çıkan adaletsiz durumu onarmak adına yargı kararlarında kurala ilişkin istisnalar, kuralı tamamen ortadan kaldırır şekilde uygulanmıştır. Doktrindeki eleştiriler ve satış hukukuna ilişkin çağdaş hukuk normları göz önünde bulundurularak 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) ile hasar rejimi değiştirilmiştir. TBK m. 208 hükmüne göre, satış sözleşmesinde hasar, taşınır satışlarında zilyetliğin devri, taşınmaz satışlarında ise tescil ile birlikte alıcıya geçer. Hükmün amacı, satılanın hasarına satılanı fiili hâkimiyeti altında bulunduran tarafın katlanmasını sağlamaktır.

#### Konunun Sınırlandırılması

Satış sözleşmesinde hasarın geçişi konusunun daha iyi anlaşılabilmesi için öncelikle satış sözleşmesine kısaca değinilmesi gerekir. Hasar, hasarın geçişi ve yarar kavramları açıklanmalıdır. Uluslararası alanda yapılan satış sözleşmelerinde hasarın geçişine ilişkin farklı düzenlemelerin bizi ilgilendiren yönleriyle açıklanması, konunun anlaşılması açısından faydalı olur.

Satış sözleşmesinde hasarın geçişi konusunda TBK'daki değişikliklerle birlikte İsviçre Borçlar Kanundaki (İBK) hasara ilişkin düzenlemelerin önemi azalmıştır. Bu sebeple İBK'daki hasarın geçişinin tarihsel gelişiminin ayrıntılı olarak incelenmesine gerek kalmamıştır. Onun yerine Almanya'daki hasarın geçişinin daha ayrıntılı olarak incelenmesi bizim için daha faydalıdır. Çünkü satış sözleşmesinde hasarın geçişine ilişkin yeni getirilen hükümlerin temelinde Alman Medeni Kanunundaki (BGB) maddeler yer almaktadır.

Hasarın geçişinin taşınırlarda zilyetliğin devri; taşınmazlarda tescil anına bağlanmış olması, zilyetlik ve tescil kavramlarının incelenmesini gerektirmektedir. Özellikle teslim kavramı yerine zilyetliğin devri kavramının getirilmesinin yerindeliğinin tartışılması gereklidir. Bu konuda zilyetlik kavramını tüm ayrıntılarıyla vermek yerine, satıcının, tasarruf işlemi olarak zilyetliğin devri işleminin hukuki boyutunun incelenmesi daha yararlı olur.

Bu çalışmanın kaleme alınmasının temel amacı, satış sözleşmesinde hasarın geçişine ilişkin getirilen değişikliklerin daha iyi anlaşılmasını sağlamaktır. Bu

doğrultuda öncelikle konuya ilişkin temel kavramlar açıklanacak; daha sonra geçmişten günümüze kadarki farklı hukuk sistemlerindeki hasarın geçişi ile ilgili düzenlemeler incelenecektir. İkinci bölümde, Türk hukukundaki satış sözleşmesinde hasarın geçişi ve şartlarına ilişkin eski ve yeni düzenlemeye karşılaştırmalı olarak değinilecektir. Son bölümde ise uygulamada oldukça önemli yer tutan hasarın geçişi ile ilgili istisnalara yer verilecektir.



## 1. BÖLÜM

### TEMEL KAVRAMLAR VE HASARIN GEÇİŞİ İLE İLGİLİ DÜZENLEMELER

#### 1.1. Temel Kavramlar

##### 1.1.1. Satış sözleşmesi kavramı

###### 1.1.1.1. Genel olarak satış sözleşmesi

Satış sözleşmesi<sup>1</sup>, temlik borcu doğuran bir sözleşmedir. TBK m. 207/1'e göre, *"Satış sözleşmesi, satıcının, satılanın zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretme, alıcının ise buna karşılık bir bedel ödeme borcunu üstlendiği sözleşmedir"*. eBK m. 182'de yer alan tanımdan farklı olarak, TBK m. 207/1'de *"zilyetliğin devri"* ve *"satılan"* ifadelerine yer verilmiştir. Yeni kanunla *"satılan mal"* yerine *"satılan"* kelimesinin getirilmesi olumlu karşılanabilir<sup>2</sup>. Buna karşın, satıcının yükümlülüğüne ilişkin olarak *"teslim"* yerine *"zilyetliğin devrinin"* dikkate alınacak olması, doktrinde eleştirilmiştir<sup>3</sup>.

Zilyetliğin devri kavramı, kısa elden teslim, hâkimiyeti sağlayan araçların teslimi ile temsilci aracılığıyla teslim gibi alıcıyı, dolaysız zilyet yapan devirleri de içermesi nedeniyle yerinde bir değişiklik olarak kabul edilebilir. Buna karşın zilyetliğin havalesi ve emtiayı temsil eden senetlerin teslimi gibi alıcıya sadece dolaylı

<sup>1</sup> Satış sözleşmesine ilişkin, TBK'da 73 madde (m. 207-281) ayrılmış olması bu sözleşmenin önemini belirtmektedir. Satış sözleşmesi, borçlandırıci sözleşmeler içinde uygulama alanı en geniş ve en önemli olanıdır. Tunçomağ, K. (1977). *Türk borçlar hukuku II. cilt – özel borç ilişkileri*, (Üçüncü Baskı). İstanbul: Sermet Matbaası, 28, 30.

<sup>2</sup> Aral, F., Ayrancı, H. (2012). *Borçlar hukuku özel borç ilişkileri* (Dokuzuncu Baskı). Ankara: Yetkin Yayınları, 59. Satılan ifadesinin, sözleşmenin konusunu *"(maddi) eşya"* olarak sınırladığına ilişkin görüş için bkz. Gümüş, M. A. (2013). *Borçlar hukuku özel hükümler C. I* (Üçüncü Baskı). İstanbul: Vedat Kitapçılık, 21.

<sup>3</sup> Gümüş, 2013, 32; Atamer, M. Y. (2012). Taşınır satımı sözleşmesi. *Türk borçlar kanunu sempozyumu makaleler – tebliğler* (der. M. M. İnceoğlu) (Birinci Baskı). İstanbul: On İki Levha Yayınları, 190; Özdemir, H. (2011). Satış Sözleşmesinde Yarar ve Hasarın İntikali. *Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a armağan - 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu hükümlerinin değerlendirilmesi sempozyumu Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi hukuk araştırmaları dergisi - özel hukuk sempozyumu özel sayısı*, 368. Aksi görüşler için bkz. Akıntürk, T. (1966). *Satım akdinde hasarın intikali*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 8 (dn. 3).

zilyetlik kazandıran devirleri de alıcı için ifa olarak kabul etme zorunluluğu getirdiği için, teslim yerine zilyetliğin devrinin kullanılması doğru bir tercih olmadığı savunulmaktadır<sup>4</sup>.

Satış sözleşmesinin esaslı unsurları, tanımdan da anlaşılacağı gibi satılan, bedel ve bunların sözleşmede karşılıklı olarak değiştirileceğine ilişkin taahhüttür<sup>5</sup>. Hukuk sistemimizde satış sözleşmesi ile mülkiyet, alıcıya genellikle doğrudan doğruya geçmez, mülkiyetin geçirileceğine ilişkin satıcı yükümlülük altına girer<sup>6</sup>. Tasarruf işlemi henüz söz konusu olmadığı için sözleşmenin yapıldığı anda mülkiyet satıcıda kalmaya devam eder.

Yukarıdaki satış sözleşmesinin tanımında belirtilen zilyetliğin devri borcunu, sözleşmenin temel koşulu olarak düşünülmemelidir. Satıcının, zilyetliğin devrine ilişkin borcu, satış sözleşmesinin esaslı unsurlarına dahil değildir. Zilyetliğin devri, mülkiyetin alıcıya devri borcunun bir gereğidir<sup>7</sup>. Bu husus, satış sözleşmesinin, taahhüt işlemi niteliğini değiştirmemektedir.

#### 1.1.1.2. Terminoloji sorunu; satım mı satış mı?

818 sayılı eBK'da yer alan “*satım*” yerine TBK'da “*satış*” kelimesi kullanılmıştır. Değişikliğe ilişkin madde gerekçesinde ise “*satım*” kelimesinin, sözleşmede sadece satıcıyı ifade ettiği, karşılıklı tarafları ifade etmediği savunulmuştur. Günlük dilde daha çok “*satım*” yerine “*satış*” sözcüğünün kullanıldığı ve eBK'daki hükümlerde de “*alım-satım*”<sup>8</sup>dan söz edilmesi sebebiyle satış sözleşmesinin kullanılması tercih edilmiştir<sup>9</sup>.

818 sayılı eBK'nın Arapça metninde “*satım*” yerine “*bey'i*” kelimesinin kullanıldığı görülmektedir<sup>10</sup>. Kanunun Osmanlıca'dan Türkçe'ye yapılan ilk

<sup>4</sup> Öz, T. (2012). *Yeni Borçlar Kanunun getirdiği başlıca değişiklikler ve yenilikler* (Üçüncü Baskı). İstanbul: Vedat Kitapçılık, 32; Nomer, H. N., Engin, B. İ. (2013). *Türk Borçlar Kanunu şerhi özel borç ilişkileri I. fasikül* (Birinci Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık, 65.

<sup>5</sup> Aral, Ayrancı, 2012, 59; Akıntürk, 1966, 8.

<sup>6</sup> Zevkliler, A., Gökyayla, K. E. (2013). *Borçlar hukuku özel borç ilişkileri*, (On ikinci Baskı). Ankara: Turhan Kitabevi, 29.

<sup>7</sup> Tandoğan, H. (2008). *Borçlar hukuku özel borç ilişkileri C. I/1* (Altıncı Baskı). İstanbul: Vedat Kitapçılık, 99; Feyzioğlu, N. F. (1980). *Borçlar hukuku: ikinci kısım: akdin muhtelif nevileri c. ı (özel borç ilişkileri)* (Dördüncü Baskı). İstanbul, 232.

<sup>8</sup> 818 sayılı BK'nın 195'inci ve 199'uncu maddelerinde bu kullanıma rastlanırken 6098 sayılı TBK'da bu ifadelerde değişiklik yapılmıştır.

<sup>9</sup> Dinç, M. (2014). *Türk Borçlar Kanunu* (Sekizinci Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık, 211.

<sup>10</sup> 818 sayılı BK'nın Osmanlıca orijinal metni <http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/366.pdf> adresinden 3 Ocak 2014'de alınmıştır.

çevirilerinde de “bey’i” kelimesinin, eBK 182 vd. maddelerinde kullanımının tercih edildiği görülmektedir<sup>11</sup>. Arapça kökenli “bey’i” kelimesinin yerine, günlük hayatta yaygın olarak kullanılan “satım” kelimesinin kanun metninde kullanılmasını olumlu karşılayabiliriz. Fakat anlam itibariyle hiçbir farklılık arz etmeyen “satım” yerine “satış” kelimesinin getirilmesinin yerindeliği tartışılabilir. Sözlükteki tanımlarına baktığımızda, iki kavram arasında anlamsal açıdan herhangi bir farklılığın olmadığı görülmektedir<sup>12</sup>. Her yeni kanunla birlikte, madde numaraları ve birçok hukuki kavram da değiştirilmektedir. Bu gibi değişikliklerle beraber kanun maddelerine göre araştırma yapılması ve daha önceden yazılmış ilgili eserlerin anlaşılması güçleşmektedir. TBK ile beraber bütün madde numaraları değiştirilmiş ve bu durum önceki kanun döneminde ortaya konan eserlerde araştırma yapılmasını güçleştirmektedir.

### 1.1.2. Hasar kavramı

#### 1.1.2.1. Genel olarak hasar

Arapça kökenli bir isim olan “hasar” kelimesi, sözlükte “zarar, ziyan” şeklinde belirtilmektedir. Borçlar hukukundaki hasar kavramı, eşyanın maddi olarak zarara uğramasından farklı olarak, borç ilişkilerinde ortaya çıkan bir zarara ilişkindir.

Hasar kavramının doğru anlaşılması, birçok kanun maddesinin yorumlanmasında bize katkı sağlar. Örneğin 4721 sayılı Türk Medeni Kanunun (TMK) 518 ile 994’ncü maddelerinde; TBK’nın 107, 136, 208, 245, 473, 483, 566, 570 ve 621’nci maddelerinde; 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun (TTK) ise 109, 111 ve 847’nci maddelerinde hasar ifadesine yer verilmektedir. Hasarın, birçok kanunda yaygın şekilde kullanılmış olması, bu kavramın anlaşılmasının önemli olduğunu bize göstermektedir.

<sup>11</sup> 818 sayılı BK’daki “Bey’i” ifadesi <http://www.sanayi.gov.tr/Files/Mevzuat/borclarkanunu-3042010210822.pdf> adresinden 23 Nisan 2014’de alınmıştır. Bey’i kavramının kullanılmış olmasının sebebi ise Mecellenin 262 vd. maddelerinde satış kavramını karşılamasıdır. Feyzioğlu, 1980, 206 (dn. 285).

<sup>12</sup> Gümü, 2013, 15. Satım ile satış kelimelerinin aynı anlamda kullanıldığına ilişkin bkz. Yılmaz, E. (2005). *Hukuk sözlüğü*, Ankara: Yetkin Yayınları, 1069, 1070; Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük, Web: <http://www.tdk.gov.tr> adresinden 3 Ocak 2014 tarihinde alınmıştır.

### 1.1.2.1.1. Geniş anlamda hasar

Geniş anlamda hasar kavramı, günlük dilde kullandığımız anlamıyla; şeyde sonradan ortaya çıkan ve onun kırılması, dökülmesi, yıkılması, telef olması gibi sonuçlara sebep olan zararlı halleri ifade için kullanılır<sup>13</sup>. Bu anlamdaki hasar, eşyanın özüne ilişkin olmakla beraber onun, daha önceki durumuna nazaran değerce ve biçimce daha kötü duruma düşmüş olmasını gösterir<sup>14</sup>. En genel anlamıyla hasar, taşınır veya taşınmaz bir eşyanın yok olması veya kötüleşmesidir<sup>15</sup>.

Toplumda yaygın olarak kullanılan hasar kavramına, medya araçlarında da sıkça rastlamak mümkündür. Örneğin, fırtına sebebiyle evlerin çatısının uçması, birçok evin camlarının kırılması gibi zararlar için “*hasar*” tabiri sıkça kullanılmaktadır. Verilen örnekten de anlaşılacağı üzere, geniş anlamda hasar ile yangın, sel, fırtına gibi insan gücünü aşan doğal afetler nedeniyle ortaya çıkmış zararlar anlaşılır. Bu tür hasar kavramında “*tesadüfilik*” unsuru vardır. Bundan dolayı bu anlamdaki hasardan, çoğunlukla herhangi bir şahsın kusurundan ortaya çıkmamış olan zararlar anlaşılır<sup>16</sup>. Bununla birlikte, kusurlu şekilde ortaya çıkmış zararlar da geniş anlamda hasar kavramına dâhil edilebilir. Örneğin, atılan bir sigara izmariti sebebiyle çıkan yangının, büyük zararlara sebebiyet vermesi, bu manadaki hasar kavramı ile açıklanabilir. Verilen farklı örneklerden de anlaşıldığı gibi bir eşya üzerinde farklı sebeplerle oluşan zararlı sonuçlara sebep olan doğal etmenler veya insan iradesiyle ortaya çıkan olaylar sonucunda ortaya çıkan hasarlar, geniş anlamda hasar olarak kabul edilir<sup>17</sup>.

Geniş anlamda hasar, bir eşyanın -herhangi bir borç ilişkisine konu olup olmadığına bakılmaksızın- kötüleşmesi, yok olması gibi zararları belirtmektedir<sup>18</sup>. Eşyanın maruz kaldığı bir zararı belirttiği için “*eşya hasarı*” veya “*eşyaya ilişkin hasar*” şeklinde de kullanılır<sup>19</sup>. Eşyaya ilişkin hasar genellikle, herhangi bir

<sup>13</sup> Yavuz, C. (2013). *Borçlar hukuku dersleri (özel hükümler)* (On ikinci Baskı). İstanbul: Beta Yayınları, 32.

<sup>14</sup> Feyzioğlu, 1980, 204.

<sup>15</sup> Satılanın, sözleşmenin kurulması ile ifası arasındaki süreçte, hırsızlık veya gasp gibi sebeplerle elden çıkması halinde, bulunup geri getirilmesi mümkün gözüküyorsa bu durumda yok olmaya eş bir hasar problemi ortaya çıkar. Nomer, Engin, 2013, 55, 56.

<sup>16</sup> Akıntürk, 1966, 22.

<sup>17</sup> Altay, S. (2008). *Satım sözleşmesinde hasarın geçişi*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 4.

<sup>18</sup> Atamer, M. Y. (2000). Satım sözleşmesinde hasarın intikali anı. *Prof. Dr. Kemal Oğuzman'ın anısına armağan*. İstanbul: Beta Yayınevi, 132; Akıntürk, 1966, 22; Gümüş, 2013, 25.

<sup>19</sup> Akıntürk, 1966, 22; Gümüş, 2013, 25; Altay, 2008, 4.

sözleşme ilişkisinin bulunmadığı durumlarda ortaya çıkan zararları ifade eder. Bu tür hasarlara, eşyanın malikinin katlanması<sup>20</sup> gerektiği kabul edilmektedir<sup>21</sup>. Malik kavramı ile eşya üzerinde fiili ve hukuki tasarruf işlemi gibi en temel haklara sahip olan kişi anlaşılır. Malikin sahip olduğu mülkiyet hakkı, eşyaya ilişkin kullanma, yararlanma ve tasarruf yetkilerini, malike veren mutlak bir haktır<sup>22</sup>. Bu kadar geniş yetkilere sahip olan malikin, hasara katlanması da hukuki açıdan adaletli bir çözüm olur.

#### 1.1.2.1.2. Dar anlamda hasar

Geniş anlamda hasar kavramı, günlük dildeki zarar ve ziyan anlamını taşımaktadır. Buna karşın hasar kavramı, borç ilişkilerinde kullanılması ile daha farklı ve teknik bir mana kazanmaktadır<sup>23</sup>. Borç ilişkilerinde kullanılan hasar (*periculum obligationis*), dar anlamda hasar şeklinde ifade edilmektedir<sup>24</sup>. Dar anlamda hasar, eşya üzerindeki aynı hakka ilişkin olan geniş anlamdaki hasardan farklı olarak, borçlar hukukundaki borç ilişkilerinden doğan, borçlu ile alacaklı arasındaki yükümlülüklerin bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır.

Dar anlamda hasar, sadece borç ilişkilerinde kullanılan ve taraflar arasındaki borcun doğması ile ifası arasındaki sürede söz konusu olan, edimin, borçlunun kusuru olmadan imkânsızlaşması (kusursuz imkânsızlık)<sup>25</sup> sonucunda ortaya çıkan ve tarafların, herhangi birini veya her ikisini de tehdit eden “*tehlike*”<sup>26</sup> şeklinde tanımlanabilir<sup>27</sup>. Satış sözleşmesindeki bu tehlike, satıcıyı edim borcundan kurtarıırken, semeni talep hakkını kaybetmesine sebep olur. Alıcı için satın almış

<sup>20</sup> Roma Hukukundaki “*casum sentit dominus*” veya “*res perit domino*” kavramları ile hasara malikin katlanması gerektiği belirtilmektedir. Erişgin, Ö. S. (2010). *Tarihsel ve dogmatik açıdan periculum est emptoris (hasar alıcıya aittir)*. Ankara: Seçkin Yayınları, 19.

<sup>21</sup> Serozan, R. (2006). *Borçlar hukuku özel bölüm* (İkinci Baskı). İstanbul: Filiz Kitabevi, 110; Atamer, 2000, 132; Altay, 2008, 5; Zevkliler, Gökyayla, 2013, 42; Nomer, Engin, 2013, 55; Gümüş, 2013, 25, Altay, 2008, 4.

<sup>22</sup> Eren, F. (2011) *Mülkiyet hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 16, 21.

<sup>23</sup> Dar ve teknik anlamda hasar terimine ilişkin TBK ve TTK’da herhangi bir tanıma yer verilmemiştir.

<sup>24</sup> Feyzioğlu, 1980, 204; Yavuz, 2013, 32; Akıntürk, 1966, 24; Erişgin, 2010, 20.

<sup>25</sup> Borç konusu şeyin kötüleşmesi veya zayi olmasının yanında, söz konusu edimin, borçluya isnat edemeyeceğimiz sebeplerle imkânsızlaşması da gerekir. Akıntürk, 1966, 24. Bu imkânsızlık tam veya kısmi şekilde (TBK m. 137) de karşımıza çıkabilir. Örneğin on kasa portakalın dört kasasının donması ile kullanılamaz hale gelmesi halinde kısmi imkânsızlık ortaya çıkar. Aral, Ayrancı, 2012, 73.

<sup>26</sup> Hasar kavramı, “*tehlike*” anlamında kullanılırken, Almandada “*Gefahr*” (BGB m. 446, İBK m. 185), İngilizcede “*risk*” (CISG m. 66), Fransızcada “*risque*” (Fr.CC m. 1138) kelimeleriyle ifade edilmektedir.

<sup>27</sup> Yavuz, 2013, 32; Tandoğan, 2008, 106; Erişgin, 2010, 20; Feyzioğlu, 1980, 204; Nomer, Engin, 2013, 56.

olduğu şeyi, hiç veya sözleşmeye uygun şekilde elde edememesine rağmen, kararlaştırılmış olan ücreti ödeme tehlikesi ortaya çıkar<sup>28</sup>.

Dar anlamda hasar tabirini kullanabilmemiz için öncelikle hukuk düzeninde geçerli olarak kurulmuş olan bir borç ilişkisinin varlığı gerekir. Buna ek olarak borçlunun, ifa ödevini yerine getirememiş olması gerekir. Zaten borçlu, borç ilişkisinde, ifayı yerine getirmiş olsaydı, kurulan bu ilişki de sona ermiş olurdu<sup>29</sup>. İfa ile borçlu, borcundan kurtulmuş, alacaklı ise söz konusu alacağını almış ve taraflar arasındaki borç münasebeti de ortadan kalkmış olurdu. Borç ilişkisinin sona ermesi halinde, tasarruf işlemi gerçekleştiği için bu durumda hasar söz konusu olmaz<sup>30</sup>. Tarafların sözleşmedeki amaçları, aralarındaki borçların yerine getirilmesi ile kendi menfaatlerini elde edebilmektir. İfa ile alacaklı, hak ettiği edim alacağını elde ederek tatmin olurken, diğer taraftan borçluya yükletilen edimden kurtulan borçlu, borcunun sona erdiğini bilerek rahatlamaktadır<sup>31</sup>.

Taraflar arasında herhangi bir sözleşme ilişkisi bulunmuyorsa söz konusu şeyin ortadan kalkması veya zarar görmesi halinde genel anlamdaki hasar durumu anlaşılır. Taraflar arasında, borç ilişkisinin bulunduğu bir sözleşme varsa, edim ve karşı edim şeklinde iki tür hasarla karşılaşırız<sup>32</sup>.

#### 1.1.2.1.2.1. Edim hasarı

Edim hasarı (Leistungsgefahr)<sup>33</sup>, kazara yok olan edim konusu şeyden yoksun kalma tehlikesidir<sup>34</sup>. Bu tehlike, borçlu için imkânsızlaşan edimi ödemek

<sup>28</sup> Feyzioğlu, 1980, 204; Yavuz, 2013, 32.

<sup>29</sup> Akıntürk, T., Karaman, D. A., (2011). *Borçlar hukuku genel hükümler özel borç ilişkileri* (On yedinci Baskı). İstanbul: Beta Yayıncılık, 111; Oğuzman, M. K., Öz, M. T. (2013). *Borçlar hukuku genel hükümler cilt 1* (On birinci Baskı). İstanbul: Vedat Kitapçılık, 257; Eren, F. (2014). *Borçlar hukuku genel hükümler* (On altıncı Baskı). Ankara: Yetkin Yayınevi, 906; Bozer, A. (2007). *Borçlar hukuku genel hükümler* (İkinci Baskı) Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, 155.

<sup>30</sup> Altay, 2008, 8.

<sup>31</sup> Kocayufpaşaoğlu, N., Hatemi, H., Serozan, R., Arpacı, A. (2006). *Borçlar hukuku genel bölüm, üçüncü cilt, Serozan, Rona, ifa-ifa engelleri-haksız zenginleşme* (Dördüncü Baskı). İstanbul: Filiz Kitabevi, § 1 N8.

<sup>32</sup> Edim ve karşı edim ayrımının, Alman ve Türk hukuk doktrininde de benimsendiği görülmektedir. Akıntürk, 1966, 26; Gümüş, 2013, 24; Altay, 2008, 8, 10 (dn. 25); Aral, Ayrancı, 2012, 74; Erişgin, 2010, 19; Atamer, 2000, 132; Özdemir, 2011, 362; Acar, H. (2009). *Uluslararası satışlarda hasar riskinin geçişi* (Birinci Baskı). İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınevi, 8.

<sup>33</sup> Edim hasarına ilişkin olarak ortaya çıkan zararları şu şekilde gruplandırabiliriz;

Edim konusunun ekonomik olarak yok olması

Edimin konusuna bağlı olan mülkiyet, rehin gibi hakların yok olması

Sözleşme yerine getirilseydi alıcının elde edeceği kazançların yok olması. Arslanlı, H. (1947). Ticari bey'de hasar. İHFM, 13(4), 1457.

<sup>34</sup> Serozan, 2006, § 4 N3; Akıntürk, 1966, 27.

zorunda kalması; alıcı içinse sonraki imkânsızlık sebebiyle borcun sona ermesi ve edimden yoksun kalma şeklinde ortaya çıkar<sup>35</sup>. Daha dar anlamda ise borcun ifasının imkânsızlaşması halinde, bunun riskinin kime ait olacağı, borçlunun borcundan kurtulup kurtulamayacağı sorununa edim hasarı denir<sup>36</sup>. Parça borcu söz konusu ise borçlunun telef olan şeyi sağlama zorunluluğu yoktur. Fakat taraflar arasındaki sözleşmenin konusu, cins borcuna ilişkin bir edim olursa borçlunun edimi yerine getirme borcu, edim konusu şeyin ortadan kalkması ile sona ermez. Çünkü “*nevi yok olmaz*” (Genus non perit) ilkesi gereği telef olanın yerine yenisi bulunabilecek ve bunun yeniden alacaklıya ifası gerekir<sup>37</sup>. Cins borçlarında, ifa konusunun cins içerisinden ayırt edilip ifaya tahsis edilmesi anına kadar edim hasarı borçlu üzerindedir<sup>38</sup>. Borçlu, üzerine düşen görevleri yerine getirirse edim hasarından kurtulabilir. Sözleşmenin kuruluşunda cins borcu olarak belirlenen her edim, ayırt edilip ifa aşamasına geçildiğinde parça borcuna dönüşür.

Edim hasarı kavramından bahsedebilmek için öncelikle taraflar arasında, karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmenin mevcut olması ve bu sözleşmede, borçluya yüklenemeyen sebeplerle borcun ifasının imkânsız hale gelmesi gerekir (TBK m. 136/II). Bu durumda borçlu borcundan kurtulur; fakat alacaklıdan almış olduğu edimler varsa, karşılıklı mübadele anlayışı içerisinde, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre aldıklarını iade eder (TBK m. 136/II).

Edim hasarı kavramı, borçlu için iki farklı anlamı içerir. İlk olarak borçlunun borcundan kurtulması ile borç sona erer ve edim hasarı, alacaklı (satış sözleşmesinde alıcı) üzerinde kalır<sup>39</sup>. Bu durum, borçlunun lehine olacak şekildedir. Borçlunun borcu ile birlikte edimin ifasına ilişkin alacaklının talep hakkı da sona ermektedir<sup>40</sup>. İkinci olarak ise borçlu -söz konusu imkânsızlığa rağmen- yine de borcunu veya onun yerine geçen tazminat edimini, sebepsiz

<sup>35</sup> Altay, 2008, 10.

<sup>36</sup> Nomer, Engin, 2013, 57.

<sup>37</sup> Akıntürk, 1966, 27.

<sup>38</sup> Alman hukukunda da aynı esas benimsenmiştir (BGB m. 243/II).

<sup>39</sup> Kural olarak, kimsenin sorumlu olmadığı bir durum sonucu ortaya çıkan zararı, bundan zarara uğrayan yüklenir. Ancak, bir tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, gelecekte edimden yararlanacak kimse tek başına alacaklı olmaktadır. Bundan dolayı o kişi, ekonomik yönden söz konusu şeye zarar gelmesinden yararı olan malik konumundadır. Bu yüzden hasarın ona ait olması daha doğrudur. Dural, M. (1976). *Borçlunun sorumlu olmadığı sonraki imkânsızlık (BK 117)*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 125 (dn. 23).

<sup>40</sup> Altay, 2008, 9; Serozan, 2006, § 15 N3;

zenginleşmeye dayanarak ifa etmekle yükümlü olabilir. Bu durumda edim hasarı yine borçluya ait olur<sup>41</sup>.

Her türlü imkânsızlık, ifası imkânsızlaşan asli edim yükümlülüğünden borçluyu kurtarır. Fakat bu durumda bile borçlu, diğer sözleşmeden doğan edim, edimi iade ve alacaklıya bildirme yükümlülüklerinden kurtulamaz. Borçlunun, ifanın imkânsızlaştığını alacaklıya gecikmeksizin bildirmemesi ve (veya)<sup>42</sup> zararın artmaması için gerekli önlemleri almaması durumunda bundan doğan zararları gidermekle yükümlü tutulur. Bu konuya ilişkin bildirim yükümlülüğü, TBK m. 136/III ile yasal hüküm haline getirilmiştir. Daha önceki eBK m. 117’de bu şekilde bir sorumluluk öngörülmemiştir.

Alacaklının sebep olduğu ifa imkânsızlığı söz konusu olursa, bu kez edim hasarına alacaklı katlanır<sup>43</sup>. Bu hususa ilişkin olarak BGB m. 300/II ile alacaklının, kabul temerrüdüne düşmesi halinde borçlunun, edim hasarından kurtulacağı düzenlenmiştir. Bu durumda borçlunun sorumluluğuna gidilmez.

#### 1.1.2.1.2.2. Karşı edim hasarı

Karşı edim hasarı (Preisgefahr)<sup>44</sup>, karşılıklı borç doğuran bir sözleşmede, edim konusu şeyin yok olması durumunda, karşı edimden yoksun kalma tehlikesidir<sup>45</sup>. Bir diğer deyişle, borcundan kurtulan edim borçlusuna, karşı edimi talep etme hakkının verilip verilmeyeceğine ilişkin problemdir. Karşı edim hasarı, borçlunun, borç konusu şeyi, alacaklıya teslim edip ifayı tamamlaması anına kadar devam eder<sup>46</sup>. Şayet eşya yok olmaz da kötüleşirse bu durumda karşı edim hasarına alacaklı katlanır. Kötüleşme, karşı edim alacağını talep hakkını ortadan

<sup>41</sup> Gümüş, 2013, 24; Nomer, Engin, 2013, 57. Edim hasarına ilişkin Yavuz ise karşılıklı sözleşmelerde edim hasarına, borçlunun katlanacağını açıkça belirlenmiş olduğunu belirtmektedir. Yavuz, 2013, 33.

<sup>42</sup> Burada kullanılan “ve” sözcüğü ile borçlunun sorumluluğu için iki şartın da bir arada bulunması gerekir algısı oluşturmaktadır. Madde içeriğine baktığımızda ise “veya” kelimesinin kullanılması daha yerinde olur. Kılıçoğlu, A. M. (2013). *Borçlar hukuku genel hükümler yeni Borçlar Kanunu'na göre hazırlanmış* (On yedinci Baskı). Ankara: Turhan Kitabevi, 849.

<sup>43</sup> Alıcının temerrüdüne ilişkin kısımda, bu konu ayrıntılı olarak incelenecektir.

<sup>44</sup> Karşı edim hasarı doktrinde bedel hasarı şeklinde de belirtilmektedir. Bedel kavramıyla ifanın imkânsızlaşması halinde talep edilen ücretin ne olacağı sorunu belirtilir. Akıntürk, 1966, 65. Bundan sonraki açıklamalarımızda hasar kavramına değinirken, karşı edim hasarı anlamıyla kullanılacaktır.

<sup>45</sup> Altay, 2008, 11; Serozan, 2006, § 4 N3.

<sup>46</sup> Altay, 2008, 11.

kaldırmaz<sup>47</sup>. Böyle bir durumda eşya alacaklıya teslim edilmişse alıcı, ayıba karşı tekeffülden doğan hakkını da kullanabilir (TBK m. 219).

Edim hasarı, hem tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde hem de iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde görülebilir<sup>48</sup>. Buna karşın, karşı edim hasarı, sadece tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde görülür<sup>49</sup>. İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, tarafların edimleri arasında, karşılıklılık ve bağımlılık ilişkisi bulunur. Bu ilişkide taraflar arasında edimlerin değişimi söz konusudur<sup>50</sup>. Edim hasarında, edimden yoksun kalma tehlikesi alacaklı için söz konusu olurken, yoksun kalınan karşı edime<sup>51</sup> ise kural olarak borçlunun katlanması gerekir<sup>52</sup>. Çünkü borçlu, edim konusu şeyi alacaklıya teslim etmediği için karşılığında, alacaklıdan bedel de isteyemez. Edim hasarına katlanmayan borçlunun hiç değilse karşı edim hasarına katlanması daha adaletlidir<sup>53</sup>. Borçlandığı edimi imkânsızlık sebebiyle yerine getiremeyen ve bu şekilde borcundan kurtulan borçlu, karşı edimi de alacaklıdan isteyemez<sup>54</sup>. Bir katkı sağlamayanın bir karşılık da alamaması gerekir.

Karşı edim hasarının söz konusu olabilmesi için öncelikle edim hasarının ortaya çıkması gerekir. Daha sonra karşı edim hasarına katlanacak taraf belirlenir. Kendi borcunu ifa etmekten kurtulan borçlu, karşı edimi isteme hakkını da kaybeder. Bu durumda taraflar arasındaki borç ilişkisi sona ermektedir<sup>55</sup>. Bu sona erme ise kendiliğinden gerçekleşir. Alacaklının dönme beyanında bulunmasına ihtiyaç yoktur. Borç ilişkisinin sona ermesinin istisnası ise kaim değer meselesidir<sup>56</sup>. İmkânsızlaşan edimin yerine başka bir edim kaim olur ve alacaklı da bu değeri isterse borç ilişkisi sona ermeyip taraflar arasında hüküm doğurmaya devam eder.

---

<sup>47</sup> Erişgin, 2010, 174.

<sup>48</sup> Aral, Ayrancı, 2012, 75.

<sup>49</sup> Akıntürk, 1966, 28; Altay, 2008, 10; Aral, Ayrancı, 2012, 75

<sup>50</sup> Acar, 2009, 10.

<sup>51</sup> Yoksun kalınan karşı edime örnek olarak satış sözleşmesinde satış bedelini, eser sözleşmesinde ise kararlaştırılan ücreti verebiliriz.

<sup>52</sup> Altay, 2008, 11; Aral, Ayrancı, 2012, 75; Özdemir, 2011, 363; Dural, 1976, 161; Eren, 2014, 1304; Nomer, Engin, 2013, 63.

<sup>53</sup> Serozan, 2006, § 4 N3.

<sup>54</sup> Altay, 2008, 12.

<sup>55</sup> Dural, 1976, 162

<sup>56</sup> Edimin yerine geçen (kaim) değer in istenmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. İkinci Bölüm, §4, V, E.

### 1.1.2.2. Hasar kavramının kullanımı ve benzer kavramlardan ayırt edilmesi

Hasarın tanımını verirken kullandığımız zarar, ziyan, telef olma gibi kavramlar, hasarın günlük dildeki kullanımına ilişkin örneklerdir. Tazminat yükümlülüğüne ilişkin hasarı kullandığımızda genel zarar kavramı ifade edilir<sup>57</sup>. Türk Dil Kurumunun sözlüğüne baktığımızda zarar ve ziyanın aynı anlamı taşıdığı görülmektedir<sup>58</sup>. Zarar, günlük dilde çok geniş anlamları içeren, oldukça yaygın kullanımlı bir sözcüktür. Hasar gibi teknik ve hukuki bir kavramı tam olarak karşılaması oldukça zordur. Geniş anlamda hasar söz konusu ise zarar kavramı çoğu zaman hasar yerine kullanılabilir. Fakat dar anlamda hasar söz konusu ise zarar kavramı tek başına istenen anlamı taşımaz.

Kanun koyucu, nitelik olarak birbirine benzemesine rağmen TBK m. 136'da "*imkânsızlık*" kavramını kullanırken, TBK m. 208'de "*hasar*" kavramına yer vermiştir<sup>59</sup>. TBK m. 136'daki imkânsızlık ile TBK m. 208'deki hasar arasında önemli bir benzerlik söz konusudur. Her ikisinde de sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkmış olan olaylar sebebiyle ifanın imkânsızlaşması söz konusudur. Bu yüzden hasarı, imkânsızlığın içinde düşünebiliriz. Fakat bu iki kavram aynı sorunu farklı iki açıdan ele almaktadır. Kusursuz sonraki imkânsızlık kavramı ile edimin ifasını ortadan kaldıran durumlar belirtilir. Buna karşın, hasar kavramı ile satıcının kusurlu olmadığı hallerde, satılanın yok olması veya bozulması yüzünden ortaya çıkan mali kayıp belirtilir<sup>60</sup>. Kavramlar arasındaki diğer bir farklılık ise hasarın oluşmasında, borçlunun sorumlu olmadığı, ifanın imkânsız olduğu mücbir sebep veya kaza sonucu oluşan fiilleri içerirken, imkânsızlık için alıcının, borçlunun veya bir üçüncü kişinin sebep olduğu, farklı türdeki fiillerle ifanın imkânsızlaşması söz konusu olabilir.

Yarar ve hasar kavramlarının eBK'da kullanımına bakıldığında aynı anlamı taşıyan farklı kelimelerin birlikte kullanıldığı görülür. eBK m. 183'te "*nefi ve hasar*" şeklinde yarar ve hasar kavramları belirtilirken; taşınmaz satışında hasarın

<sup>57</sup> Akıntürk, 1966, 23.

<sup>58</sup> Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük, Web: <http://www.tdk.gov.tr> adresinden 3 Ocak 2014 tarihinde alınmıştır.

<sup>59</sup> TBK m. 208'de yer alan "*hasar*" tabirinden TBK m. 136/I'deki edim hasarından farklı olarak, karşı edim hasarını anlamak gerekir. Nomer, Engin, 2013, 62.

<sup>60</sup> Tunçomağ, 1977, 67.

geçişine ilişkin eBK m. 216 hükmünde “*menfaat ve muhatara*” kelimeleri kullanılmıştır. Bu şekilde aynı anlamı ifade için, farklı kelimelerin kullanılmış olması, bir kanunda bulunması zorunlu terim ahengini bozduğu için eleştirilmiştir<sup>61</sup>.

Hasar terimi yerine kullanılabilen diğer bir kelime ise birçok ülkede ve ülkemizde<sup>62</sup> hasar yerine yaygın olarak kullanılmakta olan “*tehlike*” kelimesidir. Hasar tabiri tehlike anlamında kullanılırken Almanca’da “*Gefahr*”, İngilizce’de “*risk*”, Fransızca’da “*risque*” kelimeleriyle belirtilmektedir. Tehlikenin bizdeki sözlük anlamına baktığımızda, büyük bir zarar veya yok olma şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Hasar gibi Arapça kökenli bir kelime olan tehlike kavramı, zarar kelimesinden bile daha farklı ve genel bir anlamı içerir. Doğrudan hasar kelimesinin yerine kullanılması oldukça zordur. Çünkü tehlike kavramıyla karşılaştığımızda ilk olarak aklımıza tehlike sorumluluğu gelmektedir. Tehlike sorumluluğu, hasar kavramından daha yaygın bir kullanıma sahiptir. Hasar yerine tehlike kavramını kullanmaya başlarsak hasar veya tehlike sorumluluğundan hangisinin belirtilmek istendiğinin tespiti oldukça güç olur. Aşılması gereken bir diğer problem ise tehlike kavramının kullanıldığı kanun maddelerinde, hasar teriminin anlamsal karşılığına rastlanmamasıdır. Tehlike sözcüğünü gördüğümüzde hasar hükümlerine mi yoksa tehlike sorumluluğu hükümlerine mi başvuracağımız konusunda anlam karmaşası ortaya çıkar.

Risk kavramını hasar yerine kullanmak istediğimizde karşımıza farklı problemler çıkmaktadır. Bu kavram tanım olarak zarara uğrama tehlikesini ifade eder<sup>63</sup>. Dilimizde Fransızcadaki “*risque*” kelimesinin karşılığı olarak kullanılmaktadır. Fakat hasar anlamını karşılamamaktadır. Riziko kelimesi ise banka ve sigorta hukukunda yaygın olarak kullanılan diğer bir terimdir. Dil ve anlam itibarıyla hasarı karşılamaktadır.

Kanaatimizce, geniş ve dar anlamda hasar tabirleri yerine, zarar ve hasar şeklinde ikili bir kullanım yolunun tercih edilmesi anlam karmaşasının çözümü için

<sup>61</sup> Yavuz, 2013, 223 (dn. 324); Akıntürk, 1966, 15.

<sup>62</sup> Hasar yerine tehlike ifadesini kullanmayı tercih eden yazarlara örnek olarak Tunçomağ gösterilebilir. Tunçomağ, 1977, 44-93.

<sup>63</sup> Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük, Web: <http://www.tdk.gov.tr> adresinden 3 Ocak 2014 tarihinde alınmıştır.

yerinde bir tercih olur. Doktrinde tam olarak yerleşmiş olan hasar kavramını<sup>64</sup> kökten değiştirmek yerine günlük dildeki anlamda hasar için zarar teriminin kullanılması, terimin anlaşılması açısından faydalı olur. Geniş anlamdaki hasarı ifade için zarar kavramı tek başına yeterlidir. Hasar kavramını gördüğümüzde sadece dar anlamda kullanıldığı rahatlıkla anlaşılabilir. Böylece genel olarak zararı ifade eden hasar kavramına gerek kalmaz. Hasar ifadesini kullandığımızda ise dar anlamında hasar anlaşılacağı için risk, riziko, tehlike gibi ifadelere ihtiyaç yoktur. Doktrinde “*hasar riski*”<sup>65</sup> şeklinde getirilmeye çalışılan ifadeye gerek kalmadan sade şekilde anlam karmaşası çözülmüş olur. Hasar kelimesi zaten yabancı kökenli bir ifadedir. Yanına başka yabancı bir kelime daha ekleyerek problemin çözümünü daha da karmaşık hale getirmeye gerek yoktur.

### **1.1.3. Hasarın geçişi kavramı**

#### **1.1.3.1. Genel olarak**

Hasar kavramı ile malın tamamen yok olması yerine, satılardan ekonomik olarak yararlanılmasına engel olan ve satıcının borcunun ortadan kalkmasına sebep olan, insan fiili, doğa olayları gibi harici faktörlerin etkisi ile satış konusu şeyin zarara uğraması anlaşılır. Hasarın geçmesi ise alacaklı veya borçludan hangisinin bu hasara katlanacağı meselesidir.

Hasarın geçişi kavramı, hasar kavramına benzer şekilde dar ve geniş olmak üzere iki ana başlık altında incelenebilir. Dar anlamda hasarın geçişi, borç ilişkilerine ilişkin olarak ortaya çıkan hasarlarda karşımıza çıkarken, geniş anlamda hasarın geçişi ise borç ilişkisi dışında karşılaşılan hasar durumları için kullanılır.

#### **1.1.3.2. Geniş anlamda hasarın geçişi**

Geniş anlamda hasarın geçişi, günlük hayatta karşımıza çıkan, maddi bir değer arz eden, bununla beraber bir borç ilişkisinin konusu olmayan herhangi bir eşyanın, telef olması veya kötüleşmesi sebebiyle ortaya çıkan zararlara, kimin

---

<sup>64</sup> Dural, 1976, 125 vd.; Altay, 2008, 1 vd.; Serozan, 2006, § 4 N3 vd.; Acar, 2009, 1 vd.; Aral, Ayrancı, 2012, 73 vd.; Akıntürk, 1966, 1 vd. ; Erişgin, 2010, 1 vd.; Gümüş, 2013, 29 vd.; Yavuz, 2013, 31 vd. Feyzioğlu, 1980, 203 vd.; Özdemir, 2011, 359 vd.; Zevkliler, Gökyayla, 2013, 41 vd.; Tandoğan, 2008, 104 vd.; Atamer, 2000, 131 vd.

<sup>65</sup> Acar, 2009, 5.

katlanacağıdır<sup>66</sup>. Bu tür hasarlarda tesadüfîlik unsuru ön plandadır. Bu yüzden, herhangi bir kimsenin, kusuruna veya sorumluluğuna ilişkin bir sebebin bulunmasının genellikle önemi yoktur. Bu duruma örnek olarak, şiddetli dolu yağışının etkisiyle camları kırılan sera ile deprem sebebiyle yıkılan kulübe verilebilir. Bu örneklerde eşyanın hasara uğramasında, kimsenin sorumluluğu bulunmamaktadır. Burada bir nevi tesadüfîlik söz konusudur. Yağan dolunun, komşusunun serasında herhangi bir zarara sebebiyet vermemesine rağmen, zarar gören seranın sahibi, maruz kaldığı zarara kendisi katlanır<sup>67</sup>.

Hasarın geçişinin geniş anlamda incelenmesindeki temel unsur, borç ilişkisinin konusu dışındaki bir eşyanın zarara uğraması ile ortaya çıkan bu zarara kimin katlanacağı meselesidir. Hasarın geçişinin söz konusu olabilmesi için, hasara maruz kalan şeyin bir malikinin bulunması gerekir<sup>68</sup>. Bu konuda “*umulmayan halin sonuçlarına malik katlanır*” (casum sentit dominus) veya “*eşya malik hesabına yok olur*” (res perit domino) kuralları geçerlidir. İlk kuralda yer alan “*dominus*” ifadesini, sadece malik olarak değil, aynı zamanda eşya üzerinde aynı hakkı bulunan diğer kişileri de kapsayacak şekilde anlamak gerekir<sup>69</sup>. Misal olarak, üzerinde ipotek bulunan bir binanın, heyelan sebebiyle çökmesi halinde, hasara sadece bina sahibi değil, onun yanında ipotek hakkı sahibi de -ipotek hakkını kaybederek- katlanır. Taraflar arasında, bir borç ilişkisi yerine rehinli bir alacak ilişkisi bulunduğu için burada, geniş anlamda hasarın geçişi söz konusudur.

### 1.1.3.3. Dar anlamda hasarın geçişi

Dar anlamda hasarın geçişi kavramı ile borç ilişkilerinde ortaya çıkan hasarın geçişi anlaşılmaktadır. Borç ilişkilerinde hasar, iki taraf için de riskler içerdiği için, alıcı ve satıcı açısından önemli sonuçlar doğurmaktadır. Bu riskli durumun ortaya çıkmasında, her iki tarafın da kusurunun bulunmaması hâli, hangi tarafa, bu tehlikeli sonucunun yüklenmesi gerektiği sorununu ortaya koymaktadır. Taraflar arasındaki riskli durumun ne olduğu, hasar riskinin gerçekleşmesi halinde, hangi

<sup>66</sup> Akıntürk, 1966, 62-63.

<sup>67</sup> Ancak, bu seraların sigortalanmış olması durumunda, sigorta firması ile malik arasında, hasara katlanma durumun ayrıca değerlendirilmesi gerekir.

<sup>68</sup> Sahipsiz eşyaların zarara uğraması veya telef olmasına ilişkin hasara kimse katlanmaz. Akıntürk, 1966, 63 (dn. 150).

<sup>69</sup> Akıntürk, 1966, 63.

andan itibaren ve hangi tarafın bu zarara malvarlığı ile katlanması gerektiği, yani hasarın geçişi konusu, temel tartışma konumuzu oluşturmaktadır.

Dar anlamda hasarın geçişini, tek tarafa borç yükleyen sözleşmeler ile iki tarafa borç yükleyen sözleşmelere göre açıklamakta fayda vardır. Çünkü bu sözleşmelerde, tarafların birbirine karşı sorumlulukları farklıdır. Sözleşme türüyle beraber, tarafların sorumluluklarının da birlikte değerlendirilmesi, dar anlamda hasarın geçişi konusunun anlaşılmasını kolaylaştırır..

#### **1.1.3.3.1. Tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde hasarın geçişi**

Tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, taraflardan sadece biri borçlu konumda bulunur (örneğin; bağışlama vaadi ve kefalet sözleşmesi). Bu tür sözleşmelerde, borçlu tarafın, borcunu yerine getirmesi karşılığında elde edeceği bir edim bulunmaz<sup>70</sup>. Karşılık olarak bir edimin bulunmaması sebebiyle karşı edim hasarı da ortaya çıkmaz<sup>71</sup>. Örneğin bağışlama sözleşmesinde, karşılıksız bir kazandırma söz konusudur<sup>72</sup>. Yapılan kazandırmanın amacı, sadece bağışlanana zenginleştirmektir. Burada, edim ve karşı edimin karşılıklı olarak değiş tokuşu söz konusu değildir<sup>73</sup>.

Tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borcun ifası, sonradan imkânsız hale gelebilir. Bu durumda alacaklı, borçludan, taahhüt edilen edimin ifasını talep edebilir mi? Bu talep hakkının sona erip ermediği ve bunun sonucunda, edim hasarına hangi tarafın katlanacağı, hasarın geçişi problemini oluşturur<sup>74</sup>. Bağışlama sözleşmesinde sonraki imkânsızlık durumunda, borçlu açısından bir yarar söz konusu olmadığı için, hasarın geçişine ilişkin borçlunun sorumluluğunun, daha hafif şekilde değerlendirilmesi gerekir (TBK m. 114). Burada bağışlayan, ancak kastından veya ağır ihmalinden dolayı sorumlu tutulabilir<sup>75</sup>.

Tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde hasar, alacaklıya yüklenmiş olabilir. Böyle bir durumda alacaklı, kendisine taahhüt edilen alacağını almaktan mahrum

<sup>70</sup> Bozer, 2007, 17; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop (1993). *Tekinay borçlar hukuku* (Yedinci Baskı). İstanbul, 53.

<sup>71</sup> Altay, 2008, 14.

<sup>72</sup> Eğer karma bağışlama sözleşmesi söz konusu ise burada bir miktar karşılığın bulunduğu görülebilir. Karma bağışlama sözleşmesine örnek olarak, satılması gerekenden oldukça düşük fiyata satılan bir eşya verilebilir.

<sup>73</sup> Aral, Ayrancı, 2012, 194.

<sup>74</sup> Altay, 2008, 13.

<sup>75</sup> Tandoğan, 2008, 374.

kalır. Hasarın borçluya yüklendiği durumlarda ise borçlu, taahhüt ettiği edimini, imkânsızlık halinde bile alacaklıya yeniden eda etmekle yükümlüdür.

Türk Hukukunda, tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde ortaya çıkan hasara, alacaklının katlanması gerektiği kabul edilir<sup>76</sup>. Buna gerekçe olarak da borçlunun, sorumlu tutulmayacağı sebeplerle borcunu yerine getirmesi imkânsızlaşırsa, borcun sona ereceği gösterilir (TBK m. 136/I). İfanın imkânsızlaşması nedeniyle borçlu, borcundan kurtulmuş olur. Borçlunun, alacaklıya karşı herhangi bir mükellefiyeti kalmadığı, daha doğrusu borcu sona erdiği için alacaklının, borçludan isteyebileceği bir şey bulunmaz. Bu sebeple tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, borcun ifası, borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkânsızlaşırsa hasara alacaklı katlanır<sup>77</sup>.

Edim ve karşı edim hasarı, sözleşme türleri bakımından farklı değerlendirilir. Edime ilişkin bir hasar söz konusu ise edim konusunun telef olmasına veya kötüleşmesine rağmen borçlu, borcundan kurtulamaz; borcunu gereği gibi ifa etmekle yükümlü olma tehlikesiyle karşı karşıya kalır. Bu tehlike, hem tek hem de iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde görülebilir. Buna karşın karşı edime ilişkin hasar, sadece iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde karşımıza çıktığı için tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde söz konusu olmaz<sup>78</sup>.

Taraflar arasında, eksik iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme kurulmuşsa, tek tarafa borç yükleyen sözleşmelere benzer şekilde hasarın geçişi söz konusu olur<sup>79</sup>. Bu tür sözleşmelere örnek olarak, kullanım ödöncü sözleşmesi gösterilebilir. Bu sözleşmede, ödöncü veren, bir şeyin karşılıksız olarak kullanılmasını, ödöncü alana bırakmayı, ödöncü alan da o şeyi kullandıktan sonra geri vermeyi üstlenir (TBK m. 379). Ödöncü verileceği taahhüt edilen şey, ödöncü verenin kusuru olmadan yok olursa, ödöncü veren, borcundan kurtulur. Bu durumda hasara, ödöncü alan katlanır.

<sup>76</sup> Bilge, N. (1971). Borçlar hukuku – özel borç münasebetleri (Üçüncü Baskı). Ankara: Sevinç Matbaası, 34; Altay, 2008, 14; Akıntürk, 1966, 65; Tandoğan, 2008, 108.

<sup>77</sup> Tunçomağ, 1977, 66. Kanun koyucunun, bu türdeki akitlerde hasarı alacaklıya yüklemiş olması, mantıklı olmasının yanında hakkaniyete de uygun düşmektedir. Karşılığında hiçbir şey alamayan borçluyu, tekrardan edimi yerine getirme konusunda sorumlu tutmak ona ciddi külfetler yüklemek anlamına gelir. Akıntürk, 1966, 65.

<sup>78</sup> Akıntürk, 1966, 28; Altay, 2008, 13; Tandoğan, 2008, 107.

<sup>79</sup> Altay, 2008, 14; Tandoğan, 2008, 108; Akıntürk, 1966, 65; Dural, 1976, 160.

### 1.1.3.3.2. İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde hasarın geçişi

İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, sözleşmenin tarafları, birbirine karşı mükellefiyet altındadır. Eğer taraflar, edimlerini, birbirine karşı ve aynı zamanda taahhüt ediyorsa tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme; buna karşın taraflardan birinin edimi, anlaşmaya veya sonradan meydana gelecek bir olaya bağlıysa eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşme söz konusudur. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, taraflardan her biri, diğer tarafın ediminin yerine getirilmesine karşılık borç altına girer. Tarafların edimleri arasında, bir değiş tokuş ilişkisi mevcut olmalı ve bu edimlerden her biri diğerine bağlı olarak kararlaştırılmalıdır<sup>80</sup>. Taraflardan birinin borcunu ödemesi, diğeri için borcunu ödeme sebebi teşkil eder<sup>81</sup>.

İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden olan mal değişimi, satış ve eser sözleşmelerinde, hem edim hem de karşı edim hasarı söz konusu olabilir. Örneğin, mal değişimi sözleşmesinde, taraflardan birisi, diğer tarafa bir veya daha çok şeyin zilyetlik ve mülkiyetini devretme borcunu taşıırken, diğer taraf ise karşı edim olarak başka bir şeyin zilyetlik ve mülkiyetini devretmeyi üstlenir (TBK m. 282). İncelenecek hasar kavramıyla ilgili asıl üzerinde duracağımız konu karşı edim hasarıdır. Çünkü edim hasarı, tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde de karşımıza çıkmakta iken, karşı edim hasarı sadece tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde görülür<sup>82</sup>. Satış sözleşmesi, niteliği itibarıyla tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme olduğu için hasarın geçişinde karşı edim hasarı asıl inceleme konusunu oluşturur.

Tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme, doğası gereği karşı edim hasarını da içinde barındırır. Çünkü her iki taraf arasında, karşılıklı edimlerin değişimi söz konusudur. İfa edemediği ediminin karşılığında borçlu, sözleşme konusu şeyin bedelini, karşı tarafa iade etmek zorundaysa karşı edim hasarı borçluya aittir. İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde karşı edim hasarına borçlu katlanır<sup>83</sup>. Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, bir imkânsızlık sebebiyle borcun ifasından kurtulan borçlu, karşı taraftan almış olduğu edimi, sebepsiz zenginleşme

<sup>80</sup> Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, 1993, 53.

<sup>81</sup> Bozer, 2007, 18.

<sup>82</sup> Akıntürk, 1966, 65; Altay, 2008, 15; Tunçomağ, 1977, 65.

<sup>83</sup> Bilge, 1971, 34; Feyzioğlu, 1980, 205; Tandoğan, 2008, 108; Akıntürk, 1966, 65; Dural, 1976, 161; Altay, 2008, 16; Tunçomağ, 1977, 66.

hükümlerine göre geri vermek zorundadır. Kendisine ifa edilmemiş olan edimi ise karşı taraftan isteme hakkını kaybeder (TBK m. 136/II). Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerden olan eser sözleşmesinde eser, teslimden önce beklenmedik bir sebeple yok olursa iş sahibi, eseri teslim alma konusunda temerrüde düşmedikçe, yüklenici, bu işin ücretini ve giderlerini iş sahibinden isteyemez. Bu durumda malzemeye gelen hasara, o malzemeyi sağlayan kişi katlanır (TBK m. 483/I). Kira sözleşmesinde, kiralanan, teslim edilmeden önce beklenmedik bir hal sebebiyle yok olursa kiralayan, kiralananı, kiracıya tahsis etme borcundan kurtulur. Daha önceden peşin olarak almış olduğu kira bedeli varsa onları da iade eder<sup>84</sup>.

#### 1.1.4. Yarar kavramı

##### 1.1.4.1. Genel olarak yarar kavramı

Yarar kavramına ilişkin Borçlar Kanununda herhangi bir tanıma yer verilmemiştir. Yarar, bir şeyden, kendiliğinden ya da normal bir çaba karşılığında elde edilen fazlalıklardır<sup>85</sup>. Örneğin tavuğun yumurtası, koyunun yünü, hayvanın doğan yavrusu<sup>86</sup> gibi doğal ürünler; mevduata yatırılan paranın faizi, hisse senetlerinin gelir artışı, taşınmazdan alınan kira bedeli gibi hukuki semereler; yarış kazanan atın ödülü gibi sair gelirler yarar kavramına dâhil edilebilir. Bir şeyden veya bir haktan elde edilen yarar kavramına ise, öncelikle o şeyden veya haktan elde edilen fazlalıklar girer. Örneğin taşınmazda bulunan define, semere olmasa da yarar kapsamına girebilir<sup>87</sup>. Semere kavramı, *“dönemsel olarak elde edilen doğal veya hukuki ürünler ile bir şeyin özgülendiği amaca göre adetler gereği ondan elde edilmesi uygun görülen diğer verimler”* şeklinde tanımlanabilir (TMK 685/II). Örneklerden de anlaşıldığı gibi yarar (Nutzen) kavramı, semere (Erzeugnis) kavramından daha geniş bir alanı kapsamaktadır<sup>88</sup>.

<sup>84</sup> Akıntürk, 1966, 66.

<sup>85</sup> Yavuz, 2013, 31.

<sup>86</sup> Yar. 3. HD. 8.11.1955, E. 8085/K. 5830. Tandoğan, 2008, 105.

<sup>87</sup> Akıntürk, 1966, 188; Nomer, Engin, 2013, 72.

<sup>88</sup> Feyzioğlu, 1980, 203; Akıntürk, 1966, 188.

#### 1.1.4.2. Yararın geçmesi

Yararın geçmesi, taraflar arasında sözleşmenin kurulması ile başlayan fakat ifasından önce, sözleşme konusu şeyde, kendiliğinden veya normal olarak her malikin yapacağı faaliyet sonucunda ortaya çıkan, tabii ve hukuki semerelerle doğrudan doğruya sözleşme konusundaki kazanılan sair fazlalıkların, borçluya mı yoksa alacaklıya mı ait olacağı problemidir<sup>89</sup>.

#### 1.1.4.3. Satış sözleşmesinde yararın alıcıya geçişi

Yarar ve hasarın alıcıya geçişi TBK m. 208'e göre aynı anda söz konusu olur. Bu bağlamda hasar ve yararın geçişi konusunda bir paralellik bulunmaktadır. Yarar ve hasar fonksiyonları ve kapsamaları itibarıyla birbirinden farklı kavramlar olmasına rağmen genellikle aynı sebebe bağlanırlar. Bir olayın avantajını taşıyanın, dezavantajlarına da katlanması gerektiği gibi, dezavantajlarını taşıyanın avantajlarına da katlanması gerektiği kabul edilir. Buna yarar ve hasarın paralelliği denir<sup>90</sup>. Hasarın geçişine ilişkin istisnalar (örneğin; alıcı temerrüdü ile mesafe satışı gibi), yararın geçişi için de uygulanır. Satılanın hasarını kim taşıyorsa, onun yararlarına da o sahip olur (*cuius est periculum eius est commodum*). Hasara katlanan taraf, yararları da elde eder. Bu durum Roma hukukundan<sup>91</sup> günümüze kadar genellikle bu şekilde düzenlenmiştir<sup>92</sup>.

Alıcının, satıcıdan isteyebileceği yararlar, satılardan elde edilen doğal ve hukuki ürünler ile bunlardan farklı olarak satıcının, doğrudan doğruya satılanla ilgili olarak kazandığı diğer gelirlerdir. Yarar ve hasar aynı anda alıcıya geçtiği için satılarda ortaya çıkan daha önceki yararlar satıcıya ait olur. Alıcının isteyebileceği yararlar, satılarda “*kendiliğinden*” ortaya çıkmış olmalıdır. Yani satıcının faaliyetleri sonucunda elde edilmiş yararlar kural olarak satıcıya aittir; bunlar ancak tazmin

<sup>89</sup> Tandoğan, 2008, 105; Feyzioğlu, 1980, 203; Nomer, Engin, 2013, 72.

<sup>90</sup> Antalya, O. G. (1993). *Türk, İsviçre ve Alman hukuklarında tecrübe ve muayene (alıcın onaylaması) şartıyla satım*. İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınevi, 157.

<sup>91</sup> Digesta 50.17.10 (Paulus): “*Doğal olarak, bir şeyin yararını elde eden kimse, onun hasarına da katlanır*” (Erişgin, 2010, 35, 109, 119). Satıcının sahip olduğu davaları alıcıya devretmesi de yarar kapsamında değerlendirilmelidir (Erişgin, 2010, 69).

<sup>92</sup> Akıntürk, 1966, 187. Bu durumdan farklı bir düzenleme ise eski hukukumuzda kullanılmaktadır. Mecellenin 236'ncı maddesine göre yarar, sözleşmenin yapılması ile alıcıya geçerken hasar ise satılanın alıcıya teslimi ile geçmekteydi (m. 293). Bu durumun temelinde ise Mecellenin 88'inci maddesinde konulmuş olan kuralından sapıldığı görülmektedir. Arslanlı, H. (1948). Mecellede hasar. *İHFM*, 14(1-4), 248.

edilerek alıcıya ait olur<sup>93</sup>. Şeyin hasara uğraması neticesinde geride kalanlar (yıkılan evin enkazı, ölen hayvanın cesedi gibi) ile hasar sonucunda, şeyin yerine kazanılanlar (sigorta tazminatı, üçüncü kişiden alınan haksız fiil tazminatı gibi), yarar niteliğinde değildir. Bunlar satıcının, hasara yol açan durum sebebiyle elde ettiği ikame değerlerdir. Bu ikame değerlerin satıcıdan yararların istendiği gibi istenebileceği kabul edilir<sup>94</sup>.

Yararın alıcıya geçişine ilişkin temel kural, taşınırlarda zilyetliğin devri, taşınmazlarda ise tescil işleminin yapılmasıdır (TBK m. 208/I)<sup>95</sup>. Taraflar arasında, mülkiyeti saklı tutma kaydıyla yapılan bir satış varsa, zilyetliğin devrine kadar meydana gelen fazlalıklardan satıcı yararlanır. Zilyetliğin devri yapılmışsa, devir anından itibaren, satılardan elde edilen yararlar, henüz mülkiyeti kazanamamış olan alıcıya aittir. Alıcı, zilyetliğin devri ile satılanın mülkiyetini kazandığı zaman aralığında elde ettiği yararlar için satıcıya bir bedel ödemek zorunda değildir<sup>96</sup>.

Geciktirici koşula bağlı bir satış söz konusu ise borcun konusu olan şeyin, koşulun gerçekleşmesinden önce alıcıya verilmiş olması durumunda, koşul gerçekleşmişse alıcı, koşulun gerçekleşeceği ana kadar geçen sürede elde ettiği yararların sahibi olur (TBK m. 172/I). Şayet koşul gerçekleşmezse alıcı elde ettiği yararları geri vermek zorundadır (TBK m. 172/II). Geciktirici koşula ilişkin bu kural ile taşınır satışındaki hasar ve yararın geçişindeki kural (TBK m. 208/I) arasında paralellik sağlanmıştır. Geciktirici koşula bağlı taşınmaz satışında, taraflar, taşınmazın tescilden önce teslimini kararlaştırmışsa, bu durumda koşulun gerçekleşmesinden önce taşınmaz alıcıya teslim edildiğinde, hasar ve yarar teslimle birlikte alıcıya geçer<sup>97</sup>. Taşınmaz satışında, taşınmazın alıcıya tescil edildikten belli bir süre sonra teslimi kararlaştırılmışsa, teslim kadar satılana ilişkin yararlar alıcıya geçmez (TBK m. 245).

<sup>93</sup> Akıntürk, 1966, 189. Bu konuya ilişkin Tandoğan'ın görüşü ise; satıcının normal bir malikin alışılmış faaliyetlerini aşan özel bir faaliyetinden ortaya çıkan fazlalıkların, satıcıya ait olması gerektiği yönündedir. Tandoğan, 2008, 105 (dn. 3).

<sup>94</sup> Tandoğan, 2008, 106; Akıntürk, 1966, 183; Nomer, Engin, 2013, 72; Tunçomağ, 1977, 92.

<sup>95</sup> 818 sayılı Borçlar Kanunu dönemindeki hasar ve yararın geçişine ilişkin düzenleme ile teslimden önce, yararın alıcıya geçmesi, doktrinde alıcıya verilen bir “*teselli*” olarak kabul ediliyordu. Hatemi, H., Serozan, R., Arpacı, A. (1992). *Borçlar hukuku özel hükümler*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 74.

<sup>96</sup> Nomer, Engin, 2013, 72.

<sup>97</sup> Nomer, Engin, 2013, 72, 73, 96.

Sözleşmenin sona ermesi, önceden gerçekleşip gerçekleşmeyeceği bilinmeyen bir olguya bırakılmışsa, bozucu koşula bağlanmış bir sözleşme söz konusudur (TBK m. 173/I). Bu tarz bir sözleşmede, koşulun gerçekleşmesiyle birlikte aksi kararlaştırılmamışsa ve işin niteliğinden aksi anlaşılmadıkça, sözleşme ileriye etkili olarak sona erdiğinden (TBK m. 173/III), alıcı, şeyin kendisine teslimi ile koşulun gerçekleştiği an arasında, elde ettiği yararların sahibi olmalıdır<sup>98</sup>. Fakat ani edimli bir borç ilişkisi varsa bozucu koşulun geçmişe etkili olduğunu savunan görüşe göre, alıcı elde ettiklerini satıcıya iade etmelidir<sup>99</sup>.

Satış sözleşmesinde yararların alıcıya geçmesinden sonra satıcı, satılardan birtakım kazançlar elde etmiş olabilir. Bu durumda satıcı, elde ettiği yararları alıcıya iade etmelidir. Satıcı, iade etmesi gerekenleri tüketmiş veya elinden çıkarmışsa, bunları sözleşmeye aykırılık hükümlerine göre alıcıya tazmin etmelidir<sup>100</sup>.

## 1.2. Tarihsel Açıdan Hasarın Geçişine İlişkin Düzenlenmeler

### 1.2.1. Roma hukukunda hasarın geçişi düzenlemesi

Satış sözleşmesinde hasarın geçişine ilişkin Roma hukukunda yer alan en önemli özellik "*Periculum<sup>101</sup> est emptoris*" (hasar alıcıya aittir) kuralıdır. Bu kural ile alıcı, satış sözleşmesinin kurulmasından sonra ve teslimden önce, malı tam veya kısmi hasarlı olarak elde edemese bile sanki malı almış gibi satış bedelini tam olarak ödemekle yükümlü tutulur<sup>102</sup>. Eğer alıcı, satış bedelini satıcıya ödemişse, hasar halinde bu bedeli geri alma hakkı yoktur. Roma hukukundaki bu kural ile alıcının, hiçbir şey elde etmese de satış bedelini ödemeye mecbur kalması, birçok yazar tarafından eleştirilmiş ve bunun haksız bir uygulama olduğu belirtilmiştir<sup>103</sup>.

<sup>98</sup> Nomer, Engin, 2013, 73.

<sup>99</sup> Oğuzman, Öz, 2013, 501.

<sup>100</sup> Feyzioğlu, 1980, 203 (dn. 281); Akıntürk, 1966, 189; Nomer, Engin, 2013, 73; Tandoğan, 2008, 106.

<sup>101</sup> Periculum kavramı, satılan malın çalınmasını, zarar görmesini veya tamamen yok olmasını ifade etmektedir.

<sup>102</sup> Iust. Ins. 3.23.3: "*Alım satım sözleşmesi tam olarak tamamlanmış olur olmaz, her ne kadar satım konusu mal alıcıya teslim edilmemiş olsa da, satılardaki hasar derhal alıcıya geçer. Satıcı, kast ve ihmali olmaksızın ortaya çıkan her şeye karşı güvencededir.*" Erişgin, 2010, 26, 34,37

<sup>103</sup> Schwarz, B. A. (1947). Satış aktinde hasarın intikali (çev. Kudret Ayiter). *AÜHFD*, 4(1-4), 160; Altay, 2008, 105; Aslanlı, 1952, 190; Erişgin, 2010, 26; Atamer, 2000, 136; Serozan, 2006, 71.

Hasar, satış sözleşmesinin kurulmasından itibaren değil, hukuki işlemin tamam olması halinde alıcıya ait olur<sup>104</sup>. Hasarın alıcıya geçme anını, tespit edebilmemiz için satış sözleşmesinin, ne zaman tamamlandığının bilinmesi önem arz eder. Genel olarak Roma döneminde, satış sözleşmesinin kurulma ve sözleşmenin tamam olma anı, aynı zamanda gerçekleşmekteydi. Örneğin; Roma'daki satışların büyük kısmı, pazarlarda yapılan nakit karşılığı satış sözleşmesi şeklindedir<sup>105</sup>. Bu yüzden hasarın geçişi ile mülkiyetin geçişinin aynı anda olduğu düşünülürdü. Bundan dolayı, hasarın alıcıya geçişi kuralı, sözleşmenin kurulması anında hasarın geçtiğine ilişkin bir kural olarak kabul görür<sup>106</sup>. Hasarın geçişi için sözleşme konusu şeyin teslimine veya mülkiyetinin nakledilmiş olmasına gerek yoktur. Sözleşmenin kurulmasından itibaren alıcı, satılanın hasarına katlanmaya başlamaktadır<sup>107</sup>.

Roma hukukunda, satış sözleşmesinin kurulması ile birlikte alıcının malik olmadığı, malik olabilmesi için ayrıca devir işlemlerinin de yapılmış olması koşulu vardır. Satıcı, satış ile teslim aralığında malın maliki olarak kalırken, mülkiyet hakkının sağladığı bazı haklardan da mahrum kalmaktadır<sup>108</sup>. Ferağ nazariyesi tarafları, sözleşmenin kurulması ile birlikte satılmış şeyin ekonomik olarak alıcının mülkiyetine geçtiğini ve bu nedenle hasara alıcının katlanması gerektiğini belirtmektedirler. Satış sözleşmesinin yapılması ile birlikte satılan şeyin alıcının mülkiyetine geçmesi kabul edilir. Şekli olarak satılanın hakimiyeti alıcıda olmasa da fiilen hakimi alıcıdır. Bir bakıma satıcı, alıcının zilyetlik mercii gibidir. Mülkiyet hakkının satıcıda kalması, Roma hukukunun bir özelliği olarak açıklanmaktadır<sup>109</sup>.

Genel itibariyle hasara malikin katlanması gerekir. Bu kurala ilişkin olan *“umulmayan halin neticelerine malik katlanır”* kuralı Romalılar tarafından değil

---

<sup>104</sup> Aslanlı, 1952, 189.

<sup>105</sup> Atamer, 2000, 135.

<sup>106</sup> Altay, 2008, 105.

<sup>107</sup> Hasarın, alacaklıya ait olmasının mantıklı olmaması sebebiyle birçok yazar, bu durumu bazı kuramlarla açıklamaya çalışmıştır. Bu konuda Hoffmann, Pernice ve Jhering'in görüşleri ön plana çıkmaktadır. Bu görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Aslanlı, 1952, 190, 192.

<sup>108</sup> Erişgin, 2010, 26.

<sup>109</sup> Bazı yazarların, satış sözleşmesinin kurulması ile birlikte, satılanın mülkiyetinin, alıcıya geçmesi gerektiğine ilişkin olarak farklı görüşleri de mevcuttur. Bu yazarların temel dayanakları ise alıcının satılan üzerinde bulunan hakların en değerlilerine sahip olduğu için mülkiyet hakkına da sahip olacağı şeklindedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Aslanlı, 1952, 193, 194.

daha sonrakiler tarafından getirilmiştir<sup>110</sup>. O yüzden Roma Hukukunda malik olmamasına rağmen satış sözleşmesinde hasara alıcının katlandığı, Fransız hukukunda yer alan “*onu malik yapar ve bu suretle hasarı ona intikal ettirir*” (Fr.CC m. 1138)<sup>111</sup> ifadesiyle sözleşmenin yapılması ile birlikte alıcının mülkiyeti kazanacağı ve hasara katlanması gerektiği açık bir şekilde belirtilmiştir<sup>112</sup>. Mülkiyet, şey üzerinde mümkün olan bütün hakların kullanımını sağlar. Şey, kazara telef olursa, mülkiyet hakkının özünü teşkil eden ekonomik faydalardan mahrum kalan malik, en çok zarar görendir. Eşyaya ekonomik olarak hakim olan ve eşyanın fiili varlığından fayda elde eden, bu faydaların sona ermesinden doğan hasarı da üzerine almalıdır<sup>113</sup>.

Roma Hukukunda satış sözleşmesinin kurulmasından itibaren ortaya çıkan hasarlara, alıcı katlandığı için satıcının sorumluluğu daha dar bir zamanı kapsamaktadır. Satılanın hasara uğramasında, mücbir sebep söz konusuysa satıcı, hasardan sorumlu tutulmamaktaydı<sup>114</sup>. Mücbir sebep dışındaki hallerde, satılanın çalınması, olağan kaza durumlarında hasar alıcıya geçmemektedir<sup>115</sup>. Satıcının kusuru olmadan, edim imkânsız hale gelirse hasara alıcı katlanır. Satıcının kötü niyetli olarak sözleşmeyi ihlali söz konusuysa hasar, satıcıda kalır.

Roma hukukunda, hasarın alıcıya ait olduğuna ilişkin kural mutlak değildir. Taraflar, aralarında yapacakları anlaşma ile hasarın satıcıya ait olacağını kararlaştırabilirdi. Hasarın, alıcıya geçmesi için satılan şeyin parça borcu olması gerekir. Bir malın parça borcu haline dönüşmesi için, cins borcu olarak satılanın, ölçme, sayma, tartma yoluyla ayırt edilmiş olması ve fiyatının da kesin olarak belirtilmesi gerekirdi<sup>116</sup>. Satıcının, elinde bulunan aynı cins mallardan bir tanesi satılmışsa, satılan ayırt edilmediği için, bu mallardan herhangi birine zarar gelmesi ile ortaya çıkan hasarın, alıcıya ait olduğu iddiası kabul edilmez. Çünkü “*cins telef olmaz*” kuralı o dönemden günümüze kadar uygulanmaktadır. Cins borcunun söz konusu olduğu satışlarda, satılan, ayırt edilmemişse ortaya çıkan hasara satıcı katlanır.

<sup>110</sup> Aslanlı, 1952, 195.

<sup>111</sup> Fransız Medeni Kanunu, <http://codes.droit.org/cod/civil.pdf> adresinden 3 Şubat 2014’de alınmıştır.

<sup>112</sup> Schwarz, 1947, 161.

<sup>113</sup> Aslanlı, 1952, 192.

<sup>114</sup> Mücbir sebep hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Akıntürk, 1966, 51, 52.

<sup>115</sup> Altay, 2008, 106; Atamer, 2000, 136.

<sup>116</sup> Altay, 2008, 106.

### 1.2.2. Mecellede hasarın geçişi düzenlemesi

Mecelledeki hasarın geçişine ilişkin hükümlerde, “*hasar*” yerine, “*zarar*” kavramı kullanılmıştır<sup>117</sup>. Buna karşılık, klasik İslâm hukuk doktrininde, Mecellede yer alan “*zarar*” kavramının aksine, satış sözleşmelerindeki maddi kayba katlanma sorumluluğunu ifade etmek için “*hasar*” kavramının kullanıldığı görülür<sup>118</sup>.

Roma Hukukundan günümüze, yarar ve hasarın geçişinde üç farklı sistemin benimsendiği görülür<sup>119</sup>. Bunlardan ilki Roma ve İsviçre Hukukunda kullanılan sözleşme sistemidir. Bu sistemde yarar ve hasarın geçişi, sözleşmenin yapılması anına bağlanmıştır. İkinci sistem ise yarar ve hasara malikin katlanması gerektiğini savunur. Sözleşme sisteminden farklı olarak hasar, sözleşmenin kurulma anı yerine, mülkiyetin karşı tarafa geçtiği an alıcıya geçer. Hasarın geçişine ilişkin kabul edilen üçüncü sistem ise teslim sistemidir. Alman Hukukunda ve 6098 sayılı TBK ile birlikte ülkemizde de benimsenmiş olan teslim ilkesine göre, satılanın, alıcıya teslimi ile birlikte hasar da alıcıya geçer. Mecelledeki yarar ve hasarın alacaklıya geçişi, bu üç sistemden hiçbirine tam olarak uymamaktadır. Mecellede, yarar ve hasar, birbirinden farklı zamanlarda alıcıya geçer. Satış sözleşmesinin yapılmasıyla birlikte ve teslimden<sup>120</sup> önce, satılanın yararı alıcıya geçmekte iken (Mecelle m. 236); yine aynı süreçte satılanın hasarı, satıcıda kalmaya devam eder (Mecelle m. 293). Mecelledeki yarar ve hasarın geçişi, bir nevi dördüncü bir sistem olarak karşımıza çıkar. Satış sözleşmesinde yarar ve hasarın geçişi, Mecellenin genel hükümleriyle uyumsuzluk göstermektedir. Mecellenin 88’inci maddesindeki “*Külfet nimete ve nimet külfete göredir*”

<sup>117</sup> Mecelle m. 293: “*Mebi kablel kabız (teslimden önce) bâyiin yedinde telef olsa müşteri hakkında bir şey terettüp etmeyip zararı bâyie ait olur*”

Mecelle m. 294: “*Mebi, bâdel kabz (teslimden sonra) telef olsa, müşteri hakkında bir şey terettüp etmeyip zararı müşteriye ait olur.*”

<sup>118</sup> Klasik İslâm hukuk doktrininde, satılan eşyada ortaya çıkan zarardan doğan maddi kayıp “*hasar*” terimi ile belirtilirken, bu maddi kayba katlanma sorumluluğu ise “*daman*” ya da “*uhde*” terimleri ile ifade edilmektedir. Hasarın geçişi kavramı için de katlanma sorumluluğunun geçişi anlamına gelen “*intikâlu’ d-damân*” tabiri kullanılmaktadır. Türcan, T. (2003). İslam ve Türk borçlar hukukuna göre satım sözleşmesinde hasarın geçişi sorunu, *İslam hukuku araştırma dergisi*, (1), 168, 169.

<sup>119</sup> Arslanlı, 1948, 248; Tunçomağ, 1977, 68, 69; Schwarz, 1947, 161, 162.

<sup>120</sup> Mecelledeki teslim, tasarruf fiili olmaktan ziyade, hukuki bir mahiyet taşımaktadır. Satıcının teslimi izin vermiş olmasının teslim edildiği anlamına gelmektedir. Bakır, T. (1954). Alım-Satım Akdinde Hasar Problemi. *Adalet dergisi*. 9, 1095.

prensibine göre, yararları elde edenin onun zararlarına da katlanması gerektiği anlaşılr<sup>121</sup>. Yani yarar ve hasarın aynı anda karşı tarafa geçirilmesi gerekir.

Hasarın geçişine ilişkin sistemlerden Mecelledeki sisteme en yakın olan teslimle hasarın alıcıya geçmesidir<sup>122</sup>. Satılanın, alıcıya teslim edilmeden önce satıcının elinde telef olması halinde, alıcıya bir yükümlülük doğmazken, hasara satıcı katlanmaktadır<sup>123</sup>. Teslim ilkesinin uygulanması, temelde BGB'nin 446'ıncı maddesindeki "*hasar, satılanın teslimi ile alıcıya geçer*" ifadesi ile aynıdır. Fakat Alman hukukundaki kuraldan farklı olarak Mecellede yararın geçişi, sözleşmenin kurulması anına bağlanmıştır.

Mecellede yararın geçişinde, mülkiyetin alıcıya geçiş anı önem arz eder. Mülkiyet ile yararın alıcıya geçişi, aynı anda gerçekleşir. Mülkiyetin geçme anı, taraflar arasındaki sözleşmenin kurulması anıdır. Sözleşmenin geçerli olarak kurulmasıyla birlikte satılanın mülkiyeti ve yararları da alıcıya geçmekte, teslim veya tescil işlemine gerek kalmamaktadır<sup>124</sup>. Fakat sözleşmenin yapıldığı anda mülkiyetin geçmesi, bütün satış sözleşmelerinde mutlak değildir; satış sözleşmesi türlerine göre farklı şekilde uygulanmaktadır<sup>125</sup>. Satış sözleşmesinin kurulması ile mülkiyetin alıcıya geçmesine rağmen, ortaya çıkacak zararlara satıcının katlanıyor olması, adalet anlayışına uygun düşmemektedir. Eğer satıcı, satış sözleşmesinin yapılması ile birlikte, satış konusu şeyin ücretini almışsa -veya veresiye satış mevcutsa- müşterinin mülkü olan satılanı, müşteriye teslim etmekle yükümlüdür. Teslim görevini yerine getirmemişse, borçlunun temerrüdü hükümlerine göre, hasarın satıcıda kalması doğrudur<sup>126</sup>. Satış sözleşmesinin kurulmasıyla birlikte satıcının, malik sıfatı yok olmakta ve mülkiyet, teslimden önce alıcıya geçmektedir. Satıcının ise satış bedelini alamaması durumunda, elindeki satılan özerinde hapis hakkı mevcuttur (Mecelle m. 278).

<sup>121</sup> Mecellenin 85 ile 88' inci maddeleri arasında genel olarak ifadesini bulan "*Mazarrat menfaat mukabelesindedir*" kuralına göre bir şeyin menfaatine nail olan, o şeyin zararlarına da katlanmalıdır. Bir eşyayı muhafaza için masraf edenlerin ve zahmet çekenlerin o şeyden faydalanmaları doğaldır. Bu faydalanmayı ise katlanılan tehlikeye karşılık bir sigorta gibi düşünebiliriz. Bir sıkıntıya, bir yüke ancak bundan beklenen menfaat için katlanılacağı açıktır. Belgesay, M. R. (1947). *Mecellenin külli kaideleri ve yeni hukukun ana prensipleri*. İsmail Akgün Matbaası, 41.

<sup>122</sup> İslam borçlar hukukunda mutlak satış sözleşmesinin dışındaki sözleşmelerde hasarın alıcıya geçmesine ilişkin Mâlikî, Hanbelî ve Zâhirî ekolleri sözleşme ilkesini benimserken; Hanefî ve Şâfiî ekolleri ise teslim ilkesini kabul etmektedir. Türcan, 2003, 185.

<sup>123</sup> Akgün, M. Z. (1953). Menkul bey'inde hasar. *Adalet Dergisi*, (3), 253.

<sup>124</sup> Feyzioğlu, 1980, 206.

<sup>125</sup> Sözleşme türlerine göre mülkiyetin nakli için bkz. Aslanlı, 1952, 196, 197.

<sup>126</sup> Aslanlı, 1952, 212, 213; Türcan, 2003, 179.

Satış sözleşmesinde satılanın mülkiyeti, Mecelle'ye göre sözleşmenin kurulmasıyla alıcıya geçerken, hasar ise teslimle geçer. Bu yüzden mülkiyetin geçişi anının tespit edilmesi, konunun anlaşılması açısından önemlidir. Mecellenin 369'uncu maddesi gereğince satış sözleşmesinin hükmü, müşterinin satılana, satıcının ise ücrete malik olmasıdır. Geçici ve istisnai sözleşmeler<sup>127</sup> dışında mülkiyet, sözleşmenin yapılması ile alıcıya geçer. Mecellede mülkiyetin geçmesi ilkesi, Fr.CC'nin 771'inci maddesindeki mülkiyetin, sözleşmenin kurulması ile kazanıldığı hükmüne benzerdir<sup>128</sup>. Alıcının, elinde olmayan satılan üzerindeki tasarruf hakkı, taşınır ve taşınmaz mallara göre farklılık gösterir<sup>129</sup>. Taşınmaz satışı söz konusu olduğunda alıcı, teslimden önce taşınmazı başkasına satarken mutlak tasarruf hakkına sahiptir. Buna karşın, taşınır satışında alıcının tasarruf hakkı sınırlıdır<sup>130</sup>.

Mecelleye göre hasarın alıcıya geçişi için bazı şartların bulunması gerekir. Bu şartlardan ilki, taraflar arasında geçerli bir satış sözleşmesinin kurulmuş olmasıdır. Sözleşme konusu satılanın, önceden kararlaştırılmış ve belirli olması gerekir. Mecellenin 204'üncü maddesindeki *"mebi akitteki tayin ile taayyün eder"* ifadesi, satılanın, sözleşmede belirlenmiş olması gerektiğine örnek olarak verilebilir. Diğer hukuk sistemlerinden farklı olarak Mecellede, hasarın alıcıya geçmesi koşulu olarak kusursuz imkânsızlığın aranmadığı görülür. Satılarda ortaya çıkan zararların, kusursuz imkânsızlık sebebiyle ortaya çıkmış olması, hasarın geçişi için zaruri değildir. İslam hukukunda, sebep sorumluluğu temel alınmaktadır. Bu nedenle, satıcı veya alıcının sebep oldukları zararlarda, kusurlu olup olmadıklarının bir önemi yoktur<sup>131</sup>. Hasarın alıcıya geçişi için en önemli koşul, satılanın alıcıya teslim edilmesidir. Alıcının teslim almada temerrüde düşmesinden

<sup>127</sup> İstisnai sözleşmelere örnek olarak; satılanın vasıflarının belirtilmesi ile görülmeden satışı, fâsid sözleşme olması verilebilir. Türcan, 2003, 182, 183.

<sup>128</sup> Mülkiyetin ve hasarın geçişini birbirine bağlamaları itibarıyla İslam hukuku ekollerinin Fransız hukuku ile aynı yaklaşımı savundukları söylenebilir. Hanefî ve Şâfiî ekolleri ise mülkiyetin sözleşme ile kazanıldığını kabul etmelerine rağmen, hasarın alıcıya geçmesi için satılanın alıcıya teslimini şart koşarlar. Türcan, 2003, 171.

<sup>129</sup> Mecelle m. 253: *"Müşteri kabzdan önce mebi'i, akar ise ahara satabilir, fakat menkul ise satamaz."* Müşterinin, satın aldığı taşınırı satabilmesi için onu, teslim almış olması gerekir. Satış sözleşmesi ile satılanın mülkiyeti alıcıya geçmesine rağmen, alıcının tasarrufta bulunabilmesi için satılanın, zilyetliğinde bulunması gerekir. Alıcının, zilyet olmadan yapacağı devir işlemi geçersizdir. Ansay, S. Ş. (1953). Menkul mallarda mülkiyetin ve hasarın intikali hakkında muhtelif sistemler arasında bir mukayese. *AÜHFD*, 10(1-4), 454.

<sup>130</sup> Aslanlı, 1952, 197.

<sup>131</sup> Türcan, 2003, 169, 178; Arslanlı, 1948, 258.

sonra ortaya çıkan zararlara alıcı katlanır (Mecelle m. 294). Alıcının, satılana zarar vermesi veya bazı hallerde temerrüde düşmüş olması, satılanın, alıcı tarafından teslim alındığı şeklinde kabul edilebilir<sup>132</sup>. Hasarın geçişinden itibaren alıcı, telef olan satılanın bedelini, satıcıya ödemek zorundadır. Daha önceden bu bedeli ödemişse, artık satıcıdan geri isteyemez.

Satış sözleşmesinde yarar ve hasarın geçişine ilişkin Mecelledeki hükümleri incelediğimizde, o dönemdeki farklı mezheplerin uygulamalarının bir çatı altında birleştirilmeye çalışıldığı görülmektedir. Mecellenin yapıldığı dönemdeki baskılara rağmen hukuk hayatımızdaki rolü yadsınamaz. Genel olarak şahısların birbirleriyle olan ilişkilerini kesin, anlaşılabilir kurallarla ortaya koyamamasına rağmen, bizim için hukuk alanındaki değeri oldukça önemlidir<sup>133</sup>. Mecellede, hasarın geçişinde teslim ilkesinin getirilmiş olması, birçok yazar tarafından olumlu karşılanmıştır. Buna karşın, satılanın yararlarının, alıcıda ait olduğu zaman diliminde, ortaya çıkan hasarlara satıcının katlanıyor olması ise eleştirilmektedir<sup>134</sup>. Bu konuya ilişkin en uygun çözüm yolu ise doktrinde de savunulmakta olan, mülkiyetin ve hasarın aynı anda alıcıya geçmesi prensibidir<sup>135</sup>.

### 1.3. Karşılaştırmalı Hukukta Hasarın Geçışı

#### 1.3.1. Fransız hukukunda hasarın geçışı

Fransız hukukuna göre satış sözleşmesi, hem borçlandırııcı hem de tasarruf işlemi niteliğindedir. Bunun nedeni ise hasar ile mülkiyetin alıcıya geçişinin birbirine bağlı şekilde gerçekleşmesidir<sup>136</sup>. Bu durumun temelinde, 1804 yılında yürürlüğe giren Fr.CC'nin doğal hukukun etkisinde kalarak, "*satıcı malik kaldığı sürece, satılanın hasarı satıcıya ait olmalıdır*" prensibini kabul etmesi yatmaktadır<sup>137</sup>. Mülkiyet hakkı hukuken kazanılmışsa hasar da mülkiyete bağlı olarak karşı tarafa geçer. Bundan dolayı incelenmesi gereken temel problem,

<sup>132</sup> Türcan, 2003, 179.

<sup>133</sup> Belgesay, 1947, 6,7.

<sup>134</sup> Feyzioğlu, 1980, 206; Aslanlı, 1952, 219, 220; Bilge, 1971, 37; Türcan, 2003, 186; Bakır, 1954, 1095.

<sup>135</sup> Aslanlı, 1952, 216 (dn. 85c), 217; Ansay, 1953, 456.

<sup>136</sup> Feyzioğlu, 1980, 206; Bilge, 1971, 37; Ansay, 1953, 452; Bakır, 1954, 1094; Atamer, 2000, 137.

Mülkiyetin geçirilmesi için zorunlu olan irade uyuşmasının (aynı sözleşmenin) satış sözleşmesinin içinde yer aldığının kabul edilmesine birlik ilkesi denir. Tunçomağ, 1977, 36.

<sup>137</sup> Altay, 2008, 109; Erişgin, 2010, 152.

mülkiyetin geçip geçmediğidir<sup>138</sup>. Fransız Hukukunda, satış sözleşmesinin yapılması ile birlikte satılanın mülkiyeti alıcıya geçer. Mülkiyeti kazanan alıcıya, satılanın tesliminin gerektiği andan itibaren hasara katlanma yükümlülüğü yüklenir (Fr.CC m. 1138<sup>139</sup>). Fransız hukukunda mülkiyetin geçişi için teslim şart değildir. Tarafların rızalarının birleşmesiyle birlikte mülkiyet alıcıya geçmektedir<sup>140</sup>. Satış sözleşmesinde satıcının asıl borcu satılanın mülkiyetini alıcıya geçirmektir<sup>141</sup>. Sözleşmenin yapılması ile bu görevini tamamlar. Daha sonra satılanın alıcıya teslimi ikincil bir borç hükmündedir<sup>142</sup>.

Fransız hukukunda, hasarın geçişine ilişkin genel kurala göre hasar, ifa edilmeyen borcun borçlusuna aittir. Mülkiyeti nakleden satış, mal değişimi gibi sözleşmelerde, hasarın geçişine ilişkin istisnai düzenlemeye gidilmiştir. Bu sözleşmelerde hasar, malike aittir<sup>143</sup>. Satış sözleşmesinde hasarın geçişini incelerken, öncelikle mülkiyetin hangi şartların varlığı halinde alıcıya geçtiğinin tespit edilmesi gerekir. Satış sözleşmesinde, sözleşmenin asli unsurları üzerinde tarafların anlaşması ve iradelerinin uyuşması<sup>144</sup> (yani sözleşmenin kurulması) ile birlikte satılanın mülkiyeti, başka bir işleme gerek kalmaksızın alıcıya geçer (Fr.CC m. 1538)<sup>145</sup>.

Satış konusu olan şeyin niteliği ve mülkiyetin geçişine elverişli olması hasarın geçişi için önemlidir. Mülkiyet, prensip olarak taraflar arasındaki sözleşmenin kurulması ile alıcıya geçer. Fakat bu kurala ilişkin bazı istisnalar da mevcuttur. Örneğin taşınmaz bir malın satışı söz konusu ise mülkiyetin geçişi, taraflar arasında etkili olmakla beraber hasar, alıcıya geçer. Mülkiyetin geçişinin üçüncü

<sup>138</sup> Aslanlı, 1952, 226.

<sup>139</sup> Fr.CC m. 1138: “Bir şeyi teslim borcu sözleşme taraflarının rızaları ile tamamlanır. Sözleşme alıcıyı malik yapar ve satılanın hasarı, teslim söz konusu olmasa da, malın teslim edilmesi gerektiği andan itibaren alıcıya geçer.”

<sup>140</sup> Akgün, 1953, 254.

<sup>141</sup> Aslanlı, 1952, 224.

<sup>142</sup> Fransız hukukunda zilyetlik mülkiyet için karine teşkil ettiği ve iyi niyeti himaye altına almış olduğundan bir taşınırı satan kimse, malı müşteriye teslim etmeyerek ikinci bir kimseye satıp teslim ederse, o kişi satılana malik olur ve birinci müşteri satıcıdan ancak tazminat talebinde bulunabilir. İlk müşteri ikinci müşteriye karşı istihkak davası açamayacağı gibi, onun elinden satılanı da alamaz. Ansay, 1953, 452.

<sup>143</sup> Erişgin, 2010, 153; Tunçomağ, 1977, 37.

<sup>144</sup> Fr.CC m. 1583: “Satış sözleşmesi, tarafların anlaşması ile tamam olur. Satılan teslim edilmemiş olsa ve semen ödenmemiş olsa da hukuken alıcı satılanı iktisap eder”.

<sup>145</sup> Alıcı, malik olmasıyla birlikte satıcıdan, satılanın kendisine iadesi için aynı bir talepte bulunabilir. Altay, 2008, 110; Aslanlı, 1952, 223; Bakır, 1954, 1095.

kişilere etki edebilmesi için tescil işleminin yapılması gerekir<sup>146</sup>. Taşınır satışında, satıcı aynı malı iyi niyetli şekilde bir başkasına satar ve zilyetliğini ona devrederse ilk alıcının üçüncü kişilere karşı aynı koruması kalkmış olur. Satış sözleşmesiyle alıcı, malik olsa da tam aynı korumaya sahip olabilmesi için taşınırın zilyetliğini kazanmış olması gerekir<sup>147</sup>.

İlerde elde edilecek bir şey söz konusu ise bu şeyin ortaya çıkması ile birlikte alıcı mülkiyeti kazanır ve o andan itibaren hasara katlanır<sup>148</sup>. Satılanın niteliği ise mülkiyetin geçişinde önem arz eder. Taşınır mal satışı söz konusuysa satılan şeyin hasarı, sözleşmenin yapılmasından itibaren alıcıya aittir. Parça satışı söz konusu ise tarafların anlaşmış olması, mülkiyetin geçmesi için yeterli iken, cins satışında, satış konusu şeyin ayırt edilip teslim edilmesi gerekir<sup>149</sup>. Bu kuralın temelinde, cins mallarının tükenmesinin mümkün olmadığı prensibi yatmaktadır. Cinsi ile belirlenmiş mal satışında, satılanın mülkiyeti, o şeyin ayırt edilip belirli hale geldiği anda alıcıya geçtiği için hasar da o anda geçer (Fr.CC m. 1585, 1586). Çünkü alıcı artık malik olmakta ve malik olduğu için de hasara onun katlanması gerekir (res perit domino)<sup>150</sup>. Cins malların satışında ayırt etme işlemi bulunmuyorsa hasarın alıcıya geçişi teslimle olur<sup>151</sup>.

Satış sözleşmesinin türlerine göre hasarın geçişi farklı değerlendirilmelidir. Erteleyici şarta bağlı bir satışta, hasar satıcıdadır. Şartın gerçekleşmesinden önce satılan şey yok olursa, alıcı, satış bedelini ödeme yükümlülüğünden kurtulur. Bu durumda hasara, satıcı katlanmak zorunda kalır. Bozucu şarta bağlı satış sözleşmesinde ise şartın gerçekleşmesi ile mülkiyet geriye etki doğurarak satıcıya geri döner ve satıcı aldığı semeni alıcıya iade eder<sup>152</sup>. Mesafe satışı söz konusu olursa, satılanın ayırt edilmiş olması önemlidir. Ayırt edilmenin yapıldığı andan itibaren hasara alıcı katlanır<sup>153</sup>. En geç taşıyıcıya teslim anında satılanın ayırt edildiği kabul edilir. Ayırt edilmeden itibaren mülkiyet ve hasar alıcıya geçer<sup>154</sup>.

<sup>146</sup> Tescil işleminin yapılması ile üçüncü kişilerin iyi niyeti ortadan kalkmış olur. Aslanlı, 1952, 225.

<sup>147</sup> Tunçomağ, 1977, 38.

<sup>148</sup> Erişgin, 2010, 158.

<sup>149</sup> Feyzioğlu, 1980, 206; Altay, 2008, 110. Parça satışının söz konusu olduğu sözleşmede, hasarın geçişi için sözleşmenin kurulması yeterli olmayıp hükümlerini de doğurmaya başlamış olması aranmaktadır. Altay, 2008, 113.

<sup>150</sup> Erişgin, 2010, 155.

<sup>151</sup> Feyzioğlu, 1980, 206.

<sup>152</sup> Erişgin, 2010, 157; Aslanlı, 1952, 226.

<sup>153</sup> Çeşit satışında mülkiyetin ve hasarın alıcıya geçişinin, satılanın ayırt edilmesi yoluyla gerçekleştiği konusunda görüş birliği mevcuttur. Bu ayırt edilme durumu, Fransız Yüksek Mahkemesi tarafından

Fransız hukukundaki sözleşme ile hasarın geçişi ilkesi Roma hukukundaki teslim ilkesine benzemektedir. Roma hukukunda, malın teslimine değin satıcının malik olarak kalmasına karşın, Fransız hukukunda, sözleşmenin kurulmasından itibaren satılanın maliki alıcıdır<sup>155</sup>. Hasarın sözleşme ile alıcıya geçmesi, bazı sakıncaları da beraberinde getirmektedir. Alıcının, henüz zilyetliğine dahi girmemiş olan bir şeyin hasarlarına katlanması, sözleşmeden doğan borçların karşılıklılığı prensibine ve hakkaniyet anlayışına aykırıdır<sup>156</sup>. Çünkü alıcı, zilyetliği ele geçirmemiş olduğu için eşyadan yararlanamadığı gibi eşyayı koruma imkanı da yoktur. Satıcı, kendi mülkiyetinden çıkmış olan ve hasarına da katlanmak zorunda olmadığı bir şeye karşı, yeterince dikkat ve özen göstermeyebilir. Kaldı ki satılanın telef olması halinde, henüz satılanın bedelini almamışsa bile bunu alıcıdan isteyebilir.

### 1.3.2. İngiliz ve Amerikan hukukunda hasarın geçişi

İngiliz hukukunda hasarın geçişi, Fransız hukukundaki gibi sözleşmenin yapılmasından itibaren ortaya çıkacak hasarlara, alıcının katlanacağı şeklindedir. Mülkiyet de sözleşmenin yapılması ile birlikte ve teslimden önce alıcıya geçer. Bu yüzden, satılanın mülkiyeti kime aitse hasara da o katlanır<sup>157</sup>. Mülkiyetin hasar ile aynı anda, teslim olmadan geçişi, ticaret hayatında olumsuz sonuçlar doğurduğu için eleştirilmiştir<sup>158</sup>. Sözleşme ilkesi ile alıcı, satılan üzerinde fiili bir hâkimiyeti dahi olmadan hasara katlanmak zorunda kalır. Bu durum, ekonomik hayatta alıcının aleyhine sonuçlar doğurabilmektedir.

İngiliz hukukunda, taraflar arasında parça borçlarına ilişkin bir sözleşme kurulmuşsa, satılanın hasarı, malların mülkiyetinin devredildiği andan itibaren alıcıya geçer (1979 Sale of Goods Act art. (SGA) 20/1)<sup>159</sup>. Satılanın mülkiyetinin

---

satılanın teslimi ve mesafe satışlarında da satılanın taşıyıcıya teslimi olarak kabul görmektedir. Altay, 2008, 110.

<sup>154</sup> Aslanlı, 1952, 225; Erişgin, 2010, 158.

<sup>155</sup> Altay, 2008, 110.

<sup>156</sup> Feyzioğlu, 1980, 208; Tunçomağ, 1977, 40.

<sup>157</sup> Bakır, 1954, 1095, 1096; Akgün, 1953, 254; Aslanlı, 1952, 227.

<sup>158</sup> Acar, 2009, 13.

<sup>159</sup> SGA m. 20/1: “*Unless otherwise agreed, the goods remain at the seller's risk until the property in them is transferred to the buyer, but when the property in them is transferred to the buyer the goods are at the buyer's risk whether delivery has been made or not.*” Sale of Goods Act hükümleri <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1979/54> adresinden 23 Nisan 2014’de alınmıştır.

alıcıya geçmesi için teslim ihtiyacı yoktur. Satışa konu malların, satılmak üzere ayrılmış olması yeterlidir (SGA m. 16)<sup>160</sup>. Satılanın tesliminin, taraflardan birinin kusuruyla gecikmesi halinde, alıcı veya satıcıdan hangisi kusurluysa, kusurdan doğan zararlardan o sorumludur<sup>161</sup>.

Amerikan hukukunda, hasarın geçişi konusunda 1958’li yıllara kadar İngiliz hukukunun uygulandığı görülür. Fakat Amerikan hukukunda, Ortak Ticaret Kanunu’nun (UCC)<sup>162</sup>yürürlüğe girmesi ve Milletlerarası Mal Satışına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması’nın (CISG) kabulü<sup>163</sup> ile hasarın geçişinde, teslim ilkesi kabul edilmiştir.

### 1.3.3. İsviçre hukukunda hasarın geçişi

İsviçre hukukunda sözleşmenin yapılmasıyla beraber satılanın mülkiyeti alıcıya geçmez. Taraflar arasında satış sözleşmesine ek olarak aynı sözleşmenin de yapılması gerekir. Mülkiyetin geçişine ilişkin bu ilkeye ayrılık ilkesi denir. Ayrılık ilkesi, Türk hukukunda da uygulanmaktadır<sup>164</sup>.

İsviçre hukukunda hasar, satılanın, tam veya kısmen yok olması ya da kötüleşmesi sonucunda bir malvarlıksal kayba uğrama tehlikesi şeklinde tanımlanabilir<sup>165</sup>. Bu zarar, satılanın bozulması, çalınması, el koyulması gibi hallerde ortaya çıkabilir. Hasarın geçişi kavramı ise sözleşmenin kurulması ile ifası arasında, taraflara sorumluluk yüklenmeyen bir olay sebebiyle satıcının edimini yerine getirememesi halinde, edim veya karşı edim hasarının, satıcıya mı yoksa alıcıya mı ait olacağının tespitidir. eBK’nin yürürlükte olduğu 86 yıllık dönemde hasarın geçişine ilişkin uygulanan hükümler, İBK’nin aynı içerikteki hükümleriydi. Türk borçlar hukukundaki hasarın geçişi kavramının, günümüze kadarki tarihi gelişimini tespit edebilmemiz için, İsviçre hukukundaki hasarın geçişi kavramının incelenmesi gerekir.

---

SGA m. 16: “Where there is a contract for the sale of unascertained goods no property in the goods is transferred to the buyer unless and until the goods are ascertained.”

<sup>161</sup> Aslanlı, 1952, 212.

<sup>162</sup> UCC ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Acar, 2009, 20, 22.

<sup>163</sup> CISG’e taraf olan devletler, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/countries/cntries.html> adresinden 23 Nisan 2014’de alınmıştır.

<sup>164</sup> Tunçomağ, 1977, 38.

<sup>165</sup> Erişgin, 2010, 123.

İsviçre'deki hasarın geçişi ilkesinin tarihi gelişimi, oldukça karmaşık bir süreçte gerçekleşmiştir<sup>166</sup>. İlk olarak 1862 yılında yapılan konferansta bir kanun tasarısı hazırlanmıştır<sup>167</sup>. Bu tasarıda Prusya, Avusturya, Fransa kanunları göz önünde bulundurulmuştur<sup>168</sup>. 19. Yüzyılın sonlarına doğru kantonlar arasındaki hasara ilişkin farklılıkların giderilmesi için konferanslar yapılmıştır. 1881 yılında eski İBK'nın 204'üncü maddesi oluşturulmuştur<sup>169</sup>. Her iki düzenlemeye baktığımızda ilk düzenlemenin daha isabetli olduğu görülmektedir.

İsviçre Borçlar Kanununun hazırlandığı dönemde hasara ilişkin uygulamaya baktığımızda, İsviçre yasama tarihinin özelliklerine dayanan ve hukuki bir gerekçesi bulunmayan bir düzenlemenin yapıldığını görürüz. Hasarın geçişine ilişkin ilk düzenlemelerin yapıldığı bu dönemde, İsviçre'deki her bir kantonda farklı hukuk kuralları uygulanmaktaydı. Alman hukukunun etkisinde kalan kantonlar, satış sözleşmesinde hasarın geçişini, teslim anına; mülkiyetin geçişini ise zilyetliğin devrine bağlamak istiyordu. Fransız hukukunun etkisinde kalan kantonlar ise mülkiyetin ve hasarın geçişini, satış sözleşmesinin kurulma anına bağlamak istiyordu<sup>170</sup>. Uzun süren tartışmalara rağmen ortak bir Borçlar Kanunun yapılması mümkün olmuyordu. Daha sonra, her iki tarafın da uzlaşması ile karma bir sistemle hasarın geçişi kabul edildi. 10 Aralık 1907 tarihinde kabul edilen İBK'nın 185'inci maddesi ile satış sözleşmesinde hasarın geçişine ilişkin günümüzdeki düzenlemeye ulaşıldı. Satış sözleşmesinde mülkiyetin geçmesi, Alman hukukuna göre; hasarın geçişi ise Fransız hukukuna göre çözüme kavuşturuldu<sup>171</sup>. Bu karma düzenlemenin oluşmasında dönemin ticari koşullarının gerekleri etkili olmuştur<sup>172</sup>. Satış sözleşmesinde hasarın geçişine ilişkin yapılan düzenleme, Roma

<sup>166</sup> İsviçre hukukundaki hasarın geçişi ilkesinin ortaya çıkışına ilişkin birçok tasarı hazırlanmıştır. Bu tasarılarla ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Akıntürk, 1966, 72-78.

<sup>167</sup> Bu kanunun 402'inci maddesi hasarın geçişinde teslim ilkesine benzer bir düzenleme içermektedir. §402: *“Malın devrine ya da alıcının yetki sınırlarına gireceği ana kadar; gönderme satımında ise karşı tarafın kabulüne kadar satıcı, bu andan itibaren ise alıcı hasara katlanmak zorundadır”*. Cortesi, O. (1996). *Die kaufpreisgefahr*. Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 11 (dn. 40).

<sup>168</sup> Cortesi, 1996, 11.

<sup>169</sup> § 204: *“Özellikli bir durum olmadığı veya aksi kararlaştırılmadığı sürece satılanın yarar ve hasarı satış sözleşmesinin kurulmasıyla alıcı tarafa geçer. Satılan mal cins borcu ise ayırt edilme anında hasar geçer. Gönderme borcu söz konusu ise gönderme anından itibaren hasar alıcıya geçer”*.

*Koşullu satış sözleşmesi söz konusu ise koşulun gerçekleşmesiyle hasar alıcıya geçer”*.

<sup>170</sup> Schwarz, 1947, 162.

<sup>171</sup> Atamer, 2000, 137, 138; Altay, 2008, 112.

<sup>172</sup> Cortesi, 1996, 15.

hukukundaki “*hasar alıcıya aittir*” şeklindeki sözleşme ilkesine göre yapılmış oldu<sup>173</sup>.

İsviçre hukukunda hasarın geçişine ilişkin kabul edilen genel kurala göre, sözleşmenin kurulması ve ifası arasında, taraflardan herhangi birinin sorumlu olmadığı bir sebeple, sözleşmedeki edimin yerine getirilmesi imkânsız hale gelirse borçlu, borcunu ifa etmekten kurtulur (İBK m. 119/1)<sup>174</sup>. Borçlunun, borcunu ifa etmekten kurtulduğunda, alacaklı da semeni ödemek zorunda değildir (İBK m. 119/2)<sup>175</sup>. Satış sözleşmesinde hasarın geçişi, bu genel kuralın bir istisnası şeklinde düzenlenmiştir. Bu istisnai düzenleme, parça satışına ilişkindir. Parça satışının söz konusu olduğu bir satış sözleşmesinde, taraflara sorumluluk yükletilemeyen bir olay sonucunda, satıcının, söz konusu edimin ifasını imkânsızlık sebebiyle yerine getirememesi halinde, alıcı, satılanın bedelini ödemek zorundadır (İBK m. 185)<sup>176</sup>. Satıcının kusurundan veya yardımcısının davranışlarından ileri gelen bir sorumluluk sebebiyle malın telef olması veya zarara uğraması söz konusu ise burada hasar söz konusu olmayıp, satıcının zararı tazmin yükümlülüğüne başvurulur (İBK m. 97 vd.)<sup>177</sup>.

İsviçre hukukunda, hasarın geçişine ilişkin uygulanan karma düzen, birçok sakıncayı da beraberinde getirir. Bu karma yapı, Fransız hukukundaki satış sözleşmesinin kurulmasından itibaren satılanın hasarına, alıcının katlanması ilkesi ile Alman hukukundaki satılanın mülkiyetinin alıcıya teslim ile geçeceği ilkesinin birleşmesi sonucunda ortaya çıkmıştır. Satış sözleşmesinin kurulmasıyla hasarın alıcıya geçmesine karşın, satılanın mülkiyetinin teslimle geçmesi kuralı, doktrince, mantıksız, adaletsiz ve hakkaniyete aykırı olduğu belirtilerek yoğun şekilde eleştirilmiştir<sup>178</sup>. İsviçre hukukunda satış sözleşmesi, ancak mülkiyetin nakil

<sup>173</sup> Franko, N. (1998). Satım akdinde hasarın intikali (BK m. 183). *Prof. Dr. Ali Bozer’e armağan*, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 350; Feyzioğlu, 1980, 207.

<sup>174</sup> İBK m. 119/1: “Soweit durch Umstände, die der Schuldner nicht zu verantworten hat, seine Leistung unmöglich geworden ist, gilt die Forderung als erloschen.”

<sup>175</sup> İBK m. 119/2: “Bei zweiseitigen Verträgen haftet der hienach freigewordene Schuldner für die bereits empfangene Gegenleistung aus ungerechtfertigter Bereicherung und verliert die noch nicht erfüllte Gegenforderung.”

<sup>176</sup> İBK m. 185: “Sofern nicht besondere Verhältnisse oder Verabredungen eine Ausnahme begründen, gehen Nutzen und Gefahr der Sache mit dem Abschlusse des Vertrages auf den Erwerber über.”

<sup>177</sup> Erişgin, 2010, 124.

<sup>178</sup> Tandoğan, 2008, 110; Aslanlı, 1952, 229; Erişgin, 2010, 134; Serozan, 2006, 110; Bilge, 1971, 37; Atamer, 2000, 138; Feyzioğlu, 1980, 208; Schwarz, 1947, 162.

borcunu doğurur, mülkiyet teslimden önce alıcıya geçmez<sup>179</sup>. Maliki olmadığı birşeyin hasarına katlanmak zorunda kalan alıcı, adaletsiz bir düzenlemenin kurbanı olmaktadır<sup>180</sup>. Ekonomik hayatta satıcının, zarar gören mallarının bedelini, alıcıdan istemeyi düşünmemesine rağmen, satış bedelini alma hakkı satıcıya verilmektedir.

Yasa koyucu, satış sözleşmesinde hasarın geçişine ilişkin getirdiği maddenin, ekonomik ilişkilerde uygulanabilirliğinin ne kadar az olacağını tahmin etmiş olsa gerek; İBK m. 185/I'de getirdiği istisnalar<sup>181</sup> ile satıcıya imtiyazlar veren kuralı alıcı lehine çevirmeye çalışmıştır. Getirilen istisnalar, tarafların anlaşma ile sözleşmede aksini kararlaştırabilmesi, özel hal ve şartların gerektirmesi halinde bu kuralın uygulanmayacağı şeklindedir. Kurala ilişkin çok geniş istisnaların getirilmiş olması, bu kuralın uygulanmasını oldukça yumuşatmıştır. Maddenin ifadesinden de anlaşıldığı üzere, bu hüküm emredici olmayıp tamamlayıcı bir hukuk kuralıdır<sup>182</sup>. Taraflar, satış sözleşmesinde hasara ilişkin kuralı, istedikleri gibi belirleyebilirler.

İsviçre hukukunda yarar, hasarın geçişi ile aynı zaman diliminde alıcıya geçer. Satış sözleşmesinin kurulmasından itibaren, satılanın yararları alıcıya aittir (İBK m. 185/I). Erteleyici şarta bağlı bir satış söz konusu olduğunda, erteleyici şart gerçekleşmeden, satılan alıcıya teslim edilmişse, hasar, şartın gerçekleşmesi halinde alıcıya geçer. Buna karşın yarar, satılanın teslimi anında geçer (İBK m. 153/I)<sup>183</sup>.

### **1.3.4. Alman hukukunda hasarın geçişi**

#### **1.3.4.1. Genel olarak**

Alman hukukunda hasarın geçişi teslim ilkesine dayanır<sup>184</sup>. Bu ilke borçlar hukukumuz açısından oldukça önemlidir. Bunun sebebi ise BGB'deki satış sözleşmesinde hasarın geçişine ilişkin hükümlerin, 6098 sayılı TBK ile kabul

<sup>179</sup> Bilge, 1971, 37.

<sup>180</sup> İsviçre Federal Mahkemesi'nin bu adaletsiz kuralın katı bir şekilde uygulanmaması ve dar yorumlanması, istisnaların ise geniş tutulması yönünde verdiği kararlara rastlamaktayız. Altay, 2008, 114; Erişgin, 2010, 135.

<sup>181</sup> Hasarın geçişindeki istisnalara ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz. Üçüncü Bölüm, §6, II.

<sup>182</sup> Akıntürk, 1966, 72; Franko, 1998, 351; Atamer, 2012, 191.

<sup>183</sup> Erişgin, 2010, 133; Ansay, 1953, 454; Akıntürk, 1966, 71.

<sup>184</sup> Bilge, 1971, 36; Atamer, 2000, 137; Aslanlı, 1952, 220; Tunçomağ, 1977, 69; Erişgin, 2010, 175; Acar, 2009, 24; Altay, 2008, 111; Franko, 1998, 350; Feyzioğlu, 1980, 203; Akgün, 1953, 253.

edilmesidir. 818 sayılı eBK döneminde, İsviçre hukukundaki sözleşme prensibine göre hasarın geçişi ilkesi, uzun süre yürürlükte kalmıştır. Bu dönemde, doktrince yapılan haklı eleştirilerden sonra, adaletsiz ve haksız uygulamalara sebep olan bu kuralın yerine, hukuk sistemimize daha uygun olan teslimle hasarın geçişi ilkesi kabul edilmiştir<sup>185</sup>. Alıcı yönünden daha adaletli bir çözümün benimsenmiş olması, uygulamada ortaya çıkan problemlerin çözümünü kolaylaştırmıştır<sup>186</sup>.

Almanya'daki hasarın geçişi ilkesinin tarihi gelişimine baktığımızda, ana kuralın ortaya çıkmasında Cermen hukukunun temel alındığı görülür<sup>187</sup>. 1850'lerden sonraki kanunlaştırma sürecinde, getirilmiş olan kanun tasarılarında, hasarın geçişine ilişkin maddeler yer alır<sup>188</sup>. Alman hukukunda doktrindeki tartışmalarla şekillenen teslim ilkesi, son halini 2002 yılında yürürlüğe giren Borçlar Hukuku Hükümlerinin Modernleştirme Yasası (Schuldrechts Modernisierung) ile almıştır<sup>189</sup>. Bu yasada hasarın geçişine ilişkin alıcının temerrüde düşmesi halinde uygulanacak olan kurala yer verilmiştir. Alıcının temerrüde düşmesi halinde, malın teslim edilmiş olduğu kabul edilmiş ve böylece hasara, alıcının katlanması gerektiği kabul edilmiştir<sup>190</sup>.

#### 1.3.4.2. Edim ve karşı edim hasarı

Parça borçlarında, borçlu için edimin ifası imkânsız olursa, edimin tekrardan yerine getirilmesi borçludan istenemez (BGB m. 275/I)<sup>191</sup>. Bu durumda edim hasarına alacaklı katlanır. Cins borcunun söz konusu olduğu bir sözleşmede edim

<sup>185</sup> Doktrinde, satış sözleşmesinde hasarın alıcıya ait olduğuna ilişkin BK. 183 hükmünün, hakkaniyete aykırı ve adil olmayan bir düzenleme olduğu konusunda görüş birliği vardır. Çetiner, B. (2009). Yeni Türk Borçlar Kanunu'nda Yarar ve Hasarın İntikali ile Satıcının Ayıptan Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi. *İÜHFEM*, 67 (1-2), 98; Tandoğan, 2008, 111; Tunçomağ, 1977, 70; Serozan, 2006, 110; Atamer, 2012, 190; Erişgin, 2010, 147 vd.; Atamer, 2000, 133 vd.; Dinç, M. (2013). *Türk Borçlar Kanununda neler değişti?* (Altıncı Baskı). Seçkin Yayıncılık, 70.

<sup>186</sup> Cihan, H. (2013). 818 s. Borçlar Kanunu ve 6098 s. Türk Borçlar Kanunu yönünden karşılaştırmalı olarak satış sözleşmesinde yarar ve hasarın alıcıya geçişi. *Ersin Çamoğlu'na Armağan*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 272. Teslim ilkesi, bugünün ihtiyaçlarının karşılama açısından sözleşme ilkesinden daha geniş şekilde fayda sağlamaktadır. Tunçomağ, 1977, 71.

<sup>187</sup> Cermen sisteminde hayvan satışı esas alındığı için satılan kimin elinde ise hasara ve yararlara o katlanır. Ansay, 1953, 455; Aslanlı, 1952, 220.

<sup>188</sup> Bu tasarılar örnek olarak; 1861 tarihindeki Genel Alman Ticaret Kanunun 345'inci maddesi değişikliği ile gönderme şeklindeki ticari satışlarda taşıyıcıya teslim ile hasarın alıcıya geçişi düzenlemesi, Dresden ve Hessen Tasarısı ile Württemberg Kraliyet Ticaret Kanunu Tasarısı verilebilir. Erişgin, 2010, 171 (dn. 399).

<sup>189</sup> Erişgin, 2010, 172.

<sup>190</sup> Altay, 2008, 111 (dn. 292).

<sup>191</sup> Acar, 2009, 23.

hasarı ortaya çıkmışsa, ifa konusunun, cins içerisinde ayırt edilip ifaya tahsis olma anına bakılır. Ayırt edilme anından itibaren hasar, alacaklı üzerindedir (BGB m. 243/II). Çünkü borçlu, üzerine düşeni yerine getirmiş, cins borcu artık parça borcu haline gelmiştir.

Taraflara atfedilemeyen bir nedenle, ifa konusu şey yok olmuşsa, edimin imkânsızlaşması sebebiyle edim ve karşı edim hasarı ortadan kalkar. Bu durumda karşı edim hasarı, edim alacaklısı borçlu tarafından karşılanır (BGB m. 326/I). Alıcı, henüz kendisine ifa edilmemiş olan edimi isteyemez. Fakat eşyanın kötüleşmesi söz konusu ise karşı edim hasarına alıcı katlanır. Kötüleşme, karşı edim alacağını talep hakkını ortadan kaldırmaz. Kötüleşmiş olan eşya, alacaklıya teslim edilmişse, alacaklı, ayıba karşı tekeffül hükümlerinden doğan haklarını kullanabilir (BGB m. 437)<sup>192</sup>.

Karşılıklı borç doğuran sözleşmelerde hasarın geçişinin düzenlendiği BGB'nin 326/I'inci maddesi hasarın geçişine ilişkin genel kuralı belirtir. Bu kuralın istisnası niteliğinde olan BGB m. 446 ve 447'inci maddelerinde ise teslim esasının benimsenmesiyle satış sözleşmesinde hasarın, hangi andan itibaren alıcıya geçeceği düzenlenmiştir.

#### 1.3.4.3. Satış sözleşmesinde hasarın geçişi

Alman hukukunda, satış sözleşmesinde hasarın geçişine ilişkin düzenleme (BGB m. 446 ve 447), TBK m. 208 ile Türk borçlar hukukuna yeni getirilen hasarın geçişindeki teslim ilkesinin temelini oluşturur. BGB m. 446 hükmüne göre, satılan eşyanın beklenmedik bir hal sebebiyle ortadan kalkması veya kötüleşmesi tehlikesinde hasar, teslim ile birlikte alıcıya geçer<sup>193</sup>. Alıcıya teslim edilmemiş olan eşyanın hasarına satıcı katlanır. Bu sebeple satıcının, satılanı, bir an önce alıcıya ulaştırması gerekir. Aksi takdirde satılanın telef olması veya zarar görmesi halinde alıcıdan satılanın bedelini isteyemez.

Teslim ilkesinin kabul edilmesi ile birlikte, Roma hukukundan günümüze, birçok ülkede kabul edilmiş olan *“hasara alıcı katlanır”* kuralının uygulanmasından da

<sup>192</sup> Erişgin, 2010, 174.

<sup>193</sup> Teslim ile ne anlaşılması gerektiği doktrinde tartışmalıdır. Teslim ifadesini, zilyetliğin devri anlamıyla kabul edenler olduğu gibi mülkiyetin devri şeklinde anlamlandıranlar da vardır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Aslanlı, 1952, 221, 222.

vazgeçilmiştir<sup>194</sup>. Alman hukukunda taşınır malların mülkiyeti, satılanın teslimi yani zilyetliğin devri ile alıcıya geçmektedir<sup>195</sup>. Hasarın geçişindeki teslim fiili ile mülkiyetin alıcıya geçmesi zorunlu değildir<sup>196</sup>. Hasar, sadece mülkiyetin geçişini sağlayan teslim fiili ile alıcıya geçmez. Mülkiyet geçmese de teslimle beraber hasar alıcıya geçer. Burada teslim ile birlikte satılanın fiili hâkimiyetinin de alıcıya geçmesi gerekir. Fiili hâkimiyeti altında bulunduran kişinin, satılana daha iyi bakıp onu koruyacağı düşüncesi bu ilkenin temel dayanağıdır<sup>197</sup>. Satılanın mülkiyetinin alıcıya geçmediği, mülkiyeti saklı tutma kaydıyla yapılan satış sözleşmelerinde hasar, teslim ile alıcıya geçmektedir<sup>198</sup>.

Hasarla birlikte satılanın yararları da teslimle alıcıya geçer (BGB m. 446). Mecelleye ilişkin açıklamalarda belirtilen “*Külfet nimete ve nimet külfete göredir*” düsturuna göre, hasarı üzerine alan alıcı, elde edeceği yararları da üzerine almalıdır. Hasarın ile yararın alıcıya geçişi aynı anda gerçekleştiği için ikisi arasında zamansal açıdan bir paralellik kurulmuştur.

Satış sözleşmesinde hasarın geçişinin söz konusu olabilmesi için bazı koşulların bulunması gerekir. İlk olarak, geçerli bir satış sözleşmesinin kurulmuş olması gerekir<sup>199</sup>. Taraflar arasında kurulan satış sözleşmesiyle satıcıya, satılanın fiili egemenliği ve mülkiyetini alıcıya sağlama yükümlülüğü yüklenmektedir. Satıcı, teslim ile sözleşmenin ifasını yerine getirmiş olmaktadır. Fiili teslim yerine, dolaylı zilyetliğin alıcıya devredilmesi söz konusu olabilir. Bu durumda alıcının, zilyetlik ile satılardan elde ettiği ekonomik yararlar ölçüsünde hasara katlanması gerekir (BGB m. 868). Satılan, ayıplı şekilde alıcıya teslim edilmişse, bu teslim fiili hasarın alıcıya geçmesini sağlamaz<sup>200</sup>.

<sup>194</sup> Hasarın alıcıya geçmesi teslim ilkesine bağlandığı için hasarın geçişi geciktirilmiştir. Schwarz, 1947, 161.

<sup>195</sup> Atamer, 2000, 137; Schwarz, 1947, 161, 162. BGB m. 446'daki hasarın geçişindeki “*teslim*” terimi, doktrin ve yargı uygulamalarında geniş yorumlanıp, dolaylı zilyetliğin alıcıya sağlandığı zamanlarda da teslim koşulunun gerçekleştiği kabul edilmektedir. Çetiner, 2009, 99, 100.

<sup>196</sup> Acar, 2009, 15, 25.

<sup>197</sup> Bunun temelinde ise zilyedin eşyayı tehlikeye karşı koruyabileceği, satıcının, teslimle esas borcunu yerine getirmiş olduğu kabul edilir. Tunçomağ, 1977, 70; Altay, 2008, 111.

<sup>198</sup> Aslanlı, 1952, 223; Erişgin, 2010, 175.

<sup>199</sup> Acar, 2009, 24.

<sup>200</sup> Alıcı, parça borcu teşkil eden satış sözleşmelerinde, teslim edilen satılanın ayıplı olması halinde, sözleşmeyi feshedebileceği gibi satılanın yerine başka mal da isteyebilir. Aslanlı, 1952, 223; Erişgin, 2010, 176.

#### 1.3.4.4. İstisnai hükümler

Alman hukukunda, satış sözleşmesinde hasarın geçişine ilişkin temel kuralın dışında bazı istisnalara da yer verilmiştir. Taraflar, kendi aralarında, sözleşme özgürlüğüne uygun olarak, satış sözleşmesinde hasarın geçişine ilişkin bazı ek koşullar koyabilirler. Bunun yanında, hasarın geçişine ilişkin bazı istisnalar kanunda gösterilmiştir. Kanundaki istisnalara örnek olarak, alıcının, satılanı kabulde temerrüde düşmesi ile hasarın teslim edilmiş gibi alıcıya geçtiğinin kabulü (BGB m. 446)<sup>201</sup> ve gönderme satışında satılanın, taşıyıcıya teslimi ile hasarın alıcıya geçmesini (BGB m. 447/I)<sup>202</sup> sayabiliriz. Gönderme satışında, bağımsız taşıyıcıya, satılanın teslimi ile malın zilyetliği ve yararı geçmeden bedel hasarı alıcıya geçmektedir<sup>203</sup>. Bu hükmün temelinde, şüphe halinde alıcının, taşıma risklerine katlanması gerektiği düşüncesi vardır<sup>204</sup>. Burada hasarın geçişi, taşıyıcıya teslim anına dayanırken, yararın geçişi, satılanın alıcıya fiilen tesliminden itibaren başlar. Bu kural hem cins hem de parça borcunda uygulanır<sup>205</sup>. Mesafe satışında alıcı, malın taşınma şekli hakkında özel bir talimat vermişse ve satıcı da geçerli bir sebep bulunmaksızın bunun aleyhinde davranışta bulunmuşsa, ortaya çıkan zararlardan satıcı sorumlu olur (BGB m. 447/II).

Satış sözleşmesi, koşula bağlanmışsa, hasarın geçiş anı farklılık gösterebilir. Taraflar arasındaki sözleşme erteleyici koşulla yapılmışsa, koşul gerçekleşmeden sözleşme hüküm doğurmayacağından, hasar da alıcıya geçmez. Tabi ki taraflar aralarındaki sözleşme ile bu durumun aksini kararlaştırabilirler. Bozucu koşulla yapılan bir satış sözleşmesinde, satılan, alıcıya teslim edilmiş ve alıcının elinde iken hasara uğramışsa, bozucu şartın gerçekleşmesiyle birlikte baştan itibaren sözleşme geçersiz olur. Bu durumda, alıcının, bedeli ödeme yükümlülüğü ortadan kalkar. Satılan, alıcıya teslim edilmiş olsa bile, hasara satıcı katlanır<sup>206</sup>.

Almanya'da taşınmaz satışında, önceleri teslim yerine, tescil işleminin yapılmış olması hasarın alıcıya geçişi için aranmaktaydı. 2002 yılında yapılan reform

<sup>201</sup> 2002 yılındaki reformla, BGB m. 446'nın son cümlesine, alıcının temerrüde düşmesi halinde hasara kendisinin katlanması gerektiği eklenmiştir. Bu hüküm ile alıcının temerrüdü ile satılanın teslim edildiği kabul edilerek, temerrüt anından itibaren hasar alıcıya yüklenmiştir.

<sup>202</sup> Acar, 2009, 24.

<sup>203</sup> Aslanlı, 1952, 222.

<sup>204</sup> Altay, 2008, 112.

<sup>205</sup> Erişgin, 2010, 178.

<sup>206</sup> Aslanlı, 1952, 223.

değişiklikle taşınmazlarda hasarın geçişi, tescil yerine, taşınmazın alıcıya teslim anına bağlanmıştır. Bu değişikliğin gerekçesinde, henüz fiili hâkimiyetinde bulunmayan bir taşınmazın hasarına, tescilden itibaren alıcının katlanması, menfaatler dengesi açısından uygun olmaması gösterilmiştir. Bu hükmün getirilmesinde önceki düzenlemenin uygulamaya yabancı olduğu, tescilin hiçbir zaman teslimden önce gerçekleşmediği savunulmaktadır<sup>207</sup>.

---

<sup>207</sup> Çetiner, B. (2012). Yeni Türk Borçlar Kanunu'nda satım sözleşmesine ilişkin temel değişiklikler ve yenilikler., Şıpka, Ş., Yıldırım, A. C. (editörler). *Yeni Türk Borçlar Kanunu ve CISG'e göre satış sözleşmeleri*, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 22.

## 2. BÖLÜM

### SATIŞ SÖZLEŞMESİNDE HASARIN GEÇİŞİ VE ŞARTLARI

#### 2.1. Satış Sözleşmesinde Hasarın Geçişine İlişkin Düzenlemeler

##### 2.1.1. Genel olarak

Satış sözleşmesi, satıcının, satılan şeyin zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretme, alıcının ise buna karşılık bedel ödeme borcunu üstlendiği karşılıklı taahhütleri içeren (tam iki tarafa borç yükleyen) bir sözleşmedir (TBK m. 207). Kanun koyucunun bu ifadesi ile satıcı, sadece zilyetliği değil aynı zamanda mülkiyeti de alıcıya sağlamak zorundadır<sup>208</sup>. Mülkiyeti devir için tarafların mülkiyetin geçişi konusunda anlaşmış olması gerekir.

Genel olarak satış sözleşmesinde tarafların, borçlarını aynı anda ifa etmesi gerekir. Fakat günümüzde birçok sözleşmede, taahhüt ve tasarruf işlemleri arasında belli bir sürenin geçtiği görülmektedir. Bu süreçte satıcının satılanın mülkiyetini alıcıya devredinceye kadar umulmayan bir durum sebebiyle sattığı şeyin hasara uğrama riski vardır. Bu riske, hangi şart ve durumlarda sözleşmenin hangi tarafının katlanacağını tespiti gerekir.

Satış sözleşmesinde hasar, sözleşmenin yapılmasından sonra fakat ifasından önce satılanın, satıcının sorumlu olmadığı sebepler dolayısıyla telef olması veya zarara uğramasından dolayı, teslim borcunun ifasının veya gereği gibi ifasının imkânsızlaşmış olmasıdır. Bu imkânsızlık halinde, satılanın bedelinin, alıcıdan istenip istenemeyeceği veya önceden ödenmişse geri alınıp alınamayacağını belirlenmesine, satış sözleşmesinde hasarın geçişi denir<sup>209</sup>.

##### 2.1.2. 818 sayılı eBK m. 183'teki hasarın geçişi rejimi

Satış sözleşmesinde hasarın geçişine ilişkin 818 sayılı eBK'nın 183'üncü maddesi, 6098 sayılı TBK'nın 1.7.2012 tarihinde yürürlüğe girmesine kadar

<sup>208</sup> Satıcının, satılanın mülkiyetini devir borcu, alıcının temerrüde düşmesi halinde bile her halükarda devam eder. Akıntürk, 1966, 44 (dn. 73).

<sup>209</sup> Akıntürk, 1966, 11,30; Altay, 2008, 19; Nomer, Engin, 2013, 55, 57; Özdemir, 2011, 361.

uygulanmıştır. eBK m. 183/I'e göre, satış sözleşmesinde satılan şeyin yarar ve hasarı sözleşmenin kurulmasından itibaren alıcıya geçer. Hükümden de anlaşıldığı üzere eski borçlar kanunu döneminde satılanın hasarına genel olarak alıcı katlanmaktaydı. eBK m. 183/I hükmü, eBK m. 117/II'de yer alan sonraki imkânsızlık sebebiyle kusursuz olan borçlunun, borçtan kurtulması halinde kendisine ifa edilmemiş olan karşı edimi isteme hakkının sona ereceğine ilişkin hükme istisna teşkil etmekteydi<sup>210</sup>. Her ne kadar eBK m. 183'e atfen eBK m. 117/II'de, hasarın alacaklıya ait olduğu hallere ilişkin kanunda istisnaların bulunduğu belirtilmiş olsa da bu eBK m. 183'teki adaletsiz uygulamaya diğer maddelerin uyarlanmasından ibaretti.

İsviçre Borçlar Kanunu m. 185'in çevirisi olan eBK m. 183 hükmü, yarar ve hasarın geçişini sözleşme ilkesine dayandırmaktadır. Sözleşme ilkesine göre, satış sözleşmesinin kurulmasından itibaren satılanın yarar ve hasarı alıcıya geçer<sup>211</sup>. Sözleşmenin kurulmasından itibaren ortaya çıkan hasara, alıcının katlanması bazı sakıncaları da beraberinde getirir. Bunun asıl sebebi ise alıcının, henüz fiili hâkimiyetine girmemiş ve hasarı önleyebilme imkânının olmadığı bir zaman diliminde, satılanın hasarına katlanmak zorunda kalmasıdır. Sözleşmenin kurulmasıyla hasarın alıcıya geçmesi, hasara malikin katlanması gerektiğine ilişkin temel kurala aykırılık teşkil eder. Çünkü mülkiyetin alıcıya geçmesi için satılanın zilyetliğinin geçirilmiş olması gerekir. Sözleşme ilkesinin kabulü ile hasarın alıcıya yüklenmesi, ticari hayatta halkın hak duygusuna uymadığı gibi satıcıyı da aşırı derecede korumaktaydı<sup>212</sup>.

Satışta hasarın geçişi ilkesi, eBK m. 183 ile sadece parça borçlarına ilişkin bir düzenleme getirdiği için, cins borçlarının satışında ortaya çıkan hasarlarda ihtilaflara sebep olmaktaydı<sup>213</sup>. Satış sözleşmesinde hasarın alıcıya ait olması için satılanın ayırt edilmiş olması ve parça borcu niteliği taşıması gerekiyordu<sup>214</sup>. Satılan, sözleşmenin kurulmasından sonra satıcının sorumlu olmadığı bir imkânsızlık sonucunda yok olursa satıcı, edim borcundan kurtulduğu gibi satılanın

<sup>210</sup> Tunçomağ, 1977, 66.

<sup>211</sup> Sözleşmenin kurulması anını, hüküm doğurma anı olarak kabul etmek gerekir. Satış sözleşmesinin meydana gelmesi için açık bir kabul beyanını ihtiyaç varsa, kabul haberinin gönderilmesiyle; açık bir kabule ihtiyaç yoksa önerinin kabul edene vardığı andan itibaren hasar alıcıya geçer. Tunçomağ, 1977, 83.

<sup>212</sup> Feyzioğlu, 1980, 208; Tandoğan, 2008, 111.

<sup>213</sup> Akıntürk, 1966, 206.

<sup>214</sup> Tunçomağ, 1977, 75.

bedelini de isteyebilmektedir. Aksi kararlaştırılmadıkça satılanın, alıcının zilyetliğine girmesiyle satış bedelinin muaccel olmasına (eBK m. 210, TBK m. 234) bu durum istisna teşkil etmektedir. Satıcının henüz muaccel olmamış alacağını satılanın hasara uğraması sebebiyle bir anda alıcıdan isteyebilmesi anlamsız bir sonuçtu<sup>215</sup>. Alıcı henüz elinde dolayısıyla mülkiyetinde olmayan satılanın zarara uğraması halinde, hem edimi alamadığı gibi hem de kararlaştırılan bedeli de satıcıya ödemek zorundaydı<sup>216</sup>.

Satılanın tür olarak belirlenmesi ve henüz ayırt edilip ifaya hazır hale getirilmemesi halinde cins borcu söz konusu olur. Satılan cins borcu niteliği taşıyorsa hasara satıcı katlanır. Çünkü cins yok olmaz ilkesine göre telef olan satılanın yerine satıcı aynı cinsten başka bir şeyi alıcıya teslim edip borcundan kurtulur. Cins olarak belirlenmiş borçlarda imkânsızlık söz konusu olmaz<sup>217</sup>. Burada edim hasarı söz konusudur ve cins borçlarında edim hasarına borçlu katlanır.

Satış sözleşmesinin kurulmasından itibaren hasarın, alıcıya ait olması mutlak bir kural değildi. eBK m. 183'te açıkça halin icabından veya özel şartların varlığı<sup>218</sup> halinde bu kuralın uygulanmayacağı şeklinde istisnalar belirtilmiştir. Hasarın geçişine ilişkin getirilen kural adaletsiz sonuçlar doğurmaktaydı. Bundan dolayı birçok olayda istisnalara dayanarak kararlar verilmiş ve kuralın kendisi bir istisna haline dönüşmüştür<sup>219</sup>. Bu şekilde kuralın uygulanmasından vazgeçiliyor olması, kuralın dar, istisnaların geniş yorumlanmasına sebep olmuştur<sup>220</sup>.

Geciktirici şarta bağlı satışlarda eBK m. 183/III hükmüne göre devredilen şeyin yarar ve hasarı, şartın gerçekleşmesine kadar borçluda kalır. Kararlaştırılan şartın gerçekleşmemesi ve mülkiyetin alıcıya geçmemesi olasılığı vardır. Çünkü henüz şart gerçekleşmediği için tarafların hak ve borçları doğmamıştır<sup>221</sup>. Bu düzenleme

<sup>215</sup> Schwarz, 1947, 166.

<sup>216</sup> Nomer, Engin, 2013, 63.

<sup>217</sup> Akıntürk, 1966, 204.

<sup>218</sup> eBK m. 183/I'de yer alan "hususî şartların" varlığını, taraflar arasındaki sözleşme olarak anlamak gerekir. Nitekim İBK'daki karşılığı olan 185/I'de, "anlaşmalar" (Verabredungen) şeklinde belirtilmiştir. Akıntürk, 1966, 145 (dn. 1).

<sup>219</sup> Hasarın geçişine ilişkin kuralın, halkın genel anlayışına aykırı olduğuna ilişkin, İsviçre Federal Mahkemesinin 18 Nisan 1958 tarihli, BGE 84 II 158 kararı için bkz. Tunçomağ, 1977, 88, 89; Tandoğan, 2008, 114.

<sup>220</sup> Akıntürk, 1966, 147 vd.; Çetiner, 2009, 99; Erişgin, 2010, 135, 148.

<sup>221</sup> Tandoğan, 2008, 117 (dn. 53).

hem satış sözleşmesinde hasarın geçişine ilişkin eBK m. 183/I ve II'nin hem de koşulun gerçekleşmesinden itibaren alıcının yararların da sahibi olacağına ilişkin eBK m. 151 hükmünün istisnası şeklindedir. Satılan, alıcıya teslim edilmiş olsa bile sözleşmede öngörülen koşul henüz gerçekleşmemişse hasar satıcının üzerindedir.

Satıcı, satılanı ifa yerinden başka bir yere ve nakliyeciy aracılığıyla gönderiyorsa mesafe satışı söz konusudur. Taraflar, cins borcuna ilişkin mesafe satışı yapmışsa hasarın alıcıya geçebilmesi için satılanın ayırt edilmiş olması ve satıcının eşya üzerinden elini çekmiş olması gerekir (eBK m. 183/III). Parça borcuna ilişkin yapılan gönderme satışında, hasarın alıcıya geçmesi için satılanın, taşıyıcıya teslimi şart değildir. Ayırt edilme ile birlikte hasarın alıcıya geçtiği kabul edilir<sup>222</sup>. Mesafe satışına ilişkin düzenlemeye benzer bir hüküm TBK m. 208/III'te de yer almaktadır. Fakat yeni hükümde parça veya cins borcu ayrımı kaldırılmıştır. Satılanın taşıyıcıya tesliminden itibaren hasar alıcıya geçer.

### 2.1.3. 6098 sayılı TBK ile getirilen değişiklikler

6098 sayılı TBK'nın kabul edilmesiyle satış sözleşmesinde hasarın geçişine ilişkin yapılan değişiklikler, önemli bir reform olarak kabul edilebilir<sup>223</sup>. TBK m. 208'de yer alan satış sözleşmesinde hasarın geçişinin, taşınırlarda zilyetliğin devrine, taşınmazlarda tescile bağlanması TBK ile getirilen en önemli değişikliklerden biridir<sup>224</sup>. 818 sayılı eBK m. 183'ün yürürlükte olduğu dönemde hasarın geçişine ilişkin kural istisnai olarak uygulanmakta, istisnalar ise geniş yorumlanarak kural haline dönüşmekteydi<sup>225</sup>. Bu sebeple eBK m. 183 hükmü, halkın hak ve adalet duygusuna uygun olmadığı için uygulamada ölü doğan bir madde olarak görülebilir.

<sup>222</sup> Tunçomağ, 1977, 80.

<sup>223</sup> Kanun değişikliklerinin bir reform niteliğini taşımadığını savunan görüş için bkz. Çetiner, 2009, 97; Atamer, 2012, 187.

<sup>224</sup> Cihan, 2013, 282.

<sup>225</sup> Olgaç, S. (1970) *Kazai ve ilmi içtihatlarla Türk Borçlar Kanunu cilt - II* (İkinci Baskı). İstanbul: Hak Kitabevi, 29; Serozan, 2006, § 15 N13. Bu konuda İsviçre Federal Mahkemesinin "... yarar ve hasarın satım akdinde, sözleşmenin kurulmasıyla birlikte alıcıya geçtiği kuralı dar olarak uygulanmalı ve İBK m. 185/I (eBK m. 183/I)'in saklı tuttuğu (özel durumlar ve anlaşmalardan ileri gelen istisnalar) çok geniş kabul edilmelidir" şeklindeki kararı istisnaların önemini göstermektedir. Feyzioğlu, 1980, 220, 221; Tandoğan, 2008, 114.

Satış sözleşmesinde hasarın geçişine ilişkin sözleşme ilkesinden, teslim ilkesine geçilmesinde BGB m. 446 ile CISG m. 69'un etkisi büyüktür<sup>226</sup>. Yarar ve hasarın geçişinin satılanın zilyetliğinin devri anına bağlanması, artık teslim ilkesine geçildiğini gösterir. Kanun koyucu teslim ifadesi yerine daha kapsamlı olan zilyetliğin devrini kullanmayı tercih etmiştir.

Sözleşme ilkesinde sözleşmenin kurulmasından itibaren hasar, alıcıya geçmekte ve alıcı kendi kontrolü dışında olan ciddi bir sorumluluk altına girmektedir. Borçlunun, sorumlu olmadığı hasarlara, satılan, henüz elinde olmamasına rağmen alıcı katlanıyordu. Sözleşme ilkesi ekonomik hayatı olumsuz yönde etkilemekteydi. Onun yerine teslim ilkesinin getirilmesiyle hasar konusunda alıcı ve satıcı açısından problemlerin adaletli şekilde sonuçlanması sağlanacak; böylece hasarın geçişi kuralı hukukumuzda daha hızlı şekilde adapte olacaktır. Çünkü yeni değişikliklerle birlikte hasarın geçişi ile mülkiyetin geçişi arasında paralellik kurulmaya çalışılmış<sup>227</sup>, alıcının, henüz fiili hâkimiyetine girmemiş olan şeyin hasarına katlanmak zorunda kalması ve bu sebeple mağdur olması engellenmiştir<sup>228</sup>. eBK m. 183'teki hasarın geçişi prensibi, istisnasız tüm hukukçular tarafından haklı şekilde eleştirilmekteydi<sup>229</sup>. Yeni getirilen düzenlemeye ilişkin bazı eleştiriler yapılsa da alıcının haklarının korunması açısından, bu değişikliklerin büyük ölçüde yararlı sonuçlar doğuracağını kabulü ile söz konusu değişiklikler doktrinde, genellikle olumlu karşılanmıştır<sup>230</sup>.

Yararın geçişi ile hasarın geçişi arasındaki paralellik TBK ile de korunmuştur. Satılanın yararları, zilyetliğin devrinden itibaren alıcıya geçer. Eski düzenlemede satılanın yararları sözleşmenin kurulması anından itibaren alıcıya aitti. Bununla birlikte satış sözleşmesinin kurulması ile satılanın semere vermesi çok istisnai durumlarda ortaya çıkmaktadır. Çok sınırlı şekilde yarar elde etme riskine karşı, satıcının kusursuz olduğu hemen hemen bütün zararlara, alıcının katlanıyor oluşu adaletsiz bir uygulamaydı. Yeni değişiklikle satılan, kimin zilyetliğindeyse, yararları

<sup>226</sup> Borçlar Kanunumuzun gerekçesinde belirtildiği gibi satış sözleşmesinde hasarın geçişi, BGB m. 446, 447 ve CISG m. 67 ve 69'dan etkilenecek hazırlanmıştır.

<sup>227</sup> Hasarın geçişi ve mülkiyetin geçişi anı her zaman aynı anda gerçekleşmeyebilir. Bu duruma örnek olarak, mesafe satışı ile alıcının temerrüdü halinde hasarın geçişini verebiliriz.

<sup>228</sup> Nomer, Engin, 2013, 64.

<sup>229</sup> Tandoğan, 2008, 110; Serozan, 2006, 110 vd.; Atamer, 2000, 136; Erişgin, 2010, 22, 130, 147; Aslanlı, 1952, 229; Serozan, 2006, 193, 194; Bilge, 1971, 37; Feyzioğlu, 1980, 208 vd.; Akıntürk, 1966, 110 vd.

<sup>230</sup> Atamer, 2012, 190; Aral, Ayrancı, 2012, 75; Çetiner, 2012, 18; Cihan, 2013, 282; Özdemir, 2011, 364.

da ona aittir. Satılanın mülkiyetinin geçişi ile yararlarının geçişinin aynı anda olması sağlansaydı daha yerinde bir düzenleme olurdu.

Zilyetliğin devriyle yani ifa borcunun yerine getirilmesi ile yarar ve hasarın geçmesi prensibi, TBK m. 136'daki sözleşmenin ifası ile edim hasarının geçeceğine ilişkin kural ile uyumludur<sup>231</sup>. TBK m. 208 ile yarar ve hasarın geçişi, zilyetliğin devrine bağlandığı için zilyetliğin devri anına kadar edim hasarı satıcının üzerinde kalmaktadır. Bu dönemde satılanın telef olması veya zarara uğraması halinde söz konusu hasara satıcı katlanır. Zilyetliğin devrinden itibaren edim hasarı alacaklıya geçer<sup>232</sup>.

#### **2.1.4. Hasarın geçişine ilişkin kuralın hukuki niteliği**

Satış sözleşmesinin kurulması ile satılanın alıcıya teslim edileceği süreçte, kural olarak ortaya çıkan hasarlara satıcı katlanır. Fakat bu hüküm emredici değil, tamamlayıcıdır. Çünkü taraflar, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde, aralarındaki sözleşmede hasarın geçişini, daha farklı şekilde kararlaştırabilirler. Bu kurala ilişkin istisnalar kanunda belirtilmiştir.

Satış sözleşmesinde hasarın geçişine ilişkin olarak, önceki kanun döneminde önemli yer tutan birçok kurala yeni TBK ile son verilmiştir. Bu konudaki önemli değişikliklerden bir tanesi, parça ve cins borcu ayrımının hasarın geçişinde önemini kaybetmesidir (eBK m. 183/II). Zilyetliğin devriyle yarar ve hasarın alıcıya geçeceği kuralı, hem parça hem de cins borçları için geçerlidir. Artık satılanın ayırt edilmesi koşulu, hasarın geçişi için aranmamaktadır. Ayırt etmenin öneminin azalması sebebiyle hasarın geçişi açısından satılanın ayırt edilme anının belirlenmesine de gerek kalmamıştır<sup>233</sup>. Cins borcu niteliğinde olan bir şeyin tedarik edilmesi ve zilyetliğin ifa amacıyla devri anında borcun konusu somutlaşıp parça borcuna dönüşür<sup>234</sup>. Parça ve cins borcu ayrımının kalkmasının temelinde, hasarın alıcıya hangi anda geçtiğine bakılması yerine, hasarın hangi ana kadar satıcıda kalacağını esas alınmasıdır. Geciktirici koşula bağlı satışta yarar ve hasarın geçişi maddeden çıkartılmıştır (eBK m. 183/III).

---

<sup>231</sup> Yavuz, 2013, 34.

<sup>232</sup> Özdemir, 2011, 365.

<sup>233</sup> Yavuz, 2013, 38.

<sup>234</sup> Nomer, Engin, 2013, 64.

### 2.1.5. Satış sözleşmesinde imkânsızlık kavramı ve kaim değer meselesi

#### 2.1.5.1. İmkânsızlık kavramı ve borçlunun sorumlu olmadığı sonraki imkânsızlık

Satış sözleşmesinde hasarın geçişine ilişkin kuralın anlaşılabilmesi için ilk olarak imkânsızlık kavramının, daha sonra borçlunun sorumlu olmadığı sonraki imkânsızlığın incelenmesi gerekir. Satış sözleşmesi karşılıklı borç doğuran bir sözleşmedir. Bu nedenle karşılıklı borç doğuran sözleşmelerde hasarın geçişine ilişkin TBK m. 136/II hükmünün anlaşılması TBK m. 208'deki hasar rejiminin kavranması açısından önem arz eder. Çünkü satış sözleşmesinde hasarın geçişi düzenlemesi, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdeki hasarın geçişine ilişkin kuralın bir istisnası olarak özel hükümler bölümünde incelenmiştir.

Genel olarak ifa edilemeyen veya ifa edilemez duruma gelen bir edim imkânsızdır<sup>235</sup>. İmkânsızlık kavramı denince, borçlunun elinde olmayan (olağanüstü hal veya mücbir sebep<sup>236</sup>) veya bizzat borçlunun fiilinden ya da tarafsız etki alanında oluşan hastalık, hırsızlık, kaza, doğa felaketi ve kamusal yasaklar<sup>237</sup> gibi edimin ifasını engelleyen unsurlar akla gelir<sup>238</sup>. Kısacası alacaklının, ifayı elde edemeyeceği tüm durumlar imkânsızlık olarak sayılmalıdır<sup>239</sup>. İmkânsızlık, maddi bir sebepten ortaya çıkabileceği gibi, hukuki bir

<sup>235</sup> Dural, 1976, 7.

<sup>236</sup> Mücbir sebebin, borçluyu borcundan kurtaran, borçlunun kusurlu olmadığı bir İmkânsızlık olduğu konusunda doktrinde görüş birliği vardır. Akıntürk, 1966, 51 vd.; Bozer, 2007, 223; Arslanlı, 1947, 1452; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, 1993, 1003; Oğuzman, Öz, 2013, 460; Gümüş, 2013, 30; Feyzioğlu, 1980, 205. YHGK'nın E. 1984/11-39, K. 1984/426, 18.04.1984 tarihli kararında mücbir sebebin tanımı ve unsurları açıkça belirtilmiştir: "...mücbir sebep, borcun ifasına engel olan ve herhangi bir kimse tarafından alınacak, tedbirlere rağmen önüne geçilmesine imkan olmayan beklenmedik, harici ve borçlunun iradesi dışında meydana gelen bir olaydır. Başka bir deyimle, seçilemeyen ve karşı konulamayan bir hadiseyi ifade eder. Borçlu, beklemediği önüne geçemediği ve kendisine ispat olunamayacak bir sebeple borcunu yerine getirememesinden dolayı sorumlu tutulamaz. Bir hadisede mücbir sebebin söz konusu olabilmesi için eBK'nun 117. maddesi hükmünce borcun yerine getirilmesine engel olan durumun borçlunun iradesi dışında ve akit yapıldıktan sonra ortaya çıkmış bir durum olması şarttır..." YHGK'nın E. 1984/11-39, K. 1984/426, 18.04.1984 tarihli kararı <http://www.kazanci.com> adresinden 21 Nisan 2014'de alınmıştır.

<sup>237</sup> Kamusal yasakların imkânsızlık oluşturup oluşturamayacağına ilişkin farklı görüşler için bkz. Dural, 1976, 15.

<sup>238</sup> Cins borçlarında, kural olarak imkânsızlık söz konusu olmamaktadır. Oğuzman, Öz, 2013, 9 vd.; Gümüş, 2013, 31.

<sup>239</sup> Oğuzman, Öz, 2013, 456.

sebepten de ortaya çıkabilir<sup>240</sup>. Ayrıca alacaklının etki alanından (kurtarılabileceği) geminin kendi çabasıyla kurtulması) kaynaklanan tüm imkânsızlıklar da bu kapsama girer<sup>241</sup>. Edimin ifası, teorik olarak mümkün gözükse de edimin ifası için harcanması gereken emek ve paranın edimin değerinden çok daha fazla olması halinde imkânsızlık var kabul edilir<sup>242</sup>. Borçlunun edimi, sözleşme kurulurken zaten imkânsızsa veya sözleşmenin ifa edileceği zaman imkânsız olacağı bariz şekilde belli ise burada başlangıçtaki imkânsızlık söz konusudur. Sözleşme kurulurken edimin ifası mümkün, fakat kurulduktan sonra imkânsızlaşıyorsa, burada sonraki imkânsızlık durumu vardır<sup>243</sup>.

İfa imkânsızlığı, mevcut bir borcun doğumundan itibaren, ifasının elde edilemez hale gelmesidir. İfa imkânsızlığı çoğunlukla parça borçlarında söz konusu olur. Cins borçlarında borçlu, aynı cinsten başka bir şeyle ifa borcunu yerine getirebilir. Cins borçlarında cins yok olmayacağı için imkânsızlık da söz konusu olmaz ve edim hasarına borçlu katlanır<sup>244</sup>. Yeter ki o cins yeryüzünden kalkmış olmasın. Örneğin, para borçlarında imkânsızlık söz konusu olmaz. Satılanın parasına ilişkin imkânsızlık yarar ve hasar hükümlerinin dışında kalır ve bu durumda TBK m. 208 hükmünün uygulama yeri yoktur<sup>245</sup>. Borçlanılan edime ilişkin çeşidin, belirli bir yerden (örneğin belli bir depodan) sağlanacağı taahhüt edilmişse, sınırlı cins borcu söz konusudur. Sınırlı cins borcunda istisnai olarak sözleşmenin kurulması ile ifası arasında borçlanılan cinsten şeylerin satıcı veya alıcıya isnat edilemeyen sebeplerle yok olur veya kötüleşirse edimin ifası imkânsız hale gelebilir<sup>246</sup>. Bu durumda da borçlunun borcu sona erer ve edim hasarı alıcıdadır (TBK m. 136/I).

Borçlu, genel olarak edimin imkânsız hale gelmesinden sorumlu olmalıdır<sup>247</sup>. Edimin ifası, borçluya yükletilemeyen sebeplerle imkânsız olursa, borçlu

<sup>240</sup> Arslanlı, 1947, 1457; Nomer, Engin, 2013, 56; Akıntürk, 1966, 158-162.

<sup>241</sup> Serozan, 2006, § 15 N4.

<sup>242</sup> Teslimi taahhüt edilen bir yüzüğün okyanusun en derin yerinde kaybolması yazarlar tarafından örnek gösterilmiştir. Yüzüğün çıkarılması fiziksel olarak mümkün olsa da, harcanması gereken emek ve para elde edilecek sonuca göre göze alınmayacak kadar fazladır. Dural, 1976, 8; Oğuzman, Öz, 2013, 461; Serozan, 2006, § 14 N10; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, 1993, 904.

<sup>243</sup> Dural, 1976, 7, 120; Nomer, Engin, 2013, 56 (dn. 46).

<sup>244</sup> Arslanlı, 1947, 1462; Nomer, Engin, 2013, 58.

<sup>245</sup> HGK. 04.11.1957 T. 8. T/32, K. 28 (Olgaç, 1970, 39); Dural, 1976, 144.

<sup>246</sup> Nomer, Engin, 2013, 60. Genel ve sınırlı çeşit borcuna konu olan satılanın ithal ve ihracı sözleşmenin kurulmasından sonra tamamen yasaklanmışsa yine ifa imkânsızlığı ile karşılarız. Serozan, 2006, § 14 N14; Oğuzman, Öz, 2013, 461, 570; Eren, 2014, 1301.

<sup>247</sup> Önemli olan ayırım borçlunun kusurunun bulunup bulunmaması değil, onun imkânsızlıktan sorumlu olup olmadığıdır. Oğuzman, Öz, 2013, 456; Dural, 1976, 109, 120.

imkânsızlıktan sorumlu olmaz. Buna karşın, borçlunun kendi kusurundan dolayı edimin ifası imkânsız olmuşsa, borçlu imkânsızlıktan sorumlu olur. Fakat bazı hallerde borçlu, kusurlu olmasa da imkânsızlıktan sorumlu olur<sup>248</sup>. Bu yüzden *“borçlunun sorumlu olmadığı sonraki imkânsızlık”* deyimi, *“kusursuz sonraki imkânsızlık”* deyiminden daha doğru ve daha geniştir<sup>249</sup>.

Borçlunun borcundan kurtulabilmesi için, imkânsızlığın sonradan ortaya çıkması, devamlı olması ve imkânsızlığın ortaya çıkmasında borçlunun sorumlu olmaması gerekir<sup>250</sup>. Sözleşme kurulurken imkânsızlık söz konusu ise TBK m. 136 yerine TBK m. 27/1'deki kesin hükümsüzlük yaptırımı uygulanır<sup>251</sup>. Şarta ya da zamana bağlı bir ifa söz konusuysa, şartın gerçekleşmesi ya da sürenin dolması esnasında ortaya çıkan imkânsızlıklar, sonradan sayılacağı için TBK m. 136 hükmü uygulanır<sup>252</sup>. Sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan ifa imkânsızlığında, borçlu veya yardımcıların sebep olmadığı<sup>253</sup>, imkânsızlık olgularının doğa olayları, kamu makamlarının engellemeleri, alıcı<sup>254</sup> veya üçüncü kişinin eylemleri gibi önceden tespit edilmeyen, zorlayıcı nedenlerle gerçekleşmesi halinde (örneğin; deprem ve sel) borçlu bu rizikolardan sorumlu olmaz. Borçlunun bu durumlarda ifası imkânsızlaşan edimden kurtulmuş olduğu kabul edilir<sup>255</sup>.

#### 2.1.5.2. Sübjektif ve objektif imkânsızlık ayrımı

Borcun borçlu tarafından yerine getirilemez olmasına rağmen, başkaları tarafından yerine getirilmesi mümkün ise sübjektif imkânsızlık, başkaları tarafından da yerine getirilmesi mümkün olmayan bir borç söz konusu ise objektif imkânsızlık

<sup>248</sup> Borçlunun kusurlu olmasa bile sorumlu olacağı hallere örnek olarak; cins borçlarında tekrardan ifa etme yükümlülüğünü, yardımcı kişilerin fiilinden sorumluluğu (TBK m. 116), temerrüde düşen borçlunun beklenmedik halden sorumluluğu (TBK m. 119), para borçlarında kusursuz şekilde temerrüde düşse de temerrüt faizinden sorumluluğu (TBK m. 120), sözleşme ile mücbir sebep ve umulmayan halden doğan imkânsızlıktan sorumlu olacağının kabulü halinde sorumlu olması gösterilebilir. TBK m. 136 hükmü emredici değil düzenleyici bir kuraldır. Eren, 2014, 1302; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, 1993, 999.

<sup>249</sup> Dural, 1976, 110; Eren, 2014, 1301; Oğuzman, Öz, 2013, 572.

<sup>250</sup> Akıntürk, 1966, 12; Özdemir, 2011, 361.

<sup>251</sup> Arslanlı, 1947, 1457; Eren, 2014, 1300; Oğuzman, Öz, 2013, 459; Bozer, 2007, 198, 248.

<sup>252</sup> Dural, 1976, 120.

<sup>253</sup> 13. HD, 05.07.2004, E. 2004/1640, K. 2004/10820: *“Satıcı hafif veya ağır, doğrudan ve dolaylı kusur ile zararın meydana gelmesine neden olmuşsa hasar alıcıya geçmez.”* (Kazancı Otomasyon) Nomer, Engin, 2013, 61 (dn. 51).

<sup>254</sup> Alacaklının kusuruyla borcun sona ermesi söz konusu ise borçlunun borcu da sona erer. Bu durum, TBK m. 136/1'deki borçlunun sorumlu olmadığı bir sebep olarak kabul edilir.

<sup>255</sup> Oğuzman, Öz, 2013, 455, 568 vd.; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, 1993, 904; Tunçomağ, 1977, 65.

söz konusudur<sup>256</sup>. Sübjektif imkânsızlıkta dürüstlük kuralı uyarınca ifanın gerçekleşme ihtimali oldukça düşük olmadıkça, imkânsızlığın sonuçları uygulanmamalıdır<sup>257</sup>. İmkânsızlığın sübjektif veya objektif olması, sonraki kusursuz imkânsızlık sebebiyle ifanın yapılamaması sonucunu değiştirmez<sup>258</sup>. Alman hukukundaki *“borç ilişkisinin kurulmasından sonraki borçlunun sübjektif imkânsızlığı objektif imkânsızlığına eşittir”* (BGB m. 275/II) hükmüyle problem çözülmüştür<sup>259</sup>. Alman hukukunda hem sübjektif hem de objektif imkânsızlığın borcu sona erdiren bir sebep olarak öngörülmesine karşın TBK’da bu şekilde bir düzenleme mevcut değildir.

Kişiye sıkı sıkıya bağlı bir edim söz konusu olduğunda, bu edimin ifasının imkânsız hale gelmesinde sübjektif değil objektif imkânsızlık söz konusudur<sup>260</sup>. Bu tarz bir edim borçlunun kişisel özellikleriyle sıkı bir bağ içindedir. Örneğin bir heykeltıraş geçirdiği kaza sonucu elini kullanamayacak şekilde zarar görmüşse, onun yaptığı eser sözleşmesi objektif imkânsızlık sebebiyle sona erer. Sonraki imkânsızlığın sürekli olması gerekir. Heykeltıraşın eli kısa süre içinde iyileşebiliyorsa borç sona ermez.

### 2.1.5.3. Kısmi imkânsızlık

Sonraki imkânsızlık tam veya kısmi şekilde olabilir. Kısmi ifa imkânsızlığı için edimin bölünebilir bir edim olması gerekir. Tarafların iradesinden veya sözleşmenin amacından edimin bölünebilir bir edim olup olmadığı anlaşılabilir. Sözleşme ilişkisinde bölünebilir bir edim bulunuyor ve bunun bir kısmı ifa edilemiyorsa kısmi imkânsızlık söz konusudur. Örneğin bir satış sözleşmesinde satılan atlardan bir kısmının telef olması halinde edim kısmen imkânsızlaşır. Bu durumda borçlu, imkânsızlıktan sorumlu olmadığı kısım için yani edimin imkânsızlaşan bölümü için borcundan kurtulur<sup>261</sup>. Fakat kısmi imkânsızlık sebebiyle ifa edilebilen edim, alacaklının hiçbir çıkarına hizmet etmiyorsa, borçlu

<sup>256</sup> Feyzioğlu, 1980, 205; Bozer, 2007, 199.

<sup>257</sup> Oğuzman, Öz, 2013, 569.

<sup>258</sup> Tunçomağ, 1977, 65.

<sup>259</sup> Dural, 1976, 120; Serozan, 2006, § 14 N9; Oğuzman, Öz, 2013, 569; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, 1993, 904; Eren, 2014, 1300; Bozer, 2007, 199, 248.

<sup>260</sup> Eren, 2014, 1300; Oğuzman, Öz, 2013, 569.

<sup>261</sup> Dural, 1976, 177.

için kısmi ifa mümkün olsa da tam imkânsızlığın hüküm ve koşullarını uygulamak gerekir<sup>262</sup>.

Kısmi ifa imkânsızlığına ilişkin olarak yeni getirilen TBK m. 137'ye göre *“borcun ifası borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle kısmen imkânsızlaşırsa borçlu, borcunun sadece imkânsızlaşan kısmından kurtulur”*. Bu kurala ilişkin istisnalardan biri, tarafların kısmi ifa imkânsızlığını önceden öngörmesi halinde, bu şekilde bir sözleşme yapmayacaklarının açıkça belli olmasıdır. Bu durumda tam imkânsızlıktaki sonucun ortaya çıkıp çıkmayacağı tartışılabilir<sup>263</sup>. TBK m. 27/II'deki kesin hükümsüzlük yaptırımına paralel olarak, kısmi imkânsızlığı taraflar önceden öngörebilseydi, sözleşmenin hiç yapılmayacağı anlaşılıyorsa borcun tamamı sona erer<sup>264</sup>. Bu konudaki diğer bir istisna ise karşılıklı borç doğuran sözleşmelerde görülür. Taraflardan birinin borcu, kısmen imkânsızlaşır ve alacaklı taraf, kalan kısmın ifasına razı olursa karşı edimi de o oranda öder. Eğer alacaklı kısmen ifaya razı olmaz veya karşı edim bölünemeyen bir şeyse, tam imkânsızlık hükümlerine göre borcun tamamı sona erer (TBK m. 137/II).

Kısmi imkânsızlığın söz konusu olduğu bir borç ilişkisinde, ifanın yapılması ya da borcun sona ermesi alacaklının isteğine bağlıdır. Fakat burada, hasarın borçluya ya da alacaklıya ait olması önemlidir. Hasar alacaklıya aitse, sözleşmeden aksi anlaşılmadıkça, geri kalan kısmı ister kabul etsin ister etmesin alacaklı, kendi edimini tam olarak yerine getirmek zorundadır. Alacaklı alacağın imkânsızlaşmayan kısmından başka bir şey de talep edemez<sup>265</sup>. Örneğin, satış sözleşmesinde temerrüde düşen alıcının, borçlunun sorumlu olmadığı sonraki imkânsızlık sebebiyle hasara katlanması gerekir. Para borcunun tamamını ödemesi gerektiği gibi satılanın kalan kısmıyla yetinmek zorundadır. Alıcı temerrüdünde borçlu, borcundan kurtulurken, alıcıdan da karşı edimi talep edebilir. BGB m. 324 ile TBK m. 208/II'de bu konuya ilişkin düzenleme mevcuttur<sup>266</sup>. Alacaklının yüzünden olmasa da alacaklının etki alanında gerçekleşen bir ifa

<sup>262</sup> Örneğin birlikte koşmak için yetiştirilmiş koşum atlarının satışı söz konusu ise dördünden ikisinin telef olması, tam imkânsızlık sonucunu doğurur. Dural, 1976, 92, 180.

<sup>263</sup> Öz, 2012, 23.

<sup>264</sup> Yeniocak, U. (2013). 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun getirdiği yenilikler ve değişiklikler (İkinci Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık, 166.

<sup>265</sup> Oğuzman, Öz, 2013, 578; Dural, 1976, 181

<sup>266</sup> Ayrıntılı bilgi için alıcı temerrüdünde hasarın geçişi konusuna bkz. Üçüncü Bölüm, §6, IV, D.

imkânsızlığı mevcutsa, karşı edim hasarı alacaklıyla borçlu arasında paylaştırılır. Bu durumda borçlu, bir bakıma masrafları ile yatırım risklerinden kurtulmuş olur<sup>267</sup>.

#### **2.1.5.4. İmkânsızlık halinde borçlunun ihbar yükümlülüğü**

İmkânsızlık, borçluyu salt asli edim yükümlülüğünden kurtarmakla beraber ikincil edim yükümlülüklerinden kurtarmaz. Borçlu imkânsızlık halinde kaim değeri devretme veya edimi iade yükümlülükleriyle imkânsızlaşan edimi alacaklıya bildirme yükümünden kurtulamamaktadır (TBK m. 136/III)<sup>268</sup>.

Borçlunun alacaklıya olan ihbar yükümlülüğüne ilişkin olarak yeni ihdas edilen TBK m. 136/III'e göre, borçlu, borcun ifasının imkânsızlığına ilişkin, alacaklıya bildirimde bulunmaz ve zararın artmasını önleyecek gerekli tedbirleri almazsa, bu sebeple ortaya çıkacak zararları ödemek zorundadır. Buradaki zarar hesaplanırken, edimin değerine ilişkin alacaklının çıkar kaybını değil, borçlunun söz konusu imkânsızlığı baştaki uygun zamanda alacaklıya bildirmiş olsaydı veya zararı azaltacak tedbirler alsaydı alacaklının uğramayacağı zararlar göz önüne alınır<sup>269</sup>. Kanuna bu hüküm eklenmeden önce doktrinde TMK m. 2'de yer alan dürüstlük kuralına atıfla, borçlunun ihbar yükümlülüğü kabul edilmekteydi<sup>270</sup>. Getirilen bu hükümle dürüstlük kuralına başvurma zahmeti kaldırıldığı için yerinde bir değişiklik olmuştur<sup>271</sup>.

#### **2.1.5.5. Edimin yerine geçen (kaim) değer meselesi**

İmkânsızlaşan edim, borçlu tarafından yerine getirilmez. Bu edim yükünün sönüp düştüğü kabul edilir. Pekâlâ, edim yükünün düşmesiyle beraber edimin yerini tutan kamulaştırma bedeli, sigortadan alınan sigorta bedeli, üçüncü bir kişinin malı tahrip etmesi sebebiyle elde edilen tazminat gibi satılan malın dışında, satıcının elinde kalan değerlerin akıbeti ne olacaktır? Sorumlu olmadığı sonraki imkânsızlık sebebiyle borçtan kurtulan borçlunun, ifası imkânsızlaşan edimin yerine üçüncü bir kişiden elde ettiği maddi değerlere kaim değer denir<sup>272</sup>. Bu kaim

<sup>267</sup> Serozan, 2006, § 15 N11.

<sup>268</sup> Serozan, 2006, § 15 N3; Oğuzman, Öz, 2013, 460.

<sup>269</sup> Oğuzman, Öz, 2013, 575.

<sup>270</sup> Eren, 2014, 1302; Oğuzman, Öz, 2013, 574; Dural, 1976, 131; Cihan, 2013, 270.

<sup>271</sup> Cihan, 2013, 270. Serozan'a göre, yükümlülüklerden sadece bildirim yükümlülüğüne değinilmesi, tutarsızlığa neden olmaktadır. Serozan, 2006, § 15 N3.

<sup>272</sup> Eren, 2014, 1304; Oğuzman, Öz, 2013, 575; Dural, 1976, 183.

değerlerin alıcı tarafından istenip istenemeyeceği, istenmesinin hangi koşullarda mümkün olduğunun incelenmesi gerekir.

Kaim değerlerin borçludan istenebilmesine ilişkin İBK ile TBK'da açık bir hüküm yoktur. Fransız hukuku (Fr.CC m. 1303) ve Alman hukukunda (BGB m. 285) alacaklının, edimin yerini alan değerlerin kendisine devrini borçludan talep edebileceği belirtilmiştir. TBK'da bu konuda açık bir hükmün bulunmaması sebebiyle, Alman ve Fransız hukukundaki kaim değer prensibinin Türk hukukuna uygulanması gerektiği savunulmaktadır<sup>273</sup>. Kanunda açık bir hüküm bulunmasa da Yargıtay içtihatları, kaim değer borçludan istenebileceği yönündedir<sup>274</sup>.

İmkânsızlaşan edimin yerine başka bir değer mevcut olduğunu alacaklı ispat etmelidir. Çünkü bu şekilde alacaklı ve borçlu arasındaki haksız malvarlığı kaymaları önlenabilir. Borçlu, haksız şekilde zenginleşiyorsa, kaim değer istenmesiyle bu haksızlık çözülmüş olur. İkame değeri, karşı taraftan alınan edimden az ise, alacaklı, TBK m. 136/II hükmü gereğince borçtan kurtulan borçludan, almış olduğu edimin, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri verilmesini isteyebilir. Borç konusu edimden, ikame değeri daha fazla ise, ifa imkânsızlığı sebebiyle ifa edilemeyen edimin yerine geçen kaim değeri alacaklı talep edebilir<sup>275</sup>.

Kaim değerle birlikte sözleşme ilişkisinin devamı, dürüstlük kuralına da uyuyorsa alacaklı bu kıymetleri borçludan isteyebilmelidir<sup>276</sup>. İmkânsızlaşan edimin yerini alan değerler borçludan istenirse borçlunun, imkânsızlaşan edimin yerine geçen ikame değeri alıcıya devretmesi gerekir. Borçlunun kaim değeri devretmesi halinde, alıcı da borca ilişkin karşı edimini yerine getirmek zorundadır<sup>277</sup>. Kaim değer istenmesiyle beraber borç ilişkisi sona ermez, konusu değişerek devam

<sup>273</sup> Serozan, 2006, § 15 N15; Oğuzman, Öz, 2013, 575; Dural, 1976, 185; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, 1993, 1009; Eren, 2014, 1305.

<sup>274</sup> Bkz. 14. HD. 19.04.1983, 2799/3145 (YKD. 1984/3, sf. 417 ve 1984/5 sf. 767); 13. HD. 17.11.1986, 4826/5536 sayılı kararında "...Somut olayda, satışı vaadedilen taşınmaz yerine, davalının malvarlığına bu taşınmazın kamulaştırma bedeli, eş deyişle onun yerini tutan ikame değeri girmiştir. Böylece davacı taşınmazın devri yerine onun değerinin kendisine verilmesini isteme hakkını kazanmıştır." Uygur, T. (2013). 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu şerhi, C. I (Üçüncü Baskı) Ankara: Seçkin Yayınları, 901. Benzer şekilde İsviçre Federal Mahkemesinin de bu yönde kararları vardır; BGE 43 II 234; - 46 II 436; - 51 II 175. Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, 1993, 1008 (dn. 14).

<sup>275</sup> Serozan'a göre kaim değer asıl edimin değerinden yüksekse bu fazlalık alacaklının yanına kâr olarak kalacaktır, Serozan, 2006, § 15 N15; Dural, 1976, 184; Uygur, 2013, 901; Arslanlı, 1947, 1470; Atamer, 2000, 134 (dn. 10).

<sup>276</sup> Oğuzman, Öz, 2013, 576.

<sup>277</sup> Dural, 1976, 162; Oğuzman, Öz, 2013, 576; Serozan, 2006, § 15 N15.

eder<sup>278</sup>. Bu değerin istenmesi, konusu değişmiş olmakla beraber, esas sözleşmenin yerine getirilmesinin istenmesidir. Devam eden sözleşme uyarınca tarafların, yükümlülüklerini yerine getirmesi gerekir. Borç ilişkisinin devam etmesi, eBK m. 183'de yer alan adaletsiz hasar düzeninde alıcıya bir nebze koruma sağlamıştı<sup>279</sup>. Çünkü karşı edimi ödemek zorunda kalan alıcı, kaim değeri isteyerek bir nebze rahatlamaktaydı. Fakat hasarın borçluya ait olduğu TBK m. 208 düzenlemesiyle kaim değerin istenmesi, alıcı için avantajsız bir tercih olmaktadır. Satılanın değerinden daha az bir kaim değer söz konusu olduğunda, bunun elde edilebilmesi için karşı edimin tamamını borçluya ödemek zorunda kalmak, alıcı açısından kârlı bir çözüm değildir.

Alacaklının isteyeceği değerlerin kaim değer olarak kabul edilebilmesi için, öncelikle taraflar arasındaki edimin sonradan imkânsızlaşması ve henüz ifa edilmemiş olması gerekir. Edimin imkânsızlaşmasına sebep olan olay ile onun yerine kaim olan değer ortaya çıkmasına sebep olan olay arasında, ekonomik açıdan bir bağın bulunması gerekir. Borçlunun elde ettiği değer, imkânsızlaşan edimin karşılığında kazanıldıysa istenebilir. Elde edilen kaim değer maddi olarak bir karşılığının bulunması gerekir. Taraflar arasında sona ermiş olan bir borç ilişkisinde ortaya çıkan kazançları, alacaklı artık kaim değer olarak isteyemez.

İkame değer niteliği, bir ifa ikamesi olarak değerlendirilebilir. Alacaklı ifa ikamesindeki gibi ikame değeri kabul etmek zorunda değildir. İsterse bunu talep edebilir. İkame değer alacaklıya doğrudan devredilmez. Alacaklının istemiyle ikame değer devredilir. Alacaklının ikame değer konusunda seçimlik bir yetkisinin olduğu kabul edilebilir. Kaim değerin istenmesi alacaklı için bir haktır<sup>280</sup>. Borçlu alacaklıyı buna zorlayamaz<sup>281</sup>. İkame değeri alan alacaklı, karşı edimi yerine getirmek zorundadır. Çünkü borç sona ermemiş, alıcı seçimlik yetkisini, ikame değer yönünde kullanmıştır. Bu yüzden alacaklının edimini ödeme borcu devam eder<sup>282</sup>.

<sup>278</sup> Eren, 2014, 1205; Dural, 1976, 183, 190. Alacaklı tarafın, kaim değeri istemesi ile beraber borç ilişkisinin devam edecek olması, borç ilişkisinin sona ermesinin istisnalarından biri olarak kabul edilebilir. Dural, 1976, 162, 183.

<sup>279</sup> Oğuzman, Öz, 2013, 576 (dn. 96); Serozan, 2006, § 15 N16.

<sup>280</sup> Bu değerlerin istenmesinin temelinde, satılanın veya onun yerine geçen değerlerin, sözleşmenin yapıldığı andan itibaren alıcının malvarlığına ait olduğu düşüncesi yatmaktadır. Tunçomağ, 1977, 93.

<sup>281</sup> Eren, 2014, 1305; Dural, 1976, 190; Serozan, 2006, § 15 N7.

<sup>282</sup> Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, 1993, 1009; Dural, 1976, 197.

Edimin yerine geçen değer, borcun yerine getirilmemesine ilişkin bir tazminat değildir. Kaim değer, borçlunun sorumlu olup olmamasına bakılmaksızın veya alacaklının bir zarara uğramasına bağlı olmadan istenebildiği için tazminat olarak değerlendirilemez<sup>283</sup>.

İmkânsız hale gelen edimin yerine bir ikame değer de mevcut değilse, borçlunun borcu düşer, bu durumda borçlu borcundan kurtulmuştur<sup>284</sup>.

#### 2.1.6. Hasarın geçişine ilişkin genel kural: “TBK m. 136”

Borçlar hukukunda hasarın geçişine ilişkin genel kural TBK m. 136 hükmüdür. İfa imkânsızlığına ilişkin TBK m. 136 (eBK m. 117) hükmünde tek ve iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde hasarın geçişi düzenlenmiştir. Tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, sadece edim hasarının varlığı söz konusudur. Buna karşın, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde hem edim hem de karşı edim hasarının ortaya çıkması mümkündür. Tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borcun ifası, borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkânsızlaşırsa borç sona erer (TBK m. 136/I)<sup>285</sup>. Alacaklı, borcun sona ermesiyle beraber, söz konusu edimi artık borçludan elde edemeyeceği için, edime ilişkin hasarı üstlenir. Borçluya yüklenemeyen sonraki imkânsızlıkta, borçlunun herhangi bir sorumluluğu olmadığı için borçlu, borcundan kurtulur. Bu durumda hasara alıcının katlandığı kabul edilir<sup>286</sup>. Yani bundan sonra alacaklı, ne borcun aynen ifasını isteyebilir, ne de onun yerine bir tazminat talep edebilir.

Kötüleştirmeye rağmen alıcı, bilerek ya da bilmeyerek ifa amacıyla satılanın zilyetliğini devralır ve mülkiyetini kazanırsa, hasarın geçişi hükümlerine gidilmez. Onun yerine ayıptan dolayı sorumluluğa veya borçlunun gereği gibi ifa

<sup>283</sup> Dural, 1976, 184.

<sup>284</sup> Serozan, 2006, § 15 N6.

<sup>285</sup> Akıntürk, 1966, Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, 1993, 998; Feyzioğlu, 1980, 205; Tandoğan, 2008, 108; Dural, 1976, 119; Cihan, 2013, 268; Altay, 2008, 13. Kusurlu imkânsızlık halinde dahi borç sona ereceğine dair ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman, Öz, 2013, 462 vd. Serozan’a göre ise; ister sorumluluğu gerektirsin (TBK m. 112), ister sorumluluğu gerektirmesin (TBK m. 136), imkânsızlık söz konusu olursa borç ilişkisi sona ermez. TBK m. 112 uyarınca borçlunun tazminat ödeme veya TBK m. 136 uyarınca önceden elde edilenlerin geri verilmesi sözleşme kökenli yükümlülükler olarak kalmaya devam eder. Sona eren salt asli edim yükümüdür. Borcun düşmesinden anlaşılması gereken, asli edim yükümünün düşmesidir. Serozan, 2006, § 15 N9.

<sup>286</sup> Gümüş, 2013, 31; Nomer, Engin, 2013, 57; Altay, 2008, 19; Tandoğan, 2008, 108; Akıntürk, 1966, 65. Yavuz’a göre söz konusu hüküm eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde de uygulanmalıdır. Böylece bu gibi durumlarda borca ilişkin hasara alacaklının katlanması sağlanmış olur. Yavuz, 2013, 33.

etmemesine ilişkin hükümlere gidilir. Borçlunun, imkânsızlıktan dolayı borcundan kurtulması söz konusu olmaz, ayıpsız cinsten ifa borcu devam eder<sup>287</sup>. Tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, imkânsızlığın sonuçlarına ilişkin, sadece borçlunun göz önüne alınması, onun sorumluluğunun tespiti için yeterlidir<sup>288</sup>.

Borçlunun kusuruyla ortaya çıkan sonraki bir imkânsızlıkta, borç sona ermiş olsa da borçlu TBK m. 112'ye göre sözleşmeye aykırı bu davranışından sorumlu olur ve bu durumda alacaklıya tazminat ödeme yükümlülüğü altındadır<sup>289</sup>. Tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde imkânsızlığın sonuçlarını, tek başına borçluyu göze alarak, onu sorumlu tutmak (TBK m. 112) ya da onu borçtan kurtarmaya ilişkin bir düzenlemenin (TBK m. 136) getirilmiş olması ihtiyacı karşılamak için yeterlidir. Fakat iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, bu basit çözüm yeterli olmaz. Çünkü bu sözleşmelerde, tarafların karşılıklı yükümlülüklerinin de göze alınması gerekir. İmkânsızlığa hangi tarafın sebep olduğu, hangi tarafın söz konusu edime alacaklı ya da borçlu olduğunun tespiti önemlidir<sup>290</sup>. Tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, borçlunun edimin karşılığı olarak bir karşı edimin varlığı söz konusu değildir. Dolayısıyla bu tür sözleşmelerde karşı edim hasarı yoktur<sup>291</sup>.

İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, birbirine bağlı iki edim vardır. Her iki taraf birbirine karşılıklı olarak borçlu ve alacaklıdır. Taraflar arasındaki sözleşmede, karşılıklı borç ilişkisinin bulunması, iki tarafın da durumunun dikkate alınmasını gerektirir. Karşılıklı borç doğuran bu tür sözleşmelerde, borçlunun, sorumlu olmadığı sonraki imkânsızlık<sup>292</sup> söz konusuysa, borçlu, borcundan kurtulur. Fakat borçlu, karşı taraftan almış olduğu edimi, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri vermek zorundadır. Aynı zamanda henüz kendisine ifa edilmemiş olan karşı edimi, alacaklıdan isteyemez (TBK m. 136/II). İmkânsızlaşmış olan edimin borçlusu, kendi edim borcundan kurtulduğunda, alıcı

<sup>287</sup> Nomer, Engin, 2013, 58, 60, 64.

<sup>288</sup> Dural, 1976, 159.

<sup>289</sup> Feyzioğlu, 1980, 205; Arslanlı, 1947, 1468; Oğuzman, Öz, 2013, 462, 571; Eren, 2014, 1303; Serozan, 2006, § 16 N3 vd.; Bozer, 2007, 198.

<sup>290</sup> Dural, 1976, 159.

<sup>291</sup> Akıntürk, 1966, 28; Tandoğan, 2008, 108; Altay, 2008, 13; Feyzioğlu, 1980, 205.

<sup>292</sup> Burada imkânsızlık karşılıklı edimlerden sadece biri için söz konusu olmalıdır. Her iki tarafın edimi de imkânsız olursa genel hüküm olan TBK m. 136/I'e göre çözüme gidilmelidir. Çünkü TBK m. 136/II hükmü sadece edimlerden birinin imkânsız oluşunu düzenlemektedir. Dural, 1976, 160, 161. İmkânsızlığın alacaklı yüzünden ortaya çıkması halinde ne gibi bir kuralın uygulanacağı Borçlar Kanununda açıkça düzenlenmemiştir. Bu durumda alacaklı yüzünden borcun ifa edilmemesi söz konusudur. Ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman, Öz, 2013, 376 vd.

da karşı edimi yerine getirmekten kurtulur. İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, karşı edim hasarına borçlu katlanırken, edim hasarı alacaklının üzerinde kalır<sup>293</sup>.

İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde karşı edim hasarı, borçlunun üzerindedir. Borçlu, edimini yerine getirebilseydi elde edeceği kâr avantajının karşılığı olarak, hasar gibi yatırım risklerine katlanması olağandır. Edim hasarı alacaklıda olduğu için, her şey karşılıklıdır; eli boş gelenin eli boş dönmesi söz konusudur<sup>294</sup>. Örneğin bir hayvan kirasında, kiralanacak olan hayvan, kiracıya teslimi öncesinde, zelzele sonucu telef olur. Kiraya veren, hayvanı uygun şekilde kiracının kullanımına sunmaktan kurtulur. Buna karşın, kiracıdan da kira parasını talep edemez. Önceden almış olduğu para varsa, bunları da sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre kiracıya iade etmek zorundadır.

Karşılıklı borç doğuran sözleşmelerde sonraki imkânsızlık sebebiyle borcundan kurtulan borçlu, eğer karşı taraftan bir şey almışsa bunları sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre alacaklıya geri vermek zorundadır (TBK m. 136/II). TBK m. 136/II'de sebepsiz zenginleşmeye ilişkin atıfta bulunulması, iade talebinin haksız zenginleşme kökenli bir istem olduğu anlamına gelmemelidir. İade istemi, yine sözleşmeye ilişkin özünü ve niteliğini korur<sup>295</sup>. Hükümün, sebepsiz zenginleşmeye yaptığı yollamanın anlamı, iade borcunun belirlenmesinde, sebepsiz zenginleşmeye ilişkin kanun maddelerinin, alacaklının haklarını geri alabilmesi için borçlunun sorumlu olmadığı sonraki imkânsızlık hallerindeki ekonomik taleplerde kıyasen uygulanmasının sağlanmasıdır<sup>296</sup>. Burada borçlunun, zenginleştiği miktar kadar iade borcunun olduğu anlaşılmalıdır. Borçlu, zenginleşmeden elinde kalan miktarı alacaklıya verir. Zenginleşmenin niteliği ve zenginleşenin iyiniyetli olması iade açısından önemlidir<sup>297</sup>. Zenginleşme, para şeklinde olmuşsa her halükarda borçlu, aldığını iade etmek zorundadır. Sözleşme niteliğinin kabulüyle beraber uygulanması gereken zaman aşımı süresi de farklı olur. İadesi istenen şeylerin tabi olacağı zaman aşımı süresi, sebepsiz

<sup>293</sup> Eren, 2014, 961, 1303; Serozan, 2006, § 15 N7a; Dural, 1976, 161; Bilge, 1971, 34; Gümüş, 2013, 31.

<sup>294</sup> Serozan, 2006, § 15 N7a; Gümüş, 2013, 31; Tunçomağ, 1977, 66.

<sup>295</sup> Özdemir, 2011, 363; Serozan, 2006, § 15 N9; Altay, 2008, 8 (dn. 22).

<sup>296</sup> Oğuzman, Öz, 2013, 573

<sup>297</sup> Zenginleşen taraf iyiniyetliyse TBK m. 80'de yer alan iyiniyetli zilyedin yapmış olduğu masrafları sebepsiz zenginleşmeyle elde ettiği miktardan çıkarabilir. Kötü niyetli zenginleşen ise TBK m. 79/II uyarınca zenginleştiğinin tamamını geri vermek zorundadır. Dural, 1976, 163.

zenginleşmeye ilişkin zaman aşımı olan iki yıllık süreden farklı olarak sözleşmeye ilişkin on yıllık süre uygulanır<sup>298</sup>.

Karşılıklı borç doğuran sözleşmelerde, karşı edim hasarının borçluya yükletilmiş olması, taraflar arasında daha adaletli bir sonuca ulaşmayı sağlar<sup>299</sup>. Henüz ifa edilmemiş bir borçta, taraflardan herhangi birinin kusuru olmadan bir hasar ortaya çıkmışsa, buna borçlu katlanır. Henüz fiili olarak eline hiçbir şey geçmemiş olan alacaklı bu hasardan sorumlu olmaz. Bu sayede, sözleşme ilişkisinde zayıf durumda bulunan alacaklının korunması sağlanır. Ticari hayatın risklerine karşı, basiretli bir tacir gibi dikkat ve özen göstermesi gereken borçlunun sorumluluğuna gidilmesi daha adaletlidir.

Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde hasarın geçişine ilişkin olarak TBK m. 136/II'nin son cümlesindeki, *"kanun veya sözleşme ile borcun ifasından önce ortaya çıkan hasarların alacaklıya yüklendiği durumlara ilişkin istisnaların bulunması"* hükmü bu kuralın emredici olmadığını gösterir<sup>300</sup>. Taraflar, yapacakları sözleşmeyle imkânsızlık sonucu ortaya çıkan karşı edim hasarının alacaklıya yüklenmesini kararlaştırabileceği gibi bazı kanun maddelerinde de bu konuya ilişkin istisnai kurallar bulunmaktadır. Bu istisnalara örnek olarak, TBK m. 409'da yer alan, işçinin kusursuz şekilde ve kısa süreli çalışamaması halinde, iş sahibinin bir miktar ücret ödemesi ile TBK m. 499'daki yayım sözleşmesinde eserin, satışa sunulmadan önce bir kısmı yok olursa yayımcının, yayımlatana bedel ödemedi eseri tekrar bastırabilmesi verilebilir<sup>301</sup>. Satış sözleşmesinde hasarın geçişine ilişkin koşulların bulunduğu ve çalışmamızın özünü teşkil eden TBK m. 208 hükmü ise kanunda yer alan istisnalara verilebilecek en iyi örnektir.

Satış sözleşmesinde alıcının temerrüdü (TBK m. 208/II) ile mesafe satışında hasarın geçişi anı (TBK m. 208/III), genel kuraldan farklı şekilde düzenlenmiştir. Edimin imkânsızlaşmasına alacaklı sebep olmuşsa, karşı edim hasarını artık borçluya yükleyemeyiz. İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, edimlerden biri, alacaklının sorumlu olduğu bir olay sebebiyle imkânsızlaşırsa, borçlu, alacaklıdan karşı edimi isteyebilir. Alıcının temerrüde düştüğü hallerde, borçlunun sorumlu

<sup>298</sup> Serozan, 2006, § 15 N9; Oğuzman, Öz, 2013, 573; Dural, 1976, 164; Eren, 2014, 1304; Özdemir, 2011, 363 (dn. 16). İki yıllık zaman aşımının uygulanması gerektiğini savunan diğer bir görüşün açıklaması için bkz. Dural, 1976, 164.

<sup>299</sup> Serozan, 2006, § 15 N7a; Atamer, 2000, 134; Cihan, 2013, 270.

<sup>300</sup> Dural, 1976, 165.

<sup>301</sup> Özdemir, 2011, 366.

olmadığı sonraki imkânsızlığın varlığı kabul edilir<sup>302</sup>. Karşılıklı borç doğuran bir sözleşmede, alıcının temerrüde düşmesiyle hasarın alıcıya geçeceği, Alman hukukunda BGB m. 324 hükmü ile belirtilmiştir. Fakat 818 sayılı eBK’da bu konuda açık bir hüküm bulunmamaktaydı. Bu konuda bir sorunla karşılaşıldığında Alman hukukundaki çözümün hukukumuzda da uygulanması gerektiği savunulmaktaydı<sup>303</sup>. 6098 sayılı TBK m. 208/II ile getirilen “*satılanın zilyetliğini devralmada temerrüde düşen alıcının yarar ve hasara katlanacağı*” hükmüyle alıcının sorumluluklarını ihlal etmesi halinde, karşı edim hasarına katlanacağı netlik kazanmıştır.

Satış sözleşmesinde hasarın geçişinin düzenlendiği eBK m. 183 hükmü, hasarın geçişine ilişkin genel kuralın bir istisnası olarak kabul edilmekteydi. Yeni değişikliklerden biri olan TBK m. 208 hükmüyle satılanın, zilyetliğinin alıcıya devrine kadar, genel olarak hasarın satıcıya ait olduğu kabul edildi. Değiştirilen bu hükümle beraber istisna olarak kabul edilen satışta hasarın geçişi, karşı edim hasarının geçişine ilişkin genel kuralı tamamlayan bir düzenleme olmuştur<sup>304</sup>.

#### 2.1.7. Hasarın geçişine ilişkin TBK m. 208 düzenlemesi

Satış sözleşmesinde yarar ve hasarın geçişinin düzenlendiği TBK m. 208 hükmü, karşılıklı borç doğuran sözleşmelerde hasarın geçişinin (TBK m. 136/II) tamamlayıcısıdır. Önceki kanun döneminde (eBK m. 183) sözleşmenin kurulmasından itibaren hasara alıcı katlandığı için satış sözleşmesinde hasarın geçişi genel kuralın (eBK m. 117/II) bir istisnası niteliğindedir.

Satış sözleşmelerinde hasara hangi ana kadar satıcının katlanacağı TBK m. 208 hükmüyle belirtilmiştir. Hasarın geçişi açısından önemli değişiklikler getiren bu hükme göre, “*kanundan, durumun gereğinden veya sözleşmede öngörülen özel koşullardan doğan ayırık haller dışında, satılanın yarar ve hasarı; taşınır satışlarında zilyetliğin devri, taşınmaz satışlarında ise tescil anına kadar satıcıya aittir*”. Taşınır satışlarında yarar ve hasarın geçişi zilyetliğin alıcıya devrine

<sup>302</sup> Dural, 1976, 170.

<sup>303</sup> Türk Medeni Kanununun birinci maddesi uyarınca boşluğun hâkim tarafından doldurulması gerektiği savunulmuştur. YHGK, 21.01.1958 tarihli ve E. T- 6, K. 7 sayılı karar. Dural, 1976, 171, 175.

<sup>304</sup> TBK m. 136/II’deki istisnalara ilişkin hükmün önemi yeni sistemle beraber azalmıştır. Fakat TBK m. 208’de yer alan hasar ifadesi, her türlü kusursuz imkânsızlık halini kapsamamaktadır. Sadece malın telef olması veya değerinin düşmesi hasar olarak kabul edilir. Oğuzman, Öz, 2013, 574.

bağlanmıştır. Zilyetliğin devrinin önem kazanmasıyla beraber sözleşmenin kurulduğu anın hasarın geçişindeki önemi kaybolmuştur<sup>305</sup>. Taşınmaz satışlarında ise hasarın geçişine ilişkin eBK m. 183'te herhangi bir hüküm yer almazken, TBK m. 208/l'de taşınmaz satışında yarar ve hasarın alıcıya geçişi için tescil anı öngörülmüştür. TBK m. 208'deki satış sözleşmesinde hasarın geçişine ilişkin kural, bedel karşılığı devir borcu yükleyen diğer sözleşmelere de kıyasen uygulanabilir<sup>306</sup>.

#### **2.1.7.1. Taşınır satışında hasarın geçişi**

Taşınır<sup>307</sup> satışında hasarın alıcıya geçmesi için satılanın zilyetliğinin devri gerekir. Satıcı satılanın zilyetliğini alıcıya devredene kadar ortaya çıkacak hasarlara katlanır. Zilyetliğin devriyle beraber satış sözleşmesinin tasarruf aşaması tamamlanmış olur. Satıcı satılanın zilyetliğini alıcıya devrederek üzerine düşen görevi yerine getirir. Bu andan itibaren ortaya çıkacak hasara katlanmaktan kurtulur. Zilyetliğin devri, sadece satılanın alıcının hâkimiyetine geçirilmesi demek değildir. Araçların teslimi ile de zilyetlik devredilmiş olur (örneğin satılan arabanın anahtarının, alıcıya verilmesi gibi). Zilyetliğin, teslimsiz devri halinde de (örneğin, zilyetliğin havalesi ve hükmen teslim gibi), satılanın zilyetliği devredilmiş kabul edilir.

Satış sözleşmesinde hasarın geçişinin zilyetliğin devrine bağlanmasıyla beraber, satılanın ayırt edilmesi kavramı artık büyük ölçüde önemini kaybetmiştir. Zilyetliğin devri koşuluyla beraber hasara alıcı yerine borçlunun katlanması esası benimsenmiştir. Hasarın geçişinde, taşınırın ayırt edilmesi ile birlikte cins ve parça satışı ayırımının da bir önemi kalmamıştır.

#### **2.1.7.2. Taşınmaz satışında hasarın geçişi**

Satış sözleşmesinde hasarın geçişine ilişkin TBK m. 208 hükmü, eBK m. 183'ten farklı olarak, taşınır satışının yanında, taşınmaz satışlarındaki yarar ve

<sup>305</sup> Yavuz, 2013, 36; Atamer, 2012, 190.

<sup>306</sup> Nomer, Engin, 2013, 63.

<sup>307</sup> Taşınır kavramına ilişkin TBK m. 209'da "*TMK'ya göre taşınmaz olarak kabul edilenlerin dışında kalan ve diğer kanunlarda taşınır olarak belirtilme*" şartının getirilmesi ile alacak hakları, ortaklık payları gibi kanundaki tanıma uymayan şeylerin devrinde sorunlar çıkabilir. Öz, 2012, 33. TMK'ya göre taşınır sayılmadığı halde diğer kanunlarda taşınır olarak belirtilen şeylerle nelerin kastedilmiş olduğu anlaşılamamaktadır. Nomer, Engin, 2013, 78.

hasarın geçişinin koşullarını da düzenlemiştir. Taşınmazın hasarının tescil anına kadar satıcıda olduğu kabul edilerek önemli bir yenilik getirilmiştir. Taşınmaz satışında tescil işleminin yapılmasıyla birlikte taşınmazın mülkiyeti alıcıya geçer. Satışa konu edilen taşınmazın yarar ve hasarı da mülkiyetin geçişine paralel olarak tescil işlemiyle birlikte alıcıya geçer.

Taşınmaz satışında, satılanın hasarına tescil işlemine kadar satıcının katlanması, hasara malikin katlanması ilkesinin bir görünümüdür. Satıcı tasarruf işlemini yerine getirmiş ve taşınmazın mülkiyetini alıcıya geçirerek satış konusu şeyin bedelini isteme hakkına sahip olmuştur. Tescil işleminden sonra alıcı, satış bedelini satıcıya vermemiş ve bu arada da taşınmaz hasara uğramışsa, alıcı karşı edim hasarına katlanır ve sözleşmedeki satış bedelinin tamamını satıcıya ödemek zorundadır. Taşınmaz satışında, tescilden bir süre sonra taşınmazın zilyetliğinin devredileceği kararlaştırılmışsa yarar ve hasar, alıcıya, taşınmazın devriyle (TBK m. 245/I) veya alıcının temerrüdü (TBK m. 208/II) anından itibaren geçer<sup>308</sup>.

## **2.2. Satış Sözleşmesinde Hasarın Geçişinin Şartları**

### **2.2.1. Genel olarak**

Satış sözleşmesinde, hasarın alıcıya geçişinin söz konusu olabilmesi için öncelikle, geçerli olarak kurulmuş bir satış sözleşmesinin varlığı gerekir. Satış sözleşmesinin kurulmasından sonra, sözleşmenin tasarruf safhası olan satış konusu şeyin zilyetliğinin alıcıya devredilmesi (taşınmazlarda tescil işleminin yapılması) ile satılanın hasarı alıcıya geçer.

### **2.2.2. Satış sözleşmesinin geçerli şekilde kurulmuş olması**

Satış sözleşmesinde hasarın geçişinin söz konusu olabilmesi için öncelikle hukuk düzeninde kurulmuş, hüküm ve sonuçlarını doğuran bir sözleşmenin bulunması gerekir<sup>309</sup>. Sözleşmenin içeriği, kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırıysa veya sözleşmenin konusu imkânsız ise

<sup>308</sup> Gümüş, 2013, 34.

<sup>309</sup> Sadece satış sözleşmesi vaadi bulunuyorsa, koşulun gerçekleştiği kabul edilmez. Geciktirici koşula bağlı satışlarda da askı durumunda bir sözleşme bulunduğu için koşul gerçekleşene kadar hasarın geçmesi söz konusu olmaz. Tunçomağ, 1977, 71.

sözleşme baştan itibaren geçersizdir (TBK m. 27/I). Baştan itibaren geçersiz olan bir sözleşmede hasarın geçişinden söz edilemez. Satış sözleşmesi ile taraflar arasında, geçerli bir borç ilişkisinin bulunması ve bu ilişkiden doğan bir veya birden fazla edimin varlığı gerekir. Bu edimlerden bir tanesi de satıcının, satılanı, alıcıya teslim etmesi yükümlülüğünün bulunmasıdır. Satıcının, teslim yükümlülüğü yoksa edim hasarından da bahsedilemez.

Sözleşmenin kurulması için tarafların iradelerinin, karşılıklı ve birbirine uygun olarak uyuşması gerekir (TBK m. 1/I). Satış sözleşmesinin kurulması için esaslı unsurlar (satılan, bedel, edimlerin değiş tokuşu) üzerinde, tarafların iradelerinin uyuşmuş olması önemlidir. Satış sözleşmesi, satıcının, satılanın zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devrini üstlendiği, buna karşılık alıcının da bedel ödeme borcunu üstlenmesiyle oluşan, karşılıklı taahhütleri içeren bir sözleşmedir (TBK m. 207/I). Sözleşmenin geçerli olması için bedelin, sözleşmede kararlaştırılmış olması zorunlu değildir. Durum ve koşullara göre belirlenebilir bir bedel söz konusu ise bedelin belirlenmiş olduğu kabul edilir (TBK m. 207/II).

Satış sözleşmesinin hüküm ve sonuçlarını doğurma anı, sözleşmenin hazırlar arasında yapılıp yapılmadığına göre farklılık göstermektedir. Hazırlar arasında kurulan satış sözleşmesinde, kabul beyanı ile beraber sözleşme hüküm ve sonuçlarını doğurur. Buna karşın, hazır olmayanlar arasında yapılan sözleşmede kurulma anı ile hüküm ve sonuçlarını doğurma anı birbirinden farklıdır<sup>310</sup>. Hazır olmayanlar arasında kurulan sözleşmeler, kabulün gönderildiği andan itibaren hüküm doğurur (TBK m. 11/I). Açık bir kabulün gerekli olmadığı bir durum söz konusu ise sözleşme, önerinin karşı tarafa ulaşma anından başlayarak hüküm doğurur (TBK m. 11/II). Satış sözleşmesinin kurulma, hüküm ve sonuçlarını doğurma anının tespiti, satılanın bedelinin belirlenmesinde önem arz eder. Cari fiyata göre bedeli tespit edilecek olan satılanın hasara uğraması halinde, hasarın miktarı, sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğurma anına göre farklılık gösterir.

---

<sup>310</sup> Eren, 2014, 262; Kılıçoğlu, 2013, 73, 74.

### 2.2.3. Taşınırlarda zilyetliğin devri ve taşınmazlarda tescil işleminin yapılması

#### 2.2.3.1. Genel olarak zilyetlik ve zilyetliğin devri

Zilyetlik kavramı, TMK'nın 973'üncü maddesinde “*bir şey üzerindeki fiili hâkimiyet*” şeklinde tanımlanır. Zilyetlik, taşınır mallardaki aynı hakların kamuya açıklığını sağlar. Taşınırlarda aynı hak kazanımları, zilyetliğin kazanılmasına bağlanmıştır. İntifa hakkının devri (TMK m. 795), taşınır rehni (TMK m. 939) ve özellikle taşınır mülkiyetinin geçişi (TMK m. 763) için zilyetliğin devri gerekir.

Zilyetliğin devri, var olan zilyedin zilyetliğinin, olduğu gibi ve tarafların rızası ile devralanın fiili hâkimiyetine geçirilmesi (dolaysız zilyet kılınması) veya ona dolaylı zilyetlik sağlanmasıdır. Devredilen zilyetlik asli, fer'i veya münhasır zilyetlik şeklinde olabilir<sup>311</sup>. Bir şey üzerinde zilyetliğin devri için mutlaka o şeyin doğrudan teslimi şart değildir. Devir, teslimle veya teslim olmadan da gerçekleşebilir. Teslim, zilyetliğin devir yollarından sadece biridir. Taraflar arasında aksine bir sözleşme mevcut değilse satılanın, dolaysız zilyetliğinin<sup>312</sup> alıcıya geçmesiyle zilyetliğin devri gerçekleşir. Bu şekilde satıcı, borcunu yerine getirmiş olur.

#### 2.2.3.2. Zilyetliğin teslim yoluyla devri

Yeni zilyedin dolaysız zilyet kılınması için satılan şeyin onun fiili hâkimiyetine geçirilmesi gerekir. Bu ise satılanın veya satılan üzerinde hâkimiyeti sağlayacak araçların, alıcıya teslimi veya alıcının önceki zilyedin rızasıyla şey üzerinde hâkimiyeti kullanacak hale gelmesi ile (taraflar arasındaki sözleşmeyle) zilyetliğin devri gerçekleşmiş olur (TMK m. 977). Teslimle zilyetliğin devri, eşyanın teslimi, araçların teslimi ve fiili hâkimiyetin kurulduğu anlaşma yoluyla gerçekleşebilir.

##### 2.2.3.2.1. Şeyin teslimi

Zilyetliğin devrinin en yaygın türü eşyanın doğrudan kendisinin karşı tarafa teslim edilmesidir. Teslim fiili satılanın, şimdiki dolaysız zilyet tarafından zilyetliği

<sup>311</sup> Bir şeyde malik sıfatıyla zilyet olana asli zilyet, diğerine ise fer'i zilyet denir (TMK m. 974/II). Bir malı tek başına elinde bulunduranın zilyetliği ise münhasır zilyetliktir.

<sup>312</sup> Bir şey üzerinde fiili hâkimiyetini doğrudan doğruya sürdüren kimse dolaysız zilyet, diğer bir kişi aracılığıyla sürdüren ise dolaylı zilyettir (TMK m. 975).

kazanacak kişinin eline verilmesi ve onun mal üzerinde hâkimiyeti kullanacak duruma getirilmesidir. Satılanın yeni zilyedin iktidarına terk edilmesi de zilyetliğin teslim yoluyla devri olarak kabul edilir<sup>313</sup>. Önceki zilyedin malı alan kişiyi zilyet kılmak arzusu bulunduğu oranda, zilyetliğin devri söz konusu olur. Zilyet kılma arzusu bulunmuyorsa zilyetliğin devri gerçekleşmez<sup>314</sup>.

Teslim fiilinin hukuki niteliği tartışmalıdır. Bu konuda teslimin genel olarak maddi bir fiil olduğu kabul edilir<sup>315</sup>. Teslim, karşılıklı iradelerin uyuşmasıyla yani bir anlaşmayla gerçekleşir. Bu yüzden hukuki sonuca değil de pratik sonuca yönelik doğal iradelerden oluştuğu için hukuki işlem sayılmayıp, salt maddi fiil sayılır. Teslim fiilinin tek başına hiçbir işlemsel anlamı bulunmaz. Aynı tasarruf sözleşmesiyle birleşirse aynı hakkın el değiştirmesine ilişkin özel hukukun en önemli hukuki işlemine dönüşür<sup>316</sup>. Bu haliyle teslim fiili, satış sözleşmesinde ifa sürecinin bütünleyici parçasını oluşturur.

#### 2.2.3.2.2. Araçların teslimi

Zilyetliğin devri için sadece devre konu olan şeyin doğrudan teslimi yerine, onun üzerinde fiili hâkimiyet kurmaya yarayan araçların teslimi ile kazananın iktidarına sokulması yeterlidir (TMK m. 977). Özellikle insan gücünün, eşyanın kendisini taşımaya yetmediği hallerde zilyetliğin devri bu şekilde gerçekleştirilir. Örneğin ev veya araç satışında satılanın zilyetliğinin devri, bunların anahtarının alıcıya teslimiyle gerçekleştirilir. Fakat anahtarı alan kişi, hiçbir engelle karşılaşmadan satılan üzerinde fiili hâkimiyetini kurmalı ve onu dilediği zaman kullanabilmelidir<sup>317</sup>. Bu şekilde satılanın, alıcı tarafından doğrudan kullanımı

<sup>313</sup> Ünal, M., Başpınar, V. (2008). *Şekli eşya hukuku* (Dördüncü Baskı). Ankara: Yetkin Yayıncılık, 171.

<sup>314</sup> Oğuzman, M. K., Seliçi, Ö., Oktay-Özdemir, S. (2013). *Eşya hukuku* (On altıncı Tıpkı Baskı). İstanbul: Filiz Kitabevi, 73.

<sup>315</sup> Serozan, R. (2007). *Taşınır eşya hukuku* (Genişletilmiş İkinci Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi, 126 (Kısaltması: Taşınır Eşya); Sirmen, A. L. (2013). *Eşya hukuku*. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 65; Ünal, Başpınar, 2008, 172; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop (1989). *Tekinay eşya hukuku cilt I, zilyetlik – tapu sicili – mülkiyet* (Genişletilmiş Beşinci Baskı). İstanbul: Filiz Kitabevi, 69. Aksi görüş için bkz. Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, 2013, 73.

<sup>316</sup> Serozan, 2007, Taşınır Eşya, 116.

<sup>317</sup> Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, 1989, 70; Ünal, Başpınar, 2008, 173; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, 2013, 74. Yar. 8. HD. 5.10.1965, E. 3182/ K. 4087: “Binaların veya kapalı, kilitli yerlerin teslimi, anahtarlarının alıcıya verilmesiyle mümkündür. Yalnız alıcı, anahtarları teslim olunan bina veya kapalı yere hiç engelle karşılaşmadan dilediği zaman girebilmelidir... Anahtarlar teslim edilmekle beraber iktisap eden, bina veya kapalı yere serbestçe giremiyorsa, bu hareketine mani olunuyorsa teslim vaki olmuş sayılmaz. O halde zilyetliğin nakli de tam olarak gerçekleşmemiş demektir” (Karahasan, M. R.

mümkün olmuyorsa araçların teslim edilmesi yarar ve hasarın alıcıya geçişini sağlamaz.

### **2.2.3.2.3. Şeyin yeni zilyedin fiili hâkimiyetine bırakılmasına ilişkin anlaşma ile teslim**

Taraflar arasında yapılan anlaşma ile bazı hallerde eşya üzerindeki zilyetliğin devri mümkündür. Zilyetliğin devri, bir verme fiili sonucu değil, bir anlaşma sonucu gerçekleşir. Bu anlaşmaya zilyetlik anlaşması denir<sup>318</sup>. Zilyetlik anlaşmasının sebebe bağlı olması gerekir. Geçerli bir sebebi olmayan zilyetlik anlaşması hüküm ifade etmez<sup>319</sup>. Zilyetlik anlaşmasında devralanın malın dolaysız zilyedi olması gerekir. Aynı zamanda devredenin zilyetliği açık olmalıdır. Bu devrin gerçekleştirilebilmesi için eşyanın belirlenmiş ve bireyselleştirilmiş olması gerekir<sup>320</sup>. Devralan istediği zaman rahatlıkla mal üzerinde fiili hâkimiyet kurabilmelidir. Zilyedin eşya üzerinde fiili hâkimiyetini kullanmaya başladığı andan itibaren artık eşya teslim edilmiş gibi bir zilyetlik kurulmuştur<sup>321</sup>.

Taraflar arasındaki zilyetlik anlaşmasıyla zilyetliğin devri çoğunlukla kısa elden teslim durumunda ortaya çıkar. Bir malın sahibi malını, fer'i zilyet veya zilyet yardımcısı sıfatıyla elinde bulunduran kişiye satar veya bağışlarsa o malı teslim etmesine gerek kalmadan zilyetlik devredilmiş olur. Kısa elden teslim kavramı ikinci bir teslime gerek bulunmadığını ifade eder. Zilyetliğin fiili durumunda bir değişiklik meydana gelmemektedir<sup>322</sup>. Fer'i zilyedin elinde bulunan şey ona satılmışsa artık teslim fiiline gerek kalmadan satılanın bağımsız zilyedi olur<sup>323</sup>. Hırsızın çaldığı şey ona bağışlanırsa yine kısa elden teslim ile zilyetlik devredilmiş olur.

Satış veya bağış sözleşmesinin yapılmasıyla beraber zilyetliğin devri gerçekleşir ve o şeyin yarar ve hasarı karşı tarafa geçer. Kısa elden teslim sadece

---

(1974). *Gayrimenkul hukuk davaları* (Yenilenmiş ve Genişletilmiş Baskı). İstanbul: İsmail Akgün Matbaacılık ve Kitapçılık, 356, 357).

<sup>318</sup> Ünal, Başpınar, 2008, 173; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, 1989, 71; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, 2013, 75; Akıntürk, T. (2009). *Eşya hukuku* (Birinci Baskı). İstanbul: Beta Yayıncılık, 150.

<sup>319</sup> Akıntürk, 2009, 150; Ünal, Başpınar, 2008, 175.

<sup>320</sup> Serozan, 2007, Taşınır Eşya, 117.

<sup>321</sup> Sirmen, 2013, 67.

<sup>322</sup> Akıntürk, 2009, 159.

<sup>323</sup> Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, 1989, 73.

mülkiyetin devri sözleşmelerinde değil aynı zamanda aynı hakların devrinde de söz konusu olur<sup>324</sup>. Örneğin kira dolayısıyla zilyet olan kişi rehin hakkı sahibi olarak devam ederse kısa elden teslim gerçekleşmiş olur.

Teslim yerini tutan zilyetliğin devri sözleşmesi, aynı tasarruf sözleşmesiyle ifa anlaşmasından özenle ayrı tutulması gerekir. Taraflar arasında yapılan zilyetliğin devri sözleşmesi salt teslimin yerini tutar. Aynı tasarruf sözleşmesinin veya ifa anlaşmasının yerini tutmaz<sup>325</sup>.

Satış sözleşmesine konu bir şeyin zilyetliğinin devri söz konusu olduğunda satılanın yarar ve hasarı, verme fiili beklenmeden zilyetlik anlaşması ile karşı tarafa geçer<sup>326</sup>. Örneğin bir kişi köy kahvesinde iken tarlada bulunan pulluğunu bir tanıdığına satmış ve parasını da alarak sözlü olarak pulluğun zilyetliğini devretmiştir. Sözlü devirden kısa bir süre sonra henüz pulluk alıcının eline geçmeden hırsız tarafından çalınmıştır. Artık alıcının ödemiş olduğu parayı çiftçiden istemesi mümkün olmaz. Çünkü taşınıra ilişkin satış sözleşmesinde satılanın yarar ve hasarı, zilyetliğin devri ile birlikte alıcıya geçer. Kaldı ki burada mülkiyet de alıcıya geçmiştir. Kazanın riskine her halde malik katlanır ilkesine göre bu durumda hasara malik durumuna gelmiş alıcı katlanır<sup>327</sup>.

### 2.2.3.3. Zilyetliğin teslim olmadan devri

Zilyetliğin devri için teslimin veya kazanan için fiili hâkimiyetin kurulmasının söz konusu olmadığı bazı hallerde de zilyetliğin devri gerçekleştirilebilir. Teslim olmadan aynı hakların kazanımı sürecinde kamuya açıklık ilkesine aykırı bir görünüm ortaya çıkar. Görünürde taraflar arasında bir el değiştirme işlemi gözükmez. Buna karşın borçlanma sözleşmesine ek olarak teslim olmadan üçüncü veya dördüncü bir sözleşmeyle aynı hakların kazanılması mümkündür<sup>328</sup>.

<sup>324</sup> Ünal, Başpınar, 2008, 174.

<sup>325</sup> Serozan, 2007, Taşınır Eşya, 117.

<sup>326</sup> Özdemir, 2011, 370. Fiili hakimiyet kurmaya yeten anlaşma ile zilyetliğin devredilmesi, zilyetliğin teslim olmadan devredildiği türlerden sayılır. Hatta bazı yazarlar bu hali teslim olmadan zilyetliğin devrinin içinde saymıştır. Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, 1989, 71 (dn. 5a).

<sup>327</sup> Serozan, 2007, Taşınır Eşya, 118.

<sup>328</sup> Teslim olmadan zilyetliğin devrine ilişkin şu sözleşmelerin yapılması gerekir; borçlanma sözleşmesi + zilyetliğin devri anlaşması + aynı sözleşme + taraflar arasındaki özel anlaşma (hükmen teslim söz konusu ise). Serozan, 2007, Taşınır Eşya, 126.

Teslim olmadan zilyetliğin devri türleri; temsilci aracılığıyla zilyetliğin devri, hükmen teslim, zilyetliğin havalesi ve emtia senetlerinin teslimi yoluyla kazanımdır<sup>329</sup>.

### 2.2.3.3.1. Zilyetliğin temsilci vasıtasıyla devri

Zilyetliğin devri devralan yerine onun temsilcisine, eşyanın aynının veya eşyada fiili hâkimiyeti sağlayan araçların teslimi ile gerçekleştirilebilir. Bu durum TMK m. 978’de *“temsilciye<sup>330</sup> yapılan teslim, temsil edilene yapılmış gibi zilyetliği geçirir”* şeklinde düzenlenmiştir. Temsilci sıfatıyla hareket eden kimse, fiili hâkimiyetine geçirdiği şey üzerinde kendisi için değil başkası (temsil ettiği kimse) için zilyettir. Burada temsilcinin kendisi için zilyet olma iradesi bulunmaz<sup>331</sup>. Bu durum doğrudan temsilin karakteristik özelliğidir. Temsilci, temsil olunan ad ve hesabına işlem yapmaktadır. Kendi adına ve başkası hesabına işlem yapmış olsaydı dolaylı temsil söz konusu olurdu. Dolaylı temsilde temsilci, şeyi öncelikle kendisi iktisap eder ardından temsil olunana devreder. Ancak temsil olunan veya temsilci sıfatlarıyla hareket etmenin herhangi bir farklılık arz etmediği durumlarda TBK m. 40/II’yi kıyasen uygulayabiliriz<sup>332</sup>. Temsilci, sıfatını bildirmezse hukuki işlemin sonuçlarına kendisi katlanır. Ancak karşı taraf temsil ilişkisini bilebiliyor veya temsilci ile temsil olunandan herhangi birinin işlemi yapması fark etmiyorsa, hukuki işlemin sonuçları doğrudan doğruya temsil olunana ait olur (TBK m. 40/II).

Satış sözleşmesinde satış konusu şeyin temsilci aracılığıyla iktisabı söz konusu olduğunda, temsilciye yapılan teslim ile temsil olunana (alıcıya) zilyetliğin geçtiği kabul edilir. Bunun için temsilcinin temsil yetkisi bulunmalı veya temsilcinin işlemine sonradan icazet verilmelidir<sup>333</sup>. Bu şartların varlığı halinde temsilciye satılanın teslimiyle yarar ve hasar alıcıya geçer. İcazet verilmemiş yetkisiz temsilcinin yaptığı işlemde temsil olunanın zilyetliği kazanamadığı kabul edilir. Aracı, zilyet yardımcısı olursa burada temsilci aracılığıyla iktisap söz konusu

<sup>329</sup> Teslim olmadan zilyetliğin devrine, mirasçılara miras bırakanın mallarının ölümle birlikte geçmesi verilebilir (TMK m. 599). Akıntürk, 2009, 160.

<sup>330</sup> Teslim maddi fiilinde temsilin söz konusu olamayacağı için TMK m. 978’deki *“temsilci”* sözcüğü, *“gerçek olmayan temsilci”* şeklinde anlaşılmalıdır. Serozan, 2007, Taşınır Eşya, 128.

<sup>331</sup> Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, 2013, 76; Ünal, Başpınar, 2008, 176.

<sup>332</sup> Ünal, Başpınar, 2008, 177.

<sup>333</sup> Temsilci aracılığıyla zilyetliğin kazanılmasına ilişkin hükümler hem iradi hem de kanuni temsil için geçerlidir. Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, 2013, 76.

olmaz. Zilyet yardımcısına teslim, doğrudan zilyede teslim sayılır<sup>334</sup>. Mesafe satışında satılanın bağımsız taşıyıcıya teslimi ile yarar ve hasar alıcıya geçer (TBK m. 208/III). Burada bağımsız taşıyıcıya teslim, yarar ve hasarın geçişi açısından doğrudan temsilciye teslim gibi sonuç doğurur.

#### 2.2.3.3.2. Zilyetliğin hükmen teslim yoluyla devri

Zilyetliği devredecek kimse, şeyi kira, eser, intifa, hizmet gibi özel bir hukuki ilişkiye dayanarak kendi hâkimiyetinde bulundurmaya devam ederse, mülkiyetle birlikte dolaylı zilyetlik de karşı tarafa geçmiş olur (TMK m. 979). Bu şekilde temlik edenin herhangi bir sıfatla eşya üzerindeki zilyetliğinin değişip devam ettiği, asli zilyetliğin ise başkasına geçtiği durumlara hükmen teslim denir<sup>335</sup>. Hükmen teslimle beraber zilyetlik, elden teslim işlemine gerek olmadan karşı tarafa geçer. Fakat burada sanki teslim işlemi yapılmış ve sonradan teslim edene özel bir sebeple iade edilmiş gibi bir sonuç ortaya çıkmaktadır<sup>336</sup>.

Hükmen teslim yoluyla zilyetliğin devrinde, eşyanın devreden elinde kalmasını gerektiren özel bir hukuki sebebin bulunması gerekir. Bu özel sebebin zilyetliğin alıkoyulmasına ilişkin özel bir nedeni, somut ve bireysel bir dayanağı olmalıdır<sup>337</sup>. Genellikle fer'i zilyetliği oluşturan hukuki ilişkiler özel bir sebep olarak kabul edilebilir<sup>338</sup>. Örneğin kiracının zilyetliği fer'i zilyetliktir. Taşınmazın kiracıya satılması halinde hükmen teslim yoluyla kiracının zilyetliği devraldığı kabul edilir.

Özel hukuki sebep, zilyetliğin devrine ilişkin hukuki işlemin dışında kalan bir sebep olmalıdır. Aksi halde zilyetliğin devri hükmen teslim yoluyla gerçekleşmez. Taraflar satış sözleşmesinde, bedelin ödenmesine kadar satılanın satıcıda kalacağını kararlaştırırsa, zilyetliğin hükmen teslim yoluyla devri söz konusu olmaz<sup>339</sup>. Çünkü burada malın önceki zilyette kalmasını gerektiren özel sebep, asıl

<sup>334</sup> Ünal, Başpınar, 2008, 177; Serozan, 2007, Taşınır Eşya, 127.

<sup>335</sup> Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, 2013, 77; Ünal, Başpınar, 2008, 178. Hükmen teslimle fer'i zilyetliğin devri mümkün değildir. Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, 1989, 90; Ünal, Başpınar, 2008, 180.

<sup>336</sup> Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, 1989, 85. Hükmen teslimde kısa elden teslimden farklı olarak "*sende kalsın*" yerine "*bende kalsın*" şeklinde bir teslim ifade edilir. Serozan, 2007, Taşınır Eşya, 119.

<sup>337</sup> Serozan, 2007, Taşınır Eşya, 119.

<sup>338</sup> Ünal, Başpınar, 2008, 179.

<sup>339</sup> Fakat zilyetlik devredilmiş ve mal satış bedeli için rehin olarak bırakılmış ise hükmen teslim vardır. Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, 2013, 78.

hukuki işlem den yani satış sözleşmesinden ayrı ve ilgisiz bir hukuki işlem değildir<sup>340</sup>.

Satıcının, satılanın asli zilyetliğini karşı tarafa geçirmek için yaptığı sözleşme anında satıcının asli yükümlülüğü olan mülkiyetin alıcıya geçirilmesi sağlanır. Mülkiyetin geçirilmesiyle beraber yarar ve hasar da alıcıya geçer. Satıcı, sattığı malın fer'i zilyetliğini başka bir özel sebebe dayanarak elinde tutmaya devam etse bile yarar ve hasar alıcıdadır<sup>341</sup>. Bu şekilde satılan, satıcının fer'i zilyetliğinde iken hasara uğrarsa buna alıcı katlanır.

### 2.2.3.3.3. Zilyetliğin havale yoluyla devri

Zilyetliğin, fer'i veya dolaylı zilyet olan kişiden başka bir kimseye sözleşme ile devrine zilyetliğin havalesi denir. Zilyetliğin havalesinden bahsedebilmek için öncelikle eşya üzerinde dolaylı ve dolaysız zilyetlik şeklinde dereceli bir zilyetliğin kurulmuş olması gerekir<sup>342</sup>. Zilyetliğin havalesi, tarafların yapacağı anlaşma ile dolaylı zilyetliğin bir üçüncü kişiye devrini ifade eder<sup>343</sup>. Dolaylı zilyet ile zilyetliği devralacak kişi arasındaki satış veya bağış gibi borçlanma sözleşmesi, tek başına zilyetliğin devrini sağlamaz. Taraflar arasındaki sözleşmede veya ayrı bir sözleşmede zilyetliğin devri kararlaştırılmalıdır<sup>344</sup>. Örneğin, bir kimse kendisine ait olan at arabasını bir başkasına kiralayarak teslim etmiştir. Araba kiracıda iken bir üçüncü kişiye bu arabayı satıp devretmek istiyor. Bunun için arabayı kiracının teslim etmesini beklemeden, üçüncü kişiyle aralarında yapacakları anlaşma ile havale yoluyla arabanın zilyetliğinin devrini sağlayabilirler. Havale edilecek zilyetlik sadece asli zilyetlik değildir. Fer'i zilyetlik de üçüncü kişiye havale yoluyla devredilebilir<sup>345</sup>. Yukarıdaki örnekte satış yerine ikinci bir kira sözleşmesi yapılmış olsaydı, havale yoluyla fer'i zilyetliğin üçüncü kişiye devri yine mümkün olurdu.

Zilyetliğin havalesi için dolaylı zilyet ile eşyayı iktisap eden üçüncü kişi arasında bir anlaşmanın yapılması gerekir. Bu anlaşma için herhangi bir şekil şartı yoktur.

<sup>340</sup> Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, 1989, 86; Ünal, Başpınar, 2008, 179.

<sup>341</sup> Özdemir, 2011, 372.

<sup>342</sup> Akıntürk, 2009, 154.

<sup>343</sup> Ünal, Başpınar, 2008, 182; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, 2013, 81; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, 1989, 76; Akıntürk, 2009, 153.

<sup>344</sup> Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, 1989, 77; Serozan, 2007, Taşınır Eşya, 126.

<sup>345</sup> Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, 2013, 80; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, 1989, 77.

Aynı zamanda dolaysız zilyedin anlaşmaya onay vermesine gerek bulunmaz<sup>346</sup>. Ancak anlaşmanın dolaysız zilyet için hüküm ifade edebilmesi için dolaysız zilyede, zilyetliği devreden kişi tarafından anlaşmanın bildirilmesi gerekir (TMK m. 979/II). Zilyetliğin havale yoluyla devri, bu bildirimden itibaren hüküm doğurmaya başlar. Söz konusu bildirim dolaysız zilyet açısından anlaşmanın geçerlilik şartı kabul edilir. İhbar yapılmamış olsa bile taraflar arasındaki anlaşma geçerliliğini korur<sup>347</sup>.

Zilyetliğin havalesinin üçüncü kişi sayılan dolaysız zilyedin durumunu ağırlaştırmaması gerekir. Dolaysız zilyet, zilyedi devredene karşı ileri süreceği sebeplerle şeyi edinene vermekten kaçınabilir (TMK m. 979/III). Teslimden kaçınma sebebi olarak ayni-kişisel hak ayrımı yapılmamış olsa da dolaysız zilyedin kişisel haklarını ileri sürerek teslimden kaçınmaması gerekir<sup>348</sup>.

Dolaylı tarzda bile zilyet olmayan bir kimse için zilyetliğin havalesi mümkün değildir. Dolaysız zilyet olan üçüncü kişi, zilyetliği havale edenin eşya üzerindeki hâkimiyetini tanıyorsa havale yoluyla zilyetliğin devri mümkün olur. Mesela malı çalınmış olan bir kimse, çalınan eşyanın sahibi olsa da zilyetliği yoktur. Eşyanın sahibi hırsızın elindeki malı başka birine satsa bile hiçbir şekilde zilyetliğin devri gerçekleşmez<sup>349</sup>.

Satış sözleşmesine konu bir eşya üzerinde zilyetliğin havalesi gerçekleştiriliyorsa, dolaylı zilyet olan satıcı ile alıcı arasındaki zilyetliğin devri anlaşmasının yapılması, yarar ve hasarın alıcıya geçişini sağlar<sup>350</sup>. Bu anlaşmanın dolaysız zilyet olan kiracıya ihbarı gerekir. İhbar, yarar ve hasarın geçişi için yeterlidir. Dolaysız zilyedin onayı aranmaz.

#### **2.2.3.3.4. Zilyetliğin emtia senetlerinin teslimi ile devri**

Nakliyecilerin ve umumi mağazaların kendilerine teslim edilen eşyayı temsil etmek için çıkardıkları senetlere emtia senetleri denir. Bu senetler kıymetli evrak niteliğindedir. Emtia senetlerinin teslimi emtianın teslimi gibi sonuç doğurur (TMK m. 980/I) ve eşya üzerindeki zilyetliğin devrini sağlar.

<sup>346</sup> Ünal, Başpınar, 2008, 184; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, 2013, 81; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, 1989, 78.

<sup>347</sup> Ünal, Başpınar, 2008, 184.

<sup>348</sup> Sirmen, 2013, 73.

<sup>349</sup> Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, 2013, 80.

<sup>350</sup> Özdemir, 2011, 372.

Emtia senetlerinin teslimi ile zilyetliğin devri nitelik olarak zilyetliğin havalesinden ibarettir<sup>351</sup>. Vasıtasız zilyetliği ardiyecide ve taşıyıcıda kalan eşyanın vasıtalı zilyetliği devredilir. Vasıtalı asli zilyetliği emtia senetleri aracılığıyla kendisine devredilen kimse mülkiyeti kazanır<sup>352</sup>.

Emtia senetlerini iyi niyetle teslim alan kimse ile emtiayı iyi niyetle teslim alan kimse arasında uyuşmazlık çıkması halinde emtiayı teslim alan tercih olunur (TMK m. 980/II). Bu kural, emin sıfatıyla zilyetten iyi niyetli olarak aynı hak kazanımını koruyan TMK m. 988'in özel bir çeşidi olarak kabul edilir. Vasıtasız zilyet olan ardiyeci ve taşıyıcı, eşyayı iyi niyetli üçüncü bir kişiye devrederse bu senetlerin temsil niteliği sona ermiş olur. Emtia senedi sahibi ile eşya zilyedi aynı eşya üzerinde hak iddia ettiğinde eşya zilyedine öncelik verilir<sup>353</sup>.

Satıcı elinde bulunan emtia senedini devrettiğinde, satılanın asli zilyetliği ardiyeciden veya taşıyıcıdan alıcıya geçmiş olur. Tarafların emtia senetlerinin devri konusunda anlaşmışları andan itibaren satılanın yarar ve hasarı alıcıya aittir<sup>354</sup>. Emtia senetlerinin devrinden itibaren satılanın zarara uğraması halinde bunlara alıcı katlanır.

#### **2.2.3.4. Zilyetlik ile mülkiyetin devri ilişkisi**

Taşınırlarda zilyetlik ile mülkiyet çok sıkı bir şekilde birbirine bağlıdır. Zilyetlik devredilmeden mülkiyet kazanılamaz. Taşınır mülkiyetinin aslen veya devren kazanılmasında asıl önemli olan zilyetliktir. Zilyetlik, taşınmaz mülkiyetindeki tescilin yerini tutar<sup>355</sup>. Mülkiyet, genel olarak zilyetliğin devri veya zilyetliğin kurulması anından itibaren kazanılmış olur. Fakat kanunda öngörülen bazı istisnai durumlarda zilyetliğin devriyle mülkiyetin geçişi aynı zamanda olmaz. Bu konuda mülkiyeti saklı tutma sözleşmesi örnek verilebilir. Bu sözleşmede taraflar, zilyetliğin devredilmesine rağmen mülkiyetin karşı tarafa geçmeyeceği hususunda anlaşılırlar. Mülkiyeti saklı tutma koşuluyla yapılan satış sözleşmesinde kararlaştırılan koşulun gerçekleşmesine kadar zilyetlik devredilmiş olsa da mülkiyet alıcıya geçmez (TMK m. 764, 765, TBK m. 243). Mülkiyeti saklı tutma

<sup>351</sup> Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, 1989, 83

<sup>352</sup> Ünal, Başpınar, 2008, 186; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, 1989, 84.

<sup>353</sup> Serozan, 2007, Taşınır Eşya, 124; Ünal, Başpınar, 2008, 187.

<sup>354</sup> Özdemir, 2011, 373.

<sup>355</sup> Akıntürk, 2009, 582.

koşuluyla satışta, satış sözleşmesi değil sadece mülkiyetin geçmesi geciktirici koşula bağlanmıştır. Bu sebeple hasarın geçişinde genel kural uygulanır<sup>356</sup>. Zilyetliğin devrinden mülkiyetin devredildiği ana kadar satılanın hasarına alıcı katlanır. Zilyetliğin devrinden itibaren satılanın kötüleşmesi veya telef olması sebebiyle ifanın kusursuz imkânsızlık sonucu yerine getirilememesi halinde alıcı, satış parasını ödemek zorundadır<sup>357</sup>.

Taşınırın zilyedinin onun maliki sayıldığına ilişkin TMK m. 985 hükmünde, taşınırlarda zilyetliğin mülkiyete karine teşkil ettiği açıkça belirtilmiştir. Hırsız, geçerli olmayan bir hukuki sebeple taşınırın zilyetliğini elinde bulundurur. Zilyetlik karinesine göre iyiniyetli üçüncü kişilerce hırsız bile o taşınırın maliki sayılır. Zilyetten malik olduğu hususunda kanıt istenmez. Zilyet, elindeki eşyayı nereden ve kimden aldığı konusunda ispata zorlanamaz<sup>358</sup>.

Zilyetliğin devri işlemi taşınır satışındaki tasarruf işlemidir. Zilyetliğin devri gerçekleşmemişse tasarruf işlemi de gerçekleşmediği için satıcı, sözleşmedeki ifa borcunu yerine getirmemiştir. Fakat alıcı, ekonomik olarak satılardan yararlanamadığı müddetçe, fiili zilyetliğin geçişi hasarın geçişine etki etmez. Zilyetliğin devri satış sözleşmesinin ifası amacıyla yapılmışsa hasarın alıcıya geçmesinde etkili olur<sup>359</sup>.

Mülkiyet hakkı, sahibine eşya üzerinde en geniş anlamda hâkimiyet sağlar<sup>360</sup>. Bu hak malike, hukuk düzenin sınırları içinde, o şey üzerinde dilediği gibi kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisi verir (TMK m. 683). Tasarruf yetkisi denilince ilk olarak satış sözleşmesi ile mülkiyetin devri akla gelir. Satış sözleşmesinde satılan, sadece eşya değildir. Taşınır ve taşınmaz eşya dışında satış sözleşmesine; alacak hakları, devredilebilen yenilik doğuran haklar, sınai haklar ile fikir ve sanat eserleri üzerindeki mali haklar da konu olabilmektedir<sup>361</sup>.

Mülkiyetin devri açısından zilyetliğin karşı tarafa geçirilmesi önem arz eder<sup>362</sup>. Genellikle taşınırın zilyetliğinin –mülkiyetinin geçirilmesi amacıyla- alıcıya

<sup>356</sup> Olgaç, 1970, 28; Tandoğan, 2008, 118; Akıntürk, 1966, 124; Zevkliler, Gökyayla, 2013, 44.

<sup>357</sup> Nomer, Engin, 2013, 65.

<sup>358</sup> Akıntürk, 2009, 166.

<sup>359</sup> Nomer, Engin, 2013, 63.

<sup>360</sup> Ayan, M. (2013). *Eşya Hukuku II Mülkiyet* (Altıncı Baskı). Konya: Mimoza Yayıncılık, 4.

<sup>361</sup> Nomer, Engin, 2013, 37.

<sup>362</sup> Mülkiyetin alıcıya geçmesi için zilyetliğin devrine ihtiyaç olmadığı bazı istisnai durumlar vardır. Bunlar; cebri arttırma sonucu mülkiyetin kazanımı (TBK m. 279/III), kısa elden teslim ile zilyet olanın mülkiyet kazanımı, külli halefiyet halinde mirasçıların mülkiyet kazanımı (TMK m. 599, TTK m. 153), tüzel

devredilmesi ile mülkiyetin devri borcu yerine getirilmiş olur (TBK m. 210). Eğer zilyetlik, mülkiyeti devretmek için değil de kira veya ödünç vermek için karşı tarafa geçirilmişse mülkiyetin devri söz konusu olmaz.

Taşınırlarda mülkiyetin geçmesi için zilyetliğin devredilmesi gerekir (TMK m. 763/I). Zilyetliğin devrinin, kanun koyucu tarafından taşınır mülkiyetinin geçişini sağlayan tasarruf işlemi olarak kabul edilmesi, doktrinde bazı yazarlar tarafından kabul görmemiştir<sup>363</sup>. Zilyetliğin devrinin, mülkiyetin devrini de kapsaması için tarafların, bu konuda ayrı bir sözleşme daha yapması gerektiği savunulmaktadır<sup>364</sup>. Zilyetliğin devrinin, tek başına mülkiyeti karşı tarafa geçirebilmesi için sözleşmenin, mülkiyet hakkının geçirilmesi amacıyla yapıldığı konusunda tarafların anlaşmış olması gerekir. Bu anlaşmaya uygulamada “*mülkiyetin devri anlaşması*” veya “*ayni sözleşme*” de denilmektedir<sup>365</sup>. Mülkiyet, bu ayni sözleşmeye dayanılarak zilyetliğin karşı tarafa devri anında geçer. Bu anlaşma, ayni bir sözleşme özelliğine sahiptir. Taşınmazlardaki tescil işleminden farklı olarak iki taraflı bir işlemdir.

Satıcı, alıcıya satılanın, doğrudan zilyetliğini sağlamak zorundadır. Zilyetliğin devri borcunun nasıl yerine getirileceği, sözleşmenin içeriğine göre belirlenmeli ve aksi anlaşılmadıkça ancak dolaysız zilyetliğin devriyle gerçekleştirebileceği, alıcının ise daha farklı bir devir yolunu kabule zorlanamayacağının anlaşılması gerekir<sup>366</sup>.

Zilyetliğin alıcıya devri ile birlikte mülkiyetin geçmesi için iki hususun da üzerinde durulması gerekir. İlk olarak taraflar arasındaki borçlandırıcı işlemin geçerli olması ve borçlandırıcı işlem ile tasarruf işlemi arasında sebebe bağlılık

---

kişiliğin kazanılmasıyla vakfedilen malların vakfa geçmesi (TMK m. 105). Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, 2013, 743, 744; Akıntürk, 2009, 586, 587; Sirmen, 2013, 532.

<sup>363</sup> Sirmen, 2013, 530; Gümüş, 2013, 33; Atamer, 2012, 190; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, 2013, 738; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, 1989, 69; Nomer, Engin, 2013, 85; Akıntürk, 2009, 585; Ayan, 2013, 510; Tunçomağ, 1977, 32. Feyzioğlu’na göre aynen teslim, anahtar teslimi ya da kira sözleşmesinin devri ile taşınmazın zilyetliğinin devri gibi satılanı, alıcının vasıtasız olarak zilyetliğine geçiren haller dışında, zilyetliğin devrinin, teslim yerine mülkiyeti geçirebilmesi için alıcının muvafakati şarttır. Feyzioğlu, 1980, 232.

<sup>364</sup> Oğuzman’a göre TMK m. 763’te bu anlaşmadan söz edilmemesinin sebebi, zilyetliğin devrinde tarafların rızalarının uyuşma unsurunun yer almasıdır. Yoksa bir kimse malik olmak niyetiyle zilyetliği kazanmadıkça malik olmaz. Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, 2013, 739. Akıntürk’e göre bu anlaşma çoğunlukla zilyetliğin devri anında örtülü olarak yapılır. Akıntürk, 2009, 585.

<sup>365</sup> Mülkiyetin devrinde asıl önemli olan mülkiyetin devrine ilişkin iradedir. Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, 1989, 69.

<sup>366</sup> Çetiner, 2009, 100; Nomer, Engin, 2013, 67, 84.

ilişkisi bulunmalıdır. İkinci olarak ise satıcının zilyetliği devrederken tasarruf ehliyeti ve yetkisinin bulunması gerekir<sup>367</sup>.

Satış sözleşmesinde karşı tarafa mülkiyetin geçirilmesine rağmen, dolaysız zilyetliğin alıcıya geçmemesi söz konusu olabilir. Hasarın geçişinde zilyetliğin devri esas alındığından zilyetlik yerine mülkiyetin devredilmiş olması hasarın alıcıya geçmesini sağlar mı? Bu konu genellikle zilyetliğin havalesi yoluyla zilyetliğin devrinde karşımıza çıkar. Satılan, satıcının elinde bulunmasına rağmen satılanın mülkiyeti alıcıdadır. Burada hasarın geçip geçmediği konusunda iki farklı yoldan çözüme gidilebilir. Satıcı satılandan iktisaden yararlanmaktaysa hasar ona ait olmalı, fakat iktisaden yararları alıcıya geçmişse (örneğin kira gelirleri gibi) hasara alıcı katlanmalıdır<sup>368</sup>. Bu sayede yarar ve hasarın geçişi arasında paralellik korunmuş olur.

#### **2.2.3.5. Satılanın teslimi yerine zilyetliğin devrinin getirilmesinin yerindeliği**

Taşınırlarda yarar ve hasarın alıcıya geçişi için TBK m. 208/I ile beraber sözleşmenin kurulma anı yerine satılanın zilyetliğinin devri kabul edilmiştir. Bu kuralın temelinde Alman hukuku ile Birleşmiş Milletler Satış Hukukunun etkisi vardır<sup>369</sup>. Çünkü her ikisinde de hasarın geçişi konusunda teslim ilkesi benimsenmiştir. Fakat TBK’da teslim ifadesi yerine zilyetliğin devri getirilmiştir<sup>370</sup>. Gerekçede ise teslim ifadesine yer verilmemesine ilişkin olarak, zilyetliğin, mülkiyetin devri açısından teslimden daha kapsamlı olduğu ve zilyetliğin teslimle bağlı olmaksızın kazanıldığı diğer yollarla da gerçekleşebileceği belirtilmiştir.

Kanun koyucu, “*teslim*” ifadesi yerine taşınırlarda “*zilyetliğin devri*”, taşınmazlarda “*tescil*” ifadesini kullanarak hasarın geçişini mülkiyetin geçişi anına bağlamaya çalışmıştır. Fakat sadece satılanın zilyetliğinin devri ile mülkiyetin devrinin mümkün olmadığı göz ardı edilmiştir. Mülkiyetin alıcıya geçmesi için taraflar arasında zilyetliğin devrine ek olarak mülkiyetin devri anlaşmasının da

<sup>367</sup> Ayan, 2013, 512; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, 2013, 739; Akıntürk, 2009, 584.

<sup>368</sup> Nomer, Engin, 2013, 66, 67.

<sup>369</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. §6, VI.

<sup>370</sup> Taşınır ve taşınmaz ayrımı yapmadan yarar ve hasarın, teslimle birlikte alıcıya geçeceği kuralı getirilseydi daha yerinde olurdu. Nomer, Engin, 2013, 96.

yapılması gerekir. Bu sebeple satılanın zilyetliğinin devri, tek başına yarar ve hasarın alıcıya geçmesini sağlarken mülkiyetin geçişini sağlamaz.

Satış sözleşmesinde satıcının asli borcu, satılanın, zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretmektir (TBK m. 207/I ve TBK m. 210). Satıcıya, eBK m. 182/I'de yer alan satılanın *“teslimi”* borcu yerine, *“zilyetliğin devri”* borcunun yüklenmesi dar bir ifadedir<sup>371</sup>.

#### 2.2.3.6. Taşınmazlarda tescil işleminin yapılması

Eşya hukukunda sözleşme özgürlüğü söz konusu değildir<sup>372</sup>. Bu konuda tapu kütüğünde yapılacak işlemler önceden belirlenmiştir. Özellikle taşınmaz mülkiyetinin kazanılması sıkı şekil kurallarına bağlanmıştır. Taşınmazlarda mülkiyetin kazanılması kural olarak tescille olur (TMK m. 705/I)<sup>373</sup>. Tescil, tapu kütüğünde taşınmaza ait sayfaya, o taşınmazın üzerindeki aynı hakların yazılmasını ifade eden özel, teknik bir deyimdir<sup>374</sup>. Tescil işleminin sebebe bağlı olması gerekir. Haklı bir sebep olmadan yapılan tesciller geçerli değildir. Bu tür tesciller, terkinler, tadiller yolsuz (geçersiz) sayılır (TMK m. 1025)<sup>375</sup>.

Taşınırılar için zilyetliğin gördüğü fonksiyonu taşınmazlarda tapu sicili yerine getirir<sup>376</sup>. Taşınmaz mülkiyetinin kazanılmasında, kaybedilmesinde (terkin) ve değişikliğe uğramasında (tadil) tescil işleminin yapılması şarttır. Tescilin ilgili sayfaya yazılabilmesi için yetkili kişinin tescil talebinde bulunması ve bu kişinin tasarruf yetkisini ve tescil sebebini belgelemesi gerekir (TMK m. 1015). Hakkın sahibi ancak tescil isteminde bulunabilir. Mülkiyet hakkının devredilmesi veya sınırlı aynı hakların kurulması söz konusu ise hukuki işlemlerin tescilini malik ister. Sınırlı aynı hakların devri, değiştirilmesi veya ortadan kaldırılmasının tescilini bu

<sup>371</sup> Nomer, Engin, 2013, 46, 83.

<sup>372</sup> Akıntürk, 2009, 283.

<sup>373</sup> Miras, mahkeme kararı, cebri icra, işgal, kamulaştırma halleri ile kanunda öngörülen diğer hallerde, mülkiyet tescilden önce kazanılır (TMK m. 705/II). Burada yapılan tescilin kurucu değil bildirici etkisi vardır.

<sup>374</sup> Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, 2013, 201; Ünal, Başpınar, 2008, 319; Akıntürk, 2009, 284.

<sup>375</sup> Ünal, Başpınar, 2008, 286. *“Yolsuz tescil, haklı bir sebebe dayanmayan veya geçerli olmayan bir hukuki sebebe dayanılarak yapılan tescildir”* (HGK. 22.2.1961, 1-47/17, Adalet Dergisi 1962, sf. 57).

<sup>376</sup> Tapuya kayıtlı olmayan taşınmazların satışında tescil işlemi söz konusu olmaz. İçtihatlarla tapuya kayıtlı olmayan taşınmazların satışında, taşınır eşyaya ilişkin hükümlerin uygulanacağı kabul edilmiştir. Bu taşınmazlarda mülkiyetin değil, zilyetliğin devri söz konusu olur. Yarar ve hasarın geçişi için tescil yerine zilyetliğin devri anı dikkate alınmalıdır. Dolayısıyla TBK m. 208/T'deki tescille hasarın geçişi ilkesi, tapuya kayıtlı olmayan taşınmazlar için uygulanmaz.

hakkın sahibi isteyebilir<sup>377</sup>. Taşınmaz üzerindeki aynı hakkın kurulabilmesi için yapılan tescilin haklı ve hukuki bir sebebe dayanması gerekir<sup>378</sup>. Tescil işleminin sebebi olan bağışlama (TBK m. 288), satış (TBK m. 237), mal değişimi sözleşmelerinin (TBK m. 283) de resmi şekilde yapılması gerekir.

Taşınmaz satışında mülkiyetin alıcıya geçmesi için taşınır satışındaki gibi aynı bir sözleşmeye daha ihtiyaç yoktur<sup>379</sup>. Taraflar arasındaki devir amacıyla yapılan sözleşmeden sonra malikin tek taraflı yapacağı tescil talebine karşılık tapu sicil memurunun yapacağı tescil ile mülkiyetin geçişi sağlanmış olur.

Tesciller, aynı hakların geçerli şekilde varlık kazandığını gösterir ve aynı hakların kamuya açıklığını sağlar. Taşınırlarda zilyetliğin mülkiyet için hak karinesi fonksiyonu taşınmazlarda tescille sağlanır. Tapuya kayıtlı taşınmazlarda, hak karinesinden ve zilyetlikten doğan davaları açma hakkından yalnız adına tescil bulunan kimse yararlanır (TMK m. 992). Bu hükümle adına tescil bulunan kişiye zilyetlikle ilgili mutlak yetki verilirken, tescilin düzeltilmesini ise her ilgili isteyebilir (TMK m. 1025).

Taşınmaz satışında, yarar ve hasarın alıcıya geçişi için taşınmazın alıcı adına tescilinin yapılması gerekir (TBK m. 208/I). Tescil işleminin yapılmasıyla beraber satılanın, yarar ve hasarı alıcıya geçer. Taşınmaz satışında tescil, sözleşmenin tasarruf aşamasıdır. Tescille beraber satılanın mülkiyeti alıcıya geçer. Kanun koyucu, taşınmazlarda hasarın geçişini mülkiyetin geçişine bağlamıştır.

---

<sup>377</sup> Akıntürk, 2009, 296.

<sup>378</sup> Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, 1989, 325; Akıntürk, 2009, 288.

<sup>379</sup> Yar. 1. HD, 6.5.1980, E. 1980/4090, K. 1980/6191 sayılı kararı; "... Satıcı yalnızca satılanın mülkiyetinin alıcıya geçirme, alıcı da satış bedelini satıcıya ödeme borcu altına germekte olduğu cihetle satış sözleşmesi borçlanma niteliğindedir. Taşınmaz malikin mülkiyetinin alıcıya geçmesi için ayrıca tescil talebi ve tescil gereklidir. Ve bunlar mülkiyet hakkını doğrudan etkileyen, onu bir başkasına geçirme tasarrufu işlemidir..." (Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, 1989, 328, dn. 4)

### 3. BÖLÜM

## SATIŞ SÖZLEŞMESİNDE HASARIN GEÇİŞİNE İLİŞKİN İSTİSNALAR VE BİRLEŞMİŞ MİLLETLER SATIŞ HUKUKUNDA HASARIN GEÇİŞİ

### 3.1. Satış Sözleşmesinde Hasarın Geçişine İlişkin İstisnalar

#### 3.1.1. Genel olarak

818 sayılı eBK döneminde “*halin icabından veya hususi şartlardan mütevellit istisnaların*” dışında hasarın alıcıya geçmesi için sözleşmenin yapılması yeterliydi. Taraflar, sözleşmeyle hasarın geçişi anını değiştirebildiği için eBK m. 183’deki hasarın geçişine ilişkin kural emredici değildir. Taraflar sözleşmeyi yaparken kuralın aksini kararlaştırabileceği gibi, halin icabından doğan istisnalarla da hasarın geçiş anı değişebilmekteydi.

İstisnaların kuraldan daha çok uygulanmasına neden olan hasarın geçişi rejimini değiştiren TBK m. 208 hükmü ile sözleşmenin yapılma anı yerine zilyetliğin devri anı hasarın alıcıya geçişinde önem kazanmıştır. Bu sebeple önceki kanun döneminde önemli olan birçok istisna artık söz konusu olmaz. Çünkü zilyetliğin devri ile birlikte çoğunlukla mülkiyet de karşı tarafa geçtiği için yarar ve hasara malikin katlanması kuralı uygulama alanı bulmaktadır. Hasarın geçişinde zilyetliğin devrinin getirilmesiyle birlikte istisnalarla beraber onlara olan gereksinim azalmıştır.

Satış sözleşmesinde hasarın geçişine ilişkin istisnalar, eBK m. 183/I’de sözleşmede öngörülen özel koşullar ile durumun gereğinden ortaya çıkan istisnalar şeklinde ikili bir ayrıma tabi tutulmuştur. TBK m. 208/I’de ise bu istisnalara kanundan doğan istisnalar da eklenmiştir. Kanunda belirtilen istisnaların eklenmesiyle daha önceki hükme getirilen eleştiriler de giderilmiştir<sup>380</sup>. Kanunda belirtilen istisnalar ise genel olarak koşula bağlı satışlar (TBK m. 170-176) alıcı temerrüdü (TBK m. 208/II) , gönderme satışı (TBK m. 208/III) ve taşınmazın ileri

---

<sup>380</sup> Özdemir, 2011, 377.

tarihli teslimi (TBK m. 245/l) şeklindedir. Yarar ve hasarın hangi koşullarda geçeceği TBK m. 208 ile biraz daha netlik kazanmış, istisnalara boğulmadan asıl kuralın uygulanması kolaylaşmıştır.

### 3.1.2. Tarafların hasarın geçişine ilişkin özel koşullar öngörmesi

#### 3.1.2.1. Hasarın geçişine ilişkin özel koşulların nitelikleri

Satış sözleşmesinde yarar ve hasarın geçiş anını düzenleyen eBK m. 183 ile aynı şekilde yeni TBK m. 208 hükmü de taraflarca hasarın geçiş anı serbestçe kararlaştırabildiği için emredici bir nitelik taşımaz<sup>381</sup>. Her iki hüküm de tamamlayıcı (yedek) bir hukuk kuralıdır. Taraflar yarar ve hasarın zilyetliğin devrinden önce veya zilyetliğin devrinden sonra alıcıya ait olacağını<sup>382</sup> belirleyebilirler.

Satış sözleşmesinde hasarın geçişi konusunda tarafların iradeleri önceliklidir. İlk olarak sözleşme taraflarının aralarında bu konuda bir anlaşma yapıp yapmadıklarının tespiti gerekir. Kanunda öngörülen hasar geçişi kuralından (TBK m. 208) farklı bir kural öngörülmediyse kanundaki hükümlere gidilerek yarar ve hasarın hangi andan itibaren hangi tarafa ait olacağı belirlenir. Taraflar arasında bu şekilde bir sözleşmenin yapıldığının veya hasarın geçişini etkileyen özel bir durumun bulunduğu ispatı alıcının üzerindedir<sup>383</sup>.

Yarar ve hasarın geçişine ilişkin yapılan sözleşme herhangi bir geçerlilik şekline tabi değildir. İstisnai olarak taşınmaz satışında, taraflar arasında taşınmazın tescilden sonraki bir zamanda teslim alınacağına ilişkin bir sözleşme yapılırsa, bu sözleşmenin geçerliliği yazılı şekilde yapılmasına bağlıdır (TBK m. 245).

Alıcı ile borçlu arasındaki hasarın geçişi sözleşmesi açık veya zımni şekilde yapılabilir<sup>384</sup>. Sözleşmede belirtilen kayıt ve şartlarda tarafların zımni iradesiyle hasarın geçişine ilişkin bir değişiklik yapma gayesi mevcutsa buna itibar edilir. Bu konuda sözleşmede belirtilmiş olan “*franko (gidersiz) teslim kaydı*”nın hasarın

<sup>381</sup> Feyzioğlu, 1980, 220; Altay, 2008, 153; Atamer, 2000, 144; Tunçomağ, 1977, 84; Nomer, Engin, 2013, 69; Yavuz, 2013, 40; Akıntürk, 1966, 165; Özdemir, 2011, 378; Tandoğan, 2008, 111; Olgaç, 1970, 28.

<sup>382</sup> Bu konuda örnek olarak mülkiyeti saklı tutma kaydıyla satışta mülkiyetin devrine kadar hasarın satıcıda kalacağını kararlaştırılması verilebilir. Nomer, Engin, 2013, 69. Bir diğer örnek ise garanti belgesidir. Satıcının, satılanın sağlam şekilde alıcının eline geçeceğini taahhüt etmesi halinde taşıma rizikolarını satıcının bizzat yüklediği anlaşılır. Tunçomağ, 1977, 85.

<sup>383</sup> Tunçomağ, 1977, 84.

<sup>384</sup> Feyzioğlu, 1980, 221; Akıntürk, 1966, 165; Tunçomağ, 1977, 85; Altay, 2008, 153; Olgaç, 1970, 28.

geçişine ilişkin zımni bir anlaşma kabul edilip edilmeyeceği doktrinde tartışmalıdır<sup>385</sup>. Hakim fikre göre franko teslim kaydı, esas olarak taşıma masraflarıyla alakalıdır<sup>386</sup>. Gidersiz devir kararlaştırılmışsa, satıcının taşıma giderlerini üzerine aldığı kabul edilir (TBK m. 211/II). Bu şekilde bir kaydın kararlaştırılması, yarar ve hasarın geçişine ilişkin yapılan bir sözleşme olarak kabul edilmemelidir<sup>387</sup>. Burada sadece taşıma giderleri satıcının üzerindedir. Bu konuda İsviçre Federal Mahkemesinin farklı yönde kararlarına rastlanmaktadır<sup>388</sup>.

### 3.1.2.2. Hasarın geçişine ilişkin özel koşulların sınırları

Sözleşme tarafları irade özerkliği ve sözleşme serbestliği ilkesi doğrultusunda, aralarında belirli ölçüler içerisinde hasarın geçişi şartlarını belirleyebilirler. Bu şartlar, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde kanunda öngörülen sınırlar içerisinde olmalıdır (TBK m. 26). Ancak bu şartlar, taraflar arasındaki ekonomik, sosyal, psikolojik ve entelektüel açıdan bir güç dengesini aşmadığı durumlarda kabul edilebilir<sup>389</sup>. Aralarındaki güç dengesi bir taraf lehine aşırı derecede çökertilirse serbest pazarlık payını yitirmiş olan tarafın koruyucusu olarak TBK m. 27'deki kesin hükümsüzlük yaptırımı karşımıza çıkar.

Karşılıklı menfaatlerin hakkaniyete aykırı şekilde bozulması bir nevi ahlaka aykırılık kabul edilip, sözleşmenin geçersizliği veya sadece tek yanın çıkarlarını koruyan hükümlerin sözleşmeden çıkarılması, zayıf koruma amacı düşüncesiyle kabul edilmelidir<sup>390</sup>. Günümüzde satış sözleşmesinin güçlü tarafı çoğunlukla satıcılardır. Bundan dolayı tüketicilerin korunması açısından hasarın geçişine ilişkin şartların sözleşmeyle alıcı aleyhine önemli ölçüde bozulmaması gerekir.

<sup>385</sup> Tartışmalar için bkz. Akıntürk, 1966, 166-168.

<sup>386</sup> Akıntürk, 1966, 168; Atamer, 2000, 144; Özdemir, 2011, 379; Tunçomağ, 1977, 86; Aral, Ayrancı, 2012, 77.

<sup>387</sup> Olgaç, 1970, 28.

<sup>388</sup> BGE 44 II 416, 419 (franko teslim kaydı hasarı satıcının taşıyacağını gösterir); BGE 46 II 457, 462 (franko teslim kaydı ifa yerini değiştirmez; satıcının malı taşıyıcıya teslimi ile hasar alıcıya geçer); BGE 49 II 70, 75 (franko teslim kaydı ifa yerini değiştirir); BGE 52 II 362, 365 (franko teslim kaydı kural olarak sadece masraflara ilişkindir, ancak halin icabı satıcının ifa yerine kadar hasarı taşıması gerekebilir). Atamer, 2000, 145 (dn. 56).

<sup>389</sup> Serozan, 2006, 47.

<sup>390</sup> Serozan, 2006, 47.

### 3.1.2.3. Milletlerarası ticari kayıtların kullanılması durumunda hasarın geçişi ve Incoterms kavramı

Satış sözleşmesinde taraflar, farklı hukuk sistemlerindeki hasar kuralını kabul edebileceği gibi milletlerarası ticari kayıtları kullanarak da hasarın geçişini düzenleyebilirler. Özellikle farklı ülkelerden tarafların yapmış oldukları sözleşmelerde, hangi ülkenin sözleşme hukukunun uygulanacağını belirlenmesi yarar ve hasarın geçiş anını tespit etmede önem arz eder.

Milletlerarası ticari kayıtlar kullanılarak yarar ve hasarın geçiş anı belirlenmek istendiğinde karşımıza “Incoterms” kavramı çıkar. Incoterms İngilizcedeki “*INternational COMmercial TERMS*”in kısaltılmasıdır<sup>391</sup>. 1936, 1953, 1967, 1976, 1980, 1990, 2000 ve son olarak da 2010 yılında Milletlerarası Ticaret Odası (MTO) tarafından yayınlanmış ve Incoterms 2010, 1 Ocak 2011’den itibaren uygulamaya girmiştir<sup>392</sup>. Incoterms ile uluslararası satışlarda kullanılan ticari terimlerin açıklanması ve yeknesak bir yorumun oluşmasını sağlama adına MTO’nun hazırladığı kurallar bütünü anlaşılır<sup>393</sup>. Herhangi bir satış sözleşmesinde taraflar, bu kuralları sözleşmelerine dâhil ederlerse Incoterms uygulama alanı bulur. Incoterms kayıtları, kanun niteliği taşımazlar. Tarafların bunları sözleşmede zımnen kararlaştırabilmesi konusu tartışmalıdır<sup>394</sup>.

Incoterms kuralları, satış sözleşmesinde alıcı ile satıcı arasındaki maddi malların teslimine ilişkin olarak tarafların hak ve yükümlülükleri ile sınırlıdır. Taşıma sözleşmesini düzenleyen taşıyıcı ile malı gönderen satıcı arasındaki veya sigortacı ile alıcı ya da satıcı arasındaki hukuki ilişkide bu kurallar uygulanmaz<sup>395</sup>. Hasarın geçişi Incoterms’te özellikle düzenlenen ve önem verilen bir konudur<sup>396</sup>.

<sup>391</sup> Tunçomağ ise Incoterms terimini, Fransızcadaki “*Règles internationales pour l’interprétation des termes commerciaux*” kelimelerinin kısaltması olarak kabul etmektedir. Tunçomağ, 1977, 86 (dn. 91).

<sup>392</sup> Incoterms’e ilişkin bilgiler <http://www.mevzuat.net/fayda/teslimsekilleri.htm> adresinden 15 Ağustos 2014’de alınmıştır.

<sup>393</sup> Doğan, F. (2002). Incoterms 2000 tarihi gelişimi – geçerlilik kaynağı – münferit klotlar - son değişiklikler. *Prof. Dr. Ömer Teoman’a Armağan*. İstanbul: Beta Yayınları, 341; Erdem, H. E. (2001). Incoterms 2000. *Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. yaş günü armağanı C. I*. İstanbul: Beta Yayınları, 179; Atamer, 2000, 163; Altay, 2008, 155.

<sup>394</sup> Altay, 2008, 155. Incoterms’e açıkça atıf yapılmayan hallerde de ticari teamül sayılabildikleri ölçüde sözleşmenin yorumunda bunlara başvurulabileceği kabul edilmektedir. TTK m. 2/I’de de irade beyanlarının yorumlanmasında ticari teamüllerin esas alınacağı net bir şekilde belirtilmektedir. Atamer, 2000, 162 (dn. 120).

<sup>395</sup> Doğan, 2002 346; Altay, 2008, 156.

<sup>396</sup> Erdem, 2001, 190; Hamşioğlu, I. (2012). *Incoterms 2010 Kuralları Çerçevesinde CIF (SİF) Satışta Tarafların Yükümlülükleri*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 9.

Incoterms, 1936'dan günümüze günün ticari koşullarının da değişmesiyle sürekli değişim içerisinde. Özellikle Incoterms 2010'da köklü değişiklikler yapılmıştır. Incoterms 2010 ile hasarın geçişi açısından önem arzeden FOB (Free On Board - Gemiye Yüklenecek Teslim), CFR (Cost And Freight - Mal Bedeli veya Navlun), CIF (Cost, Insurance And Freight - Mal Bedeli, Sigorta ve Navlun) kayıtları modernize edilmiştir. Önceki Incoterms'lerde geminin küpeştesini geçmemek koşuluyla mallardaki hasarı satıcı üstlenmekteydi. Incoterms 2010'la hasarın geçişi ancak malların gemiye doğru biçimde yüklenmesinden sonra gerçekleşmektedir. FOB, CFR ve CIF terimlerindeki hasarın geçişi açısından önemli problemler oluşturan “*gemi küpeştesi*” kavramının kullanılmasından vazgeçilmiştir. Bu sayede teslim ve hasarın geçişi arasında paralellik kurulmuştur. Hasarın geçişi için artık “*malların gemide bulunduğu*” (gemiye doğru şekilde yüklenmesinden sonra gerçekleşeceği) şeklindeki ifade kabul edilmiştir<sup>397</sup>. Fakat taraflar sözleşmede önceki tarihli bir Incoterms'i kabul edebilirler. Örneğin, Incoterms 2000'in uygulanacağı kararlaştırılırsa, hasarın geçişi açısından gemi küpeştesi kavramı önemini korumaya devam eder<sup>398</sup>.

Incoterms'ler sadece bedel hasarının geçişine ilişkin sorunların çözümünü düzenlemektedir. Edim hasarının geçişine ilişkin kurallar yer almaz. Bedel hasarının geçişi Incoterms'teki gruplara göre farklılık gösterir<sup>399</sup>. Incoterms 2010'a göre kural olarak satıcı, satılanı teslim edene kadar bütün ziya ve hasara katlanır. Bu kuralın istisnası ise teslim tarihi veya teslim yerini alıcının belirleme hakkına sahip olması halinde ortaya çıkar. Alıcı kararlaştırılan süre içinde teslim tarihi veya yeri hakkında satıcıya gerekli bildirimi yapmamışsa teslimden önce de hasar alıcıya geçer<sup>400</sup>.

Satış sözleşmesinin taraflarının aralarındaki sözleşmede Incoterms kurallarına atıfta bulunması, tek başına hasarın geçişine ilişkin bütün problemleri çözmez. Bu kuralların temel amacı milletlerarası ticaretteki yorum farklılıklarının giderilmesi ve bu konuda yanlış anlamaların bir nebze olsun engellenmesidir. Incoterms kuralları

<sup>397</sup> Kaya, F. (2011). *Dış ticaret işlemleri muhasebesi* (Birinci Baskı). İstanbul: Beta Yayıncılık, 69.

<sup>398</sup> Satıcının Incoterms 2000'e göre satılanı geminin güvertesine (küpeşteye) ulaştırması hasarın alıcıya geçişi için yeterlidir. Doğan, 2002, 358; Erdem, 2001, 190; Erdem, H. E. (1996). Denizaşırı satış olarak FOB satış, *BATİDER*, 18 (4), 58, 83; Tunçomağ, 1977, 89.

<sup>399</sup> Atamer, 2000, 164.

<sup>400</sup> Hamşioğlu, 2012, 59.

tarafklar arasındaki sorunlar için asgari düzeyde çözümler üretmekte ve böylece belli bir oranda güven sağlamaktadır<sup>401</sup>.

### **3.1.3. Durumun gereğinden**

#### **3.1.3.1. Genel olarak**

Durumun gereğinden doğan istisnalar eBK m. 183/l ile TBK m. 208/l'de farklı amaçta kullanılmaktadır. eBK m. 183/l'de hasarın alıcıdan borçluya geçmesine ilişkin istisnalar ifade edilirken, TBK m. 208/l'de hasarın borçludan alıcıya geçeceği özel durumlar belirtilmektedir. Yeni düzenlemede hasarın zilyetliğin devriyle alıcıya geçeceğinin kabulüyle beraber doktrinde çokça tartışılan ve yargı uygulamasında önemli kararların verilmesinde rol oynayan durumun gereğinden doğan istisnaların önemi azalmıştır.

Halin icabı istisnası (eBK m. 183/l), hasarın geçişine ilişkin kuralın tamamlayıcı niteliğinin belirtilmesi ve yasadaki kuralın mantıksal ve kesin şekilde uygulamasından doğan olumsuz sonuçların engellenmesi için hasara ilişkin kurala eklenmişti. Bu istisnanın uygulanmasına ilişkin doktrinde kabul edilen dayanak ise TMK m. 4'te yer alan hâkimin takdir yetkisinin kullanılmasıdır<sup>402</sup>. Bu şekilde hukuk anlayışına aykırı durumun düzeltilmesi sağlanmış olacaktı. Bir bakıma kanun koyucunun getirdiği adaletsiz sonuçlar doğuran kuralın, hukuka ve hakkaniyete uygun olarak tamamlanması hâkime düşmekteydi<sup>403</sup>.

#### **3.1.3.2. Durumun gereği ifadesinin kapsamı**

Kanun koyucu eBK m. 183 ve TBK m. 208'de durumun gereğinden doğan istisnalarda hasarın geçişine ilişkin kuralın uygulanmayacağını açıkça belirtmiştir. Fakat bu ifadenin kapsamı konusunda ne kanunda ne de gerekçesinde net bir açıklama yapılmamıştır. Hangi hallerin durumun gereği olduğunun belirtilmemesi uygulamada muğlaklık oluşturmaktadır. Şu an bu kavramın eBK m. 183'teki kadar geniş bir uygulama alanı bulunmamaktadır. Hasarın satıcıda olması bu istisnaya olan ihtiyacı azaltmıştır. İhtiyaç olmasa da uygulamada nelerin durumun gereği

<sup>401</sup> Erdem, 2001, 214.

<sup>402</sup> Tunçomağ, 1977, 87; Altay, 2008, 152; Akıntürk, 1966, 146; Schwarz, 1947, 165; Feyzioğlu, 1980, 221.

<sup>403</sup> Tandoğan, 2008, 111; Feyzioğlu, 1980, 221; Bilge, 1971, 35; Tunçomağ, 1977, 87.

olacağının net bir şekilde tespit edilmelidir. Dolayısıyla taraflardan biri, aralarındaki sözleşmede durumun gereği olan bir istisnanın bulunduğunu iddia ettiğinde bununla ilgili hâkimin karar vermesi gereklidir. Burada bir istisnanın bulunup bulunmadığı noktasında hâkimin takdir yetkisine göre sonuca ulaşmak gerekir. eBK m. 183'teki hususi haller ifadesi, hâkime hasarın alıcıya ait olduğu kuralını daraltarak uygulama hakkı tanımıştır<sup>404</sup>.

Durumun gereğine ilişkin hüküm dar şekilde yoruma tabi tutulmalıdır<sup>405</sup>. eBK m. 183'te nelerin durumun gereği sayılacağına ilişkin açıklama bulunmadığı için durumun gereğinden doğan istisnaların belirlenmesi doktrince yapılmıştır. Doktrinde eBK döneminde durumun gereği olarak kabul edilen istisnalara şunlar örnek olarak gösterilmektedir: Aynı malın birden çok kişiye satışı, satılanın zilyetliğinin devrinin satıcı yararına ertelenmesi, seçimlik borçlarda seçim hakkının kullanılmasına kadar hasarın borçluya ait olması, önalım hakkının kullanılmasına rağmen hak sahibinin önalım bedelini henüz depo etmemesi, başkasına ait şeyin satılması, üçüncü kişinin etkisiyle hasarın oluşması<sup>406</sup>.

Durumun gereğinden doğan istisnaların kapsamı eBK döneminde o kadar genişletilmişti ki artık kanundaki asıl kuralın uygulanması istisna haline gelmişti. Bu konuda İsviçre Federal Mahkemesinin 18 Nisan 1958 tarihli kararında eBK m. 183/I (İBK m. 185/I)'deki kuralın halk arasındaki yaygın görüşe aykırı olduğu gerekçesi ileri sürülmüş; bu kuralın, durumun gereğinden doğan istisnaları çok genişlettiği ve kuralın kendisinin istisna haline geldiği savunulmuştu<sup>407</sup>. Bu kararda satılanın taşınması sırasında taşımadan doğacak tehlikeleri sadece satıcı önleyebiliyorsa hasarın da satıcıya ait olması gerektiği, durumun gereğinden doğan bir istisna olarak kabul edilmişti.

TBK m. 208'in kabul edilmesiyle birlikte hasarın alıcıya geçmesi için taşınırlarda zilyetliğin devri, taşınmazlarda ise tescil işleminin yapılması arandığı için daha önce durumun gereği olarak kabul edilen istisnaların büyük çoğunluğuna artık ihtiyaç kalmamıştır. Bahsedilen hallerde zaten malı elinde bulunduran

<sup>404</sup> Schwarz, 1947, 165, 167. Hakim, eBK m. 117/II'de yer alan edim hasarının borçluya ait olduğu kuralından esinlenerek durumun gereğinden doğan istisnalarda bedel hasarını satıcıya yüklemekteydi. Altay, 2008, 152; Akıntürk, 1966, 147; Atamer, 2000, 144.

<sup>405</sup> Aral, Ayrancı, 2012, 76.

<sup>406</sup> Akıntürk, 1966, 147-165; Feyzioğlu, 1980, 222; Altay, 2008, 152; Olgaç, 1970, 29; Atamer, 2000, 144; Özdemir, 2011, 378.

<sup>407</sup> BGB 84 II 158. Tandoğan, 2008, 114; Tunçomağ, 1977, 88, 89.

satıcının hasara katlanması söz konusudur<sup>408</sup>. Durumun gereğine ilişkin istisnalardan bazılarına yarar ve hasarın alıcıdan satıcıya geçişinin daha iyi anlaşılması açısından değinilmesi faydalı olur.

### 3.1.3.3. Çifte satış halinde hasarın geçişi

Satış sözleşmesi taahhüt işlemi olduğu için satıcı, henüz alıcıya teslim etmediği bir şeyi başka birine daha satabilir. Bu durumda hasarın alıcılardan hangisine ait olacağı konusunda eBK m. 183'te açık bir hüküm bulunmamaktaydı. Hasarın sözleşmeyle geçişi kuralına göre, satılanın telef olması halinde satıcının her iki alıcıdan da satılanın bedelini istemesi mümkündü. Bu konuda satıcının mevcut kuralla aşırı derece korunduğu düşünülerek doktrinde çifte satış halinde durumun gereğinden bir istisnanın söz konusu olduğu kabul edilmiştir<sup>409</sup>. Çifte satış halinde eBK m. 183'e göre hasarın geçişinde, ilk alıcı ile satıcı arasındaki hasara ikinci işleme kadar alıcının katlanması, ikinci işlemten sonra ise hasarın satıcıya ait olması çözümü benimsenmişti<sup>410</sup>. Başka bir görüş ise hile ile yapılan ikinci satış sebebiyle hasarın satıcıda kalmasını kabul etmemektedir. Çünkü hilenin kasten yapılması gerekir. İhmali davranış sebebiyle ikinci kez satış söz konusu ise hasar ikinci alıcıya geçer mi? Bu şekilde farklı ihtimallerin söz konusu olabilmesi nedeniyle çifte satışta somut olayın özelliklerine göre kast ve ihmal durumuna göre çözüm yolunun aranması gerektiği savunulmuştur<sup>411</sup>.

Hasarın alıcıdan borçluya geçtiği TBK m. 208'deki hasar rejiminde çifte satışın önemi azalmıştır. Artık birden çok kişiye satışın söz konusu olması halinde durumun gereğinden kaynaklanan bir istisna bulunmamaktadır<sup>412</sup>. Hasarın geçişine ilişkin yararlandığımız Alman hukukundaki hakim görüşe göre, zararın doğması anında taşınır üzerinde fiili ve hukuki hakimiyet (yani zilyetlik) hangi alıcıda ise hasara o katlanmalıdır<sup>413</sup>. Satıcının, satılanın zilyetliğini devretmesi ile yarar ve hasarın alıcıya geçişi sağlanmış olur. Alıcılardan herhangi birine zilyetliğin

<sup>408</sup> Yavuz, 2013, 40.

<sup>409</sup> Feyzioğlu, 1980, 222 (dn. 319); Akıntürk, 1966, 156; Erişgin, 2010, 140; Atamer, 2000, 144; Olgaç, 1970, 29; Altay, 2008, 152. İkinci satış hile ile yapılmakta ve satıcı bunu karşı taraftan gizlemektedir. Yıldırım, M. F. (2002). *Borçlar hukukuna göre sözleşmenin kuruluşunda hile* (Birinci Baskı). İstanbul: Nobel Yayınları, 79.

<sup>410</sup> Arslanlı, 1947, 156; Tandoğan, 2008, 112.

<sup>411</sup> Yıldırım, 2002, 80.

<sup>412</sup> Gümüş, 2013, 40.

<sup>413</sup> Arslanlı, 1947, 291.

devri sağlanmamışsa hasar satıcının üzerinde kalmaya devam eder. Satıcı edimin ifası imkânsızlaşırsa satış bedelini alıcılardan isteyemez<sup>414</sup>.

### 3.1.3.4. Zilyetliğin devrinin satıcı veya alıcı yararına ertelenmesi halinde hasarın geçişi

Bir tarafın menfaati doğrultusunda teslimin ertelenmesi söz konusu ise bu süre zarfında hasara katlanan taraf da değişmektedir. eBK m. 183'teki hasarın geçişi kuralı sözleşmenin kurulma anına dayanmaktaydı. Sözleşmenin kurulması ile ifası arasındaki süreçte satılanın hasarına kural olarak alıcı katlanmaktaydı. Sözleşmenin ifasının alıcı menfaatine ertelenmesi halinde alıcı hasara katlanmaya devam etmekteydi. Buna karşın satılanın teslimi satıcı lehine ertelenirse burada durumun gereğinden kaynaklanan bir istisnanın varlığı doktrinde genel olarak kabul edilmişti<sup>415</sup>. Bu şekilde teslimin ertelenmesinden itibaren geçen sürede ortaya çıkan hasara alıcı yerine satıcının katlanması durumun gereği olarak kabul ediliyordu<sup>416</sup>.

6098 sayılı TBK m. 208/l'in yürürlüğe girmesiyle birlikte hasarın alıcıya geçişi, sözleşmenin yapılma anı yerine zilyetliğin devri anına aktarılmıştır. Dolayısıyla satılanın hasarına zilyetliğin devrine kadar satıcının katlandığı kabul edilir. Satıcı lehine zilyetliğin devrinin ertelenmesi, hasara katlanan tarafı değiştirmez. Fakat zilyetliğin devri *“alıcının menfaatine olarak”* ertelenirse karşı edim hasarı, durumun gereği olarak satış sözleşmesinin yapılmasından itibaren alıcıya geçer<sup>417</sup>. Örneğin kullanmakta olduğu televizyonu komşusuna satan satıcı ile birkaç gün içinde sehpa alacağı için televizyonun teslimini erteleyen alıcı arasındaki sözleşmenin kurulmasından sonra ve satılanın tesliminden önce bina toprak kaymasında yıkılmıştır. TBK m. 208'deki kuralı uygularsak satılanın hasarına satıcının katlanması gerekir. Fakat alıcının menfaatine teslimin ertelenmesi söz konusu olmasaydı, satılan hasardan önce alıcıya teslim edilmiş olacak ve söz konusu hasara da o katlanacaktı. Ancak teslimin, alacaklının yararına bir nedenle taraflarca vadeden sonraya bırakılması söz konusu olduğu

<sup>414</sup> Gümüş, 2013, 40.

<sup>415</sup> Tandoğan, 2008, 111; Akıntürk, 1966, 153; Erişgin, 2010, 138; Bilge, 1971, 35, 36; Zevkliler, Gökyayla, 2013, 47.

<sup>416</sup> Akıntürk, 1966, 153.

<sup>417</sup> Gümüş, 2013, 40. Aksi görüş için bkz. Zevkliler, Gökyayla, 2013, 63.

için durumun gereği olarak yarar ve hasarın ilk kararlaştırılan vade anından itibaren alıcıya geçtiği kabul edilir<sup>418</sup>.

Satılanın üçüncü kişinin haksız bir eylemi sebebiyle hasara uğraması halinde satıcı yine hasara katlanır. Çünkü sadece satıcının kusuruyla veya kusuru olmadan sebep olduğu zararların yanında üçüncü kişilerin sebep olduğu zararlara da zilyetliği ve dolayısıyla mülkiyeti devretmemiş olan satıcı katlanır. Alıcının menfaatine zilyetliğin devrinin ertelenmesi söz konusuysa üçüncü kişinin haksız eylemi sebebiyle ortaya çıkan hasara alıcı katlanır. Çünkü sözleşmeyle birlikte alıcı doğrudan zilyet olmasa da hükmen teslim yoluyla dolaylı zilyetliği kazanmıştır.

Yukarıda belirtilen istisnanın taşınmaz satışında da uygulanmasında yarar vardır<sup>419</sup>. Çünkü TBK m. 208'de belirtilen istisnalar taşınmaz satışları için de geçerlidir. Fakat burada zilyetliğin devri yerine tescil işleminin ön plana çıktığı görülür. Taşınmaz satışında kural olarak tescil işleminin yapılmasıyla birlikte satılanın hasarına alıcının katlanması gerekir (TBK m. 208/I). Buna karşın satılanın ileri tarihli şekilde belli bir süre sonra alıcıya teslim edileceği yazılı şekilde kararlaştırılmışsa, bu durumda hasar teslim anında alıcıya geçer. Çünkü teslimin ertelenmesi satıcı lehine bir durum doğurmaktadır. Bu konuda kanun gerekçesinde yer alan örnekten de bu istisnanın kabul edilmiş olduğu görülür. Bir konutun satılıp tescil edilmesinden sonra satıcının yeni bir konut bulması için satılanın teslimi altı ay ertelenmiştir. Bu arada satıcının kusuru olmadan konut yanarsa, teslim onun lehine geciktirildiği için hasara satıcı katlanır. Teslim süresi geçtikten sonra bile satıcı konutu teslim etmemişse satıcının temerrüdü çerçevesinde hasara katlanmaya devam eder (TBK m. 119).

### **3.1.4. Kanunda belirtilen sebeplerden**

#### **3.1.4.1. Koşula bağlı satışlarda hasarın geçişi**

##### **3.1.4.1.1. Genel olarak**

Koşuldan bahsedildiğinde bir hukuksal işlemin hüküm ifade edebilmesi veya hükümden düşebilmesi için kendine bağlanmış bulunan, gelecekte gerçekleşmesi

<sup>418</sup> Nomer, Engin, 2013, 96.

<sup>419</sup> Akıntürk, 1966, 153.

kesin olmayan olaylar anlaşılır<sup>420</sup>. Bir sözleşmenin hüküm ifade etmesi bir koşulun gerçekleştirilmesine bağlanmışsa, bu koşulun gerçekleşmesi sözleşmenin hükümlerini doğurmasını sağlayan tamamlayıcı bir unsurdur<sup>421</sup>. Hukuksal işlemin doğumunda ya da hüküm ve sonuçlarını devam ettirip ettirmeyeceğine ilişkin herhangi bir belirsizlik veya kuşku hali bulunmadığında vade söz konusu olur. Vade, mutlaka gerçekleşmesi gereken bir olgudur<sup>422</sup>.

Mükellefiyet ile koşul kavramı karıştırılmamalıdır<sup>423</sup>. Mükellefiyet, bir karşılıksız kazandırmada, bu kazandırmayı yapanın, kazandırmadan yararlanana, karşılık oluşturmayaacak şekilde bir edimin yüklenmesidir<sup>424</sup>. Koşula bağlı bir hukuksal işlemde hukuksal işlemin doğması veya hüküm ve sonuçlarını devam ettirmesi belirsizdir. Mükellefiyetin söz konusu olduğu durumlarda ise hukuksal işlemin doğup doğmayacağı konusunda bir belirsizlik yoktur. Hukuksal işlem doğmuş, hüküm ve sonuçlarını da yürürlüğe geçirmiştir<sup>425</sup>. Örneğin; A şahsı, B'ye evini bağışlamış, ancak evin aylık kira gelirin yarısını fakirlere dağıtılmasını öngörmüştür. Burada koşuldaki gibi bir belirsizlik yoktur. Mükellefiyet kavramı, ölüme bağlı tasarruflar (TMK m. 515) ile yüklemeli bağışlamada (TBK m. 291) yasal dayanağa bağlanmıştır<sup>426</sup>.

Koşula bağlı yapılan sözleşmeler, temel olarak geciktirici veya bozucu şekilde yapılır. Bu sebeple koşula bağlı işlemin bozucu mu yoksa geciktirici koşula göre mi yapıldığının tespiti çok önemlidir. Taraf iradelerinin yorumuna rağmen koşula bağlı

<sup>420</sup> Bozer, 2007, 272; Oğuzman, Öz, 2013, 175; Kılıçoğlu, 2013, 754 vd.; Akıntürk, T. (1970). Şart ve mükellefiyet kavramları üzerinde bir inceleme. *AÜHFD*, 17(3-4), 224.

<sup>421</sup> Oğuzman, Öz, 2013, 175.

<sup>422</sup> Kılıçoğlu, 2013, 755. Bir sözleşmenin hüküm ifade edebilmesi için kurucu unsurların gerçekleşmesinden sonra, bir sürenin geçmesi gerekiyorsa koşul yerine vade söz konusu olur. Oğuzman, Öz, 2013, 175 (dn. 461). Taraflar arasındaki sözleşmede bir müddet tayini (ecel) söz konusu ise koşuldan bahsedilemez. Akıntürk, 1970, 225, 230.

<sup>423</sup> Koşul ve yüklem ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Akıntürk, 1970, 231 vd.; Kılıçoğlu, 2013, 755, 756.

<sup>424</sup> Oğuzman, M. K., Öz, M. T. (2013). *Borçlar hukuku genel hükümler cilt 2* (Onuncu Baskı). İstanbul: Vedat Kitapçılık, 495 (Kısaltması: C.II).

<sup>425</sup> Kılıçoğlu, 2013, 756.

<sup>426</sup> TMK m. 515: “Mirasbırakan, ölüme bağlı tasarruflarını koşullara veya yüklemelere bağlayabilir. Tasarruf hüküm ve sonuçlarını doğurduğu andan itibaren, her ilgili koşul veya yüklemenin yerine getirilmesini isteyebilir.”

TBK m. 291: “Bağışlayan bağışlamasına yüklemeler koyabilir.

Bağışlayan, sözleşme gereğince bağışlanan tarafından kabul edilmiş olan yüklemelerin yerine getirilmesini isteyebilir.

Kamu yararına olarak bağışlamaya konulmuş olan bir yüklemenin yerine getirilmesini isteme yetkisi, bağışlayanın ölümünden sonra, ilgili kamu kurumuna geçer.

Bağışlama konusunun değeri, yüklemenin yerine getirilmesi masraflarını karşılamaz ve aşan kısım kendisine ödenmezse bağışlanan, yüklemeyi yerine getirmekten kaçınabilir.”

bir işlemin geciktirici mi yoksa bozucu koşula mı bağlandığı şüpheliyse, geciktirici koşulun asıl olduğu kabul edilir<sup>427</sup>. Sözleşmenin gerçekleşip gerçekleşmeyeceği bilinmeyen bir olguya bırakılmışsa, geciktirici koşula bağlı bir sözleşme söz konusudur (TBK m. 170). Geciktirici koşulun gerçekleşmesiyle birlikte sözleşmenin hüküm ve sonuçları doğmaya başlar. Buna karşın bozucu koşulda ise koşulun gerçekleşmesiyle birlikte sözleşmenin hüküm ve sonuçları son bulur (TBK m. 173/II).

Geciktirici koşula bağlı sözleşme, tarafların iradelerinin uyuşmasıyla kurulmuştur. Ancak sözleşmenin hüküm ve sonuçlarının doğması için kararlaştırılan koşulun gerçekleşmesi gerekir. Tarafların tek taraflı irade beyanıyla sözleşmeden vazgeçmesi mümkün değildir. Koşul gerçekleşmeden alacaklı ifayı talep edemediği gibi borçlunun ifa yükümlülüğü de doğmaz<sup>428</sup>.

#### **3.1.4.1.2. Geciktirici koşula bağlı satışlarda hasarın geçişi**

Geciktirici koşul, bir hukuksal işlemin ileride doğumu belirsiz bir olaya bağlanmasıdır. Geciktirici koşul söz konusu ise bu koşula bağlı olan işlemin taraflar için hüküm ve sonuç doğurup doğurmayacağı belirsizdir. Koşul gerçekleştiğinde hukuksal işlem, istenilen hüküm ve sonuçları doğurur.

Satış sözleşmesinde malın alıcıya teslimi, kararlaştırılan bir koşulun gerçekleşmesine bağlıysa bu sözleşme geciktirici koşula bağlı bir satış sözleşmesidir. Satış sözleşmesi, taraflar arasındaki irade beyanlarının uyuşması anında kurulur. Fakat kararlaştırılan koşulun gerçekleşmesi anından itibaren hükümlerini doğurmaya başlar<sup>429</sup>. Burada koşulun gerçekleşmesi, gelecekte olacağı için malın teslimi ertelenmekte, geciktirilmektedir. Bir nevi geciktirici şart tamamlayıcı bir unsur olmaktadır.

Koşul gerçekleşmeden taahhüt olunan şeyin alıcıya verilmesi halinde, eBK m. 151/I'de koşulun gerçekleşmesine kadar elde edilen yararların alıcıya ait olduğu belirtilir. Buna karşın eBK m. 183/III hükmünde geciktirici koşula bağlı satış sözleşmesinde, geciktirici koşulun gerçekleşmesinden itibaren devredilen şeyin

<sup>427</sup> Oğuzman, Öz, 2013, C. II, 499; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, 1993, 331. Geciktirici koşula bağlı bir sözleşme olduğunun kabul edilmesi borçlu lehinedir. Çünkü geciktirici koşul gerçekleşinceye kadar borç hüküm ifade etmez. Oğuzman, Öz, 2013, 205.

<sup>428</sup> Bozer, 2007, 274.

<sup>429</sup> Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, 1993, 333.

yarar ve hasarının şeyi kazanana geçeceği kuralına yer verilmiştir. Koşul gerçekleşmeden satılanın alıcıya verilmesi halinde, yarar ve hasara kimin katlanacağı problemi doğmuştur. Doktrinde koşulun gerçekleşmesine kadar yarar ve hasara hangi tarafın katlanması gerektiği konusunda farklı görüşler ortaya atılmıştır<sup>430</sup>. Hakim olan görüşe göre, koşulun gerçekleşmesine kadar yarar ve hasara borçlunun katlanması gerekir<sup>431</sup>. Satılanın alıcıya teslimi halinde bile satılanın yararları alıcıya tam olarak geçmemektedir. Çünkü koşul gerçekleşmezse alıcı, elde ettiği yararları satıcıya geri iade etmek zorundadır (eBK m. 151/II). Bu nedenle yarar ve hasarın hukuken alıcıya geçmesi zaten mümkün değildir. Geciktirici koşulun gerçekleşmesine kadar satış sözleşmesi hüküm ve sonuçlarını doğurmadığından hasar, satıcının üzerinde kalmaya devam etmektedir.

Yarar ve hasarın alıcıya geçmesi için satış sözleşmesinin hükümlerini doğurmaya başlaması ve satılanın zilyetliğinin alıcıya devredilmesi gerekir (TBK m. 208). Geciktirici koşula bağlı yapılan satış sözleşmelerinde satılanın zilyetliğinin devri, genellikle koşulun gerçekleştiği anda yapılır. Geciktirici koşula bağlı yapılan bir satış sözleşmesinde, koşul gerçekleşmeden önce satılanın zilyetliği sözleşmenin ifası amacıyla alıcıya devredilirse, yarar ve hasar koşulun gerçekleşmesi beklenmeden alıcıya geçmelidir<sup>432</sup>. Bu konuda TBK m. 172/I hükmünde satılanın, koşulun gerçekleşmesinden önce alıcıya teslimi halinde koşulun gerçekleşmesine kadar yararların alıcıya ait olduğu belirtilir. Yarar ve hasarın aynı anda alıcıya geçmesi gerektiğine ilişkin ilke doğrultusunda, satılanın yararlarıyla birlikte hasarlarının da zilyetliğin devriyle alıcıya geçmesi gerektiği kabul edilebilir<sup>433</sup>. Bunun kabulüyle beraber TBK m. 172/I hükmünün TBK m. 208'in bir istisnası olduğu düşünülebilir<sup>434</sup>.

Koşulun gerçekleşmesinden önce zilyetliğin devri, koşulun ileride gerçekleşeceği beklentisiyle yani ifası amacıyla değil de kira, kullanım ödöncü gibi

<sup>430</sup> Satılanın alıcıya teslimi ile yarar ve hasarın alıcıda olmasına ilişkin görüş ile geciktirici koşulun gerçekleşmesine kadar yarar ve hasarın satıcıya ait olması gerektiğine ilişkin tartışmalar için bkz. Feyzioğlu, 1980, 213, 214; Altay, 2008, 147, 148; Akıntürk, 1966, 123, 124; Aslanlı, 1952, 239-242; Erişgin, 2010, 143, 144.

<sup>431</sup> Akıntürk, 1966, 124; Feyzioğlu, 1980, 214; Aslanlı, 1952, 240; Altay, 2008, 148; Arslanlı, 1947, 1471; Atamer, 2000, 141; Erişgin, 2010, 143; Acar, 2009, 65; Bilge, 1971, 38. Bu görüşü teyit eden Yar. 3.HD'nin 25.09.1958 - 5719/4845 kararı için bkz. Tunçomağ, 1977, 71, 72.

<sup>432</sup> Nomer, Engin, 2013, 65; Tandoğan, 2008, 118; Cihan, 2013, 283.

<sup>433</sup> Zevkliler, Gökyayla, 2013, 43; Gümüş, 2013, 39.

<sup>434</sup> Yavuz, 2013, 37.

bir amaçla gerçekleştirilmişse, alıcının ifanın kusursuz şekilde imkânsızlaşmasından dolayı satış parasını ödeme yükümlülüğü bulunmaz<sup>435</sup>. Zilyetliğin devredilmiş olmasına rağmen, sözleşmedeki koşul sonradan gerçekleşmezse, alıcı satış bedelini ödemekten kurtulacak veya ödemişse sebepsiz zenginleşme hükümlerince geri isteyebilir (TBK m. 136/II)<sup>436</sup>.

Taşınır satışı sözleşmesi geciktirici koşula bağlı olarak yapılırsa, hasarın malike ait olduğu kuralına ilişkin bir istisna söz konusu olur. Bu tür sözleşmelerde de satıcı, satılanın zilyetliğini alıcıya devretmiş olmasına karşın, ifa sonucu olan mülkiyetin devri, tarafların belirlediği şartın gerçekleşmesine bağlıdır. Geciktirici koşulun gerçekleşmesinden itibaren yarar ve hasarın alıcıya geçeceğine ilişkin eBK m. 183/III'teki hüküm, TBK m. 208 ile kaldırılmıştır. Kaldırılma sebebi ise artık hasarın, sözleşmenin kurulma anı yerine zilyetliğin devri anında alıcıya geçmesinin kabulüdür. Koşula ilişkin düzenlemeye TBK m. 208'de yer verilmemiş olması, doktrinde farklı şekilde değerlendirilmiştir. *Çetiner'e* göre bu düzenlemenin çıkartılması ile bilinçli bir kanun boşluğu oluşturulmak istenmiştir. Bu sayede koşulun gerçekleşmesinden önce satılanın alıcıya teslimi söz konusu olduğunda, ortaya çıkan hasar probleminin uygulamada çözüme kavuşturulacağı savunulmaktadır<sup>437</sup>. Buna karşın *Atamer* ise bu hükmün kaldırılmasının yerinde olmadığını belirtmektedir. Çünkü koşul gerçekleşmeden önce satılanın teslimi halinde, TBK m. 172'nin uygulanacağı, fakat bu hükmün ise sadece yararların geçişine ilişkin bir kural getirdiğini belirtmiştir. Çözüm olarak yarar ile birlikte hasarın geçişi konusunun da TBK m. 172'ye eklenmesi gerektiği savunulmuştur<sup>438</sup>.

Mülkiyeti saklı tutma kaydıyla yapılan bir satış söz konusuysa satış sözleşmesi yerine tasarruf işlemi geciktirici koşula bağlanmıştır. Tasarruf işleminin hüküm ve sonuç doğurmasının satış bedelinin tamamının ödenmesi erteleyici koşuluna bağlanmış olması, zilyetliğin devri anından itibaren yarar ve hasara alıcının katlanmasını engellemez. Tasarruf işleminin bağlandığı geciktirici koşulun henüz gerçekleşmemiş olması, zilyetliğin devriyle yarar ve hasarın alıcıya geçişini engellememektedir<sup>439</sup>.

<sup>435</sup> Nomer, Engin, 2013, 65, 66.

<sup>436</sup> Çetiner, 2009, 104.

<sup>437</sup> Çetiner, 2012, 27.

<sup>438</sup> Atamer, 2012, 194, 195.

<sup>439</sup> Yavuz, 2013, 36; Gümüş, 2013, 39.

### 3.1.4.1.3. Beğenme koşuluna bağlı satışlarda hasarın geçişi

Alıcının, satılanı deneyerek veya gözden geçirerek beğenmesi iradi koşuluna bağlı yapılan sözleşmeye beğenme koşuluna bağlı satış denir. Alıcının, satılanı beğendiğini beyan etmesi, tek taraflı bir hukuki işlemdir<sup>440</sup>. Beğenme koşuluyla satış sözleşmesine ilişkin hükümler TBK m. 249 ile 252 arasında düzenlenmiştir. Beğenme koşuluyla satış sözleşmesi geciktirici veya bozucu koşula bağlı olarak yapılabilir. Uygulamada çoğunlukla geciktirici koşula bağlı şekilde yapıldığı görülür<sup>441</sup>. Bu satış türünde satılanın, alıcının mülkiyetine geçmesi için zilyetliğin devrine ek olarak beğenme koşulunun da gerçekleşmesi gerekir (TBK m. 250/II).

Beğenme koşulunun bir geciktirici koşul olarak kararlaştırıldığı satışlarda, alıcının zilyetliği elde ettiği anda beğenme koşulunun da gerçekleşmesi söz konusu olabilir. Zilyetliğin devri ile beğenme aynı anda gerçekleşirse satılanın yarar ve hasarı, TBK m. 208/I'deki genel kural uyarınca zilyetliğin devriyle alıcıya geçer<sup>442</sup>. Alıcının satılanı beğenmesiyle beraber satış sözleşmesinin hükümleri doğar. Beğenme anından itibaren yarar ve hasarın alıcıya geçişi gerçekleşir<sup>443</sup>. Geciktirici nitelikteki iradi koşulun gerçekleşmesi üzerine, satış sözleşmesi ileriye etkili olarak hükümlerini doğurur<sup>444</sup>.

Beğenme koşullu satışlarda satıcının satılanı denemesi çoğunlukla zilyetliğin devrinden sonra gerçekleşir. Beğenme koşulunun gerçekleşmesinden önce satılanın zilyetliğinin alıcıya devri söz konusu olduğunda hasar zilyetlikle birlikte alıcıya geçer. Bu durum mülkiyetin geçişi ile yarar ve hasarın geçişinin aynı anda olması ilkesine aykırılık teşkil eder. Çünkü satılanın mülkiyeti ancak beğenme koşulunun gerçekleşmesiyle alıcıya geçerken, yarar ve hasarın geçişi için satılan şeyin alıcının zilyetliğine girmiş olması yeterlidir.

TBK m. 172/I hükmüne göre beğenme geciktirici koşulunun gerçekleşmesinden önce, satılanın zilyetliği alıcıya devredilirse, koşulun gerçekleşmesine kadar elde edilen yararlar alıcıya aittir. Düzenleme ile yararın hangi anda geçtiği netleştirilmiştir. Ancak kanun koyucu bu durumda hasarın hangi anda alıcıya

<sup>440</sup> Tandoğan, 2008, 296.

<sup>441</sup> Feyzioğlu, 1980, 213; Acar, 2009, 66; Erişgin, 2010, 128; Altay, 2008, 151; Yavuz, 2013, 136; Gümüş, 2013, 189; Tandoğan, 2008, 117; Akıntürk, 1966, 149.

<sup>442</sup> Yavuz, 2013, 36; Tandoğan, 2008, 118; Gümüş, 2013, 39, 189.

<sup>443</sup> Feyzioğlu, 1980, 213; Altay, 2008, 151; Yavuz, 2013, 36; Antalya, 1993, 160.

<sup>444</sup> Antalya, 1993, 160; Gümüş, 2013, 189; Altay, 2008, 151.

gececeği konusunda açık bir hüküm ihdas etmemiştir. Bu sebeple teslim ile koşulun gerçekleşmesi arasında satılanın hasarına hangi tarafın katlanacağı problemi ortaya çıkar. Özellikle eBK m. 183/III hükmündeki koşulun gerçekleşmesi halinde yarar ve hasarın alıcıya geçeceği kuralının kaldırılmış olması, koşulun gerçekleşme anının yarar ve hasar açısından önemini azaltmıştır. TBK m. 208/I'deki genel kural uyarınca beğenme koşulunun gerçekleşmesini beklemeden zilyetliğin devriyle beraber satılanın yarar ve hasarına alıcı katlanmalıdır. Beğenme koşulu gerçekleşmeden zilyetliğin devrinde alıcı, satılanın mülkiyetini henüz kazanamamıştır (TBK m. 250/II). Alıcı mülkiyetinde olmayan bir şeyin yarar ve hasarına katlanmak zorundadır. Alıcıya, dolaylı olarak satılanın hasara uğramaması konusunda gerekli dikkat ve özeni gösterme yükümlülüğü yüklenmiştir. Koşulun gerçekleşmesine taraflardan birisi dürüstlük kuralına aykırı şekilde engel olursa, bu koşulun gerçekleştiği kabul edilir (TBK m. 175).

Alıcının zilyetliğinde bulunan bir şey üzerinde beğenme koşuluyla satış sözleşmesi kurulmuşsa burada kısa elden teslim söz konusu olur. Bu sözleşmede beğenme koşulunun gerçekleşmesi anında satılanın yarar ve hasarı alıcıya geçer. Alıcı, eğer beğenme anında satılana zilyet bulunmuyorsa, zilyetliğin devrinden itibaren hasara katlanır<sup>445</sup>.

#### **3.1.4.1.4. Bozucu koşula bağlı satışlarda hasarın geçişi**

Satış sözleşmesinin sona ermesi, önceden gerçekleşip gerçekleşmeyeceği bilinmeyen bir olguya bırakılmışsa, bozucu koşula bağlı bir satış söz konusudur (TBK m. 173/I). Bozucu koşula bağlı bir satış sözleşmesi, koşulun gerçekleşmesine kadar geçen sürede, koşula bağlı olmayan bir sözleşme gibi sonuç doğurur. Tabi olduğu hukuki durum ise geciktirici koşulun tam tersidir<sup>446</sup>.

Bozucu koşulun gerçekleşmesi anında satış sözleşmesinin hükümleri kendiliğinden sona erer (TBK m. 173/II). Herhangi bir bildirim veya ihtaraya gerek yoktur. Koşulun gerçekleştiğinden tarafların haberdar olmaması bile sözleşmenin sona ermesini etkilemez. Fakat satış sözleşmesi, yapıldığı andan itibaren borç doğurur ve muaccel hale gelir. Örneğin; yapılan kira sözleşmesinde, kiracının başka bir şehre tayini halinde kira sözleşmesinin de sona ereceği belirtilirse,

<sup>445</sup> Gümüş, 2013, 39.

<sup>446</sup> Oğuzman, Öz, 2013, C. II, 514.

tayinle beraber sözleşme kendiliğinden sona erer. Kiracının veya kiralayanın bu durumu öğrenmesi anı yerine, tayinin çıktığı anda kira ilişkisi sona erer. Sözleşmenin devam ettiği süre boyunca kira parasının ödenmesi gerekir. Alacaklı, borçludan borcun ifasını isteyebilir; ifa etmek istemeyen borçluyu ifaya zorlayabilir.

Satılanın zilyetliği henüz alıcıya devredilmemişse, bozucu koşulun gerçekleşmesi ile hasar satıcıda kalmaya devam eder. Satılanın yarar ve hasarı alıcıya ancak zilyetliğin devrinden itibaren geçer<sup>447</sup>. Yarar ve hasarın sözleşmenin kurulduğu anda alıcıya geçeceğine ilişkin eBK m. 183/I hükmü TBK m. 208 ile kaldırılmıştır. Bu maddenin kaldırılmasından önce bozucu koşula bağlı satışlarda eBK m. 183/I hükmünün uygulanması gerektiği, genel olarak kabul edilmekteydi<sup>448</sup>. Satış sözleşmesinin bozucu koşula bağlı şekilde yapılması söz konusuysa, satışın koşulsuz yapılmış gibi hüküm doğurduğu kabul ediliyordu. Henüz koşul gerçekleşmeden satılan yok olmuşsa, alıcı hasarı yüklenmekte; koşul gerçekleştikten sonra ortaya çıkan hasara satıcı katlanmaktaydı<sup>449</sup>. Bozucu koşula bağlı satışlarda, sözleşmenin kurulması ile yarar ve hasarın alıcıya geçmesi, yeni düzenlemeye göre artık söz konusu değildir. Yarar ve hasarın geçişi sözleşmenin kurulma anı yerine zilyetliğin devri anına kaydırılmıştır.

Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça veya işin niteliğinden anlaşılmadıkça sona erme, geriye dönük sonuç doğurmaz (TBK m. 173/III). Kural olarak ileriye etkili şekilde sonuç doğurur<sup>450</sup>. Bu sebeple bozucu koşula bağlı yapılan sözleşmelerde satış sözleşmesi sona erdiği için, ona bağlı olarak bir hasar problemi söz konusu olmaz<sup>451</sup>. Borç ilişkisi koşula bağlı olarak kurulmuş ve koşulun gerçekleşmesiyle sona ermiştir. Bozucu koşula bağlı satış sözleşmesinde koşulun gerçekleşmesine kadar satılanın yarar ve hasarı, taraflarca aksi kararlaştırılmamışsa, şeyi zilyetliğinde bulundurana aittir<sup>452</sup>. Koşulun gerçekleşmesinden önce satılanın zilyetliğinin devriyle birlikte mülkiyetin devri de gerçekleşmişse, hasar sorunu zaten

<sup>447</sup> Yavuz, 2013, 37; Çetiner, 2012, 27; Atamer, 2012, 195; Nomer, Engin, 2013, 66, 73; Zevkliler, Gökyayla, 2013, 51; Gümüş, 2013, 39.

<sup>448</sup> Akıntürk, 1966, 125; Feyzioğlu, 1980, 214; Altay, 2008, 149; Aslanlı, 1952, 242; Bilge, 1971, 39; Tunçomağ, 1977, 72; Tandoğan, 2008, 118.

<sup>449</sup> Feyzioğlu, 1980, 214; Bilge, 1971, 34; Akıntürk, 1966, 125; Tunçomağ, 1977, 72; Erişgin, 2010, 144; Aslanlı, 1952, 242; Atamer, 2000, 145; Tandoğan, 2008, 118.

<sup>450</sup> Kılıçoğlu, 2013, 767; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, 1993, 330; Oğuzman, Öz, 2013, C. II, 515.

<sup>451</sup> Erişgin, 2010, 128; Nomer, Engin, 2013, 66.

<sup>452</sup> Bozer, 2007, 276.

sona ermiştir. Burada mülkiyetin geçmesiyle birlikte hasara malikin katlanması gerekir. Sonradan bozucu koşul gerçekleşirse, satılanın maliki hasara katlanmaya devam eder.

Bozucu koşulun gerçekleşmesi halinde sözleşmenin ileriye etkili sonuç doğurması, sürekli borç ilişkileri için söz konusudur. Ani edimli sözleşmelerin bozucu koşula bağlı yapılması halinde geriye etkili hüküm doğurması öğretide genel olarak kabul edilmektedir<sup>453</sup>. Geriye etkili olduğunun kabulü halinde, sözleşmeden dönmeye ilişkin sonuçlara yakın bir durum ortaya çıkar. Bu şekildeki bir sözleşmede, bozucu koşulun gerçekleşmesi anına kadar tarafların kazandıklarını iade etmesi, hangi hukuki gerekçeye bağlı olarak istenebileceği sorunuyla karşılaşılır. Söz konusu kazandırmanın iadesinin, sebepsiz zenginleşmeye göre mi, yoksa sözleşmenin sona ermesine ilişkin iade yükümlülüğüne göre mi<sup>454</sup>, veyahut da sözleşmeden dönmeye ilişkin sonuçlarına göre mi isteneceği tartışmalıdır<sup>455</sup>.

Ani edimli sözleşmelerde bozucu koşulun gerçekleşmesi halinde TBK m. 208 hükmü uygulanmaz. Sözleşme geriye doğru etki doğurduğu için hasar alıcıya geçmez. İmkânsızlık sebebiyle borcundan kurtulan alıcı, ödemiş olduğu satış parasının iadesini borçludan isteyebilir. Alıcı, aynı zamanda ara dönemde elde ettiği semereleri de iade etmelidir<sup>456</sup>.

### 3.1.4.2. Mesafe satışında hasarın geçişi

#### 3.1.4.2.1. Genel olarak

Mesafe satışıyla ilgili eBK m. 183/II'de çeşit olarak belirlenmiş olan satılanın, ayırt edilip başka bir yere gönderilmek üzere satıcının elinden çıkarılması halinde, satılanın yarar ve hasarının alıcıya geçeceği belirtilir. TBK m. 208/III'te ise bu hükme benzer bir düzenleme getirilmiştir<sup>457</sup>. Satıcı alıcının isteği üzerine, satılanı

<sup>453</sup> Oğuzman, Öz, 2013, C. II, 516; Nomer, Engin, 2013, 66.

<sup>454</sup> Serozan, R. (2007). *Sözleşmeden dönme* (İkinci Baskı). İstanbul: Vedat Yayıncılık, 80vd. (Kısaltması: Sözleşmeden Dönme).

<sup>455</sup> Oğuzman, Öz, 2013, C. II, 516.

<sup>456</sup> Nomer, Engin, 2013, 66, 73.

<sup>457</sup> TBK m. 208'in gerekçesinde mesafe satışında hasarın geçişinde, 818 sayılı eBK'da yer verilmeyen bir hükmün getirildiği savunulmaktadır. Sadece çeşit ve parça borcu ayrımı ile ayırt edilme koşulu kaldırılmıştır. TBK m. 208/III hükmünün getirilmesinde CISG m. 67 ile BGB m. 447'den yararlanılmıştır.

ifa yerinden başka bir yere gönderirse yarar ve hasar satılanın taşıyıcıya teslimiyle alıcıya geçer. Bu hüküm TBK m. 208/l'de yer alan zilyetliğin devri anında hasarın geçişinin bir istisnasıdır. Genel kuraldan farklı olarak zilyetliğin devri yerine bağımsız taşıyıcıya teslim anı dikkate alınmıştır.

Önceki kanundan farklı olarak yeni düzenlemede ayırt edilme koşulu kaldırılmış, parça ve çeşit borcu ayrımı ise önemini kaybetmiştir. Satış sözleşmesinde çeşit borcuna ilişkin bir edimin kararlaştırılması söz konusu ise taşıyıcıya teslimle birlikte satılan somutlaşıp parça borcu haline dönüşür<sup>458</sup>. Artık her türlü borç tipinde gönderme borcu kararlaştırıldığında, satılanın taşıyıcıya teslimiyle yarar ve hasar alıcıya geçmektedir<sup>459</sup>.

### 3.1.4.2.2. Götürme ve gönderme borcu ile mesafe satışı kavramı

Alacaklının yerleşim yerine veya ifa yeri olarak belirlenen yere, borçlu tarafından götürülecek ve masraflarıyla hasarının borçluya ait olacağı şeylere ilişkin borçlara götürülecek borç denir<sup>460</sup>. Satıcının götürme satışına ilişkin olarak taşıma masraflarını üstlenme borcu bulunur. Bunlar genellikle havale, posta ve taşıma aracı gibi masraflardır.

Götürülecek nitelikteki borçlarda satılanın alıcının ikametgâhında veya işletme merkezinin bulunduğu yerde teslim edileceği satıcı tarafından açıkça taahhüt edilmektedir. Satıcı, asli edim borcu olarak satılanı alıcıya teslim etme yükümlülüğü altındadır<sup>461</sup>. Satıcının satılanı ifa yerine götürmesi gerekiyorsa bunu doğrudan kendisi yapabileceği gibi ifa yardımcısına da yaptırabilir. Burada satıcının anlaştığı taşıyıcının onun ifa yardımcısı olduğu kabul edilebilir<sup>462</sup>. Götürülecek borçlarda yarar ve hasarın geçişi, gönderilecek borçlardan farklılık arz eder. Götürülecek borçlarda satış konusu malın götürüldüğü yerde alıcı için hazır

<sup>458</sup> Nomer, Engin, 2013, 68.

<sup>459</sup> Atamer, 2012, 192; Yavuz, 2013, 38. Parça satışı niteliğindeki gönderme satışlarında edim hasarının geçişi genel hükümlere (TBK m. 136) tabidir. Sözleşmenin kurulmasıyla beraber edim hasarı alıcıya geçerken, tür satışına ilişkin gönderme satışında edim ve karşı edim hasarı alıcıya geçer. Gümüş, 2013, 36.

<sup>460</sup> Oğuzman, Öz, 2013, 333.

<sup>461</sup> Acar, 2009, 61; Altay, 2008, 126.

<sup>462</sup> Nomer, Engin, 2013, 68; Altay, 2008, 126.

edilip ifa olarak sunulmasıyla (alıcının zilyetliğine devirle) yarar ve hasarın alıcıya geçişi sağlanmış olur<sup>463</sup>.

Borçlunun, masraf ve hasarının alıcıya ait olacağı koşuluyla, alacaklının istediği yere, satılanı gönderme (yollama yan edim) yükümlülüğüne gönderilecek borç denir<sup>464</sup>. Gönderilecek borç, malın bulunduğu yer ya da borçlunun yerleşim yerinin ifa yeri olarak kabul edilmesi halinde ortaya çıkar. Edim sonucu, alacaklının bulunduğu yerde, yani satılanın varma yerinde tamamlanır.

Satılanın, üçüncü bir kişinin aracılığına ihtiyaç duyularak, alıcının maddi hâkimiyet ve iktidar alanına girebilmesi için belli bir mesafenin aşılması gerekiyorsa gönderme yoluyla (mesafe) satış mevcuttur<sup>465</sup>. Mesafe satışında satıcının, satılanın zilyetliğini devir borcu, taşıyıcıya teslim ile yerine getirilmemesine rağmen hasarın alıcıya geçişi sağlanır. Satıcı, satılanı taşıyıcıya teslim ettiğinde dolaylı zilyet olmaya devam eder. Taşıyıcı onun için zilyettir<sup>466</sup>.

Mesafe satışı sözleşmenin ifası amacıyla satılanın naklinin konu edinir. Buna karşın mesafeli satış tüketici ile satıcı arasında, iletişim araçlarıyla kurulur<sup>467</sup>. Günümüzde satış sözleşmeleri içinde mesafeli satış çok yaygın şekilde kullanılır. Özellikle internetten yapılan alışverişlerin yaygınlaşmasıyla bu sözleşmenin önemi daha da artmıştır<sup>468</sup>. Mesafeli sözleşmelerde kargo ücretini, satılardan ayrı olarak büyük çoğunlukla alıcı ödemekte ve alıcının istediği adrese satılanın gönderilmesi sağlanmaktadır<sup>469</sup>. Mesafeli satış sözleşmesindeki mal satışlarında, satıcının en geç otuz gün içinde edimini yerine getirme süresi bulunur. Buna rağmen bir veya iki gün içinde müşterinin adresine gönderilmek üzere satılanın taşıyıcıya teslim edildiği görülür. Satıcıların bu kadar hızlı hareket etme sebebi, her ne kadar ticari itibarla alakalı olsa da üzerindeki hasara katlanma yükümlülüğünden kurtulmak

<sup>463</sup> Altay, 2008, 144; Cihan, 2013, 276; Gümüş, 2013, 34; Acar, 2009, 61; Bilge, 1971, 29.

<sup>464</sup> Oğuzman, Öz, 2013, 334; Serozan, 2006, § 4 N7, § 4 N9; Erişgin, 2010, 179.

<sup>465</sup> Yavuz, 2013, 38; Feyzioğlu, 1980, 218; Altay, 2008, 123.

<sup>466</sup> Nomer, Engin, 2013, 68; Acar, 2009, 56.

<sup>467</sup> 6502 sayılı TKHK m. 48/I: “Mesafeli sözleşme, satıcı veya sağlayıcı ile tüketicinin eş zamanlı fiziksel varlığı olmaksızın, mal veya hizmetlerin uzaktan pazarlanmasına yönelik olarak oluşturulmuş bir sistem çerçevesinde, taraflar arasında sözleşmenin kurulduğu ana kadar ve kurulduğu an da dâhil olmak üzere uzaktan iletişim araçlarının kullanılması suretiyle kurulan sözleşmelerdir.” Mesafeli satış sözleşmesiyle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Yıldırım, A. (2009). *Mesafeli sözleşmelerde tüketicinin korunması*, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 55 vd.

<sup>468</sup> İnternette sipariş verdiğimiz bir ürünün evde kurulması veya montajı satıcıya aitse, gönderme borcunun götürme borcu haline dönüştüğü savunulabilir. Serozan, 2006, § 4 N10.

<sup>469</sup> Satıcının kargo ücretini kendisi karşılaması halinde, gönderme satışı yerine götürme satışının söz konusu olduğu düşünülebilir. Ancak bu koşulda mal satın alınmış olsa bile alışverişten sonra mesafeli satış sözleşmesinin onaylanması suretiyle yarar ve hasarın, satılanın taşıyıcıya teslimiyle alıcıya geçer.

için satılanı taşıyıcıya teslim etmeleri gerekir. Bu şekilde satılanın taşıyıcıya teslimiyle yarar ve hasarın alıcıya geçişi sağlanır. Böylece satıcı satılanı elinde bulundurmanın risklerinden kurtulmuş olur. Ancak ortaya çıkan hasar sebebiyle satıcı, sigorta tazminatı, kamulaştırma bedeli veya üçüncü kişiye karşı haksız fiil tazminatı almışsa, bunlar kaim değer olarak alıcıya verilmelidir<sup>470</sup>. Alıcının satılanın mülkiyetine sahip olmadan hasardan sorumlu tutulması eleştirilebilir<sup>471</sup>. Tasarruf işlemi yapılmadığı için satılanın alıcının mülkiyetine geçmesi söz konusu olmamıştır. Alıcının henüz fiili hâkimiyetine dahi girmemiş olan şeyin hasarına katlanması teslim ilkesine de aykırı bir durum teşkil eder.

Aynı cinsten malın toplu şekilde farklı alıcılara gönderilmesi halinde yarar ve hasarın alıcıya geçip geçmeyeceği konusunda eBK ve TBK’da açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Çözüm olarak karışık gönderilen malların alıcılarının, bu tarz taşımaya onay vermesi halinde taşıyıcıya teslim ile hasarın alıcıya geçeceği kabul edilir<sup>472</sup>. Onay verilmemişse mallara gelecek hasara satıcının katlanacağı kabul edilir. Çünkü bu tarz taşımaların konusu cinsi ile belirlenmiş mal satımı olduğu için toplu gönderme halinde cinsten ayırt etme henüz gerçekleşmemiş sayılır<sup>473</sup>.

### 3.1.4.2.3. Unsurları

#### 3.1.4.2.3.1. Alıcının isteği üzerine gönderme

TBK m. 208/III’de gönderme satışlarında “*alıcının isteği üzerine gönderilme*” ifadesi önceki düzenlemede bulunmadığı için, mesafe satışında hasarın geçişi kuralına ilişkin yeni bir değişiklik olarak kabul edilebilir. Ancak doktrinde bu ifadenin eBK m. 183/II’de yer almaması eleştirilmekte ve satılanın, alıcının istemi veya onun yararına ifa yerinden başka bir yere gönderilmesi koşulunun kabul edilmesi gerektiği savunulmaktadır<sup>474</sup>.

<sup>470</sup> Serozan, 2006, § 4 N11, § 15 N15 ve § 16 N7.

<sup>471</sup> Yıldırım, A. (2005). Mesafe satımı ile mesafeli satım kavramları üzerine karşılaştırmalı bir inceleme, *GÜHFD*, 9(1-2), 141.

<sup>472</sup> Tunçomağ, 1977, 82; Erişgin, 2010, 126; Acar, 2009, 56, 57; Altay, 2008, 134; Tandoğan, 2008, 117; Atamer, 2000, 141 (dn. 38); Zevkliler, Gökyayla, 2013, 45; Aslanlı, 1952, 270; Bilge, 1971, 27.

<sup>473</sup> Serozan, 2006, § 4 N9; Tunçomağ, 1977, 82.

<sup>474</sup> Tandoğan, 2008, 116; Akıntürk, 1966, 136, 137; Kalpsüz, T. (1960). *Ticari satışta ifa mahalli*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 114; Altay, 2008, 140; Aslanlı, 1952, 265.

Mesafe satışında satılanın, alıcının talebi üzerine gönderilmesi veya gönderilmesine alıcının onay vermesi gerekir. Önceden gönderilmeyi istemeyen alıcı göndermeye sonradan izin vermişse yine taşıyıcıya teslim ile yarar ve hasar alıcıya geçer. Şayet satıcı, alıcının yararına bile olsa, onun bilgisi ve rızası dışında satılanı alıcıya göndermişse, mesafe satışına ilişkin hüküm uygulanmaz. Bu durumda dürüstlük kuralına göre TBK m. 208/III hükmünün uygulama alanı genişletilerek, alıcının isteği olmadan satılanın gönderilmesi halinde, taşıyıcıya teslim ile yarar ve hasar alıcıya geçmemelidir<sup>475</sup>. Alıcının isteğiyle malın ifa yerinden başka bir yere gönderilmesinde alıcının menfaati söz konusudur. Bu durumda satılanın taşıyıcıya tesliminden itibaren yolculukta ortaya çıkabilecek rizikolara alıcının katlanması gerekir<sup>476</sup>.

Mesafe satışında satılanın alıcıya gönderilmesi, genel olarak taraflar arasındaki sözleşmede kararlaştırılır. Asıl sözleşmeden farklı olarak bir yan anlaşma (değiştirme sözleşmesi) ile satılanın ifa yerinden başka bir yere gönderilmesi kararlaştırılabilir. Bunun yanında ticari örf ve adetten dolayı satılanın alıcıya gönderilmesi de söz konusu olabilir<sup>477</sup>.

Alman hukukunda mesafe satışına ilişkin olarak alıcı, göndermenin şekli hakkında bir talimat vermiş ve satıcı herhangi bir mücbir sebep olmaksızın bu talimattan dönerse, ortaya çıkan zararlardan satıcı alıcıya karşı sorumlu olur (BGB m. 447/II)<sup>478</sup>. Her ne kadar TBK'da bu kurala yer verilmemiş olsa da, alıcının mesafe satışına ilişkin gönderme ile ilgili talimatları vermeye yetkili olduğunu Türk hukuku bakımından da kabul etmek gerekir<sup>479</sup>. Alıcı hasara katlandığı için göndermeye ilişkin talimatlarından doğan tehlikelere kendisinin katlanması gerekir.

<sup>475</sup> Çetiner, 2009, 103.

<sup>476</sup> Atamer, 2012, 193. Serozan'a göre, tüketicinin korunması açısından taşıyıcıya teslim yerine, gönderme satışını götürülecek satış olarak kabul edip, satılanın alıcıya teslimi anında edim ve karşı edim hasarının alıcıya geçişi kabul edilebilir. Serozan, 2006, § 4 N9.

<sup>477</sup> Akıntürk, 1966, 137; Aslanlı, 1952, 262.

<sup>478</sup> Almanya'daki 2002 tarihli reformda tüketici satışlarında gönderme borcu içeren sözleşmelerde edin hasarının geçişi ile ilgili olarak malın ilk bağımsız taşıyıcıya teslimi ile BGB m. 447'ye göre hasar alıcıya geçer. Ancak tüketici satışları açısından bu kuralın uygulanmayacağı kabul edilmiştir. Atamer, M. Y., Baş, E. (2014). Avrupa birliği hukuku ile karşılaştırmalı olarak 6502 sayılı yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun uyarınca satım sözleşmesinde ayıptan doğan sorumluluk. *İstanbul Barosu Dergisi tüketici ve rekabet hukuku özel sayısı*. 88, 27 (dn. 19). BGB m. 447/II: "Hat der Käufer eine besondere Anweisung über die Art der Versendung erteilt und weicht der Verkäufer ohne dringenden Grund von der Anweisung ab, so ist der Verkäufer dem Käufer für den daraus entstehenden Schaden verantwortlich."

<sup>479</sup> Kalpsüz, 1960, 114; Akıntürk, 1966, 137.

Alıcı talimatlara uygun hareket etmeyen satıcıdan ortaya çıkan zararın tazminini isteyebilir.

#### **3.1.4.2.3.2. İfa yerinden başka bir yere gönderme**

Aranılacak borca ilişkin satış sözleşmesinin ifası, borçlunun yerleşim yerinde veya malın bulunduğu yerde yerine getirilir. Ancak gönderme borcuna ilişkin satış sözleşmelerinde borçlu, masrafı ve hasarı alacaklıya ait olmak üzere satılanı alıcının göstereceği ifa yerinden başka bir yere gönderme yükümlülüğünü taşır<sup>480</sup>. Başka bir yere gönderilme ifadesinin üzerinde özellikle durmak gerekir. Bu ifade ile satılanın ifa yerinden başka yere gönderilmesinin sözleşmede koşul olarak konulması anlaşılır<sup>481</sup>. Yoksa zaten satıcının, satılanı ifa yerinde teslim alınacak şekilde hazır bulundurması asli yükümlülüklerindendir<sup>482</sup>. Fakat satış sözleşmesine aykırı bulunmadıkça, satılanın ifa yeri dışında başka bir yerden gönderilmesi kabul edilebilir<sup>483</sup>.

Göndermenin geçerli olabilmesi için satılanın varacağı yerin alıcının bildirdiği adres veya ikametgâhı olması gerekir. Satıcının satılanı kendi adresine veya şubesine göndermesi, satışı mesafe satışı olmaktan çıkarır<sup>484</sup>.

Mesafe satışının söz konusu olabilmesi için satılanın farklı bir coğrafi veya idari bölgeye gönderilmesi gerekmez. Satılanın nakli için bir aracının kullanılması mecburiyetinin bulunduğu bütün durumlarda mesafe satışının bulunduğu kabul edilebilir<sup>485</sup>. Gönderme aynı mahalde gerçekleşse bile bir göndermeden bahsedilebiliyorsa ve teslim daha önce gerçekleşmemişse mesafe satışına ilişkin hasar kuralı uygulanmalıdır<sup>486</sup>.

#### **3.1.4.2.3.3. Satılanın taşıyıcıya teslim edilmesi**

Gönderme satışında satıcının, satılan üzerinden elini çekmiş olması koşuluyla yarar ve hasarın alıcıya geçeceği kuralına eBK m. 183/II'de yer verilmişti. TBK m.

<sup>480</sup> Bu yükümlülük, nakliyenin normal seyrine müdahale etmeden alacaklının satılanı elde etmesine engel olmama şeklinde devam eder. Oğuzman, Öz, 2013, C.II, 334.

<sup>481</sup> Feyzioğlu, 1980, 218.

<sup>482</sup> Akıntürk, 1966, 135; Kalpsüz, 1960, 6 vd.; Altay, 2008, 139.

<sup>483</sup> Altay, 2008, 140; Akıntürk, 1966, 136.

<sup>484</sup> Akıntürk, 1966, 136.

<sup>485</sup> Tandoğan, 2008, 116; Akıntürk, 1966, 136; Bilge, 1971, 38.

<sup>486</sup> Kalpsüz, 1960, 113; Zevkililer, Gökyayla, 2013, 45; Aslanlı, 1952, 264.

208/III'de ise bu koşul, satılanın taşıyıcıya teslimi şeklinde değiştirilmiştir<sup>487</sup>. Yeni değişiklikle beraber hasarın hangi anda alıcıya geçeceği konusu netlik kazanmıştır.

Satıcının satılanın teslimi yerine, satılanın gönderilmesi konusunda emir vermesi veya tek başına taşıyıcıyı belirlemesi hasarın alıcıya geçişini sağlamaz<sup>488</sup>. Gönderme amacıyla satılanın taşıyıcıya verilmesi gerekir.

Mesafe satışında yarar ve hasarın geçişinde önemli bir rol üstlenen taşıyıcı ifadesinden ne anlaşılması gerektiği tartışma konusu olmuştur. Öğretide genel olarak kabul edilen görüşe göre, bu taşıyıcının satıcıdan veya onun ifa yardımcısından farklı birisi olması gerekir<sup>489</sup>. Diğer bir ifadeyle satılanın teslim edildiği taşıyıcının *“bağımsız bir taşıyıcı”* olması gerekir. Gönderilecek borçlarda satıcının sattığı şeyi teslim edeceği taşıyıcı, onun ifa yardımcısı olmamalıdır. Satıcının istihdam ettiği bir kişinin taşıyıcı olması halinde satılanın yarar ve hasarı, satılanın alıcının zilyetliğine devri anında alıcıya geçer<sup>490</sup>.

### 3.1.4.3. Taşınmaz satışında ileri tarihli teslimin kararlaştırılması

Taşınmaz satışında satılanın yarar ve hasarı tescil anına kadar satıcıya aittir (TBK m. 208/I). Taşınmaz satışında hasarın tescille geçişi mutlak değildir. Kanunda belirtilen özel koşullarda bu kural uygulanmaz. Taraflar, aralarında yapacakları bir sözleşmeyle taşınmazın ileri bir tarihte teslimini kararlaştırmışlarsa yarar ve hasar, teslim anında alıcıya geçer (TBK m. 245)<sup>491</sup>. TBK m. 245/I hükmü hasarın geçişine ilişkin genel kuralın kanunda yer alan istisnalarından biridir<sup>492</sup>.

<sup>487</sup> Satıcının *“satılan üzerinden yedini ref’etmesi”*ne ilişkin ifade doktrinde de satılanın satıcıya teslimi şeklinde yorumlanmıştır. Feyzioğlu, 1980, 219; Akıntürk, 1966, 139; Acar, 2009, 55, 61; Altay, 2008, 125, 133; Aslanlı, 1952, 267, 268.

<sup>488</sup> Akıntürk, 1966, 139.

<sup>489</sup> Serozan, 2006, § 4 N7; Cihan, 2013, 276; Atamer, 2000, 142; Nomer, Engin, 2013, 69; Yavuz, 2013, 38; Acar, 2009, 55; Tandoğan, 2008, 116; Tunçomağ, 1977, 80; Zevkliler, Gökyayla, 2013, 45; Gümüş, 2013, 36; Akyiğit, E. (2011). *Satış-mal değişimi ve bağışlama sözleşmesi*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 69; Yıldırım, 2005, 136. Öğretide bazı yazarlar satılanın satıcı tarafından veya istihdam ettiği kişilerce taşındığı mesafe satışlarında hasarın alıcıya geçeceğini savunmaktadır. Altay, 2008, 138; Kalpsüz, 1960, 162; Akıntürk, 1966, 139, 140; Cihan, 2013, 276 (dn. 38).

<sup>490</sup> Yavuz, 2013, 39

<sup>491</sup> Taşınmazlarda teslim, taşınmazın satıcı tarafından alıcı yararına boşaltılması ve alıcının zilyetliği ele geçirmesi şeklinde gerçekleşir. İki fiil arasında zaman farkı varsa teslimin geciktirici koşulla yapıldığı varsayılır. Alıcının eşya üzerinde tam bir hâkimiyet ve yararlanma sağlayabilmesi için satıcının taşınmazı teslim etmesi gerekir. Bu nedenle satıcı, alıcının bu hâkimiyeti kurmasına engel olabilecek her türlü hareketten kaçınmakla yükümlüdür. Tunçomağ, 1977, 96.

<sup>492</sup> Yavuz, 2013, 121.

Satış sözleşmesinin yapılmasıyla yarar ve hasarın alıcıya geçeceğinin kabul edildiği eBK döneminde, taşınmazın teslimine ilişkin süre tayin edilmesi önemli bir istisna olarak görülebilir. eBK m. 216'da satılanın, alıcı tarafından teslim alınması için sözleşme ile bir süre tayini söz konusu ise satılanın yarar ve hasarı, adaletsiz hasar düzeninin sonucu olan sözleşmenin kurulma anı yerine; taşınmazın zilyetliğinin devri anında alıcıya geçmekteydi<sup>493</sup>. eBK m. 216 hükmü ile satılanın alıcı tarafından teslim alınması için sözleşmesel olarak belirli bir zaman tespit edilmişse, karine olarak belirlenen teslim gününde, teslim fiilen gerçekleşmese bile yarar ve hasar alıcıya geçmekteydi<sup>494</sup>. Buna karşın, TBK m. 245'teki hükme göre, teslim anı belirlenen zamanı geçse bile, fiilen teslim kadar yarar ve hasar karşı tarafa geçmez. Teslim süresinin dolmasına rağmen satıcı, taşınmazı teslim etmezse, borçlu temerrüdü nedeniyle hasara katlanmak zorundadır (TBK m. 119)<sup>495</sup>.

Kanun koyucunun taşınmaz satışında satılanın teslimi anını dikkate alması, hasarın geçişi açısından satılan üzerindeki fiili hâkimiyetin sağlandığı anın dikkate alındığını gösterir<sup>496</sup>. eBK döneminde, teslim günü gelmeden taşınmazın tescil edilmesi ile yarar ve hasar teslimden önce alıcıya geçmekteydi. Tescil ile satılanın mülkiyeti alıcıya geçtiği için, tescil anından itibaren taşınmazın yarar ve hasarı alıcıya geçmekteydi<sup>497</sup>. Bu konuda kira alacağına ilişkin tescilden itibaren kira bedellerinin alıcıya ait olması gerektiği konusunda uygulamada verilmiş olan kararlar vardır<sup>498</sup>. TBK m. 208/l'de taşınmaz satışında, kural olarak yarar ve hasar

<sup>493</sup> Taşınmaz satışına ilişkin olarak, eBK m. 216'daki sözleşmeyle belirlenen süreden önce hasarın alıcıya geçmeyeceği, yasada özel olarak düzenlenmemiş olsaydı, bu çözüme ulaşabilmek için, eBK m. 183'teki halin icabı istisnasına başvurmak gerekirdi. Serozan, 2006, 178.

<sup>494</sup> Gümüş, 2013, 144.

<sup>495</sup> Zevkliler, Gökyayla, 2013, 63

<sup>496</sup> Nomer, Engin, 2013, 95. Taraflar, teslim konusunda bir süre belirlemediklerinde, taşınmazın tesciline rağmen teslim gerçekleşmemişse yarar ve hasar tescille alıcıya geçmemelidir. TBK m 245/I'e göre - genişletici yorumla- taşınmazın teslimiyle yarar ve hasar alıcıya geçer. Nomer, Engin, 2013, 98.

<sup>497</sup> Bilge, 1971, 99.

<sup>498</sup> 4. HD. 29.12.1942 tarih ve 3605/3261 sayılı kararı: *"Borçlar kanunun 216'ıncı maddesinde satılanın alıcı tarafından teslim edilmesi için sözleşme ile bir süre tayin edildiği halde onun yarar ve hasarının alıcıya geçmemesi asıl olduğu yazılı bulunmuş ise de bu madde hükmü alıcı namına tapuya bağlanmamış olan gayrimenkul satışlarına münhasır olup, alıcı namına tapuya bağlanmış ve tapu senedi de verilmiş olan gayrimenkul satışlarına şümulü yoktur; bu nedenle satılan dükkanın kira süresi bittiğinde alıcıya teslim edileceğinin şart edilmiş olması da üçüncü şahıs kiracı lehine bir şart olup arttırma şartına böyle bir şart ve mukavelelerin yazılması kanunen caizdir; ancak bununla satılan şeyde hasıl olacak yarar ve hasardan satıcının sorumluluğu kabul edilmiş sayılamaz."* Feyzioğlu, 1980, 224, 225.

tescil işlemiyle alıcıya geçmektedir<sup>499</sup>. TBK m. 245/I hükmü, ileri tarihli teslimin kararlaştırılması halinde tescilden sonraki teslim için söz konusu olur. Bu sebeple tescille taşınmazın mülkiyetini alıcı kazanmış olsa da, teslim anına kadar yarar ve hasar borçluda kalmaya devam eder. Böylece hasara malikin katlanacağına ilişkin temel prensibe bir istisna getirilmiştir<sup>500</sup>.

Tarafların tescilden önce taşınmazın teslimini kararlaştırması halinde TBK m. 208/I'de yer alan sözleşmede öngörülen özel koşullara ilişkin istisnanın kabul edildiği söylenebilir. Bu şekilde TBK m. 245'e göre tescilden sonraki bir zamanda teslim alma söz konusu olursa, yarar ve hasar teslim anında alıcıya geçer. Tescilden önceki bir tarih kararlaştırılırsa TBK m. 245 uygulanmaz<sup>501</sup>.

Taşınmaz satışında, taşınır satışına ilişkin kurallar kıyas yoluyla uygulanabilir (TBK m. 246). Bu sebeple TBK m. 208'de yer alan taşınır satışına ilişkin istisnalar taşınmaz satışı için de söz konusu olur. Bu istisnalardan en önemlisi ise tarafların, kanundaki hasarın geçişine ilişkin kuraldan ayrık şekilde kendi aralarında satış sözleşmesine hüküm koyabilmeleridir. Örneğin, konut satışına ilişkin yapılan bir sözleşmede, tescil anından itibaren konutta oturan satıcının bir yıl daha konutta oturmak istemesi üzerine, taşınmazın teslimi bir yıl ertelenir. Sözleşmenin tarafları, yarar ve hasarın tescil anı yerine teslim anında geçmesini sözleşmeyle belirleyebilirler.

Taşınmazın ileri tarihli teslimi ile hasarın alıcıya geçmesine ilişkin yapılan sözleşme adi yazılı şekil şartına tabidir (TBK m. 245/II). Teslim süresine ilişkin sözleşme, satış sözleşmesinin esaslı unsuru değildir. Satış sözleşmesinin esaslı unsuru olabilmesi için anlaşmanın resmi senette yer alması gerekir<sup>502</sup>. Tarafların sözlü şekilde taşınmazın teslimi anında hasarın geçeceği konusunda anlaşması, sözleşmenin taraflarını bağlamaz.

---

<sup>499</sup> Alıcının açtığı dava sonucu mahkemenin verdiği kararla mülkiyetin alıcıya geçmesi, yarar ve hasarın tescilden önce alıcıya geçmesini sağlar. Bu durum, TBK m. 208/I'de belirtilen istisnalardan biri olduğu kabul edilebilir. Akyiğit, 2011, 126.

<sup>500</sup> Yavuz, 2013, 41, 122.

<sup>501</sup> Gümüş, 2013, 145. Aksi görüş için bkz. Çetiner, 2009, 101.

<sup>502</sup> Gümüş, 2013, 144.

### 3.1.4.4. Alıcı temerrüdünde hasarın geçişi

#### 3.1.4.4.1. Genel olarak alıcı temerrüdü

Alacaklının, kendisine gereği gibi sunulan ifayı haklı bir sebep olmadan kabul etmemesi veya ifanın gerçekleşmesi için yapılması gerekenleri yapmamasına alacaklı temerrüdü denir. Borcun ifasının gecikmesine borçlu sebep olmuşsa borçlu temerrüdü, alıcı sebep olmuşsa alacaklı temerrüdü söz konusudur<sup>503</sup>.

Alacaklı yüzünden borcun ifasının imkânsızlaşması halinde uygulanacak hüküm, BGB m. 326/II'de düzenlenmiş olmasına karşın TBK'da bu konuda bir düzenleme yer almamıştır<sup>504</sup>. Borcun ifasının alacaklı yüzünden imkânsızlaşması, alacaklı temerrüdünden ve ifanın arz edilemediği diğer hallerden farklı bir durumdur<sup>505</sup>. Örneğin, tiyatro bileti alan bir yolcunun, gösteri saatinde tiyatroya gelmemesi sebebiyle tiyatro işletmesinin tiyatro izletme borcu, alacaklı yüzünden imkânsızlaşmıştır. Alacaklı temerrüdünün gerçekleşebilmesi için ifanın mümkün olması gerekir. Temerrüdün genel anlamı gecikmedir. Alacaklının davranışıyla ifa imkânsızlığı ortaya çıkmışsa, ifa mümkün olmadığı için alacaklı temerrüdünden söz edilemez<sup>506</sup>.

İfanın alacaklı yüzünden imkânsızlaşması halinde borçlunun borcundan kurtulacağı ve karşılıklı sözleşmelerde karşı edimi talep edebilmesi, buna karşın borçtan kurtulmanın sağladığı ekonominin veya emeğin başka şekilde kullanmakla elde ettiği veya kötü niyetli şekilde elde etmeyi ihmal ettiği kazancın karşı edimden indirilmesi esası BGB m. 326/II hükmüyle kabul edilmiştir<sup>507</sup>. Bu düzenlemenin hakkaniyete ve TBK'nın ruhuna uygun olması sebebiyle, kanunun anlam olarak

<sup>503</sup> Koç, N. (1992). *İsviçre - Türk hukukunda alacaklının temerrüdü*. Ankara: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, 5.

<sup>504</sup> Dural, 1976, 175; Eren, 2014, 1018.

<sup>505</sup> Oğuzman, Öz, 2013, 377.

<sup>506</sup> Eren, 2014, 1012; Serozan, 2006, § 13 N1.

<sup>507</sup> BGB m. 326/II: *“Ist der Gläubiger für den Umstand, auf Grund dessen der Schuldner nach § 275 Abs. 1 bis 3 nicht zu leisten braucht, allein oder weit überwiegend verantwortlich oder tritt dieser vom Schuldner nicht zu vertretende Umstand zu einer Zeit ein, zu welcher der Gläubiger im Verzug der Annahme ist, so behält der Schuldner den Anspruch auf die Gegenleistung. Er muss sich jedoch dasjenige anrechnen lassen, was er infolge der Befreiung von der Leistung erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt.”*

yorumlanması ve boşluğun bu yolla doldurularak hukukumuzda uygulanması faydalı olur<sup>508</sup>.

Hasara malikin katlanacağına dair temel prensibin<sup>509</sup> kabul edilmesine karşın, TBK m. 208'de belirtilen bazı istisnai durumlarda bu ilke kabul edilmemiştir. Bu istisnalardan birisi Alman hukukuna 2002 yılındaki reformla BGB m. 446'ya getirilen, satış sözleşmesinde alıcının temerrüde düşmesi halinde hasara alıcının katlanacağı hükmüdür. TBK m. 208/II ile aynı hüküm kabul edilmiştir.

#### 3.1.4.4.2. Satış sözleşmesinde alıcı temerrüdü

Satış sözleşmesinde satılanın, alıcının zilyetliğine devriyle satılanın yarar ve hasarının alıcıya geçmesi genel kuraldır (TBK m. 208/I). Bu kuralın kanundan doğan istisnalarından biri, alıcının, satılanın zilyetliğini devralmada temerrüde düşmesidir (TBK m. 208/II). Satış sözleşmesinde satıcının yaptığı borca uygun ifa önerisini kabul etmeyen veya satıcının borcunu ifa edebilmesi için yapması gereken hazırlık fiillerini yapmaktan kaçınan alıcı temerrüde düşer (TBK m. 106/I)<sup>510</sup>. Götürülecek borçlarda alıcının temerrüde düşmesi için satılanın zilyetliğinin devri eylemli olarak kendisine önerilmiş olmalıdır<sup>511</sup>. Örneğin, satıcının sözleşmede kararlaştırılan yer ve zamanda satılanı alıcıya götürmüş; fakat alıcının gelmemesi sebebiyle satılanın teslimi gerçekleştirilememiştir. Daha sonra satıcının kusuru olmadan satılan hasara uğrarsa, ortaya çıkan hasara alıcının katlanması gerekir. Temerrüde düşen alıcı, satılanın bedelini ödemek zorundadır.

Satıcının borcunu yerine getirmesi için gerekli olan hazırlık fiillerini yapmaktan kaçınan alıcı temerrüde düşer<sup>512</sup>. Örneğin, taraflar arasında yapılan dondurma satışında alıcı, önceden tedarik etmesi gereken soğutucuyu almamış ve kararlaştırılan tarihte satıcı, teslim işlemini yerine getirememişse alıcı temerrüde

<sup>508</sup> Dural, 1976, 169 vd.; Serozan, 2006, § 12 N8; Oğuzman, Öz, 2013, 377.

<sup>509</sup> TBK m. 208'in gerekçesinde belirtildiği gibi, hasarın geçişine ilişkin; taşınırlarda zilyetliğin devrinin, taşınmazlarda tescil işleminin öngörülmüş olması, satıcının tasarruf işlemini yerine getirerek satılanın mülkiyetini alıcıya devrini amaçladığını gösterir. eBK m. 183'teki düzenlemenin, hasarın geçişi ile mülkiyetin geçişi arasında paralellik kurmamış olması eleştirilebilir.

<sup>510</sup> TBK m. 106 hükmü emredici değil, düzenleyici hüküm niteliğindedir. Taraflar isterlerse alıcı temerrüdünün şartlarını değiştirip, hüküm ve sonuçlarını sınırlandırarak, ortadan kaldıracaklardır. Eren, 2014, 1013.

<sup>511</sup> Nomer, Engin, 2013, 67.

<sup>512</sup> Satılanın teslimi için gerekli olan masrafların alıcı tarafından ödenmesine ilişkin bir adet veya teamül söz konusu ise bunları alıcının ödememesi halinde, alıcı temerrüdü sebebiyle borçlu hasardan kurtulur. İşeri, A. (1964). Satım akdinde alıcının temerrüdü. *BATİDER*, 2(4), 659.

düşmüş olur. Alıcının temerrüde düşmesinden itibaren satıcının kusuru olmadan satılanın telef olması halinde, hasar temerrüde düşen alıcıya ait olacağı için satıcı kendi borcundan kurutup, alıcıdan satış bedelini isteyebilir<sup>513</sup>. Alıcının hazırlık fiillerini yapamamasında haklı bir sebebi varsa temerrüde düşmez ve hasar satıcıda kalmaya devam eder (TBK m. 106/I). Alıcının, usulüne uygun ödemeyi reddederken, onun kusurlu olup olmamasının bir önemi yoktur. Alacaklı, usulüne uygun ödemeyi haklı bir sebebe dayanmadan reddederse kusurlu olup olmadığına bakılmaksızın mütemerrit hale düşer<sup>514</sup>.

Satış sözleşmesinin konusu çeşit borcuna ilişkin bir edimse karşı edim hasarının alıcıya geçebilmesi için öncelikle borcun konusunun somutlaşarak parça borcu haline gelmesi gerekir<sup>515</sup>. Hasarın alıcı temerrüdü ile alıcıya geçmesi için satılanın ayırt edilmiş olması gerekir<sup>516</sup>. Götürülecek borçlarda satıcının satış konusu malı alıcıya götürerek eylemli olarak sunması, hem borcun konusunu somutlaştırır hem de edim ve karşı edim hasarının alıcıya geçmesini sağlar. Aranılacak borçlarda satıcının satılanı ayırmasından itibaren alıcı temerrüde düşerse edim ve karşı edim hasarı temerrüt anından itibaren alıcıya geçer<sup>517</sup>.

TBK m. 208'in getirilmesiyle beraber hasarın geçişi, alıcıdan satıcıya doğru kaymıştır. Bu sebeple satıcının temerrüde düşmesi ve temerrüde düşmede kusurunun olup olmadığının artık pratik açıdan bir önemi kalmamıştır. Artık satıcının yerine alıcının temerrüde düşmesi daha da önem kazanmıştır. eBK döneminde alıcının satılanın zilyetliğini devralmada temerrüde düşmesi halinden hiç bahsedilmemiştir. Bu sebeple alıcının temerrüdüne ilişkin genel hükümlerin, mütemerrit olan alıcı için uygulanması gerektiği savunulmuştur<sup>518</sup>.

#### **3.1.4.4.3. Satış sözleşmesinde alıcı temerrüdünün sonuçları**

Alıcının satılanı kabul temerrüdüne düşmesi, alacak hakkını kaybetmesine yol açmaz. Kural olarak alıcı, borçludan edimin ifasını isteyebilir. Alıcının temerrüde

<sup>513</sup> Nomer, Engin, 2013, 68.

<sup>514</sup> Bozer, 2007, 192. Aksi görüş için bkz. Serozan, 2006, § 13 N6

<sup>515</sup> Nomer, Engin, 2013, 68.

<sup>516</sup> TBK'da açık bir hüküm bulunmasa da, TBK m. 208/II'nin çeşit borçlarında uygulanması için CISG m. 69/III'e uygun bir yorum yapılarak, satıcının satış konusu şeyi ayırt etmiş olma külfetinin bulunduğunu kabul etmek gerekir. Çetiner, 2009, 102.

<sup>517</sup> Nomer, Engin, 2013, 68.

<sup>518</sup> Bilge, 1971, 59; Kalpsüz, 1960, 174.

düşmesi, satıcı yönünden birtakım olumlu sonuçların doğmasına sebep olur. Satıcının satılanı muhafaza yükümlülüğü hafifler<sup>519</sup>. Satıcı, yaptığı masrafları ve sözleşme faizini alıcıdan isteyebilir<sup>520</sup>. Satıcının temerrüdü sona erer. Alıcının temerrüde düşmesinin diğer önemli bir sonucu ise yarar ve hasarın artık alıcıya geçmiş olmasıdır.

Alıcının temerrüde düşmesi sebebiyle hasara katlanması, satıcıyı aşırı derecede güçlü konuma getirmemelidir. Satıcının bu durumda sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre elde ettiklerini alıcıya vermesi gerekir. Özellikle satılanın hasara uğraması ile satış bedelini ödeyen alıcı, satıcıdan kaim değerleri isteyebilmelidir<sup>521</sup>.

Alıcının satılanın zilyetliğini devralmada temerrüde düşmesi halinde, satılanın zilyetliğinin alıcıya devredildiği kabul edilir. Temerrüt anından itibaren yarar ve hasar alıcıya geçer. Satıcının, teslim borcunu yerine getirebilmesi için alıcının, satılanı, uygun şekilde kabul etmesi gerekir<sup>522</sup>. Alıcı, satılanı uygun şekilde kabul etmezse, satıcı tasarruf işlemini tamamlayamaz. Dolayısıyla mülkiyet satıcıda olmasına rağmen satılanın hasarına alıcı katlanır. Alıcının üzerine düşeni yerine getirmediği için satılanın hasarına katlanması hak ve adalet ölçüsünde bir çözümdür.

Borçlunun ifa fiilini yerine getirmek istemesine karşın, alıcının temerrüde düşmesi halinde borçlu, teslim edeceği şeyi tevdi ederek borcundan kurtulur (TBK m. 107). Yarar ve hasarın geçişindeki alıcının temerrüdü hükmü TBK m. 107’de yer alan borçlunun, satılanı tevdi ile borcundan kurtulacağına ilişkin düzenlemeyle uyumludur<sup>523</sup>. Satıcı, üçüncü kişiye tevdi ile ilgili tüm giderleri alıcıdan isteyebilir. Özellikle hâkimin belirlediği yere tevdi edilmesi, ifa yerine geçen bir tevidir. Bu tevdi ile satıcı, edim ve karşı edim hasarından da kurtulmuş olur. Tevdi edilecek şey, bozulacak veya tevdi edilmesi aşırı gidere yol açacaksa, hâkimin izniyle açık arttırmada sattırılıp bedeli tevdi edilebilir<sup>524</sup>.

<sup>519</sup> Serozan, 2007, Sözleşmeden Dönme, 489; Eren, 2014, 1018; Serozan, 2006, § 12 N12.

<sup>520</sup> Eren, 2014, 1018, 1019.

<sup>521</sup> Dural, 1976, 174, 175. Kaim değerle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. §4, V, E.

<sup>522</sup> Bozer, 2007, 156. Taşınmaz satışında ileri tarihli teslim kararlaştırılmışsa alıcı, teslim almada temerrüde düşerse, kararlaştırılan teslim anından itibaren yarar ve hasara alıcıya geçer. Akyiğit, 2011, 126.

<sup>523</sup> Çeşit satışında satıcı, satılanı tevdi etmedikçe hasar borçluda kalmaya devam eder. Eren, 2014, 1018.

<sup>524</sup> Bozer, 2007, 194.

Satıcının, satılanı tevdi ederek borcundan kurtulması için, alıcının temerrüde düşmüş olması gerekir. Alıcı henüz temerrüde düşmemişse satıcı, satılanı bir yere tevdi ederek borcundan kurtulamaz<sup>525</sup>. Satıcı yine de alıcı temerrüde düşmeden satılanı tevdi ederse ortaya çıkacak sonuçlara bizzat katlanır. Bu durumda satılanın hasarı, satıcıda kalmaya devam eder.

Alıcının temerrüde düşmesinden itibaren satılanın hasarı alıcıya geçtiği için temerrütten itibaren ortaya çıkacak ayıplardan satıcı sorumlu olmaz<sup>526</sup>. Satıcının, sadece hasarın alıcıya geçmesi anındaki ayıplardan sorumlu olduğu doktrinde genel olarak kabul edilir<sup>527</sup>. Temerrütten önce ortaya çıkan ayıptan, genellikle imalat ayıpları veya hasarın geçişinden önceki taşıma sırasında ortaya çıkan zararlardan meydana gelen ayıplar anlaşılır. Satıcının borca aykırı davranışı sonucunda ortaya çıkan her zarar, doğrudan zarar olarak kabul edilip, satıcı tarafından zararların tazmini gerekir. Dolayısıyla ayıplı mal tesliminin uygun sonucu olarak doğan her zarara doğrudan doğruya zarar denilebilir<sup>528</sup>.

TBK m. 208'de satış sözleşmesinde alıcı temerrüdüne ilişkin düzenleme getirmek yerine, genel hükümlerde (TBK m. 106 vd.), bu kuralın tüm borç ilişkilerinde uygulanacak şekilde yer alması daha iyi bir çözüm olurdu. Çünkü aynı problem diğer sözleşme türlerinde de doğabilmekte, alacaklının temerrüde düştüğü bütün hallerde hasarın ve yararın geçişinin ne zaman gerçekleşeceği genel hükümlerde eksik kalmaktadır<sup>529</sup>. Genel hükümlerde yer almayan bir düzenlemenin özel hükümlerde yer alması kanun sistematigi açısından da uygun değildir.

### 3.1.5. 6102 sayılı TTK'daki hasarın geçişine ilişkin istisnalar

6762 sayılı Ticaret Kanunun (eTTK) 25/5'te yer alan CIF satış ve diğer deniz aşırı satışlara ilişkin istisnalar kaldırılmıştır. Buna ek olarak eTTK m. 1138'deki

<sup>525</sup> Akıntürk, 1966, 162, 163.

<sup>526</sup> Çetiner, 2009, 101.

<sup>527</sup> Tandoğan, 2008, 175; Zevkliler, Gökyayla, 2013, 121 vd.

<sup>528</sup> Yıldırım, M. F., Başpınar, V. (2008). Doktrin ve uygulama açısından Türk-İsviçre hukukunda doğrudan doğruya ve dolaylı zarar ayrımı, *Prof. Dr. Bilge Öztan'a armağan*, Ankara: Turhan Kitabevi, 1103.

<sup>529</sup> Atamer, 2012, 192. TBK m. 106'ya, alacaklının temerrüde düşmesi halinde, yarar ve hasarın alacaklıya geçeceği şeklinde bir fıkra eklenmesi gerekir. Koç, 1992, 284.

FOB satışa ilişkin düzenleme<sup>530</sup> ile eTTK m. 1139-1158'teki CIF satışa ilişkin düzenlemeler de kaldırılmıştır. Bu maddelerin yürürlükten kaldırılmasıyla birlikte satış sözleşmesinde hasarın geçişine ilişkin herhangi bir düzenleme 6102 sayılı TTK'da yer almamaktadır. Artık yarar ve hasarın geçişinde, TBK'da yer alan maddeler kullanılmaktadır<sup>531</sup>.

CIF satış ile FOB satışa ilişkin düzenlemelerin TTK'da yer almamasının sebebi olarak, Incoterms'lerin sürekli güncellendiği için bunlara kanunda yer vermenin bir anlamı olmadığı belirtilmiştir<sup>532</sup>. eTTK döneminde 1940'lardaki Incoterms'lere yer verilmiştir. Günümüzde ise Incoterms 2010 yürürlüktedir. Bu şekilde hızlı bir değişim içerisinde olan uluslararası ticari kayıtların kanunda düzenlenmesiyle, uygulamada ortaya çıkacak sorunların çözümünde yetersiz kalınmaktadır. Taraflar, CIF ve FOB başta olmak üzere deniz aşırı satışlarda Incoterms'lere gönderme yapmakta veya ondan ayrılan özel düzenlemeler getirebilmektedir. Milletlerarası uygulamalar ve milletlerarası ticaretin gerekleri çok hızlı değiştiği için milli hukuk sistemimiz buna ayak uyduramamaktadır. MTO bile ortalama on yılda bir Incoterms'leri yenilemektedir. Bu konuda en doğru çözüm Fransa, ABD vb. birçok ülkenin de yaptığı gibi konuyu ayrıntılı düzenlemek yerine uluslararası kuruluşların düzenlemelerine göre hareket etmektir<sup>533</sup>.

Incoterms'teki her güncelleme ile eTTK'da düzenlenmiş olan FOB ve CIF arasındaki farklar artmaktaydı. eTTK'nın hükümleri arasında dış satışa uygulanma yeteneği olmayan ve alışılmış ticari uygulamalara aykırı pek çok hüküm bulunmaktaydı. Bu nedenle zaten eksik olan ve hem gelişen taşıma şekillerine hem de değişen ticari uygulamalar sebebiyle günün şartlarına uygun olmayan maddelerin kaldırılması yerinde olmuştur<sup>534</sup>.

<sup>530</sup> FOB satışlarla ilgili dış ticarete kullanılan bir satış şeklinin eTTK da tek bir madde ile düzenlenmesi satışa ilişkin problemleri çözmemekteydi. eTTK m. 1138 hükmü eksik ve günün ihtiyaçlarına tam olarak cevap verememekteydi. Erdem, 2001, 215.

<sup>531</sup> Tacirler arasındaki ticari satışlar ve mal değişimi sözleşmelerinde TBK'daki satış ve mal değişimi sözleşmelerinin hükümlerinin uygulanmasına ilişkin istisnalardan biri olan CIF satış ve diğer deniz aşırı satışlara ilişkin hükümlerin kaldırılması ve düzenlemenin TBK'ya bırakılması görüşü kabul edilmemektedir. Dinç, M. (2013). *Türk Ticaret Kanunu* (Sekizinci Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık, 137 (Kısaltması: TTK).

<sup>532</sup> Dinç, 2013, TTK, 137.

<sup>533</sup> Erdem, 1996, 86.

<sup>534</sup> Erdem, 2001, 215.

### 3.1.6. Birleşmiş Milletler satış hukukunda hasarın geçişi

#### 3.1.6.1. Genel olarak

Birleşmiş Milletler nezdinde hazırlanan Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması (CISG) 10.03.1980 ile 11.04.1980 arasında Viyana'da hazırlanmıştır. Yeterli sayıda devletin onaylamasıyla 1.1.1988'de yürürlüğe girmiştir. Şu ana kadar 81 ülke bu sözleşmeyi kabul etmiştir<sup>535</sup>. Ülkemizde ise 1 Ağustos 2011'den beri yürürlüktedir<sup>536</sup>.

CISG'in getirilme amacı, farklı ülkelerin satış hukukuna ilişkin hukuki düzenlemelerinin yeknesaklaşması ve doğabilecek hukuki uyumsuzlukların çözümlenmesini sağlamaktır<sup>537</sup>. CISG'e taraf olan ülkelerde işyeri bulunan satıcı ile alıcının yapacakları satış sözleşmelerinde bu kurallar uygulanır (CISG m. 1/I). Örneğin, Amerika'da bulunan bir bilişim şirketiyle ülkemizde bulunan bir şirket arasında yapılan satış sözleşmesinde sözleşmenin ifası sırasında bir hasar ortaya çıkmışsa CISG hükümleri uygulanır.

CISG dört kısımdan ve 101 maddeden oluşur. Satış sözleşmesinde hasarın geçişine ilişkin hükümler, ikinci kısımda 66 ile 70'inci maddeleri arasında düzenlenmiştir. CISG'de edim hasarı yerine karşı edim hasarına ilişkin hükümler yer alır. Karşı edim hasarının geçişi ile birlikte edim hasarının da geçtiği kabul edilebilir<sup>538</sup>. Bu sayede karşı edim hasarının alıcıya geçmesi, edim hasarının da geçmesini sağlar.

Hasarın geçişine ilişkin CISG'de yer alan 66'ıncı maddeye göre; hasarın alıcıya geçmesinden sonra malların telef olması veya zarar görmesi, alıcıyı satış bedelini ödeme yükümlülüğünden kurtarmaz. Yani bedel hasarına kural olarak alıcı

<sup>535</sup> 13 Haziran 2014 itibarıyla 81 ülke CISG'e taraf olmuştur. <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/countries/countries.html> (02.09.2014).

<sup>536</sup> 5870 sayılı Kanunla, CISG'in kabulü uygun bulunmuştur. Sözleşmenin metni ise Resmi Gazetede 07.04.2011 tarih ve 27545 sayı ile yayımlanmış, sözleşme, 01.08.2011 tarihinden itibaren ülkemizde yürürlüğe girmiştir.

<sup>537</sup> Atamer, 2000, 155.

<sup>538</sup> Atamer, M. Y. (2005). *Uluslararası satım sözleşmesine ilişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) uyarınca satıcının yükümlülükleri ve sözleşmeye aykırılığın sonuçları*. İstanbul: Beta Yayınevi, 262.

katlanır<sup>539</sup>. Ancak telef olma veya zarar, satıcının bir eyleminden veya eylemsizliğinden kaynaklanırsa alıcı, bedel ödeme yükümlülüğünden kurtulur. Madde içeriğinden de anlaşıldığı gibi satılanın, telef olabilen veya fiziksel olarak zarara maruz kalabilen bir taşınır mal olması gerekir. CISG m. 2'de belirtilen elektrik enerjisi, gemi, hava taşıtı, menkul kıymet satışları sözleşmenin kapsamına dahil değildir. Bu malların satışında ortaya çıkacak hasarın geçiş anının tespitinde CISG hükümleri uygulanmaz.

CISG'in hasarın geçişine ilişkin getirdiği hükümlere baktığımızda sistematik açıdan tek bir ülkenin hasar rejimine benzemediği görülür. Hasarın geçişi, hem teslimden hem de mülkiyetin geçişinden bağımsız olarak düzenlenmiştir. Hasarın geçmesi, mülkiyetin geçmesini gerektirmediği gibi tersi de söz konusu olabilmektedir. Asıl olarak satılan üzerindeki fiili hâkimiyet esas alınır<sup>540</sup>. Hasarın geçişine ilişkin genel kural teslim olmasına karşın (CISG m. 69), teslimden önceki bir aşamada da hasarın alıcıya geçmesi mümkündür (CISG m. 67, 68).

CISG hükümlerinin uygulanması emredici değildir. Taraflar yapacakları sözleşme ile istedikleri hasar rejimini belirleyebilirler. CISG'in hasarın geçişine ilişkin hükümlerinin satış sözleşmesinde uygulanabilmesi için tarafların aksine bir sözleşme yapmamış olması gerekir<sup>541</sup>.

Birleşmiş milletler satış hukukunda hasarın geçişine ilişkin sözleşme türlerine göre üçlü bir ayırımın yapılması faydalı olur. İlk olarak CISG m. 67'de düzenlenen gönderme satışında, ikinci olarak da taşıma halindeki malların satışında ve son olarak da diğer satış sözleşmelerinde hasarın geçiş anını belirlemek gerekir.

### 3.1.6.2. Gönderme satışında hasarın geçişi

Gönderme satışına ilişkin olarak CISG m. 67'de tarafların gönderme borcuna ilişkin yaptıkları satış sözleşmelerinde ortaya çıkacak hasara hangi andan itibaren hangi tarafın katlanacağı belirtilmiştir. Bu madde uluslararası satışlarda en fazla karşılaşılan durum olan malların nakliyesinin gerekli olduğu hallere ilişkindir<sup>542</sup>.

<sup>539</sup> Zeytin, Z. (2011). *Milletlerarası mal satım sözleşmeleri (CISG) hukuku* (Birinci Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık, 222.

<sup>540</sup> Zeytin, 2011, 222.

<sup>541</sup> Atamer, 2005, 264.

<sup>542</sup> Bridge, M. (2008). Türkiye'nin CISG'a Taraf Olmasına İlişkin Çerçeve., M. Y. Atamer (editör). *Milletlerarası satım hukuku Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG)* (Birinci Baskı). İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 201.

Taşınması gereken malların, belli bir yerde verilmesine ilişkin bir mecburiyet bulunmuyorsa, satıcının, malları, alıcıya ulaştırmak için satış sözleşmesine uygun olarak taşıyıcıya vermesi ile hasarın alıcıya geçişi sağlanır (CISG m. 67/I c. 1). Taşıyıcı, satıcının kendi adamlarıysa hasarın geçişi teslim anına kayar. Satılanı taşıyacak olan taşıyıcının bağımsız taşıyıcı olması gerekir<sup>543</sup>. TBK m. 208'deki gönderme satışında, hasarın geçişi konusunda belli bir yerden satılanın verilmesine ilişkin zorunluluğa yer verilmemiştir. Bu sebeple CISG hükümlerinin TBK'ya göre gönderme satışında daha ayrıntılı bir düzenleme getirdiği savunulabilir<sup>544</sup>.

Tarafların satış sözleşmesinde, satılanın belli bir yerden taşıyıcıya verilmesi konusunda anlaşması söz konusuysa, belirlenen yerden satılanın gönderilmesine kadar hasar satıcıda kalmaya devam eder (CISG m. 67/I c. 2). Örneğin, Alaska'da bulunan satıcı ile İstanbul'da bulunan alıcı arasında yapılan satış sözleşmesinde satıcıya, Girit limanından satılanı taşıyıcıya teslim etme borcu yüklenmişse, Girit limanına kadar satılanın hasarına satıcı katlanır. Girit limanından İstanbul'a kadar geçen sürede ortaya çıkacak hasara ise alıcı katlanır.

Satıcının malları temsil eden belgeleri alıkoyma hakkının bulunması hasarın geçişini etkilemez (CISG m. 67/I c. 3). Bu düzenleme ile hasarın geçişi ile mülkiyetin geçişi arasında farklılık olduğu görülür. Hasarın geçişinde satılan üzerindeki fiili hâkimiyet esas alınmaktadır<sup>545</sup>. Satıcının satış bedelinin ödenmesini garanti altına almak için satılanı temsil eden belgeleri elinde tutması, yaygın bir uygulama olduğu için bu hüküm maddeye eklenmiştir<sup>546</sup>.

Gönderme satışında, taşıyıcıya teslimiyle hasarın alıcıya geçmesi için satılanın ayırt edilmiş olması gerekir. Gönderilenin çeşit borcu olması halinde, taşıyıcıya teslim edildiğinde henüz ayırma işlemi yapılmamışsa CISG m. 67/II'ye göre satılanın hasarı alıcıya geçmez<sup>547</sup>. Satıcının gönderme borcunu gereği gibi ifa edinceye kadar satılanı teslim etmiş sayılmayacağı için satılanın hasarı alıcıya

<sup>543</sup> Acar, 2009, 90; Altay, 2008, 162; Bridge, 2008, 202; Zeytin, 2011, 225. Bağımsız taşıyıcı için bkz. yukarıda §6, IV, B, 3, c.

<sup>544</sup> Atamer, 2000, 157.

<sup>545</sup> Zeytin, 2011, 227.

<sup>546</sup> Atamer, 2005, 266 (dn. 755).

<sup>547</sup> CISG m. 67/II: "Ancak mallar, üzerlerindeki ayırt edici işaretler, taşıma belgeleri, alıcıya yapılacak bildirim veya diğer herhangi bir yolla açıkça sözleşmeye tahsis edilmediği sürece hasar alıcıya geçmez."

geçmez. Malların tahsis edilmesinden itibaren ileriye etkili şekilde hasar alıcıya geçer<sup>548</sup>.

Aynı çeşitten malın birden çok alıcıya tahsis edilmeden gönderilmesi halinde, hasarın geçişi açısından zorunlu olan bireyselleştirme gerçekleşmediği için taşıyıcıya teslimle hasar alıcılara geçmez. Malların alıcılara tahsis edilmeden gönderilmesi halinde hasarın satıcıda mı yoksa alıcılarda mı olduğu net değildir. Toplu şekilde taşımanın kararlaştırılması ve ticari örf-âdetin izin vermesi söz konusu ise satılanın hasarını, alıcıların birlikte taşıyacağına ilişkin görüşler vardır<sup>549</sup>.

### 3.1.6.3. Taşıma halinde olan malların satışında hasarın geçişi

Taşıma halindeyken satılan mallar için eBK m. 183'teki hükme benzer bir düzenleme getirilmiştir. Taraflar arasında satış sözleşmesi yapılırken, satılan malların taşıyıcının elinde bulunması halinde, sözleşmenin kurulması ile birlikte satılanın hasarı alıcıya geçer (CISG m. 68 c. 1). Satıcı burada çifte satış sözleşmesi yapmamaktadır. Satılanın henüz varma noktasına varmadan zincirleme olarak satılması söz konusudur<sup>550</sup>. Mal ilk taşıyıcıya verilmeye kadar hasar, satıcının üzerindedir. Taşıyıcıya teslimle birlikte hasar ilk alıcıya geçer. İkinci kez yapılan satış sözleşmesinden sonra satılanın hasarı ikinci alıcıdadır.

CISG m. 68 c. 2'ye göre koşulların haklı göstermesi halinde, taşıma sözleşmesini düzenleyen taşıyıcıya malların verilmesi anında, satılanın hasarını alıcının üstlenmesi gerekir. Yani ikinci alıcı, geriye etkili olarak, taşıyıcıya teslim anından itibaren hasara katlanır<sup>551</sup>. Bunun istisnası ise satış sözleşmesinin kurulması anında, satılanın zayı olduğunu veya zarar gördüğünü satıcı biliyorsa veya bilmesi gerektiği hallerde bu bilgiyi alıcıya açıklamamışsa (iyiniyetli değilse) hasar satıcıda kalır (CISG m. 68 c. 3). Satıcının kötü niyetli olması halinde hasar, geriye etkili olarak alıcıya geçmez<sup>552</sup>. Bu hükümle birlikte, sözleşmenin kurulduğu esnada malın mevcut olmaması halinde, baştaki ifa imkânsızlığının sözleşmeyi

<sup>548</sup> Yüksel, S. R. (2013). *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) uyarınca hasarın geçişi*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 229; Atamer, 2005, 266.

<sup>549</sup> Altay, 2008, 163.

<sup>550</sup> Yüksel, 2013, 229; Atamer, 2005, 267; Atamer, 2000, 158.

<sup>551</sup> Yavuz, 2013, 41; Bridge, 2008, 209; Acar, 2009, 99.

<sup>552</sup> Bu hüküm parça satışına göre düzenlenmiştir. Satıcı birden çok alıcıya, aynı çeşitten ayırt edilmemiş mal satarsa, hasar, malların alıcıya ayırt edilip sözleşmeye tahsis edilmesi anında geçer. Altay, 2008, 165.

batıl sayacağı ilkesi uygulanmamaktadır<sup>553</sup>. CISG m. 68 hükmü ile sözleşmenin kurulduğu sırada gerçekleşmiş olan hasarların bile alıcıya geçişi söz konusu olur<sup>554</sup>.

#### **3.1.6.4. Yerinde satışlarda ve götürme satışında hasarın geçişi**

Gönderme satışı ile CISG m. 68’de belirtilen durumların dışındaki satış sözleşmelerinde hasarın geçişine ilişkin kural CISG m. 69’da belirtilmiştir. Bu düzenleme, satış sözleşmesinde hasarın geçişine ilişkin genel kuralı belirtir. Yerinde satışlarda, alıcının malları teslim aldığı anda veya malları zamanında teslim almamışsa, malın tasarrufa hazır bulunduğu anda ve alıcının satılanı teslim almayıp sözleşmeye aykırı bir davranışta bulunması söz konusu ise bu andan itibaren satılanın hasarı alıcıya geçer (CISG m. 69/I)<sup>555</sup>. Satılanın ifaya hazır bulundurulmasına rağmen alıcı, satılanı, vadede teslim almazsa aynı hüküm uygulanır<sup>556</sup>. Satılanın alıcının fiili hâkimiyetine girmesiyle hasar alıcıya geçmektedir<sup>557</sup>. Bu hükümle Alman hukukundaki hasarın teslimle alıcıya geçeceği ilkesinin kabul edildiği görülür.

Satılanın teslimi için belirli bir vadenin kararlaştırılmadığı satışlarda, satıcının, malları teslim hazır bulundurması ve alıcıya haber vermesinden itibaren uygun bir sürenin geçmesiyle satılanın hasarı alıcıya geçer. Alıcı, malların bedelini ödemezse, satıcı teslim borcunu yerine getirmese de hasarın alıcıya geçişi söz konusu olur. Burada alıcının sözleşmeye aykırı davranışı sebebiyle hasarın geçişini geciktirmesi engellenmiş olur.

İfa yeri satıcının işyerinden farklı bir yer olarak belirlenmişse, teslimin vadesinin gelmesi şartıyla, satıcı ifa yerinde alıcının teslim almasına uygun şekilde satılanı hazırlayıp alıcıyı haberdar etme anında hasar geçer (CISG m. 69/II)<sup>558</sup>. Bu durumda satılanın alıcıya teslimine gerek kalmadan tek taraflı ifa hareketiyle

<sup>553</sup> Altay, 2008, 164; Atamer, 2005, 268 (dn. 772).

<sup>554</sup> Yavuz, 2013, 41.

<sup>555</sup> Satıcının teslim borcunun kapsamını CISG m. 60’a göre belirlemek gerekir. Zeytin, 2011, 230.

<sup>556</sup> Atamer, 2005, 269.

<sup>557</sup> Zeytin, 2011, 230.

<sup>558</sup> Haberdar etmenin satıcı veya bir üçüncü kişi tarafından yapılmasının bir önemi bulunmaz. Yapılan bilgilendirmeye ilişkin herhangi bir şekil şartı yoktur. Ancak yazılı olarak yapılırsa hüküm ve sonuçlarını doğurması için alıcıya varması gerekir. Zeytin, 2011, 231.

hasarın geçişi sağlanır<sup>559</sup>. İfa yerinin, işyerinden farklı bir yer olarak belirlenmesi halinde hasarın geçmesi için iki ön koşul bulunur. Bunlardan birincisi borcun vadesinin gelmiş olması, ikincisi alıcının malın hazır olduğundan haberdar olmasıdır. Haberin bizzat borçlu tarafından verilmesine gerek yoktur. Üçüncü kişilerden öğrenilmesi halinde de hasarın alıcıya geçmesi mümkündür<sup>560</sup>.

eřit satışında hasarın alıcıya geçmesi için bunların açıkça sözleşmeye tahsis edilmesi ve alıcının tasarrufuna hazır bulundurulması gerekir (CISG m. 69/III). Malın tahsis edilmesinden anlaşılması gereken, malın ayırdedilmesi suretiyle bireyselleştirilmesi ve bu durumun alıcıya ihbar edilmesidir<sup>561</sup>. Depoda bulunan malların satışı söz konusu olursa, malların diğerlerinden ayırdedilmesi, ayrı olarak paketlenmesiyle veya en son alıcının malları depodan alırken ayırdedilmesi anında hasar alıcıya geçer.

Alıcının yükümlülüklerini yerine getirmemesi sebebiyle sözleşmeye aykırı hareket etmesi ve hasarın geçişini engellediği durumlarda, hasar alıcıya geçer. Bu durumlara örnek olarak alıcının, ifa yerini ve zamanını bildirmemesi, satıcıya gerekli ihbarda bulunmaması, bedeli zamanında ödemeyerek malı teslim almaması gösterilebilir<sup>562</sup>.

---

<sup>559</sup> Altay, 2008, 165, 166.

<sup>560</sup> Atamer, 2005, 270.

<sup>561</sup> Altay, 2008, 166. Tahsis, mal üzerine konulacak iřaretlerle veya meknsal olarak ayırma şeklinde gerçekleşebilir. Atamer, 2005, 271.

<sup>562</sup> Altay, 2008, 166.

## SONUÇ

Satış sözleşmesinde hasarın geçişi sorunu, Roma hukukundan bu yana birçok hukuk düzeninde inceleme konusu yapılmıştır. Geçmişten bu yana modern araçların da gelişmesiyle hasarın geçişine ilişkin kuralların yenilenmesi ihtiyacı doğmuştur. Roma'da çoğunlukla pazarda nakit karşılığı olarak yapılan doğrudan satışlar, yarar ve hasarın satış sözleşmesinin tamamlanması ile geçeceği kuralını doğurmuştur. Fakat günümüzde ekonomik hayatta çok daha karmaşık içeriğe sahip satış sözleşmeleri ile karşılaşmak mümkündür. Bu sebeple Roma döneminde kabul edilmiş olan sözleşmenin kurulmasıyla satılanın yarar ve hasarının alıcıya geçeceğine ilişkin kuralın günümüzde uygulanmaya çalışılması, ekonomik hayatta adaletsiz sonuçlar doğurmaktadır. Yarar ve hasarın, satış sözleşmesinin tamamlanması ile değil satılanın alıcının hâkimiyetine girdiği anda geçmesi gerekir. Böylece alıcı, henüz hâkimiyet alanına dahi girmemiş olan satılanın hasarına katlanmak zorunda kalmaz.

Borç ilişkilerinde borcun ifası, borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkânsızlaşırsa borç sona erer. Ancak karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde borç konusu imkânsızlaşırsa borçlu, karşı taraftan almış olduğu edimi geri verir; kendisine ifa edilmemiş olan edimi ise alacaklıdan isteyemez. Borcun ifa edilmesinden önce ortaya çıkan hasarın, kanunda veya sözleşmeyle alacaklıya yüklendiği durumlarda bu kural uygulanmaz. Sözleşmenin ifasının yerine getirilememesi halinde, satış bedelinin karşı tarafa ödenmesi veya ödenmişse de geri istenebilmesi hasar problemini ortaya çıkarır. Satış sözleşmesinde hasarın geçişi sorunu, satılanın zilyetliğinin alıcıya devrine kadar, tarafların kusuru olmaksızın, taraflara isnat edilemeyen sebeplerle satılanın telef olması veya zarar görmesi halinde ortaya çıkan hasara, hangi tarafın hangi andan itibaren katlanacağıdır.

Satılanın hasarı, eBK m. 183'e sözleşmenin kurulmasıyla birlikte alıcıya geçmekteydi. TBK m. 208'e göre ise satılanın yarar ve hasarı, taşınır satışında zilyetliğin devri; taşınmaz satışında tescil işleminin yapılmasıyla alıcıya geçer. eBK m. 183'ün kaldırılması, Türk hukukunda hasarın geçişine ilişkin köklü değişiklikler getirmiştir. İsviçre hukukundan alınan ve Roma döneminde kabul edilmiş olan sözleşme ilkesi yerine, Alman hukukunda kabul edilen teslim ilkesinin hasarın

geçişinde kabul edilmesi oldukça yerinde bir düzenlemedir. Özellikle eBK döneminde verilen yargı kararlarında, istisnaların kuraldan daha çok uygulama alanı bulmuş olması bu hükmün kaldırılmasını destekler niteliktedir.

Satış sözleşmesinde hasarın geçişine ilişkin olarak TBK'da yapılan en önemli değişiklik, taşınır satışında hasarın geçiş anının sözleşmenin kurulması anı yerine, satılanın zilyetliğinin devri anına bağlanmasıdır. Bu hükümle satılanın hasarına, satılanı hâkimiyet altında bulunduran tarafın katlanması amaçlanmaktadır. Alman hukukunda ve CISG'de hasarın geçişi, satılanın teslim anına dayanır. Kanun koyucunun teslim yerine zilyetliğin devrini tercih etmesinin temelinde, yarar ve hasarın geçişini mülkiyetin geçişi anına bağlama gayesi yatmaktadır. Fakat sadece satılanın zilyetliğinin devri ile mülkiyet alıcıya geçmemektedir. Mülkiyetin geçmesi için tarafların zilyetliğin devrine ek olarak satılanın mülkiyetinin geçişi konusunda anlaşmış olması gerekir.

Taşınmaz satışında hasarın hangi anda geçeceğine ilişkin eBK m. 183'te açık bir düzenleme bulunmamaktaydı. Genel kural uyarınca taşınmazın satışına ilişkin sözleşmenin kurulmasıyla, satılanın yarar ve hasarının alıcıya geçeceği kabul edilmekteydi. TBK m. 208'de ise taşınmaz satışında hasarın geçişi, tescil işleminin yapılmasına bağlanmıştır. Artık tescil işleminin yapılmasıyla mülkiyet ile beraber yarar ve hasar da alıcıya geçmektedir. Taşınmazın tescilden sonraki bir zamanda teslimi kararlaştırılmışsa, tescil yerine teslim anında satılanın yarar ve hasarı alıcıya geçer.

Satış sözleşmesinde yarar ve hasarın geçişinin zilyetliğin devri anına bağlanmasıyla birlikte satılanın ayırt edilmiş olması koşulu artık hasarın geçişinde aranmamaktadır. eBK m. 183/II'deki ayırt edilme koşuluna TBK m. 208'de yer verilmemiştir. Bu değişikliğin temelinde hasarın, alıcıya hangi anda geçtiği değil hasarın hangi ana kadar satıcıda kalacağına esas alınması yatmaktadır. Parça veya çeşit borcuna ilişkin satışlarda satılanın yarar ve hasarı, zilyetliğin devri anında alıcıya geçeceği için ayırt edilme anının önemi azalmıştır. Çeşit borcu niteliğinde olan bir şeyin tedarik edilmesi ve zilyetliğin ifa amacıyla devri anında borcun konusu somutlaşıp parça borcuna dönüşür. Bu nedenle yeni düzenleme ile parça ve çeşit borcu ayrımının önemi ortadan kalkmıştır. Artık satış konusunun parça veya çeşit borcu olup olmadığına bakılmaksızın, zilyetliğin devriyle satılanın hasarı alıcıya geçer.

Satılanın zilyetliğinin devriyle yarar ve hasarının geçmesi (TBK m. 208) tamamlayıcı hukuk kuralıdır. Taraflar isterlerse kendi aralarında yapacakları bir sözleşmeyle hasarın geçiş anını değiştirebilirler. Hasarın geçişinin zilyetliğin devrine bağlanmasıyla, eBK dönemindeki “*durumun gereğine*” ilişkin istisnaların uygulama alanı oldukça daraltılmıştır. Yeni düzenlemede durumun gereğine ilişkin istisnalara alıcı yararına teslimin ertelenmesi örnek verilebilir.

TBK’da hasarın geçişine ilişkin genel kuralın uygulanmayacağına ilişkin birtakım düzenlemeler yer almaktadır. Bunlardan en önemlileri ise tarafların anlaşması, alıcının satılanın zilyetliğini devralmada temerrüde düşmesi ile mesafe ve koşula bağlı satışlarda uygulanacak hükümlerdir. Satış sözleşmesinde hasarın geçişine ilişkin eTTK’da yer alan CIF ve FOB satışlara ilişkin hükümlere TTK’da yer verilmemiştir. Bu hükümlerin yerine TBK’nın ve sürekli yenilenen Incoterms kurallarının uygulanması gerektiği kabul edilmektedir.

Alıcı, satılanın uygun şekilde kendisine önerilmesine karşın, zilyetliği devralmada temerrüde düşerse, zilyetliğin devrinin gerçekleştiği varsayılarak temerrüt anından itibaren yarar ve hasara alıcı katlanır. Alıcı temerrüde düşerek, satıcının tasarruf işlemini yapmasına ve mülkiyetin geçişine engel olmaktadır. Alıcının temerrüdü anından itibaren satıcı, satılanın maliki olarak kalmaya devam etmesine rağmen kendisine yüklenemeyen bir sebeple ortaya çıkan hasara katlanmaz. Alıcının temerrüde düşmesi halinde yarar ve hasarın hangi andan itibaren geçeceği, alacaklı temerrüdünün düzenlendiği TBK m. 106’ya eklenmelidir. Bu sayede diğer sözleşmelerde de alacaklının temerrüde düşmesi halinde yarar ve hasarın geçiş anı tespit edilebilir. Satış sözleşmesinde yarar ve hasarın geçişine ilişkin alıcı temerrüdü hükmünün genel hükümlerde düzenlenmesi daha uygun olurdu. Çünkü satış dışındaki diğer sözleşmelerde alıcının temerrüde düşmesi halinde, nasıl bir çözüme ulaşılacağı genel hükümlerde belirtilmemektedir.

Satılanın alıcının istediği bir yere gönderilmesine ilişkin satış sözleşmesinde yarar ve hasar, bağımsız taşıyıcıya teslim anında alıcıya geçer. eBK m. 183/II’de mesafe satışlarında hasarın geçişinde satıcının elinden çıkarması ifadesi, TBK m. 208/III ile satılanın taşıyıcıya teslimi olarak değiştirilmiştir. Mesafe satışında satılanın yarar ve hasarı, zilyetliğin devri yerine bağımsız taşıyıcıya teslim anında

alıcıya geçer. Alıcı, henüz fiili hâkimiyetine girmemiş olan şeyin hasarına katlanmak zorundadır. Götürme borcuna ilişkin yapılan satış sözleşmesinde, satıcının kendisinin satılanı götürme taahhüdü bulunur ve satılanın taşıma masraflarını da kendisi üstlenir. Götürme satışında satılanın taşıyıcıya teslimi anı yerine, zilyetliğin alıcıya devri anında satılanın yarar ve hasarı alıcıya geçer.

Uluslararası alanda yapılan satış sözleşmelerinde yarar ve hasarın geçiş anının tespit edilebilmesi için devletler arasında ortak bir satış hukukunun oluşturulması çabası vardır. Bu çabanın ürünü olarak birçok devlet tarafından CISG kabul edilmiştir. CISG, farklı ülkelerin satış hukukuna ilişkin hukuki düzenlemelerinin yeknesaklaşması ve doğabilecek hukuki uyumsuzlukların çözümlenmesini sağlama amacıyla getirilmiş uluslararası bir sözleşmedir. CISG'in uygulanabilmesi için satış sözleşmesinin taraflarının işyerlerinin bulunduğu ülkelerin CISG hükümlerini kabul etmesi gerekir. CISG hükümleri 2011 yılından itibaren ülkemizde yürürlüğe girmiştir. Bu sebeple yabancılık unsuru taşıyan satış sözleşmelerinde CISG hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağının belirlenmesi, yarar ve hasarın geçiş anının tespitinde önem taşır.

## KAYNAKÇA\*

Acar, H. (2009). *Uluslararası satışlarda hasar riskinin geçişi* (Birinci Baskı). İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınevi, 1 vd.

Akgün, M. Z. (1953). Menkul bey'inde hasar. *Adalet Dergisi*, (3), 251-263.

Akıntürk, T. (1970). Şart ve mükellefiyet kavramları üzerinde bir inceleme. *AÜHFD*, 17(3-4), 219-247.

Akıntürk, T. (2009). *Eşya hukuku* (Birinci Baskı). İstanbul: Beta Yayıncılık, 150 vd.

Akıntürk, T., Karaman, D. A., (2011). *Borçlar hukuku genel hükümler özel borç ilişkileri* (On yedinci Baskı). İstanbul: Beta Yayıncılık, 111.

Akıntürk, T. (1966). *Satım akdinde hasarın intikali*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1 vd.

Akyiğit, E. (2011). *Satış-mal değişimi ve bağışlama sözleşmesi*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 60 vd.

Altay, S. (2008). *Satım sözleşmesinde hasarın geçişi*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 4 vd.

Ansay, S. Ş. (1953). Menkul mallarda mülkiyetin ve hasarın intikali hakkında muhtelif sistemler arasında bir mukayese. *AÜHFD*, 10(1-4), 450-456.

Antalya, O. G. (1993). *Türk, İsviçre ve Alman hukuklarında tecrübe ve muayene (alıcın onaylaması) şartıyla satım*. İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınevi, 157-160.

Aral, F., Ayrancı, H. (2012). *Borçlar hukuku özel borç ilişkileri* (Dokuzuncu Baskı). Ankara: Yetkin Yayınları, 73-78, 176.

Arslanlı, H. (1948). Mecellede hasar. *İHFM*, 14(1-4), 248-271.

---

\* Eserler, yazarların soy isimleri ile anılmış olup, aynı yazardan birden fazla varsa kısaltma biçiminde gösterilmiştir.

Arslanlı, H. (1947). Ticari bey'de hasar. *İHFM*, 13(4), 1451-1474.

Aslanlı, H. (1952). *Ticarî bey'* (Üçüncü Baskı). İstanbul: Sermet Matbaası, 189 vd.

Atamer, M. Y. (2000). Satım sözleşmesinde hasarın intikali anı. *Prof. Dr. Kemal Oğuzman'ın anısına armağan*. İstanbul: Beta Yayınevi, 131-167.

Atamer, M. Y. (2012). Taşınır satımı sözleşmesi. *Türk borçlar kanunu sempozyumu makaleler – tebliğler* (der. M. M. İnceoğlu) (Birinci Baskı). İstanbul: On İki Levha Yayınları, 187-221.

Atamer, M. Y. (2005). *Uluslararası satım sözleşmesine ilişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) uyarınca satıcının yükümlülükleri ve sözleşmeye aykırılığın sonuçları*. İstanbul: Beta Yayınevi, 262 vd.

Atamer, M. Y., Baş, E. (2014). Avrupa birliği hukuku ile karşılaştırmalı olarak 6502 sayılı yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun uyarınca satım sözleşmesinde ayıptan doğan sorumluluk. *İstanbul Barosu Dergisi tüketici ve rekabet hukuku özel sayısı*. 88, 19-60.

Ayan, M. (2013). *Eşya Hukuku II Mülkiyet* (Altıncı Baskı). Konya: Mimoza Yayıncılık, 4vd.

Bakır, T. (1954). Alım-Satım Akdinde Hasar Problemi. *Adalet dergisi*. 9, 1091-1103.

Belgesay, M. R. (1947). *Mecellenin külli kaideleri ve yeni hukukun ana prensipleri*. İsmail Akgün Matbaası, 6vd.

Bilge, N. (1971). Borçlar hukuku – özel borç münasebetleri (Üçüncü Baskı). Ankara: Sevinç Matbaası, 29 vd.

Bozer, A. (2007). *Borçlar hukuku genel hükümler* (İkinci Baskı) Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, 17vd.

Bridge, M. (2008). Türkiye'nin CISG'a Taraf Olmasına İlişkin Çerçeve., M. Y. Atamer (editör). *Milletlerarası satım hukuku Milletlerarası Mal Satımına İlişkin*

*Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG)* (Birinci Baskı). İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 193-219.

Cihan, H. (2013). 818 s. Borçlar Kanunu ve 6098 s. Türk Borçlar Kanunu yönünden karşılaştırmalı olarak satış sözleşmesinde yarar ve hasarın alıcıya geçişi. *Ersin Çamoğlu'na Armağan*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 267-293.

Cortesi, O. (1996). *Die kaufpreisgefahr*. Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 11-15.

Çetiner, B. (2012). Yeni Türk Borçlar Kanunu'nda satım sözleşmesine ilişkin temel değişiklikler ve yenilikler., Şıpka, Ş., Yıldırım, A. C. (editörler). *Yeni Türk Borçlar Kanunu ve CISG'e göre satış sözleşmeleri*, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 17-43.

Çetiner, B. (2009). Yeni Türk Borçlar Kanunu'nda Yarar ve Hasarın İntikali ile Satıcının Ayıptan Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi. *İÜHFM*, 67 (1-2), 97-114.

Dinç, M. (2014). *Türk Borçlar Kanunu* (Sekizinci Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık, 67vd.

Dinç, M. (2013). *Türk Borçlar Kanununda neler değişti?* (Altıncı Baskı). Seçkin Yayıncılık, 70.

Dinç, M. (2013). *Türk Ticaret Kanunu* (Sekizinci Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık, 137 (Kısaltması: TTK).

Doğan, F. (2002). Incoterms 2000 tarihi gelişimi – geçerlilik kaynağı – münferit klotlar - son değişiklikler. *Prof. Dr. Ömer Teoman'a Armağan*. İstanbul: Beta Yayınları, 336-368.

Dural, M. (1976). *Borçlunun sorumlu olmadığı sonraki imkânsızlık (BK 117)*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 7vd.

Erdem, H. E. (1996). Denizaşırı satış olarak FOB satış, *BATİDER*, 18 (4), 35-90.

Erdem, H. E. (2001). Incoterms 2000. *Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. yaş günü armağanı C. I*. İstanbul: Beta Yayınları, 179-218.

Eren, F. (2014). Borçlar hukuku genel hükümler (On altıncı Baskı). Ankara: Yetkin Yayınevi, 262 vd.

Eren, F. (2011) *Mülkiyet hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 16-21.

Erişgin, Ö. S. (2010). *Tarihsel ve dogmatik açıdan periculum est emptoris (hasar alıcıya aittir)*. Ankara: Seçkin Yayınları, 19vd.

Feyzioğlu, N. F. (1980). *Borçlar hukuku: ikinci kısım: akdin muhtelif nevileri c. 1 (özel borç ilişkileri)* (Dördüncü Baskı). İstanbul, 203vd.

Franko, N. (1998). Satım akdinde hasarın intikali (BK m. 183). *Prof. Dr. Ali Bozer'e armağan*, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 349-379.

Gümüş, M. A. (2013). *Borçlar hukuku özel hükümler C. I* (Üçüncü Baskı). İstanbul: Vedat Kitapçılık, 15vd.

Hamşioğlu, I. (2012). *Incoterms 2010 Kuralları Çerçevesinde CIF (SİF) Satışta Tarafların Yükümlülükleri*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 9-59.

Hatemi, H., Serozan, R., Arpacı, A. (1992). *Borçlar hukuku özel hükümler*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 74vd.

İşeri, A. (1964). Satım akdinde alıcının temerrüdü. *BATİDER*, 2(4), 646-681.

Kalpsüz, T. (1960). *Ticari satışta ifa mahalli*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 6vd.

Karahasan, M. R. (1974). *Gayrimenkul hukuk davaları* (Yenilenmiş ve Genişletilmiş Baskı). İstanbul: İsmail Akgün Matbaacılık ve Kitapçılık, 356, 357.

Kaya, F. (2011). *Dış ticaret işlemleri muhasebesi* (Birinci Baskı). İstanbul: Beta Yayıncılık, 69.

Kılıçoğlu, A. M. (2013). *Borçlar hukuku genel hükümler yeni Borçlar Kanunu'na göre hazırlanmış* (On yedinci Baskı). Ankara: Turhan Kitabevi, 73vd.

Kocayufpaşaoğlu, N., Hatemi, H., Serozan, R., Arpacı, A. (2006). *Borçlar hukuku genel bölüm, üçüncü cilt, Serozan, Rona, ifa-ifa engelleri-haksız zenginleşme* (Dördüncü Baskı). İstanbul: Filiz Kitabevi, §1 N8 vd.

Koç, N. (1992). *İsviçre - Türk hukukunda alacaklının temerrüdü*. Ankara: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, 5-284.

Nomer, H. N., Engin, B. İ. (2013). *Türk Borçlar Kanunu şerhi özel borç ilişkileri I. fasikül* (Birinci Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık, 37vd.

Oğuzman, M. K., Öz, M. T. (2013). *Borçlar hukuku genel hükümler cilt 1* (On birinci Baskı). İstanbul: Vedat Kitapçılık, 9vd.

Oğuzman, M. K., Öz, M. T. (2013). *Borçlar hukuku genel hükümler cilt 2* (Onuncu Baskı). İstanbul: Vedat Kitapçılık, 495vd. (Kısaltması: C.II).

Oğuzman, M. K., Seliçi, Ö., Oktay-Özdemir, S. (2013). *Eşya hukuku* (On altıncı Tıpkı Baskı). İstanbul: Filiz Kitabevi, 73vd.

Olgaç, S. (1970) *Kazai ve ilmi içtihatlarla Türk Borçlar Kanunu cilt - II* (İkinci Baskı). İstanbul: Hak Kitabevi, 28vd.

Öz, T. (2012). *Yeni Borçlar Kanunun getirdiği başlıca değişiklikler ve yenilikler* (Üçüncü Baskı). İstanbul: Vedat Kitapçılık, 32vd.

Özdemir, H. (2011). Satış Sözleşmesinde Yarar ve Hasarın İntikali. *Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a armağan - 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu hükümlerinin değerlendirilmesi sempozyumu Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi hukuk araştırmaları dergisi - özel hukuk sempozyumu özel sayısı*, İstanbul, 359-379.

Schwarz, B. A. (1947). Satış aktinde hasarın intikali (çev. Kudret Ayiter). *AÜHFD*, 4(1-4), 159-167.

Serozan, R. (2006). *Borçlar hukuku özel bölüm* (İkinci Baskı). İstanbul: Filiz Kitabevi, 47vd.

Serozan, R. (2007). *Sözleşmeden dönme* (İkinci Baskı). İstanbul: Vedat Yayıncılık, 80vd. (Kısaltması: Sözleşmeden Dönme).

Serozan, R. (2007). *Taşınır eşya hukuku* (Genişletilmiş İkinci Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi, 116vd. (Kısaltması: Taşınır Eşya).

Sirmen, A. L. (2013). *Eşya hukuku*. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 65vd.

Tandoğan, H. (2008). *Borçlar hukuku özel borç ilişkileri C. I/1* (Altıncı Baskı). İstanbul: Vedat Kitapçılık, 99vd.

Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop (1993). *Tekinay borçlar hukuku* (Yedinci Baskı). İstanbul, 53 vd.

Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop (1989). *Tekinay eşya hukuku cilt I, zilyetlik – tapu sicili – mülkiyet* (Genişletilmiş Beşinci Baskı). İstanbul: Filiz Kitabevi, 69vd.

Tunçomağ, K. (1977). *Türk borçlar hukuku II. cilt – özel borç ilişkileri*, (Üçüncü Baskı). İstanbul: Sermet Matbaası, 28vd.

Türcan, T. (2003). İslam ve Türk borçlar hukukuna göre satım sözleşmesinde hasarın geçişi sorunu, *İslam hukuku araştırma dergisi*, (1), 167-186.

Uygur, T. (2013). *6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu şerhi*, C. I (Üçüncü Baskı) Ankara: Seçkin Yayınları, 901.

Ünal, M., Başpınar, V. (2008). *Şekli eşya hukuku* (Dördüncü Baskı). Ankara: Yetkin Yayıncılık, 171vd.

Yavuz, C. (2013). *Borçlar hukuku dersleri (özel hükümler)* (On ikinci Baskı). İstanbul: Beta Yayınları, 31vd.

Yeniocak, U. (2013). *6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun getirdiği yenilikler ve değişiklikler* (İkinci Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık, 166.

Yıldırım, A. (2005). Mesafe satımı ile mesafeli satım kavramları üzerine karşılaştırmalı bir inceleme, *GÜHFD*, 9(1-2), 133-159.

Yıldırım, A. (2009). *Mesafeli sözleşmelerde tüketicinin korunması*, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 55vd.

Yıldırım, M. F., Başpınar, V. (2008). Doktrin ve uygulama açısından Türk-İsviçre hukukunda doğrudan doğruya ve dolaylı zarar ayrımı, *Prof. Dr. Bilge Öztan'a armağan*, Ankara: Turhan Kitabevi, 1093-1129.

Yıldırım, M. F. (2002). *Borçlar hukukuna göre sözleşmenin kuruluşunda hile* (Birinci Baskı). İstanbul: Nobel Yayınları, 79, 80.

Yılmaz, E. (2005). *Hukuk sözlüğü*, Ankara: Yetkin Yayınları, 1069.

Yüksel, S. R. (2013). *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) uyarınca hasarın geçişi*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 229.

Zevkliler, A., Gökyayla, K. E. (2013). *Borçlar hukuku özel borç ilişkileri*, (On ikinci Baskı). Ankara: Turhan Kitabevi, 29vd.

Zeytin, Z. (2011). *Milletlerarası mal satım sözleşmeleri (CISG) hukuku* (Birinci Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık, 222-231.

### İnternet kaynakları

İnternet: Fransız Medeni Kanunu, <http://codes.droit.org/cod/civil.pdf> adresinden 3 Şubat 2014'de alınmıştır.

İnternet: CISG'e taraf olan devletler, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/countries/cntries.html> adresinden 23 Nisan 2014'de alınmıştır.

İnternet: YHGK'nın E. 1984/11-39, K. 1984/426, 18.04.1984 tarihli kararı <http://www.kazanci.com> adresinden 21 Nisan 2014'de alınmıştır.

İnternet: Sale of Goods Act hükümleri <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1979/54> adresinden 23 Nisan 2014'de alınmıştır.

İnternet: Incoterms'e ilişkin bilgiler <http://www.mevzuat.net/fayda/teslimsekilleri.htm> adresinden 15 Ağustos 2014'de alınmıştır.

İnternet: 818 sayılı BK'nın Osmanlıca orijinal metni <http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/366.pdf> adresinden 3 Ocak 2014'de alınmıştır.

İnternet: 818 sayılı BK'daki "Bey'i" ifadesi <http://www.sanayi.gov.tr/Files/Mevzuat/borclarkanunu-3042010210822.pdf> adresinden 23 Nisan 2014'de alınmıştır.

İnternet: Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük, Web: <http://www.tdk.gov.tr> adresinden 3 Ocak 2014 tarihinde alınmıştır.

## ÖZGEÇMİŞ

### Kişisel Bilgiler

Soyadı, adı : Tuncer, Ali  
 Uyuğu : Türkiye Cumhuriyeti  
 Doğum tarihi ve yeri : 01.03.1987/GAZİPAŞA  
 Medeni hali : Evli  
 Telefon : 0312 216 20 21  
 E-posta : tuncerali@gazi.edu.tr

| Eğitim Derecesi | Okul/Program                          | Mezuniyet Yılı |
|-----------------|---------------------------------------|----------------|
| Yüksek lisans   | Gazi Ü. SBE./ Medeni Hukuk            | 2014           |
| Lisans          | Çankaya Üniversitesi/ Hukuk Fakültesi | 2010           |
| Lise            | Gazipaşa Anadolu Lisesi/ TM           | 2005           |

| İş Deneyimi, Yıl  | Çalıştığı Yer                      | Görev     |
|-------------------|------------------------------------|-----------|
| 2011-2012         | Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi | Arş. Gör. |
| 2012-devam ediyor | Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi  | Arş. Gör. |

### Yabancı Dil

İngilizce, Almanca

### Hobiler

Satranç, Futbol, Karikatür





*GAZİ GELECEKTİR..*

