

**T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

**SATIŞ SÖZLEŞMESİ ÇERÇEVESİNDE
AYIPTAN SORUMLULUKTA ZAMANAŞIMI
VE
AYIPTAN DOĞAN DEF'İ HAKLARI**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Doğın KARA

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Hüseyin Murat DEVELİOĞLU

HAZİRAN 2020

ÖNSÖZ

“Satış Sözleşmesi Çerçevesinde Ayıptan Sorumlulukta Zamanaşımı ve Ayıptan Doğan Def’i Hakları” başlığını taşıyan bu çalışma, yüksek lisans tezi olarak hazırlanmış ve jüri üyesi olan kıymetli hocalarımın takdir ve görüşlerine sunulmuştur. Çalışmamızda, ayıptan sorumluluk kapsamında öngörülen ve Türk Borçlar Kanunu’nun 231 ile 244 f. III hükümlerinde düzenlenen zamanaşımı süreleri, bu sürelere dair gündeme gelebilecek sorunlar ile alıcıya tanınan def’i hakları incelenmiştir. Tezin yazılması, saygıdeğer hocalarımın ve değerli dostlarımın yardımları ve özverileriyle mümkün olabilmıştır. Bu vesileyle, kendilerine şükran duygularımı ifade etmeyi borç bilirim.

Hukuk eğitimimin en başından itibaren öğrencisi olmaktan gurur duyduğum ve her alanda örnek aldığım, beni her zaman büyük bir samimiyet ve içtenlikle desteklediği gibi, danışmanlığımı üstlenerek, sabır ve anlayışla tezi defalarca okuyan, görüş ve eleştirileriyle çalışmaya yön veren, düşünce ufkumu genişleten, değerli hocam ve tez danışmanım Prof. Dr. H. Murat Develioğlu’na, yalnızca bu süreçteki katkıları için değil, bütün hayatım boyunca gösterdiği paha biçilemez yardım ve emekleri için teşekkürlerimi sunarım.

Ayıptan doğan def’i hakları konusunda gerçekleştirilecek bir çalışmanın faydalı olabileceğini belirterek, tez konusunun ortaya çıkmasında yol gösterici olan, tezi büyük bir titizlik ve hassasiyetle okuyan, değerli fikirleri ve eleştirilerini her zaman ders olarak kabul ettiğim, özellikle zamanaşımı konusundaki tecrübelerini ve bilgi birikimini benimle paylaşan, desteğini hiçbir zaman esirgemeyen, kıymetli hocam Prof. Dr. Mehmet Erdem’e ne kadar teşekkür etsem azdır.

Bilim ışığıyla her zaman bizlere yol gösteren, örnek bir akademisyen ve örnek bir bilim insanı olarak, kendisinden her daim feyz aldığım, jüride bulunmayı kabul ederek beni onurlandıran, saygıdeğer hocam Prof. Dr. Saibe Oktay Özdemir’e, her zaman varlığını hissettirdiği en içten destekleri, sabrı ve ayırdığı kıymetli vakti için minnet ve şükranlarımı arz ederim.

Yüksek lisans eğitimim boyunca kendisinden aldığım ufuk açıcı derslerle, tez konusunun tespitinde önemli katkılar sunan, özellikle ayıptan sorumluluk konusuna ilgi duymamı sağlayan, bu konudaki merak ve bilgi seviyemi derinleştiren, karşılaştığım pek çok sorunda değerli vaktini ayırarak, zengin bir tartışma ortamı sunan ve kıymetli fikirlerini esirgemeyen saygıdeğer hocam Prof. Dr. Halûk Nami Nomer’e teşekkürü borç bilirim.

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı’nda kendileriyle çalışmaktan büyük mutluluk duyduğum, destek ve yardımlarını daima üzerimde hissettiğim, kıymetli hocalarım Doç. Dr. A. Tuba Akçura Karaman’a ve Dr. Öğr. Üyesi Mehtap İpek İşleten’e; ayrıca, kürsümüzün değerli mensubu Arş. Gör. Pınar Güzel’e ayrı ayrı teşekkür ederim.

Bu süreçte desteklerini sunan ve katkılarını tezin her bölümünde hissettiğim değerli dostlarım ve kıymetli çalışma arkadaşlarım Arş. Gör. Mehmet Emin Alpaslan'a, Arş. Gör. Zeynep Rana Demir'e, Arş. Gör. Emre Esen'e, Arş. Gör. Seda Kökgör'e ve Av. Mehmet Turan Bayraktar'a, bir kez de bu vesileyle teşekkür etmek isterim.

2210-A Yurt İçi Genel Yüksek Lisans Burs Programı çerçevesinde desteklerini sunan Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırmalar Kurumu'na (TÜBİTAK) katkıları için teşekkür ederim.

Hayatımın her safhasında yanımda olan, sonsuz ve karşılıksız emekleri ile, gösterdikleri büyük fedakârlık için annem Nermin Kara ve babam Yakup Kara'ya, varlığını her an yanımda hissettiğim Av. Nida Tanış'a, ayrıca ikinci ailem olan Galatasaray Üniversitesi ve onun kıymetli mensuplarına sonsuz teşekkürlerimi sunarım.



İÇİNDEKİLER LİSTESİ

ÖNSÖZ.....	ii
İÇİNDEKİLER LİSTESİ.....	iv
KISALTMALAR LİSTESİ.....	ix
RÉSUMÉ.....	xiii
ABSTRACT	xix
ÖZET.....	xxiv
GİRİŞ	1
BİRİNCİ BÖLÜM.....	5
AYIPTAN SORUMLULUKTA ZAMANAŞIMI VE AYIPLI İFA DEF'İ'NİN DÜZENLENİŞ BİÇİMİ VE UYGULAMA ALANI	5
I. Genel Olarak Ayıptan Sorumlulukta Zamanaşımı Süresinin Önemi	5
II. Bazı Hukuk Sistemlerinde Ayıptan Sorumlulukta Zamanaşımı Sürelerinin Düzenleniş Biçimi.....	10
A. Roma Hukuku'nda	10
B. Fransız Hukuku'nda	15
C. Alman Hukuku'nda.....	19
D. İsviçre Hukuku'nda.....	24
III. Türk Hukuku'nda Ayıptan Sorumlulukta Zamanaşımı Süresinin ve Ayıptan Doğan Def'i Haklarının Düzenleniş Biçimi.....	30
A. Tüketici Hukuku Açısından	30
B. Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması Açısından.....	34
C. Türk Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Açısından.....	36
1. eBK ve eTTK Dönemi	37
2. Güncel Durum.....	38

IV. Türk Borçlar Kanunu'nda Ayıptan Sorumlulukta Zamanaşımını Düzenleyen Hükümlerin Konu Bakımından Uygulama Alanı	41
A. Taşınır Satışlarında.....	41
B. Taşınmaz Satışlarında	44
İKİNCİ BÖLÜM	47
TÜRK BORÇLAR KANUNU'NA GÖRE AYIPTAN SORUMLULUKTA OLAĞAN ZAMANAŞIMI SÜRELERİ.....	47
I. Özel Zamanaşımı Hükümlerinin Öngörülme Nedenleri ve Niteliği	47
II. Ayıptan Sorumlulukta Zamanaşımını Düzenleyen Hükümlerin Kapsamı	53
A. Genel Olarak	53
B. Ayıptan Sorumlulukta Zamanaşımının Uygulama Alanı Açısından Tartışma Doğurabilecek Alanlar	62
1. Ayıptan Sorumluluk ve Genel Borca Aykırılık Rejimi.....	63
a. Ayıplı İfa ve Borca Aykırılık Kavramları	63
b. Sözleşmesel Tazminat Taleplerine Uygulanacak Zamanaşımı ve Öğretideki Görüşler.....	69
c. Değerlendirme	77
i. Görüşler Açısından	77
ii. Zamanaşımının Başlama Anı Açısından.....	82
2. Ayıptan Sorumluluk ve Haksız Fiil Rejimi.....	92
a. Genel Olarak.....	92
b. Maddi Tazminat.....	96
c. Manevi Tazminat.....	98
3. Ayıptan Sorumluluk ve Yanılma	100
4. Ayıptan Sorumluluk ve Aliud Teslim	106
a. Aliud Kavramı	106
b. Parça Satışında.....	107
c. Çeşit Satışında	109
d. Değerlendirme	113
5. Ayıptan ve Zapttan Sorumluluk	116
C. Alıcının Seçimlik Haklarında Özel Bazı Durumlar	121
1. Alıcı ve Satıcının TBK m. 229 Uyarınca İade Taleplerine Uygulanacak Olan Zamanaşımı	122
2. Alıcının TBK m. 229 Uyarınca Doğrudan ve Dolaylı Zararının Tazmini Talebine Uygulanacak Olan Zamanaşımı	132
3. Ayıptan Sorumlulukta Zamanaşımı Süresi ile Ayıp Bildirim Süresi Arasındaki İlişki	139

III.	Zamanaşımı Süresinin Başlama Anı (<i>dies a quo</i>)	145
A.	Taşınır Satışlarında.....	145
B.	Taşınmaz Satışlarında	150
C.	Özel Durumlar.....	154
D.	Değerlendirme.....	156
IV.	Zamanaşımının Durması veya Kesilmesi	163
A.	Genel Olarak	163
B.	Zamanaşımının Durması	167
C.	Zamanaşımının Kesilmesi.....	174
1.	Zamanaşımının Borçlunun Fiilleriyle Kesilmesi	178
2.	Zamanaşımının Alacaklının Fiilleriyle Kesilmesi	184
V.	Ayıptan Sorumlulukta Zamanaşımının Hükümleri	195
A.	Zamanaşımının Hukuki Sonuçları.....	195
B.	Zamanaşımı Def'inin Kötüye Kullanılması	207
C.	Zamanaşımından Feragat	213
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM		229
AYIPTAN SORUMLULUKTA SÖZLEŞMESEL ZAMANAŞIMI SÜRESİ..		229
I.	Sözleşme Özgürlüğü.....	229
II.	Kanuni Zamanaşımı Süresinin Uzatılması	237
A.	Sözleşmesel Zamanaşımı Süresinin Uzatılabileceği Üst Sınır.....	237
B.	Sözleşmesel Zamanaşımında Üst Sınırın Aşılması.....	242
C.	Taşınmaz Satışında Özel Durum.....	245
III.	Kanuni Zamanaşımı Süresinin Kısaltılması	247
A.	Sözleşmesel Zamanaşımı Süresinin Kısaltılabileceği Alt Sınır	247
B.	Sözleşmesel Zamanaşımında Alt Sınıra Uyulmaması	252
IV.	Garanti Süresinin Zamanaşımına Etkisi	255
A.	Garanti Süresinin Yorumu	255
B.	Garanti Süresinin Zamanaşımı Süresinden Uzun Olması Durumu.....	257
C.	Garanti Süresinin Zamanaşımı Süresinden Kısa Olması Durumu	261
D.	Garanti Süresiyle Zamanaşımı Süresinin Aynı Olması Durumu	264
E.	Değerlendirme.....	266
V.	Özel Durumlar	267
A.	Genel Olarak	267
B.	Zamanaşımı Süresinin Başlangıç Anının Değiştirilmesi	268
C.	Zamanaşımının Durma ve Kesilme Sebeplerinin Değiştirilmesi.....	270
1.	Genel Olarak	270

2. Tarafların Yeni Durma ve Kesilme Sebepleri Kararlaştırması	273
3. Kanunda Öngörülen Durma ve Kesilme Sebeplerinin Kaldırılması....	276
a. Durma Sebepleri Açısından:.....	278
b. Kesilme Sebepleri Açısından:	285

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM 290

AYIPTAN SORUMLULUKTA OLAĞANÜSTÜ ZAMANAŞIMI SÜRESİ: SATICININ AĞIR KUSURUNUN ZAMANAŞIMI SÜRESİNE ETKİSİ..... 290

I. Olağanüstü Zamanaşımı Rejimine Genel Bakış	290
A. Olağanüstü Zamanaşımı Kavramı ve Öngörülme Nedenleri	290
B. 818 sayılı eBK Dönemi'nde ve İsviçre Hukuku'nda Olağanüstü Zamanaşımı Rejimi	294
C. Olağanüstü Zamanaşımı Rejiminin Güncel Durumu	303
II. Olağanüstü Zamanaşımı Rejiminin Şartları	306
A. Alıcının Ayıbın Varlığını Bilmemesi veya Bilmesinin Mümkün Olmaması	306
B. Satıcının Ağır Kusuru	312
1. Satıcının Kastı	313
2. Satıcının Ağır İhmali.....	318
3. Meslekten Satıcının Durumu.....	323
C. Ağır Kusurun Aranılacağı An	330
D. Ağır Kusurun Aranılacağı Kişi	333
E. Ağır Kusurun İspatı.....	338
III. Satıcının Ağır Kusurunun Sonuçları.....	342
A. Satıcının Ağır Kusurunun Genel Sonuçları.....	342
B. Satıcının Ağır Kusurunun Zamanaşımı Süresi Açısından Sonuçları	347
1. Kanuni Zamanaşımı Süresi Açısından	347
2. Sözleşmesel Zamanaşımı Süresi Açısından	356
3. Garanti Süresi Açısından.....	360

BEŞİNCİ BÖLÜM 363

AYIPTAN DOĞAN DEF'İ HAKLARI..... 363

I. Ayıptan Doğan Def'i Haklarına Genel Bakış.....	363
A. Ayıptan Doğan Def'i Hakları Kavramı ve Konunun Kapsamı	363
B. Ayıptan Doğan Def'i Haklarının Önemi ve İşlevi	369
C. Ayıptan Doğan Def'i Haklarının Hukuki Niteliği	372
II. Ayıptan Doğan Def'i Haklarının Genel Koşulları.....	379

A. Genel Olarak	379
B. Ayıp Bildiriminde Bulunmuş Olma	379
C. Satış Bedeline Karşı İleri Sürülme	386
D. Hangi Seçimlik Hakkın Kullanıldığının Belirtilmesi.....	391
III. Ayıptan Doğan Def'i Haklarının Türleri ve Hukuki Sonuçları	393
A. Genel Olarak	393
B. Takas Savunması.....	394
C. Ödemezlik Def'i.....	402
D. Bedel İndirimi Hakkının Def'i Yoluyla Kullanılması	407
E. Sözleşmeden Dönme Hakkının Def'i Yoluyla Kullanılması	411
IV. Ayıptan Doğan Def'i Haklarının Kullanılması	420
A. Ayıptan Doğan Def'i Haklarının İleri Sürülmesi.....	420
B. Ayıptan Doğan Def'i Haklarının İleri Sürülebileceği Zaman.....	423
C. Ayıptan Doğan Def'i Haklarının Etkilerini Doğuracağı An	425
D. İspat Külfeti.....	427
SONUÇ.....	429
KAYNAKÇA	437
ÖZGEÇMİŞ.....	474

KISALTMALAR LİSTESİ

ABGB	: Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (Avusturya Medeni Kanunu)
Abs.	: Absatz
ACJC	: Arrêt de la Cour de Justice cantonale genevoise (Genève)
aCO	: Ancien code des obligations suisse (1881 tarihli eski İsviçre Medeni Kanunu)
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AJP	: Aktuelle Juristische Praxis (St. Gallen)
al.	: aliéna
AlmFM	: Almanya Federal Mahkemesi
art./Art.	: article/Artikel
AT	: Allgemeiner Teil
ATF	: Arrêt du Tribunal Fédéral (İsviçre Federal Mahkemesi Kararı)
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AYM	: Anayasa Mahkemesi
B.	: Bölüm
b.	: Bent
BAM	: Bölge Adliye Mahkemesi
BaslerKomm	: Basler Kommentar
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BernerKomm	: Berner Kommentar
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu)
BGH	: Bundesgerichtshof (Almanya Federal Mahkemesi)
BGHZ	: Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (Almanya Federal Mahkemesi)
BJM	: Basler juristische Mitteilungen (Basel)
bkz.	: Bakınız
BR	: Baurecht (Fribourg)
BT	: Besonderer Teil
C.	: Cilt
c.	: Cümle
CC	: Code civil suisse (İsviçre Medeni Kanunu)
CCFr	: Code civil français (Fransız Medeni Kanunu)

CGK	: Ceza Genel Kurulu (Yargıtay)
ch.	: Chiffre
CHK	: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht
CISG	: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods
CO	: Code des obligations suisse (İsviçre Borçlar Kanunu)
CommRomand	: Commentaire Romand
COTr	: Code des obligations turc (6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu)
CPC	: Code de procédure civile (İsviçre Medeni Usul Kanunu)
DC	: Droit de la construction (Fribourg)
dn.	: Dipnot
E.	: Esas Numarası
eBK	: 818 sayılı (eski) Borçlar Kanunu
éd./ed./ed.	: Éditeur/Editor/Editör
eMK	: 743 sayılı (eski) Türk Kanunu Medenîsi
eTTK	: 6762 sayılı (eski) Türk Ticaret Kanunu
f.	: Fıkra
FF	: Feuille Fédérale (İsviçre)
FJS	: Fiches juridiques suisses (İsviçre)
GSÜHFD	: Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HAVE	: Haftung und Versicherung (Zürich)
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu (Yargıtay)
HMK	: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
Hrsg.	: Herausgeber(in)
HUAK	: 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu
Intro.	: Introduction
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İBK	: İçtihadı Birleştirme Kurulu Kararı
İİK	: 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu
İnÜHFD	: İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İsvFM	: İsviçre Federal Mahkemesi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
JdT	: Journal des Tribunaux (İsviçre)
K.	: Karar Numarası
KanM	: Kanton Mahkemesi (İsviçre)
kazancı	: Kazancı - İçtihat Bilgi Bankası (www.kazanci.com)
krş.	: Karşılaştırınız
lexpera	: LEXPERA Hukuk Bilgi Sistemi (www.lexpera.com.tr)
lextenso	: La Base Lextenso (www.labase-lextenso.fr)
m.	: Madde
MHAD	: İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
MÜHF-HAD	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları

	Dergisi
MünchKomm	: Münchener Kommentar
N	: Kenar Numarası
NJW	: Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	: Numara/Numéro/Nummer
OR	: Obligationenrecht (İsviçre Borçlar Kanunu)
PECL	: Principles of European Contract Law
PICC	: Principles of International Commercial Contracts
PJA	: Pratique juridique actuelle (St. Gallen)
PKG	: Die Praxis des Kantonsgerichtes von Graubünden (Graubünden)
PPIL	: Public and Private International Law Bulletin
RDC	: Revue des contrats (Fransa)
REAS	: Responsabilité et assurance (Zurich)
recht	: Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis (Bern)
RFJ	: Revue fribourgeoise de jurisprudence (Fribourg)
RG	: Resmi Gazete
RJ	: Recueil de Jurisprudence (İsviçre)
RJB	: Revue de la société des juristes bernois (Berne)
RJJ	: Revue jurassienne de jurisprudence (Jura)
RJL	: Recherches juridiques lausannoises (Lausanne)
RNJ	: Recueil de jurisprudence neuchâteloise (Neuchâtel)
RNRF	: Revue suisse du notariat et du registre foncier (İsviçre)
RO	: Recueil officiel du droit fédéral (İsviçre)
RSA	: Revue suisse d'assurances (İsviçre)
RSDIE	: Revue suisse de droit international et de droit européen (İsviçre)
RSJ	: Revue suisse de jurisprudence (İsviçre)
RVJ	: Revue valaisanne de jurisprudence (Valais)
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
SIA	: Société suisse des ingénieurs et des architectes
SJ	: La semaine judiciaire (Genève)
SJZ	: Die Schweizerische Juristen-Zeitung (İsviçre)
SZIER	: Zeitschrift für internationale und europäisches Recht (İsviçre)
T.	: Tarih
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TKHK	: 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
TTK	: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
UNIDROIT	: International Institute for the Unification of Private Law
vd.	: Ve devamı

Vorbem.	: Vorbemerkung(en)
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi
ZBJV	: Zeitschrift des bernischen Juristenvereins (Bern)
ZGB	: Zivilgesetzbuch (İsviçre Medeni Kanunu)
ZGS	: Zeitschrift für das gesamte Schuldrecht (Almanya)
ZR	: Blätter für Zürcherische Rechtsprechung (Zürich)
ZSR	: Zeitschrift für Schweizerisches Recht (İsviçre)
ZürcherKomm	: Zürcher Kommentar



RÉSUMÉ

Le régime de la garantie en raison des défauts de la chose vendue, basé sur le droit romain, offre à l'acheteur des opportunités privilégiées par rapport aux dispositions générales. En l'absence d'une qualité dont le vendeur avait promis l'existence ou à laquelle l'acheteur pouvait s'attendre selon les règles de la bonne foi et qui enlève à la chose soit sa valeur soit son utilité prévue, l'acheteur peut s'adresser aux dispositions de la garantie pour les défauts régies aux arts. 219-231 du Code des obligations turc (COTr). Dans ce cadre, selon l'art. 227 du COTr, même si le vendeur commet aucune faute, l'acheteur peut faire valoir ses actions édiliciennes (*les droits spécifiques de la garantie*) comme le droit à la résolution du contrat (*action rédhibitoire*), le droit à la réduction du prix (*action minutoire ou estimatoire*), le droit à la réparation de la chose ou le droit en remplacement de la chose vendue. Le législateur a indirectement limité les recours juridiques mis à disposition en faveur de l'acheteur, par voie des devoirs (*incombances*) de vérification de la chose et d'avis des défauts (l'art. 223 du COTr) et les courts délais de prescription (l'art. 231 et l'art. 244 al. III du COTr) par rapport aux dispositions générales. L'acheteur, qui souhaite faire valoir ses droits dérivant des défauts de la chose vendue, doit tout d'abord signaler les défauts qu'il a constatés, puis soumettre sa demande contre le vendeur dans les courts délais de prescription.

Nous tenons à souligner que, les actions en garantie pour les défauts se prescrivent, pour les ventes mobilières, selon l'art. 231 du COTr, par deux ans dès le transfert de la chose vendue ; pour les ventes immobilières, selon l'art. 244 al. III du COTr, par cinq ans dès le transfert de la propriété. Il s'agit dans tous les cas d'authentiques délais de prescription, et non de délais de péremption. Néanmoins, les droits spécifiques à la garantie régis à l'art. 227 du COTr sont des droits formateurs. De plus, les droits formateurs ne sont pas soumis aux délais de prescription. Par conséquent, les délais de prescription des art. 231 et 244 du COTr frappent les créances résultant de l'exercice de ces droits formateurs de l'acheteur, et non ces droits eux-mêmes. Donc, les droits formateurs sont imprescriptibles. Car, le destinataire du droit formateur ne peut éliminer par aucun moyen de défense (*par ex. l'exception de prescription*) l'effet unilatéral du droit qui se produit dès la réception dans sa sphère juridique. Même si le législateur soumet un droit formateur à un délai de prescription, le droit qui se prescrit, n'est pas le droit formateur lui-même, mais le droit de créance découlant de son exercice. Donc, les droits spécifiques de la garantie peuvent être exercés même après l'écoulement du délai de prescription. Les prétentions en découlant seront prescrites dès sa naissance et bloquées par l'exception de prescription du vendeur.

Les délais de prescription (l'art. 231 et l'art. 244 al. III du COTr) disposés au sein du régime de la garantie pour les défauts concernent tous les créances découlant de l'exercice des droits spécifiques de l'acheteur, y compris les obligations en restitution des prestations déjà effectuées résultant de l'exercice du droit à la

résolution du contrat. Le court délai de l'art. 231 du COTr s'applique à toutes sortes de vente mobilière. Étant donné que l'objet du contrat de vente n'est pas limité au sens technique aux biens mobiliers, il convient d'admettre que, toute valeur patrimoniale qui fait l'objet du contrat de vente et du régime de la garantie pour les défauts, si elle ne relève pas du champ d'application de la vente immobilière, entraînera la mise en œuvre des délais de prescriptions énoncées à l'art. 231 du COTr. Même si le texte légal de l'art. 244 al. III parle d'un « *bâtiment* », la règle s'applique à la garantie de tous les défauts de toutes sortes de vente immobilière, même ceux qui affectent un immeuble non bâti.

Afin de déterminer la portée des arts. 231 et 244 al. III du COTr, il convient de déterminer la relation entre le régime de la garantie pour les défauts et certaines possibilités juridiques (*institutions voisines*), dont il s'agit pour le concours d'actions. Tout d'abord, il convient de noter que, la livraison d'une chose défectueuse constitue toujours une (*mauvaise*) exécution imparfaite. La garantie pour les défauts n'est qu'un aspect de l'inexécution contractuelle. L'acheteur peut donc se prévaloir des « *dommages-intérêts* » (l'art. 112 et l'art. 227 al. II du COTr), par voie de l'action générale pour l'inexécution, selon les dispositions générales de l'inexécution du contrat, dans le délai de prescription générale de dix ans (l'art. 146 du COTr), même s'il ne respecte pas les conditions d'exercice de l'action spéciale, ni les devoirs de vérification et d'avis, ni les courts délais de prescription (l'art. 231 et l'art. 244 al. III du COTr). Dans ce cas, le délai de prescription applicable de dix ans (l'art. 146 du COTr) devrait débiter soit dès la survenance du dommage, soit dès le moment où le dommage est reconnaissable.

Deuxièmement, si la livraison d'une chose défectueuse constitue en plus un acte illicite, provenant de la violation d'une norme protectrice ou d'un droit absolu de l'acheteur, il dispose également de l'action délictuelle contre le vendeur. Les prétentions de la réparation du dommage matériel et du tort moral basées sur la responsabilité délictuelle ne sont pas soumises aux courts délais de prescription de la garantie pour les défauts, mais aux délais de prescription relatifs et absolus de l'art. 72 du COTr.

Troisièmement, la livraison d'une chose défectueuse peut être constitutive d'une erreur de base au sens de l'art. 32 du COTr. Dans ce cas, l'acheteur peut invalider le contrat pour cause d'erreur ayant un caractère essentiel, sans avoir à respecter les conditions d'exercice de la garantie (les incombances et les courts délais de prescription) ou faire valoir ses droits spécifiques de la garantie pour les défauts (l'art. 227 du COTr). Donc, le concours alternatif est admis de manière inconditionnelle.

Si l'inexécution contractuelle ne relève pas de l'absence d'une qualité promise ou attendue, mais de la livraison d'une « *autre chose* » (*aliud pro alio*), par rapport à celle qui est convenue entre les parties, il s'agit de la livraison d'un aliud. La livraison d'un aliud ne constitue pas une mauvaise exécution. Car, il n'est qu'un aspect de l'inexécution totale de l'obligation de livrer la chose convenue qui peut entraîner à l'application des règles de la demeure du débiteur. Pour conséquent, en cas d'un aliud, le régime de la garantie pour les défauts et surtout les délais spéciaux de prescription ne sont pas applicables.

À la différence du défaut qui affecte les qualités de la chose, l'éviction affecte les droits de l'acheteur sur la chose (les arts. 214-218 du COTr). En garantie pour éviction, le législateur ne règle spécifiquement aucun délai de prescription. Étant

donné que les deux régimes de garantie sont similaires en prenant en considération de leurs moyens et leurs objectifs, les délais de prescription de la garantie pour les défauts (l'art. 231 et l'art. 244 al. III du COTr) pourraient s'appliquer à la garantie pour éviction.

Selon l'art. 231 al. I du COTr, s'agissant d'une vente mobilière, le délai de prescription commence à courir dès « *le transfert de la chose vendue* » (contrairement la lettre du Code des obligations suisse « *livraison* »). Le terme du « *transfert de la chose* » envisagé pour le début du délai doit être compris comme « *la livraison de la chose vendue à l'acheteur* ». Il faut donc que, l'acheteur ait acquis un pouvoir effectif sur la chose et sa possession directe, avec la possibilité d'éprouver les qualités. Selon l'art. 244 al. III du COTr, s'agissant d'une vente immobilière, le délai de prescription court à compter de la date du « *transfert de propriété* ». Il faut en principe entendre par le transfert de propriété la date de l'inscription au registre foncier (*au grand livre*), mais non de l'inscription au journal. En revanche, si le transfert de possession aura lieu plus tard après le transfert de propriété, le délai de prescription de la garantie pour les défauts ne peut pas commencer à courir avant que l'acheteur ait reçu la possession directe de la chose vendue.

L'art. 153 al. I ch. 6 dispose que, la prescription ne court pas, si elle avait commencé à courir, elle est suspendue, tant qu'il est impossible, de faire valoir la créance devant un tribunal turc. Cette cause de suspension peut s'appliquer aux circonstances subjectives qui relèvent de la sphère juridique de l'acheteur, à moins qu'il ne soit tenu responsable. Par conséquent, pour que l'acheteur ne puisse pas se prévaloir ses droits, les délais de prescription sont empêchés ou suspendus, tant que le défaut ou le dommage ne sont pas survenus. Dans ce cas, les délais de prescription devraient courir à compter dès la survenance objective du défaut ou du dommage, après le moment où ils sont reconnaissables par l'acheteur.

Afin que les délais de l'art. 231 et de l'art. 244 al. III du COTr sont de véritables délais de prescription et non des délais de péremption, les dispositions générales concernant la prescription sont applicables à leur égard. Tant que les causes d'empêchement ou de suspension énumérées à l'art. 153 du COTr sont intervenues, le délai de prescription ne commence pas à courir, s'il a déjà commencé à courir, il est suspendu. En outre, selon l'art. 154 al. I ch. 1, si le vendeur reconnaît à répondre juridiquement de certains défauts déterminés, le délai de prescription est interrompu. De la même manière, lorsque le créancier fait valoir ses droits par des poursuites, par une action ou une exception devant un tribunal ou un tribunal arbitral ou par une intervention dans une faillite, le délai de prescription est interrompu et un nouveau délai commence à courir. Selon l'art. 160 du COTr, le vendeur peut renoncer à la prescription, après le moment précis de la conclusion du contrat. Mais, la renonciation ne doit toutefois pas excéder une durée de dix ans (l'art. 146 du COTr). Cette limite supérieure à l'égard de renonciation s'applique à la vente immobilière vingt ans par analogie à l'art. 244 al. III du COTr. Dans ce cas, la renonciation est possible, même si elle excède la durée de dix ans, à condition que la prescription soit déjà acquise.

L'expiration du délai de prescription n'éteint pas la créance, mais paralyse le droit d'action qui lui est lié. Après l'invocation de l'exception de prescription, les droits dérivant de la garantie pour les défauts subsistent comme « *une obligation naturelle* ». En vertu de l'art. 161 du COTr, le juge ne peut suppléer d'office le moyen résultant de la prescription. De plus, la dette prescrite reste toujours

volontairement exécutable, le vendeur ne peut invoquer l'enrichissement illégitime, même s'il ignorait que la dette était déjà prescrite.

Afin que les délais de prescription prévus au régime de la garantie pour les défauts ne soient pas impératifs, ils peuvent être modifiés par un contrat. Néanmoins, une prolongation éventuelle ne saurait toutefois dépasser la limite maximale de dix ans prévue à l'art. 146 du COTr. Il faut que, cette limite maximale doive être admise vingt ans à l'égard de la vente immobilière à la suite de l'application de l'art. 244 al. III par analogie. De plus, les parties ont la faculté de raccourcir les délais de prescription. En revanche, la réduction n'est admissible que dans la mesure où l'exercice des droits de l'acheteur ne s'en trouve pas entravé de façon inéquitable. Ainsi, la durée minimale de réduction du délai de prescription est le délai minimum pour que l'acheteur puisse exercer les droits spécifiques résultant de la garantie.

Dans le cas où les parties fixent conventionnellement un « *délai de garantie* », il faut admettre tout d'abord qu'ils voulaient régler un « *délai d'avis* ». Donc, le délai de garantie implique que l'avis peut être donné en tout temps durant ce délai, contrairement à ce que prévoit l'art. 223 du COTr. Si le délai stipulé est plus long que le délai légal de prescription, il y a lieu de présumer qu'il s'agit d'un « *délai de prescription* ».

Toutefois, les parties ont la faculté de convenir d'autres causes supplémentaires d'interruption et de suspension ou d'une modification du point de départ de prescription. Mais, ils ne sont qu'admissible dans la limite maximale d'une prolongation conventionnelle des délais. En revanche, si le point du départ du délai de prescription est anticipé, le délai effectif pendant lequel l'acheteur peut exercer ses droits de garantie, ne devra cependant pas entraver de façon inéquitable l'exercice des droits de l'acheteur.

Les parties peuvent conventionnellement restreindre ou supprimer certaines causes d'interruption et de suspension ou les effets de celles-ci. Cependant, les causes de suspension prévues à l'art. 153 al. I ch. 1, 2, 4 et si le cas concret l'exige, celle à l'art. 153 al. I ch. 6 sont de nature impérative. Néanmoins, les causes de suspension prévues à l'art. 153 al. I ch. 3, 5, 7 sont de nature dispositive. Pour cette raison, les parties peuvent s'accorder, si les causes de suspension réglées dans lesdites chiffres sont survenues, le délai de prescription ne sera pas suspendu, pourtant continue à courir. De même, les parties peuvent déterminer par un contrat quels actes du vendeur qui valent ou non reconnaissance de dette et quels ont l'effet interruptif. En plus, dans la relation contractuelle, ils ont la possibilité de convenir qu'aucun acte de reconnaissance ne peut impliquer l'effet interruptif. Cependant, les causes d'interruption prévus à l'art. 154 al. I ch. 2 et à l'art. 157 sont de nature impérative. Elles ne sauraient donc pas être conventionnellement écartées ou supprimées. Toutefois, les parties peuvent convenir que l'invocation d'une exception devant un tribunal par l'acheteur n'a pas d'effet interruptif.

Selon l'art. 231 al. II du COTr, s'agissant de la vente mobilière, si le vendeur commet une faute grave en cas de la livraison défectueuse, les actions de garantie de l'acheteur sont soumises à la prescription décennale de l'art. 146 du COTr qui court à compter dès la livraison de la chose vendue. Ainsi, aux termes de l'art. 244 al. III du COTr, s'agissant de la vente immobilière, en cas de faute grave du vendeur, les droits de l'acheteur se prescrivent par vingt ans de la date du transfert de la propriété.

Les délais extraordinaires prévus aux arts. 231 al. II et 244 al. III sont de droit impératif. Pour cette raison, en cas de faute grave du vendeur, les dispositions de

prescription conventionnelle seront frappées de nullité dès le début (*ab initio*). En outre, les dispositions conventionnelles contrevenant aux délais de prescription extraordinaires au détriment de l'acheteur sont qualifiées comme une « *clause limitative indirecte de responsabilité* ». Selon l'art. 221 du COTr régissant la nullité des clauses exclusives et limitatives de la garantie en cas de faute grave, toute clause qui restreint la garantie est nulle. À noter que, les parties ne sauraient convenir de délai de garantie, si le défaut est causé par une faute grave du vendeur.

Le législateur prévoit à l'art 231 al. I du COTr que les exceptions dérivant des défauts de la chose subsistent et ne sont pas affectées par le délai de prescription acquis. À condition que l'avis prévu par la loi ait été donné à temps et que les conditions de la garantie pour les défauts soient accomplies, les exceptions dérivant des défauts servent à invoquer par voie d'exception, les droits spécifiques de garantie ayant qualité de droit formateur, sans aucune exigence particulière, même si le délai de prescription est échu. À cet égard, le terme « *exception* » doit être entendu au sens large ; il englobe les objections dérivant des défauts de la chose.

En premier lieu, l'acheteur pourrait opposer en compensation sa créance prescrite, si elle porte sur une somme d'argent. En revanche, selon l'art. 139 al. III du COTr, la compensation n'est possible que si l'acheteur était en mesure de compenser sa créance prescrite avec la contre-prétention du vendeur avant la survenance de la prescription. Cette condition fait défaut, si la créance compensante est déjà prescrite au moment où elle naît. Dans ce cas, pour que l'acheteur soit autorisé à la compensation, il convient d'admettre que, la créance compensante était déjà devenue exigible au moment de l'avis des défauts. À noter que, l'acheteur peut éteindre par compensation une créance du vendeur ne résultant pas de la vente en question.

En deuxième lieu, l'acheteur peut se prévaloir contre le vendeur les droits à la réparation ou en remplacement de la chose vendue par voie de l'exception d'inexécution du contrat (*exceptio non adimpleti contractus*). C'est la raison pour laquelle, l'exception d'inexécution entre de manière directe dans le champ d'application des exceptions prévues à l'art 231 al. I du COTr dérivant des défauts. À ce stade, l'exception d'inexécution autorise l'acheteur à retenir le paiement dû, jusqu'à ce que la chose vendue soit réparée ou remplacée par le vendeur.

En troisième lieu, même si la prescription est survenue, l'acheteur peut faire valoir le fait que le prix dû aurait été réduit en invoquant son droit à la réduction du prix par voie d'exception. Dans le cas où l'acheteur provoque unilatéralement une réduction du prix de vente, il oppose seulement au montant réduit pour cause du défaut et reste redevable du prix. De cette manière, ladite exception offre à l'acheteur une protection partielle. Il ne saurait être admissible que l'acheteur exige la restitution du paiement dépassant le montant réduit. En raison de l'échéance du délai de prescription, le vendeur peut opposer facilement à la prétention de restitution par voie de l'exception de prescription.

En dernier lieu, en invoquant le droit à la résolution du contrat par voie d'exception, l'acheteur peut faire valoir le fait que la résolution a entraîné la transformation du contrat en un rapport de liquidation et que l'obligation du prix de vente encore due prend fin après avoir résolu le contrat. Dans ce cas, il n'est pas possible que l'acheteur continue à détenir la chose vendue malgré la résolution du contrat. Donc, il est tenu de restituer la chose, du fait qu'il doit rétablir la situation antérieure à la conclusion du contrat. En revanche, le vendeur peut exiger à sa part la chose vendue, en restituant une partie du prix déjà payée. Pour que les restitutions

puissent effectuer trait pour trait, les parties peuvent recourir à l'exception d'inexécution. Par conséquent, la liquidation du contrat pourrait être assurée par voie d'exception, même si la prescription est survenue.



ABSTRACT

The warranty of quality and fitness regime for defective goods, rooted in Roman law, offers the buyer privileged opportunities compared to the general provisions. The buyer may invoke the provisions of the warranty obligation under arts. 219-231 of the Turkish Code of Obligations (COTr), if the purchased object lacks a quality removing its value or its designated purpose that might be expected by the buyer in accordance with the principles of good faith, or a quality that the seller has promised. Pursuant to art. 227 of the COTr, regardless of any fault committed by the seller, the buyer can exercise one of four alternative rights of the warranty: the right to terminate the contract (*redhibitory action*), the right to reduce the price (*estimated action*), the right to repair or the right to replace the object. The legislator has implicitly limited the legal remedies at the disposal of the buyer, by way of the duties of inspection of the object and notification of defects (art. 223 of the COTr) as well as the short prescriptive period (art. 231 and art. 244/III of the COTr) in comparison to the general provisions. Accordingly, the buyer must first notify the seller of the defects and then invoke their liability arising from the breach of warranty obligation within the short prescriptive periods.

We would like to note that for movable and real estate sales, the actions for breach of warranty of quality and fitness respectively prescribe two years from the transfer of the object to the buyer and five years from the transfer of ownership under arts. 231 and 244/III of the COTr. These time limits qualify as actual prescriptive periods. Nevertheless, the alternative rights envisaged in art. 227 of the COTr are formative rights, and the formative rights are not subject to prescriptive periods. Therefore, the prescriptive periods stipulated in arts. 231 and 244 of the COTr only affect the claims resulting from the exercise of these formative rights of the buyer, rather than the rights themselves. Therefore, formative rights are imprescriptible. Indeed, the addressee of the formative right cannot oppose the unilateral impact that appeared in their legal sphere by any means of defense (*e.g., the prescription defense*). Even if the legislator subjects a formative right to a prescriptive period, it does not apply to the formative right itself, but the right to claim arising from its exercise. Therefore, the alternative rights of the warranty can be exercised even after the expiration of the prescription period. The claims arising therefrom will be barred by prescriptive from birth and blocked by the seller's prescription defense.

The prescriptive periods (art. 231 and art. 244/III of the COTr) envisaged within the system of the warranty of quality and fitness concern all claims arising from the exercise of the alternative rights of the buyer, including duties of restitution resulting from the termination of the contract. The short delay in art. 231 of the COTr applies to all kinds of movable sales. The object of the contract of sale is not limited to movable property in a technical sense. Therefore, forming the subject matter of the sale contract and the system of the warranty of quality and fitness, any asset will be subject to the prescriptive periods set out in art. 231 of the COTr, unless it falls

within the scope of the sale of real estate. Despite the term “*building*” indicated in the provision, art. 244/III of the COTr applies to the warranty of all defects in every kind of real estate sales, including defects concerning an unbuilt real estate.

In order to ascertain the scope of arts. 231 and 244/III of the COTr, it is necessary to determine the relationship between the regime of the warranty of quality and fitness and certain other competing legal remedies. First, one should note that the delivery of a defective good always constitutes an imperfect execution. The warranty of quality and fitness is only one aspect of the breach of contract. In addition, under the general provisions (art. 112 and art. 227/II of the COTr), the buyer may also claim “*damages*” for non-performance, within the general prescriptive period of ten years (art. 146 of the COTr), regardless of the compliance with the conditions for the exercise of the alternative action, or the duties of inspection and notification, or the short prescriptive periods (art. 231 and art. 244/III of the COTr). In this case, the applicable prescriptive period of ten years (art. 146 of the COTr) should start either from the occurrence of the damage or from the moment when the damage is recognizable.

Second, should the delivery of a defective good also constitute an act of injustice by breaching a protective norm or an absolute right of the buyer, they also have tort action against the seller. Claims as to compensation for material and immaterial damages based on the tort liability are not subject to the short prescriptive periods of the warranty of quality and fitness but to the relative and absolute prescriptive periods of art. 72 of the COTr.

Third, the delivery of a defective good may form an error as to motive within the meaning of art. 32 of the COTr. In this case, the buyer can invalidate the contract due to an error that is of an essential nature, without having to comply with the conditions for the warranty (*the duties and short prescriptive periods*) or assert his alternative rights of the warranty of quality and fitness (art. 227 of the COTr). Therefore, the alternative application of both legal institutions is unconditionally admitted.

If the contractual non-performance does not relate to the absence of a promised or expected quality, but to the delivery of “*something else*” (*aliud pro alio*) than what is agreed between the parties, this forms the delivery of an aliud. The delivery of an aliud does not cause bad performance. In fact, it is only one aspect of the total non-fulfillment of the obligation to deliver the agreed thing, which can lead to the application of the rules of the debtor’s default. Therefore, in the case of an aliud, the warranty regime of quality and fitness and especially the special prescriptive periods do not apply.

Unlike the defects affecting the qualities, the dispossession impacts the real rights of the buyer over the object (arts. 214-218 of the COTr). In this respect, the legislator does not specifically regulate any prescriptive period for the warranty of title for the dispossession. Given that the two warranty regimes are similar in terms of their means and objectives, the prescriptive periods of the warranty of quality and fitness (art. 231 and art. 244/III of the COTr) may apply to the warranty of title.

Pursuant to art. 231/I of the COTr, in case of a movable sale, the prescriptive period begins to run as of the date of “*the transfer of the object*” (*unlike the letter of the Swiss Code of Obligations “delivery”*). In this respect, the term “*transfer of the object*” must be deemed as “*the delivery of the object to the buyer*”. The buyer must, therefore, have acquired effective power over the thing and its direct possession, with

the possibility of inspecting the qualities. Pursuant to art. 244/III of the COTr, in case of a real estate sale, the prescriptive period runs from the date of the “*transfer of ownership*”. The moment of the transfer of ownership should be considered as the date of entry in the mainland register (*in the general ledger*), rather than the recording in the journal. On the other hand, if the transfer of possession will take place after the transfer of property, the prescriptive period of the warranty cannot commence before the buyer has received direct possession of the real estate.

Art. 153/I (6) of the COTr provides that, the prescriptive period does not commence, or is suspended if it has already begun, as long as it is impossible to assert the claim before a Turkish court. This cause for suspension may apply to the subjective circumstances falling within the legal sphere of the buyer unless they are responsible for the circumstances in question. Since the buyer cannot exercise their rights, prescriptive periods are suspended at this period, as long as the defect or damage has not occurred. In this case, the prescriptive periods should run on the day of the objective occurrence of the defect or damage, providing that they are recognizable by the buyer.

Since the time limits of arts. 231 and 244/III of the COTr are prescriptive periods, not expiration periods, the general provisions concerning prescription apply to them. As long as the causes of suspension listed in art. 153 of the COTr exist, the prescriptive period does not commence or is suspended, if it has already started. Furthermore, pursuant to art. 154/I (1) of the COTr, in case the seller admits their responsibility for certain defects, the prescriptive period is interrupted. In parallel, the prescriptive period is also interrupted, and a new period commences (art. 154/I (2) of the COTr), when the buyer asserts his rights by debt enforcement proceedings, by submission of a statement of claim or defence to a court or arbitral tribunal, or by a petition for bankruptcy. Pursuant to art. 160 of the COTr, the seller may waive the prescriptive period after the conclusion of the contract. However, the waiver may not, however, exceed a period of ten years (art. 146 of the COTr). By analogy to art. 244/III of the COTr, this upper limit on the waiver applies to the sale of real estate twenty years. In this case, the waiver is possible, even if it exceeds the duration of ten years, provided that the prescription has already been acquired.

The expiration of the prescriptive period does not extinguish the claim but paralyzes the right of action associated with it. After invoking the prescription defense, the time-barred claim deriving from the warranty of quality and fitness remain as a “*natural obligation*”. By virtue of art. 161 of the COTr, the court cannot *ex officio* apply the prescription defense. In addition, the prescribed claim can always be voluntarily performed, the seller cannot invoke illegitimate enrichment, even if he was unaware of the prescription of the debt.

Since the prescriptive periods provided for the warranty regime of quality and fitness are not mandatory, they can be modified by a contract. However, a possible extension may not exceed the maximum limit of ten years regulated in art. 146 of the COTr. It is necessary that this maximum limit must be admitted twenty years with regard to the sale of real estate following the application of art. 244/III of the COTr by analogy. In addition, the parties are entitled to reduce the prescriptive periods. However, the reduction is only admissible insofar as the exercise of the buyer’s rights is not unfairly hindered. Thus, the minimum reduction time limit of the prescriptive period is the minimum period required for the buyer to exercise the specific rights resulting from the warranty.

If the parties agree upon a “*warranty period*”, it must be first deemed as the “*notice period*”. Accordingly, the warranty period implies that the notice can be given at any time during this period, as opposed to art. 223 of the COTr. If the stipulated period is longer than the codified prescriptive period, the prescriptive period must be considered as extended for the warranty period.

However, the parties are free to agree on other additional causes for interruption and suspension or a different moment as the starting point of prescription. However, they are only admissible within the maximum limit of a conventional extension of prescription. On the other hand, if the starting point of the prescriptive period is moved to an earlier date, the effective period during which the buyer can exercise his warranty rights should not unfairly hinder the exercise of the rights of the buyer.

The parties may contractually restrict or eliminate certain causes of interruption and suspension or their impacts. The causes of suspension provided for in art. 153/I (1), (2), (4) of the COTr, and in depending on the prevailing circumstances, art. 153/I (6) of the COTr, have mandatory nature. However, the causes of suspension provided for in art. 153/I (3), (5), (7) of the COTr are dispositive, or regulatory provisions. For this reason, the parties may opt-out of the causes of suspension envisaged in the latter subclauses. Likewise, the parties may contractually determine the acts of the seller, which do and do not constitute acknowledgment of debt. Furthermore, in the contractual relationship, they are entitled to agree that no conduct of the debtor will give rise to acknowledgment and thus interrupting effect. However, the causes of interruption provided for in art. 154/I (2) and art. 157 of the COTr have a mandatory nature. Therefore, they cannot be contractually excluded. However, the parties may agree that the buyer’s invocation of defense in the court proceedings will not have an interrupting effect.

Pursuant to art. 231/II of the COTr concerning the movable sale, if the seller commits a gross fault in the event of the defective delivery, the warranty actions of the buyer are subject to the ten-year prescriptive period under art. 146 of the COTr, which commences on the day of the delivery of the object. Thus, under the terms of art. 244/III of the COTr concerning the sale of real estate, the rights of the buyer prescribe twenty years from the date of the transfer of ownership in the event of a gross fault on the part of the seller.

The extraordinary prescription envisaged in arts. 231/II and 244/III of the COTr have mandatory nature. For this reason, in the event of a gross fault on the part of the seller, the provisions of contractual prescription will be declared null from the start (*ab initio*). In addition, the contractual provisions conflicting with the extraordinary prescriptive periods to the detriment of the buyer qualify as an “*indirect limitation of liability clause*”. Pursuant to art. 221 of the COTr stipulating the invalidity of the limitation of liability clauses of the warranty in the event of a gross fault, any clause limiting the warranty is void. Moreover, the parties may not agree on a warranty period in case the defect is caused by a gross fault on the part of the seller.

The legislator stipulates in art 231/I of the COTr that the defenses of defective goods remain available to the buyer and are not affected by the prescriptive period. The defenses of defective goods enable the buyer to invoke their alternative formative rights by way of plea after the lapse of the prescriptive period without any further requirement, providing that the notice of defect has been duly given and the

other conditions of the warranty of quality and fitness are met. Therefore, the term “*defense*” should be broadly interpreted as including the objections deriving from the defective goods.

In the first place, the buyer could set off their time-barred claim if it relates to a sum of money. However, pursuant to art. 139/III of the COTr, a time-barred claim may only be set off if it became eligible for set-off before the lapse of the prescriptive period. This condition is not met if the buyer’s claim is already time-barred when the opposing obligation arises. In this case, in order to authorize the buyer for set-off, it must be accepted that the claim has already become due at the time of the notice of defects. One should note that the buyer can set-off a claim of the seller regardless of whether the seller’s claim has resulted from the contract of sale in question.

In the second place, the buyer can assert the rights to repair or replace the object by way of the defense of non-performance (*exceptio non adimpleti contractus*) against the seller. For this reason, the defense of non-performance falls directly within the scope of the defenses of defective goods envisaged in art 231/I of the COTr. In this case, the defense of non-performance entitles the buyer to avoid making the payment due, until the object is repaired or replaced by the seller.

In the third place, even if the prescription has expired, the buyer can assert that the due price would have been discounted by invoking his right to reduce the price by way of a plea. In seeking a discount on the sale price, the buyer only opposes the reduced amount on the basis of the defect and remains liable for the balance of the price. In this respect, the concerned defense provides the buyer for partial protection. The buyer is not empowered to demand the return of payment in excess of the reduced amount. Due to the expiration of the prescriptive period, the seller can easily object to the claim for restitution by way of the prescription defense.

Finally, by invoking the right to terminate the contract by way of plea, the buyer can assert that the termination resulted in the transformation of the contract into a liquidation relation and extinction of the sale price obligation. In this case, the buyer may not continue to possessing the defective good due to the termination of the contract. Therefore, the buyer is obliged to return the object, as they must restore the situation prior to the conclusion of the contract. On the other hand, the seller can demand the defective good, by reimbursing the part of the price already paid. Since both parties can alternately conduct the restitution, they may have recourse to the defense of non-performance. Consequently, the liquidation of the contract might be ensured by way of plea, even after the lapse of the prescriptive period.

ÖZET

Temellerini Roma Hukuku'ndan alan ayıptan sorumluluk rejimi, alıcıya genel hükümlere nazaran, bazı ayrıcalıklı imkânlar sunmaktadır. Alıcı, satıcı tarafından bildirilen niteliklerin satılarda bulunmaması veya satılanın değerini ve ondan beklenen faydaları ortadan kaldıran, alıcının dürüstlük kuralı uyarınca beklediği niteliklerin mevcut olmaması durumunda, ayıptan sorumluluk hükümlerine (TBK m. 219-231) başvurabilir. Bu çerçevede, alıcı TBK m. 227 hükmünde tanınan, sözleşmeden dönme, bedel indirimi, satılanın ücretsiz onarılması ve ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesi seçimlik haklarını, satıcının herhangi bir kusuru bulunmasa dahi kullanabilir. Kanun koyucu, alıcı lehine getirdiği elverişli hukuki imkânları, gözden geçirme ve bildirim külfetleri (TBK m. 223) ile genel hükümlere nazaran kısa sayılabilecek zamanaşımı süreleri (TBK m. 231 ve m. 244 f. III) ile, dolaylı olarak sınırlandırmıştır. Ayıptan doğan garanti rejimine başvurmak isteyen alıcı, öncelikle ayıp bildiriminde bulunmalı, ardından kısa zamanaşımı süreleri içerisinde talebini satıcıya karşı ileri sürmelidir.

Belirtmek isteriz ki, kanun koyucu TBK m. 231 hükmünde, taşınırлар açısından, ayıptan doğan her türlü davanın, satılanın alıcıya devrinden itibaren iki yılda; TBK m. 244 f. III hükmünde ise, taşınmazlar açısından, mülkiyetin geçmesinden başlayarak beş yılda zamanaşımına uğrayacağını öngörmüştür. Söz konusu süreler ise, niteliği itibariyle gerçek bir zamanaşımı süresi olma özelliği göstermektedir. Öte yandan, TBK m. 227 hükmünde tanınan seçimlik haklar, birer yenilik doğurucu haktır. Yenilik doğurucu haklar ise, zamanaşımı süresine değil hak düşürücü süreye tabi tutulabilir. O halde, TBK m. 231 ve m. 244 f. III hükümlerinde düzenlenen zamanaşımı sürelerinin uygulama alanı, yenilik doğurucu hak olarak nitelendirilen seçimlik haklar değil, söz konusu yenilik doğurucu hakların kullanımı sonucunda ortaya çıkan alacak haklarıdır. Keza, yenilik doğurucu haklar niteliği gereği zamanaşımına uğramaz. Zira, yenilik doğurucu hakkın muhatabı, hakkın kendi hukuk alanında meydana getirdiği tek taraflı etkiyi, herhangi bir savunma yoluyla (*örneğin zamanaşımı def'iyle*) bertaraf edemez. Bu durumda, kanun koyucu yenilik doğurucu bir hakkı zamanaşımı süresine tabi kılsa dahi, zamanaşımına uğrayacak olan hak, yenilik doğurucu hak değil, onun kullanılması neticesinde meydana gelen alacak hakkıdır. Dolayısıyla, ayıptan sorumluluk çerçevesinde düzenlenen zamanaşımı süreleri geçse dahi, alıcı kendisine tanınan yenilik doğurucu hakları kullanabilir. Buna karşın, zamanaşımı süresi dolduktan sonra kullanılan seçimlik hakkın meydana getirdiği alacak hakları, zamanaşımına uğramış bir şekilde olmuş olacaktır.

Ayıptan sorumlulukta zamanaşımı süreleri, her türlü seçimlik hakkın kullanımı neticesinde meydana gelen alacak hakkı açısından uygulanır. Sözleşmeden dönme hakkının kullanılmış olması durumunda, meydana gelen iade borçları da, TBK m. 231 ve m. 244 f. III hükümlerinde öngörülen zamanaşımı sürelerine tabidir. TBK m. 231 hükmünde düzenlenen iki yıllık zamanaşımı süresi ise, her türlü taşınır

mal satışına tatbik edilir. Öte yandan, satış sözleşmesinin konusunun teknik anlamda eşya ile sınırlı olmadığı nazara alınarak, satış sözleşmesinin ve ayıptan sorumluluk rejiminin konusunu oluşturan her türlü malvarlığı değerinin, şayet taşınmaz kapsamına girmiyorsa, TBK m. 231 hükmünde düzenlenen sürelerin uygulanmasına sebebiyet vereceği kabul edilmelidir. TBK m. 244 f. III hükmünde her ne kadar “*yapı*” kavramından bahsediliyorsa da, kanunda öngörülen beş yıllık zamanaşımı süresi, bütün taşınmaz satışları açısından uygulama alanı bulmalıdır.

Ayıptan sorumlulukta zamanaşımı sürelerinin uygulama alanının tespit edilebilmesi için, ayıptan sorumluluk rejiminin, kendisiyle yarışan bazı hukuki imkânlarla olan ilişkisinin tespit edilmesi gerekir. Bu kapsamda, ilk olarak belirtmek gerekir ki, satılanın ayıplı olarak alıcıya teslim edilmesi, her zaman borca aykırılık teşkil eder. Bu durumda, alıcı ayıptan sorumluluk çerçevesinde öngörülmüş olan şekli şartlara ve kısa zamanaşımı sürelerine tabi olmaksızın, genel hükümler uyarınca (TBK m. 112 ve m. 227 f. II), on yıllık zamanaşımı süresi içinde (TBK m. 146), sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesi sebebiyle satıcıdan tazminat talep edebilir. Bu durumda, tatbik edilecek olan on yıllık genel zamanaşımı süresi (TBK m. 146), zararın meydana geldiği andan itibaren (*objektif olarak bilinebilir hale geldiği zaman*) işlemeye başlamalıdır.

İkinci olarak, ayıplı ifa alıcının mutlak hakkını veya bir genel davranış kuralını ihlal etmişse, haksız fiil sorumluluğu çerçevesinde, satıcıdan tazminat talep edilebilir. Haksız fiil temeline dayanan maddi ve manevi tazminat talepleri ise, ayıptan sorumlulukta öngörülen zamanaşımı sürelerine değil, TBK m. 72 hükmünde öngörülen nispi ve mutlak zamanaşımı sürelerine tabidir.

Üçüncü olarak, satılanın ayıplı ifası aynı zamanda saikte yanılma (TBK m. 32) teşkil edebilir. Bu durumda, alıcı ayıptan sorumluluk rejiminin özel şartlarına uymaksızın yanılma sebebiyle sözleşmeyle bağlı olmadığını satıcıya karşı ileri sürebileceği gibi, bu yola başvurmuyarak ayıptan sorumluluk çerçevesinde seçimlik haklarını (TBK m. 227) kullanabilir. Her iki hukuki kurum, herhangi bir koşul aranmaksızın, ayrı ayrı ve seçenekli olarak birbiriyle yarışır.

Satıcının borcunu gereği gibi ifa etmemesi, bir nitelik eksikliğinden değil de, satıcının sözleşmede kararlaştırılan borcuna yabancı bir edimi (*aliud pro alio*) alıcıya teslim etmesinden kaynaklanıyorsa, aliud teslim söz konusu olur. Aliud teslim ise, kötü ifanın değil, hiç ifa etmemenin bir görünüm şeklidir. Bu durumda, ayıptan sorumluluk hükümleri ve bu kapsamda öngörülen zamanaşımı süreleri uygulama alanı bulmaz.

Nitelikte değil, hakta bir eksiklik olması durumunda, ayıptan sorumluluk değil, zapttan sorumluluk rejimi (TBK m. 214-218) uygulama alanı bulur. Öte yandan, kanun koyucu, zapttan sorumluluk kapsamında, herhangi bir zamanaşımı süresi öngörmemiştir. Bu durumda, araç ve amaç bakımından benzerlik arz eden, ayıptan sorumluluk başlığı altında öngörülmüş olan zamanaşımı süreleri (TBK m. 231 ve m. 244 f. III), zapttan sorumluluk açısından da uygulanabilir.

TBK m. 231 f. I hükmünde, taşınır satışında zamanaşımı süresinin, satılanın alıcıya devrinden itibaren başlayacağı öngörülmüştür. Zamanaşımı süresinin başlangıcı için öngörülen “*satılanın devri*” ifadesinin, “*satılanın alıcıya teslimi*” şeklinde anlaşılması gerekir. Zira, zamanaşımı süresinin başlaması için, alıcının satılanı gözden geçirebilecek şekilde dolaysız zilyet kılınması ve satılan üzerinde fiili hâkimiyet elde etmiş olması gerekir. TBK m. 244 f. III hükmünde, taşınmaz satışında zamanaşımı süresinin, satılanın mülkiyetinin alıcıya devredildiği andan itibaren

işlemeye başlayacağı düzenlenmiştir. Mülkiyetin alıcıya devredildiği an ise, yevmiye defterine yapılan kayıt tarihi değil, tapu kütüğüne yapılan tescil anıdır. Öte yandan, taşınmazın zilyetliğinin tescilden daha sonra alıcıya devredilmesi olması durumunda, zamanaşımı süresi alıcının doğrudan doğruya zilyet haline geldiği andan itibaren işlemeye başlamalıdır.

Öte yandan, TBK m. 153 f. I b. 6 hükmünde, alacağın Türk mahkemelerinde ileri sürülme imkânının bulunmaması sebebiyle zamanaşımı süresinin işlemeyeceği (duracağı) düzenlenmiştir. Söz konusu durma sebebi, alacaklının sorumlu tutulamayacağı, ancak kendi hâkimiyet alanından kaynaklanan subjektif sebepleri de kapsamaktadır. O halde, zamanaşımı süreleri, alıcının haklarını ileri sürme imkânının bulunmaması sebebiyle, henüz ayıp veya zarar ortaya çıkmadan işlemeye başlamaz, başlamışsa zamanaşımı süresi durur. Bu durumda, zamanaşımı süresi objektif olarak ayıp ortaya çıktığı andan itibaren veya zarar meydana geldikten sonra, ayıbın ve zararın alıcı tarafından bilinebilir hale gelmesiyle birlikte işlemeye başlar.

TBK m. 231 ve m. 244 f. III hükümlerinde öngörülen süreler, zamanaşımı süresi olduğu için, zamanaşımına ilişkin temel düzenlemeler, bu süreler açısından da uygulama alanı bulur. TBK m. 153 hükümlerinde düzenlenen durma sebeplerinin mevcut olması durumunda, zamanaşımı süresi işlemeye başlamaz, başlamışsa sürelerin işlemesi durur. TBK m. 154 f. I b. 1 hükmü uyarınca, satıcı satıldaki belirli ayıplardan sorumlu olduğunu ikrar ederse, zamanaşımı süresi kesilir. Aynı şekilde, TBK m. 154 f. I b. 2 uyarınca, alıcı dava veya def'i yoluyla mahkemeye veya hakeme başvurmuşsa, ayıptan doğan haklarını elde etmek amacıyla icra takibine girişmişse veya iflas masasına başvurmuşsa zamanaşımı süresi kesilerek, yeniden işlemeye başlar. Satıcı, TBK m. 160 uyarınca, sözleşmesinin kurulmasından sonra, on yıllık üst sınıra uymak kaydıyla (TBK m. 146) zamanaşımından feragat edebilir. Söz konusu üst sınır, TBK m. 244 f. III hükmüne kıyasen, taşınmaz satışında yirmi yıl olarak kabul edilir. Bu durumda, taşınmaz satışı açısından feragat edilen süre, on yılı aşsa dahi, zamanaşımının işlemiş olması kaydıyla, feragat geçerli sayılır.

Zamanaşımı süresinin dolması, alacağı sona erdirmez, yalnızca onu felce uğratar. Satıcı, dava esnasında, zamanaşımı def'ini ileri sürmedikçe, ayıptan sorumluluk rejiminden doğan borçlar, eksik borca dönüşmez. Hâkim, TBK m. 161 uyarınca alacağın zamanaşımına uğramış olduğunu re'sen nazara alamaz. Öte yandan, zamanaşımına uğramış borcun ifası, geçerli olduğu gibi, hataen gerçekleştirilen ifa da, sebepsiz zenginleşme oluşturmaz.

Ayıptan sorumlulukta zamanaşımı süreleri emredici olmadığı için, sözleşmeyle değiştirilebilir. Ancak, zamanaşımı süresinin uzatılması durumunda, sözleşmesel zamanaşımı süresi, TBK m. 146 hükmünde düzenlenen on yıllık üst sınırı aşamaz. Taşınmaz satışında söz konusu üst sınır, TBK m. 244 f. III hükmünün kıyasen uygulanması sonucunda, yirmi yıl olarak kabul edilmelidir. Tarafların zamanaşımı süresini sözleşmeyle kısaltmaları da mümkündür. Bu durumda kısaltılan zamanaşımı süresi, alıcının haklarını kullanmasını hakkaniyete aykırı şekilde engellemeyecek uzunlukta bir süre olmalıdır. O halde, zamanaşımının kısaltılabileceği minimum süre, ayıptan doğan hakların kullanımının alıcı açısından mümkün olduğu en az süredir.

Tarafların sözleşmeyle bir garanti süresi kararlaştırmış olmaları durumunda, ilk olarak bu süre, ayıp bildirim süresi olarak yorumlanmalıdır. Alıcı, bu süre içinde meydana gelen ayıpları, TBK m. 223 hükmünde öngörülen zamansal sınırlamalara

tabi olmaksızın, satıcıya karşı ileri sürebilir. Öte yandan, garanti süresinin zamanaşımından uzun olması durumunda, zamanaşımı süresinin garanti süresi kadar uzadığı kabul edilmelidir.

Tarafların sözleşmeyle zamanaşımı süresinin başlangıç anını, kanunda düzenlenen andan sonraki bir ana ertelemeleri veya başkaca durma ve kesilme sebepleri öngörmeleri mümkündür. Fakat böyle bir düzenleme, ancak tespit ettiğimiz üst sınır dâhilinde geçerli olur. Öte yandan, zamanaşımı süresinin başlangıç anının erkene çekilmesi durumunda, alıcının ayıptan doğan haklarını kullanabileceği efektif sürenin, hakların kullanımını hakkaniyete aykırı bir şekilde sınırlandırmamış olması gerekir.

Tarafların kanunda öngörülen bazı durma ve kesilme sebeplerini sözleşmeyle bertaraf edebilmesi mümkündür. Kanunda öngörülen durma sebeplerinden TBK m. 153 f. I b. 1, 2, 4 hükümleri ile somut olayın özelliğine göre TBK m. 153 f. I b. 6 hükmü emredici nitelik taşımaktadır. Buna karşın, TBK m. 153 f. I b. 3, 5, 7 hükümleri düzenleyici hukuk kuralıdır. Bu nedenle, tarafların söz konusu bentlerde öngörülen durma sebeplerinin gerçekleşmesi halinde, zamanaşımı süresinin işlemeye devam edeceğini kararlaştırabilmeleri mümkündür. Taraflar, sözleşmeyle TBK m. 153 f. I b. 1 uyarınca borçlunun hangi fiillerinin ikrar sayılıp, hangilerinin sayılmayacağını belirleyebilecekleri gibi, sözleşme ilişkisi çerçevesinde borçlunun herhangi bir fiilin ikrar manasına gelmeyeceğini kararlaştırabilir. Öte yandan, TBK m. 154 f. I b. 2 ve m. 157 hükümlerinde öngörülen kesilme sebepleri, emredici hukuk kuralı olmaları sebebiyle, sözleşmeyle bertaraf edilemez. Buna karşılık, alıcının dava esnasında alacağına ilişkin ileri sürdüğü def'ilerin, zamanaşımını kesmeyeceği sözleşmeyle kararlaştırılabilir.

TBK m. 231 f. II uyarınca, taşınır satışında, satıcı satılanı ayıplı olarak devretmekte ağır kusurlu ise, ayıptan sorumluluktan doğan alacak hakları, satılanın tesliminden itibaren on yılın geçmesiyle birlikte (TBK m. 146) zamanaşımına uğrar. TBK m. 244 f. III uyarınca, taşınmaz satışında bu süre, satılanın mülkiyetinin alıcıya geçmesinden itibaren yirmi yıldır.

TBK m. 231 f. II ve m. 244 f. III hükümlerinde düzenlenen olağanüstü zamanaşımı süreleri, emredici niteliktedir. Bu sebeple, satıcının ağır kusuru halinde, sözleşmeyle kararlaştırılan zamanaşımı düzenlemeleri, baştan itibaren kesin hükümsüz olur. Öte yandan, olağanüstü zamanaşımı sürelerinden sapan, alıcı aleyhine sevk edilmiş zamanaşımı düzenlemeleri, “*dolaylı sorumsuzluk anlaşması*” niteliğindedir. Satıcının ağır kusurlu olması durumunda, sorumsuzluk anlaşmalarının geçersizliğini düzenleyen TBK m. 221 hükmü uyarınca, alıcının haklarını sınırlandıran sözleşme hükümleri geçersiz kabul edilir. Ayrıca, bu durumda tarafların sözleşmeyle herhangi bir garanti süresi kararlaştırmaları da mümkün değildir.

Kanun koyucu, TBK m. 231 f. I c. 2 hükmünde, alıcının ayıptan doğan def'i haklarının, zamanaşımı süresinden etkilenmeyeceğini öngörmüştür. Bu açıdan, ayıptan doğan def'i hakları, satılanın ayıplı olması nedeniyle, geçerli bir ayıp bildiriminde bulunulmuş olması ve ayıptan sorumluluk rejiminin şartlarının gerçekleşmiş olması kaydıyla, başkaca özel bir şart aranmaksızın, alıcının kendisine tanınan yenilik doğurucu hakları, zamanaşımı süresinin tamamlanmasından sonra, def'i yoluyla ileri sürebilmesini sağlamaktadır. Bu sebeple, ayıptan doğan def'i hakları kavramının, itirazları da kapsar şekilde geniş yorumlanması gerekir.

İlk olarak, alıcı konusu para olan alacaklarını takas savunması yoluyla ileri sürebilir. Ancak, alıcının alacak haklarının zamanaşımı süresinin tamamlanmasından

sonra doğmuş olması durumunda, TBK m. 139 f. III hükmü uyarınca, takas şartları gerçekleşmez. Zira, zamanaşımına uğramış olan alacakların takası, ancak takas edilebilecekleri anda zamanaşımına uğramamış olmaları kaydıyla mümkündür. Bu durumda, alıcının takas imkânına başvurabilmesi için, zamanaşımı süresinden sonra doğan alacak haklarının en geç ayıp bildiriminin yapıldığı anda muaccel hale geldiğinin kabul edilmesi gerekir. Öte yandan, alıcının takas hakkını kullanabilmesi için, karşı alacağın, mutlaka aynı hukuki ilişkiden doğmuş olması gerekmez.

İkinci olarak, alıcı satılanın onarılması veya ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesi seçimlik hakları, ödemezlik def'i yoluyla, satıcıya karşı ileri sürebilir. Bu sebeple, ödemezlik def'i, TBK m. 231 f. I c. 2 hükmünde düzenlenen, alıcının ayıptan doğan def'i haklarının kapsamına doğrudan doğruya dâhildir. Bu durumda, alıcı ödemezlik def'i yoluyla, satılan onarılan yahut ayıpsız bir benzeri kendisine teslim edilene değin, satış bedelini ödemekten kaçınabilir.

Üçüncü olarak, alıcı zamanaşımı süresi tamamlanmış olsa dahi, bedel indirimi hakkını def'i yoluyla kullanarak, satış bedelinin ayıp oranında indirildiğini satıcıya karşı ileri sürebilir. Bedel indirimi hakkını kullanan alıcı, yalnızca satış bedelinin ayıp oranında indirim tabi tutulan kısmına karşı çıkmaktadır. Bu sebeple, söz konusu def'i imkânı kendisine kısmi bir koruma sağlar. Keza, alıcının ayıp oranında indirilmiş olan satış bedelinden daha fazla bir ödeme yapmış olması ihtimalinde, fazladan ödenen kısmın iadesi de mümkün değildir. Zira, zamanaşımı süresinin dolmuş olması sebebiyle, satıcı söz konusu iade talebine, zamanaşımı def'ini ileri sürerek karşı koyabilir.

Son olarak, alıcı sözleşmeden dönme hakkını def'i yoluyla kullanarak, satış sözleşmesinin bir tasfiye ilişkine dönüştüğünü ve talep ettiği satış bedeli alacağının, sözleşmeden dönülmüş olması sebebiyle artık mevcut olmadığını ileri sürebilir. Bu durumda, alıcının hem sözleşmeden döndüğünü ileri sürüp, hem de satılanı elinde tutmaya devam etmesi mümkün değildir. O halde, alıcı sözleşmeden dönmüş olması sebebiyle, satılanı iade etmek zorundadır. Buna karşılık, satıcı da kısmen ifa edilmiş olan satış bedelini alıcıya geri vererek, satılanın iadesini talep edebilir. Her iki taraf da karşılıklı ifade borçlarının ifasını temin etmek amacıyla, ödemezlik def'i yoluna başvurabilir.

GİRİŞ

Satış sözleşmesi çerçevesinde bir araya gelen tarafların, satış bedeli karşılığında satılanın zilyetlik ve mülkiyetinin devri konusunda anlaşmaları çoğu zaman bir dizi karmaşık ilişkinin başlangıcını oluşturur. Alıcının satılardan umduğu ekonomik menfaat, pek çok kez mülkiyet hakkının elde edilmesi şeklinde gerçekleşen salt hukuki menfaat ile sağlanamamakta, satılan üzerinde elde edilen hak sahipliği, en basit nitelik eksikliğinin varlığı durumunda yetersiz veya işlevsiz bir hale gelebilmektedir. Bu açıdan, günümüzün gelişmiş ticari yapısı borcun kötü ifası yerine, hiç ifa edilmemesini yeğler durumdadır. Zira, çoğu zaman kötü ifanın alıcı nezdinde yarattığı elverişsiz konum, bir dizi hukuki çareyle dahi tam anlamıyla giderilebilmiş değildir.

İşte kanun koyucu genel borca aykırılık kapsamında sevk ettiği hükümlerle bozulan menfaatler dengesini tam anlamıyla sağlayamayacağını düşünerek, satılarda bildirilen veya beklenen niteliklerde bir eksikliğinin bulunması durumunda özel bir garanti rejimi meydana getirmiştir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 219 ile 231. maddeleri arasında düzenlenen ayıptan sorumluluk sistemi (*ayıba karşı tekeffül - garantie en raison des défauts - Gewährleistung wegen Mängel - garanzia pei difetti*) temelde kusursuz sorumluluk esasına dayanan ve alıcıya bir dizi hukuki imkân tanıyan özel bir giderim mekanizması şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Bu yola başvurmak isteyen alıcı ise, satılarda bir “ayıp (*peius - le défaut - der Mangel - il difetto*)” bulunduğu kanaatindeyse, ayıptan sorumluluk rejiminin maddi ve şekli şartlarını yerine getirmek durumundadır.

Belirtmek isteriz ki, mevcut çalışmanın konusu ve amacı, ne ayıp kavramını tanımlamak, ne ayıptan sorumluluk rejiminin genel yapısı, işleyişi ve şartları üzerinde durmak, ne de özel garanti rejiminin alıcıya sağladığı imkânları değerlendirmektir. Bu sebeple, ilgili konulara yalnızca ihtiyaç duyulduğu ölçüde değinilecektir. Kısaca ifade etmek gerekirse çalışmamızın konusu, ayıptan sorumluluk rejimine başvurmak ve kanunda öngörülen özel imkânlardan

yararlanmak isteyen alıcının, zamana karşı sergilemek zorunda olduğu yarıştır. Bizi bu çalışmayı gerçekleştirmeye yönelten amaç ise, alıcının bu yolda karşılaştığı hukuki zorluklara çözüm bulma kaygısıdır. Bu sebeple, çalışmamızın hukuki çerçevesi, ayıptan sorumluluk rejiminin alıcıya tanıdığı hakların zamansal sınırını oluşturan ve “*zamanaşımı*” başlığını taşıyan TBK m. 231 hükmü, buna ek olarak taşınmaz satışı bahsinde özel bir zamanaşımı düzenlemesi olma özelliği gösteren TBK m. 244 f. III hükmü ile sınırlıdır. Bu kapsamda TBK m. 231 ve m. 244 f. III hükümlerine kaynaklık eden 1911 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu (CO) m. 210 ve m. 219 f. III hükümleri de eş zamanlı olarak değerlendirmeye tabi tutulmuş, çalışmanın genelinde İsviçre öğreti ve uygulamasından da faydalanılmaya gayret edilmiştir. Öte yandan, ayıptan sorumluluk başlığı altında yer alan zamanaşımı düzenlemelerinde, yalnızca genel hükümlerden ayrılan noktalara temas edilmiş olması sebebiyle, ayıptan sorumluluk çerçevesinde, TBK m. 146-161 (CO art. 127-142) hükümlerinde düzenlenen genel zamanaşımı kurumu, çalışmanın kapsamına dâhil edilmiştir.

Kanun koyucu özel borç ilişkilerini düzenlediği Borçlar Kanunu’nun ikinci kısmında, pek çok sözleşme tipi açısından, ayıptan sorumluluk rejimini özel olarak düzenleme ihtiyacı hissetmiştir. Biz bu çalışmada, kanunda özel olarak düzenlenen ayıptan sorumluluk hükümleri arasından, yalnızca satış sözleşmesi çerçevesinde inceleme yapmayı tercih etmiş bulunuyoruz. Fakat eser sözleşmesi bahsinde düzenlenen ayıptan sorumluluk rejimi ve bu kapsamda öngörülen zamanaşımı düzenlemelerinin konumuz açısından ayrı bir önem arz ettiğini de söylemek isteriz. Zira, kanun koyucu ayıptan sorumluluk çerçevesinde (TBK m. 474-478; CO art. 367-371) iş sahibine tanınan hakların tabi olduğu zamanaşımı süreleri konusunda (TBK m. 478; CO art. 371), TBK m. 231 (CO art. 210) hükmüne benzer bir çözüm yolu tercih etmiş ve temelde satıcı ile yüklenicinin ayıptan sorumluluğunu, zaman bakımından aynı tarz ve sürelerle sınırlandırmıştır. Bu açıdan, eser sözleşmesi kapsamında öngörülen, 818 sayılı eski Borçlar Kanunu’nun (eBK) 363. maddesi ile 2013 yılında değiştirilene değin mehz İsviçre Borçlar Kanunu’nun 371. maddesinin yalnızca alıcının haklarının tabi olduğu zamanaşımı sürelerine atıf yapmakla yetindiğini hatırlatmak isteriz. Bu sebeple, satış ve eser sözleşmeleri arasındaki yakınlık nazara alınarak, mevcut çalışmada eser sözleşmesini konu edinen akademik eserlerden ve yargı kararlarından da yeri geldikince yararlanılmaya gayret edilmiştir.

“Satış Sözleşmesi Çerçevesinde Ayıptan Sorumlulukta Zamanaşımı ve Ayıptan Doğan Def’i Hakları” başlığını taşıyan çalışma genel hatlarıyla beş temel

bölümden oluşmaktadır. Çalışmanın ilk bölümünde, ayıptan sorumluluk rejiminin romanist temelleri nazara alınarak, Roma Hukuku'nda ve aynı gelenekten gelen bazı hukuk sistemlerinde alıcının ayıptan doğan haklarının tabi olduğu zamanaşımı süreleri incelenmekte, ardından Türk Hukuku'nda ayıptan sorumluluk çerçevesinde öngörülen zamanaşımı sürelerinin düzenleniş biçimi değerlendirilerek, TBK m. 231 ve m. 244 f. III hükümlerinin konu bakımından uygulama alanı tespit edilmeye çalışılmaktadır.

Çalışmanın ikinci bölümünde, TBK m. 231 f. I ile m. 244 f. III hükümlerinde öngörülen iki ve beş yıllık olağan zamanaşımı süreleri çerçevesinde bir değerlendirme yapılmakta, ilk olarak ayıptan sorumluluk hükümlerinin ve dolayısıyla zamanaşımı sürelerinin uygulama alanı belirlenmeye çalışılmakta, akabinde zamanaşımı sürelerinin başlangıç anı, durması ve kesilmesi ile zamanaşımının hükümleri, ayıptan sorumluluk perspektifinde değerlendirilmektedir. Özellikle zamanaşımını durduran ve kesen sebepler ile zamanaşımının hükümleri konusunda genel zamanaşımı düzenlemeleri (TBK m. 146-161) uygulama alanı bulacağından, ilgili konular mevcut çalışmada genel itibariyle değil, ayıptan sorumluluk özelinde incelenmekte ve daha geniş bir uygulama alanına sahip olması sebebiyle, olağan zamanaşımı sürelerini konu edinen ikinci bölüm başlığı altında değerlendirilmektedir. Bu sebeple, ikinci bölüm çalışmanın omurgasını oluşturmaktadır.

Çalışmanın üçüncü bölümünde, sözleşmenin taraflarına tanınan sözleşme serbestisinden yola çıkılarak, tarafların iradi olarak meydana getirdikleri zamanaşımı düzenlemeleri üzerinde durulmakta, bu kapsamda kanunda öngörülen sürelerin sözleşmeyle uzatılması ve kısaltılması konuları ile garanti sürelerinin zamanaşımına etkisi incelenerek, sözleşme serbestisinin sınırları tespit edilmeye çalışılmaktadır. Ayrıca, kanunun genel hükümlerinde düzenlenen, zamanaşımını durduran veya kesen sebeplerin, taraf iradeleriyle bertaraf edilip edilemeyeceği de aynı şekilde değerlendirmeye tabi tutulmuştur. Belirtmek isteriz ki, bu başlık altında vardığımız sonuçlar, yalnızca ayıptan sorumluluk çerçevesinde değil, sözleşme serbestisinin kabul edildiği bütün zamanaşımı süreleri açısından geçerliliğini korumaktadır.

Dördüncü bölümde ise, TBK m. 231 f. II ile m. 244 f. III hükümleri çerçevesinde satıcının satılanı ayıplı devretmekte ağır kusurlu olması üzerinde durulmakta ve ağır kusurun meydana getirdiği olağanüstü zamanaşımı rejiminin, kanuni ve sözleşmesel zamanaşımı sürelerine etkisi değerlendirilmektedir.

Çalışmanın beşinci ve son bölümünde ise, TBK m. 231 f. I c. 2 (CO art. 210 al. V) çerçevesinde zamanaşımı sürelerinin tamamlanmış olmasına rağmen, zamanaşımına uğramayan def'i hakları incelenmekte, bu kapsamda alıcının başvurabileceği takas savunması, ödemezlik def'i, bedel indirimi ve sözleşmeden dönme haklarının def'i yoluyla kullanılması konuları üzerinde durulmaktadır.



BİRİNCİ BÖLÜM

AYIPTAN SORUMLULUKTA ZAMANAŞIMI VE AYIPLI İFA DEF'İ'NİN DÜZENLENİŞ BİÇİMİ VE UYGULAMA ALANI

I. Genel Olarak Ayıptan Sorumlulukta Zamanaşımı Süresinin Önemi

TBK m. 227 hükmünde satılanın ayıplı olarak devredilmesi halinde, alıcıya dört seçimlik hak tanınmıştır. Bunlar sözleşmeden dönme, satış bedelinde indirim isteme, satılanın ücretsiz onarılması ve ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesi haklarıdır. Kanun koyucu, alıcıya tanıdığı yenilik doğurucu nitelikteki seçimlik hakları, zamansal açıdan doğrudan doğruya sınırlandırmamış; öte yandan, alıcıya karşı satıcının da menfaatlerini korumak amacıyla, hak düşürücü nitelikte olan ayıp bildirim süresi (TBK m. 223) ve ayıptan sorumluluğa özgü kısa zamanaşımı süreleri (TBK m. 231 ve m. 244 f. III) öngörmüştür¹. Böylece, alıcıya tanınmış olan seçimlik haklarla yaratılan elverişli hukuki durum, satıcı lehine öngörülen külfetlerle ve zamanaşımı süreleriyle yumuşatılmaya ve dengelenmeye çalışılmıştır. Ayıp bildirim süresi ve kısa zamanaşımı süreleri dışında, ayıptan doğan kusursuz sorumluluk rejimini zamansal açıdan sınırlandıran başka bir düzenleme mevcut değildir. Ayıptan sorumlulukta söz konusu olan bedel indirimi, ayıpsız benzeriyle değişim, satılanın ücretsiz onarılması ve sözleşmeden dönme seçimlik haklarının birer yenilik doğurucu hak olduğu nazara alınırsa², bu hakların doğrudan doğruya zamanaşımı sürelerine

¹ Bruno von Büren, **Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil (Art. 184-551)**, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, 1972 (OR BT), s. 47; Eugen Bucher, **Obligationenrecht Besonderer Teil**, 3. erweiterte Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, 1988 (OR BT), s. 94, 95; Hans Brox, Wolf-Dietrich Walker, **Besonderes Schuldrecht**, 43. aktualisierte Auflage, Verlag C.H.Beck, München, 2019 (SchuldR BT), § 4 N 131: "...nicht unmittelbar..."; Silvio Venturi, **La réduction du prix de vente en cas de défaut ou de non-conformité de la chose**, Le Code suisse des obligations et la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, Éditions Universitaires Fribourg Suisse, Fribourg, 1994 (Réduction), N 1288.

² Peter Gauch, **Le contrat d'entreprise**, (adaptation française par Benoît Carron), Schulthess Juristische Medien AG, Zurich, 1999 (Entreprise), N 1700, 2281; Theodor Bühler, **Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch**, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und

tabi kılınamayacağı açıkça anlaşılmaktadır³. Fakat, bu hakların kullanımı neticesinde ortaya çıkan alacak haklarının zamanaşımına uğraması pek tabi mümkündür⁴. İşte kanun koyucu, bu hakların kullanımını doğrudan doğruya bir süreye bağlamak yerine, yenilik doğurucu hakları *dolaylı olarak* zamanaşımı süreleriyle sınırlandırmış ve satıcıya kendi lehine işleyen bu sürenin tamamlanmasıyla birlikte, alıcıya karşı

2. Abteilung (Art. 1-529 OR), Der Werkvertrag, Art. 363-379 OR, Band/Nr. V/2d, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 1998 (ZürcherKomm), OR Art. 368 N 130; François Chaix, **Commentaire Romand**, Code des obligations I, Art. 1-529 CO, (éd. : Luc Thévenoz, Franz Werro), 2ème édition, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2012 (CommRomand), CO art. 368 N 9; Heinrich Honsell, **Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil**, 10. überarbeitete Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2017 (OR BT), s. 27; Gaudenz G. Zindel, Urs Pulver, Bertrand G. Schott, **Basler Kommentar**, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, (Hrsg. : Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand), 6. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2015 (BaslerKomm), OR Art. 368 N 12; Andreas Christian Käser, **Die Abtretung von Gewährleistungsansprüchen bei Kauf- und Werkvertrag**, Dissertation, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2000 (Gewährleistung), s. 54, dn. 197; Claire Huguenin, **Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil**, 2. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, Basel, Genf, 2014 (OR), N 2634; Alfred Koller, **Das Nachbesserungsrecht im Werkvertrag**, 2. überarbeitete und erweiterte Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, 1995 (Nachbesserung), N 386; Cevdet Yavuz, **Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu**, Beta Yayınevi, İstanbul, 1989 (Ayp), s. 157, 158.

Onarım ve ayıpsız benzeriyle değişim hakları öğretide azınlıkta kalan bir görüşe göre, yenilik doğurucu hak değil, aynen ifa talebinin devamı niteliğindedir. Bkz. Hermann Becker, **Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch**, Obligationenrecht, 2. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Art. 184-551 OR, Band/Nr. VI/2, Stämpfli Verlag AG, Bern, 1934 (BernerKomm), OR Art. 368 N 10; Rolf Furrer, **Beitrag zur Lehre der Gewährleistung im Vertragsrecht**, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, 1973 (Gewährleistung), s. 74; Rona Serozan, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, Temel Kavramlar, Kaynaklar ve İlkeler, Atipik Sözleşmeler, Satım, Trampa, Bağışlama, Uygulama Çalışmaları, (Yayına Hazırlayanlar: Rona Serozan, Başak Baysal, Kerem Cem Şanlı), 4. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019 (Borçlar Özel), N 776-778; Vedat Buz, **Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005 (Yenilik Doğuran Haklar), s. 171; Yeşim Atamer, “Taşınır Satımı Sözleşmesi”, **Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu: Makaleler - Tebliğler**, (Derleyen: Murat İncoğlu), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 187-222 (Taşınır Satımı), s. 206.

³ Örneğin bkz. Ingeborg Schwenzer, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, 7. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern, 2016 (OR AT), N 83.05; Huguenin, OR, N 2634; Peter Gauch, Walter R. Schluep, Jörg Schmid, Susan Emmenegger, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht**, Band I-II, 10. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, Basel, Genf, 2014 (OR AT), N 3374; Alfred Koller, **Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil**, Band I, Die einzelnen Vertragsverhältnisse Art. 184-318 OR, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2012 (OR BT), § 4 N 218; Klaus Tschüscher, **Die Verjährung der Mängelrechte bei unbeweglichen Bauwerken**, St. Galler Studien zum Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht, Band 40, Verlag Paul Haupt, Bern, Stuttgart, Wien, 1996 (Verjährung), N 13; Baptiste Allimann, **La péremption**, Étude en Droit privé suisse, Travaux de la Faculté de Droit de l'Université de Fribourg, Schulthess Médias Juridique SA, Genève, Zurich, Bâle, 2011 (Péremption), N 884; Franco Pedrazzini, **La dissimulation des défauts dans les contrats de vente et d'entreprise**, Éditions Universitaires Fribourg Suisse, Fribourg, 1992 (Dissimulation), N 1078; M. Turgut Öz, **İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat**, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016 (İnşaat), s. 223.

⁴ Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 210 N 2; Gauch, Schluep, Schmid, Emmenegger, OR AT, N 3374; Jean-Luc Niklaus, **La prescription extinctive : modifications conventionnelles et renonciation**, Collection Neuchâteloise, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2008 (Prescription), N 794; Pierre Tercier, Pascal Pichonnaz, **Le droit des obligations**, 6ème édition complétée et mise à jour, Schulthess Médias Juridiques SA, Éditions Romandes, Genève, Zurich, Bâle, 2019 (Obligations), N 312.

kullanabileceği bir def'i imkânı tanımıştır. Temelde kusursuz sorumluluk ilkesine dayanan ayıptan doğan garanti rejiminin, satıcı açısından genel hükümlere nazaran çok daha ağır hukuki sonuçlar meydana getirebilmesi karşısında, satıcının ayıptan sorumluluğu, genel hükümlere kıyasla (TBK m. 146) oldukça kısa zamanaşımı sürelerine tabi tutulmuş, ayrıca bu süreler taşınırlarda satılanın devri (TBK m. 231), taşınmazlarda mülkiyetin geçişi (TBK m. 244 f. III) anından başlatılarak, zamanaşımının işlemesi açısından, alıcının ayıbı veya meydana gelen zararı bilmesi aranmamıştır. Söz konusu kısa sürelerin ve bu sürelerin tamamlanmasıyla doğan def'i hakkının, bazı kamusal menfaatleri korumaya yöneldiği belirtilmektedir. Zira, ayıptan sorumlulukta öngörülen kısa zamanaşımı süreleri, alıcı ile satıcı arasında bozulan hukuki barışı (*paix sociale - Rechtsfrieden*) yeniden tesis etmeyi ve işlem güvenliğini (*sécurité de droit - Rechtssicherheit*) sağlamayı amaç edinmektedir⁵. Bu

⁵ Honsell, **BaslerKomm**, OR Art. 210 N 2; F. Jean Heim, **La réparation de la chose défectueuse dans la vente au détail**, Thèse de licence et de doctorat présentée à la Faculté de Droit de l'Université de Lausanne, Imprimerie E. Ruckstuhl SA, Lausanne, 1972 (Réparation), s. 23; Guy Stanislas, **Le droit de résolution dans le contrat de vente**, Sanction de l'inexécution des obligations contractuelles : Étude de droit suisse, Mémoires publiés par la Faculté de Droit Genève, Librairie de l'Université Georg et Cie S.A., Genève, 1979 (Résolution), s. 158; Alfred Koller, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, Handbuch des allgemeinen Schuldrechts, 4. Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2017 (OR AT), § 67 N 67.06; Pierre Engel, **Traité des obligations en droit suisse**, Dispositions générales du CO, 2ème édition, Stämpfli Éditions SA, Berne, 1997 (Obligations), s. 797; Rona Serozan, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, Üçüncü Cilt, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016 (Borçlar Genel), s. 391, 391; Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 22. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019 (Borçlar Özel), s. 1311; Hüseyin Hatemi, K. Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, 4. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017 (Borçlar Genel), § 35 N 2; Kadir Berk Kapancı, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Açısından Satış Hukukunda Ayıptan Doğan Sorumluluk ve Sözleşmesel Garanti Taahhütleri**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012 (Ayıp), s. 81; **İsvFM**, ATF 114 II 131 = JdT 1988 I 508; ATF 102 II 102 = JdT 1977 I 64. Genel olarak zamanaşımı sürelerinin *hukuk güvenliğini* sağlamayı amaçladığı yönünde bkz. Rona Serozan, **Medeni Hukuk**, Genel Bölüm, Kişiler Hukuku, 8. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018 (Medeni Hukuk), s. 274, 275; Werner Schwander, **Die Verjährung ausservertraglicher und vertraglicher Schadenersatzforderungen**, Dissertation, Verlag P.G. Keller, Winterthour, 1963 (Verjährung), s. 2; Daniel Guggenheim, **Le droit suisse des contrats**, Principes généraux, Tome II, Les effets des contrats, Georg Éditeur SA, Genève, 1995 (Contrats II), s. 297; Eugen Bucher, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht**, 2. neubearbeitete und erweiterte Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, 1988 (OR AT), s. 444; Peter Gauch, Walter R. Schluep, Pierre Tercier, **La partie générale du droit des obligations (sans la responsabilité civile)**, Tome I, 2ème édition revue et complétée, Éditions Schulthess, Zurich, 1982 (Obligations), N 2035; Pascal Pichonnaz, "La prescription de l'action en dommages-intérêts: Un besoin de réforme", **Le temps dans la responsabilité civile**, Colloque du droit de la responsabilité civile 2005, Université de Fribourg, Stämpfli Éditions SA, Berne, 2007, s. 71-106 (Dommages-intérêts), s. 78; Pichonnaz, "Du nouveau sur la renonciation à la prescription Tribunal fédéral, arrêt du 13 février 2006, 4C.496/2005, ATF 132 III 226, SJ 2006 I 321 (changement de jurisprudence par rapport à l'ATF 112 II 231)", **DC 2006**, s. 118-120 (Renonciation), s. 118; Christine Chappuis, "La péremption en droit de la responsabilité civile", **Le temps dans la responsabilité civile**, Colloque du droit de la responsabilité civile 2005, Université de Fribourg, Stämpfli Éditions SA, Berne, 2007, s. 107-138 (Péremption), s. 110; Aude Parein-Reymond, **La prescription extinctive**, Étude de droit romain et de droit suisse, Collection latine, Série II/Volume 10, Bâle, Helbing

sayede, kısa zamanaşımı süreleri dâhilinde taleplerini ileri süren taraflar arasında, bir an önce açık ve kesin bir hukuki durum yaratılmış olacaktır. Bunun dışında, söz konusu süreler satıcı ve alıcı açısından da önem arz etmektedir.

Satıcı açısından bakılacak olursa, ayıptan sorumlulukta zamanaşımı sürelerinin, diğer zamanaşımı sürelerinde olduğu gibi, borçlu konumunda yer alan satıcı lehine getirilmiş bir hukuki argüman olduğu ve satıcının dava esnasında bu sürelerin tamamlandığını ileri sürmesiyle birlikte sorumluluktan kurtulacağı öncelikle tespit edilebilir. Satıcı, henüz zamanaşımı def'ini ileri sürmeden, zamanaşımı süresinin tamamlandığı re'sen nazara alınamayacağı için, zamanaşımı süreleri ayıptan sorumluluğu doğrudan doğruya değil, dolaylı olarak sınırlandırmaktadır. O halde, zamanaşımı süreleri, satıcıyı hukuken yersiz ve zamanın eskittiği hukuki ilişkilerden kaynaklanan taleplere ve sonu gelmez dava tehditlerine karşı korumayı amaç edinmektedir⁶. Bu sebeple, zamanaşımı süresinin dolması, bir nevi, borçlunun alacaklıya karşı “*unutulma hakkı (droit à l'oubli)*” olarak ifade edilmektedir⁷. Ayrıca, zamanaşımı kurumu, satıcıyı kendisi açısından yerine getirilmesi imkânsız bir ispat yükünden de kurtarmayı hedeflemektedir⁸. Bu

Lichtenhahn, 2014 (Prescription), s. 153; İsvFM, ATF 143 III 348; ATF 136 II 187; ATF 132 III 226 = JdT 2007 I 445.

⁶ Gauch, **Entreprise**, N 2199; Gauch, Schluep, Tercier, **Obligations**, N 2035; Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 127 N 3; Däppen, **BaslerKomm**, OR Vorbem. Art. 127-142 N 1; Stephen V. Berti, **Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch**, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR), Das Erlöschen der Obligationen, Zweite Lieferung, Art. 127-142 OR, Band/Nr. V/1h, 3. völlig neu bearbeitete Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2002 (ZürcherKomm), OR Art. 129 N 2; Bucher, **OR AT**, s. 444; Pichonnaz, **Dommages-intérêts**, s. 77; Niklaus, **Prescription**, N 54; Venturi, **Réduction**, N 794; Necip Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, Birinci Cilt, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukukî İşlem Sözleşme, Yenilenmiş 4. Basıdan 7. Tıpkı Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017 (Borçlar Genel), s. 46; Mehmet Erdem, **Özel Hukukta Zamanaşımı**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010 (Zamanaşımı), s. 9, 10; İsvFM, ATF 143 III 348; ATF 136 II 187; ATF 137 III 16 = JdT 2013 II 315 = SJ 2011 I 373; ATF 114 II 131 = JdT 1988 I 508.

⁷ David Bouverat, Pierre Wessner, “Quelques questions choisies liées à la prescription extinctive : un état des lieux en droit suisse et quelques regards de droit comparé”, **AJP** 2010, s. 951-970 (AJP 2010), s. 952.

⁸ Bucher, **OR AT**, s. 444; Georges Capitaine, **Des courtes prescriptions, des délais et actes de déchéance (péremptions) du CCS et du CO**, Georg et Cie S.A., Genève, 1937 (Prescription), s. 22; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 210 N 1; Honsell, **BaslerKomm**, OR Art. 210 N 2; Peter Nabholz, **Verjährung und Verwirkung als Rechtsuntergangsgründe infolge Zeitablaufs**, Dissertation der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte, Zürich, 1958 (Verjährung), s. 30; Schwander, **Verjährung**, s. 2; Karl Spiro, **Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatalefristen**, Band 1, Die Verjährung der Forderungen, Verlag Stämpfli & Cie AG, Bern, 1975 (Begrenzung I), s. 11-17; Theo Guhl, Alfred Koller, **Das Schweizerische Obligationenrecht -mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts**, 9. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2000 (Obligationenrecht), § 39 N 1; Selâhattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Halûk Burcuoğlu, Atillâ Altop, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993 (Borçlar Genel), s. 1030; İsvFM, ATF 143 III 348; ATF 136 II 187.

açından, zamanaşımı *tamamlayıcı bir ispat aracı (Beweisersatz)* olma özelliği göstermektedir⁹. Aynı şekilde zamanaşımı, satıcıyı farkında olmadığı, beklemediği veya kendisine yönelmesinden korktuğu taleplere karşı da korumayı amaçlamaktadır. Zira, kanunun belirli bir sürenin geçmesiyle birlikte, süreklilik arz eden hukuki duruma (*statu quo*) güvenen satıcıyı koruması gerektiği ifade edilmektedir¹⁰.

Alıcı açısından bakılacak olursa, ayıptan sorumlulukta kısa zamanaşımı süreleri, hakkını yitirme tehlikesi karşısında alıcıyı bir an evvel dava açmaya ve hakkını koruma altına almaya sevk etmekte; ayrıca, hukuki ilişkilerin daha hızlı bir şekilde çözüme kavuşturulmasını sağlamaktadır¹¹. Öte yandan, zamanaşımı süreleri kendi işlerinde tedbirli davranmayarak, hakkını koruma altına alma konusunda ihmalkâr davranan alıcıyı cezalandırmakta ve bir çeşit hukuki yaptırıma tabi tutmaktadır¹². Bu açıdan bakıldığında, zamanaşımı sürelerinin geçmesi, her ne kadar hakkı sona erdirmese de, satıcıya ifayı sürekli olarak reddetme imkânı tanıdığı için¹³,

⁹ Mehmet Erdem, “Zamanaşımı, TBK m. 146-161”, **İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu**, (ed. : Turgut Öz, Faruk Acar, Emre Gökyayla, H. Murat Develioğlu), Cilt 2-3, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019, s. 1761-2001 (İstanbul Şerhi), TBK m. 146 N 6; Niklaus, **Prescription**, N 54, 55.

¹⁰ Niklaus, **Prescription**, N 55; Schwander, **Verjährung**, s. 2, 3; Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt II, 2. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1977 (Borçlar Genel), s. 518; **İsvFM**, ATF 143 III 348; ATF 136 II 187.

¹¹ Brehm, **BaslerKomm**, OR Art. 60 N 4; Capitaine, **Prescription**, s. 25; Guhl, Koller, **Obligationenrecht**, § 39 N 1; Nabholz, **Verjährung**, s. 31; Albert Oesch, **Essai dogmatique sur la prescription en droit suisse**, Thèse de licence et de doctorat présentée à la Faculté de Droit de l'Université de Lausanne, Imp. Henri Moulin, Lausanne, 1934 (Prescription), s. 8; Hugo Oser, Wilhelm Schönenberger, **Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch**, V. Band: Das Obligationenrecht, Erster Halbband: Art. 1-183, 2. umgearbeitete Auflage, Schulthess&Co, Zürich, 1929 (ZürcherKomm), OR Vorbem. zu Art. 127-142 N 3; Pierre Pétermann, “Les prescriptions des actions”, **RSA 27/1959**, s. 299-313, 353-367, 395-402; **RSA 28/1960**, s. 4-15 (Prescriptions), s. 304; Pichonnaz, **Dommages-intérêts**, s. 77, 78; Niklaus, **Prescription**, N 57. Aynı yönde bkz. Spiro, **Begrenzung I**, s. 20, 21. Söz konusu amacın öncelikli olduğu yönünde bkz. Ahmet M. Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 23. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019 (Borçlar Genel), s. 1096; **İsvFM**, ATF 137 III 16 = JdT 2013 II 315 = SJ 2011 I 373.

¹² Becker, **BernerKomm**, OR Vorbem. zu Art. 127-142 N 7; Virgile Rossel, **Manuel du droit fédéral des obligations**, Tome I, 4ème édition, Librairie Payot, Lausanne, Genève, 1920 (Obligations), s. 188; Jean-Albert Wyss, **La péremption dans le code civil suisse**, Thèse de licence et de doctorat présentée à la Faculté de Droit de l'Université de Lausanne, Imprimerie Vaudoise, Lausanne, 1957 (Péremption), s. 49. Karşı görüşte bkz. Nabholz, **Verjährung**, s. 33; **İsvFM**, ATF 137 III 16 = JdT 2013 II 315 = SJ 2011 I 373.

¹³ Bu sebeple, zamanaşımı def'i aynı zamanda “(hak) düşürücü def'i (exception péremptoire - peremptorische Einrede)” olarak da adlandırılmaktadır. Bkz. Claude Frossard, **Les obligations naturelles et la garantie de leur exécution en Droit suisse**, Imprimerie du Grand-Pont, Lausanne, 1960 (Obligations naturelles), s. 45; Schwenger, **OR AT**, N 5.01; Bernhard Berger, **Allgemeines Schuldrecht**, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil mit Einbezug des Deliktsrechts und Einführung in das Personen- und Sachenrecht, 3. Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2018 (OR AT), N 1434; Tercier, Pichonnaz, **Obligations**, N 321; Gauch, Schluep, Schmid, Emmenegger, **OR AT**, N 3361; Pierre Tercier, Pascal Pichonnaz, H. Murat Develioğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016 (Borçlar Genel), N 287; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 357; Niklaus, **Prescription**, N 126; Bernard Jäger, “La prescription des créances en dommages-intérêts”, **Journées du droit de la circulation routière**, Fribourg, 1984, s. 1-30 (Prescription), s. 3; Guillaume Fournier, **La prescription de l'action en dommages-**

alıcının ayıptan sorumluluk hükümlerine başvurmasına engel olmaktadır. Zamanaşımı süresinin dolmasıyla birlikte, alıcının ayıptan doğan alacak haklarını elde etmesi ve ifa menfaatini tam anlamıyla sağlayabilmesi, artık borçlunun vicdanına terk edilmekte ve borçlu isterse, def'i yoluyla alacaklının bütün taleplerini bertaraf edebilmektedir. O halde, ayıptan sorumluluk hükümlerine başvurmak isteyen alıcının, zamanaşımı sürelerine riayet etmesi mecburiyeti, kendisi açısından kaçınılmazdır. Aksi halde, dava veya takip yoluyla ileri sürdüğü taleplerinin akamete uğraması söz konusu olabilecektir.

II. Bazı Hukuk Sistemlerinde Ayıptan Sorumlulukta Zamanaşımı Sürelerinin Düzenleniş Biçimi

A. Roma Hukuku'nda

Ayıptan sorumluluk rejiminin gelişimi, Roma Hukuku'nda üç ana döneme ayrılarak incelenmektedir. Bunlardan ilki, Eski Roma Hukuku Dönemi'dir. Çok sınırlı olsa da, ayıptan sorumluluğun ilk nüvelerine bu dönemde rastlanmaktadır. Zira, eski hukuk dönemine hâkim olan temel prensip "*caveat emptor (alıcı gözünü aç)*" kuralı olarak ifade edilen, alıcının ne aldığını bilmesi ve ona göre tedbirli davranması gerektiği yönündeki ilkedir¹⁴. Öte yandan, On İki Levha Kanunları'na göre, alıcının "*actio modo agri*" yoluyla taşınmazın yüz ölçümünün eksik çıkması sebebiyle, eksik çıkan kısmın bedelinin iki katına kadar kendisine ödenmesini talep edebilmesi de (krş. TBK m. 244 f. II) mümkün kılınmıştır¹⁵.

intérêts: une réflexion sur la relation délit-contrat en droit privé, au regard notamment de l'avant-projet de modification et d'unification du droit de la responsabilité civile, Thèse présentée à la Faculté de droit de l'Université Fribourg (Suisse), Fribourg, 2009 (Prescription), s. 5; M. Kemal Oğuzman, M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt I, 17. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019 (Borçlar Genel, Cilt I), N 1903

¹⁴ Pichonnaz, **Fondements romains**, N 2082; Michel Amaudruz, **La garantie des défauts de la chose vendue et la non-conformité de la chose vendue dans la loi uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers corporels**, Étude de droit comparé, Imprimerie Jean Bron, Lausanne, 1968 (Garantie), s. 17. Bu dönemde alıcı, satıcıyı nitelik eksikliklerini garanti etmeye zorlayamıyor olsa da *stipulatio* yoluyla söz konusu niteliklerin alıcıya vadedilmesi mümkündür. Bkz. Brégi, **Romain**, s. 193, 194; Robaye, **Romain**, s. 263.

¹⁵ Jean-François Brégi, **Droit romain**, Les obligations, Universit -Droit, Ellipses  dition, Paris, 2006 (Romain), s. 193; Pascal Pichonnaz, **Les fondements romains du droit priv **, Schulthess M dias Juridique SA, Gen ve, Zurich, B le, 2008 (Fondements romains), N 2083; Ren  Robaye, **Le droit romain**, 3 me  dition, Academia Bruylant, Bruxelles, 2005 (Romain), s. 263; B lent Tahiro lu, **Roma Bor lar Hukuku**, Der Yayınları, İstanbul, 2016 (Roma Hukuku), s. 214, dn. 203.

Klasik Hukuk Dönemi'nde ise ayıptan sorumlulukta alıcı lehine öngörölmüş iki koruma sistemi meydana getirilmiştir. Bunlar *jus civile sistemi* ve *aedilis curulis'lerin edictum'larıdır*. Jus Civile Sistemi'nde “*actio empti*” yoluyla, dürüstlük kuralına (*bona fides*) aykırı davranarak, satılanı ayıplı devreden satıcıya karşı dava açmak mümkün hale gelmiştir¹⁶. Kural olarak, ayıplardan sorumlu olmayan satıcı, *mancipatio* esnasında bir nitelik vaadinde bulunursa (*dicta - promissa*)¹⁷ yahut bildiği bir ayıbı alıcıya söylemeyerek onu yanıltmışsa (*dolus malus*) sorumlu tutulurdu (krş. eBK m. 196 ve m. 207 f. III)¹⁸. *Actio empti* yoluyla alıcı, “*quod actoris interest*” yani müspet zararın tazminini isteyebilir, bu kapsamda hem bedel farkını hem de ayıptan doğan doğrudan zararının giderilmesini talep edebilirdi. *Stipulatio* yoluyla vad edilen niteliklerin (*promissa*) eksik çıkması durumunda ise “*actio ex stipulatu*” yoluyla satıcıya karşı dava açmak mümkündü¹⁹. Bu dönemde her türlü nitelik eksiklikleri için dava açmak mümkün olsa da, bunun için, ya satıcının aldatması (*dolus*) ya da *dicta* veya *promissa* bulunması gerekmektedir.

Klasik Hukuk Dönemi'nde ayıptan sorumluluk, bir çeşit belediye görevlisi sayılan *aedilis curulis'lerin* pazarların düzenli bir şekilde işleyişini temin etmek için ortaya koydukları *edictum'larla* birlikte gelişmiştir²⁰. Zira, bu dönemde kural olarak satılanın ayıplarından sorumlu olmayan satıcı, sadece malı olduğu gibi alıcıya devretmekle yükümlü idi²¹. Satılanın nitelikleri satış sözleşmesinin esasına dâhil değildi. Yalnızca pazarlarda akdedilen satış sözleşmeleri için geçerli olan bu *edictum'lar* ise, temelde en çok ticareti yapılan köle ve hayvan satışı için, satıcının

¹⁶ Pichonnaz, **Fondements romains**, N 2087; Türkân Rado, **Roma Hukuku Dersleri**, Borçlar Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014 (Roma Hukuku), s. 99; Tahiroğlu, **Roma Hukuku**, s. 215.

¹⁷ Satıcının sözleşme öncesi görüşmelerde gerçekleştirdiği nitelik vaatlerine *dicta*, resmi bir şekilde *stipulatio* yoluyla nitelik vaadedilmesine ise *promissa* denmekteydi. Bkz. Pichonnaz, **Fondements romains**, N 2089-2091; Jean-Philippe Dunand, Bruno Schmidlin, Bénédict Winiger, **Droit privé romain II : Obligations**, 2ème édition revue et corrigée, Faculté de droit de l'Université de Genève, Helbing Lichtenhahn, Genève, Bâle, 2012 (Romain), s. 90. Şayet satıcı *promissa* yoluyla bazı nitelikleri vadetmekten kaçınırsa alıcı, iki ay içinde ödemiş olduğu bedelin iadesini isteyebilmekte ve altı ay içerisinde de ayıp sebebiyle bedel indirimi talep edebilmekteydi. Bkz. Brégi, **Romain**, s. 194.

¹⁸ Pierre Cavin, “Considération sur la garantie en raison des défauts de la chose vendue”, **SJ 1969**, s. 329-345 (Considérations), s. 332; Stanislas, **Résolution**, s. 105; Pichonnaz, **Fondements romains**, N 2088; Dunand, Schmidlin, Winiger, **Romain**, s. 90, 91; Ziya Umur, **Roma Hukuku Ders Notları**, Tıpkı 3. Basım, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2010 (Roma Hukuku), s. 364, 365; Kenan Tunçomağ, **Türk Borçlar Hukuku**, Cilt II, Özel Borç İlişkileri, Akdin Muhtelif Nev'ileri, 3. Bası, Sermet Matbaası, İstanbul, 1977 (Borçlar Özel), s. 117.

¹⁹ Pichonnaz, **Fondements romains**, N 2091; Tahiroğlu, **Roma Hukuku**, s. 216.

²⁰ Stanislas, **Résolution**, s. 105; Pichonnaz, **Fondements romains**, N 2086-2102; Raynard, Seube, **Contrats**, s. 201; Brégi, **Romain**, s. 194; Dunand, Schmidlin, Winiger, **Romain**, s. 91, 92; Umur, **Roma Hukuku**, s. 364, 365; Rado, **Roma Hukuku**, s. 99, 100;

²¹ Bu konuda bkz. Dunand, Schmidlin, Winiger, **Romain**, s. 90; Robaye, **Romain**, s. 263.

bazı nitelikleri garanti etmesini zorunlu kılmıştı²². Şayet satılarda bir nitelik eksikliği mevcutsa, bu durumda alıcının iki seçimlik hakkı bulunmaktaydı. Bunlar halen modern hukuk sistemlerinde kullanılan sözleşmeden dönme (*actio redhibitoria - action rédhibitoire - Wandelungsklage*)²³ ve bedel indirimi (*actio quanti minoris/aestimatoria - action minutoire/estimatorie - Minderungsklage*) seçimlik haklarıdır²⁴. Alıcının seçimlik haklarını ifade etmek üzere kullanılan Fransızca “*actions édiliciennes*” kavramı, seçimlik haklara vücut veren *edictum*’lara dayanmaktadır²⁵. Ancak, unutmamak gerekir ki, *edictum* yoluyla sağlanan koruma, yalnızca pazarlarda ve sadece köle ile hayvan satışı için geçerliydi.

Zamanaşımı süresi açısından bakacak olursak, alıcının sözleşmeden dönme yani *actio redhibitoria* davasını açabilmesi için, ayıbı öğrendiği andan itibaren altı ay içerisinde talebini ileri sürmesi gerekmektedir²⁶. Şayet, alıcı, bedel indirimi yani *actio quanti minoris* hakkını kullanmak istiyorsa, bir yıl içerisinde dava açmak zorundaydı²⁷. Bu açıdan, dikkati çeken ilk husus, bu sürelerin “*utile tempus*” yani

²² Pichonnaz, **Fondements romains**, N 2093-2095; Brégi, **Romain**, s. 194; Dunand, Schmidlin, Winiger, **Romain**, s. 91, 92; Robaye, **Romain**, s. 263; Rado, **Roma Hukuku**, s. 99, 100. Örneğin köleler açısından edictum ile kölenin önüne bir tabela konulması ve belirli nitelik eksikliklerinin bu tabelalara yazılması zorunlu tutulmuştu. Bkz. Brégi, **Romain**, s. 194. Bu dönemde “*caveat emptor (alıcı gözünü aç)*” olarak ifade edilen, alıcının ne aldığını bilmesi gerektiği yönündeki prensip, yerini satıcının ne sattığını bilmesi gerektiği yönündeki güncel anlayışa bırakmaktadır. Bkz. Robaye, **Romain**, s. 263, 264. “*caveat emptor*” prensibi “*savruk alıcı korunmaz*” şeklinde de ifade edilmektedir. Bkz. Serozan, **Borçlar Özel**, N 727.

²³ Bu durumda köle veya hayvan, elde edilen yararlarla birlikte iade edilerek satış bedeli satıcıdan geri istenebilir, taraflar satış sözleşmesini hiç akdetmeselerdi malvarlıklarının içinde bulunacağı durumun yeniden sağlanması talep edilebilirlerdi. Ayrıca, satıcı ayıptan doğan zararları, örneğin köle hırsızlık yapmışsa çalınan malların bedelini de tazmin etmek zorundaydı. Bu durum CO art. 208 ve TBK m. 229 hükümlerinin temelini oluşturmaktadır. Bkz. Pichonnaz, **Fondements romains**, N 2099; Dunand, Schmidlin, Winiger, **Romain**, s. 91.

²⁴ Brégi, **Romain**, s. 194; Dunand, Schmidlin, Winiger, **Romain**, s. 92; Pichonnaz, **Fondements romains**, N 2099-2101; Rado, **Roma Hukuku**, s. 99, 100; Doğan Kara, “İsviçre-Türk Hukuk Sisteminde Ayıptan Sorumluluk Çerçevesinde Doğrudan ve Dolaylı Zarar Ayrımı”, **GSÜHFD**, 2018/1, s. 483-530 (Doğrudan-Dolaylı Zarar), s. 486, 487.

²⁵ Dunand, Schmidlin, Winiger, **Romain**, s. 90; Stanislas, **Résolution**, s. 105; Pichonnaz, **Fondements romains**, N 2086-2102.

²⁶ Pichonnaz, **Fondements romains**, N 2100; Dunand, Schmidlin, Winiger, **Romain**, s. 92; Brégi, **Romain**, s. 194; Robaye, **Romain**, s. 264; Umur, **Roma Hukuku**, s. 364, 365; Rado, **Roma Hukuku**, s. 100. Digesta’da Ulpianus’a atfen bu husus şöyle açıklanmaktadır (D.21.1.38): “... morbi autem vitiive causa inemptis faciendis in sex mensibus, vel quo minoris cum venirent fuerint, in anno iudicium dabimus... (Hastalıklar ve eksiklikler açısından alıcıya satış sözleşmesini feshetmesi için altı aylık bir süre tanıyoruz, bu süre bedel indirimi istenmesi durumunda bir yıldır)”. Bkz. Theodorus Mommsen, Corpus Iuris Civilis, **Iustiniani Digesta**, 1872 (çevrimiçi, www.droitromain.univ-grenoble-alpes.fr, 15.3.2020). Bu konuda bkz. Dunand, Schmidlin, Winiger, **Romain**, s. 93.

²⁷ Brégi, **Romain**, s. 194; Dunand, Schmidlin, Winiger, **Romain**, s. 92; Pichonnaz, **Fondements romains**, N 2101; Robaye, **Romain**, s. 264; Umur, **Roma Hukuku**, s. 364, 365; Rado, **Roma Hukuku**, s. 100. Nitekim, Roma Hukuku’nda gerek hukuk gerekse ceza davaları genelde bir yılda zamanaşımına uğramaktadır. Bkz. Brégi, **Romain**, s. 285. Ayrıca, bedel indiriminde esas alınacak

“*faydalı süre*” olmasıdır. “*Utiles*” olarak nitelendirilen süreler, yalnızca *Praetor*’un adalet dağıttığı ve alıcının dava açma imkânına sahip olduğu günlerde işleyen zamanaşımı süreleridir²⁸. Bu süreler, alıcının hasta olduğu veya hapiste olduğu zamanlarda işlemediği gibi, pek çok dini temelli bayram içeren Roma kültüründe, tatil sayılan sürelerde de işlememekteydi. Zira, durma sebeplerinin sınırlı sayıda olmadığı Roma Hukuku’nda “*Alacaklının herhangi bir nedenle dava açma imkânından yoksun olması halinde zamanaşımı işlemez (contra non valentem agere nulla currit praescriptio) kuralı*” geçerliydi²⁹. Dikkati çeken ikinci husus ise, söz konusu sürelerin alıcının ayıbı öğrenmesiyle birlikte işlemeye başlaması durumudur³⁰. Roma Hukuku’nda, ayıptan sorumlulukta olduğu gibi, sürenin hak sahibinin hakkın doğumuna sebebiyet veren vakıaları öğrenmesinden itibaren işlemeye başlaması durumunda, bu süreler ise “*utile ratione initii*” denmekteydi³¹.

Son olarak, Justinianus Dönemi’nde edictum yoluyla tanınan haklar *jus civile* içerisine alınarak gerçek bir ayıptan sorumluluk rejiminin temeli atılmış ve uygulama alanı, taşınmazlar da dâhil olmak üzere bütün satışları kapsar şekilde genişletilmiştir³². Böylece, alıcı *actio empti* yoluyla uğradığı müspet zararın tazminini (*quod actoris interest*) isteyebiliyor, sözleşmeden dönebiliyor (*actio redhibitoria*) veya satış bedelinden indirim (*actio quanti minoris*) talep edebiliyordu. Bu durumda kast (*dolus*) aranmadığı gibi, satıcı kusursuz dahi olsa, satılanın ihtiva ettiği ayıplardan sorumlu tutuluyordu³³. Öte yandan, satıcının ağır kusurlu olması durumunda ise, zamanaşımı süresinin bulunmadığı kabul edilmekteydi (krş. TBK m.

satış bedeli, satış sözleşmesinin akdedildiği ana göre hesap edilmekteydi. Bkz. Robaye, **Romain**, s. 264.

²⁸ Parein-Reymond, **Prescription**, s. 14, 15; Pichonnaz, **Fondements romains**, N 2101. Ünlü Digesta’da Ulpianus’tan iktibasen bu husus şöyle ifade edilmiştir (D.44.3.1): “...Sıklıkla söz konusu olduğu gibi ‘*utiles*’ günler kişinin hakkını takip edebildiği süreler anlaşılmaktadır. Bu durumda ‘*dies utiles*’ kavramından bahsetmek için kişinin öncelikle hakkını takip edebilme imkânının bulunması gerekmektedir. Bu durum ise talep eden kişinin dava açma ehliyetinin bulunmasını gerekli kılar. Ancak kendisinin veya kendisi yerine başka birinin kendisini savunma imkânının bulunması yeterli değildir. Ayrıca, talep eden kişinin dava açmasını engelleyecek herhangi bir meşru sebebinde bulunmaması gerekmektedir...”. Bkz. Theodorus Mommsen, *Corpus Iuris Civilis, Iustiniani Digesta*, 1872 (çevrimiçi, www.droitromain.univ-grenoble-alpes.fr, 15.3.2020). Nitekim, zamanaşımının durma sebepleri, temelde “*utile tempus*” kavramından esinlenilerek getirilmiştir. Bu konuda ayrıca bkz. Oesch, **Prescription**, s. 107.

²⁹ Oesch, **Prescription**, s. 106, 107; Parein-Reymond, **Prescription**, s. 63 vd.; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 256. Aynı yönde bkz. Brégi, **Romain**, s. 286.

³⁰ Pichonnaz, **Fondements romains**, N 2101.

³¹ Parein-Reymond, **Prescription**, s. 14, 15.

³² Stanislas, **Résolution**, s. 105, 106; Cavin, **Considérations**, s. 332; Brégi, **Romain**, s. 194; Pichonnaz, **Fondements romains**, N 2103; Dunand, Schmidlin, Winiger, **Romain**, s. 93; Robaye, **Romain**, s. 264; Umur, **Roma Hukuku**, s. 365; Tahiroğlu, **Roma Hukuku**, s. 218.

³³ Pichonnaz, **Fondements romains**, N 2104; Dunand, Schmidlin, Winiger, **Romain**, s. 93; Umur, **Roma Hukuku**, s. 365; Rado, **Roma Hukuku**, s. 100.

231 f. II)³⁴. Bu durumda alıcı, her zaman satıcıya karşı dava açabildiği gibi, tam tazminat prensibi uyarınca, uğradığı fiili zararların (*damnum emergens*) yanı sıra, kazanç kayıplarını (*lucrum cessans*) da talep edebiliyordu³⁵.

Sonuç olarak, belirtmek isteriz ki, Roma Hukuku'nda gelişme göstermiş olan söz konusu sistem, gerek ayıptan sorumlulukta öngörülen haklar gerekse süreler açısından, günümüz hukuk sistemlerini derinden etkilemiştir. Roma Hukuku'nda öngörülen kısa zamanaşımı süreleri, Pandekt hukukçuları tarafından 19. yüzyılında kodifiye edilerek, Almanya'da pek çok kanuna alınmıştır³⁶. 1 Ocak 2002 tarihinde yürürlükten kalkan eski BGB § 477 hükmünde, ayıptan doğan davalarda zamanaşımı süresi, romanist geleneğe sadık kalınarak, taşınırlarda altı ay, taşınmazlarda bir yıl olarak öngörülmüştür. 1855 tarihli Zürih Medeni Kanunu § 1426'da ayıptan doğan hakların ayıbın ortaya çıkmasından ve en geç satılanın devredilmesinden itibaren altı ayda zamanaşımına uğrayacağı düzenlenmiştir. Munzinger tasarısında ise altı aylık süre kısa bulunarak, 256. maddede ayıptan doğan hakların satılanın tesliminden itibaren bir yılda zamanaşımına uğrayacağı belirtilmiştir. Ayrıca, Munzinger tasarısında ayıplı ifa def'ine de yer verilerek, zamanaşımı süresi içinde ayıp bildiriminde bulunulmuşsa, ayıptan doğan hakların, def'i yoluyla ileri sürülebileceği ifade edilmiştir. Son olarak, 1881 tarihli eski İsviçre Federal Borçlar Kanunu'nda aCO art. 257-259 hükümlerinde ayıptan doğan davaların, satılanın tesliminden itibaren bir yılda zamanaşımına uğrayacağı, ilgili sürenin uzatılabileceği, şayet ayıp bildiriminde bulunulmuşsa ayıptan doğan def'i haklarının bu süresinin geçmesiyle sona ermeyeceği ve son olarak satıcının alıcıyı kasten yanıltması durumunda kısa zamanaşımı sürelerinin uygulanmayacağı düzenlenmiştir.

³⁴ Brégi, **Romain**, s. 194; Robaye, **Romain**, s. 264. Söz konusu düzenleme, eBK m. 207 f. II ve CO art. 210 al. VI hükmünün de temelini oluşturmaktadır. TBK m. 231 f. II hükmünde ise satıcının ağır kusuru esas alınmıştır. Bu durumda ayıptan doğan kısa zamanaşımı süreleri uygulanmayacaksa da, bu husus herhangi bir zamanaşımı süresinin bulunmadığı anlamına da gelmemektedir. Bkz. B.4/I/B.

³⁵ Dunand, Schmidlin, Winiger, **Romain**, s. 93; Robaye, **Romain**, s. 264. Nitekim, bu yöndeki kurallar sözleşmeden dönme halinde doğrudan ve dolaylı zararın tazminini öngören TBK m. 229 hükmüne de kaynaklık etmiştir. Bkz. Pichonnaz, **Réflexions**, s. 401, 402; Kara, **Doğrudan-Dolaylı Zarar**, s. 487.

³⁶ Bu kısımdaki açıklamalar için bkz. Hans Giger, **Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht**, Band VI: Das Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 1. Teilband: Kauf und Tausch - Die Schenkung, 1. Abschnitt: Allgemeine Bestimmungen - Der Fahrniskauf, Kommentar zu Art. 184-215, 2. Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern, 1980 (BernerKomm), CO Art. 210 N 5, 6.

B. Fransız Hukuku'nda

Fransız Medeni Kanunu (CCFr) m. 1641 hükmüne göre “*satıcı, satılanın tahsis edildiği kullanım amacını elverişsiz kılan, kullanılabilirliğini alıcının elde edemeyeceği şekilde azaltan yahut farkında olunsaydı daha az satış bedeli ödenmesine sebep olacak olan gizli ayıplardan dolayı garanti sorumluluğu altındadır*”³⁷. Fransız Hukuku'nda satıcının ayıptan sorumlu tutulabilmesi için, CCFr art. 1642 uyarınca satılанда, alıcının tespit edemeyeceği bir gizli ayıbın (*vice caché*) bulunması şarttır. Şayet satılанда açık ayıp (*vice apparent*) mevcutsa, satıcının ayıptan sorumluluğunun bulunmadığı kabul edilmektedir. Satılанда bir gizli ayıbın yani alıcının ayıptan sorumluluğa başvurmasını sağlayacak derecede bir eksikliğin bulunabilmesi için, üç şartın gerçekleşmesi gerekmektedir. Bunlardan ilki, CCFr art. 1641 hükmünde ifade edilen, satılanın “*mutat kullanıma elverişsiz (impropre à son usage normal)*” olması şartıdır³⁸. Nitekim, bu husus “*satılanın feshini gerektiren ayıp (vice rédhibitoire)*” kavramıyla açıklanmaktadır. O halde, satılanın kullanılabilirliğini engelleyen, önemsiz veya kolayca giderilebilir olmayan³⁹ ve yalnızca zevk icabı bulunması gerekmeyen⁴⁰ ayıp, satıcının sorumluluğunu doğurmaktadır. Alıcı, yalnızca bu ihtimalde, ayıptan sorumluluk hükümlerinde kendisine sunulan bütün imkânlarla başvurabilir. Şayet bu şart gerçekleşmezse, yani satılândaki ayıp, yalnızca satılanın elverişliliğini azaltan bir nitelik eksikliğiye; alıcı, yalnızca bedel indirimi seçimlik hakkını kullanabilir⁴¹. İkinci şart, ayıbın gizli

³⁷ Fransız Hukuku'nda ayıptan sorumluluk için bkz. Philippe Malaurie, Laurent Aynès, Pierre-Yves Gautier, **Droit des contrats spéciaux**, 9ème édition, LGDJ Lextenso éditions, Issy-les-Moulineaux, 2017 (Contrats), s. 247 vd.; Alain Bénabent, **Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux**, 11ème édition, LGDJ Lextenso éditions, Issy-les-Moulineaux, 2017 (Contrats), s. 173 vd.; Jacques Raynard, Jean-Baptiste Seube, **Droit des contrats spéciaux**, 9ème édition, LexisNexis, Paris, 2017 (Contrats), s. 201 vd.; Pascal Puig, **Contrats spéciaux**, 6ème édition, édition Dalloz, Paris, 2015 (Contrats), s. 362 vd.; Jérôme Huet, Georges Decocq, Cyril Grimaldi, Hervé Lécuyer, **Traité de droit civil**, Les principaux contrats spéciaux, 3ème édition, LGDJ Lextenso éditions, Paris, 2012 (Contrats), s. 300 vd.

³⁸ Malaurie, Aynès, Gautier, **Contrats**, s. 254; Bénabent, **Contrats**, s. 178; Puig, **Contrats**, s. 365. Nitekim, bu şart Türk Hukuku'nda TBK m. 219 f. I hükmünde “*kullanım amacı bakımından değerini ve alıcının ondan beklediği faydaları kaldıran veya önemli ölçüde azaltan ayıp*” şeklinde ifade edilmektedir.

³⁹ Örneğin bkz. **Cour de cassation**, Chambre civile 3, 28.3.2007, 06-12461 (lextenso). Türk Hukuku'nda da ayıbın önemli olması gerektiği ifade edilmektedir. Bkz. Cevdet Yavuz, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, (Yayına Hazırlayanlar: Cevdet Yavuz, Faruk Acar, Burak Özen), 10. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2014 (Borçlar Özel), s. 132.

⁴⁰ Fransız Yargıtayı'nın ilgili kararları için bkz. **Cour de cassation**, Chambre civile 1, 11.12.2013, 12-23.372 (lextenso); **Cour de cassation**, Chambre civile 1, 22.4.1997, 95-12.152 (lextenso): karara konu olayda satılan Jaguar'ın sayacının kilometre yerine mil göstergesi şeklinde olması, alıcının bir koleksiyoncu olması nazara alınarak, satının mutat kullanımını elverişsiz hale getirmedeği şeklinde yorumlanmıştır.

⁴¹ Puig, **Contrats**, s. 365; Bénabent, **Contrats**, s. 178.

olması, açık ayıbın bulunmaması; üçüncü şart ise, ayıbın satışa atfedilebilir olması, yani, ayıbın mülkiyetin alıcıya geçtiği satış sözleşmesinin akdedildiği andan önce mevcut olması şeklinde ifade edilmektedir⁴². Bu durumda, CCFr art. 1644 hükmüne göre, alıcı, Roma Hukuku'ndan beri mevcut olan iki imkâna sahiptir: sözleşmeden dönme (*action rédhibitoire - actio redhibitoria*) ve satış bedelinden indirim isteme (*action estimatoire - actio quanti minoris*)⁴³.

Fransız kanun koyucusu, medeni kanunun yürürlüğe girdiği 1804 yılından, 17 Şubat 2005 tarihinde gerçekleştirilen kanun değişikliğine kadar, CCFr art. 1648 hükmünde, satılanın ayıplı olmasından doğan davaların, alıcı tarafından, satılndaki ayıbın niteliği ve satışın yapıldığı yerdeki teamül nazara alınarak, *kısa bir süre içinde (dans un bref délai)* açılması gerektiğini öngörmüştü. Böylece, Fransız Medeni Kanunu'nda, bazı özel hükümler hariç olmak üzere⁴⁴, ayıptan sorumlulukta herhangi bir zamanaşımı süresi belirlenmemiş, davanın açılabilceği sürenin başlangıç anına yer verilmemiş ve bütün bu soruların cevabı hâkime bırakılmıştı⁴⁵. CCFr art. 1648 al. I hükmüyle yaratılan hukuki esneklik, ayıptan doğan garanti yükümlülüğünün pek çok farklı durumda, farklı şartlar altında meydana gelmesi ve söz konusu farklı olayların aynı şekilde değerlendirilemeyeceği düşüncesine dayanmaktaydı⁴⁶. Böylece, iki yüz yıl boyunca Fransız Hukuku'nda ayıptan sorumlulukta belirli bir zamanaşımı süresi tespit edilmeksizin, alıcının ayıptan doğan haklarını, kısa bir süre içinde kullanması yeterli görülmüştür.

⁴² Bénabent, **Contrats**, s. 179, 180; Malaurie, Aynès, Gautier, **Contrats**, s. 254, 255, 261; Puig, **Contrats**, s. 366-368; Raynard, Seube, **Contrats**, s. 212, 213. Tapu sicilinde açıkça yazan hususların gizli sayılamayacağı yönünde bkz. **Cour de cassation**, Chambre civile 3, 10.9.2008, 08-17086 (lextenso). Alıcının bilirkişi tarafından uyarılması durumunda gizli ayıbın bulunmadığı yönünde bkz. **Cour de cassation**, Chambre civile 3, 27.9.2006, 05-15924 (RDC 2007, s. 366). Fransız Hukuku'nda hasarın geçişi için bkz. Doğan Kara, "Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması (CISG) Uyarınca Hasar Sorunu ve Türk Borçlar Kanunu İle Karşılaştırılması", **PPIL** 38/1, 2018, s. 173-211 (Hasar), s. 115, 116.

⁴³ Bénabent, **Contrats**, s. 186, 187; Malaurie, Aynès, Gautier, **Contrats**, s. 265; Puig, **Contrats**, s. 373, 374; Raynard, Seube, **Contrats**, s. 217; Huet, Decocq, Grimaldi, Lécuyer, **Contrats**, s. 300.

⁴⁴ Fransız kanun koyucusu, inşa edilecek yapıların satışında, gemi satışında ve hayvan satışında farklı süreler öngörmüştür. Farklı örnekler için bkz. Bénabent, **Contrats**, s. 185; Malaurie, Aynès, Gautier, **Contrats**, s. 262, dn. 61; Puig, **Contrats**, s. 369.

⁴⁵ Malaurie, Aynès, Gautier, **Contrats**, s. 261, 262; Bénabent, **Contrats**, s. 173, 184; Raynard, Seube, **Contrats**, s. 214, 215; Huet, Decocq, Grimaldi, Lécuyer, **Contrats**, s. 295, 296. Söz konusu hükmün Napolyon Kanunu'nda sürenin belirlenmeyerek, takdirin hâkime bırakıldığı tek durum olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Malaurie, Aynès, Gautier, **Contrats**, s. 262. Söz konusu hükmün Roma Hukuku'nda köle ve hayvan satışında satıcının ayıplardan yalnızca kısa bir süre sonra ileri sürülmesi durumunda sorumlu olacağının öngörülmesinden kaynaklandığı ifade edilmektedir. Bkz. Bénabent, **Contrats**, s. 184; Puig, **Contrats**, s. 369.

⁴⁶ Malaurie, Aynès, Gautier, **Contrats**, s. 262; Bénabent, **Contrats**, s. 184. Öte yandan, bu hüküm hukuki belirsizlik yaratması ve keyfiyete neden olması sebebiyle oldukça eleştirilmiştir. Bkz. Puig, **Contrats**, s. 369; Raynard, Seube, **Contrats**, s. 212, 213; Huet, Decocq, Grimaldi, Lécuyer, **Contrats**, s. 296 vd.

18 Şubat 2007 tarihinde yürürlüğe girmiş olan kanun değişikliğiyle, satılanın ayıplarından sorumluluk açısından belirli bir zamanaşımı süresi kabul edilmiştir. CCFr art. 1648 al. I hükmünün yeni düzenlemesine göre: “*satılanın ayıplı*⁴⁷ *olmasından doğan davalar alıcı tarafından ayıbın öğrenilmesinden itibaren iki yıllık süre içinde açılmalıdır*”. Söz konusu hükme göre, ilk olarak, zamanaşımı süresinin başlangıç anı, ayıbın etkili bir şekilde öğrenildiği, tespit edildiği veya farkına varıldığı andır⁴⁸. Bu an, yalnızca nitelik eksikliğinin değil, aynı zamanda ayıbın kapsam ve mahiyetinin de öğrenilmesini gerekli kılar. İkinci olarak, zamanaşımı süresinin, alıcının satılandaki ayıbı tespit edebilecek durumda olmasıyla veya ayıbın görünür hale gelmesiyle birlikte de başlaması da mümkündür⁴⁹. Bu sebeple, Fransız öğretisinde, zamanaşımı süresinin başlangıç anının net bir şekilde öngörülmemesi sebebiyle, önceki kanun döneminde mevcut olan belirsizliğin halen tam anlamıyla giderilemediği ifade edilmektedir⁵⁰. Zamanaşımı süresi içinde, alıcının muhakkak dava açması gerekmektedir. Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvurulması zamanaşımı süresinin korunması açısından yeterli değildir⁵¹. Öte yandan, CCFr art. 1648 hükmünde nispeten kısa bir zamanaşımı süresi öngörülmüş olması sebebiyle, sürenin satıcı lehine getirildiği ifade edilmekte ve alıcı lehine genişletici yoruma başvurulamayacağı belirtilmektedir⁵².

17 Haziran 2008 tarihli kanun değişikliği ile CCFr art. 2232 hükmünde zamanaşımı süresinin başlangıç noktasının ertelenmesi ya da zamanaşımının durması

⁴⁷ Esasen yalnızca satılanın ayıplı olması şeklinde çevirdiğimiz bu ifade, Fransız kanun koyucusu tarafından, CCFr art. 1168 hükmünde, yukarıda ifade ettiğimiz üzere, satılarda “*satışın feshini gerektirecek bir ayıbın bulunması (vice rédhibitoire)*” şeklinde ifade edilmektedir. Ancak, bu durumda, muhakkak sözleşmeden dönme hakkının kullanılması şart değildir. Bu sebeple, yukarıda yalnızca “*satılanın ayıplı olması*” tabirine yer verilmiştir.

⁴⁸ Malaurie, Aynès, Gautier, **Contrats**, s. 262; Bénabent, **Contrats**, s. 184; Puig, **Contrats**, s. 370. Ayrıca bkz. Malinvaud, Fenouillet, Mekki, **Obligations**, s. 909. Örneğin ayıp teknik bir eksikliğe dair ise zamanaşımı süresi bilirkişi raporunun sunulmasıyla başlayacaktır. Bkz. **Cour de cassation**, Chambre commerciale, du 6.3.2001, 98-18.562 (lextenso); Puig, **Contrats**, s. 370. Şayet bilirkişiler arasında görüş birliği bulunmazsa, zamanaşımı süresi resmi bilirkişi raporuyla birlikte işlemeye başlayacaktır. Bkz. **Cour de cassation**, Chambre civile 1, du 19.3.1991, 88-16.208 (lextenso).

⁴⁹ Raynard, Seube, **Contrats**, s. 215, 216; Malaurie, Aynès, Gautier, **Contrats**, s. 262; Huet, Decocq, Grimaldi, Lécuyer, **Contrats**, s. 299.

⁵⁰ Malaurie, Aynès, Gautier, **Contrats**, s. 262. Nitekim, genel zamanaşımı süresini düzenleyen CCFr art. 2224 hükmünde açıkça zamanaşımı süresinin, hakkın sahibinin hakkını icra edebileceği vakıaları öğrenmesi veya öğrenmesinin mümkün olması anından itibaren işlemeye başlayacağı açıkça öngörülmüştür. Bkz. Malaurie, Aynès, Gautier, **Contrats**, s. 262; Bénabent, **Obligations**, s. 662.

⁵¹ Malaurie, Aynès, Gautier, **Contrats**, s. 262; Raynard, Seube, **Contrats**, s. 216; Huet, Decocq, Grimaldi, Lécuyer, **Contrats**, s. 297, 298. Adli yardım talebi dâhil olmak üzere, her türlü davanın, sürenin korunması açısından yeterli olduğu yönünde bkz. Bénabent, **Contrats**, s. 185.

⁵² Malaurie, Aynès, Gautier, **Contrats**, s. 262.

veya kesilmesi yoluyla, zamanaşımı süresinin, hakkın (*objektif olarak*) doğduğu günden başlayarak, yirmi yılı aşacak şekilde etki doğuramayacağı düzenlenmiştir⁵³. Böylece, gerek kanunen zamanaşımının uzun yıllar sonra işlemeye başladığı durumlarda, gerek sözleşmeyle tarafların daha uzun bir zamanaşımı süresi kararlaştırmış olması ihtimalinde, gerekse durma ve kesilme sebepleriyle sürenin haddinden fazla uzadığı hallerde kanun koyucu yirmi yıllık bir *kesin süre (délai butoir)* öngörmüştür. Hukuk güvenliğini sağlamak amacıyla öngörülmüş olan söz konusu süre, esasen hakkın doğumundan itibaren değil de, daha sonraki bir andan -örneğin alıcının ayıbın varlığını öğrendiği veya öğrenmesinin mümkün olduğu andan- itibaren başlayacak olan zamanaşımı süresinin, hiçbir zaman dolmama tehlikesini bertaraf etmeyi amaçlamaktadır⁵⁴. Söz konusu hükmün ayıptan doğan alacak haklarının tabi olduğu iki yıllık zamanaşımı süresine de uygulanacağı kabul edilmektedir⁵⁵. Böylece, alıcının satılanın ayıplı olduğunu öğrendiği veya öğrenmesinin mümkün olduğu andan itibaren başlayacak olan iki yıllık süre, hakkın doğduğu yani *sözleşmenin kurulduğu andan itibaren* yirmi yıllık kesin süreyle sınırlandırılmış olmaktadır⁵⁶. Ancak, belirtmek gerekir ki, CCFr art. 2232 hükmünde öngörülen sürenin niteliği, Fransız öğretisinde tartışmalıdır. Bu sürenin bir hak düşürücü süre mi (*délai de déchéance*) yoksa bir zamanaşımı süresi mi (*délai de prescription*) olduğu, başka bir deyişle kamu düzenini koruma gibi saiklerle mi getirildiği, yoksa sadece taraf menfaatlerine mi hizmet ettiği ve böylece sözleşmeyle değiştirilip değiştirilemeyeceği konusunda görüş birliği bulunmamaktadır⁵⁷. Söz konusu tartışmanın en önemli tarafı ise, hâkimin yirmi yıllık kesin sürenin dolduğunu re'sen nazara alıp alamayacağı hususunda kendisini göstermektedir. Öte yandan, söz konusu kesin sürenin bedensel zararlar açısından (CCFr art. 2226) uygulanmayacağı, geciktirici şart gerçekleşene kadar ya da vade tamamlanana değin işleyen süreyi kapsamayacağı (CCFr art. 2233), eşler arasında zamanaşımı süresinin işlemediği yönündeki durma sebebini (CCFr art. 2236) etkilemeyeceği CCFr art. 2232 al. II

⁵³ Söz konusu hüküm Avrupa Birliği Hukuku, Alman Hukuku ve çeşitli uluslararası kanunlaştırma hareketleri göz önünde bulundurularak getirilmiş olup, ticari işlemlerin daha hızlı bir şekilde çözüme kavuşturulmasını amaçlamaktadır. Bkz. Malinvaud, Fenouillet, Mekki, **Obligations**, s. 929, 930; Bénabent, **Obligations**, s. 674. Alman Hukuku'nda bu süre otuz yıl olarak düzenlenmiştir. Bkz. BGB § 202; Medicus, Lorenz, **SchuldR BT**, § 9 N 22. CCFr art. 2232 hükmünün eleştirisi için bkz. Terré, Simler, Lequette, **Obligations**, s. 1525 vd.

⁵⁴ Terré, Simler, Lequette, **Obligations**, s. 1524; Malinvaud, Fenouillet, Mekki, **Obligations**, s. 929.

⁵⁵ Bénabent, **Contrats**, s. 185; Malaurie, Aynès, Gautier, **Contrats**, s. 262.

⁵⁶ Malaurie, Aynès, Gautier, **Contrats**, s. 262.

⁵⁷ Söz konusu tartışmalar için bkz. Malinvaud, Fenouillet, Mekki, **Obligations**, s. 931.

hükmünde ayrıca düzenlenmiştir. Alacaklının dava veya icra takibine başvurması sebebiyle zamanaşımı süresinin kesilmesi durumunda da (CCFr art. 2241 ve art. 2244) yirmi yıllık süre uygulanmayacaktır.

Fransız Tüketici Kanunu m. L218-2 hükmünde⁵⁸, ticari ve mesleki amaçla hareket eden satıcı veya sağlayıcılar ile tüketiciler arasında akdedilen sözleşmelerden doğan davaların, satılanın tesliminden itibaren iki yılda zamanaşımına uğrayacağı öngörülmüştür. Söz konusu iki yıllık sürenin satılanın tesliminden başlaması nazara alındığında, tüketicinin normal alıcılara nazaran daha elverişsiz bir konumda bulundurulması eleştirilmekte ve bu durumda tüketicinin CCFr art. 1648 hükmünde düzenlenen ve öğrenme anından başlayan iki yıllık zamanaşımı süresinden yararlanabileceği; hatta, taraflar ileri sürmese bile, hâkimin re'sen bu durumu nazara alabileceği ifade edilmektedir⁵⁹.

C. Alman Hukuku'nda

Alman Hukuku'nda ayıptan sorumluluk çerçevesinde öngörülen zamanaşımı süreleri, 1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe giren Borçlar Hukuku Modernizasyonu (*Schuldrechtmodernisierungsgesetz*) çerçevesinde yeniden düzenlenmiş⁶⁰ ve satıcının ayıptan sorumluluğu açıkça daha uzun zamanaşımı sürelerine tabi kılınmıştır⁶¹.

⁵⁸ Bkz. 14 Mart 2016 tarihli ve 2016-301 sayılı kararname ile kabul edilmiş olan Fransız Tüketici Kanunu (Code de la Consommation).

⁵⁹ Malaurie, Aynès, Gautier, **Contrats**, s. 262; Puig, **Contrats**, s. 370, 371.

⁶⁰ 1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe giren Alman Borçlar Hukuku Modernizasyonu, esasen 25.5.1999 tarihli Tüketici Malları Satış Sözleşmeleri ile İlgili Garantilerin Bazı Yönleri Hakkında 1999/44/AT sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Yönergesi'ni esas alan pek çok yenilik getirmiştir. Bkz. Harm Peter Westermann, **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**, Band 3, Schuldrecht - Besonderer Teil I, §§ 433-534 BGB, Finanzierungsleasing, CISG, (Hrsg. Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker, Hartmut Oetker, Bettina Limperg), §§ 433-480 BGB, 8. Auflage, §§ 433-480 BGB, Verlag C.H.Beck, München, 2019 (MünchKomm), BGB § 438 N 3.

Bu kapsamda satış sözleşmesinin prototipi olarak tüketici sözleşmeleri esas alınmış, ayıptan ve zapttan sorumluluk ortak hükümlere kavuşturulmuş, alıcıya ilk olarak BGB § 439 uyarınca ayıbın giderilmesi (*Nachbesserung*) ve ayıpsız bir ifanın talep edilmesi (*Nachlieferung*) hakları tanınmış, bu mümkün görülmezse alıcının bedel indirimi veya sözleşmeden dönme yoluna başvurabileceği düzenlenmiş ve eski BGB § 477 hükmünde ayıptan sorumluluk açısından öngörülen altı aylık kısa zamanaşımı süresi, BGB § 438 hükmünde iki yıla çıkarılmıştır. Detaylı bilgi için bkz. Eugen Bucher, Vedat Buz, “Mağdur Edilen Alıcı, Türk/İsviçre Borçlar Kanununun İki Özelliğinin Eleştirisi: Muayene ve İhbar Külfeti (Art. 201 OR; BK. m. 198), BK. 202/II (Art. 205/II OR)’ye göre Dönme Yerine Bedel İndirimine Karar Verilmesinin Masraflara İlişkin Sonuçları”, **Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004, s. 146-178 (Alıcı), s. 163. Değişiklik metni için bkz. **Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts**, 26.11.2001, Bundesgesetzblatt, 2001 I s. 3138-3218.

⁶¹ Nitekim, Alman Borçlar Hukuku Modernizasyonu’nun bir amacı da, eski BGB § 477 hükmünde düzenlenmiş olan, ayıptan sorumlulukta alıcının sorumlu tutulduğu, altı aylık zamanaşımı süresinin uzatılmasıdır. Bkz. Dieter Medicus, Stephan Lorenz, **Schuldrecht II, Besonderer Teil**,

Alman kanun koyucusu, satıcının ayıptan sorumluluğunun tabi olduğu zamanaşımı sürelerini ve bu sürelerin başlangıç anını 1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe giren yeni BGB § 438 hükmünde ayrı ayrı düzenlemiştir. Ayıptan sorumlulukta zamanaşımı süreleri temelde üç başlık altında incelenebilir.

İlk olarak, BGB § 438 Abs. I Nr. 3 hükmü uyarınca, özel bir düzenleme olmadıkça satıcının ayıptan sorumluluğu *iki yıllık* zamanaşımı süresine tabi tutulmuştur. Belirtmek gerekir ki, aliud teslim veya önemsiz nicelik eksikliklerinde de söz konusu hüküm uygulama alanı bulacak ve alıcının ifa talepleri iki yılda zamanaşımına uğrayacaktır⁶². Zira, bütün ifa engelleri, 1 Ocak 2002 tarihinden itibaren Borçlar Hukuku Modernizasyonu kapsamında aynı hukuki çerçevede dâhilinde düzenlenmiştir⁶³.

İkinci olarak, bir taşınmaz yapının ayıplı olmasından kaynaklanan talepler, BGB § 438 Abs. I Nr. 2a hükmü uyarınca *beş yılda* zamanaşımına uğramaktadır. Alman kanun koyucusu, BGB § 438 Abs. I Nr. 2b hükmünde ise taşınmazın alışılmış kullanım şekline uygun biçimde bir taşınmaz yapı için kullanılmış olması durumunda ve şayet ayıp ondan kaynaklanmışsa, satılanın ayıplı olmasından kaynaklanan taleplerin beş yılda zamanaşımına uğrayacağını düzenlemiştir⁶⁴. Böylece, bir taşınmaz yapıyla bütünleştirilmiş olan taşınırlar da, taşınmaz yapılar gibi değerlendirilerek, daha uzun zamanaşımı süresine tabi kılınmıştır. Ancak, dikkat edilirse, beş yıllık zamanaşımı süresi, taşınmaz yapıyla bütünleştirilen taşınırdan

18. neu bearbeitete Auflage, Verlag C.H.Beck, München, 2018 (SchuldR BT), § 9 N 1. Giesela Rühl, “Die Verjährung kaufrechtlicher Gewährleistungsansprüche”, **Archiv für die civilistische Praxis**, 207. Band, Heft 4/5, 2007, s. 614-650 (Verjährung), s. 614, 615. 2002 yılında yürürlüğe giren ayıptan sorumlulukta zamanaşımı sürelerinin detaylı bir incelemesi için bkz. Rühl, **Verjährung**, s. 614 vd.

⁶² Bu durumda BGB § 195 hükmü uyarınca üç yıllık genel zamanaşımı süresi uygulama alanı bulmayacaktır. Bkz. Brox, Walker, **SchuldR BT**, § 4 N 124; Annemarie Matusche-Beckmann, **J. von Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen**, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse §§ 433-480 BGB (Kaufrecht), 15. Neubearbeitung, Sellier - de Gruyter, Berlin, 2014 (StaudingerKomm), BGB § 438 N 16.

⁶³ Detaylı bilgi için bkz. Rona Serozan, “Yeni Alman İfa Engelleri Hukuku (Türk Hukukunda Bilimsel Kaynak Olarak Yararlanılabilecek Yenilikler)”, **İÜHF**, Cilt 58, Sayı 1-2, 2000, s. 231-248 (İfa Engelleri), s. 233, 234.

⁶⁴ Söz konusu hüküm, 1 Ocak 2013 tarihinde İsviçre Hukuku’nda gerçekleştirilen zamanaşımı reformuyla yürürlüğe giren CO art. 210 al. II hükmünün de kaynağını oluşturmaktadır. Detaylı bilgi için bkz. aşağıda B.1/II/D. Bu durumda taşınmaz yapıyı inşa eden yükleniciler koruma altına alınmaktadır. Zira, taşınmaz yapının ayıplı olmasından doğan talepler de BGB § 634a Abs. I Nr. 2 hükmü uyarınca beş yılda zamanaşımına uğramaktadır. Yeni düzenleme ile yüklenici, kendi malzeme sağlayıcılarına rücu etme imkânını korumuş olmaktadır. Bkz. Medicus, Lorenz, **SchuldR BT**, § 9 N 11; Brox, Walker, **SchuldR BT**, § 4 N 125; Westermann, **MünchKomm**, BGB § 438 N 18; Matusche-Beckmann, **StaudingerKomm**, BGB § 438 N 5; Stefan Greiner, **Schuldrecht Besonderer Teil**, Vertragliche Schuldverhältnisse, 2. Auflage, Springer Verlag, Berlin, 2019 (BT), N 293; Dirk Looschelders, **Schuldrecht Besonderer Teil**, 8. neu bearbeitete Auflage, Verlag Franz Vahlen, München, 2013 (BT), N 156.

kaynaklanan bütün ayıplar açısından değil, yalnızca taşınmaz yapıdaki nitelik eksikliklerinin kaynağını oluşturan ayıplar bakımından söz konusu olur. Öte yandan, taşınırın, taşınmazın alışılmış kullanım şekline uygun biçimde, taşınmaz yapı için kullanılmış olması gerekmektedir. Örneğin bir ahırın çatısına eklenen güneş panellerinin, ahırın kullanım amacına uygun sayılmaması nedeniyle iki yıllık zamanaşımı süresi uygulanacakken; bir evin çatısına eklenen tenis kortunun, taşınmaz açısından bir işlevinin mevcut olması sebebiyle, beş yıllık zamanaşımı süresi tatbik edilecektir⁶⁵.

Üçüncü olarak ise, ayıbın hile ile gizlenmesi durumunda BGB § 438 Abs. III uyarınca, BGB § 195 hükmünde düzenlenen olağan zamanaşımı süresi uygulama alanı bulacaktır. Söz konusu hüküm taşınmaz yapıları da kapsamına almakta⁶⁶ ve ayıbın hile ile gizlenmesi durumunda beş yıllık zamanaşımı süresi, yerini, olağan zamanaşımı süresine bırakmaktadır. Belirtmek isteriz ki, her ne kadar BGB § 195 hükmüne göre olağan zamanaşımı süresi *üç yıl* olsa da, BGB § 199 Abs. I hükmünde söz konusu zamanaşımı süresinin, talep hakkının doğumundan ve alacaklının talep hakkına vücut veren olguları ve borçlunun şahsını öğrenmesinden itibaren başlayacağı öngörülmüştür. Ayrıca, alacaklı, ağır ihmali sonucu gerek talebini dayandırdığı olguları, gerekse borçluyu öğrenmeyi ihmal etmişse, bu durumda yine de zamanaşımı süresinin işlemeye başlayacağı düzenlenmiştir. Öte yandan, olağan zamanaşımı süresi, BGB § 199 Abs. I hükmü uyarınca, gerekli şartların sağlandığı andan itibaren değil; gerekli şartların sağlandığı yılı takip eden sonraki yılın, ilk gününden itibaren işlemeye başlamaktadır. Bu durumda olağan zamanaşımı süresi, pek çok hukuk sisteminden farklı olarak, her zaman 1 Ocak günü işlemeye başlayacak, farklı bir başlangıç tarihi söz konusu olmayacaktır⁶⁷. Sonuç olarak, satıcının satılandaki ayıbı hile ile gizlemesi durumunda zamanaşımı süresi, ayıbın veya ayıbı takip eden zararın ortaya çıktığı yıldan sonraki yılın ilk gününde işlemeye başlayacaktır⁶⁸.

⁶⁵ Alman Federal Mahkemesi'nin söz konusu kararları için bkz. **AlmFM**, BGH, 9.10.2013, NJW 2014, s. 845; **AlmFM**, BGH, 15.6.2016, NJW 2016, s. 2876. Ayrıca bkz. Brox, Walker, **SchuldR BT**, § 4 N 125; Westermann, **MünchKomm**, BGB § 438 N 17.

⁶⁶ Ancak, bu durumda zamanaşımı süresi en erken beş yılın sonunda tamamlanacak, üç yıllık olağan zamanaşımı süresi alıcının aleyhine olacak şekilde uygulanmayacaktır. Bkz. Greiner, **BT**, N 294; Looschelders, **BT**, N 159; Matusche-Beckmann, **StaudingerKomm**, BGB § 438 N 87.

⁶⁷ Brox, Walker, **SchuldR BT**, § 4 N 129; Medicus, Lorenz, **SchuldR BT**, § 9 N 13; Westermann, **MünchKomm**, BGB § 438 N 28; Looschelders, **BT**, N 159; Niklaus, **Prescription**, N 312.

⁶⁸ Westermann, **MünchKomm**, BGB § 438 N 28; Medicus, Lorenz, **SchuldR BT**, § 9 N 13, 14; Brox, Walker, **SchuldR BT**, § 4 N 129; Greiner, **BT**, N 294.

Alman kanun koyucusu BGB § 438 Abs. II hükmünde ayıptan sorumluluk çerçevesinde öngördüğü zamanaşımı sürelerinin başlama anını, ikili bir ayırım yaparak düzenlemiştir⁶⁹. Buna göre, taşınmazlarda zamanaşımı süresi, taşınmazın alıcıya devredildiği ya da bırakıldığı (*mit der Übergabe*) andan itibaren işlemeye başlayacaktır. Taşınmazın alacaklıya devredilmesi veya bırakılmasından anlaşılması gereken husus ise, taşınmazın alıcı adına tescil edilmesinden bağımsız olarak, satılanın dolaysız zilyetliğinin alıcıya geçirilmesidir⁷⁰. Böylece, alıcı taşınmazı doğrudan doğruya muayene etme imkânına sahip olacaktır. Diğer taraftan, taşınır satışında veya taşınmaz olarak nitelendirilmeyen başkaca bir malın satışı durumunda zamanaşımı süresi, satılanın alıcıya teslimi (*mit der Ablieferung*) anından itibaren işlemeye başlayacaktır. Satılanın teslim edilmiş sayılması için ise satılanın alıcının etki ve hâkimiyet altına bırakılması, böylece alıcının satılanı gözden geçirebilecek bir konuma getirilmesi yeterli görülmektedir⁷¹.

Tarafların sözleşmeyle anlaşarak, kanuni zamanaşımı sürelerinden sapmaları mümkündür. Bu durumda taraflar kanuni zamanaşımı süresini kısaltabilecekleri gibi, sözleşmeyle daha uzun bir zamanaşımı süresi de kararlaştırabilirler. Ancak, böyle bir anlaşmanın geçerli olabilmesi için, tarafların “*zamanaşımının sözleşmesel sınırları (Unzulässigkeit von Vereinbarungen über die Verjährung)*” başlığını taşıyan BGB § 202 hükmünün öngördüğü kısıtlamalara uymaları gerekmektedir⁷². Bu durumda, ilk olarak belirtmek gerekir ki, satıcının satılandaki ayıplardan kasten sorumlu olduğu

⁶⁹ Alman kanun koyucusu, olağan zamanaşımı süresini düzenleyen BGB § 199 hükmünde zamanaşımı süresinin başlangıcı açısından öngördüğü subjektif zaman diliminden vazgeçerek, ayıptan sorumlulukta zamanaşımı süresinin başlangıcını, ekonomik kaygılarla objektif olgulara bağlamıştır. Bkz. Rühl, **Verjährung**, s. 630; Greiner, **BT**, N 290, 291; Medicus, Lorenz, **SchuldR BT**, § 9 N 15.

⁷⁰ Brox, Walker, **SchuldR BT**, § 4 N 128; Westermann, **MünchKomm**, BGB § 438 N 24; Matusche-Beckmann, **StaudingerKomm**, BGB § 438 N 69; Rühl, **Verjährung**, s. 631; **AlmFM**, BGH, 24.11.1995, NJW 1996, s. 586.

⁷¹ Rühl, **Verjährung**, s. 631, 632; Brox, Walker, **SchuldR BT**, § 4 N 128; Westermann, **MünchKomm**, BGB § 438 N 25; Matusche-Beckmann, **StaudingerKomm**, BGB § 438 N 56, 57; Medicus, Lorenz, **SchuldR BT**, § 9 N 16; **AlmFM**, 30.1.1985, BGHZ 93, 338 = 30.1.1985, NJW 1985, s. 1333; **AlmFM**, BGH, 22.12.1999, NJW 2000, s. 1415. Taşınmaz satışında satılanın alıcıya devredilmesi ya da bırakılması (*Übergabe*) kavramının fiilen teslimden farklı bir anlama gelmediği; zira, kanun koyucunun taşınmazlarda teslimden söz edilemeyeceği için bu kavramı kullanmaktan imtina ettiği ifade edilmektedir. Ancak, bu konuda öğretide görüş birliği bulunmamaktadır. Bkz. Westermann, **MünchKomm**, BGB § 438 N 24; Matusche-Beckmann, **StaudingerKomm**, BGB § 438 N 69.

⁷² Bkz. **BGB § 202**: “(1) Die Verjährung kann bei Haftung wegen Vorsatzes nicht im Voraus durch Rechtsgeschäft erleichtert werden (Zamanaşımı kasten sorumlu olunan durumlarda hukuki işlem yoluyla önceden kolaylaştırılmaz/kısaltılamaz). (2) Die Verjährung kann durch Rechtsgeschäft nicht über eine Verjährungsfrist von 30 Jahren ab dem gesetzlichen Verjährungsbeginn hinaus erschwert werden (Zamanaşımı hukuki işlem yoluyla kanuni zamanaşımı süresinin başlangıcından itibaren 30 yılı aşacak şekilde güçleştirilemez/uzatılamaz.)”. Ayrıca bkz. Medicus, Lorenz, **SchuldR BT**, § 9 N 22.

durumlarda, zamanaşımı süresinin kısaltılması BGB § 202 Abs. I hükmü uyarınca mümkün değildir. Öte yandan, BGB § 202 Abs. II hükmünde sözleşmesel zamanaşımı süresinin, kanunda öngörülen başlangıç anından itibaren genel zamanaşımı süresi olan otuz yılı aşamayacağı açıkça düzenlenmiştir. O halde, kanuni zamanaşımı sürelerini uzatan anlaşmalar, ancak otuz yıllık üst sınır dâhilinde geçerlidir. Sözleşmesel zamanaşımı sürelerine başka bir sınırlama ise BGB § 476 Abs. II hükmünde öngörülmüştür. İlgili düzenleme uyarınca, tüketici satışlarında, zamanaşımının, kanuni zamanaşımı süresinin başlangıç anından itibaren, iki yıldan daha az olacak şekilde kısaltılması yasaklanmıştır. Bu süre *kullanılmış* yani *ikinci el* (*gebrauchten Sachen*) malların satışında bir yıl olarak belirlenmiştir. O halde, *kullanılmamış* yani *birinci el* veya *fabrikadan çıkma* olarak ifade edilen mallarda taraflar, zamanaşımı süresini en fazla iki yıla indirebilecek iken, ikinci el mallarda ise en az bir yıllık bir zamanaşımı süresi kararlaştırabileceklerdir⁷³.

Son olarak, Alman kanun koyucusu, TBK m. 231 f. I ve CO art. 210 al. V hükümleriyle benzer şekilde, BGB § 438 Abs. IV hükmünde, alıcıya zamanaşımı süresi dolmuş olsa bile, “*ayıp def'i (Mängelreede)*” olarak adlandırılan bir savunma imkânı tanımıştır. BGB § 438 Abs. IV hükmüne göre alıcı, sözleşmeden dönme veya bedel indirimi hakları doğmuş olmasına rağmen, zamanaşımı def'i nedeniyle, bu haklardan birini kullanamamışsa; BGB § 218 Abs. I uyarınca ayıp def'ine başvurabilecek⁷⁴, satış bedelini kısmen veya tamamen ifa etmemişse, kendisine yöneltilen ödeme talebini, satılanın ayıplı olması sebebiyle reddedebilecektir⁷⁵. Öte yandan, İsviçre-Türk Hukuk sisteminin aksine, ayıp def'inin BGB § 195 hükmünde düzenlenen olağan zamanaşımı süresine tabi olduğu ifade edilmektedir⁷⁶.

⁷³ 1 Ocak 2013 tarihinde İsviçre’de yürürlüğe giren zamanaşımı reformuyla birlikte, BGB § 476 Abs. II hükmü, CO art. 210 al. IV hükmünün mehzazını oluşturmaktadır. Bkz. aşağıda B.1/II/D.

⁷⁴ Brox, Walker, **SchuldR BT**, § 4 N 133; Medicus, Lorenz, **SchuldR BT**, § 9 N 18 vd.; Westermann, **MünchKomm**, BGB § 438 N 36; Matusche-Beckmann, **StaudingerKomm**, BGB § 438 N 127; Greiner, **BT**, N 295. Nitekim, ayıp def'inin sözleşmeden dönme ve bedel indirimi seçimlik hakları açısından zamanaşımı süresinin dolması durumunda önem kazandığı yönünde bkz. Christian Hofmann, Sebastian Pammler, “Mängelreede beim Kauf - die Lage nach der Schuldrechtsreform”, **ZGS**, s. 293-297, 8/2014 (Mängelreede), s. 294 vd.

⁷⁵ Westermann, **MünchKomm**, BGB § 438 N 38; Matusche-Beckmann, **StaudingerKomm**, BGB § 438 N 126, 127; Medicus, Lorenz, **SchuldR BT**, § 9 N 18; Brox, Walker, **SchuldR BT**, § 4 N 133; Greiner, **BT**, N 295; Looschelders, **BT**, N 161; Hofmann, Pammler, **Mängelreede**, s. 293 vd.

⁷⁶ Brox, Walker, **SchuldR BT**, § 4 N 133.

D. İsviçre Hukuku'nda

Ayıptan sorumlulukta zamanaşımı, mehz İsviçre Hukuku'nda TBK m. 231 hükmünün karşılığını oluşturan CO art. 210 hükmünde düzenlenmiştir. Söz konusu hükme göre, satılanın ayıplarından doğan her türlü dava, ayıp daha sonra ortaya çıksa bile, satılanın alıcıya tesliminden başlayarak iki yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar. Belirtmek isteriz ki, söz konusu zamanaşımı süresi, 1 Ocak 2013 tarihinde yürürlüğe girmiş olan kanun değişikliği⁷⁷ sonucunda, bir yıldan iki yıla çıkarılmıştır. İsviçre Kanun Koyucusu, söz konusu değişikliklerin gerekçesinde⁷⁸, doktrinde ifade edilen eleştirileri nazara alarak⁷⁹, ayıptan sorumlulukta öngörülen zamanaşımı sürelerinin on yıllık genel sözleşmesel zamanaşımı süresine nazaran (CO art. 127) çok kısa olduğunu ve sürenin satılanın teslimiyle birlikte başlaması karşısında, alıcının oldukça elverişsiz bir konumda bulunduğunu⁸⁰ ifade etmiştir. Öte yandan, iki yıllık ayıp bildirim süresi öngören CISG m. 39 f. II hükmüyle ve iki yıllık zamanaşımı süresine yer veren *Tüketici Malları Satış Sözleşmeleri ile İlgili Garantilerin Bazı Yönleri Hakkında Avrupa Parlamentosu ve Konsey Yönergesi'nin*⁸¹ 5. maddesiyle uyum sağlanabilmesi açısından, CO art. 210 al. I hükmünde zamanaşımı süresi iki yıla çıkarılmıştır.

⁷⁷ Rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil national du 21 janvier 2011 (21 Ocak 2011 tarihli İsviçre Ulusal Konseyi Hukuki İşler Komisyonu Raporu), **FF 2011 2702** (çevrimiçi, <https://www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2011/2699.pdf>, 15.3.2020), (Rapport de la Commission). Söz konusu değişiklikler hakkında detaylı bilgi için bkz. Peter Gauch, “Der Revisionsentwurf zur Verjährung der kauf- und werkvertraglichen Mängelrechte: Analyse und Kritik der E-Art. 210, 371 und 199 OR”, **recht 2011**, s. 145-155 (recht 2011), s. 145 vd.; Peter Gauch, “Die revidierten Art. 210 und 371 OR”, **recht 2012**, s. 124-136 (recht 2012), s. 124 vd.; Pascal Pichonnaz, “Les nouveaux délais de prescription de l'action en garantie (CO 371 et CO 210)”, **SJZ 109/2013**, s. 69-77 (SJZ 2013), s. 69 vd.; Frédéric Krauskopf, “Verjährung bei Kauf- und Werkverträgen - neue Regeln mit Mängeln”, **Schweizerische Baurechtstagung 2013 ...für alle, die bauen**, Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht, 2012, s. 85-102 (neue Regeln), s. 85 vd.; Laurent Tran, “La prescription de l'action en garantie dans le contrat de vente”, **SJ 2013 II 103**, s. 103-120 (Prescription), s. 103 vd.; Murat Aydoğdu, Serdar Nart, “İsviçre Borçlar Kanunu'nun Satış ve Eser Sözleşmelerinde Ayıp Sorumluluğuna Yönelik Zamanaşımı Hükümlerini (Art. 210 ve 371 OR) Revize Eden 16 Mart 2012 Tarihli İsviçre Federal Kanunu'nun Değerlendirilmesi”, **TBB Dergisi**, S. 134, 2018, s. 451-486 (Değerlendirme), s. 451 vd.

⁷⁸ Bkz. Rapport de la Commission, **FF 2011 2702**.

⁷⁹ Honsell, **BaslerKomm**, OR Art. 210 N 2; Gauch, **Entreprise**, N 2199. Ayrıca bkz. Rapport de la Commission, **FF 2011 2702**.

⁸⁰ Nitekim, İsviçre Federal Mahkemesi de zamanaşımı sürelerinin kısa olduğunu ve alıcının satıcıya nazaran elverişsiz bir konumda bulunduğunu ifade etmektedir. Bkz. **İsvFM**, 18.5.2009, 4A_68/2009.

⁸¹ Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council of 25 May 1999 on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees (25.5.1999 tarihli Tüketici Malları Satış Sözleşmeleri ile İlgili Garantilerin Bazı Yönleri Hakkında 1999/44/AT sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Yönergesi), Official Journal of the European Communities (Avrupa Toplulukları Resmi Gazetesi), T. 22.6.2001, S. L 167/10 (www.eur-lex.europa.eu).

1 Ocak 2013 tarihinde yürürlüğe giren değişiklikle birlikte, CO art. 210 al. II hükmünde yeni bir düzenlemeye yer verilmiş⁸² ve bir taşınmaz esere eklenmiş (*entegre edilmiş*) bir taşınırın, ayıplı olmasından doğan davaların, beş yılda zamanaşımına uğrayacağı öngörülmüştür. Ancak, bu sonucun sağlanması için, taşınırın, normal kullanım amacına yönelmiş bir taşınmaza entegre edilmesi şarttır⁸³. Söz konusu düzenleme, iş sahibinin yükleniciye karşı ileri süreceği muhtemel talepler ile, yüklenicinin kendi malzeme sağlayıcılarına veya alt yüklenicilerine yönelteceği talepler arasında uyum sağlamayı, ayrıca son aşamada zarar riskini yüklenici yerine, taşınırı temin eden satıcı veya alt yüklenicinin üzerine bırakmayı amaçlamaktadır⁸⁴. Çoğu zaman, taşınmaz eser, iş sahibine teslim edilmeden, eserdeki ayıplar ortaya çıkmadığından, gerekli malzemeleri temin ederek aynı zamanda alıcı konumunda olan yüklenici, kendi satıcılarına veya alt yüklenicilere başvurma imkânını zamanaşımı süresinin kısa olması sebebiyle kaybetmektedir⁸⁵. Zira, taşınır satışında ayıptan doğan haklar için zamanaşımı süresi CO art. 210 al. I uyarınca iki yıl iken, CO art. 371 uyarınca taşınmaz eserin ayıplı olmasından kaynaklanan davalar beş yılda zamanaşımına uğramaktadır. Öte yandan, öğretide taşınmaz eserin iş sahibi tarafından kabul edildiği anın hiç nazara alınmaksızın, taşınmaza entegre edilmiş taşınırlar açısından, zamanaşımı süresinin taşınırın teslimi anından itibaren başlaması

⁸² **CO art. 210 al. II:** “*Taşınırın normal kullanım amacına yönelmiş olan bir taşınmaz esere eklenmesi (entegre edilmesi) durumunda, şayet taşınırdaki ayıp eserdeki ayıpların kaynağını oluşturuyorsa, (taşınırdaki) ayıptan doğan davalar beş yılda zamanaşımına uğrar.*”. Söz konusu hüküm BGB § 438 Abs. II iktibas edilmiştir. **BGB § 438 Abs. I Nr. 2b:** “*...in fünf Jahren (...) b) bei einer Sache, die entsprechend ihrer üblichen Verwendungsweise für ein Bauwerk verwendet worden ist und dessen Mangelhaftigkeit verursacht hat (taşınırın alışılmış kullanım şekline uygun biçimde bir taşınmaz yapı için kullanılmış olması durumunda ve şayet ayıp ondan kaynaklanmışsa beş yıl)*”. Ayrıca bkz. Pichonnaz, **SJZ 2013**, s. 71; Gauch, **recht 2011**, s. 146.

⁸³ Hükmün kapsamına giren taşınırların niçin normal kullanım amacıyla sınırlandırıldığının anlaşılacağı yönünde bkz. Pichonnaz, **SJZ 2013**, s. 71.

⁸⁴ Pierre Tercier, Laurent Bieri, Blaise Carron, **Les contrats spéciaux**, 5ème édition, Schulthess Médias Juridiques SA, Éditions Romandes, Genève, Zurich, Bâle, 2016 (Contrats), N 748; Gauch, **recht 2012**, s. 128; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 210 N 1, dn. 1; Pichonnaz, **SJZ 2013**, s. 71; Krauskopf, **neue Regeln**, s. 93; Huguenin, **OR**, N 2631b; Honsell, **BaslerKomm**, OR Art. 210 N 2; Rapport de la Commission, **FF 2011 2702**. Belirtmemiz gerekir ki, İsviçre konun koyucusunun ileri sürdüğü gerekçeler, bugün halen Türk Hukuku açısından geçerlidir. Kanımızca, CO art. 210 al. II düzenlemesinin Türk kanun koyucusu tarafından da takip edilmesi; ancak, zamanaşımı süresinin taşınmaz eserin kabul edildiği tarihten itibaren başlatılması yerinde olacaktır.

⁸⁵ Pichonnaz, **SJZ 2013**, s. 71; Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 748; Gauch, **recht 2011**, s. 147; Gauch, **recht 2012**, s. 126; Krauskopf, **neue Regeln**, s. 92; Huguenin, **OR**, N 2631b; Aydoğdu, Nart, **Değerlendirme**, s. 453; Honsell, **BaslerKomm**, OR Art. 210 N 2; Rapport de la Commission, **FF 2011 2700**. Nitekim, İsviçre Federal Mahkemesi, kanun değişikliğinden önceki içtihadında, taşınmazla bütünleştirilmiş olan taşınır eşya açısından, taşınmaz eserlere uygulanan beş yıllık zamanaşımı süresini uygulamayı reddetmiştir. Bkz. **İsvFM**, ATF 120 II 224 = JdT 1995 I 156. Ayrıca bkz. Pichonnaz, **SJZ 2013**, s. 71.

karşısında, hükümle hedeflenen amaca tam anlamıyla ulaşmanın mümkün olmayacağı ifade edilmektedir⁸⁶.

CO art. 210 al. III hükmünde ise İsviçre kanun koyucusu, 20 Haziran 2003 tarihli Kültür Varlıklarının Devri Hakkında Kanun'un 2. maddesinin ilk fıkrasına tabi olan kültür varlıkları açısından, ayıptan doğan davaların, alıcının ayıbı öğrendiği tarihten itibaren bir yılın (*nispi süre*), her halde sözleşmenin kurulmasından başlayarak otuz yılın (*azami süre*) geçmesiyle birlikte zamanaşımına uğrayacağını düzenlemektedir⁸⁷. İsviçre kanun koyucusu, söz konusu hükümle, bir irade sakatlığı hali olan yanılma açısından öngördüğü bir yıllık hak düşürücü süre ile (CO art. 31; TBK m. 39) fiilen bir paralellik kurmak istemiştir⁸⁸. Zira, kültür varlıklarının satışında, garanti edilen nitelik eksiklikleri, aynı zamanda yanılma sebebiyle sözleşmenin geçersiz kılınmasını sağlayabilecektir. Böylece, kültür varlıkları açısından ayıbın öğrenilmesi ile başlayan zamanaşımı süresi dolduğu zaman, CO art. 31 hükmünde düzenlenen hak düşürücü süre de dolmuş olacağından, alıcı yanılma hükümlerine başvurarak sözleşmenin geçersiz olduğunu ileri süremeyecektir. Öte yandan, söz konusu hüküm yalnızca kültür varlıklarını kapsamına almakta, kültür varlığı sayılmayan sanat eserlerine uygulanmamaktadır⁸⁹. Bu durumda, hükmün yalnızca 20 Haziran 2003 tarihli Kanun'un kapsamına giren kültür varlıklarına uygulanması; ayrıca, sanat eserlerinin gerçek olduğunun taahhüt edilmesi halinde, eserlerin sahte çıkması durumunda söz konusu olan orijinallik ayıplarına (*défaut d'authenticité*)⁹⁰ tatbik edilmesi imkânının bulunup bulunmadığı hususunun açıklığa

⁸⁶ Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 748; Gauch, **recht 2012**, s. 126-128; Pichonnaz, **SJZ 2013**, s. 72. Yüklenicinin kendi satıcı veya alt yüklenicilerine başvurmamasının önünün açılması ve zarar riskinin yüklenicinin üzerinden alınması amaçlarının sağlanabilmesi için, gerçek bir rücu ilişkisi kurulmalı ve hiç değilse zamanaşımı süresi işsahibinin tam olarak tatmin edildiği andan itibaren başlamalıdır. Bkz. Pichonnaz, **SJZ 2013**, s. 72. Aksi görüşte bkz. Rapport de la Commission, **FF 2011 3657**.

⁸⁷ Detaylı bilgi için bkz. Thomas Koller, Alain Muster, "Die Verjährung der Gewährleistungsansprüche beim Kauf von Kulturgütern nach schweizerischem Recht", **Innovatives Recht, Festschrift für Ivo Schwander**, (Hrsg. Franco Lorandi, Daniel Staehelin), Dike Verlag, 2011, s. 339-359 (Verjährung), s. 339 vd.

⁸⁸ Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 210 N 10; Pierre Tercier, "Le point sur la Partie spéciale du droit des Obligations, Entwicklungen im Obligationenrecht Besonderer Teil", **RSJ 102/2006**, s. 277-283 (RSJ 2006), s. 278.

⁸⁹ Tercier, **RSJ 2006**, s. 278; Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 751; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 210 N 10.

⁹⁰ Satış sözleşmesine konu edilen Picasso'nun bir tablosunun sahte çıkması durumunda, CO art. 210 hükmünde düzenlenen bir yıllık sürenin geçmiş olduğunu nazara alan İsviçre Federal Mahkemesi, irade sakatlıkları sebebiyle sözleşmenin geçersiz olduğunu kabul etmek durumunda kalmıştır. Mevcut düzenleme ise, uzun yıllar sonunda fark edilen orijinallik taahhütleri açısından bir çözüm getirmekten uzaktır. Bkz. Tercier, **RSJ 2006**, s. 278. "*Picasso Kararı*" olarak anılan karar için bkz. **İsvFM**, ATF 114 II 131 = JdT 1988 I 508. Kararın değerlendirmesi için bkz. Halûk

kavuşturulmamış olması, öğretide eleştirilere sebep olmuştur⁹¹. Öte yandan, CO art. 210 al. III hükmünün koruma amacı nazara alınarak, söz konusu hükümde düzenlenen zamanaşımı sürelerinin kısaltılamayacağı ifade edilmektedir⁹². Ayrıca, satıcının alıcıyı hile ile aldatması durumunda zamanaşımının ileri sürülemeyeceğini öngören CO art. 210 al. VI hükmü, kültür varlıklarının satışını konu edinen sözleşmelere uygulanmayacaktır. Nitekim, bu husus CO art. 210 al. VI hükmünde açıkça ifade edilmiştir.

İsviçre kanun koyucu 1 Ocak 2013 tarihinde yürürlüğe giren değişikliklerle yeni bir hükme daha yer vermiş ve tüketicilerin korunması amacıyla⁹³ belirli şartlar dâhilinde zamanaşımı sürelerinin kısaltılmasını yasaklamıştır. CO art. 210 al. IV hükmü şöyledir: *“Aşağıdaki koşulların sağlanması halinde, zamanaşımı süresinin kısaltılmasını öngören bütün anlaşmalar kesin hükümsüzdür: (a) sözleşmeyle kararlaştırılan zamanaşımı süresinin iki yıldan daha az veya ikinci el (kullanılmış) mal satışında bir yıldan daha kısa olması durumunda, (b) satılan, alıcının ailevi veya kişisel ihtiyaçlarına ayrılmışsa, (c) satıcı mesleki ya da ticari faaliyet çerçevesinde hareket ediyorsa”*. Satılan, alıcının ailevi veya kişisel ihtiyaçları sebebiyle satın

Burcuoğlu, “İsviçre Federal Mahkemesi’nin, Satım Sözleşmesinde Alıcının Ayıp Hükümlerine Başvurma Yollarından Birini Seçebileceğine İlişkin 7 Haziran 1988 Tarihli Kararın Değerlendirilmesi”, **MHAD**, Cilt 15, Sayı 18, 1990, s. 89-103 (İsvFM Kararı), s. 89 vd.; Paul Piotet, “A propos de l’arrêt «Picasso» annulation pour vice de la volonté et prescription de l’action en répétition de l’indu”, **JdT 1988 I 519**, s. 519-523 (Picasso), s. 519 vd. Posta pulu satışını konu edinen bir başka benzer karar için bkz. **İsvFM**, ATF 102 II 102 = **JdT 1977 I 64**. Ayrıca bkz. Hans-Peter Katz, **Sachmängel beim Kauf von Kunstgegenständen und Antiquitäten**, Dissertation der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich, Zürich, 1973 (Sachmängel), s. 33 vd.

⁹¹ Söz konusu eleştiriler için bkz. Tercier, **RSJ 2006**, s. 278; Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 751; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 210 N 10; Koller, Muster, **Verjährung**, s. 345 vd.

Eserin sahte çıkması durumunda hükmün uygulanmayacağı görüşünde bkz. Tercier, **RSJ 2006**, s. 278. Hükmün geniş yorumlanarak uygulanması gerektiği görüşünde bkz. Honsell, **BaslerKomm**, OR Art. 210 N 3; Koller, Muster, **Verjährung**, s. 350, 351.

Kültür varlıklarının hukuka aykırı şekilde satılması durumunda uygulanacağı; ancak, sahte çıkması durumunda uygulanmayacağı görüşünde bkz. Beat Schönenberger “Picasso Revisited? - Unechte Kunstwerke und das Kulturgütertransfersgesetz”, Private Law - national - global - comparative, **Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag**, Band I-II, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2011, s. 1541-1554 (Picasso), s. 1553.

Hükmün, teleolojik redüksiyon yöntemiyle, yalnızca *hukuki ayıplara* tatbik edilmesi gerektiği görüşünde bkz. Koller, Muster, **Verjährung**, s. 359.

⁹² Krauskopf, **neue Regeln**, s. 99; Gauch, **recht 2011**, s. 153; Gauch, **recht 2012**, s. 130; Huguenin, **OR**, N 2635a; Markus Müller-Chen, **Handkommentar zum Schweizer Privatrecht**, Vertragsverhältnisse Teil 1: Innominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schenkung, Miete, Leihe, Art. 184-318 OR, 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, Basel, Genf, 2016, Art. 210 OR (CHK), OR Art. 210 N 10; Markus Müller-Chen, Daniel Girsberger, Lorenz Droese, **Obligationenrecht Besonderer Teil**, 2. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 2017 (OR BT), s. 78.

⁹³ Gauch, **recht 2012**, s. 124; Gauch, **recht 2011**, s. 145; Krauskopf, **neue Regeln**, s. 99; Rapport de la Commission, **FF 2011 2704, 3058**.

alınmış olup, satıcı da mesleki ve ticari faaliyetler çerçevesinde hareket ediyorsa; başka bir deyişle, bir tüketici işlemi söz konusuysa⁹⁴, zamanaşımı süresini doğrudan veya dolaylı şekilde kısaltan her türlü anlaşma geçersizdir. Bu durumda, zamanaşımı süresinin başlangıç anının teslimden daha önceki bir ana çekilmesi yoluyla, sürenin dolaylı olarak kısaltılması da mümkün değildir⁹⁵. Söz konusu düzenleme, her ne kadar tüketici işlemlerinde zamanaşımı süresinin kısaltılmasını yasaklasa da, satıcının hilesi haricinde (CO art. 199), ayıptan sorumluluğun tüketici işlemlerinde tamamen kaldırılmasını yasaklayan bir düzenleme, İsviçre Hukuku'nda mevcut değildir⁹⁶.

CO art. 210 al. V hükmünde, zamanaşımı süresi içinde, kanunda düzenlenen ayıp ihbarının gerçekleştirilmesi durumunda, satılanın ayıplı olmasından kaynaklanan def'i haklarının sona ermeyeceği düzenlenmiştir. Söz konusu hüküm aşağıda incelendiği üzere⁹⁷, TBK m. 231 f. I c. 2 hükmüne karşılık gelmektedir. Dikkat edilirse, mehzaz kanunun hem Fransızca hem de Almanca metninde, ayıptan kaynaklanan def'i haklarından bahsedilerek (*les exceptions; die Einreden*) çoğul bir ifade kullanılmış; böylece, ayıplı ifa def'inin alıcıya tek bir savunma imkânı sunmadığı, bünyesinde farklı def'i haklarını barındırdığı vurgulanmıştır⁹⁸. CO art. 210 al. V hükmüyle kanun koyucu, alıcının kısa zamanaşımı süresini kaçırmaması durumunda, satış bedeli borcu CO art. 127 uyarınca on yılda zamanaşımına uğrayan satıcıya karşı, bir savunma imkânı tanımak istemiş ve önceki fıkralarda düzenlediği

⁹⁴ Nitekim, "tüketici işlemi" veya "tüketici uygulaması" kavramı 25.5.1999 tarihli Tüketici Malları Satış Sözleşmeleri ile İlgili Garantilerin Bazı Yönleri Hakkında 1999/44/AT sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Yönergesi'nin 2. maddesinde de aynı şekilde formüle edilmiştir. Ayrıca CO art. 210 al. IV hükmünde tüketici işlemleri, CO art. 40a hükmüne paralel şekilde tanımlanmıştır. Bkz. H. Stauder, B. Stauder, **CommRomand**, CO art. 40a N 13 vd. Türk Hukuku'nda da aynı yönde bkz. Mustafa Alper Gümüş, **6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi**, Cilt I, (Madde: 1-46), Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014 (Şerh), s. 13 vd.

⁹⁵ Gauch, **recht 2012**, s. 126; Huguenin, **OR**, N 2635a; Krauskopf, **neue Regeln**, s. 99. Ayrıca bkz. B.3/V/B.

⁹⁶ Pichonnaz, **SJZ 2013**, s. 71; Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 747; Gauch, **recht 2012**, s. 128; Gauch, **recht 2011**, s. 153; Gauch, Schluep, Schmid, Emmenegger, **OR AT**, N 3397a. Esasen söz konusu düzenleme, sorumsuzluk anlaşmalarının geçersizliğini düzenleyen CO art. 199 hükmüne eklenecek iken, parlamentoda yapılan bir değişiklikle CO art. 210 hükmünde düzenlenmiştir. Böylece tüketici işlemlerinde satıcının sorumluluğunu kaldıran anlaşmaların geçersiz olması, yalnızca zamanaşımı süresi açısından, sınırlı bir şekilde kabul edilmiştir. Bkz. Gauch, **recht 2012**, s. 129. Tasarının ilk hali için bkz. Gauch, **recht 2011**, s. 153.

⁹⁷ Ayıplı ifa def'i konusunun detaylarına aşağıda değinildiği için, burada yalnızca maddenin lafzı aktarılmaya çalışılmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. aşağıda B.5.

⁹⁸ Gauch, **Entreprise**, N 2289; Koller, **Nachbesserung**, N 393, dn. 447; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 210 N 12. *Örneğin* bkz. **İsvFM**, ATF 107 II 55 = JdT 1981 I 274 = DC 1982 18 N 17; ATF 91 II 216 = JdT 1966 I 179. Ancak, ilgili hükmün iktibasında sehven tekil bir ifade kullanılarak, gerek eBK m. 207 f. II, gerekse TBK m. 231 f. I hükmünde yalnızca "ayıptan dolayı/doğan def'i hakkı" ibaresine yer verilmiştir.

kısa sürelerin yarattığı olumsuz durumu, bir nebze olsun yumuşatmayı amaçlamıştır. Bu kapsamda alıcı, kendisine tanınan seçimlik hakları, def'i yoluyla (*par voie d'exception - einredeweise*) satıcıya karşı ileri sürebilmektedir.

İsviçre kanun koyucusu, CO art. 210 al. VI hükmünde, satıcının alıcıyı kasten aldatması (*hile ile ayıplı gizlemesi*) durumunda zamanaşımı süresinin sona erdiğini ileri süremeyeceğini düzenlemiştir. Böylece, satıcının kasten alıcıyı aldatması durumunda, olağan zamanaşımı sürelerinin yerine, aşağıda detaylarına yer verdiğimiz⁹⁹ olağanüstü zamanaşımı süreleri uygulama alanı bulmaktadır. İsviçre kanun koyucusu, satıcının satılndaki ayıpları hile ile gizleyerek alıcıyı yanılttığı halleri yaptırıma tabi tutarak, bu durumda ağırlaştırılmış bir sorumluluk rejiminin (*régime de responsabilité aggravée*) uygulanacağını öngörmüştür¹⁰⁰. İşte, CO art. 210 al. VI hükmü, satıcının hilesi halinde, sorumsuzluk anlaşmalarının geçersiz olduğunu düzenleyen CO art. 199 (eBK m 196; TBK m. 221) ile satıcının hileyle satılanı ayıplı ifa ettiği durumlarda, alıcının ayıp bildiriminde bulunmadığını ileri süremeyeceğini düzenleyen CO art. 203 (eBK m 200; TBK m. 225) hükümleriyle beraber, ağırlaştırılmış sorumluluk rejiminin üç saçı ayağından birini oluşturmaktadır. Esasen, söz konusu hüküm eBK m. 207 f. III hükmünün doğrudan karşılığını oluştururken, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda mehzaz kanundan farklı olarak, CO art. 210 art. VI hükmünde aranan “*kast*” seviyesi, TBK m. 231 f. II'de “*ağır kusur*” derecesine indirilmiş ve satıcının satılanı ağır kusuruyla ayıplı devretmesi durumunda, sorumlu olduğu sürenin dolaylı olarak uzayacağı düzenlenmiştir.

Son olarak, İsviçre kanun koyucusu CO art. 219 al. III (TBK m. 244 f. III) hükmünde, bir yapının (*binanın*) ayıplı olmasından doğan davaların, mülkiyetin geçişinden itibaren beş yılda zamanaşımına uğrayacağını öngörmüştür. Söz konusu hükmün, yalnızca *yapı* veya *bina* (*bâtiment - Gebäude*) kavramından bahsetmiş olmasına karşın, bütün taşınmazları kapsamına aldığı, İsviçre uygulama ve öğretisinde¹⁰¹ ağırlıklı olarak kabul edilmektedir. Öte yandan, alıcının def'i hakları

⁹⁹ İsviçre Hukuku'nda olağanüstü zamanaşımı rejimi için bkz. aşağıda B.4/I/B.

¹⁰⁰ Örneğin bkz. **İsvFM**, 7.9.2010, 4A_301/2010: “...CO art. 210 al. III, CO art. 199 ve art. 203 gibi, satıcının hilesi durumunda ağırlaştırılmış sorumluluk rejimi ihdas eden düzenlemelerden biridir...”

¹⁰¹ Foëx, **CommRomand**, CO art. 219 N 22; Honsell, **BaslerKomm**, OR Art. 219 N 10; Honsell, **OR BT**, s. 201; Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 1003; Cavin, **Considérations**, s. 331; Pierre Cavin, **Traité de droit privé suisse**, Tome IV, 1 : vente échange donation, Éditions Universitaires de Fribourg, Fribourg suisse, 1978 (Vente), s. 133, 134; Engel, **Obligations**, s. 107; Pascal Pichonnaz, “Garantie pour les défauts : présentation générale”, **Der Grundstückkauf / La vente immobilière**, Beiträge der Weiterbildungsseminare der Stiftung Schweizerisches Notariat vom 20. Januar 2009 in Zürich und Lausanne, (Herausgeber: Jürg Schmid), Schulthess Juristische Medien

ve satıcının satılanı hile ile gizlemesi halleri gibi durumlarda, CO art. 221 (TBK m. 246) hükmü uyarınca taşınır satışına ilişkin hükümler, kıyasen taşınmaz açısından da uygulama alanı bulacaktır.

III. Türk Hukuku'nda Ayıptan Sorumlulukta Zamanaşımı Süresinin ve Ayıptan Doğan Def'i Haklarının Düzenleniş Biçimi

Türk Hukuku'nda ayıptan sorumluluk, yalnızca Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş bir hukuki kurum değildir. Her ne kadar yerindeliği sorgulanabileceksede, kanun koyucu farklı kanunlarda satıcının ayıptan sorumluluğu açısından, çeşitli hükümler sevk etmiştir. Hiç şüphesiz, satış sözleşmesinin uygulamada en çok karşılaşılan sözleşme tipi olması, bu sonuç üzerinde etkili olmuştur. Farklı kanunlarda, satıcının ayıptan sorumluluğuna yönelik öngörülen hükümler çerçevesinde, uygulanacak olan zamanaşımı süreleri de çeşitlilik gösterebilmektedir. Bu kapsamda, ilk olarak, geniş bir uygulama sahasına sahip olan Tüketici Hukuku açısından değerlendirmede bulunulacak; akabinde, iç hukukumuzda dâhil olan Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması (CISG) çerçevesinde, milletlerarası ticari mal satışında uygulanacak olan zamanaşımı süreleri üzerinde durulacak; son olarak, çalışmamızın konusunu oluşturan Türk Borçlar Kanunu'nda öngörülen zamanaşımı sürelerinin ve ayıptan doğan def'i haklarının düzenleniş şekli belirtilerek, ilgili hükümlerin ticari satış sözleşmeleriyle olan ilişkisi açıklanmaya çalışılacaktır.

A. Tüketici Hukuku Açısından

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 12. maddesi uyarınca *“kanunlarda veya taraflar arasındaki sözleşmede daha uzun bir süre belirlenmediği*

AG, 2010, s. 105-135 (Garantie), s. 131; Huguenin, **OR**, N 2637; Christoph Müller, Mélanie Mader, **Contrats de droit suisse**, (avec la collaboration de David Bouverat, Alejandro Follonier-Ayala, Mélanie Mader, Olivier Riske), Stämpfli Éditions SA, Berne, 2012 (Contrats), N 405; Erich Rüegg, “Die Haftung des Grundstückverkäufers”, **Der Grundstückkauf**, (Hrsg. Alfred Koller), 3. Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2017 s. 161-259 (Grundstückkauf), s. 258; Markus Binder, **Handkommentar zum Schweizer Privatrecht**, Vertragsverhältnisse Teil 1: Innominatekontrakte, Kauf, Tausch, Schenkung, Miete, Leihe, Art. 184-318 OR, 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, Basel, Genf, 2016, Art. 219 OR (CHK), N 8; Koller, **OR BT**, § 5 N 49; Stanislas, **Résolution**, s. 159; Niklaus, **Prescription**, N 809; Gauch, **recht 2012**, s. 130, dn. 26; von Büren, **OR BT**, s. 77; **İsvFM**, ATF 104 II 265 = JdT 1979 I 95; **İsvFM**, 13.7.2008, 4A_235/2008: “...Söz konusu zamanaşımı süresi inşa edilmiş veya edilmemiş olan her türlü taşınmaz için uygulanır...”. Karşı görüşte bkz. Giger, **BernerKomm**, OR Art. 219 N 69; Bucher, **OR BT**, s. 126. Ayrıca bkz. B.1/IV/B.

*takdirde, ayıplı maldan sorumluluk, ayıp daha sonra ortaya çıkmış olsa bile, malın tüketiciye teslim tarihinden itibaren iki yıllık zamanaşımına tabidir*¹⁰²”. Böylece, kanun koyucu, Tüketici Hukuku’nda TBK m. 231 f. I hükmüne paralel bir düzenlemeye yer vermiş ve satıcının ayıptan sorumluluğunu, satılanın tesliminden itibaren iki yıllık zamanaşımı süresine tabi kılmıştır. Öte yandan, TBK m. 231 f. I hükmüne nazaran, Tüketici Hukuku’nda iki önemli ilkeye yer verilmiş ve iki yıllık zamanaşımı süresinin kanunlarda veya sözleşmede daha uzun bir sürenin düzenlenmemiş olması halinde uygulanacağı ifade edilmiştir. *İlk olarak* belirtmemiz gerekir ki, TKHK m. 12 f. I uyarınca taraflara sözleşmeyle zamanaşımı sürelerini tüketici lehine uzatma imkânı tanınmış olmakla birlikte, *a contrario* bu sürelerin tüketici aleyhine kısaltılamayacağı düzenlenmiştir. Zira, tüketici işlemlerinde, satıcı karşısında zayıf konumda bulunan tüketiciyi koruma amacıyla getirilen hükümler, emredici nitelik arz etmektedir¹⁰³. Öte yandan, TKHK m. 12 hükmünde olduğu gibi, tüketiciyi koruyan emredici hükümler mutlak değil, tüketiciyi koruma amacına paralel şekilde, *nispi emredici* karakter taşımaktadır¹⁰⁴. O halde, zamanaşımı sürelerinin kısaltılarak tüketici aleyhine değiştirilmesi veya bu sonucu sağlayacak şekilde, zamanaşımını durduran ve kesen sebeplerinin sözleşmeyle kaldırılması ya da başlangıç noktasının kanuni düzenlemeden daha erken bir ana çekilmesi mümkün olmasa da; tüketici lehine olacak şekilde, zamanaşımı sürelerinin uzatılması, başlangıç anının ertelenmesi veya yeni durma ve kesilme sebepleri kararlaştırılması

¹⁰² 1 Ocak 2013 tarihinde İsviçre Hukuku’nda yürürlüğe giren CO art. 210 al. IV hükmünde de tüketici işlemlerinde, zamanaşımı süresinin iki yıldan az olamayacağı düzenlenmektedir. Bkz. B.1/II/D. Ayıplı hizmet açısından da benzer bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bkz. Aslı Makaracı Başak, “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Gereğince Ayıplı Hizmet Hükümlerinin Uygulama Alanı”, **Prof. Dr. Özer Seliçi’nin Anısına Armağan**, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 11, Sayı 145, 2016, s. 507-537 (Tüketici), s. 532 vd.

¹⁰³ Honsell, **BaslerKomm**, OR Art. 210 N 5; Halûk Nami Nomer, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 17. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2020 (Borçlar Genel), N 212.17; Aydın Zevkliler, K. Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 19. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019 (Borçlar Özel), s. 139; Ömer Arbek, **Satım Konusu Ayıplı Malın Tamir Edilmesi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005 (Tamir), s. 236; Murat Aydoğdu, **Tüketici Hukuku Dersleri**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015 (Tüketici), s. 189; Ahmet Türkmen, “Tüketici İşlemlerinde Ayıplı Mal ve Hizmetten Doğan Seçimlik Hakların Tabi Olduğu Zamanaşımı ve Bunun Garanti Taahhütleriyle İlişkisi”, **Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı, 2014, s. 3389-3448 (Zamanaşımı), s. 3395; İ. Yılmaz Aslan, **6502 Sayılı Kanuna Göre Tüketici Hukuku**, 4. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2014 (Tüketici), s. 179; Mehmet Akçaal, Alper Uyumaz, “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Bazı Hükümlerine (m. 1-16) İlişkin Bir İnceleme”, **İNÜHFD**, Cilt 4, Sayı 2, 2013, s. 241-276 (Tüketici), s. 266; Kapancı, **Ayıp**, s. 83.

¹⁰⁴ Kapancı, **Ayıp**, s. 83; Aydoğdu, **Tüketici**, s. 189; Aslan, **Tüketici**, s. 179; Türkmen, **Zamanaşımı**, s. 3395. Aynı yönde bkz. Nalan Kahveci, **Taşınır Satımında Ayıplı Mal Nedeniyle Tüketicinin Sözleşmeden Dönmesi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014 (Dönme), s. 321; Murat Aydoğdu, Nalan Kahveci, **Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku)**, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017 (Borçlar Özel), s. 219.

mümkündür. Böylece, tüketici açısından daha elverişli bir hukuki durumun meydana getirilecektir. Tüketici aleyhine zamanaşımı sürelerinin kısaltılması durumunda, zamanaşımı süresini kısaltan sözleşme hükmü, kısmi hükümsüzlük yaptırımına tabi tutulacak ve bu sürenin yerini, TKHK m. 12 hükmünde düzenlenen kanuni zamanaşımı süresi alacaktır. *İkinci olarak* kanun koyucu TKHK m. 12 hükmünde kanunlarda daha uzun bir sürenin belirtilmediği hallerde, iki yıllık zamanaşımı süresinin uygulanacağını öngörmüştür. Bu durumda, diğer kanunlarda ayıptan sorumluluk açısından daha uzun bir zamanaşımı süresinin öngörülmesi halinde, tüketici lehine olacak şekilde, söz konusu uzun sürenin uygulanması gerekmektedir.

TKHK m. 12 f. I hükmünde zamanaşımı süresinin, tüketicinin ayıbı öğrenmesinden veya ayıbın ortaya çıkmasından bağımsız şekilde, TBK m. 231 hükmünde olduğu üzere¹⁰⁵, satılanın teslimi anından itibaren başlayacağı düzenlenmiştir. Bu durumda ayıptan doğan alacak hakları, satılanın tesliminden itibaren iki yıl geçmekle zamanaşımına uğrayacaktır. Öte yandan, kanun koyucu TKHK m. 12 f. III hükmünde ayıbın ağır kusur veya hile ile gizlenmesi durumunda zamanaşımı sürelerinin uygulanmayacağını düzenlemiştir. Söz konusu hüküm, TBK m. 231 f. II hükmünün tüketici hukuku açısından bir tekrarı mahiyetinde olduğu için, bu konuda aşağıda yaptığımız açıklamalar, geçerliliğini korumaktadır¹⁰⁶.

TKHK m. 12 f. I hükmünde, konut ve tatil amaçlı taşınmazlarda satıcının ayıptan sorumluluğu, beş yıllık zamanaşımı süresine tabi tutulmuştur. TBK m. 244 f. III hükmünde taşınmazlar açısından zamanaşımı süresinin mülkiyetin geçişinden itibaren başlamasına rağmen, tüketici işlemlerinde bu sürenin taşınmazın tesliminden itibaren başlayacağı öngörülmüştür¹⁰⁷. Öte yandan, konut ve tatil amaçlı taşınmazlar dışındaki taşınmaz satışlarında ayrı bir düzenleme olmaması karşısında TKHK m. 12 f. I hükmünde düzenlenen iki yıllık zamanaşımı süresinin uygulanacağı ifade edilmektedir¹⁰⁸. Kanımızca, bu durumda, TBK m. 244 f. III hükmünde öngörülen zamanaşımı sürelerinin tüketicinin daha lehine olduğu düşünülerek, öncelikle uygulanması gerekmektedir. Belirtmek gerekir ki, satıcının satılanı ayıplı

¹⁰⁵ TBK m. 231 hükmünde her ne kadar satılanın alıcıya devrinden bahsedilmiş olsa da, bu ifadenin “satılanın alıcıya teslimi” şeklinde anlaşılması gerekmektedir. Bkz. aşağıda B.2/III/A. Bu açıdan, zamanaşımı süresinin başlangıcı açısından aşağıda yapılan açıklamalar geçerliliğini korumaktadır.

¹⁰⁶ Satıcının ağır kusurlu olması durumunda uygulanacak olan olağanüstü zamanaşımı rejimi açısından bkz. aşağıda B.4.

¹⁰⁷ Türk Borçlar Kanunu açısından da benzer bir çözüme ulaşılması gerektiği yönünde bkz. B.2/III/B. Taşınmazın tesliminin tescilden önce gerçekleşmesi durumunda zamanaşımının tescil anından itibaren başlaması gerektiği görüşünde bkz. Türkmen, **Zamanaşımı**, s. 3403.

¹⁰⁸ Türkmen, **Zamanaşımı**, s. 3404.

devretmekte ağır kusurlu olması durumunda, TKHK m. 12 f. III hükmünde zamanaşımı hükümlerinin uygulanmayacağına düzenlenmesi karşısında, konut ve tatil amaçlı taşınmazlar da dâhil olmak üzere, tüketici işlemi niteliğindeki bütün taşınmaz satışlarında, satıcının ayıptan sorumluluğunun TBK m. 146 uyarınca on yılda değil; TBK m. 244 f. III hükmü uyarınca, *yirmi* yılda zamanaşımına uğrayacağı kabul edilmelidir¹⁰⁹.

Öte yandan, kanun koyucu TKHK m. 12 f. II hükmünde zamanaşımı sürelerinin tüketici aleyhine değiştirilemeyeceği yönündeki kurala iki önemli istisna getirmiştir. Bunlardan ilki, konut ve tatil amaçlı taşınmaz satışında zamanaşımı süresinin üç yıldan daha kısa olamayacağı yönündeki kuraldır. O halde, konut ve tatil amaçlı taşınmaz satışlarında zamanaşımı süresinin beş yıldan üç yıla indirilerek, iki yıl kısaltılması mümkündür. Söz konusu istisnalardan ikincisi ise, ikinci el satışlar açısından getirilmiş ve ikinci el satışlarda zamanaşımı süresinin iki yıldan bir yıla indirilebileceği düzenlenmiştir. Söz konusu hüküm, İsviçre Hukuku'nda, 1 Ocak 2013 tarihinde yürürlüğe giren CO art. 210 al. IV hükmüyle ve Alman Hukuku'nda, BGB § 476 Abs. II hükmüyle aynı çözüm yolunu benimsemiştir.

TKHK m. 30 f. IV ve m. 35 f. II hükümlerinde tüketici kredisi veya konut finansman sözleşmelerindeki bağlı kredilerde kredi verenin satıcıyla birlikte, borcun gereği gibi ifa edilmemesinden sorumlu olduğu belirtilmiştir. Bu durumda, kredi verenin satılardaki ayıplardan sorumluluğu satılanın tesliminden itibaren bir yıllık zamanaşımı süresiyle ve alıcıya verilen kredi miktarıyla sınırlandırılmıştır.

Yukarıda ifade edilen hususlar dışında, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da düzenleme bulunmayan hallerde TKHK m. 83 f. I uyarınca genel hükümlerin uygulanacağı ifade edilmiştir. Bu açıdan, belirtmek isteriz ki, her ne kadar zamanaşımı süresi dolmuş olsa da, TBK m. 231 f. I c. 2 hükmünde düzenlenen, ayıptan doğan def'i haklarına tüketicinin de başvurması mümkündür. 6502 sayılı kanunla tüketici işlemlerinde gözden geçirme ve bildirim külfetlerine yer verilmediği nazara alınacak olursa, tüketicinin söz konusu def'i haklarına başvurması için, ayıp bildiriminde bulunması da şart değildir. Zamanaşımının durması, kesilmesi, sözleşmeyle uzatılması ve zamanaşımının hükümleri açısından aşağıda yaptığımız açıklamalar ise, tüketici işlemleri açısından da geçerlidir. Ancak, altını

¹⁰⁹ Aydoğdu, **Tüketici**, s. 191; Ahmet Karakocalı, Ali Suphi Kurşun, **Tüketici Hukuku (6502 Sayılı Kanun ve İlgili Yönetmeliklere Göre)**, Aristo Hukuk Yayınevi, İstanbul, 2015 (Tüketici), s. 71; Türkmen, **Zamanaşımı**, s. 3403.

önemle çizmek gerekir ki, tüketicinin dava açması kadar, hakem heyetine başvurması da zamanaşımını keserek, yeni bir sürenin başlamasına sebebiyet verecektir¹¹⁰.

B. Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş

Milletler Anlaşması Açısından

Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması (CISG)¹¹¹ m. 39 f. I hükmünde alıcının sözleşmeye aykırılık saptadığı veya saptaması gerektiği tarihten itibaren, *makul bir süre* içinde, sözleşmeye aykırılığın türünü de belirterek satıcıya bildirmesi gerektiği, aksi halde sözleşmeye aykırılığa dayanma hakkını kaybedeceği düzenlenmiştir. CISG m. 39 f. II hükmünde ise alıcının, başkaca bir garanti süresi kararlaştırılmış olmadıkça, malların fiilen kendisine verildiği tarihten itibaren en geç *iki yıl* içerisinde sözleşmeye aykırılığı satıcıya bildirmesi gerektiği ifade edilmiştir¹¹². CISG m. 39 f. II hükmünde düzenlenen iki yıllık bildirim süresi, TBK m. 223 ve CO art. 201 hükümlerinde

¹¹⁰ Aydoğdu, **Tüketici**, s. 192; Türkmen, **Zamanaşımı**, s. 3416; **Yargıtay** 13. HD, T. 15.4.2002, E. 2002/1534, K. 2002/4099 (kazancı); **Yargıtay** 13. HD, T. 6.5.2002, E. 2002/2803, K. 2002/5178 (kazancı): "...Dairemizin öteden beri sapma göstermeyen içtihatlarına göre hakeme başvurmak zamanaşımını kesen sebeplerden birisidir...". Gülen Sinem Tek, "Tüketici mahkemelerinin görev alanı hakkında bkz. "Tüketici Mahkemelerinin Görevi, Yetkisi ve Tüketici Mahkemelerinde Yapılan Yargılamanın Usulü", **Bahçeşehir Üniversitesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi**, C. 8, S. 99-100, 2012, s. 127-171 (Tüketici), s. 138 vd.

¹¹¹ Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması (Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises - United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods) (RG T. 7.3.2010, S. 27545).

¹¹² 1 Ocak 2013 tarihinde yürürlüğe giren CO art. 210 hakkındaki İsviçre Borçlar Kanunu değişikliğinden önce, ayıptan sorumlulukta zamanaşımı süresinin bir yıl olması; ancak, CISG m. 39 f. II uyarınca bildirim süresinin iki yıl olarak öngörülmüş olması karşısında İsviçre Federal Mahkemesi, bir yıllık bir zamanaşımı süresinin mi yoksa on yıllık olağan sözleşmesel zamanaşımı süresinin mi uygulanacağı yahut bir yıllık sürenin iki yıla mı çıkacağı hususunda görüş belirtmemiştir (Karar için bkz. **İsvFM**, 18.5.2009, 4A_68/2009). Daha sonraki bir kararında Federal Mahkeme, CISG'da zamanaşımı süresinin öngörülmemiş olduğundan hareketle, sözleşmeye uygulanacak hukukun İsviçre Hukuku olduğu durumlarda, sözleşme ihlali sayılan bir ayıplı ifanın varlığı halinde CO art. 210 hükmünde öngörülen zamanaşımı süresinin uyuşmazlığa uygulanacağına karar vermiştir (Karar için bkz. **İsvFM**, ATF 138 III 601 = JdT 2013 II 287). Bern Ticaret Mahkemesi ise ayıptan sorumlulukta söz konusu olan bir yıllık zamanaşımı süresinin, CISG m. 39 f. II uyarınca bildirimin yapılmasından itibaren başlayacağına hükmetmiştir (**KanM (Bern)**, 30.10.2001, SZIER 2002, s. 142). Cenevre Adalet Divanı ise böyle bir durumda zamanaşımı süresinin iki yıla uzayacağı yönünde karar vermiştir (**KanM (Genève)**, 10.11.1997, RSDIE 1999, s. 183 = RSJ 1998, s. 146). Bu konuda bkz. Michael R. Will, "« Meine Grossmutter in der Schweiz... » : Zum Konflikt von Verjährung und Rügefrist UN-Kaufrecht", **Festschrift für Werner Lorenz zum 80. Geburtstag**, Sellier European Law Publishers, München, 2001, s. 623-642 (Konflikt), s. 638 vd.; Nafiye Yücedağ, **Sözleşmeye Aykırı Mal Tesliminde Yenisiyle Değiştirme Hakkı -TBK ve CISG Uyarınca-**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018 (Değiştirme), s. 317-321.

olduğu gibi, ayıp bildirim süresi şeklinde nitelendirilmekte¹¹³; bu açıdan, bir zamanaşımı süresi değil, *hak düşürücü süre* (*délai de déchéance - Präklusionsfrist*) olma özelliği göstermektedir¹¹⁴. Viyana Satım Anlaşması'nda söz konusu iki yıllık süre haricinde, satılndaki nitelik eksikliklerini de kapsayan sözleşmeye aykırılık halleri açısından, herhangi bir zamanaşımı süresi düzenlenmemiştir¹¹⁵. O halde, satılanın ayıplı olması durumunda, satıcının sorumluluğuna uygulanacak olan zamanaşımı süresi, CISG m. 7 f. II uyarınca milletlerarası özel hukuk kuralları çerçevesinde tespit edilecektir¹¹⁶. Bu durumda uygulanacak olan zamanaşımı, MÖHUK m. 24 hükmüne göre belirlenecek olan akit statüsüne tabidir. Söz konusu akit statüsü (*lex causae*) ise, taraflar hukuk seçimi yapmamışlarsa, karakteristik edim borçlusu olan satıcının yerleşim yeri hukuku, şayet ticari veya mesleki faaliyetler kapsamında hareket ediliyorsa satıcının iş yeri hukuku olarak tespit edilecektir¹¹⁷. O halde, uygulanacak olan hukukun MÖHUK m. 24 uyarınca Türk Hukuku olması durumunda, TBK m. 231 hükmü uygulama imkânı bulabilecektir. Hatırlatmak

¹¹³ CISG m. 39 f. I'de düzenlenen makul sürenin *nispi* (*relative Rügefrist*), CISG m. 39 f. II hükmünde düzenlenen iki yıllık sürenin *kesin* ayıp bildirim süresi (*absolute Rügefrist*) olduğu yönünde bkz. Alain Bieger, **Die Mängelrüge im Vertragsrecht**, AISUF - Arbeiten aus dem Juristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz Band/Nr. 283, Schulthess Juristische Medien AG, Freiburg, 2009 (Mängelrüge), s. 82.

¹¹⁴ Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 210 N 17; Honsell, **BaslerKomm**, OR Art. 210 N 8; M. Turgut Öz, "Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması (CISG)", **GSÜHFD**, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Anlaşması'nın (CISG) Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Değerlendirilmesi Sempozyumu Özel Sayısı, 2013/1, s. 3-18 (CISG), s. 7, 12; Hayrunnisa, Özdemir, **Türk Borçlar Kanununa ve Viyana Satım Sözleşmesine (CISG) Göre Ayıptan Doğan Sorumluluğun Şartları**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013 (Sorumluluk), s. 324. Öte yandan, yazarın niçin ihbar süresinin zamanaşımı süresi niteliğinde olduğunu belirttiği ise anlaşılamamaktadır. Bkz. Özdemir, **Sorumluluk**, s. 324.

¹¹⁵ Honsell, **BaslerKomm**, OR Art. 210 N 8; Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 1300, 1381; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 210 N 17; Müller, Mader, **Contrats**, N 528; Öz, **CISG**, s. 16; **İsvFM**, 18.5.2009, 4A_68/2009; **İsvFM**, ATF 138 III 601 = JdT 2013 II 287. Bu durumda "*harici boşluklar* (*lacune externe - lacuna intra legem*)" olarak ifade edilen boşluk türünün mevcut olduğu ve söz konusu boşlukların kanunlar ihtilafı çerçevesinde tespit edilecek olan hukuk sistemine göre doldurulacağı yönünde bkz. Will, **Konflikt**, s. 627 vd.; Tolga Ayoğlu, "Milletlerarası Menkul Mal Satımları Hakkında Viyana Konvansiyonu'nda Boşlukların Doldurulması", **GSÜHFD**, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Anlaşması'nın (CISG) Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Değerlendirilmesi Sempozyumu Özel Sayısı, 2013/1, s. 87-110 (CISG), s. 98.

¹¹⁶ Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 210 N 17; Müller, Mader, **Contrats**, N 528; Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 1381, 1382; Öz, **CISG**, s. 16; Ayoğlu, **CISG**, s. 98, 99. Bu durumda CISG m. 7 f. II uyarınca anlaşmanın temelinde bulunan prensiplere başvurma imkânının bulunmadığı yönünde ayrıca bkz. Ayoğlu, **CISG**, s. 98.

¹¹⁷ MÖHUK m. 24 için ayrıca bkz. Doğan Kara, "Vekâlet Sözleşmesine Uygulanacak Olan Hukuk", **PPIL 39/1**, 2019, s. 145-188 (Uygulanacak Hukuk), s. 172 vd.

gerekir ki, taşınmaz satışları, CISG kapsamında yer almadığından¹¹⁸, taşınmaz satışı açısından TBK m. 244 f. III hükmü her daim uygulanabilecektir.

Belirtmemiz gerekir ki, her ne kadar Türkiye onaylamamış olsa da, 1974 tarihli *Milletlerarası Mal Satımı Konusunda Zamanaşımına İlişkin New York Konvansiyonu*'nu¹¹⁹ kabul etmiş ülkeler açısından zamanaşımı süreleri, söz konusu anlaşma hükümlerine göre tespit edilecektir¹²⁰. New York Konvansiyonu'nun 10. maddesinin ikinci fıkrasına göre, satılanın ayıplı olmasından kaynaklanan davalar, satılanın fiilen alıcıya teslim edildiği tarihten itibaren dört yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar. Öte yandan, New York Konvansiyonu'nun üçüncü ve son fıkrasına göre satıcının hilesi mevcutsa zamanaşımı süresi, hilenin öğrenildiği veya makul şekilde öğrenilmesinin mümkün olduğu tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır.

C. Türk Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Açısından

Satış sözleşmesinde ayıptan sorumluluk rejimi, esas olarak Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş olsa da, kanun koyucu ticari mülahazalarla, tarafları tacir olan ve her iki tarafın da ticari işletmesini ilgilendiren satış sözleşmeleri açısından, Türk Ticaret Kanunu'nda bazı özel düzenlemelere yer vermiştir. 6762 sayılı eski Türk Ticaret Kanunu'nda (eTTK) yer verilen bu özel düzenlemelere, zamanaşımı süresi de dâhil edilmiştir. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle birlikte, zamanaşımı rejimi, tamamen Türk Borçlar Kanunu bünyesine alınmıştır. Her iki kanun kapsamında öngörülmüş olan söz konusu düzenlemeler sebebiyle, TBK m.

¹¹⁸ Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 1306; H. Ercüment Erdem, "Viyana Satım Antlaşması'na Genel Bakış ve Maddi Uygulama Alanı", **Yeni Türk Borçlar Kanunu ve CISG'e Göre Satış Sözleşmeleri**, (ed. : Şükran Şıpka, Ahmet Cemil Yıldırım), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 117-156 (CISG), s. 136, 137; H. Murat Develioğlu, "CISG'nin Sözleşmelerin Konusu ve Niteliği Bakımından Uygulama Alanı", **GSÜHFD**, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Anlaşması'nın (CISG) Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Değerlendirilmesi Sempozyumu Özel Sayısı, 2013/1, s. 53-71 (CISG), s. 55. "*Gemi, tekne, hava yastıklı taşıt veya hava taşıtı*" gibi araçlar ve tüketici sözleşmeleri de CISG m. 2 uyarınca anlaşmanın uygulama alanına dâhil değildir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Develioğlu, **CISG**, s. 57, 66, 67; E. Erdem, **CISG**, s. 137 vd.

¹¹⁹ 11 Nisan 1980 tarihli Protokol uyarınca değiştirilmiş 14 Haziran 1974 tarihli Milletlerarası Mal Satımı Konusunda Zamanaşımına İlişkin New York Konvansiyonu (Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises, modifiée par le Protocole modifiant la Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises - Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods as amended by the Protocol amending the Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods) (çevrimiçi, www.uncitral.org, 15.3.2020).

¹²⁰ Bu konuda bkz. Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 1381, 1382; Honsell, **BaslerKomm**, OR Art. 210 N 8; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 210 N 18.

231 ve m. 244 f. III hükümlerinde öngörülen sürelerin, ticari satış sözleşmelerine uygulanıp uygulanmayacağının belirlenmesi açısından, ilk olarak eBK ve eTTK çerçevesinde bir değerlendirmede bulunulacak; akabinde, yürürlükte olan zamanaşımı hükümleri bakımından, güncel durum tespit edilmeye çalışılacaktır.

1. eBK ve eTTK Dönemi

818 sayılı eski Türk Borçlar Kanunu'nda, "*Müruru zaman*" başlığını taşıyan eBK m. 207 f. I hükmünde, satıcı daha uzun bir süre için kefalet etmedikçe (*üstlenmedikçe*), ayıptan sorumluluktan doğan her türlü davanın *satılanın tesliminden itibaren* bir sene geçmekle *sakıt olacağı* düzenlenmiştir. Maddenin başlığına rağmen, hakların sakıt olacağının (*sukut edeceğinin*), yani sona edeceğinin öngörülmesi; öte yandan, yenilik doğurucu hakların zamanaşımına tabi olmayacağı düşüncesi tereddütlere sebep olsa da, maddede öngörülen sürelerinin hak düşürücü süre değil, zamanaşımı süresi olduğu, gerek kaynak İsviçre Hukuku'nda gerekse eBK döneminde Türk Hukuku'nda ifade edilmiştir¹²¹. Öte yandan, eBK m. 207 f. II hükmünde ise, zamanında ihbar edilen ayıplardan doğan def'i haklarının sona ermeyeceği belirtilmiş, eBK m. 207 f. III hükmünde satıcının alıcıyı iffal etmesi

¹²¹ Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, **Borçlar Hukuku İkinci Kısım Akdın Muhtelif Nevileri (Özel Borç İlişkileri)**, Cilt I, 4. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1980 (Borçlar Özel), s. 301, 302; Seyfullah Edis, **Türk Borçlar Hukukuna Göre Satıcının Ayıba Karşı Tekeffülü**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 183, Ankara, Ajans-Türk Matbaası, 1963 (Ayıp), s. 131; Halûk Tandoğan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Cilt I/1, Kendine Özgü Yapısı Olan ve Karma Sözleşmeler, Satış ve Çeşitleri, Trampa, Bağışlama, 5. Basımdan 6. Tıpkı Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008 (Borçlar Özel, Cilt I/1), s. 201; Özer Seliçi, **İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1978 (İnşaat), s. 206; Cevdet Salih Şahin, **Tacirler Arası Ticari Satımlarda Satıcının Ayıplı İfadan (Ayıplı Mal Tesliminden) Sorumluluğu**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008 (Ayıp), s. 122; Yavuz, **Ayıp**, s. 155; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 88. Karşı görüşte bkz. Buz, **Yenilik Doğuran Haklar**, s. 398, 399.

CO art. 210 al. I hükmünde ise hakkın sona ereceği değil, zamanaşımına uğrayacağı belirtilmişti. İsviçre Hukuku'nda, ilgili sürelerin zamanaşımı süresi olduğu yönünde *örneğin* bkz. Gauch, **Entreprise**, N 2197; Honsell, **BaslerKomm**, OR Art. 210 N 3; Giger, **BernerKomm**, OR Art. 210 N 14; Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 738; Tschütscher, **Verjährung**, N 8; Stanislas, **Résolution**, s. 158; Pierre Engel, **Contrats droit suisse**, Traité des contrats de la partie spéciale du Code des obligations, de la vente au contrat de société simple, articles 184 à 551 CO, ainsi que quelques contrats innomés, 2ème édition, Stämpfli Éditions SA, Berne, 2000 (Contrats), s. 47; Max Keller, Kurt Siehr, **Kaufrecht des OR und Wiener UN-Kaufrecht**, 3., überarbeitete und ergänzte Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, 1995 (Kaufrecht), s. 100. Karşı görüşte bkz. Bucher, **OR BT**, s. 94, 95; Theo Guhl, **Le droit fédéral des Obligations comprenant notamment le droit commercial, le droit de change et le droit privé des assurances**, (traduit de l'allemand d'après la troisième édition par René Des Gouttes), Edition Polygraphiques SA, Zurich, 1947 (Obligations), s. 240. TBK m. 231 ve 244 f. III hükmünde düzenlenen sürelerin niteliğine aşağıda daha detaylı olarak değinilmiştir. Bkz. aşağıda B.2/I.

durumunda, bir yıllık zamanaşımı süresinden yararlanamayacağı düzenlenmiştir¹²². eBK m. 215 hükmünde ise bir binanın ayıplı olmasından kaynaklanan davaların beş yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrayacağı ifade edilmiş, satıcının ayıbı hile ile gizlemesi halleri dâhil olmak üzere diğer hususlar açısından, eBK m. 217 hükmünde taşınır satışına ilişkin düzenlemelere atıfta bulunulmuştur.

eTTK m. 25 f. I b. 4'te ise bu dönemde “*Borçlar Kanununun 207. maddesindeki müruruzaman müddeti tüccarlar arasındaki ticari satışlarda altı aydır. Şu kadar ki; bu müddet azaltılabilir.*” hükmüne yer verilmiştir. Böylece her iki tarafı tacir olan ticari satışlarda, taşınırlar açısından altı aylık daha kısa bir zamanaşımı süresi kabul edilmiş olmaktadır¹²³. Öte yandan, eTTK m. 6 hükmü ile, ticari hükümler koyan kanunlarda tayin olunan zamanaşımı sürelerinin değiştirilemeyeceği düzenlenmiştir. Bu durumda, eTTK m. 25 b. 4 hükmünün, zamanaşımı süresinin yalnızca kısaltılmasından bahseden lafzı, eTTK m. 6 hükmüyle birlikte nazara alındığında, bu sürelerin uzatılamayacağı, yalnızca kısaltılabileceği sonucuna ulaşılmaktadır¹²⁴. Öte yandan, eTTK m. 25 f. I hükmü yalnızca zamanaşımı süresini değiştirmiş ve uzatılmasını yasaklamış, bunun dışındaki hususlarda 818 sayılı Borçlar Kanunu'na atıfta bulunulmuştur. Bu sebeple, eBK m. 207 f. II hükmünde öngörülen def'i hakkı, eBK m. 207 f. III hükmünde düzenlenen satıcının kasten alıcıyı iğfal etmesi ve taşınmazlar açısından eBK 215 f. III hükmü ticari her türlü satış sözleşmesi için uygulanmaya devam etmiştir¹²⁵.

2. Güncel Durum

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda 231. maddenin ilk fıkrasında, “*Satıcı daha uzun bir süre için üstlenmiş olmadıkça, satılanın ayıbından doğan sorumluluğa*

¹²² eBK döneminde satıcının alıcıyı iğfal etmesi durumunda uygulanacak olan olağanüstü zamanaşımı süreleri ve şartları için bkz. B.4/I/B.

¹²³ Söz konusu kısa zamanaşımı süresinin ticari ihtiyaçları karşılamaktan uzak olduğu ifade edilmiştir. Bkz. Saibe Oktay-Özdemir, “Yargıtay Kararları Işığında Ticari Satış Sözleşmesinde Ayıp Kavramı ve Ayıba Bağlı Hakları Kullanmak için Uyulması Gereken Külfetler”, **Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan**, Birinci Cilt (Ticaret Hukuku), Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008, s. 39-58 (Ayıp), s. 39, 40.

¹²⁴ Yavuz, **Ayıp**, s. 159; Atamer, **Taşınır Satımı**, s. 217. Öte yandan, Yargıtay bu dönemde verdiği kararlarda tarafların altı aydan daha uzun bir garanti süresi kararlaştırmış olmaları durumunda zamanaşımı süresinin de uzayacağını kabul etmektedir. Bu sebeple, Yargıtay'ın eTTK m. 6 hükmünü katı yorumlamadığı anlaşılmaktadır. *Örneğin* bkz. **Yargıtay** 19. HD, T. 12.2.2008, E. 2007/11897, K. 2008/1114 (kazancı); **Yargıtay** 19. HD, T. 12.7.2006, E. 2006/405, K. 2006/7604 (kazancı). Aynı yönde bkz. Şahiniz, **Ayıp**, s. 125.

¹²⁵ Yavuz, **Ayıp**, s. 163; Şahiniz, **Ayıp**, s. 129, 132; **Yargıtay** 13. HD, T. 30.11.2015, E. 2015/25402, K. 2015/734826 (kazancı). Aynı yönde bkz. Tandoğan, **Borçlar Özel**, Cilt I/1, s. 200 vd.

ilişkin her türlü dava, satılndaki ayıp daha sonra ortaya çıksa bile, satılanın alıcıya devrinden başlayarak iki yıl geçmekle zamanaşımına uğrar.” hükmüne yer verilmiştir. Böylece zamanaşımı süresi bir yıldan iki yıla çıkarılmış ve zamanaşımının başlangıç anını tarif etmek üzere, eBK m. 207 f. I hükmünün aksine, “*teslim*” yerine “*satılanın devri*” ifadesi kullanılmıştır¹²⁶. TBK m. 231 f. II hükmünde ise satıcının satılanı ayıplı olarak devretmekte ağır kusurlu olması durumunda iki yıllık zamanaşımı süresinden yararlanamayacağı düzenlenmiştir. Böylece, eBK m. 207 f. III hükmünde “kast” olan kusur seviyesi, “*ağır kusur*” derecesine indirilerek, alıcı lehine önemli bir değişiklik gerçekleştirilmiştir. Kanun koyucu, TBK m. 244 f. III’te “*Bir yapının ayıplı olmasından doğan davalar, mülkiyetin geçmesinden başlayarak beş yılın ve satıcının ağır kusuru varsa yirmi yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar.*” hükmüne yer vermiştir. Böylece, bir yapının ayıplı olması durumunda satıcının daha uzun süre sorumlu olacağı öngörülmüş, 818 sayılı eski Borçlar Kanunu’ndan farklı olarak, satıcının ağır kusurlu olması durumunda, ayıptan doğan alacak haklarının yirmi yılda zamanaşımına uğrayacağı öngörülmüştür. TBK m. 231 f. I c. 2 hükmünde öngörülen alıcının def’i hakkı konusunda ise herhangi bir değişiklik yapılmayarak, ayıplı ifa def’i “*Alıcının satılanın kendisine devrinden başlayarak iki yıl içinde bildirdiği ayıptan doğan def’i hakkı, bu sürenin geçmiş olmasıyla ortadan kalkmaz.*” şeklinde ifade edilmiştir.

1 Temmuz 2012’de, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile aynı gün yürürlüğe giren, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda ise, eTTK m. 25’te öngörülen altı aylık zamanaşımı süresine yer verilmeyerek, ayıptan sorumluluk açısından başkaca bir süre öngörülmemiştir¹²⁷. Kanunun “*ticari satış ve mal değişimi*” başlığını taşıyan

¹²⁶ 6098 sayılı TBK ile 818 sayılı eBK arasında, zamanaşımının başlangıcı açısından bir fark bulunmadığı yönünde bkz. B.2/III/A. Ayıptan sorumlulukta zamanaşımı süreleri hakkında ayrıca bkz. Demet Belverenli, “Satış Sözleşmesinde Ayıptan Doğan Sorumlulukta Zamanaşımı”, **Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 6, S. 12, 2018, s. 159-191 (Ayıp), s. 159 vd.

¹²⁷ Atamer, **Taşınır Satımı**, s. 217; Çetiner, **Değerlendirme**, s. 113. Ayrıca bkz. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Madde Gerekeçleri, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324): “Ayrıca, Tasarının 23 üncü maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinde iki değişiklik yapmıştır. Bunlardan birincisi zamanaşımı süresinin ticarî satışlarda iki yıla çıkartılmasıdır. İkincisi ise zamanaşımı süresinin kısaltılmasına olanak verilen cümle madde metninden çıkarılmıştır. Birinci değişikliğin üç sebebi vardır: (1) Yatırım mallarında özellikle makinalarda gizli ayıplar çoğu kez altı aylık sürede belirlenememekte, anlaşılamamaktadır. Bu konuda tam kapasiteyle çalışmak ve kaliteyi tutturmak örnekleri verilebilir. Teknolojinin ilerlemesi makinaları bilgisayar ile çalışır duruma getirmiş, bu sistem içinde ayıplar ancak altı ayı aşan bir süreden sonra belirlenen nitelikte ayıplara dönüşmüştür. (2) Kısa zamanaşımı süresi bir ithalat ülkesi olan Türkiye’de zararlı sonuçlar vermiştir. (3) Bu süre, Dünya’da yaygın bir şekilde uygulanan, Viyana Antlaşması diye adlandırılan “Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler

TTK m. 23 hükmünde, iki ve sekiz günlük ihbar süreleri dışında, ayıptan sorumluluk açısından Türk Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Esasen, TTK m. 23 hükmünün ilk halinde ayıptan sorumluluk açısından iki yıllık zamanaşımı süresi öngörülmüş olup, bu düzenleme Türkiye Büyük Millet Meclisi görüşmeleri sırasında kaldırılarak, zamanaşımı süreleri Türk Borçlar Kanunu'na yapılan atfın kapsamına dâhil edilmiştir¹²⁸. O halde, TBK m. 231 hükmünde düzenlenen iki yıllık zamanaşımı süresi ticari satışlar açısından da uygulama alanı bulmaktadır¹²⁹. Böylece, ticari satışlarda, CISG m. 39 f. II hükmünde öngörülen bildirim süresiyle uyumlu bir zamanaşımı rejimi yaratılmış olmaktadır. Öte yandan, aksine düzenleme olmadıkça, ticari hükümler koyan kanunlarda öngörülen sürelerin değiştirilemeyeceğini öngören TTK m. 6 hükmü, gerek Türk Borçlar Kanunu'nun ticari hükümler koyan bir kanun olmadığı, gerekse de TBK m. 231 hükmünde açıkça değişikliğe cevaz verildiği gerekçeleriyle uygulama alanı bulmayacaktır.

Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması" ile açık uyumsuzluk içindedir. Türkiye'nin kabul işlemlerine giriştiği bu Anlaşmada söz konusu zamanaşımı iki yıldır."

¹²⁸ Adalet Komisyonu'nda kabul edilen metin için bkz. **TTK m. 23 f. I b. d:** "*Borçlar Kanununun 207 nci maddesinde öngörülmüş bulunan zamanaşımı süresi tacirler arasındaki ticarî satışlarda iki yıldır*". Değişiklik gerekçesi için bkz. **TBMM Genel Kurul Tutanağı**, 53. Dönem, 5. Yasama Yılı, 51. Birleşim, s. 133 (www.tbmm.gov.tr): "*22/4/1926 tarihli ve 818 sayılı Borçlar Kanunu, 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunun 647 nci maddesiyle yürürlükten kaldırıldığından, yeni Türk Borçlar Kanunu ile uyum sağlanması amacıyla işbu değişiklik önergesi verilmiş, bu sebeple (c) bendinde Türk Borçlar Kanununun 223 üncü maddesine yollamada bulunulmuştur. Ayrıca aynı fıkranın (d) bendinde öngörülmüş bulunan iki yıllık zamanaşımı süresi Türk Borçlar Kanununun 231 inci maddesiyle kabul edildiğinden anılan bende gerek kalmamıştır. Adi satışlar ile ticari satışlar arasında zamanaşımı süresinde fark yaratıp ticari satışlar için daha uzun bir süre belirlemek Türkiye'nin de kabul ettiği Viyana Anlaşması şeklinde anılan "Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'na aykırı düşeceği için bu yola gidilmemiştir."*

¹²⁹ Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017 (Borçlar Özel), s. 123; Zevkliler, Gökyayla, **Borçlar Özel**, s. 138; Yavuz, **Borçlar Özel**, s. 170, 171; Mustafa Alper Gümüş, **6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Cilt 1, İsimsiz Sözleşmeler Teorisi, Satış, Mal Değişimi, Bağışlama, Kira, Kullanım Ödücü, Tüketim Ödücü, Genel Hizmet Sözleşmesi, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013 (Borçlar Özel), s. 115; Atamer, **Taşınır Satımı**, s. 217; Yücedağ, **Değiştirme**, s. 323; Bilgehan Çetiner, "Yeni TBK'da Yazar ve Hasarın İntikali ile Satıcının Ayıptan Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi", **İÜHFEM**, Cilt 67, Sayı 1-2, 2009, s. 97-114 (Değerlendirme), s. 113; Nazlı Doğan, **Tacirler Arası Ticari Satım Sözleşmelerinde Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017 (Ayıp), s. 133; Belverenli, **Ayıp**, s. 168.

IV. Türk Borçlar Kanunu'nda Ayıptan Sorumlulukta Zamanaşımını

Düzenleyen Hükümlerin Konu Bakımından Uygulama Alanı

A. Taşınır Satışlarında

Satış sözleşmesi bölümünün “*taşınır satışı*” başlığı altında düzenlenen TBK m. 231 hükmünde satıcının ayıptan sorumluluğu, satılanın devrinden itibaren iki yıllık zamanaşımı süresine tabi tutulmuştur. O halde, hükmün kapsamına ilk olarak *taşınır mal* olarak nitelendirilebilecek her türlü eşyanın dâhil olacağı konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Taşınır eşya ise, toprağa bağlı olmayan, özüne zarar verilmeksizin bir yerden başka bir yere taşınabilen ve yeri değiştirilebilen her türlü kişi dışı cismani varlık olarak tanımlanmaktadır¹³⁰. Öte yandan, bir kimsenin malvarlığına dâhil olan ve parayla ölçülebilen, üzerinde hukuki hâkimiyet kurulabilen alacak hakkı, fikri ve sınai hak veya know-how (*savoir-faire*) gibi her türlü ekonomik değer, eşya hukukunun kapsamına girmese dahi, satış sözleşmesine konu olabilmektedir¹³¹. Bu açıdan, satış sözleşmesinin konusunu, teknik anlamda taşınır veya taşınmaz eşyanın oluşturması şart değildir. Ancak, satış sözleşmesine konu olabilen her şeyin (*chose - Kaufgegenstand - oggetto*) ayıptan sorumluluk rejimine de konu olabilmesi, niteliği itibarıyla mümkün değildir.

Ayıptan sorumluluk başlığı altında öngörülen zamanaşımı sürelerinin, ancak söz konusu sorumluluk rejiminin uygulama alanıyla sınırlı olduğu nazara alındığında, ayıptan sorumluluk rejiminin kapsamına girmeyen satış sözleşmelerine, ilgili sürelerin uygulanması mümkün değildir. Keza, ayıptan sorumluluk rejiminin *kural olarak* maddi mal satışlarında (*Sachkauf*) uygulanabileceği, hak satışlarında (*Rechtskauf*) uygulanma imkânının bulunmadığı ifade edilmektedir¹³². Zira, bu gibi durumlarda çoğu zaman satılanın onarılması, ayıpsız benzeriyle değiştirilmesi gibi seçimlik hakların uygulanması mümkün görünmemektedir. Aynı yorum, alacak hakkını konu edilen satış sözleşmeleri açısından da geçerli kabul edilmekte ve alacak

¹³⁰ M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, 21. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2018 (Eşya Hukuku), N 40; Halûk Nami Nomer, Mehmet Serkan Ergüne, **Eşya Hukuku**, Zilyetlik, Tapu Sicili, Mülkiyetin Genel Hükümleri, Taşınır Mülkiyeti, Rehin Hakları, 7. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019 (Eşya Hukuku), N 42; A. Lâle Sirmen, **Eşya Hukuku**, 7 Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019 (Eşya Hukuku), s. 12.

¹³¹ Guhl, Koller, **Obligationenrecht**, § 41 N 2; Engel, **Contrats**, s. 16; Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 471, 472; Honsell, **OR BT**, s. 40, 41; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 184 N 6, 7; Engel, **Contrats**, s. 15; Zevkliler, Gökyayla, **Borçlar Özel**, s. 34; Eren, **Borçlar Özel**, N 89; Fahrettin Aral, Hasan Ayrancı, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Tıpkı 12. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019 (Borçlar Özel), s. 72, 73.

¹³² Honsell, **OR BT**, s. 109; Honsell, **BaslerKomm**, OR Art. 197 N 1; Eren, **Borçlar Özel**, N 301.

satışlarında (*Forderungskauf*) ayıptan sorumluluk hükümlerinin uygulanmayacağı belirtilmektedir¹³³. Fikri ve sınai haklar veya üyelik kazanımı gibi maddi olmayan diğer malların devrinde de ayıptan sorumluluk rejiminin uygulanmayacağı savunulmaktadır¹³⁴.

Yukarıda ifade edilen hususlar yol gösterici olsa da, kanımızca kesin bir sonuca varmak yerine, her somut olay bazında, satış sözleşmesinin mevcut konusu nazara alınarak bir değerlendirme yapılmalı; ayıptan sorumluluk kapsamında öngörülen seçimlik hakların, hiç değilse *bir kısmının* icra edilebilme kabiliyeti olup olmadığı değerlendirmeli; yukarıda ifade ettiğimiz hususların vakıa özelinde istisnalarının bulunabileceği unutulmamalıdır. Örneğin, akıllı telefonlara indirilen ücretli uygulamalar, bilgisayar programları, yazılımlar¹³⁵, e-kitaplar, ücreti karşılığında indirilen müzik veya filmler ya da bilgisayar oyunları açısından, ayıptan sorumluluk rejimi ve bu kapsamda öngörülen zamanaşımı süreleri uygulama alanı bulabilecektir. Zira, bu gibi durumlarda, bedel indirimi, onarım veya değişim gibi seçimlik hakların uygulanması mümkün görünmektedir. Keza, know-how sözleşmelerine satış sözleşmesi hükümlerinin uygulandığı hallerde, ayıptan sorumluluk hükümlerinin de know-how verenin sorumluluğu açısından tatbik edilebileceği savunulmaktadır¹³⁶. Ayrıca, gaz ve elektrik satışlarında da satılanın ayıplı olması durumunda, bu başlık altında öngörülen zamanaşımı sürelerinin uygulama alanı bulabileceği ifade edilmektedir¹³⁷. Hisse senedi veya kıymetli evrak

¹³³ Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO Intro. art. 197-210 N 6; Giger, **BernerKomm**, OR Vorbem. zu Art. 197-210 N 9 vd.; Huguenin, **OR**, N 2395; Engel, **Contrats**, s. 15; Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 637; Herbert Schönle, Peter Higi, **Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch**, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR), Kauf und Schenkung, Zweite Lieferung, Art. 192-204 OR, Band/Nr. V/2a, 3. völlig neu bearbeitete Auflage (unter Mitarbeit von Beat Gut), Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2005 (ZürcherKomm), OR Art. 197 N 31; Honsell, **OR BT**, s. 109; **İsvFM**, ATF 78 II 216 = JdT 1953 I 199; ATF 82 II 522 = JdT 1957 I 236.

¹³⁴ Honsell, **BaslerKomm**, OR Art. 197 N 1; Engel, **Contrats**, s. 15; Eren, **Borçlar Özel**, N 301. Fikir ürünlerinin eşya olmadığı ve bu durumda mülkiyetten farklı bir hak çeşidi olan fikri hakkın mevcut olduğu yönünde bkz. Saibe Oktay-Özdemir, “Fikri Nitelikteki Sınai Değerler Üzerindeki Haklar ile Bunlara İlişkin Verilen Lisansın Hukuki Niteliği”, **Prof. Dr. Ergun Özsunay’a Armağan**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2004, s. 571-598 (Sınai Değerler), s. 571.

¹³⁵ İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında standart yazılımın ayıplı olduğuna hükmetmiş ve ayıptan sorumluluk hükümlerini uygulamıştır. Bkz. **İsvFM**, 3.3.2016, 4A_446/2015.

¹³⁶ Tufan Ögüz, **Know-how Sözleşmesi**, 2. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2018 (Know-how), s. 59. İsviçre-Türk Hukuku’nda hâkim görüş, know-how üzerinde bir hakkın bulunmadığı, bunun bir fiili durum olduğu yönündedir. Bkz. Oktay-Özdemir, **Sınai Değerler**, s. 581; Ögüz, **Know-how**, s. 19, 20.

¹³⁷ Matusche-Beckmann, **StaudingerKomm**, BGB § 438 N 13. *Kanımızca*, TMK m. 762 hükmünde edinmeye elverişli olan ve taşınmaz kapsamına girmeyen doğal güçlerin de taşınır mülkiyetine konu olabileceği, bu kapsamda elektrik gibi enerjilerin de taşınır kabul edildiği nazara alınarak,

satışında ise, ekonomik ayıplar dışında, senede ilişkin maddi veya hukuki ayıplar (*sahtelik, yırtılma, bozulma, kupon eksikliği*) söz konusu olduğunda, ayıptan sorumluluk rejiminin ve ilgili zamanaşımı sürelerinin uygulanabileceği savunulmaktadır¹³⁸.

Sonuç olarak, satış sözleşmesinin konusunun eşya ile sınırlı olmadığı nazara alınarak, satış sözleşmesinin ve ayıptan sorumluluk rejiminin konusunu oluşturan her türlü malvarlığı değerinin, şayet taşınmaz kapsamına girmiyorsa, TBK m. 231 hükmünde düzenlenen sürelerin uygulanmasına sebebiyet verebileceği kabul edilmelidir. Bu açıdan, satılanın muhakkak taşınır eşya olması veya hukuken öyle nitelendirilmesi şart değildir. Zira, TBK m. 231 f. I hükmünde düzenlenen iki yıllık zamanaşımı süresi ve TBK m. 231 f. II hükmünde düzenlenen olağanüstü zamanaşımı süresi, ayıptan sorumluluk açısından genel zamanaşımı süresi olma özelliği göstermektedir¹³⁹.

ayıptan sorumluluk hükümlerinin uygulanması haklı görülebilir. Bkz. Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, N 34; Nomer, Ergüne, **Eşya Hukuku**, N 832-835.

¹³⁸ Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 677; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 197 N 24 vd.; Pierre Wessner, “La vente portant sur la totalité ou la majorité des actions d’une société anonyme: la garantie en raison des défauts de la chose”, **Mélange Pierre Engel**, Recueil de travaux offerts à M. Pierre Engel Professeur à l’Université de Lausanne, Diffusion Payot, Lausanne, 1989, s. 450-470 (Vente d’action), s. 462 vd.; Alain Thévenaz, “Vente d’actions : La question des garanties contractuelles”, **Fusions et acquisitions: questions actuelles**, Travaux de la journée d’étude organisée à l’Université de Lausanne le 6 février 2008, Centre de droit de l’entreprise de l’Université de Lausanne, Lausanne, s. 71-82 (Vente d’action), s. 76, 77; Tolga Ayoğlu, **Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018 (Sermaye), s. 249, 250; Jean-Paul Vulliétty, “Exclusion ou limitation de garantie dans les ventes de sociétés par aliénation de l’intégralité du capital-actions”, **Liber Amicorum Anne Petitpierre-Sauvain**, Économie Environnement Éthique, De la responsabilité sociale et sociétale, (Édité par Rita Trigo Trindade, Henry Peter, Christian Bovet), Schulthess Éditions Romandes, 2009, s. 391-399 (Exclusion), s. 397.

Bu durumda ayıptan sorumluluk, şirketin aktiflerinin tatmin edici olmaması haline veya şirketin işletmelerinin ekonomik beklentileri karşılayamaması durumuna uygulanacak şekilde genişletilemez. Bkz. Wessner, **Vente d’action**, s. 465 vd.; Thévenaz, **Vente d’action**, s. 76, 77; Ayoğlu, **Sermaye**, s. 249; Vulliétty, **Exclusion**, s. 397; **İsvFM**, ATF 107 II 419 = JdT 1982 I 380; ATF 108 II 102 = JdT 1982 I 542; **İsvFM**, 14.2.2013, 4A_321/2010. Zira, bu durumda satılan, şirketin malvarlığına dâhil olan unsurlar değil, satıcının sahibi olduğu ortaklık hakkıdır. Aksi yorum, şirket tüzel kişiliğini inkâr etmek anlamına gelmektedir. Bkz. Thévenaz, **Vente d’action**, s. 75; Ayoğlu, **Sermaye**, s. 249. *İşletmeye egemen olmaya yetecek sayıda* yani şirket hâkimiyetini (*kontrolünü*) alıcıya bahşedecek derecede bir hisse senedi satışında ayıptan sorumluluk rejiminin tamamen uygulanacağı görüşünde bkz. Reha Poroy, Ünal Tekinalp, Ersin Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku I**, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014 (Ortaklıklar Hukuku), N 772c; Thévenaz, **Vente d’action**, s. 77; Serozan, **Borçlar Özel**, N 689. Ayıptan sorumluluğun hiçbir zaman şirketin malvarlığını kapsar şekilde genişletilemeyeceği, bu durumda bağımsız bir garanti sözleşmesine ihtiyaç duyulduğu yönünde bkz. Wessner, **Vente d’action**, s. 469, 470; Vulliétty, **Exclusion**, s. 397.

¹³⁹ Aynı yönde bkz. Koller, **OR BT**, § 4 N 122.

B. Taşınmaz Satışlarında

TBK m. 244 f. III hükmünde, bir yapının ayıplı olmasından kaynaklanan bütün davaların, mülkiyetin geçmesinden başlayarak beş yılın ve satıcının ağır kusuru varsa yirmi yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrayacağı düzenlenmiştir. Kanun koyucu, taşınmaz satışını konu edinen sözleşmeler bakımından, taşınır satışına nazaran daha uzun zamanaşımı süreleri öngörme ihtiyacı hissetmiş ve iki yıl olan zamanaşımı süresini beş yıla (*ağır kusur halinde yirmi yıla*) çıkarmıştır. Bu farklılığın sebebi, taşınmazlarda bulunan nitelik eksikliklerinin, taşınırlara göre, çok daha uzun yıllar sonra tespit edilebilir hale gelmesidir¹⁴⁰.

Belirtmek gerekir ki, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'yla küçük bir değişiklik yapılarak, eBK m. 215 f. III hükmünde kullanılan “*bina*” kavramı yerine, TBK m. 244 f. III hükmünde “*yapı*” kavramına yer verilmiştir. Gerek yapı, gerekse bina kelimeleri, mehzaz İsviçre Kanunu CO art. 219 al. III hükmünde geçen Fransızca “*bâtiment*” ve Almanca “*Gebäude*” kelimelerinin karşılığını oluşturmaktadır. Bu açıdan, her ne kadar kanunun gerekçesinde “*bina*” kavramı yerine, “*yapı*” kavramının kullanılması neticesinde, hükmün uygulama alanının genişletildiği ifade edilmiş olsa da, 818 sayılı Borçlar Kanunu ile 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu arasında, kapsam bakımından herhangi bir farklılık bulunmamaktadır¹⁴¹.

Her ne kadar kanunda “*yapı*” kavramından bahsedilmişse de öğretide savunulan ve İsviçre Federal Mahkemesi¹⁴² tarafından da benimsenmiş olan hâkim

¹⁴⁰ Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 1003; Gauch, **Entreprise**, N 2215; Hugo Oser, Wilhelm Schönenberger, **Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch**, V. Band: Das Obligationenrecht, 2. Teil (Halbband): Art. 184-418, 2. umgearbeitete Auflage, Schulthess&Co, Zürich, 1936 (ZürcherKomm), OR Art. 219 N 9; M. Turgut Öz, **İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi**, Bayındırlık İşleri Şartnamesinin İlgili Hükümleri ile Birlikte, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1989 (Dönme), s. 130; Seliçi, **İnşaat**, s. 208; **İsvFM**, ATF 113 II 268 = JdT 1988 I 17 = DC 1988 66 N 67; ATF 93 II 245 = JdT 1968 I 336.

¹⁴¹ Kanunun gerekçesinde eBK m. 215 hükmünde kullanılan “*bina*” yerine “*yapı*” kavramının kullanılmasının nedeni “...818 sayılı Borçlar Kanununun 215 inci maddesinin son fıkrasında kullanılan “*Bir binanın*” şeklindeki ibare, Tasarıda “*Bir yapının*” şeklinde değiştirilerek, hükmün kapsamı genişletilmiştir...” şeklinde ifade edilmiştir. Bkz. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Madde Gerekçeleri, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/499) m. 243. Oysa, bina kavramı ile yapı kavramı eş anlamlı olarak kullanılmaktadır. Bu nedenle, gerekçede ifade edilen görüş hukuken isabetli olmamıştır. Bkz. **Türk Dil Kurumu** (www.sozluk.gov.tr); Ferit Devellioğlu, **Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lûgat**, 26. Baskı, Aydın Kitabevi Yayınları, Ankara, 2010 (Sözlük), s. 120.

¹⁴² **İsvFM**, ATF 104 II 265 = JdT 1979 I 95: “...Her ne kadar kanunun lafzı yalnızca bir yapının ayıplı olmasından bahsediyor olsa da, beş yıllık zamanaşımı süresi, herhangi bir yapının inşa edilmemiş olduğu taşınmazları, ayrıca yüz ölçümü eksikliklerini de kapsar şekilde, bütün ayıplar bakımından uygulanma alanı bulmalıdır. Katı bir şekilde salt kanunun kullandığı kelimeler nazara alınarak yapılacak bir lafzi yorum reddedilmedir. Zira, ayıbın konusuna göre zamanaşımı süreleri açısından ayırım yapmayı hukuken haklı göstermek mümkün değildir...”; **İsvFM**, 13.7.2008, 4A_235/2008: “...Söz konusu zamanaşımı süresi inşa edilmiş veya edilmemiş olan her türlü

görüş uyarınca, TBK m. 244 f. III (CO art. 219 al. III) hükmünde düzenlenen zamanaşımı süresi, bütün taşınmaz satışları açısından uygulama alanı bulacaktır¹⁴³. Kanımızca, üstün tutulması gereken bu görüşe göre, ilgili hüküm, yalnızca lafziyle değil aynı zamanda ruhuyla değindiği bütün konulara da uygulanmalı ve amaçsal yorum metoduyla, herhangi bir yapının inşa edilmesi aranmaksızın, beş yıllık zamanaşımı süresi, her türlü taşınmazın ayıplı olmasından doğan davaları kapsar şekilde yorumlanmalıdır. Zira, üzerinde herhangi bir yapının bulunmadığı bir arsanın zeminin inşaata müsait olmadığına yıllar sonra anlaşılmaması ile, satılan yapının zemininde bir inşaat hatası bulunması arasında, menfaatler dengesi bakımından herhangi bir farklılık bulunmamaktadır. Kanunu lafzı ve ruhu arasındaki söz konusu uyumsuzluk sebebiyle, ilgili hükümde, bir *örtülü boşluk* bulunduğu da savunulabilir. Buna karşın, öğretide azınlıkta kalan yazarlar¹⁴⁴, TBK m. 244 f. III hükmünü lafzına sadık kalarak yorumlamakta ve söz konusu hükmün herhangi bir yapının inşa edilmemiş olduğu taşınmazlar açısından uygulanamayacağını savunmaktadırlar. Bu görüşe göre, örneğin herhangi bir *yapının* söz konusu olmadığı arazi satışlarında TBK m. 231 f. I hükmü uygulama alanı bulacaktır. Öte yandan, belirtmek gerekir ki, taşınmazın tapulu veya tapusuz olmasının herhangi bir önemi bulunmamaktadır¹⁴⁵.

taşınmaz için uygulanır...”. Benzer yönde yorumlanabilecek bir Yargıtay kararı için bkz. **Yargıtay** 13. HD, T. 10.4.2018, E. 2015/42834, K. 2018/4327 (kazancı).

¹⁴³ Foëx, **CommRomand**, CO art. 219 N 22; Honsell, **BaslerKomm**, OR Art. 219 N 10; Honsell, **OR BT**, s. 201; Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 1003; Cavin, **Considérations**, s. 331; Cavin, **Vente**, s. 133, 134; Engel, **Obligations**, s. 107; Pichonnaz, **Garantie**, s. 131; Venturi, **Réduction**, N 1265; Huguenin, **OR**, N 2637; Müller, Mader, **Contrats**, N 405; Rüegg, **Grundstückkauf**, s. 258; Koller, **OR BT**, § 5 N 49; Stanislas, **Résolution**, s. 159; Müller-Chen, Girsberger, Droese, **OR BT**, s. 69; Niklaus, **Prescription**, N 809; Gauch, **recht 2012**, s. 130, dn. 26; Binder, **CHK**, OR Art. 219 N 8; von Büren, **OR BT**, s. 77; Serozan, **Borçlar Özel**, N 873; Eren, **Borçlar Özel**, N 579; Fahrettin Aral, **Türk Borçlar Hukukunda Takas**, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010 (Takas), s. 89; Aydoğdu, Kahveci, **Borçlar Özel**, s. 264; Belverenli, **Ayıp**, s. 168; Denis Bettems, **La garantie des défauts dans la construction**, L’entrepreneur face au vendeur et au maître de l’ouvrage, Fédération romande des maîtres plâtriers-peintres, Lausanne, 1982 (Garantie), s. 84. *Sehven* “yapı” kavramına yer verildiği görüşünde bkz. Aydoğdu, Kahveci, **Borçlar Özel**, s. 264. Nitekim, 6098 satılı Türk Borçlar Kanunu’nda, “yapı” kavramının, bilinçli bir şekilde kullanıldığı anlaşılamamaktadır. Bkz. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Madde Gerekeçleri, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/499) m. 243.

¹⁴⁴ Nitekim Türk Hukuku’nda hâkim eğilim bu yöndedir. Bkz. Tandoğan, **Borçlar Özel**, Cilt I/1, s. 269; Yavuz, **Borçlar Özel**, s. 245; Gümüş, **Borçlar Özel**, s. 147; Nomer, **Borçlar Genel**, N 212.8; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 89; **Yargıtay** 13. HD T. 1.4.2008, E. 2007/15133, K. 2008/4504 (kazancı): “...Gayrimenkul satımında ölçünün eksik çıkması nedeniyle alıcının satıcıya karşı açacağı davanın yasal dayanağı BK.nun ayıba karşı tekeffül ile ilgili hükümleridir. Ayıba karşı tekeffül davası, BK.nun 217. maddesi yollamasıyla BK.nun 207/1. maddesi gereğince 1 yıllık zamanaşımına tabidir...”. İsviçre Hukuku’nda bu görüşte bkz. Giger, **BernerKomm**, OR Art. 219 N 69; Bucher, **OR BT**, s. 126.

¹⁴⁵ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, N 40, dn. 34; Nomer, Ergüne, **Eşya Hukuku**, N 43.

Yukarıda kabul ettiğimiz görüş uyarınca, TBK m. 244 f. III hükmünde düzenlenen zamanaşımı süreleri, her türlü taşınmazın ayıplı olması durumunda uygulama alanı bulabilecektir. O halde, toprağa bağlılığı sebebiyle bir yerden başka bir yere taşınamayan ayıplı taşınmaz; arsa veya arazi olabileceği gibi, konut, ev, iş yeri, dükkân veya 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu kapsamında düzenlenen bağımsız bölüm de olabilmektedir. Diğer taraftan, TBK m. 244 f. I hükmünde ifade edilen ve satılan taşınmazın satış sözleşmesinde yer alan yüz ölçümünü karşılamaması durumunda, alıcının eksik kısım için isteyebileceği tazminat taleplerine de TBK m. 244 f. III hükmü uygulanacaktır¹⁴⁶. Ayrıca, ilgili süreler, bağımsız bölümler açısından, gerek bağımsız bölüm kapsamında yer alan, gerekse de ortak alanlardaki bütün ayıplar açısından geçerliliğini koruyacaktır¹⁴⁷.

¹⁴⁶ Foëx, **CommRomand**, CO art. 219 N 22; Koller, **OR BT**, § 5 N 49; **İsvFM**, ATF 104 II 265 = JdT 1979 I 95. Bu durumda eksik ifa ayıptan sorumluluk rejimine tabi kılınmış olmaktadır. Bkz. Foëx, **CommRomand**, CO art. 219 N 4; Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 998; Tandoğan, **Borçlar Özel**, Cilt I/1, s. 270; Serozan, **Borçlar Özel**, N 872; Aydoğdu, Kahveci, **Borçlar Özel**, s. 259.

¹⁴⁷ **Yargıtay** 13. HD, T. 27.2.2003, E. 2002/13473, K. 2003/2000 (kazancı): “...*Dairemizin sapma göstermeyen içtihatlarına göre ayıba karşı tekeffülde, mülkiyetin devrinden itibaren ister bağımsız bölümde, ister ortak yerlerdeki ayıplardan doğan eksikliklerde 5 yıllık zamanaşımı süresi geçerlidir. Mahkemece davacıların her biri için taşınmazı iktisap tarihi araştırılmalı, BK. 215/3 maddede sürenin ek dava tarihi itibari ile dolup dolmadığı belirlenmeli ve oluşacak sonuca göre bir karar verilmelidir...*”

İKİNCİ BÖLÜM

TÜRK BORÇLAR KANUNU'NA GÖRE AYIPTAN SORUMLULUKTA OLAĞAN ZAMANAŞIMI SÜRELERİ

I. Özel Zamanaşımı Hükümlerinin Öngörülme Nedenleri ve Niteliği

Satıcı, ayıptan doğan garanti yükümlülüğünü daha uzun bir süre için üstlenmedikçe, satılanın ayıplı olmasından kaynaklanan her türlü dava ve talebin, taşınırlarda satılanın alıcıya devrinden itibaren *iki yılın* (TBK m. 231 f. I), taşınmazlarda ise mülkiyetin devrinden itibaren *beş yılın* (TBK m. 244 f. III) geçmesiyle zamanaşımına uğrayacağı öngörülmüştür. Ayıptan doğan garanti yükümlülüğüne uygulanacak olan zamanaşımı sürelerini düzenleyen TBK m. 231 ve m. 244 f. III hükümleri, değindiği konularda zamanaşımı konusundaki genel düzenlemelerin önüne geçerek, ayıptan sorumlulukta özel bir zamanaşımı rejimi kurmaktadır¹⁴⁸. Ancak, belirtmek gerekir ki, bu özel düzenleme, ayıptan sorumlulukta TBK m. 146 ve devamında düzenlenen genel zamanaşımı hükümlerinin uygulama alanını tamamen ortadan kaldırmamakta; zamanaşımının hükümleri, durma ve kesilme sebepleri gibi temel hususlar, genel zamanaşımı rejimine tabi olmaya devam etmektedir¹⁴⁹. Ayrıca, TBK m. 231 f. II hükmü uyarınca, satıcının satılanı ayıplı olarak devretmekte ağır kusurlu olduğu hallerde de, genel

¹⁴⁸ Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 210 N 1; Gauch, **Entreprise**, N 2197; Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 738 vd.; Honsell, **BaslerKomm**, OR Art. 210 N 1; Stanislas, **Résolution**, s. 158; Koller, **Nachbesserung**, N 379; Alfred Koller, “Vom Recht des Bauherrn auf Verbesserung des mangelhaften Werks, Das Nachbesserungsrecht im Bauwerkvertrag”, **Aktuelle Probleme des privaten und öffentlichen Baurechts**, (Hrsg. Alfred Koller), Vereinigung für Baurecht, Saint-Gallen, 1994, s. 1-177 (Aktuelle Probleme), N 346; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 86.

¹⁴⁹ Alfred Koller, **Schweizerisches Werkvertragsrecht**, Dike Verlag AG, Zürich, St. Gallen, 2015 (Werkvertrag), N 763; Alfred Koller, “Verjährung der werkvertraglichen Mängelrechte”, **AJP 2014**, s. 303-308 (AJP 2014), s. 303; Gauch, **Entreprise**, N 2197, 2256 vd.; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 210 N 5; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 86; Tandoğan, **Borçlar Özel**, Cilt I/1, s. 201; Zarife Şenocak, **Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002 (Ayıp), s. 225; Öz, **İnşaat**, s. 224.

olarak kabul edildiği üzere, TBK m. 146 ve devamında düzenlenen zamanaşımı hükümleri doğrudan uygulama alanı bulmaktadır¹⁵⁰.

Kanun koyucu, TBK m. 231 ve m. 244 f. III hükümlerinde genel düzenlemelerden ayrılan, son derece katı bir zamanaşımı rejimi öngörmektedir. Bu özel ve katı rejimin en önemli iki özelliği, bir taraftan iki yıl gibi oldukça kısa bir zamanaşımı süresinin öngörülmüş olması; diğer taraftan ise, zamanaşımının işlemeye başlayacağı anın (*dies a quo*) özel olarak düzenlenmiş olması şeklinde kendisini göstermektedir¹⁵¹. Genel hükümlerden ayrılan bu iki karakteristik farklılık, öğretide¹⁵² ve İsviçre Federal Mahkemesi kararlarında¹⁵³ ifade edildiği üzere, temel olarak ayıptan sorumlulukta ticari işlem güvenliğinin sağlanması, alıcı ve satıcı arasında hukuki barışın tesis edilmesi ve ispat yükünün kolaylaştırılması amaçlarına dayanmaktadır. Bu açıdan, satılanın alıcıya teslimiyle başlayan kısa zamanaşımı süresi, satılanın tesliminin ardından olabildiğince kısa bir sürede, net ve açık bir hukuki durumun yaratılmasını ve böylece ayıplı ifa sebebiyle bozulan menfaatler dengesinin hızlı bir şekilde yeniden tesis edilmesini amaçlamaktadır¹⁵⁴. Zira, satılandaki nitelik eksikliğinin, hasarın alıcıya geçişinden önce mi, yoksa sonra mı oluştuğunun tespit edilmesi, satılanın uzun süre alıcı tarafından kullanıldığı

¹⁵⁰ Detaylı bilgi ve öğretideki görüşler için bkz. aşağıda B.4/III/B/1.

¹⁵¹ Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 210 N 1, 5; Gauch, **Entreprise**, N 2197; Stanislas, **Résolution**, s. 158. Alman Hukuku'nda aynı yönde bkz. Medicus, Lorenz, **SchuldR BT**, § 9 N 1.

¹⁵² Cavin, **Vente**, s. 104, 105; Honsell, **BaslerKomm**, OR Art. 210 N 2; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 210 N 1; Gauch, **Entreprise**, N 2198; Heim, **Réparation**, s. 23; Olivier Weber-Cafilisch, **Faux et... défauts dans la vente d'objets d'art**, Étude juridique de la question de l'authenticité et de la garantie en raison des défauts de la chose, Aspects de la pratique du commerce de l'art, Georg, Librairie de L'Université, Genève, 1980 (Faux et défauts), s. 90.

¹⁵³ **İsvFM**, ATF 114 II 131 = JdT 1988 I 508 ("*Picasso Kararı*" olarak da anılan karar için bkz. Burcuoğlu, **İsvFM Kararı**, s. 97; Paul Piotet, **Picasso**, s. 519-523); **İsvFM**, ATF 102 II 102 = JdT 1977 I 64: Söz konusu kararda İsviçre Federal Mahkemesi, satılanın orijinal ve gerçek olduğunun garanti edildiği (*la garantie d'authenticité*) satışlarda tarafların CO art. 210 al. I uyarınca zamanaşımı süresinin örtülü olarak on yıl olarak kararlaştırmış olduğunu savunduğu içtihadından dönerek aksi bir sonuca varmıştır. Eski kararlarında Federal Mahkeme, satılanın özdeşliğini ve ayniyetini belirleyen temel bir nitelik bildiriminin söz konusu olduğu durumlarda, örtülü olarak daha uzun bir süre için ayıptan sorumluluğunun üstlenildiğinden hareketle, satıcının genel zamanaşımı süresi olan on yıl içinde alıcıya başvurabileceğini kabul etmekteydi. Posta pulu satışını konu edinen söz konusu olayda ise pulların gerçek olduğunun alıcıya taahhüt edilmesine rağmen sahte çıkması üzerine Federal Mahkeme, alıcının satılanı derhal gözden geçirme külfetiyle beraber CO art. 210 hükmünün, *ticari işlem güvenliğinin* ve taraflar arasındaki *hukuki barışın* sağlanmasına hizmet eden bir düzenleme olduğunu vurgulamıştır. Bu açıdan, kanunda öngörülen kısa zamanaşımı süresi, satılanın tesliminin ardından olabildiğince kısa bir sürede *net ve açık bir hukuki durumun yaratılmasını* amaçlamaktadır. Bu sebeple, CO art. 210 hükmünün geniş yorumlanması, kanunun ulaşmak istediği amaca aykırı sonuçlar doğuracaktır.

¹⁵⁴ Heim, **Réparation**, s. 23; Cavin, **Vente**, s. 104, 105; Stanislas, **Résolution**, s. 158; Honsell, **BaslerKomm**, OR Art. 210 N 2; **İsvFM**, ATF 114 II 131 = JdT 1988 I 508; ATF 102 II 102 = JdT 1977 I 64.

durumlarda oldukça zordur¹⁵⁵. Böylece, kısa zamanaşımı süreleri öngörülerek, alıcı ile satıcı arasında, ayıbın ortaya çıkmasıyla ilgili muhtemel tartışmaların önüne geçmek ve sözleşmenin akıbetini, bir an önce açıklığa kavuşturmak istenmektedir¹⁵⁶.

Konuya satıcı özelinde yaklaşıldığı vakit, TBK m. 231 ve m. 244 f. III hükümlerinde düzenlenen kısa zamanaşımı sürelerinin, temelde kusursuz sorumluluk rejimine tabi tutulan satıcının ağır yükünün hafifletilmesi ve üstlendiği ayıptan sorumluluk riskinin, kısa bir süreyle sınırlandırılarak, makul bir dengenin sağlanması hedeflerine yöneldiği anlaşılabacaktır¹⁵⁷. Zira, ayıptan sorumlulukta alıcıya, satılanı imkân bulur bulmaz gözden geçirme (*muayene*) (TBK m. 223 f. I) ve satıcının sorumluluğunu gerektirecek bir ayıp görürse, bunu uygun bir süre içinde satıcıya bildirme (*ihbar*) (TBK m. 223 f. I) yönünde iki önemli külfet yüklenmiştir. Bu açıdan, ayıptan doğan subjektif haklarını kullanmak isteyen alıcı, ilk olarak TBK m. 223 f. I'de düzenlenen külfetleri yerine getirmezse ayıptan doğan haklarının düşmesi riskiyle karşılaşacak; şayet bu riski atlatırsa, daha sonra gerçek bir zamanaşımı tuzağına yakalanacaktır¹⁵⁸. İşte bu sebeple, TBK m. 231 ve m. 244 f. III hükümlerinde düzenlenen kısa zamanaşımı süreleri, satıcıyı koruyan ve ona nispeten ayrıcalıklı bir durum yaratan hükümler olarak nitelendirilebilir¹⁵⁹.

Belirtmek gerekir ki, TBK m. 231 ve m. 244 f. III hükümlerinde düzenlenen sürelerin hak düşürücü süre değil, zamanaşımı süresi olduğu hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır¹⁶⁰. Ancak, öğretide pek taraftar bulmamış olan bir görüş ise, söz konusu sürelerin zamanaşımı süresi değil, hak düşürücü süre olduğu yönündedir¹⁶¹. Öğretide ifade edilen bu görüşe göre, yenilik doğuran hak olarak nitelendirilen

¹⁵⁵ Stanislas, **Résolution**, s. 158; Honsell, **BaslerKomm**, OR Art. 210 N 2.

¹⁵⁶ Honsell, **BaslerKomm**, OR Art. 210 N 2; Heim, **Réparation**, s. 23; Cavin, **Vente**, s. 104, 105; Stanislas, **Résolution**, s. 158.

¹⁵⁷ Gauch, **Entreprise**, N 2199; **İsvFM**, ATF 114 II 131 = JdT 1988 I 508.

¹⁵⁸ Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 201 N 18; Gauch, **Entreprise**, N 2148, 2199; Serozan, **Borçlar Özel**, N 739; Burcuoğlu, **İsvFM Kararı**, s. 97.

¹⁵⁹ Gauch, **Entreprise**, N 2199; **İsvFM**, ATF 114 II 131 = JdT 1988 I 508. Ayrıca TBK m. 231, f. II'de "satıcı, satılanı ayıplı olarak devretmekte ağır kusurlu ise, iki yıllık zamanaşımı süresinden yararlanamaz." hükmünde açıkça zamanaşımı düzenlemesinin satıcı lehine getirildiği ifade edilmektedir.

¹⁶⁰ *Örneğin* bkz. Oser, Schönenberger, **ZürcherKomm**, OR Art. 210 N 7; Gauch, **Entreprise**, N 2197; Honsell, **BaslerKomm**, OR Art. 210 N 3; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 201 N 5; Müller-Chen, **CHK**, OR Art. 210 N 1a; Cavin, **Vente**, s. 105; Stanislas, **Résolution**, s. 158; Tschütscher, **Verjährung**, N 8; Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 738; Keller, Siehr, **Kaufvertrag**, s. 100; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **Borçlar Genel**, N 1561; Tandoğan, **Borçlar Özel**, Cilt I/1, s. 201; Zevkliler, Gökyayla, **Borçlar Özel**, s. 138; Yavuz, **Ayıp**, s. 155; Gümüş, **Borçlar Özel**, s. 114; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 88.

¹⁶¹ Bucher, **OR BT**, s. 94, 95; Guhl, **Obligations**, s. 240; Buz, **Yenilik Doğuran Haklar**, s. 398, 399; Atamer, **Taşınır Satımı**, s. 216, dn. 56. Aynı yönde bkz. Huguenin, **OR**, N 2631.

sözleşmeden dönme ve bedel indirimi gibi hakların kullanımı, zamanaşımına değil, ancak hak düşürücü süreye tâbi kılınabilir¹⁶². Öte yandan, bu görüşü savunan yazarlar, ayıptan doğan hakların tabi olduğu süreyi, satılanın onarılması, ayıpsız benzeriyle değiştirilmesi hakları ile, tazminat talepleri ve sözleşmeden dönme üzerine söz konusu olan iade talepleri açısından bir zamanaşımı süresi olarak nitelendirmektedir¹⁶³. Bu açıdan, bu görüşe göre, TBK m. 231 hükmü açısından “*zamanaşımı*” başlığı yerine daha “*renksiz*” bir ifade olan “*seçimlik hakların tabi olduğu süre*” şeklinde bir başlık tercih edilmesi yerinde olacaktır¹⁶⁴. Sürenin hak düşürücü süre olduğunun kabul edilmesi durumunda, kural olarak zamanaşımına ilişkin hükümler özellikle zamanaşımının durmasına ve kesilmesine dair düzenlemeler (TBK m. 153-157) söz konusu sürelerle uygulanma imkânı bulmayacaktır¹⁶⁵. Zira, hak düşürücü sürelerin durması veya kesilmesi mümkün değildir. Bu durumda TBK m. 151’de düzenlenen sürelerin hesaplanması¹⁶⁶ ve - kamu düzeni saikiyle öngörülen hak düşürücü süreler açısından- TBK m. 148’de ifade edilen sürelerin kesinliği¹⁶⁷ gibi konuları düzenleyen bazı istisnai maddelerin

¹⁶² Buz, **Yenilik Doğuran Haklar**, s. 399; Atamer, **Taşınır Satımı**, s. 216, dn. 56. Ancak, kanun koyucu bir yenilik doğuran hakkı zamanaşımına tabi tutsa bile, bu durumda yenilik doğurucu hakkın değil, bu hakkın kullanımı neticesinde meydana gelen alacak hakkının zamanaşımına uğrayacağı ifade edilmektedir. Bkz. Pedrazzini, **Dissimulation**, N 1078; Giger, **BernerKomm**, OR Art. 205 N 8-12.

¹⁶³ Buz, **Yenilik Doğuran Haklar**, s. 399; Atamer, **Taşınır Satımı**, s. 216, dn. 56. *Yalnızca* sözleşmeden dönme ve bedel indirimi haklarının yenilik doğurucu hak olduğunu savunan Öz’e göre, kanun koyucunun tercihi, yenilik doğurucu hakların zamanaşımına tabi olması yönündedir. Bkz. Öz, **İnşaat**, s. 223, 224.

¹⁶⁴ Atamer, **Taşınır Satımı**, s. 216, dn. 56.

¹⁶⁵ Engel, **Obligations**, s. 809; Honsell, **BaslerKomm**, OR Art. 210 N 3; Nomer, **Borçlar Genel**, N 211.1; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 28; Niklaus, **Prescription**, N 293; Buz, **Yenilik Doğuran Haklar**, s. 264; Chappuis, **Péremption**, s. 109; Jean-Albert Wyss, “Quelques problèmes de péremption et de prescription”, **JdT 1973 I 258**, s. 258-273 (Quelques problèmes), s. 259; Clémy Vautier, “Le délai «supplémentaire» de l’art. 139 CO et les délais de péremption”, **SJZ 1951**, s. 271-276 (Délai), s. 271; **İsvFM**, ATF 123 II 241 = **JdT 1998 IV 126**; ATF 119 II 429 = **JdT 1995 I 352**; **Yargıtay İBK**, T. 2.4.2004, E. 2004/1, K. 2004/1 (RG T. 20.5.2004, S. 25467): “...*Hak düşürücü süre, doğrudan doğruya hakim tarafından kendiliğinden göz önünde tutulması gereken, davada “itiraz” olarak başvurulması zorunlu olan ve zamanaşımı gibi “kesme” ve “durma” hükümlerine bağlı olmayan, uyulmama halinde “hakkın” kaybına yol açan yani hakkın özünü ortadan kaldıran süredir...*”. Aksi görüş kabul edilecek olursa, örneğin sözleşmeden dönme hakkı iki yıllık hak düşürücü sürenin sonunda sona erecek iken, onarım hakkı satıcının ikrarı sebebiyle dört yılda zamanaşımına uğrayabilecektir. *Kanımızca*, bu yönde bir farklılığı haklı gösterecek bir gerekçe mevcut değildir.

¹⁶⁶ Vautier, **Délai**, s. 271; Nomer, **Borçlar Genel**, N 211.1; Chappuis, **Péremption**, s. 131; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 28; Koller, **Nachbesserung**, N 379; Niklaus, **Prescription**, N 293; **Yargıtay 2. HD**, T. 11.2.2009, E. 2009/3560, K. 2009/9328 (kazancı).

¹⁶⁷ Kanunun ikinci ayırımında düzenlenen zamanaşımı sürelerinin sözleşmeyle değiştirilemeyeceği yönündeki hüküm, yalnızca kamu düzeni saikiyle öngörülen hak düşürücü süreler açısından uygulanacağından, hukuk tekniği açısından *kıyas* söz konusudur. Bu durumda, yalnızca kamu düzeni amacıyla getirilmiş hak düşürücü süreler sözleşmeyle değiştirilemeyecektir. Öte yandan, borçlu lehine öngörülmüş olan ayıp bildirim süresi gibi hak düşürücü sürelerin her zaman

hak düşürücü sürelerle, ancak kıyasen uygulanması söz konusu olabilecektir. Ancak, belirtmek gerekir ki, CO art. 139 ve eBK m. 137'nin aksine, TBK m. 158'de açıkça davanın reddi halinde sürenin geçmesi sebebiyle ek süreden yararlanma imkânı, hak düşürücü süreler için de kabul edilmiştir¹⁶⁸.

Belirtmek gerekir ki, bu tartışma 818 sayılı eBK döneminde ayrı bir öneme sahipti. Zira, ayıptan sorumlulukta zamanaşımını düzenleyen ve “*müruru zaman*” başlığını taşıyan eBK m. 207 f. I ve m. 215 f. III hükmü, ayıba karşı tekeffülden doğan her türlü davanın bir sene geçmekle “*sakit olacağını*” düzenlemekteydi. Bir hakkın zamanaşımına uğramakla sukut etmeyeceği; ancak, hak düşürücü süreye tabi haklarda bu sürenin geçmesinin, hakkı sona erdireceği düşünülecek olursa¹⁶⁹, TBK m. 231'de düzenlenen sürenin hak düşürücü süre olup olmadığı yönünde bir tereddüt mevcuttu. Mehaz İsviçre Borçlar Kanunu'nun 210. maddesinin Fransızca ve Almanca metinlerinde ise bu sürenin bir zamanaşımı süresi olduğu açıkça ifade edilmiştir¹⁷⁰. Esasen zamanaşımının eBK üçüncü bapta “*Borçların Sukutu*” başlığı altında düzenmiş olması göz önünde bulundurulursa, eBK m. 207'de kullanılmış olan “*sakit olma*” ifadesinin kanunun iktibası sırasında yapılmış olan aynı terminolojik hatadan ileri geldiği görülebilir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda

değiştirilmesi mümkündür. Bkz. Pétermann, **Prescription**, s. 13; Engel, **Obligations**, s. 809; Pichonnaz, **CommRomand** CO art. 129 N 4; Nomer, **Borçlar Genel**, N 211.1; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 28. Hak düşürücü sürelerin sözleşme ile değiştirilebileceği görüşünde bkz. Allimann, **Péremption**, N 515.

Bu durumda, her somut olay açısından bir *ratio legis* incelemesi yapılacaktır. Bkz. Oser, Schönenberger, **ZürcherKomm**, OR Art. 129 N 2; Pétermann, **Prescription**, s. 13; Engel, **Obligations**, s. 809; Pichonnaz, **CommRomand** CO art. 129 N 4.

¹⁶⁸ 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde ve İsviçre Hukuku'nda eBK m. 137 ve CO art. 139 hükmünün hak düşürücü süreler için de kıyasen uygulanacağı görüşünde bkz. Pichonnaz, **CommRomand** CO art. 129 N 8; Chappuis, **Péremption**, s. 134; Niklaus, **Prescription**, N 295; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 28; Engel, **Obligations**, s. 822; Gauch, Schluep, Tercier, **Obligations**, N 2130; Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Genel**, s. 52, dn. 31; **İsvFM**, ATF 103 II 15 = JdT 1977 I 349; ATF 98 II 176 = JdT 1973 I 247; **Yargıtay** 10. HD, T. 26.11.2002, E. 2002/6665, K. 2002/9204 (kazancı): “...Öte yandan bütün bu yasal düzenlemelere paralel olarak da Borçlar Kanunu'nun 137. maddesinde görevsizlik nedeniyle davanın reddi halinde zaman aşımı bakımından alacaklıya “munzam süre” tanındığı, zaman aşımı konusunda getirilen bu munzam sürenin “hak düşürücü” sürelerle de kıyasen uygulanmasında hiçbir yasal engel bulunmadığı gibi...”

Uygulanmayacağı görüşünde bkz. Wyss, **Quelques problèmes**, s. 269; Vautier, **Délai**, s. 275; Buz, **Yenilik Doğuran Haklar**, s. 410, dn. 46; **Yargıtay** 8. HD, T. 30.4.2001, E. 2001/3562, K. 2001/3449 (kazancı); **Yargıtay** 8. HD, T. 2.2.2010, E. 2009/6259; K. 2010/427 (kazancı): “...Hak düşürücü sürelerin söz konusu olduğu durumlarda Borçlar Kanununun 137. maddesindeki zamanaşımı süreleri ile ilgili bulunan ek süreden yararlanılamayacağına göre davanın süre sebebiyle reddine karar verilmesi doğru olmaktadır...”

¹⁶⁹ Buz, **Yenilik Doğuran Haklar**, s. 397; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **Borçlar Genel**, N 1552; Chappuis, **Péremption**, s. 135.

¹⁷⁰ CO art. 210 al. I hükmünün Fransızca metinde “*se prescrire*”, Almanca metninde “*verjähren*”, İtalyanca metninde ise “*prescrivere*” fiili kullanılmıştır. Her üç kelimeden de zamanaşımına uğrama hususu açıkça anlaşılmaktadır.

“zamanaşımı” bağlığını taşıyan TBK m. 231 hükmünün (*taşınmaz satışlarında TBK m. 244 f. III*) satılanın ayıbından doğan her türlü davanın “zamanaşımına uğrayacağını” belirtmesi karşısında, kanımızca hükmün amacı da nazara alınarak, söz konusu sürelerin bir zamanaşımı süresi olduğu yönünde artık tereddüt edilmemelidir¹⁷¹.

TBK m. 231 ve m. 244 f. III’te öngörülmüş olan ayıptan sorumlulukta zamanaşımı rejimi, oldukça kısa süreler öngörmesi sebebiyle, özellikle son yıllarda, öğretide daha yoğun bir şekilde eleştirilmiş ve adil olmayan sonuçlar doğurduğu ifade edilmiştir¹⁷². Zaten gözden geçirme ve bildirim külfetleriyle oldukça elverişsiz bir konumda bulunan alıcının, zamanaşımı konusunda da satıcıya karşı avantajsız konumda bulunmasını gerektirecek ikna edici bir sebebin bulunmadığı belirtilmektedir¹⁷³. Zira, yeri geldiğinde sözleşmeden dönme, ayıp oranında indirim isteme, satılanın onarılmasını yahut ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesini talep etme şeklindeki seçimlik haklardan birinin kullanılması; hatta satıcının kusurlu olması ihtimalinde, alıcının bütün zararlarının tazmin edilmesi durumunda dahi, satılanın ayıplı tesliminin yarattığı elverişsiz hukuki durumun alıcı nezdinde tam anlamıyla giderildiği söylenememektedir¹⁷⁴. Satış sözleşmesiyle amaçladığı ekonomik menfaate, sözleşme ile kararlaştırılan zamanda ve sözleşmeye uygun şekilde kavuşamayan alıcı, bu durumda, çoğu zaman ikame mal satın alma yoluna başvurmakta veya satılanı kullanma imkânından yoksun kalmaktadır. Alıcının zamanaşımı konusunda da avantajsız konuma getirilmemesi gerektiği yönündeki eleştirileri nazara alan İsviçre kanun koyucusu, bu sebeple kanun değişikliğine giderek CO art. 210 (TBK m. 231) hükmünde taşınır satışlar için öngörülmüş olan bir yıllık ayıptan doğan zamanaşımı süresini, iki yıla çıkarmıştır. 1 Ocak 2013 tarihinde yürürlüğe girmiş olan söz konusu kanun teklifinin komisyon raporunda, sözleşmeden doğan borçlarda, olağan zamanaşımı süresinin on yıl olmasına nazaran,

¹⁷¹ TBK m. 231 ve m. 244 f. III hükümlerinde düzenlenen sürelerin “*atipik (eine atypische Verjährung)*” bir zamanaşımı süresi olduğu yönünde: Giger, **BernerKomm**, OR Art. 210 N 14. Gerçek bir zamanaşımı süresi (*authentiques délais de prescription*) olduğu yönünde bkz. Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 752; Venturi, **Réduction**, N 1259; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 210 N 5; Bühler, **ZürcherKomm**, OR Art. 371 N 8; Guillaume Vionnet, **L’exercice des droits formateurs**, Thèse de licence et de doctorat présentée à la Faculté de droit et des sciences criminelles de l’Université de Lausanne, Edition Schulthess, Genève, Bâle, Zurich, 2008 (Droit formateur), s. 274.

¹⁷² Honsell, **BaslerKomm**, OR Art. 210 N 2; Gauch, **Entreprise**, N 2199; Serozan, **Borçlar Özel**, N 739; Tran, **Prescription**, s. 103 vd.

¹⁷³ Gauch, **Entreprise**, N 2199; Gauch, **recht 2011**, s. 145, 146.

¹⁷⁴ Burcuoğlu, **İsvFM Kararı**, s. 97; Gauch, **Entreprise**, N 2199; **İsvFM**, ATF 114 II 131 = JdT 1988 I 508.

ayıptan sorumlulukta mevcut düzenlemenin oldukça kısa olması sebebiyle ihtiyaçları karşılayamadığı ve daha uzun bir süreye gereksinim duyulduğu ifade edilmiştir¹⁷⁵.

Ayıptan sorumlulukta tarihsel açıdan kısa zamanaşımı sürelerinin öngörülmesi, ticari hayatın dar bir çerçevede gerçekleştiği dönemler açısından uygun görülebilirse de, günümüzün gelişmiş ticari yaşantısı karşısında, çağın gereklerine ne kadar hizmet ettiği tartışmaya açıktır. Bugün satıcı konumunda bulunan kişilerin, ayıptan sorumlulukta öngörülen kusursuz garanti rejimi karşısında korunması gerekliliğinden bahsedebilmek oldukça güçtür. Herhangi bir zamanaşımı süresi içermeyen CISG’da iki yıllık bir ayıp bildirim süresi öngörülmüştür (CISG m. 39 f. II). Bu açıdan bakıldığında, ayıptan sorumlulukta öngörülmüş olan iki yıllık olağan zamanaşımı süresinin, ticari ihtiyaçları karşılamakta eksik kaldığı daha açık bir şekilde görülecektir¹⁷⁶.

II. Ayıptan Sorumlulukta Zamanaşımını Düzenleyen Hükümlerin Kapsamı

A. Genel Olarak

Ayıptan sorumlulukta zamanaşımını düzenleyen hükümlerin kapsamının belirlenmesi (TBK m. 231 ve m. 244 f. III) oldukça önemlidir. Ayıptan sorumluluk çerçevesinde düzenlenen ve taşınırlarda teslimle başlayan iki yıllık süre ile taşınmazlarda mülkiyetin geçmesiyle başlayan beş yıllık sürenin satılanın ayıplı olmasından doğan bütün davalara uygulanacağı düzenlenmiştir. Belirtelim ki, TBK

¹⁷⁵ Rapport de la Commission, **FF 2011 2702**; Gauch, **recht 2011**, s. 146. Söz konusu değişiklikler hakkında bkz. Gauch, **recht 2011**, s. 145 vd.; Gauch, **recht 2012**, s. 124 vd.; Pichonnaz, **SJZ 2013**, s. 69 vd. Gauch, ayrıca zamanaşımı süresinin bir yıldan iki yıla çıkarılmasını olumlu karşılamakla birlikte, özellikle mevcut değişikliğin sonradan ortaya çıkan *gecikmiş zararlar* (*dommages tardifs - Spätschaden*) açısından yeterli olmadığı görüşündedir. Bkz. Gauch, **recht 2011**, s. 145, 146. Aynı yönde bkz. Honsell, **BaslerKomm**, OR Art. 210 N 2. Ayrıca bkz. B.2/III/D.

¹⁷⁶ 1 Ocak 2013 tarihinde yürürlüğe giren CO art. 210 hakkındaki İsviçre Borçlar Kanunu değişikliğinden önce, ayıptan sorumlulukta zamanaşımı süresinin bir yıl olması; ancak, CISG m. 39 f. II uyarınca bildirim süresinin iki yıl olarak öngörülmüş olması karşısında İsviçre Hukuku’nda bir yıllık zamanaşımı süresinin mi uygulanacağı, yoksa bu sürenin iki yıla mı uzayacağı yahut on yıllık genel zamanaşımı süresinin mi tatbik edileceği tartışma konusu olmuştur. Bkz. **İsvFM**, 18.5.2009, 4A_68/2009; **İsvFM**, ATF 138 III 601 = JdT 2013 II 287. İsviçre Borçlar Kanunu ve CISG arasındaki söz konusu uyumsuzluk ve hukuki belirsizlik, sürenin kısa olması yönündeki temel eleştirilerin de odağı olmuştur. Bu husus söz konusu değişiklik teklifinin komisyon raporunda değişiklik gerekçeleri arasında da ifade edilmiştir. Bkz. Rapport de la Commission, **FF 2011 2702**; Allimann, **Péremption**, N 1353. Milletlerarası Mal Satımı Konusunda Zamanaşımına İlişkin New York Konvansiyonu m. 10 f. II’de ise satılanın ayıplı olmasından doğan davaların dört yılda zamanaşımına uğrayacağı öngörülmüştür. Bkz. Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods as amended by the Protocol amending the Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods (www.uncitral.org).

m. 231 ve m. 244 f. III hükümlerinde düzenlenen zamanaşımı sürelerinin uygulama alanı, yenilik doğurucu hak olarak nitelendirilen¹⁷⁷ seçimlik haklar değil, söz konusu yenilik doğurucu hakların kullanımı sonucunda ortaya çıkan alacak haklarıdır¹⁷⁸. Zira, yenilik doğurucu haklar niteliği gereği zamanaşımına uğramaz (*imprescriptible - unverjährbar*)¹⁷⁹. Yenilik doğurucu hakkın muhatabı, hakkın kendi hukuk alanında meydana getirdiği tek taraflı etkiyi, herhangi bir savunma yoluyla (*örneğin*

¹⁷⁷ Satılanın onarılması ve ayıpsız benzeriyle değiştirilmesi seçimlik haklarının yenilik doğurucu hak olduğu yönünde bkz. Gauch, **Entreprise**, N 1700, 2281; Bühler, **ZürcherKomm**, OR Art. 368 N 130, Art. 371 N 25; Chaix, **CommRomand**, CO art. 368 N 9; Honsell, **OR BT**, s. 27; Zindel, Pulver, Schott, **BaslerKomm**, OR Art. 368 N 12; Käser, **Gewährleistung**, s. 54, dn. 197; Huguenin, **OR**, N 2634; Koller, **Nachbesserung**, N 386; Halûk Tandoğan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Cilt II, İstisna (Eser) ve Vekalet Sözleşmeleri, Vekaletsiz İş Görme, Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri, Dördüncü Tıpkıbasımdan Beşinci Tıpkıbasım, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010 (Borçlar Özel, Cilt II), s. 192; Yavuz, **Ayıp**, s. 157, 158; Antalya, Topuz, **Medeni Hukuk**, N 663; Şenocak, **Ayıp**, s. 38; Gümüş, **Borçlar Özel**, s. 96, 97; Zafer Kahraman, “Ayıbın Giderilmesi Talebinin Hukuki Niteliği”, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı 169-170, 2018, s. 121-143 (Ayıp), s. 135; **İsvFM**, ATF 107 III 106 = JdT 1983 II 57 = SJ 1982 65; **İsvFM**, 4.4.2001, 4C.80/2000; **Yargıtay** 13. HD, T. 6.12.2017, E. 2015/33130, K. 2017/12193 (kazancı). Aynen ifaya yönelik bir alacak hakkı olduğu yönünde bkz. Becker, **BernerKomm**, OR Art. 368 N 10; Furrer, **Gewährleistung**, s. 74; Serozan, **Borçlar Özel**, N 776-778; Seliçi, **İnşaat**, s. 173; Buz, **Yenilik Doğuran Haklar**, s. 171; Atamer, **Taşınır Satımı**, s. 206; Kapancı, **Ayıp**, s. 45; Başak Başoğlu, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu ve Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması Uyarınca Türk Hukuku’nda ve Mukayeseli Hukukta Aynen İfa Talebi**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012 (Aynen İfa), s. 117. Ayrıca bkz. aşağıda B.2/IV/A. Bu konuda oldukça yerinde ve detaylı açıklamalar için bkz. Kahraman, **Ayıp**, s. 122 vd.

¹⁷⁸ Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 210 N 2; Bühler, **ZürcherKomm**, OR Art. 371 N 25; Gauch, **Entreprise**, N 2203, 2281; Gauch, Schluep, Schmid, Emmenegger, **OR AT**, N 3374; Niklaus, **Prescription**, N 794; Venturi, **Réduction**, N 1254; Tercier, Pichonnaz, **Obligations**, N 312; Huguenin, **OR**, N 2634; Medicus, Lorenz, **SchuldR BT**, § 9 N 35; Gauch, Schluep, Tercier, **Obligations**, N 2032; Pedrazzini, **Dissimulation**, N 1077; Gauch, **recht 2012**, s. 125, dn. 5; Greiner, **BT**, N 295; Tandoğan, **Borçlar Özel**, Cilt II, s. 227; Seliçi, **İnşaat**, s. 206; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1313; Şenocak, **Ayıp**, s. 227. İsviçre kanun koyucusu, CO art. 210 al. I hükmünde, “ayıptan doğan talepler (*Sachmängelansprüche*)” yerine “satılanın ayıplarından kaynaklanan davalar (*Die Klagen auf Gewährleistung wegen Mängel der Sache*)” ibaresini kullanmıştır. Söz konusu kullanımın sebebi, İsviçre Kanun koyucusunun yenilik doğurucu hak niteliğindeki seçimlik hakların, zamanaşımı süresi sona erse dahi kullanılabileceğini; ancak, söz konusu hakların kullanımından doğan alacak haklarının zamanaşımına uğrayacağını vurgulamak istemesidir. Bkz. Gauch, **recht 2012**, s. 125, dn. 5.

Öte yandan, seçimlik hakların zamanaşımı süresine tabi olduğu yönündeki ifade tarzı kanımızca isabetli olmamıştır. Söz konusu açıklamalar için bkz. Yavuz, **Ayıp**, s. 156.

¹⁷⁹ Laurent L’Huillier, **La notion du droit formateur en droit privé suisse**, Genève, 1947 (Droit formateur), s. 198; Schwenger, **OR AT**, N 83.05; Huguenin, **OR**, N 2634; Gauch, Schluep, Schmid, Emmenegger, **OR AT**, N 3374; Gauch, Schluep, Tercier, **Obligations**, N 2032; Bühler, **ZürcherKomm**, OR Art. 371 N 25; Koller, **OR BT**, § 4 N 218; Koller, **Werkvertrag**, N 763; Tschütscher, **Verjährung**, N 13; Venturi, **Réduction**, N 1254; Allimann, **Péremption**, N 884; von Büren, **OR BT**, s. 48, dn. 198; Pedrazzini, **Dissimulation**, N 1078; Gauch, **recht 2012**, s. 125, dn. 5; Greiner, **BT**, N 295; Brox, Walker, **SchuldR BT**, § 4 N 131; Medicus, Lorenz, **SchuldR BT**, § 9 N 35; Gauch, **Entreprise**, N 2281: “...*Les droits formateurs sont cependant imprescriptibles...*”; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **Borçlar Genel**, N 278; Hatemi, Gökyayla, **Borçlar Genel**, § 35 N 4; Antalya, Topuz, **Medeni Hukuk**, N 667; Şenocak, **Ayıp**, s. 227.

Aksi görüşü savunan yazarlardan Öz’e göre yenilik doğurucu hakların kural dışı bir yoldan, özel hükümle zamanaşımı süresine tabi kılındığı kabul edilmelidir. Bkz. Öz, **Dönme**, s. 129.

zamanaşımı def'iyle) bertaraf edemez¹⁸⁰. Bu durumda, kanun koyucu, yenilik doğurucu bir hakkı zamanaşımı süresine tabi kılrsa dahi, zamanaşımına uğrayacak olan hak, yenilik doğurucu hak değil, onun kullanılması neticesinde ortaya çıkacak olan alacak hakkıdır. Dolayısıyla, ayıptan sorumlulukta zamanaşımı, kural olarak ayıptan doğan seçimlik hakların (TBK m. 227) yarattığı hukuki durumun açıklığa kavuşturulması gereken zaman dilimini ifade eder.

Yenilik doğurucu haklar zamanaşımına uğramadığından, TBK m. 231 ve m. 244 f. III hükümlerinde öngörülen zamanaşımı süreleri geçse dahi, TBK m. 227'de düzenlenen yenilik doğurucu hakların kullanılabileceği ifade edilmektedir¹⁸¹. Ancak, hakkın kullanımı sonucunda doğan alacak hakkı, zamanaşımı def'i sebebiyle "*bloke edilmiş*" ya da "*önü kesilmiş*" bir şekilde doğacaktır. Zira, alacak hakkı, zamanaşımına uğramış biçimde meydana geleceği için, satıcı zamanaşımı def'ini ileri sürerek, kendisine karşı yöneltilmiş olan ifa talebini kolaylıkla reddedebilecektir. Bu durumda, yalnızca satıcının zamanaşımı def'ini ileri sürmemiş olması ihtimalinde, zamanaşımı süresi geçtikten sonra kullanılmış olan yenilik doğurucu haklar neticesinde, hâkim, bedel indirimine, onarıma, satılanın yenisiyle değiştirilmesine veya dönme sebebiyle iade ve tazminat taleplerine hükmedebilecektir. Bu sonuç, zamanaşımının tamamlandığını hâkimin re'sen nazara alamaması (TBK m. 161) yönündeki temel prensibe dayanır.

Öğretide, yenilik doğurucu hakların kullanımının doğrudan doğruya bir süreye tabi tutulmamış olmasından hareketle, alıcının seçimlik haklarını zamansal açıdan sınırlandırma ihtiyacı hisseden bir diğer görüşe göre¹⁸² ise, alıcı, seçimlik haklarını, ayıp bildiriminden ardından, *makul bir süre içinde* kullanmalıdır. Zira, bu görüşe göre, satıcının alıcıdan yenilik doğurucu haklarını makul süre içinde

¹⁸⁰ Yenilik doğurucu hak, etkilerini kendiliğinden ve kaçınılmaz bir şekilde meydana getirir. Hiçbir şey bu etkinin gerçekleşmesini engelleyemez. Bkz. L'Huillier, **Droit formateur**, s. 104; Vionnet, **Droit formateur**, s. 25.

¹⁸¹ Chaix, **CommRomand**, CO art. 371 N 6; Gauch, **Entreprise**, N 2281, 2292; Koller, **OR BT**, § 4 N 218, 223; Vionnet, **Droit formateur**, s. 274; Roger Brändli, **Die Nachbesserung im Werkvertrag**, Eine Gesamtdarstellung unter Berücksichtigung der SIA-Norm 118, Dike Verlag, Zürich, St. Gallen, 2007 (Nachbesserung), N 999. Aynı yönde bkz. Klaus Tschütscher, "Die Verjährung der Mängelrechte im Bauwerksvertragsrecht", **Aktuelle Probleme des privaten und öffentlichen Baurechts**, (Hrsg. Alfred Koller), Vereinigung für Baurecht, Saint-Gallen, 1994, s. 225-273 (Aktuelle Probleme), s. 251, 252; Şenocak, **Ayıp**, s. 230, 231; Aydoğdu, Nart, **Değerlendirme**, s. 458.

Yenilik doğurucu haklar, zamanaşımından etkilenmediği için; Alman Hukuku'nda savunulan, yenilik doğurucu hakların, zamanaşımı süresinin dolmasından sonra, def'i yoluyla ileri sürülebileceği yönündeki görüş reddedilmelidir. Bkz. Vionnet, **Droit formateur**, s. 274, dn. 2820.

¹⁸² Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 205 N 2; Venturi, **Réduction**, N 795; Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 759; Vionnet, **Droit formateur**, s. 282.

kullanılmasını talep etmesiyle birlikte, sözleşmenin akıbetinin daha hızlı bir şekilde belirli hale geleceği ifade edilmektedir. Böylece, satıcı aleyhine söz konusu olan hukuki belirsizlik bir an önce giderilmiş olacaktır. Öte yandan, öğretide pek taraftar bulmamış bir görüşe göre¹⁸³, ayıptan doğan yenilik doğurucu seçimlik hakların, öngörülen zamanaşımı süresi içinde kullanılması gerektiği ifade edilmekte, söz konusu hakların kullanımından doğan alacak haklarının, son derece isabetsiz bir şekilde, genel hükümlerde öngörülen on yıllık zamanaşımına (TBK m. 146) tabi olduğu belirtilmektedir. Belirtmemiz gerekir ki, bu yöndeki bir yorum, TBK m. 231 ve m. 244 f. III hükümlerinde düzenlenen zamanaşımı sürelerinin varlık sebebinin tamamen ortadan kaldırmaktadır.

Zamanaşımı süresinin anlam kazanması için, öncelikle alacak hakkına vücut verecek olan yenilik doğurucu hakların mevcut olması, yani hak düşürücü süre niteliğindeki bildirim süresi dâhilinde, gözden geçirme ve bildirim külfetlerinin yerine getirilmesi gerekir¹⁸⁴. Alıcı gözden geçirme ve bildirim külfetlerini yerine

¹⁸³ Yavuz, **Borçlar Özel**, s. 186; Yavuz, **Ayıp**, s. 170, 171; Belverenli, **Ayıp**, s. 164, 165. Eskiden bu görüşte bkz. Alper Gümüş, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Cilt I, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008, s. 195. Yazar, ayıptan doğan bütün hakların TBK m. 231 hükmü uyarınca iki yıllık zamanaşımına tabi olduğunu belirtmekte, ayrıca on yıllık bir zamanaşımı süresinden artık bahsetmemektedir. Bu konuda bkz. Gümüş, **Borçlar Özel**, s. 114-116. Belirtmemiz gerekir ki, seçimlik hakkın kullanımı sonucunda meydana gelen alacak hakkının, on yıllık zamanaşımına tabi olduğu şeklindeki bir yorumu, ne satılanın ayıbından doğan her davanın iki yılda zamanaşımına uğrayacağını öngören TBK m. 231 hükmünün lafzı, ne de ayıptan doğan talepleri kısa zamanaşımı sürelerine tabi kılan kanunun amacı haklı göstermektedir.

¹⁸⁴ Belirtmek gerekir ki, TBK m. 223'te düzenlenen, gözden geçirme ve bildirim külfetlerinin yerine getirileceği süreyi ifade eden "*imkân bulur bulmaz*", "*uygun bir süre içinde*" ve "*hemen*" şeklindeki süreler her ne kadar belirsiz olsa da hak düşürücü süre niteliğindedir. Aynı görüşte bkz. Stanislas, **Résolution**, s. 162; Capitaine, **Prescription**, s. 104; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 201 N 19; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **Borçlar Genel**, N 1552; Allimann, **Péremption**, N 1500; Zevkliler, Gökyayla, **Borçlar Özel**, s. 125; Aslı Makaracı Başak, "Türk Borçlar Kanunu Madde 225/II Hükmünün Değerlendirilmesi", **Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan**, Cilt II, MÜHF-HAD, Özel Sayı, C. 22, S. 3, 2016, s. 1915-1930 (TBK m. 225/II), s. 1916; **İsvFM**, 24.6.2005, 4C.43/2005; ATF 113 II 174 = JdT 1987 I 481; **Yargıtay** 13. HD, T. 10.12.2002, E. 2002/10673, K. 2002/13269 (kazancı): "...Anılan yasa maddesindeki bildirme (ihbar) süreleri bir hak düşürücü süre olup, bu nedenle hakim tarafından resen gözönünde tutulur...". Ayrıca bkz. aşağıda B.5/II/B.

Ancak, belirtmek gerekir ki, kural olarak her ne kadar hak düşürücü sürelerin dolduğu hâkim tarafından re'sen nazara alınacak olsa da, TBK m. 223 hükmünde düzenlenen sürelerin hâkim tarafından re'sen nazara alınamayacağı haklı olarak ifade edilmektedir. Zira, satıcının ayıp bildiriminde bulunulmadığını ileri sürmemesi durumunda, hâkimin re'sen hareket etmesinin ve usul hukukuna ilişkin olan taraflarca getirilme ilkesinden (HMK m. 25) sapılmasının haklı bir gerekçesi bulunmamaktadır. Bu durumda satıcının, ayıp bildiriminde bulunulmadığı yönündeki beyanı ile ayıptan doğan hakların sona erdiği, bu yönde bir bildirim bulunmadıkça hakkın sona ermeyeceği kabul edilmelidir. O halde, ayıp bildiriminde bulunulmadığı yönündeki savunma, itiraz değil bir def'i olarak nitelendirilmelidir. Bkz. Karl Spiro, **Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatalefristen**, Band 2, Andere Befristungen und Rechte, Verlag Stämpfli & Cie AG, Bern, 1975 (Begrenzung II), s. 1133 vd.; Pierre Tercier, "Neuchâtel, Tribunal cantonal, 5.6.1979; RJN 7 (1977-1981) I, p. 292 ss, 302 s.", **DC 1981**, s. 14-15 (DC 1981), s. 15; Nomer, **Borçlar Genel**, N 185.7; Atamer, **Taşınır Satımı**, s. 204.

getirirse, zamanaşımı süresi; satış bedelinin indirilmesi, satılanın yenisiyle değiştirilmesi, satılanın onarımı ile satıcının doğrudan ve dolaylı zararının tazmini taleplerine uygulanma imkânı bulacaktır. Ayrıca, taraflar sözleşme ile alıcı lehine, kanunda öngörülenlerden başka seçimlik haklar tanımışsa, aksi kararlaştırılmadığı müddetçe, zamanaşımı süresi bu sözleşmesel seçimlik haklara da uygulanacaktır¹⁸⁵. Alıcının onarım hakkını kullanılmasına rağmen, satıcının satılanı onarmaktan imtina etmesi durumunda, alıcının TBK m. 113 uyarınca hâkimden masrafları satıcıya ait olmak üzere, kendisinin veya üçüncü bir kişinin satılanı onarmasına izin vermesini istemesi durumunda ise, satıcıdan talep edeceği onarım bedeli de ayıptan doğan zamanaşımı süresine tabidir¹⁸⁶. Zira, bu durumda onarım bedeli, satıcının satılanı onarma borcunun yerine geçmektedir. Alıcının bedel indirimi seçimlik hakkını kullanmış olması durumunda, önceden kısmi ödeme yapılmışsa, fazladan ödenen indirim tutarının iadesi de yine ayıptan doğan zamanaşımı sürelerine tabidir¹⁸⁷. Ayrıca, tarafların, satılanın tesliminden sonra, muhtemel bir sulh sözleşmesi çerçevesinde, ortaya çıkmış bir ayıbın muhtemel hukuki sonuçları konusunda anlaşmaya varmaları durumunda da, TBK m. 231 ve m. 244 f. III hükümleri uygulama alanı bulacaktır¹⁸⁸. Ancak, TBK m. 133 uyarınca, açık bir yenileme iradesinin varlığı halinde (*animus novandi*) yahut tarafların iradesinin o zamana kadar herhangi bir sebeple satılanın ayıplarından sorumlu olmayan satıcıyı sorumlu tutmak yönünde kendini göstermesi durumunda uygulanacak olan zamanaşımı süresi TBK m. 146 uyarınca on yıl olacaktır¹⁸⁹.

Diğer taraftan, TBK m. 231 ve m. 244 f. III hükümleri, alıcı ile satıcı arasında kararlaştırılan ve basit bir nitelik taahhüdünden ziyade, hukuki neticelerini gelecekte

Mutlaka bildirimde bulunulmadığının ileri sürülmesi gerektiği görüşünde bkz. Allimann, **Péremption**, N 1244; **İsvFM**, 29.1.2019, 4A_288/2018 = BR 2019, s. 343; 12.4.1988, ZBGR 71/1990, s. 367; **İsvFM**, ATF 107 II 50 = JdT 1981 I 269. Ayıp bildiriminde bulunulmamasını hâkimin re'sen nazara alamayacağı yönünde bkz. Oktay-Özdemir, **Ayıp**, s. 57, 58.

¹⁸⁵ Müller-Chen, **CHK**, OR Art. 210 N 2; Gauch, **Entreprise**, N 2210; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 210 N 2; Koller, **Nachbesserung**, N 381; Niklaus, **Prescription**, N 794.

¹⁸⁶ Gauch, **Entreprise**, N 2203; Pierre Tercier, "Neuchâtel, Tribunal cantonal, 6.10.1980; RJN 1980-81, p. 68 s.", **DC 1984**, s. 16 (DC 1984), s. 16; Chaix, **CommRomand**, CO art. 368 N 5; **KanM (Neuchâtel)**, 6.10.1980, RJN 1980 68 = DC 1984 16; **İsvFM**, ATF 107 II 438.

¹⁸⁷ Venturi, **Réduction**, N 1252 vd.; Gauch, **Entreprise**, N 2281.

¹⁸⁸ Gauch, **Entreprise**, N 2211; Koller, **Nachbesserung**, N 383. Bu yönde anlaşma satıcının ikrarı anlamına geldiğinden, TBK m. 154 uyarınca zamanaşımının kesilmesi söz konusu olur. Bkz. Gauch, **Entreprise**, N 2211.

¹⁸⁹ Andreas von Tuhr, Arnold Escher, **Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts**, Band II (mit Supplement), 3. Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, 1984 (OR AT), s. 180; Spiro, **Begrenzung I**, s. 353, dn. 2, s. 673 dn. 16; Gauch, **Entreprise**, N 2211; Koller, **Nachbesserung**, N 383.

doğuracak olan bağımsız garanti taahhütlerine¹⁹⁰ (*garantie indépendante - selbständige Garantieerklärung*) uygulanmayacaktır¹⁹¹. Bu durumda ayıptan doğan zamanaşımı süreleri yerine, zamanaşımının değiştirilemeyeceğini öngören kural ile birlikte (TBK m. 148), on yıllık genel zamanaşımı süresi (TBK m. 146) uygulama alanı bulacaktır. Ayrıca, satış sözleşmesinin konusunun bir alacak hakkı olduğu durumlarda, yani alacak satışlarında (*vente d'une créance - Forderungskauf*) alacağın devri başlığı altında düzenlenen, devredenin garanti sorumluluğu (TBK m. 191 ve m. 193) özel olarak uygulama alanı bulacağı için, TBK m. 219 vd. hükümleri, alacak satışlarında, kıyasen dahi olsa uygulama alanı bulmayacaktır¹⁹². Alacak satışı dışındaki diğer hak satışlarında¹⁹³, fikri ve sınai haklar ile üyelik kazanımı gibi diğer maddi olmayan hakları konu edinen satış sözleşmelerinde de¹⁹⁴ ayıptan sorumluluk hükümlerinin ve bu çerçevede düzenlenen zamanaşımı sürelerinin uygulanmayacağı belirtilmektedir.

Ayıptan sorumluluk hükümlerinin her ne kadar maddi mal satışlarında (*Sachkauf*) uygulanabileceği, hak satışlarında (*Rechtskauf*) uygulanma imkânının

¹⁹⁰ Bağımsız garanti taahhüdüne aykırı davranışmış olması durumunda, TBK m. 112 uyarınca genel sözleşmesel sorumluluk hükümlerine gidileceği yönünde: Pichonnaz, **Garantie**, s. 112; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 197 N 19; Benedick, Vischer, **Verjährungsregeln**, N 70; Edgar Philippin, "Garantie pour les défauts : clauses particulières", **Der Grundstückskauf / La vente immobilière**, Beiträge der Weiterbildungsseminare der Stiftung Schweizerisches Notariat vom 20. Januar 2009 in Zürich und Lausanne, (Herausgeber: Jürg Schmid), Schulthess Juristische Medien AG, 2010, s. 105-135 (Clauses particulières), s. 144. Ayıptan sorumluluk ile bağımsız garanti taahhütleri arasındaki en büyük fark, ayıptan sorumluluk rejiminin hasarın geçişi anındaki mevcut nitelikleri alıcıya taahhüt etmesine karşın, bağımsız garanti taahhütlerinin satılanın gelecekte içinde bulunacağı bir durumu alıcıya tekeffül etmesinde görülmektedir. Bkz. Philippin, **Clauses particulières**, s. 141; Benedick, Vischer, **Verjährungsregeln**, N 69 vd.

¹⁹¹ Niklaus, **Prescription**, N 794; Hüseyin Murat Develioğlu, **Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009 (Garanti), s. 360, 361; Müller-Chen, **CHK**, OR Art. 210 N 2; Gauch, **Entreprise**, N 2205; Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 682; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 210 N 3; Giger, **BernerKomm**, OR Art. 197 N 9 vd.; Pichonnaz, **Garantie**, s. 112; Honsell, **OR BT**, s. 109; Benedick, Vischer, **Verjährungsregeln**, N 70; **İsvFM**, 4.1.2002, 4C.260/2001; **İsvFM**, ATF 91 II 344 = JdT 1966 I 530 (Kararın çevirisi için bkz. Teoman Akünal, "İsviçre Federal Mahkemesi'nin Satıcının Ayıptan Doğan Sorumluluğu ve Onarım Garantisine İlişkin 25 Mayıs 1966 Tarihli Kararı (BGE 91 II 344)", **İÜHF**, Cilt 7, Sayı 10, s. 243-250, 1973 (İsvFM Kararı), s. 243 vd.). Nitelik bildirimi ve bağımsız garanti taahhüdü arasındaki fark için bkz. **İsvFM**, ATF 122 II 426 = JdT 1998 I 171.

¹⁹² Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO Intro. art. 197-210 N 6; Honsell, **OR BT**, s. 109; Giger, **BernerKomm**, OR Vorbem. zu Art. 197-210 N 9 vd.; Huguenin, **OR**, N 2395; Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 637; Schönle, Higi, **ZürcherKomm**, OR Art. 197 N 31; **İsvFM**, ATF 78 II 216 = JdT 1953 I 199; ATF 82 II 522 = JdT 1957 I 236.

¹⁹³ Honsell, **OR BT**, s. 109; Honsell, **BaslerKomm**, OR Art. 197 N 1; Eren, **Borçlar Özel**, N 301.

¹⁹⁴ Honsell, **BaslerKomm**, OR Art. 197 N 1; Eren, **Borçlar Özel**, N 301. Know-how üzerinde bir hakkın bulunmadığı kabul edilse de, satış sözleşmesi hükümlerinin know-how sözleşmesine uygulama alanı bulduğu ölçüde, ayıptan sorumluluk hükümlerinin de uygulanabileceği kabul edilmektedir. Bkz. Ögüz, **Know-how**, s. 59. Know-how üzerinde bir hakkın bulunmadığı yönünde bkz. Oktay-Özdemir, **Sınai Değerler**, s. 581.

bulunmadığı ifade edilse de, kesin bir sonuca varmak yerine, her somut olay bazında, satış sözleşmesinin mevcut konusu nazara alınarak bir değerlendirme yapılmalı; ayıptan sorumluluk kapsamında öngörülen seçimlik hakların icra edilebilme kabiliyeti olup olmadığı değerlendirmeli; yukarıda ifade ettiğimiz hususların vakıa özelinde istisnalarının bulunabileceği unutulmamalıdır¹⁹⁵. Bu durumda, satış sözleşmesinin konusunun eşya ile sınırlı olmadığı nazara alınarak¹⁹⁶, satış sözleşmesinin ve ayıptan sorumluluk rejiminin konusunu oluşturan her türlü malın, şayet taşınmaz kapsamına girmiyorsa, TBK m. 231 hükmünde düzenlenen sürelerin uygulanmasına sebebiyet verebileceği kabul edilmelidir. Bu açıdan, satılanın muhakkak taşınır eşya olması veya hukuken öyle nitelendirilmesi şart değildir. Zira, TBK m. 231 f. I hükmünde düzenlenen iki yıllık zamanaşımı süresi ve TBK m. 231 f. II hükmünde düzenlenen olağanüstü zamanaşımı süresi, ayıptan sorumluluk açısından genel zamanaşımı süresi olma özelliği göstermektedir¹⁹⁷. Öte yandan, her türlü taşınmazın (*arsa veya arazi, konut, ev, iş yeri, dükkân ya da bağımsız bölüm*) ayıplı olması durumunda ise, TBK m. 244 f. III hükmü uygulama alanı bulacaktır¹⁹⁸.

Ayıptan sorumluluk ve bu başlık altında öngörülen süreler, niteliği etkileyen bir nicelik eksikliği bulunmadıkça (TBK m. 219 f. I), satılanın miktarındaki eksiklik hallerine de uygulanmayacaktır¹⁹⁹. Zira, ayıptan sorumluluk, satılardaki nitelik eksikliği neticesinde söz konusu olurken; eksik ifa (*vice de quantité - Teillieferung*), nicelik eksikliklerini karşılamakta ve eksik ifa durumunda borcun (*kısmen*) ifa edilmemesi sebebiyle genel borca aykırılık rejimi uygulama alanı bulmaktadır²⁰⁰. Öte yandan, söz konusu ayırım, örneğin satılardaki bazı parçaların eksik olması durumunda, yahut eksikliğin niteliği de etkilediği bazı hallerde oldukça zor

¹⁹⁵ Bu konuda ayrıca bkz. yukarıda B.1/IV/A.

¹⁹⁶ *Örneğin*, akıllı telefonlara indirilen ücretli uygulamalar, bilgisayar programları, yazılımlar, e-kitaplar, ücreti karşılığında indirilen müzik veya filmler ya da bilgisayar oyunları açısından ayıptan sorumluluk rejimi ve bu kapsamda öngörülen zamanaşımı süreleri uygulama alanı bulabilecektir.

¹⁹⁷ Aynı yönde bkz. Koller, **OR BT**, § 4 N 122.

¹⁹⁸ Bu konuda ayrıca bkz. yukarıda B.1/IV/B.

¹⁹⁹ Becker, **BernerKomm**, OR Art. 197 N 1; Foëx, **CommRomand**, CO art. 219 N 4; Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 998; Tandoğan, **Borçlar Özel**, Cilt I/1, s. 272; Eren, **Borçlar Özel**, N 380; Cevdet Salih Şahin, **Eser Sözleşmelerinde Yüklenicinin Eksik İfa (Eksik İş) ve Ayıplı İfadan Sorumluluğu**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014 (Eksik İfa), s. 39 vd.

²⁰⁰ Foëx, **CommRomand**, CO art. 219 N 4; Gauch, **Entreprise**, N 101 vd.; Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 998; Şahin, **Eksik İfa**, s. 69. Farklı bir görüş için bkz. Koller, **Nachbesserung**, N 36. Tüketici Hukuku açısından krş. **Yargıtay** 13. HD, T. 17.12.2019, E. 2016/26078, K. 2019/12738 (kazancı): "...Eksik ifa ise, kanunlarımızda tanımlı yapılmamakla birlikte, 4077 Sayılı Kanun'un 4 maddesinde sayılan ayıp kavramı içerisinde mütalaa olunmaktadır..."

olabilmektedir. Bu durumda, öğretide ifa edilmiş kısma zarar vermeksizin, eksikliğin giderilebildiği hallerde, eksik ifanın bulunduğu, haklı olarak kabul edilmektedir²⁰¹.

Ayıptan sorumlulukta düzenlenen zamanaşımı süreleri, satılanın ayıplı olması hali için öngörülen sözleşme cezalarına da uygulanmaz²⁰². Bu durumda, özel bir düzenleme bulunmadığı için, TBK m. 146 uyarınca on yıllık genel sözleşmesel zamanaşımı süresi uygulama alanı bulur. Fakat, aksi yöndeki bir görüşe göre, TBK m. 231 hükmünün, ayıplı ifa durumu için öngörülen sözleşme cezalarına da uygulanacağı, öğretide ifade edilmektedir²⁰³.

Ayıptan doğan zamanaşımı süreleri, satılanın ayıplı olmasından kaynaklanan alacak hakları bakımından uygulama alanı bulacağı için, bu sürelerin yan edim yükümlülüklerinin ihlali halinde uygulanması mümkün değildir²⁰⁴. Yan edim yükümlülüklerinin gereği gibi ifa edilmemesi durumunda, her ne kadar ayıptan sorumluluğa benzer bir durum ortaya çıksa da, bu durumda satış sözleşmesine uygulanacak olan genel zamanaşımı süresi (TBK m. 146) uygulama alanı bulur. Zira, ayıptan sorumluluk rejimi, satılanın zilyetlik ve mülkiyetini devir borcunun tamamlayıcısıdır ve her ne kadar satılanın ambalajının ayıplı olması gibi durumlar mümkün olsa da, yan edim yükümlülükleri, ayıptan sorumluluk kapsamına dâhil

²⁰¹ Gauch, **Entreprise**, N 1449; Koller, **Nachbesserung**, N 36, dn. 44; Şahiniz, **Eksik İfa**, s. 41; **Yargıtay** 13. HD, T. 25.5.2016, E. 2015/7316, K. 2016/13579 (kazancı): "...Yargıtay uygulamasında eksik iş, sözleşme konusu işin bir kısmının ya da tamamının hiç yapılmamasıdır; yani yapılmayan iştir. Yapılmayan bir işin teslimi sözkonusu olmaz. Ayıplı iş ise, eksik işten farklı olup, esasen yapılan işteki vasıf noksanlığıdır. Ayıba karşı tekeffül borcu konutun fiilen ve tamamen tesliminin gerçekleşmesi ile doğar. Diğer bir anlatımla ifanın hiç yerine getirilmemesi halinde eksik ifadan söz edilir ... Bu hususta şu ölçütten yararlanmak gerekir: **Eksikliğin giderilmesi diğer kısımlara dokunmadan, zarar vermeden mümkünse eksiklikten, fakat eksikliğin giderilmesi diğer kısımlara müdahaleyi onlara zarar vermeyi gerektiriyorsa ayıptan bahsedilmesi gerekir** ... Örneğin asansörün motorunun takılmaması eksik iş, motorunun bir parçasının takılmaması sebebiyle çalışmayan asansör ayıplı sayılır. Yine bir konutun kararlaştırıldığı halde mutfak dolaplarının takılmaması eksik ifa, bu dolabın madde yerine kavaktan yapılması ayıplı ifadır..."

²⁰² Mehmet Erdem, **La clause pénale**, Étude comparative de droit suisse et de droit turc, Ankara, 2006 (Clause pénale), s. 190; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 53. Ayrıca bkz. Mehmet Erdem, "Bağlanma Parası, Cayma Parası ve Ceza Koşulu, TBK m. 177-182", **İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu**, (ed. : Turgut Öz, Faruk Acar, Emre Gökyayla, H. Murat Develioğlu), Cilt 2-3, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019, s. 2249-2338 (İstanbul Şerhi), TBK m. 179 N 59, 62.

²⁰³ Gauch, **Entreprise**, N 2210, 2536; Gaspard Couchepin, **La clause pénale - Étude générale de l'institution et de quelques applications pratiques en droit de la construction**, Travaux de la Faculté de Droit de l'Université de Fribourg, Schulthess Juristische Medien AG, Fribourg, 2008 (Clause pénale), N 1396. Ayıplı ifa için öngörülen sözleşme cezası hakkında detaylı bilgi için bkz. Couchepin, **Clause pénale**, N 1362 vd.

²⁰⁴ Honsell, **OR BT**, s. 109; Honsell, **BaslerKomm**, OR Art. 210 N 1; Müller-Chen, **CHK**, OR Art. 210 N 3. Alman Hukuku'nda aynı yönde bkz. Matusche-Beckmann, **StaudingerKomm**, BGB § 438 N 27, 35.

edilemez. Nitekim, İsviçre Federal Mahkemesi²⁰⁵ de satılanın ambalajının ayıplı olması durumunda ayıptan sorumluluk rejimine başvurmanın mümkün olmaması sebebiyle, ancak CO art. 97 (TBK m. 112) uyarınca, CO art. 127 (TBK m. 146) hükmünde düzenlenen on yıllık zamanaşımı süresi içinde tazminat talep edilebileceğini ifade etmektedir. Ancak, belirtmek isteriz ki, satılanın ambalajını, sözleşmenin konusuna dâhil olduğu istisnai bazı durumlarda, ambalaj açısından da ayıptan sorumluluk rejiminin işlerlik kazanacağı ve bu başlık altında öngörülen zamanaşımı sürelerinin uygulanabileceği kabul edilmektedir²⁰⁶. Özellikle satılanın kullanılabilirliği, elverişliliği ve korunabilmesi açısından ya da malın yeniden satılabilmesi için ambalajın gerekli olduğu durumlarda veya markalı ürünlerin orijinal ambalajında satılmasının istendiği hallerde, ambalaj satış sözleşmesinin konusu kapmasında değerlendirilmelidir²⁰⁷.

Satıcının ayıptan sorumluluğuna dair düzenlemeler, satış sözleşmesi dışında, kanundaki ilgili atıflar gereği, pek çok farklı hukuki ilişki açısından kıyas yoluyla uygulanma kabiliyeti kazanmaktadır²⁰⁸. Örneğin ayıptan sorumluluk hükümleri - konumuz açısından zamanaşımı süreleri- TBK m. 280 f. III uyarınca isteğe bağlı açık artırma yoluyla satış sözleşmesine²⁰⁹, TBK m. 284 uyarınca uygun düştüğü ölçüde mal değişim sözleşmesine; TBK m. 294 f. II uyarınca bağışlayan ayrıca garanti sözü vermişse bağışlama sözleşmesine; TBK m. 472 f. I uyarınca eser sözleşmesinde malzemelerin yüklenici tarafından sağlanması durumunda eser teslimi sözleşmesine (*contrat de livraison d'ouvrage* - *Werklieferungsvertrag*) uygulanır²¹⁰. Adi ortaklık sözleşmesinde katılım payı bir şeyin mülkiyetinden oluşuyorsa TBK m. 621 f. III

²⁰⁵ İsvFM, ATF 96 II 115 = JdT 1971 I 258; ATF 102 II 413 (*eser sözleşmesinde*). Aynı yönde bkz. Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 197 N 8.

²⁰⁶ Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 197 N 8. Öte yandan, tüketici satışlarında TKHK m. 8 hükmü uyarınca satılanın ambalajında veya etiketinde mevcut olan nitelik eksiklikleri de ayıptan sorumluluk rejiminin kapsamına dâhil edilmiştir.

²⁰⁷ Honsell, **BaslerKomm**, OR Art. 197 N 10; Becker, **BernerKomm**, OR Art. 197 N 1; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 197 N 8; Giger, **BernerKomm**, OR Art. 197 N 91; Cavin, **Vente**, s. 77, 78. Ayrıca bkz. Müller-Chen, **CHK**, OR Art. 210 N 3; İsvFM, ATF 96 II 115 = JdT 1971 I 258.

²⁰⁸ Zapttan sorumluluk açısından bkz. Nomer, Ergin, **Şerh**, TBK m. 214 N 7.

²⁰⁹ Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 641; Zevkliler, Gökyayla, **Borçlar Özel**, s. 100. Ayrıca bkz. **Yargıtay** 4. HD, T. 11.2.2019, E. 2016/14705, K. 2019/568 (kazancı): "...Cebri ihaleler akit olmayıp, amme hukukuna ait bir tasarruftur (24/06/1953 tarih ve 14/6 Sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı). Öte yandan 6098 Sayılı TBK'nun 280. maddesinde, cebri artırmalarda zapttan ve ayıptan sorumluluğa ilişkin hükümlerin uygulanmayacağı istisnasız olarak düzenlenmiştir. 818 Sayılı BK'nun 230. maddesinde ise istisna olarak, şartnamede hüküm olması veya hile yapılması halinde bu hükümlerin uygulanacağı düzenlenmiştir..."

²¹⁰ Örneğin bkz. Koller, **Nachbesserung**, N 381; Gauch, **Entreprise**, N 2210; Zevkliler, Gökyayla, **Borçlar Özel**, s. 163, 164.

hükmü gereği ayıptan sorumluluk hükümleri, katılım payı koyma borcuna²¹¹ da kıyasen tatbik edilir. Ayrıca, miras paylaşımında TMK m. 679 hükmünün satış sözleşmesine yaptığı atfın, kurumun niteliğine uygun düştüğü ölçüde ayıptan sorumluluk hükümlerinin tamamını kapsadığı kabul edilmektedir²¹². Ancak, TMK m. 679 f. III hükmünde ayıptan sorumluluk için özel olarak bir yıllık zamanaşımı süresi öngörüldüğü için, zamanaşımı hükümleri, mirasın paylaşımında uygulama alanı bulmayacaktır. Öte yandan, ayıptan doğan zamanaşımı hükümleri, ticari satışlar ile ticari işletme devrilerinde²¹³ de uygulanacaktır. Son olarak belirtmek isteriz ki, ayıptan sorumluluk hükümlerinin ve konumuz açısından bu hükümler kapsamında düzenlenen zamanaşımı sürelerinin, amacına uygun düştüğü ölçüde devir borcu doğuran diğer ivazlı sözleşme tiplerine, karma, bileşik veya kendine özgü (*sui generis*) sözleşmelere de uygulanması mümkündür²¹⁴.

B. Ayıptan Sorumlulukta Zamanaşımının Uygulama Alanı Açısından

Tartışma Doğurabilecek Alanlar

Ayıptan sorumluluk rejiminin sınırları çoğu zaman net bir şekilde çizilebilmiş değildir. Özellikle alıcının ayıplı ifa neticesinde başkaca hukuki çarelere başvurma imkânının bulunması durumunda, ayıptan sorumluluk rejiminin, kanunun öngördüğü diğer hukuki başvuru yollarıyla olan ilişkisinin tespit edilmesi gerekmektedir. Bu durumda, farklı sorumluluk sebeplerine dayanan hakların ne şekilde yarışacağı, örneğin ayıptan sorumlulukta yerine getirilmesi lazım gelen külfetlerin veya uyulması gereken kısa zamanaşımı sürelerinin başkaca sorumluluk sebeplerine uygulanıp uygulanmayacağı, ayıptan sorumluluk rejiminin hukuki sınırlarını ve tatbik sahasını belirleyecektir. Zira, ayıptan sorumluluk rejiminin şartlarının başkaca hukuki kurumlara uygulanması şeklinde karşımıza çıkan sınırlı bir yarışmanın benimsenmesi, yahut ayıptan sorumluluk rejiminin, diğer sorumluluk sebeplerini dışlayacağının kabul edilmesi halinde, TBK m. 219 vd. hükümlerinin uygulama alanı

²¹¹ Honsell, **OR BT**, s. 90; Söz konusu hükmün TTK m. 126 uyarınca ticaret şirketleri açısından uygulanacağı yönünde bkz. Poroy, Tekinalp, Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku**, N 131.

²¹² Honsell, **OR BT**, s. 90; Mustafa Dural, M. Turgut Öz, **Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku**, 10. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016 (Miras Hukuku), s. 523; Rona Serozan, Baki İlkay Engin, **Miras Hukuku**, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018 (Miras Hukuku), N 72.

²¹³ Honsell, **BaslerKomm**, OR Art. 197 N 1; Eren, **Borçlar Özel**, N 301; Mehmet Fatih Arıcı, **Ticari İşletmenin Akif ve Pasifi ile Devri**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008 (İşletme), s. 85.

²¹⁴ Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO Intro. art. 197-210 N 9; Honsell, **BaslerKomm**, OR Art. 197 N 1a; Honsell, **OR BT**, s. 90; Nomer, Ergin, **Şerh**, TBK m. 214 N 7.

oldukça genişleyecektir. Bu durumda, uygulama alanı genişleyen ayıptan sorumluluk rejimi, uygulandığı alanlara kendi zamanaşımı sürelerini de (TBK m. 231 ve m. 244 f. III) beraberinde getirecektir. O halde, ayıptan doğan haklar için öngörülmüş olan zamanaşımı sürelerinin hangi hallerde uygulanacağını tespiti için, ilk olarak ayıptan sorumluluk rejimi karşısında farklı hukuki sebeplere dayanan alıcının, hangi şartlarda talebini ileri sürebileceğinin yahut ileri sürüp süremeyeceğinin tespit edilmesi gerekmektedir. Bu nedenle, ilk olarak aşağıda, ayıplı ifa neticesinde alıcının genel hükümler uyarınca başvuru imkânına sahip olabileceği genel borca aykırılık rejimi, hakız fiil rejimi, yanılma kurumu ve satıcının aliud teslim neticesindeki sorumluluğunun, ayıptan doğan garanti rejimiyle yarışması üzerinde durulacaktır.

Öte yandan, zapttan sorumluluk ile satılanın hukuki niteliklerinde eksiklik sebebiyle söz konusu olan ayıptan sorumluluk arasındaki ayırım da oldukça önemlidir. Bu sebeple, aşağıda, zapttan sorumluluk bahsinde, iki kurum arasındaki ince sınır tespit edilmeye çalışılacak; daha sonra, satılanın zaptı neticesinde söz konusu olan taleplere (TBK m. 217 ve m. 218), ayıptan doğan haklar için öngörülmüş olan zamanaşımı sürelerinin (TBK m. 231 ve m. 244 f. III) uygulanıp uygulanamayacağı değerlendirilecektir. Zira, gerek ayıptan sorumluluk, gerekse zapttan sorumluluk, araç ve amaç bakımından, satılanın zilyetlik ve mülkiyetini devir borcunu tamamlayan, bir madalyonun iki yüzünü teşkil etmektedir.

1. Ayıptan Sorumluluk ve Genel Borca Aykırılık Rejimi

a. Ayıplı İfa ve Borca Aykırılık Kavramları

Satış sözleşmesinin konusu ister parça borcu ister çeşit borcu olsun, satılanın alıcıya ayıplı teslimi her zaman bir borca aykırılık teşkil eder²¹⁵. Zira, ayıplı mal teslim eden satıcı, borçlandığı edimi tam anlamıyla ve sözleşmede kararlaştırıldığı şekilde ifa etmemekte, sözleşmede kararlaştırılan edime nitelik veya niteliği

²¹⁵ Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO Intro. art. 197-210 N 2, 15; Schönle, Higi, **ZürcherKomm**, OR Art. 197-A N 3; Gauch, **Entreprise**, N 1355; Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 631; Berger, **OR AT**, N 1742 vd.; Gümüş, **Borçlar Özel**, s. 64; Stanislas, **Résolution**, s. 185. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Alfred Schubiger, **Verhältnis der Sachgewährleistung zu den Folgen der Nichterfüllung oder nicht gehörigen Erfüllung OR 197 ff. - 97 ff.**, Verlag Stämpfli & Cie, Bern, 1957 (Verhältnis), s. 13 vd.; Katja Bähler, **Das Verhältnis von Sachgewährleistungs- und allgemeinem Leistungsstörungenrecht**, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, Genf, München, 2005 (Verhältnis), s. 150 vd.; Petra Ginter, **Verhältnis der Sachgewährleistung nach Art. 197 ff. OR zu den Rechtsbehelfen in Art. 97 ff. OR**, Lösungsvorschlag für die geltende Rechtslage und kritische Würdigung, Dissertation Nr. 2980, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2005 (Verhältnis), s. 69 vd.

etkileyen nicelik itibariyle aykırı bir ifade bulunarak, borcunu gereği gibi ifa etmemiş sayılmaktadır²¹⁶. Bu açıdan, ayıptan sorumluluk özel bir kanuni rejim şeklinde ihdas edilmiş olsa da, satış sözleşmesinden doğan zilyetlik ve mülkiyeti devir borcunun (TBK m. 208 ve m. 210) ifa edilmemesinin farklı bir görünüm biçiminden başka bir şey değildir²¹⁷. Satıcının ayıptan sorumluluğunu borca aykırılık kavramıyla birlikte açıklayan söz konusu hâkim görüş, öğretilde “*ifa teorisi*” (*Erfüllungstheorie*) olarak adlandırılmaktadır²¹⁸.

Öğretilde bazı yazarlar²¹⁹, satıcının ayıptan sorumluluğunu genel borca aykırılık rejiminden bağımsız, kanuni bir sorumluluk rejimi olarak nitelendirmektedir. “*Tekeffül*” yahut “*garanti teorisi*” (*Gewährleistungstheorie*) olarak adlandırılan bu görüşe göre, satıcının satılanı ayıpsız bir şekilde alıcıya devretme borcu, kanundan doğan özel bir yükümlülüktür ve satıcının satış sözleşmesinden kaynaklanan temel borcundan bağımsızdır. Zira, satıcı özellikle parça borcunda, sözleşmesel olarak satılanın muhtemel nitelik eksiklerini göz önüne almaksızın, yalnızca ferden tayin edilmiş olan satılanı doğrudan alıcıya devretmekle yükümlüdür. Tarafların önceden üzerinde anlaştıkları satış konusu malın, satıcı tarafından doğrudan doğruya alıcıya devredilmesinin ardından, satıcının satış

²¹⁶ Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO Intro. art. 197-210 N 2; Schönle, Higi, **ZürcherKomm**, OR Art. 197-A N 3; Gauch, **Entreprise**, N 1360; Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 631. Satılanın ayıplı tesliminin kötü ifa sayılıp sayılmadığı yönünde eskiden parça ve çeşit borcu açısından yapılan bir ayırım için bkz. Stanislas, **Résolution**, s. 185.

Ayıplı ifa durumunda bir *yan edim yükümlülüğüne aykırılık* bulunduğu görüşünde bkz. Rona Serozan, “Parça Borcu- Çeşit Borcu; Aşılması Gerekli Bir Ayırım”, **MHAD**, Cilt 3, Sayı 5, 1969 s. 211-238 (Parça Borcu), 231 vd.; Rona Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007 (Dönme), s. 285; Başoğlu, **Aynen İfa**, s. 112, 113, dn. 174.

²¹⁷ Schubiger, **Verhältnis**, s. 6 vd.; Katz, **Sachmängel**, s. 147, 148; Markus Neuenschwander, **Die Schlechterfüllung im Schweizerischen Vertragsrecht**, Verlag Stämpfli & Cie AG, Bern, 1971 (Schlechterfüllung), s. 26, 34; Schönle, Higi, **ZürcherKomm**, OR Art. 197-A N 3; Stanislas, **Résolution**, s. 107; Honsell, **BaslerKomm**, OR Vorbem. Art. 192-210 N 2; Giger, **BernerKomm**, OR Vorbem. zu Art. 197-210 N 17 vd.; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO Intro. art. 197-210 N 2; Gauch, **Entreprise**, N 1360; Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 631; Guggenheim, **Contrats II**, s. 98; Fahrettin Aral, **Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011 (Kötü İfa), s. 114-116; Necip Kocayusufpaşaoğlu, **Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı**, İstanbul Üniversitesi Yayınları No. 1402, Hukuk Fakültesi Yayınları No. 309, Garanti Matbaası, İstanbul, 1968 (Hata), s. 68, dn. 84; Gümüş, **Borçlar Özel**, s. 63; **Yargıtay** HGK, T. 24.5.2017, E. 2017/13-678, K. 2017/963 (kazancı); **Yargıtay** HGK, T. 16.11.2016, E. 2014/13-1401, K. 2016/1060 (kazancı); **Yargıtay** HGK, T. 15.2.2012, E. 2011/19-597, K. 2012/80 (kazancı).

²¹⁸ Schubiger, **Verhältnis**, s. 6 vd.; Katz, **Sachmängel**, s. 147, 148; Neuenschwander, **Schlechterfüllung**, s. 26, 34; Schönle, Higi, **ZürcherKomm**, OR Art. 197-A N 3; Honsell, **BaslerKomm**, OR Vorbem. Art. 192-210 N 2; Giger, **BernerKomm**, OR Vorbem. zu Art. 197-210 N 17 vd.; Stanislas, **Résolution**, s. 107, 108; Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 68, dn. 84; Aral, **Kötü İfa**, s. 114-116; Gümüş, **Borçlar Özel**, s. 63.

²¹⁹ Becker, **BernerKomm**, OR Vorbem. zu Art. 197-210 N 1; Cavin, **Vente**, s. 73, 74; Cavin, **Considérations**, s. 333; Furrer, **Gewährleistung**, s. 34.

sözleşmesinden doğan borcu sona erer. Bu durumda, satıcının borcu yalnızca “*verme (dare)*” olduğu için, satılanın bildirilen yahut dürüstlük kuralı uyarınca beklenen niteliklerinde bir eksiklik bulunması ihtimalinde, ayıbı giderme şeklinde sözleşmesel bir yapma borcu veya satılanı ayıpsız teslim etme gibi bir sonuç taahhüdü altında bulunduğu söylenemez²²⁰. Bu durumda, alıcı satılana mevcut olan nitelik eksikleri sebebiyle, ancak kanunda öngörülmüş olan garanti rejimine başvurabilir. Öte yandan, parça borcu ferdan tayin edildiği için, ayıplı da olsa satış sözleşmesinin yegâne konusunu teşkil eder. Söz konusu “*biricik*” edimin niteliklerinde bir eksiklik bulunması durumunda, satıcının borcunu tam ve eksiksiz bir şekilde ifa etme konusunda bir çeşit imkânsızlık içinde bulunduğu söylenebilir²²¹. Zira, satıcının alıcıya ifa olarak başka bir edim sunma imkânı bulunmamaktadır. Böyle bir hukuki çıkmaza yol açmamak için, alıcının satış sözleşmesinden edinmeyi amaçladığı temel menfaatin, satılanın kendisine salt teslimi olduğu kabul edilmelidir. O halde, satılanın ihtiva ettiği nitelikler satış sözleşmesinin hukuki çerçevesine dâhil olmayacak²²²; ancak, alıcı açısından sözleşmenin akdedilmesine yönelik bir saik teşkil edecektir²²³. Bu sebeple, aliud teslim söz konusu olmadıkça, alıcı, kendisine ifa olarak sunulan satılanı, nitelik eksikleri sebebiyle teslim almaktan kaçınamaz; ancak, satıcının

²²⁰ Bu bakış açısı esasen satıcının özellikle parça satışlarında, genel olarak satılana hiç sahip olmadığı bir niteliği kazandıramayacağı yönündeki mantıksal çıkarıma dayanmaktadır. Bu konuda bkz. Cavin, **Vente**, s. 108. Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO Intro. art. 197-210 N 2.

²²¹ Cavin, **Vente**, s. 108. Cavin, bu durumda 18. yüzyılda yapılmış eski bir binanın üzerinde bulunan ünlü bir mimarın damgasının sahte olması durumunda ev ayıplı bile olsa satıcının, evi teslim etmekten başka çaresi olmadığını belirtmekte ve bu sebeple, ayıbı gidermek yönünde bir çeşit imkânsızlığın bulunduğunu belirtmektedir. Görüldüğü üzere bu yorum kendisini parça satışlarında daha açık bir şekilde göstermektedir. Zira, satış sözleşmesinin konusunun çeşit borcu olması durumunda, CO art. 206 ve TBK m. 227 uyarınca satıcı, satılanın ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesini isteme hakkına sahip olacağı için esasen yukarıda ifade edilen durum söz konusu olmayacaktır. Söz konusu çıkarım, eBK m. 206 f. I’de ifade edilen “*satılan miktarı muayyen misli şeylerden ise alıcı dilerse satılanın ayıptan âri ayıpsız bir misliyle değiştirilmesini dava edebilir.*” hükmü göz önünde bulundurulduğunda daha çok anlam kazanmaktadır. Mehaz İsviçre Borçlar Kanunu’nda bu husus CO art. 206 f. I’de “*miktarı belirli misli şeylerden bir satış söz konusu olduğunda alıcı, aynı çeşitten kabul edilebilir başka bir şeyi (autres choses recevables du même genre) talep etme hakkına sahiptir.*” şeklinde ifade edilmiştir. CO art. 206 al. I hükmünde parça-çeşit borcu ayrımı daha belirgindir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO Intro. art. 197-210 N 2. Kanunun parça-çeşit borcu ayrımına değil, misli-gayri misli eşya ayrımına atıf yaptığı yönünde bkz. Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Cilt I, N 29, dn. 19.

²²² Tekeffül teorisi kapsamında yapılan açıklamalar özellikle parça satışları açısından geçerlidir. Zira, çeşit satışlarında satılanın niteliği TBK m. 86 uyarınca sözleşmenin asıl içeriğine dâhildir. O halde, çeşit satışında, satıcının ortalama niteliklerden düşük bir malı ifa olarak alıcıya sunması durumunda yahut satılanın başkaca (*bildirilen yahut beklenen*) nitelik eksikleri içermesi halinde, borcun kötü ifasından ve sözleşmeye aykırılıktan bahsetmek mümkündür. Bu konuda bkz. Schubiger, **Verhältnis**, s. 6 vd.; Stanislas, **Résolution**, s. 107, dn. 14; Giger, **Berner Komm**, OR Vorbem. zu Art. 197-210 N 14; Neuenschwander, **Schlechterfüllung**, s. 24.

²²³ Bu yöndeki açıklamalar için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 59 vd.; Aral, **Kötü İfa**, s. 114-116.

kanundan doğan garanti sorumluluğuna, yani ayıptan sorumluluk rejimine başvurulabilir.

Temelleri Roma Hukuku'na dayanan *tekeffül teorisi*²²⁴, tarihsel açıdan haklı görülebilirse de, söz konusu bakış açısı, satıcının üstlenmek zorunda olduğu satılanın zilyetlik ve mülkiyetini devir borcunun gerçek doğasını açıklayamamaktadır. Zira, bugün artık satılanın sahip olduğu nitelikler, en az satılanın salt mülkiyetinin devri kadar önemlidir²²⁵. Alıcının satış sözleşmesinden hukuken elde etmeyi umduğu menfaat, satılanın zilyetlik ve mülkiyetinin devri olgusuyla değil; sözleşme uyarınca kendisinin satılarda bulunmasını hukuken beklediği, bildirilen yahut beklenen niteliklerle devri yoluyla gerçekleşebilecektir²²⁶. Diğer taraftan, objektif olarak satılarda bulunması gereken yahut satıcının vadettiği niteliklerde eksiklik bulunması durumunda, ifanın yalnızca teslim indirgenmesi, tamamen şekli bir teslim kavramıyla yetinmek anlamına gelecektir²²⁷. O halde, günümüzde, artık satıcının ayıptan sorumluluğunun en başından beri, borcun ifa edilmemesi ya da sözleşmeye aykırılık rejimi içinde ve onunla bağlantılı olarak değerlendirilmesi gerektiği sonucunda tereddüt edilmemelidir²²⁸. Ayıptan sorumluluğu borca aykırılık kapsamında gören bu bakış açısı, günümüzde modern hukuk metinlerinde de (özellikle CISG'da) kabul edilmektedir²²⁹. Ayıptan sorumluluk rejimine yer vermeyen CISG m. 45 ve devamı hükümlerinde, nitelik eksikliklerini de içine alır

²²⁴ Belirtmemiz gerekir ki, Roma Hukuku'nda genellikle yerinden satışlar söz konusu olduğu için, satıcı yalnızca malı olduğu gibi alıcıya devretmekle yükümlü idi. Bkz. Dunand, Schmidlin, Winiger, **Romain**, s. 90; Salamon Kaniti, **Akdin İfa Edilmediği Def'i**, Ahmet Said Matbaası, İstanbul, 1962 (Def'i), s. 118. Kural olarak ayıplardan sorumlu olmayan satıcı, ancak *mancipatio* esnasında bir nitelik vaadinde bulunursa (*dicta et promissa*) yahut kasten ayıbı gizlemişse sorumlu tutulurdu. Ayıptan sorumluluk kurumu klasik dönemde özellikle bir çeşit belediye görevlisi sayılan *aedilis curulis*'lerin pazarların düzenli bir şekilde işleyişini temin etmek için ortaya koydukları *edictum*'lar ile birlikte gelişmiştir. Bu sebeple, Roma Hukuku'nda satılanın taşıdığı nitelikler satım sözleşmesinin esasına dâhil görülmemiş ve ayrı bir garanti rejimine konu edilmiştir. Bkz. Stanislas, **Résolution**, s. 105; Cavin, **Considérations**, s. 332; Pichonnaz, **Fondements romains**, N 2086-2102; Raynard, Seube, **Contrats**, s. 201; Umur, **Roma Hukuku**, s. 364, 365.

²²⁵ Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO Intro. art. 197-210 N 2; Kaniti, Def'i, s. 118; **Yargıtay** HGK, T. 27.3.2015, E. 2013/19-1696, K. 2015/1109 (kazancı): "...Çünkü satımda alıcının amacı, istediği maksat için kullanabileceği, yararlı bir malın mülkiyetine sahip olmaktadır..."

²²⁶ Aynı yönde bkz. **Yargıtay** HGK, T. 24.5.2017, E. 2017/13-678, K. 2017/963 (kazancı): "...Ayıba karşı tekeffül borcu, satıcının mülkiyeti geçirme borcunun tamamlayıcısıdır. Çünkü satımda alıcının amacı, istediği maksat için kullanabileceği, yararlı bir malın mülkiyetine sahip olmaktadır. Satıcı, malın değerini veya yararını azaltan eksikliklerin bulunmadığını ayrıca garanti etmese bile; bu borç kanunen mevcuttur..."

²²⁷ Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 68, dn. 84.

²²⁸ Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO Intro. art. 197-210 N 2; Schönle, Higi, **ZürcherKomm**, OR Art. 197-A N 3; Giger, **BernerKomm**, OR Art. 205 N 17.

²²⁹ Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO Intro. art. 197-210 N 2, 47-49; Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 633.

şekilde, genel bir sözleşmeye aykırılık kavramı üzerinde durulmaktadır²³⁰. Bu açıdan, Viyana Milletlerarası Mal Satım Hukuku'nda da satılanın ayıplı teslimi, doğrudan doğruya borcun (*gereği gibi*) ifa edilmemesi hali olarak kabul edilmektedir²³¹.

Belirtmek gerekir ki, ayıptan sorumluluk rejimi hukuki temelini satılanın zilyetlik ve mülkiyetini devir borcunda bulsa da, satılanın alıcıya ayıplı olarak teslim edilmesiyle beraber satılanın zilyetlik ve mülkiyetini devir borcu, tamamen bir garanti borcuna (*obligation de garantie*) dönüşmüş olur²³². Böylece alıcının borcun ifasını ve satılanın teslimini talep etmeye yönelik alacak hakkının yerini, teslimle beraber ayıptan sorumlulukta sahip olduğu seçimlik haklar alır ve aynen ifa talebi hukuki temelden yoksun kalır²³³. Dolayısıyla satılanın zilyetlik ve mülkiyetini elde etmiş olan alıcı, satılan her ne kadar ayıplı olsa da, kural olarak borcun gereği gibi ifa edilmediği gerekçesiyle ödemezlik def'ini (TBK m. 97) ileri sürerek satış bedelini ödemekten kaçınamaz²³⁴. Ödemezlik def'i yoluyla satış bedelini ödemekten kaçınmak isteyen alıcının, ayıplı ifayı borcun gereği gibi ifa edilmediği gerekçesiyle reddetmesi gerekmektedir. Bu durumda alacaklı temerrüdüne düşmeyen alıcı, gerek ödemezlik def'ini (TBK m. 97), gerek ise borçlu temerrüdü hükümleri çerçevesinde sahip olduğu hakları (TBK m. 125) satıcıya karşı kullanabilir²³⁵.

Satılanın ayıplı bir şekilde alıcıya tesliminden sonra alıcı, her ne kadar ödemezlik def'ini kural olarak kullanamıyor olsa da, satılanın onarılmasını yahut ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesini isteme seçimlik haklarından birini kullanmışsa,

²³⁰ Öğretide güncel eğilimler, ayıptan doğan garanti sorumluluğu için özel bir rejim öngörmenin gerekmediği şeklinde gelişmektedir. Zira, ayıptan sorumluluk esasen borcun (*gereği gibi*) ifa edilmemesinin bir şeklidir. Sebebi ve etkileri ne olursa olsun, bütün borca aykırılık halleri, aynı sistem başlığı altında düzenlenmeli ve ayıptan sorumluluk hükümleri genel borca aykırılık rejimine entegre edilmelidir. Anglo-Amerikan Hukuk Sistemi'nin önerdiği ve Viyana Milletlerarası Mal Satım Hukuku'nda kabul edilen çözüm de budur. Ayrıntılı bilgi için bkz. Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 633; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO Intro. art. 197-210 N 47.

²³¹ Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 633; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO Intro. art. 197-210 N 47.

²³² Gauch, **Entreprise**, N 1351, 2368; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO Intro. art. 197-210 N 3; **İsvFM**, ATF 100 II 32 = JdT 1975 I 76; **KanM (Valais)**, 21.1.1988, RVJ 1988, s. 344. Söz konusu dönüşümün, ortaya çıkan ayıpların bildirilmesiyle kısım kısım ve art arda değil, teslimle beraber satılanın tamamı için geçerli olacağı yönünde bkz. Gauch, **Entreprise**, N 2368.

²³³ Gauch, **Entreprise**, N 1351; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 206 N 6; **İsvFM**, ATF 100 II 32 = JdT 1975 I 76.

²³⁴ Oser, Schönenberger, **ZürcherKomm**, OR Art. 82 N 8; Becker, **BernerKomm**, OR Art. 82 N 20; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO Intro. art. 197-210 N 3.

²³⁵ Keller, Siehr, **Kaufvertrag**, s. 71; Honsell, **BaslerKomm**, OR Vorbem. Art. 197-210 N 3; Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Cilt I, N 1506; Gümüş, **Borçlar Özel**, s. 63. Ancak, dürüstlük kuralı uyarınca bazı durumlarda alıcı, ayıplı ifayı kabule mecbur olabilir. Bu konuda bkz. Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Cilt I, N 1506, N 1141, dn. 371.

satılanın onarılmasına yahut ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesine kadar, satış bedelini ödemekten kaçınarak, satıcıya karşı ödemezlik def'ini (TBK m. 97) ileri sürebilir²³⁶. Ancak, bu durumda öncelikle alıcının ayıptan sorumluluk kapsamında söz konusu olan alacak haklarının geçerli bir şekilde doğmuş olması gerekir²³⁷. Daha sonra ise, satılanın onarımı veya ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesi seçimlik haklarında²³⁸, seçimlik hakkın kullanılmasıyla beraber satılanı teslim borcu, garanti borcuna dönüşür. Bu durumda, satılanın ayıpsız benzerini teslim etme yahut satılanı onarma borcu ile, satış bedelini ödeme borcu bir “*sinallagma yahut karşılıklılık ilişkisi (rapport d'échange - Austauschverhältnis)*” oluşturur²³⁹. Söz konusu karşılıklılık ilişkisi ise, satıcının en başta üstlendiği teslim borcunda olduğu gibi, ödemezlik def'inin kullanımına cevaz verir. Bu gibi durumlarda, alıcı istisnai olarak

²³⁶ Marius Schraner, **Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch**, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR), Die Erfüllung der Obligationen, Art. 68-96 OR, Band/Nr. V/1e, 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2000 (ZürcherKomm), OR Art. 82 N 137; Robert Simmen, **Die Einrede des nicht erfüllten Vertrags (OR 82)**, unter besonderer Berücksichtigung ihrer Problematik bei den Veräusserungsverträgen, Verlag Stämpfli & Cie AG, Bern, 1981 (Einrede), s. 79 vd.; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO Intro. art. 197-210 N 3; Gauch, **Entreprise**, N 2374; Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 810; Koller, **Nachbesserung**, N 315 vd.; Kaniti, **Def'i**, s. 120-122; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Borçlar Genel**, s. 830, dn. 12; Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Cilt I, N 1102; Serozan, **Borçlar Özel**, s. 742; **İsvFM**, ATF 89 II 235 = JdT 1964 I 248.

²³⁷ Hohl, **CommRomand**, CO art. 82 N 6; Simmen, **Einrede**, s. 86; Kaniti, **Def'i**, s. 121. Ayıptan sorumlulukta söz konusu olan alacak haklarının geçerli bir şekilde doğmuş olması için ayıptan sorumluluğun maddi ve şekli şartlarının gerçekleşmiş olması gerekir. Örneğin ayıp bildiriminde bulunulmamışsa hâkim görüşe göre, alıcı satılanı ayıplarıyla birlikte kabul etmiş sayılacağından, ödemezlik def'i kullanılamayacaktır. Kanımızca, bu durumda ayıp bildiriminde bulunulmamış olsa dahi ödemezlik def'i kullanılabilir; ancak, satıcının ayıp bildiriminde bulunulmadığını ileri sürmesiyle birlikte ayıptan doğan haklar sona ereceğinden, def'i hakkı bu yöndeki beyanın alıcıya ulaşmasıyla birlikte ortadan kalkar ve etkisizleşir. Ayıp bildiriminde bulunulmadığının muhakkak satıcı tarafından ileri sürülmüş olması gerektiği yönündeki görüşlerimiz için bkz. aşağıda B.2/C/3. Aynı görüşte bkz. Spiro, **Begrenzung II**, s. 1135, 1142 vd.; Oktay-Özdemir, **Ayıp**, s. 57, 58; Nomer, **Borçlar Genel**, N 185.7; Bucher, **OR AT**, s. 451, dn. 31.

²³⁸ Hemen belirtelim ki *bedel indrimi* seçimlik hakkının kullanılması durumunda böyle bir ihtiyaçla karşılaşılmaz. Zira alıcı, satış bedelini henüz ödemişse bedel borcu, değiştirici yenilik doğurucu hakkın kullanımıyla ayıp oranında *ipso iure* indirilecek, ödemişse dava veya takip yoluyla indirim tutarını talep ederek, kendisi açısından hukuki koruma sağlayabilecektir. *Sözleşmeden dönme* hakkının kullanılmış olması durumunda, henüz satış bedeli ödenmemişse alıcının satılanı elde tutmaya devam etmesi mümkün değildir. Bu konuda bkz. Gauch, **Entreprise**, N 2290-2295; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 206 N 13, 14. Şayet satış bedeli ödenmişse, sözleşmeden dönülmüş olsa bile kıyasen ödemezlik def'inin (TBK m. 97) karşılıklı iade taleplerine de uygulanması mümkündür. Bkz. Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 208 N 2; Thévenoz, **CommRomand**, CO art. 109 N 12; Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 774; Honsell, **OR BT**, s. 118; Engel, **Contrats**, s. 42; Aral, Ayrancı, **Borçlar Özel**, s. 144; **İsvFM**, ATF 109 II 26 = JdT 1983 I 260; ATF 114 II 152 = JdT 1988 I 523.

²³⁹ Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 206 N 6; Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 810; Gauch, **Entreprise**, N 2368; Kaniti, **Def'i**, s. 120-122; **İsvFM**, ATF 89 II 235 = JdT 1964 I 248; **KanM (Valais)**, 21.1.1988, RVJ 1988, s. 344-347.

ödemezlik def'i (*exceptio non -rite- adimpleti contractus*; *akdin -gereği gibi- ifa edilmediği def'i*)²⁴⁰ aracılığıyla satış bedelini elde tutmaya devam edebilmektedir²⁴¹.

b. Sözleşmesel Tazminat Taleplerine Uygulanacak Zamanaşımı ve Öğretideki Görüşler

Satılanın ayıplı tesliminin her zaman bir borca aykırılık teşkil ettiği düşünülecek olursa, alıcının her zaman TBK m. 112'den doğan satıcının sözleşmesel sorumluluğuna başvurabilmesi gerekir²⁴². Bu durumun kabulü için elbette satıcının satılanı ayıplı olarak teslim etmede *kusurlu* olması, yani ayıbın varlığını bilmesi yahut bilmesi gerekmesine rağmen durumu alıcıya bildirmemiş olması şarttır; yoksa, satılanın tek başına ayıplı olarak alıcıya teslimi, satıcının sorumlu tutulması açısından yeterli değildir²⁴³.

Esasen, TBK m. 112 hükmünde borçlu, borcunu gereği gibi ifa etmediği hallerden, kendi aleyhine konulmuş olan kusur karanesi uyarınca sorumlu tutulmuştur. Öğretide, temerrüt ve imkânsızlık dışında, ayıplı teslim gibi, gereği gibi ifa etmeme hallerini kapsayacak şekilde, kötü ifa kavramının karşılığı olarak, *sözleşmenin müspet ihlali* (*violation positive du contrat - positive Vertragsverletzung*) kavramı da kullanılmaktadır²⁴⁴. Söz konusu kavram, bir taraftan

²⁴⁰ “*Exceptio non -rite- adimpleti contractus*; *akdin -gereği gibi- ifa edilmediği def'i*; *die Einrede des nicht -gehörig- erfüllten Vertrages*” kavramının tarihsel gelişimi ve dayanakları için bkz. Kaniti, **Def'i**, s. 110 vd.; Jean-Marc Schaller, **Einwendungen und Einreden im schweizerischen Schuldrecht**, Dike Verlag AG, Zürich, St. Gallen, 2010 (Einreden), N 438 vd. Ayrıca bkz. Schraner, **ZürcherKomm**, OR Art. 82 N 137.

²⁴¹ Gauch, **Entreprise**, N 2368, 2293; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO Intro. art. 197-210 N 3; Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 810; Koller, **Nachbesserung**, N 309, 315; Simmen, **Einrede**, s. 79 vd.; Kaniti, **Def'i**, s. 120-122; Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Cilt I, N 1102, dn. 328; Serozan, **Borçlar Özel**, s. 742; **İsvFM**, ATF 89 II 235 = JdT 1964 I 248. Detaylı bilgi için bkz. aşağıda B.5/III/C.

²⁴² **Örneğin** bkz. Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO Intro. art. 197-210 N 15; Gümüş, **Borçlar Özel**, s. 64. Karşı görüş için bkz. Cavin, **Vente**, s. 108.

²⁴³ Honsell, **OR BT**, s. 130, 131; Honsell, **BaslerKomm**, OR Vorbem. Art. 197-210 N 6; **İsvFM**, ATF 107 II 161 = JdT 1981 I 582. Şüphe halinde satıcının satılanı kontrol etme yükümlülüğü bulunduğu, aksi halde kusurlu sayılabileceği yönünde bkz. **İsvFM**, 26.11.2010, 4A_472/2010.

²⁴⁴ Gauch, **Entreprise**, N 2325; Schubiger, **Verhältnis**, s. 29 vd.; Honsell, **OR BT**, s. 131; Gauch, Schluep, Schmid, Emmenegger, **OR AT**, N 2619, 2625; Serozan, **Borçlar Genel**, s. 207; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **Borçlar Genel**, N 1221; Aral, **Kötü İfa**, s. 76 vd.; Rona Serozan, “«Culpa in Contrahendo», «Akdin Müsbet İhlali» ve «Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme» Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi”, **MHAD**, Cilt 2, Sayı 3, 1968, s. 108-129, (Müspet İhlal), s. 27 vd.; Eyüp İpek, **Edime Uygun İfa Kuralı ve Bu Kuralın İhlaline Bağlanan Hukukî Sonuçlar**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016 (Edim), s. 260-263. Ayrıca bkz. **İsvFM**, 29.5.2018, 4A_558/2017; 28.11.2006, 4C.180/2005 = SJ 2007 I 461; 29.5.2018, 4A_610/2017: İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre sözleşmenin müspet ihlali, borcun “hiç” ifa edilmemesi halleri dışında, diğer bütün “gereği gibi ifa etmeme” hallerini kapsamaktadır. Bu

ayıptan sorumluluk rejiminin aslında borca aykırılığın bir başka türü olduğunu gözler önüne serse de; diğer taraftan, ayıplı ifa durumunda hangi hükümlerin uygulanacağı sorununu gündeme getirmektedir.

Belirtmek gerekir ki, Alman Hukuku'nda, 1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe giren değişikten önce, hangi durumlarda sözleşmenin müspet ihlali yaptırımını içeren borca aykırılık hükümlerine, hangi durumlarda ayıptan sorumluluk rejimine başvurulacağı konusunda net bir çözüm bulunmamaktaydı²⁴⁵. Ancak, söz konusu değişiklikten sonra “*yüküm ihlali (Pflichtverletzung)*” kavramının BGB § 280 hükmünde düzenlenmesiyle birlikte, her türlü borca aykırılık hali, tek bir başlık altında toplanmış; öte yandan, ayıptan sorumluluğu düzenleyen BGB § 434 ve devamı hükümlerinde ifa engellerine ilişkin genel hükümlere atıf yapılarak, ayıptan sorumluluk ile sözleşmenin müspet ihlali arasındaki kurallar çatışması ve yarışma sorunu aşılmıştır²⁴⁶.

İsviçre-Türk Hukuku'nda ise ayıptan sorumluluk hükümlerinin genel hükümlerle yarışması meselesi, önceden beri önemli tartışmaları ve farklı görüşleri beraberinde getirmiştir. Nitekim, söz konusu tartışmaları nazara alan Türk kanun koyucusu, mehz İsviçre Kanunu'ndan ayrılarak 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu'nun kabulüyle beraber, TBK m. 227 f. II'de alıcının genel hükümlere göre tazminat isteme hakkının saklı olduğunu açıkça belirtmiştir. Kanunun gerekçesinde söz konusu imkânın, diğer seçimlik haklarla birlikte zararın giderilmesini hedef tuttuğu belirtilmişse de²⁴⁷, söz konusu yarışma sorunu, ayıptan sorumluluk

açıdan, satılanın ayıplı teslimi, sözleşmeden doğan asli bir borcun ihlali olarak nitelendirildiği için sözleşmenin müspet ihlali sayılmaktadır. Belirtmek gerekir ki, öğretide söz konusu kavramın yerindeliği ve hangi halleri kapsadığı konusunda öğretide görüş birliği yoktur. Sözleşmenin müspet ihlali kavramı ve bu konudaki eleştiriler için bkz. Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Cilt I, N 1542 vd.; Aral, **Kötü İfa**, s. 92-97; Yavuz, **Ayıp**, s. 229; İpek, **Edim**, s. 263-266; Barış Demirsatan, **Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Sözleşmenin Haksız Olarak Sona Erdirilmesi**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019 (Sona Erme), s. 104 vd. Ayıptan ve zapttan sorumluluk dışında kalan kötü ifa halleri açısından kullanılması gerektiği yönünde bkz. Hatemi, Gökyayla, **Borçlar Genel**, § 26 N 37.

²⁴⁵ Ayıplı ifa halinde, hangi durumlarda sözleşmenin müspet ihlaline, hangi durumlarda ayıptan sorumluluğa başvurulacağı konusunda, Alman öğretisindeki görüşler ve Alman yargı uygulamaları için bkz. Aral, **Kötü İfa**, s. 92-97.

²⁴⁶ 1.1.2002 yılında yürürlüğe giren Alman Medeni Kanunu değişikliği konusunda detaylı bilgi için bkz. Serozan, **Borçlar Genel**, s. 208; Serozan, **İfa Engelleri**, s. 246, 247; Aral, **Kötü İfa**, s. 98.

²⁴⁷ Bkz. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Madde Gerekçeleri, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/499) m. 228: “...Tasarının 226 ncı maddesinin ikinci fıkrasında, 818 sayılı Borçlar Kanununda açıkça düzenlenmemiş olmakla birlikte, öğreti ve uygulamada da kabul edildiği gibi, alıcının hangi seçimlik hakkı kullanmış olursa olsun, ayrıca satılanın ayıplı tesliminden dolayı uğradığı zararlar için genel hükümlere göre tazminat isteme hakkının saklı tutulduğu belirtilmektedir...”. Belirtmek gerekir ki, gerekçeden açıkça tam yarışma esasının

hükümlerine hiç başvurulmaksızın, doğrudan TBK m. 112 uyarınca tazminat talep edilmesi durumunda da karşımıza çıkmaktadır. Ayıptan sorumluluk hükümlerinin TBK m. 112’de düzenlenen genel sözleşmesel sorumluluk hükümleriyle yarışması meselesi, TBK m. 231’de düzenlenen ayıptan sorumlulukta zamanaşımı hükümlerinin TBK m. 112 uyarınca ileri sürülen tazminat taleplerine uygulanıp uygulanmayacağı sorununun çözümü açısından oldukça önemlidir. Özellikle alıcının kısa zamanaşımı süresini kaçırıldığı hallerde söz konusu tartışma ayrı bir önem arz etmektedir.

Belirtmek gerekir ki, mevcut kanuni düzenleme karşısında Türk Hukuku açısından artık hukuki değerini yitirmiş olsa da, halen İsviçre Hukuku’nda oldukça yoğun bir şekilde savunulan bir görüşe göre, seçenekli (*alternatif*) talepler yarışması²⁴⁸ köktenci bir yaklaşımla tamamen reddedilmelidir²⁴⁹. Seçenekli yarışmayı mümkün görmeyen bu görüşe göre, yalnızca ayıptan sorumluluk hükümleri tatbik edileceğinden, bir *inhisari uygulama* söz konusu olacaktır. Bu sebeple, söz konusu görüş “*dışlama görüşü*” şeklinde de adlandırılmaktadır²⁵⁰. Bu görüşe göre, satılanın ayıplı teslimi özel ve istisnai bir borca aykırılık teşkil eder. Bu sebeple, TBK m. 219 ve devamında düzenlenen ayıptan sorumluluk rejimi, TBK m. 112’de düzenlenen ve borcun hiç veya gereği ifa edilmemesinden doğan genel sözleşmesel sorumluluk rejimine nazaran, özel hüküm olma özelliği taşır. “*Lex specialis derogat legi generali*” kuralı uyarınca ayıptan sorumluluk hükümleri, genel sözleşmesel sorumluluk hükümlerini dışlar ve bu durumda hakların yarışmasından bahsetmek mümkün olmaz²⁵¹. Bu görüşe göre, satılanın ayıplı tesliminde genel hükümler uyarınca tazminat talep etmek mümkün olmadığından, uygulanacak olan zamanaşımı her zaman TBK m. 231 uyarınca belirlenecektir. Söz konusu çözüm yolu, İsviçre Federal Mahkemesi tarafından eser sözleşmesinde ayıptan sorumluluk

benimsendiği anlaşılmamaktadır. Zira, uygulamada kabul edilen yarışma, aşağıda açıklandığı üzere sınırlı yarışma görüşüdür.

²⁴⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Serozan, **Medeni Hukuk**, N 60 vd.

²⁴⁹ Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO Intro. art. 197-210 N 17; Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 645; Gauch, Schluep, Schmid, Emmenegger, **OR AT**, N 2574; Guhl, Koller, **Obligationenrecht**, § 42 N 62; Honsell, **OR BT**, s. 131; Honsell, **BaslerKomm**, OR Vorbem. Art. 197-210 N 6; Cavin, **Vente**, s. 108. Aynı görüşte bkz. Hatemi, Gökyayla, **Borçlar Genel**, § 26 N 9.

²⁵⁰ Söz konusu kavram için bkz. Serozan, **Medeni Hukuk**, s. 180, 181.

²⁵¹ Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO Intro. art. 197-210 N 17; Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 645.

için de benimsenmekte²⁵² ve Yüksek Mahkeme, eserin ayıplı olması durumunda genel hükümler uyarınca tazminat talep etmenin mümkün olmadığını ifade etmektedir. Zira, CO art. 368'te, eBK m. 360'ta olduğu gibi, yüklenicinin kusuru bulunması durumunda iş sahibinin tazminat isteyebileceği açıkça belirtilmiştir. Federal Mahkeme'ye göre iş sahibinin seçimlik haklarının düzenlendiği CO art. 368 ve eBK m. 360 hükmünde²⁵³ “*eser ayıplıysa ya da iş sahibinin kullanmayacağı veya kabule zorlanamayacağı derecede sözleşmeye aykırıysa*” şeklindeki ifade, eserin ayıplı teslimi ile birlikte diğer sözleşmeye aykırılık hallerini birleştirerek, ayıplı ifa halleri dışındaki diğer sözleşmeye aykırılık hallerini de hükmün içine almakta; böylece, genel hükümlerin tamamen önüne geçen özel bir hüküm olma özelliği taşımaktadır²⁵⁴. Belirtmek gerekir ki, yeni Türk Borçlar Kanunu, satış sözleşmesinde olduğu gibi TBK m. 475'te de mehzaz kanundan ayrılmış ve iş sahibinin tazminat talepleri için genel hükümlere atıf yaparak, muhtemel tereddütleri ortadan kaldırmıştır.

İsviçre Federal Mahkemesi²⁵⁵, Yargıtay²⁵⁶ ve İsviçre öğretisinde çoğunluk tarafından savunulan diğer görüşe²⁵⁷ göre ise, genel borca aykırılık rejimi ile satış

²⁵² İsvFM, ATF 100 II 30 = JdT 1975 I 73; ATF 117 II 550 = JdT 1993 I 136. Ayrıca bkz. Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 645 ve 3759; Guhl, Koller, **Obligationenrecht**, § 42 N 62.

²⁵³ eBK m. 360 açısından, genel hükümlerin uygulama alanı bulunmadığı yönünde bkz. Nomer, **Borçlar Genel**, N 185.14. Eser sözleşmesi açısından ayrıca bkz. Hüseyin Acun, **Eser Sözleşmesinde Ayıptan Sorumluluk Hükümleri ile Borçlar Kanunu Genel Hükümlerin Yarışması**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018 (Yarışma), s. 78 vd.

²⁵⁴ İsvFM, ATF 100 II 30 = JdT 1975 I 73. Aynı yönde bkz. Pierre Tercier, **Introduction du droit privé de la construction**, Éditions Universitaires Fribourg Suisse, Fribourg, 1994 (Construction), N 801 vd.

²⁵⁵ İsvFM, ATF 133 III 335 = JdT 2010 I 223; ATF 114 II 134 = JdT 1988 I 509; ATF 107 II 161 = JdT 1981 I 582; ATF 107 II 419 = JdT 1982 I 380; ATF 82 II 411 = JdT 1957 I 182; ATF 63 II 401 = JdT 1938 I 306.

²⁵⁶ Yargıtay pek çok kararında, ayıplı ifa neticesinde alıcının talep ettiği tazminat taleplerini, genel hükümler açısından herhangi bir inceleme yapmaksızın veya bu yönde bir tartışmaya yer vermeksizin, alıcının ayıp bildiriminde bulunmamış veya davayı ayıptan doğan zamanaşımı süresi içinde açmamış olması sebebiyle reddetmektedir. Bu yöndeki kararlar için bkz. **Yargıtay** 13. HD, T. 26.9.2018, E. 2016/17339, K. 2018/8335 (kazancı); **Yargıtay** 13. HD, T. 7.5.2018, E. 2015/36026, K. 2018/5303 (kazancı); **Yargıtay** 19. HD, T. 1.3.2018, E. 2016/15925, K. 2018/1064 (kazancı); **Yargıtay** 11. HD, T. 18.1.1980, E. 1980/112, K. 1980/152 (kazancı); **Yargıtay** 19. HD, T. 19.4.2011, E. 2010/8964, K. 2011/5194 (kazancı); **Yargıtay** 13. HD, T. 19.3.1992, E. 1992/384, K. 1992/2617 (kazancı): “...Bazen bir olay içerisinde ayıba karşı tekeffülün maddi koşullarıyla, akdın gereği gibi ifa edilmemesinin (BK. m. 96) koşulları aynı zamanda gerçekleşmiş olabilir. İşte bu hallerde davacı Borçlar Kanununun 202. maddesinde düzenlenen satıcının ayıba karşı tekeffül borcu hükümlerine dayanan semenin indirilmesi davası açabileceği gibi şartları varsa borcun gereği gibi ifa edilmemesinden dolayı Borçlar Kanununun 96. maddesi uyarınca uğradığı zararın tazminine ilişkin bir dava da açabilir. Hemen belirtelim ki az yukarıda açıklanan gereği gibi ifa edilmeme dolayısıyla tazminat davasında da ayıba ilişkin muayene ve ihbar yükümlülükleriyle ayıbın tabi olduğu zamanaşımı hükümlerinin (BK. m. 207, 215/3) uygulanması gözardı edilmeyecektir...”

sözleşmesinde ayıptan sorumluluk rejiminin yarışması mümkündür. Ancak, bu görüşe göre, TBK m. 112 uyarınca tazminat talep edecek olan alıcının, ayıptan sorumluluk için gereken şartlara uyması, yani gözden geçirme ve bildirim külfetlerini yerine getirerek TBK m. 231 (CO art. 210) hükmünde düzenlenen kısa zamanaşımı süresi içinde talebini ileri sürmesi gerekmektedir²⁵⁸. Genel borca aykırılık rejimi uyarınca tazminat talep etmek için getirilmiş söz konusu kayıtlar, hakların yarışmasının uygulama alanını oldukça daralttığı için bu görüş, “*sınırlı yarışma görüşü (beschränkte Alternativität)*” olarak anılmaktadır²⁵⁹. Federal Mahkeme’ye göre, genel hükümler uyarınca tazminat talep etmek için, ayıptan sorumluluğun özel şartlarının aranmaması, kanun koyucunun özel olarak düzenlediği ayıptan sorumluluk rejimini sadece görünürde var olan, aldatıcı bir hale getirir ve ayıptan sorumlulukta çeşitli külfetler ile kısa zamanaşımı süresi öngören kanun hükümlerini arkadan dolanmak anlamını taşır. Diğer taraftan, Federal Mahkeme’ye göre ayıptan sorumlulukta öngörülmüş olan kısa zamanaşımı süresi, sadece taraf menfaatlerinin

Tüketici hukuku açısından: **Yargıtay** 13. HD, T. 19.11.2018, E. 2016/23942, K. 2018/10805 (kazancı); **Yargıtay** 13. HD, T. 8.10.2018, E. 2018/3833, K. 2018/9108 (kazancı); **Yargıtay** HGK, T. 2.10.2018, E. 2017/13-528, K. 2018/1387 (kazancı); **Yargıtay** 13. HD, T. 14.2.2018, E. 2016/16216, K. 2018/1737 (kazancı).

Eser sözleşmesi açısından: **Yargıtay** 13. HD, T. 31.10.2018, E. 2018/1263, K. 2018/4162 (kazancı); **Yargıtay** 15. HD, T. 17.1.2019, E. 2018/4654, K. 2019/228 (kazancı); **Yargıtay** HGK, T. 8.10.2003, E. 2003/15-474, K. 2003/545 (kazancı).

²⁵⁷ Becker, **BernerKomm**, OR Art. 201 N 27; Capitaine, **Prescription**, s. 105; Schönle, Higi, **ZürcherKomm**, OR Art. 197 N 19a; Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 127 N 27; Bucher, **OR BT**, s. 95, 107; Furrer, **Gewährleistung**, s. 35; Müller-Chen, **CHK**, OR Art. 210 N 2; Berger, **OR AT**, N 1745; Schubiger, **Verhältnis**, s. 35; Neuenschwander, **Schlechterfüllung**, s. 88; Katz, **Sachmängel**, s. 149; Stanislas, **Résolution**, s. 158, 187; Ginter, **Verhältnis**, s. 95 vd.; Müller, Mader, **Contrats**, N 227, 228; Venturi, **Réduction**, N 1258; Rüegg, **Grundstückkauf**, s. 258; Krauskopf, **neue Regeln**, s. 91, 92; Bettems, **Garantie**, s. 95; Mario M. Pedrazzini, **Traité de droit privé suisse**, Volume VII, Tome I/3 : le contrat d’entreprise, le contrat d’édition, le contrat de licence, (traduit par Michel Sudan), Éditions Universitaires de Fribourg Suisse, Fribourg, 1985 (Entreprise), s. 26, 27; Pascal Pichonnaz, Franz Werro, “La jurisprudence mise en lumière”, **La pratique contractuelle: actualité et perspectives**, Symposium en droit des contrats, Schulthess Éditions Romandes, Fribourg, 2009, s. 153-179 (Jurisprudence), s. 155; Gilles Benedick, Markus Vischer, “Vertragliche Modifikation der Verjährungsregeln im Gewährleistungsrecht beim Unternehmenskauf”, **Jusletter**, 4. September 2006 (Verjährungsregeln), N 53.

Türk Hukuku’nda aynı görüşte bkz. Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Cilt I, N 1453, dn. 335, N 1546, dn. 475; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 92.

²⁵⁸ İsviçre Federal Mahkemesi’nin söz konusu görüşü, eser sözleşmesinde genel hükümlerle sınırlı da olsa seçimlik yarışmayı kabul etmeyen içtihadıyla çelişki arz ettiği için İsviçre öğretisinde oldukça eleştirmekte ve hangi hukuki gerekçelerle Yüksek Mahkeme’nin burada genel hükümlerle seçimlik yarışmayı kabul ettiğinin anlaşılamadığı ifade edilmektedir. Söz konusu eleştiriler için bkz. Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO Intro. art. 197-210 N 17; Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 645; Gauch, **Entreprise**, N 2327, 2328; Guhl, Koller, **Obligationenrecht**, § 42 N 62. Kanımızca, CO art. 368 hükmünün yukarıda yer verdiğimiz ilgili düzenlemeleri nazara alındığında, Federal Mahkeme’nin satış sözleşmesi açısından ilgili içtihadının çelişki arz etmediğinin kabulü gerekmektedir. Uyum içinde olduğu görüşünde bkz. **İsvFM**, ATF 133 III 335 = JdT 2010 I 223.

²⁵⁹ “Özellikli Yarışma Görüşü” olarak da ifade edildiği yönünde: Gümüş, **Borçlar Özel**, s. 66.

dengelenmesini amaçlamamakta, aynı zamanda satılanın tesliminden sonra mevcut durumun bir an evvel açıklığa kavuşturulmasını, işlem güvenliği menfaatinin sağlanmasını ve ispat yükünün kolaylaştırılmasını da hedeflemektedir²⁶⁰. Genel hükümler uyarınca ileri sürülen tazminat taleplerine on yıllık uzun zamanaşımı süresinin uygulanması durumunda, CO art. 210 ile hedeflenen işlem güvenliğinin korunması amacına aykırı bir sonuç yaratılmış olacaktır. Söz konusu düzenlemenin amacı gözetilerek, CO art. 210 hükmünün satılanın ayıplı tesliminden kaynaklanan bütün sözleşmesel taleplere uygulanacak öncelikli ve özel bir norm olduğu kabul edilmelidir. Öte yandan, yine bu görüş uyarınca, ayıbın derhal satıcıya bildirilmemesi halinde, satılanın ayıplarıyla birlikte kabul edilmiş sayılacağını öngören CO art. 201 (TBK m. 223) hükmü de, kısa zamanaşımı süresinin genel hükümler uyarınca ileri sürülen tazminat taleplerine uygulanması gerektiği sonucunu doğrulamaktadır. Zira, bildirim külfetini zamanında yerine getirmeyen alıcı, kendisi aleyhine bir kabul faraziyesi (*présomption irréfragable d'acceptation, fiction d'acceptation - Genehmigungsfiktion*) meydana getirmekte ve böylece satılanı ayıplı olarak kabul etmiş sayılarak, ayıptan doğan haklarını satıcıya karşı kullanma imkânını yitirmektedir²⁶¹. Başka bir açıdan bakılacak olursa, bildirim külfetini yerine getirmeyerek sessiz kalan alıcı, satılanın edime uygun ifa teşkil ettiğini belirterek, satıcıyı garanti sorumluluğundan kurtarmaktadır²⁶².

Son olarak, Türk öğretisinde çoğunluk tarafından savunulan bir görüşe göre²⁶³ alıcı, ayıplı ifa sebebiyle uğradığı zararın tazminini ayıptan sorumluluk için

²⁶⁰ İsvFM, ATF 133 III 335 = JdT 2010 I 223; ATF 78 II 367 = JdT 1953 I 273; ATF 102 II 97 = JdT 1977 I 62; ATF 58 II 207; ATF 63 II 401.

²⁶¹ Bieger, *Mängelrüge*, s. 122 vd.; Gauch, *Entreprise*, N 2189; Venturi, Zen-Ruffinen, *CommRomand*, CO art. 201 N 1, 18; Pedrazzini, *Dissimulation*, N 882, 891; Guggenheim, *Contrats II*, s. 290; Keller, Siehr, *Kaufvertrag*, s. 86; Wyss, *Péremption*, s. 15; Müller, Mader, *Contrats*, N 273; Benedick, Vischer, *Verjährungsregeln*, N 7; Bähler, *Verhältnis*, s. 153; Öz, *Dönme*, s. 112; Kaniti, *Def'i*, s. 11; Makaracı Başak, *TBK m. 225/II*, s. 1922; İsvFM, ATF 133 III 335 = JdT 2010 I 223; ATF 113 II 174 = JdT 1987 I 481; İsvFM, 24.6.2005, 4C.43/2005; *Yargıtay* 13. HD, T. 7.5.2018, E. 2015/36026, K. 2018/5303 (kazancı): "...Bu konuda 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 198/2 maddesinde ifade edildiği gibi ayıp ihbarının yapılmaması, tarafın ifa konusu mal ya da hizmeti bulunduğu hal üzere kabul ettiği sonucunu doğuracak ve bu yönde gerçekleşen varsayımın aksi, hiçbir suretle kanıtlanamayacaktır..."

²⁶² Gauch, *Entreprise*, N 2189.

²⁶³ Kocayusufpaşaoğlu, *Hata*, s. 82; Yavuz, *Ayıp*, s. 232; Serozan, *Borçlar Özel*, N 667, 668; Eren, *Borçlar Özel*, N 378, 470; Serozan, *Borçlar Özel*, N 668; Nomer, *Borçlar Genel*, N 185.13; Aral, *Kötü İfa*, s. 193; Gümüş, *Borçlar Özel*, s. 65, 66; Zevkliler, Gökyayla, *Borçlar Özel*, s. 140; Atamer, *Taşınır Satımı*, s. 213; Şahiniz, *Ayıp*, s. 198; M. Turgut Öz, "Yeni Borçlar Kanununda Satım ve Eser Sözleşmesi Bakımından Ayıba Karşı Tekeffül Düzenlemesindeki Değişiklikler", *Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2013, s. 854-874 (Değişiklikler), s. 864; Makaracı Başak, *TBK m. 225/II*, s. 1920, dn. 20; Ahmet M. Kılıçoğlu,

öngörölmüş olan şartlara uymaksızın, genel borca aykırılık rejimi çerçevesinde talep edebilir. Bu görüşü savunan yazarlara göre, alıcı gözden geçirme ve bildirim külfetlerini yerine getirmemiş veya TBK m. 231 hükmünde öngörölen kısa zamanaşımı süresini geçirmiş olsa dahi genel hükümler uyarınca uğradığı zararın tazminini satıcıdan isteyebilir²⁶⁴. Söz konusu görüş, TBK m. 112 uyarınca ileri sürölen tazminat taleplerini ayıptan sorumluluk için öngörölmüş olan şartlara tabi kılmadığı için “*sınırsız veya tam yarışma görüşü (unbeschränkte Alternativität)*” olarak anılmaktadır. Bu görüşü savunan yazarlara göre, TBK m. 112 uyarınca ileri sürölen tazminat taleplerinin kısa zamanaşımı sürelerine veya gözden geçirme ve bildirim külfetlerine tabi olmaması kanunu dolanmak anlamına gelmemektedir. Örneğin, Serozan’a göre²⁶⁵ “*engelsiz kulvarda koşan kusurlu sorumluluk hamamında terlerken, engelli kulvarda koşan kusursuz sorumluluk havuzunda serinler*”. Temelde kusursuz sorumluluğa dayanan ve pek çok elverişli imkân sunan ayıptan sorumluluk hükümlerine başvurmak isteyen alıcı, kısa zamanaşımı süresi ile gözden geçirme ve bildirim külfetlerine uymak zorundayken; herhangi bir ek sınırlamanın söz konusu olmadığı genel hükümler uyarınca tazminat isteyen alıcı, borçlunun kusursuzluğunu ispatlayarak sorumluluktan kurtulması tehlikesiyle karşılaşacaktır. O halde, bu görüşe göre, ayıptan sorumluluk rejimi ile borca aykırılık rejiminin zorlukları ve alıcıya sağladığı imkânlar nazara alınarak bir karşılaştırma yapıldığında, nimet-külfet denklemi ekseninde iki kurumun birbirini dengeledikleri söylenebilir²⁶⁶. Bu açıdan, kısa zamanaşımı süresi ile gözden geçirme ve bildirim külfetleri alıcıya sağlanan ek imkânlar karşılığında satıcı lehine getirilmiş düzenlemeler olup, bu hükümlerin

Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019 (Borçlar Özel), s. 99, 100; Kahveci, **Dönme**, s. 61; Aydoğdu, Kahveci, **Borçlar Özel**, s. 139; Belverenli, **Ayıp**, s. 163.

İsviçre öğretisinde bu görüşte bkz. Oser, Schönenberger, **ZürcherKomm**, OR Art. 197 N 6; Giger, **BernerKomm**, OR Vorbem. zu Art. 197-210 N 26. Krş. Keller, Siehr, **Kaufrecht**, s. 106, 107.

Belirtmek gerekir ki, bu görüşü savunan yazarlardan Keller ve Siehr’e göre adi satışlarda alıcının genel hükümler uyarınca ileri sürdüğü tazminat taleplerine, ayıptan sorumlulukta aranan gözden geçirme ve bildirim külfetlerine uyulması ve talebin kısa zamanaşımı süresi içinde ileri sürölmesi şartları aranmamalıdır. Zira, adi satışlarda bu şartların aranması, alıcının menfaatlerini aşırı şekilde zedelediği için, söz konusu özel şartlar yalnızca ticari satışlar açısından uygulanmalıdır. Bkz. Keller, Siehr, **Kaufrecht**, s. 106.

²⁶⁴ Yavuz, **Ayıp**, s. 232; Serozan, **Borçlar Özel**, N 667, 668; Eren, **Borçlar Özel**, N 378, 470; Nomer, **Borçlar Genel**, N 185.13; Keller, Siehr, **Kaufrecht**, s. 106; Giger, **BernerKomm**, OR Vorbem. zu Art. 197-210 N 26; Aral, **Kötü İfa**, s. 193; Zevkliler, Gökyayla, **Borçlar Özel**, s. 140; Gümüş, **Borçlar Özel**, s. 115; Şahiniz, **Ayıp**, s. 198.

²⁶⁵ Serozan, **Borçlar Özel**, N 668.

²⁶⁶ Serozan, **Borçlar Özel**, N 668. Aynı yönde: Aral, **Kötü İfa**, s. 193; Zevkliler, Gökyayla, **Borçlar Özel**, s. 140; Keller, Siehr, **Kaufrecht**, s. 106; Giger, **BernerKomm**, OR Vorbem. zu Art. 197-210 N 26 vd.

getiriliş amacı alıcının genel hükümler uyarınca sahip olduğu imkânları sınırlandırmak değildir²⁶⁷.

Bu görüşe göre, sınırlı yarışma görüşü çerçevesinde ileri sürülen satılanın ayıplı tesliminin akabinde hukuki durumun bir an evvel açıklığa kavuşturulması gereği ile ispat yükünün kolaylaştırılması gerekçeleri ise tatmin edici değildir. Zira, TBK m. 112 (CO art. 97) uyarınca ileri sürülen tazminat taleplerinde satılanın ayıplı tesliminin ispatı, yine alıcı üzerinde olup, bu husus ispat edilse dahi satıcı, her ne kadar uzun zamanaşımı süresi tehdidinde maruz kalsa da, kusursuzluğunu ispat ederek sorumluluktan kurtulma imkânına sahiptir²⁶⁸.

Esasen ayıptan doğan seçimlik hakları düzenleyen CO art. 205 ve m. 206'da ve eBK m. 202 ve m. 203'te alıcının genel borca aykırılık hükümlerine göre tazminat talep edebilmesine yönelik herhangi bir düzenleme getirilmemiştir. Ancak, TBK m. 227 f. II'de kanun koyucu mehzaz kanundan ayrılarak, alıcının genel hükümlere göre tazminat isteme hakkının saklı olduğunu açıkça ifade etmiştir. Kanunun gerekçesinde ise, alıcının ayıptan sorumlulukta söz konusu olan seçimlik haklarla birlikte genel hükümler uyarınca zararın tazminini isteyebileceği; nitekim, bu hususun eski Borçlar Kanunu döneminde öğreti ve uygulamada da kabul edildiği belirtilmiştir²⁶⁹. Uygulamada sınırlı yarışma görüşün kabul edildiği ve ayıptan sorumlulukta öngörülen şartların genel hükümler açısından da arandığı göz önünde bulundurulursa, gerekçede herhangi bir görüşe ağırlık verilmediği anlaşılabacaktır. Öte yandan, 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu'nda alıcının tazminat talebinin "*genel hükümlere göre*" isteneceğinin öngörülmesi, öğretide pek çok yazar tarafından²⁷⁰ kanunun yürürlüğe girmesinden itibaren, artık yer verdiğimiz söz konusu tartışmaya gerek kalmadığı ve kanun koyucunun tazminat talebini, yalnızca genel hükümlerde öngörülen şartlara tabi kıldığı şeklinde yorumlanmıştır.

²⁶⁷ Zevkliler, Gökyayla, **Borçlar Özel**, s. 140, 141; Serozan, **Borçlar Özel**, N 668; Keller, Siehr, **Kaufrecht**, s. 106; Aral, **Kötü İfa**, s. 193; Gümüş, **Borçlar Özel**, s. 65; Giger, **Berner Komm**, OR Vorbem. zu Art. 197-210 N 26 vd.

²⁶⁸ Keller, Siehr, **Kaufrecht**, s. 106, 107.

²⁶⁹ Bkz. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Madde Gerekçeleri, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu.

²⁷⁰ Eren, **Borçlar Özel**, N 470; Gümüş, **Borçlar Özel**, s. 66, 95; Öz, **Değişiklikler**, s. 863, 864; Nomer, **Borçlar Genel**, N 185.13; Zevkliler, Gökyayla, **Borçlar Özel**, s. 140, 141; Atamer, **Taşınır Satımı**, s. 213; O. Gökhan Antalya, Murat Topuz, **Marmara Hukuk Yorumu, Cilt I, Medeni Hukuk (Giriş-Kavramlar-Başlangıç Hükümleri)**, 3. Bası, Ankara, 2019 (Medeni Hukuk), N 2078. *Eser sözleşmesi* açısından aynı görüşte bkz. Acun, **Yarışma**, s. 81. Aksi görüşte bkz. Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Cilt I, N 1546, dn. 475.

c. Değerlendirme

i. Görüşler Açısından

Kanımızca, genel borca aykırılık rejimi ile ayıptan sorumluluk rejimi arasında bir özel-genel hüküm ilişkisi bulunmaktadır. Çünkü yukarıda ifade edildiği üzere, satılanın alıcıya ayıplı teslimi her zaman bir borca aykırılık teşkil eder. Dolayısıyla ayıplı ifa, borcun gereği gibi ifa edilmemesinin farklı bir görünüm biçiminden başka bir şey değildir²⁷¹. Zira, özel-genel hüküm ilişkisi iki hukuk normunun maddi unsurları -kendisine sonuç bağlanan hukuki şartları- arasında mevcut olan bir orantıdan ibarettir²⁷². Satılanın ayıplı teslimine hukuki sonuç bağlayan TBK m. 219 vd. hükümlerinde öngörülen ayıptan sorumluluğun maddi şartları, aynı zamanda TBK m. 112 uyarınca borcun gereği gibi ifa edilmemesi sonucunu da karşıladığı için ayıptan sorumluluk hükümleri genel borca aykırılık rejimi yanında özel hükümdür²⁷³.

Öte yandan, hukukumuzda özel hükmün her zaman genel hükmü bertaraf ettiği, onun önüne geçerek öncelikli uygulanma imkânı bulduğu şeklinde yerleşmiş ve bağlayıcı bir hukuk kuralı bulunmamaktadır²⁷⁴. Özel hükmün genel hükmü dışlaması, kanun koyucunun özel bir hüküm ihdas ederken, artık söz konusu özel hükmün kapsamına giren hallerin tamamına münhasıran özel hükmün uygulanmasını öngördüğü durumlarda söz konusu olabilir²⁷⁵. Bu husus kanunda açıkça ifade edilmemişse *in hisari (exclusif)* uygulama, özel hükmün *ratio legis* yorumu ve *amaç (telos)* araştırması sonucunda ortaya çıkarılabilir²⁷⁶. Kanun koyucunun satın aldığı malın ayıplı olduğunu fark eden alıcıya, oldukça katı maddi ve şekli şartlar neticesinde ek bazı hukuki imkânlar tanınmasındaki amaç, satıcının genel hükümler uyarınca tabi olduğu sorumluluk rejimini sınırlandırmak değildir. Her ne kadar ayıptan sorumluluk, kusursuz sorumluluk esasına dayanan oldukça elverişli hukuki neticeler sunsa da, çerçevesi iki yılla ve hak düşürücü mahiyette külfetlerle

²⁷¹ Bkz. yukarıda B.2/II/B/1/a.

²⁷² Tahir Çağa, “Özel Hüküm Genel Hükmü Daima Bertaraf Eder Mi?”, *TBB Dergisi*, 1991/3, Ankara, s. 366-375 (Özel-Genel Hüküm), s. 372 vd. Aynı yönde bkz. Kaniti, *Def'i*, s. 120, 121.

²⁷³ Kaniti, *Def'i*, s. 120; Çağa, *Özel-Genel Hüküm*, s. 372, 373.

²⁷⁴ Bu yanlış kanının “*lex specialis derogat legi generali*” olarak ifade edilen hukuki değişim bağlayıcı ve pozitif bir hukuk kuralı zannedilmesinden kaynaklandığı görüşünde bkz. Çağa, *Özel-Genel Hüküm*, s. 371. Aynı yönde bkz. Serozan, *Yöntem*, s. 147-149.

²⁷⁵ Kaniti, *Def'i*, s. 120; Çağa, *Özel-Genel Hüküm*, s. 373, 374.

²⁷⁶ Serozan, *Yöntem*, s. 147-149; Serozan, *Medeni Hukuk*, s. 180-182; Çağa, *Özel-Genel Hüküm*, s. 373, 374.

sınırlandırılmış²⁷⁷ bir sorumluluk rejimi olduğu için, inhisari uygulama yani dışlama kabul edilirse satıcının sorumluluğu, garanti ettiği zarar kalemleri açısından olmasa da, uygulama alanı açısından oldukça sınırlandırılmış olur. Oysa, kanun koyucunun amacı, alıcıya bazı ağır şartlar altında başvurabileceği bir hukuki yol daha yaratmak ve satıcının ticari hayatta üstlendiği risk alanını genişletmektir²⁷⁸. Alıcının, satılanın esasına etki etmeyen herhangi bir yan edim yükümlülüğü ihlalinde genel borca aykırılık rejimine başvurabilmesine rağmen²⁷⁹, satılanın bütün elverişliliğini ortadan kaldıran nitelik eksikliği sebebiyle genel hükümlere başvuramaması dengesiz bir sorumluluk rejimi meydana getirir. Bu sebeple, ayıptan sorumluluk rejiminin her ne kadar genel borca aykırılık rejimine göre, özel hüküm olduğu kabul edilse dahi, genel hükmün önüne geçerek onun uygulama alanını ortadan kaldırdığı söylenemez²⁸⁰.

İkinci olarak, alternatif talepler yarışmasının kabul edilmesine rağmen, ayıptan sorumluluk için öngörülen kısa zamanaşımı süreleri ile gözden geçirme ve bildirim külfetlerini genel sorumluluk rejimi açısından uygulamak da mantıklı bir yorum şekli olarak kabul edilemez. Zira, bu şekilde iki farklı hukuk normu, kanun koyucunun öngörmediği şekilde bir araya getirilerek ayıplı ifa neticesinde ileri sürülecek bir “*karma talep (action mixte)*” yaratılmaktadır²⁸¹. Ortaya çıkarılan söz konusu karma talep ise, menfaatler dengesine uygun olmadığı gibi, aynı ağır şartlara tabi olduğu için pratikte alıcı ve satıcı açısından bir değişiklik meydana getirmeyecektir²⁸². Zira, gözden geçirme ve bildirim külfetlerini yerine getirmiş olan alıcının ayıptan sorumluluk çerçevesinde kullandığı seçimlik hak ile beraber kısa zamanaşımı süresi içinde ayrıca uğradığı zararları talep edebileceği konusunda

²⁷⁷ Söz konusu külfetlerin bir hak düşürücü (*péremption, déchéance*) mahiyette olduğu yönünde: Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 201 N 1, 18; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **Borçlar Genel**, N 1552; **İsvFM**, 24.6.2005, 4C.43/2005; ATF 113 II 174 = JdT 1987 I 481; **Yargıtay** 13. HD, T. 10.12.2002, E. 2002/10673, K. 2002/13269 (kazancı).

²⁷⁸ Kanun koyucunun bir garanti sorumluluğu ihdas etmesi, İsviçre öğreti ve uygulamasında “*satıcının ne sattığını bilmesi gerektiği*” şeklinde gerekçelendirilmektedir. Bkz. Stanislas, **Résolution**, s. 140; **İsvFM**, ATF 79 II 376.

²⁷⁹ Akdın müspet ihlali sayılan yan edim yükümlülüklerinin genel sözleşmesel sorumluluk hükümlerine tabi olduğu hakkında bkz. Honsell, **OR BT**, s. 132.

²⁸⁰ Ayıptan sorumluluk ile genel hükümler arasında, özel-genel hüküm ilişkisinin bulunmasının her ne kadar konumuz açısından bir hukuki sonucu bulunmuyorsa da; bu durum, örneğin ayıpta doğan def'i hakları açısından önem taşımaktadır. Bkz. aşağıda B.5/I/B ve B.5/III/B.

²⁸¹ Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO Intro. art. 197-210 N 17; Eren, **Borçlar Özel**, N 468, 469.

²⁸² Honsell, **OR BT**, s. 130, 131; Honsell, **BaslerKomm**, OR Vorbem. Art. 197-210 N 6; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO Intro. art. 197-210 N 17.

herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır²⁸³. O halde, sınırlı yarışma görüşünün kabul edilmesi ile yukarıda eleştirdiğimiz dışlama görüşünün kabul edilmesi arasında herhangi bir pratik fayda mevcut değildir²⁸⁴. Kanımızca, alıcı kısa zamanaşımı süresi içinde, gözden geçirme ve bildirim külfetlerini de yerine getirmişse, TBK m. 229 f. I b. 3 hükmünün kıyasen diğer seçimlik haklara da uygulanması sonucunda, sözleşmeden dönme hakkı haricinde diğer seçimlik haklarla beraber, satılanın ayıplı tesliminin sebep olduğu doğrudan zararların tazminini kusursuz sorumluluk esasına göre talep edebilir²⁸⁵. Bu durumda bir *kümülatif* yahut *yığışik uygulama (cumul d'actions)* söz konusu olur²⁸⁶. Burada asıl önemli olan husus, satılanın tesliminin üzerinden iki yıl geçmesine yahut bildirim külfetinin yerine getirilmemiş olmasına rağmen, genel hükümler uyarınca tazminat talep edilip edilemeyeceği hususudur. Yani, alternatif yahut seçenekli talepler yarışmasının kabul edilip edilmeyeceğidir.

Kanımızca alıcı, ayıptan sorumluluk çerçevesinde öngörülmüş olan şekli şartlara tabi olmaksızın genel hükümler uyarınca, on yıllık zamanaşımı süresi içinde (TBK m. 146) sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesi sebebiyle satıcıdan tazminat isteyebilir. Ayıptan sorumlulukta ileri sürülen diğer taleplerde olduğu gibi borcun gereği gibi ifa edilmediğini yani satılanın kendisine ayıplı olarak teslim edildiğini ve ayıplı teslim ile uygun nedensellik bağı dâhilinde çeşitli zararlara maruz kaldığını

²⁸³ Ancak, tazminat talebinin dayanağı tartışma konusudur. Bu durumda genel hükümler uyarınca tazminat talep edilebileceği gibi, TBK m. 229 f. I b. 3'te düzenlenen doğrudan zararların kıyasen diğer seçimlik haklarla birlikte de talep edilebileceği ifade edilmektedir. Bu konuda bkz. aşağıda B.2/II/C/2.

²⁸⁴ Söz konusu görüşler için bkz. yukarıda B.2/II/B/1/b.

²⁸⁵ Söz konusu TBK m. 229 f. I b. 3 ile CO art. 208 al. II hükmünün kıyasen diğer seçimlik haklara uygulanması öğretide baskın olarak savunulmaktadır. Bkz. Gilles Petitpierre, "L'acheteur-revendeur et la responsabilité de l'article 208/II du code des obligations", *Mélanges en l'honneur de Henri Deschenaux Professeur à l'Université de Fribourg*, Éditions Universitaires Fribourg Suisse, Fribourg, 1977 s. 329-341 (art. 208/II CO), s. 332; Cavin, *Considérations*, s. 336; Cavin, *Vente*, s. 105; Amaudruz, *Garantie*, s. 157; Venturi, Zen-Ruffinen, *CommRomand*, CO art. 208 N 13, 14; Venturi, *Réduction*, N 1613 vd.; Müller, Mader, *Contrats*, N 278-284; Schubiger, *Verhältnis*, s. 145 vd.; Keller, Siehr, *Kaufrecht*, s. 94; Berger, *OR AT*, N 1746; Tandoğan, *Borçlar Özel*, Cilt I/1, s. 199; Aral, Ayrancı, *Borçlar Özel*, s. 151; Mehmet Serkan Ergüne, *Olumsuz Zarar*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2008 (Zarar), s. 67, dn. 226; Kara, *Doğrudan-Dolaylı Zarar*, s. 513, 514; Markus Vischer, "Die Rolle des Verschuldens im Gewährleistungsrecht beim Unternehmenskauf", *SJZ 105/2009*, s. 129-140 (Verschulden), s. 130. Aksi görüşte bkz. Stanislas, *Résolution*, s. 149-154; Pichonnaz, Werro, *Jurisprudence*, s. 155; Tuba Akçura Karaman, *Üreticinin Ayıplı Ürünün Sebep Olduğu Zararlar Nedeniyle Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluğu*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008 (Sorumluluk), s. 57. *De lege feranda* bkz. Weber-Cafilisch, *Faux et défauts*, s. 86. Ancak, İsviçre Federal Mahkemesi bu talepleri kabul etmemektedir. Bu durumda satıcının kusuru bulunmadığını düşünen alıcının sözleşmeyi sona erdirerek CO art. 208 f. II'ye göre doğrudan zararını talep etmesi gerekmektedir. İsviçre Federal Mahkemesi'nin ilgili kararları için bkz. *İsvFM*, ATF 133 III 335 = SJ 2007 I 457; ATF 107 II 161 = JdT 1981 I 582; ATF 63 II 401 = JdT 1938 I 306.

²⁸⁶ Söz konusu uygulama hakkında bkz. Venturi, Zen-Ruffinen, *CommRomand*, CO Intro. art. 197-210 N 18; Tercier, *RSJ 2006*, s. 278.

ispat yükü altında olan alıcının, talebini on yıllık uzun zamanaşımı dâhilinde ileri sürmesi, ispat yükünün kendisinde olduğu düşünüldüğünde kısa zamanaşımı süresi ile hedeflenen işlem güvenliğinin sağlanması ve ispat kolaylığı menfaatlerine aykırı düşmez. Sürenin geçmesiyle ispat vasıtalarını yitiren alıcı, tazminat talebinin reddedilmesi riskini de kendi üzerine alır²⁸⁷. Üstelik alıcı ispat faaliyetini yerine getirirse dahi, satıcı TBK m. 112 uyarınca kusursuzluğunu ispat ederek sorumluluktan kurtulma imkânına da sahiptir²⁸⁸. Ayrıca, bu durumda TBK m. 114 f. II atfıyla, haksız fiil sorumluluğunda esas alınan tazminattan indirim sebepleri ve failin kusur derecesi de taraflar arasındaki menfaat çatışmasının dengelenmesini sağlar. O halde, ağır ve sıkı şartlar altında kusursuz sorumluluk esasına dayanan elverişli hukuki neticeler elde etmek yerine; daha hafif şartlar altında daha elverişsiz bir hukuki netice hedefleyen alıcının tutumu, menfaatler dengesi gözetildiğinde kanunu dolanma olarak addedilemez.

Öte yandan, TBK m. 223'te düzenlenen bildirim külfetinin yerine getirileceği süre, ayıptan doğan yenilik doğurucu niteliği haiz seçimlik haklar açısından bir hak düşürücü süre etkisine sahiptir. Kanun metninde bu husus *“kabul edilmiş sayılma”* şeklinde ifade edilmiştir. Hak düşürücü sürelerin yalnızca yenilik doğurucu haklar açısından söz konusu olabileceği nazara alındığında, kabul edilmiş sayılma ifadesinin genel hükümler uyarınca talep edilen tazminat alacağına bir etkisinin bulunmadığı, yalnızca seçimlik haklar ile kendisine tanınan hukuki avantajlar açısından²⁸⁹ ve yer aldığı *“ayıptan sorumluluk”* başlığı altında hüküm ifade ettiği amaçsal yorum çerçevesinde anlaşılmaktadır.

TBK m. 227 f. II hükmünde de alıcının genel hükümlere göre tazminat isteme hakkının saklı olduğu ifade edilmiştir. Bu durumda kanunun açık hükmü uyarınca, tazminat isteminin çerçevesi ve şartları *“genel hükümlere”* göre belirlenmelidir. O halde kanımızca, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun, ayıptan sorumluluk ile genel borca aykırılık rejimi arasındaki yarışma sorununu sonuca bağladığı ve tam yarışma görüşünü benimsemiş olduğu söylenebilir²⁹⁰. Bu durumda, alıcı ister seçimlik haklarla beraber (*kümülatif - yığılık uygulama*) ister herhangi bir seçimlik hakka başvurmaksızın (*alternatif talepler yarışması*) genel hükümler uyarınca uğradığı

²⁸⁷ Gauch, **Entreprise**, N 2260.

²⁸⁸ Keller, Siehr, **Kaufrecht**, s. 106, 107.

²⁸⁹ Aynı yönde bkz. Franz Werro, “La responsabilité pour faute (art. 41 ss CO) de l'entrepreneur vis-à-vis du maître pour les défauts de l'ouvrage”, **DC 1996**, s. 64-71 (Défaut de l'ouvrage), s. 70.

²⁹⁰ Aksi görüşte bkz. Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Cilt I, N 1453, dn. 335, N 1546, dn. 475.

müspet zararın tazminini isteyebilecektir. Oysa, TBK m. 227 hükmünün gerekçesinde, alıcının dönme hakkı dışındaki diğer haklarla beraber uğradığı zararın giderilmesini genel hükümler uyarınca isteyebileceği ifade edilmiştir²⁹¹. Esasen dönme hakkının dışındaki haklar açısından da alıcının dönme hakkının kullanılmasının sonuçlarına ilişkin hükümlere başvurabileceği, bu sayede doğrudan yahut dolaylı zararının tazminini isteyebileceği ifade edilmektedir²⁹². Alıcının doğrudan ve dolaylı zararının tazmini talep etmesi durumunda, ayıptan sorumluluk için öngörülmüş olan şartlara ve zamanaşımı süresine riayet etmesi gerektiği açıktır²⁹³. O halde, genel hükümler uyarınca tazminat isteme hakkı, alıcının gözden geçirme veya bildirim külfetlerini yerine getirmediği yahut kısa zamanaşımı süresini geçirdiği durumlarda ve alternatif talepler yarışması şeklinde ileri sürülmesi ihtimalinde anlam taşıyacaktır²⁹⁴. Sonuç olarak, ayıptan sorumluluk hükümleri açısından öngörülen şartların, gerek zamanaşımı hükümlerinin (TBK m. 231 ve m. 244 f. III), gerek ise gözden geçirme ve bildirim külfetinin (TBK m. 223), alıcının genel hükümler uyarınca satıcının sözleşmesel sorumluluğuna başvurduğu ve borcun gereği gibi ifa edilmediği gerekçesiyle tazminat istediği hallere uygulanmaması gerekir. Bu durumda alıcının tazminat alacağı, TBK m. 146 hükmü uyarınca on yıllık genel zamanaşımı süresine tabi olmaktadır.

Belirtmek gerekir ki, vardığımız sonuç ve yaptığımız açıklamalar tüketici işlemleri ve ticari satışlar açısından da geçerlidir²⁹⁵. Zira, ticari satışlar için Türk Ticaret Kanunu'nda ayrı bir zamanaşımı süresi düzenlenmiş değildir. Öte yandan, ticari satışlar için TTK m. 23 f. I b. c'de öngörülmüş olan iki ve sekiz günlük sürelerin de, yukarıda açıkladığımız aynı gerekçelerle, alıcının tazminat taleplerine uygulanmaması gerekir. Keza, tüketici işlemleri açısından ise, TKHK m. 11 f. VI

²⁹¹ Bkz. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Madde Gerekçeleri, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/499) m. 226: "...Ancak, alıcının, satılanın ayıplı olması nedeniyle dönme hakkını kullanmasının sonuçlarının, Tasarının 228 inci maddesinde düzenlendiği göz önünde tutulursa, onun dönme dışındaki diğer seçimlik hakları ile birlikte, uğradığı zararının giderilmesini, genel hükümlere göre isteyebileceğinde bir duraksama yoktur..."

²⁹² Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 809; Petitpierre, **art. 208/II CO**, s. 332; Cavin, **Considérations**, s. 336; Cavin, **Vente**, s. 103; Amaudruz, **Garantie**, s. 157; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 208 N 13, 14; Müller, Mader, **Contrats**, N 278-284; Katz, **Sachmängel**, s. 78; Venturi, **Réduction**, N 1613 vd.; Vischer, **Verschulden**, s. 130; Neuenschwander, **Schlechterfüllung**, s. 78; Schubiger, **Verhältnis**, s. 91; Furrer, **Gewährleistung**, s. 71; Keller, Siehr, **Kaufrecht**, s. 94; Giger, **BernerKomm**, OR Art. 208 N 55 vd.; von Büren, **OR BT**, s. 41; Berger, **OR AT**, N 1745; Tandoğan, **Borçlar Özel**, Cilt I/1, s. 199; Aral, Ayrancı, **Borçlar Özel**, s. 151; Ergüne, **Zarar**, s. 67, dn. 226; Kara, **Doğrudan-Dolaylı Zarar**, s. 513, 514; **KanM (Neuchâtel)**, 16.12.1974, RJN 1967 I 168.

²⁹³ Bkz. aşağıda B.2/II/C/2.

²⁹⁴ Nomer, **Borçlar Genel**, N 185.13.

²⁹⁵ Öz, **Değişiklikler**, s. 864; Nomer, **Borçlar Genel**, N 185.13.

hükmünde, tüketicinin Türk Borçlar Kanunu hükümleri uyarınca tazminat isteyebileceği açıkça düzenlenmiştir.

ii. Zamanaşımının Başlama Anı Açısından (dies a quo)

Ayıplı ifa sonucunda, borcun gereği gibi ifa edilmemesi sebebiyle, alıcının genel hükümlere başvurması durumunda, karşımıza çıkan diğer bir sorun ise, alıcının tazminat talebi açısından söz konusu olan zamanaşımı süresinin, hangi andan itibaren başlayacağıdır. Hemen belirtmemiz gerekir ki, *dışlama görüşü* veya *sınırlı yarışma görüşü* kabul edilecek olursa, söz konusu sorunun çözümü nispeten daha kolaydır. Zira, *dışlama görüşü* uyarınca alıcının genel hükümlere başvurma imkânı olmadığı için, gerek tazminat talepleri gerek ise zamanaşımı ile ilgili gündeme gelebilecek sorunlar ayıptan sorumluluk rejimi dâhilinde çözümlenecektir²⁹⁶. Öte yandan, *sınırlı yarışma görüşü* uyarınca ayıptan sorumluluk için aranan şartlar ve ayıptan doğan zamanaşımı süreleri, alıcının genel hükümler uyarınca ileri sürdüğü tazminat taleplerine de uygulanacağı için, zamanaşımı süresinin başlama anı da, yine ayıptan sorumluluk hükümlerine göre belirlenecektir²⁹⁷.

Alıcının genel hükümler uyarınca ileri sürdüğü tazminat taleplerinin tabi olduğu zamanaşımı süresinin başlangıcı açısından ortaya çıkabilecek en önemli sorun *tam yarışma görüşü* açısından gündeme gelmektedir. Bizim de katıldığımız bu görüşe göre, alıcının TBK m. 112 hükmüne dayanarak, borcun gereği gibi ifa edilmemesi sebebiyle ileri sürdüğü tazminat talebine, genel hükümler uyarınca on yıllık zamanaşımı süresi uygulanacaktır. Ancak, sözleşmeden doğan bir borcun²⁹⁸ gereği gibi ifa edilmemesinden, yani sözleşmenin müspet ihlalden kaynaklanan tazminat taleplerinin tabi olduğu zamanaşımı süresinin başlama anı konusunda öğretide görüş birliği bulunmamaktadır. Öğretideki söz konusu ayrılık, zamanaşımı süresinin başlama anı açısından, borca aykırı fiilin mi, yoksa borca aykırı fiilin yol açtığı zararın mı nazara alınması gerektiği noktasında ortaya çıkmaktadır. Zira,

²⁹⁶ Alıcının doğrudan ve dolaylı zararının tazmini için bkz. aşağıda B.2/II/C/2. Ayıptan doğan zamanaşımı süresinin başlama anı için bkz. aşağıda Bkz. aşağıda B.2/III.

²⁹⁷ Ayıptan doğan zamanaşımı süresinin başlama anı için bkz. aşağıda Bkz. aşağıda B.2/III.

²⁹⁸ Öte yandan, borcun hiç ifa edilmemesi sebebiyle yahut TBK m. 125 f. II uyarınca talep edilen müspet zararın tazmini talebinin tabi olduğu zamanaşımı süresinin başlama anı da öğretide tartışmalıdır. Tazminat talebinin asıl borcun içeriğini devralması ve onun devamı niteliğinde olması sebebiyle asıl borcun tabi olduğu zamanaşımı süresine tabi olacağı yönünde bkz. Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 130 N 5h, 5i; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Borçlar Genel**, s. 854, dn. 1; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 44. Yeni bir borç olduğu ve ayrı bir zamanaşımı süresine tabi olması gerektiği yönünde: Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Cilt I, N 1425.

konumuz açısından bakılacak olursa, zamanaşımı süresinin borca aykırı fiilin gerçekleştiği taşınırlarda teslim, taşınmazlarda mülkiyetin geçişi anından başlaması durumunda, alacağın tabi olduğu zamanaşımı süresi, zararın ortaya çıktığı ana nazaran çok daha erken bir evrede başlamış olmaktadır. Bu durumda, alacaklı, sonradan ortaya çıkan *gecikmiş zararlarını* (*dommages tardifs - Spätschaden*) borçluya tazmin ettirme imkânından yoksun kalmaktadır²⁹⁹. Özellikle satılanın veya eserin, yirmi veya otuz yıl sonra ortaya çıkan çeşitli zararlara sebep olması veya kanser gibi uzun süreler sonra kendisini belli eden bedensel zararlara yol açması durumunda³⁰⁰, sorunun önemi daha iyi anlaşılabilir. Bu sebeple, zamanaşımının hangi andan başlaması gerektiği sorusuna verilecek yanıt, ayrı bir önem taşımaktadır.

Belirtmemiz gerekir ki, zamanaşımının başlangıcı açısından, gerek borca aykırı fiili, gerekse zararın ortaya çıkışını nazara alan her iki görüşe de rastlamak mümkündür. Önceden beri öğretilde savunulan bir görüşe göre³⁰¹, borcun gereği gibi

²⁹⁹ Tercier, Pichonnaz, **Obligations**, N 1661; Brulhart, Lorenz, **Droit de la prescription**, s. 150, 151; Pichonnaz, **Dommage consécutif**, s. 149 vd.; Melanie Catalina Gottini, **Die Verjährung im schweizerischen Privatrecht**, Grundlagen und ausgewählte Problembereiche, Zürcher Studien zum Privatrecht Band/Nr. 290, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2019 (Verjährung), s. 51 vd.; Pascal Pichonnaz, Franz Werro, “Le nouveau droit de la prescription: Quelques aspects saillant de la réforme”, **Le nouveau droit de la prescription**, Colloque du droit de la responsabilité civile 2019, Université de Fribourg, Stämpfli Éditions SA, Berne, 2019, s. 1-38 (Droit de la prescription), s. 14, 15; Frédéric Krauskopf, “Neues Verjährungsrecht: Merkmale für das Bauen”, **Schweizerische Baurechtstagung 2019**, Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht, 2019, s. 35-50 (Verjährungsrecht), s. 37 vd.; David Husmann, Massimo Aliotta, “Die Regelung der Verjährungsproblematik von Schadenersatzforderungen für sogenannte Spätschäden”, **HAVE 2014**, s. 89-92 (Verjährungsproblematik), s. 90; Pascal Pichonnaz, “Le nouveau droit de la prescription: éléments choisis”, **DC 2019**, s. 249-255 (Éléments choisis), s. 249.

³⁰⁰ Asbest, iyonize ışınlar veya yanlış tanı ve tedaviler bu tarz zararların en çok yaşandığı hallerdir. Bkz. Vincent Brulhart, Jérôme Lorenz, “Le nouveau droit de la prescription: Impacts de l’article 128a CO sur les contrats en cours”, **Le nouveau droit de la prescription**, Colloque du droit de la responsabilité civile 2019, Université de Fribourg, Stämpfli Éditions SA, Berne, 2019, s. 1-38 (Droit de la prescription), s. 151; Pichonnaz, Werro, **Droit de la prescription**, s. 14, 15.

Düşük kaliteli bir gözlüğün körlüğe sebep olması, satılanın ihtiva ettiği asbest sebebiyle kanserojen sayılması, bir ilacın uzun süre kullanımlarda cilt hastalıklarına sebep olması konumuz kapsamında karşılaşılabileceğimiz örneklerdir. Asbest açısından bkz. **AIHM**, Howald Moor ve Diğerleri İsviçre’ye Karşı, 11.3.2014, 52067/10 ve 41072/11; **İsvFM**, 30.10.2015, 4A_261/2015. Aynı şekilde bugün zararsız görünen cep telefonlarının yahut diğer teknolojik aletlerin yıllar sonra insan sağlığı üzerindeki olumsuz etkileri ortaya çıkabilir. Bu durumda da söz konusu zararların tazmini büyük sorunlara sebep olabilecektir. Bkz. Brulhart, Lorenz, **Droit de la prescription**, s. 157, 161.

³⁰¹ Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Cilt I, N 1425; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 1111; Fournier, **Prescription**, s. 83; Niklaus, **Prescription**, N 100; Däppen, **BaslerKomm**, OR Art. 130 N 11a; Benoît Chappuis, **Le moment du dommage**, Analyse du rôle du temps dans la détermination et la réparation du dommage, Travaux de la Faculté de Droit de l’Université de Fribourg, Schulthess Juristische Medien AG, Zurich, 2007 (Dommage), N 824; Schwenzer, **OR AT**, N 84.14; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 257, 258; Akçura Karaman, **Sorumluluk**, s. 361, 362.

İsviçre Federal Mahkemesi, zamanaşımının süresinin, zararın oluşmasından yahut bilinebilir hale gelmesinden bağımsız olarak, sözleşmesin müspet ihlalinin gerçekleştiği andan itibaren başlayacağı görüşündedir. Bu sonuca Yüksek Mahkeme, haksız fiil sorumluluğundaki CO art. 60

ifa edilmemesinden doğan tazminat alacağının tabi olduğu on yıllık zamanaşımı süresi (TBK m. 146), sözleşmeden doğan borcun ihlal edildiği ve borca aykırı fiilin gerçekleştiği ilk andan itibaren başlayacak iken; giderek daha fazla taraftar bulan hâkim görüşe göre³⁰², zamanaşımı süresi, zararın meydana geldiği andan itibaren işlemeye başlayacaktır. İlk görüşe karşı yöneltilmiş bir eleştiri şeklinde doğmuş olan ikinci görüşe göre, zamanaşımı süresinin borca aykırı fiilin gerçekleştiği andan itibaren başlaması, henüz alacak muaccel olmadan zamanaşımının işlemeyeceği

(TBK m. 72) hükmünü, kıyasen uygulayarak (CO art. 99 al. III; TBK m. 114 f. II) varmaktadır. İlgili kararlar için bkz. **İsvFM**, 6.11.2019, 4A 299/2019; 29.5.2018, 4A 558/2017; 27.4.2009, 4A 103/2009; **İsvFM**, ATF 137 III 16 = JdT 2013 II 315 = SJ 2011 I 373; ATF 136 II 187; ATF 119 II 216 = JdT 1995 I 117; ATF 106 II 134 = JdT 1980 I 573; ATF 87 II 155 = JdT 1962 I 292. İsviçre Federal Mahkemesi'nin ATF 137 III 16 numaralı kararının eleştirisi için bkz. Benoît Chappuis, Franz Werro "Délais de prescription et dommages différés: réflexions sur l'ATF 137 III 16 et la motion parlementaire 07.3763", **REAS 2011/2**, s. 139-149 (REAS 2011/2), s. 139 vd. Zamanaşımını düzenleyen CO art. 60 (TBK m. 72) hükmünün, CO art. 99 al. III (TBK m. 114 f. II) kapsamında yer almadığı görüşünde bkz. Guggenheim, **Contrats II**, s. 156, 157.

İsviçre Federal Mahkemesi, öte yandan çelişkili bir şekilde, bir kararında, kötü ifadan kaynaklanan taleplerin, yalnızca ifanın yapıldığı anda değil, aynı zamanda zararın meydana geldiği anda doğacağını ve bu andan itibaren muaccel hale geleceğini belirlemiştir; fakat bu içtihadını zamanaşımı açısından uygulamamıştır. Bkz. **İsvFM**, ATF 130 III 591 = JdT 2006 I 131.

³⁰² Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 130 N 5j; Pichonnaz, **Dommages-intérêts**, s. 87, 88; Gauch, **Entreprise**, N 2259; Chappuis, Werro, **REAS 2011/2**, s. 142, 143; Guggenheim, **Contrats II**, s. 295; Koller, **OR AT**, § 71 N 42; Bucher, **OR AT**, s. 459, dn. 74; Schwander, **Verjährung**, s. 91; Berger, **OR AT**, N 1453; Berti, **ZürcherKomm**, OR Art. 130 N 129; Brulhart, Lorenz, **Droit de la prescription**, s. 149; Wiegand, **BaslerKomm**, OR Art. 97 N 52; Bruno von Büren, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, Schulthess&CO. AG, Zürich, 1964 (OR BT), s. 429; Husmann, Aliotta, **Verjährungsproblematik**, s. 90; Gottini, **Verjährung**, s. 60, 61; Stephen V. Berti, "Verjährung vertraglicher Schadenersatzansprüche", (Hrsg. Alfred Koller), **Leistungsstörungen Nicht- und Schlechterfüllung von Verträgen**, Vereinigung für Baurecht, Saint-Gallen, 2008, s. 15-28 (Verjährung), s. 20; Pascal Pichonnaz, "La révision du droit de la prescription - Réflexions sur l'avant-projet de modification du Code des Obligations", **Journées du droit de la circulation routière**, 11-12 juin 2012, Stämpfli Verlag AG, Berne, 2012, s. 145-190 (Révision), s. 154, 177 vd.; Franz Werro, Maxence Carron, "La révision du droit de la prescription, I. L'état du droit actuel, II. En guise de conclusion: les amendements au Projet", **Journées du droit de la circulation routière**, 26-27 juin 2014, Stämpfli Verlag AG, Berne, 2014, s. 3-48 (Révision), s. 18, 19; Barış Demirsatan, "Le délai absolu de prescription dans la responsabilité délictuelle en droit turc et le droit de l'accès effectif au tribunal", **GSÜHFD**, 2019/2, s. 717-744 (Délai absolu), s. 739.

Haksız fiil sorumluluğunda on yıllık üst süre açısından aynı görüşte bkz. Vito Roberto, **Schweizerisches Haftpflichtrecht**, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2002 (Haftpflicht), N 571; Henri Deschenaux, Pierre Tercier, **La responsabilité civile**, 2ème Edition revue et complétée, Stämpfli&Cie SA, Berne, 1982 (Responsabilité), s. 203; Pichonnaz, **Révision**, s. 154; Demirsatan, **Délai absolu**, s. 738, 739; **Yargıtay** HGK, T.10.3.2010, E. 2010/4-111, K. 2010/137 (kazancı); **Yargıtay** HGK, T. 22.10.2003, E. 2003/4-603, K. 2003/594 (kazancı); **Yargıtay** HGK, T. 4.6.2003, E. 2003/4-400, K. 2003/393 (kazancı). Karşı görüşte bkz. Hüseyin Murat Develioğlu, "Haksız Fiilden Doğan Tazminat Taleplerinin Tâbi Olduğu Bir yıllık Zamanaşımı Süresinin Başlangıç Anı", **Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan**, Cilt I, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 787-821 (Zamanaşımı), s. 788.

Borçluya karşı sözleşmesel zamanaşımının tazminat alacağının talep edilebilir olduğu anda başlayacağını belirten ve bu görüşe yakın duran bir görüş için bkz. Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **Borçlar Genel**, N 1564. Geç ortaya çıkan kanser ve deprem zararı açısından zamanaşımının başlangıç anının ileri kaydırılması veya zararın nesnel olarak algılanabileceği bir ana alınması gerektiği görüşünde bkz. Serozan, **Medeni Hukuk**, s. 274, 275.

(TBK m. 149 f. I; CO art. 130 al. I) yönündeki temel prensiple çelişir. Zira, henüz zarar doğmadan tazminat talep edilemeyeceği gibi, bu durumda alacağın muaccel olduğundan da söz edilemez³⁰³. O halde, ilk görüşe göre, ayıplı ifa neticesinde genel hükümlere dayanılarak talep edilecek olan tazminat alacağının tabi olduğu zamanaşımı süresi, borca aykırı davranışın gerçekleştiği, yani taşınırlarda satılanın alıcıya ayıplı olarak teslim edildiği, taşınmazlarda gayrimenkulün mülkiyetinin ayıplı olarak alıcıya geçirildiği tarihten itibaren başlayacak iken; bizim de katıldığımız ikinci görüşe göre, zamanaşımı süresi, ayıplı ifa sebebiyle zararın objektif olarak ortaya çıktığı ve dış âlemde görünüm kazandığı ilk andan itibaren başlar³⁰⁴. Zira, ikinci görüş uyarınca, henüz zarar meydana gelmeden bir tazminat alacağının doğması mümkün değildir³⁰⁵. Oysa, genel hükümler uyarınca zamanaşımı süresi, alacağın borçludan talep edilebileceği an olan muaccel olma tarihinden itibaren başlamaktadır (TBK m. 149 f. I; CO art. 130 al. I). Öte yandan, henüz şartları oluşmamış ve talep edilebilme kabiliyetinden yoksun bir tazminat alacağının zamanaşımının, borca aykırı fiilin ika edildiği tarihten başlaması yönünde, kanuni bir dayanak bulmak da güçtür. Zira, kanun koyucu zamanaşımının kural olarak muacceliyet tarihinden başlaması gerektiğini öngörmektedir³⁰⁶.

³⁰³ Nitekim, zarar doğmadan alacağın muaccel hale gelmeyeceği görüşünde bkz. **İsvFM**, ATF 130 III 591 = JdT 2006 I 131.

³⁰⁴ Gauch, **Entreprise**, N 2259; Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 130 N 5j; Pichonnaz, **Dommages-intérêts**, s. 87, 88; Guggenheim, **Contrats II**, s. 295; Pichonnaz, **Révision**, s. 154, 177 vd.; Chappuis, Werro, **REAS 2011/2**, s. 143; Schwander, **Verjährung**, s. 91; Berti, **ZürcherKomm**, OR Art. 130 N 129; Berti, **Verjährung**, s. 20; Wiegand, **BaslerKomm**, OR Art. 97 N 52; Werro, Carron, **Révision**, s. 18, 19; Koller, **OR AT**, § 71 N 42; Bucher, **OR AT**, s. 459, dn. 74; Berger, **OR AT**, N 1453; Husmann, Aliotta, **Verjährungsproblematik**, s. 90; Gottini, **Verjährung**, s. 60, 61; Demirsatan, **Délai absolu**, s. 738, 739. Aynı yönde bkz. Deschenaux, Tercier, **Responsabilité**, s. 203; Roberto, **Haftpflicht**, N 571.

³⁰⁵ Yargıtay aynı değerlendirmeyi haksız fiil açısından yapmış ve henüz sorumluluk şartları oluşmadan hukuka aykırı bir fiilin varlığından bahsetmek mümkün olsa da haksız fiilden bahsedilemeyeceğine karar vermiştir. Yargıtay ayrıca hukuka aykırı fiilin haksız fiil açısından zamanaşımının başlaması için yeterli olmadığına da altını çizmektedir. Haksız fiil konusundaki değerlendirmelerinin aynen borca aykırılık açısından da geçerli olduğu, borca aykırı fiil mevcut olsa da zarar meydana gelmeden TBK m. 112 açısından sözleşmesel sorumluluktan bahsedilemeyeceği kanaatindeyiz. Karar için bkz. **Yargıtay HGK**, T.10.3.2010, E. 2010/4-111, K. 2010/137 (kazancı). Zarar meydana gelmeden, tazminat alacağının muaccel hale gelmeyeceği görüşünde bkz. **İsvFM**, ATF 130 III 591 = JdT 2006 I 131.

Yargıtay ile aynı yönde bkz. Deschenaux, Tercier, **Responsabilité**, s. 203; Roberto, **Haftpflicht**, N 571; Pichonnaz, **Révision**, s. 154; Gottini, **Verjährung**, s. 60, 61. Belirtmek gerekir ki, söz konusu görüş, ilk olarak Deschenaux ve Tercier tarafından 1980 yılında savunulmuş ve zarar verici fiilden anlaşılması gereken hususun ihlalin zarar verici etkilerinin meydana geldiği an olarak nazara alınması gerektiği vurgulanmıştır. Karşı görüşte bkz. Develioğlu, **Zamanaşımı**, s. 788.

³⁰⁶ Pichonnaz, **Éléments choisis**, s. 250; Pichonnaz, **Révision**, s. 154; Gottini, **Verjährung**, s. 60, 61. Nitekim, Yargıtay, 17 Ağustos depreminin ardından verdiği kararlarda, zamanaşımının muacceliyet tarihinden itibaren başlaması gerektiğine karar vermiş, zarar meydana gelmeden bir tazminat alacağından da, onun muacceliyetinden de bahsedilemeyeceğine hükmetmiştir. Yargıtay'ın güncel kararlarında da bu görüşünü devam ettirdiği anlaşılmaktadır. Söz konusu

Teleolojik yorum yapıldığında, alacaklıya genel borca aykırılık rejimi uyarınca zararlarını tazmin ettirme imkânı sunmaktaki amacın borçluyu cezalandırmak değil, alacaklıya daha iyi bir giderim imkânı sunmak olduğu anlaşılmaktadır³⁰⁷. Bu sebeple, henüz şartları oluşmamış bir tazminat alacağının talep edilmesinin mümkün olmadığından hareketle, zamanaşımının alacaklı tarafından zararın bilinebileceği en erken zaman dilimi olan zararın meydana geldiği, yani dış âlemde kendisini göstererek bilinebilir olduğu anda başlayacağı kabul edilmelidir³⁰⁸. Dikkat edilirse, bu görüş uyarınca zamanaşımının başlaması için, zararın alacaklı tarafından bilinmemesinin bir önemi yoktur. Nitekim, karşılaştırmalı hukuk açısından da varılan çözüm isabetli görünmektedir. Alman Hukuku'nda son değişikliklerle BGB § 199 hükmünde zamanaşımı süresinin, alacaklının talebine vücut veren şartları ve borçluyu öğrenmesi veya öğrenebilecek durumda olması ihtimalinde, söz konusu şartları takip eden yılın ilk günü işlemeye başlayacağı düzenlenmiştir³⁰⁹. Keza, Fransız Hukuku'nda genel zamanaşımı süresini düzenleyen CCFr art. 2224 hükmünde açıkça zamanaşımı süresinin, hakkın sahibinin, hakkını icra edebileceği vakıaları öğrenmesi veya öğrenmesinin mümkün olması anından itibaren işlemeye başlayacağı açıkça öngörülmüştür.

Öte yandan, zamanaşımının durması başlığını taşıyan TBK m. 153 hükmü, zamanaşımının durma sebeplerinin varlığı halinde sürenin hiç işlemeye başlayamayacağını da belirtmektedir. Kanun koyucu TBK m. 153 f. I b. 6 hükmünde ise alacaklının alacağını Türk mahkemelerinde ileri sürme imkânı bulunmaması

kararlar için bkz. **Yargıtay** HGK, T. 22.10.2003, E. 2003/4-603, K. 2003/594 (kazancı); **Yargıtay** HGK, T. 4.6.2003, E. 2003/4-400, K. 2003/393 (kazancı); **Yargıtay** HGK, T.10.3.2010, E. 2010/4-111, K. 2010/137 (kazancı): "...Öte yandan, zamanaşımı başlangıcına ilişkin genel hüküm niteliğindeki BK'nun 128. maddesine göre de, zamanaşımı alacağın muaccel olduğu tarihte başlar. Buradaki "muacceliyet" kavramının, alacaklı tarafından talep ve dava edilebilir hale gelmiş olma anlamını taşıdığından, dolayısıyla, öncelikle doğmuş bir alacağın varlığını (haksız fiil açısından bakıldığında, tazminat alacağına neden olan zararın gerçekleşmiş olmasını) gerektirdiğinde; yine ""alacak"" kavramının, haksız fiile dayalı tazminat alacağını da kapsayan bir genişlik taşıdığından kuşku ve duraksamaya yer yoktur. Kısaca, tazminat alacağına ilişkin zamanaşımı süresi de, diğer alacaklar gibi, onun alacaklısınca talep ve dava edilebilir hale geldiği anda başlayacaktır...". Ceza zamanaşımının da deprem tarihinden itibaren başlaması gerektiği yönünde bkz. **Yargıtay** CGK, T. 4.3.2003, E. 2002/9-314, K. 2003/15 (kazancı).

³⁰⁷ Chappuis, Werro, **REAS** 2011/2, s. 142. Aynı yönde bkz. Pichonnaz, **Éléments choisis**, s. 249.

³⁰⁸ Gauch, **Entreprise**, N 2259; Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 130 N 5j; Pichonnaz, **Domages-intérêts**, s. 87, 88; Pichonnaz, **Révision**, s. 177, 178; Chappuis, Werro, **REAS** 2011/2, s. 143; Gottini, **Verjährung**, s. 60, 61.

³⁰⁹ **BGB § 199**: "(1) Die regelmäßige Verjährungsfrist beginnt, soweit nicht ein anderer Verjährungsbeginn bestimmt ist, mit dem Schluss des Jahres, in dem 1. der Anspruch entstanden ist und 2. der Gläubiger von den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste.". Hükmün eleştirisi için bkz. Reinhard Zimmermann, **Comparative Foundations of a European Law of Set-off and Prescription**, Cambridge University Press, 2002 (Comparative Foundations), s. 92.

hususunu bir durma sebebi olarak düzenlenmiştir. TBK m. 153 f. I b. 6 (CO art 134 al. I ch. 6) hükmü tarihsel yorum metoduyla incelendiğinde³¹⁰ söz konusu hükmün objektif dava açma engelleri yanında, alacaklının hâkimiyet sahasında vuku bulan, ancak kendisinin sorumlu olmadığı sübjektif engelleri de kapsadığı ifade edilmektedir³¹¹. Bu sonuç aynı zamanda Roma Hukuku’na hâkim olan, “*alacaklının herhangi bir nedenle dava açma imkânından yoksun olması halinde zamanaşımı işlemez (contra non valentem agere nulla currit praescriptio)*”³¹² kuralının da doğrudan bir uygulamasını teşkil etmektedir. Bu açıdan, söz konusu kural, alacaklının kusurundan kaynaklanmayan sebeplerle dava açma imkânından yoksun

³¹⁰ aCO art. 153 ve CO art. 134 al. I ch. 6 (TBK m. 153 f. I b. 6) hükmü açısından önemli bir esin kaynağı olan 1855 tarihli Zürih Medeni Kanunu § 1067’de dava açma imkânsızlığından bahsedilmektedir. Kanunu kaleme alan yazarlardan *Bluntschli*, alacaklının alacağının varlığından haberi olmadığı durumlarda dava açmasının mümkün olmadığını belirtmekte ve zamanaşımı süresinin dikkatli bir araştırma neticesinde alacağının varlığını öğrenebilmesinin mümkün olduğu anda başlaması gerektiğini ifade etmektedir. (*Es kann das Klagerecht entstanden und dennoch die Ausübung desselben dem Gläubiger aus faktischen Gründen unmöglich sein. Ist dies so der Fall, dass diese Unmöglichkeit dem Gläubiger in keiner Weise anzurechnen ist, so wäre es unbillig, gegen ihn eine Verjährung einzuleiten... Wenn ferner der Gläubiger von dem Dasein der Schuld nichts weiss, so kann er auch nicht klagen. In den meisten Fällen wird aber auch hier der Lauf der Verjährungsfrist dennoch beginnen, in allen den Fällen nämlich, wo bei sorgfältigem Verfahren der Gläubiger hätte wissen können.*) Ayrıntılı bilgi için bkz. Johann Caspar Bluntschli, **Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich: mit Erläuterungen**, Schultheß, 1855 (Gesetzbuch), s. 114 vd.; Pichonnaz, **Dommages-intérêts**, s. 81, 82.

³¹¹ von Büren, **OR AT**, s. 422; Spiro, **Agere non valenti**, s. 585 vd.; Konrad Bloch, “Die Hemmung der Verjährung nach Art. 134 Ziff. 6 OR“, **SJZ 1955**, s. 353-357 (Hemmung), s. 355; Pichonnaz, **Dommages-intérêts**, s. 81, 82. Kıyasen uygulanması gerektiği görüşünde bkz. Gauch, **Entreprise**, N 2259; Becker, **BernerKomm**, OR Art. 134 N 9; Zindel, Pulver, Schott, **BaslerKomm**, OR Art. 371 N 15; Bühler, **ZürcherKomm**, OR Art. 371 N 29. Karşı görüşte bkz. Däppen, **BaslerKomm**, OR Art. 134 N 7-9; Bucher, **OR AT**, s. 462; Engel, **Obligations**, s. 813; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 256; **İsvFM**, **İsvFM**, ATF 134 III 294 = JdT 2010 I 75; ATF 124 III 449 = JdT 2000 I 274; ATF 119 II 216 = JdT 1995 I 117; ATF 90 II 428 = JdT 1965 I 243.

Nitekim, hükmün sübjektif nedenleri de kapsamına aldığı hususu göz önünde bulundurulmuş olacak ki, 1 Ocak 2020 tarihinde İsviçre’de yürürlüğe giren zamanaşımı reformuyla CO art 134 al. I ch. 6 hükmüne, “*objektif sebeplerle (pour des raisons objectives - aus objektiven Gründen)*” ifadesi eklenmiştir. Artık bu şekilde bir yorum tarzı İsviçre Hukuku açısından mümkün görünmemektedir.

³¹² Bluntschli, **Gesetzbuch**, s. 114 vd.; Karl Spiro, “Zur neueren Geschichte des Satzes «Agere non valenti non currit praescriptio»”, **Festschrift Hans Lewald**, Verlag Helbing & Lichtenhahn, Basel, 1953, s. 585-602 (Agere non valenti), s. 585 vd.; Parein-Reymond, **Prescription**, s. 63; Pichonnaz, **Dommages-intérêts**, s. 82. İsviçre-Türk Hukuku’nda söz konusu ilkenin kısmen geçerli olduğu yönünde bkz. Engel, **Obligations**, s. 813; Fournier, **Prescription**, s. 80; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 256.

“*Contra non valentem agere nulla currit praescriptio*” prensibi Fransız Hukuku’nda kabul görmekte, alacak muaccel ve belirli (*likit*) olmaksızın, zamanaşımı süresinin işlemeye başlamayacağı belirtilmektedir. Öte yandan, yukarıda savunduğumuz üzere, zamanaşımı süresinin işlemeye başlaması için, söz konusu prensip uyarınca zararın meydana gelmesi yahut en azından bilinebilir halde olması gerektiği ifade edilmektedir. Bkz. Bénabent, **Obligations**, s. 664, 665; **Cour de cassation**, Chambre commerciale, 26.1.2010, 08-18.354 (lextenso): “...Zamanaşımı süresi yalnızca zarar meydana geldikten sonra yahut mağdurun daha önce öğrenme imkânı bulunmuyorsa zararın tespit edildiği anda işlemeye başlar...”

olduğu hallerde de zamanaşımının durması gerektiği yönündeki görüşle³¹³ tekrar yorumlanmalıdır. O halde, zarar meydana gelmeden alıcının mahkemede alacağını ileri sürme imkânı bulunmadığı için, bu hususun sübjektif bir dava açma engeli olarak nitelendirilmesi ve zamanaşımının bu engelin ortadan kalktığı tarih olan zararın bilinebilir hale geldiği andan itibaren başlaması gerekmektedir³¹⁴.

Öğretide *Gauch'un* da ifade ettiği üzere³¹⁵, savunduğumuz bu görüş, ayıbın uzun yıllar sonunda ortaya çıkması durumunda satıcının konumunu özellikle ispat konusunda alıcıya karşı kötüleştirmeyecektir. Zira, her halde ayıbın hasarın geçişi esnasında satılarda bulunduğunu, meydana gelen zararı, ayrıca zarar ile ayıp arasındaki nedensellik bağına alıcı ispatla yükümlü olacaktır.

Nitekim, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 2014 yılında verdiği “*Moor*” kararında³¹⁶ halin olağanüstü şartları dikkate alındığında zararın zamanaşımı

³¹³ Bu görüşte bkz. von Büren, **OR AT**, s. 422; Bloch, **Hemmung**, s. 355; Spiro, **Agere non valenti**, s. 585 vd.; Pichonnaz, **Dommages-intérêts**, s. 81, 82. Aynı yönde bkz. **Yargıtay 4. HD**, T. 11.7.2002, E. 2002/4325, K. 2002/8888 (kazancı); **Yargıtay 4. HD**, T. 3.2.2005, E. 2004/7039, K. 2005/746 (kazancı): “...*Bu tür bir zarar olmayınca, davacının eldeki gibi böyle bir dava açma olanağı da bulunamayacağı doğaldır. Zamanaşımı, harekete geçememek, istemde bulunamamak durumunda bulunan kimsenin aleyhine işlemez...*”

³¹⁴ **Gauch**, **Entreprise**, N 2259; Pichonnaz, **Dommages-intérêts**, s. 81-88; Zindel, Pulver, Schott, **BaslerKomm**, OR Art. 371 N 15; Bühler, **ZürcherKomm**, OR Art. 371 N 29. **Yargıtay da 17 Ağustos** depreminin ardından verdiği kararlarda, zarar meydana gelmeden zamanaşımı süresinin işlemeye başlamayacağını belirtmiştir. Bkz. **Yargıtay 4. HD**, T. 11.7.2002, E. 2002/4325, K. 2002/8888 (kazancı); **Yargıtay 4. HD**, T. 28.4.2003, E. 2003/4407, K. 2003/5412 (kazancı); **Yargıtay 4. HD**, T. 3.2.2005, E. 2004/7039, K. 2005/746 (kazancı); **Yargıtay 4. HD**, T. 30.6.2004, E. 2004/2110, K. 2004/8595 (kazancı): “...*Yasalarda öngörülen zamanaşımı sürelerinin işlemeye başlayabilmesi için öncelikle o hakkın istenebilir bir duruma gelmiş olması gerekir. Haksız eylem sonucu oluşan zararların dava konusu edilmesi durumunda zamanaşımı konusunu düzenleyen Borçlar Yasası'nın 60. maddesi gereğince haksız bir eylem sonucu meydana gelen zarar nedeniyle zarar görenin, zararı ve zarar vereni öğrendiği günden itibaren bir yıl ve her durumda zararın meydana gelmesini sağlayan eylemden itibaren on yıl içinde istemde bulunulması gerekir. Buna göre hukuka aykırı eylemin varlığına karşın, zarar gerçekleşmemişse, zamanaşımı süresinin başlaması söz konusu olamaz...*”. Aynı yönde bkz. **Cour de cassation**, **Chambre commerciale**, 26.1.2010, 08-18.354 (lextenso).

Nitekim, **Danıştay da İdari Yargılama Usulü Kanunu m. 13** uyarınca tam yargı davasının eylem tarihinden itibaren beş yıl içerisinde açılması gerektiğini belirten lafzına karşın, beş yıl dolmuş olsa dahi zarar ortaya çıkmadığından, öğrenme tarihini esas almaktadır. Bkz. **Danıştay 15. Daire**, T. 15.4.2015, E. 2014/9621, K. 2015/2146 (kazancı): “...*Yukarıda anılan Kanun maddesinde idareye başvuru süresinin, idari eylemlerden zarar gören kişilerin eylemi öğrendiği tarihten itibaren başlayacağı saptanmış olmaktadır. Bu haliyle başvurma süresine başlangıcı yalnızca eylem tarihi ve zararlı sonucun doğduğu tarihi esas almanın, zararın henüz ortaya çıkmadığı veya çıksa bile zararın çıkış sebebinin öğrenilemediği durumlarda dava açma süresinin çok kısılmasına yol açacağı ya da dava açma hakkını ortadan kaldıracağı ve hak arama özgürlüğüyle bağdaşmayacağı açıktır. Bundan dolayı zararın doğmasına sebep olan eylemin idariliğinin öğrenildiği tarihi esas almak gerekmektedir...*”. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Cihan Yüzbaşıoğlu, **İdare ve Personel Yönüyle Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan Sorumluluk**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020 (Sorumluluk), s. 490 vd.

³¹⁵ Bu yöndeki açıklamaları için bkz. **Gauch**, **Entreprise**, N 2260.

³¹⁶ **AIHM**, **Howald Moor ve Diğerleri İsviçre'ye Karşı**, 11.3.2014, 52067/10 ve 41072/11. Kararın değerlendirmesi için bkz. **Pascal Pichonnaz**, “Le dommage consécutif au défaut, la prescription et

süresinin sona ermesinden sonra ortaya çıkması durumunda, zamanaşımı sebebiyle davanın reddinin başvuruçunun *mahkemeye erişim hakkını* (AİHS m. 6) ihlal ettiğine karar vermiştir. AİHM söz konusu içtihadını başkaca kararlarında da onaylamıştır³¹⁷. Söz konusu karar zamanaşımı süresinin başlangıcı açısından savunduğumuz görüşün yerindeliliğini ortaya koymaktadır. Ayrıca, söz konusu karar, zararın ortaya çıkmaması durumunda, alacaklının alacağını mahkemede ileri sürme imkânından yoksun olması sebebiyle zamanaşımının durmasından yararlanacağı yönündeki görüşümüzü de *pozitif hukuk* temeline oturtarak, zararın henüz ortaya çıkmamasının *de iure* zamanaşımının durma sebebi teşkil edeceğini ortaya koymuştur³¹⁸.

AİHM'in "Moor" kararı, İsviçre Hukuku'nda büyük yankı uyandırmıştır. Söz konusu karar İsviçre'de özellikle zamanaşımı konusunda, uzun yıllar sonra ortaya çıkan *gecikmiş zararlar* (*dommages tardifs - Spätschaden*) için bir giderim yöntemi öngörülmesi açısından, reform ihtiyacını açık bir şekilde ortaya koymuştur³¹⁹. 2017 yılında İsviçre'de asbestin sebep olduğu zararlar için özel bir fon kurulmuş olsa da³²⁰, asıl önemli yenilik, 15 Haziran 2018 tarihinde kabul edilmiş

l'action délictuelle (Commentaire d'arrêt 4A_261/2015)", **DC 2016**, s. 148-150 (Dommage consécutif), s. 150.

Karara konu olayda mağdurun asbest tozuna maruz kalması sebebiyle yirmi yıla aşkın bir süre sonra kanser olduğu anlaşılmaktadır. İsviçre Federal Mahkemesi ise zamanaşımı süresinin dolduğundan hareketle, zararın tazminine hükmedilemeyeceğine karar vermiştir. Karar için bkz. **İsvFM**, ATF 137 III 16; ATF 136 II 187. AİHM'in Moor kararı hakkında ayrıca bkz. Pichonnaz, **Éléments choisis**, s. 249; Tercier, Pichonnaz, **Obligations**, N 1661; Gottini, **Verjährung**, s. 55 vd.; Krauskopf, **Verjährungsrecht**, s. 40 vd.; Krauskopf, **HAVE 2016**, s. 59 vd.; Pichonnaz, Werro, **Droit de la prescription**, s. 16 vd.; Demirsatan, **Délai absolu**, s. 731 vd.

³¹⁷ AİHM, *Eşim kararında* Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nin zamanaşımı süresinin geçirildiğinden hareketle davayı reddetmesini mahkemeye erişim hakkını ihlal ettiğine hükmetmiştir. Zira, zarar ortaya çıkmadan sürelerin dolmasının gerekçe gösterilerek zamanaşımı düzenlemelerinin katı yorumlaması hak kayıplarına sebep olmuştur. Karar için bkz. **AİHM**, Uğur Eşim Türkiye'ye Karşı, 13.9.2013, 59601/09. Danıştay ve Anayasa Mahkemesi de AİHM içtihadını pek çok kararında onaylamıştır. Bkz. **AYM**, Ayşe Çidem Tekindağ ve Diğerleri, 11/12/2019, 2017/15121 (RG T. 23.1.2020, S. 31017); **Danıştay** 15. Daire, T. 15.4.2015, E. 2014/9621, K. 2015/2146 (kazancı); **Danıştay** 6. Daire, T. 27.09.2012, E. 2012/4525, K. 2012/4622 (kazancı). Aynı yönde bkz. Yüzbaşıoğlu, **Sorumluluk**, s. 494; Demirsatan, **Délai absolu**, s. 731.

³¹⁸ Pichonnaz, **Dommage consécutif**, s. 150. Her ne kadar İsviçre Federal Mahkemesi, önüne gelen olayın AİHM'in kararda yer verdiği olayla hukuken ilgili olmadığı gerekçesiyle söz konusu içtihadı uygulamamışsa da, AİHM içtihadını benimsemiş görünmektedir. Bkz. **İsvFM**, 30.10.2015, 4A_261/2015.

³¹⁹ Pichonnaz, **Éléments choisis**, s. 249; Pichonnaz, **Dommage consécutif**, s. 150; Tercier, Pichonnaz, **Obligations**, N 1661, 1662; Pichonnaz, Werro, **Droit de la prescription**, s. 13 vd.; Brulhart, Lorenz, **Droit de la prescription**, s. 151, 156; Gottini, **Verjährung**, s. 55 vd.; Krauskopf, **Verjährungsrecht**, s. 40 vd.

³²⁰ 28 Mart 2017 tarihinde kurulan asbest mağdurlarının zararlarının tazmini için kurulan fon için bkz. La Fondation Fond d'indemnisation des victimes de l'amiante - die Stiftung Entschädigungsfonds für Asbestopfer (çevrimiçi, <https://www.stiftung-efa.ch/fr/>, 15.3.2020). Söz konusu fon hakkında bkz. Pichonnaz, **Éléments choisis**, s. 249; Tercier, Pichonnaz, **Obligations**, N 1662; Brulhart, Lorenz, **Droit de la prescription**, s. 156, 157; Pichonnaz, Werro, **Droit de la prescription**, s. 18, 19.

olan ve 1 Ocak 2020 tarihinde yürürlüğe girmiş bulunan zamanaşımı hukukundaki değişikliklerle³²¹ sağlanmıştır. Zira, İsviçre Borçlar Kanunu'na eklenen CO art. 128a maddesi ile ölüm ve bedensel zarar halinde daha uzun bir zamanaşımı süresi öngörülmüştür³²². CO art. 128a hükmüne göre³²³: “Sözleşmesel bir kusurdan ileri gelen ölüm ve beden bütünlüğünün ihlali halinde, tazminat istemi yahut bir miktar paranın manevi tazminat olarak ödenmesi yönündeki istem, zarar görenin **zararı öğrendiği tarihten** itibaren üç yıl ve her halde zarar verici fiilin işlendiği yahut sona erdiği tarihten başlayarak yirmi yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar³²⁴.” Böylece,

³²¹ 15 Haziran 2018 tarihinde kabul edilmiş olan ve 1 Ocak 2020 tarihinde yürürlüğe girmiş bulunan zamanaşımı reformu ve kabul edilen değişiklikler için bkz. 15 Eylül Tarihli Zamanaşımı Revizyonu (Révision du droit de la prescription, Modification du 15 juin 2018 - Revision des Verjährungsrecht, Änderung vom 15. Juni 2018), **FF 2018 3655, RO 2018 5343** (çevrimiçi, <https://www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2018/3655.pdf>, 15.3.2020), (Révision).

“Hukuki Sorumluluk Açısından Zamanaşımı Süreleri (Délais de prescription en matière de Responsabilité civile)” konusunda 2008 yılında değişiklik yapmakla görevlendirilen İsviçre Federal Konseyi, oldukça geniş ve köklü değişiklikler içeren ön projeyi Eylül 2011 tarihinde değerlendirmeye açmış, daha sonra ön projeye nazaran daha ılımlı değişiklikler öngören kanun teklifi 29 Kasım 2013 tarihinde parlamentoya sunulmuştur. Zamanaşımı reformu, 15 Haziran 2018 tarihinde kabul edilmiş (**FF 2018 3655**) ve 1 Ocak 2020 tarihinde yürürlüğe girmiştir (Bkz. **RO 2018 5343**). Nitekim, ön projede Alman Hukuku'na paralel olarak öngörülen otuz yıl olan zamanaşımı süresi (Bkz. **FF 2014 273**) daha sonra yirmi yıla indirilmiştir (Bkz. **FF 2018 3655**). Zamanaşımı reformunun Federal Konsey gerekçesi için bkz. Message relatif à la modification du code des Obligations (Droit de la prescription) du 29 novembre 2013 (İsviçre Federal Konseyi'nin Borçlar Hukuku, Zamanaşımı Hukuku Değişikliklerine Yönelik 29 Kasım 2013 Tarihli Mesajı), **FF 2014 221**, (çevrimiçi, <https://www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2014/221.pdf>, 15.3.2020), (Message Prescription). Ön projenin değerlendirmesi için bkz. Pichonnaz, **Révision**, s. 168 vd. Kanun teklifinin detaylı bir incelemesi için bkz. Werro, Carron, **Révision**, s. 3 vd.; Krauskopf, “Neues Verjährungsrecht?”, **HAVE 2016**, s. 51-74 (HAVE 2016), s. 51 vd.; Hubert Stöckli, Christof Bergamin, “Die Bestimmungen zu Hemmung und Unterbrechung der Verjährung”, **HAVE 2014**, s. 75-79 (HAVE 2014), s. 75 vd.; Pichonnaz, Werro, **Droit de la prescription**, s. 4 vd.

³²² Söz konusu hükmün değerlendirilmesi için bkz. Brulhart, Lorenz, **Droit de la prescription**, s. 151 vd.; Pichonnaz, **Éléments choisis**, s. 249, 250; Tercier, Pichonnaz, **Obligations**, N 1661, 1662, 1678; Gottini, **Verjährung**, s. 56 vd.; Krauskopf, **Verjährungsrecht**, s. 39 vd.

³²³ **CO art. 128a**: “En cas de mort d'homme ou de lésions corporelles résultant d'une faute contractuelle, l'action en dommages-intérêts ou en paiement d'une somme d'argent à titre de réparation morale se prescrit par trois ans à compter du jour où la partie lésée a eu connaissance du dommage et, dans tous les cas, par vingt ans à compter du jour où le fait dommageable s'est produit ou a cessé.”; **OR Art. 128a**: “Forderungen auf Schadenersatz oder Genugtuung aus vertragswidriger Körperverletzung oder Tötung eines Menschen verjähren mit Ablauf von drei Jahren vom Tage an gerechnet, an welchem der Geschädigte Kenntnis vom Schaden erlangt hat, jedenfalls aber mit Ablauf von zwanzig Jahren, vom Tage an gerechnet, an welchem das schädigende Verhalten erfolgte oder aufhörte.”

³²⁴ Söz konusu hükme paralel olarak CO art. 60 hükmü, haksız fiil sorumluluğunda maddi ve manevi tazminat taleplerinin, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrenmesinin ardından üç yılın ve herhalde zarar verici fiilden itibaren on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrayacağı şeklinde değiştirilmiş, söz konusu on yıllık üst sürenin, ölüm ve bedensel zarar halinde yirmi yıl şeklinde uygulanacağı düzenlenmiştir. Aynı şekilde CO art. 67 hükmünde, sebepsiz zenginleşme halinde iade alacaklısının iade alacağını öğrenmesinden itibaren başlayan bir yıllık süre, üç yıla çıkarılmıştır. Böylece zamanaşımı açısından İsviçre Hukuku'nda yeknesaklık sağlanmıştır. Değişiklikler için bkz. **Révision, FF 2018 3655, RO 2018 5343** (çevrimiçi, <https://www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2018/3655.pdf>, 15.3.2020). Ayrıca bkz. Brulhart, Lorenz, **Droit de la prescription**, s. 143, 144.

yavaş gelişim gösteren gecikmiş zararlar açısından yirmi yıllık bir *üst (kesin) süre* kabul edilmiş ve AİHM'in Moor kararında ifade ettiği, geç ortaya çıkan zararlar açısından kanunda bir giderim imkânı öngörülmesi gerektiğini belirten içtihadın gerekleri İsviçre Hukuku'nda yerine getirilmiştir. İlgili hüküm, menfaatler dengesi açısından, daha hakkaniyetli bir çözüm yolu sunması açısından önemlidir. İfade edelim ki, CO art. 128a hükmünde düzenlenmiş olan nispi (olağan) ve azami (üst) sürelerin yerindeliği ve hukuki ihtiyaçları karşılayıp karşılamayacağı hususu da tartışma konusu olmuştur³²⁵.

Belirtmek isteriz ki, Türk Hukuku açısından geç ortaya çıkan zararların giderimini zamansal açıdan mümkün kılan bu yönde bir değişiklik söz konusu değildir. Oysa, güncel gelişmeler göstermektedir ki, kanunun zamanaşımı hükümleri öngören düzenlemelerinin lafzi ve katı yorumu, her şeyin ötesinde, insan hakkı ihlallerine sebebiyet verebilmektedir. Dolayısıyla, BGB § 199, CCFr art. 2224 ve CO art. 128a hükümlerinde olduğu gibi, zamanaşımı süresinin sona ermesinden önce alacaklının dava açabilmesine ve hakkını koruyabilmesine imkân tanıyan bir zamanaşımı rejimi menfaatler dengesine daha uygundur. Bu sebeple, Türk kanun koyucusu, güncel gelişmelerle uyumlu bir düzenleme öngörene değin, yukarıda incelediğimiz hükümlerin amaca uygun yorumlanması, hukukumuz açısından elzemdir. *Özetle*, alıcının genel hükümler uyarınca ileri sürdüğü tazminat taleplerine uygulanacak olan zamanaşımı süresi (TBK m. 146), zararın meydana geldiği andan itibaren (*objektif olarak bilinebilir hale geldiği zaman*) başlamalıdır. Bu sonucu destekleyen iki argüman bulunmaktadır. Bunlardan ilki, alacağın henüz muaccel olmadan zamanaşımı süresinin başlamayacağı yönündeki genel kuraldır (TBK m. 149 f. I). Zira, tazminat alacağı zarar meydana geldikten sonra doğacağı için, henüz mevcut olmayan bir alacağın muaccel olduğundan bahsedilemez. Bu konuda ileri sürülebilecek ikinci argüman ise, zarar henüz meydana gelmeden alacaklının dava açma imkânı bulunmadığı için, bu hususun bir durma sebebi teşkil edeceği yönündeki çıkarımdır (TBK m. 153 f. I b. 6). Bu durumda zamanaşımı süresi, durma

³²⁵ Üç yıllık sürenin zararı öğrenme tarihinde başlayacak olsa da kısa olduğu ve hukuki ihtiyaçlara uygun olmadığı yönünde: Pichonnaz, **Éléments choisis**, s. 250. Üç yıllık sürenin yerinde olduğu; ancak, yirmi yıllık azami (üst) süreden daha uzun, durma ve kesilme sebeplerinden etkilenmeyen kesin bir sürenin (*délai butoir*) öngörülmesi gerektiği görüşünde bkz. Brulhart, Lorenz, **Droit de la prescription**, s. 158-160; Pichonnaz, **Révision**, s. 178. Nitekim, Moor kararına konu olan kanser olayı, otuz kırk yıl gibi uzun bir sürenin ardından ortaya çıkmıştır. Ancak, yine de AİHM zamanaşımı süresinin, söz konusu zaman dilimini kapsamaması sebebiyle hak ihlaline karar vermiştir. Bkz. Chappuis, Werro, **REAS 2011/2**, s. 139; Brulhart, Lorenz, **Droit de la prescription**, s. 160.

sebebinin ortadan kalktığı andan itibaren (*zararın meydana gelmesiyle birlikte*) işlemeye başlayacaktır (TBK m. 153 f. I).

Öğretide savunduğumuz bu görüş, Türk Hukuku'nda uygulanabilecek herhangi bir üst sınırın mevcut olmaması sebebiyle, zamanaşımı süresinin sona ereceği tarihin belirsiz hale geleceği ve on yıllar sonra ortaya çıkan zararların, dava konusu edileceği gerekçeleriyle eleştirilecektir. Özellikle, zamanaşımı süreleriyle birlikte, borçlunun yanında, hukuk güvenliği gibi kamusal menfaatlerin de korunmak istendiği açıktır. Bu sebeple, kanun koyucunun BGB § 199, CCFr art. 2232 ve CO art. 128a hükümlerinde olduğu gibi, yeni bir düzenlenmeyle, zamanaşımı süresini, bir üst süreye tabi kılması gerekmektedir. Vardığımız sonucun, zamanaşımı süreleriyle hedeflenen kamusal menfaatlerle bağdaşmayacağı düşünülecek olursa, “zarar” kavramının, amaca uygun sınırlandırılmasıyla birlikte, (*teleolojik redüksiyon yöntemiyle*³²⁶), yalnızca “bedensel” zararlara indirgenmesi; böylece, alacaklının uğradığı zararlardan, yalnızca ölümüne veya vücut bütünlüğünü ihlale yönelen zararların, bilinebilir hale geldikten sonra talep edilebilmesi şeklinde bir çözüm kabul edilebilir. Nitekim, *gecikmiş zararların (dommages tardifs - Spätschaden)* büyük bir bölümünü, kanser gibi bedensel zararlar oluşturmaktadır. Böylece, zamanaşımıyla hedeflenen kamusal menfaatler çerçevesinde, borçlunun korunması amacından kısmen vazgeçilerek, *üstün özel yarar* olan alacaklının vücut bütünlüğüne öncelik tanınmış olacaktır.

2. Ayıptan Sorumluluk ve Haksız Fiil Rejimi

a. Genel Olarak

Satılanın ayıplı teslimi, alıcının malvarlığını veya şahıs varlığını koruyan bir genel davranış kuralını ihlal etmesi durumunda bir haksız fiil teşkil edebilir³²⁷. Şayet satıcı da satılanı ayıplı olarak teslim etmekte kusurluysa, bu durumda alıcı TBK m. 49 (CO art. 41) ve devamı hükümleri uyarınca satıcıdan tazminat talep edebilir. Gerek öğretide gerekse uygulamada satıcının haksız fiil sorumluluğu ile ayıptan

³²⁶ Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Pakize Ezgi Akbulut, **Borçlar Hukukunda Kesin Hükümsüzlük Yaptırımının Amaca Uygun Sınırlama (Teleolojik Redüksiyon) Yöntemi ile Daraltılması**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016 (Teleolojik Redüksiyon), s. 79 vd.

³²⁷ Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO Intro. art. 197-210 N 19; Gauch, **Entreprise**, N 2342; Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 652; Müller-Chen, Girsberger, Droese, **OR BT**, s. 82; Yavuz, **Ayıp**, s. 234; **İsvFM**, ATF 90 II 86 = JdT 1964 I 560; ATF 119 II 128 = JdT 1994 I 300; ATF 108 II 311 = JdT 1983 I 609; **İsvFM**, 30.10.2015, 4A_261/2015.

doğan garanti sorumluluğunun alternatif yollar olduğu ve satıcının her iki sorumluluğunun da yarışabileceği, alıcının dilerse haksız fiil sorumluluğuna dilerse ayıptan sorumluluğa başvurabileceği kabul edilmektedir³²⁸.

Belirtmek gerekir ki, satılanın ayıplı tesliminin hangi hallerde haksız fiil oluşturduğu öğretide tartışmalıdır. Öğretide bir görüşe göre, satılanın alıcıya ayıplı teslimi, her zaman bir haksız fiil teşkil etmekte; zira, ayıplı ifa halinde yalnızca sözleşmeden doğan bir borcun değil, aynı zamanda hukuk düzenince korunan bir genel davranış kuralının da ihlal edilmiş olduğu savunulmaktadır³²⁹. Bizim de katıldığımız aksi görüşteki yazarlar ise, satılanın salt ayıplı tesliminin alıcı açısından bir haksız fiil teşkil etmeyeceğini, bu durumun kabulü için haksız fiil sorumluluğunun şartlarının ayrıca somut olay açısından gerçekleşmesi gerektiğini savunmaktadır³³⁰. Zira, sözleşmeden doğan nispi bir hakkın ihlali, satıcının her zaman genel bir davranış kuralını ihlal ettiği anlamına gelmeyeceği gibi; bu durum, daima mutlak bir hakkın yahut bir koruma normunun ihlal edildiği anlamına da gelmemektedir³³¹. O halde, satılanın alıcıya salt *ayıplı teslimi* yahut teslimden sonra, satılarda önceden beri mevcut olan nitelik eksiklikleri (*birincil ayıplar*) neticesinde oluşan *ikincil ayıplar*³³², alıcı açısından bir mülkiyet hakkı ihlali oluşturmaz³³³. Aynı

³²⁸ Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO Intro. art. 197-210 N 20; Gauch, **Entreprise**, N 2342; Yavuz, **Ayıp**, s. 238; **İsvFM**, ATF 64 II 254 = JdT 1939 I 42; ATF 90 II 86 = JdT 1964 I 560; **İsvFM**, 30.10.2015, 4A_261/2015.

³²⁹ Becker, **BernerKomm**, OR Vorbem. zu Art. 41-60 N 1.

³³⁰ Stanislas, **Résolution**, s. 188; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO Intro. art. 197-210 N 20; Yavuz, **Ayıp**, s. 235; Gauch, **Entreprise**, N 2345; Pichonnaz, **Dommage consécutif**, s. 150; Werro, **Défaut de l'ouvrage**, s. 66; **İsvFM**, 30.10.2015, 4A_261/2015.

³³¹ Pichonnaz, **Dommage consécutif**, s. 150; Werro, **Défaut de l'ouvrage**, s. 66 vd.; **İsvFM**, 30.10.2015, 4A_261/2015. Bir elektrikli fritöz tesliminde İsviçre Federal Mahkemesi, satılanı tehlike doğurmaya elverişli bir makine olarak nitelendirmiş ve *satıcının tehlikeli bir durum yaratan kişinin söz konusu tehlikeyi önlemeye yönelik tedbirler alması gerektiği* yönündeki davranış kuralını ihlal ettiğine karar vermiştir. Bkz. **İsvFM**, ATF 90 II 86 = JdT 1964 I 560. Başka bir kararında Federal Mahkeme, 18 karatlık bir saat satışında saatin 14 karat çıkması üzerine satıcının *ticari işlerdeki dürüstlük kurallarını ihlal ettiğinden hareketle* haksız fiil ika ettiğine karar vermiştir. Bkz. **İsvFM**, ATF 67 II 132. Ayrıca bkz. Stanislas, **Résolution**, s. 188 vd.

³³² *Birincil ayıplar*, daha sonra ortaya çıksa bile, satılanın teslimi anında satılarda mevcut olan nitelik eksiklikleridir *İkincil ayıplar* ise, birincil ayıplardan türeyen, ondan kaynaklanan ve teslim anında satılarda bulunmayıp teslimden sonra ortaya çıkan ayıplardır. Kural olarak satılanın tesliminden, yani hasarın alıcıya intikalinden sonra ortaya çıkan nitelik eksikliklerinden satıcı sorumlu değildir. Ancak, ikincil ayıplar kaynağını birincil ayıplardan aldığı için satıcı bu ayıplardan da sorumludur. Her ne kadar alıcı malik haline geldikten sonra ayıp meydana gelse de, salt ayıplı teslim olgusu, hukuka aykırı fiil sayılmadığı için alıcının mülkiyet hakkının ihlal edildiği söylenemez. Bu konuda bkz. **İsvFM**, 30.10.2015, 4A_261/2015; Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 3760; Gauch, **Entreprise**, N 1470, 1471, 2345; Pichonnaz, **Dommage consécutif**, s. 150; Pascal Pichonnaz, “Du défaut primaire et du défaut secondaire et de l’incidence de cette distinction sur le délai de prescription (Commentaire d’arrêt 4A_109/2014)”, **DC 2014**, s. 285-287 (Défaut primaire).

³³³ **İsvFM**, 30.10.2015, 4A_261/2015; Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 3760; Gauch, **Entreprise**, N 2345; Pichonnaz, **Dommage consécutif**, s. 150; Werro, **Défaut de l'ouvrage**, s. 66; Pascal Pichonnaz, Thomas Siegenthaler, Hubert Stöckli, Franz Werro, “Werkvertrag/Contrat d’entreprise

şekilde, özel bir koruma normunu ihlal etmediği müddetçe, ayıplı ifa sebebiyle meydana gelen salt ekonomik zararlar da alıcının mutlak bir hakkı ihlal edilmediği için, objektif hukuka aykırılık teorisi uyarınca haksız fiil teşkil etmez³³⁴.

Her ne kadar, haksız fiil sorumluluğu için öngörülen zamanaşımı süresi, TBK m. 72 uyarınca iki yıl olsa da, söz konusu süre, mağdurun zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği andan itibaren başladığı için, haksız fiilde zamanaşımı süresi satılanın teslimiyle başlayan ayıptan sorumluluk hükümlerinde öngörülen zamanaşımı süresine göre (TBK m. 231) alıcının daha lehinedir. Ancak, haksız fiil sorumluluğunun genel borca aykırılık rejimine göre daha iyi giderim imkânı sunduğu söylenemez. Genel borca aykırılık rejiminde, alıcı lehine getirilmiş olan kusur karinesi bir yana bırakılacak olursa, TBK m. 112 uyarınca talep edilecek olan tazminat talebi için, TBK m. 146 hükmünde, alıcı lehine daha uzun bir zamanaşımı süresi öngörülmektedir. Zira, TBK m. 72 hükmünde düzenlenen üst süre, zarar verici fiilin işlendiği tarih olan ayıplı teslimle başlayacağı için³³⁵, genel borca aykırılık rejiminde zamanaşımı süresinin başlama anı açısından savunulan görüşlerden hangisi benimsenirse benimsensin³³⁶, haksız fiil sorumluluğu, alıcı açısından daha elverişsiz sonuçlar doğurmaktadır. Özetle, ayıplı ifa, her zaman bir borca aykırılık teşkil edeceği için, somut olay açısından haksız fiil sorumluluğunun şartları gerçekleşmiş olsa da, alıcı açısından daha iyi giderim imkânı sunan borca aykırılık hükümlerine başvurmak, daha avantajlıdır ve aksi talep edilmedikçe, hâkiminin TBK m. 49 yerine, TBK m. 112 uyarınca, borcun gereği gibi ifa edilmemiş olması sebebiyle tazminata hükmetmesi gerekmektedir (TBK m. 60)³³⁷. Haksız fiil rejiminin ayıptan sorumlulukla yarışması meselesi, ayıptan sorumluluk için aranan şartların, genel borca aykırılık rejimine de uygulanmasını savunan görüş açısından (*sınırlı yarışma*

(Commentaire d'arrêt 4A_261/2015, ZK 2 13 23, BGE 141 III 596, 4A_9/2015, 4A_106/2015, CO09.00530, HG120187)", **DC 2016**, s. 167-172 (Contrat), s. 169.

³³⁴ **İsvFM**, 3.4.2018, 4A_285/2017 = SJ 2019 I 265; 30.10.2015, 4A_261/2015; 12.1.2015, 4A_428/2014; **İsvFM**, ATF 133 III 323; ATF 141 III 112; Pichonnaz, **Dommage consécutif**, s. 148; Pichonnaz, Siegenthaler, Stöckli, Werro, **Contrat**, s. 168, 169; Werro, **Défaut de l'ouvrage**, s. 66.

³³⁵ Bu konudaki tartışmalar için bkz. yukarıda B.2/II/B/1/c/ii.

³³⁶ Bkz. yukarıda B.2/II/B/1/c.

³³⁷ Tarafların bir den fazla hukuki sebep belirtmiş, hukuki sebep belirtmemiş veya yanlış belirtmiş olmaları ihtimalinde dahi hâkimin en iyi giderim sunan sebebe dayalı olarak karar verebilecektir. Bkz. Nur Bolayır, **Medenî Usûl Hukuku'nda Hâkimin Hukuku Re'sen Uygulaması İlkesi**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019 (Re'sen Uygulama), s. 285 vd. Sözleşme ile haksız fiilden kaynaklanan hakların yarışması ve TBK m. 60 kapsamında hâkimin hukuku re'sen uygulaması konusunda detaylı ve yerinde açıklamalar için bkz. Bolayır, **Re'sen Uygulama**, s. 292-298.

görüşü bakımından)³³⁸ önem kazanmaktadır. Zira, gözden geçirme ve bildirim külfetlerini yerine getirmeyen yahut kısa zamanaşımı süresini kaçırmış olan alıcı, hiç değilse şartları gerçekleştiği ölçüde, haksız fiil sorumluluğuna başvurmak isteyecektir.

Öte yandan, TBK m. 225 uyarınca satıcının satılanı ayıplı olarak teslim etmekte *ağır kusurlu (ağır ihmal yahut kasıtlı)* olduğu hallerde, alıcının gözden geçirme ve bildirim külfetlerini yerine getirmesi aranmayacağı gibi, TBK m. 231 f. II uyarınca ayıptan doğan taleplerini on yıllık genel zamanaşımı süresi içinde (TBK m. 146) ileri sürebilecektir³³⁹. Bu durumda alıcı, ayıp bildiriminde bulunmamış olsa bile, on yıllık zamanaşımı süresi boyunca, ayıptan sorumluluk rejiminin sunduğu elverişli hukuki imkânlardan faydalanma olanağına sahip olacaktır. Diğer taraftan, ayıplı ifa, her durumda bir borca aykırılık teşkil ettiği için, alıcı ağır kusurlu olan satıcıdan, on yıllık zamanaşımı süresi içinde, genel hükümler uyarınca (TBK m. 112) tazminat talep edebilecektir. O halde, yukarıda ifade edilen sınırlı yarışma görüşü kabul edilse bile, satıcının satılanı ayıplı olarak teslim etmekte ağır kusurlu olması durumunda, alıcının haksız fiil sorumluluğu çerçevesinde tazminat talep etmesine gerek olmadığı gibi, ayıplı ifa sebebiyle tazminat talebinde bulunulması durumunda, hâkimin TBK m. 60 uyarınca alıcıya daha iyi giderim imkânı sağlayan sözleşmesel sorumluluk hükümlerine veya ayıptan sorumluluk rejimine dayanması gerekmektedir. Sonuç olarak, alıcının ayıplı ifa nedeniyle satıcının haksız fiil sorumluluğuna başvurup başvuramayacağı yönündeki tartışma, satıcının satılanı teslim etmekte *hafif kusurlu* olduğu haller açısından önem kazanır. Bu sebeple, aşağıda yer verdiğimiz görüşlerin pratik önemi, hukuk sistemimiz açısından sınırlıdır³⁴⁰.

³³⁸ Bkz. yukarıda B.2/II/B/1/b.

³³⁹ Örneğin bkz. Stanislas, **Résolution**, s. 167; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 210 N 16; Huguenin, **OR**, N 2636; Honsell, **BaslerKomm**, OR Art. 210 N 3; Engel, **Contrats**, s. 107; Gauch, **Entreprise**, N 2197, 2275 vd.; Giger, **BernerKomm**, OR Art. 210 N 73; Pedrazzini, **Dissimulation**, N 1101 vd.; Witschi, **Garantiefristen**, s. 58; Tandoğan, **Borçlar Özel**, Cilt I/1, s. 203; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 89; Gümüş, **Borçlar Özel**, s. 115-116; **İsvFM**, 7.9.2010, 4A_301/2010; **Yargıtay** HGK, T. 27.3.2015, E. 2013/19-1696, K. 2015/1109 (kazancı). Detaylı bilgi için bkz. aşağıda B.4/III/B/1.

³⁴⁰ Mehaz İsviçre Borçlar Kanunu CO art. 203 ve art. 210 hükümleri (eBK m. 200 ve m. 207) TBK m. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na aynen alınmamış, 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde "*kast*" olan kusur seviyesi "*ağır kusur*" seviyesine indirilmiştir. Halen İsviçre Hukuku'nda CO art. 203 hükmünde, satıcının alıcıyı *iğfal etmesi* yani *kasten yanıltması (aldatması)* durumunda, ayıbın zamanında bildirilmediğini satıcıya karşı ileri süremeyeceği, ayrıca CO art. 210 al. VI hükmünde kısa zamanaşımı süresinden yararlanamayacağı belirtilmektedir. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. B.4/I/B. CO art. 210 hükmünde 1 Ocak 2013 tarihinde yürürlüğe giren değişikliklerle pek çok açıdan detaylı hükümler öngörülmüş olsa da, İsviçre kanun koyucusu,

b. Maddi Tazminat

Satıcının haksız fiil sorumluluğuyla ayıptan sorumluluğun yarışabileceğinin genel olarak kabul edilmesine rağmen, haksız fiil sorumluluğuna başvurmak isteyen alıcının gözden geçirme ve bildirim külfetleri ile özellikle kısa zamanaşımı süresine riayet etmesinin gerekip gerekmediği yönünde, öğretide görüş birliği bulunmamaktadır. TBK m. 49 hükmü konumuz açısından değerlendirildiğinde, haksız fiil sorumluluğunun özellikle alıcının mülkiyet hakkını koruduğu anlaşılabacaktır³⁴¹. Örneğin, ayıplı bir depodan sızan mazotun, ayıplı bir çatıdan akan yağmur suyunun alıcının eşyalarına veya bir depoda bulunan hammaddelere zarar vermesi, ayıplı bir binanın çökmesi, ayıplı bir makinanın yangına sebebiyet vermiş olması, satın alınan bir hayvandaki mevcut hastalığın alıcının diğer hayvanlarının ölümüne sebep olması, antika bir eserdeki tahtakurularının alıcının mobilyalarına zarar vermesi, satın alınan bakliyatındaki kurtların yahut kumaşlardaki güvelerin alıcının diğer mallarına da bulaşması gibi hallerde, alıcının mülkiyet hakkı ihlal edilmektedir.

İşte, bu gibi hallerde, öğretide savunulan bir görüşe göre³⁴², satıcının haksız fiil sorumluluğuna başvurmak isteyen alıcı, genel borca aykırılık rejiminde olduğu gibi, gözden geçirme ve bildirim külfetlerini yerine getirerek, kısa zamanaşımı süresi içinde tazminat talebini ileri sürmelidir. Zira, bu görüşe göre, ayıptan sorumlulukta özel hükümler ihdas eden kanun koyucunun açık iradesi, satılanın ayıplı olarak kabulünün etkisi (TBK m. 223 f. II) ve zamanaşımı süreleri (TBK m. 231 ve m. 244 f. II) gibi düzenlemelerin, diğer bütün giderim imkânlarına da uygulanması gerektiği yönündedir. İsviçre Federal Mahkemesi, eski tarihli bir kararında³⁴³ (*Juvénia kararı*), daha önceki içtihadında³⁴⁴ kabul ettiği tam yarışma esasını bırakmış; alıcının bildirim külfetini yerine getirmemesi sonucunda, sadece borca aykırılık uyarınca değil, aynı zamanda haksız fiil uyarınca da satıcıdan tazminat isteme hakkını yitirdiğine hükmetmiştir. Sonraki kararında, Federal Mahkeme, hayvan satışında ayıptan

olağanüstü zamanaşımı süresi için öngörülen kast seviyesini indirmemiştir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile Türk kanun koyucusu, oldukça isabetli bir şekilde bu seviyeyi ağır kusura indirerek, alıcı lehine ayıptan sorumluluk rejiminin katı şartlarını yumuşatmış ve daha etkin bir koruma sistemi oluşturmuştur. Söz konusu küçük değişikliğin etkileri ve uygulama alanı oldukça büyük ve önemlidir.

³⁴¹ Gauch, *Entreprise*, N 2344.

³⁴² Schubiger, *Verhältnis*, s. 138. Ayrıntılı bilgi için bkz. Gauch, *Entreprise*, N 2347-2357.

³⁴³ *İsvFM*, ATF 67 II 132.

³⁴⁴ *İsvFM*, ATF 64 II 254 = JdT 1939 I 42.

sorumluluğa ilişkin şartların, haksız fiil sorumluluğu açısından gerçekleşmesini aramamışsa da³⁴⁵, güncel kararlarında sorunu günümüze değin çözümsüz bırakmıştır³⁴⁶. İsviçre Federal Mahkemesi, ayıptan sorumluluk için öngörölmüş olan kısa zamanaşımı süresinin haksız fiil sorumluluğu açısından uygulanıp uygulanmayacağı konusunda ise, herhangi bir görüş beyan etmemiştir³⁴⁷. Ancak, Federal Mahkeme, güncel bir kararında, ayıptan sorumlulukta kısa zamanaşımı süresi ile gözden geçirme ve bildirim külfetine hiç değinmeksizin, haksız fiil sorumluluğunun şartlarının gerçekleşmesi ihtimalinde, haksız fiil sorumluluğu ile ayıptan sorumluluğun yarışabileceğini belirtmiştir³⁴⁸. Söz konusu karar, öğretide ayıplı ifa sonucunda söz konusu olan haksız fiil sorumluluğunun, ayıptan sorumlulukta öngörölen zamanaşımı sürelerine (TBK m. 231 ve m. 244 f. III) değil; TBK m. 72 (CO art. 60) uyarınca, iki ve on yıllık zamanaşımı sürelerine tabi olduğu şeklinde yorumlanmıştır³⁴⁹.

Öğretide baskın görüşü savunan yazarlar³⁵⁰ ise haksız fiil sorumluluğunu ayıptan sorumluluk şartlarına tabi tutmayarak, iki kurum arasında tam yarışma esasını benimsemektedir. Zira, satış sözleşmesine dayanan ayıptan sorumluluk için

³⁴⁵ Bkz. Schubiger, *Verhältnis*, s. 134, 137.

³⁴⁶ *İsvFM*, ATF 90 II 86 = JdT 1964 I 560; ATF 114 II 132 = 1988 I 512. “ATF 114 II 132” numaralı kararında İsviçre Federal Mahkemesi’nin haksız fiil sorumluluğunun ayıptan sorumluluk şartlarına tabi olmadığı yönünde bir eğiliminin bulunduğu yönünde bkz. Gauch, *Entreprise*, N 2351.

³⁴⁷ Venturi, Zen-Ruffinen, *CommRomand*, CO Intro. art. 197-210 N 20; Honsell, *BaslerKomm*, OR Vorbem. Art. 197-210 N 7.

³⁴⁸ *İsvFM*, 30.10.2015, 4A_261/2015, c. 4.1. Kararın detaylı bir değerlendirmesi için bkz. Pichonnaz, *Dommage consécutif*, s. 148 vd.; Pichonnaz, Siegenthaler, Stöckli, Werro, *Contrat*, s. 168, 169.

³⁴⁹ Pichonnaz, *Dommage consécutif*, s. 150. TBK m. 72 hükmünde düzenlenen, haksız fiil sorumluluğunda zamanaşımı süresinin başlangıç anı açısından bkz. Develioğlu, *Zamanaşımı*, s. 787.

³⁵⁰ Venturi, Zen-Ruffinen, *CommRomand*, CO Intro. art. 197-210 N 21; Honsell, *BaslerKomm*, OR Vorbem. Art. 197-210 N 7; Müller-Chen, *CHK*, OR Art. 210 N 3; Honsell, *OR BT*, s. 109; Chaix, *CommRomand*, CO art. 368 N 68; Giger, *BernerKomm*, OR Vorbem. zu Art. 197-210 N 55; Guhl, Koller, *Obligationenrecht*, § 42 N 48; Bouverat, Wessner, *AJP 2010*, s. 969; Cavin, *Vente*, s. 110, 111; Yavuz, *Ayip*, s. 239, 240; Eren, *Borçlar Özel*, N 381; Venturi, *Réduction*, N 1635; Neuenschwander, *Schlechterfüllung*, s. 92; Gauch, *Entreprise*, N 2348; Tercier, Bieri, Carron, *Contrats*, N 653; Werro, *Défaul de l’ouvrage*, s. 69, 70; Pedrazzini, *Entreprise*, s. 27; Benedick, Vischer, *Verjährungsregeln*, N 60; Müller-Chen, Girsberger, Droese, *OR BT*, s. 82; Franz Werro, “La vente dans la jurisprudence récente”, *La pratique contractuelle, actualité et perspectives: Symposium en droit des contrats*, (éd. : Franz Werro, Pascal Pichonnaz), Schulthess Éditions Romandes, Genève, 2009 (Vente), s. 19.

Bu görüşü savunan yazarlardan Gauch, “*Werkvertrag*” adlı eserinin önceki basılarında (*Der Werkvertrag*, 3. Aufgabe, Zürich 1985, N 1714) zararın niteliği bakımından bir ayırım yaparak, sözleşmeden doğan tipik riskin yansması olarak görülebilecek salt malvarlığı zararlarının ayıptan sorumluluk şartlarına tabi olmasını; ancak, bedensel zarar gibi sözleşme çerçevesinde değerlendirilemeyecek zararların haksız fiil kapsamında serbestçe talep edilebilmesini savunmuştur. Eserinin sonraki basılarında önerdiği ayırımın güçlüklerine dikkat çekerek tam yarışma esasını benimsemiştir. Bkz. Gauch, *Entreprise*, N 2348. Bu ayırımın Alman Hukuku’nda mevcut olduğu yönünde bkz. Werro, *Défaul de l’ouvrage*, s. 66, 67.

öngörülen şartların, aralarında özel-genel hüküm ilişkisi bulanmayan ve kanunda eşit temellere dayanan (*Gleichrangigkeit des Vertrags- und Deliktsrechts*), ayrı bir borç kaynağı olan haksız fiil sorumluluğuna uygulanması, kurumun yapısına aykırıdır³⁵¹. Öte yandan, sıradan bir haksız fiil mağduruna nazaran, bir satış sözleşmesi vesilesi ile mutlak hakkı ihlal edilmiş olan mağdur, diğerinden daha az korunmaya layık değildir³⁵². Bu açıdan, taraflar arasındaki satış sözleşmesinin varlığı, kanun tarafından kendisine tanınan ayıptan doğan hakları kullanmadığı gerekçesiyle, mağdurun durumunu ağırlaştırmamalıdır³⁵³. Zira, bir sözleşme akdetmekle birlikte, tarafların borcun ifası sırasında meydana gelecek haksız fiillerden doğabilecek sorumluluğu, bu şekilde sınırlandırma iradeleri bulunmamaktadır. Alıcının özen yükümlülüğünü ihlal ederek, satılanı muayene etmemesi durumunda veya iki yıllık kısa zamanaşımı süresinden sonra talebini ileri sürmesi ihtimalinde, söz konusu ihmalin, ancak tazminatın belirlenmesi açısından bir indirim sebebi olarak (TBK m. 52) nazara alınabileceği ifade edilmektedir³⁵⁴.

c. Manevi Tazminat

Satılanın ayıplı tesliminin alıcının malvarlığı hakları açısından yarattığı zarar tehlikesi, aynı zamanda şahıs varlığı hakları açısından da mevcuttur. Zira, satılarda bulunan ayıp, koruma yükümlülüklerinin ihlali neticesinde, çoğu kez alıcının ruh ve beden bütünlüğünü (*bütünlük menfaati - intérêt à l'intégrité - Erhaltungsinteresse*) zedeleyebilmekte, yaralanmasına sebep olabilmekte veya çeşitli sakatlıklara yol açabilmektedir³⁵⁵. Meydana gelen manevi zararın tazmini ise, en az maddi zarar

³⁵¹ Cavin, **Vente**, s. 111; Giger, **BernerKomm**, OR Vorbem. zu Art. 197-210 N 55; Yavuz, **Ayıp**, s. 239; Werro, **Vente**, s. 19; Werro, **Défaut de l'ouvrage**, s. 68, 69.

³⁵² Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 653; Gauch, **Entreprise**, N 2348; Werro, **Défaut de l'ouvrage**, s. 69, 70; Chaix, **CommRomand**, CO art. 368 N 68.

³⁵³ Werro, **Défaut de l'ouvrage**, s. 69; Chaix, **CommRomand**, CO art. 368 N 68.

³⁵⁴ Cavin, **Vente**, s. 111; Katz, **Sachmängel**, s. 153; Bettems, **Garantie**, s. 99; **İsvFM**, ATF 64 II 254 = JdT 1939 I 42. Alıcının ayıptan doğan külfetleri ihmal etmesi veya kısa zamanaşımı süresi dışında talebini ileri sürmesi ile meydana gelen zarar arasında herhangi bir nedensellik ilişkisinin bulunmaması sebebiyle söz konusu ihmalin, tazminatın indirilmesinde nazara alınamayacağı görüşünde bkz. Werro, **Défaut de l'ouvrage**, s. 70.

³⁵⁵ Arzu Genç Arıdemir, **Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Tazminat**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2008 (Manevi Tazminat), s. 118; **Yargıtay** 13. HD, T. 2.5.2016, E. 2015/8622, K. 2016/11964 (kazancı): "...Davacı ... ayıplı satılan meyve suyu sebebiyle vücut bütünlüğünün ve ruh sağlığının bozulduğunu, bir daha meyve suyu içemediğini ileri sürerek oluşan manevi zararın giderilmesi için 30.000 TL manevi tazminatın dava tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalıdan tahsilini istemiştir...Dava, ayıplı ürün sebebiyle manevi tazminat istemine ilişkindir... Dava konusu olayın gelişimi ve yukarıda belirtilen ilkeler gözetilerek, mahkemece takdir edilecek makul bir miktar manevi tazminata hükmedilmesi gerekirken, yazılı şekilde davanın reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı

kadar önemlidir. TBK m. 114 f. II hükmünün haksız fiil hükümlerine yaptığı atıf uyarınca, borca aykırı davranışın yol açtığı manevi zararın tazmini, TBK m. 58 ve m. 56 hükümlerinin kıyasen uygulanması sonucunda, borca aykırılık hükümleri çerçevesinde de talep edilebilmektedir³⁵⁶. İşte böyle durumlarda, ayıptan sorumlulukta öngörülen seçimlik haklarla beraber, TBK m. 58 veya m. 56 uyarınca manevi tazminat talebi de satıcıya karşı *kümülatif* olarak ileri sürülebilir³⁵⁷. Belirtmek gerekir ki, manevi zararın TBK m. 58 ve m. 56 hükümleri haricinde, TBK m. 229'da ifade edilen doğrudan ve dolaylı zarar³⁵⁸ ayırımı kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir. Zira, manevi tazminat alacağının ayıplı ifanın doğrudan sonucu olarak değerlendirilmesinin ve doğrudan zarar başlığı altında nitelendirilerek kusursuz sorumluluk rejimi uyarınca talep edilmesinin mümkün olmadığı haklı olarak ifade edilmektedir³⁵⁹.

Alıcının haksız fiilden doğan tazminat talebini ayıptan sorumluluk şartlarına tabi kılan görüşü savunan pek çok yazar dahi, manevi tazminat talebinin ayıptan doğan zamanaşımı ile gözden geçirme ve bildirim külfetlerine tabi olmadan ileri sürülebileceğini kabul etmektedir³⁶⁰. Bizim de katıldığımız bu görüş uyarınca,

gerektirir..."; **Yargıtay** 13. HD, T. 26.11.2013, E. 2013/16398, K. 2013/16634 (kazancı). *Bütünlük menfaati* kavramı ve ayıptan sorumlulukla ilişkisi açısından bkz. Ergüne, **Zarar**, s. 66 vd. Ayrıca bkz. Doğan Kara, "Manevi Tazminat Alacağının Üçüncü Kişiye Devri ve Miras Yoluyla İhtikali", **Prof. Dr. Feyzi Necmeddin Feyzioğlu'nun Anısına Armağan**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 355-396 (Manevi Tazminat), s. 358 vd.

Aracın hava yastığının ayıplı olması nedeniyle hava yastığından çıkan gazın alıcıda ciddi yanıklara sebebiyet vermesi sonucunda, bedel indirimiyle birlikte ileri sürülen manevi tazminat talebini konu alan başka bir karar için bkz. **Yargıtay** 13. HD, T. 21.10.2015, E. 2014/38179, K. 2015/30867 (kazancı).

³⁵⁶ Franz Werro, **La responsabilité civile**, (avec la collaboration de Annick Achantari, Sébastien Chaulmontet, Josiane Haas), Stämpfli Edition SA, Berne, 2005 (Responsabilité), N 34; Pierre Tercier, **Le nouveau droit de la personnalité**, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, 1984 (Personnalité), N 1973; Jürg Koller, **Genugtuung aus Vertragsverletzung**, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2003 (Genugtuung), N 69 vd.; Genç Aridemir, **Manevi Tazminat**, s. 47 vd.; **İsvFM**, ATF 116 II 519 = JdT 1999 I 634; **Yargıtay** 6. HD, T. 5.6.2014, E. 2013/15173, K. 2014/7459 (kazancı): "...Sözleşmeye aykırı davranış manevi zarara yol açabilir. Manevi zarar mal varlığın da bir azalmayı değil ve fakat kişilik haklarına vaki tecavüz nedeniyle bir kimsenin duyduğu cismani ve manevi acı ve ızdırabı, elemi ve böylece yaşama zevkinde bir azalmayı ifade eder. TBK'nun 114. (BK. 98) maddesinin 2. fıkrasında "Haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hallerine de uygulanır" tarzında yapılan yollamanın kapsamına manevi tazminat da girmektedir. Manevi tazminat talep edilebilmesi için kişilik hakkına hukuka aykırı tecavüzle yani borca aykırı bir davranışla manevi zarar (kişilik hakkına vaki tecavüzden duyulan acı, elem ve ızdırab) arasında uygun illiyet bağı bulunmalıdır..."

³⁵⁷ Stanislas, **Résolution**, s. 189; Giger, **BernerKomm**, OR Vorbem. zu Art. 197-210 N 55.

³⁵⁸ Bu konuda ayrıca bkz. aşağıda B.2/II/C/2.

³⁵⁹ Gauch, **Entreprise**, N 1868; Tandoğan, **Borçlar Özel**, Cilt II, s. 205; Kara, **Doğrudan-Dolaylı Zarar**, s. 525.

³⁶⁰ Schubiger, **Verhältnis**, s. 138; Werro, **Défaut de l'ouvrage**, s. 70. Yargıtay'ın da ayıplı ifanın sebep olduğu manevi tazminat taleplerinde, ayrıca ayıptan sorumluluk için öngörülen şartların varlığı yönünde bir değerlendirme yapmadığı görülmektedir. Bu kararlar için bkz. **Yargıtay** 13.

manevi tazminat talebinin kabul edilmesi için, ayıplı ifanın alıcının kişilik haklarını ihlal ederek manevi zarara sebebiyet vermesi, başkaca şartlar aranmaksızın, yeterli görülmelidir. Öte yandan, ayıplı ifanın beden bütünlüğünü ihlal etmesi veya ölüme sebebiyet vermesi durumunda, bedensel zarar ve ölüm halinde, zarar görenin manevi tazminat talebini düzenleyen TBK m. 56 uyarınca, ayrıca manevi zarar değerlendirmesi yapılmaksızın, alıcının manevi tazminat talebi kabul edilmelidir. *Zira, borcun ayıplı ifası sebebiyle kişilik hakları ihlal edilen mağdur, tesadüfi sebeplerle kişilik hakları ihlal edilen mağdurdan daha az korunmaya layık değildir.*

Belirtmek gerekir ki, öğretide azınlıkta bazı yazarlar ise, satılanın ayıplı olmasından kaynaklanan sözleşmesel manevi tazminat talebinin, ancak gözden geçirme ve bildirim külfetlerinin yerine getirilmesi durumunda ve kısa zamanaşımı süresi içinde satıcıya karşı ileri sürülebileceğini savunmaktadır³⁶¹. Bu görüşe göre, satılanın ayıplı olması durumunda manevi tazminat talebi, taşınır satışında teslimden itibaren iki yıl, taşınmaz satışında mülkiyetin devrinden itibaren beş yıl geçmekle zamanaşımına uğrayacaktır³⁶².

3. Ayıptan Sorumluluk ve Yanılma

Satılanın ayıplı teslimi, TBK m. 32 uyarınca, aynı zamanda bir saikte yanılma³⁶³ da teşkil edebilir. Özellikle, satılanın niteliğine ilişkin bir saikin sözleşmenin esasına sirayet etmiş olması ihtimalinde, satılanın bildirilen veya beklenen söz konusu niteliği taşımaması, alıcı açısından hem ayıptan sorumluluğu hem de yanılma sebebiyle sözleşmenin geçersiz kılınması ihtimallerini beraberinde getirmektedir³⁶⁴. Böylece, nitelik eksikliği, aynı zamanda sözleşmenin esasına

HD, T. 2.5.2016, E. 2015/8622, K. 2016/11964 (kazancı); **Yargıtay** 13. HD, T. 26.11.2013, E. 2013/16398, K. 2013/16634 (kazancı); **Yargıtay** 13. HD, T. 21.10.2015, E. 2014/38179, K. 2015/30867 (kazancı).

³⁶¹ Gauch, **Entreprise**, N 1868, 2202; Koller, **Genugtuung**, N 323; Tandoğan, **Borçlar Özel**, Cilt II, s. 205; Genç Arıdemir, **Manevi Tazminat**, s. 270, 271.

³⁶² Koller, **Genugtuung**, N 323; Gauch, **Entreprise**, N 1868, 2202.

³⁶³ Detaylı bir değerlendirme için bkz. Erhan Kanişlı, **İsviçre-Türk Borçlar Hukukuna Göre Sözleşmenin Kurulmasında Yanılma**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018 (Yanılma), s. 427 vd.

³⁶⁴ Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO Intro. art. 197-210 N 10; Koller, **OR BT**, § 4 N 225; Louis Magnin, **Concurrence de l'action en garantie (art. 197 C.O.) avec l'action en nullité pour cause d'erreur (art. 24, ch. 4, C.O.)**, Thèse présentée à la Faculté de droit de l'Université de Fribourg, Imprimerie de L'œuvre de Saint-Paul, Fribourg (Concurrence), s. 68 vd.; Wilhelm Schönenberger, "Alternative Anwendbarkeit der Irrtumsvorschriften (Art. 24 OR) und der Bestimmungen über Gewährleistung beim Kauf (Art 197 f. OR)", **SJZ 20/1944**, s. 305-308 (Anwendbarkeit), s. 305 vd.; Peter Gauch, "Sachgewährleistung und Willensmängel beim Kauf einer mangelhaften Sache-Alternativität der Rechtsbehelfe und Genehmigung des Vertrages",

yönelik bir irade eksikliği şeklinde kendisini göstermektedir³⁶⁵. Bu durumda, her iki kurum arasında *seçenekli (tam)* veya *sınırlı* bir yarışmanın mı söz konusu olacağı, yoksa iki kurumun birbirini dışladığının mı kabul edileceği sorularının cevaplandırılması oldukça önemlidir.

Öğretide savunulan bir görüşe göre³⁶⁶, ayıplı ifa, alıcıya TBK m. 32 uyarınca sözleşmeyi geçersiz hale getirme yetkisi vermez. Zira, alıcı daha elverişli hukuki koruma sağlayan ayıptan sorumluluk yerine, yanılma hükümlerine, genellikle gözden geçirme ve bildirim külfetlerini ihmal ederek ayıptan doğan haklarını kaybettiği, yahut zamanaşımı süresinin kaçırılmış olduğu hallerde başvuracaktır. İşte, bu gibi durumlarda, ayıptan doğan külfetlerin yerine getirilmemesi sebebiyle kaybedilen, yahut zamanaşımının tamamlanması sonucunda zayıflayan bir korumadan alıcı, genel hükümler aracılığıyla yararlandırılmamalı; özel hükümlerin öngördüğü hukuki düzenin, genel hükümler aracılığıyla arkadan dolanılmasının önüne geçilmelidir. Ayıptan sorumlulukta hedeflenen ticari işlem güvenliğinin yeniden tesis edilmesi ve ayıplı ifa sonucunda meydana gelen hukuki durumun, bir an evvel açıklığa kavuşturularak, taraflar arasında bozulan menfaatler dengesinin tekrar sağlanması amaçları da varılan bu sonucu desteklemektedir³⁶⁷. Öte yandan, bu görüşe göre, ayıptan sorumluluk hükümleri, yanılma hükümlerine nazaran özel hüküm teşkil ettiği

recht 2001, s. 184-190 (Alternativität), s. 184; Hans Merz, *Sachgewährleistung und Irrtumsanfechtung*, **Vom Kauf nach Schweizerischem Recht, Festschrift zum 70. Geburtstag von Prof. Dr. Theo Guhl**, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, 1950, s. 87-107 (Sachgewährleistung), s. 88 vd.; Heinrich Honsell, “Die Konkurrenz von Sachmängelhaftung und Irrtumsanfechtung - Irrungen und Wirrungen”, **SJZ 103/2007**, s. 137-145 (Konkurrenz), s. 137 vd.; Kanışlı, **Yanılma**, s. 427.

³⁶⁵ Ayıptan sorumluluk ile yanılma hükümlerinin yarışması, kural olarak parça satışının söz konusu olduğu satış sözleşmeleri açısından gündeme gelecektir. Zira, çeşit satışında sözleşme kurulduğu sırada henüz satılan ferdileşmemiş olduğundan, satılanın niteliği alıcıyı sözleşme akdetmeye itecek bir saik teşkil etmez; meğerki, çeşidin tamamında bir nitelik eksikliği mevcut olsun. Bkz. Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO Intro. art. 197-210 N 10; **İsvFM**, ATF 133 III 335 = SJ 2007 I 457. Kararın eleştirisi için bkz. Christoph Brunner, Markus Vischer, “Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Kaufvertragsrecht im Jahr 2007”, **Jusletter**, 13. Oktober 2008 (Rechtsprechung), N 35 vd.; Thomas Koller, “Bundesgericht, I. Zivilrechtliche Abteilung, 19. Februar 2007, B.Y. AG gegen E. Versicherungsgesellschaft (4C.300/2006), BGE 133 III 335”, **AJP 2007**, s. 1183-1192 (Bundesgericht).

³⁶⁶ Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO Intro. art. 197-210 N 12; Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 649; Engel, **Contrats**, s. 50; Cavin, **Vente**, s. 115; Werro, **Vente**, s. 16; Schwenzer, **BaslerKomm**, OR Vorbem. Art. 23-31, N 10; Schwenzer, **OR AT**, N 39.41; Magnin, **Concurrence**, s. 106; Honsell, **BaslerKomm**, OR Vorbem. Art. 197-210 N 9; Honsell, **Konkurrenz**, s. 141; Koller, **OR AT**, § 14 N 96; Merz, **Sachgewährleistung**, s. 91; Becker, **BernerKomm**, OR Art. 24 N 22; von Büren, **OR BT**, s. 201; Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 79 vd. (Yazarın daha sonra görüşünü değiştirdiği anlaşılmaktadır. Bkz. Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Genel**, s. 410 vd.).

³⁶⁷ Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO Intro. art. 197-210 N 12; Schwenzer, **BaslerKomm**, OR Vorbem. Art. 23-31, N 10; Honsell, **BaslerKomm**, OR Vorbem. Art. 197-210 N 9; Becker, **BernerKomm**, OR Art. 24 N 22; Cavin, **Vente**, s. 115.

için, ayıplı ifa sebebiyle, alıcının genel hükümlere başvurma şeklinde bir hukuki imkânı da mevcut değildir. Zira, bu görüşe göre, ayıptan sorumluluk ile nitelikte yanılma aynı olguya hukuki sonuç bağladığı için, ayıptan sorumluluk hükümleri, nitelikte yanılmaya nazaran özel hüküm (*lex specialis*) teşkil etmekte ve genel hüküm (*lex generalis*) niteliğindeki yanılma hükümlerini dışlamaktadır.

Öğretide savunulan diğer görüşe göre ise³⁶⁸, gözden geçirme ve bildirim külfetlerinin yerine getirilmiş olması ve satılanın tesliminden itibaren iki yıl içinde dava açılması ihtimalinde, alıcıya ayıptan sorumluluk hükümleri yanında, yanılma sebebiyle, sözleşmeyi geçersiz hale getirme imkânı tanınmaktadır. Zira, ayıptan sorumluluğun şartları yerine getirilmeden, yanılma hükümleriyle sözleşmenin geçersiz hale getirilmesi, ayıptan sorumluluk hükümlerini yanıltıcı ve gerçekte var olmayan (*illusoire - illusorisch*) bir görünüme sokar. Bu görüşe göre, ayıp bildirimini zamanında yerine getirmiş olan alıcı, satılanın tesliminden itibaren iki yıllık zamanaşımı süresi içinde, yanılma hükümleri uyarınca sözleşmenin iptal edildiğini def'i yoluyla satış bedelini talep eden satıcıya karşı ileri sürebilir³⁶⁹. Bu görüşü savunan yazarlar, yanılma hükümleri ile ayıptan sorumluluk hükümlerinin yarışması konusunda ortaya konulmuş olumlu ve olumsuz görüşleri birleştirerek, mevcut eleştirileri gidermeyi amaçlamışlarsa da, esasen ayıptan sorumluluk hükümlerinde öngörülen şartları yerine getirmiş olan alıcının, niçin yanılma hükümlerine başvurmak isteyeceği sorusunu cevaplandıramamışlardır.

Öğretide savunulan ve bizim de katıldığımız hâkim görüşe göre³⁷⁰, şartların elvermesi durumunda alıcı, dilerse yanılma hükümleri uyarınca sözleşmenin geçersiz

³⁶⁸ Schubiger, **Verhältnis**, s. 132, 133; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO Intro. art. 197-210 N 12 dn. 18'de anılan yazarlar.

³⁶⁹ Schubiger, **Verhältnis**, s. 133. Ancak, belirtmek gerekir ki, alıcı zaten bu sonucu TBK m. 231 f. I c. 2 (CO art. 210 al. V) hükmünde tanınmış olan def'i imkânını kullanarak da elde edebilmektedir. Sözleşmeden dönme def'ini ileri süren alıcı, satış bedelini ödemekten kaçınabilir. Bu sebeple, alıcının yanılma sebebiyle sözleşmeyi geçersiz hale getirmesi şart değildir. Detaylı bilgi için bkz. aşağıda B.5/III/E.

³⁷⁰ Schmidlin, **CommRomand**, CO art. 23, 24 N 72; Oser, Schönenberger, **ZürcherKomm**, OR Art. 197 N 5; Schönenberger, **Anwendbarkeit**, s. 307, 308; Giger, **BernerKomm**, OR Vorbem. zu Art. 197-210 N 61; Guhl, Koller, **Obligationenrecht**, § 42 N 63; Müller, Mader, **Contrats**, N 230; Bucher, **OR AT**, s. 194; Huguenin, **OR**, N 2636; Honsell, **OR BT**, s. 109; Herbert Schönle, "Remarques sur la responsabilité causale du vendeur selon les art. 195 al. 1 et 208 al. 2 CO", **SJ 1977**, s. 465-492 (Remarques), s. 474; Bettems, **Garantie**, s. 95; Keller, Siehr, **Kaufvertrag**, s. 109 vd.; Stanislas, **Résolution**, s. 183; Müller-Chen, **CHK**, OR Art. 210 N 3; Müller-Chen, Girsberger, Droese, **OR BT**, s. 82; Katz, **Sachmängel**, s. 118; Benedick, Vischer, **Verjährungsregeln**, N 63 vd.; Koller, Muster, **Verjährung**, s. 340 vd.; Tunçomağ, **Borçlar Özel**, s. 185; Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Cilt I, N 331 dn. 200; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Borçlar Genel**, s. 441; Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Genel**, s. 410 vd.; Serozan, **Borçlar Özel**, N 669; Eren, **Borçlar Özel**, N 380; Zevkliler, Gökyayla, **Borçlar Özel**, s. 140; Gümüş, **Borçlar Özel**, s. 67; Aral, Ayrancı, **Borçlar Özel**, s. 162; Şahiniz, **Ayıp**, s. 193; Nomer, **Borçlar Özel**, N

olduğunu ileri sürebilir, dilerse ayıptan sorumluluk hükümlerine başvurabilir. Bu açıdan, her iki kurum, biri diğerinin şartlarına tabi olmaksızın, birbiriyle seçenekli olarak yarışır. Konuya “*lex specialis derogat legi generali*” kuralıyla yaklaşmak doğru olmaz³⁷¹. Zira, gerek ayıptan sorumluluk, gerekse yanılma hükümleri, söz konusu sözleşme ilişkisine farklı açılardan yaklaşmaktadır. Saikte yanılma sözleşmenin kurulması esnasında bir irade sakatlığı şeklinde karşımıza çıkarken; ayıptan doğan garanti sorumluluğu, sözleşmenin ifası aşamasında kendisini gösterir ve ayıplı bir malın teslimi sonucunda, hızlı ve basit bir giderim mekanizması öngörür³⁷². Her iki giderim kümesinin kesişen ortak uygulama alanları olsa da, her iki kurumun sözleşme ilişkisi çerçevesinde üstlendikleri hukuki roller birbirinden ayrıdır. Bildirilen veya beklenen bir nitelik eksikliğiyle ilgilenen ayıptan sorumluluk ile, sağlıksız irade beyanlarıyla kurulmuş sözleşmenin geçersizliğinin ileri sürülmesini amaçlayan yanılma kurumunun, hukuki sonuçları ve bu sonuca hizmet eden araçları itibarıyla de birbirinden farklı olmasından hareketle, herhangi bir sınırlamaya tabi tutulmaksızın, birbirleriyle yarışabileceği kabul edilmelidir³⁷³.

Öğretide ifade edilen gerekçelere katılan İsviçre Federal Mahkemesi³⁷⁴ de ayıptan sorumluluk ile yanılma hükümlerinin özel-genel hüküm ilişkisi içerisinde bulunmadığının altını çizerek, herhangi bir koşul ileri sürülmeksizin her iki kurumun seçenekli olarak yarışabileceğini belirtmekte ve bu içtihadını yıllardır tutarlı bir

60.3; Hatemi, Gökyayla, **Borçlar Genel**, § 26 N 9; Kılıçoğlu, **Borçlar Özel**, s. 102; Kanışlı, **Yanılma**, s. 443; Aydoğdu, Kahveci, **Borçlar Özel**, s. 139; Kahveci, **Dönme**, s. 57; Kevork Acemoğlu, “Satılardaki Bozukluklar Hangi Süreler İçinde Dava Edilebilir?”, **İBD**, 1973/1-2, s. 24-36 (Karar Tahlili), s. 35.

³⁷¹ Olayın özelliklerine ve kurumların niteliklerine bakılmaksızın, her olaya özel kuralın uygulanmasının, kuralı *özel kural* olmaktan çıkarıp, *genel kural* seviyesine getirmek olduğu yönündeki açıklamaları için bkz. Katz, **Sachmängel**, s. 118; Merz, **Sachgewährleistung**, s. 91.

³⁷² Becker, **BernerKomm**, OR Art. 24 N 22; Schmidlin, **CommRomand**, CO art. 23, 24 N 71; Müller, Mader, **Contrats**, N 230; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Borçlar Genel**, s. 441.

³⁷³ Schmidlin, **CommRomand**, CO art. 23, 24 N 72; Müller, Mader, **Contrats**, N 230; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Borçlar Genel**, s. 441.

³⁷⁴ **İsvFM**, 2.12.2010, 4A_551/2010; 1.5.2007, 4C_321/2006; 24.6.2005, 4C.43/2005; 27.9.2004, 4C.197/2004; 16.3.2000, 4C.456/1999; **İsvFM**, ATF 127 III 83 = JdT 2001 I 140, SJ 2001 I 301; ATF 114 II 131 = JdT 1988 I 508 (*Picasso Kararı*); ATF 109 II 319 = JdT 1984 I 139; ATF 107 II 419 = JdT 1982 I 380; ATF 106 II 32 = JdT 1981 I 137; ATF 82 II 411 = JdT 1957 I 184 (*van Gogh Kararı*); ATF 82 II 420 = JdT 1957 I 187.

İsviçre öğretisinde bazı yazarlar Federal Mahkeme’nin özellikle sanat eserlerinin satışında alıcıyı korumak için söz konusu içtihadında ısrar ettiği belirtmekte ve ayıptan sorumlulukta kültür ve sanat eserleri için CO art 210 al. III hükmünde öngörülen otuz yıllık zamanaşımı süresi karşısında, mevcut içtihadında değişiklik yapabileceğini belirtmektedirler. Bkz. Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO Intro. art. 197-210 N 12; Honsell, **BaslerKomm**, OR Vorbem. Art. 197-210 N 9.

şekilde devam ettirmektedir³⁷⁵. Hatta, Federal Mahkeme, bazı kararlarında gerekçesini belirtmeksizin, söz konusu yarışmanın *örf ve âdet hukuku* haline geldiğini ifade etmiştir³⁷⁶. Öte yandan, Yüksek Mahkeme, söz konusu içtihadına bir istisna tanıyarak, hayvan satışında alıcının yanılma hükümleri uyarınca sözleşmeyi geçersiz hale getiremeyeceğini belirtmiştir³⁷⁷. Çünkü, hayvan satışında satıcı, satılarda bulunabilecek muhtemel hastalıkları öngöremediğinden, kanun koyucu burada satıcının sorumluluğunu kısa bir süre ile sınırlandırarak, satıcıyı korumayı amaçlamaktadır. Şayet hayvan satışında garanti sorumluluğunun bulunmadığı yahut bulunmasına rağmen, şartlarının sağlanmadığı hallerde, alıcıya yanılma hükümlerine başvurma hakkı verilirse, söz konusu kanuni sınırlamalar yüzeysel ve aldatıcı bir hal alacaktır. Federal Mahkeme'nin hayvan satışında öngördüğü bu istisna, öğreti tarafından herhangi bir objektif ayırıma dayanmadığı gerekçesiyle eleştirilmektedir³⁷⁸.

Yargıtay³⁷⁹ da, hâkim görüş doğrultusunda alıcının seçimlik olarak dilerse ayıptan sorumluluk hükümlerine, dilerse yanılma hükümlerine başvurabileceğini kabul etmektedir. Bu görüşünü 1958 yılında verdiği bir içtihadı birleştirme kararının gerekçesinde de ifade etmiş³⁸⁰ olup, güncel kararlarında da alıcının ayıptan

³⁷⁵ İsviçre Federal Mahkemesi söz konusu görüşünü 1916 yılından beri devam ettirmektedir. Bkz. **İsvFM**, ATF 42 II 494 = JdT 1917 I 581.

³⁷⁶ Belirtmemiz gerekir ki, İsviçre Federal Mahkemesi'nin, ayıptan sorumluluk hükümleriyle, genel borca aykırılık rejiminin tam yarışmasını kabul etmemesi; buna karşılık, yanılma hükümlerinde aksi bir çözümü takip etmesi eleştirilere sebep olmuştur. Bu nedenle Federal Mahkeme'nin bu farklı yaklaşımını haklı çıkarmak için örf ve âdet hukukuna dayandığı anlaşılmaktadır. Bu kararlar için bkz. **İsvFM**, ATF 98 II 15 = JdT I 547; ATF 114 II 131 = JdT 1988 I 508: "...il a mème prêtée à sa jurisprudence constante la valeur d'une règle de droit coutumier...". Söz konusu yarışmanın örf ve âdet hukukuna dayanan bir kural şeklinde yorumlanamayacağı; zira, "*opinio necessitatis*" şartının gerçekleşmediği görüşünde bkz. Stanislas, **Résolution**, s. 182; Cavin, **Vente**, s. 115; Merz, **Sachgewährleistung**, s. 91. Federal Mahkeme'nin bu yaklaşımının çelişkili olduğu yönünde bkz. Schwenzer, **OR AT**, N 39.40.

³⁷⁷ **İsvFM**, ATF 111 II 67 = JdT 1985 I 571; ATF 70 II 48 = JdT 1944 I 622 (*Romanens Kararı, servat.unibe.ch*). İsviçre Federal Mahkemesi, ayıptan sorumluluğun sözleşme ile kaldırıldığı hallerde yanılma hükümlerine başvurulamayacağı kanaatindedir. Bkz. **İsvFM**, 22.11.2012, 4A_492/2012; 16.3.2000, 4C.456/1999; ATF 91 II 275 = JdT 1967 I 37.

³⁷⁸ Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 649; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO Intro. art. 197-210 N 12; Honsell, **BaslerKomm**, OR Vorbem. Art. 197-210 N 10; Honsell, **Konkurrenz**, s. 141; Schönenberger, **Anwendbarkeit**, s. 307, 308; Giger, **BernerKomm**, OR Vorbem. zu Art. 197-210 N 66, 67; Cavin, **Vente**, s. 117.

Kanımızca, hayvan satışında da alıcı şartlar sağlandığı takdirde yanılma sebebiyle sözleşmeyi geçersiz hale getirebilmelidir. Zira, kusurlu olan alıcının, satıcının zararını tazmin etmesinin gerekmesi (TBK m. 35) bu sonucu haklı çıkarmaktadır.

³⁷⁹ **Yargıtay** 1. HD, T. 29.5.2017, E. 2017/2166, K. 2017/2961 (kazancı); **Yargıtay** 14. HD, T. 19.9.2006, E. 2006/5105, K. 2006/9417 (YKD 2007/4, s. 701).

³⁸⁰ **Yargıtay** İBK, T. 4.6.1958, E. 1958/6, K. 1958/15 (RG T. 1.10.1958, S. 10021): "...Nitekim; satılan malın ayıplı olması halinde Borçlar Kanununun 203. maddesi uyarınca aktin feshi istenebileceği gibi Borçlar Kanununun 24. maddesinin 4. bendi hükmünce vasıfta yanılma esasına dayanılarak da aktin feshi cihetine gidilebilir..."

sorumluluk şartlarına uyması gerekmeksizin sözleşmeyi yanılma sebebiyle geçersiz hale getirebileceğini savunmaktadır.

Kanımızca, alıcı isterse yanılma sebebiyle sözleşmeyle bağlı olmadığını satıcıya karşı ileri sürebileceği gibi, isterse bu yola başvurmaya ayıptan sorumluluk hükümleri çerçevesinde seçimlik haklarını (TBK m. 227) kullanabilir. Bu durumda, her iki hukuki kurum da ayrı ayrı, koşulsuz bir şekilde, seçenekli olarak birbiriyle yarışır. Saikte yanılma, alıcıya elverişli şartlar neticesinde son derece elverişsiz bir hukuki sonuç sağlarken, ayıptan sorumluluk ise elverişsiz şartlarıyla alıcıya oldukça elverişli bir hukuki sonuç sunmaktadır³⁸¹. Kanun koyucu, yanılma ile ayıptan sorumluluk arasındaki dengeyi, her iki kurumun şartları bakımından değil, hukuki sonuçları açısından sağlamıştır³⁸². Zira, yanılma sebebiyle sözleşmenin geçersiz olduğunu ileri süren taraf, TBK m. 35 uyarınca karşı tarafın zararını gidermekle yükümlüdür. Bu durumda adeta bir medeni cezaya (*peine civile*) tabi kılınarak, satıcının müspet zararını dahi karşılamak zorunda kalan alıcıdan, ayrıca gözden geçirme ve bildirim külfetleri ile kısa zamanaşımı sürelerine uyması beklenmemelidir. Kanımızca, iki kurum arasındaki denge, sonuç bakımından sağlandığı için, artık bu dengenin hukuki şartlar açısından kurulmaya çalışılması, yani ayıptan sorumluluk şartlarının yanılma açısından uygulanması, isabetli bir hukuki yöntem olarak kabul edilemez.

Son olarak belirtmek gerekir ki, ayıptan sorumluluğun diğer irade sakatlıklarıyla olan ilişkisi hukuken daha az önem arz etmektedir. Zira, esasen korkutma ve açıklamada yanılma halleri ayıptan sorumluluğa nazaran çok farklı hukuki durumları düzenlemektedir³⁸³. Satıcının nitelik eksikliğini gizleyerek kasten alıcıyı yanılttığı aldatma hallerinde ise, alıcı TBK m. 225 uyarınca gözden geçirme ve bildirim külfetlerine uymak zorunda olmadığı gibi, ayrıca satıcı da TBK m. 231 f. II uyarınca iki yıllık kısa zamanaşımı süresinden yararlanamayacaktır³⁸⁴. Bu sebeple alıcı, pek çok durumda doğrudan doğruya ayıptan sorumluluk hükümlerine başvurma

³⁸¹ Şayet bir kurum elverişsiz hukuki şartlarla elverişsiz hukuki sonuçlar öngörseydi, diğer giderim imkânlarına nazaran özel hüküm olarak kabul edilmesi gerekecekti. Zira, bu durumda elverişsiz bir neticeye zor şartlarla ulaşmak istemeyen ilgililerin, o kurumun arkasından dolanmak isteyeceği rahatlıkla söylenebilecekti. Bkz. Serozan, **Yöntem**, s. 179; Serozan, **Medeni Hukuk**, s. 181.

³⁸² Schöenberger, **Anwendbarkeit**, s. 307, 308; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Borçlar Genel**, s. 441; Burcuoğlu, **İsvFM Kararı**, s. 91; Serozan, **Borçlar Özel**, N 669; Kanışlı, **Yanılma**, s. 448.

³⁸³ Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 651; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO Intro. art. 197-210 N 14; Hatemi, Gökyayla, **Borçlar Genel**, § 26 N 9.

³⁸⁴ Schmidlin, **CommRomand**, CO art. 28; Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 651; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO Intro. art. 197-210 N 14; **İsvFM**, ATF 127 III 83 = JdT 2001 I 140 = SJ 2001 I 301; ATF 114 II 131 = JdT 1988 I 508.

imkânına sahip olmaktadır. Aldatma hükümleriyle ayıptan sorumluluk hükümlerinin birbirinden bağımsız bir şekilde yarışabileceği genel olarak kabul edilmekle birlikte³⁸⁵, açıklanan sebeplerle bu durum sınırlı bir hukuki öneme sahiptir.

4. Ayıptan Sorumluluk ve Aliud Teslim

a. Aliud Kavramı

Satıcının borcunu gereği gibi ifa etmemesi, bir nitelik eksikliğinden değil de, satıcının sözleşmede kararlaştırılan borcuna yabancı bir edimi (*aliud pro alio*)³⁸⁶ alıcıya teslim etmesinden kaynaklanmış olması durumunda, borca aykırılığın sonuçlarına hangi hükümlerin uygulanacağı konusunda öğretide fikir birliği bulunmamaktadır. Zira, satılana öz ve şekil itibariyle karakteristik yapısını kazandıran niteliklerin satılанда mevcut olmaması, satılanı adeta başka bir şeye dönüştürerek onu satış sözleşmesinin konusu olmaktan çıkarabilir. İşte böyle bir durumda, mevcut borca aykırılığın hiç ifa etmeme kurallarına (*Falschlieferung - Nichterfüllung*) göre mi yoksa kötü ifanın bir çeşidi sayılan ayıptan sorumluluk kurumu (*Schlechtlieferung*) çerçevesinde mi çözüme kavuşturulacağı hususunun tespiti oldukça zordur. Belirtmek gerekir ki, şartları gerçekleştiği ölçüde alıcının konuda yanılma (*error in corpore*) sebebiyle sözleşmeyi geçersiz hale getirme imkânı saklıdır³⁸⁷. Aliud teslim durumunda, satıcı, alıcıya sözleşmenin konusuna yabancı, alıcının talep etmediği ve sözleşmeyle kararlaştırılmamış başka bir şey teslim etmiştir; ancak, satılanın ayıplı teslimi durumunda satıcı, alıcıya sözleşmeyle

³⁸⁵ Schmidlin, **CommRomand**, CO art. 28 N 51; Yavuz, **Ayıp**, s. 225; Tandoğan, **Borçlar Özel**, Cilt I/1, s. 203 vd.; Zekeriya Kuşat, **Borçlar Hukuku Alanında Hile Kavramı**, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 2003, s. 154; Mustafa Fadıl Yıldırım, “Satım Sözleşmesindeki Ayıba Karşı Tekeffül Hükümleri ile İrade Sakatlığı Hali Olarak Hile (BK m. 28) Hükmü Arasındaki İlişki”, **Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2006, s. 965-988 (Hile), s. 980; Hatemi, Gökyayla, **Borçlar Genel**, § 26 N 9; Kanişlı **Yanılma**, s. 451. Karşı görüş için bkz. Cavin, **Vente**, s. 117.

³⁸⁶ Bu konuda detaylı bir inceleme için bkz. Roberto Cyprian, **Die Aliud-Lieferung im schweizerischen Kaufvertragsrecht**, Ekkehard Presse Druck und Verlags AG, St. Gallen, 1981 (Aliud), s. 3 vd.; Ernst A. Kramer, “Abschied von der aliud-Lieferung?”, **Besonderes Vertragsrecht - aktuelle Probleme: Festschrift für Heinrich Honsell zum 60. Geburtstag**, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2002, s. 247-260 (aliud-Lieferung), s. 247 vd.; Zafer Kahraman, “Quelques réflexions sur la distinction de l’aliud pro alio et l’exécution défectueuse”, **ZSR 136/2017**, s. 493-506 (Aliud), s. 493 vd.; Kevork Acemoğlu, “Aliud ve Federal Mahkemenin Aliud Konusundaki Tutumu Üzerine”, **MHAD**, Cilt 6, Sayı 9, 1972, s. 19-29 (Aliud), s. 19 vd.; Zarife Şenocak, “Borçlar Kanunu’nun 96. vd. ve 194. vd. Maddeleri Açısından Aliud’un (Başka Şeyin) Teslimi”, **BATİDER**, C. 15, S. 1, 1989, s. 113-135 (Aliud), s. 113 vd.; Emre Esen, **Satış Sözleşmesinde Aliud Teslim**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020 (Aliud), s. 13 vd.

³⁸⁷ Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO Intro. art. 197-210 N 28; **İsvFM**, ATF 126 III 59 = JdT 2001 I 144.

kararlaştırılan ve alıcının talep ettiği edimi ifa etmiştir, fakat satılan çeşitli ayıplar içermektedir³⁸⁸. Kanımızca, söz konusu ayırım parça ve çeşit borcu ayırımı çerçevesinde değerlendirilmelidir.

b. Parça Satışında

Teorik olarak, parça satışında (*vente de corps certain - Stückkauf*) söz konusu ayırım daha kolay bir şekilde ortaya konabilir. Zira, parça borcunda aliud, her ne kadar temel karakteristik nitelikleri eksik olsa da, sözleşmenin kurulması esnasında tarafların satış sözleşmesi çerçevesinde ferdileştirerek sözleşmenin konusu haline getirdikleri belirli bir edimden başka bir şeyin alıcıya teslim edilmesidir³⁸⁹. Bir nitelik eksikliği bulunsa bile, taraflarca ferden tayin edilen satılanın *dış kimliği* (*dış ayniyeti*) ile, teslim edilen şeyin aynı olması; yani, tarafların anlaştığı şey ile teslim edilen şey arasındaki özdeşlik (*ayniyet*), parça satışında kötü ifa ile yanlış ifa arasındaki yegâne ayırım kriterini oluřturur³⁹⁰. Zira, satılanın *iç kimliğinin* (*iç ayniyetinin*) farklı olması hali, bir nitelik eksikliği teşkil edeceğinden, bu durumda ayıptan sorumluluk hükümlerinin uygulanması gerekir³⁹¹. O halde, alıcının gördüğü, beğendiği, talep ettiği ve satıcıyla anlaşarak sözleşmenin konusu haline getirdiği edimden başka bir şeyin alıcıya teslim edilmesi, aliud (*Falschlieferung - Nichterfüllung*) olarak adlandırılacak iken; sözleşmeyle kararlaştırılmış olan edim teslim edilmekle beraber, satılarda bir nitelik eksikliğinin mevcut olması durumunda

³⁸⁸ Stanislas, **Résolution**, s. 168; Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Cilt I, N 861 dn. 87; Tandoğan, **Borçlar Özel**, Cilt I/1, s. 172, 173; Kahraman, **Aliud**, s. 495.

³⁸⁹ Honsell, **OR BT**, s. 144, 145; Honsell, **BaslerKomm**, OR Art. 197 N 2; Katz, **Sachmängel**, s. 94; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO Intro. art. 197-210 N 28; Stanislas, **Résolution**, s. 169; Kahraman, **Aliud**, s. 497; **İsvFM**, ATF 121 III 453 = JdT 1997 I 199.

³⁹⁰ Stanislas, **Résolution**, s. 169; Schubiger, **Verhältnis**, s. 42, 45; Honsell, **OR BT**, s. 144, 145; Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 75; Kahraman, **Aliud**, s. 503. Öte yandan, borcun yegâne konusunu teslimden önce ferden tayin edilmiş mal oluşturacağı için, parça borcunda aliud kavramına gerek olmadığı da ifade edilmektedir. Bkz. Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 73, 74, dn. 98.

³⁹¹ Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 68, dn. 75; Stanislas, **Résolution**, s. 169. Karşı görüşte bkz. Acemoğlu, **Aliud**, s. 22 vd.; Weber-Cafilisch, **Faux et défauts**, s. 53, 54. Örneğin Léopold Robert'in tablosunu satın aldığını düşünen alıcının, daha sonradan bu tablonun sahte olduğunu anlaması durumunda bir ayıplı ifadan bahsedilir. Zira, bu durumda satılanın *iç kimliği* edime uygun olmasa da, satılan *dış kimliği* ile satış sözleşmesinin konusunu teşkil eder. Oysa, satıcı alıcıya seçtiği, beğendiği ve sözleşmenin konusu haline getirdiği gerçek tablo yerine, taklidini teslim etmiş olsaydı, bu durumda artık teslim edilen şeyin *dış kimliği* edime uygun olmayacağından, aliuddan bahsetmek daha doğru olacaktı. İsviçre Federal Mahkemesi'nin **Léopold Robert Kararı** için bkz. **İsvFM**, ATF 52 II 143. Yine aynı şekilde, řah Abbas dönemine ait antika bir halıyı konu edinen satış sözleşmesinde, halının aslında bir taklit ürünü olduğunun anlaşılması durumunda ayıptan bahsedilebilecek iken; satıcının söz konusu antika halı yerine taklidini yaparak satıcıya teslim etmesi durumunda aliuddan bahsedilecektir. İsviçre Federal Mahkemesi'nin **řah Abbas Kararı** için bkz. **İsvFM**, ATF 56 II 424.

ayıplı teslimden (*Schlechtlieferung*) söz edilecektir³⁹². Dolayısıyla benzer bir olayda hem aliud teslimden hem de ayıplı ifadan bahsetmek mümkündür. Örneğin alıcının, satıcının dükkânında görüp beğendiği 2015 model bir bilgisayar satın almak istemesi durumunda, bilgisayarın 2010 model çıkması (*iç ayniyette sapma*) bir ayıplı ifa teşkil edecek iken; satıcının 2015 model bilgisayar yerine, 2010 model bilgisayar teslim etmesi (*dış ayniyette sapma*) aliud teslim olarak kabul edilecektir.

Aliud teslimin mevcut olduğu hallerde, öğretide büyük bir çoğunluk³⁹³, satıcının teslim ettiği şeyin sözleşmeyle kararlaştırılan edimden başka bir şey olması sebebiyle, mevcut hukuki uyumsuzluğa, borcun hiç ifa edilmemesine ilişkin genel hükümlerin uygulanması gerektiğini ifade etmektedir. O halde, eğer ifa halen mümkünse alıcı borçlu temerrüdü hükümlerine (TBK m. 117 vd.) başvurarak aynen ifa talebinde bulunabilir veya karşılıklı borç doğuran sözleşmelerde borçlu temerrüdünün diğer sonuçlarının (TBK m. 125) meydana gelmesini sağlayabilir. Eğer aynen ifa mümkün değilse, alıcı, TBK m. 112 uyarınca borcun hiç ifa edilmemesi sebebiyle satıcıdan tazminat talebinde bulunabilir.

Belirmek gerekir ki, öğretide nitelik aliudu (*Qualitätsmangel*)³⁹⁴ olarak ifade edilen durumlarda, yani ferden tayin edilmiş olan satılanın, belirli niteliklerden olumsuz yönde sapması hallerinde de aliud teslimin kabul edilebileceği ifade edilmektedir³⁹⁵. Örneğin *Becker*'e göre orijinal sanılanın tablonun onun bir kopyası çıkması halinde, ayıplı ifa değil aliud teslim söz konusudur³⁹⁶. *Schubiger*'e göre ise

³⁹² Bu sebeple, İsviçre Federal Mahkemesi *van Gogh* ve *Picasso* kararlarında teslim edilen tablolar her ne kadar sahte olsa da tarafların üzerinde anlaşarak sözleşme konusu haline getirdikleri edim alıcıya teslim edildiği için hukuki sorunu ayıptan sorumluluk çerçevesinde değerlendirmiştir. Bkz. **İsvFM**, ATF 114 II 131 = JdT 1988 I 508 (*Picasso Kararı*); ATF 82 II 411 = JdT 1957 I 184 (*van Gogh Kararı*). Ayrıca bkz. kararın değerlendirmesi için bkz. Burcuoğlu, **İsvFM Kararı**, s. 97; Paul Piotet, **Picasso**, s. 519-523; Weber-Cafilisch, **Faux et défauts**, s. 54 vd.

³⁹³ Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO Intro. art. 197-210 N 27; Oser, Schönenberger, **ZürcherKomm**, OR Art. 197 N 14; Honsell, **BaslerKomm**, OR Art. 197 N 2; Stanislas, **Résolution**, s. 169; Neuenschwander, **Schlechterfüllung**, s. 24 vd.; Gauch, Schluep, Schmid, Emmenegger, **OR AT**, N 2634; Amaudruz, **Garantie**, s. 32; Giger, **BernerKomm**, OR Vorbem. zu Art. 197-210 N 46; Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Cilt I, N 862, dn. 87; Kaniti, **Def'i**, s. 118; Nomer, **Borçlar Genel**, N 155.5. Bu durumda ifa etmeme durumu söz konusu olduğu için, ödemelik def'inin ileri sürülebileceği yönünde bkz. Kaniti, **Def'i**, s. 118.

³⁹⁴ Cyprian, **Aliud**, s. 11-12; Esen, **Aliud**, s. 25 vd.

³⁹⁵ Becker, **BernerKomm**, OR Art. 24 N 22, Vorbem. zu Art. 197-210 N 4; Konrad Bloch, "Zur Frage der Schlechtlieferung und der Falschlieferung beim Kauf", **SJZ** 1957, s. 209-211 (Falschlieferung), 209 vd; Schubiger, **Verhältnis**, s. 122 vd.; Weber-Cafilisch, **Faux et défauts**, s. 53, 54.

³⁹⁶ Becker, **BernerKomm**, OR Art. 24 N 22, Vorbem. zu Art. 197-210 N 4. Aynı görüşte bkz. Weber-Cafilisch, **Faux et défauts**, s. 53, 54; Bloch, **Falschlieferung**, s. 210, 211. Karşı görüşte bkz. Stanislas, **Résolution**, s. 169; Katz, **Sachmängel**, s. 95; **İsvFM**, ATF 82 II 411 = JdT 1957 I 184 (Çeviri: Selim Kaneti, **İsviçre Federal Mahkemesi'nin Borçlar Hukuku Kararları (1955-1964)**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1968 (İsvFM Kararı), s. 43 vd.): "...Gerçekten davacı, tablonun

burada bir nitelik aliudu bulunmakla beraber, bu gibi durumlarda yalnızca genel hükümlerin uygulanması, özel hüküm niteliğinde olan ayıptan sorumluluk hükümlerini arkadan dolanılması anlamına geleceği için, hukuki işlem güvenliğinin sağlanması amacıyla, nitelik aliudu hallerinde ayıptan sorumluluk hükümlerinin uygulanması gerekmektedir³⁹⁷.

Öte yandan, tarafların satış sözleşmesiyle ferden tayin ettikleri belirli bir edimden nitelik sapması olmaksızın, tamamen başka bir şeyin teslim edilmesi olarak ifade edilen özdeşlik (*ayniyet*) aliudu (*Identitätsaliud*)³⁹⁸ söz konusu olduğunda, öğretide doğrudan doğruya hiç ifa etmeme hükümlerinin uygulanacağı hususu, nitelik aliuduna nazaran daha kolay bir şekilde ifade edilmektedir³⁹⁹. Öyle ki, satıcı, bu durumda satış sözleşmesinin konusuna tamamen yabancı ve sözleşmenin esasına dâhil olmamış bir nesneyi alıcıya teslim etmekte ve böylece hiç ifa etmemenin sonuçlarına tabi olmaktadır. Bu konuda, aksi görüşte olan *Serozan*'a göre, nasıl ayıplı ifada bulunan satıcı genel borca aykırılık rejiminden yararlanabiliyorsa, bu durumda aliud teslimde bulunan satıcı da ayıptan sorumluluğun sınırlamalarına ve ödevlerine uyarak, *kıyasen* ayıptan sorumluluk hükümlerine başvurabilmelidir⁴⁰⁰.

c. Çeşit Satışında

Çeşit satışında (*vente d'une chose de genre - Gattungskauf*) aliud teslimin hangi hükümlere tabi olacağı sorunu, parça satışına nazaran cevaplandırılması daha

*hakiki olmadığı kabul edilirse, fiilen ya da iktisaden beklediğini, yani hakiki bir van Gogh tablosu alamamıştır. Ancak tarafların 1948 yılı Haziran ayında yapmış oldukları sözleşmenin konusunu, davalının bir bankanın kasa dairesinde sakladığı ve davacıya gösterdiği çeşitli tablolar arasında, davacının seçtiği, satın aldığı ve götürdüğü tablodur. Davacının satın aldığı tablo van Gogh'un otoportresi sayılan, banker (M)'nin koleksiyonunda uzun süre durmuş olan, sanatkârın eserleri listesinde yer alan ve birkaç kez röpredüksiyonu yapılan tablodur; davacı bu tabloyu teslim almıştır... Satılan tablo ile teslim edilen tablo aynıdır. Satım sözleşmesi ifa edilmiştir; Zira, başka bir nesnenin (aliud) teslimi yoktur...". Esen'e göre burada bir ayıplı ifanın bulunduğu kabul edilmeli; ancak, zamanaşımı on yıl olarak uygulanmalıdır. Bkz. Esen, **Aliud**, s. 136.*

³⁹⁷ Schubiger, **Verhältnis**, s. 122-123. Bu görüşün eleştirisi için bkz. Stanislas, **Résolution**, s. 171.

³⁹⁸ Cyprian, **Aliud**, s. 15-16; Medicus, Lorenz, **SchuldR BT**, § 6 N 30; Serozan, **Borçlar Özel**, N 697; Schubiger, **Verhältnis**, s. 41; Şenocak, **Aliud**, s. 131; Esen, **Aliud**, s. 33 vd.

³⁹⁹ Honsell, **BaslerKomm**, OR Art. 197 N 2; Schubiger, **Verhältnis**, s. 41 vd.; Giger, **BernerKomm**, OR Vorbem. zu Art. 197-210 N 42; Şenocak, **Aliud**, s. 131 vd.; Stanislas, **Résolution**, s. 170, 171; Yavuz, **Ayıp**, s. 47. Alman Hukuku'nda aynı yönde bkz. Medicus, Lorenz, **SchuldR BT**, § 6 N 30.

⁴⁰⁰ Serozan, **Borçlar Özel**, N 699; Serozan, **Borçlar Genel**, s. 247, 248. Kıyasen değil doğrudan uygulanması gerektiği görüşünde bkz. Esen, **Aliud**, s. 92, 93. Ayrıca Alman Hukuku'nda bkz. **BGB § 434 f. III**: "Değişik bir şeyle ifa veya nicelikçe eksik ifa da ayıplı ifa hükümlerine tabidir" (Çeviri: Serozan, **Borçlar Özel**, N 703). Nitekim, Alman Hukuku'nda aliud ve ayıplı ifa ayırımına gerek kalmadığı yönünde bkz. Medicus, Lorenz, **SchuldR BT**, § 6 N 29.

zor bir konu olarak nitelendirilmektedir⁴⁰¹. Öğretide oldukça güçlü şekilde savunulan bir görüş⁴⁰², çeşit satışında, aliud teslim ile ayıplı ifa kavramları arasındaki farkın tespitinin oldukça güç olmasından hareketle, satıcının borcunu sözleşmeyle kararlaştırılardan başka bir çeşitte ifa etmesi durumunda, ayıptan sorumluluk hükümlerinin uygulanması gerektiğini ifade etmektedir. Bu görüşe göre, satılanın çeşidiyle tayin edildiği durumlarda, “*ayıp (peius)*” ile “*yabancı edim (aliud)*” farkı kaldırılarak, doğrudan ayıptan sorumluluk hükümlerinin uygulanması gerekmektedir.

İsviçre Federal Mahkemesi ayrık ve konu dışı (*obiter dictum*) olarak nitelendirilebilecek, 1968 tarihli *van Paassen* kararında⁴⁰³ çeşit borcunda, satılanın sözleşmede öngörülen çeşidi karakterize eden bütün özellikleri taşıması gerektiğini ifade etmiştir. Yüksek Mahkeme, kararında CO art. 206 (TBK m. 227) hükmünün geniş bir uygulama alanı olduğunu belirtmiş ve söz konusu maddenin, satılanın ayıplı olduğu durumlarda uygulanma kabiliyeti olduğu gibi; aynı zamanda, satıcının borcunu tarafların üzerinde anlaştığından başka bir çeşitte teslim etmesi (*aliud teslim*) durumunda da uygulanabileceğini savunmuştur. Zira, söz konusu hükümde düzenlenen *ayıpsız benzeriyle değişim hakkı*, yalnızca ayıptan doğan garanti sorumluluğu için değil, genel olarak borcun ifa edilmediği bütün haller için öngörülmüştür.

Buna karşılık, bizim de katıldığımız öğretideki diğer görüş⁴⁰⁴ ise, satıcının sözleşmede kararlaştırılardan başka çeşitte mal teslim etmiş olması durumunda,

⁴⁰¹ Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Ernst A. Kramer, “Noch einmal zur aliud-Lieferung beim Gattungskauf”, *recht* 1997, s. 78-83 (Aliud), s. 78 vd.; Philipp Gelzer, “Bemerkungen zur Unterscheidung zwischen aliud und peius beim Gattungskauf”, *AJP* 1997, s. 703-708 (Aliud), s. 703 vd.; Kramer, *aliud-Lieferung*, s. 247 vd.

⁴⁰² Cavin, *Considérations*, s. 338; Cavin, *Vente*, s. 121, 122; Neuenschwander, *Schlechterfüllung*, s. 24; Schubiger, *Verhältnis*, s. 37; Amaudruz, *Garantie*, s. 32 vd.; Katz, *Sachmängel*, s. 96, 97; Petitpierre, *art. 208/II CO*, s. 333; Cyprian, *Aliud*, s. 121 vd.; Gelzer, *Aliud*, s. 708; Kramer, *Aliud*, s. 78 vd. Kıyasen uygulanması yönünde bkz. Serozan, *Borçlar Özel*, N 698, 699. Detaylı bilgi için bkz. Gelzer, *Aliud*, s. 703 vd. Söz konusu ayrımın kaldırılması gerektiği görüşünde bkz. Kramer, *aliud-Lieferung*, s. 259.

⁴⁰³ *İsvFM*, ATF 94 II 26 = JdT 1969 I 322: Karara konu olayda satış sözleşmesinin konusu 1964 model Jaguar iken satıcı alıcıya 1963 model Jaguar teslim etmiştir. Federal Mahkeme sözleşmeden dönme talebinin CO art. 107 (TBK m. 125) hükmüne veya CO art. 205 (TBK m. 229) hükmüne dayanabileceğini ifade etmiştir. Zira, çeşit borcunda satılan bireyselleşmediği için, tarafların üzerinde anlaştığı araba ile teslim edilen araba birbirinden farklıdır. Kararın Fransızca çevirisi ve değerlendirmesi için bkz. Franz Werro, *Le droit des contrats : Jurisprudence fédérale choisie et annotée*, Le droit par les arrêts, Stämpfli Verlag AG, Berne, 2012 (Jurisprudence), s. 393 vd. İsviçre Federal Mahkemesi, güncel bir kararında, ATF 94 II 26 = JdT 1969 I 322 sayılı kararında belirttiği görüşün, *konu dışı* yani *obiter dictum* olduğunu kabul etmiş; bu görüşü içtihat haline getirmedeğini belirtmiştir. Bkz. *İsvFM*, ATF 121 III 453 = JdT 1997 I 199.

⁴⁰⁴ Venturi, Zen-Ruffinen, *CommRomand*, CO Intro. art. 197-210 N 29, CO art. 206 N 2; Honsell, *BaslerKomm*, OR Art. 206 N 2, 3; Oser, Schönenberger, *ZürcherKomm*, OR Art. 197 N 14; Stanislas, *Résolution*, s. 177, 178; Müller-Chen, *CHK*, OR Art. 210 N 3; Weber-Cafilisch, *Faux*

ayıptan sorumluluk hükümlerinin uygulanmayacağını, bu durumda hiç ifa etmeme hükümlerinin mevcut olaya tatbik edilmesi gerektiğini savunmaktadır. İsviçre Federal Mahkemesi de önceki içtihadından dönerek, güncel içtihadını⁴⁰⁵ bu yönde temellendirmiştir. Federal Mahkeme'nin bu konudaki ilke kararına⁴⁰⁶ konu olan olayda, taraflar otomatik kumanda sistemi içeren bir forklift satışı hususunda anlaşmış olmalarına rağmen, satıcı alıcıya manuel kumanda sistemi içeren bir forklift teslim etmiştir. Federal Mahkeme ilk olarak satılanın sözleşmeye özgülenerek belirli hale getirilmemesi (*ferdileştirilmemiş olması*) sebebiyle, mevcut olayda bir *çeşit* (*tür*) borcunun mevcut olduğunu tespit etmiştir. Bu durumda teslim edilen malın, edime uygun ifa sayılabilmesi için, satılanın *nev'en* tayin edildiği çeşidin, bütün temel karakteristik özelliklerini içermesi gerekmektedir. O halde, "*çeşit*" kavramından ne anlaşılması gerektiğinin tespiti de önem kazanmaktadır. Federal Mahkeme, çeşit kavramının tespitinde önceleri başvurduğu *soyut ve objektif* çeşit tanımından vazgeçerek, tarafların satılana atfettikleri *somut ve sübjektif* özellikler bakımından bir değerlendirme yapılması gerektiğini ifade etmiştir. Bu açıdan, ilk olarak tarafların karşılıklı ve birbirine uygun iradeleri çeşit kavramına vücut verecek, ortak iradelerinin tespit edilememesi durumunda ise güven prensibi uyarınca satılana

et défauts, s. 66, 67; Giger, **BernerKomm**, OR Vorbem. zu Art. 197-210 N 50; Bucher, **OR BT**, s. 118; Engel, **Contrats**, s. 40; Gauch, Schluep, Schmid, Emmenegger, **OR AT**, N 2634; Honsell, **OR BT**, s. 144, 145; Huguenin, **OR**, N 2588; Rolf H. Weber, **Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch**, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Die Erfüllung der Obligation, Art. 68-96 OR, Band/Nr. VI/1/4, 2. Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2005; Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97-109 OR, Band/Nr. VI/1/5, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2000 (BernerKomm), OR Art. 71 N 92; Herbert Schönle, **Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch**, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR), Kauf und Schenkung, Erste Lieferung, Art. 184-191 OR, Band/Nr. V/2a, 3. völlig neu bearbeitete Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 1993 (ZürcherKomm), OR Art. 185 N 82; Tandoğan, **Borçlar Özel**, Cilt I/1, s. 172, 173; Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Cilt I, N 862, dn. 87; Nomer, **Borçlar Genel**, N 155.1; Acemoğlu, **Karar Tahlili**, s. 36; Kahraman, **Aliud**, s. 503, 504.

⁴⁰⁵ **İsvFM**, ATF 121 III 453 = JdT 1997 I 1999 (Karar için ayrıca bkz. Kramer, **Aliud**, s. 78 vd.); **İsvFM**, 11.2.2001, 4C.279/2000; 9.10.2003, 4C.204/2002. **İsvFM**, 9.10.2003, 4C.204/2002: "*En effet, si les parties s'entendent sur une description détaillée de l'objet du contrat, l'absence d'un élément - au moins - du descriptif entraînera la qualification d'aliud (Şayet taraflar sözleşme konusunun detaylı tasviri hususunda mutabık kalmışlarsa, satılanı betimleyen öğelerden birinin eksikliği aliud nitelendirmesine sebebiyet verecektir)*". **İsvFM**, 11.2.2001, 4C.279/2000: Karara konu olayda satıcı alıcıya mavi camlı Mercedes satmayı üstlenmiş olmasına rağmen, yeşil camlı Mercedes teslim etmiştir. İsviçre Federal Mahkemesi, bu durumda teslim edilen arabanın sözleşmede öngörülen temel karakteristik özellikleri taşınmadığından bahisle, alıcıya sunulmuş olan malın aliud teslim teşkil ettiğini belirtmiştir. Söz konusu karar ve eleştirisi için bkz. Werro, **Jurisprudence**, s. 398 vd.

Esasen İsviçre Federal Mahkemesi'nin 1968 tarihli *van Paassen* kararından önce de bu yönde kararlarlar verdiği görülmektedir. **İsvFM**, ATF 40 II 480 = JdT 1915 I 162 numaralı kararında *Panadès* menşeli şarap yerine *Montblanch* menşeli şarap teslim edilmesi durumunda aliud teslim bulunduğu hükmetmiş ve hiç ifa etmeme hükümlerini uygulamıştır. Kararın eleştirisi için bkz. Schubiger, **Verhältnis**, s. 140.

⁴⁰⁶ **İsvFM**, ATF 121 III 453 = JdT 1997 I 199.

mevcut olması gereken temel özellikler tespit edilecektir⁴⁰⁷. Dolayısıyla, doğrudan doğruya objektif açıdan değerlendirme yapılarak, soyut çeşit kavramından hareket etmek yerine; öncelikli olarak sözleşmede taraf iradeleriyle tespit edilmiş olan çeşit kavramına ağırlık verilecektir. Sonuç olarak, teslim edilen malın, tarafların sözleşmeyle kararlaştırdıkları çeşidin bütün belirleyici (*karakteristik*) özelliklerini taşınamaması durumunda, borcun ifasından bahsetmek mümkün değildir⁴⁰⁸. Satıcının sözleşme ilişkisine tamamen yabancı olan aliudu alıcıya teslim etmiş olmasıyla birlikte, satılanın zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretme borcundan kurtulmuş olduğu söylenemez. Bu açıdan, araçta otomatik vites yerine manuel vites bulunması⁴⁰⁹ veya mavi cam yerine yeşil kullanılmış olması⁴¹⁰, bir aliud teslim teşkil edecek iken; satılarda bildirilen niteliklerin bulunmaması durumunda veya CO art 71 (TBK m. 86) uyarınca, satılardan beklenen, çeşidin ortalama niteliklerini haiz olmaması halinde, (örneğin araç karoserinin paslanmış ya da motorunun aşınmış olması) ayıplı ifa söz konusu olacaktır.

CO art. 206 (TBK m. 227) hükmünün kanun sistematigi açısından yeri nazara alındığında, ayıpsız benzeriyle değişim gibi seçimlik hakların, ancak CO art. 197 (TBK m. 219) hükmünün uygulama alanına giren ayıplı ifa hallerinde uygulanmasının mümkün olduğu anlaşılabilecektir. İsviçre Federal Mahkemesi, otomatik kumanda sisteminin bulunması yönündeki bir özelliğin, basit bir nitelik taahhüdü değil, neviyle tayin edilmiş olan satılan açısından, onun çeşidini belirleyen karakteristik bir unsur olduğuna karar vermiştir. Bu sebeple, Yüksek Mahkeme ayıptan sorumluluk hükümlerinin aliud teslimine uygulanmasına karşı çıkarak, mevcut uyumsuzluğa borçlu temerrüdü hükümlerini tatbik etmiştir.

Öte yandan, Yargıtay⁴¹¹ istikrarlı bir şekilde çeşit borcunda aliud teslimin ayıptan sorumluluk hükümlerine tabi olmadığı yönündeki kanaatini sürdürmektedir.

⁴⁰⁷ Bu hususun tespitinde ticari teamüllerden yararlanılabileceği görüşünde bkz. Tandoğan, **Borçlar Özel**, Cilt I/1, s. 172.

⁴⁰⁸ Aynı yönde bkz. Schönle, **ZürcherKomm**, OR Art. 185 N 82; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO Intro. art. 197-210 N 29; Weber, **BernerKomm**, OR Art. 71 N 92. Sözleşmede kararlaştırılan çeşitten başka bir çeşidin teslim edilmiş olup olmamasının tespitinde, alıcının ekonomik menfaatinin nazara alınması gerektiği görüşünde bkz. Kahraman, **Aliud**, s. 503, 504.

⁴⁰⁹ Otomatik vites yerine manuel vites teslimini konu edinen İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. **İsvFM**, ATF 94 II 26 = JdT 1969 I 322.

⁴¹⁰ **İsvFM**, 11.2.2001, 4C.279/2000. Ayrıca bkz. Werro, **Jurisprudence**, s. 398 vd.

⁴¹¹ **Yargıtay** 11. HD, T. 9.6.2015, E. 2014/11508, K. 2015/7972 (kazancı): "...818 sayılı BK'nun 194. maddesine göre (6098 sayılı TBK'nun 219. maddesi) "ayıp, bir malın satıcı tarafından açıkça veya üstü kapalı olarak vaadedilmiş ya da sözleşmeyle izlenen amaç gereği bulunması gerekir ve beklenir (vaadedildiği varsayılmış) niteliklerden yoksun olması demektir. Eğer alıcı tarafından

Bu açıdan, İsviçre Federal Mahkemesi'nin benimsediği sübjektif çeşit tanımına içtihatlarında yer veren Yargıtay, tarafların sözleşme ile kararlaştırdığı çeşide atfettiği temel özelliklerin, teslim edilen malda bulunmaması durumunda ayıplı ifadan değil aliud teslimden bahsedileceğini ifade etmekte ve bu yöndeki uyuşmazlıklara, hiç ifa etmemeye ilişkin TBK m. 112 ve m. 125 hükümlerini tatbik etmektedir⁴¹². Zira, bu durumda artık “satılanın” teslim edilmesinden bahsetmek mümkün olmamaktadır.

d. Değerlendirme

Kanımızca, parça satışında aliud teslim, tarafların karşılıklı irade beyanlarıyla sözleşmenin konusu haline getirdikleri şeyden tamamen farklı ve sözleşme ilişkisine yabancı olan, taraf iradelerinin yöneldiği nesne dışında, herhangi bir şeyin alıcıya teslim edilmesi durumunda karşımıza çıkmaktadır. Bu durumda “satılanın teslim

istendiği bildirilmiş eşyadan apayrı, bambaşka bir eşya teslim edilmişse, yani basit bir nitelik sapması(nitelik eksikliği) değil de apaçık bir özdeşlik veya türdeşlik sapması gerçekleşmişse, artık ayıplı ifadan değil de başka bir şeyle yanlış ifadan(aliud ifadan)söz edilir”(Prof.Dr. Rona Serozan, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul, 2002, syf.126,130). Başka bir deyişle “çeşidiyle belirlenen bir menkulün satımında, sözleşenlerin çeşidini belirlemek için sözleşmede öngördükleri vasıflardan biri teslim edilen şeyde bulunmazsa artık ayıplı teslim değil satılandan başka bir şeyin teslimi (aliud teslimi) söz konusudur...””; Yargıtay 19. HD, T. 24.6.2014, E. 2014/7975, K. 2014/11661 (kazancı); Yargıtay 11. HD, T. 20.2.1990, E. 1988/9372, K. 1990/1085 (kazancı): “...Davalı-satıcının davacı-alıcıya hitaben düzenlediği 27.11.1986 tarihli faturada satılan otomobilin Mercedes 500 SEL tipi ve 1987 modeli olduğu belirtildiğine ve davacı da bu faturaya itiraz etmediğine göre taraflar arasında 1987 modeli bir otomobilin alım-satımına ilişkin bir sözleşmenin kurulduğu sabittir. Öğretide ve jurisprüdansta egemen olan görüşe nazaran çeşidiyle belirlenen bir menkulün satımında sözleşenlerin çeşidi belirlemek için sözleşmede öngördükleri vasıflardan biri teslim edilen şeyde bulunmazsa artık ayıplı teslim değil satılandan başka bir şeyin teslimi (aliud teslimi) söz konusu olur ... Nitekim, İsviçre Federal Mahkemesi benzer bir olayda “bir çeşit borcunun ifasında o çeşidi belirleyen her unsurun teslim edilen şeyde mevcut olması gerektiğini, bu unsurlardan biri dahi eksikse o şeyin üzerinde uyuşulan şey değil başka bir şey olduğu” gerekçesiyle satımı sözleşilen 1964 modeli Jaguar otomobili yerine 1963 model Jaguar teslimi halinde bu görüşü doğrulamıştır...”

⁴¹² Yargıtay 19. HD, T. 22.5.2014, E. 2014/5653, K. 2014/9696 (kazancı): “...Her ne kadar mahkemece aracın arkasında klima bulunmaması açık ayıp olarak kabul edilmiş ise de; taşınır satımında sözleşmede öngörülen vasıflardan biri teslim edilen şeyde bulunmazsa artık ayıplı teslimden değil, satılandan başka bir şeyin teslimi (aliud teslimi) söz konusu olup; 818 Sayılı Borçlar Kanunu 96. (TBK 112.) maddesi uyarınca borç hiç veya gereği gibi ifa edilmediği takdirde borçlu kendisine hiçbir kusur yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür. Mahkemece araçta klima bulunmamasının açık ayıp olduğu yönündeki değerlendirmesi yukarda açıklanan sebeplerle yerinde olmayıp bozmayı gerektirmiştir...””; Yargıtay 19. HD, T. 6.3.2017, E. 2016/6208, K. 2017/1785 (kazancı): “...Mahkemece davacının bu iddiası üzerinde durularak davaya konu mal üzerinde teknik bilirkişi aracılığıyla tespit yaptırılarak taraflar arasındaki sözleşmede belirtilen maldan başka bir mal teslim edilip edilmediğinin belirlenerek, şayet anlaşmaya konu maldan başka bir malın teslim edilmesi söz konusu ise bu durumda aliud satış söz konusu olup ayıp ihbar süresi uygulanmayacağından işin esasının incelenerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekir. Mahkemece bu hususular gözetilmeksizin eksik inceleme sonucu yazılı şekilde karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir...”

edilmiş olmasından” bahsedilemeyeceği için, alıcı, borcun hiç ifa edilmemiş olduğunu kabul ederek, ifa şansını koruyorsa, aynen ifa talebini yineleyebileceği gibi (TBK m. 123); ifadan menfaati kalmamışsa temerrüdün diğer sonuçlarına da (TBK m. 125) başvurabilir. Şayet ifa mümkün değilse, bu durumda TBK m 112 uyarınca uğradığı müspet zararın tazminini talep edebilir. Henüz ifanın mevcut olmadığı bir durumda, kötü ifadan bahsetmek mümkün olmayacağı için, alıcının ayıptan sorumluluk hükümlerine başvurması düşünülemez. Zira, alıcının ayıptan doğan garanti rejiminin sınırlarını çizen TBK m. 219 uyarınca, satıladaki nitelik eksikliklerini ileri sürebilmesi için, öncelikle satılanı teslim alması gerekmektedir. Öte yandan, nitelik eksikliğinin derecesi ne kadar büyük olursa olsun, yalnızca sözleşmenin kurulması esnasında ferdileştirilen edimin alıcıya teslim edilmiş olması durumunda, ifanın konusunun gerçekleştiği kabul edilecek ve ancak bu durumda, ayıptan sorumluluk hükümlerine başvurmak mümkün sayılacaktır. Dolayısıyla, nitelik aliudu olarak ifade edilen durumun, esasında aliud teslimin değil, ayıplı ifanın ağır, fakat farklı bir görünüm şekli olduğu kabul edilmelidir.

Çeşit satışında ise, sözleşmenin kurulması sırasında, sözleşmenin konusu henüz somutlaşmadığı için, sözleşmenin konusunu somutlaştıracak olan temel özelliklerin satılarda eksik olması durumunda, aliud teslimin bulunduğu kabul edilerek, hiç ifa etmemenin hukuki sonuçlarına başvurmak gerekmektedir. Hemen belirtelim ki, burada bahsettiğimiz “*çeşit*” kavramını soyut ve objektif olarak değil, tarafların serbest iradeleriyle sözleşmede belirledikleri şekilde, yani *sübjektif* bir bakış açısıyla ve somut olayın özelliklerine göre değerlendirmek gerekir. Öte yandan, tarafların iradeleriyle belirledikleri çeşidi ayırt edici kılan esaslı özellikler dışındaki niteliklerin, satılarda bulunmaması halinde, özellikle çeşidin ortalama niteliklerden düşük olması durumunda (TBK m. 86), ayıptan sorumluluk rejimi uygulama alanı bulur.

Örneğin, demir-çelik eritme fırını konu edinen bir satış sözleşmesinde, alüminyum için elverişli olan bir modelin teslim edilmesi, aliud teslim teşkil eder. Zira, söz konusu satış sözleşmesinde satılanın belirlendiği çeşit, yalnızca metal eritme fırını değil, demir-çelik için elverişli meral eritme fırınıdır. Fırının demir-çelik eritebilmesi, fırın açısından karakteristik ve ayırt edici bir özellik teşkil eder. Artık söz konusu özelliklerin teslim edilen şeyde bulunmaması, onu sözleşmenin konusu olmaktan çıkararak, yabancı bir edime dönüştürür. Öte yandan, sözleşmenin konusu yalnızca metal eritme fırını ise, bu durumda fırının alüminyum eritmek için uygun

olup, demir-çelik açısından elverişli olmaması, fırının ortalama niteliklerden daha düşük olduğu şeklinde yorumlanabiliyorsa, böyle bir fırının teslimi ayıplı ifa teşkil eder. Aynı şekilde, klimalı bir araç talep edilmesine rağmen, klimasız bir modelin ifa için sunulması, aliud teslim olarak nitelendirilecektir. Zira, araçta klimanın bulunması, alıcı açısından satılanın çeşidini tasvir etmektedir. Buna karşın, mevcut klimanın çalışmaması yahut alıcının herhangi bir araç talep etmesine karşılık, klimasız düşük model bir aracın teslim edilmesi, ayıplı ifa olarak kabul edilecektir.

Kanımızca, alıcı ve satıcı arasındaki menfaatler dengesi gerekçe gösterilerek, ayıptan sorumluluk hükümlerinin sözleşmenin konusuna yabancı edimler açısından tatbik edilmesi mümkün değildir. Esasen ayıptan sorumluluk hükümlerinin tek başına alıcıyı daha iyi koruduğu da söylenemez. Zira, borcunu ifa etmemiş olan satıcının temerrüt halinin devam etmesi, bu süre zarfında beklenmedik hal riskini kendisinin taşıması (TBK m. 119) ve geç ifadan dolayı da tazminatla yükümlü olması (TBK m. 118) alıcıya önemli avantajlar sağlayacaktır. Aliud teslimde temerrüt halinin devam etmesi sebebiyle hasar riskine de satıcının katlanıyor olması⁴¹³, alıcı açısından aliud teslimin yarattığı olumsuz durumu da dengelemektedir. Öte yandan, aliud teslimde bulunan satıcının, sözleşme konusunu bilmesi ve ona uygun bir ifa teklifinde bulunması gerektiği göz önünde bulundurulacak olursa, borcunu ifa ederken sergilediği özensiz ve ihmalkâr davranış, kusursuzluğunu ispat etmesine de, çoğu zaman engel olabilecektir⁴¹⁴. Bu gibi durumlarda, alıcının satıcıdan TBK m. 112 uyarınca tazminat talep etmesi de mümkündür. Aliud teslim halinde ayıptan sorumluluk hükümlerinin, dolayısıyla kısa zamanaşımı süresinin yerine, genel borca aykırılık rejiminin ve TBK m. 146 uyarınca genel zamanaşımı süresinin uygulanması ise, her zaman alıcının daha lehinedir⁴¹⁵. Alıcı bu durumda aynen ifada ısrar edebileceği gibi, sözleşmeden dönme imkânına da sahip olmaktadır. TBK m. 227 hükmüne nazaran kendisine tanınmayan onarım ve indirim hakkının ise, aliud teslim açısından etkili bir giderim sağladığı söylenemez. Kanımızca, bu sebeplerle aliud teslime maruz kalan alıcının, esasen genel hükümlere başvurması, kendisini avantajsız bir konuma sokmayacaktır.

⁴¹³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Kara, **Hasar**, s. 204 vd.

⁴¹⁴ Nitekim, satıcının satılanı kontrol yükümlülüğünün bulunduğu yönünde bkz. Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 208 N 18.

⁴¹⁵ Aynı yönde bkz. Weber-Caflisch, **Faux et défauts**, s. 52.

5. Ayıptan ve Zapttan Sorumluluk

Gerek ayıptan sorumluluk, gerek zapttan sorumluluk, alıcının sözleşmeyle elde etmeyi umduğu ifa menfaatinin gerçekleşmesini sağlayan ve satıcının borcunu tamamlayan iki önemli garanti rejimidir. Her ne kadar ortak uygulama alanları mevcut olmasa da, bu iki kurumun sınırları, bazı durumlarda tam olarak çizilebilmiş değildir⁴¹⁶. Özellikle, satılarda hukuki bir ayıbın mevcut olması durumunda, ayıptan ve zapttan sorumluluk rejimlerinin ayırt edilmesi önem kazanmaktadır. Bu açıdan bakıldığında, zapttan sorumluluk alıcının satılanın mülkiyet hakkını, bu hakkının kendisine bahsettiği bütün yetkilerle beraber, kısmen veya tamamen kazanamamış olduğu ve bir üçüncü kişinin, alıcının sahibi olduğu hakka nazaran tercih edilebilir nitelikte başka bir hak (*ayni hak yahut etkisi güçlendirilmiş hak*) ileri sürerek, mülkiyet hakkına bağlanan yetkilerden alıcıyı kısmen veya tamamen mahrum bıraktığı durumlarda söz konusu olur⁴¹⁷. Dolayısıyla, zapt olgusu, satılanın niteliklerinde değil, satış sözleşmesinin kurulması sırasında var olan, mülkiyet hakkında bir eksiklik (*Rechtsmangel*) neticesinde meydana gelir ve üçüncü kişinin üstün hak iddiasını alıcıya yönetmesi ve satılanı alıcının “*elinden alması*” ile birlikte kendisini gösterir⁴¹⁸. Satıcının satılanın hukuki ayıplarından sorumluluğunda ise, bir hukuk kuralı sebebiyle, kullanım amacı bakımından satılanın değerini veya ondan beklenen faydaları azaltan ya da ortadan kaldıran hukuki bir nitelik eksikliği mevcuttur⁴¹⁹. Esasen satılarda hukuki bir ayıbın mevcut olması durumunda da, alıcı mülkiyet hakkının kendisine tanıdığı bazı yetkileri kullanma imkânından yoksun

⁴¹⁶ Schönle, Higi, **ZürcherKomm**, OR Art. 192 N 9; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO Intro. art. 197-210 N 24; Tandoğan, **Borçlar Özel**, Cilt I/1, s. 148. Öyle ki 1911 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu tasarısına açıkça *hukuki ayıp* (*défauts juridiques - rechtlicher Mängel*) kavramının eklenmesinin sebebi, satılardaki hukuki eksikliklerin de ayıptan sorumluluk rejimine dâhil olduğunun altını çizmek ve özellikle patente konu olabilecek bir buluşun satışında, patentin geçersiz olması durumunda ayıptan sorumluluk rejiminin yolunu açmaktır. Bkz. Cavin, **Vente**, s. 76, dn. 9.

Hukuki ayıp ve zapt ayrımını detaylı bir şekilde değerlendiren bir Yargıtay kararı için bkz. **Yargıtay** HGK, T. 15.2.2012, E. 2011/19-597, K. 2012/80 (kazancı).

⁴¹⁷ Schönle, Higi, **ZürcherKomm**, OR Art. 192 N 16; Cavin, **Vente**, s. 76; Stanislas, **Résolution**, s. 195; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO Intro. art. 197-210 N 23, 24; Yavuz, **Ayıp**, s. 63; Tandoğan, **Borçlar Özel**, Cilt I/1, s. 148.

⁴¹⁸ Cavin, **Vente**, s. 76; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO Intro. art. 197-210 N 23, 24; Tandoğan, **Borçlar Özel**, Cilt I/1, s. 148; Halûk Nami Nomer, Baki İlkay Engin, **Türk Borçlar Kanunu Şerhi**, Özel Borç İlişkileri, Cilt I: Satış Sözleşmesi, Birinci Fasikül: Giriş; Madde 207-216, 245, 4. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018 (Şerh), TBK m. 214 N 1.

⁴¹⁹ Schönle, Higi, **ZürcherKomm**, OR Art. 192 N 16, 44; Cavin, **Vente**, s. 76; Honsell, **BaslerKomm**, OR Vorbem. zu Art. 192-196 N 5; Nomer, Engin, **Şerh**, TBK m. 214 N 21; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 197 N 5; **İsvFM**, ATF 95 II 119 = JdT 1970 I 238.

kalabilmektedir⁴²⁰. Ancak, bu durum, zapttan sorumlulukta olduğu gibi üçüncü kişinin sahibi olduğu bir sübjektif haktan değil, kamu hukukundan ya da özel hukuktan kaynaklanan bir hukuki sınırlamalardan kaynaklanmakta ve mutlaka satılanın alıcının elinden alınmasını gerektirmemektedir⁴²¹. O halde hukuki ayıp, mülkiyet hakkında değil satılanın sahip olması gereken hukuki niteliklerde bir eksiklik (*rechtlicher Sachmängel*) şeklinde kendisini göstermektedir.

Satılarda idari mevzuata aykırı bir takım nitelik eksikliklerinin bulunması⁴²², satın alınan taşınmazın imar iznine sahip olmaması veya yapı inşa etme yasağının bulunması⁴²³, imar planlarından kaynaklı sınırlamalar, inşa edilen yapıya belediye tarafından oturma izni verilmemesi, satın alınan binanın imar planında yeşil alan olarak tespit edilmiş olması, satışı yasak olan taklit ürünlerin satın alınması⁴²⁴, menşee şahadetnamesinin bulunmaması sebebiyle satılanın ihraç edilememesi, satın alınan makinenin gerekli izinlerin alınmaması sebebiyle bir ticari işletmede kullanımının yasak olması, satın alınan arsa üzerindeki garajın yıkımına dair bir idari kararın bulunması, satın alınan binanın çatı katının konut olarak kullanılmasına izin verilmemesi, satılan alınan arsanın imar planında orman alanı olarak tespit edilmiş olması⁴²⁵, satın alınan aracın gerekli izinlerin bulunmaması sebebiyle trafiğe çıkmaya uygun olmaması⁴²⁶ veya faturadaki kıymet farkı gerekçesiyle gümrükte el konulması⁴²⁷ hukuki ayıba örnek olarak gösterilebilir⁴²⁸. Satılanın üzerindeki haciz

⁴²⁰ Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO Intro. art. 197-210 N 24; Tandoğan, **Borçlar Özel**, Cilt I/1, s. 168; **Yargıtay** HGK, T. 15.2.2012, E. 2011/19-597, K. 2012/80 (kazancı).

⁴²¹ Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO Intro. art. 197-210 N 24; Cavin, **Vente**, s. 76, 77, Tandoğan, **Borçlar Özel**, Cilt I/1, s. 152; Nomer, Engin, **Şerh**, TBK m. 214 N 21; **Yargıtay** HGK, T. 15.2.2012, E. 2011/19-597, K. 2012/80 (kazancı).

⁴²² **İsvFM**, ATF 95 II 119 = JdT 1970 I 238: Karara konu olan olayda satın alınan makinenin, Cenevre Endüstriyel Hizmetler Şartları'na aykırı bir elektrik aksamına sahip olması sebebiyle hukuki bir ayıp içerdiği tespit edilmiştir.

⁴²³ **İsvFM**, ATF 91 II 275 = JdT 1967 I 37; ATF 98 II 15 = JdT 1972 I 547: karara konu olayda mevcut çığ tehlikesi sebebiyle, satın alınan arsa üzerinde yapı inşa etme yasağının bulunması hukuki ayıp olarak nitelendirilmiştir.

⁴²⁴ Schönle, Higi, **ZürcherKomm**, OR Art. 192 N 17, 35; Nomer, Engin, **Şerh**, TBK m. 214 N 24; **İsvFM**, ATF 82 II 238 = JdT 1956 I 343.

⁴²⁵ **Yargıtay** 13. HD, T. 3.12.2015, E. 2015/28311, K. 2015/35520 (kazancı): "...Somut olayda, davacı tarafından satın alınan taşınmazın bulunduğu yerin orman alanları ile ihtilaflı alan lejantına alındığı hususu tartışma konusu değildir. Davalının taşınmazı hukuki ayıplı olarak sattığı anlaşılmaktadır. Mahkemenin gerekçesinde, davalının hukuki ayıbı bildiğinin ispat yükünün davacıda olduğu belirtilmesine karşın, davacının davaya konu yerin hukuki ayıplı olduğunu bilerek satın aldığı ispat yükü davalıya düşmektedir..."

⁴²⁶ **İsvFM**, SJ 1980 289 = JdT 1980 I 388: karara konu olayda satın alınan aracın İsviçre geçerli olan otomobil standartlarını taşımaması ve bu sebeple, trafiğe çıkma izninin bulunmaması sebebiyle ayıplı mal olarak nitelendirilmiştir.

⁴²⁷ **Yargıtay** HGK, T. 15.2.2012, E. 2011/19-597, K. 2012/80 (kazancı).

sebebiyle alıcının elinden alınması⁴²⁹, üçüncü kişinin fikri veya sınai hakkı sebebiyle satılana el konulması⁴³⁰, satılanın çalıntı olması sebebiyle yahut satılan üzerindeki bir rehin hakkı veya sınırlı ayni hak sebebiyle satılanın kısmen veya tamamen alıcının elinden alınması⁴³¹, paylı mülkiyette paydaşlardan birinin taşınmazın tamamı üzerinde hak iddia etmesi⁴³², üçüncü kişinin şerh edilmiş bir nispi hakka dayanarak (*alım, ön alım veya geri alım hakkı*) satılanı talep etmesi⁴³³, satılanın daha önceden bir üçüncü kişiye kiralanmış olması⁴³⁴ gibi durumlarda ise satılanın zaptından söz edilmektedir⁴³⁵.

Ayıptan ve zapttan sorumluluk rejimlerinin uygulama alanları belirlendikten sonra karşımıza çıkan diğer önemli bir sorun, ayıptan sorumlulukta olduğu gibi zapttan sorumlulukta, alıcıya tanınan hakların hangi süre içinde kullanılacağına tespit edilmesidir. Zira, satıcının zapttan sorumluluğunun kapsamı TBK m. 217 ve m. 218’de düzenlenmiş olmasına rağmen, alıcının bu hakları kullanabileceği doğrudan veya dolaylı bir süre kanunda öngörülmüş değildir⁴³⁶. Öğretide baskın görüş⁴³⁷,

⁴²⁸ Hukuki ayıp konusunda çeşitli örnekler için bkz. Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 197 N 5; Cavin, **Vente**, s. 76, 77; Tandoğan, **Borçlar Özel**, Cilt I/1, s. 168, 169; Nomer, Engin, **Şerh**, TBK m. 214 N 22-24.

⁴²⁹ Tandoğan, **Borçlar Özel**, Cilt I/1, s. 153, dn. 18b; Nomer, Engin, **Şerh**, TBK m. 214 N 47; **Yargıtay** HGK, T. 20.6.2019, E. 2017/19-1657, K. 2019/744 (kazancı).

⁴³⁰ Nomer, Engin, **Şerh**, TBK m. 214 N 23.

⁴³¹ Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 197 N 5; **İsvFM**, ATF 98 II 191 = JdT 1973 I 370.

⁴³² **İsvFM**, ATF 100 II 24 = JdT 1975 I 67; **KanM (Valais)**, 22.5.1978, RVJ 1979, s. 34.

⁴³³ Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 197 N 5; Tandoğan, **Borçlar Özel**, Cilt I/1, s. 151, 152; Nomer, Engin, **Şerh**, TBK m. 214 N 34; **Yargıtay** HGK, T. 25.2.2015, E. 2013/12-1352, K. 2015/874 (YKD 2016/7, s. 1583).

⁴³⁴ Kira hakkı şerh verilmemiş olsa bile yeni malik TBK m. 310 f. I uyarınca kira sözleşmesinin tarafı olacağı için, bu durumda satıcının zapttan sorumluluğuna başvurulabilir. Bkz. Schönle, Higi, **ZürcherKomm**, OR Art. 192 N 44; Nomer, Engin, **Şerh**, TBK m. 214 N 34. TBK m. 112 (CO art. 97) hükmüne başvurulacağı yönünde bkz. Honsell, **BaslerKomm**, OR Art. 192 N 2.

⁴³⁵ Çeşitli örnekler için bkz. Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 197 N 5; Tandoğan, **Borçlar Özel**, Cilt I/1, s. 151 vd.; Nomer, Engin, **Şerh**, TBK m. 214 N 34.

⁴³⁶ TBK m. 217 f. I b. 1 uyarınca satış bedinin iadesi talebi burada yer verdiğimiz tartışmanın dışında kalmaktadır. Öğretide savunulan bir görüşe göre, satış bedelinin iadesi talebi “*condictio ob causam finitam*” uyarınca sebepsiz zenginleşme zamanaşımına tabi olacaktır. Bkz. Oser, Schönenberger, **ZürcherKomm**, OR Art. 195 N 4; Giger, **BernerKomm**, OR Art. 195 N 10. Öğretide savunulan diğer görüşe göre ise, iade talebinin sözleşmeden kaynaklanması sebebiyle, sözleşmesel zamanaşımı süresi uygulama alanı bulmalı ve sözleşmeden dönmeye olduğu gibi, tam zapt halinde de taraflar arasında yalnızca bir tasfiye ilişkisinin (*rapport de liquidation*) varlık gösterdiği kabul edilmelidir. Bkz. Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 195 N 4; Honsell, **BaslerKomm**, OR Art. 195 N 3; Tandoğan, **Borçlar Özel**, Cilt I/1, s. 163; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 87, dn. 333. İsviçre Federal Mahkemesi de CO art. 195 (TBK m. 217) hükmünde öngörülmüş olan “*kendiliğinden sona erme*” kavramının CO art. 109 (TBK m. 125)’te öngörülen sözleşmeden dönme ile yakın ilişkisine atf yaparak on yıllık zamanaşımı sürenin uygulanması gerektiğini savunmaktadır. Bu yöndeki bir İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. **İsvFM**, ATF 114 II 152 = JdT 1988 I 523.

⁴³⁷ Tandoğan, **Borçlar Özel**, Cilt I/1, s. 162, 163; Yavuz, **Borçlar Özel**, s. 118; Engel, **Contrats**, s. 32; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 192 N 3; Honsell, **BaslerKomm**, OR Art.

alıcının satış bedelinin iadesi dışındaki tazminat taleplerinin, herhangi bir zamanaşımı süresinin öngörülmemiş olması sebebiyle, TBK m. 146 uyarınca on zamanaşımına uğrayacağı yönündedir. Zira, TBK m. 146 hükmünde, kanunda aksine bir düzenleme bulunmadıkça her alacağın on yılda zamanaşımına uğrayacağı belirtilmektedir. Bu görüşe göre, ayıptan sorumlulukta öngörülmüş olan zamanaşımı süresinin zapttan sorumluluğa uygulanması da mümkün değildir⁴³⁸.

Bizim de katıldığımız aksi görüşe göre⁴³⁹ ise, satıcının zapttan sorumluluğuna ayıptan sorumluluk bahsinde öngörülmüş olan zamanaşımı sürelerinin kıyasen uygulanması, kurumun niteliğine daha uygun düşer. Zira, esasen satılan üzerindeki hakta eksiklik (*Rechtsmangel*) anlamına gelen zapt kavramı, satılanın niteliğinde eksiklik (*Sachmangel*) olarak tanımlanan ayıp kavramıyla araç-amaç dengesi açısından da tam bir uyum içindedir⁴⁴⁰. Alıcının tam zapt halinde sahip olduğu hakları düzenleyen TBK m. 217 f. I'de doğrudan zararlar için getirilmiş olan kusursuz sorumluluk, alıcının ayıp sebebiyle sözleşmeden dönmesi üzerine sahip olduğu hakları düzenleyen TBK m. 227 f. I'de karşımıza çıkmakta; her iki garanti sorumluluğu da dolaylı zararlar için aynı sözleşmesel kusur sorumluluğu esasını öngörmektedir. Her iki garanti sorumluluğu da malın kullanımını ve elverişliliğini azaltan veya ortadan kaldıran eksikliklerin yarattığı dezavantajlı durumun alıcı lehine telafi edilmesini amaçlamaktadır. Üstelik satılanın zapt edilmesinden sonra taraflar arasındaki hukuki ilişkinin bir an evvel açıklığa kavuşturulması ihtiyacı, ayıptan sorumluluğa nazaran daha baskındır⁴⁴¹. Bu açıdan bakıldığında, ticaret hayatındaki sürat ve hukuki barışın tesisi gibi saiklerle genel borca aykırılık rejimine, ayıptan sorumlulukta öngörülen kısa zamanaşımı süresini uygulayan baskın İsviçre öğretisinin, zapttan sorumlulukta on yıllık sözleşmesel zamanaşımı görüşünü savunması çelişkili görünmektedir. Belirtmemiz gerekir ki, kanun sadece sözüyle değil, aynı zamanda özüyle değindiği bütün konula da uygulanır (TMK m. 1). Her ne kadar zapttan sorumluluğa TBK m. 146 hükmünün uygulanması lafzen uygun

192 N 11; Tercier, Bieri, Carron, *Contrats*, N 620; Benedick, Vischer, *Verjährungsregeln*, N 12; Feyzioğlu, *Borçlar Özel*, s. 269; Zevkliler, Gökyayla, *Borçlar Özel*, s. 147; Erdem, *Zamanaşımı*, s. 86; Gümü, *Borçlar Özel*, s. 57; *Yargıtay* 13. HD, T. 7.3.2016, E. 2014/18587, K. 2016/6873 (kazancı); *Yargıtay* 1. HD, T. 16.12.2009, E. 2009/11411, K. 2009/13279 (kazancı).

⁴³⁸ Venturi, Zen-Ruffinen, *CommRomand*, CO art. 192 N 3; Tercier, Bieri, Carron, *Contrats*, N 620; Honsell, *BaslerKomm*, OR Art. 192 N 11; Tandoğan, *Borçlar Özel*, Cilt I/1, s. 162, 163; Eren, *Borçlar Özel*, N 255; Erdem, *Zamanaşımı*, s. 86; Gümü, *Borçlar Özel*, s. 57.

⁴³⁹ Serozan, *Borçlar Özel*, N 629; Serozan, *Dönme*, s. 281. Aynı yönde eski bir *Yargıtay* kararı için bkz. *Yargıtay* 3. HD, T. 25.1.1954, 681/501 (Erdem, *Zamanaşımı*, s. 87, dn. 333).

⁴⁴⁰ Aynı yönde bkz. Serozan, *Borçlar Özel*, N 629.

⁴⁴¹ Serozan, *Dönme*, s. 281.

görünüyorsa da, TBK m. 231 ve m. 244 f. III'te öngörülen zamanaşımı sürelerinin kıyasen uygulanması kanunun özü itibariyle, sistematığıne ve menfaatler dengesine daha uygundur.

Belirtmemiz gerekir ki, söz konusu zamanaşımı (TBK m. 146 veya TBK m. 231 ve m. 244 f. III) süreleri zapttan sorumluluğa uygulanırken, zamanaşımının sözleşmenin kurulması veya satılanın teslimi ile mülkiyetin naklinden itibaren başlaması, zapttan sorumluluk kurumunun niteliğine uygun düşmemektedir. Bu sebeple, kıyas yapılırken, zamanaşımının satılanın teslimiyle beraber değil, zapt olgusunun gerçekleşmesiyle birlikte başlayacağı kabul edilmelidir⁴⁴². Taşınmaz satışında ise zapt olgusunun üçüncü kişinin mülkiyet hakkına dayanabileceği nazara alındığında, esasen zamanaşımının mülkiyetin geçmesiyle birlikte başlaması zaten düşünülemez. Zira, bu durumda esasen malik durumunda olan, üçüncü kişidir. Ayrıca, zapt olgusu gerçekleşmeden alıcının zapttan sorumluluk uyarınca talep edebileceği bir hakkı henüz hukuken mevcut değildir. TBK m. 149 f. I uyarınca zamanaşımı muacceliyet anından itibaren başlayacağı için; bu açıdan, şartları oluşmamış yani muaccel olmamış bir alacağın zamanaşımının zapttan önce başlaması fikri reddedilmelidir⁴⁴³. Öte yandan, kazandırıcı zamanaşımı süresi yoluyla, taşınır malın mülkiyetinin taşınırın tesliminden itibaren beş yıl (TMK m. 777); taşınmaz malın mülkiyetinin, tapu siciline tescilden itibaren on yıl sonra (TMK m. 712) alıcıya geçeceği nazara alındığında, çoğu zaman zapt olgusuyla başlayan on yıllık zamanaşımı süresinin sonunda, zapt durumu sona erecek ve alıcı malik haline gelecektir. Nitekim, hâkim görüşü savunan yazarlar da⁴⁴⁴, TBK m. 146 hükmünün

⁴⁴² Giger, **BernerKomm**, OR Art. 192 N 83; Schönle, Higi, **ZürcherKomm**, OR Art. 192 N 67; Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 620; Furrer, **Gewährleistung**, s. 32; Serozan, **Borçlar Özel**, N 629; Eren, **Borçlar Özel**, N 255; **Yargıtay** 1. HD, T. 16.12.2009, E. 2009/11411, K. 2009/13279 (kazancı): "...Zamanaşımı, zaptın vaki olduğu tarihte başlar. Bu nedenle, taşınmazın zaptına ilişkin mahkeme kararının kesinleştiği tarihi zamanaşımının başlangıcı olarak kabul etmek gerekir..."; **Yargıtay** 1. HD, T. 1.11.1976, E. 1976/10332, K. 1976/10527 (kazancı): "...Zapt, çok kez önceden bilinmesi ve kestirilmesi mümkün olmayan bir haldir. Bu itibarla zamanaşımı zaptın vaki olduğu tarihte başlar. Taşınmazın zaptına ilişkin bulunan mahkeme kararının kesinleştiği tarih zamanaşımının başlangıcı olur...". Sözleşmenin kurulması anından başlayacağı yönünde bkz. Honsell, **BaslerKomm**, OR Art. 192 N 11; Gümüş, **Borçlar Özel**, s. 57.

Taşınırlarda teslim, taşınmazlarda alıcı adına tescilden itibaren başlayacağı görüşünde bkz. Honsell, **BaslerKomm**, OR Art. 192 N 11; Müller-Chen, Girsberger, Droese, **OR BT**, s. 75; Benedick, Vischer, **Verjährungsregeln**, N 9; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 87.

⁴⁴³ Nitekim on yıllık zamanaşımı süresinin uygulanmasını savunan yazarların önemli bir kısmı da bu görüştedir. Bkz. Giger, **BernerKomm**, OR Art. 192 N 83; Furrer, **Gewährleistung**, s. 32. Ayrıca bkz. Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 192 N 3; Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 620; Aydoğdu, Kahveci, **Borçlar Özel**, s. 136. Ayrıca bkz. yukarıda B.2/II/B/1/a.

⁴⁴⁴ Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 192 N 3; Honsell, **BaslerKomm**, OR Art. 192 N 11.

zapttan sorumluluğu uygulanmasının pratik öneminin sınırlı olduğunu ifade etmektedir. Bu durum ise, savunduğumuz fikrin yerindeliliğini göstermektedir.

Sonuç olarak, hâkim fikre göre⁴⁴⁵ zapttan sorumlulukta alıcının hakları, zapt olgusunun gerçekleşmesinden itibaren on yılda zamanaşımına uğrayacak iken (TBK m. 146); savunduğumuz görüşe göre⁴⁴⁶ bu süre, zapt olgusundan itibaren, taşınırlarda iki yıl (TBK m. 231), taşınmazlarda beş yıl (TBK m. 244 f. III) şeklinde kabul edilmelidir.

C. Alıcının Seçimlik Haklarında Özel Bazı Durumlar

Alıcının ayıptan doğan seçimlik haklarının kullanımıyla ortaya çıkan alacak haklarının, TBK m. 231 ve m. 244 f. III hükmünde öngörülen zamanaşımı sürelerine tabi olduğu hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Satılanın yenisiyle değiştirilmesi, ayıp oranında satış bedelinin indirilmesi, satılanın onarılması (TBK m. 227) veya alıcının doğrudan ve dolaylı zararlarının tazmin edilmesi (TBK m. 229 f. I, II) gibi talepler, satıcının ayıplı ifasının, garanti sorumluluğu açısından hukuki neticesini teşkil eder. Öte yandan, alıcının dönme hakkını (TBK m. 229) kullanması durumunda, sözleşme ilişkisinin tasfiye edilerek, daha önce ifa edilmiş olan edimlerin iade edilmesi gerekmektedir. Taraflar sözleşme ilişkisini, her ne kadar ayıplı ifa sebebiyle tasfiye ediyor olsalar da, iade talepleri sözleşme ilişkisinin sona ermesiyle doğrudan ilişkilidir. Öte yandan, gerek sözleşmeden dönmenin hukuki neticeleri, gerekse iade talebinin hangi kapsamda değerlendirileceği konusunda görüş birliği bulunmamaktadır. Her ne sebeple olursa olsun dönme hakkının kullanımı neticesinde iade taleplerine uygulanacak olan zamanaşımı, dönme beyanının sözleşme ilişkisini ne yönde etkileyeceği sorusuna verilecek yanıtla göre, yahut ayıptan doğan diğer taleplerle iade talebinin eş tutulup tutulmaması açısından farklılık gösterecektir. İşte bu sebeple, aşağıda ilk olarak ayıp sebebiyle alıcının sözleşmeden dönmesi durumunda, dönme hakkının sözleşme ilişkisine etkisi ve dolayısıyla bu etkiye göre iade taleplerine uygulanacak olan zamanaşımı süresi üzerinde durulacaktır.

⁴⁴⁵ Giger, **BernerKomm**, OR Art. 192 N 83; Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 620; Furrer, **Gewährleistung**, s. 32; Serozan, **Borçlar Özel**, N 629; Eren, **Borçlar Özel**, N 255; **Yargıtay** 1. HD, T. 16.12.2009, E. 2009/11411, K. 2009/13279 (kazancı).

⁴⁴⁶ Serozan, **Borçlar Özel**, N 629; Serozan, **Dönme**, s. 281.

Alıcının sözleşmeden dönmesi durumunda, doğrudan zararların tazmini taleplerine, ayıptan doğan zamanaşımı sürelerinin uygulanması konusunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktaysa da, alıcının diğer seçimlik haklarla beraber doğrudan ve dolaylı zararların tazminini talep edip edemeyeceği öğretide tartışmalıdır. Bu tartışmanın neticesinde doğrudan ve dolaylı zararların tazmini talebiyle (TBK m. 229) genel hükümler uyarınca ileri sürülen tazminat talebi (TBK m. 112) arasında *hakların yarışması* meselesi gündeme gelmektedir. Bu sebeple, aşağıda ayıptan doğan iki ve beş yıllık zamanaşımı süreleri (TBK m. 231 ve m. 244 f. III) ile on yıllık genel zamanaşımı süresinin (TBK m. 146) uygulama alanı açısından bir değerlendirme yapılarak, hâkimin hangi süre içinde hangi hukuki sebebe dayanarak ayıptan doğan zararların tazminine karar vermesi gerektiği tartışılacaktır.

Son olarak, bu üst başlık altında, TBK m. 223'te düzenlenen ayıp bildirim süresi (*délai d'avis - Rügefrist*) ile ayıptan doğan taleplerin tabi olduğu zamanaşımı süreleri arasındaki ilişki tespit edilmeye çalışılacaktır. Zira, hukuki nitelikleri farklı olsa da, ayıptan doğan taleplerin kullanımını zamansal açıdan sınırlandırmaları ve kanunun öngördüğü istisnalar dışında irade serbestisine açık olmaları sebebiyle, her iki süre birbirleriyle benzerlik arz etmektedir.

1. Alıcı ve Satıcının TBK m. 229 Uyarınca İade Taleplerine Uygulanacak Olan Zamanaşımı

Satılanın ayıplı olması nedeniyle alıcıya tanınan en önemli imkânlardan biri hiç şüphesiz sözleşmeden dönme hakkıdır. Söz konusu yenilik doğurucu hak öneminin ötesinde, taraflar arasındaki borç ilişkisini akamete uğratması sebebiyle oldukça radikal ve ağır sonuçlar meydana getirmektedir. Sözleşmeden dönme hakkıyla birlikte, ekonomik açıdan satılanın kendisine daha fazla değer atfeden alıcının değil, satıcının elinde kalması sağlandığı için, değeri düşen satılanın piyasa marjının azalması ve yeniden satış şansının ortadan kalkması da engellenmek istenmektedir⁴⁴⁷. Zira, TBK m. 229 hükmü uyarınca⁴⁴⁸, satıcı faiziyle birlikte satış

⁴⁴⁷ Serozan, **Borçlar Özel**, N 749; **Yargıtay** HGK, T. 27.6.2019, E. 2017/13-618, K. 2019/792 (kazancı): "...özel üretim olan aracın daha sonra satışı hâlinde değer kaybına uğrayacağına kabulüyle aracın bedelinin iadesi yerine semenden tenzil yönünde inceleme yapılarak karar verilmesi gerekmektedir..."

⁴⁴⁸ Öğretide iadenin kapsamını belirleyen TBK m. 229 hükmünün, karşılıklı sözleşmelerde borçlu temerrüdü açısından öngörülen dönme haline (TBK m. 125 f. II, III) de uygulanması gerektiği

bedelini iade edecek iken, alıcı elde ettiği yararlarla birlikte satılanı iade borcu altında olacaktır⁴⁴⁹. Bu amaçla kanun koyucu dönme hakkının gelişi güzel kullanılmasını önlemek amacıyla, bazı denge mekanizmaları öngörmüş, bu imkâna ifa menfaatinin ortadan kalktığı son aşamada başvurulması için, sözleşmeden ümidini kesmiş olan alıcı aleyhine, işlem menfaati lehine (*favor negotii*)⁴⁵⁰ bazı sınırlamalar getirmiştir⁴⁵¹. İlk olarak, *ikinci servis şansı*⁴⁵² olarak da ifade edilen, satıcının alıcıya aynı malın ayıpsız bir benzerini hemen vererek ve uğradığı zararı giderek seçimlik hakları hükümden düşürmesi imkânı, temelde işlem menfaati prensibinin kanun sistematigindeki izdüşümüdür (TBK m. 227 f. III)⁴⁵³. Bu durumda alıcının yine de dönme hakkını kullanmakta ısrar etmesi, hakkın kötüye kullanılması anlamına gelmektedir⁴⁵⁴. İkinci olarak, kanun koyucu hâkime *durumun haklı göstermemesi halinde*, sözleşme ilişkisine ve alıcının kullandığı seçimlik hakka müdahale ederek, kullanılan dönme hakkını hükümden düşürme yetkisi tanımıştır (TBK m. 227 f. IV)⁴⁵⁵.

ifade edilmektedir. Bu konuda bkz. Serozan, **Dönme**, s. 596; Vedat Buz, **Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme**, Yetkin Yayınları, Ankara, 1998 (Dönme), s. 224, 225.

⁴⁴⁹ Örneğin bkz. **Yargıtay** 13. HD, T. 26.6.2013, E. 2013/6756, K. 2013/17624 (kazancı). Satılardan elde edilen menfaatlerin geri verilmesi ile satış bedelinin faiziyle birlikte iadesi imkânının düzenlendiği TBK m. 229 hükmü karşısında, isabetsiz bir karar için bkz. **İzmir BAM** 13. HD, T. 13.10.2017, E. 2017/1282, K. 2017/1484 (kazancı): “...davacının aracı kullanmasına karşılık, davalının da parayı uhdesinde tutarak kullandığı, bu itibarla davalının aracın kullanım bedelinin mahsubunu talep edemeyeceği kabul edilerek davalının bu yönleri dair istinaf itirazlarının reddi cihetine gidilmiştir...”

⁴⁵⁰ *İşlem menfaati (favor negotii)* kavramı, bir sözleşmeyi veya sözleşmenin bir hükmünü geçerli olarak ayakta tutacak yolun tercih edilmesi veya yorum yoluyla, sözleşmenin geçerliliğini destekleyen anlama üstünlük tanınması, şeklinde ifade edilmektedir. Bkz. Daniel Guggenheim, **Le droit suisse des contrats**, Principes généraux, Tome I, La conclusion des contrats, Georg Éditeur SA, Genève, 1991 (Contrats I), s. 127; Kocayusufoğlu, **Borçlar Genel**, s. 388; Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Cilt I, N 598.

⁴⁵¹ Serozan, **Borçlar Özel**, N 748-751; Atamer, **Taşınır Satımı**, s. 206-210. Aynı yönde bkz. Chaix, **CommRomand**, CO art. 368 N 26. Bu yöndeki sınırlandırmalar pek çok hukuk sisteminde mevcuttur. Dönme hakkının kullanımını sınırlandırılması açısından bkz. Yeşim Atamer, **Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2005 (CISG), s. 394 vd.

⁴⁵² Serozan, **Borçlar Özel**, N 748, 750; Atamer, **Taşınır Satımı**, s. 205, 206.

⁴⁵³ eBK m. 203 f. II hükmünde bu imkân yalnızca *yerinden satışlar* için öngörülmüş olmasına rağmen, TBK m. 227 f. III’te *mesafe satışlarını* kapsar şekilde düzenlenmiş olması, ulaşım imkânlarının oldukça geliştiği günümüzde alıcının satılana kavuşmak için uzun süre beklemeyeceği düşüncesine dayanmaktadır. Söz konusu çözüm CISG m. 48 hükmünde de benimsenmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Atamer, **Taşınır Satımı**, s. 206.

“Değiştirme ve onarma önerilerinin dönme hakkını bloke edeceği” ve satıcının satılanı derhal onarmayı önermesi durumunda da aynı sonuca varılacağı yönünde: Serozan, **Borçlar Özel**, N 748.

⁴⁵⁴ Atamer, **Taşınır Satımı**, s. 206.

⁴⁵⁵ Bu düzenlemenin sözleşme özgürlüğü ve irade özerkliği prensipleriyle bağdaşmadığı ve Avrupa’da İsviçre-Türk hukuk sistemi dışında da başka örneğinin bulunmadığı yönünde bkz. Atamer, **Taşınır Satımı**, s. 206; Bucher, Buz, **Alıcı**, s. 173 vd; Buz, **Yenilik Doğuran Haklar**, s. 180; Atamer, **CISG**, s. 396, dn. 618.

Alıcı, kanunda öngörülen sınırlamaları aşması ihtimalinde sözleşmeden dönme hakkını kullanabilecektir. Bu durumda kendisi açısından hiç ifa etmemeye benzer şekilde (TBK m. 125 f. III) ifa menfaatinin ortadan kalktığı ve taraflar arasındaki edim-karşı edim dengesinin tamamen bozulmuş olduğu kabul edilmektedir⁴⁵⁶. Öyle ki, ayıp sebebiyle sözleşmeden dönme hakkının kullanılması ihtimalinde (TBK m. 229), sanki hiç ifa etmeme (*borçlu temerrüdü*) sebebiyle sözleşmeden dönülmüş gibi (TBK m. 125), aynı hukuki sonuçlar meydana gelmekte, hangi hükme dayanılırsa dayanılsın, dönme beyanı sözleşme ilişkisini aynı şekilde etkilemektedir⁴⁵⁷. Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde temerrüt sebebiyle sözleşmeden dönülmüş olması durumunda, dönme hakkının niteliği ve hukuki sonuçları konusunda savunulan görüşler (TBK m. 125 f. III), ayıp sebebiyle sözleşmeden dönme (TBK m. 229) konusuna da aynen geçerlidir. Bu sebeple, aşağıda görüleceği üzere, öğretide dönme hakkının kullanımı sonucunda TBK m. 229 hükmünde öngörülen iade taleplerinin, sözleşmeden dönmenin genel sonuçlarına dâhil olduğu yönünde ciddi bir eğilim mevcuttur.

Öğretide öteden beri savunulan *klasik görüşe göre*⁴⁵⁸, dönme hakkı, nitelik itibariyle *bozucu yenilik doğurucu bir haktır*. Bu hakkın kullanılmasıyla birlikte

⁴⁵⁶ Gereği gibi ifa etmeme hali açısından da, sözleşmeden dönme durumunda, edim-karşı edim dengesi, ancak sözleşmenin bir kefesinin boşaltılmasıyla sağlanabilmektedir. Zira, ayıplı ifa sebebiyle artık edim, alıcı açısından değer taşımamaktadır. Bu durumda bozulan denge, sözleşmenin kurulması anında mevcut olan “sıfır denge” durumuna geri dönülerek yeniden sağlanmaktadır. Bkz. Buz, **Dönme**, s. 65, 66.

⁴⁵⁷ Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 208 N 2; Thévenoz, **CommRomand**, CO art. 109 N 4; Honsell, **BaslerKomm**, OR Art. 208 N 3; Huguenin, **OR**, N 2663; Katz, **Sachmängel**, s. 75; Schubiger, **Verhältnis**, s. 63, 64; Furrer, **Gewährleistung**, s. 67; Bucher, **OR BT**, s. 98; Yavuz, **Borçlar Özel**, s. 184; Yavuz, **Ayıp**, s. 166; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 90. Hâkime TBK m. 227 f. IV (CO art. 205 al. II) hükmünde tanınan müdahale hakkını ve “*actio redhibitoria, action rédhibitoire, Wandelungsklage (dönme davası)*” kavramını nazara alan bazı yazarlar, dönme hakkının yenilik doğurucu hukuki işlem yoluyla değil, *yenilik doğurucu dava* yoluyla kullanılması gerektiğini savunmaktadır. Bkz. Keller, Siehr, **Kaufrecht**, s. 88; Max Keller, Thomas Lörtscher, **Kaufrecht**, Eine systematische Darstellung, 2., überarbeitete und ergänzte Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, 1986 (Kaufrecht), s. 72. Bu görüşe göre, ayıp sebebiyle sözleşmeden dönme hakkı, dava yoluyla kullanılması açısından genel hükümlerde karşılıklı borç doğuran sözleşmeler için öngörülen dönme hakkından (TBK m. 125 f. III; CO art. 107 al. II) ayrılmaktadır.

⁴⁵⁸ Oser, Schönenberger, **ZürcherKomm**, OR Art. 208 N 4; Schubiger, **Verhältnis**, s. 63, 64; Furrer, **Gewährleistung**, s. 67; Stanislas, **Résolution**, s. 27, 28; Katz, **Sachmängel**, s. 75; von Büren, **OR AT**, s. 380; Schönle, **Remarques**, s. 483; Guggenheim, **Contrats I**, s. 80; Halûk Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdî Mes’uliyet)**, 1961 Yılı Birinci Basıdan Tıpkı Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010 (Mes’uliyet), s. 504; Tandoğan, **Borçlar Özel**, Cilt I/1, s. 190; Feyzioğlu, **Borçlar Genel**, s. 263, 264; Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Cilt I, N 1699; Kılıçoğlu, **Borçlar Özel**, s. 89, 90; İlhan Helvacı, **Le droit turc du contrat**, Schulthess Médias Juridique SA, Genève, Zurich, Bâle, 2018 (Contrat), s. 174; Hatemi, Gökyayla, **Borçlar Genel**, § 26 N 88. Aynı yönde bkz. **Yargıtay HGK**, T. 28.9.2011, E. 2011/19-498, K. 2011/572 (kazancı); **Yargıtay HGK**, T. 15.2.2012, E. 2011/19-597, K. 2012/80 (kazancı): “...Satım sözleşmesinden dönme beyanı, bozucu yenilik doğuran bir hak niteliğinde olup, bir irade açıklaması olarak, satıcıya

sözleşme kurulduğu andan itibaren, geçmişe etkili olarak (*ex tunc*) ortadan kalkar. Daha önceden ifa edilmiş edimlerin *ifa sebebi (causa solvendi)* sona erdiği için, söz konusu edimler tarafların malvarlığında bir sebepsiz zenginleşme teşkil eder. Bu nedenle malvarlığındaki karşılıklı zenginleşmenin, sona eren sebebe dayanan sebepsiz zenginleşme (*condictio ob causam finitam*) uyarınca (TBK m. 77) iade edilmesi gerekir. Zira, bu görüşe göre, ifa sebebi tasarruf işleminin yapıldığı sırada mevcut olduğu için, bu sebebin daha sonradan ortadan kalkması geçerli şekilde yapılmış olan tasarruf işlemlerini etkilemez. Bu görüşün en önemli sonucu, TBK m. 229 uyarınca gerek satılanın (*elde edilen yararlarla birlikte*) gerekse satış bedelinin (*faiziyle birlikte*) TBK m. 82 hükmünde öngörülen iki ve on yıllık zamanaşımı süreleri dâhilinde iade edilecek olmasıdır.

İstihkak görüşü şeklinde de ifade edilen *ayni etkili dönme görüşünü* savunan yazarlar⁴⁵⁹, klasik görüşü “*sebebe bağlılık*” ilkesi çerçevesinde yeniden yorumlanmışlardır. Bu görüşe göre, bozucu yenilik doğurucu bir hak olan dönme hakkının kullanılmasının ardından, sebebe bağlı (*illi*) olan tasarruf işlemleri de, sebebin ortadan kalkmasıyla birlikte hükümsüz hale gelir. Sebebe bağlılık ilkesinin sonucu olarak, satılanın *-işleme, karışma, birleşme ve iyiniyetli iktisap halleri istisna olmak üzere-* istihkak talebine dayanılarak (TMK m. 993) iade edilmesi gerekir. Böylece dönme beyanına *ayni etki (effet réel)* tanınmış olmaktadır. Bu durumda iadenin kapsamı, iyiniyetli haksız zilyedin iade yükümlülüğü (TMK m. 993 vd.)

vardığı anda hükümlerini doğurur ve sözleşmeyi geçmişe etkili olarak ortadan kaldırır. Dönme üzerine sözleşmenin geçmişe etkili olarak ortadan kalkmasının doğal bir sonucu olarak, tarafların edimlerinin karşılıklı olarak aynı anda ifası gerekir. Dolayısıyla davacı/alıcı, elindeki aracı davalı/satıcıya fiilen teslim ve tescil şartıyla, satım bedelini alabilecektir...” Bu konuda eleştirel bir değerlendirme için bkz. Alfred Koller, “Die Verjährung bei der Rückabwicklung von Verträgen”, **BR 2006**, s. 4-7 (Rückabwicklung), s. 4 vd.

⁴⁵⁹ Rossel, **Obligations**, s. 281; Engel, **Contrats**, s. 42; Cavin, **Vente**, s. 98; Giger, **BernerKomm**, OR Art. 208 N 8, 9; Keller, Siehr, **Kaufrecht**, s. 88; Keller, Lörtscher, **Kaufrecht**, s. 72; Öz, **Dönme**, s. 39, 40; M. Turgut Öz, “Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönmenin Bu Sözleşme Gereğince Kazanılmış Ayni Haklara Etkisi ve Klasik Dönme Kuramı ile Yeni Dönme Kuramının Kısa Bir Karşılaştırmalı Eleştirisi”, **MHAD**, Cilt 13, Sayı 16, 1985, s. 131-172 (MHAD), s. 141; Buz, **Dönme**, s. 140. Yargıtay’ın bu görüşü savunduğu kararları için bkz. **Yargıtay 23 HD**, T. 3.7.2018, E. 2015/9708, K. 2018/3902 (kazancı). Belirtmek isteriz ki, İsviçre Federal Mahkemesi’nin dönüşüm teorisini benimsediği 1988 tarihli kararından önce, ayni etkili dönme görüşünü savunduğu anlaşılmaktadır. Nitekim, Yüksek Mahkeme 1983 tarihli bir kararında, ayıptan sorumluluk çerçevesinde öngörülen sözleşmeden dönme hakkının kullanılmış olması durumunda, satıcının malik sıfatıyla satılanı talep edebileceğine hükmetmiştir. Bkz. **İsvFM**, ATF 109 II 26 = JdT 1983 I 260: “...Satış sözleşmesinde mülkiyetin nakli sebebe bağlı bir işlemdir. Sözleşmeden dönme yarar ve hasarıyla birlikte satılanın mülkiyetinin genellikle satıcı olan eski malike dönmesi sonucunu doğurur...”. Kararın değerlendirmesi için bkz. Paul Piotet, “La restitution après résolution du contrat Arrêt du Tribunal fédéral du 17 février 1983 dans la cause Intravend AG c. Consorzio Gianola, Vittori e De Vittori, ATF 109 II 26 ss = JdT 1983 I 260 ss”, **DC 1984**, s. 10-12 (Restitution), s. 10 vd.

uyarınca belirlenecektir. Satış bedeli ise para borcu olması sebebiyle her zaman bir sebepsiz zenginleşme teşkil edeceğinden, sona eren sebebe dayanan sebepsiz zenginleşme (*condictio ob causam finitam*) uyarınca iade edilmelidir. O halde, satıcı satılanı istihkak yoluyla herhangi bir süreye bağlı olmaksın talep edebilecek iken, alıcı satış bedelinin iadesini sebepsiz zenginleşme zamanaşımı dâhilinde (TBK m. 82) isteyebilecektir⁴⁶⁰. Hemen belirtmemiz gerekir ki, bu görüşün uygulanabilmesi için, tasarruf işleminin sebebe bağlı olarak kabul edilmesi şarttır. Taşınmazlar açısından TBK m. 1024 f. II hükmünde kanun koyucu sebebe bağlılık ilkesini açıkça benimsemişse de, taşınır satışı açısından herhangi bir düzenleme öngörülmeyle, bu konu tartışmaya açık bırakılmıştır. Ancak, aynı etkili dönme görüşünü savunan yazarların büyük çoğunluğu, taşınır mülkiyetinin devrinin, sebebe bağlı olduğunu kabul etmektedir⁴⁶¹.

Öğretide hemen hemen terk edilmiş olan *kanuni borç ilişkisi teorisi* (*Legaleschuldverhältnis*) görüşü⁴⁶², dönmenin geçmişe etkisini kabul etmekle birlikte, sözleşmeden dönme neticesinde meydana gelen ilişkinin niteliği açısından klasik dönme görüşünden ayrılmaktadır. Bu görüşe göre, sözleşmenin geçmişe etkili bir şekilde sona ermesiyle birlikte taraflar arasında bir kanuni borç ilişkisi meydana gelmekte ve bu borç ilişkisi uyarınca ifa edilmiş edimlerin iade edilmesi gerekmektedir. Karşılıklı iade alacakları ise on yıllık genel zamanaşımı süresine tabidir (TBK m. 146). Bu görüşün temel gayesinin iade borçlarını, TBK m. 82’de düzenlenen sebepsiz zenginleşmeden doğan alacakların tabi olduğu kısa zamanaşımı süresinden kurtarmak olduğu anlaşılmaktadır. Zira, zamanaşımı süresi dışında, iade taleplerinin kapsamının, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre tespit edileceği kabul edilmektedir.

⁴⁶⁰ Buz’a göre iade borcu tipik bir sebepsiz zenginleşme talebi olmadığı için sebepsiz zenginleşme zamanaşımının uygulanması zorunlu değildir. Bu durumda TBK m. 125’te herhangi bir zamanaşımı süresi öngörülmediği için, TBK m. 146 uyarınca on yıllık zamanaşımı süresi uygulama alanı bulmalıdır. Bkz. Buz, **Dönme**, s. 236, 237. Kanımızca, bu çıkarımı ayıptan sorumluluğa uygularsak, TBK m. 231 ve m. 244 f. III hükümlerinde öngörülen zamanaşımı sürelerinin, iade taleplerine uygulanabileceği kabul edilebilir.

⁴⁶¹ Engel, **Contrats**, s. 42; Cavin, **Vente**, s. 98; Keller, Siehr, **Kaufrecht**, s. 88; Keller, Lörtscher, **Kaufrecht**, s. 72; Buz, **Dönme**, s. 170, 171. Karşı görüşte bkz. Öz, **MHAD**, s. 141, dn. 16; Öz, **Dönme**, s. 234; M. Kemal Oğuzman, M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt II, 15. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020 (Borçlar Genel, Cilt II), N 992.

⁴⁶² Becker, **BernerKomm**, OR Art. 109 N 4; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Borçlar Genel**, s. 967, 968. Benzer yönde bkz. Zevkliler, Gökyayla, **Borçlar Özel**, s. 127.

Bugün İsviçre Federal Mahkemesi⁴⁶³ ile İsviçre öğretisi tarafından neredeyse oybirliğiyle kabul edilen ve taraftarları Türk Hukuku'nda da giderek artan *dönüşüm teorisi* (*théorie de la modification - Umwandlungstheorie*) uyarınca⁴⁶⁴ dönme hakkı, değiştirici yenilik doğrucu hak olarak nitelendirilmektedir. Zira, dönme hakkının kullanılmasıyla birlikte sözleşmenin içeriği, ileriye etkili olarak (*ex nunc*) bir tasfiye ilişkisine (*rapport de liquidation contractuel - Liquidations-, Abwicklungsverhältnis*) dönüşür. O halde, dönme bildirimi sözleşme ilişkisinin geçerliliğini etkilememekte, sözleşmenin kuruluşu anındaki *status quo ante'nin* yeniden sağlanması amacıyla⁴⁶⁵ sözleşme ilişkisini yalnızca bir tasfiye ilişkisine dönüştürerek, taraflar arasında karşılıklı iade borçlarının doğmasını sağlamaktadır. Bu durumda sözleşme değişikliğe uğramakla birlikte, borç ilişkisi ayakta kalmakta, iktisap edilmiş hakların geçerliliği bu değişiklikten etkilenmemekte ve dönme hakkı *ayni* değil *kişisel bir talep* hakkı meydana getirmektedir. Öte yandan, “*tasfiye*” amacının dışında kalan ifa edilmemiş borçlar, dönme beyanıyla birlikte sona ermektedir. Bu görüş uyarınca, dönme beyanı sözleşmeyi geçersiz hale getirmediğinden, TBK m. 229 uyarınca doğan *sözleşmesel* iade borçları, dönme beyanının satıcıya ulaşmasından itibaren on

⁴⁶³ İsvFM, ATF 137 III 243 = JdT 2014 II 443; ATF 133 III 356 = JdT 2008 I 91; ATF 132 III 242 = JdT 2006 I 49 = SJ 2006 I 317; ATF 132 III 226 = SJ 2006 I 321; ATF 126 III 119 = JdT 2000 I 630; ATF 130 III 504; ATF 133 III 356 = JdT 2008 I 91; ATF 123 III 16 = JdT 1999 I 99; ATF 123 III 226; ATF 109 II 26 = JdT 1983 I 260. İsviçre Federal Mahkemesi'nin dönüşüm teorisini benimsediği ilk karar olma özelliğini gösteren 1988 tarihli prensip kararı için bkz. İsvFM, ATF 114 II 152 = JdT 1988 I 523: “...Öğretide savunulan en güncel görüşlerle birlikte, borçlu temerrüdü sebebiyle sözleşmeden dönmenin sözleşmeyi iptal etmediği (geçersiz hale getirmedeği) kabul edilmelidir. Sözleşmeden dönme, sözleşmenin konusunu değiştirerek, onu tasfiye ilişkisi (*rapport de liquidation - Liquidationsverhältnis*) haline getirir. Bu durumda her iki tarafın CO art. 109 hükmüne dayanan talepleri sözleşmesel niteliktedir. Zamanaşımı açısından ise genel hükümler uygulama alanı bulur. Tazminat talepleri gibi iade talebi de kaynağını dolaylı olarak borçlunun sözleşmeden doğan borcunu gereği gibi ifa etmemesinde bulur. Bu açıdan, her iki alacağı zamanaşımı bakımından farklı değerlendirmek için herhangi bir sebep bulunmamaktadır...”

⁴⁶⁴ Gauch, **Entreprise**, N 1538, 1539; Piotet, **Restitution**, s. 12; Weber, **BernerKomm**, OR Art. 109 N 63 vd.; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 208 N 2; Chaix, **CommRomand**, CO art. 368 N 24; Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 775; Gauch, Schluep, Schmid, Emmenegger, **OR AT**, N 3288; Bucher, **OR BT**, s. 98; von Büren, **OR BT**, s. 39; Berger, **OR AT**, N 1440; Koller, **OR BT**, § 4 N 189, 190; Honsell, **BaslerKomm**, OR Art. 208 N 3; Honsell, **OR BT**, s. 119, 120; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **Borçlar Genel**, N 1320; Tercier, Pichonnaz, **Obligations**, N 1416-1418; Huguenin, **OR**, N 2663; Guhl, Koller, **Obligationenrecht**, § 42 N 42; Koller, **Rückabwicklung**, s. 4 vd.; Müller-Chen, Girsberger, Droese, **OR BT**, s. 70; Weber-Cafilisch, **Faux et défauts**, s. 83; Serozan, **Borçlar Özel**, N 767; Serozan, **Dönme**, s. 73, 74; Eren, **Borçlar Özel**, N 408; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1148, 1149; Serozan, **Borçlar Genel**, s. 234, 236; Yavuz, **Ayıp**, s. 169; Aral, Ayrancı, **Borçlar Özel**, s. 144; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 90, 91; Atamer, **Taşınır Satımı**, s. 208; Kahveci, **Dönme**, s. 184; Tuba Akçura Karaman, “Sona Ermiş veya Geçersiz Sözleşmelerde Tarafların İfa Etmiş Oldukları Edimlerin İadesi”, **GSÜHFD**, 2018/1, s. 285-333 (İade), s. 303.

⁴⁶⁵ İsvFM, ATF 123 III 16 = JdT 1999 I 99; ATF 123 III 226. Ayrıca bkz. Piotet, **Restitution**, s. 12.

yıllık (TBK m. 146) zamanaşımına tabidir⁴⁶⁶. Bu durumda aralarında sözleşmesel bir tasfiye ilişkisi bulunan alıcı ve satıcının, aldıkları edimlerin iadesini, karşılıklı olarak aynı anda (*trait pour trait - Zug um Zug*) gerçekleştirmeleri gerekeceğinden, ödemelik def'inin (TBK m. 97) sözleşmesel tasfiye ilişkisine kıyasen uygulanacağı kabul edilmektedir⁴⁶⁷.

Son olarak, öğretide dönüşüm teorisini savunan bazı yazarlar⁴⁶⁸, alıcının ayıplı ifa sebebiyle sözleşmeden dönmesi durumunda, iade taleplerinin TBK m. 231 ve m. 244 f. III hükümlerinde öngörülen zamanaşımı sürelerine tabi olduğunu savunmaktadır. Zira, TBK m. 231 hükmünün lafzında, satılanın ayıbından doğan sorumluluğa ilişkin “*her türlü davanın*⁴⁶⁹” iki yıl geçmekle zamanaşımına uğrayacağı düzenlenmiştir. Kanımızca, bu görüş, konumuz açısından önem arz etmektedir. Zira, *lafzi yorum* yapıldığında, kanunda geçen her türlü davanın yalnızca seçimlik hakların doğrudan hedef tuttuğu alacak haklarını değil, aynı zamanda seçimlik hakların kullanımı sonucunda ortaya çıkan diğer hakları da kapsadığı rahatlıkla söylenebilir. Öte yandan, *amaçsal yorum* yapıldığında, kanun koyucunun kısa zamanaşımı süresiyle ticari işlem güvenliğinin sağlanmasını, alıcı ve satıcı

⁴⁶⁶ Ayrıptan sorumluluk açısından farklı görüşte bkz. Gauch, **Entreprise**, N 2282; Gauch, Schlupe, Schmid, Emmenegger, **OR AT**, N 3288; Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 775.

⁴⁶⁷ Weber, **BernerKomm**, OR Art. 109 N 63; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 208 N 2; Thévenoz, **CommRomand**, CO art. 109 N 12; Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 774; Müller, Mader, **Contrats**, N 286; Honsell, **OR BT**, s. 118; Eren, **Borçlar Özel**, N 410; Aral, Ayrancı, **Borçlar Özel**, s. 144; **İsvFM**, ATF 109 II 26 = JdT 1983 I 260; ATF 114 II 152 = JdT 1988 I 523. Klasik dönme görüşü açısından aynı yönde bkz. Engel, **Contrats**, s. 42; Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Cilt I, N 1094; **Yargıtay HGK**, T. 28.9.2011, E. 2011/19-498, K. 2011/572 (kazancı); **Yargıtay HGK**, T. 15.2.2012, E. 2011/19-597, K. 2012/80 (kazancı).

Dikkat çekmek isteriz ki öğretide sözleşmeden dönme halinde iade borçlarının ifasında ödemelik def'inin *kıyasen* uygulanabileceği ifade edilmektedir. Sözleşme ilişkisinin geçmişe etkili olarak ortadan kalktığını savunan görüşler açısından mantıklı görülse de, dönüşüm teorisi açısından ödemelik def'inin kıyasen uygulanması tereddütle karşılanabilir. Ancak, sözleşmeden dönme neticesinde doğan iade borçlarının, birbirleri ile doğrudan bir *değiş tokuş* veya *karşılık (sinallagma)* ilişkisi içinde bulunmadığı ve tasfiye ilişkisinin karşılıklı borç doğuran bir sözleşme olarak nitelendirilmesinin mümkün olmadığı düşünülecek olursa, söz konusu kıyasen uygulama daha rahat bir şekilde anlaşılabilir. Öte yandan, iadenin aynı hakka dayandığını belirtilen görüşler açısından ödemelik def'inin kabul edilmesi yerinde görülmemelidir. Bu durumda hapis hakkına başvurmak (TMK m. 950) daha isabetli olacaktır. Bkz. Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Cilt I, N 1094, dn. 316.

⁴⁶⁸ Gauch, **Entreprise**, N 1539, 2281; Koller, **OR BT**, § 4 N 223; Koller, **Rückabwicklung**, s. 7; Chaix, **CommRomand**, CO art. 371 N 5; Zindel, Pulver, Schott, **BaslerKomm**, OR Art. 371 N 5; Müller-Chen, **CHK**, OR Art. 210 N 2; Honsell, **BaslerKomm**, OR Art. 210 N 1. Alıcının satış bedelini iade borcunun CO art. 210 (TBK m. 231) hükmüne tabi olduğu görüşünde bkz. Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 775.

⁴⁶⁹ Mehz İsviçre Borçlar Kanunu m. 210 f. I hükmünde bu husus “*toute action en garantie pour les défauts de la chose - Die Klagen auf Gewährleistung wegen Mängel der Sache*” şeklinde ifade edilmiştir. Nitekim, öğretide satılanın ayıplarından doğan her alacağın, söz konusu zamanaşımı süresine tabi olduğu görüşünde bkz. Vionnet, **Droit formateur**, s. 274; Müller-Chen, **CHK**, OR Art. 210 N 1a; Honsell, **BaslerKomm**, OR Art. 210 N 1.

arasındaki hukuki barışın bir an önce tesis edilmesini ve ispat yükünün kolaylaştırılmasını amaçladığı⁴⁷⁰ nazara alınacak olursa; bu gayelere, ancak akamete uğramış sözleşme ilişkisinin, bir an evvel tasfiye edilmesi yoluyla ulaşılabileceği savunulabilir. Bu açıdan bakıldığında, ayıptan doğan iade taleplerinin ayıptan doğan zamanaşımı süresine tabi olması çıkarımının kanunun gerek lafzına gerekse ruhuna uygun olduğu söylenebilir.

Klasik görüş ve dönüşüm teorisi, iade taleplerine uygulanacak olan zamanaşımı süresi (TBK m. 82 veya m. 146) açısından, dönme hakkının ayıptan doğan zamanaşımı süresi içinde kullanıldığı durumlarda, ayıptan doğan hakların tabi olduğu zamanaşımı süresinden (TBK m. 231 ve m. 244 f. III) daha uzun bir süre öngörmektedir. Öte yandan, ayıptan doğan zamanaşımı süresi geçtikten sonra, dönme hakkının kullanılması durumunda, iade taleplerinin zamanaşımına uğramış olup olmadığı sorusuna da öğretide açıkça bir cevap verilmiş değildir. Zira, dönme hakkının kullanımından önceki dönemde, gerek klasik görüş açısından bir sebepsiz zenginleşme söz konusu olmadığı için, gerek dönüşüm teorisi açısından henüz tasfiye ilişkine geçilmediği için, zamanaşımı süresi, ancak ve ancak dönme bildiriminin satıcıya varmasıyla başlayacaktır⁴⁷¹. Kanımızca, dönme hakkının zamanaşımı süresi dolduktan sonra kullanılabileceği hususunda tereddüt etmemek lazımdır. Özellikle de yenilik doğurucu hakların zamanaşımına uğramadığı ve seçimlik hakların kullanımının açıkça zamansal bir sınırlamaya tabi tutulmadığı gözetilecek olursa, iki yıllık zamanaşımı süresi geçmiş olsa bile, alıcının sözleşmeden dönmesi mümkün görünmektedir⁴⁷². Nitekim, dönme hakkının kullanımının doğrudan doğruya bir süreyle sınırlandırılmamış olması sebebiyle, pek çok yazar⁴⁷³, ayıptan doğan dönme

⁴⁷⁰ Ayıptan doğan zamanaşımı süresi, satılanın tesliminin ardından olabildiğince kısa bir sürede net ve açık bir hukuki durumun yaratılmasını amaçlamaktadır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Honsell, **BaslerKomm**, OR Art. 210 N 2; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 210 N 1; Gauch, **Entreprise**, N 2198; Heim, **Réparation**, s. 23; Stanislas, **Résolution**, s. 158; **İsvFM**, ATF 114 II 131 = JdT 1988 I 508; ATF 102 II 102 = JdT 1977 I 64.

⁴⁷¹ Klasik görüş uyarınca, iki yıllık sebepsiz zenginleşme zamanaşımının (TBK m. 82) dönme bildiriminin ulaşmasından itibaren başlayacağı yönünde bkz. Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Cilt I, N 1690. Dönüşüm teorisi uyarınca, on yıllık zamanaşımı süresinin dönme bildiriminin ulaşmasından itibaren başlayacağı yönünde bkz. Weber, **BernerKomm**, OR Art. 109 N 106 vd.; Gauch, Schluep, Schmid, Emmenegger, **OR AT**, N 3288; Bucher, **OR AT**, N 377; Guggenheim, **Contrats II**, s. 295, 296; Eren, **Borçlar Özel**, N 408. Asıl alacağın tabi olduğu zamanaşımı süresine tabi olduğu, dolayısıyla zamanaşımının asıl alacağın muaccel olduğu andan itibaren başlayacağı görüşünde bkz. Thévenoz, **CommRomand**, CO art. 109 N 21; Schwenzer, **OR AT**, N 84.14; **İsvFM**, ATF 100 II 339.

⁴⁷² Chaix, **CommRomand**, CO art. 368 N 6; Gauch, **Entreprise**, N 2281; Brändli, **Nachbesserung**, N 999; Koller, **OR BT**, § 4 N 218, 223.

⁴⁷³ *Örneğin* bkz. Gauch, **Entreprise**, N 2280 vd.; Stanislas, **Résolution**, s. 158 vd.; Tandoğan, **Borçlar Özel**, Cilt I/1, s. 190 vd.; Eren, **Borçlar Özel**, N 404 vd.

hakkının kullanımı açısından bir zamansal sınır bulunup bulunmadığı; örneğin, alıcının satılanın tesliminden beş yıl ya da daha uzun bir sonra, ayıplı ifa sebebiyle sözleşmeden dönüp dönemeyeceği konusunda bir değerlendirme yapmamaktadır. Buna karşın bazı yazarlar⁴⁷⁴, dönme hakkının kullanımını sınırlandırmak amacıyla, ayıp bildiriminden itibaren makul süre içinde dönme hakkının kullanılabilmesiyle belirtmekte; bazı yazarlar ise⁴⁷⁵, satıcının dönmeyi teklif ederek, alıcıya dönme hakkını kullanması için uygun bir süre verebileceğini ifade etmektedir.

Dönme hakkının kullanımının geniş sürelerle yayılması sonucunda, alıcının konjonktürel dalgalanmalardan menfaat elde etmesi ve taraflar arasındaki uyumsuzluğun zamanaşımı süresiyle güdülen amacın aksine, bir türlü çözümlenememesi tehlikesiyle karşılaşılacaktır. Zira, ticari hayatın gereklilikleri, satıcı açısından mevcut ayıbın giderilerek satılanın tekrar ticaret zincirine dâhil edilmesini, alıcı açısından ise satılanın bir an evvel iade edilerek onun yerine ikame mal alımına başvurulmasını zorunlu kılar⁴⁷⁶. Öte yandan, satılanın tesliminden ve

⁴⁷⁴ Ayıp bildiriminin ardından *makul süre içinde* alıcının seçimlik hakkını kullanması gerektiği görüşünde bkz. Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 205 N 2; Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 759; Venturi, **Réduction**, N 795; Vionnet, **Droit formateur**, s. 282. Bu konuda ayrıca krş. yukarıda B.2/II/A.

⁴⁷⁵ Kanunda dönme hakkının kullanılması açısından zamanaşımı süresi dışında herhangi bir zamansal sınırlama öngörülmemiştir. Alıcının zamanaşımı süresinin sonuna kadar bekleyerek satıcı aleyhine konjonktürel dalgalanmalardan yararlanmak istemesi tehlikesine karşı, öğretide bir kanun boşluğu bulunduğu kabul edilmektedir. Bu boşluğun (eski BGB § 466'dan esinlenilerek) satıcının dönmeyi teklif ederek, alıcıya dönme hakkını kullanması için uygun bir süre vermesi yoluyla doldurulması gerektiği ifade edilmektedir. Söz konusu görüş için bkz. Giger, **BernerKomm**, OR Art. 205 N 70; Honsell, **BaslerKomm**, OR Art. 205 N 2; Bucher, Buz, **Alıcı**, s. 150, 151; Huguenin, **OR**, N 2634; Venturi, **Réduction**, N 794; Aral, Ayrancı, **Borçlar Özel**, s. 143; Makaracı Başak, **TBK m. 225/II**, s. 1919; Eugen Bucher, "Der benachteiligte Käufer, Kritische Bemerkungen zu zwei Besonderheiten des schweizerischen Kaufrechts: Prüfungs- und Rügepflicht (OR 201), Kostenfolgen bei Erkennung auf Preisminderung statt auf Wandelung gemäss OR 205/II", **SJZ** 67/1971, s. 1-6, 17-24 (Käufer), s. 4.

⁴⁷⁶ Belirtmemiz gerekir ki, ayıplı ifa sebebiyle sözleşmeden dönme (TBK m. 229), temerrüt sebebiyle sözleşmeden dönmekten (TBK m. 125 f. II, III) farklılık arz etmektedir. Zira, satıcı açısından bakıldığında, satıcının (*borçlu*) temerrüdü halinde hiç ifa etmeme durumu söz konusu olduğu için, satıcı daha önce ifa edilmişse, faiziyle birlikte yalnızca satış bedelini iade ederek sözleşmenin tasfiyesini gerçekleştirebilir. Alıcı açısından bakıldığında ise, alıcının (*borçlu*) temerrüdü halinde, ayıplı ifa söz konusu olmadığından, yalnızca selde edilen menfaatlerle birlikte satılanın iadesi yeterlidir. Oysa, ayıplı ifa durumunda, her iki taraf da borcunu ifa etmiş olabileceğinden, hem tasfiye daha zordur, hem de satılanın ayıp sebebiyle uğradığı değer kaybı artabileceği gibi, ayıbın satılanın teslimi anında satılana mevcut olduğunun ve ayıptan sorumluluğun diğer şartların gerçekleşip gerçekleşmediğinin ayrıca ispat edilmesi gerekmektedir. Bu durumda satılana gerçekleştirilecek bilirkişi incelemesi ve keşif de zorluk arz etmektedir. Zira, zararın ve satılana nitelik eksikliğinin her geçen gün arttığı bir satış sözleşmesinde, satılanın zarara uğramasında alıcının kusurunun bulunup bulunmadığının (TBK m. 228) veya satılanın başka yerden gönderilmesi durumunda gerekli önlemlerin alınıp alınmadığının (TBK m. 226) tespit edilmesi kolay olmayacaktır. Bu sebeple, ayıplı ifa sebebiyle sözleşmeden dönme halinde, sözleşme ilişkisinin en hızlı şekilde çözümlenerek, durumun açıklığa kavuşturulması ihtiyacı daha fazladır. Öte yandan, ticari işlerde yine de sözleşmeden dönmeyi daha zor olduğunu düşünen kanun koyucu, TBK m. 212 f. II'de ifadan vazgeçerek müspet zararın tazmininin istendiği yönünde bir

satış bedelinin ifasından uzun zaman sonra sözleşmeden dönülmüş olması durumunda, tasfiye aşamasında gerek satılardan elde edilen menfaatlerin⁴⁷⁷ gerek faiziyle birlikte satış bedelinin⁴⁷⁸ hesaplanması büyük zorluk arz edecektir⁴⁷⁹. Oysa, ayıptan doğan zamanaşımı süresinin iade taleplerine uygulanması kabul edilirse, zamanaşımı süresinin satılanın tesliminden itibaren başlıyor olması, dönme hakkının kullanımı açısından olmasa da, sonuçları ve özellikle iade talepleri açısından hem bir zamansal sınır, hem de tarafları tasfiyeye zorlayan bir baskı mekanizması olma özelliği gösterecektir. Böylece, sözleşmeden dönme hakkının kullanımını, makul süreyle yahut satıcının dönmeyi teklif etmesiyle sınırlandırma şeklinde, yapay çözümlere başvurma ihtiyacı da ortadan kalkacaktır.

Sözleşmeden dönme hakkının satılanın ayıplı ifası sebebiyle alıcıya tanınmış bir hak olduğu nazara alınacak olursa, iade taleplerinin ayıptan doğan diğer alacak haklarıyla farklı hukuki gerekçelere dayandığı söylenemeyecektir. Bu durumda, örneğin indirim hakkının kullanılması sebebiyle *bedelin kısmen iadesi* ile, dönme hakkının kullanılması sonucunda *bedelin tamamen iadesinin*⁴⁸⁰ niçin farklı zamanaşımı sürelerine tabi tutulduğu sorusuna cevap bulmak güçtür. Aşağıda

kesin vadeli işlem (Fixgeschäft) karinesi getirmiştir. Ancak, hükmün ne şekilde anlaşılması gerektiği tartışmalıdır. Bu durumda alıcıya sözleşmeden dönme hakkı tanınmadığı yönünde bkz. Oser, Schönenberger, **ZürcherKomm**, OR Art. 190 N 14; Becker, **BernerKomm**, OR Art. 190 N 10; Cavin, **Vente**, s. 45; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 190 N 12. TBK m. 125 hükmüne dayanarak sözleşmeden dönebileceği yönünde bkz. Tandoğan, **Borçlar Özel**, Cilt I/1, s. 128-130; Stanislas, **Résolution**, s. 85, 86; Yavuz, **Borçlar Özel**, s. 104.

⁴⁷⁷ Elde edilen menfaatleri konu edinen tazminat talebi açısından da faiz istenebileceği yönünde bkz. Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 208 N 7; **İsvFM**, ATF 106 II 221 = JdT 1981 I 59. Belirtmek gerekir ki, satılardan elde edilen menfaatler hesaplanırken, doğrudan ecir misil yahut kira bedelinin esas alınması, alıcının oldukça aleyhine ve hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurabilecektir. Böyle bir durumda TBK m. 114 f. II atfıyla hâkime takdir yetkisi tanıyan TBK m. 50 ve m. 51 hükümleri kıyasen uygulanmalı ve satılanı malik sıfatıyla elinde bulunduran alıcı lehine tazminat, somut olayın özellikleri nazara alınarak indirilebilmelidir. Nitekim, öğretide alıcının zapttan sorumlulukta olduğu gibi, ayıptan sorumlulukta elde etmeyi ihmal ettiği menfaatlerle sorumlu tutulmaması gerektiği ifade edilmektedir. Zira, bu durumda alıcı, ayıp sebebiyle çoğu kez satılanı kullanmaktan imtina edecektir. O halde, yalnızca satılardan edinilmiş gerçek menfaatlerin tazmin edilmesi gerekmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Tandoğan, **Borçlar Özel**, Cilt I/1, s. 184; Becker, **BernerKomm**, OR Art. 208 N 2.

⁴⁷⁸ Satış bedeline uygulanacak faizin TBK m. 88 hükmü nazara alınarak bedelin ödenmesi anından itibaren hesaplanacağı yönünde bkz. Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 208 N 8; **Yargıtay** 13. HD, T. 15.1.2014, E. 2013/22670, K. 2014/614 (kazancı). Dava tarihinden itibaren hesaplanacağı yönünde bkz. **Yargıtay** 13. HD, T. 26.6.2013, E. 2013/6756, K. 2013/17624 (kazancı).

⁴⁷⁹ Uygulamada karşılaşılan diğer bir sorun ise dönme hakkının kullanılmasından satılanın iadesine kadar geçen sürede satılanın değer kaybetmesi ya da yok olması durumunda söz konusu zararlardan kimin sorumlu olacağıdır. Bu durumda İsviçre Federal Mahkemesi ve hâkim öğreti tarafından benimsenen çözüm, satış bedeline karşılık olarak (TBK m. 97) satılanı elde tutan alıcının, aynı bir rehinli alacaklı gibi TMK m. 945 uyarınca kusursuzluğunu ispat etmedikçe bütün değer azalmalarından sorumlu olmasıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 208 N 6; **İsvFM**, ATF 109 II 26 = JdT 1983 I 260.

⁴⁸⁰ Her iki iade talebinin birbiriyle benzer olduğu yönünde bkz. Koller, **OR BT**, § 4 N 223.

açıklandığı üzere, zamanaşımı süresi dolduktan sonra, seçimlik hakların *ayıptan doğan def'i hakları* yoluyla ileri sürülebileceği nazara alındığında⁴⁸¹ dönme hakkının da TBK m. 231'de düzenlenen zamanaşımı süresine tabi olması gerektiği daha iyi anlaşılacaktır. Zira, aksi bir yorumda kısa zamanaşımı süresi geçse dahi, sözleşmeden dönülebileceği sonucuna varılmaktadır. Öte yandan, *yalnızca* alıcının taleplerinin tabi olduğu zamanaşımı süresinin TBK m. 231 ve m. 244 f. III hükümlerinde düzenlendiği ve satıcının iade talebinin TBK m. 146 uyarınca on yılda zamanaşımına uğrayacağı savunulsa bile⁴⁸², alıcının kendisine yöneltilen satılanı iade talebine ödemezlik def'i yoluyla karşı çıkabileceği ve her iki iade talebinin de karşılıklı olarak aynı anda ifa edilmesi gerektiği kabul edilmektedir⁴⁸³.

Kanımızca, ayıplı ifanın yarattığı olumsuz sonuçların giderilmesi amacıyla öngörülen bütün taleplerin aynı zamanaşımı süresine tabi kılınması, ayıptan sorumluluk rejimini, kendi içinde daha tutarlı bir noktaya taşıyacaktır. Bu sebeple, sözleşmeden dönme hakkının kullanımı sonucunda, gerek alıcı gerekse satıcı açısından meydana gelen bütün alacak hakları, TBK m. 231 ve m. 244 f. III hükümlerinde düzenlenen kısa zamanaşımı sürelerine tabi olmalıdır. Bu sürelerin dolmasının ardından, alıcı yalnızca ayıptan doğan def'i haklarına başvurabilecektir. Ayıptan sorumlulukta zamanaşımı sürelerinin lafzi ve amaçsal yorumu; öte yandan, tasfiye ilişkisinin gerektirdiği sürat ve kesinlik ihtiyacı, varılan çözümü doğrulamaktadır.

2. Alıcının TBK m. 229 Uyarınca Doğrudan ve Dolaylı Zararının Tazmini Talebine Uygulanacak Olan Zamanaşımı

Alıcının ayıplı ifa sebebiyle uğradığı zararın tazminini, TBK m. 112 uyarınca genel sözleşmesel sorumluluk hükümleri çerçevesinde, ayıptan sorumluluğun maddi ve şekli şartlarına tabi olmaksızın satıcıdan talep edebileceği hususu yukarıda açıklanmıştı⁴⁸⁴. Kanun koyucu, sözleşmeden dönmenin sonuçlarını düzenleyen TBK

⁴⁸¹ Ayıptan doğan def'i hakları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. aşağıda B.5.

⁴⁸² Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 775.

⁴⁸³ Gauch, **Entreprise**, N 2294; Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 741; Honsell, **OR BT**, s. 118; Engel, **Contrats**, s. 42; Koller, **OR BT**, § 4 N 223; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 208 N 2; Chaix, **CommRomand**, CO art. 368 N 26.

⁴⁸⁴ Bkz. yukarıda B.2/II/B/1/c.

m. 229 hükmünde, alıcının ayrıca uğradığı doğrudan ve dolaylı zararının tazminini⁴⁸⁵ satıcıdan talep edebileceğini öngörmüştür. Söz konusu hüküm uyarınca alıcının ileri sürdüğü doğrudan ve dolaylı zararın tazmini talepleri ise, ayıptan doğan zamanaşımı sürelerine (TBK m. 231 ve m. 244 f. III) tabidir.

TBK m. 229 hükmü, ayıptan doğan seçimlik haklarda olduğu gibi doğrudan zararlar için bir *kusursuz sorumluluk rejimi* öngörmüş, dolaylı zararları ise kusur sorumluluğu dâhilinde çözümleyerek, TBK m. 229 f. II’de sözleşmesel sorumluluk açısından alacaklı lehine getirilmiş olan kusur karinesini (TBK m. 112) tekrar etmiştir⁴⁸⁶. Doğrudan zararların kusursuz sorumluluk esasına göre tazmin edilebiliyor olması, hiç şüphesiz alıcı lehine getirilmiş önemli bir imkândır. Fakat, genel itibarıyla kabul edildiği üzere, TBK m. 229 f. I b. 3’te ifade edilen “*ayıplı maldan doğran doğrudan zararın giderilmesi talebi*” yahut mehz İsviçre Kanunu’nun (CO art. 208 al. II) ifadesiyle “*ayıplı malın teslimi sonucunda doğrudan doğruya meydana gelen zararın tazmini*” yalnızca dönme hakkının kullanılmış olması durumunda değil, diğer bütün seçimlik haklarla beraber kullanılacak *kümülatif (yığılmalı)* bir talep olma özelliği taşımaktadır⁴⁸⁷. Zira, kanun koyucu bu maddede düzenlediği tazminat talebini sözleşmeden dönme sonucunda meydana gelen zarar

⁴⁸⁵ Doğrudan ve dolaylı zarar ayrımı İsviçre-Türk öğretisinde oldukça tartışmalıdır. Söz konusu ayırım ve öğretide ifade edilen görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Willi Fischer, **Der unmittelbare und der mittelbare Schaden im Kaufrecht**, eine dogmatische Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte sowie der Funktion der Gewährleistungsinstitute, Zürcher Studien zum Privatrecht Band/Nr. 44, Polygraphischer Verlag AG, Zürich, 1985 (Schaden), s. 11 vd.; Ginter, **Verhältnis**, s. 57 vd.; Fadıl Yıldırım, Veysel Başpınar, “Doktrin ve Uygulama Açısından Türk-İsviçre Hukukunda Doğrudan Doğruya ve Dolaylı Zarar Ayrımı”, **Prof. Dr. Bilge Öztan’a Armağan**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008, s. 1093-1112 (Doğrudan-Dolaylı Zarar); Çiğdem Kırca, “Kaldırılması Gereken Bir Ayırım: Satım Sözleşmesinde Satılanın Zaptı ve Satılan Malın Ayıplı Olması Sebebiyle İstenebilecek Tazminat Açısından Yapılan Doğrudan Zarar-Dolaylı Zarar Ayrımı”, **Prof. Dr. Ali Naim İnan’a Armağan**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s. 433-458 (Doğrudan-Dolaylı Zarar); Kara, **Doğrudan-Dolaylı Zarar**, s. 483 vd.; Ergüne, **Zarar**, s. 63 vd.

⁴⁸⁶ Cavin, **Considérations**, s. 334, 337. Yazara göre söz konusu bağlantı, aCO art. 241 hükmünde daha netti. Zira, CO art. 208 (TBK m. 229) hükmü dolaylı zararlar için genel sözleşmesel sorumluluğu düzenleyen aCO art. 116 hükmüne (TBK m. 112; CO art. 97) doğrudan atıf yapmaktaydı. Bkz. Jean Cuendet, **La faute contractuelle et ses effets, Étude de l’article 99 al. 3 CO**, 2ème Edition, Edition Stämpfli&Cie SA, Berne, 1970 (Faute), s. 70.

⁴⁸⁷ Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 809; Petitpierre, **art. 208/II CO**, s. 332; Cavin, **Considérations**, s. 336; Cavin, **Vente**, s. 103; Amaudruz, **Garantie**, s. 157; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 208 N 13, 14; Müller, Mader, **Contrats**, N 278-284; Katz, **Sachmängel**, s. 78; Venturi, **Réduction**, N 1613 vd.; Vischer, **Verschulden**, s. 130; Neuenschwander, **Schlechterfüllung**, s. 78; Schubiger, **Verhältnis**, s. 91; Furrer, **Gewährleistung**, s. 71; Keller, Siehr, **Kaufrecht**, s. 94; Giger, **BernerKomm**, OR Art. 208 N 55 vd.; von Büren, **OR BT**, s. 41; Tandoğan, **Borçlar Özel**, Cilt I/1, s. 199; Aral, Ayrancı, **Borçlar Özel**, s. 151; Ergüne, **Zarar**, s. 67, dn. 226; Kara, **Doğrudan-Dolaylı Zarar**, s. 513, 514; **KanM (Neuchâtel)**, 16.12.1974, RJN 1967 I 168. Aksi görüşte bkz. Stanislas, **Résolution**, s. 149-154; Schönle, **Remarques**, s. 484; Pichonnaz, Werro, **Jurisprudence**, s. 155; Akçura Karaman, **Sorumluluk**, s. 339. *De lege feranda* bkz. Weber-Cafilisch, **Faux et défauts**, s. 86.

yahut sözleşmenin hükümsüz hale gelmesiyle oluşan zarar şeklinde ifade etmemiş, zarar kaleminin ayıplı mal teslimi neticesinde oluşmuş olmasını aramıştır⁴⁸⁸.

Bu gerekçeleri nazara alan İsviçre-Türk öğretisi, ayıptan doğan doğrudan zararın tazmininin, sadece dönme hakkının kullanılmış olması durumunda değil, diğer seçimlik haklardan herhangi birisinin kullanılmış olması durumunda da *kıyasen* talep edilebileceği kanaatindedir⁴⁸⁹. Kanımızca, oldukça isabetli olan bu görüşe göre, temel olarak TBK m. 229 f. I b. 3 hükmü, *niteliğine uygun düştüğü ölçüde* onarım, bedel indirimi yahut ayıpsız benzeriyle değişim haklarına da kıyasen uygulanmalıdır. Zira, TBK m. 227 f. IV uyarınca, hal ve şartların dönme hakkının kullanımını haklı göstermemesi durumunda -örneğin satılandaki nitelik eksikliğinin nispeten küçük olması yüzünden- hâkim, sözleşmeden dönme yerine, bedel indirimine veya satılanın onarımına karar verebilecektir. Satılandaki nitelik eksikliğinin nispeten küçük olması, sebep olacağı zararların da aynı ölçüde önemsiz olacağı anlamına gelmemektedir. Bu durumda büyük bir maddi zarara uğramış olan alıcı, ayıbın önemsiz olması nedeniyle hâkimin sözleşmeden dönme yerine satılanın onarımına karar vermesi sebebiyle, doğrudan zararlarının tazmini, kusursuz sorumluluk rejimi çerçevesinde talep edemeyecektir⁴⁹⁰. Örneğin, bir otomobildeki küçük bir yapım hatasının yahut bir makinadaki ufak bir aksaklığın ağır bir kazaya sebebiyet vermesi ihtimalinde, ayıbın kolayca onarılabilir olmasından hareketle, hâkimin sözleşmeden dönme hakkını sınırlandırması mümkündür⁴⁹¹. İşte böyle hallerde, ayıptan doğan hükümler uyarınca zararını tazmin ettiremeyen alıcı, satıcının kusurunun bulunmaması sebebiyle, genel hükümlere (TBK m. 112; CO art. 97) başvurma imkânından da yoksun kalacaktır⁴⁹². Oysa, dönmeyi haklı kılacak derece büyük bir

⁴⁸⁸ Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 809; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 208 N 13. Bu bağlamda CO art. 208 (TBK m. 229) hükmünün başlığının “sözleşmeden dönme” değil “garanti yükümlülüğü” olması gerektiği ifade edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Petitpierre, **art. 208/II CO**, s. 331-333.

⁴⁸⁹ Söz konusu TBK m. 229 f. I b. 3 hükmünün *kıyasen* diğer seçimlik haklara uygulanması gerektiği görüşünde bkz. Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 809; Petitpierre, **art. 208/II CO**, s. 332; Cavin, **Vente**, s. 103; Amaudruz, **Garantie**, s. 157; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 208 N 13, 14; Katz, **Sachmängel**, s. 78; Venturi, **Réduction**, N 1613 vd.; Neuenschwander, **Schlechterfüllung**, s. 78; Schubiger, **Verhältnis**, s. 91; Furrer, **Gewährleistung**, s. 71; Keller, Siehr, **Kaufrecht**, s. 94; Giger, **BernerKomm**, OR Art. 208 N 55 vd.; von Büren, **OR BT**, s. 41; Berger, **OR AT**, N 1745; Tandoğan, **Borçlar Özel**, Cilt I/1, s. 199; Aral, Ayrancı, **Borçlar Özel**, s. 151; Ergüne, **Zarar**, s. 67, dn. 226; Kara, **Doğrudan-Dolaylı Zarar**, s. 513, 514.

⁴⁹⁰ Petitpierre, **art. 208/II CO**, s. 332; Cavin, **Considerations**, s. 336; Cavin, **Vente**, s. 103; Venturi, **Réduction**, N 1616; Aral, Ayrancı, **Borçlar Özel**, s. 151.

⁴⁹¹ *Örneğin* bkz. Cavin, **Vente**, s. 103; Venturi, **Réduction**, N 1616.

⁴⁹² Schubiger, **Verhältnis**, s. 78 vd.; Petitpierre, **art. 208/II CO**, s. 332, 333; Venturi, **Réduction**, N 1616. Her ne kadar hukukumuzda kusur sorumluluğu esas olsa da; ayıptan sorumlulukta kural,

nitelik eksikliğinin mevcut olması durumunda, meydana gelen zarar önemsiz olsa dahi alıcı, TBK m. 229 uyarınca zararının tazminini kusursuz sorumluluk çerçevesinde talep edebilecekti.

Hangi hak seçilmiş olursa olsun, kanaatimizde satıcının sorumluluğunun ayıplı ifaya dayanması sebebiyle, uğranılan zararın tazmininin ayrı bir sorumluluk rejimine tabi tutulmasını haklı çıkaracak bir gerekçe bulmak güçtür. Kanunun doğrudan zararların tazmini için yalnızca sözleşmeden dönme yolunu işaret etmesi, sonuç itibarıyla bizi menfaatler dengesine uygun bir çözüme ulaştırmamaktadır. Diğer seçimlik haklar açısından öngörülmemiş olan bu imkânın kıyas yoluyla diğer haklara uygulanması neticesinde, seçimlik hakların sonuçları açısından varılan hakkaniyete aykırı çözüm düzeltilmiş olacaktır.

Kanımızca, vardığımız çözüm “*istisnalar dar yorumlanır (singularia non sunt extendenda)*” gerekçesiyle çürütülemez⁴⁹³. İlk olarak, belirtmek gerekir ki, ayıptan sorumluluk rejiminde kural, kusur sorumluluğu değil, kusursuz sorumluluktur⁴⁹⁴. Kanun koyucu kusursuz da olsa satıcının, satılanı nitelik eksikliklerinden ari bir şekilde teslim ettiği yönünde bir garanti borcu altında olduğunu öngörmektedir. Bu açıdan, kusur esasına dayanan ve dolaylı zararların tazminini öngören TBK m. 229 f. II hükmü satıcının garanti sorumluluğu açısından istisnaidir. Öte yandan, sınırlandıran, yaptırım veya yasaklama öngören hükümlerin dar yorumlanması gerektiği ifade edilmektedir⁴⁹⁵. Oysa, doğrudan zararların tazminini öngören hükmün amacı, alıcının diğer seçimlik haklar açısından başvurabileceği imkânları sınırlandırmak değil, daha kolay bir giderim imkânı sağlamaktır. Ayrıca, “*istisnalar dar yorumlanır*” kuralının katı bir şekilde algılanmaması gerektiği ve söz konusu prensibin “*kural olarak istisnalar dar*

kusursuz sorumluluktur. Bu sebeple, hükmün lafzen yorumlanması, tatmin edici sonuçlar doğurmamaktadır.

⁴⁹³ *Örneğin*, Roma Hukuku’nda dört ayaklı hayvanların verdikleri zararlardan malikinin kusursuz sorumlu tutulması ilkesi on iki levha kanunlarında öngörülmüştür. Ancak, bu kural iki ayaklı hayvanların verdiği zararlara da uygulanmış, iki durum arasında kıyas yapılmasını engelleyecek bir farklılığın bulunmadığı ifade edilmiştir. Bkz. Aynur Yongalık, “İstisnalar Dar Yorumlanır Kuralı ve Değerlendirilmesi”, *AÜHFD*, S. 60/1, 2011, s. 1-15 (İstisna), s. 10.

⁴⁹⁴ *Örneğin* bkz. Honsell, **BaslerKomm**, OR Vorbem. Art. 197-210 N 1; Honsell, **OR BT**, s. 90; Giger, **BernerKomm**, OR Vorbem. zu Art. 197-210 N 7; Cavin, **Considérations**, s. 336; Eren, **Borçlar Özel**, N 300.

⁴⁹⁵ M. Kemal Oğuzman, Nami Barlas, **Medenî Hukuk**, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, 25. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019 (Medeni Hukuk), N 248; **Yargıtay** İBK, T. 23.2.2018, E. 2017/1, K. 2018/2 (RG T. 29.6.2018, S. 30463); **Yargıtay** İBK, T. 23.2.2018, E. 2017/1, K. 2018/2 (RG T. 29.6.2018, S. 30463).

yorumlanır” şeklinde ifade edilmesinin daha isabetli olacağı savunulmaktadır⁴⁹⁶. Zira, asıl önemli olan eşit konumda olanların eşit muamele görmesidir. Bu durumda, sözleşmeden dönen alıcı ile bedel indirimi talep eden alıcının uğradığı doğrudan zararlar açısından, hukuken herhangi bir fark yaratılmamalıdır.

Belirtmek gerekir ki, İsviçre Federal Mahkemesi, öğretinin büyük çoğunluğu tarafından ifade edilen bu görüşleri nazara almayarak, CO art. 208 al. II hükmünde öngörülen doğrudan zararın tazmininin kıyasen diğer seçimlik haklara uygulanmasını kabul etmemektedir⁴⁹⁷. Doğrudan zararın tazmini talep ediliyorsa bu durumda alıcının sahibi olduğu tek imkân sözleşmeden dönme hakkıdır. Dönmenin mümkün olmadığı hallerde, ayıplı ifanın sebep olduğu (*doğrudan*) zararları tazmin ettirmek isteyen alıcının, kullandığı seçimlik hakla beraber, CO art. 97 (TBK m.112) hükmünde düzenlenen genel borca aykırılık rejimine başvurması gerekmektedir. Satıcının satılanı ayıplı olarak devretmekte kusuru bulunmadığını ispat etmesi durumunda (*kusur karinesini çürütmesi ihtimalinde*) alıcı, zararını tazmin ettirememe riskine katlanarak, yalnızca kullandığı seçimlik hakla yetinmek durumunda kalmaktadır. Oysa, zarar riskine satıcının katlanması menfaatler dengesine daha uygundur. Zira, bu durumda satıcı, kusursuz da olsa, satılanı ayıplı teslim aldığı bir önceki satıcıya başvurarak, satış zincirinin bir önceki halkasına yahut üreticiye uğradığı zararı tazmin ettirebilir. Böylece, zarar riskine, ayıplı malı üreten ve riski meydana getiren ilk satıcı katlanacaktır. Oysa, ayıptan sorumlulukta genel hükümler hükümlere başvurulacak olunursa, zarar riski, çoğunlukla bununla hiç ilgisi olmayan son alıcı veya kullanıcı üzerine kalmaktadır⁴⁹⁸.

⁴⁹⁶ Serozan, **Yöntem**, s. 118; Yongalık, **İstisna**, s. 12. Ayrıca kanunda yer almayan böyle bir kuralın hukuk metodolojisine uygun olmadığı, istisna öngören kuralın geniş yorumlanabileceği ve kıyasa tabi tutulabileceği yönündeki görüş, öğretide giderek güçlenmektedir. Bu görüşler için bkz. Yongalık, **İstisna**, s. 4 vd. Zamanla istisna öngören kuralların genel kuralın önüne geçebileceği (*the exception can eat up the rule*) görüşünde bkz. Serozan, **Yöntem**, s. 118.

⁴⁹⁷ İsviçre Federal Mahkemesi’nin ilgili kararları için bkz. **İsvFM**, ATF 133 III 335 = SJ 2007 I 457; ATF 107 II 161 = JdT 1981 I 582; ATF 63 II 401 = JdT 1938 I 306. **İsvFM**, ATF 133 III 335 = SJ 2007 I 457: “...Öğreti söz konusu hükmün kıyasen diğer durumlar için de uygulanmasını öneriyorsa da, Federal Mahkeme’nin içtihadı bu durumu reddetmektedir. Fakat alıcının her zaman CO art. 97 hükmüne dayanarak tazminat istemesi mümkündür. Ancak alıcının bu talebi muayene ve bildirim külfetleriyle ve ayıptan doğan hakların tabi olduğu zamanaşımı süresiyle sınırlandırılmıştır...”

⁴⁹⁸ Genel hükümlerde tasavvur edilen aksine, satış sözleşmesinde genellikle satış ilişkileri, pek çok alıcı ve satıcının bir araya geldiği bir ticaret zinciri (*commerce échelonné*) şeklinde kendini göstermektedir. Bu sebeple, kanun koyucu özel hükümler sevk etme ihtiyacı hissetmiştir. Her ne kadar, doğrudan zarar riskini meydana getiren ilk satıcıya doğrudan doğruya başvurmak en iyi çözüm sayılabilirse de; bu riskin son alıcının üzerine bırakılmasındansa, sırayla bir önceki satıcıya aktarılması daha tercih edilesidir. Bkz. Petitpierre, **art. 208/II CO**, s. 334.

TBK m. 229 f. II hükmünde düzenlenen doğrudan zararların tazmininin kıyasen diğer seçimlik haklarla birlikte talep edileceği kabul edildiği zaman karşımıza ikinci bir sorun daha çıkmaktadır. Mevcut durumda, kıyasen uygulamanın ne şekilde yapılacağının açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Kanımızca, alıcının sözleşmeden dönerek talep ettiği *doğrudan zarar* sözleşmenin sona ermesi durumunda talep edilebildiği için, ancak bir menfi zarar kalemi olabilir ve menfi zarar dairesi içinde, nedensellik bağının yoğunluğuna göre ayıplı malın tesliminin ve onun mutlak kullanımının ilk ve en yakın sonucunu oluşturur⁴⁹⁹. Oysa, alıcının bedel indirimi, satılanın onarımı veya ayıpsız benzeriyle değiştirilmesi haklarından birini kullanması durumunda, sözleşme ilişkisi sona ermediği için⁵⁰⁰ menfi zararın değil, müspet zararın tazmini istenebilir. O halde, söz konusu kıyas yapılırken doğrudan zararın müspet zarar dairesi içinde, satılanın ayıplı tesliminin ve onun alışlagelmiş kullanımının ilk ve en yakın sonucu olduğu kabul edilmelidir.

Bu açıklamalar ışığında satılanın ayıplı tesliminin sebep olduğu zararların tazmini için iki farklı hukuki sebep bulunduğu söylenebilir. Bunlardan ilki TBK m. 112’de düzenlenen ve kusur esasına dayanan genel sözleşmesel sorumluluk rejimi, ikincisi ise kusursuz sorumluluğa dayanan ve temelde doğrudan zararların tazminini hedef tutan TBK m. 229 f. I hükmüdür. TBK m. 60 hükmünde kanun koyucu, sorumluluk birden çok sebebe dayandırılabiliriyorsa, hâkimin zarar görene en iyi giderim imkânı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar vereceğini öngörmüştür⁵⁰¹. Zarar gören aksini istemiş olmadıkça⁵⁰² kusursuz sorumluluk rejimi zarar görene en iyi giderim imkânını bahşedeceği için, hâkimin hukuken mümkün olduğu müddetçe

⁴⁹⁹ Doğrudan-dolaylı zarar ayrımı bu çalışmanın kapsamını aştığı için detaya girilmemiştir. Ayrıntılı açıklama ve değerlendirmeler için bkz. Kara, **Doğrudan-Dolaylı Zarar**, s. 522, 525.

⁵⁰⁰ Seçimlik hakların kullanılmasıyla satılanın zilyetlik ve mülkiyetini devir borcunun garanti borcuna dönüşerek sözleşme ilişkisinin devam ettiği yönünde bkz. Gauch, **Entreprise**, N 1351, 2368; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO Intro. art. 197-210 N 3; **İsvFM**, ATF 100 II 32 = JdT 1975 I 76.

⁵⁰¹ TBK m. 60 hükmünün ne şekilde yorumlanması gerektiği yönünde öğretide görüş birliği bulunmamaktadır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Bolayır, **Re’sen Uygulama**, s. 292-299; Vedat Buz, “Aynı Şahsın Farklı Hukuki Sebeplerle Sorumluluğu: TBK m. 60 Üzerine Düşünceler”, **BATİDER**, C.29, S.2, 2013, s. 19-57 (TBK m. 60); Burak Türk, Çiğdem Yılmaz, “Türk Borçlar Kanunu’nun 60. Maddesi Kapsamında Sorumluluk Sebeplerinin Yarışması”, **Sorumluluk Hukuku Seminerler**, (ed. : Başak Baysal), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 371-407 (TBK m. 60).

⁵⁰² Tarafların anlaşarak hukuki sebep üzerinde tasarrufta bulunabilecekleri ve bir tarafın kendi aleyhine olsa da belirli bir hukuk kuralının uygulanmasını talep edebileceği yönünde bkz. Bolayır, **Re’sen Uygulama**, s. 289, 297.

kararında bu sorumluluk esasına dayanması gerekmektedir⁵⁰³. *Yukarıda yaptığımız çıkarımları ayıptan sorumlulukta zamanaşımı perspektifine oturtacak olursak:*

(i) Ayıptan doğan zamanaşımı süresi içinde sözleşmeden dönme dışında herhangi bir seçimlik hakkın kullanılmış olması durumunda (*bedel indirimi, satılanın onarımı veya satılanın ayıpsız benzeriyle değiştirilmesi*) alıcı tazminat talep ederse, hâkim kusursuz sorumluluk dâhilinde kalan *doğrudan zararlar* açısından kusur incelemesi yapmaksızın tazminata hükmetmelidir (TBK m. 229 f. I b. 3 kıyasen). Doğrudan zarar dışında kalan zarar kalemleri (*dolaylı zararlar*) açısından satıcı, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe TBK m. 112 hükmünde düzenlenen genel sözleşmesel sorumluluk esasına göre sorumlu tutulmalıdır. Doğrudan zarar dışındaki zarar kalemleri açısından dolaylı zararın düzenlendiği TBK m. 229 f. II hükmüne dayanmaya gerek yoktur. Zira, TBK m. 229 f. II hükmü ile genel sözleşmesel sorumluluk rejimini düzenleyen TBK m. 112'nin aynı çözüm yolunu benimsemiş olması sebebiyle, kıyas uygulaması sadece doğrudan zararlar için söz konusu olur. Diğer taraftan, ayıptan doğan zamanaşımı süresi içinde alıcının sözleşmeden dönme hakkını kullanmış olması durumunda doğrudan ve dolaylı zararının tazminini istemesi, TBK m. 229 hükmünün doğal sonucudur.

(ii) Alıcının seçimlik haklarından herhangi birini kullanmış⁵⁰⁴, fakat ayıptan doğan zamanaşımı süresinin sona ermiş olması ihtimalinde, TBK m. 227 f. II hükmü uyarınca alıcının genel hükümlere göre tazminat isteme hakkı her zaman mevcuttur. Ancak, bu sonuca ulaşmak için TBK m. 146 hükmüne göre tespit edilen on yıllık genel zamanaşımı süresinin de dolmamış olması gerekir. Zira, ayıptan doğan zamanaşımı süresinin durması veya kesilmesi yoluyla sürenin uzamış ve bu esnada on yıllık genel zamanaşımı süresinin dolmuş olması da mümkündür. Öte yandan, TBK m. 229 uyarınca doğrudan zarar kalemlerinin kusursuz sorumluluk esasına göre tazminine hükmedilmesini engellemek amacıyla satıcının “*zamanaşımı def'i*” yoluyla bu talebe karşı çıkmış olması gerekir. Şayet zamanında ve usulüne uygun olarak ileri sürülmüş bir zamanaşımı def'i mevcut değilse, hâkim, tazminata hükmederken yine de kusursuz sorumluluk esasına dayanmalıdır. Zira, hâkim

⁵⁰³ Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Cilt I, N 831.

⁵⁰⁴ Alıcının kullandığı seçimlik hakkın vücut verdiği alacak hakkı örneğin satılanın onarımı ya da ayıpsız benzeriyle değiştirilmesi talepleri ayıptan doğan zarar tazmin edilmeksizin yerine getirilmiş olabilir. Ayıptan sorumluluk ile genel hükümler arasında *sınırsız (tam) yarışma esası* benimsendiği için, kanımızca bu tarz ifa faaliyetlerine girilerek satıcı garanti borcunu zimnen ikrar etse bile, on yıllık genel zamanaşımı süresi kesilmez. Bu konuda bkz. aşağıda B.2/IV/C/1. Öte yandan, satıcının zamanaşımı süresi içinde ayıptan doğan borçlarını yerine getirmemiş olması da genel tazminat sorumluluğuna etki etmez (TBK m. 227 f. II).

zamanaşımı süresinin dolduğunu re'sen nazara alamaz. Öte yandan, böyle bir durumda TBK m. 60 uyarınca kusursuz sorumluluk esasına dayanmak zarar görene her zaman daha iyi bir giderim imkânı sağlayacaktır.

(iii) Son olarak belirtelim ki, alıcının ayıptan doğan garanti rejimine hiç başvurmamış olması durumunda, her zaman on yıllık genel zamanaşımı süresi içinde genel hükümler uyarınca borcun gereği gibi ifa edilmediğini ileri sürerek (TBK m. 112) satıcıdan tazminat isteyebilir.

3. Ayıptan Sorumlulukta Zamanaşımı Süresi ile Ayıp Bildirim Süresi Arasındaki İlişki

Kanun koyucu TBK m. 223 f. I hükmünde, olağan bir muayene ile tespit edilebilecek ayıplar için, işlerin olağan akışına göre alıcının satılanı imkân bulur bulmaz gözden geçirmek ve bu gözden geçirme ile tespit ettiği ayıpları “*uygun süre içinde*” satıcıya bildirmek zorunda olduğunu düzenlemiştir. Öte yandan, olağan ve normal bir muayeneyle tespit edilemeyen, ancak malın olağan kullanımı ile zaman içinde ortaya çıkan gizli ayıpları⁵⁰⁵ alıcı, TBK m. 223 f. II uyarınca “*hemen*” satıcıya bildirmekle yükümlü kılınmıştır. Kanun koyucu bu süreleri her ne kadar “*uygun süre*” yahut “*hemen*” gibi muğlak ifadelerle belirlemiş olsa da, ayıptan sorumluluk hükümlerinin kanuni istisnalar dışında (TBK m. 221 ve m. 225), emredici nitelik taşımadığı nazara alındığında, tarafların anlaşarak ayıp bildirim süresini (*délai d'avis - Rügefrist*) belirli bir zaman dilimi şeklinde düzenlemeleri, bu süreyi uzatıp tamamen ortadan kaldırmaları mümkün görünmektedir⁵⁰⁶. Bazen de satış sözleşmesinde öngörülmüş olan garanti süresi, ayıp bildirim süresi olarak yorumlanabilir⁵⁰⁷. Belirtmek gerekir ki, TBK m. 223 hükmünde düzenlenmiş olan ayıp bildirim süresi, esasen bir hak düşürücü süredir⁵⁰⁸. Öğretide genel olarak hak

⁵⁰⁵ Muayene ile ortaya çıkabilen ayıp ve sonradan ortaya çıkan gizli ayıp kavramları için bkz. Oktay-Özdemir, **Ayıp**, s. 45-50. Ayıp bildirim konusunda ayrıca bkz. aşağıda B.5/II/B.

⁵⁰⁶ Honsell, **BaslerKomm**, OR Art. 201 N 13; Pedrazzini, **Entreprise**, s. 35; Heim, **Réparation**, s. 26; Allimann, **Péremption**, N 967-969.

⁵⁰⁷ Stanislas, **Résolution**, s. 162; Furrer, **Gewährleistung**, s. 90; Giger, **BernerKomm**, OR Art. 210 N 53; Becker, **BernerKomm**, OR Art. 210 N 2. Bkz. aşağıda B.3/IV/E.

⁵⁰⁸ Witschi, **Garantiefristen**, s. 61; Stanislas, **Résolution**, s. 162; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 201 N 19; **İsvFM**, 24.6.2005, 4C.43/2005; ATF 113 II 174 = JdT 1987 I 481; **Yargıtay** 13. HD, T. 10.12.2002, E. 2002/10673, K. 2002/13269 (kazancı).

düşürücü sürelerin tarafların anlaşmasıyla değiştirilemeyeceği ifade edilmişse de⁵⁰⁹, hak düşürücü sürelerin değiştirilemeyeceği yönünde pozitif bir hukuk kuralının mevcut olmadığı da ifade edilmektedir⁵¹⁰. Zira, kamusal menfaatler uyarınca getirilmiş olan emredici hak düşürücü sürelerin değiştirilemeyeceği kabul edilmekle birlikte, taraf menfaatinin esas alındığı düzenleyici hak düşürücü sürelerin değiştirilmesi mümkün görülmektedir⁵¹¹. Esasen emredici olmayan ayıptan sorumluluk hükümlerinin taraf iradeleri uyarınca değiştirilebilmesi de bu sonucu haklı kılar.

Tarafların zamanaşımı süresi içinde ayıp bildirim süresini serbestçe belirlemeleri mümkündür. Bu durumda söz konusu düzenlemeler ayıptan sorumluluk şartlarını değiştiren hükümlerin geçerlilik şartlarına tabi olacaktır⁵¹². Özellikle satıcının satılanı ayıplı olarak devretmekte ağır kusurlu olması durumunda, ayıptan sorumluluğu sınırlayan anlaşmalar TBK m. 221 uyarınca geçersiz sayılacaktır⁵¹³. Buna ilave olarak alıcı, ağır kusur halinde, TBK m. 225 hükmü uyarınca gözden geçirme ve bildirim külfetine uymaksızın ayıptan doğan haklarını kullanabilecektir. Ayrıca, ağır kusur halinde zamanaşımı süresinin on yıla çıkacağı⁵¹⁴ nazara alınırsa ve tarafların on yıldan daha uzun bir süre için zamanaşımı süresini uzatamayacakları⁵¹⁵ düşünülecek olursa, bu durumda alıcının on yıllık süre içinde ayıp bildiriminde bulunmaksızın seçimlik haklarını kullanması mümkündür. O halde, taraflara ağır kusur halinde ayıp bildirim süresini belirleme yetkisi tanınmadığı kabul edilebilecektir.

⁵⁰⁹ Engel, **Obligations**, s. 809; Pichonnaz, **CommRomand** CO art. 129 N 4; Wyss, **Péréemption**, s. 22 vd.; Capitaine, **Prescription**, s. 49; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1317; Nomer, **Borçlar Genel**, N 211.1; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 28.

⁵¹⁰ Allimann, **Péréemption**, N 515, 967; Hatemi, Gökyayla, **Borçlar Genel**, § 35 N 19.

⁵¹¹ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Borçlar Genel**, s. 1071; Allimann, **Péréemption**, N 515, 967.

⁵¹² Bieger, **Mängelrüge**, s. 139-141.

⁵¹³ Bu gibi durumlarda sözleşmeyle kararlaştırılan ayıp bildirim süresi, *dolaylı sorumsuzluk anlaşması* (*clause limitative indirecte - mittelbare Beschränkung*) niteliğindedir. Bkz. Thomas Lörtscher, **Vertragliche Haftungsbeschränkungen im schweizerischen Kaufrecht unter besonderer Darstellung von Haftungsbeschränkungsklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen**, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, 1977 (Haftungsbeschränkungen), s. 39 vd.; Pedrazzini, **Dissimulation**, N 783-786; Bieger, **Mängelrüge**, s. 139.

⁵¹⁴ *Örneğin* bkz. Stanislas, **Résolution**, s. 167; Honsell, **BaslerKomm**, OR Art. 210 N 3; Engel, **Contrats**, s. 107; Gauch, **Entreprise**, N 2197, 2275 vd.; Pedrazzini, **Dissimulation**, N 1101 vd.; Witschi, **Garantiefristen**, s. 58; Tandoğan, **Borçlar Özel**, Cilt I/1, s. 203; **İsvFM**, 7.9.2010, 4A_301/2010; **Yargıtay** HGK, T. 27.3.2015, E. 2013/19-1696, K. 2015/1109 (kazancı). Detaylı bilgi için bkz. aşağıda B.4/III/B/1.

⁵¹⁵ *Örneğin* bkz. Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 129 N 8; Däppen, **BaslerKomm**, OR Art. 129 N 3; Honsell, **OR BT**, s. 111, 112; Engel, **Obligations**, s. 810; Niklaus, **Prescription**, N 804; Spiro, **Begrenzung I**, s. 854; Schwenger, **OR AT**, N 84.12; Koller, **Nachbesserung**, N 456, 460; Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Cilt I, N 1912; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **Borçlar Genel**, N 1594; Edis, **Ayıp**, s. 131; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1317. Bu konuda bkz. aşağıda B.3/II/A.

Ayıp bildirim süresinin sözleşmeyle kısaltılması veya uzatılması konusunda, zamanaşımı süresi açısından kabul edilen sınırlamaların geçerli olduğu kabul edilmektedir⁵¹⁶. İlk olarak, zamanaşımının kısaltılması konusunda, ayıptan doğan hakların kullanımını hakkaniyete aykırı şekilde engelleyen ve ortadan kaldıran kayıtların geçersiz olduğu kabul edilmektedir⁵¹⁷. Dolayısıyla sözleşmeyle kararlaştırılan ayıp bildirim süresinin de, aynı zamanaşımı süresinde olduğu gibi, hakkın kullanımını engellemeyecek uzunlukta olması gerekir. Bunun dışında ayıp bildirim süresinin sözleşmeyle değiştirilerek zamanaşımı süresinden daha kısa kararlaştırılması durumunda başkaca bir özellikte karşılaşılmaz⁵¹⁸. Sözleşme ile belirlenen süre içinde bildirilen ayıplar için alıcı, seçimlik haklarını kullanabilir.

İkinci olarak, ayıp bildirim süresinin sözleşme ile zamanaşımı süresinden daha uzun kararlaştırılması durumunda ise zamanaşımının dolmasına rağmen bildirim süresinin henüz sona ermemiş olması bir tezat teşkil edileceğinden, bu durumda zamanaşımı süresinin de bir o kadar uzayacağı kabul edilmelidir⁵¹⁹. Örneğin tarafların sözleşme ile üç yıllık bir ayıp bildirim süresi öngörmüş olması durumunda, zamanaşımı süresinin de sözleşmeyle üç yıla uzatıldığı sonucuna varılmalıdır⁵²⁰. Ayıp bildirim süresinin zamanaşımından uzun olduğu ölçüde zamanaşımı süresini de uzattığı kabul edildiğinden, bu durumda ayıp bildirim süresinin azami zamanaşımı süresi olan on yılı aşması mümkün değildir. Daha uzun süreler, kısmi hükümsüzlük yaptırımıyla on yıllık sınıra indirilerek geçerli kabul edilecektir⁵²¹. Zira, ayıp bildirim süresi öngören sözleşme hükmünün tamamen geçersiz sayılması, taraf menfaatlerine aykırı sonuçlar doğuracaktır.

⁵¹⁶ Bu konuda detaylı bir değerlendirme için bkz. Bieger, **Mängelrüge**, s. 160 vd.

⁵¹⁷ *Örneğin* bkz. Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 129 N 8; Däppen, **BaslerKomm**, OR Art. 129 N 3; Bieger, **Mängelrüge**, s. 163; Schwenzer, **OR AT**, N 84.12; Gauch, **Entreprise**, N 2494; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **Borçlar Genel**, N 1597; Engel, **Obligations**, s. 808; Niklaus, **Prescription**, N 761; Furrer, **Gewährleistung**, s. 88; Guhl, Koller, **Obligationenrecht**, § 39 N 15; Pedrazzini, **Dissimulation**, N 1047; Parein-Reymond, **Prescription**, s. 156; Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Cilt I, N 1912; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1318. Bu konuda farklı görüşler ve detaylı bilgi için bkz. aşağıda B.3/III/A.

⁵¹⁸ Aynı yönde bkz. Becker, **BernerKomm**, OR Art. 210 N 2.

⁵¹⁹ Becker, **BernerKomm**, OR Art. 210 N 2. Buna karşın öğretide ayıp bildirim süresinin uzatılmasının zamanaşımı süresine herhangi bir etkisinin olmadığı da savunulmaktadır. Bkz. Furrer, **Gewährleistung**, s. 88.

⁵²⁰ Bu durumda zamanaşımı süresinin başlama anının ertelendiği görüşünde bkz. Stanislas, **Résolution**, s. 162; Yavuz, **Ayıp**, s. 161.

⁵²¹ Ayıp bildirim süresinin sözleşmeyle uzatılması konusunda, zamanaşımı süresinin uzatılmasına ilişkin görüşler geçerliliğini korumaktadır. Bkz. Bieger, **Mängelrüge**, s. 160 vd. Bu görüşler için bkz. aşağıda B.3/II.

Hak düşürücü sürelerin durması ve kesilmesi söz konusu olmadığından⁵²², zamanaşımı süresi açısından bir durma veya kesilme sebebi mevcut olsa dahi, ayıp bildiriminin, muayene ile ortaya çıkarılabilen ayıplarda “*uygun bir süre içinde*”, kullanımla ortaya çıkan gizli ayıplar için “*hemen*” yapılması şarttır (TBK m. 223)⁵²³. Aksi halde, alıcının hak kaybına uğraması muhtemeldir. Belirtmemiz gerekir ki, alıcının mevcut ayıpları, ayıp bildirim süresi içinde satıcıya ihbar etmemesi durumunda, alıcının ayıptan doğan hakları kendiliğinden sona ermemekte; ayıptan doğan hakların hak düşümüne uğraması için, mutlaka satıcının alıcıya karşı, muayene ile tespit edilen ayıpların, TBK m. 223 hükmünde düzenlenen sürelerde bildirilmediğinin ileri *def'i yoluyla* ileri sürmesi gerekmektedir⁵²⁴. Bizim de katıldığımız bu görüşe göre, *ayıptan doğan haklar satıcının ayıp bildirim süresine uyulmadığı ve ayıptan doğan külfetlerin yerine getirilmediği yönündeki beyanı ile sona ermekte, böyle bir bildirim bulunmadıkça, hakkın sona ermesi mümkün görünmemektedir*⁵²⁵. Dolayısıyla, ayıp bildiriminde bulunulmadığı yönündeki savunma, bir itiraz değil *def'i* niteliği taşımaktadır. Ayıptan doğan hakların, satıcının bu yöndeki beyanıyla sona erdiği kabul edildiği zaman, hâkim, ayıp bildirim süresine uyulmadığını ve ayıptan doğan külfetlerin (TBK m. 223) yerine getirilmediğini re'sen nazara alamayacaktır⁵²⁶. Zira, ayıp bildiriminde bulunulmaması ihtimalinde, satıcının ayıptan doğan hakların sona erdiğini ileri sürmemiş olması durumunda, hâkimin re'sen hareket etmesinin⁵²⁷; ayrıca, usul hukukuna hâkim olan prensiplerden, taraflarca getirilme ilkesinden (HMK m. 25) sapılmasının haklı bir

⁵²² Engel, **Obligations**, s. 809; Honsell, **BaslerKomm**, OR Art. 210 N 3; Nomer, **Borçlar Genel**, N 211.1; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 28; Niklaus, **Prescription**, N 293; Wyss, **Quelques problèmes**, s. 259; Chappuis, **Péremption**, s. 109; **İsvFM**, ATF 123 II 241 = JdT 1998 IV 126; **İsvFM**, ATF 119 II 429 = JdT 1995 I 352; **Yargıtay** İBK, T. 2.4.2004, E. 2004/1, K. 2004/1 (RG T. 20.5.2004, S. 25467).

⁵²³ Ayrıca bkz. aşağıda B.5/II/B.

⁵²⁴ Spiro, **Begrenzung II**, s. 1135, 1142 vd.; Oktay-Özdemir, **Ayıp**, s. 57, 58; Tercier, **DC 1981**, s. 15; Nomer, **Borçlar Genel**, N 185.7. Benzer yönde: Bucher, **OR AT**, s. 451, dn. 31; Allimann, **Péremption**, N 1244; Atamer, **Taşınır Satımı**, s. 204.

⁵²⁵ Hâkimin her hak düşürücü sürenin dolduğunu re'sen nazara almasının, her durumda uygun olmadığı ve taraf menfaatlerine aykırı sonuçlar doğurduğu yönündeki görüşleri için bkz. Spiro, **Begrenzung II**, s. 1135, 1142 vd.

⁵²⁶ Bu durumda oldukça yerinde bir şekilde, hâkimin ayıp bildirim süresine uyulup uyulmadığı yönünde re'sen bir araştırma yapmaksızın, ayıbın süresinde bildirilmiş olduğunu kabul ederek, uyuşmazlığın esası ile ilgili yargılama yapacağı yönünde bkz. Oktay-Özdemir, **Ayıp**, s. 57, 58. Aynı yönde bkz. Spiro, **Begrenzung II**, s. 1135, 1142 vd.; Honsell, **BaslerKomm**, OR Art. 201 N 11; Tercier, **DC 1981**, s. 15.

⁵²⁷ Esasen, gözden geçirme ve bildirim yükümlülüklerinin, *külfet (mükellefiyet)* şeklinde düzenlenmiş olması sebebiyle re'sen nazara alınamayacağı öğretide haklı olarak ifade edilmektedir. Bkz. Oktay-Özdemir, **Ayıp**, s. 57, 58. Benzer yönde bkz. Spiro, **Begrenzung II**, s. 1135, 1142 vd.

gerekçesi bulunmamaktadır⁵²⁸. Nitekim, İsviçre Federal Mahkemesi, ayıp bildiriminde bulunulmaması durumunda, satıcının ayıptan sorumluluğunun sona erdiğini savunsa da, haklı olarak ayıp bildiriminde bulunulmadığını hâkimin re'sen nazara alamayacağını; zira, iddia yükünün satıcıda olduğunu belirtmektedir⁵²⁹. Oysa, öğretide hâkim eğilim, TBK m. 223 hükmünün salt lafzi yorumundan hareket etmekte; tespit edilen ayıpların, bildirim süresi içinde satıcıya ihbar edilmemesi durumunda, alıcının satılanın ayıplarını kabul etmiş sayılacağını ve ayıptan doğan taleplerin hak düşümüne uğrayacağını belirtmektedir⁵³⁰. Bu görüşün tabi sonucu, hâkimin bir hakkın mevcut olmadığı yönündeki itirazı, davanın her aşamasında re'sen nazara alabilmesidir.

Ayıptan doğan zamanaşımı süresinin ayıp bildirim süresiyle olan diğer ilişkisi, zamanaşımı süresinin gizli ayıplar açısından bir *kesin (üst) ayıp bildirim süresi (délai d'avis absolu - absolute Rügefrist)* teşkil etmesinde görülür⁵³¹. Zira,

⁵²⁸ Aynı görüşte bkz. Bucher, **OR AT**, s. 451, dn. 31; Şahiniz, **Ayıp**, s. 82, 83.

⁵²⁹ **İsvFM**, 29.1.2019, 4A_288/2018 = BR 2019, s. 343; 12.4.1988, ZBGR 71/1990, s. 367; **İsvFM**, ATF 107 II 50 = JdT 1981 I 269; ATF 118 II 142; **KanM (Neuchâtel)**, 6.5.1979, RJN 1977-1981 I 302 = DC 1981 14 N 12. Ayıp bildirim külfeti ve iddia yükü açısından detaylı bir değerlendirme için bkz. Fabienne Hohl, "L'avis des défauts de l'ouvrage : fardeau de la preuve et fardeau de l'allégation", **RFJ 1994**, s. 235-273 (RFJ 1994), s. 254 vd.

⁵³⁰ Stanislas, **Résolution**, s. 162; Gauch, **Entreprise**, N 2189; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 201 N 19; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **Borçlar Genel**, N 1552; Öz, **Dönme**, s. 112; Allimann, **Péremption**, N 1500; Krauskopf, **neue Regeln**, s. 94; **İsvFM**, ATF 133 III 335, c. 2.4.4 = JdT 2010 I 223; ATF 113 II 174 = JdT 1987 I 481; **İsvFM**, 4.7.2018, 4A_245/2018; 24.6.2005, 4C.43/2005; **Yargıtay** 7.5.2018, E. 2015/36026, K. 2018/5303 (kazancı): "...Bu bildirim (ayıp ihbarı) ödevi ihmal edildiğinde, alıcı, ayıba dayalı yasal haklarını kaybedecektir. Bu konuda 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 198/2 maddesinde ifade edildiği gibi ayıp ihbarının yapılmaması, tarafın ifa konusu mal ya da hizmeti bulunduğu hal üzere kabul ettiği sonucunu doğuracak ve bu yönde gerçekleşen varsayımın aksi, hiçbir suretle kanıtlanamayacaktır..."; **Yargıtay** 19. HD, T. 24.5.2016, E. 2016/4144, K. 2016/9321 (kazancı): "...Bu durumda davacının ayıbı öğrendiği tarihten itibaren yasada öngörülen muayene ve ihbar sürelerine uymadığı anlaşılmaktadır. Mahkemece bu hususun re'sen gözetilmesi ve süresinde ayıp ihbarının yapılmaması sebebiyle davacının ayıba dayalı alacak isteminde bulunamayacağı gözetilerek davacının talebinin reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiş, hükmün bozulması gerekmiştir..."; **Yargıtay** 13. HD, T. 10.12.2002, E. 2002/10673, K. 2002/13269 (kazancı): "...BK.nun 198. maddesi gereğince, ayıp sonradan çıkarsa, derhal satıcıya ihbar edilmelidir. Aksi takdirde satılan bu ayıp ile beraber kabul edilmiş sayılır. Anılan yasa maddesindeki bildirme (ihbar) süreleri bir hak düşürücü süre olup, bu nedenle hakim tarafından resen gözönünde tutulur...". Yargıtay uygulamasını eleştiren haklı görüşleri için bkz. Oktay-Özdemir, **Ayıp**, s. 58.

⁵³¹ Spiro, **Begrenzung I**, s. 859, dn. 18; Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 724; Gauch, **Entreprise**, N 2295; Tschütscher, **Verjährung**, N 372; Tschütscher, **Aktuelle Probleme**, s. 247; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 201 N 16; Koller, **Nachbesserung**, N 85; Koller, **Werkvertrag**, N 763; Bühler, **ZürcherKomm**, OR Art. 371 N 25; Cavin, **Considérations**, s. 342; Şenocak, **Ayıp**, s. 229; **İsvFM**, ATF 130 III 362; ATF 104 II 357; **İsvFM**, 3.3.2016, 4A_446/2015; 29.4.2009, 4A_82/2008; 1.12.1987, SJ 1988 284; **KanM (Graubünden)**, 7.6.2017, PKG 2017, s. 58; **KanM (Jura)**, 23.4.1996, RJJ 1996, s. 141. **İsvFM**, 1.12.1987, SJ 1988 284: "...Ce délai constitue donc en même temps un délai absolu pour signaler les défauts. Les droits issus de défauts qui n'ont pas été signalés avant son expiration sont en conséquence périmés et ne peuvent pas non plus être invoqués par voie d'exception, notamment être opposés en

muayeneyle otaya çıkmayan ayıplar, malın kullanımı esnasında ortaya çıkacağından, söz konusu nitelik eksiklikleri, en geç zamanaşımı süresi dolmadan ihbar edilirse garanti rejimi alıcı açısından işler hale gelir. Bu sebeple, gizli ayıpların, kesin bildirim süresi teşkil eden zamanaşımı süresi içinde ve TBK m. 223 f. II uyarınca *hemen* satıya bildirilmesi gerekir. Dikkat edilirse, kesin ayıp bildirim süresi olan, TBK m. 223 hükmünde düzenlenen ve “*uygun süre*” ya da “*hemen*” şeklinde ifade edilen süre değil, bizzat zamanaşımı süresinin kendisidir. Nitekim, kanun koyucu alıcının ayıplı ifa def’ine başvurabilmesi için, TBK m. 231 f. I hükmünde, satılanın kendisine tesliminden itibaren iki yıllık zamanaşımı süresi içinde meydana gelen ayıpların, kendisine süresinde bildirilmesi gerektiğini düzenleyerek, zamanaşımı süresinin aynı zamanda kesin ayıp bildirim süresi niteliğinde olduğunu ifade etmiştir.

Öğretide haklı olarak zamanaşımı süresinin kesilmesi, durması veya zamanaşımından feragat gibi yollarla zamanaşımı süresinin uzaması halinde veya satıcının satılanı ayıplı olarak devretmekte ağır kusurlu olması durumunda daha uzun zamanaşımı süresinin uygulanması ihtimalinde, kesin ayıp bildirim süresinin de uzayacağı ifade edilmektedir⁵³². Zira, böyle bir durumda alıcı, zamanaşımı süresi dolmadan ortaya çıkan ayıpları, *zamanaşımı süresi içinde* ve TBK m. 223 f. II uyarınca *hemen* satıcıya bildirebilmekte ve ayıptan doğan haklarını muhafaza etmektedir. Öte yandan, söz konusu kesin bildirim süresi içinde ihbar edilen ayıplardan doğan haklar, ayıptan doğan def’i haklarının doğumuna sebebiyet vermekte ve şayet ayıp, zamanaşımı süresi içinde ve süresinde ihbar edilirse, def’i hakkı sürenin geçmesiyle ortadan kalkmamaktadır (TBK m. 231 f. II). Bu sebeple, zamanaşımı süresinin herhangi bir sebeple uzaması halinde, kesin ayıp bildirim süresinin de uzaması kanun koyucunun iradesine uygundur. Dolayısıyla hâkim, ayıp bildiriminin zamanında yapılıp yapılmadığını tespit ederken, zamanaşımını durduran veya kesen sebepleri de nazara almak zorundadır.

Compensation... (Bu süre aynı zamanda ayıpların ihbar edilebileceği bir kesin bildirim süresi teşkil eder. Bu süre sona ermeden ihbar edilmemiş olan ayıplardan doğan haklar zamanaşımına uğrar, bu haklara dayanılarak takas itirazıyla -başka taleplere- karşı konulamayacağı gibi def’i yoluyla da -ayıptan doğan haklar- artık ileri sürülemez.)”. Zamanaşımı süresinin kesin ayıp bildirim süresi olmadığı yönündeki aksi görüş için bkz. Brändli, **Nachbesserung**, N 361, 1078 vd.; Bieger, **Mängelrüge**, s. 73, 74.

⁵³² Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 724; Bühler, **ZürcherKomm**, OR Art. 371 N 25, 26; Koller, **Nachbesserung**, N 86, 208; Gauch, **Entreprise**, N 2295; Honsell, **BaslerKomm**, OR Art. 210 N 6; Tschütscher, **Verjährung**, N 376, 377; Şenocak, **Ayıp**, s. 229, 230.

III. Zamanaşımı Süresinin Başlama Anı (*dies a quo*)

A. Taşınır Satışlarında

TBK m. 231 hükmünde bir taşınır konu edinen satış sözleşmelerinde satılanın ayıbından doğan sorumluluğa ilişkin her türlü davanın, satılndaki ayıp daha sonra ortaya çıksa bile, satılanın alıcıya devrinden başlayarak iki yıl geçmekle zamanaşımına uğrayacağı düzenlenmektedir. TBK m. 207 ve m. 210 hükümlerinde ise satıcının, satılanın zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretme borcu altında olduğu belirtilmiştir. Kanun koyucu TBK m. 231 hükmünün lafzında her ne kadar satılanın devrinden bahsederek zamanaşımı süresinin zilyetliğin alıcıya devrinden itibaren başlayacağını öngörmüş görünse de; belirtmek gerekir ki, söz konusu ifadenin, eser sözleşmesi açısından açıkça kanunda düzenlendiği üzere (TBK m. 478), “*satılanın teslimi*” şeklinde okunması gerekmektedir⁵³³.

Gerçekten de zamanaşımı süresinin başlangıç anı, gerek mehz CO art. 210 hükmünde gerekse eBK m. 207 hükmünde⁵³⁴ “*satılanın alıcıya teslimi*” şeklinde ifade edilmiştir. Zira, zamanaşımının başlayabilmesi için alıcının satılanı muayene ederek gözden geçirme ve bildirim külfetlerini yerine getirebileceği bir konumda bulunması gerekmektedir⁵³⁵. Bu durum ise, ancak alıcının satılan üzerinde *dolaysız (doğrudan doğruya) zilyet* kılınmasıyla mümkün olabilir. Alıcının dolaysız zilyet kılınması ise, ancak malın teslimi, mal üzerinde iktidarı sağlayan araçların teslimi veya malın satıcının fiiline gerek kalmadan alıcının hâkimiyetine bırakılması (TMK

⁵³³ Oser, Schönerberger, **ZürcherKomm**, OR Art. 210 N 4; Becker, **BernerKomm**, OR Art. 210 N 3; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 210 N 4; Gauch, **Entreprise**, N 2254; Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 745; Venturi, **Réduction**, N 1263; Tandoğan, **Borçlar Özel**, Cilt I/1, s. 200; Yavuz, **Ayıp**, s. 156; Serozan, **Borçlar Özel**, N 739; Öz, **Değişiklikler**, s. 865; Gümüş, **Borçlar Özel**, s. 114; Aral, Ayrancı, **Borçlar Özel**, s. 154; Atamer, **Taşınır Satımı**, s. 217; Kapancı, **Ayıp**, s. 80; Belverenli, **Ayıp**, s. 179.

⁵³⁴ Belirtmek gerekir ki, TBK m. 231 hükmünün madde gerekçesinde kelimelerin sadeleştirildiğinden bahsedilse de, “*satılanın tesliminden itibaren*” ifadesinin niçin “*satılanın alıcıya devrinden başlayarak*” şeklinde değiştirildiği yönünde bir açıklama bulunmamaktadır. Öte yandan, satış sözleşmesiyle aynı karakteristik özelliklere sahip olan eser sözleşmesinde kanun koyucu TBK m. 478 hükmünde taşınmaz yapılar dışındaki eserlerde ayıptan doğan davaların “*teslimden itibaren*” iki yıllık zamanaşımına tabi olduğunu düzenlemiştir.

⁵³⁵ Heim, **Réparation**, s. 23; Stanislas, **Résolution**, s. 159; Atamer, **Taşınır Satımı**, s. 217; Gümüş, **Borçlar Özel**, s. 114; Kapancı, **Ayıp**, s. 80. Aynı yönde bkz. **Yargıtay** HGK, T. 2.5.2019, E. 2018/13-929, K. 2019/515 (kazancı): “...Alıcı ayıbın varlığı hâlinde satış sözleşmesi ile ulaşmak istediği ifa menfaatini elde edemediğinden ayıptan sorumluluk, satıcının satılanın teslimi ve mülkiyetini geçirme borcunun tamamlayıcısı olma özelliğini gösterir. Ayıba karşı tekeffül borcu fiilen ve tamamen teslimin gerçekleşmesi ile doğar. Teslimi gerçekleşmemiş bir işin muayenesi de mümkün değildir...”

m. 977) şeklinde gerçekleşebilir⁵³⁶. Böylece, satılan üzerinde doğrudan doğruya zilyet olan alıcı, satılanı muayene ederek satıcıya karşı gözden geçirme ve bildirim külfetlerini yerine getirebileceği bir konuma erişmiş olur. Dolayısıyla zilyetliğin hükmen teslimi ile zilyetliğin alıcıya havalesi, zamanaşımı süresinin başlaması açısından yeterli değildir⁵³⁷. Kanımızca, kanun koyucunun satılanın devrinden bahsetmesi, TBK m. 208 ile m. 210 hükümleriyle aynı lafzı kullanmak istemesinden ileri gelmektedir⁵³⁸. O halde, kanunda ifade edilen “*zilyetliğin devri*” lafzı, kanunun ruhuyla çeliştiğinden, amaca uygun yorum yapılarak, *teleolojik redüksiyon*⁵³⁹ yöntemiyle, zilyetliğin devredildiği hallerden, yalnızca “*satılanın teslimi*” şeklinde anlaşılması gerekmektedir. Sonuç olarak, ayıptan doğan garanti sorumluluğu çerçevesinde vücut bulan alacak haklarının tabi olduğu zamanaşımı süresinin, satılanın alıcıya teslim edilerek, alıcının satılan üzerinde fiili hâkimiyetini kullanacak duruma gelmesiyle birlikte başlayacağı rahatlıkla söylenebilir⁵⁴⁰. Nitekim, ticari satışlarda, ayıp bildirimini düzenleyen TTK m. 23 f. I b. c hükmünde de öngörülen iki ve sekiz günlük bildirim sürelerinin, *satılanın tesliminden itibaren* başlayacağı açıkça düzenlenmiştir. Ayrıca, Tüketici Hukuku’nda, ayıptan sorumlulukta zamanaşımını düzenleyen TKHK m. 12 hükmünde, zamanaşımını süresinin malın *tüketiciye “teslim” tarihinden itibaren* başlayacağı açıkça belirtilmiştir. Aynı konuda, fakat farklı kanunlarda düzenlenen iki hüküm de, varılan sonucun doğruluğunu ortaya koymaktadır.

İlk olarak, belirtmek gerekir ki, uygulamada çok sık karşılaşılsa da tarafların satılanın ne şekilde teslim edilmiş sayılacağını sözleşmeyle belirleyebilmeleri mümkündür⁵⁴¹. Şayet böyle bir anlaşma mevcut değilse, öğretide ifade bulan genel kabule göre, satıcının borcunu ifa etmek üzere satılanı alıcının tasarrufuna bıraktığı ve ona satılan üzerinde doğrudan doğruya hâkimiyet sağlama

⁵³⁶ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, N 344-355; Sirmen, **Eşya Hukuku**, s. 57-60; Nomer, Ergüne, **Eşya Hukuku**, N 130 vd.

⁵³⁷ Atamer, **Taşınır Satımı**, s. 217; Gümüş, **Borçlar Özel**, s. 114; Yücedağ, **Değiştirme**, s. 325; Türkmen, **Zamanaşımı**, s. 3395.

⁵³⁸ Nitekim, kanun koyucu TBK m. 221, m. 223, m. 224 ve m. 228 hükümlerinde satılanın alıcıya devredilmesinden bahsetmiştir. Bu ibarelerin “*satılanın alıcıya teslim edilmiş olması*” şeklinde anlaşılması gerekmektedir. Bkz. Yavuz, **Borçlar Özel**, s. 141.

⁵³⁹ Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Akbulut, **Teleolojik Redüksiyon**, s. 79 vd.

⁵⁴⁰ Oser, Schönenberger, **ZürcherKomm**, OR Art. 210 N 4; Becker, **BernerKomm**, OR Art. 210 N 3; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 210 N 4; Stanislas, **Résolution**, s. 159; Müller-Chen, **CHK**, OR Art. 210 N 4; Venturi, **Réduction**, N 1263; Benedick, Vischer, **Verjährungsregeln**, N 8; Atamer, **Taşınır Satımı**, s. 217; Gümüş, **Borçlar Özel**, s. 114; Aral, Ayrancı, **Borçlar Özel**, s. 154; Kapancı, **Ayıp**, s. 80; **İsvFM**, ATF 99 II 181.

⁵⁴¹ Gauch, **Entreprise**, N 2253.

imkânı tanıdığı bütün hallerde, satıcı satılanı alıcıya teslim etmiş sayılır⁵⁴². Bu açıdan, teslimin gerçekleşmiş sayılabilmesi için, alıcının satılanı muayene edebilecek şekilde, satılan üzerinde bir fiili hâkimiyet elde etmiş olması gerekli ve yeterlidir⁵⁴³.

Ayıptan sorumluluk rejiminde kanun koyucunun zamanaşımının başlangıcı açısından genel hükümlerde öngördüğü temel kuraldan (TBK m. 149 f. I) ayrıldığı söylenebilir⁵⁴⁴. Zira, TBK m. 149 f. I hükmünde zamanaşımının alacağın muaccel olmasıyla birlikte başlayacağı öngörülmüştür. Söz konusu *muacceliyet anı* ise, alacaklının borçludan alacağını isteyebildiği, borçlunun da borcunu yerine getirmek zorunda olduğu (TBK m. 90) anı ifade eder⁵⁴⁵. Vadeye bağlanmamış her alacak, TBK m. 90 hükmü uyarınca, kural olarak doğumu anında muaccel olur. Bu açıdan, bir alacağın doğmadan önce muaccel olması ve zamanaşımı süresinin hak mevcut olmadan işlemeye başlaması düşünülemez.

Oysa, kanun koyucu ayıptan sorumluluk düzeninde bu temel kuraldan ayrılarak, zamanaşımı süresinin henüz alacak hakkı doğmadan, dahası hakkın doğup doğmayacağını belli olmadığı erken bir evreden başlayacağını öngörmüştür. O halde, ayıptan doğan haklar bakımından zamanaşımı süresi; ayıbın ortaya çıktığı, zarara yol açtığı, alıcı tarafından öğrenildiği veya satıcıya bildirildiği andan bağımsız olarak, gizli veya açık ayıp ayrımı yapılmaksızın, satılanın alıcıya teslim edildiği andan itibaren işlemeye başlayacaktır⁵⁴⁶. Diğer taraftan, TBK m. 231 hükmünde de açıkça satılandaki ayıbın daha sonra ortaya çıkması durumunda bile zamanaşımının satılanın teslimiyle başlayacağı ifade edilmiştir. O halde alıcı, henüz ayıbın varlığını

⁵⁴² Heim, **Réparation**, s. 23; Keller, Lörtscher, **Kaufrecht**, s. 82; Stanislas, **Résolution**, s. 159; Yavuz, **Ayıp**, s. 156; Atamer, **Taşınır Satımı**, s. 217; Şahiniz, **Ayıp**, s. 123.

⁵⁴³ Witschi, **Garantiefrieten**, s. 58; Giger, **BernerKomm**, OR Art. 210 N 36; Heim, **Réparation**, s. 23; Stanislas, **Résolution**, s. 159; Yavuz, **Ayıp**, s. 156; Şahiniz, **Ayıp**, s. 123. Alman Hukuku'nda da BGB § 438 Abs. II hükmünde, zamanaşımı süresinin başlangıcı teslim (*Ablieferung*) anına bağlı kılınmış ve satılanın teslim edilmiş sayılabilmesi için satılanın alıcının etki ve hâkimiyet alanına bırakılması, böylece alıcının satılanı gözden geçirebilecek bir konuma getirilmesi gerekli görülmüştür. Bkz. Brox, Walker, **SchuldR BT**, § 4 N 128; Medicus, Lorenz, **SchuldR BT**, § 9 N 16.

⁵⁴⁴ Gauch, **Entreprise**, N 2197; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 210 N 1.

⁵⁴⁵ Pétermann, **Prescription**, s. 354; Niklaus, **Prescription**, N 663 vd.; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 162.

⁵⁴⁶ Becker, **BernerKomm**, OR Art. 210 N 3; Stanislas, **Résolution**, s. 159; Oser, Schönenberger, **ZürcherKomm**, OR Art. 210 N 2; Gauch, **Entreprise**, N 2254; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 210 N 4; Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 745; Benedick, Vischer, **Verjährungsregeln**, N 8; Tandoğan, **Borçlar Özel**, Cilt I/1, s. 200; Yavuz, **Ayıp**, s. 156; Aral, Ayrancı, **Borçlar Özel**, s. 155.

öğrenmeden ve ayıptan sorumluluğun maddi şartları gerçekleşmeden, ayıptan doğan alacak haklarının zamanaşımına uğramış olması tehlikesiyle karşı karşıyadır⁵⁴⁷.

Söz konusu düzenlemenin esasen teslimle beraber satılan üzerinde doğrudan doğruya hâkimiyet kurma imkânına sahip olan alıcının, satılanı muayene ederek hasarın geçişi anında satılana mevcut olan nitelik eksikliklerini tespit edebilecek konumda olması varsayımına dayandığı önceden belirtilmişti. Oysa, uygulamada karşılaşılabilecek pek çok uyuşmazlıkta, alıcının mevcut nitelik eksiklerini tespit etme ve hatta, bir uzmana tespit ettirme imkânına sahip olduğu söylenemez. Zira, satılana gizli bulunan ayıp, zaman içinde, malın kullanılması neticesinde kendi göstermekte ve çoğu kez teknolojik imkânlarla dahi ayıbın ortaya çıkarılması mümkün görünmemektedir. O halde, genel sorumluluk rejimine nazaran ayıptan sorumluluk rejiminde alıcı, satıcıya karşı daha ağır bir zamanaşımı riski altındadır. Satıcı ise nispeten kısa bir süre sonra taşıdığı ayıptan sorumluluk riskinden kurtulmaktadır. Zira, zamanaşımı süresinin dolması, çoğu zaman alıcının dava açmakta ihmalkâr davranmasından kaynaklanmamaktadır⁵⁴⁸.

Öğretide satılanın alıcıya teslim edilmiş sayılması için, satılanın taşıyıcıya bırakılmasının yeterli olduğu ifade edilmektedir⁵⁴⁹. Kanımızca, zamanaşımı süresinin başlaması açısından, satılanın yalnızca taşıyıcıya bırakılması, satılanın alıcıya teslimi anlamına gelmez. Zira, bu durumda alıcı satılan üzerinde doğrudan doğruya hâkimiyet sahibi değildir ve satılanı muayene etme imkânından da yoksundur. O halde, zamanaşımının başlaması için satılanın alıcıya, hiç değilse alıcının temsilcisine veya ifa yardımcısına devredilmesi gerekmektedir.

TMK m. 980 hükmünde, bir taşıyıcıya veya umumi mağazaya bırakılmış emtiayı temsil eden kıymetli evrakın tesliminin emtianın teslimi gibi sonuç doğuracağı ifade edilmiştir. Alıcının satılanı fiilen teslim almamasına rağmen, konişmento gibi, emtiayı temsil eden senetleri devralması, her ne kadar hak sahipliğini ortaya koyan zilyetlik karinesi için yeterli olsa da, ayıptan doğan zamanaşımı süresinin başlaması açısından yeterli değildir. Zira, satılan üzerinde fiili hâkimiyet kuracak durumda olmayan alıcı, aynı zamanda satın aldığı malı muayene etme imkânından da yoksundur. O halde, zamanaşımı süresinin, emtiayı temsil eden

⁵⁴⁷ Becker, **BernerKomm**, OR Art. 210 N 3; Oser, Schönenberger, **ZürcherKomm**, OR Art. 210 N 6; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 210 N 4; Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 745; Gauch, **Entreprise**, N 2254; Bähler, **Verhältnis**, s. 154.

⁵⁴⁸ Gauch, **Entreprise**, N 2199; Oser, Schönenberger, **ZürcherKomm**, OR Art. 210 N 2.

⁵⁴⁹ Stanislas, **Résolution**, s. 159; Yavuz, **Ayıp**, s. 156; Şahiniz, **Ayıp**, s. 123.

kıymetli evrakın teslim alındığı andan itibaren değil, satılan üzerinde muayeneye imkân verir şekilde, fiili hâkimiyetin kurulduğu andan itibaren başlaması gerekmektedir⁵⁵⁰. Buna karşın, emtiayı temsil eden senede ait bir ayıp söz konusuysa, örneğin belgenin yırtılmış veya aşınmış olması durumunda, ayrıca taşınırın teslim alınmış olması aranmayacaktır. Şüphesiz, her iki durumun kabulü için, ayrıca emtiayı temsil eden kıymetli evrakın teslim edilmiş olması ve bu teslim işleminin de geçerli olması gerekmektedir⁵⁵¹.

Öte yandan, temsilciye yapılan teslimin TBK m. 231 uyarınca ayıptan doğan zamanaşımı süresinin başlangıcı açısından yeterli olduğu ifade edilmektedir⁵⁵². Ayrıca, TMK m. 978 hükmünde temsilciye yapılan teslimin, temsil edilene yapılmış gibi zilyetliği geçireceği düzenlenmiştir. Gerçekten de satılanın alıcının temsilcisine teslim edilmesi durumunda alıcı, temsilci aracılığıyla satılanı muayene etme imkânına sahip olmaktadır. Bu durumda temsilci, satılana bir ayıba rastlarsa, uygun süre içinde ayıbı satıcıya bildirebilecektir. Aksi çözüm kabul edilerek satılanın alıcının temsilcisine değil, alıcıya teslim edilmesi aranacak olursa, bu durumun alıcı tarafından kötüye kullanılması ve zamanaşımı süresinin başlangıcının, alıcı tarafından keyfi bir şekilde ertelenmesi tehlikesiyle karşılaşılabilir. Hiç şüphesiz, temsilciye yapılan teslimin zamanaşımı süresini başlatabilmesi için, alıcının temsilciye verdiği temsil yetkisinin geçerli olması gerekir. Kanımızca, yetkisiz temsile geçerli bir temsilin sonuçlarının bağlandığı hallerde de (TBK m. 42 f. III, m. 45 f. I, m. 46), genel hükümlerle paralel şekilde, zamanaşımı süresinin, satılanın yetkisiz temsilciye devriyle birlikte başlaması gerekmektedir.

Ayrıca, satıcının alıcının talimatına uyarak satılanı sonraki alıcıya teslim ettiği durumlarda da TBK m. 231 f. I anlamında bir teslimin bulunduğu kabul edilmektedir⁵⁵³. Kanımızca, bu durumda satıcı, sözleşmede kararlaştırıldığı şekliyle satılanı üçüncü kişiye teslim ettiği için, öğretide ifade edildiği üzere, zamanaşımı süresinin, satılanın üçüncü kişiye teslimiyle birlikte başlaması yerinde bir çözümdür.

⁵⁵⁰ Aynı görüşte bkz. Atamer, **Taşınır Satımı**, s. 217.

⁵⁵¹ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, N 398; Sirmen, **Eşya Hukuku**, s. 65, 66; Nomer, Ergüne, **Eşya Hukuku**, N 152.

⁵⁵² Stanislas, **Résolution**, s. 159; Yavuz, **Ayıp**, s. 156; Şahiniz, **Ayıp**, s. 123; Türkmen, **Zamanaşımı**, s. 3399.

⁵⁵³ **KanM (Genève)**, Cour de Justice de Genève (Cenevre Adalet Divanı), SJ 1953, s. 92 vd. Aynı yönde: Stanislas, **Résolution**, s. 159; Yavuz, **Ayıp**, s. 156.

B. Taşınmaz Satışlarında

TBK m. 244 f. III hükmünde, bir yapının ayıplı olmasından doğan davaların mülkiyetin intikalinden itibaren beş yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrayacağı öngörülmüştür. Ayıptan doğan taleplere uygulanacak zamanaşımı süresinin taşınmaz satışında taşınırlara nazaran daha uzun olması, taşınmazlarda bulunan nitelik eksikliklerinin taşınırlara göre daha uzun süre sonra ortaya çıkmasından kaynaklanmaktadır⁵⁵⁴. Kanunda her ne kadar yapıdan bahsediliyor olsa da, öğretide hâkim görüş, söz konusu hükmün her türlü taşınmazı konu edinen satış sözleşmesine uygulanacağı yönündedir⁵⁵⁵. Kanun koyucu, taşınmaz satışlarında ayıptan doğan alacak haklarının tabi olduğu zamanaşımı süresinin mülkiyetin alıcıya geçmesiyle birlikte başlayacağını öngörmüştür. Bu durumda kural olarak TBK m. 244 f. III hükmünde ifade edilen “*mülkiyetin geçmesinden başlayarak*” ibaresinden, satılan taşınmazın alıcı adına tapu sicilinde tescil edildiği anı anlamak gerekmektedir⁵⁵⁶. Zira, TMK m. 705 uyarınca taşınmaz mülkiyetinin kazanılması tescille olur.

Öte yandan, TMK m. 1022 hükmünde tescilin etkisini, kanunen öngörülen belgeler isteme eklenmiş veya geçici tescil hâlinde belgelerin uygun zamanda tamamlanmış olması koşuluyla, yevmiye defterine yapılan kayıt tarihinden itibaren doğuracağı düzenlenmiştir. O halde, zamanaşımı süresinin tescilin etkisini geçmişe etkili olarak doğurduğu, yevmiye defterine yapılan kayıt anından itibaren mi başlayacağı sorusunu cevaplandırmak gerekmektedir. Belirtmek gerekir ki, bu soruya olumlu yanıt vermek mümkün değildir. Zira, tescilin etkisinin yevmiye defterine yapılan kayıtla başlaması esasen tapu sicilinin tutulma tekniğiyle alakalıdır⁵⁵⁷. Çünkü

⁵⁵⁴ Oser, Schönenberger, **ZürcherKomm**, OR Art. 210 N 9; Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 1003; Gauch, **Entreprise**, N 2215; Seliçi, **İnşaat**, s. 208; Öz, **İnşaat**, s. 225; **İsvFM**, ATF 113 II 268 = JdT 1988 I 17 = DC 1988 66 N 67; ATF 93 II 245 = JdT 1968 I 336.

⁵⁵⁵ *Örneğin* bkz. Foëx, **CommRomand**, CO art. 219 N 22; Honsell, **BaslerKomm**, OR Art. 219 N 10; Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 1003; Cavin, **Vente**, s. 133, 134; Engel, **Obligations**, s. 107; Pichonnaz, **Garantie**, s. 131; Huguenin, **OR**, N 2637; Müller, Mader, **Contrats**, N 405; Rüegg, **Grundstückkauf**, s. 258; Koller, **OR BT**, § 5 N 49; Stanislas, **Résolution**, s. 159; von Büren, **OR BT**, s. 77; Serozan, **Borçlar Özel**, N 873; Aral, **Takas**, s. 89; Belverenli, **Ayıp**, s. 168; **İsvFM**, ATF 104 II 265; **İsvFM**, 13.7.2008, 4A 235/2008: “...Söz konusu zamanaşımı süresi inşa edilmiş veya edilmemiş olan her türlü taşınmaz için uygulanır...”

⁵⁵⁶ Capitaine, **Prescription**, s. 105; Foëx, **CommRomand**, CO art. 219 N 22; Honsell, **BaslerKomm**, OR Art. 219 N 10; Pichonnaz, **Garantie**, s. 131, 132; Engel, **Contrats**, s. 107; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 88; **İsvFM**, ATF 126 III 421 = JdT 2001 I 160; **Yargıtay** 13. HD, T. 25.5.2004, E. 2004/1525, K. 2004/7959 (kazancı): “...BK.nun 215. maddesinin son fıkrası, zaman aşımı süresinin, taşınmazın mülkiyetinin devri ile değişik bir anlatımla tapu kaydının verildiği tarihte işlemeye başlayacağını duraksamaya yer vermeyecek şekilde açıklamıştır. Öyle olunca davacı tarafından taşınmaz 9.3.1999 tarihinde satın alındığından davada zamanaşımı süresi dolmamıştır...”

⁵⁵⁷ Pichonnaz, **Garantie**, s. 131; Foëx, **CommRomand**, CO art. 219 N 23.

tapu kütüğüne tesciller TMK m. 1017 uyarınca istem tarihine ve sırasına göre yapılmaktadır. Bu açıdan, tescilin etkisinin geçmişe etkili olması, yalnızca mülkiyet hakkının önceliğinin tespit edilmesi açısından rol oynamaktadır ve zamanaşımının başlama anına herhangi bir etkisi bulunmamaktadır⁵⁵⁸. O halde, taşınmaz satışında ayıptan doğan talepler açısından zamanaşımı süresi, yevmiye defterine yapılan kayıt tarihinden değil, *tapu kütüğüne (defteri kebir adı verilen büyük deftere) yapılan tescil anından* itibaren başlayacaktır⁵⁵⁹. Ancak, belirtmek gerekir ki, Tapu Sicil Tüzüğü m. 27 uyarınca satılan taşınmaz, yevmiye defterindeki aynı tarih ve yevmiye numarası ile alıcı adına tapu kütüğüne tescil edileceği için, tescil, yevmiye defterine düşülen kayıttan daha sonra yapılmış olsa dahi, bu anın tespiti kolay olmayacaktır. Öte yandan, öğretide tescil isteminin hukuka uygun bir şekilde gerçekleştirilmesi ve tapu kütüğüne daha sonra taşınmazın alıcı adına tescil edilmesi kaydıyla, zamanaşımı süresi açısından da tescilin geçmişe etkili hüküm doğuracağı, dolayısıyla taşınmaz satışında, ayıptan doğan talepler için zamanaşımı süresinin yevmiye defterine yapılan kayıttan itibaren başlayacağı ifade edilmektedir⁵⁶⁰.

TBK m. 245 hükmü, taşınmaz satışında satılanın tescilden sonra alıcı tarafından teslim alınması, diğer bir deyişle taşınmazın doğrudan zilyetliğinin tescilden sonra alıcıya devredilmesi durumunda satılanın yarar ve hasarının teslimle alıcıya geçeceğini öngörmüştür. Bu hükme göre, satıcının fer'i zilyet kılınması durumunda, asli zilyet haline gelen alıcı, taşınmazın hasar riskine katlanmayacaktır⁵⁶¹. O halde, sorulması gereken soru, taşınmazın alıcı adına tescil edilmiş olmasına rağmen, tarafların sözleşmeyle taşınmazın doğrudan zilyetliğinin daha sonraki bir tarihte alıcıya devredileceğini kararlaştırmış olmaları ihtimalimde, zamanaşımının yine de tescil anından başlayıp başlamayacağıdır. Belirtmek gerekir ki, bu soru tam anlamıyla cevaplandırılmış değildir. Öğretide savunulan bir görüşe

⁵⁵⁸ Foëx, **CommRomand**, CO art. 219 N 23; Pichonnaz, **Garantie**, s. 131; Binder, **CHK**, OR Art. 219 N 8.

⁵⁵⁹ Honsell, **BaslerKomm**, OR Art. 219 N 10; Honsell, **OR BT**, s. 201; Pichonnaz, **Garantie**, s. 131; Foëx, **CommRomand**, CO art. 219 N 23; Binder, **CHK**, OR Art. 219 N 8; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 89. Aynı yönde bkz. Capitaine, **Prescription**, s. 105.

⁵⁶⁰ Rüegg, **Grundstückkauf**, s. 258; Gümüş, **Borçlar Özel**, s. 147. Benzer şekilde yorumlanabilecek bir karar için bkz. **Yargıtay** 13. HD, T. 17.10.2005, E. 2005/5761, K. 2005/15287 (kazancı): "...BK. 215 maddesinin son fıkrasına göre "bir binanın ayıplı olmasından mütevellit ve tekeffülle müstenit davalar mülkiyetin devrinden itibaren beş sene geçmekle sakıt olur". Bu durumda dava 5 yıllık zaman aşımına tabi olup dosya arasına getirilen tapu kayıtlarından, davalı Halil Günel'in dava konusu binadaki davacı hisselerini davacılar tapuda devrettiği tarihlere göre dava tarihine kadar 5 yıllık sürenin dolmadığı da açıkça anlaşılmaktadır..."

⁵⁶¹ Yavuz, **Borçlar Özel**, s. 241.

göre⁵⁶², zamanaşımı süresi, her durumda satılanın alıcı adına tapu kütüğüne tescil edildiği andan itibaren işlemeye başlamalıdır. Zira, bu durumda taşınmaz alıcı adına tescil edilmiş olduğundan, *asli zilyet* haline gelen alıcı açısından, zamanaşımı süresinin işlemeye başlaması gerekmektedir. Bu konuda ifade edilen diğer görüşe göre ise⁵⁶³, taşınmazın her ne kadar alıcı adına tescil edilmiş olmasına rağmen, zamanaşımının başlangıcı açısından, doğrudan zilyetliğin nazara alınması gerektiği savunulmaktadır. Zira, satıcı fer'i zilyetliği muhafaza ettiği için, alıcı, asli zilyet haline gelmiş olsa bile, taşınmazı muayene etme imkânından yoksundur. O halde, zamanaşımı süresinin başlaması için, alıcının *doğrudan zilyet* haline gelmesi şarttır.

Kanımızca, ikinci görüş daha isabetlidir. Zira, satılanı gözden geçirme külfeti, gerek taşınırlar, gerekse taşınmazlar açısından (TBK m. 246) geçerli olan bir şekli şarttır. Zamanaşımı süresinin başlangıcı açısından da önemli olan, alıcının satılanı muayene edebilecek ve mevcut ayıpları tespit edebilecek konuma gelmesidir. O halde, her ne kadar asli zilyet haline gelmiş olsa da, satıcının fer'i zilyetliğini koruması ve alıcının satılanı muayene edebilecek konumda olmaması sebebiyle, zamanaşımı süresinin satılanın doğrudan zilyetliğinin devrilmesinden sonra başlayacağı kabul edilmelidir. Nitekim, kanun koyucu TBK m. 245 hükmünde yarar ve hasarın geçişi açısından da taşınmazın tescilini yeterli görmemiş, ayrıca satılanın doğrudan zilyetliğinin alıcıya devredilmesini aramıştır. Söz konusu hüküm, bu bakımdan, kanun koyucunun bakış açısını göstermesi sebebiyle önemlidir.

Öte yandan, satıcı dışında bir başka kişinin fer'i zilyet kılınmış olması durumunda; yani, bir üçüncü kişinin, sübjektif bir hakka dayanarak, taşınmazı kullanmaya devam etmesi durumunda, zamanaşımı süresinin başlaması açısından, satılanın asli zilyetliğinin satıcı tarafından alıcıya devredilmiş olması zorunlu ve yeterlidir⁵⁶⁴. Fer'i zilyedin satıcı dışındaki bir başka kişi olması durumunda, asli zilyet haline gelen alıcı, gerekirse gözden geçirme külfetini, fer'i zilyet aracılığıyla gerçekleştirebilecektir. O halde, üçüncü bir kişinin, bir hakka dayanarak, satıştan sonra taşınmazı kullanmaya devam etmesi durumunda, zamanaşımı süresinin asli zilyetliğin devredildiği tarih olan mülkiyetin geçişi anında başlaması gerekir. Bu duruma verilebilecek en güzel örnek, taşınmazın, satıştan önce bir üçüncü bir kişiye kiralanmış olması halidir. Zira, TBK m. 310 uyarınca satış kirayı bozmadığı için,

⁵⁶² Foëx, **CommRomand**, CO art. 219 N 23; Eren, **Borçlar Özel**, N 580, dn. 53.

⁵⁶³ Giger, **BernerKomm**, OR Art. 219 N 5, 92; Pichonnaz, **Garantie**, s. 132. Aynı yönde bkz. Belverenli, **Ayıp**, s. 180.

⁵⁶⁴ Foëx, **CommRomand**, CO art. 219 N 23; Pichonnaz, **Garantie**, s. 132.

satılanın önceden başka bir kişiye kiralanmış olması durumunda, kira ilişkisi yeni malik olan alıcı ile devam edecektir. Bu durumda, kiracı satılan üzerinde fer'i zilyetliğini devam ettirirken, yeni malik ve asli zilyet konumunda olan alıcı, satın aldığı taşınmazı, kiracıya muayene ettirebilecek veya kiracıdan satılanı gözden geçirmesine müsaade etmesini isteyebilecektir.

Zilyetliğin devredileceği tarihin, taşınmazın alıcı adına tescil edilmesinden sonra kararlaştırılması durumunda, zamanaşımının ne zamandan itibaren başlayacağını tespit edilmesi önemlidir. Zira, taşınmazın bir başkası tarafından fiilen kullanılıyor olması durumunda, taşınmazın alıcı adına tescil edilmesiyle birlikte yaratılan sicil karinesi, aynı zamanda taşınmazın asli zilyetliğinin de alıcıya devredilmesini gerektirir. Diğer taraftan, taşınmazı fiilen kullanan bir fer'i zilyet bulunmuyorsa, ayrıca zilyetliğin devri için başkaca bir tarih kararlaştırılmamışsa, tapu kütüğüne tescil aynı zamanda taşınmazın doğrudan zilyetliğinin de alıcıya devredilmiş olması sonucunu doğurur⁵⁶⁵. Zira, taşınmazlarda esas olan sicil zilyetliğidir ve alıcı, sicilde malik olarak tescil edilmekle birlikte, bu zilyetliği elde eder⁵⁶⁶. Dolayısıyla, tarafların tescilden önce veya tescil anında bir anlaşma yapmamış olmaları ihtimalinde, taşınmazın zilyetliği de tescille beraber alıcıya geçmektedir. Öte yandan, taşınmazın yarar ve hasarı da tescille birlikte alıcıya intikal edeceği için, tescilden sonra zilyetliğin devrinin daha sonra gerçekleştirileceğinin kararlaştırılması, alıcının üstlenmiş olduğu hasar riskinin satıcıya tekrar dönmesini sağlamaz. Bu durumda, "*causum sentit dominus*" ilkesi aynen uygulanır. O halde, tescilden sonra satıcının belli bir müddet satılanı kullanmak istemesi durumunda da, satılanın tesciliyle birlikte alıcının zaten doğrudan zilyet haline gelmiş olduğunu ve bu hususun zamanaşımı süresinin başlaması sonucunu doğuracağını kabul etmek daha doğrudur⁵⁶⁷. Hasarın intikalinde olduğu gibi, zilyetliğin belli bir süre sonra devredileceğinin, mülkiyetin alıcıya intikalinden sonra kararlaştırılmış olması durumunda, bu husus işlemeye başlamış olan zamanaşımı süresi açısından etkili olmayacaktır. Zira, bu durumda alıcı, kısa bir süre de olsa satılanı muayene etme imkânına sahip olmakta, böylece ayıptan doğan külfetlerini yerine getirebilecek bir konuma gelmiş bulunmaktadır. Öyleyse yukarıda savunduğumuz görüş uyarınca zamanaşımı süresinin, taşınmazın alıcı adına tescil edildiği andan itibaren başlaması

⁵⁶⁵ Pichonnaz, **Garantie**, s. 132.

⁵⁶⁶ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, N 534; Sirmen, **Eşya Hukuku**, s. 97; Nomer, Ergüne, **Eşya Hukuku**, N 114.

⁵⁶⁷ Pichonnaz, **Garantie**, s. 132.

gerekmektedir⁵⁶⁸. Öte yandan, alıcının mülkiyetinden devrinden önce satılanı teslim almış olmasının zamanaşımının başlamasına bir etkisi bulunmamaktadır⁵⁶⁹.

TMK m. 716 uyarınca mülkiyetin mahkeme kararıyla hükmen geçirildiği durumlarda zamanaşımı süresi, kararın kesinleşmesi anından başlar⁵⁷⁰. Zira, TMK m. 705 f. II uyarınca mahkeme kararıyla mülkiyetin geçtiği hallerde, mülkiyet tescilden önce kazanılmaktadır. Tapu uygulamasında taşınmaz satış sözleşmesinin tasarruf işleminden ayrılması mümkün olmadığından, zamanaşımının mülkiyetin hükmen alıcıya geçirilmesi durumunda mahkeme kararıyla başlaması, özellikle hâkimin tescile karar verebildiği taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ve taraflar arasında satış sözleşmesinin kurulması ile mülkiyetin nakli sonuçlarını doğuran sözleşmesel önalım hakkının kullanılması açısından ayrı bir öneme sahiptir⁵⁷¹.

C. Özel Durumlar

Art arda teslimli satışlarda (*contrat de vente par livraisons successives - Sukzessivlieferungsvertrag*) zamanaşımının her bir teslimin ardından mı, yoksa yapılacak olan art arda teslimlerin tamamlanmasından sonra mı başlayacağı hususunun tespiti önemlidir. Zira, art arda teslimli satış sözleşmesi, satıcının satılanı art arda teslim edeceğinin; buna karşılık, alıcının ise satış bedelini tek bir defada veya gerçekleştirilen teslimlere uygun olarak art arda ödeyeceğinin kararlaştırıldığı satış sözleşmesidir⁵⁷². Ancak, söz konusu satış sözleşmesi, zamanaşımı açısından ifanın tek bir defada gerçekleştiği normal satış sözleşmesinden farklı değildir. Art arda teslimli satış sözleşmesinde ayıptan doğan talepler için zamanaşımı süresi, her bir teslimin ardından ayrı ayrı işlemeye başlar⁵⁷³. Başka bir deyişle zamanaşımına

⁵⁶⁸ Pichonnaz, **Garantie**, s. 132. Aynı yönde: Foëx, **CommRomand**, CO art. 219 N 23.

⁵⁶⁹ **Yargıtay** 13. HD, T. 23.1.2006, E. 2005/13514, K. 2006/456 (kazancı): "...Anılan madde hükmü uyarınca somut olayda zamanaşımı süresinin başlangıcı mülkiyetin devri anı olup, dosya içindeki bilgi ve belgelerden ise mülkiyetin 25.5.2001 tarihinde tapuda devir yapılmak suretiyle davacıya intikal ettiği anlaşılmaktadır. Davacının taşınmazı daha önce teslim alması ve kullanmaya başlaması mülkiyetin devri mahiyetinde olmadığı için zamanaşımı süresinde teslim anında başlamaz. Yukarıdaki açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde, dava konusu taşınmazın mülkiyetinin 25.5.2001 tarihinde davacıya intikal ettiği ve davacının da 2.10.2003 tarihinde eldeki davayı açtığı sabit olduğuna göre olayda zamanaşımı süresinin de henüz dolmadığının kabulünde zorunluluk bulunmaktadır..."

⁵⁷⁰ Foëx, **CommRomand**, CO art. 219 N 23.

⁵⁷¹ Eren, **Borçlar Özel**, N 592, 671.

⁵⁷² Erden Kuntalp, **Ard Arda Teslimli Satım Akdi**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 230, Ankara, Sevinç Matbaası, 1968 (Ard Arda Teslim), s. 7.

⁵⁷³ Kuntalp, **Ard Arda Teslim**, s. 142; Stanislas, **Résolution**, s. 159; Capitaine, **Prescription**, s. 102; Becker, **BernerKomm**, OR Art. 210 N 3; Giger, **BernerKomm**, OR Art. 210 N 39; Furrer, **Gewährleistung**, s. 87; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 210 N 4; Honsell,

ilişkin esaslar her bir teslim borcu için ayrı olarak uygulanır. Çünkü satılanın art arda ifası kısmi ifa sayılmaz⁵⁷⁴. Oysa, satıcının borcunun bölünebilen bir kısmını ifa ettiği diğer satış sözleşmelerinde zamanaşımı süresi, satılanın tamamının alıcıya teslim edilmesiyle birlikte başlar⁵⁷⁵. Her ne kadar edim bölünebiliyor olsa da bu durumda zamanaşımı süresinin başlangıç anının bölünmesi söz konusu olmaz. Örneğin, bir makine teslimini konu edinen satış sözleşmesinde zamanaşımı süresi, makinenin parça parça alıcıya teslim edildiği tarihlerde değil, tamamının teslim edilerek makinenin monte edildiği tarihten itibaren işlemeye başlar. Aynı şekilde, monte edilmesi gereken malların satılması durumunda, zamanaşımı süresi, satılanın teslim edilerek montajının tamamlandığı andan itibaren işlemeye başlayacaktır⁵⁷⁶.

Geciktirici koşula bağlı satış sözleşmelerinde satılanın henüz koşul gerçekleşmeden alıcıya teslim edilmesi durumunda, zamanaşımının teslimle başlaması düşünülemez. Zira, henüz koşul gerçekleşmeden, ortada geçerli bir satış sözleşmesinin bulunduğu söylenemeyeceği için, bu durumda alıcı ayıptan doğan haklarını kullanma imkânına sahip değildir. O halde, geciktirici koşula bağlı satış sözleşmelerinde satılanın önceden alıcıya devredilmesi durumunda zamanaşımının koşulun gerçekleştiği anda itibaren başlaması gerekmektedir⁵⁷⁷.

Açık artırma yoluyla satışlarda her ne kadar alıcı, ihale anında malın mülkiyetini elde etse de (TBK m. 279), zamanaşımı süresi, satılanın alıcıya teslim edildiği anda işlemeye başlayacaktır. Taşınmazlarda ise genel kuraldan sapılmamış ve mülkiyetin, taşınmazın alıcı adına tescil edilmesiyle birlikte alıcıya geçeceği düzenlenmiştir. Kanımızca, bu durumda ayıptan doğan zamanaşımı süresi, yukarıda yaptığımız açıklamalara paralel şekilde⁵⁷⁸, mülkiyetin geçişi anından itibaren; şayet taşınmaz daha sonra alıcıya teslim edilecek ise alıcının doğrudan zilyet haline gelerek, satılanı muayene etme imkânı edindiği andan itibaren başlaması gerekmektedir.

BaslerKomm, OR Art. 210 N 2; Tunçomağ, **Borçlar Özel**, s. 192; Tandoğan, **Borçlar Özel**, Cilt I/1, s. 200; Zevkliler, Gökyayla, **Borçlar Özel**, s. 138; Yavuz, **Ayıp**, s. 156; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 94. Aynı yönde bkz. Matusche-Beckmann, **StaudingerKomm**, BGB § 438 N 66.

⁵⁷⁴ Kuntalp, **Ard Arda Teslim**, s. 25, 26.

⁵⁷⁵ Capitaine, **Prescription**, s. 102; Becker, **BernerKomm**, OR Art. 210 N 3.

⁵⁷⁶ Jean-Samuel Leuba, **Le contrat de vente avec l'obligation de montage**, Thèse de licence et de doctorat présentée à la Faculté de droit de l'Université de Lausanne, Imprimerie Chablaz S.A., Lausanne, 1995 (Vente), s. 204.

⁵⁷⁷ Stanislas, **Résolution**, s. 159; Giger, **BernerKomm**, OR Art. 210 N 40; Oser, Schönenberger, **ZürcherKomm**, OR Art. 210 N 4; Tunçomağ, **Borçlar Özel**, s. 192; Tandoğan, **Borçlar Özel**, Cilt I/1, s. 200; Yavuz, **Ayıp**, s. 156; Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Cilt I, N 1928; Zevkliler, Gökyayla, **Borçlar Özel**, s. 138; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 94, 95.

⁵⁷⁸ Bu konuda bkz. yukarıda B.2/III/B.

Hisse satışında zamanaşımı süresi ise, hisselerin devredildiği ve uygulamada “*closing - Vollzugsdatum*” olarak adlandırılan andan itibaren başlamaktadır⁵⁷⁹. Maddi bir varlığı bulunmayan ve eşya sayılmayan mallar açısından zamanaşımı süresinin, satış konusu olan satılanın, alıcının egemenlik alanına girmesi ve alıcının söz konusu malı inceleme imkânına kavuşmasıyla birlikte başlaması gerekmektedir⁵⁸⁰. Örneğin, akıllı telefonlara indirilen ücretli uygulamalar, bilgisayar programları⁵⁸¹, e-kitaplar, ücreti karşılığında indirilen müzik veya filmler ya da bilgisayar oyunları açısından zamanaşımı süresi, dosyanın indirilmesi veya kurulumunun sağlanmasıyla birlikte başlayacaktır. Zira, bu andan itibaren alıcı satılanı inceleme imkânına sahip olmaktadır.

D. Değerlendirme

İlk olarak, ifade etmek gerekir ki, öğretide ayıptan sorumlulukta zamanaşımı rejiminin menfaatler dengesi açısından haksız sonuçlar doğurduğu yönündeki düşünce, giderek daha fazla güçlenmektedir. Gerek taşınmaz satışında tapu siciline yapılan tescil işlemiyle, gerek taşınır satışında satılanın alıcıya teslimiyle başlayan zamanaşımı süresi sebebiyle, alıcının ayıptan doğan haklarının, henüz ayıp ve ayıptan doğan zarar ortaya çıkmadan zamanaşımına uğraması, pek çok olayda alıcıyı birçok hukuki imkândan yoksun bırakarak, garanti rejimini düzenleyen normların koruma amacına aykırı ve keyfi bir sonuç yaratmaktadır. Zira, gözden geçirme ve bildirim külfetiyle oldukça avantajsız bir durumda bulunan alıcının, zamanaşımı konusunda da satıcıya karşı elverişsiz bir hukuki konuma sahip olmasının hukuken ikna edici bir sebebi bulunmamaktadır⁵⁸². Tek taraflı olarak, yalnızca alıcı üzerine dağıtılan riskin yarattığı keyfiyet, ayıptan doğan hakların genel hükümlerle yarışması sonucuyla da dengelenemez. Bu açıdan, kanunun lafzının meydana getirdiği eşitsizliğin ortadan kaldırılarak, kanunun ruhunun amaca uygun yorumuyla, taraf menfaatlerini tekrar dengede tutmak gerekmektedir. Zira, henüz talep hakkı doğmadan alacağın zamanaşımına uğraması, ayıptan doğan garanti rejiminin bazı olaylar bazında işlevsiz bir hal almasına sebep olmaktadır. Belirtmek gerekir ki,

⁵⁷⁹ Benedick, Vischer, **Verjährungsregeln**, N 8; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 210 N 8.

⁵⁸⁰ Türkmen, **Zamanaşımı**, s. 3400.

⁵⁸¹ İsviçre Federal Mahkemesi’nin standart yazılımın ayıplı olduğuna hükmettiği yeni tarihli bir karar için bkz. **İsvFM**, 3.3.2016, 4A_446/2015.

⁵⁸² Gauch, **Entreprise**, N 2199, 2255.

alıcının ayıbın varlığını öğrenip, ayıbı satıcıya hemen bildirmesi (TBK m. 223 f. I) ve seçimlik haklarını kullanabilecek duruma gelmesi ihtimalinde, alıcıya dava açması için tanınan iki yıllık süre, ayıptan doğan haklarının yerine getirilmesi açısından yeterli ve işlevseldir. Bu açıdan bakıldığında, alıcıyı satıcıya karşı avantajsız konuma getiren ve ayıptan doğan garanti rejimini işlevsiz kılan, zamanaşımı süresinin henüz talep hakkı doğmadan sona ermesidir⁵⁸³. Nitekim, bu tarz sonuçları engellemek amacıyla kanun koyucu, genel hükümlerde (TBK m. 149 f. I; CO art. 130 al. I) zamanaşımının, alacağın muaccel olmasıyla, yani alacaklının borçludan alacağını isteyebildiği, borçlunun da borcunu yerine getirmek zorunda olduğu (TBK m. 90) anda başlayacağını öngörmüştür⁵⁸⁴. O halde, ayıptan sorumluluk rejiminde düzenlenmiş özel hükümlerin (TBK m. 231 f. I) hakkaniyete aykırı neticeler doğurduğu bazı hallerde, genel kuralın tatbik edilmesi gerekmektedir⁵⁸⁵.

Bu sebeple, sözleşmesel zamanaşımının başlangıcı açısından yukarıda benimsediğimiz görüşümüzü⁵⁸⁶ ayıptan sorumlulukta zamanaşımı süresinin başlangıcı açısından yinelemenin ve özel bir değerlendirmede bulunmanın faydalı olacağı kanaatindeyiz. Zira, satılarda hasarın alıcıya geçişi anında mevcut olan ayıp, henüz alıcı tarafından bilinebilir hale gelmeden ve henüz ayıptan doğan zarar kalemleri ortaya çıkmadan, alıcının garanti sorumluluğu açısından bir talep hakkı mevcut olmadığından; alıcının alacağını mahkeme önünde ileri sürme imkanının bulunmadığını belirtilerek, bu durumun zamanaşımını durduran bir sebep olarak kabul edilmesi gerektiği kanısındayız⁵⁸⁷. Öyle ki, zamanaşımının durması başlığını taşıyan TBK m. 153 hükmü, zamanaşımının durma sebeplerinin varlığı halinde

⁵⁸³ Nitekim, (başka bir konuyla alakalı olarak) henüz dava açma imkânı doğmadan zamanaşımı süresinin başlamasının “saçma” olduğunu ifade eden bir İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. **İsvFM**, ATF 97 II 403 = JdT 1973 I 66. Aynı yöne: Gauch, **Entreprise**, N 2260.

Alman öğretisinde uzun yıllar öğretinin çoğunluğu tarafından, zamanaşımı süresinin başlangıcını ileriye taşıyabilmek amacıyla pek çok çözüm ileri sürülmüş, sürenin zararın ortaya çıkmasıyla, zararın bilinebilir hale gelmesiyle, tarafların zararı etkili bir şekilde bilebilecek konumda olmasıyla ya da zararın ilk kez ileri sürülebilir hale gelmesiyle başlaması gerektiği pek çok yazar tarafından önerilmiştir. Söz konusu görüşler için bkz. Gauch, **Entreprise**, N 2260. Bu eleştirileri nazara alan Alman kanun koyucusu, 1 Ocak 2002’de yürürlüğe giren değişikliklerle, BGB § 199 hükmünü öğretideki baskın görüş çerçevesinde yeniden düzenlemiştir.

⁵⁸⁴ Niklaus, **Prescription**, N 663; Pichonnaz, **Éléments choisis**, s. 250; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 162.

⁵⁸⁵ Belirtmek isteriz ki, vardığımız çözüm, eser sözleşmesi açısından da geçerlidir. Keza, ayıptan sorumluluk hükümleri, niteliğine uygun düştüğü ölçüde, başkaca atipik sözleşmelere uygulanacağı için, aynı yorum tarzının bu sözleşmeler açısından da benimsenmesi mümkündür. Genel hükümler açısından da aynı yönde bkz. Bkz. yukarıda B.2/II/B/1/c.

⁵⁸⁶ Bkz. yukarıda B.2/II/B/1/c.

⁵⁸⁷ Aynı görüşte bkz. Gauch, **Entreprise**, N 2259; Pichonnaz, **Dommages-intérêts**, s. 81-88; Zindel, Pulver, Schott, **BaslerKomm**, OR Art. 371 N 15; Bühler, **ZürcherKomm**, OR Art. 371 N 29.

zamanaşımının hiç işlemeye başlayamayacağını belirtmektedir. Kanun koyucu, TBK m. 153 f. I b. 6 hükmünde ise alacaklının alacağını Türk mahkemelerinde ileri sürme imkânının bulunmamasını, bir durma sebebi olarak düzenlenmiştir. Söz konusu hüküm, alacağını talep etme konusunda sessiz kalan alacaklının tutumunun, kendi kusurundan ileri gelmemesi ve alacağını dava yoluyla ileri sürmemesinin kendi ilgisizliğinden kaynaklanmaması sebebiyle cezalandırılmaması gerektiği fikrine dayanır⁵⁸⁸.

Henüz ayıp ve ayıptan doğan zararlar ortaya çıkmadan satıcının garanti sorumluluğu söz konusu olmayacağı için, bu durumda alıcının ayıptan doğan alacaklarını Türk mahkemelerinde ileri sürme imkânının bulunduğu da söylenemez. Öte yandan, TBK m. 153 f. I b. 6 hükmünün ne lafzından ne de amacından zamanaşımını durduran dava açma engellerinin muhakkak objektif nedenlere dayanması gerektiği hususu da anlaşılamamaktadır. Elbette alacaklının kusurundan ileri gelen sebeplerle zamanaşımının durması düşünülemezse de, alacaklının hâkimiyet sahasında vuku bulan, alacaklının şahsından doğan, buna rağmen alacaklının sorumlu olmadığı sübjektif engellerin de zamanaşımını durdurabileceğinin kabul edilmesi gerekmektedir⁵⁸⁹. Zira, CO art 134 al. I ch. 6 (TBK m. 153 f. I b. 6)⁵⁹⁰ hükmün me hazını oluşturan 1855 tarihli Zürih Medeni Kanunu § 1067 hükmünün tarihsel yorumunun da söz konusu görüşümüzü desteklediğini; zira, söz konusu hükmün kapsamına alacağın mevcudiyetinin

⁵⁸⁸ Pichonnaz, **Dommages-intérêts**, s. 81. Aynı yönde bkz. **Yargıtay** 4. HD, T. 11.7.2002, E. 2002/4325, K. 2002/8888 (kazancı); **Yargıtay** 4. HD, T. 3.2.2005, E. 2004/7039, K. 2005/746 (kazancı). Nitekim, zamanaşımının işlediğinden söz edilebilmesi için, alacaklının dava veya takip imkânının bulunması gerektiği ifade edilmektedir. Zira, aksi durumda alacaklının alacağına dair ilgisiz kaldığından bahsedilemeyecektir. Bkz. Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 1110.

⁵⁸⁹ *Sübjektif engellerin* de hükmün uygulama alanına dâhil olduğu yönünde bkz. von Büren, **OR AT**, s. 422; Spiro, **Agere non valenti**, s. 585 vd.; Bloch, **Hemmung**, s. 355; Pichonnaz, **Dommages-intérêts**, s. 81, 82. *Kıyasen* uygulanması gerektiği görüşünde bkz. Gauch, **Entreprise**, N 2259; Zindel, Pulver, Schott, **BaslerKomm**, OR Art. 371 N 15; Bühler, **ZürcherKomm**, OR Art. 371 N 29. Karşı görüşte bkz. Däppen, **BaslerKomm**, OR Art. 134 N 7-9; Bucher, **OR AT**, s. 462; Engel, **Obligations**, s. 813; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 256-258; **İsvFM**, ATF 124 III 449 = JdT 2000 I 274; ATF 119 II 216 = JdT 1995 I 117; ATF 90 II 428 = JdT 1965 I 243.

İsvFM, ATF 124 III 449 = JdT 2000 I 274: "...Cette disposition ne s'applique que si le créancier est empêché par des circonstances objectives, indépendantes de sa situation personnelle, d'intenter une action en Suisse.. ; ...Nach der Rechtsprechung kann sich auf diese Bestimmung nur berufen, wer aus objektiven, von seinen persönlichen Verhältnissen unabhängigen Gründen daran gehindert ist, in der Schweiz zu klagen, namentlich wenn ihm kein Gerichtsstand in der Schweiz zur Verfügung steht... ; ...Söz konusu hüküm yalnızca alacaklının objektif ve kendi kişiliğinden bağımsız şartlar sebebiyle İsviçre'de dava açma imkânı bulamaması durumunda uygulanacaktır..."

⁵⁹⁰ Söz konusu iki hüküm 1881 tarihli Eski İsviçre Federal Borçlar Kanunu m. 153 hükmünün tekrarıdır ibarettir. 1881 tarihli Eski İsviçre Federal Borçlar Kanunu ise 1855 tarihli Zürih Medeni Kanunu'ndan pek çok açıdan etkilenmiştir. Bkz. Pichonnaz, **Dommages-intérêts**, s. 81, 82.

bilinmemesi gibi borçlunun kusurundan kaynaklanmayan sübjektif engellerin de dâhil olduğunu daha önce ifade etmiştik⁵⁹¹.

Bu sonuç aynı zamanda Roma Hukuku'na hâkim olan, “*alacaklının herhangi bir nedenle dava açma imkânından yoksun olması halinde zamanaşımı işlemmez (contra non valentem agere nulla currit praescriptio; agere non valenti non currit praescriptio)*” kuralının da doğrudan uygulamasını teşkil etmektedir⁵⁹². Söz konusu kuralın Roma Hukuku'nda rastlantısal sebeplerden değil, hukuki sebeplerden doğan dava engellerinde uygulama alanı bulacağı ifade edilmektedir⁵⁹³. Öte yandan, alacaklının kusurundan kaynaklanmayan sebeplerle dava açma imkânından yoksun olduğu hallerde de zamanaşımının durması gerektiği ayrıca belirtilmektedir⁵⁹⁴. Bu açıdan, ayıp ve ayıptan doğan zarar henüz ortaya çıkmadığı için, ayıptan sorumluluk şartlarının oluşmamış olması, bir hukuki imkânsızlık olarak nitelendirilmeli ve söz konusu durum bir durma sebebi olarak TBK m. 153 f. I b. 6 hükmünün koruma amacına dâhil edilmelidir. Bu durumda zamanaşımı süresi, ayıp ve ayıptan doğan zararın ortaya çıktığı ve objektif olarak bilinebilir hale geldiği tarihten itibaren başlayacaktır⁵⁹⁵.

Nitekim, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre⁵⁹⁶ her ne kadar zamanaşımı süreleri, hukuk güvenliği gibi meşru amaçlar için öngörülmüş olsa da,

⁵⁹¹ Aynı görüşte bkz. Bluntschli, **Gesetzbuch**, s. 114 vd.; Spiro, **Agere non valenti**, s. 585 vd.; von Büren, **OR AT**, s. 422; Bloch, **Hemmung**, s. 355. Ayrıca bkz. yukarıda B.2/II/B/1/c.

⁵⁹² Parein-Reymond, **Prescription**, s. 63; Pichonnaz, **Domages-intérêts**, s. 82. Bu prensibin İsviçre-Türk Hukuku'nda tam anlamıyla kabul edilmediği görüşünde bkz. Engel, **Obligations**, s. 813; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 256.

⁵⁹³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Parein-Reymond, **Prescription**, s. 63 ve dn. 382'de anılan yazarlar.

⁵⁹⁴ von Büren, **OR AT**, s. 422; Bloch, **Hemmung**, s. 355.

⁵⁹⁵ Nitekim, *haksız fiil açısından* da aynı sonuca varılmaktadır. Yargıtay 17 Ağustos depreminin ardından verdiği kararlarda, zarar meydana gelmeden on yıllık zamanaşımı süresinin işlemeyeceğini ifade etmiştir. Bkz. **Yargıtay** HGK, T.10.3.2010, E. 2010/4-111, K. 2010/137 (kazancı); **Yargıtay** HGK, T. 22.10.2003, E. 2003/4-603, K. 2003/594 (kazancı); **Yargıtay** HGK, T. 4.6.2003, E. 2003/4-400, K. 2003/393 (kazancı); **Yargıtay** 4. HD, T. 11.7.2002, E. 2002/4325, K. 2002/8888 (kazancı); **Yargıtay** 4. HD, T. 28.4.2003, E. 2003/4407, K. 2003/5412 (kazancı); **Yargıtay** 4. HD, T. 3.2.2005, E. 2004/7039, K. 2005/746 (kazancı); **Yargıtay** 4. HD, T. 30.6.2004, E. 2004/2110, K. 2004/8595 (kazancı): “...hukuka aykırı eylemin varlığına karşın, zarar gerçekleşmemişse zamanaşımı süresinin başlaması söz konusu olamaz...”. Haksız fiil açısından aynı görüşte bkz. Deschenaux, Tercier, **Responsabilité**, s. 203; Roberto, **Haftpflicht**, N 571; Pichonnaz, **Révision**, s. 154; Gottini, **Verjährung**, s. 60, 61.

⁵⁹⁶ **AİHM**, Uğur Eşim Türkiye'ye Karşı, 13.9.2013, 59601/09; **AİHM**, Howald Moor ve Diğerleri İsviçre'ye Karşı, 11.3.2014, 52067/10 ve 41072/11. Karara konu olan olayda Hans Moor, 1978'e kadar, montajcı olarak çalıştığı fabrikada asbest tozuna maruz kalır. Ayrıca şirket bünyesinde yaptığı çalışmalar sebebiyle, 1992 ve 1995 tarihleri arasında asbest tozu ile temas eder. 2004 yılında Moor asbest sebebiyle ağır bir kanser türüne yakalanır. Moor, 25 Ekim 2005 tarihinde, şirkete karşı, işyerinde asbest tozuna maruz kalması sebebiyle, 212.906 Frank tutarında maddi ve manevi tazminat davası açar. Moor'un ertesi yıl hayatını kaybetmesinin ardından, davada yerine kızları geçer. Argovie Kanton Mahkemesi, CO art. 127 (TBK m. 146) uyarınca, borcun ihlalinin üzerinden on yıl geçmiş olduğu gerekçesiyle davayı reddeder. Zira, mahkeme 25 Ocak 1995

bu düzenlemelerin ancak uzun süreler sonunda ortaya çıkan zararlar için katı şekilde uygulanması, ilgililerin haklarını hukuk önünde ileri sürmelerine engel olabilir. Bu açıdan, zamanaşımı ve hak düşürücü süreler söz konusu olduğunda, ölçülü davranılması esastır. Strasburg Mahkemesi “*Howald Moor ve Diğerleri İsviçre’ye karşı*” kararında, halin olağan üstü şartlarını dikkate alarak, zararın zamanaşımı süresinin sona ermesinden sonra ortaya çıkması durumunda, zamanaşımı sebebiyle davanın reddinin başvurucunun mahkemeye erişim hakkını (AİHS m. 6) ihlal ettiğine karar vermiştir. Bu açıdan bakıldığında, zamanaşımı süresinin başlama anının ne denli önemli olduğu daha iyi anlaşılabilir. Bu sebeple, öğretide söz konusu karar sayesinde, zararın ortaya çıkmaması halinin -dolayısıyla sorumluluğun şartlarının oluşmamasının- ilgili olaylar bakımından *de iure* zamanaşımının durmasına sebep olacağı ifade edilmektedir. Nitekim, İsviçre Federal Mahkemesi güncel bir kararında⁵⁹⁷, AİHM’in Moor kararında ortaya koyduğu ilkeleri değerlendirerek, mevcut olayda zamanaşımı süresinin alıcının zararı öğrenmesinden önce sona *ermemiş* olduğunu tespit etmiş ve mevcut olayda Moor kararında belirtilen şartların oluşmadığına hükmetmiştir. Federal Mahkeme’nin ortaya koyduğu gerekçelerden ve AİHM’in ileri sürdüğü şartları mevcut olay bakımından değerlendirmesinden, AİHM içtihadını benimsemiş olduğu ve Moor kararında tespit edilen şartların oluşması ihtimalinde, zararın ortaya çıkmaması halini bir durma sebebi olarak kabul edebileceği anlaşılmaktadır⁵⁹⁸. Nitekim, İsviçre öğretisinde

tarihinden itibaren, davacının asbest tozuna maruz kaldığı bir tarih tespit edememiştir. Bunun üzerine, davacılar, İsviçre Federal Mahkemesi’ne başvurur. Yüksek Mahkeme, borca aykırı davranışın üzerinden on yıldan uzun süre geçtiği için, CO art. 127 uyarınca zamanaşımı süresinin dolduğunu belirtir. Karar için bkz. **İsvFM**, ATF 137 III 16 = JdT 2013 II 315 = SJ 2011 I 373. Hans Moor’un eşi, Howald Moor tarafından açılan dava için bkz. **İsvFM**, ATF 136 II 187. Federal Mahkeme, ayrıca her ne kadar öğretide zamanaşımı süresinin zararın ortaya çıkmasından itibaren başlaması gerektiği savunuluyor olsa da, mevcut hukuki durumun içtihat değişikliğini gerektirmediğini belirtmiştir. Ayrıca, İsviçre Federal Mahkemesi, her iki kararda, mevcut içtihadının AİHS m. 6 hükmünü ihlal etmediğini belirtse de, AİHM aksi yönde karar vermiştir. Moor kararı hakkında bkz. Pichonnaz, **Dommage consécutif**, s. 150 vd; Pichonnaz, **Éléments choisis**, s. 249; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **Borçlar Genel**, N 1912; Tercier, Pichonnaz, **Obligations**, N 1661; Gottini, **Verjährung**, s. 55 vd.; Krauskopf, **Verjährungsrecht**, s. 40 vd.; Krauskopf, **HAVE 2016**, s. 59 vd.; Pichonnaz, Werro, **Droit de la prescription**, s. 16 vd.; Demirsatan, **Délai absolu**, s. 731 vd.

Nitekim, Yargıtay da aynı yönde kararlar vererek, hak kayıplarını önlemek amacıyla, zarar meydana gelmeden zamanaşımı süresinin işlemeyeceğini belirtmektedir. Bkz. **Yargıtay HGK**, T.10.3.2010, E. 2010/4-111, K. 2010/137 (kazancı); **Yargıtay HGK**, T. 22.10.2003, E. 2003/4-603, K. 2003/594 (kazancı). Zarar ortaya çıkmadan dava süresinin sona ermesinin hak arama özgürlüğüne aykırı olduğu yönünde bkz. Yüzbaşıoğlu, **Sorumluluk**, s. 494.

⁵⁹⁷ **İsvFM**, 30.10.2015, 4A_261/2015.

⁵⁹⁸ Pichonnaz, **Dommage consécutif**, s. 150.

AİHM'in söz konusu içtihadı, ayıptan sorumlulukta öngörülen zamanaşımı süresinin başlangıcı açısından bir istisna teşkil ettiği şeklinde yorumlanmaktadır⁵⁹⁹.

O halde, alıcının ayıptan doğan seçimlik haklarını kullanabilmesi için, hasarın alıcıya geçişi anında mevcut olan ayıbın ortaya çıkması gerekmektedir. Diğer taraftan, doğrudan ve dolaylı zararların, TBK m. 229 f. I uyarınca tazmin edilebilmesi için, satılndaki ayıbın zarara sebebiyet vermesi şarttır. Bu durumda sorunun pozitif hukuk sistemi dâhilinde çözülebilmesi için TBK m. 153 f. I b. 6 hükmünün sübjektif dava açma engellerini de kapsar şekilde amaca uygun yorumlanması gerekmektedir. Öte yandan, uluslararası güncel gelişmeler de vardığımız sonucun doğruluğunu ve taraflar arasındaki menfaatler dengesine daha uygun olduğunu ispatlamaktadır. Zira, Alman Hukuku'nda son değişikliklerle BGB § 199 hükmünde zamanaşımı süresinin, alacaklının talebine vücut veren şartları ve borçluyu bilmesi veya bilebilecek durumda olması ihtimalinde, söz konusu şartların gerçekleşmesini takip eden yıl işlemeye başlayacağı düzenlenmiştir. Aynı şekilde Fransız Hukuku'nda CCFr art. 1648 hükmünde ayıptan sorumlulukta zamanaşımı süresinin, ayıbın keşfedilmesi yani öğrenilmesi anından itibaren başlayacağı öngörülmüştür. Diğer taraftan, Moor kararında olduğu gibi⁶⁰⁰, mevcut zamanaşımı rejiminin hak ihlallerine sebebiyet verdiğini nazara alan İsviçre kanun koyucusu, 1 Ocak 2020 tarihinde yürürlüğe girmiş olan CO art. 128a hükmüyle⁶⁰¹, kusura dayalı genel sözleşmesel zamanaşımı konusunda, ölüm ve bedensel zarar hallerinde, maddi ve manevi zararın tazmini yönündeki taleplerin, zarar görenin zararı öğrenmesinden itibaren üç yılda ve her halde zarar verici olayın gerçekleşmesi veya sona ermesinden itibaren yirmi yılda zamanaşımına uğrayacağı öngörülmüştür⁶⁰².

Sonuç olarak, güncel gelişmeler ve hukuki ihtiyaçlar nazara alınarak, hükmün amaca uygun yorumlanması neticesinde, ayıptan doğan haklar için öngörülen

⁵⁹⁹ Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 745.

⁶⁰⁰ Söz konusu kararın, 15 Haziran 2018 tarihinde kabul edilen ve 1 Ocak 2020 tarihinde yürürlüğe giren zamanaşımı reformu (**FF 2018 3655**) üzerindeki etkileri için bkz. Pichonnaz, **Éléments choisis**, s. 249; Pichonnaz, **Dommage consécutif**, s. 150; Tercier, Pichonnaz, **Obligations**, N 1661, 1662; Pichonnaz, Werro, **Droit de la prescription**, s. 16 vd.; Gottini, **Verjährung**, s. 55 vd.; Krauskopf, **Verjährungsrecht**, s. 40 vd.

⁶⁰¹ 15 Haziran 2018 tarihinde kabul edilmiş olan ve 1 Ocak 2020 tarihinde yürürlüğe girmiş bulunan zamanaşımı reformu ve kabul edilen değişiklikler için bkz. 15 Eylül Tarihli Zamanaşımı Revizyonu (Révision du droit de la prescription, Modification du 15 juin 2018 - Revision des Verjährungsrecht, Änderung vom 15. Juni 2018), **FF 2018 3655**, **RO 2018 5343** (çevrimiçi, <https://www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2018/3655.pdf>, 15.3.2020).

⁶⁰² Bkz. Brulhart, Lorenz, **Droit de la prescription**, s. 151 vd.; Pichonnaz, **Éléments choisis**, s. 249, 250; Tercier, Pichonnaz, **Obligations**, N 1661, 1662, 1678; Gottini, **Verjährung**, s. 56 vd.; Krauskopf, **Verjährungsrecht**, s. 39 vd.

zamanaşımı sürelerinin (TBK m. 231 ve m. 244 f. III) TBK m. 153 f. I hükmü uyarınca alıcının haklarını Türk mahkemeleri önünde ileri sürme imkânının bulunmaması sebebiyle, objektif olarak ayıp ortaya çıkmadan veya zarar meydana gelmeden başlamayacağı kabul edilmelidir⁶⁰³. Bu açıdan, ayıptan doğan kısa zamanaşımı sürelerinin, dava açma engelinin ortadan kalktığı tarih olan, ayıbın ve zararın alıcı tarafından bilinebilir hale geldiği ilk andan itibaren başlaması gerekmektedir. Bu sonuç, göstermektedir ki, kanun koyucunun yeni bir tasarrufu olmaksızın, Türk Borçlar Kanunu'nun sistematığı, bu şekilde bir yoruma başvurulmasına ve hak ihlallerinin önüne geçilmesine müsaittir.

Alman kanun koyucusu, BGB § 199 hükmünde tazminat talebinin şartlarının oluşmasıyla birlikte işlemeye başlayan zamanaşımı süresinin, borca aykırı fiilin gerçekleşmesinden itibaren *otuz yılı* aşamayacağını açıkça düzenlenmiş ve her ne kadar zamanaşımı süresinin, zararın meydana gelmesiyle başlayacağını öngörmüş olsa da bu süreyi bir *üst süre* ile sınırlandırma ihtiyacı hissetmiştir. Öte yandan, Fransız kanun koyucusu da CCFr art. 2232 hükmünde zamanaşımının başlangıç anının öğrenmeyle birlikte ertelenmesi durumunda, toplam sürenin *yirmi yılı* aşamayacağını düzenlemiştir⁶⁰⁴. Aynı şekilde, 1 Ocak 2020 tarihinde İsviçre'de yürürlüğe giren zamanaşımı reformuyla birlikte, CO art. 128a hükmünde, ölüm ve beden bütünlüğünün ihlali sebebiyle meydana gelen maddi ve manevi zararların tazmini yönündeki talepler, *yirmi yıllık üst süreyle* sınırlandırılmıştır. Bu süre, haksız fiil sorumluluğu açısından da, CO art. 60 hükmünde *yirmi yıl* olarak öngörülmüştür.

Belirtmek isteriz ki, 1 Ocak 2020 tarihinde yürürlüğe giren zamanaşımı reformundan önce, Alman Hukuku'ndaki düzenlemeye paralel olarak, İsviçre öğretisinde zamanaşımı süresinin zararın bilinebilir hale geldiği andan itibaren başlamasını savunan yazarlar, satıcının da menfaatini gözeterek, zararın meydana geldiği andan itibaren başlayan kısa zamanaşımı süresinin, teslimden itibaren başlayacak olan on yıllık üst süreyle (TBK m. 146; CO art 127) sınırlandırılması gerektiğini savunmaktaydı⁶⁰⁵. Ayıptan sorumlulukta öngörülen zamanaşımı süreleri

⁶⁰³ Pichonnaz, **Dommages-intérêts**, s. 81-88; Pichonnaz, **Dommage consécutif**, s. 150. İkincil ayıplar ve ayıptan doğan zararlar için bu görüşte bkz. Gauch, **Entreprise**, N 2259; Zindel, Pulver, Schott, **BaslerKomm**, OR Art. 371 N 15; Bühler, **ZürcherKomm**, OR Art. 371 N 29.

⁶⁰⁴ Fransız Hukuku'nda ayıptan sorumlulukta zamanaşımı süresi, CCFr art. 1648 uyarınca alıcının ayıbı öğrenmesi anından itibaren başlamaktadır. Bu konuda bkz. yukarıda B.1/II/B.

⁶⁰⁵ Gauch, **Entreprise**, N 2261; Zindel, Pulver, Schott, **BaslerKomm**, OR Art. 371 N 15; Bühler, **ZürcherKomm**, OR Art. 371 N 29. Bu durumda *de lege feranda* otuz veya kırk yıl gibi uzun bir üst süre (*délai butoir*) getirilebileceği görüşünde bkz. Pichonnaz, **Révision**, s. 178.

açısından bir değişikliğe gidilmediği nazara alındığında⁶⁰⁶, varılan söz konusu çıkarımın hukuki değerini koruduğu ve yeni değişikliklerle beraber İsviçre öğretisinde daha güçlü bir şekilde savunulacağı söylenebilecektir. Zira, CO art. 128a hükmünün varlığı, geç ortaya çıkan zararlar açısından, zamanaşımı sürelerinin ne kadar kısa olduğunu açık bir şekilde ortaya koymuştur. Bu sebeple, ayıptan doğan zamanaşımı sürelerinin, zarar meydana gelmeden işlemeye başlamayacağı kabul edilmelidir. Öte yandan, teslimden yıllar sonra ortaya çıkan bazı zararların zamanaşımı kurumuyla güdülen, borçlunun alacak tehdidinden kurtarılması ve genel olarak hukuk güvenliğinin sağlanması amaçlarını engellemesi pek muhtemeldir. Bu durumda TBK m. 146 (CO art 127) hükmünde öngörülen on yıllık sürenin üst süre olarak kabul edilmesi fikri, söz konusu endişelere çözüm oluşturabilecektir⁶⁰⁷.

Ayıbın uzun yıllar sonunda ortaya çıkması durumunda varılan çözüm yolu, satıcının konumunu, özellikle ispat konusunda alıcıya karşı kötüleştirmeyecektir. Zira, ayıbın hasarın geçişi esnasında satılarda mevcut olduğunu, ortaya çıkan zararı, ayrıca zarar ile ayıp arasındaki nedensellik bağına alıcı ispatla yükümlü olacaktır⁶⁰⁸. İspat yükünün alıcı üzerinde olması, alıcı ile satıcı arasındaki menfaatler dengesini koruyucu bir etki yaratacaktır. Böylece, savunduğumuz bu görüş sayesinde, TBK m. 231 hükmünün alıcı aleyhine öngördüğü katı sistemin olumsuz tarafları ve hükmün hakkaniyete aykırı sonuçları, pozitif hukuk sistemi dâhilinde düzeltilmiş olacaktır.

IV. Zamanaşımının Durması veya Kesilmesi

A. Genel Olarak

Alıcının ayıptan doğan haklarının tabi olduğu süre, gerçek bir zamanaşımı süresi olduğu için, Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerinde düzenlenen zamanaşımının durması ve kesilmesine ilişkin düzenlemeler, aynı zamanda ayıptan sorumlulukta zamanaşımını düzenleyen TBK m. 231 ve m. 244 f. III hükümlerine de *doğrudan* uygulanacaktır⁶⁰⁹. Zira, kanun koyucu her ne kadar ayıptan sorumlulukta

⁶⁰⁶ 1 Ocak 2020 tarihinde İsviçre'de yürürlüğe giren zamanaşımı düzenlemelerinin, eser sözleşmesi kapsamında ve ayıptan sorumluluk bahsi açısından değerlendirilmesi için bkz. Pichonnaz, **Éléments choisis**, s. 249 vd.

⁶⁰⁷ Nitekim, sözleşmesel zamanaşımı açısından da, TBK m. 146 hükmünde öngörülen on yıllık süre, üst sınır olarak kabul edilmektedir. Bkz. aşağıda B.3/II/A.

⁶⁰⁸ Gauch, **Entreprise**, N 2260. Aynı yönde bkz. Brulhart, Lorenz, **Droit de la prescription**, s. 162.

⁶⁰⁹ Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 210 N 5; Giger, **BernerKomm**, OR Art. 210 N 15; Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 135 N 2; Gauch, **Entreprise**, N 2256; Stanislas, **Résolution**, s. 160; Yavuz, **Ayp**, s. 157; Tandoğan, **Borçlar Özel**, Cilt I/1, s. 201; Erdem,

özel bir zamanaşımı rejimi ihdas etmiş olsa da, zamanaşımının süresi ve başlama anı gibi istisnai düzenlemelerin dışında söz konusu özel rejimi pek çok önemli açıdan genel hükümlere tabi kılmıştır⁶¹⁰.

İsviçre Federal Mahkemesi, zamanaşımını durduran veya kesen sebeplere genel bir etki tanıyarak, sadece ilgili olduğu taleple sınırlandırmamıştır⁶¹¹. Dolayısıyla alıcının sadece bir talebi için duran veya kesilen zamanaşımı süresi, alıcının diğer talepleri için de duracak veya kesilecektir. İsviçre Federal Mahkemesi'nin bu görüşü, öğretide de pek çok yazar tarafından benimsenmiştir⁶¹². Söz konusu görüş, 2002 yılına kadar yürürlükte kalan, sözleşmeden dönme, bedel indirimi veya tazminat gibi talepler için kesilen zamanaşımı süresinin, aynı zamanda alıcının diğer talepleri için de kesileceğini veya duracağını düzenleyen eski BGB § 477 Abs. III hükmünden esinlenilmiştir⁶¹³. Öğretide bu çözümün alıcıya talebini değiştirebilme imkânı tanıdığı da ifade edilmektedir⁶¹⁴. Belirtmek gerekir ki, söz konusu imkân, öğretide satılanın onarılması veya ayıpsız benzeriyle değiştirilmesi seçimlik haklarını, yenilik doğurucu hak olarak değil de, ayıbın ücretsiz olarak giderilmesine ilişkin bir alacak hakkı olarak nitelendiren yazarlar açısından önemlidir⁶¹⁵. Zira, bu görüşe göre, satılanın onarılması veya ayıpsız benzeriyle

Zamanaşımı, s. 86; **İsvFM**, 14.10.2004, 4C.134/2004; **İsvFM**, ATF 116 II 313 = JdT 1991 I 180; ATF 96 II 185 = JdT 1971 I 287; ATF 58 II 149 = JdT 1933 I 169.

⁶¹⁰ Bu açıdan, ayıptan doğan zamanaşımı hükümleri TBK m. 146 ve m. 149 hükümlerine bir istisna teşkil etse de, diğer zamanaşımı düzenlemeleri açısından istisnai bir karakter taşımaz. Bkz. Gauch, **Entreprise**, N 2197.

⁶¹¹ **İsvFM**, ATF 96 II 181 = JdT 1971 I 286: “...*En matière de garantie pour les défauts de la chose vendue (art. 205 ss CO), l'acte qui suspend ou interrompt la prescription pour l'une des prétentions que peut élever l'acheteur la suspend ou l'interrompt aussi pour les autres... (Satılanın ayıplarından doğan garanti sorumluluğunda alıcının ileri sürebileceği bir talep için kesilen veya duran zamanaşımı süresi, alıcının diğer talepleri için de zamanaşımını keser veya durdurur.)*”

⁶¹² Oser, Schönenberger, **ZürcherKomm**, OR Art. 210 N 7; Becker, **BernerKomm**, OR Art. 210 N 8; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 210 N 5; Müller-Chen, **CHK**, OR Art. 210 N 5; Koller, **Werkvertrag**, N 764; Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 135 N 28; Gauch, **Entreprise**, N 2272; Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 752; Gauch, Schluep, Tercier, **Obligations**, N 2090; Giger, **BernerKomm**, OR Art. 210 N 15; Stanislas, **Résolution**, s. 160; Tschütscher, **Aktuelle Probleme**, s. 246; Benedick, Vischer, **Verjährungsregeln**, N 14; Yavuz, **Ayıp**, s. 158.

⁶¹³ Bkz. **İsvFM**, ATF 96 II 181 = JdT 1971 I 286; Stanislas, **Résolution**, s. 160, Yavuz, **Ayıp**, s. 158.

⁶¹⁴ Stanislas, **Résolution**, s. 160; Atamer, **Taşınır Satımı**, s. 207. Yavuz'a göre talebin değiştirilmesi, alıcının seçim hakkını tek taraflı irade beyanıyla değil de satıcının izniyle yahut mahkeme yoluyla kullanması gerektiği yönündeki görüşler açısından hukuki öneme sahiptir. Bkz. Yavuz, **Ayıp**, s. 157. Belirtmek gerekir ki, kanuni düzenlememiz seçimlik hakların kullanılması açısından satıcının iznini yahut dava ikamesini aramadığı için Alman Hukuku'ndan etkilenen bu görüşler artık hukuki önemini yitirmiştir.

⁶¹⁵ Becker, **BernerKomm**, OR Art. 368 N 10; Furrer, **Gewährleistung**, s. 74; Serozan, **Borçlar Özel**, N 776-778; Seliçi, **İnşaat**, s. 173; Buz, **Yenilik Doğuran Haklar**, s. 171; Atamer, **Taşınır Satımı**, s. 206; Öz, **İnşaat**, s. 223; Esen, **Aliud**, s. 89, dn. 257; Başoğlu, **Aynen İfa**, s. 117; Kapancı, **Ayıp**, s. 45.

değiştirilmesi hakları, aynen ifa talebinin farklı bir görünüş biçiminden başka bir şey değildir⁶¹⁶. Dolayısıyla, bu haklardan birini kullanan alıcı, daha sonra talebinden vazgeçerek, başka bir seçimlik hakkını kullanabilir⁶¹⁷. Diğer taraftan, İsviçre Federal Mahkemesi⁶¹⁸ ve Yargıtay⁶¹⁹ tarafından da kabul edilen baskın görüşe göre⁶²⁰, satılanın onarılması veya ayıpsız benzeriyle değiştirilmesi hakları, alıcının diğer seçimlik hakları gibi yenilik doğurucu haklardır. Yenilik doğurucu haklar tek taraflı irade beyanıyla kullanılan, karşı tarafa varmasıyla sonuç doğuran ve kural olarak geri alınması mümkün olmayan hukuki işlemler oldukları için, bu taleplerin daha sonra keyfi bir şekilde değiştirilmesi mümkün olmaz⁶²¹. Dolayısıyla alıcı, örneğin TBK m. 227’de ifade edilen seçimlik haklardan bedel indirimini hakkını kullandıktan sonra, daha iyi giderim imkânı sağladığını düşünerek, bedel indiriminden vazgeçip, onarım hakkını kullanamaz. Bu sebeple, baskın görüşe göre, alıcının satıcıya yönettiği seçimlik hakkını daha sonra değiştirme imkânı olmadığından, yukarıda ifade edilen görüş sınırlı bir öneme sahiptir. Onarım ve ayıpsız benzeriyle değişim haklarının alıcının aynen ifa talebinin devamı sayılması durumunda, alıcıya talebini keyfi bir şekilde değiştirme imkânının tanınması, kanımızca menfaatler dengesi açısından isabetli bir çözüm sayılmaz. Her ne kadar seçimlik haklardan daha sonra dönmek mümkün olmazsa da, alıcı farklı seçimlik haklara dayanan talep sonuçlarını terditli

⁶¹⁶ Satılanın onarılması ve ayıpsız benzeriyle değiştirilmesi haklarının yenilik doğurucu hak olduğunu savunan yazarlardan *Bühler* de, onarım hakkının borçluya ek bir yükümlülük getirmedığını; bu sebeple de, alacaklının asıl talebinin aynen ifa olduğunu kabul etmektedir. Bkz. *Bühler*, **ZürcherKomm**, OR Art. 368 N 114, 137. Aynı görüşte bkz. Kahraman, **Ayıp**, s. 137, 138.

⁶¹⁷ Serozan, **Borçlar Özel**, N 776-778; Atamer, **Taşınır Satımı**, s. 207; Türkmen, **Zamanaşımı**, s. 3392.

⁶¹⁸ **İsvFM**, ATF 107 III 106 = JdT 1983 II 57 = SJ 1982 65; **İsvFM**, 4.4.2001, 4C.80/2000: “...*Das Nachbesserungsrecht ist ein Gestaltungsrecht...*”

⁶¹⁹ **Yargıtay** 13. HD, T. 6.12.2017, E. 2015/33130, K. 2017/12193 (kazancı): “...*Dava, gizli ayıp hukuki nedenine dayalı ayıplı malın ayıpsız misli ile değiştirilmesine, mümkün olmadığı takdirde sözleşmenin iptali ile sözleşme bedelinin iadesi istemine dair olup, terditli dava mahiyetindedir. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 227. maddesinde alıcıya tanınan haklar yenilik doğurucu yani tüketilen haklardan olup alıcı bunlardan ancak birini seçebilir...*”

⁶²⁰ Gauch, **Entreprise**, N 1700, 2281; *Bühler*, **ZürcherKomm**, OR Art. 368 N 130, Art. 371 N 25; Chaix, **CommRomand**, CO art. 368 N 9; Honsell, **OR BT**, s. 27; Zindel, Pulver, Schott, **BaslerKomm**, OR Art. 368 N 12; Käser, **Gewährleistung**, s. 54, dn. 197; Huguenin, **OR**, N 2634; Koller, **Aktuelle Probleme**, N 1; Koller, **Nachbesserung**, N 386; Tandoğan, **Borçlar Özel**, Cilt II, s. 192; Yavuz, **Ayıp**, s. 157, 158; Yavuz, **Borçlar Özel**, s. 172; Kahraman, **Ayıp**, s. 135; Şenocak, **Ayıp**, s. 38; Gümüş, **Borçlar Özel**, s. 96, 97; Şahin, **Eksik İfa**, s. 189; Ömer Faruk Çelik, **Türk Borçlar Kanunu Bakımından Taşınır Satışında Alıcının Ücretsiz Onarım (Ayıbın Giderilmesini) İsteme Hakkı**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019 (Onarım), s. 85.

Öte yandan, İsviçre Hukuku’nda onarım hakkı yalnızca eser sözleşmesinde tanındığı için, satış sözleşmesi kapsamında öngörülen bir *sözleşmesel* onarım hakkının yenilik doğurucu hak olmadığı görüşünde bkz. Koller, **Nachbesserung**, N 386.

⁶²¹ L’Huillier, **Droit formateur**, s. 220, 221; Chaix, **CommRomand**, CO art. 368 N 9; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 205 N 5; Stanislas, **Résolution**, s. 14, 15; Yavuz, **Ayıp**, s. 157; Yavuz, **Borçlar Özel**, s. 172; **İsvFM**, 13.1.2006, 4C.347/2005.

dava yoluyla ileri sürebilir⁶²². Belirtmemiz gerekir ki, sözleşmeden dönme hakkı dışındaki seçimlik hakların kullanımı neticesinde, garanti borcunun yerini ilgili alacak hakkı (onarım, yenisiyle değiştirme veya indirim) alacağından, kanımızca söz konusu borcu ifa etmeyen satıcıya karşı, temerrüt hükümleri uyarınca (TBK m. 125 f. II, III) sözleşmeden dönme hakkı *kıyasen* uygulanabilir ve bu durumda, alacaklı “sözleşme” yerine, “borçtan” dönerek, diğer seçimlik haklara başvurabilir⁶²³. Nitekim, bu imkân, İsviçre Federal Mahkemesi tarafından, eser sözleşmesi açısından kabul edilmiş ve işsahibinin, onarım borcunu yerini getirmeyen yükleniciye karşı, borçtan dönerek, onarım hakkının sonuçlarını ortadan kaldıracı olduğu; böylece, diğer seçimlik haklara başvurabileceği, oldukça yerinde bir şekilde, ifade edilmiştir⁶²⁴.

Öte yandan, TBK m. 227 ve m. 228 hükümlerinde alıcının seçimlik haklarını kullanmasına bazı kanuni sınırlamalar getirilmiştir. İşte bu gibi durumlarda, İsviçre Federal Mahkemesi’nin benimsediği görüş ayrı bir öneme sahiptir⁶²⁵. Zira, bu gibi durumlarda alıcı, TBK m. 227 uyarınca seçtiği hakka dayanarak dava açmakta; ancak, hâkim kanuni sınırlamalar çerçevesinde seçimlik hakkın hukuki şartlarının oluşmadığı gerekçesiyle davanın esastan reddine karar verebilmektedir. Örneğin, alıcının dönme hakkını kullanmasını durumun haklı göstermemesi ihtimalinde, hâkimin bedel indirimine yahut satılanın onarılmasına karar verebileceği düzenlenmiştir (TBK m. 227 f. IV)⁶²⁶. Yine aynı şekilde, satılanın değerindeki

⁶²² **Yargıtay** 13. HD, T. 6.12.2017, E. 2015/33130, K. 2017/12193 (kazancı).

⁶²³ Örneğin alıcının onarım veya değişim haklarından birini kullanmış olması durumunda, bu talebi yerine getirilmeyen alıcının kıyasen TBK m. 125 hükmünde düzenlenen genel hükümler uyarınca sözleşmeden dönebilmesinin kabul edilmesi gerekmektedir. Zira, bu hakların kullanımıyla doğan alacak talebi, esasen satış bedeliyle bir *karşılık (sinallagma) ilişkisi* içindedir. Söz konusu karşılık ilişkisi için Bkz. Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 206 N 6; Gauch, **Entreprise**, N 2368; **İsvFM**, ATF 89 II 235 = JdT 1964 I 248; **KanM (Valais)**, 21.1.1988, RVJ 1988, s. 344-347. Aşırı ifa güçlüğü halinde de değişim hakkının uygulanmayacağı görüşünde bkz. Başoğlu, **Aynen İfa**, s. 119.

⁶²⁴ Bkz. **İsvFM**, ATF 136 III 273 = SJ 2010 I 333: “...Bu ihtimalde, işsahibi, CO 107 II hükmünde öngörüldüğü şekliyle sözleşmeden değil, yalnızca onarım borcundan dönmektedir. Bu sebeple, CO 107 II, ancak kıyasen uygulama alanı bulur. Bu durumda, dönme hakkının kullanılması, geçmişe etkili olarak kullanılmış olan yenilik doğurucu hakkı ortadan kaldırır. İş sahibi, onarım hakkını henüz kullanmamış olduğu zaman dilimine yeniden dönmüş olur. Bu sebeple, yeniden bedel indirimi veya sözleşmeden dönme haklarından birine başvurma imkânı edinir...”

⁶²⁵ Stanislas, **Résolution**, s. 160, 161; Yavuz, **Ayıp**, s. 158; **İsvFM**, ATF 96 II 181 = JdT 1971 I 286.

⁶²⁶ Belirtmek gerekir ki, TBK m. 227 f. IV hükmü uyarınca alıcının dönme hakkını kullanması durumunda hâkim, taleple bağlı kalmayarak bedel indirimine veya satılanın onarılmasına karar verebilmekte, böylece davayı reddetmek zorunda kalmamaktadır. Hâkimin böyle bir durumda bedel indirimine karar vermeyip, dönme hakkının şartlarının oluşmaması sebebiyle davayı reddetmesi hukuka aykırıdır. Bkz. **Yargıtay** 19. HD, T. 20.12.2017, E. 2016/13794, K. 2017/8102 (kazancı); **Yargıtay** 19. HD, T. 8.1.2014, E. 2013/18644, K. 2014/736 (kazancı); **Yargıtay** 13. HD, T. 13.12.2010, E. 2010/8333, K. 2010/16575 (kazancı): “...Öyle olunca araç değişimi veya bedel iadesi şartları oluşmamışsa da, dosya kapsamından jantların ayıplı olduğu anlaşıldığı ve mahkemenin de kabulü bu yönde olduğuna göre çoğun içinde azda vardır kuralı gereğince ayıplı

eksiklik satış bedeline çok yakın ise, alıcının bedel indirimi seçimlik hakkını kullanması mümkün değildir (TBK m. 227 f. V). Ayrıca alıcı, kendisine yüklenebilen bir sebeple satılan yok olmuşsa, satılanı başkasına devretmişse veya satılanın biçimini değiştirmişse, ancak bedel indirimi seçimlik hakkını kullanabilecektir (TBK m. 228 f. II). Bu gibi hallerde alıcının ikame ettiği dava, kullanılan hakkın şartlarının oluşmaması sebebiyle, hukuki temelden yoksunsa, zamanaşımını durduran veya kesen sebeplerin (örneğin davanın açılmasının) diğer talepler için de zamanaşımını durdurması veya kesmesi muhtemel hak kayıplarının önüne geçecektir⁶²⁷. Böylece, tekrar dava açmak zorunda kalan alıcı, zamanaşımı süresinin dolması tehlikesiyle karşılaşmayacaktır.

Bir talep için kesilen veya duran zamanaşımı süresinin diğer talepler için de kesilmesi veya durması, özellikle *kümülatif (yığışmalı)* olarak ileri sürülebilen talepler açısından da önemlidir⁶²⁸. Örneğin, doğrudan veya dolaylı zararın giderilmesi talebi için zamanaşımını kesen veya durduran sebepler, söz konusu tazminat talepleri diğer seçimlik haklarla birlikte ileri sürülebileceğinden⁶²⁹, zamanaşımı süresini ayıptan doğan diğer bütün talepler için de kesecek veya durduracaktır. Belirmek gerekir ki, öğretide genel olarak zamanaşımının bütün talepler açısından kesilmesinin *alternatif (seçimlik) talepler* bakımından söz konusu olduğu, *kümülatif (yığışmalı) talepler* bakımından zamanaşımının kesilmesinin her bir talep açısından ayrı ayrı etki doğuracağı da ifade edilmektedir⁶³⁰.

B. Zamanaşımının Durması

Alacaklı ve borçlunun içinde bulunduğu bazı özel durumlar, alacağın niteliği veya alacaklının alacağını ileri sürmesine mâni olan sebeplerin varlığı halinde⁶³¹

olan jant kapaklarının bedelinin tahsiline karar verilmesi gerekirken aksi düşüncelerle yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma gerektirir...". Bu durumda davanın kısmen kabul edilerek diğer seçimlik haklara hükmedilmesi gerektiği yönünde: **Yargıtay** 13. HD, T. 13.12.1018, E. 2016/23064, K. 2018/12120 (kazancı).

⁶²⁷ Stanislas, **Résolution**, s. 160; Yavuz, **Ayıp**, s. 158; **İsvFM**, ATF 96 II 181 = JdT 1971 I 286. Belirtmek isteriz ki, bedel indirimi seçimlik hakkının kullanılmış olmasına rağmen TBK m. 227 f. V uyarınca alıcının indirim hakkı doğmamışsa dava yoluyla zamanaşımı süresinin kesilmesinin etkisi, daha önce satış bedeli ödenmişse, ancak talep edilen indirim tutarıyla sınırlıdır. Venturi, **Réduction**, N 1279.

⁶²⁸ Stanislas, **Résolution**, s. 160, 161; Cavin, **Vente**, s. 104; **İsvFM**, ATF 96 II 181 = JdT 1971 I 286.

⁶²⁹ Bkz. yukarıda B.2/II/C/2.

⁶³⁰ Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 135 N 28. Benzer yönde: Spiro, **Begrenzung I**, s. 169-170.

⁶³¹ Spiro, **Begrenzung I**, s. 169-171; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Borçlar Genel**, s. 1052; Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 134 N 1 vd.; Niklaus, **Prescription**, N 158-160; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 235.

TBK m. 153 hükmünde zamanaşımı süresinin duracağı öngörülmüştür. Kanun koyucu, zamanaşımı rejimini her ne kadar borçlu lehine öngörmüş olsa da, bazı durumlarda alacaklının ve alacağın içinde bulunduğu özel durumu nazara alarak, öngördüğü genel kuralı alacaklı lehine yumuşatmıştır⁶³². Zamanaşımının durması kanunda zamanaşımının işlemesine engel olan (*empêchement - Hinderung*) veya zamanaşımını tatil eden (*suspension - Stillstand*) sebepler şeklinde meydana gelmektedir. O halde durma sebebi, zamanaşımı süresi henüz işlemeye başlamamışsa (*ab initio*) zamanaşımının başlamasını engelleyecek, işlemeye başlamış ise (*praescriptio dormit*) durma sebebinin mevcut olduğu süre dâhilinde zamanaşımı hiç işlemeyecek, söz konusu zaman dilimi zamanaşımı süresinin hesaplanmasında nazara alınmayacaktır⁶³³. Sonuç olarak, sürenin uzunluğu değiştirilmiş olmasa da, durma sebebinin meydana gelmesiyle birlikte zamanaşımı süresi, sebebin varlık gösterdiği süre kadar kanunen uzamış olacaktır⁶³⁴. Mevcut zamanaşımı süresi durma sebebinin ortadan kalmasını takip eden gün, kaldığı yerden işlemeye devam edecektir (TBK m. 151 f. I).

Belirtmek gerekir ki, zamanaşımını durduran sebepler kanunda *sınırlı olarak* (*numerus clausus*) sayılmıştır⁶³⁵. Dolayısıyla, kanunda belirtilen durma sebepleri kıyas yoluyla ayıptan sorumluluk için önem arz eden diğer durumlara uygulanamaz. Ancak, aşağıda açıklandığı üzere tarafların *sözleşmeyle* yeni durma sebepleri kararlaştırmaları mümkündür⁶³⁶. Durma sebepleri, her ne kadar kanunda belirtilenlerden ibaret olsa da, öğretide azınlıkta kalan bazı yazarlar⁶³⁷ örf ve adet hukuku başlığı altında, kanuni ve sözleşmesel durma sebepleri dışında, mevcut

⁶³² Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 134 N 1; Bouverat, Wessner, **AJP** 2010, s. 963, 964; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **Borçlar Genel**, N 1573; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 235.

⁶³³ Parein-Reymond, **Prescription**, s. 195, 196; Niklaus, **Prescription**, N 144; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **Borçlar Genel**, N 1575; Helvacı, **Contrat**, s. 221, 222; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 235.

⁶³⁴ Gauch, **Entreprise**, N 2264; Niklaus, **Prescription**, N 141; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 236; Engel, **Obligations**, s. 810: “...La suspension le met seulement entre parenthèses... (Durma zamanaşımını parantez içine alır)”

⁶³⁵ Édouard Béguelin, **Extinction des obligations**, FJS 813, Prescription 1, Généralités (FJS 813); FJS 814, Prescription 2, Condition, suspension et effets (FJS 814); FJS 815, Prescription 3, Interruption de la prescription (FJS 815), FJS 814, s. 8; Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 134 N 17; Parein-Reymond, **Prescription**, s. 188, 189; Niklaus, **Prescription**, N 145; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 236; İsvFM, ATF 100 II 339 = JdT 1975 I 270; ATF 90 II 428, JdT 1965 I 243; **Yargıtay** 23. HD, T. 11.3.2019, E. 2016/4965, K. 2019/934 (kazancı): “...Zamanaşımının durduran haller, TBK'nın 153. maddesinde, kesen haller TBK'nın 154. maddesinde tek tek sayılmıştır. Yasa koyucu zamanaşımı durduran nedenleri tek tek saydığından kıyas yoluyla zamanaşımını durduran sebeplerin arttırılması mümkün değildir...”; **Yargıtay** 13. HD, T. 24.2.2003, E. 2002/12917, K. 2003/1892 (kazancı).

⁶³⁶ Ayrıca bkz. aşağıda B.2/VI/E/3/b.

⁶³⁷ Gauch, **Entreprise**, N 2257; Spiro, **Begrenzung I**, s. 151-153.

durma hallerinin kıyasen başka hallere de uygulanabileceğini kabul etmektedir. Bu görüşe göre, söz konusu başkaca durma sebeplerine, TBK m. 153 hükmünün ve çeşitli kanunlarda durma sebebi olarak düzenlenen diğer hallerin mantıklı bir şekilde yorumlanması ve kıyas yoluyla benzer durumlara uygulanması neticesine ulaşılmalıdır. O halde, örneğin satıcının alıcıya ayıptan doğan haklarını kullanmadan önce, belirli bir süre beklemesi yönündeki icabı, kanunda açıkça düzenlenmemiş bir durma sebebi olarak kabul edilmelidir⁶³⁸. Aynı şekilde, satıcının alıcıdan satılanı bizzat muayene etmeden yahut bir bilirkişiye inceletmeden ayıptan doğan haklarını dava yoluyla kullanmaması yönündeki talebi de zamanaşımını durduran bir sebep sayılmalıdır⁶³⁹. Kanımızca, bu haller açık veya örtülü olarak söz konusu irade beyanına muhatap olan tarafça bir durma sebebi olarak kabul edilmeden, zamanaşımının durması mümkün değildir⁶⁴⁰. Tarafların karşılıklı irade beyanlarından zamanaşımını durdurmak istediklerinin anlaşılması durumunda ise tarafların akdi bir durma sebebi kararlaştırdıkları kabul edilecektir. Ayrıca, taraflar arasında satılanın ihtiva ettiği ayıplar sebebiyle gerçekleştirilen görüşmeler, kural olarak, zamanaşımını durduran bir sebep olarak kabul edilmemektedir⁶⁴¹. Şöyle ki, 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'na (HUAK) tabi olan işlerde, zorunlu ve ihtiyari arabuluculuk açısından (HUAK m. 18/A f. XV ve m. 16 f. II), zamanaşımı sürelerinin işlemeyeceği öngörülmüştür⁶⁴².

Belirtmek gerekir ki, zamanaşımını durduran sebepler alacaklı lehine öngörüldüğü için, zamanaşımını durduran sebebin varlığına rağmen, alacaklının herhangi bir nedenle dava açması veya takipte bulunması mümkündür⁶⁴³. Bu açıdan, borçlu tarafından zamanaşımı süresinin durduğu, alacaklıya karşı ileri sürülemez.

Zamanaşımını durduran sebepler, esas olarak TBK m. 153 (CO art. 134) hükmünde düzenlenmiştir. İlk olarak, çocukların ana ve babalarından olan alacakları

⁶³⁸ Spiro, **Begrenzung I**, s. 173 vd.; Chaix, **CommRomand**, CO art. 371 N 18; Gauch, **Entreprise**, N 2262. Belirtmemiz gerekir ki, alıcının belli bir süre beklemesini talep eden satıcının bu sürenin sona ermesinin ardından zamanaşımı def'ini ileri sürmesi, hakkın kötüye kullanılması yasağı yoluyla zaten engellenebilecektir.

⁶³⁹ Spiro, **Begrenzung I**, s. 175; Chaix, **CommRomand**, CO art. 371 N 18; Gauch, **Entreprise**, N 2262.

⁶⁴⁰ Kanımızca, bu durumda TBK m. 6 uyarınca satıcı, açık bir kabul beyanı beklemek zorunda değildir. Zira, söz konusu talepler tamamen alıcı lehinedir. Bu durumda sükût ikrardan gelmelidir.

⁶⁴¹ Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 210 N 5; Spiro, **Begrenzung I**, s. 175; Gauch, **Entreprise**, N 2262; Pichonnaz, **Dommages-intérêts**, s. 98.

⁶⁴² Arabuluculuğun zamanaşımı ve hak düşürücü süreler etkisi konusunda bkz. Ömer Ekmekçi, Muhammet Özkes, Murat Atalı, Vural Seven, **Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk**, 2. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019 (Arabuluculuk), s. 88, 89; Özkes, **Pekcanitez Usûl**, s. 2841; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 1115.

⁶⁴³ Erdem, **İstanbul Şerhi**, TBK m. 153 N 24.

için velayet süresince zamanaşımı süresinin işlemeyeceği öngörülmüştür (TBK m. 153 f. I b. 1). O halde, çocuğun velisine karşı alıcı sıfatıyla yer aldığı bir satış sözleşmesinde, ayıptan doğan alacak hakları için zamanaşımı süresi, velayet hakkı herhangi bir sebeple sona erene değin işlemmez ve herhangi bir sebeple kendisi için velayet sona eren eş açısından, sona erme sebebinin ortadan kalkmasını takip eden gün işlemeye başlar. O halde, çocuk ergin olana (TMK m. 335), velayet kaldırılana (TMK m. 348) yahut velayetin kendisine bırakılmadığı eş açısından evlilik birliği sona erene (TMK m. 336) kadar zamanaşımı süresi durur. Zamanaşımı süresi çocuk açısından henüz işlemeye başlamamış olacağından bu durum, zamanaşımının işlemeye başlaması açısından bir “engel (*empêchement* - *Hinderung*)” olarak karşımıza çıkar. Ayrıca, belirtmek gerekir ki, kanun koyucu, muhtemel çıkar çalışmalarını gözeterek, çocuk ile velisi arasında yapılacak olan bir hukuki işlemle çocuğun borç altına girebilmesini kayyım atanmasına ve hâkim onayına tabi tutmuştur (TMK m. 345 ve m. 426 f. I b. 2)⁶⁴⁴.

İlk bentle paralel şekilde, ikinci bentte vesayet altında bulunanların vasiden olan alacakları için⁶⁴⁵ zamanaşımı süresinin işlemeyeceği öngörülmüştür (TBK m. 153 f. I b. 2). Vesayet altındaki küçük veya kısıtlının, vasisi ile alıcı sıfatıyla satış sözleşmesi akdetmesi durumunda, ayıptan doğan alacak hakları için zamanaşımı süresi, daha önce işlemeye başlamamışsa, vesayetin (TMK m. 470-478) veya vasiliğin sona ermesini (TMK m. 479- 488) takip eden gün işlemeye başlar; daha önce, herhangi bir süre için işlemiş olan zamanaşımı süresi, bu andan itibaren işlemeye devam eder. Ancak, vasi ile vesayet altındaki küçük veya kısıtlı arasında geçerli bir satış sözleşmesinden bahsedebilmek için, TMK m. 463 f. I b. 7 uyarınca hem vesayet hem de denetim makamının izninin alınması ve TMK m. 426 f. I b. 2 uyarınca menfaat çatışması sebebiyle, vesayet altındaki kişiye bir kayyım atanması gerekmektedir. Zamanaşımının yeniden işlemeye başlaması için, gerek vesayetin

⁶⁴⁴ Bu konuda bkz. Mustafa Dural, Tufan Ögüz, Mustafa Alper Gümüş, **Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku**, 14. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019 (Aile Hukuku), N 1712-1715, 2229-2230a.

⁶⁴⁵ Söz konusu hükmün kayyımlik ve yasal danışmanlık için uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır. TMK m. 403 f. III hükmü ile yasal danışman veya kayyım ile kendisine vesayeti tedbir uygulanan kişi arasındaki yakınlığı nazara alarak zamanaşımının kayyım veya yasal danışmana karşı da duracağı görüşünde bkz. Spiro, **Begrenzung I**, s. 165, 166; Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 134 N 4. Zamanaşımının yasal danışman veya kayyıma karşı durmayacağı görüşünde bkz. Oser, Schönenberger, **ZürcherKomm**, OR Art. 134 N 6; Engel, **Obligations**, s. 811; Däppen, **BaslerKomm**, OR Art. 135 N 3; Berti, **ZürcherKomm**, OR Art. 134 N 9. Kanımızca, yasal temsilci sıfatını haiz olmayan katılım danışmanı açısından zamanaşımı süresinin durmayacağı savunulabilir. Katılım danışmanın yasal temsilci sıfatını haiz olmadığı yönünde bkz. Dural, Ögüz, Gümüş, **Aile Hukuku**, N 2099, 2270.

gerekse vasiliğin sona ermesinde, vasi tarafından verilen kesin hesabın (TMK 491) vesayet makamı tarafından onaylandığının vesayet altındaki kişiye veya mirasçılara tebliğ edilmesi gerekir⁶⁴⁶.

Kanun koyucu, TBK m. 153 f. I b. 3'te, her ne kadar eşler arasında cebri icra yasağına 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda yer vermemiş olsa da, ailenin huzur ve sükûnunu korumak amacıyla eşler arasında zamanaşımı süresinin işlemeyeceğini öngörmüştür. O halde, zamanaşımı süresi evlilik birliği ölüm veya gaiplik sebebiyle sona erene değin, yahut butlan veya boşanma kararı kesinleşene kadar işlemez⁶⁴⁷. Öte yandan, ayrılık kararı üzerine zamanaşımının işlemeye başlayıp başlamayacağı tartışmalıdır. Kanımızca, evlilik birliğini koruyucu önlem olarak ortak yaşama ara verilmesi (TMK m. 197)⁶⁴⁸ veya fiili ayrılık durumunda⁶⁴⁹ eşlerin birbirlerinden olan alacakları için zamanaşımının işlemeyeceği kabul edilmelidir. Öte yandan, hâkimin boşanma yerine ayrılık kararı vermiş olması durumunda, aksi bir çözüme varılarak, ayrılık kararının evlilik birliği üzerinde boşanmayla benzer hukuki etkiyi doğurduğu gözetilmeli (TMK m. 170 f. I) ve zamanaşımı süresi, ayrılık kararıyla birlikte yeniden işlemeye başlamalıdır⁶⁵⁰.

Ev hizmetlilerinin (*vivent dans son ménage - in Hausgemeinschaft leben*) onları çalıştıranlardan olan alacaklarını talep etmelerindeki güçlüğü nazara alan kanun koyucu, zayıf tarafı ve ailevi ilişkileri koruma gayesiyle⁶⁵¹ zamanaşımının hizmet ilişkisi süresince işlemeyeceğini öngörmüştür (TBK m. 153 f. I b. 4). Dolayısıyla, evin ihtiyaçları için çalıştırana yardımcı olan, onunla yakın ilişki içinde

⁶⁴⁶ Engel, **Obligations**, s. 811; Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 134 N 4; İsvFM, ATF 85 II 464 = JdT 1960 I 290. Vasi ataması kararının vesayet altına alınan kişiye tebliğiyle birlikte zamanaşımı süresinin duracağı görüşünde bkz. Erdem, **İstanbul Şerhi**, TBK m. 153 N 24.

⁶⁴⁷ **Yargıtay** 8. HD, T. 16.9.2014, E. 2014/6188, K. 2014/16175 (kazancı): "...boşanma kararının kesinleştiği tarihe kadar da bu durma devam edeceğinden ancak boşanma kararının kesinleşmesinden itibaren TBK'nun 146. maddesinde öngörülen zamanaşımı işlemeye başlayacaktır. Yani zamanaşımının başlangıç tarihinin saptanan bu olgu karşısında boşanma kararının kesinleştiği tarih olarak kabul edilmesi gerekir...". Ayrıca krş. HMK m. 367 f. II.

⁶⁴⁸ Engel, **Obligations**, s. 812; Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 134 N 5; Erdem, **İstanbul Şerhi**, TBK m. 153 N 51. Karşı görüşte bkz. Oser, Schönenberger, **ZürcherKomm**, OR Art. 134 N 7.

⁶⁴⁹ Oser, Schönenberger, **ZürcherKomm**, OR Art. 134 N 7; Engel, **Obligations**, s. 812; Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 134 N 5; Koller, **OR AT**, § 70 N 5; Erdem, **İstanbul Şerhi**, TBK m. 153 N 51.

⁶⁵⁰ Oser, Schönenberger, **ZürcherKomm**, OR Art. 134 N 7; Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 134 N 5. Karşı görüşte bkz. Berti, **ZürcherKomm**, OR Art. 134 N 4, 11; Däppen, **BaslerKomm**, OR Art. 134 N 4; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 250, 251. Belirsiz süreli ayrılık kararlarının zamanaşımını durdurmayaacağı görüşünde bkz. Engel, **Obligations**, s. 812.

⁶⁵¹ Engel, **Obligations**, s. 812; Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Cilt I, N 1938. Hizmet sözleşmesinin türü ne olursa olsun, çıraklık sözleşmesi gibi aile ilişkilerine belli bir bağımlılık seviyesinde dâhil olmuş kişilerin de bu kapsamda olduğu yönünde: Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 134 N 6.

bulunan kişilerin⁶⁵², çalıştırandan taşınır veya taşınmaz mal satın almış olması durumunda, ayıptan doğan talepler için zamanaşımı süresi işlemeyecektir.

TBK m. 153 f. I b. 5 hükmü uyarınca, borçlunun alacağı üzerinde intifa hakkına sahip olduğu müddetçe, zamanaşımı süresinin işlemeyeceği düzenlenmiştir. Uygulamada pratik önemi sınırlı olsa da, satıcının ayıptan doğan alacak hakları üzerinde intifa veya rehin hakkı⁶⁵³ olması ihtimalinde, alıcı için borcun ifası önem arz etmeyecektir. İşte, böyle hallerde, kanun koyucu, borçluyu korumak amacıyla zamanaşımı süresinin işlemeyeceğini öngörmüştür.

Alacağın Türk mahkemelerinde ileri sürülme imkânının bulunmaması durumunda, TBK m. 153 f. I b. 6 hükmü uyarınca zamanaşımı süresi, söz konusu alacak hakları için işlemeyecektir. Bu durumda, ilgili hükmün, öğretide çoğunlukla savunulduğu üzere, yalnızca doğal afet, savaş, isyan veya yetkili bir mahkemenin bulunmaması gibi objektif dava açma engellerini kapsadığı yönündeki görüşe⁶⁵⁴ karşın; borçlunun sorumlu olmadığı, ancak, kendi kişisel alanında gerçekleşen subjektif dava açma engellerini de kapsadığı yönündeki görüşe⁶⁵⁵ ağırlık verdiğimizizi hatırlatmakla yetiniyoruz. Kanımızca, bu durumda ayıptan doğan talepler için zamanaşımı süresi, ayıbın dış âlemde objektif olarak bilinebilir hale geldiği, yani satıcının ayıptan sorumluluğunun şartlarının objektif olarak gerçekleştiği ana kadar işlemeyecektir.

TBK m. 153 hükmünde düzenlenen son durma sebebi, alacaklı ve borçlu sıfatlarının geçmişe etkili olarak ortadan kalkması halidir. TBK m. 135 f. II hükmüne

⁶⁵² Béguelin, **FJS 814**, s. 8; Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 134 N 6; Erdem, **İstanbul Şerhi**, TBK m. 153 N 54; **Yargıtay 9. HD**, T. 4.2.2019, E. 2015/31687, K. 2019/2671 (kazancı); **Yargıtay HGK**, T. 6.5.2015, E. 2013/9-2193, K. 2015/1308 (kazancı): “...18 Sayılı Borçlar Kanununun 132/4 maddesinde “Hizmet mukavelesinin devam ettiği müddetçe hizmetçilerin, istihdam edenlere karşı olan alacakları hakkında” zamanaşımının işlemeyeceği ve duracağı belirtilmiştir. Bu maddenin iş sözleşmesiyle bağlı her kişiye uygulanması olanağı bulunmamaktadır. Hizmetçiden kastedilen, kendisine ev işleri için ücret ödenen, iş sahibiyle aynı evde yatıp kalkan, aileden biriymiş gibi ev halkı ile sıkı ilişkileri olan kimsedir. 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 153/ 4. maddesinde daha açık bir düzenlemeye yer verilerek, zamanaşımının, ev hizmetlileri yönünden hizmet ilişkisi süresince işlemeyeceği öngörülmüştür...”. Hükmün geniş yorumlanması gerektiği görüşünde bkz. **İsvFM**, 6.10.1987, SJ 1988 209; ATF 95 II 126 = JdT 1970 I 234; ATF 90 II 443 = JdT 1965 I 364.

⁶⁵³ Kıyasen rehin hakkına da uygulanacağı görüşünde bkz. Spiro, **Begrenzung I**, s. 162; Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 134 N 8; Däppen, **BaslerKomm**, OR Art. 134 N 6.

⁶⁵⁴ Schwenzer, **OR AT**, N 84.24; Däppen, **BaslerKomm**, OR Art. 134 N 7-9; Bucher, **OR AT**, s. 462; Engel, **Obligations**, s. 813; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **Borçlar Genel**, N 1574; Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Cilt I, N 1939; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 256-258; **İsvFM**, ATF 124 III 449 = JdT 2000 I 274; ATF 119 II 216 = JdT 1995 I 117; ATF 90 II 428 = JdT 1965 I 243.

⁶⁵⁵ von Büren, **OR AT**, s. 422; Bloch, **Hemmung**, s. 355; Gauch, **Entreprise**, N 2259; Pichonnaz, **Domages-intérêts**, s. 81-88; Zindel, Pulver, Schott, **BaslerKomm**, OR Art. 371 N 15; Bühler, **ZürcherKomm**, OR Art. 371 N 29.

paralel olarak, birleşmenin geçmişe etkili olarak ortadan kalkması durumunda, örneğin miras sebebiyle birleşmede mirasbırakanın gerçekte ölmemiş olduğunun anlaşılması yahut şirket birleşmesinin geçersiz olması gibi durumlarda, alıcının ayıptan doğan hakları için zamanaşımı süresi işlemeyecektir.

Zamanaşımını durduran diğer önemli bir sebep, İcra ve İflas Kanunu'nda öngörülmüştür. İİK m. 194 uyarınca iflas masasına giren mal veya haklara ilişkin hukuk davaları ikinci alacaklılar toplanmasından on gün sonraya kadar duracaktır. Ancak, ayıp sebebiyle oluşan yanıklar, sakatlanmalar, ölüm ve yaralanmalar gibi satılandaki ayıbın vücuda vermiş olduğu zararlardan (TBK m. 53 ve 54) doğan tazminat alacakları hükmün kapsamına dâhil edilmemiştir (İİK m. 194). Öte yandan, İİK m. 294 f. I hükmünde, konkordato mühleti içinde takip yapılamayacağı ve bu sebeple mühlet boyunca zamanaşımının işlemeyeceği (*duracağı*) düzenlenmiştir⁶⁵⁶.

Son olarak, 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu uyarınca, *zorunlu arabuluculukta* HUAK m. 18/A f. XV hükmünde, arabuluculuk bürosuna başvurulmasından son tutanağın düzenlendiği tarihe kadar geçen sürede zamanaşımının duracağı; ayrıca, *ihtiyari arabuluculukta* HUAK m. 16 f. II hükmünde, arabuluculuk sürecinin başlamasından sona ermesine kadar geçirilen sürenin zamanaşımının hesaplanmasında dikkate alınmayacağı düzenlenmiştir. Böylece, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu kapsamına giren arabuluculuk faaliyetlerinde, zamanaşımı süresinin duracağı açıkça hükme bağlanmıştır⁶⁵⁷. Belirtmek gerekir ki, diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinde aynı sonuca varmak mümkün değildir.

⁶⁵⁶ Söz konusu durma sebepleri hakkında detaylı bilgi için bkz. Hakan Pekcanıtez, Oğuz Atalay, Meral Sungurtekin Özkan, Muhammet Özkes, **İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı**, 6. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019 (İcra İflâs), s. 415, 416, 480.

⁶⁵⁷ Ekmekçi, Özkes, Atalı, Seven, **Arabuluculuk**, s. 88, 89; Özkes, **Pekcanıtez Usûl**, s. 2841; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 1115. Günümüzde alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine başvurulması ya da taraflar arasında uyuşmazlığın dava dışı çözümü için görüşmelere başlanması durumunda zamanaşımının duracağı yönünde düzenlemeler pek çok hukuki metinde yer almaktadır. Bu konuda bkz. CO art. 134 al. I ch. 8, BGB § 203, Fransız Medeni Kanunu m. 2238, ayrıca uluslararası ticari sözleşmeler hakkında UNIDROIT prensipleri (PICC 10.7) ve Avrupa Sözleşmeler Hukuku İlkeleri (PECL 14: 302). Ayrıntılı bilgi için bkz. Zimmermann, **Comparative Foundations**, s. 98.

1 Ocak 2020 tarihinde İsviçre'de yürürlüğe giren zamanaşımı reformuyla birlikte, CO art 134 hükmüne sekizinci bent eklenerek "*sulh amacıyla gerçekleştirilen görüşmeler sırasında, yahut arabuluculuk süresince veya uyuşmazlığın çözümünü hedef tutan dava dışı her türlü prosedür boyunca taraflar yazılı olarak anlaşmışlarsa*" zamanaşımının işlemeyeceği düzenlenmiştir. İsviçre'de gerçekleştirilen zamanaşımı reformu ve kabul edilen değişiklikler için bkz. 15 Eylül Tarihli Zamanaşımı Revizyonu (Révision du droit de la prescription, Modification du 15 juin 2018 - Revision des Verjährungsrecht, Änderung vom 15. Juni 2018), **FF 2018 3655, RO 2018 5343** (çevrimiçi, <https://www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2018/3655.pdf>, 15.3.2020). İsviçre Hukuku'nda zamanaşımının durması konusunda gerçekleştirilen değişikliklerin ayrıntılı bir

C. Zamanaşımının Kesilmesi

Kanun koyucu TBK m. 154 ve m. 157 hükümlerinde zamanaşımı süresinin alacaklının, borçlunun veya adli makamların bazı filleriyle birlikte kesilerek işlemiş olan sürenin hiç hesaba katılmayacağını ve alacağın tabi olduğu, sözleşmesel⁶⁵⁸ veya kanuni zamanaşımı süresinin yeniden işlemeye başlayacağını öngörmüştür⁶⁵⁹. Borçlunun borcunu kabul ettiği ya da alacaklının alacağını elde etmek amacıyla yargı mercilerine başvurduğu hallerde, artık ne borçlunun zamanaşımı yoluyla korunması ihtiyacından, ne de alacaklının alacağına karşı ilgisiz kaldığından bahsetmek mümkün olur⁶⁶⁰. Bu nedenle bir kesilme sebebinin meydana gelmesi durumunda, borçlunun korunması ilkesinden vazgeçilerek sebebin gerçekleştiği günü takip eden gün, yeni bir zamanaşımı süresi işlemeye başlamaktadır (TBK m. 151). Zamanaşımını kesen sebepler kanunda *sınırlı sayıda (numerus clausus)* düzenlenenlerden ibarettir⁶⁶¹. Dolayısıyla kanuni kesilme sebepleri kıyas yoluyla genişletilerek, taraflar arasında herhangi bir anlaşma olmaksızın başkaca durumlar için uygulanamaz. Ancak, aşağıda belirtildiği üzere tarafların sözleşmeyle başkaca kesilme sebepleri kararlaştırmaları mümkündür⁶⁶². Mevcut kanuni kesilme sebeplerinin ise geniş yorumlanması gerektiği ifade edilmektedir⁶⁶³.

değerlendirmesi için bkz. Christine Chappuis, “La suspension des délais de prescription”, **Le nouveau droit de la prescription**, Colloque du droit de la responsabilité civile 2019, Université de Fribourg, Stämpfli Éditions SA, Berne, 2019, s. 39-49 (Droit de la prescription), s. 43 vd.

⁶⁵⁸ Tarafların sözleşmeyle başka bir zamanaşımı süresi kararlaştırmış olmaları durumunda, yeniden işlemeye başlayacak olan süre de, sözleşmeyle kararlaştırılmış olan zamanaşımı süresidir. Bkz. Georg Gautschi, **Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch**, Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Der Werkvertrag, Art. 363-379 OR, Band/Nr. VI/2/3, 2. neu bearbeitete Auflage des von Dr. H. Becker, Stämpfli Verlag AG, Bern, 1967 (BernerKomm), OR Art. 371 N 3c; Benedick, Vischer, **Verjährungsregeln**, N 13. Öte yandan, tarafların sözleşmeyle, zamanaşımının kesilmesinden sonra işleyecek olan yeni süreyi belirlemeleri mümkündür. Örneğin, başlangıçta iki yıl olan kanuni zamanaşımı süresinin, kesildikten sonra altı ay olacağı kararlaştırılabilecektir. Bkz. Benedick, Vischer, **Verjährungsregeln**, N 45, 46.

⁶⁵⁹ Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Cilt I, N 1939; Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 135 N 1; Parein-Reymond, **Prescription**, s. 71; Niklaus, **Prescription**, N 164 vd.; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 271; **Yargıtay** HGK, T. 4.6.2003, E. 2003/8-364, K. 2003/396 (kazancı): “...zamanaşımı kesildiği takdirde daha önce işlemiş olan süre silinmiş, yeniden bir süre işlemeye başlamış olur...”; **Yargıtay** 20. HD, T. 27.10.2004, E. 2004/5334, K. 2004/11178 (kazancı).

⁶⁶⁰ Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 135 N 1.

⁶⁶¹ Berti, **ZürcherKomm**, OR Art. 135 N 4, 181; Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 135 N 5; Däppen, **BaslerKomm**, OR Art. 135 N 5; Engel, **Obligations**, s. 815; Bucher, **OR AT**, s. 494; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 371; **İsvFM**, ATF 132 V 404; ATF 65 II 233; **İsvFM**, 12.5.2004, 4C.296/2003.

⁶⁶² Ayrıca bkz. aşağıda B.2/VI/E/3/b.

⁶⁶³ Spiro, **Begrenzung I**, s. 344 vd.; Béguelin, **FJS 815**, s. 2; Becker, **BernerKomm**, OR Art. 138 N 3; Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 135 N 11; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 371, 372; **İsvFM**, ATF 130 III 202.

Zamanaşımı süresinin kesilmesi, durma sebebi mevcut olsa bile, yalnızca henüz tamamlanmamış olan zamanaşımı süreleri için mümkündür⁶⁶⁴. Süre tamamlandıktan sonra herhangi bir kesilme sebebinin meydana gelmesi, yeni bir zamanaşımı süresine vücut vermez. Ancak, zamanaşımı süresi dolduktan sonra gerçekleşen ikrarın zamanaşımından feragat manasına gelip gelmeyeceği, güven prensibi çerçevesinde ve somut olayın şartları nazara alınarak değerlendirilmelidir⁶⁶⁵.

Zamanaşımı süresinin borçlu veya alacaklının fiilleriyle kesilmesi, yalnızca ileri sürülmüş olan ayıplar açısından geçerlidir⁶⁶⁶. Dolayısıyla, yalnızca borçlunun ikrarına konu olan; yahut, dava veya icra yoluyla ileri sürülen ayıplar için zamanaşımı süresi kesilir. Zamanaşımının kesilmesi, ayrı bir sorumluluk sebebi teşkil eden başkaca ayıplara teşmil edilemez. Satılardaki diğer ayıplar, ikrara veya davaya konu edilmediği için, alıcı, ileri sürmediği ayıplar açısından işlemeye başlayacak olan yeni süreden yararlanamaz. Söz konusu “ileri sürülmüş olma” ifadesi, aynı zamanda ayıp ihbarına konu olmayı da kapsamaktadır⁶⁶⁷. Esasen ihbar edilmemiş ayıplar için, satıcının garanti yükümlülüğü bulunmadığından, zamanaşımının kesilmesi de söz konusu olmaz.

Üzerinde durulması gereken bir konu da ikincil ayıplar (*défaut secondaire - Sekundärmangel*) için kesilen zamanaşımı süresinin birincil ayıplar (*défaut primaire - Primärmangel*) için de kesilmiş sayılıp sayılmayacağıdır. İsviçre Federal Mahkemesi tarafından yapılan⁶⁶⁸ ve öğretici tarafından benimsenen⁶⁶⁹ bu ayrıma göre

⁶⁶⁴ Gauch, **Entreprise**, N 2268; Niklaus, **Prescription**, N 165; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 372; **İsvFM**, ATF 122 III 19 = JdT 1998 I 120; ATF 99 II 185 = JdT 1974 I 46; **Yargıtay** 9. HD, T. 4.2.2019, E. 2015/31687, K. 2019/2671 (lexpera); **Yargıtay** 22. HD, T. 31.10.2017, E. 2017/8822, K. 2017/23669 (lexpera); **Yargıtay** 21. HD, T. 6.4.2017, E. 2016/18462, K. 2017/2867 (lexpera); **Yargıtay** HGK, T. 23.2.2000, E. 2000/15-71, K. 2000/116 (lexpera).

⁶⁶⁵ Aynı yönde bkz. Gauch, **Entreprise**, N 2268; **İsvFM**, ATF 122 III 10 = JdT 1998 I 111: “...Sonradan gerçekleştirilen ikrar, yeni bir borcun doğumuna veya zamanaşımı def’iden feragat edilmesine yol açılabilir...”. Zamanaşımından feragat şeklinde yorumlanabileceği yönünde: Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Cilt I, N 1963; **Yargıtay** HGK, T. 6.5.2015, E. 2013/9-2193, K. 2015/1308 (kazancı); **Yargıtay** 22. HD, T. 4.2.2015, E. 2013/30395, K. 2015/2927 (kazancı); **Yargıtay** 21. HD, T. 6.4.2017, E. 2016/18462, K. 2017/2867 (kazancı); **Yargıtay** 9. HD, T. 4.2.2019, E. 2015/31687, K. 2019/2671 (kazancı): “...Zamanaşımı süresinin dolmasından sonra alacaklıya yöneltilen borç ikrarının, zamanaşımı def’inden zımni (örtülü) feragat anlamına geldiği, öğretideki baskın görüşlerle ve yargı inançlarıyla da doğrulanmaktadır. (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 19/11/1963 T. 5924-6419 sayılı kararı)...”

⁶⁶⁶ Furrer, **Gewährleistung**, s. 89; Gauch, **Entreprise**, N 2272; Giger, **BernerKomm**, OR Art. 210 N 15; Stanislas, **Résolution**, s. 161; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 210 N 5; Koller, **Nachbesserung**, N 431; Tschütscher, **Aktuelle Probleme**, s. 245; Yavuz, **Ayıp**, s. 159. Karşı görüşte bkz. Spiro, **Begrenzung I**, s. 404.

⁶⁶⁷ Bkz. Tschütscher, **Aktuelle Probleme**, s. 245.

⁶⁶⁸ **İsvFM**, 21.5.2014, 4A_109/2014 (*eser sözleşmesinde*); 8.2.2010, 4A_601/2009; 1.5.2007, 4C_321/2006 (*satış sözleşmesinde*).

birincil ayıplar, daha sonra ortaya çıksa bile satılanın teslimi anında satılarda mevcut olan nitelik eksiklikleridir. İkincil ayıplar⁶⁷⁰ ise, birincil ayıplardan türeyen, ondan kaynaklanan ve teslim anında satılarda bulunmayıp, teslimden sonra ortaya çıkan ayıplardır⁶⁷¹. Kural olarak, satılanın tesliminden, daha doğru bir ifadeyle hasarın intikalinden sonra ortaya çıkan nitelik eksikliklerinden alıcı sorumlu olsa da (*casum sentit dominus*), ikincil ayıplar kaynağını birincil ayıplardan aldığı için, satıcı bu ayıplardan da sorumludur⁶⁷². Zira, ilk olarak Alman Federal Mahkemesi tarafından savunulmuş olan “*Symptomtheorie*” uyarınca ikincil ayıplar, münhasıran teslim anında mevcut olan nitelik eksikliklerinin belirtileri (*septomları*) şeklinde kendisini göstermekte ve borcun sözleşmeyle kararlaştırılan edime aykırı ifası neticesini doğurmaktadır⁶⁷³. İkincil ayıplar birincil ayıpların belirtileri şeklinde ortaya çıktığı için, genellikle satılarda ilk önce ikincil ayıplar tespit edilmektedir. Satıcının ikincil ayıpları onarmasının ardından, çoğu zaman uzun süreler sonra ikincil ayıpların kaynağı olan birincil ayıplar görünür hale gelmektedir. Bu durumda zamanaşımının dolması tehlikesiyle karşılaşılabilmekte, satıcı ise genellikle daha ağır nitelikte olan birincil ayıpları gidermek istememektedir. İşte bu sebeple, satıcının ikincil ayıpları

⁶⁶⁹ Gauch, **Entreprise**, N 1470, 1471, 1853 vd.; Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 661; Bieger, **Mängelrüge**, s. 125; Pascal Pichonnaz, “Du défaut primaire et du défaut secondaire et de l’incidence de cette distinction sur le délai de prescription (Commentaire d’arrêt 4A_109/2014)”, **DC 2014**, s. 285-287 (Défaut primaire), s. 285-287.

⁶⁷⁰ “İkincil ayıplar” ile “ayıbı takip eden dolaylı zararı (*dommage consécutif au défaut - Mangelfolgeschaden - refakat zararı, sonuç zararı, ayıp sonucu zarar ya da uzak zarar*)” birbirinden ayırmak gerekmektedir. Zira, gerek ikincil ayıplar gerekse ayıbı takip eden zarar, birincil ayıpların neticesinde gerçekleşmektedir. İkincil ayıplar satılanı doğrudan doğruya etkileyen ve tek başına satıcının ayıptan sorumluluğunu gerektiren nitelik eksiklikleridir. Satıcı teslimden sonra meydana gelse bile, birincil ayıplardan kaynaklandığı için, ikincil ayıplardan kusuru olmasa da sorumludur. Ayıbı takip eden dolaylı zararlar ise, her ne kadar ayıpla uygun nedensellik bağı dâhilinde bulunsun da satılanın kendisinde bulunan ayıplar dışında meydana gelen zarar kalemleridir. Satıcı bu zararlardan TBK m. 229 f. II (CO art. 208 f. III) uyarınca, ancak kusurunun varlığı halinde (*kusursuzluğunu ispatlayamaması durumunda*) sorumludur. Örneğin balkon eşiğinde yer alan boşluklar sebebiyle balkonun su geçirilmesi birincil ayıba örnek teşkil ederken, söz konusu su geçirmezlik sorunu sebebiyle binanın sıvasının dökülmeye başlaması ve balkon eşiğindeki kabarmalar meydana gelmesi ikincil ayıptır. Fakat söz konusu kabarmalar alıcının parkelerinde ya da mobilyalarında meydana gelirse, o zaman ayıbı takip eden zarardan bahsetmek gerekecektir. Söz konusu ayırım hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Gauch, **Entreprise**, N 1470, 1471, 1853 vd.; Pichonnaz, **Défaut primaire**, s. 285-287; Pascal Pichonnaz, “La pierre de l’Yonne : garantie pour les défauts et dommage évolutif Commentaire de l’arrêt du Tribunal fédéral du 8 mai 2007, (4C.130/2006)”, **DC 2008**, s. 162-165 (Dommage évolutif), s. 162-165; Kara, **Doğrudan-Dolaylı Zarar**, s. 508 vd.; **İsvFM**, 21.5.2014, 4A_109/2014; 1.5.2007, 4C_321/2006.

⁶⁷¹ Gauch, **Entreprise**, N 1470, 1471; Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 661; Pichonnaz, **Défaut primaire**, s. 285-287; **İsvFM**, 21.5.2014, 4A_109/2014; 1.5.2007, 4C_321/2006.

⁶⁷² Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 661; Gauch, **Entreprise**, N 1470, 1471; Pichonnaz, **Défaut primaire**, s. 286; **İsvFM**, 1.5.2007, 4C_321/2006.

⁶⁷³ Alman Federal Mahkemesi’nin söz konusu görüşü için bkz. Gauch, **Entreprise**, N 1470, 1471.

onarmasının -ikrar etmesinin- birincil ayıplar açısından da zamanaşımı süresinin kesilmesi sonucunu doğurup doğurmayacağının tespiti önem arz etmektedir.

İsviçre Federal Mahkemesi, önüne gelen olayda⁶⁷⁴ ikincil ayıplar için kesilen zamanaşımı süresinin muhakkak birincil ayıplar için de kesileceği yönünde bir kural bulunmadığını ifade etmiştir. Öğreti tarafından da benimsenen bu görüşe göre, belirli bir ayıp (*birincil veya ikincil*) için kesilen zamanaşımı süresi, her ne kadar o ayıptan kaynaklanmış ya da o ayıbın sebebini oluşturuyor olsa da, ayıptan sorumluluk açısından tamamen farklı sorumluluk sebepleri teşkil eden diğer ayıplara (*ikincil veya birincil*) teşmil edilemez⁶⁷⁵. Dolayısıyla, ikincil ayıplar için zamanaşımını kesen sebeb, birincil ayıplara da teşmil edilmesi, ancak kendisi açısından da kesilme sebeplerinin gerçekleşmesine, örneğin satıcının güven prensibi uyarınca mevcut olayda birincil ayıplardan doğan hukuki sorumluluğunu da ikrar ettiğini gösterir başkaca davranışlarının bulunmasına bağlıdır. Aynı şekilde, birincil ayıplar için kesilen zamanaşımı süresinin, mutlaka ikincil ayıplar açısından da kesileceği söylenemez. Bu sebeple, Federal Mahkeme, henüz birincil ayıplardan haberdar olmayan yüklenicinin, eserdeki ikincil ayıpları gidermesinin ikrar manasına gelmediğine ve birincil ayıplar için zamanaşımının kesilmiş sayılmayacağına karar vermiştir⁶⁷⁶. Belirtmek gerekir ki, öğretide aksi görüş de mevcuttur. İsviçre Federal Mahkemesi'ne katılmayan yazarlardan *Spiro* 'ya göre, birincil ve ikincil ayıp ayrımı yapılmaksızın, herhangi bir ayıp için kesilen zamanaşımı süresinin, aynı zamanda satılardaki diğer ayıplardan kaynaklanan talepler için de zamanaşımı süresinin kesilmesi sonucunu doğurmalıdır⁶⁷⁷.

Zamanaşımının kesilmesi konusunda akla gelebilecek diğer bir soru, asıl alacak için zamanaşımının kesilmesinin, faiz alacağı açısından da zamanaşımının kesilmesi sonucunu doğurup doğurmayacağıdır. İlk olarak, belirtmemiz gerekir ki,

⁶⁷⁴ **İsvFM**, 21.5.2014, 4A_109/2014. Davaya konu olayda eserin kabulünden sonra binanın dış cephesindeki sıvanın dökülmeye başladığı gözlemlenmiştir. Yüklenici binanın dökülen kaba sıvasını onarmış, daha sonra meydana gelen dökülmeler için de ek önlemler almıştır. Binanın sıvasında meydana gelen dökülmeler, balkon eşiğinin su geçirmezlik sorununu kabul ettiği yüklenicinin davranışlarından söz konusu su geçirmezlik sorununu kabul ettiği anlaşılamamaktadır. Bu sebeple, İsviçre Federal Mahkemesi, ikincil ayıpların onarılmasının ikrar anlamına gelerek zamanaşımını kestiğini belirtmiş; ancak, ikincil ayıpların ikrar edilmesinin tek başına birincil ayıpların da kabul edildiği anlamına gelmeyeceğini ifade etmiştir. Kararın değerlendirmesi ve kısa eleştirisi için bkz. Pichonnaz, **Défaut primaire**, s. 285-287.

⁶⁷⁵ Gauch, **Entreprise**, N 2272; Koller, **Werkvertrag**, N 764; Pichonnaz, **Défaut primaire**, s. 286, 287; Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 752; Koller, **Nachbesserung**, N 431. Aynı şekilde, birincil ayıplar için ihmal edilen ayıp bildiriminin, ikinci ayıplara teşmil edilemeyeceği yönünde bkz. Bieger, **Mängelrüge**, s. 125.

⁶⁷⁶ **İsvFM**, 21.5.2014, 4A_109/2014.

⁶⁷⁷ **Spiro**, **Begrenzung I**, s. 404.

faiz alacağı asıl alacağa nazaran fer'i nitelikte bir hak olduğundan, asıl alacak açısından zamanaşımını kesen neden, faiz alacağı açısından da zamanaşımının kesilmesi sonucunu doğurur⁶⁷⁸. Öte yandan, asıl alacak faiz alacağına bağlı olmadığı için, dava veya takip yoluyla faiz alacağının talep edilmesi, asıl alacak açısından zamanaşımını kesmez⁶⁷⁹. Fakat, faiz alacağının ikrar edilmesi, asıl alacağın da zımnen ikrarı manasına geldiği için, zamanaşımının kesilmesi sonucunu doğurur⁶⁸⁰.

Kanunda düzenlenen kesilme sebepleri genel itibariyle borçlunun ve alacaklının fiillerine göre iki gruba ayrılarak incelenebilir. Aşağıda söz konusu ayırım çerçevesinde ve ayıptan sorumluluk özelinde zamanaşımının kesilmesi konusu incelenmiş ve zamanaşımını kesen adli makamların fiillerine ikinci kısımda kısaca yer verilmiştir.

1. Zamanaşımının Borçlunun Fiilleriyle Kesilmesi

TBK m. 154 f. I b. 1'de borçlunun ikrarının zamanaşımı süresini keseceği öngörülmüştür. Kanun koyucu bu düzenleme ile borcunun varlığını ikrar yoluyla kabul eden borçlunun, kendi lehine işleyen zamanaşımı süresi yoluyla korunması ihtiyacının bulunmadığını kabul etmektedir⁶⁸¹. Borcun ikrarı temelde borçlunun borcunun mevcut olduğu yönünde gerçekleştirdiği tek taraflı bir düşünce açıklaması (*manifestation de pensée - Wissenserklärung, Vorstellungsausserung*) ve bir hukuki işlem benzeri fiil şeklinde kendisini göstermektedir⁶⁸². Borçlunun borcunun mevcut

⁶⁷⁸ Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 135 N 28; **İsvFM**, 15.8.2006, 4C.139/2006. Aynı yönde bkz. Spiro, **Begrenzung I**, s. 398, 399.

⁶⁷⁹ Däppen, **BaslerKomm**, OR Art. 135 N 20; Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 135 N 28; **İsvFM**, 15.8.2006, 4C.139/2006. Karşı görüşte bkz. Becker, **BernerKomm**, OR Art. 136 N 6.

⁶⁸⁰ Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 135 N 28. Aynı durum sözleşme cezasının ikrar edilmesi durumunda da geçerlidir. Örneğin ayıplı ifa için öngörülmüş (*ifa yerine veya ifayla birlikte istenebilen*) sözleşme cezasının ikrar edilmesi durumunda, alıcı sözleşme cezasını talep etmeyip ayıptan doğan seçimlik haklara başvurmuş olsa dahi, kanımızca zamanaşımı süresi yine de kesilmiş sayılacaktır. Zira, bu durumda ileri sürülebilecek diğer bir argüman da her iki sorumluluğun ayıbın varlığına bağlı olmasıdır. Aynı yönde: Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 135 N 28.

⁶⁸¹ Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 135 N 1.

⁶⁸² Oser, Schönenberger, **ZürcherKomm**, OR Art. 135 N 3; Béguelin, **FJS 815**, s. 1; Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 135 N 7; Däppen, **BaslerKomm**, OR Art. 135 N 2; Giger, **BernerKomm**, OR Art. 210 N 16; Berti, **ZürcherKomm**, OR Art. 135 N 13 vd.; Frédéric Krauskopf, "Aktuelle Fragen zur Verjährungsunterbrechung", **BR 2003**, s. 131-137 (Unterbrechung), s. 132; Alfred Koller, "Unterbrechung der Verjährung", **SJZ 113/2017**, s. 201-213 (Unterbrechung), s. 210; Tschütscher, **Aktuelle Probleme**, s. 245, dn. 76; Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Cilt I, N 1942; Niklaus, **Prescription**, N 168; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 275; **İsvFM**, 17.6.2002, 5C.41/2002; **İsvFM**, ATF 119 II 368 = JdT 1996 I 274; ATF 122 III 10 = JdT 1998 I 111; **Yargıtay 22. HD**, T. 24.12.2014, E. 2013/26014, K. 2014/36726 (lexpera): "...Borçlar Kanunun'da zamanaşımını kesen sebepler gösterilmiştir. Bunlardan borçlunun borcunu ikrar etmesi (alacağı tanınması), zamanaşımını kesen sebeplerden biridir. Borcun

olduğu yönündeki düşünce açıklamasına bağlanan sonuç, arzu edilmiş olsun veya olmasın zamanaşımının kesilerek yeniden başlamasıdır⁶⁸³.

Konumuz açısından borcun ikrarı, güven prensibi uyarınca satıcının satılанда mevcut olan belirli ayıplardan hukuken sorumlu olduğunu, yani mevcut ayıplar sebebiyle alıcıya karşı ayıptan doğan garanti sorumluluğunun bulunduğunu kabul etmesi şeklinde gerçekleşecektir⁶⁸⁴. Borcun ikrarı sözlü veya yazılı, sarıh ya da zımni irade beyanıyla gerçekleşebileceği gibi iradeyi ortaya koyan davranış (*factum concludens*) yoluyla da gerçekleşebilir⁶⁸⁵. Bu durumda, ikrarın yazılı yapılması yönünde bir zorunluluk bulunmadığı gibi, alacağa vücut veren sözleşme şekle tabi olsa dahi, borç ikrarı, herhangi bir şekil şartına da tabi değildir⁶⁸⁶.

İkrarın zımni yahut iradeyi ortaya koyan davranış yoluyla gerçekleştirilmesi mümkün olsa da, somut olay temelinde ve güven prensibi çerçevesinde satıcının ayıptan doğan garanti borcunu ikrar ettiğinin, kendi davranışlarından ya da durum ve koşullardan tereddüde yer bırakmayacak şekilde açıkça anlaşılabilir olması gerekmektedir⁶⁸⁷. İkrarın zımnen yahut iradeyi ortaya koyan davranış yoluyla yapılabiliyor olması, güven prensibi uyarınca, ikrarı ortaya koyan irade beyanının, şüpheyeye yer verecek şekilde, üstü kapalı yapılabileceği anlamına gelmemektedir.

Öte yandan, ikrarı konu alan düşünce açıklaması, borçlu veya temsilcisi tarafından, doğrudan doğruya alıcıya ya da temsilcisine yapılmalıdır⁶⁸⁸. Alıcının söz

tanınması, tek yanlı bir irade bildirimi olup; borçlunun, kendi borcunun devam etmekte olduğunu kabul anlamındadır..."

Borçlunun ikrar iradesinin zamanaşımını kesmeye yönelik bir hukuki işlem şeklinde olması gerektiği görüşünde bkz. Becker, **BernerKomm**, OR Art. 135 N 1.

⁶⁸³ Aynı yönde bkz. Niklaus, **Prescription**, N 170; **İsvFM**, ATF 116 II 313 = JdT 1991 I 173.

⁶⁸⁴ Gauch, **Entreprise**, N 2266; Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 135 N 7; Berti, **ZürcherKomm**, OR Art. 135 N 13; Cavin, **Vente**, s. 104; Tschütscher, **Aktuelle Probleme**, s. 245; **İsvFM**, ATF 119 II 368 = JdT 1996 I 274; ATF 57 II 583 = JdT 1932 I 556. Aynı yönde: **İsvFM**, 27.2.2004, 5C.112/2003; 17.6.2002, 5C.41/2002. Ayrıca bkz. **İsvFM**, 13.12.2017, 4A_303/2017; 21.5.2014, 4A_109/2014.

⁶⁸⁵ Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 210 N 5; Gauch, **Entreprise**, N 2266; Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 135 N 8; Berti, **ZürcherKomm**, OR Art. 135 N 23; Däppen, **BaslerKomm**, OR Art. 135 N 2; Pascal Pichonnaz, "Compensation et prescription : le dialogue difficile d'un couple à la fleur de l'âge?", **RFJ 2002 (Cahier spécial)**, s. 87-101 (Compensation et prescription), s. 97; Tschütscher, **Aktuelle Probleme**, s. 245; **İsvFM**, ATF 57 II 583; **İsvFM**, SJ 1980 116.

⁶⁸⁶ Gauch, **Entreprise**, N 2266; Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 135 N 7a; Niklaus, **Prescription**, N 169; **İsvFM**, ATF 40 II 571.

⁶⁸⁷ Gauch, **Entreprise**, N 2266; Cavin, **Vente**, s. 104; Tschütscher, **Aktuelle Probleme**, s. 245.

⁶⁸⁸ Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 135 N 7a; Niklaus, **Prescription**, N 171; **İsvFM**, ATF 90 II 428; **İsvFM**, 14.10.2004, 4C.134/2004; 27.2.2004, 5C.112/2003; 17.6.2002, 5C.41/2002; **Yargıtay** 9. HD, T. 4.2.2019, E. 2015/31687, K. 2019/2671 (lexpera); **Yargıtay** 22. HD, T. 31.10.2017, E. 2017/8822, K. 2017/23669 (lexpera); **Yargıtay** 22. HD, T. 18.9.2017, E. 2017/35914, K. 2017/18217 (lexpera); **Yargıtay** 9. HD, T. 23.5.2019, E. 2019/4067, K. 2019/11967 (kazancı).

konusu ikrarı temsilci sıfatını taşımayan bir üçüncü kişiden öğrenmesi, zamanaşımının kesilmesi sonucunu doğurmaz⁶⁸⁹. Zamanaşımının ikrar yoluyla kesilmesi için ayrıca satıcının fiil ehliyetine⁶⁹⁰ ve tasarruf yetkisine⁶⁹¹ de sahip olması şarttır.

Kanun koyucu TBK m. 154 hükmünde borçlunun faiz ödemesi⁶⁹², kısmi ifade bulunması⁶⁹³, rehin vermesi veya kefil göstermesi gibi bazı iradeyi ortaya koyan davranışların ikrar manasına geleceğini örnekseyici (*tadadi*) bir şekilde ifade etmiştir⁶⁹⁴. Zamanaşımını süresini kesen ve ikrar teşkil eden borçlunun fiilleri bu maddede sayılanlardan ibaret değildir. Örneğin, satıcının, herhangi bir ihtirazi kayıt ileri sürmeksizin⁶⁹⁵ alıcının talebi üzerine satılanı onarmaya başlaması⁶⁹⁶ (zamanaşımı süresi dolmadan taşınmazdaki son eksiklikleri gidermesi⁶⁹⁷) ya da satılanı onarmayı kabul etmesi ikrar teşkil eder ve zamanaşımı süresini keser⁶⁹⁸. Aynı şekilde, alıcının sözleşmeden dönme bildirimi üzerine satıcının satış bedelinin bir kısmını alıcıya iade etmesi, dönme bildiriminden sonra satıcının satılanı alıcıdan alması, bedel indiriminin akabinde satıcının satış bedelinin fazlaya dair olan kısmını alıcıya geri vermesi veya ayıptan doğan zararının bir kısmının alıcıya ödenmesi

İkrar manasına gelen fiillerin borçlunun onayıyla üçüncü bir kişi tarafından yapılması durumunda da zamanaşımının kesileceği yönünde: Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Cilt I, N 1943; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 278. Kanımızca, bu durumda üçüncü kişi açısından temsil yetkisinin var olup olmadığı ve borçlunun bu yöndeki onayının temsil yetkisini içerip içermediği hususu tartışılabilir.

⁶⁸⁹ **İsvFM**, ATF 90 II 428 = JdT 1965 I 243.

⁶⁹⁰ Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 135 N 7; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 376; **Yargıtay** 9. HD, T. 4.2.2019, E. 2015/31687, K. 2019/2671 (lexpera); **Yargıtay** 9. HD, T. 23.5.2019, E. 2019/4067, K. 2019/11967 (kazancı); **Yargıtay** 22. HD, T. 31.10.2017, E. 2017/8822, K. 2017/23669 (lexpera); **Yargıtay** 21. HD, T. 6.4.2017, E. 2016/18462, K. 2017/2867 (lexpera); **Yargıtay** HGK, T. 23.2.2000, E. 2000/15-71, K. 2000/116 (lexpera): "...*Borç ikrarının sonuç doğurabilmesi için, eylem yeteneğine ve malları üzerinde tasarruf yetkisine sahip olan borçlunun veya yetkili kıldığı vekilinin, bu iradeyi alacaklıya yöneltmiş bulunması ve ayrıca zamanaşımı süresinin dolmamış olması gerekir...*"

⁶⁹¹ Erdem, **Zamanaşımı**, s. 376; **Yargıtay** 9. HD, T. 23.5.2019, E. 2019/4067, K. 2019/11967 (kazancı); **Yargıtay** 9. HD, T. 4.2.2019, E. 2015/31687, K. 2019/2671 (lexpera); **Yargıtay** 22. HD, T. 31.10.2017, E. 2017/8822, K. 2017/23669 (lexpera); **Yargıtay** 21. HD, T. 6.4.2017, E. 2016/18462, K. 2017/2867 (lexpera); **Yargıtay** HGK, T. 23.2.2000, E. 2000/15-71, K. 2000/116 (lexpera).

⁶⁹² **İsvFM**, 30.8.2011, 4A_513/2010.

⁶⁹³ **İsvFM**, ATF 137 III 481. Kısmi ifa, alacağın ifa edilmeyen kısmına açıkça itiraz edildiği durumlarda zamanaşımı kesilmeyecektir. Bu yönde bkz. Niklaus, **Prescription**, N 176.

⁶⁹⁴ Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 135 N 8; **İsvFM**, 14.10.2004, 4C.134/2004.

⁶⁹⁵ Satıcının satılanın ayıplarından sorumlu olmadığını açıkça bildirerek yine de satılanı onarması; bu açıdan, zamanaşımının kesilmesi sonucunu doğurmaz. Bkz. Gauch, **Entreprise**, N 2267.

⁶⁹⁶ Alman Hukuku'nda onarım süresi boyunca yalnızca zamanaşımının işlemeyeceğinin (*duracağının*) kabul edildiği yönünde bkz. Honsell, **OR BT**, s. 109.

⁶⁹⁷ **İsvFM**, ATF 121 III 270 = JdT 1996 I 252.

⁶⁹⁸ Koller, **Aktuelle Probleme**, N 387; Gauch, **Entreprise**, N 2266; Tschütscher, **Aktuelle Probleme**, s. 245; Pichonnaz, **Défaut primaire**, s. 286; Müller-Chen, **CHK**, OR Art. 210 N 14; **İsvFM**, ATF 121 III 270 = JdT 1996 I 252; **İsvFM**, 13.12.2017, 4A_303/2017; 21.5.2014, 4A_109/2014; 1.9.1988, DC 1990 43; **KanM (Neuchâtel)**, 14.10.1977, DC 1981 15.

borcun ikrar edildiği anlamını taşır ve yeni bir zamanaşımı süresinin başlamasını sağlar⁶⁹⁹. Yine, ayıp sebebiyle sözleşmeden dönme üzerine, satıcının alıcıyla iade borcunu kabul ettiği bir sözleşme akdetmesi durumunda da zamanaşımı süresi kesilir⁷⁰⁰. Satıcının satış bedeli gibi herhangi bir alacak hakkına dayanak alıcının ayıptan doğan tazminat alacağına karşı yahut ayıptan doğan başkaca bir türdeş alacağını hedef tutarak takas beyanında bulunması durumunda da satıcı borcunu ikrar etmiş sayılır. Bu durumda, zamanaşımı, alıcının takas beyanıyla sona ermeyen aktif alacak açısından kesilir⁷⁰¹. Şayet takas beyanı, herhangi bir sebeple geçersiz olsa dahi, ikrar varlığını korur ve zamanaşımı yine de kesilmiş sayılır⁷⁰².

Öte yandan, satıcının uyuşmazlığı dava yoluyla değil de sulh gibi alternatif uyuşmazlık çözüm yollarıyla çözme önerisi⁷⁰³, satıcının alıcıya ayıplarla ilgileneceğini belirtmesi yahut ayıp ihbarı akabinde sigortacısını bilgilendirmesi ikrar anlamını taşımadığı için zamanaşımı süresini kesmez⁷⁰⁴. Aynı şekilde alıcının satıcıya yönettiği ayıp ihbarı yahut seçimlik haklardan birini kullandığını belirten tek taraflı irade beyanı zamanaşımı süresinin kesilmesi için yeterli değildir⁷⁰⁵. Ayıbın giderilmesi ikrar manasına gelse de; satıcının bu davranışı, aynı sebepten ileri gelen, ancak daha sonra ortaya çıkacak olan (*birincil*) ayıplara ilişkin alıcının haklarını da ikrar ettiği manasına gelmez⁷⁰⁶. Satıcının ayıp ihbarını herhangi bir itiraz ileri sürmeden kabul etmesi, ayıptan sorumluluğunu ikrar ettiği şeklinde yorumlanamaz⁷⁰⁷. Satıcının ikrar anlamına gelen ya da bu anlamı taşımayan davranışları için belirli ön çıkarımlarda bulunmak mümkün olsa da, satıcının belirli

⁶⁹⁹ Gauch, **Entreprise**, N 2268; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 210 N 5.

⁷⁰⁰ Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 210 N 5; **İsvFM**, 16.5.2002, 4C.60/2002.

⁷⁰¹ Pichonnaz, **Compensation et prescription**, s. 97; Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Cilt I, N 1943, dn. 212; Hüseyin Murat Develioğlu, **Takas**, Kavram, Takas İleri Sürme Hakkının Oluşum Şartları ve Kullanılması, Takasın Hukuki Sonuçları, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Uyarlanmış 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012 (Takas), s. 265; Niklaus, **Prescription**, N 177; **İsvFM**, ATF 110 II 176 = JdT 1985 I 29; ATF 78 II 243 = JdT 1953 I 148.

⁷⁰² Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 135 N 9; Pichonnaz, **Compensation et prescription**, s. 97; Develioğlu, **Takas**, s. 265, 266; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 280.

⁷⁰³ Öte yandan, HUAK m. 16 f. II ve m. 18/A f. XV uyarınca, ihtiyari ve zorunlu arabuluculukta geçen süre boyunca, zamanaşımı ve hak düşürücü süreler duracaktır. İsviçre Hukuku'nda 1 Ocak 2020 tarihinde yürürlüğe giren zamanaşımı reformuyla birlikte CO art. 135 al. 1 ch. 2 hükmü uyarınca *uzlaşma talebi* zamanaşımını kesen bir sebep olarak öngörülmüştür.

⁷⁰⁴ Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 135 N 10c; Gauch, **Entreprise**, N 2267; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 210 N 5; **İsvFM**, ATF 113 II 264 = JdT 1988 I 13; **İsvFM**, 15.11.2013, C-5991/2012; 14.5.2010, 4A_590/2009; 14.10.2004, 4C.134/2004. Aynı yönde bkz. Niklaus, **Prescription**, N 183.

⁷⁰⁵ Gauch, **Entreprise**, N 2271; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 210 N 5; Venturi, **Réduction**, N 1273.

⁷⁰⁶ Pichonnaz, **Défaut primaire**, s. 286; Gauch, **Entreprise**, N 2267; Tschütscher, **Aktuelle Probleme**, s. 245; **İsvFM**, 21.5.2014, 4A_109/2014; 14.10.2004, 4C.134/2004.

⁷⁰⁷ Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 717; **İsvFM**, ATF 107 II 437 = JdT 1982 I 282.

bir davranışının ikrar manasına gelip gelmediği somut olayın hal ve şartlarına göre güven prensibi uyarınca belirlenecektir⁷⁰⁸. Bu açıdan, örneğin satıcının muhtemel bir davaya engel olmak ya da bir uzlaşma sağlamak amacıyla satılanı onarmayı kabul etmesi, ikrar anlamına gelmeyecektir⁷⁰⁹.

Satıcının satılanın ayıplarından sorumlu olduğunu kabul etmesi ayıptan doğan bütün talepler için zamanaşımını kesecek olsa da, kanımızca alıcının genel hükümler uyarınca talep ettiği tazminat alacağı açısından zamanaşımının kesilmesi sonucunu doğurmaz. Zira, savunduğumuz sınırsız yarışma görüşü uyarınca⁷¹⁰, söz konusu talep genel hükümler çerçevesinde karara bağlanacak olup, salt ayıptan sorumluluğun kabul edilmesi, kusur esasına dayanan genel tazminat sorumluluğunun da ikrar edildiği anlamına gelmez.

Cevaplandırılması gereken diğer önemli bir soru ise, satıcının satılndaki mevcut bir ayıbın varlığını kabul etmesinin ikrar manasına gelip gelmediğidir. İsviçre Federal Mahkemesi, taşınmaz satışını konu alan bir kararında⁷¹¹ yalnızca ayıbın varlığının kabul edilmesinin ikrar anlamına gelebileceğini ifade etmiştir. Federal Mahkeme'ye göre ikrardan bahsedebilmek için, iş ilişkilerinde geçerli dürüstlük kuralı uyarınca satıcının davranışının, hukuki sorumluluğunu kabul ettiği şeklinde anlaşılabilmesi gerekmektedir⁷¹². Bu ise her somut olayın kendi özellikleri nazara alınarak tespit edilecek bir husustur. Hal ve şartlar göz önünde bulundurulduğunda, satılanın ihtiva ettiği belirli bir ayıbın varlığının kabul edilmesi, zımni bir ikrar manasına gelebilir. Ancak, aksi de mümkündür. Örneğin, satıcının ayıptan sorumluluğunun gerçekleşebilmesi için, kanunda öngörülen külfetlerin yerine getirilmesi ve ayıptan sorumluluğun diğer şartlarının gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Pek tabi satıcı, satılndaki ayıpların varlığını kabul edip, ayıp bildiriminde bulunulmadığı için ayıptan sorumluluğunu reddedebilir. O halde, satıcının sadece ayıpların varlığını kabul ederek susması, ikrar anlamına gelmez. Diğer taraftan bakıldığında, ikrardan bahsedebilmek için en azından ayıbın varlığının bilinmesi şarttır⁷¹³. Ayıptan haberdar olmayan satıcının, sorumluluğunu ikrar etmesi

⁷⁰⁸ İsvFM, 13.12.2017, 4A_303/2017; 21.5.2014, 4A_109/2014.

⁷⁰⁹ Gauch, *Entreprise*, N 2267.

⁷¹⁰ Bkz. yukarıda B.2/II/B/1/b ve c.

⁷¹¹ İsvFM, 14.10.2004, 4C.134/2004. Aynı görüşte bkz. Gauch, *Entreprise*, N 2267. Ayrıca bkz. Venturi, Zen-Ruffinen, *CommRomand*, CO art. 210 N 5 dn. 10.

⁷¹² Aynı yönde bkz. Gauch, *Entreprise*, N 2266; Pichonnaz, *CommRomand*, CO art. 135 N 7; Berti, *ZürcherKomm*, OR Art. 135 N 13; Tschütscher, *Aktuelle Probleme*, s. 245.

⁷¹³ Gauch, *Entreprise*, N 2267; Pichonnaz, *Défaut primaire*, s. 286; Tschütscher, *Aktuelle Probleme*, s. 245; İsvFM, 21.5.2014, 4A_109/2014; 14.10.2004, 4C.134/2004.

düşünülemez. Ancak, bu yöndeki bir beyanın zamanaşımından feragat olarak yorumlanması mümkündür.

Borcun ikrarı ayıptan doğan bütün talepler için zamanaşımını kesecek olsa da satıcının borcunu sadece belli talepler için ikrar ettiğini belirtmesi de mümkündür⁷¹⁴. Örneğin satıcının *yalnızca* satılanı onarmayı kabul ettiğini belirtmesi durumunda zamanaşımı süresi, alıcının diğer talepleri için de kesilmiş olmayacaktır. Aynı şekilde satıcı, ayıptan doğan doğrudan ve dolaylı zararlar için belirli bir miktar belirterek de ikrarda bulunabilir⁷¹⁵. Şayet bir miktar belirtilmemişse yahut ikrar sınırlandırılmamışsa satıcının ikrarı, ayıptan doğan bütün talepler için sonuç doğurur.

Borç ikrarı yazılı şekil şartına uyularak yapılacak olursa, yani senetle tevsik edilirse, TBK m. 156 f. II hükmü uyarınca ikrar edilen talepler için zamanaşımı süresi on yıla çıkar⁷¹⁶. Bunun için ikrarın yazılı ve imzalı olması, ayrıca herhangi bir ihtirazi kayıt ya da şart içermemesi gerekmektedir⁷¹⁷. Senette ikrar edilen borcun zamanaşımını on yıla çıkarabilmesi için, öğreti ve uygulamada salt borcun ikrarının yanında, borcun miktarının da ikrar edilmesi, yani senette ikrar edilen borcun miktarının belirtilmesi gerektiği ifade edilmektedir⁷¹⁸. Bu prensibi ayıptan doğan garanti sorumluluğuna uygulayan *Gauch'a* göre⁷¹⁹, on yıllık zamanaşımının uygulanabilmesi için senet metninde, satılarda bulunan belirli bir ayıp için, satıcının hangi seçimlik hakkı yahut hangi talebi ikrar ettiğini belirtmesi gerekmektedir. Aynı şekilde, ayıptan doğan tazminat alacağı ikrar ediliyorsa, tazminat miktarı muhakkak senette yer almalıdır⁷²⁰. Satıcının ikrar konusu olan ayıbı ve seçimlik hakkı senette belirtmemesi durumunda, ikrar ayıptan doğan taleplerin tabi olduğu mevcut

⁷¹⁴ Gauch, **Entreprise**, N 2272; Koller, **Werkvertrag**, N 764; Koller, **AJP 2014**, s. 303; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 210 N 5; Tschütscher, **Aktuelle Probleme**, s. 246.

⁷¹⁵ Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 135 N 7; Berti, **ZürcherKomm**, OR Art. 135 N 18; Niklaus, **Prescription**, N 210; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 276; **İsvFM**, ATF 134 III 591 = JdT 2008 I 483; ATF 122 III 10 = JdT 1988 I 111; ATF 119 II 368 = JdT 1996 I 274; ATF 110 II 181 = 1984 I 488.

⁷¹⁶ Giger, **BernerKomm**, OR Art. 210 N 16; Müller-Chen, **CHK**, OR Art. 210 N 5; Gauch, **Entreprise**, N 2274; Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 137 N 2; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 276, 277.

⁷¹⁷ Spiro, **Begrenzung I**, s. 385; Gauch, **Entreprise**, N 2274; **İsvFM**, ATF 113 II 264 = JdT 1988 I 13.

⁷¹⁸ Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 137 N 2; Gauch, Schluep, Tercier, **Obligations**, N 2095; Gauch, **Entreprise**, N 2274; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Borçlar Genel**, s. 1063; Niklaus, **Prescription**, N 172; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 328; **İsvFM**, ATF 119 II 368 = JdT 1996 I 274; ATF 113 II 264 = JdT 1988 I 13; ATF 75 II 232 = JdT 1950 I 602; ATF 61 II 337 = JdT 1936 I 328; SJ 1988 28; ZR 1989 97; **KanM (Valais)**, RVJ 1990, s. 265 = JdT 1991 I 700.

⁷¹⁹ Gauch, **Entreprise**, N 2274.

⁷²⁰ **İsvFM**, ATF 113 II 264 = JdT 1988 I 13.

zamanaşımı süresinin yeniden başlaması sonucunu doğuracaktır⁷²¹. Öğretide, alıcı ve satıcının taraf olduğu bir davada yapılan bir işleminin ya da zapta geçirilen bir ifadenin ikrar anlamına gelmesi durumunda da, senetle ikrar durumunda olduğu gibi, TBK m. 156 f. II uyarınca zamanaşımı süresinin on yıla uzayacağı; zira, menfaatler dengesi açısından herhangi bir farkın bulunmadığı ifade edilmektedir⁷²².

Son olarak, belirtmek isteriz ki, satıcının satılanı onarma yahut ayıpsız benzeriyle değiştirme borcunu, ayıptan sorumluluk için öngörülmüş olan maddi ve şekli şartlar gerçekleşmeksizin ikrar etmesi, satıcının var olmayan ayıptan sorumluluğu açısından kurucu bir etki taşımaz; ayrıca, zamanaşımının kesilmesi sonucunu da doğurmaz. Bu durumda, satıcı ayıptan doğan garanti borcunu ikrar etmiş olsa da, her zaman böyle bir borcun bulunmadığını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir⁷²³. Aynı sonuç, soyut borç ikrarı (TBK m. 18) şeklinde de kendisini gösterebilir. Ancak, soyut borç ikrarı, hiç var olmamış bir borcun doğması sonucunu doğurmaz⁷²⁴. Bu durumda, alıcının ayıptan doğan bir alacak hakkının varlığından bahsedilemeyeceği için, zamanaşımının kesildiği de söylenemez.

2. Zamanaşımının Alacaklının Fiilleriyle Kesilmesi

Kanun koyucu TBK m. 154 f. II b. 2 hükmünde alacaklının haklarını belirli yargı mercileri önünde aktif ve nitelikli şekillerde talep etmesine zamanaşımının kesilmesi sonucunu bağlamıştır⁷²⁵. Her ne kadar kanuni kesilme sebeplerinin geniş yorumlanması gerektiği ifade edilse de⁷²⁶ kanunda belirtilenler dışında alacaklının alacağını farklı şekillerde talep etmesinin, örneğin avukat veya noter kanalıyla haklarını kullanacağını belirtmesinin ya da temerrüt ihtarında bulunmasının

⁷²¹ Ayıptan doğan tazminat talebinin miktarının senette belirtilmemesi sebebiyle on yıllık değil ayıptan doğan taleplerin tabi olduğu bir yıllık yeni bir zamanaşımı süresinin başlayacağı yönünde bir İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. **İsvFM**, ATF 113 II 264 = JdT 1988 I 13.

⁷²² Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Borçlar Genel**, s. 1066, 1067.

⁷²³ Tercier, Pichonnaz, **Obligations**, N 336; Eren, **Borçlar Genel**, s. 198; **İsvFM**, 15.11.2013, C-5991/2012.

⁷²⁴ Nitekim, İsviçre-Türk Hukuku'nda *şekli anlamda soyut borç ikrarı* (TBK m. 18) ağırlıklı olarak kabul edilmekte ve hukuki bir sebep (*causa*) olmaksızın sadece ikrarın maddi anlamda borç doğurmak için yeterli olmadığı kabul edilmektedir. Fakat konu öğretide tartışmalıdır. Bu konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Cilt I, N 652 vd.; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **Borçlar Genel**, N 312; Eren, **Borçlar Genel**, s. 194-198; Helvacı, **Contrat**, s. 41-43.

⁷²⁵ Gauch, **Entreprise**, N 2269; Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 135 N 11; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 384.

⁷²⁶ Spiro, **Begrenzung I**, s. 344 vd.; Béguelin, **FJS 815**, s. 2; Becker, **BernerKomm**, OR Art. 138 N 3; Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 135 N 11; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 371, 372; **İsvFM**, ATF 130 III 202.

zamanaşımının kesilmesi açısından herhangi bir etkisi bulunmamaktadır⁷²⁷. Aynı şekilde, ayıp ihbarında bulunulması, alacaklının seçimlik haklarından birini kullanması ya da ayıptan doğan zararının tazminini dava dışı yollarla talep etmesi zamanaşımının kesilmesi sonucu doğurmaz. Henüz bir dava açılmadan alıcının dava konusunu güvence altına almak için ihtiyati tedbir talep etmesi (HMK m. 389)⁷²⁸, henüz dava açılmadan alıcının ayıptan doğan para alacakları için ihtiyati haciz talep etmesi (İİK m. 257)⁷²⁹, alıcının ileride açacağı dava ile ilgili delilleri toplayıp emniyet altına almak amacıyla delil tespiti talep etmesi (HMK m. 400)⁷³⁰ zamanaşımının kesilmesine sebep olmaz. Zira, söz konusu talepler dava olarak nitelendirilemez. Ancak, görülmekte olan davada henüz inceleme sırası gelmemiş delillerin tespitinin talep edilmesi, dava açıldıktan sonra davanın görüldüğü yetkili ve görevli mahkemeden ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz talep edilmesi TBK m. 157 f. I uyarınca bir taraf usul işlemi sayılacağından, bu durumda zamanaşımının kesileceği kabul edilmelidir⁷³¹. Aynı şekilde henüz dava açılmadan delil tespitine, ihtiyati tedbire veya ihtiyati hacze karar verilmesi zamanaşımını kesmeyecektir⁷³². Fakat

⁷²⁷ Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 135 N 11; Berti, **ZürcherKomm**, OR Art. 135 N 180; Däppen, **BaslerKomm**, OR Art. 135 N 5; Niklaus, **Prescription**, N 689, 697; Engel, **Obligations**, s. 815; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 384; **İsvFM**, 12.5.2004, 4C.296/2003.

⁷²⁸ Gauch, Schluep, Tercier, **Obligations**, N 2085; Feyzioğlu, **Borçlar Genel**, s. 593; Baki Kuru, **Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı**, 3. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019 (Medeni Usul), s. 451; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 384; **Yargıtay** 9. HD, T. 25.4.2019, E. 2017/12721, K. 2019/9715 (kazancı); **Yargıtay** 9. HD, T. 23.5.2019, E. 2019/4067, K. 2019/11967 (kazancı); **Yargıtay** 9. HD, T. 14.9.2009, E. 2008/9407, K. 2009/22810 (kazancı): “...Madde açıkça düzenlenmediğinden ihtiyati tedbir istemi ile mahkemeye başvurma...zamanaşımını kesen nedenler olarak kabul edilemez...”. Karşı görüşte bkz. Muhammet Özkes, **Pekcanitez Usûl Medenî Usul Hukuku**, (ed. : Hakan Pekcanitez, Muhammet Özkes, Mine Akkan, Hülya Taş Korkmaz), Cilt I-III, 15. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017 (Pekcanitez Usûl), s. 2499. İhtiyati tedbirleri tamamlayan işlemlerin gerçekleşmesi durumunda tedbir talebinin zamanaşımını keseceği görüşü için bkz. Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 135 N 16; Berti, **ZürcherKomm**, OR Art. 135 N 113; **İsvFM**, ATF 59 II 401.

⁷²⁹ Feyzioğlu, **Borçlar Genel**, s. 593; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 384; **Yargıtay** 12. HD, T. 16.10.2003, E. 2001/3208, K. 2001/4506 (kazancı); **Yargıtay** HGK, T. 16.2.2000, E. 2000/12-49, K. 2000/94 (kazancı); **Yargıtay** HGK, T. 22.6.1968, E. 1967/805, K. 1968/475 (kazancı). Karşı görüşte bkz. Özkes, **Pekcanitez Usûl**, s. 2499.

“Takip” kelimesinden “ihtiyati haciz” kavramının da anlaşılması gerektiği ve zamanaşımını keseceği İsviçre öğretisinde ağırlıklı olarak kabul edilmektedir. Bkz. Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 135 N 13; Gauch, Schluep, Schmid, Emmenegger, **OR AT**, N 3345; Spiro, **Begrenzung I**, s. 134, dn. 6; **İsvFM**, ATF 66 II 234 = JdT 1941 I 139; ATF 41 III 315.

⁷³⁰ Gauch, **Entreprise**, N 2269; Koller, **Nachbesserung**, N 428, dn. 511; Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 135 N 15; Kuru, **Medeni Usul**, s. 461; Özkes, **Pekcanitez Usûl**, s. 2265; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 288; **İsvFM**, ATF 93 II 498 = JdT 69 I 464.

⁷³¹ Aynı görüşte bkz. Süleyman Özkök, **İhtiyati Tedbirler**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002 (İhtiyati Tedbirler), s. 51.

⁷³² Feyzioğlu, **Borçlar Genel**, s. 593; Kuru, **Medeni Usul**, s. 451; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 384; Evrim Erişir, **Geçici Hukukî Korumanın Temelleri ve İhtiyatî Tedbir Türleri**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013 (İhtiyati Tedbir), s. 126, 127; **Yargıtay** 9. HD, T. 14.9.2009, E. 2008/9407, K. 2009/22810 (kazancı); **Yargıtay** 12. HD, T. 16.10.2003, E. 2001/3208, K.

dava açıldıktan sonra hâkimin ara kararıyla delil tespitine, ihtiyati tedbire veya ihtiyati hacze hükmetmesi TBK m. 157 f. I uyarınca zamanaşımını kesecektir. Ancak, aşağıda açıklandığı üzere ayıptan doğan taleplerin kanunda belirtilenler dışında farklı usullerle talep edilmesine, ayıptan doğan hakların kullanılmasına, ayıp ihbarına, geçici hukuki korumalara yahut delil tespitine tarafların sözleşmeyle zamanaşımının kesilmesi sonucunu bağlamaları her zaman mümkündür⁷³³.

Kanun koyucu TBK m. 154 f. II b. 2 hükmünde alacaklının dava açması, hakeme başvurusu, icra takibinde bulunması, iflas masasına başvurusu ve bir davada alacağına dayanarak def'i ileri sürmesi durumunda zamanaşımının kesileceğini düzenlemiştir. Alıcının TBK m. 113 (CO art. 98) hükmü uyarınca masrafı satıcıya ait olmak üzere edimin kendisi veya başkası tarafından ifasına izin verilmesi istemiyle (*örneğin satılanın üçüncü kişiye tamir ettirilmesine izin verilmesi talebiyle*) mahkemeye başvurusu durumunda da zamanaşımı süresinin kesileceği kabul edilmektedir⁷³⁴.

“*Dava yoluyla mahkemeye başvurma*” ifadesinden anlaşılması gereken, alıcının ayıptan doğan haklarını hukuken koruma altına almak amacıyla kanunun öngördüğü şekillerde mahkemeye başvurusudur⁷³⁵. Alıcı, bir eda davasıyla (HMK m. 105) seçmiş olduğu hakkın içeriğine bağlı olarak, daha önceden satış bedelini ifa etmişse indirim tutarının iadesini, satılanın ayıpsız bir benzerinin kendisine teslimini, satılanın onarılmasını yahut dönme hakkını kullanmışsa ifa ettiği satış bedelinin faiziyle birlikte iadesini ve bu haklardan biri ile birlikte ayıptan doğan zararlarının tazminini talep edebilir. Korunmaya değer güncel bir yararın mevcut olması durumunda, alıcı (*müspet*) *tespit davası* yoluyla (HMK m. 106) ayıptan doğan haklarının varlığının belirlenmesini ve hüküm altına alınmasını isteyebilir. Ayıptan doğan taleplerin konu edildiği tespit davası da aynı eda davası gibi alıcının ayıptan doğan haklarını açık bir şekilde talep etme arzusunu yansıttığı için zamanaşımı

2001/4506 (kazancı); **Yargıtay** HGK, T. 16.2.2000, E. 2000/12-49, K. 2000/94 (kazancı); **Yargıtay** HGK, T. 22.6.1968, E. 1967/805, K. 1968/475 (kazancı). *De lege feranda* geçici hukuki korumaların zamanaşımını durdurması gerektiği görüşünde bkz. Erişir, **İhtiyati Tedbir**, s. 127. Karşı görüşte bkz. Özekes, **Pekcanitez Usûl**, s. 2499; Muhammet Özekes, **İcra İflas Hukukunda İhtiyati Haciz**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1999 (İhtiyati Haciz), s. 262-264.

⁷³³ Bkz. aşağıda B.3/V/C/2.

⁷³⁴ Gauch, **Entreprise**, N 2269.

⁷³⁵ Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 135 N 15; **İsvFM**, 29.1.2010, 5A_563/2009; 12.5.2004, 4C.296/2003; **İsvFM**, ATF 118 II 479 = JdT 1994 I 120; ATF 114 II 335 = JdT 1989 I 337; ATF 110 II 387 = JdT 1985 I 286; ATF 101 II 77 = JdT 1976 I 166.

süresinin kesilmesi sonucunu doğurur⁷³⁶. Satıcının *menfi tespit davası* açmış olması ihtimalinde, hâkim ayıptan doğan taleplerin varlığı sebebiyle davayı reddetse bile, alacaklının alacağını talep etme iradesi mevcut olmadığından, bu dava zamanaşımının kesilmesi sonucunu doğurmaz⁷³⁷. Şayet alıcı, davanın açıldığı tarihte alacak miktarını tam ve kesin olarak belirleyemeyecek durumda ise, açacağı *belirsiz alacak davası* (HMK m. 107) ile yalnızca başlangıçta belirlediği harca esas değer olan geçici talep sonucu için değil, daha sonra belirli hale gelecek olan kesin talep sonucunun tamamı için zamanaşımının kesilmesini sağlar⁷³⁸. Belirsiz alacak davası yalnızca para borçları için söz konusu olduğundan, bu dava özellikle ayıptan doğan zararın tam olarak belirlenemediği veya bedel indiriminin tespiti için bilirkişi incelemesinin gerektiği durumlarda⁷³⁹ önem arz edebilir. Eğer alacaklı ayıptan doğan

⁷³⁶ Becker, **BernerKomm**, OR Art. 133 N 14; Engel, **Obligations**, s. 818; Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 135 N 15; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Borçlar Genel**, s. 1064; Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl**, s. 1177; Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay, Muhammet Özkes, **Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı**, 7. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019 (Medenî Usûl), s. 242; Koller, **Unterbrechung**, s. 207; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 294; **İsvFM**, ATF 120 II 20 = JdT 1995 I 130; ATF 119 II 468 = JdT 1994 I 750. Aksi görüşte bkz. Béguelin, **FJS 815**, s. 2.

⁷³⁷ Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 135 N 15; Pekcanitez, Atalay, Özkes, **Medenî Usûl**, s. 242; Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl**, s. 1177; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 295, 296; Ulrich Haas, Michael Schlumpf, “Teilklage und Feststellungswiderklage nach der neuen ZPO”, **SJZ 107/2011**, s. 302-309 (neuen ZPO), s. 304. Karşı görüşte bkz. **Yargıtay 12. HD**, T. 23.6.2009, E. 2009/13039, K. 2009/13778 (kazancı); **Yargıtay 12. HD**, T. 2.12.2008, E. 2008/18717, K. 2008/21523 (kazancı); **Yargıtay 15. HD**, T. 13.2.2017, E. 2016/4910, K. 2017/542 (kazancı).

Alacaklının alacağını cevap dilekçesiyle dev’i olarak ileri sürmesi sonucunda zamanaşımının kesileceğini belirten Yargıtay kararları için bkz. **Yargıtay 19. HD**, T. 11.5.2000, E. 2000/202, K. 2000/3627 13778 (kazancı); **Yargıtay 12. HD**, T. 29.1.2014, E. 2013/35764, K. 2014/2241 (kazancı); **Yargıtay HGK**, T. 9.10.2002, E. 2002/19-710, K. 2002/782 (kazancı).

Menfi tespit davası sonunda borçlunun borçlu olduğuna karar verilmesi durumunda, borcun senetle ikrarında olduğu gibi, zamanaşımının kesilerek on yıllık yeni bir sürenin başlayacağı görüşünde bkz. Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Borçlar Genel**, s. 1064, 1065.

⁷³⁸ Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 135 N 27; Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Cilt I, N 1946; Hatemi, Gökyayla, **Borçlar Genel**, § 35 N 30; Hakan Pekcanitez, **Belirsiz Alacak Davası (HMK m. 107)**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011 (Belirsiz Alacak), s. 59; Hakan Pekcanitez, “Belirsiz Alacak Davası”, **Makaleler**, Cilt II, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 421-460 (Makale), s. 450; Cemil Simil, **Belirsiz Alacak Davası**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013 (Belirsiz Alacak), s. 354, 355; Erdem, **İstanbul Şerhi**, TBK m. 154 N 49; **İsvFM**, ATF 133 III 675; ATF 119 II 339 = JdT 1993 I 730; **Yargıtay 9. HD**, T. 28.2.2019, E. 2019/1519, K. 2019/5014 (kazancı); **Yargıtay 9. HD**, T. 28.2.2019, E. 2015/31125, K. 2019/4996 (kazancı); **Yargıtay 9. HD**, T. 11.2.2019, E. 2015/30385, K. 2019/3149 (kazancı); **Yargıtay 22. HD**, T. 4.7.2019, E. 2016/16313, K. 2019/15114 (kazancı); **Yargıtay İBK**, T. 15.12.2017, E. 2016/6, K. 2017/7 (RG T. 29.6.2018, S. 30643); **Yargıtay İBK**, T. 24.5.2019, E. 2017/8, K. 2019/3 (RG T. 27.9.2019, S. 30901): “...Belirsiz alacak davasında, zamanaşımının kesilmesi olgusu, kısmî davadan farklı olarak, alacağın, sadece dava dilekçesinde gösterilen kesimi bakımından değil, belirsiz olan kesimi de dâhil olmak üzere tamamı açısından, bu davanın açıldığı andan itibaren ortaya çıkar. Çünkü belirsiz alacak davasında, kısmî davadan farklı olarak dava konusu kılınan alacak, dava dilekçesinde belirtilen tutarla sınırlı kalmayıp, alacağın belirsiz kesimi de dâhil olmak üzere tamamını kapsamaktadır...”. Alacağın tamamı için zamanaşımının kesilmemesi gerektiği görüşünde bkz. Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 1123, 1124.

⁷³⁹ Belirsiz alacak davası indirim tutarının tam olarak belirlenemediği durumlarda önem kazanmaktadır. Zira, alıcının hesap ettiği indirim miktarının tahkikat aşamasında tespit edilenden

bölünebilir talepleri için *kısmi dava* (HMK m. 109) açacak olursa, fazlaya dair haklar saklı tutulsun veya tutulmasın, zamanaşımı süresi yalnızca dava konusu yapılan kısmi talep için kesilmiş olur⁷⁴⁰. Alıcı satıcının kendisine karşı açtığı bir davaya *karşı dava* (HMK m. 132) açarak yanıt verecek olursa, örneğin satış bedelinin ifasını talep eden satıcıya karşı satılanın ayıpsız benzerinin kendisine teslimini ve ayıp sebebiyle uğradığı zararının tazmini talep ederse, bu durumda açılacak olan karşı dava da zamanaşımı süresini ayıptan doğan bütün talepler için keser⁷⁴¹. Alıcının *terditli (kademeli) dava* (HMK m. 111) açmış olması ihtimalinde, ileri sürülen bütün talepler için dava açma iradesi ortaya konmuş olunacağından, gerek asıl talep gerekse yardımcı talepler açısından zamanaşımı süresi kesilir⁷⁴². Terditli dava, özellikle TBK m. 227 f. IV uyarınca sözleşmeden dönme hakkının kabul edilmemesi durumunda, bedel indirimi yahut onarım talep edilmesi gibi hallerde önem kazanacaktır⁷⁴³.

daha fazla olması, yani davacının talebinin bir kısmının (*özellikle uygulamada yarıdan fazlasının*) reddedilmesi durumunda davacı, davayı kazanmasına rağmen yargılama giderlerine mahkûm edilme tehlikesiyle karşı karşıya kalacaktır. Oysa, bedel indirimi için açılacak olan dava, *belirsiz alacak davası* şeklinde açılacak olursa, indirim tutarının bilirkişi raporu ile tespit edilmesi sonrasında alıcı, belirlemiş olduğu minimal geçici talep sonucunu artırarak veya hiç artırmayarak bu tehlikeyi bertaraf etmiş olacaktır. Söz konusu sorun hakkında ayrıca bkz. Bucher, Buz, **Alıcı**, s. 175-176; Esen, **Ayıp**, s. 100, dn. 289.

⁷⁴⁰ Gauch, **Entreprise**, N 2269; Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 135 N 27; Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Cilt I, N 1946; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Borçlar Genel**, s. 1065; Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl**, s. 1177; Pekcanitez, **Makale**, s. 424; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 296; **İsvFM**, ATF 133 III 675; ATF 119 II 339 = JdT 1993 I 730; ATF 60 II 199 = JdT 1934 I 518; **Yargıtay** 22. HD, T. 4.7.2019, E. 2016/16313, K. 2019/15114 (kazancı); **Yargıtay** 22. HD, T. 4.7.2019, T. 3.7.2019, E. 2017/23286, K. 2019/15006 (kazancı); **Yargıtay** HGK, T. 23.12.2009, E. 2009/2-476, K. 2009/589 (kazancı).

⁷⁴¹ Bu konuda bkz. Engel, **Obligations**, s. 817; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 300. Aynı şekilde alıcının karşı dava açmayıp ödemezlik def'i ileri sürmesi de ayıptan doğan haklar açısından zamanaşımının kesilmesi sonucunu doğurur.

⁷⁴² Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl**, s. 1177, 1178; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 300; **Yargıtay** 14. HD, T. 12.10.2016, E. 2015/17003, K. 2016/8358 (kazancı).

⁷⁴³ Uygulamada karşılaşılan diğer bir sorun ise hâkimin sözleşmeden dönme sonucunda satış bedelinin iadesi talebi yerine, TBK m. 227 f. IV uyarınca durumun bunu haklı göstermemesi sebebiyle bedel indirimine hükmetmesi durumunda meydana gelmektedir. Ödediği bedelin tamamını isteyen alıcı lehine, sadece indirim tutarına hükmedilmesi, alıcıyı dava giderleriyle karşı karşıya bırakmaktadır. Bu durumda alıcının sözleşmeden dönülmüş olmasından kaynaklanan satış bedelinin iadesi talebiyle, bedel indirimi hakkının kullanılması durumunda söz konusu olan indirim tutarının iadesi talebi arasında hem *aslilik - fer'iilik ilişkisi* hem de *hukuki bağ* mevcuttur. O halde, alıcı bu iki talebini *terditli dava* yoluyla ileri sürecek olursa, dava giderlerine davalı-satıcıyla birlikte katlanma yükümlülüğünden kurtulmuş olur. Terditli dava açısından bkz. Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl**, s. 1084, 1085; Bolayır, **Re'sen Uygulama**, s. 275-282. Yargıtay da yeni tarihli bir kararında terditli davada yardımcı (*fer'i*) talebe hükmedilmiş olması durumunda *davacı aleyhine vekâlet ücretine hükmedilmeyeceğini* ifade etmektedir. Karar için bkz. **Yargıtay** 8. HD, T. 9.5.2017, E. 2015/3710, K. 2017/6706 (lexpera): "...Ancak, terditli istemi kabul edilen davacı aleyhine davalılar lehine nispi vekalet ücreti takdiri doğru görülmemiş ise de bu husus kararın bozulmasını ve yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden..."; **Yargıtay** 8. HD, T. 12.12.2018, E. 2018/12122, K. 2018/20052 (kazancı): "...Terditli (*kademeli*) olarak açılan davalarda ilk talebin reddine bağlı olarak ikinci talep hakkında kabul kararı verilmesi durumunda iki ayrı dava için iki ayrı harç ve yargılama giderlerine hükmedilemez. İkinci talep hakkında verilen karara göre harç, vekalet ücreti ve diğer yargılama giderleri hakkında hüküm kurulur...";

Zamanaşımının kesilmesi için davanın alıcı veya temsilcisi tarafından, gerçek borçlu konumunda olan satıcıya karşı açılmış olması gerekir⁷⁴⁴. Dava, görevsiz veya yetkisiz mahkemede açılmışsa, görevsizlik veya yetkisizlik kararının verilmesinden itibaren iki haftalık süre içinde alıcı, görevli ya da yetkili mahkemeye başvurma ve davaya görevli ya da yetkili mahkemede devam edebilme imkânına sahiptir (HMK m. 20). Alıcı, bu süre içinde dosyanın görevli veya yetkili mahkemeye gönderilmesini talep eder ve o mahkemede davaya devam ederse, zamanaşımı süresi görevsiz veya yetkisiz mahkemede davanın açıldığı tarihte kesilmiş sayılır. Şayet görevsizlik veya yetkisizlik kararı kanun yoluna başvurulmayarak kesinleşmiş ise, kararın tebliğinden yahut kanun yoluna yapılan başvuru reddedilirse başvurunun reddi kararının tebliği tarihinden itibaren, iki hafta geçtikten sonra, alıcı TBK m. 158 hükmünde öngörülen *altmış günlük ek süre* imkânından yararlanır⁷⁴⁵. Zira, alıcı üzerine düşeni yapmayarak davaya görevli ve yetkili mahkemede devam etmezse dava hiç açılmamış sayılır (HMK m. 20). Öte taraftan, düzeltilebilecek bir yanlışlık yapılması yahut davanın vaktinden önce açılmış olması gibi sebeplerle dava reddedilecek olursa, alıcı yine TBK m. 158 hükmünde düzenlenen altmış günlük ek süre olanağından faydalanabilir.

Yargıtay 2. HD, T. 14.12.2016, 14.12.2016, E. 2016/21587, K. 2016/15987 (kazancı): “...*Davada kısmen kabul söz konusu değildir. Dava terditli olarak açılmış olup; iki ayrı dava değil, tek dava vardır. O halde davacının kademeli talebi kabul edildiğinden davacı yararına karar tarihinde yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca maktu vekalet ücreti takdiri ve yapmış olduğu yargılama giderlerine hükmedilmesi gerekirken, davalı yararına vekalet ücreti ve yargılama giderlerine karar verilmesi doğru görülmemiştir...*”. Asıl talep bakımından davacının yargılama giderlerine katılması gerektiği yönündeki karşı görüş için bkz. Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl**, s. 1087.

Satılanın ayıplı olmasının kabul edilmesiyle birlikte davacı-alıcının davayı kazanmış sayılmasının kabul edilerek aleyhine ayrıca yargılama giderlerine hükmedilmemesi gerektiği görüşünde bkz. Bucher, Buz, **Alıcı**, s. 175-178. Kanımızca bu görüş de isabetlidir. Zira, kendisine ayıp ihbar edilen satıcıdan dürüstlük kuralı uyarınca beklenebilecek ilk davranış, ayıbın varlığına kanaat getiriyorsa *ikinci servis hakkını* (TBK m. 227 f. III) kullanarak satılanın ayıpsız benzerini teslim etmek ve gereksiz dava masraflarından her iki tarafı da kurtarmaktır. Öte yandan, kendisine tanınan ikinci servis hakkını kullanmayan satıcı, artık dava masraflarına katlanmak zorundadır.

⁷⁴⁴ Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl**, s. 1170, 1171; Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 135 N 11; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 285; **İsvFM**, ATF 32 II 86.

⁷⁴⁵ Kuru, **Medeni Usul**, s. 169; Pekcanitez, Atalay, Özekes, **Medenî Usûl**, s. 242, 243; Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl**, s. 1173, 1174; **Yargıtay 11. HD**, T. 26.11.2018, E. 2017/547, K. 2018/7393 (kazancı). Altmış günlük süre ile HMK m. 20 hükmünde öngörülmüş olan iki haftalık sürenin aynı anda işlemeye başlayacağı görüşünde bkz. Erdem, **İstanbul Şerhi**, TBK m. 158 N 6; Spiro, **Begrenzung I**, s. 334; **İsvFM**, ATF 101 II 77 = JdT 1976 I 166. Tahkim itirazının kabulü hakkındaki usulden ret kararının kesinleşmesinden sonra da TBK m. 158 hükmünün uygulanabileceği görüşünde bkz. Erdem, **Zamanaşımı**, s. 316; Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl**, s. 1174, 1175.

Belirtmek gerekir ki, TBK m. 158 hükmünün mehzazını oluşturan CO art. 139 hükmü 1 Ocak 2011’de yürürlüğe giren değişikliklerle (RO 2010 1739; FF 2006 6841) ilga edilmiş, benzer bir ek süre İsviçre Medeni Usul Kanunu (CPC) m. 63 hükmünde düzenlenmiştir. Bu tarz bir ek sürenin Türk Hukuku açısından da Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda düzenlenmesi yerinde olurdu.

TBK m. 154 f. I b. 2 uyarınca alacaklının hakeme başvurusu durumunda tahkim konusu yapılan alacak için zamanaşımının kesileceği düzenlenmiştir. Yine aynı hükümde alacaklının def'i yoluyla mahkemeye veya hakeme başvurusu da zamanaşımını kesen bir sebep olarak düzenlenmiştir. Belirtmek gerekir ki, maddede belirtildiği üzere, ancak *dava* veya *tahkim* esnasında ve usulüne uygun olarak⁷⁴⁶ ileri sürülen def'i, zamanaşımının kesilmesi sonucunu doğurur⁷⁴⁷.

Örneğin, alıcının TBK m. 97 hükmünde düzenlenen ödemezlik def'ini (*exceptio non adimpleti contractus*) davada⁷⁴⁸ (*cevap veya ikinci cevap dilekçesiyle yahut duruşma esnasında*) ileri sürmesi durumunda, bu def'i hakkının dayanağını teşkil eden alacak hakkı için zamanaşımı kesilmiş olur⁷⁴⁹. Ödemezlik def'inin ayıptan sorumluluk açısından ayrı bir önemi mevcuttur. Satılanın ayıplı bir şekilde tesliminden sonra, alıcı, her ne kadar teslim borcu ifa edildiği için ödemezlik def'ini kural olarak kullanamıyor olsa da, satılanın onarılmasını yahut ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesini isteme seçimlik haklarından birini kullanmışsa, satılanın onarılmasına yahut ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesine kadar satış bedelini ödemekten kaçınarak, satıcıya karşı ödemezlik def'ini ileri sürebilir⁷⁵⁰. Zira, söz konusu seçimlik hakların kullanılmasıyla beraber, satılanın ayıpsız benzerini teslim etme veya satılanın onarılması borcu ile, satış bedeli borcu, teslim borcunun garanti borcuna dönüşmesi sonucu bir “*sinallagma yahut karşılıklılık ilişkisi (rapport d'échange - Austauschverhältnis)*” oluşturur⁷⁵¹. Bu karşılıklılık ilişkisi ise, satıcının en başta üstlendiği teslim borcunda olduğu gibi, ödemezlik def'inin kullanımına

⁷⁴⁶ Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Cilt I, N 1947; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 321; Develioğlu, **Takas**, s. 267.

⁷⁴⁷ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Borçlar Genel**, s. 1054; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 1125, 1126; Erdem, **İstanbul Şerhi**, TBK m. 154 N 73; **İsvFM**, ATF 72 II 326 = JdT 1947 I 556.

⁷⁴⁸ Hükümün açık lafzı karşısında dava dışı ileri sürülen def'i hakkının zamanaşımını keseceği yönündeki görüşe katılma olanağı bulamıyoruz. Bkz. Cüneyt Pekmez, **Borcun İfa Edilmediği Defi (Ödemezlik Defi)**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019 (Ödemezlik Def'i), s. 430, 431, dn. 59.

⁷⁴⁹ Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Cilt I, N 1946; Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 135 N 22; Berti, **ZürcherKomm**, OR Art. 135 N 133; Schaller, **Einreden**, N 461, 462; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 319; Pekmez, **Ödemezlik Def'i**, s. 430. Öte yandan, öğretide hâkim görüşe göre, kendisine karşı def'i ileri sürülen satıcının satış bedeli alacağı açısından, zamanaşımı süresi kesilmeyecektir. Bkz. Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Cilt I, N 1117; Schaller, **Einreden**, N 461, 462; Koller, **Nachbesserung**, N 328.

⁷⁵⁰ Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO Intro. art. 197-210 N 3; Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 810; Schraner, **ZürcherKomm**, OR Art. 82 N 137; Gauch, **Entreprise**, N 2374; Kaniti, **Def'i**, s. 120-122. Aynı sonuç sözleşmeden dönme durumunda iade borçları açısından da geçerlidir. Bu durumda ödemezlik def'inin davada ileri sürülmesi halinde, zamanaşımı süresi iade alacağı açısından kesilir. Ayrıca bkz. yukarıda B.2/II/C/1.

⁷⁵¹ Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 206 N 6; Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 810; Gauch, **Entreprise**, N 2368, 2374; Kaniti, **Def'i**, s. 120-122; **İsvFM**, ATF 89 II 235 = JdT 1964 I 248.

cevaz verir. Bu gibi durumlarda alıcı ödemezlik def'i (*exceptio non -rite- adimpleti contractus; akdin -gereği gibi- ifa edilmediği def'i*) aracılığıyla satış bedelini elde tutmaya devam edebilmektedir⁷⁵². O halde, alıcıya karşı satış bedelinin ifası amacıyla bir eda davası yöneltilmiş olsa da, alıcı def'i hakkını kullanarak, hem bu talebi bertaraf edebilecek hem de kendi lehine zamanaşımı süresinin kesilmesini sağlayabilecektir.

Yenilik doğurucu bir etkiye sahip olan⁷⁵³, *takas* savunması, her ne kadar maddi hukuk anlamında *itiraz* teşkil etse de⁷⁵⁴, davada def'i şeklinde ileri sürülmesi sebebiyle bu savunmanın takasa konu aktif alacak açısından zamanaşımını kesici etkiye sahip olduğu kabul edilmektedir⁷⁵⁵. O halde, satıcının alıcıya karşı bir alacağının ifası amacıyla, örneğin satış bedelinin tahsili maksadıyla açtığı bir davada alıcı, ayıptan doğan tazminat alacağına dayanarak takas dermeyan ederse, pasif alacak aktif alacaktan daha az olsa dahi, alıcının aktif alacağının pasif alacaktan fazla olan kısmı için zamanaşımı süresi kesilir⁷⁵⁶. Zira, aktif alacak, kendisinden daha az olan pasif alacak oranında takas sebebiyle sona ereceğinden, aktif alacağın pasif alacaktan fazla olan kısmı açısından zamanaşımının kesilmesinden bahsetmek daha doğrudur⁷⁵⁷. Şayet alıcının aktif alacağı, pasif alacaktan daha az ise, aktif alacak

⁷⁵² Gauch, **Entreprise**, N 2293, 2368, 2374, 2384; Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 810; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO Intro. art. 197-210 N 3, CO art. 210 N 14; Schraner, **ZürcherKomm**, OR Art. 82 N 137 vd.; Koller, **Nachbesserung**, N 315 vd.; Kaniti, **Def'i**, s. 120-122; Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Cilt I, N 1102; **İsvFM**, ATF 89 II 235 = JdT 1964 I 248. Bu konuda ayrıca bkz. yukarıda B.2/B/1/a.

⁷⁵³ Develioğlu, **Takas**, s. 219; Tercier, Pichonnaz, **Obligations**, N 1648; Jeandin, **CommRomand**, CO art. 124 N 1; Peter, **BaslerKomm**, OR Art. 124 N 3; Tschütscher, **Aktuelle Probleme**, s. 251; Victor Aepli, **Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch**, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR), Das Erlöschen der Obligationen, Art. 114-126 OR, Band/Nr. V/1h/1, 3. völlig neu bearbeitete Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 1991 (ZürcherKomm), OR Art. 124 N 68; Hatemi, Gökyayla, **Borçlar Genel**, § 34 N 2; Aral, **Takas**, s. 176.

⁷⁵⁴ Engel, **Obligations**, s. 670; Tercier, Pichonnaz, **Obligations**, N 1648; Aepli, **ZürcherKomm**, OR Vorbem. Art. 120-126 N 117 vd.; Develioğlu, **Takas**, s. 222; Tercier, Pichonnaz, **Obligations**, N 1612, 1648; Pichonnaz, **Compensation**, N 2019; Aral, **Takas**, s. 204.

⁷⁵⁵ Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 135 N 29; Pichonnaz, **Compensation et prescription**, s. 99; Develioğlu, **Takas**, s. 266; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 320, 321; **Yargıtay** 9. HD, T. 14.9.2009, E. 2008/9407, K. 2009/22810 (kazancı). Takas savunmasına terditli olarak (*à titre subsidiaire - Eventualverrechnung*) başvurulması durumunda dahi zamanaşımının kesileceği yönünde bkz. Pichonnaz, **Compensation et prescription**, s. 99; Develioğlu, **Takas**, s. 266, 267. Takas savunmasının terditli olarak ileri sürülmesi konusunda ayrıca bkz. Aral, **Takas**, s. 217-220; **İsvFM**, ATF 141 III 549; Pascal Pichonnaz, "La compensation éventuelle dans deux procédures distinctes", **DC 2016**, s. 159, 161 (DC 2016), s. 159 vd.

⁷⁵⁶ Pichonnaz, **Compensation et prescription**, s. 99, 100; Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 135 N 29; Develioğlu, **Takas**, s. 266, 267. Alacaklının takas beyanının, açıkça alacağın kalan kısmını da kapsadığı anlaşılıyorsa, alacağın takas ile sona ermeyen kısmı için zamanaşımını kesici etkisinin kabul edilmesi gerektiği görüşünde bkz. Erdem, **Zamanaşımı**, s. 320, 321.

⁷⁵⁷ Belirtmek gerekir ki, bu durumda alacaklı, borçluyla arasında bir takas ilişkisi mevcut olduğundan ve kendi alacağının takasla sona ermeyen kısmı açısından hukuki menfaati bulunduğundan HMK

takas sebebiyle sona ereceğinden, bu durumda zamanaşımının kesilmesinden bahsetmek gereksizdir⁷⁵⁸. Takas yalnızca para alacakları veya türdeş diğer alacaklar için söz konusu olduğundan (TBK m. 139 f. I), ayıptan doğan taleplerden yalnızca konusu bir miktar para olan alacaklar açısından takas itirazının zamanaşımını kesmesi önem taşır.

Alıcının kendisine karşı açılan davada, ayıplı ifa def'i ileri sürmesi (TBK m. 231 f. I) zamanaşımının kesilmesi sonucunu doğurmaz. Zira, söz konusu def'i hakkı alıcının talepleri zamanaşımına uğrayınca doğar ve sona ermiş zamanaşımı süresinin kesilmesi mümkün olmaz. Öte yandan, *geriye etkili dönme görüşü* kabul edilecek olursa, kanımızca satıcının mülkiyet hakkına dayanan iade talebine karşı, alıcının TBK m. 229'dan doğan alacak haklarına dayanarak, satılanı hapis hakkına binaen (TMK m. 950) elinde bulundurduğunu def'i yoluyla ileri sürmesi durumunda da zamanaşımı süresi kesilmiş olur⁷⁵⁹. Kanımızca, bu durum hapis hakkının doğrudan uygulama alanına dâhildir. Ayrıca, İsviçre Federal Mahkemesi, satış bedelinin geri verilmesine kadar, alıcının satılanı elinde tutmaya devam etmesini, *şahsi nitelikte bir hapis hakkı* olarak değerlendirmektedir. Bu durumda da alıcının, davada satıcıya karşı satılanı hapis hakkına dayanarak elinde tuttuğunu ileri sürmesi, zamanaşımı süresinin kesilmesi sonucunu doğurur⁷⁶⁰.

Kanun koyucu TBK m. 154 f. I b. 2 hükmünde, son olarak, alacaklının icra takibine girişmesi ile borçlu aleyhine iflas masasına başvurmasını zamanaşımını kesen bir neden olarak düzenlemiştir. Söz konusu düzenleme uyarınca zamanaşımının kesilmesi, maddi hukuk açısından mevcut olan alacağın tamamı için değil, ancak takibe konu yapılan miktar ölçüsünde söz konusu olur⁷⁶¹. TBK m. 231 hükmünde satılanın ayıbından doğan sorumluluğa ilişkin her türlü "*davanın*" iki

m. 132 uyarınca karşı dava açmayı da tercih edebilir. Tam aksi bir durumda alacak takas savunmasıyla sona ereceğinden, karşı dava açmakta alacaklının hukuki menfaati bulunmamaktadır. Aynı yönde bkz. Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl**, s. 1230; Develioğlu, **Takas**, s. 266, dn. 1117.

⁷⁵⁸ Pichonnaz, **Compensation et prescription**, s. 99, 100; Develioğlu, **Takas**, s. 266, dn. 1117. Belirtmek gerekir ki, bu durumda pasif alacağın aktif alacaktan fazla olan kısmı için ikrar manasına geleceğinden zamanaşımı takas dermeyan eden kişinin borcu açısından da kesilecektir. Bkz. Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Cilt I, N 1943, dn. 212.

⁷⁵⁹ Ayıptan doğan alacaklar açısından olmasa da başka alacaklar açısından aynı yönde bkz. Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 135 N 22; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 320.

⁷⁶⁰ **İsvFM**, ATF 109 II 26 = JdT 1983 I 263. Aynı görüşte bkz. Tandoğan, **Borçlar Özel**, Cilt I/1, s. 185.

⁷⁶¹ Béguelin, **FJS 815**, s. 3; Gauch, **Entreprise**, N 2269; Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 135 N 27; Bettems, **Garantie**, s. 86; Erdem, **İstanbul Şerhi**, TBK m. 154 N 79; **İsvFM**, ATF 133 III 675; ATF 119 II 339 = JdT 1993 I 730 (Kararın değerlendirmesi için bkz. Stephen V. Berti, "Zur Unterbrechung der Verjährung durch Betreibung und Klage - oder die Alternativen zum «Inspired guess»", **recht 1994**, s. 76-79)

yılda zamanaşımına uğrayacağı belirtilmiş olsa da, hükmün geniş yorumlanarak icra ve iflas takibini de kapsamına aldığı; gerek ilamlı gerek ilamsız icrada, takip talebinde bulunulmasıyla birlikte, takipsiz (*doğrudan*) iflasta mahkemeye başvurulmasının ardından⁷⁶² zamanaşımının kesileceği haklı olarak ifade edilmektedir⁷⁶³.

Takip talebinin zamanaşımını kesmesi için, ödeme emrinin borçluya tebliği gerekli olmayıp⁷⁶⁴, yalnızca takip talebin kanuni unsurları içermesi, ayrıca gerekli harç ve giderlerin ödenmiş olması yeterlidir⁷⁶⁵. Bu unsurları içermediği için takip iptal edilirse, zamanaşımı süresi kesilmiş sayılmaz⁷⁶⁶. Öte yandan, takip talebi yetkisiz icra dairesine verilmiş olsa bile, alacaklının alacağını takip etme iradesi açık bir şekilde ortaya konulduğu için zamanaşımının kesilmesi sonucu korunmuş olur⁷⁶⁷. Her ne kadar, TBK m. 158 hükmünde “*dava*” veya “*def’iden*” bahsediliyor olsa da, alacaklının düzeltilebilecek bir yanlışlık yapmış olması durumunda zamanaşımı süresinin dolmuş olması tehlikesine karşı, *altmış günlük ek süre* imkânının kıyasen takip işlemlerine de uygulanabileceği kabul edilmektedir⁷⁶⁸.

⁷⁶² Takipsiz (*doğrudan*) iflas kavramının dava değil icra takibi kavramına dâhil olduğu ve zamanaşımının dava yoluyla kesilmediği yönünde bkz. Gauch, Schluep, Schmid, Emmenegger, **OR AT**, N 3345; Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 135 N 13.

⁷⁶³ Gauch, Schluep, Schmid, Emmenegger, **OR AT**, N 3345; Gauch, **Entreprise**, N 2269; Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 135 N 12; Rainer Schumacher, Erich Rüegg, “Die Haftung des Grundstückverkäufers”, **Der Grundstückkauf**, (Hrsg. Alfred Koller), 2. Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2001, s. 175-202 (Grundstückkauf), s. 305.

Mehaz İsviçre Kanunu CO art. 210’da da dava anlamına gelen Almanca “*Klage*”, Fransızca “*action*”, İtalyanca “*azione*” kelimeleri kullanılmıştır. Söz konusu terim, Roma Hukuku’nda belli usullere uyularak kullanılan, ayıptan doğan hakları betimleyen “*actio redhibitoria*” ile “*actio quanti minoris*” kavramlarından modern hukuk sistemimize aktarılmıştır. Bu sebeple, ilgili kavramlar dar anlamda “*dava*” kavramının karşılığını oluşturmaz. Ayrıntılı bilgi için bkz. Pichonnaz, **Fondements romains**, N 2080-2114.

⁷⁶⁴ Takip talebinin sonradan geri çekilmesi sebebiyle ödeme emrinin hiçbir zaman borçluya tebliğ edilmemiş olmasına rağmen zamanaşımının yine de kesileceği yönünde bkz. **İsvFM**, ATF 104 III 20 = JdT 1979 II 93; **KanM (Valais)**, 10.6.2013, RVJ 2014, s. 157. Aynı yönde: Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan, Özekes, **İcra İflâs**, s. 96; Erdem, **İstanbul Şerhi**, TBK m. 154 N 85.

⁷⁶⁵ Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan, Özekes, **İcra İflâs**, s. 96; Erdem, **İstanbul Şerhi**, TBK m. 154 N 85, 86; Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 135 N 12; Däppen, **BaslerKomm**, OR Art. 135 N 6.

⁷⁶⁶ Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 135 N 12; Däppen, **BaslerKomm**, OR Art. 135 N 6; Gauch, Schluep, Schmid, Emmenegger, **OR AT**, N 3347; Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan, Özekes, **İcra İflâs**, s. 96; Erdem, **İstanbul Şerhi**, TBK m. 154 N 83. Örneğin takip talebinde borçlunun yanlış gösterilmiş olması sebebiyle zamanaşımı süresi kesilmez. Bkz. **İsvFM**, ATF 53 II 202 = JdT 1927 I 495; ATF 71 II 147 = JdT 1945 I 612. Şikâyet yoluyla düzeltilebilecek eksiklikler için takibin iptal edilmeyeceği için zamanaşımının kesilmiş sayılacağı yönünde: Erdem, **İstanbul Şerhi**, TBK m. 154 N 83.

⁷⁶⁷ Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan, Özekes, **İcra İflâs**, s. 96; Erdem, **İstanbul Şerhi**, TBK m. 154 N 85.

⁷⁶⁸ Gauch, Schluep, Tercier, **Obligations**, N 2099; Berti, **ZürcherKomm**, OR Art. 135 N 156; Spiro, **Begrenzung I**, s. 331-334; Bucher, **OR AT**, s. 467; Niklaus, **Prescription**, N 217; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Borçlar Genel**, s. 1069; Hatemi, Gökyayla, **Borçlar Genel**, § 35 N 34;

Alıcının ayıptan doğan alacak hakkını İİK m. 219 f. II’de belirtilen ve iflas masasının yapacağı ilanı takip eden bir ay içinde iflas masasına kaydettirmesi durumunda zamanaşımı süresi kesilir. Ayrıca, İİK m. 194 uyarınca müflisin davacı veya davalı olduğu hukuk davaları durur ve bu süre boyunca alacak hakları için zamanaşımı süresi işlemez⁷⁶⁹. O halde, ayıptan doğan haklar için zamanaşımı süresi ikinci alacaklılar toplanmasından on gün sonra, yani durma sebebinin ortadan kalkmasından itibaren yeniden işlemeye başlar⁷⁷⁰. Zira, TBK m. 157 f. III’te iflasa ilişkin hükümlere göre alacağın yeniden istenmesi imkânının doğumundan itibaren zamanaşımı süresinin yeniden işlemeye başlayacağı düzenlenmiştir. Belirtmek gerekir ki, İİK m. 194 f. I hükmünde vücut üzerinde ika olunan zararlardan doğan tazminat davaları açısından zamanaşımının işlemeye devam edeceği öngörülmüştür. O halde, satılanın ayıplı olmasından dolayı alıcının uğradığı bedensel zararlar açısından zamanaşımı süresinin durması söz konusu olmaz.

Zamanaşımı süresi, alıcının dava açmış veya açılmış olan bir davada def’i ileri sürmüş olması durumunda, TBK m. 157 f. I hükmü uyarınca tarafların yargılamaya ilişkin her işleminden (*taraf usul işlemleri*) veya hâkimin her kararından sonra yeniden işlemeye başlayacaktır. Kanun koyucunun *ratio legis*’i alacaklının adeta alacağından vazgeçerek yargılamanın gecikmesine neden olmasını engellemek ve alacaklının muhtemel hareketsizliğini cezalandırmaktır⁷⁷¹. Hükümde ifade edilen taraf usul işlemleri, yargılamanın ilerlemesi ve davanın çözümü amacıyla tarafların kendi aralarında yaptıkları veya mahkemeyle taraflar arasında yapılan işlemlerdir⁷⁷². Gerçekten de hükümde ifade edilen taraf işlemlerinden, sözlü olarak bilgi istenmesi⁷⁷³, avukat değişikliğinin bildirilmesi, dosyadan evrak talep edilmesi⁷⁷⁴ gibi işlemler değil, yargılamanın ilerlemesini sağlayan taraf usul işlemlerinin anlaşılması

Erdem, **İstanbul Şerhi**, TBK m. 154 N 86. Karşı görüşte bkz. **KanM (Zürich)**, ZR 106/2007, s. 141. Yetkisiz icra dairesine yapılan takibin zamanaşımını kesmeyeceğinin kabul edilmesi durumunda TBK m. 158 hükmünün uygulanabileceği görüşünde bkz. Erdem, **İstanbul Şerhi**, TBK m. 154 N 86.

⁷⁶⁹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan, Özekes, **İcra İflâs**, s. 415-416.

⁷⁷⁰ İsviçre Hukuku’nda da aynı yönde bkz. Gauch, **Entreprise**, N 2263.

⁷⁷¹ Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 138 N 1. Ayrıca bkz. **İsvFM**, ATF 133 III 675; ATF 130 202; ATF 75 II 227. Aynı yönde bkz. Halûk Tandoğan, **Notions préliminaires à la théorie générale des obligations**, Mémoires publiés par la Faculté de Droit Genève, Librairie de l’Université Georg et Cie S.A., Genève, 1972 (Préliminaires), s. 61.

⁷⁷² Erdönmez, **Pekcanitez Usûl**, s. 435.

⁷⁷³ Yazılı işlemler gibi tarafların her zaman inceleyebilecekleri işlemlerin zamanaşımını keseceği yönünde bkz. Gauch, Schluep, Tercier, **Obligations**, N 2087; **İsvFM**, ATF 106 II 32 = JdT 1981 I 137.

⁷⁷⁴ **İsvFM**, ATF 85 II 187 = JdT 1960 I 78; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Borçlar Genel**, s. 1066.

gerektiği ifade edilmektedir⁷⁷⁵. Hâkimin zamanaşımını kesen kararları ise mahkemenin iç işleyişine ilişkin olmayan mahkeme usul işlemleridir⁷⁷⁶. Bu işlemler mahkemenin dış işleyişine ilişkin işlemler olabileceği gibi, ara kararlar veya mahkemenin dosyadan elini çektiği nihai kararlar gibi mahkemenin verdiği kararlar da olabilir. Kanun koyucu ayrıca TBK m. 157 f. II’de önceki fıkra ile paralel şekilde, taraf ve icra takip işlemlerinin zamanaşımını keseceğini düzenlemiştir. Burada ifade edilen her iki takip işleminden anlaşılması gereken husus, taraf usul işlemlerinde olduğu gibi, cebri icranın ilerlemesini sağlayan, alacaklıyı borçlunun malvarlığından alacağını almaya yaklaştıran işlemlerdir⁷⁷⁷.

Dava veya tahkim yargılaması davacı lehine sonuçlanır, alıcı kendi lehine bir *hüküm* elde ederse, TBK m. 231’de düzenlenmiş olan zamanaşımı süresi hükmünü yitirir ve TBK m 156 uyarınca on yıllık yeni bir süre başlamış olur. Şayet icra takibi sonunda alıcı hakkına kavuşamaz ya da tam olarak tatmin olamazsa, İİK m. 143 f. VI uyarınca düzenlenecek olan *aciz vesikası* yirmi yıllık zamanaşımına tabi olur⁷⁷⁸.

V. Ayıptan Sorumlulukta Zamanaşımının Hükümleri

A. Zamanaşımının Hukuki Sonuçları

Satıcının ayıptan sorumluluğundan doğan alacak haklarının zamanaşımına uğramasıyla birlikte söz konusu alacak hakları sona ermemektedir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu eski Borçlar Kanunu’nun aksine, zamanaşımı hükümlerini, borcun sona erme hallerinden ayrı tutarak, “*İkinci Ayırım - Zamanaşımı*” başlığı altında düzenlemiş ve zamanaşımı süresinin, borcun sona ermesi açısından herhangi bir etkisinin bulunmadığını açık bir şekilde vurgulamıştır. Ancak, zamanaşımı süresinin

⁷⁷⁵ Gauch, Schlupe, Tercier, *Obligations*, N 2087; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, *Borçlar Genel*, s. 1066; Erdönmez, *Pekcanitez Usûl*, s. 435; Erdem, *Zamanaşımı*, s. 336.

⁷⁷⁶ Erdem, *Zamanaşımı*, s. 336; *İsvFM*, ATF 123 III 213 = JdT 2000 I 208. Mahkeme usul işlemleri için bkz. Erdönmez, *Pekcanitez Usûl*, s. 448-451.

⁷⁷⁷ Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan, Özekes, *İcra İflâs*, s. 4, 5; Erdem, *Zamanaşımı*, s. 337, 338; *İsvFM*, ATF 114 II 335 = JdT 1989 I 337; *Yargıtay* 17. HD, T. 25.3.2013, E. 2012/16274, K. 2013/4118 (kazancı): “...Zamanaşımını kesen işlemler icra takibini sonuca doğru ilerleten ve bulunduğu safhadan alıp bir adım öteye götüren işlemler olup, BK’nın 136/2. maddesindeki (6098 sayılı TBK. md. 157/2) “takibe ilişkin her muamele” ifadesinin anlamının, alacaklı veya icra dairesinin takibi yeni bir aşamaya ulaştıran işlemleri olarak anlaşılması gerektiği açıktır...”

⁷⁷⁸ Aciz vesikasına bağlanmış borçların zamanaşımına uğramayacağı yönündeki ifade, İİK m. 143 f. VI hükmü nazara alındığında isabetli olmamıştır. Bkz. Nazlı Hilal Çelik, “Zamanaşımı, TBK m. 72-73”, *İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu*, (ed. : Turgut Öz, Faruk Acar, Emre Gökyayla, H. Murat Develioğlu), Cilt 1, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019, s. 1075-1108 (İstanbul Şerhi), TBK m. 72 N 13.

dolmasının, alacak hakkını ne şekilde etkileyeceği hususu kanunda açıkça düzenlenmiş değildir⁷⁷⁹.

Zamanaşımı süresinin tamamlanması, satıcının garanti borcu üzerinde zayıflatıcı bir etki göstererek, onu *koruması zayıflatılmış borç (obligation à protection affaiblie)*⁷⁸⁰ haline getirir⁷⁸¹. Zira, zamanaşımı süresinin tamamlanmasıyla birlikte satıcı, alıcıya karşı bir def'i imkânına sahip olur⁷⁸². Böylece zamanaşımı süresinin dolmasından itibaren alacak hakkının herhangi bir hukuki yolla talep edilmesi durumunda satıcı, def'i niteliğindeki savunma imkânını kullanarak, kendisine yöneltilmiş olan dava veya takip talebini savuşturabilir. Bu durumda alıcının ileri sürdüğü talep etkisizleşir. İşte bu sebeple, zamanaşımı süresi, alıcının ayıptan doğan dava haklarını sınırlandırır; ancak, ortadan kaldırmaz⁷⁸³. Başka bir deyişle, zamanaşımı süresinin dolması, *alacağı felce uğratmakta*⁷⁸⁴, fakat alacağı söndürmemektedir. Nitekim, kanun koyucu TBK m. 161 hükmünde hâkimin zamanaşımı ileri sürülmedikçe bunu kendiliğinden göz önüne alamayacağını düzenlemiştir. O halde, hâkimin zamanaşımı süresinin dolduğunu kendiliğinden nazara alamaması, bir yandan bu sürenin geçmesinin borcu sona erdirmeyerek,

⁷⁷⁹ Örneğin bkz. Frossard, **Obligations naturelles**, s. 45; Niklaus, **Prescription**, N 123 vd.

⁷⁸⁰ Söz konusu kavram için bkz. Tercier, Pichonnaz, **Obligations**, N Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **Borçlar Genel**, N 303; Engel, **Obligations**, s. 798.

⁷⁸¹ Gauch, **Entreprise**, N 2280; Engel, **Obligations**, s. 798; Gauch, Schluep, Tercier, **Obligations**, N 2101; Gauch, Schluep, Schmid, Emmenegger, **OR AT**, N 3377; Koller, **OR AT**, § 67 N 67.02; Parein-Reymond, **Prescription**, s. 182; Bouverat, Wessner, **AJP 2010**, s. 966; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Borçlar Genel**, s. 1031; Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Genel**, s. 48; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1312; Serozan, **Borçlar Genel**, s. 392; **İsvFM**, ATF 133 III 6 = JdT 2007 I 243.

⁷⁸² Frossard, **Obligations naturelles**, s. 45, 46; Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 142 N 1; Niklaus, **Prescription**, N 123; Hans Merz, **Traité de droit privé suisse**, Volume VI, Droit des obligations, Partie générale, Tome I: Introduction §§ 1-3, Genève, Caractéristiques principales, L'obligation §§ 4-20, (Traduction française: Pierre Giovannoni), Éditions Universitaires Fribourg Suisse, Fribourg, 1993 (Obligations), s. 236.

⁷⁸³ Gauch, **Entreprise**, N 2280; Gauch, Schluep, Tercier, **Obligations**, N 210; Benedick, Vischer, **Verjährungsregeln**, N 6; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 351; **Yargıtay 22. HD**, T. 19.9.2019, E. 2017/24012, K. 2019/16895 (kazancı); **Yargıtay 9. HD**, T. 25.4.2019, E. 2017/12721, K. 2019/9715 (kazancı): "...Zamanaşımı, bir borcu doğuran, değiştiren ortadan kaldıran bir olgu olmayıp, salt doğmuş ve var olan bir hakkın istenmesini ortadan kaldıran bir savunma aracıdır. Bu bakımdan zamanaşımı alacağın varlığını değil, istenebilirliğini ortadan kaldırır. Bunun sonucu olarak da, yargılamayı yapan yargıç tarafından yürüttüğü görevinin bir gereği olarak kendiliğinden göz önünde tutulamaz. Borçlunun böyle bir olgunun var olduğunu, yasada öngörülen süre ve usul içinde ileri sürmesi zorunludur. Demek oluyor ki zamanaşımı, borcun doğumu ile ilgili olmayıp, istenmesini önleyen bir savunma olgusudur. Şu durumda zamanaşımı, savunması ileri sürülmedikçe, istemin konusu olan hakkın var olduğu ve kabulüne karar verilmesinde hukuksal ve yasal bir engel bulunmamaktadır...". Zamanaşımı süresinin tamamlanmasıyla alacak hakkının sona ereceğini savunan istisnai görüş için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Genel**, s. 48, dn. 17'de anılan yazarlar.

⁷⁸⁴ Tercier, Pichonnaz, **Obligations**, N 1714; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **Borçlar Genel**, N 1590; Tandoğan, **Préliminaires**, s. 60; Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 142 N 1; Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Genel**, s. 48; Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 142 N 1; Bettems, **Garantie**, s. 84.

satıcıya bir itiraz değil, def'i hakkı tanındığını göstermektedir. Diğer yandan ise, TBK m. 161 hükmü, satıcının alıcıya karşı zamanaşımı savunması yapmak zorunda olmadığını belirtmektedir. O halde, zamanaşımı def'ini ileri sürme hakkı, tamamen satıcıya tanınmış bir imkândır ve satıcının zamanaşımı savunması yapmaya zorlanamaması sebebiyle, bu imkân “*vicdan def'i (Gewissenseinrede)*” olarak da adlandırılmaktadır⁷⁸⁵.

Salt zamanaşımı süresinin tamamlanmasının borcu ne şekilde etkileyeceği, yukarıda ifade edildiği üzere kanunda açıkça düzenlenmemiştir. Nitekim, İsviçre-Türk Hukuku'nda hâkim öğretisi ve İsviçre Federal Mahkemesi, zamanaşımı süresinin dolmasıyla birlikte, alacağın “*eksik borç (obligation imparfaite/naturelle - Naturalobligation)*” haline geldiğini ifade etmektedir⁷⁸⁶. Öğretide zamanaşımına uğramış bir borcun dava edilebilmesinden hareketle, zamanaşımına uğramış borcu dar anlamdaki doğal (*tabi*) borçlardan⁷⁸⁷ ayırmak için “*def'ie tabi eksik borç (obligation sujette à l'exception - die einredebelastete Forderung)*” kavramı da kullanılmaktadır⁷⁸⁸. Buna karşılık, Yargıtay tarafından savunulan ve bizim de

⁷⁸⁵ Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Genel**, s. 48; Schaller, **Einreden**, N 615, dn. 1017; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 351, dn. 1217. Esasen bu durumda kanun koyucu, borçluya bir serbesti tanıyarak, borçluyu borcunu ifa edip etmeme konusunda tek başına düşünmeye itmektedir. Bkz. **İsvFM**, ATF 119 II 368 = JdT 1996 I 274; ATF 101 Ib 348; ATF 99 II 185 = JdT 1974 I 46. Zamanaşımı def'inin ileri sürülüp sürülmeyeceği yönündeki kararı, kanun koyucunun borçlunun vicdanına bıraktığı yönünde bkz. Berti, **ZürcherKomm**, OR Art. 142 N 1.

⁷⁸⁶ Rossel, **Obligations**, s. 204; Capitaine, **Prescription**, s. 104; Frossard, **Obligations naturelles**, s. 45, 46; Vautier, **Délai**, s. 271; Merz, **Obligations**, s. 236, 237; Fournier, **Prescription**, s. 5; Engel, **Obligations**, s. 798; Schwenger, **OR AT**, N 4.41; Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 127 N 49; Pichonnaz, **Compensation et prescription**, s. 93; Tschütscher, **Verjährung**, N 221; Giger, **BernerKomm**, OR Art. 210 N 64; Bieger, **Mängelrüge**, s. 73; Schluep, **Nachbesserung**, s. 91; Pétermann, **Prescription**, s. 14; Bouverat, Wessner, **AJP 2010**, s. 966; Parein-Reymond, **Prescription**, s. 182; Feyzioğlu, **Borçlar Genel**, s. 520; Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Cilt I, N 63-70; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Borçlar Genel**, s. 24, 25; Aral, Ayrancı, **Borçlar Özel**, s. 156; Yavuz, **Borçlar Özel**, s. 169; Serozan, **Borçlar Genel**, s. 332, 392; Helvacı, **Contrat**, s. 216; **İsvFM**, ATF 133 III 6 = JdT 2007 I 243; ATF 99 II 185; **KanM (Zürich)**, ZR 67/1968, s. 84.

Frossard, bir borcun eksik borç sayılabilmesi için üç unsurun mevcut olması gerektiğini ifade etmektedir. Bu şartlar söz konusu borcun iki kişi arasında akdi bir ilişkiden doğmuş olması, borcun ifası için dava imkânının söz konusu olmaması ve ifa edilmiş borçların iade edilememesi şeklinde ifade edilmektedir. Yazara göre zamanaşımına uğramış borçlar için bütün şartlar sağlanmaktadır. Bkz. Frossard, **Obligations naturelles**, s. 39, 46. Söz konusu prensipler İsviçre-Türk öğretisi tarafından da benimsenmiştir. Bkz. Tandoğan, **Préliminaires**, s. 55, 56.

⁷⁸⁷ Kanun koyucunun tam anlamıyla geçersiz saymadığı; ancak, dava hakkı da tanımadığı, şayet dava açılırsa hâkimin re'sen nazara alabileceği eksik borçlar, dar anlamda eksik borç olarak adlandırılmaktadır. Kumar ve bahisten doğan borçlar (TBK m. 604-606) böyledir. Bu konuda bkz. Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Cilt I, N 66; Niklaus, **Prescription**, N 124. Esasında *borç* teşkil etmediği ve doğrudan eksik borç sayılamayacağı görüşünde bkz. Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Borçlar Genel**, s. 24, 27.

⁷⁸⁸ Peter Jäggi, **Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch**, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR), Art. 1-17 OR, 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 1973 (ZürcherKomm), OR Vorbem. Art. 1 N 73; Gauch, Schluep,

katıldığımız öğretide azınlıkta kalan diğer görüşe göre ise⁷⁸⁹, zamanaşımı süresinin geçmesiyle birlikte borç kendiliğinden eksik borca dönüşmez. Zira, borçlu zamanaşımı def'ini ileri sürmedikçe zamanaşımına uğramış bir borç, diğer borçlardan farklı bir hukuki niteliğe sahip değildir. Bu açıdan, zamanaşımına uğramış bir borcun eksik borca dönüşmüş olması için, borçlunun muhakkak zamanaşımı def'ini ileri sürmüş olması gerekmektedir⁷⁹⁰. Salt zamanaşımı süresinin dolması, alacağın talep edilme kabiliyetini ve satıcının ayıptan sorumluluğunu zayıflatıcı bir etkiye sahiptir. Bunun dışında, herhangi bir sebeple zamanaşımı def'i ileri sürülmezse, alacak zamanaşımı süresi hiç dolmamış gibi, *tam borç* niteliğinde, dava veya takip yoluyla talep edilebilecektir⁷⁹¹. Aynı sonuç ayıp sebebiyle alıcının sahibi olduğu yenilik doğurucu hakları zamanaşımı süresi bittikten sonra kullanması durumunda da geçerlidir. Zira, satıcı zamanaşımı def'ini ileri sürmedikçe, ayıptan doğan hakların zamanaşımı süresi sona erdikten sonra kullanılmasının bir önemi bulunmamaktadır.

Schmid, Emmenegger, **OR AT**, N 84; Tercier, Pichonnaz, **Obligations**, N 321, 1717; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **Borçlar Genel**, N 300, 301, 1593; Venturi, **Réduction**, N 1260.

⁷⁸⁹ Tandoğan, **Préliminaires**, s. 60, 61; Venturi, **Réduction**, N 1260, 1290; Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Genel**, s. 48; Eren, **Borçlar Genel**, s. 94; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 1132; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 352; Buz, **Yenilik Doğuran Haklar**, s. 94, dn. 20, s. 105; Şenocak, **Ayıp**, s. 240; **Yargıtay** HGK, T. 12.3.2019, E. 2015/21-2925, K. 2019/277 (kazancı); **Yargıtay** HGK, T. 19.3.2019, E. 2017/14-1750, K. 2019/321 (kazancı); **Yargıtay** HGK, T. 23.5.2019, E. 2017/13-563, K. 2019/605 (kazancı): "...Zamanaşımına uğrayan alacağın tahsili hususunda devlet kendi gücünü kullanmaktan vazgeçmekte, böylece söz konusu alacağın ödenip ödenmemesi keyfiyeti borçlunun iradesine bırakılmaktadır. Şu hâlde zamanaşımına uğrayan alacak ortadan kalkmamakla beraber artık doğal bir borç (*Obligation naturalis*) hâline gelmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki, alacağın salt zamanaşımına uğramış olması, onun eksik bir borca dönüşmesi için yeterli olmayıp borçlunun kendisine karşı açılmış olan alacak davasında alacaklıya yönelik bir def'ide bulunması şarttır..."

Öğretide Jäggi'ye göre zamanaşımına uğrayan borç, ancak zamanaşımın def'i sebebiyle davanın reddedilmesi durumunda eksik borca dönüşmektedir. Zira, yalnızca bu durumda kumar veya bahisten doğan borç gibi, zamanaşımına uğramış borç da tekrar dava edilme imkânını tamamen yitirmektedir. Bkz. Jäggi, **ZürcherKomm**, OR Vorbem. Art. 1 N 73-75; Venturi, **Réduction**, N 1260.

⁷⁹⁰ Her ne kadar zamanaşımı def'inin ileri sürülmesiyle birlikte borç eksik borca dönüşmüş olsa da, alıcı daha sonra def'i hakkından açık veya örtülü bir şekilde feragat ederse, zamanaşımı süresi tekrar canlanmış olur. Bu durumda zamanaşımı süresi tekrar işlemeye başlayacağı için, borç eksik borç olmaktan kurtulur.

⁷⁹¹ Jäggi, **ZürcherKomm**, OR Vorbem. Art. 1 N 73-75; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Borçlar Genel**, s. 25; Venturi, **Réduction**, N 1290; Eren, **Borçlar Genel**, s. 94; Buz, **Yenilik Doğuran Haklar**, s. 94. Zamanaşımına uğramış borcun hiçbir zaman eksik borca dönüşmeyeceği yönündeki istisnai görüş için bkz. Gauch, Schluep, Schmid, Emmenegger, **OR AT**, N 82-85; Venturi, **Réduction**, N 1290. Zamanaşımına uğramış bir borcun *dava hakkı vermeyen* bir eksik borca dönüştüğünün ifade edilmesi isabetli değildir. Zira, borç zamanaşımına uğrasa bile, dava imkânı her daim mevcuttur. Söz konusu açıklamalar için bkz. Fournier, **Prescription**, s. 5. Aynı şekilde zamanaşımı süresinin dolması sebebiyle alacağın dava ve talep edilebilmesinin mümkün olmadığı yönündeki açıklamalara katılma olanağı bulmuyoruz. Bkz. Yavuz, **Ayıp**, s. 164, 165; Çelik, **İstanbul Şerhi**, TBK m. 72 N 5.

Zamanaşımı def'inin ileri sürülmedikçe hâkimin re'sen zamanaşımı süresinin dolduğunu göz önüne alamaması yönündeki hüküm (TBK m. 161) göstermektedir ki, zamanaşımı def'inin mutlaka *dava esnasında* ileri sürülmesi durumunda hâkim, borçlunun ifa talebini, zamanaşımı süresinin dolması sebebiyle reddedebilecektir⁷⁹². Hâkim dava malzemesinden zamanaşımı def'inin daha önceden dava dışı bir yolla ileri sürülmüş olduğunu anlasa bile, bu durumu re'sen nazara alamaz⁷⁹³. Zira, kanun koyucu her şeyden önce zamanaşımı def'inin dava esnasında ileri sürülmesi durumunu dikkate alarak borçluya böyle bir savunma imkânı tanımıştır⁷⁹⁴. Öte yandan, borçlunun daha önce kendisine karşı ileri sürülmüş olan ifa talebini zamanaşımı savunmasıyla bertaraf etmiş olması ihtimalinde, ileri sürdüğü def'i hakkından, dava esnasında feragat etmesi de mümkündür⁷⁹⁵. Bu durumda, zamanaşımından feragat edildiği kabul edilerek, hâkimin esasa girip, başkaca bir savunma imkânı yoksa, alacaklı lehine hüküm kurması gerekmektedir. Bu sebeple, dava dışı bir yolla zamanaşımı def'i ileri sürülmüş olsa bile, hâkimin bu savunmayı göz önünde bulundurabilmesi için, borçlunun zamanaşımı def'ini ileri sürme yönündeki iradesinin devam ettiğini belirtmesi yahut tekraren söz konusu def'i hakkını kullandığını süresinde bildirmesi şarttır⁷⁹⁶. Zamanaşımı def'inin dava dışında ileri sürülmesi, borçlanılan edimin ifasından haklı bir kaçınma sebebi teşkil eder⁷⁹⁷.

⁷⁹² Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 142 N 2; Bucher, **OR AT**, s. 447; Frossard, **Obligations naturelles**, s. 45, dn. 10; Niklaus, **Prescription**, N 134; Kuru, **Medeni Usul**, s. 175; Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl**, s. 1210; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 353, 354. Aynı yönde bkz. Niklaus, **Prescription**, N 126.

⁷⁹³ **Yargıtay** 10. HD, T. 1.11.2016, E. 2015/7193, K. 2016/12231 (kazancı); **Yargıtay** 9. HD, T. 25.4.2019, E. 2017/12721, K. 2019/9715 (kazancı); **Yargıtay** 4. HD, T. 12.4.2001, E. 2000/12669, K. 2001/3722 (YKD 2002/5, s. 706): "...Davalı zamanaşımı def'ini açıkça ileri sürmemişse, hakim dosya içeriğinden varlığını öğrendiği zamanaşımı def'ini kendiliğinden gözetmesi Hukuk Usulü Muhakemeleri Yasasının 75. maddesine aykırı düşer. Zamanaşımı def'i davalı tarafından esasa cevap süresi içinde ileri sürülürse ya da esasa cevap süresi geçirildikten sonra ileri sürülmekle birlikte savunmanın genişletilmesi itirazı ile karşılanmamış olması durumunda yine aynı yöntemle incelenir. Olayımızda davalı tarafından ileri sürülen bir zamanaşımı def'i bulunmadığından mahkemece re'sen (kendiliğinden) dikkate alınıp bu hususta bir karar verilesi anılan yasa kuralına aykırıdır. Ayrıca hakim, zamanaşımı def'inin yerinde bulunduğu sonucuna vardığı takdirde; davayı sırt bu nedenle reddetmekle yükümlü olup artık işin esası hakkında inceleme yapamaz ve hüküm kuramaz..."

⁷⁹⁴ Berger, **OR AT**, N 1435; Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 142 N 2; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 353.

⁷⁹⁵ Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Cilt I, N 1963; İsvFM, ATF 99 II 185 = JdT 1974 I 46; **Yargıtay** 9. HD, T. 25.4.2019, E. 2019/3628, K. 2019/9719 (kazancı); **Yargıtay** 9. HD, T. 25.4.2019, E. 2017/12721, K. 2019/9715 (kazancı).

⁷⁹⁶ Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 142 N 2; Bucher, **OR AT**, s. 447; Niklaus, **Prescription**, N 134; Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl**, s. 1210; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 353, 354.

⁷⁹⁷ Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 142 N 1. Aynı yönde bkz. Frossard, **Obligations naturelles**, s. 45, dn. 10. Zamanaşımı süresinin dolması, borçlanılan edimin ifasından haklı bir kaçınma sebebi teşkil edeceğinden, zamanaşımı def'i yoluyla edimin ifasından kaçınılması durumunda borçlu, temerrüde düşmez. Bkz. Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 142 N 1; Gauch, Schlupe, Schmid,

Bu açıdan, yalnızca dava yoluyla ileri sürülen zamanaşımı savunması, teknik anlamda bir def'i olma özelliği gösterir ve mahkeme tarafından geçerli olarak ileri sürülüp sürülmediği tespit edilebilir⁷⁹⁸. Dolayısıyla, dava dışında zamanaşımı def'inin ileri sürülmesi durumunda, alacağın kendiliğinden eksik borca dönüştüğünden söz edilemez.

Öte yandan, öğretideki aksi görüşteki yazarlar, dava dışında dahi olsa, alacaklıya karşı ileri sürülmüş olan zamanaşımı def'inin borcu eksik borca dönüştürdüğünü kabul etmekte ve borçludan daha önce alacaklıya yönelmiş olduğu savunmayı bir kez de dava esnasında ileri sürmesinin beklenemeyeceğini ifade etmektedirler⁷⁹⁹. O halde, bu görüşe göre, hâkimin dava dosyasından zamanaşımı def'inin ileri sürüldüğünü anlaması durumunda, bu hususu kendiliğinden nazara alması ve davayı esastan reddetmesi gerekmektedir. Kanımızca, bu yönde ifade edilen görüşü TBK m. 161 hükmü ile bağdaştırmak zordur. Zira, dava dosyasına intikal etmiş olsa dahi, borçlu açıkça dava esnasında ileri sürmedikçe zamanaşımının dolduğundan hareketle davanın reddedilmesi, zamanaşımı süresinin sona erdiğinin re'sen nazara alınması anlamına gelmektedir. Nitekim, hâkimin kendiliğinden göz önüne bulundurabildiği itirazlar dahi, ancak dava dosyasına intikal etmişse re'sen nazara alınabilmekte, hâkimin kendiliğinden araştırma yapması bu durumda da kabul edilmemektedir⁸⁰⁰. Zamanaşımı def'inin önceden ileri sürülmüş olduğunun dava dosyasından anlaşılması durumunda re'sen nazara alınabilmesi, itiraz ve def'i savunmaları arasındaki farkı da bir bakıma ortadan kaldırmaktadır. İtiraz bir vakıa iken, def'i bir haktır⁸⁰¹ ve satıcının bu hakkı mutlaka kullanması gerekmektedir.

Zamanaşımı süresinin dolmasıyla birlikte, etkisi zayıflayan ve felce uğrayan alacak hakkı, dava esnasında zamanaşımı def'inin ileri sürülmesiyle birlikte dava

Emmenegger, **OR AT**, N 2665; Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Cilt I, N 1505. Belirtmek gerekir ki, zamanaşımı def'i kullanıldığı anda borçlu daha önce temerrüde düşürülmüşse, def'i hakkı sonuçlarını şartları olduğu andan itibaren, yani zamanaşımı süresinin dolması anından başlayarak doğurur. Aynı yönde bkz. Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Cilt I, N 1114.

⁷⁹⁸ Frossard, **Obligations naturelles**, s. 45, dn. 10; Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 142 N 1.

⁷⁹⁹ Spiro, **Begrenzung I**, s. 557, dn. 13; Berti, **ZürcherKomm**, OR Art. 142 N 10; Koller, **OR AT**, § 67 N 24. Ayrıca bkz. Kocayusufoğlu, **Borçlar Genel**, s. 49, dn. 22'de anılan diğer yazarlar. Genel olarak def'i hakkının davadan önce kullanılmış olması durumunda, davacının iddiasından bu durum anlaşılıyorsa, hâkimin def'i hakkının kullanılmış olduğunu kendiliğinden nazara alacağı görüşünde bkz. Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Cilt I, N 1114.

⁸⁰⁰ Nitekim bu konuda bkz. Kuru, **Medeni Usul**, s. 176, 177; Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl**, s. 1263; Bolayır, **Re'sen Uygulama**, s. 209, 210.

⁸⁰¹ Claude Bonnard, **De la classification des exceptions et des exceptions de procédure en droit vaudois**, Thèse de licence et de doctorat présentée à la Faculté de Droit de l'Université de Lausanne, Imprimerie Held S.A., Lausanne, 1948 (Exceptions), s. 82; Engel, **Obligations**, s. 33, 34; Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl**, s. 1210; Kuru, **Medeni Usul**, s. 175.

yoluyla talep edilme imkânını tamamen yitirir. Bu durumda hâkim alacaklının dava yoluyla ileri sürmüş olduğu ifa talebini esastan reddeder⁸⁰². Dava esnasında def'i hakkının ileri sürmesiyle birlikte eksik borca dönüşmüş olan borcun söz konusu hukuki niteliği kalıcı hale gelir⁸⁰³. Zira, hâkimin esastan verdiği ret kararı, maddi anlamda kesin hüküm teşkil edeceğinden, alacaklıya karşı talep sonucu aynı olan başka bir davanın ikame edilmiş olması durumunda *kesin hüküm itirazı* ile karşılaşılır⁸⁰⁴. Kesin hüküm, olumsuz bir dava şartı olduğundan (HMK m. 114 f. I b. i), hâkim tarafından re'sen nazara alınır. O halde, hâkimin alıcının talebini reddetmesiyle birlikte alacağın tekrar dava veya takibe konu edilmesi mümkün olmaz ve alacaklı alacağını söz konusu yollarla talep etme imkânını, kalıcı ve kesin bir şekilde yitirir⁸⁰⁵. İşte zamanaşımı süresinin dolması, borcu sona erdirmese de borçluya süresiz olarak ifayı reddetme yetkisi sağladığı için "*kesin, sürekli veya (hak) düşürücü def'i (exception péremptoire - peremptorische Einrede)*"⁸⁰⁶ olarak nitelendirilmekte ve bu bahse konu olan zamanaşımı süreleri "*(hak) düşürücü veya söndürücü (iskatî) zamanaşımı (prescription extinctive)*"⁸⁰⁷ olarak adlandırılmaktadır.

Borçlu, alacaklının dava yoluyla ileri sürdüğü taleplerine, zamanaşımı def'i ile karşı koyabileceği gibi, icra takibi yapılması durumunda veya itirazın iptali ya da

⁸⁰² Gauch, Schluep, Schmid, Emmenegger, **OR AT**, N 3361; Gauch, Schluep, Tercier, **Obligations**, N 2103; Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 142 N 1, 10; Jäger, **Prescription**, s. 3; Niklaus, **Prescription**, N 131; Allimann, **Péremption**, N 905; İsvFM, ATF 137 III 481; ATF 132 III 661 = JdT 2007 I 452; ATF 118 II 447.

⁸⁰³ Jäggi, **ZürcherKomm**, OR Vorbem. Art. 1 N 73-75; Tercier, Pichonnaz, **Obligations**, N 321; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 357, 358.

⁸⁰⁴ Kuru, **Medeni Usul**, s. 544; Pekcanitez, Atalay, Özkes, **Medenî Usûl**, s. 209; Atalı, **Pekcanitez Usûl**, s. 2057; Niklaus, **Prescription**, N 131; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 358.

⁸⁰⁵ Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Genel**, s. 50. Alıcı bu hakkı kararın kesinleşmesiyle birlikte kalıcı bir şekilde yitirecek idiyse de, satıcının daha sonra zamanaşımından feragat etmesi yine de mümkündür. Bu durumda alıcı, eklenen feragat vakiasına dayalı olarak tekrar satıcıya karşı dava açabilir. Zira, kesin hükmün etkisi, karardan sonra meydana gelen yeni vakıaları kapsamaz. Bu konuda bkz. Atalı, **Pekcanitez Usûl**, s. 2066.

⁸⁰⁶ Frossard, **Obligations naturelles**, s. 45; Schwenger, **OR AT**, N 5.01; Berger, **OR AT**, N 1434; Tercier, Pichonnaz, **Obligations**, N 321; Gauch, Schluep, Schmid, Emmenegger, **OR AT**, N 3361; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **Borçlar Genel**, N 287; Venturi, **Réduction**, N 1288; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 357; Niklaus, **Prescription**, N 126; Jäger, **Prescription**, s. 3.

⁸⁰⁷ Frossard, **Obligations naturelles**, s. 45, 46; Fournier, **Prescription**, s. 5; Feyzioğlu, **Borçlar Genel**, s. 519; Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Cilt I, N 1903; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Borçlar Genel**, s. 1030. Esasen söz konusu kullanım, hak düşürücü süreler nazara alındığında yanıltıcı olabilecekse de, özellikle kazandırıcı zamanaşımı süreleriyle bir ayırım yapılabilmesi açısından ayırt edicidir. Zira, zamanaşımının geçmesiyle birlikte hak düşmemekte, yalnızca talep edilebilme kabiliyetini yitirmektedir. Bkz. Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Cilt I, N 1903. Söz konusu kullanımın yerinde olmadığı görüşünde bkz. Hatemi, Gökyayla, **Borçlar Genel**, § 35 N 2.

itirazın kaldırılması aşamasında da zamanaşımı def'ini ileri sürebilir⁸⁰⁸. Hâkim zamanaşımı def'ini haklı bulursa davayı usulden değil, *esastan* reddetmek zorundadır⁸⁰⁹. Bu durumda verilen karar, maddi anlamda kesin hüküm teşkil eder⁸¹⁰. Söz konusu kesin hükme rağmen, borçlunun borcu halen rızaen *ifa edilebilir* (*exécutable - erfüllbar*) durumdadır⁸¹¹. Zamanaşımı def'inin dava dışında veya dava yoluyla ileri sürülmesi yahut alacaklının talebinin zamanaşımı sebebiyle reddedilmesi, borcun ifa kabiliyetini ortadan kaldırmaz. Bu durumda yapılmış olan ifa, hataen gerçekleştirilmiş olsa dahi (TBK m. 78 I), sebepsiz zenginleşme oluşturmaz (TBK m. 78 f. II); ayrıca, bağış veya ahlaki bir yükümlülüğün ifası olarak da nitelendirilemez⁸¹². Borçlu, zamanaşımının dolduğunu bilmeden, borcunu ifa etmiş olsa dahi, edimini daha sonra sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak geri isteyemez.

Zamanaşımı def'i, sonuçlarını beyanın karşı tarafa ulaşması anından değil, zamanaşımı def'inin şartlarının oluştuğu andan itibaren doğurur⁸¹³. O halde, satıcı daha önceden temerrüde düşürülmüş ise, zamanaşımı def'inin kullanılmasıyla birlikte, def'i hakkının doğumundan sonra temerrüdün sonuçları bertaraf edilmiş olur. Her ne kadar zamanaşımına uğramış olsa bile zamanaşımı süresi dolduktan sonra işlemiş olan temerrüt faizi ortadan kalkar.

⁸⁰⁸ Gauch, **Entreprise**, N 2281; Niklaus, **Prescription**, N 126. Ödeme emrine itiraz ederken de zamanaşımı def'i ileri sürülebilir. Bkz. Nomer, **Borçlar Genel**, N 211.3; Yargıtay HGK, T. 1.10.2014, E. 2013/17-1101, K. 2014/716 (lexpera).

⁸⁰⁹ Gauch, Schluep, Schmid, Emmenegger, **OR AT**, N 3361; Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 142 N 1, 10; Jäger, **Prescription**, s. 3; Niklaus, **Prescription**, N 131; Parein-Reymond, **Prescription**, s. 180; İsvFM, ATF 137 III 481; ATF 132 III 661 = JdT 2007 I 452; ATF 118 II 447.

⁸¹⁰ Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 142 N 10; Niklaus, **Prescription**, N 131, 132; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 358.

⁸¹¹ Pétermann, **Prescription**, s. 14; Tschütscher, **Verjährung**, N 221; Frossard, **Obligations naturelles**, s. 45, dn. 9; Niklaus, **Prescription**, N 128; Bieger, **Mängelrüge**, s. 73; Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 142 N 2; Giger, **BernerKomm**, OR Art. 210 N 64; Serozan, **Borçlar Genel**, s. 339; Nomer, **Borçlar Genel**, N 211.3; Helvacı, **Contrat**, s. 216; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 354, 355. Ancak, alacak bir taşınır rehniyle güvence altına alınmışsa, bu durumda alıcı rehlin paraya çevrilmesi yoluyla, zamanaşımına uğramış olan alacağını elde edebilir (TBK m. 159). Esasen taşınmaz rehni söz konusuysa zamanaşımı süresi zaten işlemez (TMK m. 864). Bu konuda bkz. Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Genel**, s. 49; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 361.

⁸¹² Merz, **Obligations**, s. 236; Frossard, **Obligations naturelles**, s. 45; Gauch, Schluep, Schmid, Emmenegger, **OR AT**, N 3368; Pétermann, **Prescription**, s. 14; Tandoğan, **Préliminaires**, s. 55, 56; Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 127 N 49; Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Cilt I, N 1011; Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Genel**, s. 49; Niklaus, **Prescription**, N 129.

⁸¹³ Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Cilt I, N 1505.

Zamanaşımı def'inin *açık* bir şekilde ileri sürülmesi gerekmektedir⁸¹⁴. Davalı-satıcının yalnızca davanın reddini talep etmesi, zamanaşımı def'inin ileri sürülmesi açısından yeterli kabul edilemez⁸¹⁵. Lafzi açıdan çok katı davranmaktan kaçınmak gerekmele beraber, zamanaşımı def'inin ileri sürülmüş olduğunun kabul edilebilmesi için, satıcının zamanaşımı süresinin dolması sebebiyle borçlandığı edimi ifadan kaçındığını, tek taraflı bir beyanla karşı tarafa bildirmesi gerekmektedir⁸¹⁶. Bu durumda muhakkak "*zamanaşımı*" kelimesinden bahsetmek şart olmadığı gibi, satıcının hak düşürücü sürenin dolduğunu belirtmesi yahut uzun bir sürenin geçmesi sebebiyle edimi ifadan kaçındığını ifade etmesi yeterli görülmelidir⁸¹⁷.

Zamanaşımı def'i, ancak dilekçelerin değişimi aşamasında, cevap veya ikinci cevap dilekçesiyle açıkça ileri sürülmesi durumunda hâkim tarafından nazara alınabilir (TBK m. 162)⁸¹⁸. Dilekçelerin değişimi aşamasından sonra, iddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı başlayacağı için, ikinci cevap dilekçesinden sonra zamanaşımı def'i, ancak ıslah veya karşı tarafın açık izni ile ileri sürülebilir (HMK m. 141)⁸¹⁹. Aynı şekilde karşı taraf ön inceleme duruşmasına mazeretsiz olarak gelmezse, bu durumda satıcının karşı tarafın rızası olmadan da zamanaşımı def'ini ileri sürmesi mümkündür (HMK m. 141 f. I). Zamanaşımı def'inin ileri sürülmesi de, iddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağına tabidir. Hâkim zamanaşımı def'inin daha önce ileri sürüldüğünü dava dosyasından anlasa bile, bu durumda satıcıya bir hatırlatmada bulunamaz, bu durumu

⁸¹⁴ Spiro, **Begrenzung I**, s. 558, 559; Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 142 N 4; Berti, **ZürcherKomm**, OR Art. 142 N 13; Schaller, **Einreden**, N 618; Niklaus, **Prescription**, N 134; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 356; **İsvFM**, 8.10.2009, 4A_56/2008; **İsvFM**, ATF 101 Ib 348.

⁸¹⁵ Spiro, **Begrenzung I**, s. 558, 559; Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 142 N 4; Berti, **ZürcherKomm**, OR Art. 142 N 13.

⁸¹⁶ Bucher, **OR AT**, s. 446; Schaller, **Einreden**, N 618; Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 142 N 4; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Borçlar Genel**, s. 1074, 1075; **İsvFM**, ATF 66 II 234 = JdT 1941 I 139.

⁸¹⁷ Bu yönde bkz. Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Borçlar Genel**, s. 1074, 1075; Kuru, **Medeni Usul**, s. 175; Schaller, **Einreden**, N 618. Satıcının, zamanın geçmesi sebebiyle davanın dinlenemeyeceği yönündeki savunmasının yeterli olması, savunmanın yorumunun ve hangi kanun hükmüne tabi olduğunun tespitinin, HMK m. 33 uyarınca hâkimin Türk Hukuku'nu re'sen uygulamakla yükümlü olması kuralına dayanmaktadır. Bkz. Kuru, **Medeni Usul**, s. 175; Bolayır, **Re'sen Uygulama**, s. 206.

⁸¹⁸ Kuru, **Medeni Usul**, s. 175, 176; Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl**, s. 1263.

⁸¹⁹ Feyzioğlu, **Borçlar Genel**, s. 603; Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Cilt I, N 1961; Kuru, **Medeni Usul**, s. 175, 176; Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl**, s. 1263-1265; **Yargıtay** 4. HD, T. 11.2.2013, E. 2012/18234, K. 2013/2124 (kazancı); **Yargıtay** 22. HD, T. 24.6.2019, E. 2017/23064, K. 2019/13811 (kazancı); **Yargıtay** 9. HD, T. 10.6.2019, E. 2017/11370, K. 2019/12842 (kazancı); **Yargıtay** 9. HD, T. 23.5.2019, E. 2019/4067, K. 2019/11967 (kazancı): "...Zamanaşımı definin cevap dilekçesinin ıslahı yoluyla ileri sürülmesi de mümkündür..."

ima dahi edemez (HMK m. 25)⁸²⁰. Fakat davalının ileri sürdüğü vakıalardan tam olarak neyi kastettiği anlaşılmıyorsa, hâkimin, davayı aydınlatma ödevi (HMK m. 31) kapsamında, satıcıdan açıklama talep edebilmesi mümkündür⁸²¹. Belirtmemiz gerekir ki, hâkim, belirsiz vakıaları aydınlatma yönündeki görevinin, zamanaşımı def'ini hatırlatma boyutuna varmamasına ayrı bir özen göstermelidir.

Borç her ne kadar zamanaşımına uğramış olsa dahi, alıcının karşı edimi için satıcıya karşı *ödemezlik def'ini* (*exceptio non adimpleti contractus*) ileri sürmesi mümkündür⁸²². Zira, zamanaşımı def'i alacak hakkını zayıflatırsa dahi, def'i hakları zamanaşımına uğramamaktadır⁸²³. Ödemezlik def'inin kullanılabilmesi için, her iki alacağın da muaccel olması aranmakla birlikte⁸²⁴, zamanaşımı süresinin dolmamış olması şeklinde bir şart mevcut değildir. O halde, konumuz açısından, zamanaşımı süresi dolmuş olsa bile, satılanın onarılması veya ayıpsız benzeriyle değiştirilmesi haklarını kullanmış olan alıcının, satış bedelinin ödenmesi talebine, ödemezlik def'i yoluyla karşı koyması mümkündür⁸²⁵. Nitekim, kanun koyucu TBK m. 231 f. I uyarınca alıcının zamanaşımı süresinin dolmasından önce sahip olduğu def'i hakları ve itirazların, ayıp bildiriminde bulunulmuş olması kaydıyla, zamanaşımı süresinin sona ermesinden etkilenmeyeceğini açıkça öngörmüştür⁸²⁶.

⁸²⁰ Gauch, Schluep, Schmid, Emmenegger, **OR AT**, N 3363; Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 142 N 5; Däppen, **BaslerKomm**, OR Art. 142 N 3a; Bucher, **OR AT**, s. 447; Kuru, **Medeni Usul**, s. 175; Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl**, s. 1210; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 355.

⁸²¹ Berti, **ZürcherKomm**, OR Art. 142 N 19; Spiro, **Begrenzung I**, s. 556 vd.; Gauch, Schluep, Schmid, Emmenegger, **OR AT**, N 3363; Schaller, **Einreden**, N 620-623; Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 142 N 5; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 356; Niklaus, **Prescription**, N 134. "*Hâkimin davayı aydınlatma ödevi*" için bkz. Erdönmez, **Pekcanitez Usûl**, s. 818-836.

⁸²² Gauch, **Entreprise**, N 2293; Gauch, Schluep, Tercier, **Obligations**, N 2111; Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 142 N 2; Gauch, Schluep, Schmid, Emmenegger, **OR AT**, N 3370; Berger, **OR AT**, N 1492; Schraner, **ZürcherKomm**, OR Art. 82 N 101; Niklaus, **Prescription**, N 133; Parein-Reymond, **Prescription**, s. 184; Kaniti, **Def'i**, s. 109; Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Cilt I, N 1099, 1960; Serozan, **Borçlar Genel**, s. 392; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 359.

⁸²³ Bu kural Latince "*quae temporalia ad agendum, sunt perpetua ad excepiendum (talepler zamanaşımına uğrasa bile, def'iler kalıcıdır)*" şeklinde ifade edilmektedir. Bu konuda bkz. Honsell, **OR BT**, s. 113; Serozan, **Dönme**, s. 300; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 359; Buz, **Yenilik Doğuran Haklar**, s. 97, dn. 26.

Bu sonucun kabul edilebilmesi için, alacaklının alacağının zamanaşımına uğramasından önce, karşı alacağın doğmuş olması gerekmektedir (TBK m. 139 f. III'e kıyasen). Bkz. Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 142 N 2, CO art. 127 N 49; Simmen, **Einrede**, s. 56, 57; Schraner, **ZürcherKomm**, OR Art. 82 N 101; Spiro, **Begrenzung I**, s. 515 vd.; Weber, **BernerKomm**, OR Art. 82 N 134; Gauch, Schluep, Schmid, Emmenegger, **OR AT**, N 3370; Parein-Reymond, **Prescription**, s. 184; Allimann, **Péremption**, N 990; Leu, **BaslerKomm**, OR Art. 82 N 5.

⁸²⁴ Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Cilt I, N 1108; Hohl, **CommRomand**, CO art. 82 N 7.

⁸²⁵ Gauch, **Entreprise**, N 2368, 2293; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO Intro. art. 197-210 N 3; Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 810; Koller, **Nachbesserung**, N 309, 315; Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Cilt I, N 1102; **İsvFM**, ATF 89 II 235 = JdT 1964 I 248.

⁸²⁶ Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 127 N 49; Oser, Schönenberger, **ZürcherKomm**, OR Vorbem. zu Art. 127-142 N 14. Ayıptan doğan def'i hakları kapsamında değerlendirdiğimiz

Zamanaşımına uğramış olan alacakların, takas edilebileceği anda henüz zamanaşımı süresi dolmamış olması kaydıyla, *takas* savunmasına konu edilebilmesi de mümkündür (TBK m. 139 f. III)⁸²⁷. Takas dermeyer eden alacaklı, kendi borcu zamanaşımına uğramış olsa bile, zamanaşımına uğramış olan borcunu her zaman ifa edebileceği için, bu durumda esasen, takas şartlarının oluştuğu anda, takas ileri süren tarafın alacağının yani aktif alacağın zamanaşımına uğramamış olması yeterlidir, aynı zamanda pasif alacağın da zamanaşımına uğramamış olması aranmaz⁸²⁸. Zira, takasın şartlarının oluşması durumunda, kendi borcu zamanaşımına uğramış olan tarafın, takas beyanında bulunması durumunda, zamanaşımı def'inden zımnen feragat ettiği kabul edilmektedir⁸²⁹. Öte yandan, TBK m. 231 f. I c. 2 uyarınca ayıp bildiriminin zamanında ve zamanaşımı süresi dâhilinde yapılması durumunda, alıcının takas hakkının da zamanaşımına uğramayacağı; zira, söz konusu hükümde bahsedilen def'i haklarının kapsamına, takas savunmasının da girdiği kabul edilmektedir⁸³⁰. Bu durumda alıcıya tanınan yenilik doğurucu haklar (TBK m. 227), zamanaşımı süresinin dolmasından sonra kullanılmış ya da alıcı bu sürenin tamamlanmasından sonra bir zarara uğramış olsa dahi, alıcı satıcının herhangi bir alacak hakkına karşı⁸³¹ takas savunmasında bulunabilmektedir⁸³². Zira, ayıp

ödemezlik def'i konusunun ayrıntılarına aşağıda ayrıca değinilmiştir. Detaylı bilgi için bkz. aşağıda B.5/III/C.

⁸²⁷ Hükümün tarihsel açıdan değerlendirilmesi ve ayrıntılı bilgi için bkz. Pichonnaz, **Compensation et prescription**, s. 87 vd.; Pascal Pichonnaz, **La compensation**, Analyse historique et comparative des modes de compenser non conventionnels, Travaux de la Faculté de Droit de l'Université de Fribourg, Éditions Universitaires Fribourg Suisse, Fribourg, 2001 (Compensation), N 1618 vd.; Develioğlu, **Takas**, s. 155 vd.

⁸²⁸ Jeandin, **CommRomand**, CO art. 120 N 2; Aepli, **ZürcherKomm**, OR Art. 120 N 153; Pichonnaz, **Compensation et prescription**, s. 91 vd.; Develioğlu, **Takas**, s. 158; Hüseyin Murat Develioğlu, "Takas, TBK m. 139-145", **İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu**, (ed. : Turgut Öz, Faruk Acar, Emre Gökyayla, H. Murat Develioğlu), Cilt 2-3, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019, s. 1761-1759 (İstanbul Şerhi), TBK m. 139 N 89.

⁸²⁹ Jeandin, **CommRomand**, CO art. 120 N 2; Aepli, **ZürcherKomm**, OR Art. 120 N 153; Develioğlu, **Takas**, s. 158; **İsvFM**, ATF 91 II 216 = JdT 1966 I 179.

⁸³⁰ Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 210 N 13; Gauch, **Entreprise**, N 2291; Koller, **Nachbesserung**, N 393, dn. 447; Aral, **Takas**, s. 89, 90; **İsvFM**, ATF 107 II 55 = JdT 1981 I 274 = DC 1982 18 N 17; ATF 91 II 216 = JdT 1966 I 179. Ayrıca bkz. Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 210 N 12.

⁸³¹ Gauch, **Entreprise**, N 2291; Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 740; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 210 N 13; Giger, **BernerKomm**, OR Art. 210 N 69; Honsell, **BaslerKomm**, OR Art. 210 N 7; Honsell, **OR BT**, s. 112, 113; Gautschi, **BernerKomm**, OR Art. 371 N 8a; Koller, **Nachbesserung**, N 393; Eren, **Borçlar Özel**, N 382; Yavuz, **Ayıp**, s. 165.

⁸³² Zamanaşımı süresinin dolmasından sonra alıcının ayıp sebebiyle zarara uğraması veya bu sürenin ardından seçimlik hakların kullanılması durumunda, meydana gelen alacak hakları zamanaşımına uğramış şekilde doğmuş olmakta; bu sebeple, TBK m. 139 f. III hükmünde öngörülen şartlar sağlanmamaktadır. Bu durumda ayıptan doğan alacak haklarının muacceliyet anının, yenilik doğurucu hakkın kullanıldığı ya da zararın meydana geldiği andan, satılanın teslim edildiği veya en geç ayıp bildiriminde bulunulduğu ana çekilmesi gerektiği savunulmaktadır. Bkz. Gauch,

bildiriminde bulunulması durumunda alıcıya tanınan savunma imkânları, sürenin dolamsından etkilenmeyecektir. Konunun detaylarına aşağıda değinildiği için, burada sadece ilgili kısma atıf yapmakla yetinilmektedir⁸³³.

Zamanaşımı süresinin dolduğunu ispat etmek, bunu ileri süren satıcıya düşer⁸³⁴. Zira, taraflardan her biri hakkını dayandığı olguların varlığını ispat etmek zorunda olduğu gibi (TMK m. 6), ispat yükü de kural olarak iddia edilen vakiya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa aittir (HMK m. 190). Hâkim görevi icabı alacağın tabi olduğu zamanaşımı süresini kendisi belirleyeceği için, satıcıya düşen asıl ispat faaliyeti, zamanaşımı süresinin başlangıç anını ispat etmektir⁸³⁵. O halde satıcı, taşınır satışında satılanın teslim edildiği (TBK m. 231), taşınmaz satışında mülkiyetin alıcıya geçtiği (TBK m. 244 f. III) anı ispat etmelidir. Alıcı ise, zamanaşımı süresinin bir kesilme veya durma sebebinin varlığı sebebiyle tamamlanmadığını ya da satıcının ağır kusurlu olması sebebiyle TBK m. 231 f. II hükmü uyarınca, satıcının kısa zamanaşımı sürelerinden yararlanamayacağını⁸³⁶ yahut zamanaşımı süresinin zamanaşımından feragat sebebiyle henüz işlemekte olduğunu ispat etmelidir⁸³⁷. Zamanaşımı süresinin sözleşmeyle uzatıldığını ispat etmek de, bunu ileri süren alıcıya düşer. Bu durumda alıcı, hangi şartlar altında ve hangi ayıplar için zamanaşımı süresinin açıkça veya zımni olarak uzatıldığını ispat etmelidir⁸³⁸. Buna karşılık, zamanaşımı süresinin sözleşmeyle kısaltıldığını ise, satıcı ispat edecektir⁸³⁹.

Entreprise, N 2291, 2292; Koller, **Nachbesserung**, N 393; Tschütscher, **Aktuelle Probleme**, s. 251, 252; **İsvFM**, ATF 107 II 55 = JdT 1981 I 274 = DC 1982 18 N 17.

⁸³³ Detaylı bilgi için bkz. aşağıda B.5/III/B.

⁸³⁴ Tandoğan, **Préliminaires**, s. 60, 61; Gauch, **Entreprise**, N 2286; Zindel, Pulver, Schott, **BaslerKomm**, OR Art. 371 N 43; Schaller, **Einreden**, N 626; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 366.

⁸³⁵ Aynı yönde bkz. Schaller, **Einreden**, N 627. Zamanaşımı def'inin ileri sürülmüş olması durumunda, hâkimin görevi gereği zamanaşımı süresini belirleyip bir karar vereceği yönünde bkz. Bolayır, **Re'sen Uygulama**, s. 206, 207.

⁸³⁶ Zindel, Pulver, Schott, **BaslerKomm**, OR Art. 371 N 43; **İsvFM**, ATF 102 II 101 = JdT 1977 I 63.

⁸³⁷ Gauch, **Entreprise**, N 2286; Nabholz, **Verjährung**, s. 161; Zindel, Pulver, Schott, **BaslerKomm**, OR Art. 371 N 43; Schaller, **Einreden**, N 628; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 366, 367; **KanM (Zürich)**, ZR 78/1979, s. 127. Bu çıkarımın olumsuz vakıaların ispatının talep edilemeyeceği (*negativa non sunt probanda*) yönündeki temel kurala dayandığı yönünde bkz. Schaller, **Einreden**, N 628. Bu konuda ayrıca bkz. aşağıda B.4/II/E.

⁸³⁸ Becker, **BernerKomm**, OR Art. 210 N 2; Gauch, **Entreprise**, N 2491; von Büren, **OR BT**, s. 50; Weber-Cafilisch, **Faux et défauts**, s. 90; **İsvFM**, ATF 102 II 101 = JdT 1977 I 63.

⁸³⁹ Gauch, **Entreprise**, N 2294.

B. Zamanaşımı Def'inin Kötüye Kullanılması

Her hakkın kullanımında olduğu gibi, satıcı zamanaşımı def'inin ileri sürerken de dürüstlük kuralına uygun davranmalıdır. Zira, TMK m. 2 f. II hükmünde bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeninin korumayacağı düzenlenmiştir. Söz konusu kötüye kullanma yasağı, zamanaşımı def'inin ileri sürülmesi açısından da geçerlidir⁸⁴⁰. O halde, satıcının zamanaşımı def'ini ileri sürme hakkını kötüye kullanması, hukuk düzeni tarafından korunmaz⁸⁴¹. Bu durumda zamanaşımı def'inin kötüye kullanılmasının yaptırımı, def'i hakkına bağlanan hukuki sonuçların mevcut olayda uygulanmaması, satıcının ileri sürdüğü def'inin göz önüne alınmaksızın alacağın zamanaşımına uğramamış gibi satıcıya karşı ileri sürülebilmesi, böylece alacağın dava veya takip yoluyla talep edilebilmesidir⁸⁴². Zira, hakkın kötüye kullanılmasının düzeltici veya tashih edici etkisiyle birlikte, kötüye kullanıma izin veren normun dürüstlük kuralına aykırı yönleri törpülenmekte⁸⁴³; böylece hak sahibi, kötüye kullandığı haktan istifade etme imkânından, mevcut olay bazında yoksun kalmaktadır. Şu hâlde, talebini gecikmeli olarak ileri sürmüş olan alıcı, hakkın kötüye kullanılması savunmasıyla birlikte, satıcıya karşı önemli bir hukuki argüman elde etmiş olmaktadır.

⁸⁴⁰ Zamanaşımı ve hakkın kötüye kullanılması konusunda detaylı bilgi için bkz. Stéphane Abbet, **De l'exceptio doli à l'interdiction de l'abus de droit, Étude de droit romain et de droit suisse**, Thèse de licence et de doctorat présentée à la Faculté de Droit de l'Université de Lausanne, Lausanne, 2006 (Abus), s. 244 vd. Hakkın kötüye kullanılması konusunda detaylı bilgi için bkz. Michaela Amoos, **La théorie de l'abus de droit en relation avec les droits absolus, Nullité absolue du titre de transfert immobilier, exercice tardif du droit**, Thèse de licence et de doctorat présentée à la Faculté de Droit de l'Université de Lausanne, Lausanne, 2002 (Abus), s. 39 vd.; Şener Akyol, **Medenî Hukukta Çelişki Yasağı**, Prof. Dr. Feyzi N. Feyzioğlu'nun Anısına Armağan, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010 (Çelişki), s. 13 vd.; Şener Akyol, **Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı**, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006 (Dürüstlük Kuralı), s. 21 vd.

⁸⁴¹ Bu durumda teknik anlamda bir def'i olmasa da, hakkın kötüye kullanılmasına alacaklının "*exceptio doli generalis*" veya "*replicatio doli*" savunmasıyla karşı çıkabileceği, dolayısıyla hakkın kötüye kullanılması yönündeki iddianın bu şekilde adlandırılabilmesi ifade edilmektedir. Bkz. Henri Deschenaux, **Traité de droit privé suisse**, Tome II, Le titre préliminaire du code civil, Droit des personnes Éditions Universitaires Fribourg Suisse, Fribourg, 1969 (Traité), s. 138; Wolfhart Bürgi, **Bonne foi**, FJS 90, L'abus du droit (FJS 90), FJS 90, s. 1; Abbet, **Abus**, s. 244-251; Amoos, **Abus**, s. 7 vd.; Berger, **OR AT**, N 1484; Akyol, **Dürüstlük Kuralı**, s. 121.

⁸⁴² Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Cilt I, N 1967; Niklaus, **Prescription**, N 259; Schaller, **Einreden**, N 625; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 390; Amoos, **Abus**, s. 48 vd.

⁸⁴³ "*Nemo auditur*" ilkesine dayandırılan hakkın kötüye kullanılmasının söz konusunu düzeltici etkisi konusunda bkz. Deschenaux, **Traité**, s. 177, 178.

Pek çok hukuk sisteminde kabul edilmiş olan kötüye kullanma yasağı, kamu düzenini ilgilendiren bir kuraldır⁸⁴⁴. Bu sebeple, uyumsuzluğun esasına hâkimin hukukundan başka bir hukuk uygulanıyor olsa dahi, hâkim zamanaşımı def'inin kötüye kullanılıp kullanılmadığını, kendi hukukuna (*lex fori*) göre karara bağlar⁸⁴⁵. Yine söz konusu yasak kamu düzenini ilgilendirdiği için, hakkın kötüye kullandığı durumlar, davada hâkim tarafından re'sen nazara alınır ve alıcının hakkın kötüye kullanıldığını ileri sürmesi beklenmez⁸⁴⁶. Bu açıdan, zamanaşımı def'inin kötüye kullanıldığı yönündeki savunma def'i değil, bir itiraz (*objection - Einwendung*) teşkil eder⁸⁴⁷. Ancak, belirtmemiz gerekir ki, hâkimin dava dosyasına intikal etmeyen vakıaları re'sen nazara alması mümkün değildir. Bu sebeple, hâkim hakkın kötüye kullanılması itirazını, ancak dava dosyasından anlaşıldığı ölçüde ve dosyada mevcut olan vakılara dayanarak sonuçlandırır. Dosyada bulunmayan bir hususu hâkimin re'sen araştırması, usul hukukuna hâkim olan taraflarca getirilme ilkesine (HMK m. 25) aykırılık teşkil eder.

Kural olarak, satıcının, alıcıya karşı ayıptan doğan taleplerin zamanaşımına uğradığını ileri sürmesi, kanunun kendisine tanıdığı bir yetkiyi kullanması sebebiyle, hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilemez⁸⁴⁸. Ancak, bazı hallerde satıcının zamanaşımı def'ini ileri sürmesi, istisnaen dürüstlükle bağdaşmayabilir. Zamanaşımı def'ini kullanan satıcı, şayet def'i hakkıyla sağladığı mevcut hukuki durumunu, hakkaniyete aykırı, kendisinden beklenmeyecek tarzda veya çelişkili bir şekilde

⁸⁴⁴ Deschenaux, *Traité*, s. 151; Pichonnaz, *CommRomand*, CO art. 142 N 11; Niklaus, *Prescription*, N 269; Akyol, *Dürüstlük Kuralı*, s. 25; Erdem, *Zamanaşımı*, s. 390; *İsvFM*, ATF 128 III 201; *İsvFM*, 9.12.2011, 4A_692/2011.

⁸⁴⁵ Niklaus, *Prescription*, N 269; Erdem, *Zamanaşımı*, s. 390; *İsvFM*, ATF 128 III 201; ATF 96 II 4 = SJ 1971 I 171; *İsvFM*, 9.12.2011, 4A_692/2011.

⁸⁴⁶ Deschenaux, *Traité*, s. 145; Pichonnaz, *CommRomand*, CO art. 142 N 12; Niklaus, *Prescription*, N 259; Oğuzman, Barlas, *Medeni Hukuk*, N 899; Schaller, *Einreden*, N 625; Akyol, *Çelişki*, s. 61; Akyol, *Dürüstlük Kuralı*, s. 121; Erdem, *Zamanaşımı*, s. 392; Ozan Tok, "Zamanaşımı Def'inin İleri Sürülmesinin Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı Çerçevesinde Sınırlandırılması", *MÜHF-HAD*, C. 21, S. 1, s. 239-260, 2015 (Kötüye Kullanma), s. 243; *İsvFM*, 4.7.2018, 4A_245/2018; *İsvFM*, ATF 134 III 52 = JdT 2008 I 307; ATF 116 III 107 = JdT 1992 II 169; ATF 105 III 80 = JdT 1981 II 126; ATF 104 II 99 = JdT 1979 I 16; ATF 69 II 102 = JdT 1943 I 504; ATF 121 III 60 = JdT 1996 I 47: "...Taraflardan birince, usul hukukunda belirlenen şekillerde, somut olayın şartları gerçekleştiği zaman, CO art. 2 al. 2 hükmü uyarınca hakkın kötüye kullanılması sorununun hâkim tarafından resen incelenmesi gerekir. Bu açıdan, özellikle bir def'i ileri sürmeye gerek yoktur..." Bu açıdan, davanın temyizde veya istinafta görülüyor olması önem taşımaz. Bkz. *İsvFM*, ATF 134 III 52 = JdT 2008 I 307.

⁸⁴⁷ Akyol, *Çelişki*, s. 61; *İsvFM*, 9.12.2011, 4A_692/2011; *Yargıtay* İBK, T. 8.11.1991, E. 1990/4, K. 1991/3 (RG T. 29.1.1992, S. 21126): "...kötüniyet iddiasının hukuki mahiyeti itibariyle itiraz niteliğinde bulunduğu ve bu nedenle de yargılama sona erinceye kadar iddia ve savunmanın genişletilmesi yasağına tabi olmadan her zaman ileri sürülebileceğine, 8.11.1991 gününde yapılan ilk toplantıda üçte ikiyi geçen çoğunlukla karar verildi..."

⁸⁴⁸ Gauch, *Entreprise*, N 2287; Oğuzman, Öz, *Borçlar Genel*, Cilt I, N 1967; Akyol, *Çelişki*, s. 47.

edinmişse, kısacası alıcıya karşı çelişkili bir davranışta bulunmuşsa, bu durumda hakkın kötüye kullanıldığı rahatlıkla söylenebilecektir⁸⁴⁹. Zira, satıcının mevcut tutumu, çelişkili davranış yasağına (*venire contra factum proprium*) aykırılık teşkil edecektir.

Belirtmemiz gerekir ki, hangi durumlarda zamanaşımı def'inin ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanımı teşkil edeceği, somut olayın şartlarına ve halin özelliklerine göre belirlenecektir⁸⁵⁰. Ancak, söz konusu şartlar, özellikle satıcının alıcıyı, zamanaşımı süresinin dolmasını engellemek amacıyla gerekli hukuki yollara başvurmadan alıkoyduğu, dava veya takipte bulunmaktan vazgeçirdiği veya hareketsiz kalmaya teşvik ettiği durumlarda gerçekleşmiş sayılacaktır⁸⁵¹. Hakkın kötüye kullanılmasından bahsedebilmek için, satıcının davranışının, alıcıyı zamanaşımı süresi boyunca hakkını korumaktan alıkoymaya *elverişli* olması ve söz konusu davranış ile alıcının dava açmakta veya takip başlatmakta gecikmesi arasında *nedensellik bağı* bulunması, yani alıcının hareketsizliğinin borçlunun davranışının sebebini teşkil etmesi gerekmektedir⁸⁵². Bu durumda, alıcının zamanaşımı süresini keserek hakkını koruma altına almakta hareketsiz kalması, objektif açıdan *anlaşılabilir* ve *makul* olmalıdır⁸⁵³. O halde, örneğin, satıcının oyalayıcı

⁸⁴⁹ Bürgi, **FJS 90**, s. 2; Deschenaux, **Traité**, s. 172, 173; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Borçlar Genel**, s. 1075; Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 142 N 11; Akyol, **Çelişki**, s. 47, 48; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 390; **İsvFM**, ATF 113 II 264 = JdT 1988 I 13; ATF 129 III 493; **İsvFM**, 9.12.2011, 4A_692/2011.

⁸⁵⁰ Gauch, **Entreprise**, N 2287; Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 142 N 13; Niklaus, **Prescription**, N 261; Amoos, **Abus**, s. 46, 47; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 390; **İsvFM**, 6.4.2006, 4C.421/2005; 19.6.2009, 4A_487/2007; **İsvFM**, ATF 135 III 162; ATF 129 III 493; ATF 127 III 357 = JdT 2002 I 192; ATF 121 III 60.

⁸⁵¹ Bürgi, **FJS 90**, s. 2; Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 142 N 13; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **Borçlar Genel**, N 1589; Tunçomağ, **Borçlar Özel**, s. 195; Tandoğan, **Borçlar Özel**, Cilt I/1, s. 203; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 391; Abbet, **Abus**, s. 246, 247; Tok, **Kötüye Kullanma**, s. 249; **İsvFM**, ATF 113 II 264 = JdT 1988 I 13; ATF 112 II 231; SJ 1988 28; ZR 1989 97; **KanM (Valais)**, RVJ 1990, s. 265 = JdT 1991 I 700; **İsvFM**, 6.4.2006, 4C.421/2005: İsviçre Federal Mahkemesi'nin önüne gelen olayda, asıl yüklenici, iş sahibini, alt yüklenici ile görüşmelere başlaması ve eserin ayıplı olmasından kaynaklanan taleplerini barışçıl yöntemlerle çözümlemesi konusunda teşvik etmiştir. Ancak, yüklenici ile yapılan görüşmeler ve birlikte tayin edilen bilirkişi incelemeleri sonucunda herhangi bir sonuca ulaşamamış, bu süre zarfında zamanaşımı süresi dolmuştur. Yüksek Mahkeme, mevcut olaylar silsilesinden ileri sürülmüş olan zamanaşımı def'inin kötüye kullanıldığı yönünde bir çıkarıma varılamayacağını belirtmiştir. Aynı yönde bkz. **Yargıtay** 11. HD, T. 22.1.2014, E. 2013/10944, K. 2014/1325 (kazancı).

⁸⁵² Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 142 N 13; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **Borçlar Genel**, N 1589; Abbet, **Abus**, s. 246, 247; **İsvFM**, ATF 131 III 430 = JdT 2005 I 479; ATF 128 V 236; **İsvFM**, 6.4.2006, 4C.421/2005; 19.6.2009, 4A_487/2007; 12.5.2004, 4C.296/2003 = SJ 2004 I 589. Aynı yönde bkz. Däppen, **BaslerKomm**, OR Art. 142 N 9.

⁸⁵³ Bürgi, **FJS 90**, s. 2; Däppen, **BaslerKomm**, OR Art. 142 N 9; Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 142 N 13; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **Borçlar Genel**, N 1589; **İsvFM**, 6.4.2006, 4C.421/2005; 19.6.2009, 4A_487/2007; 9.12.2011, 4A_692/2011; **İsvFM**, ATF 131 III 430 = JdT 2005 I 479; ATF 113 II 254 = JdT 1988 I 13.

davranışlarının üzerinden uzun bir süre geçtikten sonra alıcının dava açması durumunda, alıcının hareketsizliği makul olarak değerlendirilemeyeceği gibi, bu durumda satıcının davranışı ile zamanaşımı süresinin dolması arasında da bir neden-sonuç ilişkisi mevcut değildir.

Öte yandan, hakkın kötüye kullanıldığından veya çelişkili bir davranışta bulunulduğundan bahsedebilmek için, satıcının muhakkak kötü niyetli olması veya borçlunun alacaklıya karşı hileli bir davranış sergilemesi şart değildir⁸⁵⁴. Zira, satıcının kötü niyetli olmaması durumunda, hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilen husus, kendi kötü niyetli davranışı değil, böyle bir durumda zamanaşımı def'ini alıcıya karşı ileri sürmesidir⁸⁵⁵. Şayet satıcının yanıltıcı davranışı, zamanaşımı süresi sona erdikten sonra meydana gelmişse⁸⁵⁶, yahut henüz zamanaşımı süresi dolmadan söz konusu davranış sona ermişse, bu durumda hakkın kötüye kullanımından bahsetmek mümkün olmayacaktır⁸⁵⁷. Zira, bu durumda satıcının davranışının, zamanaşımı süresinin dolması üzerinde herhangi bir etkisi bulunmamaktadır. Belirtmek gerekir ki, TMK m. 2 f. II hükmüne, hakkın kötüye kullanılmasının, yalnızca mevcut olaydan açık bir şekilde anlaşılması durumunda başvurulması gerektiği; zira, daraltıcı yorumun hükmün amacına daha uygun düştüğü

⁸⁵⁴ Deschenaux, **Traité**, s. 144; Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 142 N 13; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **Borçlar Genel**, N 1589; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 391; Abbet, **Abus**, s. 246, 247; Tok, **Kötüye Kullanma**, s. 242; **İsvFM**, ATF 131 III 430 = JdT 2005 I 479; ATF 42 II 674 = JdT 1917 I 425; **İsvFM**, 9.12.2011, 4A_692/2011; 6.4.2006, 4C.421/2005.

⁸⁵⁵ Koller, **OR AT**, § 70 N 42; Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 142 N 13.

⁸⁵⁶ Yargıtay bir kararında, zamanaşımı süresi dolduktan sonra borçlunun borcunu ikrar etmesi akabinde açılan davada, zamanaşımı def'inin ileri sürülmesini hakkın kötüye kullanımı olarak nitelendirmiştir. Kanımızca, böyle bir durumda, ancak zamanaşımından feragatin şartları oluşmuş sayılabilirse, işlemiş olan sürenin tekrar canlanması söz konusu olabilir. Aksi halde, borçlunun borcunu ikrar yönündeki fiili ile alacaklının zamanaşımı süresi boyunca hareketsiz kalması arasında herhangi bir bağlantı bulunmadığından, süre dolduktan sonra yapılan ikrar, hakkın kötüye kullanılması sayılmaz. Nitekim, aynı kararda Yargıtay söz konusu ikrarın zamanaşımından feragat şeklinde de yorumlanabileceğini ifade etmektedir. Karar için bkz. **Yargıtay** HGK, T. 6.5.2015, E. 2013/9-2193, K. 2015/1308 (kazancı); **Yargıtay** 21. HD, T. 6.4.2017, E. 2016/18462, K. 2017/2867 (kazancı); **Yargıtay** 22. HD, T. 4.2.2015, E. 2013/30395, K. 2015/2927 (kazancı); **Yargıtay** 9. HD, T. 4.2.2019, E. 2015/31687, K. 2019/2671 (kazancı); "...Zamanaşımı süresinin dolmasından sonra alacaklıya yöneltilen borç ikrarının, zamanaşımı definden zımni (örtülü) feragat anlamına geldiği, öğretideki baskın görüşlerle ve yargı inançlarıyla da doğrulanmaktadır. (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 19/11/1963 T. 5924-6419 sayılı kararı) Dahası zamanaşımı süresinin dolmasından sonra alacaklıya karşı bir borç ikrarında bulunan borçlunun da bu borç ikrarına dayanılarak açılan davada zamanaşımı defini ileri sürmesi çelişkili davranış yasağını oluşturur ve MK. md. 2. ye aykırıdır. Hukuken korunamaz. (HGK. 23.02.2000 gün ve 2000/15-71 E, 2000/116 K)..."

⁸⁵⁷ Karl Spiro, "Der Verzicht auf die laufende Verjährung", **Festschrift für Karl H. Neumayer zum 65. Geburtstag**, Baden-Baden, 1985, s. 543-556 (Verzicht), s. 221; Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 142 N 13; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 391; **İsvFM**, ATF 131 III 430 = JdT 2005 I 479; ATF 83 II 93 = SJ 1958 272; **İsvFM**, 6.4.2006, 4C.421/2005; 19.6.2009, 4A_487/2007.

ifade edilmektedir⁸⁵⁸. Zira, hakkın kötüye kullanılması yasağı, ileri sürülen bir hakkın açıkça hakkaniyete aykırı ve adaletsiz bir sonuç doğurduğu durumlarda, kanunun söz konusu olumsuz etkilerini gidermeyi amaçlar⁸⁵⁹.

Alıcıyla satıcının uyuşmazlığı barışçıl yöntemlerle çözümlemek amacıyla görüşmelere girişmesi; ancak, görüşmelerin başarısız olması durumunda, uyuşmazlığın dava önünde görülmeye başlanmasıyla birlikte, satıcının zamanaşımı def'inin ileri sürülmesi, kural olarak hakkın kötüye kullanılması sayılmaz⁸⁶⁰. Aksi durumun kabul edilebilmesi için, görüşmeler esnasında hakkın kötüye kullanıldığını gösteren bazı özel emarelerin mevcut olayda bulunması⁸⁶¹, örneğin satıcının görüşmelere girişme yönündeki iradesini, alıcıyı yanıltmak amacıyla ileri sürüş olması ve özellikle böyle bir durumda satıcının ikrar gibi zamanaşımını kesen fiillerden kaçınması gerekmektedir⁸⁶². Ayrıca, böyle bir durumda, görüşmeler sonuçsuz kaldıktan sonra, çok uzun bir süre geçmeden, en fazla görüşmelerin alıcıya kaybettirdiği uzunlukta bir zaman dilimi içerisinde alıcının dava açması gerekmektedir⁸⁶³. Aksi halde, alıcının bu yöndeki hareketsizliğinin makul olarak değerlendirilmesi mümkün olmadığı gibi, zamanaşımının dolması ile satıcının fiilleri arasında da nedensellik bağı ortadan kalkmaktadır. Öte yandan, satıcının alıcıyı yanıltarak, ayıptan doğan haklarını kullanmama konusunda teşvik ettiği veya çeşitli işlemlerle alıcıyı oyalayarak ona vakit kaybettirdiği⁸⁶⁴ durumlarda yahut satıcının kasten olmasa bile objektif açıdan makul bir süre içinde alıcıyı haklarını kullanmaktan vazgeçirme yönünde davranış sergilediği hallerde zamanaşımı def'inin

⁸⁵⁸ Niklaus, **Prescription**, N 259; **İsvFM**, ATF 135 III 162; ATF 128 III 284; **İsvFM**, 6.4.2006, 4C.421/2005; 15.11.2011, 4A_495/2011 = DC 2012 186; 27.4.2011, 4A_41/2011; 20.3.2019, 4A_461/2018: "...Federal Mahkeme'ye göre, CC art. 2 al. II hükmü, bazı hallerde, bir hakkın kullanımının açık bir adaletsizlik yaratması durumunda, kanunun etkilerini düzeltmeyi amaçlar. Hâkim, bu sorunu, somut olayın hal ve şartlarına göre takdir eder. Kanunun lafzında yer verilen "açıkça" ifadesi, hakkın kötüye kullanımının kabulünde, **kısıtlayıcı ve sınırlandırıcı** davranılması gerektiğini gösterir..."

⁸⁵⁹ **İsvFM**, ATF 134 III 52; ATF 135 III 162; **İsvFM**, 19.6.2009, 4A_487/2007; 20.3.2019, 4A_461/2018; 15.11.2011, 4A_495/2011 = DC 2012 186.

⁸⁶⁰ Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 142 N 14. Aksi yönde bkz. Erdem, **Zamanaşımı**, s. 391.

⁸⁶¹ **İsvFM**, ATF 116 II 428 = JdT 1991 I 354; ATF 110 II 273 = JdT 1985 I 271; ATF 111 II 429.

⁸⁶² Bu yönde bkz. **İsvFM**, ATF 137 V 394; ATF 89 II 256 = JdT 1964 I 151; **İsvFM**, 19.6.2009, 4A_487/2007; 9.12.2011, 4A_692/2011.

⁸⁶³ Bu konuda bkz. Erdem, **Zamanaşımı**, s. 391; Niklaus, **Prescription**, N 277. Hakkın kötüye kullanımı olarak kabul edilen fiilden sonra, alacaklının hangi süre içinde harekete geçmesi gerektiğinin belirlenmesinde, altmış günlük ek süre tanıyan TBK m. 158 (eski CO art. 139) hükmünün nazara alınabileceği yönünde bkz. Niklaus, **Prescription**, N 277.

⁸⁶⁴ Aynı yönde bkz. **Yargıtay** 11. HD, T. 30.11.1979, E. 1979/3501, K. 1979/5473 (kazancı).

ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması teşkil edecektir⁸⁶⁵. O halde örneğin, satıcının açıkça borcunu ikrar etmemekle birlikte, ayıbın giderileceği yönünde bir intiba yaratmış olması durumunda, daha sonra zamanaşımı def'inin ileri sürmesi de TMK m. 2 f. II hükmü uyarınca engellenebilecektir⁸⁶⁶.

Hakkın kötüye kullanılmasıyla birlikte zamanaşımı def'i tamamen ortadan kalkmamaktadır. Zira, TMK m. 2 f. II hükmünde öngörülen yasak, hakkın kötüye kullanılmasına sebep olan borçlunun davranışı ölçüsünde ve en fazla alacaklıyı dava açmaktan alıkoyduğu süre boyunca etki doğuracaktır⁸⁶⁷. O halde, örneğin, satıcının alıcıyı ayıptan doğan zararın tazmini konusunda, sulh görüşmeleri yoluyla oyaladığı ve dava açmaktan alıkoyduğu bir durumda, hakkın kötüye kullanılması yasağı, ancak görüşmelere konu edilen miktar uyarınca satıcının zamanaşımı def'ini bertaraf edecektir. Zira, alıcının fazlaya dair talepleri, satıcının oyalayıcı ve hileli davranışından etkilenmemiştir. Zamansal açıdan bakıldığında ise, yukarıda ifade edildiği üzere, alıcının görüşmelerden daha uzun bir süre sonra satıcıya karşı dava açmış olması durumunda, dava açmakta geciken alıcının hakkın kötüye kullanıldığını ileri sürmesi mümkün değildir⁸⁶⁸. Zira, her iki durumda da satıcının davranışı ile zamanaşımı süresinin dolması arasında bir nedensellik bağı bulunmamaktadır. Hakkın kötüye kullanılması sebebiyle satıcının zamanaşımı def'ini ileri sürme hakkı

⁸⁶⁵ Gauch, **Entreprise**, N 2287; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **Borçlar Genel**, N 1589; **İsvFM**, ATF 131 III 430 = JdT 2005 I 479; ATF 131 III 439; ATF 113 II 264 = JdT 1988 I 13; ATF 108 II 287; **İsvFM**, 18.3.2013, 4A_702/2012; 9.12.2011, 4A_692/2011.

⁸⁶⁶ **Yargıtay** 13. HD, T. 23.2.2007, E. 2006/14233, K. 2007/2558 (kazancı): “...Deneme yanılma yoluyla aracı tamire çalışan servis elemanları istihdam edilmesinin sonuçlarının tüketiciye mal edilmesi düşünülemez. Öte; yandan ve asıl önemlisi, üretim hatasının varlığını, rahatlıkla tespit edebilecek nitelikte olması gereken bir yerde ifa yardımcısı durumunda olan servislerin tüketiciyi sonuç alınamayan tamirlerle oyalaması ve arızanın belli aralıklarla tekrarlama karşısında davada zamanaşımı; varlığından da söz edilemez. MK.nun 2. maddesi hükmü gereğince, herkes hakkını iyiniyet kuralları çerçevesinde kullanmak zorundadır...”

Satılanın müteaddit defalar tamirinin zamanaşımının kesilmesi açısından ikrar anlamına gelip gelmediğinin araştırılıp, gelmiyorsa hakkın kötüye kullanılması kurumuna başvurmamak yerine, zamanaşımının dolmadığına karar verilmesi isabetli değildir. Bu konuda bkz. **Yargıtay** HGK, T. 18.2.2004, E. 2004/4-29, K. 2004/83 (kazancı): “...Deneme yanılma ile aracı tamire çalışan ve parça değişikliği yoluna giden servis çalışanlarının serviste bulundurulmasının sonuçlarının tüketiciye mal edilmesi düşünülemez. Kaldı ki, üretim hatasının varlığını rahatlıkla tespit edebilecek nitelikte olması gereken servisin tüketiciyi sonuç alınamayan tamirlerle oyalaması ve arızanın belli periyotlarla tekrarlama karşısında davada zamanaşımının varlığından da söz edilemez...”; **Yargıtay** HGK, T. 25.2.2004, E. 2004/4-84, K. 2004/99 (kazancı); **Yargıtay** HGK, T. 5.10.2005, E. 2005/4-487, K. 2005/553 (kazancı); **Yargıtay** 4. HD, T. 4.7.2003, E. 2003/7048, K. 2003/9167 (kazancı): “...Olayda, davacının aracı birden fazla tamire götürmesi nedeniyle servislerin aynı arızanın tamirle giderilemeyeceğini, üretimden kaynaklandığını bilmeleri gerekir. Bunun davacıya söylenmemesi arızanın gizlenmesi ve davacıyı oyalama sonucunu da doğurur. Bu gibi durumlarda zamanaşımı işlemez. Şu durumda, işin esasının irdelenip varılacak sonucuna göre karar verilmesi gerekir...”

⁸⁶⁷ Niklaus, **Prescription**, N 283. Aksi yönde bkz. Bucher, **OR AT**, s. 469.

⁸⁶⁸ Erdem, **Zamanaşımı**, s. 391; Niklaus, **Prescription**, N 283.

ortadan kalkmamakta, yalnızca hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiği ölçüde söz konusu def'i hakkı etkisizleşmektedir⁸⁶⁹.

Son olarak belirtmek isteriz ki, alıcının, zamanaşımı süresinin sona ermesine az bir süre kala dava açması, başkaca unsurlarla desteklenmedikçe⁸⁷⁰ hakkın kötüye kullanılması sayılmaz⁸⁷¹. Bu açıdan, kural olarak zamanaşımı süresi, TMK m. 2 f. II uyarınca kısaltılamaz⁸⁷². Satıcının ayıptan sorumluluğu için öngörülen zamanaşımı sürelerinin (TBK m. 231 ve m. 244 f. III) kısa olması da varılan bu sonucu değiştirmez. Zira, alıcı zamanaşımı süresi dolmadan önce, alacağını dava veya takip yoluyla talep etmekte serbesttir. Böyle bir durumda satıcının def'i hakkı henüz doğmadığı gibi, zamanaşımı süresinin dolmasına az bir süre kalması sebebiyle de herhangi bir savunma imkânına sahip olduğu söylenemez.

C. Zamanaşımından Feragat

Zamanaşımı süresi işledikçe, zamanaşımının kesilmesi kurumu önem kazanır. Mevcut hukuki ilişkiler ve menfaatler karmaşık bir hal aldıkça, borçlu çoğu kez

⁸⁶⁹ Deschenaux, **Traité**, s. 138; Bürgi, **FJS 90**, s. 1; Niklaus, **Prescription**, N 283. TMK m. 2 f. II, hem hakkı hem de kuralı sınırlar ve böylece hakkın ve kuralın suiistimal edilmesini önler. Bu konuda bkz. Bürgi, **FJS 90**, s. 1; Serozan, **Medeni Hukuk**, 280, 281; **Yargıtay** HGK, T. 4.11.2015, E. 2014/1-560, K. 2015/2371 (kazancı). Ünlü Fransız hukukçusu Planiol'e atfedilen "kötüye kullanmanın başladığı yerde hak durur (le droit cesse où l'abus commence)" prensibi için bkz. Deschenaux, **Traité**, s. 138.

⁸⁷⁰ *Kanımızca*, alıcının zamanaşımı süresinin dolmasına çok az bir süre kala dava açması, fiyat dalgalanmalarından yararlanma yahut satıcıyı zor durumda bırakma gibi başkaca unsurların varlığı halinde, özellikle zamanaşımının TBK m. 231 f. II hükmü uyarınca on yıla, TBK m. 244 f. III uyarınca yirmi yıla uzaması durumunda hakkın kötüye kullanılması teşkil edebilir.

⁸⁷¹ Deschenaux, **Traité**, s. 174; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **Borçlar Genel**, N 1589; Niklaus, **Prescription**, N 258; Oğuzman, Barlas, **Medeni Hukuk**, N 890, dn. 471; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 352, 353 dn. 1225; **İsvFM**, ATF 127 III 357 = JdT 2002 I 192; ATF 110 II 273 = JdT 185 I 271: "...Zamanaşımı süresi dolmadan yalnızca sürenin geçmesi, talepten feragat şeklinde yorumlanamayacağı gibi hakkın kötüye kullanılması da teşkil etmez."; **İsvFM**, ATF 126 III 337 = SJ 2000 629; SJ 2003 I 329; ATF 116 II 428 = JdT 1991 I 354; **İsvFM**, 28.1.2014, 4A_477/2013; 3.12.2012, 4A_452/2012; 18.6.2007, 4C_426/2006; 26.4.2007, 4C_55/2007: "... Alacaklının yalnızca hakkı talep etmekte gecikmesi hakkın kötüye kullanılması sayılmaz. Çok özel hal ve şartlar bulunmaması kaydıyla, bir zamanaşımı süresinin dolmasından önce talebini ileri sürmekte geciken alacaklının hak kaybına uğraması kabul edilmemektedir..."; **Yargıtay** HGK, T. 26.3.1997, E. 1997/13-11, K. 1997/240 (kazancı): "Bu bağlamda sözleşme ilişkilerinde, alacaklının, borcun uzun süre yerine getirilememesine göz yumması halinde sözleşmenin yerine getirilmesi ve tazminat isteminin hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilmesi düşünülebilir. Ancak bu yola seyrek ve olağanüstü hallerin varlığı halinde başvurulması gerektiği gözardı edilmemelidir. Özellikle bu durumlarda, uzun süre bekleme nedeniyle fiyat dalgalanmalarından yararlanma borçluyu zarara sokmak ve onun durumundan yararlanma kastının varlığı aranmalıdır..."

Hakkın gecikmeli kullanımının hakkın kötüye kullanılması sayılıp sayılmayacağı yönündeki detaylı bir inceleme için bkz. Amos, **Abus**, s. 46 vd.

⁸⁷² Niklaus, **Prescription**, N 258. Bu konuda bkz. **İsvFM**, ATF 127 III 357 = JdT 2002 I 192: "...Alacaklı zamanaşımı süresi boyunca alacağını talep edeceği anı seçmekte serbesttir. CO art. 2 al. II hükmüne dayanarak zamanaşımı süresi kısaltılamaz..."

borcunu ikrar etmek istemeyeceği gibi, alacaklı da borçluya karşı dava açmaktan kaçınabilir. İcra takibinde bulunulması ise çoğu zaman borçlunun üçüncü kişilere karşı mali itibarını derinden sarsacak ve oldukça olumsuz neticeler meydana getirecektir. İşte böyle durumlarda *zamanaşımından feragat* kurumu, alacaklının ekonomik menfaatlerini gözeterek, taraflara uyuşmazlığı barışçıl yöntemlerle çözmek amacıyla gerekli olan zamanı kazandırır⁸⁷³. Zira, borçlu kendi lehine işlemiş (*ya da işleyecek*) olan zamanaşımı süresinden veya def'i hakkından feragat ederek, vazgeçtiği süre kadar, zamanaşımı süresini yeniden canlandırmakta, böylece taraflar müzakere esnasında zamanaşımını kesen fiillere başvurma gereği duymaksızın, sürenin (*kesilmeden*) uzaması sonucuna ulaşmaktadır⁸⁷⁴. Bu sebeple, kanun koyucu bir yandan TBK m. 160 hükmünde zamanaşımından önceden feragat edilemeyeceğini öngörerek, borçlunun kendisi lehine getirilmiş olan korumadan önceden vazgeçmesini engellemek istemiştir⁸⁷⁵. TBK m. 160 hükmünde ifade edilen yasak, sadece tek taraflı bir hukuki işlemle veya bir sözleşmeyle zamanaşımından feragat edilmesi açısından değil, aynı zamanda zamanaşımı def'inin ileri sürülmesi durumunda öngörülmüş olan sözleşme cezaları gibi borçlunun def'i hakkını ileri sürmesini engelleyen veya zorlaştıran her türlü hukuki işlem için geçerlidir⁸⁷⁶.

İsviçre Federal Mahkemesi eski kararlarında, feragat yasağının yalnızca kanunun ikinci ayırımında düzenlenen ve değişiklik yasağına tabi olan süreler için

⁸⁷³ Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 141 N 1; Pascal Pichonnaz, “La renonciation à la prescription selon le projet de réforme du droit de la prescription”, **REAS 2014**, s. 84-88 (REAS 2014), s. 79, 80; Meliha Sermin Paksoy, **Zamanaşımından Feragat (TBK 160)**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012 (Feragat), s. 80.

⁸⁷⁴ Koller, **OR AT**, § 71 N 30; Allimann, **Péremption**, N 972; Nicolas Kuonen, “La renonciation à invoquer la prescription : le temps d’y renoncer?”, **Le nouveau droit de la prescription**, Colloque du droit de la responsabilité civile 2019, Université de Fribourg, Stämpfli Éditions SA, Berne, 2019, s. 107-138 (Droit de la prescription), s. 50-52, 66; Pascal Pichonnaz, “Du nouveau sur la renonciation à la prescription Tribunal fédéral, arrêt du 13 février 2006, 4C.496/2005, ATF 132 III 226, SJ 2006 I 321 (changement de jurisprudence par rapport à l’ATF 112 II 231)”, **DC 2006**, s. 118-120 (Renonciation), s. 119; Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 141 N 2. Aynı yönde bkz. Alfred Koller, “Die Tragweite eines zeitlich begrenzten Verjährungsverzichts”, **SJZ 92/1996**, s. 369-371 (Verjährungsverzichts), s. 369, 370. Nitekim, İsviçre Federal Mahkemesi’nin önüne gelen bir olayda borçlu, uyuşmazlığı dava dışı yollarla çözüme kavuşturmak amacıyla, müzakerelerin başlamasından hemen sonra zamanaşımından feragat etmiştir. Bkz. **İsvFM**, ATF 99 II 185 = JdT 1974 46.

⁸⁷⁵ Béguelin, **FJS 813**, s. 3; Däppen, **BaslerKomm**, OR Art. 141 N 1; Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 141 N 2; **İsvFM**, ATF 132 III 226 = SJ 2006 I 321.

⁸⁷⁶ Däppen, **BaslerKomm**, OR Art. 141 N 2; Spiro, **Begrenzung I**, s. 849; Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 141 N 3; Berti, **ZürcherKomm**, OR Art. 129 N 60; Hatemi, Gökyayla, **Borçlar Genel**, § 35 N 12. Franz J. Kessler, **Der Verjährungsverzicht im Schweizerischen Privatrecht**, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2000 (Verjährungsverzicht), s. 21. Feragat yasağının, zamanaşımından feragat sözü verme için de uygulanacağı yönünde bkz. Niklaus, **Prescription**, N 1104.

geçerli olduğunu savunmaktaydı⁸⁷⁷. Zira, Federal Mahkeme'ye göre sürelerin değiştirilemeyeceğini öngören CO art. 129 (TBK m. 148) hükmüyle, feragat yasağını düzenleyen CO art. 142 (TBK m. 161) arasında bir bağlantı mevcuttu. Zamanaşımından önceden feragat edilememesi, zamanaşımı sürelerinin sözleşmeyle değiştirilmesi yasağının arkadan dolanılmasını önlemek amacıyla getirilmiş bir sınırlamaydı. Öte yandan, Federal Mahkeme'ye göre değişiklik yasağına tabi olan ve kanunun ikinci ayırımında yer alan sürelerden, henüz bu süreler işlemeyen feragat edilemeyecekti. O halde, “*önceden*” feragat edilememe şeklinde ifade edilen hükmün, “*zamanaşımının işlemesinden yahut tamamlanmasından önce*” feragat edilememe şeklinde okunması gerekmekteydi. Diğer taraftan, sözleşmeyle değiştirilebilen süreler açısından bu yönde bir sınırlama mevcut değildi.

Öğretide *Spiro*,⁸⁷⁸ Federal Mahkeme'nin bu içtihadını sert bir şekilde eleştirmiştir. Yazara göre zamanaşımından feragat yasağı, kanunun sadece değişiklik yasağına tabi olan süreler için değil, bu yasağına tabi olmayan ikinci ayırımı dışındaki süreler için de geçerlidir. Zira yazar, kanun koyucunun birbirine çok yakın iki hüküm sevk etmesi durumunda, aynı şeyi iki defa söylemek istemeyeceği çıkarımına dayanmaktadır⁸⁷⁹. Öte yandan, bu görüşe göre, borçlu ancak daha önce işlemiş olan süreden kısmen veya tamamen feragat edebilir⁸⁸⁰. Her ne kadar ikinci ayırım dışında düzenlenmiş olsa da, henüz dolmamış veya tamamlanmamış olan zamanaşımı süresinden feragat etmek mümkün değildir⁸⁸¹. Bu durumda zamanaşımından feragat, bir süre belirtilmemişse, feragat beyanından önce işlemiş olan sürenin alıcıya karşı ileri sürülmesini engeller. Bu görüşe göre, İsviçre Federal Mahkemesi tarafından savunulan, zamanaşımından feragat yasağının yalnızca sözleşmeyle değiştirilemeyen süreler için mevcut olduğu yönündeki görüş, hukuken yerinde değildir. Örneğin eser sözleşmesinde, beş yıllık zamanaşımına tabi tutulmuş olan taşınmaz yapıların ayıplı

⁸⁷⁷ Bu yöndeki kararlar için bkz. **İsvFM**, ATF 99 II 185 = JdT 1974 I 46; ATF 112 II 231 = JdT 1987 I 27; **İsvFM**, 14.5.1998, 4C.9/1998 = RJB 1943/1998, s. 583. Bu kararların değerlendirmesi için bkz. Alain Thévenaz, “La déclaration de renonciation à se prévaloir de la prescription”, **Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier**, édité au nom de la Faculté de droit de Fribourg par Peter Gauch, Franz Werro, Pascal Pichonnaz, Schulthess Médias Juridiques SA, Genève, Zurich, Bâle, 2008 s. 443-456 (Renonciation), s. 446 vd.; Christophe Leuenberger, “Verjährungsverzicht und Verlängerung der Verjährungsfrist”, **ZBJV** 134/1998, s. 583-585 (ZBJV), s. 583 vd. Aynı görüşte bkz. Guggenheim, **Contrats II**, s. 303.

⁸⁷⁸ *Spiro'nun* zamanaşımından feragat konusundaki görüşleri için bkz. *Spiro*, **Begrenzung I**, s. 847 vd.; *Spiro*, **Verzicht**, s. 547 vd.

⁸⁷⁹ *Spiro*, **Verzicht**, s. 547, 548.

⁸⁸⁰ Bu görüşün çerçevesinin *Becker* tarafından çizilmiş olduğu yönünde bkz. *Becker*, **BernerKomm**, OR Art. 141 N 2; **İsvFM**, ATF 132 III 226 = SJ 2006 I 321.

⁸⁸¹ Henüz işlememiş olan süreden feragat edilemeyecekse de, değişiklik yasağına tabi olmayan süreler açısından bu şartın aranmayacağı görüşünde bkz. Hatemi, Gökyayla, **Borçlar Genel**, § 35 N 12.

olmasından doğan sorumluluk için zamanaşımından önceden (TBK m. 478; CO art. 371) feragat edilebilirken, yine beş yıllık zamanaşımına tabi olan eseri meydana getirme veya bedel borcundan (TBK m. 147; CO art. 128) önceden feragat edilememesi suni bir ayrıma dayanmakta ve bu sebeple aynı süreye tabi kılınmış iki borç için zamanaşımından feragat rejiminin niçin farklılık gösterdiği anlaşılamamaktadır. Belirtmek gerekir ki, söz konusu görüş, İsviçre öğretisinde o dönem çoğunluk tarafından da benimsenmiş ve Türk öğretisinde de karşılık bulmuştur⁸⁸².

İsviçre Federal Mahkemesi ise konuya dair uzun tartışmalardan sonra, ortaya koyduğu ilke kararında⁸⁸³ normun tarihsel yorum metoduyla incelenmesinin ardından, öğretideki pek çok görüşü değerlendirerek bazı sonuçlara ulaşmış ve önceki içtihadından tamamen dönmüştür. *İlk olarak*, Federal Mahkeme, zamanaşımından feragatin ve feragat için öngördüğü prensiplerin yalnızca zamanaşımı başlığını taşıyan kanunun ikinci ayırımında öngörülen süreler için değil, bütün zamanaşımı süreleri için geçerli olduğunu belirtmiştir. *İkinci olarak*, Yüksek Mahkeme, zamanaşımından henüz süre dolmadan veya işlemeden de feragat edilebileceğini belirtmektedir. Kanunda bahsi geçen “önceden” ibaresi, zamanaşımının dolmasından önce şeklinde değil, “sözleşmenin kurulmasından önce”⁸⁸⁴ şeklinde okunmalıdır. O halde, sözleşme kurulmadan önce yapılan feragat

⁸⁸² Béguelin, **FJS 813**, s. 5; Guhl, Koller, **Obligationenrecht**, § 39 N 16; Däppen, **BaslerKomm**, OR Art. 141 N 3; Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 129 N 6b; Schwenger, **OR AT**, N 83.07; Engel, **Obligations**, s. 808, 810; Gauch, Schluep, Schmid, Emmenegger, **OR AT**, N 3373 vd.; Gauch, **Entreprise**, N 2285; Kessler, **Verjährungsverzicht**, s. 41 vd.; Koller, **Verjährungsverzichts**, s. 369; Bucher, **OR AT**, s. 447, 448; Jäger, **Prescription**, s. 25, 26; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Borçlar Genel**, s. 1072; Helvacı, **Contrat**, s. 225.

⁸⁸³ **İsvFM**, ATF 132 III 226 = SJ 2006 I 321 = JdT 2007 I 445. Söz konusu karar İsviçre öğretisinde pek çok yazar tarafından tartışılmış ve pek çok incelemeye konu olmuştur. Kararın değerlendirmesi için bkz. Peter Gauch, “Verjährungsverzicht: Ein Entscheid des Bundesgerichts (BGE 132 III 226) und was davon zu halten ist”, **SJZ 102/2006**, s. 533-540, 561-566 (Verjährungsverzicht), s. 533 vd.; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **Borçlar Genel**, N 1583-1597b; Pichonnaz, **Renonciation**, s. 118 vd.; Pichonnaz, **REAS 2014**, s. 84 vd.; Pascal Pichonnaz, “La renonciation à la prescription : une appréciation des réformes proposées par l’avant-projet de révision de la prescription”, **REAS 2012**, s. 79-84 (REAS 2012), s. 79 vd.; Alfred Koller, “Dispositives und zwingendes Verjährungsrecht zur Tragweite von Art. 129 und 141 Abs. 1 OR”, **SJZ 103/2007**, s. 193-197 (Verjährungsrecht), s. 194 vd.; Eugen Bucher, “Verjährung: gute Schritte in guter Richtung, Bemerkungen aus Anlass von BGE 132 III 226-241 (4C.296/2005)”, **recht 2006**, s. 186-197 (Verjährung), s. 186 vd.; Stéphane Voisard, “Arrêt du Tribunal fédéral du 13 février 2006, I ère Cour civile, X. et Y. c. Z. SA (4C.296/2005, ATF 132 III 226), recours en réforme”, **PJA 2006**, s. 1146-1150 (PJA 2006), s. 1146 vd.

⁸⁸⁴ Sözleşmenin kurulması anıyla asıl ifade edilmek istenenin, aslında alacağın doğduğu an olduğu yönünde bkz. Frédéric Krauskopf, “La prescription en pleine mutation - Quelques réflexions sur la prescription de l’action en dommages-intérêts”, **SJ 2011**, s. 1-27 (Quelques réflexions), s. 10, 14; Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 141 N 16. Öte yandan, İsviçre kanun koyucusu 1 Ocak 2020 tarihinde yürürlüğe girmiş olan zamanaşımı reformuyla, CO art. 141 hükmünde “zamanaşımı

geçersiz (*kesin hükümsüz*) olup⁸⁸⁵, sözleşme kurulduktan sonra feragat edilecek olan zamanaşımı süresinin muhakkak dolmuş olmasına gerek yoktur⁸⁸⁶. Bu yöndeki bir çözüm Federal Mahkeme'ye göre sürelerin sözleşmeyle değiştirilmesini yasaklayan CO art. 129 (TBK m. 148) hükmüyle de uyum içindedir. Zira, bu hüküm zamanaşımı süresinin uzatılıp kısaltılmasını yasaklamakta, ayrıca zamanaşımının durma veya kesilme sebepleriyle uzamasına yahut bir erteleme anlaşmasıyla muacceliyet anının ileri bir tarihe çekilerek başlangıç anının değiştirilmesine engel olmamaktadır. Bu bakımdan, zamanaşımından feragat, zamanaşımının durması veya kesilmesinden farklı bir sonuç doğurmamaktadır. *Üçüncü olarak*, Federal Mahkeme, borçlunun zamanaşımından dilediği süre kadar feragat edebileceğini belirtmektedir. Bununla beraber Mahkeme, zamanaşımı süresinin uzunluğuna⁸⁸⁷ ve feragatin yapıldığı ana bağlı olmaksızın, borçlunun en fazla *on yıl* için zamanaşımından feragat edebileceğine karar vermiştir (TBK m. 146; CO art. 127)⁸⁸⁸. Ayrıca, kararda

süresinin işlemeye başlamasından sonra” feragati mümkün kılmalıdır. Ancak, öğretide hükmün “*alacağın doğumundan itibaren*” zamanaşımından feragatin mümkün olduğu şeklinde düzeltilmesi gerektiği önerilmektedir. Bkz. Pichonnaz, **REAS 2014**, s. 84 vd. Aynı şekilde zamanaşımı süresinin işlemeye başladıktan sonra on yıl için feragat edilebileceği görüşünde bkz. Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Cilt I, N 1909, dn. 175; Nomer, **Borçlar Genel**, N 212.8. Yargıtay da zamanaşımından önceden feragat edilemeyeceği yönündeki ifadenin, sözleşmenin kurulmasından önce şeklinde anlaşılması gerektiğini ifade etmektedir. Bu yöndeki kararlar için bkz. **Yargıtay 9. HD**, T. 14.9.2009, E. 2008/9407, K. 2009/22810 (kazancı); **Yargıtay 9. HD**, T. 25.4.2019, E. 2017/12721, K. 2019/9715 (kazancı); **Yargıtay 9. HD**, T. 23.5.2019, E. 2019/4067, K. 2019/11967 (kazancı): “...*Türk Borçlar Kanununun 160. maddesinde (818 Sayılı BK 139), zamanaşımından feragat düzenlenmiştir. Anılan maddeye göre, borçlunun zamanaşımı defini ileri sürme hakkından önceden feragati geçersizdir. Önceden feragatten amaç, sözleşme yapılmadan önce veya yapılırken vaki feragattir. Oysa daha sonra vazgeçmenin geçersiz sayılacağına ilişkin yasada herhangi bir hüküm bulunmamaktadır...*”

⁸⁸⁵ Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 141 N 16; Krauskopf, **Quelques réflexions**, s. 10, 14; Däppen, **BaslerKomm**, OR Art. 141 N 4. Satıcının ayıptan sorumluluğu için önceden yaptığı feragat, zamanaşımı süresinin sözleşmeyle uzatılması olarak yorumlanıp ayakta tutulamaz. Zira, TBK m. 160 hükmü bütün zamanaşımı süreleri için öngörölmüş emredici bir düzenlemedir. Benzer yönde bkz. Gauch, **Entreprise**, N 2285; Niklaus, **Prescription**, N 1102.

⁸⁸⁶ **İsvFM**, ATF 132 III 226 = SJ 2006 I 321: “...*Kanun koyucu yalnızca sözleşmenin kurulması esnasında gerçekleşecek olan zamanaşımından feragati yasaklamak istemiştir. Söz konusu yasak yalnızca borçlar kanunun üçüncü ayırımında düzenlenen süreler için değil, aynı zamanda bütün zamanaşımı süreleri için geçerlidir. Kanun koyucu, kendisine pek çok borç yükleyen bir sözleşmenin kurulması esnasında, borçlunun özel menfaatlerini etkili bir şekilde korumayı amaçlamaktadır. İşte “zamanaşımından önceden feragat” kelimesinden anlaşılması gereken budur...*”.

Borç doğduktan sonra, ancak zamanaşımı süresi henüz işlemeye başlamadan önce, açık bir irade beyanıyla müstakbel zamanaşımından feragat edilebileceği görüşünde bkz. Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Cilt I, N 1962.

⁸⁸⁷ İsviçre Federal Mahkemesi'nin bu kuralı ortaya koyarken CO art. 128 (TBK m. 147) hükmünde düzenlenen beş yıllık süreleri gözden kaçırdığı, beş yıllık zamanaşımı süreleri açısından on yıl için zamanaşımından feragat edilebilmesi neticesinde CO art. 129 (TBK m. 148) hükmünde öngörülen sürelerin kesinliği prensibinin aşılabileceği görüşünde bkz. Pichonnaz, **Renonciation**, s. 120. Aynı yönde: Gauch, **Verjährungsverzicht**, s. 536, dn. 14.

⁸⁸⁸ Aynı görüşte bkz. Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Cilt I, N 1909, dn. 175. İsviçre Federal Mahkemesi önceleri savunduğu ve zamanaşımından feragatin zamanaşımının kesilmesi şeklinde

zamanaşımından feragatin ikrar manasına gelmeyeceği ve zamanaşımının kesilmesi sonucunu doğurmaksızın⁸⁸⁹ borçlunun amaçladığı süre kadar feragatin sonuç doğuracağı belirtilmiştir. Zamanaşımından feragati on yılla sınırlandıran söz konusu içtihat, alacaklının talep ettiği edimin ifasına kavuşmak yönündeki iradesini belirsiz ve müphem bir şekilde ertelemesini engelleme amacına yöneliktir⁸⁹⁰. Öte yandan, Federal Mahkeme ilke kararında ortaya koyduğu prensipleri daha sonraki kararlarında da teyit etmiştir⁸⁹¹.

İsviçre Federal Mahkemesi'nin güncel içtihadı, öğretide pek çok yazar tarafından da desteklenmiştir⁸⁹². Zira, varılan çözüm, irade özerkliğini teşvik ettiği için, zamanaşımı konusundaki güncel eğilimlerle ve uluslararası alanda pek çok hukuki düzenlemeyle de uyum arz etmektedir⁸⁹³. Nitekim, Alman Hukuku'nda zamanaşımından (*önceden*) feragat yasağı bulunmadığı gibi, BGB § 202 Abs. II hükmünde⁸⁹⁴ de söz konusu kurum, zamanaşımının sözleşmesel sınırları başlığı altında düzenlenmiştir. Öte yandan, Federal Mahkeme'nin çözümü, uluslararası ticari sözleşmeler hakkında UNIDROIT prensipleri (PICC 10.3) ve Avrupa Sözleşmeler Hukuku İlkeleri (PECL 14: 601) tarafından ortaya konan düzenlemelerle de paralellik arz etmektedir. Zira, zamanaşımı kurumunun öncelikle, mevcut olmayan ya da artık talep edilmeyeceği düşünülen alacaklara karşı borçluyu korumayı amaçladığı ve ticari hayatta da alacağın zamanında talep edilmesini teşvik ettiği ifade

sonuç doğuracağı yönündeki görüşünden dönmüştür. Yüksek Mahkeme'nin önceki içtihadı için bkz. **İsvFM**, ATF 112 II 233; ATF 99 II 185 = JdT 1974 I 46.

⁸⁸⁹ Zamanaşımından feragatin, borç ikrarı anlamına gelmeyeceği yönünde bkz. Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 141 N 18; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 384.

⁸⁹⁰ Pichonnaz, **Renonciation**, s. 119, 120; Leuenberger, **ZBJV**, s. 583 vd.; **İsvFM**, ATF 132 III 226 = SJ 2006 I 321.

⁸⁹¹ Bu yöndeki kararlar için bkz. **İsvFM**, 6.4.2006, 4C.421/2005; 20.8.2007, 9C_104/2007; 10.10.2011, 4A_221/2011; 8.2.2011, 9C_855/2010; 15.11.2011, 4A_495/2011.

⁸⁹² Koller, **Verjährungsrecht**, s. 194; Pichonnaz, **Renonciation**, s. 118, 119; Pichonnaz, **REAS 2012**, s. 80 vd.; Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 746; Berger, **OR AT**, N 1475 vd.; Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 141 N 18; Pichonnaz, **Éléments choisis**, s. 252; Däppen, **BaslerKomm**, OR Art 141 N 3a; Allimann, **Péremption**, N 1490; Krauskopf, **Quelques réflexions**, s. 14 vd.; Bouverat, Wessner, **AJP 2010**, s. 968; Bucher, **Verjährung**, s. 194, 195, dn. 26; Niklaus, **Prescription**, N 1198; Parein-Reymond, **Prescription**, s. 160, 161. Aynı yönde bkz. Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Cilt I, N 1909, dn. 175; Kılıçoğlu, **Borçlar Genel**, s. 1131; Paksoy, **Feragat**, s. 120. Karşı görüşün en büyük savunucusu, tarihsel yorum metoduyla İsviçre Federal Mahkemesi'nin çıkarımının haklı olmadığını belirten *Gauch* olmuştur. Bkz. *Gauch*, **Verjährungsverzicht**, s. 537; Thévenaz, **Renonciation**, s. 443 vd.; Fournier, **Prescription**, s. 7. Ancak, *Gauch* çok yazarlı ortak eserinde, İsviçre Federal Mahkemesi içtihadına yakın durmuştur. Bkz. *Gauch*, Schluep, Schmid, Emmenegger, **OR AT**, N 3373 vd.

⁸⁹³ Bu konuda bkz. Pichonnaz, **Renonciation**, s. 119; Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 141 N 18; Däppen, **BaslerKomm**, OR Art. 141 N 3a.

⁸⁹⁴ Bkz. yukarıda B.1/II/C.

edilmektedir⁸⁹⁵. Ayrıca, ayıptan doğan zamanaşımı (TBK m. 231) gibi kısa zamanaşımı süreleri açısından da zamanaşımından on yıllık süre için feragatin mümkün olması, sözleşme özgürlüğü prensibini güçlendirerek, zamanaşımından birden fazla kez feragat etme ihtiyacını azaltacaktır. Ayrıca, öğretide feragat yasağının bu şekilde yorumlanmasının, işlemiş olan süreden daha uzun bir süre için feragat edilmesi durumunda, feragatin hangi süre için sonuç doğuracağı şeklinde meydana gelecek tartışmaları engelleyeceği ve hukuk güvenliğini güçlendireceği ifade edilmektedir⁸⁹⁶.

Öte yandan, İsviçre Federal Mahkemesi'nin içtihadında bazı noktalar açıklığa kavuşturulmamıştır. Borçlunun feragat için bir süre belirtmemesi durumunda, yeni başlayacak olan sürenin uzunluğunun ne kadar olacağı net değildir. Ayıptan sorumlulukta satıcının zamanaşımından feragat etmesi durumunda, feragat işleminin on yıl için mi, yoksa alacağın tabi olduğu asıl zamanaşımı süreleri olan iki (TBK m. 231) veya beş yıl (TBK m. 244 f. III) için mi sonuç doğuracağının tespit edilmesi gerekmektedir. Bu durumda, oldukça isabetli olarak, feragatin zamanaşımının kesilmesi şeklinde sonuç doğurması gerektiği ve alacağın tabi olduğu başlangıçtaki sürenin yeniden işlemeye başlayacağı ifade edilmektedir⁸⁹⁷. Başka bir açıdan bakılacak olursa, süre belirtilmeden yapılmış olan feragat, borcun ikrarı gibi sonuç doğurarak, kanuni zamanaşımı süresinin yeniden işlemesini sağlayacaktır⁸⁹⁸. Bu sonuç, tarafların farazi iradelerine ve hukuk güvenliği ilkesine daha uygundur. Öte yandan, İsviçre Federal Mahkemesi, yeni tarihli bir kararında aksi bir çözüme başvurarak, irade beyanlarında bir boşluk (*lückenhafte Willenserklärung*)

⁸⁹⁵ Pichonnaz, **Renonciation**, s. 119, 120; Pichonnaz, **Révision**, s. 169. Ayrıca bkz. Pichonnaz, **REAS 2012**, s. 84. Öte yandan, Fransız Hukuku'nda ve Avusturya Hukuku'nda söz konusu feragat yasağı halen muhafaza edilmektedir. Bu durum, zamanaşımı kurumunun öncelikli olarak kamusal menfaatleri korumayı amaçladığı şeklinde açıklanmaktadır. Bu konuda bkz. **CCFr art. 2250**: “Seule une prescription acquise est susceptible de renonciation. (Yalnızca edinilmiş -işlemiş- olan zamanaşımı süresi feragat konu olabilir.)”; **ABGB § 1502**: “Der Verjährung kann weder im Voraus entsagt, noch kann eine längere Verjährungsfrist, als durch die Gesetze bestimmt ist, bedungen werden.”

⁸⁹⁶ Pichonnaz, **Renonciation**, s. 120.

⁸⁹⁷ Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **Borçlar Genel**, N 1587a; Gauch, Schluep, Schmid, Emmenegger, **OR AT**, N 3384; Gauch, **Verjährungsverzicht**, s. 539; Gauch, **Entreprise**, N 2284; Pichonnaz, **Renonciation**, s. 120; Pichonnaz, **REAS 2012**, s. 81; Pichonnaz, **Éléments choisis**, s. 253; Kessler, **Verjährungsverzicht**, s. 119; Berger, **OR AT**, N 1478; Niklaus, **Prescription**, N 1215; Thévenaz, **Renonciation**, s. 453; Däppen, **BaslerKomm**, OR Art. 141 N 5a; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 386. Aynı yönde bkz. Spiro, **Verzicht**, s. 555, dn. 1; Kessler, **Verjährungsverzicht**, s. 119, 181.

⁸⁹⁸ Bu durumda “zamanaşımının kesilmesiyle, yeni bir süre işlemeye başlar” şeklinde ifade edilmektedir. Bu görüş hakkında detaylı bilgi için bkz. Pichonnaz, **Renonciation**, s. 120; Pichonnaz, **REAS 2012**, s. 81. Feragatin, zamanaşımı süresinin daha önce işlemiş olan kısmı kadar hüküm doğurması gerektiği görüşünde bkz. Kuonen, **Renonciation**, s. 68, 78

bulunduğuna karar vermiş ve söz konusu boşluğun on yıllık sözleşmesel zamanaşımı (TBK m. 146; CO art. 127) yolu ile doldurulması gerektiğine hükmetmiştir⁸⁹⁹.

Zamanaşımından feragatin tek taraflı bir hukuki işlemle⁹⁰⁰ mi yapılacağı, yoksa muhakkak bir feragat anlaşmasına⁹⁰¹ mı ihtiyaç duyulduğu konusunda öğretide görüş birliği bulunmamaktadır. Kanımızca, zamanaşımından tek taraflı bir hukuki işlemle yahut bir sözleşmeyle feragat etmek mümkün⁹⁰² olsa da, söz konusu tartışmanın pratik bir önemi bulunmamaktadır⁹⁰³. Zira, zamanaşımından feragatin sözleşmeyle yapılması gerektiği düşünülecek olursa, açık bir kabul beyanına ihtiyaç duyulmaksızın (TBK m. 6) önerinin ulaşma anından itibaren (TBK m. 11) işlemin hüküm doğuracağı kabul edilecektir⁹⁰⁴. Alacağa vücut veren sözleşme şekle tabi olsa bile, zamanaşımından feragat herhangi bir şekle tabi değildir⁹⁰⁵. Öte yandan, zamanaşımından feragat edilebilmesi için, fiil ehliyetine⁹⁰⁶ sahip olunması ve alacağı

⁸⁹⁹ **İsvFM**, 8.2.2011, 9C_855/2010. Kararda İsviçre Federal Mahkemesi, feragat için süre belirtilmemiş olduğunu nazara alarak, kanunda uygulanacak bir hüküm bulunmadığından, bir kanun boşluğu mevcut olduğunu tespit etmiştir. Federal Mahkeme'ye göre bir kanun boşluğu bulunması durumunda önce *emredici hükümler*, şayet mevcut değilse *düzenleyici yedek hükümler* uygulanır. Kanunda uygulanabilecek bir düzenleme yoksa hâkim *modo legislatoris* yetkisini kullanarak kendisi kural yaratır. Kanunda bu durumda uygulanacak bir *düzenleyici yedek hüküm* bulunduğunu tespit eden Yüksek Mahkeme, on yıllık sözleşmesel zamanaşımını (TBK m. 146; CO art. 127) mevcut olaya uygulamıştır. Karar hakkında görüşleri için bkz. Pichonnaz, **REAS 2012**, s. 81.

⁹⁰⁰ Tek taraflı irade beyanının yeterli olduğu görüşünde bkz. Koller, **Nachbesserung**, N 481; Niklaus, **Prescription**, N 951; Berti, **ZürcherKomm**, OR Art. 141 N 55; Kuonen, **Renonciation**, s. 54; Fournier, **Prescription**, s. 7. Aynı yönde bkz. **İsvFM**, ATF 99 II 191 = JdT 1974 I 51. Sözleşmede yer alsa dahi, tek taraflı özel bir yenilik doğurucu hak dolduğu görüşünde bkz. Kuonen, **Renonciation**, s. 57, 58.

⁹⁰¹ İki taraflı bir hukuki işlemle (*sözleşmeyle*) yapılması gerektiği yönünde bkz. Spiro, **Begrenzung I**, s. 547; Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 141 N 9.

⁹⁰² Her iki yolla da feragatin mümkün olduğu görüşünde bkz. Erdem, **Zamanaşımı**, s. 385; Paksoy, **Feragat**, s. 59; **İsvFM**, ATF 132 III 226 = SJ 2006 I 321; **Yargıtay** 9. HD, T. 14.9.2009, E. 2008/9407, K. 2009/22810 (kazancı); **Yargıtay** 9. HD, T. 25.4.2019, E. 2017/12721, K. 2019/9715 (kazancı); **Yargıtay** 9. HD, T. 23.5.2019, E. 2019/4067, K. 2019/11967 (kazancı).

⁹⁰³ Gauch, **Entreprise**, N 2283; Gauch, **Verjährungsverzicht**, s. 564; Koller, **Nachbesserung**, N 481; Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 141 N 9.

⁹⁰⁴ TBK m. 6 uyarınca örtülü de olsa kabul beyanına gerek olmadığı; zira, tek taraflı bir hukuki işlem olduğu yönünde bkz. Kuonen, **Renonciation**, s. 54. Zamanaşımından feragatin ancak sözleşmeyle yapılabileceği kabul edilecek olursa, TBK m. 6 uyarınca alıcı, her ne kadar menfaatine olmasa da, öneriyi uygun bir sürede reddederek, feragati hükümden düşürebilecektir. Belirtmemiz gerekir ki, satıcı aynı sonuca zamanaşımı def'ini ileri sürmeyerde de ulaşabilmektedir. Öte yandan, zamanaşımından feragatin ivazlı olduğu durumlarda, muhakkak bir feragat anlaşmasına ihtiyaç duyulmaktadır. Ayrıca, böyle bir durumda örtülü kabulü düzenleyen TBK m. 6 hükmü, niteliği gereği uygulama alanı bulmayacaktır. İvazlı feragat konusunda bkz. Paksoy, **Feragat**, s. 17.

⁹⁰⁵ Berti, **ZürcherKomm**, OR Art. 129 N 55; Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 141 N 9; Däppen, **BaslerKomm**, OR Art. 141 N 5; Kessler, **Verjährungsverzicht**, s. 93 vd., 180; Gauch, Schluep, Schmid, Emmenegger, **OR AT**, N 3382a; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 384.

⁹⁰⁶ Niklaus, **Prescription**, N 1118 vd.; Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 141 N 9; Parein-Reymond, **Prescription**, s. 161; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 385; Paksoy, **Feragat**, s. 59.

teminat altına alan malvarlıkları üzerinde tasarruf yetkisinin bulunması⁹⁰⁷ şarttır. Zamanaşımından feragat temsilci aracılığıyla da yapılabilir. Ancak, temsil yoluyla yapılan feragat bir sulh sözleşmesi çerçevesinde gerçekleştiriliyorsa, temsilcinin TBK m. 504 f. III uyarınca özel temsil yetkisinin bulunması gerekmektedir. Açık veya örtülü bir irade beyanıyla zamanaşımından feragat edilebileceği gibi, iradeyi ortaya koyan (*kanaat verici*) davranış (*factum concludens*) yoluyla da zamanaşımından feragat etmek mümkündür⁹⁰⁸. Ancak, bu son ihtimalde, borçlunun feragat yönündeki iradesinin *açık* bir şekilde anlaşılması gerekmektedir⁹⁰⁹. Örneğin, zamanaşımı süresinin tamamlanmasından sonra rehin verilmesi yahut kefil gösterilmesi, zamanaşımından feragat yönündeki iradeyi ortaya koyan birer davranış olarak değerlendirilebilir⁹¹⁰. Kanımızca, bu durumda, TBK m. 154 f. I b. 1 hükmünde zamanaşımının kesilmesi açısından örnekseyici olarak düzenlenmiş olan haller, zamanaşımı süresi dolduktan sonra, borçlunun feragat iradesini ortaya koyan davranışlar şeklinde nitelendirilebilir.

İster örtülü irade beyanı, ister iradeyi ortaya koyan davranış yoluyla yapılsın, feragat beyanının muhakkak alacaklı konumundaki alıcıya yöneltilmiş olması gerekmektedir⁹¹¹. Feragat beyanı alacaklıya varmakla birlikte hukuki sonuçlarını doğurur ve feragat edilen zamanaşımı süresi, beyanın varmasını takip eden günden itibaren işlemeye başlar⁹¹². Ancak, belirtmek gerekir ki, işlemekte olan süreden

⁹⁰⁷ Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 141 N 9; Becker, **BernerKomm**, OR Art. 141 N 4; Berti, **ZürcherKomm**, OR Art. 129 N 55; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 385; Paksoy, **Feragat**, s. 59.

⁹⁰⁸ Gauch, Schlupe, Schmid, Emmenegger, **OR AT**, N 3382a; Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 141 N 10; Gottini, **Verjährung**, s. 121, 122; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 384; **Yargıtay 9. HD**, T. 25.4.2019, E. 2019/3628, K. 2019/9719 (kazancı); **Yargıtay 9. HD**, T. 25.4.2019, E. 2017/12721, K. 2019/9715 (kazancı).

⁹⁰⁹ Däppen, **BaslerKomm**, OR Art. 141 N 5; Kessler, **Verjährungsverzicht**, s. 180; Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 141 N 10; Pichonnaz, **Renonciation**, s. 120; **İsvFM**, 8.2.2011, 9C_855/2010; 15.11.2011, 4A_495/2011.

⁹¹⁰ Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Cilt I, N 1962; **İsvFM**, 15.11.2011, 4A_495/2011. Aynı yönde bkz. Erdem, **Zamanaşımı**, s. 384. Üçüncü kişi kefil olurken veya teminat gösterirken borcun zamanaşımına uğradığını biliyorsa kendisi bakımından zamanaşımı def'ine dayanmaktan feragat etmiş sayılır. Bkz. Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Cilt I, N 1959. İsviçre Federal Mahkemesi'nin önüne gelen bir olayda, ayıptan sorumluluk için öngörülen zamanaşımı süresi geçtikten sonra, yüklenicinin bazı küçük düzeltmelerde bulunacağını iş sahibine beyan etmiş olması, zamanaşımından feragat şeklinde yorumlanmamıştır. Zira, bu halde yüklenicinin feragat iradesi net değildir. Bkz. **İsvFM**, 15.11.2011, 4A_495/2011.

⁹¹¹ Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 141 N 10; **İsvFM**, ATF 40 II 521; **Yargıtay 9. HD**, T. 25.4.2019, E. 2019/3628, K. 2019/9719 (kazancı); **Yargıtay 9. HD**, T. 25.4.2019, E. 2017/12721, K. 2019/9715 (kazancı); **Yargıtay 9. HD**, T. 23.5.2019, E. 2019/4067, K. 2019/11967 (kazancı).

⁹¹² Gauch, Schlupe, Schmid, Emmenegger, **OR AT**, N 3383; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 385. Eskiden bu görüşte bkz. Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 141 N 19 dn. 54. Zamanaşımından feragatin alacaklıya varmasıyla beraber gerçekleşmesine karşın, hükümlerini gönderme anından itibaren doğuracağından hareketle, feragat edilen sürenin de gönderilme anından itibaren işlemeye başlayacağı görüşünde bkz. Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 141 N 19; Niklaus, **Prescription**,

feragat edilmesi durumunda, zamanaşımından feragat, yalnızca mevcut sürenin uzaması neticesini doğuracağından, feragat edilen sürenin işlemeye başlayacağı zaman diliminden de söz edilemez⁹¹³.

Zamanaşımından feragatin şarta bağlanması da mümkündür⁹¹⁴. Nitekim, İsviçre Federal Mahkemesi de bir kararında, borçlunun zamanaşımı süresinin henüz dolmamış olması kaydıyla zamanaşımından feragat ettiği yönündeki beyanını geçerli saymıştır⁹¹⁵. Zamanaşımı süresinden, belirli bir süre için de feragat etmek mümkündür⁹¹⁶. O halde, zamanaşımının ne kadar süre için yeniden canlandığı, ilk olarak borçlunun irade beyanına göre belirlenir. Ancak, bu süre İsviçre Federal Mahkemesi'nin de ifade ettiği üzere⁹¹⁷, on yıllık üst sınırı aşamaz⁹¹⁸. Aksi takdirde, daha uzun bir süre için yapılan feragat, kısmi hükümsüzlük yaptırımına tabi tutularak, ancak on yıl için hukuki sonuç doğurur. Öte yandan, İsviçre-Türk öğretisinde, zamanaşımı süresinden ancak işlemiş olan süre kadar feragat edilebileceği görüşü de halen güçlü bir şekilde savunulmaktadır⁹¹⁹. Bu durumda zamanaşımından feragat, borçlu lehine işlemiş olan süre ile sınırlandırılmış olmaktadır.

Diğer taraftan, taşınmaz satışında, satıcının ağır kusurlu olması durumunda, TBK m. 244 f. III hükmünde yirmi yıllık bir zamanaşımı süresi öngörülmüştür. Bu

N 1241; Thévenaz, **Renonciation**, s. 443. Hükümlerini derhal doğuracağı görüşünde bkz. Kuonen, **Renonciation**, s. 67.

⁹¹³ Gauch, Schluep, Schmid, Emmenegger, **OR AT**, N 3383.

⁹¹⁴ Spiro, **Verzicht**, s. 552; Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 141 N 10, 13; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 385; **İsvFM**, ATF 137 III 481.

⁹¹⁵ **İsvFM**, ATF 137 III 481. İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre, pek çok olayda, zamanaşımından feragat kurumuna acil durumlarda başvuruluyor olması ve hukuki ilişkilerin karmaşık bir hal alması, feragatin şarta bağlanmasını gerektirebilmektedir.

⁹¹⁶ Gauch, **Entreprise**, N 2284; Pichonnaz, **Renonciation**, s. 120; Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 141 N 11; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 385; **İsvFM**, ATF 132 III 226 = SJ 2006 I 321; **İsvFM**, SJ 1987 33.

⁹¹⁷ **İsvFM**, ATF 132 III 226 = SJ 2006 I 321; **İsvFM**, 8.2.2011, 9C_855/2010.

⁹¹⁸ Krauskopf, **Quelques réflexions**, s. 10, 14 vd.; Koller, **Verjährungsrecht**, s. 194; Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 141 N 10; Däppen, **BaslerKomm**, OR Art. 141 N 3a; Nomer, **Borçlar Genel**, N 212.18; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 385. Öğretide, zamanaşımı süresinin uzunluğuna bakılmaksızın on yıl için feragatin geçerli olmasının, irade serbestisi prensibini güçlendirdiği ve böylece zamanaşımının esas rolünün borçlunun özel menfaatini korumak olduğunun ispat edildiği ifade edilmektedir. Bkz. Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 141 N 11; Berti, **ZürcherKomm**, OR Art. 129 N 10.

⁹¹⁹ Koller, **Verjährungsrecht**, s. 193, 195; Thévenaz, **Renonciation**, s. 448, 452; Kessler, **Verjährungsverzicht**, s. 119, 181; Koller, **OR AT**, § 71, s. 27; Niklaus, **Prescription**, N 1204; Schaller, **Einreden**, N 630; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 383, 384. Bu görüşe göre, zamanaşımından feragat edilen sürenin henüz işlememiş olan kısmı kesin hükümsüz sayılacak, feragat ancak işlemiş olan süre kadar hüküm doğuracaktır. Bkz. Gauch, **Entreprise**, N 2284; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 383, 384. *Niklaus'a* göre, on yıllık üst süreye ve zamanaşımının sözleşmesel sınırlarına uymak kaydıyla, işlememiş olan süre için yapılan feragat, zamanaşımının sözleşmeyle uzatılması olarak yorumlanmalıdır. Bu görüş için bkz. Niklaus, **Prescription**, N 1205.

durumda TBK m. 146 hükmünde belirtilen on yıllık üst sürenin, zamanaşımından feragat için üst sınır olarak uygulanması, taşınmaz satışında alıcının ağır kusurlu olması durumunda uygun düşmez. Zira, kanun koyucunun iradesi, bu durumda yirmi yıllık bir zamanaşımı süresi öngörmek yönünde tecelli etmiştir. Bu durumda, söz konusu üst süreyi aşsa dahi, *işlemiş olması kaydıyla*, on yıldan uzun zamanaşımı sürelerinden, on yıldan uzun bir süre için feragat edilebileceği kabul edilmektedir⁹²⁰. Her ne kadar TBK m. 146 hükmünde düzenlenen on yıllık zamanaşımı süresi, sözleşme serbestisi açısından bir üst sınır olarak nitelendiriliyorsa da, kanun koyucu, taşınmazın ayıplı olarak devrinde alıcının ağır kusurlu olması durumunda, daha uzun bir zamanaşımı süresi öngörerek, istisnai bir düzenlemeye yer vermiştir. Bu durumda, TBK m. 146 hükmü, üst süre olarak uygulanma kabiliyetinden yoksun olduğu için, zamanaşımından feragati, on yıldan uzun yapılmak istenmesi durumunda, işlemiş olan zamanaşımı süresi ile sınırlandırmak makul görünmektedir.

Belirtmek gerekir ki, işlemiş olsun ya da olmasın, borçlu henüz def'i hakkı doğmadan, zamanaşımından belirli bir süre için feragat edebileceği gibi; zamanaşımı süresi tamamlandıktan sonrada da belirleyeceği süre kadar zamanaşımından feragat edebilir; yahut, def'i hakkı doğmuş ise zamanaşımı def'ini ileri sürmekten, tamamen de vazgeçebilir. Son ihtimalde borçlu, def'i hakkından feragat ederek, zamanaşımı süresi hiç işlememiş gibi, sürenin yeniden canlanmasına sebebiyet verir. Aynı şekilde, borçlunun belirli bir tarihe kadar zamanaşımından feragat ettiğini alacaklıya bildirmesi de mümkündür. Öte yandan, borçlu zamanaşımı def'ini ileri sürerek borcu ifadan kaçındıktan sonra da, zamanaşımı def'inden rücu edebilir⁹²¹. Bu yöndeki bir irade beyanı, zamanaşımından feragat gibi sonuç doğurur ve zamanaşımı süresi tekrar işlemeye başlar⁹²². Zamanaşımı def'i sebebiyle dava esastan reddedilmiş olsa dahi, kesin hükümden sonra gerçekleşen feragat, yeni bir vakıa sayılır. Kesin hükümden sonra meydana gelen vakıalar, kesin hükümden etkilenmeyeceği için, zamanaşımından feragat edilmesi gibi sonraki vakıalara dayanarak, alacaklının yeniden dava açması mümkündür⁹²³. Bu durumda, borçlunun kesin hüküm itirazı

⁹²⁰ On yıldan uzun zamanaşımı sürelerinden, ancak işlemiş olan sürenin tamamı kadar feragat edilebileceği görüşünde bkz. Niklaus, **Prescription**, N 1206.

⁹²¹ Bu konudaki örnekler için bkz. Kuonen, **Renonciation**, s. 69.

⁹²² Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Cilt I, N 1963; Berger, **OR AT**, N 1486; Fournier, **Prescription**, s. 7; **İsvFM**, ATF 99 II 185 = JdT 1974 I 46; **Yargıtay** 9. HD, T. 25.4.2019, E. 2019/3628, K. 2019/9719 (kazancı); **Yargıtay** 9. HD, T. 25.4.2019, E. 2017/12721, K. 2019/9715 (kazancı); **Yargıtay** 9. HD, T. 23.5.2019, E. 2019/4067, K. 2019/11967 (kazancı).

⁹²³ Kuru, **Medeni Usul**, s. 538, 539; Pekcanitez, Atalay, Özekes, **Medenî Usûl**, s. 450, 451; Atalı, **Pekcanitez Usûl**, s. 2072.

dinlenmeyecektir. Öte yandan, borçlunun zamanaşımından feragat edeceğini belirterek alacaklıyı oyalaması; buna rağmen, zamanaşımından feragat etmemesi halinde veya zamanaşımından feragatin geçersiz olmasına rağmen borçlunun alacaklıda feragatin geçerli olduğu kanısını uyandırması durumunda, zamanaşımı def'ini ileri sürmesi, alacaklı açısından hakkın kötüye kullanılması (TMK m. 2 f. II) oluşturabilecektir⁹²⁴.

İsviçre Hukuku'nda zamanaşımı konusunda gerçekleştirilen ve 1 Ocak 2020 tarihinde yürürlüğe girmiş olan zamanaşımı reformu⁹²⁵ ile zamanaşımından feragat rejimi, köklü bir değişikliğe tabi tutulmuş ve İsviçre Federal Mahkemesi'nin güncel içtihatları nazara alınarak söz konusu kurum yeniden düzenlenmiştir⁹²⁶. CO art. 141 hükmünün yeni lafzı şöyledir: *“(1) Borçlu zamanaşımı süresinin başlangıcından itibaren, zamanaşımı def'ini ileri sürmekten, her defasında, en fazla on yıl için feragat edebilir. (1^{bis}) Zamanaşımından feragat yazılı olarak gerçekleştirilir. Yalnızca genel işlem şartı kullanan taraf, söz konusu şartlarda, zamanaşımı def'ini ileri sürmekten feragat edebilir. (4) Doğrudan dava hakkının bulunması durumunda, borçlu tarafından yapılan feragat, sigortacıya karşı da ileri sürülebilir.”* Söz konu hükme göre borçlu, ancak alacak muaccel olduktan sonra zamanaşımından feragat edebilir⁹²⁷. Zira, CO art. 130 (TBK m. 149) hükmü uyarınca zamanaşımı, alacağın muaccel olmasıyla birlikte işlemeye başlar. Alacak doğduğu anda muaccel ise (CO art. 75; TBK m. 90), zamanaşımından feragat, yalnızca sözleşmenin kurulmasından sonra yapılabilir. Zamanaşımı reformuyla getirilen önemli bir yenilik, CO art. 141 al. II hükmüyle birlikte, zamanaşımından feragat için *adi yazılı şekil* şartı

⁹²⁴ Gauch, **Verjährungsverzicht**, s. 564; Oser, Schönenberger, **ZürcherKomm**, OR Art. 142 N 3; Däppen, **BaslerKomm**, OR Art. 141 N 3; Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 141 N 13, 22; Kessler, **Verjährungsverzicht**, s. 69; **İsvFM**, ATF 99 II 185 = JdT 1974 I 46.

⁹²⁵ Zamanaşımı konusunda gerçekleştirilen değişikliklerin tamamı için bkz. 15 Eylül Tarihli Zamanaşımı Revizyonu (Révision du droit de la prescription, Modification du 15 juin 2018 - Revision des Verjährungsrecht, Änderung vom 15. Juni 2018), **FF 2018 3655, RO 2018 5343** (çevrimiçi, <https://www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2018/3655.pdf>, 15.3.2020).

⁹²⁶ İsviçre Hukuku'nda 1 Ocak 2020 tarihinde yürürlüğe giren zamanaşımından feragat konusundaki değişiklikler ve yeni feragat rejimi için bkz. Tercier, Pichonnaz, **Obligations**, N 1707-1712; Pichonnaz, **REAS 2014**, s. 84 vd.; Pichonnaz, **Éléments choisis**, s. 252 vd.; Kuonen, **Renonciation**, s. 50 vd.; Gottini, **Verjährung**, s. 122 vd.; Krauskopf, **Verjährungsrecht**, s. 46, 47. Ayrıca bkz. Message relatif à la modification du code des Obligations (Droit de la prescription) du 29 novembre 2013 (İsviçre Federal Konseyi'nin Borçlar Hukuku, Zamanaşımı Hukuku Değişikliklerine Yönelik 29 Kasım 2013 Tarihli Mesajı), **FF 2014 221**, (çevrimiçi, <https://www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2014/221.pdf>, 15.3.2020), (Message Prescription). Özellikle bkz. Message Prescription, **FF 2014 246, 247**.

⁹²⁷ Message Prescription, **FF 2014 246**; Tercier, Pichonnaz, **Obligations**, N 1709; Gottini, **Verjährung**, s. 122, 123; Kuonen, **Renonciation**, s. 58. Ayrıca bkz. Pichonnaz, **Éléments choisis**, s. 253.

öngörülmesidir. Ancak, söz konusu şekil şartına aykırılığın, mutlaka sözleşmenin kesin hükümsüzlüğünü gerektirip gerektirmeyeceği öğretide tereddütlere sebep olmuştur⁹²⁸. Öte yandan, CO art. 141 al. I hükmü uyarınca, zamanaşımı süresinden birden fazla kez feragat etmek mümkün olduğu gibi, tek defada en fazla on yıl için⁹²⁹ feragat edilebilmektedir⁹³⁰. Zamanaşımı reformuyla yapılan değişiklikler göstermektedir ki, İsviçre kanun koyucusu, büyük oranda İsviçre Federal Mahkemesi'nin güncel içtihatları takip etmiştir⁹³¹. Kanımızca, kurumun işlerliğini korumak amacıyla, yazılı şekil şartı dışında yapılmış olan değişiklikler, Türk kanun koyucusu açısından da yol gösterici olarak nitelendirilebilecektir⁹³².

Son olarak gündeme gelebilecek diğer bir soru, satıcının zamanaşımı süresi açısından olduğu gibi, bir hak düşürücü süre niteliğinde olan ayıp bildirim süresinden

⁹²⁸ İsviçre öğretisinde zamanaşımından feragatin yazılı şekilde yapılmamasının, mutlaka feragatin geçersizliğini gerektirmediği ifade edilmektedir. Zira, bu durumda belirleyici olan husus, şekil şartına uyulmamasının, muhakkak işlemin geçersizliğini gerektirecek kadar bir büyük hukuki güvensizlik yaratıp yaratmadığıdır. Zamanaşımından *elektronik posta* yahut *pdf* gönderilmesi (*forme textuelle*) yoluyla feragat edilmesinin yahut yeterince açık ise *iradeyi ortaya koyan davranış* (*factum concludens*) yoluyla süreden vazgeçilmesinin geçerli olması gerektiği belirtilmektedir. Bkz. Tercier, Pichonnaz, **Obligations**, N 1710; Kuonen, **Renonciation**, s. 61 vd.; Pichonnaz, **Éléments choisis**, s. 254; Pichonnaz, **REAS 2012**, s. 84. Ancak, İsviçre Federal Konseyi'nin gerekçesinde söz konusu şekil şartının CO art. 13 (TBK m. 14) hükmüne tabi olduğunu belirtmektedir. Bkz. Message Prescription, **FF 2014 247**. Bu açıdan, yeni düzenlemenin oldukça sınırlayıcı olduğu ve zamanaşımından feragat için şekil şartı öngörülmemesi gerektiği ifade edilmektedir. Zira, bu durum zamanaşımının re'sen nazara alınamaması yönündeki kuralla da çelişmektedir. Bkz. Kuonen, **Renonciation**, s. 61 vd.; Pichonnaz, **REAS 2014**, s. 87; Pichonnaz, **Révision**, s. 172, 173.

⁹²⁹ Belirtmek gerekir ki, borçlunun ne kadar süre için zamanaşımından feragat etmek istediğini belirtmesi mümkündür. Öte yandan, zamanaşımından feragat iradesini içeren yazılı metinde, belirli bir sürenin belirtilmemesi durumunda, feragatin hangi süre için sonuç doğuracağı düzenlenmemiştir. İsviçre Federal Konseyi'nin gerekçesine göre, bu durumda feragatin hangi süre için sonuç doğuracağı, bir yorum sorunudur. O halde, zamanaşımından feragat dava dışı görüşmeler esnasında başvurulması durumunda görüşmelerin uzunluğu kadar sonuç doğuracağı kabul edilebilecek iken, süresiz feragatin, alacağın tabi olduğu esas zamanaşımı süresi kadar hüküm ifade edeceği de savunulabilmektedir. Bkz. Tercier, Pichonnaz, **Obligations**, N 1711; Kuonen, **Renonciation**, s. 68; Pichonnaz, **Éléments choisis**, s. 253, 254. İsviçre Federal Konseyi'nin ilgili gerekçesi için bkz. Message Prescription, **FF 2014 247**.

⁹³⁰ Message Prescription, **FF 2014 247**; Pichonnaz, **REAS 2014**, s. 86, 87; Tercier, Pichonnaz, **Obligations**, N 1711; Pichonnaz, **Éléments choisis**, s. 253. Söz konusu hükme göre zamanaşımından birden fazla kez onar yıllık süreler için feragat etmek mümkündür. Bu husus gerekçede, öğretide olduğu gibi zamanaşımının kesilmesine benzetilmiştir. Bkz. Message Prescription, **FF 2014 247**.

⁹³¹ Tercier, Pichonnaz, **Obligations**, N 1707-1712; Gottini, **Verjährung**, s. 123; Kuonen, **Renonciation**, s. 53; Pichonnaz, **Éléments choisis**, s. 252; Pichonnaz, **REAS 2014**, s. 84; Message Prescription, **FF 2014 246**.

⁹³² Kanımızca, bu yöndeki bir düzenleme irade serbestisi prensibini güçlendirmek adına hukuk sistemimiz açısından yol gösterici olabilecektir. Öte yandan, feragat için şekil şartının öngörülmesi, kurumun işlerliğini azaltacaktır. Zira, İsviçre Hukuku'nda da söz konusu şekil şartının zamanaşımından feragat kurumunu "öldüreceği" ifade edilmektedir. Bkz. Kuonen, **Renonciation**, s. 63 vd.; Pichonnaz, **Éléments choisis**, s. 254.

de feragat edip edemeyeceği hususudur⁹³³. Zira, ayıp bildirim süresi de esasen zamanaşımı gibi, satıcı lehine işleyen ve satıcının ayıptan sorumluluğunu zamansal açıdan sınırlandıran bir süredir. *Hak düşürücü sürelerden feragat* konusunda, öncelikle emredici nitelik taşıyan sürelerden feragat edilemeyeceği haklı olarak ifade edilmektedir. Öte yandan, kanunda öngörülen emredici hukuk kurallarına dayanmayan ve kamusal menfaatleri ilgilendirmeyen hak düşürücü sürelerden feragat edilebileceği haklı olarak savunulmaktadır⁹³⁴. O halde, bir hak düşürücü süreden feragat edebilmek için, ilk olarak, söz konusu sürenin taraf menfaatlerinden daha önemli ve yüksek bir menfaati (*örneğin kamusal menfaatleri*) korumaya yönelmemiş olması gerekir⁹³⁵. Ayrıca, bu durumda feragat, kişilik haklarına aykırı olmamalı (TBK m. 23) ve feragat edeni, kendisinden üstlenmesi beklenemeyecek aşkırı bir yükümlülük altına sokmamalıdır⁹³⁶. Öte yandan, zamanaşımından feragat için öngörülmüş olan, önceden feragat yasağı gibi sınırlandırmalar, hak düşürücü süreler açısından söz konusu olmaz. Dolayısıyla, TBK m. 223 (CO art. 201) hükmünde düzenlenen sürelerden feragat edebilmek için, zamanaşımından feragat sınırlamalarına uymak gerekmez⁹³⁷. Zira, bu durumda hak düşürücü süreden feragat edilmesinin sınırını, sözleşme özgürlüğünün ve TMK m. 23 hükmünün oluşturacağı ifade edilmektedir⁹³⁸. O halde, sözleşme özgürlüğünün sınırları çerçevesinde, taraf menfaatlerinden daha üstün bir yararı korumaya yönelmemiş olan ayıp bildirim süresinden feragat etmek mümkündür. TBK m. 223 f. II hükmünde gizli ayıplar için öngörülmüş olan bildirim külfetinin “*hemen*” gerçekleştirilmesi gerektiği nazara alınırsa, satıcının bu süreden belirli bir süre için feragat ederek, sürenin dolaylı olarak uzamasını sağlaması mümkündür. Ayrıca, satıcının muayene ile ortaya çıkabilen ayıplar için, TBK m. 223 f. I hükmünde öngörülmüş olan “*uygun süreden*”, TTK m. 23 f. I b. c hükmünde öngörülmüş olan *iki* ve *sekiz* günlük

⁹³³ *Hak düşürücü sürelerden feragat (Renonciation à la péremption)* konusunda genel bir değerlendirme için bkz. Allimann, **Péremption**, N 1485-1504.

⁹³⁴ Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 141 N 8; Allimann, **Péremption**, N 1481-1484, 1487, 1488. Aynı yönde bkz. Gauch, **Entreprise**, N 2163.

⁹³⁵ Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 141 N 8; Allimann, **Péremption**, N 1487.

⁹³⁶ Allimann, **Péremption**, N 1482, 1487.

⁹³⁷ Allimann, **Péremption**, N 1490. Bu sınırlamalar için bkz. **İsvFM**, ATF 132 III 226 = SJ 2006 I 321 = JdT 2007 I 445.

⁹³⁸ Allimann, **Péremption**, N 1482, 1487, 1490. Bu durumda zamanaşımı süresi açısından öngörülen sınırlamaların ve hakkın kötüye kullanılması yasağının, hak düşürücü süreden veya hakkı korumaya yönelik bir külfetten feragat eden satıcının menfaatlerini koruyacağı ifade edilmektedir. Bkz. Allimann, **Péremption**, N 1491, 1492.

sürelerden ve sözleşmeyle kararlaştırılmış olan ayıp bildirim süresinden feragat etmesi de mümkündür⁹³⁹.

Satıcı ayıp bildirim süresinden belirli bir süre için feragat edebileceği gibi, bildirim külfetinden de tamamen feragat edebilir. Ayıp bildiriminden feragat, açık veya örtülü bir irade beyanıyla da yapılabilir⁹⁴⁰. Satıcının ayıp bildiriminde bulunulmadığını bilmesine rağmen satılanı onarmaya başlaması veya satıldaki ayıpları gidereceğini taahhüt etmesi örtülü feragat örnek olarak gösterilebilir⁹⁴¹. Aksi belirtilmediği sürece, satıcının ayıp bildirim süresinden veya bildirim külfetinden feragati, ikrar anlamına geleceğinden, ayıptan doğan zamanaşımı sürelerinin kesilmesi ve yeniden işlemeye başlaması sonucunu doğurur⁹⁴². Bunun dışında, hak düşürücü süreden feragatin zamanaşımı süresi açısından başkaca bir hukuki etkisi bulunduğu söylenemez⁹⁴³. Hak düşürücü süreden feragatin diğer bir hukuki sonucu, yenilik doğurucu hak niteliğinde olan seçimlik hakların kullanılabilmesi zaman dilimini uzatmasıdır⁹⁴⁴. Zira, konumuz açısından ayıp bildirim süresi, feragat ölçüsünde uzayacağı için, alıcının bu süre içinde ayıp bildiriminde bulunarak seçimlik haklarını kullanması mümkündür.

Hak düşürücü süre niteliğindeki ayıp bildirim süresi dolduktan sonra da kanımızca ayıp bildirim süresinden feragat etmek mümkündür. Zira, yukarıda açıklandığı üzere, ayıptan doğan külfetlere riayet edilip edilmediği, bir itiraz teşkil etmemekte, dolayısıyla hâkim tarafından re'sen nazara alınamamakta, satıcının ayıp bildiriminde bulunulmadığı yönündeki irade beyanıyla birlikte, def'i şeklinde ileri sürülmesi sonucunda ayıptan doğan haklar sona ermektedir⁹⁴⁵. O halde, böyle bir

⁹³⁹ Cavin, **Vente**, s. 91; Gauch, **Entreprise**, N 2163; Giger, **BernerKomm**, OR Art. 201 N 106; **KanM (Neuchâtel)**, 25.11.1977, RJN 1977 I 72; **KanM (Neuchâtel)**, 6.5.1979, RJN 1977-1981 I 302 = DC 1981 14 N 12. Aynı yönde bkz. **Yargıtay** HGK, T. 26.3.2003, E. 2003/19-184; K. 2003/200 (kazancı).

⁹⁴⁰ Gauch, **Entreprise**, N 2163; Bieger, **Mängelrüge**, s. 126; **KanM (Neuchâtel)**, 25.11.1977, RJN 1977 I 72; **KanM (Neuchâtel)**, 6.5.1979, RJN 1977-1981 I 302 = DC 1981 14 N 12.

⁹⁴¹ Belirtmek gerekir ki, satıcının geç yapılmış ayıp bildirimine derhal karşı çıkmaması, ayıp bildiriminden feragat olarak yorumlanamaz. Bkz. Gauch, **Entreprise**, N 2163; Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 717; **KanM (Neuchâtel)**, 6.5.1979, RJN 1977-1981 I 302 = DC 1981 14 N 12.

⁹⁴² Allimann, **Péremption**, N 1244, 1494. Aynı yönde bkz. Spiro, **Begrenzung II**, s. 1035.

⁹⁴³ Aynı yönde Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 141 N 7.

⁹⁴⁴ Allimann, **Péremption**, N 1298.

⁹⁴⁵ Spiro, **Begrenzung II**, s. 1142 vd.; Tercier, **DC 1981**, s. 15; Nomer, **Borçlar Genel**, N 185.7, dn. 1410. Benzer yönde bkz. Allimann, **Péremption**, N 1244. Nitekim, İsviçre Federal Mahkemesi de iddia yükünün satıcıda olmasından hareketle ayıp bildiriminde bulunulmadığını davada satıcının iddia etmesi gerektiğini belirtmektedir. Bkz. **İsvFM**, 29.1.2019, 4A_288/2018 = BR 2019, s. 343; 12.4.1988, ZBGR 71/1990, s. 367; **İsvFM**, ATF 107 II 50 = JdT 1981 I 269; ATF 118 II 142. Bu konuda bkz. Hohl, **RFJ 1994**, s. 254 vd.

beyan bulunulmadıkça, ayıp bildirim süresinin sona erip ermediğine bakılmaksızın, feragat mümkün sayılmalıdır. Yargıtay⁹⁴⁶ da benzer şekilde, ayıp bildiriminde bulunulmamış olmasına rağmen, daha sonra satıcı ayıpların varlığını kabul etmiş ve ayıpların giderilmesi taahhüdünde bulunmuş ise, bu durumda artık ayıptan doğan külfetlerin yerine getirilmediğinin satıcı tarafından iddia edilemeyeceği kanısındadır. Bu durumda Yüksek Mahkeme, her ne kadar açıkça ifade etmese de, aslında hak düşürücü süre mahiyetindeki ayıp bildiriminden örtülü bir şekilde feragat edilebileceğini kabul eder görünmektedir. Öte yandan, ayıp bildirim süresi de dâhil olmak üzere, hak düşürücü sürelerin geçmesiyle birlikte, her durumda hakkın sona erdiğini savunan klasik görüş taraftarları, vardığımız sonucu yerinde bulmamaktadır. Bu durumda hak düşürücü süre dolduktan sonra, örneğin satış veya eser sözleşmesinde ayıptan sorumluluk açısından öngörülen külfetlerin ihmal edilmesinin ardından, taraflar ancak sözleşmede değişiklik yaparak, hak düşürücü süreden feragat sonucunu sağlayabilmektedir⁹⁴⁷.

Son olarak, belirtelim ki, hak düşürücü süreden feragatin, zamanaşımı konusunda öngörülmüş olan kanuni sınırlamaları aşmak ve kanuna karşı hile yaparak (*fraus legis - fraude à la loi – Gesetzesumgehung*), kanunu arkadan dolanmak amacıyla gerçekleştirilmiş olması durumunda, hak düşürücü süreden feragat işlemi kesin hükümsüz olacaktır. Zira, bu durumda kanunun emredici hükümlerine aykırılık söz konusudur (TBK m. 27 f. I)⁹⁴⁸.

⁹⁴⁶ **Yargıtay** 19. HD, T. 20.1.2015, E. 2014/18416, K. 2015/577 (kazancı): “...Satım konusu makinalarda, arıza meydana gelmesi üzerine her ne kadar eski 6762 S. Kanun’un 25/3. maddesine göre bir ayıp ihbarı yapılmamış ise de, davalı kendisine ayıplı olduğu bildirilen makinaları teslim alıp, onarmıştır. Bu durumda, makinaların ayıplı olduğu davalının kabulünde olup, ayıp ihbar süreleri aranmaz...”; **Yargıtay** HGK, T. 26.3.2003, E. 2003/19-184; K. 2003/200 (kazancı): “...Yargıtay’ın istikrar kazanmış uygulamasına ve öğretiyeye göre, alıcı yasal süre içerisinde ayıp ihbarında bulunmadığı halde, satıcı ihbar süresi geçtikten sonra alıcının bildirdiği ayıpların varlığını kabul etmiş ve bunların giderilmesi taahhüdünde bulunmuş ise, artık bu ayıplardan dolayı tekeffül altında bulunduğu; dolayısıyla, alıcının, ancak süresi içinde ihbarda bulunmuş olması koşuluyla kendisine tanınan, Borçlar Kanunu’nun 202. maddesindeki seçimlik hakları, süresinde bir ihbarı bulunmamasına rağmen, satıcının bu kabul ve tekeffülü nedeniyle kullanabileceği kabul edilir...”. Krş. **KanM (Neuchâtel)**, 25.11.1977, RJN 1977 I 72; **KanM (Neuchâtel)**, 6.5.1979, RJN 1977-1981 I 302 = DC 1981 14 N 12. Yargıtay ile aynı yönde bkz. Gauch, **Entreprise**, N 2163; Bieger, **Mängelrüge**, s. 126.

⁹⁴⁷ Allimann, **Péréemption**, N 1502. Tarafların zımnen de bu sonucu sağlayabilecekleri görüşünde bkz. Gauch, **Entreprise**, N 2163.

⁹⁴⁸ Allimann, **Péréemption**, N 629 vd.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

AYIPTAN SORUMLULUKTA SÖZLEŞMESEL ZAMANAŞIMI SÜRESİ

I. Sözleşme Özgürlüğü

Borçlar Hukukunun temel prensiplerinden olan *sözleşme özgürlüğü* (*irade özerkliği*) *prensibi*, toplumsal barışın sağlanması ve hukuk güvenliği gibi kamusal menfaatler için öngörülmüş olan zamanaşımı süreleri açısından tam anlamıyla kabul edilmiş değildir⁹⁴⁹. Bu açıdan, TBK m. 148’de kanun koyucu, kanunun birinci kitabında yer alan üçüncü bölümünün, “*zamanaşımı*” başlığını taşıyan ikinci ayırımında düzenlenen zamanaşımı sürelerinin, sözleşmeyle değiştirilemeyeceğini öngörmüştür. Öte yandan, TBK m. 160 hükmünde zamanaşımından önceden feragat edilemeyeceği belirtilmiştir. Kanun koyucu bu düzenlemelerle sözleşmesel alacakların büyük bir kısmına uygulanacak olan zamanaşımı sürelerinin değiştirilmesini yasaklamış, hatta feragat yoluyla bu sürelerin örtülü bir şekilde önceden uzatılması ihtimalinin de önünü kapatmıştır⁹⁵⁰. O halde, zamanaşımı hukukunda genel kuralın sözleşme özgürlüğünden ziyade, zamanaşımı sürelerinin değiştirilemeyeceği yönünde olduğu söylenebilir⁹⁵¹.

Belirtmek gerekir ki, TBK m. 148 hükmünün uygulama alanı ve yorumu bakımından öğretide görüş birliği bulunmamaktadır⁹⁵². Zira, İsviçre Federal

⁹⁴⁹ Spiro, **Begrenzung I**, s. 847-851; Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 129 N 1; Oser, Schönenberger, **ZürcherKomm**, OR Art. 129 N 1; Niklaus, **Prescription**, N 535; Pichonnaz, **Renonciation**, s. 118; Schwenzer, **OR AT**, N 84.12; Serozan, **Medeni Hukuk**, s. 275; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 370; Parein-Reymond, **Prescription**, s. 153.

⁹⁵⁰ Karşı görüşte bkz. Koller, **Verjährungsrecht**, s. 194.

⁹⁵¹ Berti, **ZürcherKomm**, OR Art. 129 N 18; Pichonnaz, **Renonciation**, s. 118; Niklaus, **Prescription**, N 535; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 370; Parein-Reymond, **Prescription**, s. 153; **İsvFM**, ATF 132 III 226 = SJ 2006 I 321. Öğretide bazı yazarlar haklı olarak sürelerin kısaltılamamasını eleştirmektedir. Bu konuda bkz. Béguelin, **FJS 813**, s. 3; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Borçlar Genel**, s. 1072, Erdem, **Zamanaşımı**, s. 373.

⁹⁵² Öğretide TBK m. 148 (CO art. 129) hükmünü farklı yorumlayan görüşler için bkz. Schwander, **Verjährung**, s. 2 vd.; von Büren, **OR AT**, s. 438-440; Pétermann, **Prescription**, s. 311, 312; Bucher, **Verjährung**, s. 192-194; Koller, **Verjährungsrecht**, s. 194.

Mahkemesi'nin son içtihadında⁹⁵³ henüz işlememiş olan zamanaşımı süresinden on yıl süreyle önceden feragat edilebileceğini belirtmesi karşısında, öğretide⁹⁵⁴ TBK m. 148 kapsamına giren sürelerin, sözleşmenin kurulmasından sonra azami on yıllık sınıra uyarak uzatılabileceği savunulmaktadır. Nitekim, Türk Hukuku açısından *Oğuzman ve Öz* de işlemeye başladıktan sonra zamanaşımı süresinin, azami on yıllık üst süre dâhilinde uzatılabileceği görüşündedir⁹⁵⁵. Ancak, öğretide savunulan baskın görüşe göre, söz konusu değişiklik yasağının kapsamına giren ve kanunun ikinci ayırımında düzenlenen (TBK m. 146, m. 147 ve m. 156 f. II) zamanaşımı süreleri⁹⁵⁶ kısaltılamayacağı gibi, bu sürelerin uzatılması da mümkün değildir⁹⁵⁷. O halde, kanunun “zamanaşımı” başlığını taşıyan ikinci ayırımı dışında yer alan sürelerin *a contrario* değiştirilebileceği kabul edilmektedir⁹⁵⁸. Öte yandan, TBK m. 148 hükmünün kapsamı dışında kalsa dahi, doğası gereği emredici nitelikteki zamanaşımı süreleri de sözleşmeyle değiştirilemez⁹⁵⁹. Özellikle, zayıf tarafı korumak veya hukuk güvenliği gibi amaçlarla öngörülen süreler böyledir⁹⁶⁰.

⁹⁵³ İsvFM, ATF 132 III 226 = SJ 2006 I 321.

⁹⁵⁴ Koller, *Verjährungsrecht*, s. 194; Guggenheim, *Contrats II*, s. 302; von Büren, *OR AT*, s. 439 vd.; Allimann, *Péremption*, N 515. Kararın artık sözleşmenin kurulmasından sonra zamanaşımı sürelerinin değiştirilebileceği şekilde yorumlanabileceği ve zamanaşımı başlığı altında düzenlenen sürelerin değiştirilemeyeceği yönündeki yasağı yumuşattığı görüşünde bkz. Däppen, *BaslerKomm*, OR Art. 129 N 2, 3; Gauch, Schluep, Schmid, Emmenegger, *OR AT*, N 3374; Berger, *OR AT*, N 1449; Pichonnaz, *Renonciation*, s. 120; Pichonnaz, *CommRomand*, CO art. 129 N 5; Pichonnaz, *Révision*, s. 172; Allimann, *Péremption*, N 964.

⁹⁵⁵ Oğuzman, Öz, *Borçlar Genel*, Cilt I, N 1909, dn. 175. Aynı yönde bkz. Guggenheim, *Contrats II*, s. 302; Allimann, *Péremption*, N 515.

⁹⁵⁶ TBK m. 158 hükmünde düzenlenen altmış günlük ek sürenin TBK m. 148 hükmünde düzenlenen değişiklik yasağına dâhil olup olmadığı tartışmalıdır. Örneğin İsviçre Federal Mahkemesi, CO art. 129 (TBK m. 148) hükmünün kapsamını belirlerken CO art. 139 (TBK m. 158) hükmünü saymamaktadır. Örneğin bkz. İsvFM, ATF 132 III 226 = SJ 2006 I 321. Kanımızca, bu tartışmanın sebebi TBK m. 158 hükmünde düzenlenen sürenin, bir zamanaşımı süresi mi olduğu yoksa hak düşürücü süre olarak mı değerlendirilmesi gerektiği noktasında toplanmaktadır. Zira, TBK m. 158 hükmü açıkça ikinci ayırımda düzenlenen “zamanaşımı” sürelerinin değiştirilemeyeceğini öngörmüştür. Hak düşürücü süre olduğu yönünde bkz. Engel, *Obligations*, s. 821; Erdem, *Zamanaşımı*, s. 317. Zamanaşımı süresi olduğu yönünde bkz. Spiro, *Begrenzung I*, s. 337; Niklaus, *Prescription*, N 220; Hatemi, Gökyayla, *Borçlar Genel*, § 35 N 34; Nomer, *Borçlar Genel*, N 215.14. Zamanaşımı veya hak düşürücü süre ayırımı yapmaksızın TBK m. 158 hükmünde düzenlenen ek sürenin, TBK m. 148 hükmünün kapsamına gireceği yönünde bkz. Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, *Borçlar Genel*, s. 1070; Erdem, *Zamanaşımı*, s. 317.

⁹⁵⁷ Spiro, *Begrenzung I*, s. 348; Pichonnaz, *CommRomand*, CO art. 129 N 1-3; Honsell, *BaslerKomm*, OR Art. 210 N 4; Niklaus, *Prescription*, N 535; Pétermann, *Prescription*, s. 311; Gauch, Schluep, Schmid, Emmenegger, *OR AT*, N 3380; Pichonnaz, *Renonciation*, s. 118; Erdem, *Zamanaşımı*, s. 370; Berger, *OR AT*, N 1447; Parein-Reymond, *Prescription*, s. 153; Benedick, Vischer, *Verjährungsregeln*, N 20 vd.; Bouverat, Wessner, *AJP 2010*, s. 966; İsvFM, ATF 132 III 226 = SJ 2006 I 321; ATF 99 II 185 = JdT 1974 I 46.

⁹⁵⁸ Pichonnaz, *CommRomand*, CO art. 129 N 2; Berti, *ZürcherKomm*, OR Art. 129 N 19 vd.; Honsell, *BaslerKomm*, OR Art. 210 N 4; Niklaus, *Prescription*, N 717; Eren, *Borçlar Genel*, s. 1317; Erdem, *Zamanaşımı*, s. 372; İsvFM, ATF 99 II 185 = JdT 1974 I 46.

⁹⁵⁹ Pichonnaz, *CommRomand*, CO art. 129 N 2; Berti, *ZürcherKomm*, OR Art. 129 N 19 vd.; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, *Borçlar Genel*, s. 1071; Parein-Reymond, *Prescription*, s.

Öğretide ve uygulamada hâkim eğilim⁹⁶¹, TBK m. 148 hükmünün *a contrario* yorumundan çıkan anlama göre, kanunun ikinci ayırımı dışında kalan zamanaşımı sürelerinin hem kısaltılıp hem uzatılabileceği yönündeyse de, öğretide bir aksini savunan bazı yazarlar⁹⁶², ikinci ayırım dışında kalan sürelerin sadece kısaltılabileceğini savunmaktadır. Güncelliğini yitirmiş olan bu görüşe göre, sözleşmeyle tarafların süreyi uzatabileceğinin kabul edilmesi, TBK m. 160 hükmünde öngörülmüş olan zamanaşımından önceden feragat edilemeyeceği yönündeki kurala aykırıdır. Zira, bu şekilde bir uzatma, henüz işlememiş zamanaşımı süresinden feragat edilmiş gibi bir sonuç doğuracaktır. Öte yandan, zamanaşımının sözleşmeyle uzatılabilmesi, bu süreler ile güdülen borçlunun korunması amacına aykırılık teşkil edecektir.

Konumuz açısından önem taşıyan ayıptan sorumlulukta zamanaşımı süreleri, TBK m. 148 hükmünde ifade edilen genel kural kapsamında yer almamaktadır. Bu durumda uygulanacak olan temel kural TBK m. 26 hükmü uyarınca sözleşme özgürlüğü olacaktır⁹⁶³. Düzenleyici hukuk kuralı olan TBK m. 231 ve m. 244 f. III hükümlerinde öngörülen zamanaşımı sürelerinin tarafların anlaşmasıyla değiştirilmesi mümkündür. Bu açıdan, söz konusu hükümler, TBK m. 148 hükmüne ifade edilen zamanaşımının değiştirilemeyeceği yönündeki genel kurala, kanunla getirilmiş bir istisna teşkil eder⁹⁶⁴. Nitekim, kanun koyucu TBK m. 231 hükmünde açıkça satıcının ayıptan doğan garanti sorumluluğunu kanunda öngörülenden daha uzun bir süre için üstlenebileceğini öngörmüştür. Kanun koyucu her ne kadar sürenin

156; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 372; **İsvFM**, ATF 99 II 185 = JdT 1974 I 46; **İsvFM**, 21.4.2005, 5C.42/2005; 14.5.1998, 4C.9/1998 (RJ 1998 N 1310).

⁹⁶⁰ Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 129 N 2; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 372, 373. Zayıf tarafı korumak için öngörülmüş olan tüketici hukukundaki zamanaşımı sürelerinin ise kısaltılamayacağı kabul edilmektedir. Ancak, bu sürelerin tüketici yararına uzatılması mümkündür. Bkz. Nomer, **Borçlar Genel**, N 212.17; Honsell, **BaslerKomm**, OR Art. 210 N 5; Arbek, **Tamir**, s. 236.

⁹⁶¹ Gauch, Schluep, Schmid, Emmenegger, **OR AT**, N 3380; Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 129 N 9; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Borçlar Genel**, s. 1070; Tercier, Pichonnaz, **Obligations**, N 1718 Däppen, **BaslerKomm**, OR Art. 129 N 2; Berti, **ZürcherKomm**, OR Art. 129 N 17; Capitain, **Prescription**, s. 49; Spiro, **Begrenzung I**, s. 848; Schwenger, **OR AT**, N 84.11; Engel, **Obligations**, s. 809; Niklaus, **Prescription**, N 761; Serozan, **Medeni Hukuk**, s. 275; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 372, 373; Kapancı, **Ayıp**, s. 82; **İsvFM**, ATF 132 III 226 = SJ 2006 I 321; ATF 112 II 231 = JdT 1987 I 27; ATF 99 II 185 = JdT 1974 I 46; ATF 97 II 350 = JdT 1972 I 280.

⁹⁶² Rossel, **Obligations**, s. 189; Béguelin, **FJS 813**, s. 4; Pétermann, **Prescription**, s. 311, 312; Saymen, Elbir, **Borçlar Genel**, s. 912.

⁹⁶³ Stanislas, **Résolution**, s. 161; Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 129 N 8; Niklaus, **Prescription**, N 717; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 210 N 7; Gauch, **Entreprise**, N 2489; Engel, **Contrats**, s. 48; Yavuz, **Ayıp**, s. 159; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 95.

⁹⁶⁴ Stanislas, **Résolution**, s. 161; Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 129 N 8; Niklaus, **Prescription**, N 717; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 210 N 7; Gauch, **Entreprise**, N 2489; Keller, Siehr, **Kaufrecht**, s. 112; Yavuz, **Ayıp**, s. 159; Arbek, **Tamir**, s. 235.

kısaltılmasından bahsetmemişse de, satıcının ağır kusurlu olması hali hariç (TBK m. 221), ayıptan sorumluluğun sözleşmeyle tamamen kaldırılabilmesi yahut (*doğrudan veya dolaylı olarak*) sınırlandırılabilmesi mümkündür. O halde, ayıptan sorumluluk rejiminin istisnalar dışında (TBK m. 221 ve m. 225) emredici olmadığı (*yedek hüküm niteliğinde olduğu*) da nazara alındığında, ayıptan doğan zamanaşımı sürelerinin kısaltılmasının mümkün olduğu anlaşılmaktadır⁹⁶⁵.

Vardığımız bu sonuç ticari satışlar açısından da geçerlidir. Zira, TTK m. 23 f. I hükmünde tacirler arasındaki satış sözleşmelerinde Türk Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiş ve ticari satışlar için eTTK m. 25'te öngörülen altı aylık zamanaşımı süresine yeni düzenlemede yer verilmemiştir. TTK m. 23 ayıptan sorumlulukta zamanaşımı süresini hiç düzenlemediği için, ticari satışlarda bu sürenin TTK m. 231 uyarınca uzatılıp kısaltılması mümkündür⁹⁶⁶. Belirtmek gerekir ki, öğretide istisnai bir görüş⁹⁶⁷, TBK m. 231 hükmünün lafzında açıkça zamanaşımı süresinin uzatılmasından bahsedilmesi karşısında, bu sürelerin kısaltılamayacağı şeklinde ifade edilmektedir⁹⁶⁸. Bu görüşe göre, zamanaşımı sürelerinin kısaltılması, ayıptan sorumluluk hükümlerini alıcı açısından tamamen elverişsiz hale getirecektir. Kanımızca, böyle bir yorum, gerek ayıptan sorumluluk rejiminin amacına, gerekse TBK m. 148 ve m. 221 hükümlerinin mefhumu muhalifinden çıkarılan anlama aykırı olacaktır.

Zamanaşımı süresini değiştiren anlaşmanın ne zaman yapılacağı, terminolojik açıdan büyük önem taşımaktadır. Böyle bir değişiklik, zamanaşımı süresi işlemeye başlamadan önce veya işlerken yapılabilir. Zamanaşımı süresi dolduktan sonra artık zamanaşımı süresinin değiştirilmesinden değil, yalnızca zamanaşımı def'inden feragatten bahsedilebilir⁹⁶⁹. Bu husus, zamanaşımı süresinin sona ermesinden sonra artık kesilemeyeceği yönündeki kuraldan da dolaylı olarak çıkarılabilir. Zira,

⁹⁶⁵ Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 210 N 7; Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 746; Cavin, **Vente**, s. 105, dn. 32; Stanislas, **Résolution**, s. 161; Eren, **Borçlar Özel**, N 377; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 95, dn. 371; Kapancı, **Ayıp**, s. 82.

⁹⁶⁶ Atamer, **Taşınır Satımı**, s. 217; Semih Yünlü, "Türk Borçlar Kanunu Hükümlerince Satıcının Ayıp Sorumluluğu Bakımından Alıcının Külfetleri", **MÜHF-HAD**, C. 25, S. 1, 2019, s. 329-359 (Külfet), s. 347, dn. 112.

⁹⁶⁷ Feyzioğlu, **Borçlar Özel**, s. 302; Aydoğdu, Kahveci, **Borçlar Özel**, s. 219, 220; Heim, **Réparation**, s. 25.

⁹⁶⁸ 1 Ocak 2002 tarihinde yürürlükten kalkan eski BGB § 477 hükmünde de zamanaşımı sürelerinin uzatılabileceği belirtilmiş, kısaltılabileceği ifade edilmemiştir. TBK m. 231 ve CO art. 210 hükmünün yalnızca zamanaşımı süresinin uzatılmasından bahseden ifadesi, eski BGB § 477 hükmünden kaynaklanmaktadır.

⁹⁶⁹ Niklaus, **Prescription**, N 699; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 374; **İsvFM**, ATF 99 II 188 = JdT 1974 I 44.

zamanaşımı süresi dolduktan sonra artık alacaklının sona ermiş olan zamanaşımı süresini yeniden canlandırabilmesi mümkün değildir⁹⁷⁰. Bu durumda sadece borçlu, kendi lehine sona ermiş olan zamanaşımı süresinden feragat ederek süreyi tekrar başlatabilir⁹⁷¹. Öte taraftan, zamanaşımı süresi dolduktan sonra tarafların zamanaşımı süresini uzatmak amacıyla akdettikleri sözleşmeler de geçerlidir. Fakat, tarafların sürenin tamamlanmasından sonra akdettikleri bu sözleşmeler, gerçekte zamanaşımından feragatin farklı bir görünüm şeklidir⁹⁷². Feragatten sonra yeniden başlayan zamanaşımı süresi boyunca da tarafların sözleşme ile zamanaşımını değiştirmesi mümkündür. Ayrıca belirtmek gerekir ki, henüz süre tamamlanmadan da zamanaşımından feragat edilebilir⁹⁷³. Bu durumda zamanaşımından feragat, zamanaşımı süresinin uzatılması gibi sonuç doğurur⁹⁷⁴.

Zamanaşımı süresinin değiştirilmesi, her zaman alacaklı ile borçlu arasında bir anlaşmayı gerekli kılar. Zamanaşımını değiştiren bu anlaşma, Borçlar Hukukunun iki taraflı hukuki işlemlere (*sözleşmelere*) uygulanan geçerlilik şartlarına tabidir⁹⁷⁵. Özellikle resmi şekle tabi olan taşınmaz satış sözleşmesi bakımından, zamanaşımını değiştiren anlaşmanın şekle tabi olup olmadığını belirlemek gerekmektedir⁹⁷⁶. Belirtmek gerekir ki, objektif esaslı unsurların muhakkak şeklin kapsamında yer alması gerektiği konusunda bir şüphe bulunmamaktadır⁹⁷⁷. Zamanaşımını değiştiren

⁹⁷⁰ Gauch, **Entreprise**, N 2268; Niklaus, **Prescription**, N 165, 699; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Borçlar Genel**, s. 1056; **İsvFM**, ATF 122 III 10; ATF 104 III 20; ATF 99 II 185 = JdT 1974 I 46.

⁹⁷¹ Bu bakımdan, zamanaşımından feragatin, zamanaşımın kesilmesine benzediği yönünde bir görüş için bkz. **İsvFM**, ATF 99 II 188 = JdT 1974 I 44.

⁹⁷² Niklaus, **Prescription**, N 699; Koller, **Werkvertrag**, N 833 vd.; **İsvFM**, ATF 99 II 185.

⁹⁷³ Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 141 N 4; Gauch, **Entreprise**, N 2284; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Borçlar Genel**, s. 1072; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 383.

⁹⁷⁴ Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 129 N 3; Niklaus, **Prescription**, N 1398. Henüz işlememiş olsa dahi zamanaşımı süresinden sözleşme kurulduktan sonra en fazla on yıl için feragat edilebileceği yönündeki İsviçre Federal Mahkemesi'nin güncel içtihadı hakkında bkz. **İsvFM**, ATF 132 III 226 = SJ 2006 I 321 (Kararın değerlendirmesi için bkz. Gauch, **Verjährungsverzicht**, s. 533 vd.; Pichonnaz, **Renonciation**, s. 118 vd.; Bucher, **Verjährung**, s. 186 vd.). Söz konusu kararın kanunun ikinci ayırımında belirlenen zamanaşımı sürelerinin uzatılmasına izin verdiği yönünde bkz. Däppen, **BaslerKomm**, OR Art. 29 N 2, 3; Kuonen, **Renonciation**, s. 51-53; Gauch, Schluep, Schmid, Emmenegger, **OR AT**, N 3374; Gauch, **Verjährungsverzicht**, s. 538, 539; Pichonnaz, **Renonciation**, s. 120.

⁹⁷⁵ Niklaus, **Prescription**, N 708.

⁹⁷⁶ Şekle tabi olan sözleşmelerde hangi unsurların şeklin kapsamına dâhil olması gerektiği yönünde detaylı açıklamalar için bkz. Walter Yung, Le contenu des contrats formels, Note de jurisprudence et de doctrine, **SJ 1965**, s. 623-662 (Contenu), s. 628 vd.; Xoudis, **CommRomand**, CO art. 11 N 25; Arif Barış Özbilen, **Sözleşmelerin Şekli ve Şekil Yönünden Hükümsüzlüğü**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016 (Şekil), s. 140-146.

⁹⁷⁷ Jäggi, **ZürcherKomm**, OR Art. 11 N 28; Schmidlin, **BernerKomm**, OR Art. 11 N 98; Yung, **Contenu**, s. 628, 629; Engel, **Obligations**, s. 256; Xoudis, **CommRomand**, CO art. 11 N 25; Müller, Mader, **Contrats**, N 390; Guggenheim, **Contrats I**, s. 60; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu,

anlaşma ise satış sözleşmenin objektif esaslı unsuru sayılmaz. Öte yandan, subjektif esaslı unsurların şeklin kapsamına dâhil olup olmadığı yönünde öğretide görüş birliği mevcut değildir. Bir görüşe göre⁹⁷⁸, subjektif esaslı unsurlar şeklin kapsamına dâhil edilmezken, İsviçre öğretisinde savunulan baskın görüşe göre⁹⁷⁹, subjektif esaslı unsurlardan yalnızca doğası gereği sözleşmenin hukuki çerçevesine dâhil olan (*im Rahmen des Vertrages - dans le cadre naturel*) ve taraflar arasındaki edim-karşı edim dengesini etkileyen noktalar şekil şartına tabidir. Buna karşılık, bizim de katıldığımız Türk Hukuku'nda savunulan baskın görüşe göre, objektif esaslı unsurlar gibi subjektif esaslı unsurların da tamamı şeklin kapsamına dâhil edilmelidir⁹⁸⁰. Bu açıklamalar kapsamında bakıldığında, subjektif esaslı unsur haline getirilmediği müddetçe, zamanaşımını değiştiren sözleşmenin herhangi bir şekil şartına tabi olmadığı (TBK m. 12 f. I) söylenebilir⁹⁸¹. O halde, taşınmaz satış sözleşmesi resmi şekle tabi olsa da, kural olarak ayıptan doğan hakların tabi olduğu zamanaşımı süresi, herhangi bir şeyle uyulmadan kararlaştırılabilir⁹⁸². Öte yandan, tarafların sözleşme görüşmeleri sırasında, ayıptan doğan zamanaşımı süresini sözleşmenin kurulması açısından “*olmazsa olmaz şart - conditio sine qua non*” olarak değerlendirip subjektif esaslı unsur haline getirmeleri durumunda, ayıptan doğan zamanaşımı süresinin (TBK m. 244 f. III) resmi şeklin kapsamına dâhil edilmesi gerekmektedir.

Taşınmaz satışında, ayıptan doğan zamanaşımı süresinin sonradan değiştirilmesi durumunda söz konusu değişikliğin şeklin kapsamına girip

Borçlar Genel, N 694; Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Genel**, s. 279; Zevkliler, Gökyayla, **Borçlar Özel**, s. 61; Özbilen, **Şekil**, s. 139, 140.

⁹⁷⁸ Schmidlin, **BernerKomm**, OR Art. 11 N 98. Aynı yönde bkz. Robert Haab, August Simonius, Werner Scherrer, Dieter Zobl, **Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch**, Das Sachenrecht, Das Eigentum, Art. 641-729 ZGB, Band/Nr. IV/1, 2. Auflage in neuer Bearbeitung der entsprechenden Abschnitte des Kommentars von Prof. C. Wieland, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 1977 (ZürcherKomm), ZGB Art. 657 N 15.

⁹⁷⁹ Schwenzer, **BaslerKomm**, OR Art. 11 N 15; Schwenzer, **OR AT**, N 31.23; Koller, **OR AT**, § 12 N 80, 85; Tercier, Pichonnaz, **Obligations**, N 745; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **Borçlar Genel**, N 694; Müller, Mader, **Contrats**, N 391; Tandoğan, **Borçlar Özel**, Cilt I/1, s. 220, 221; **İsvFM**, 119 II 135 = JdT I 1994 I 99; ATF 117 II 259 = JdT 1992 I 559; **İsvFM**, 19.9.2017, 4A_573/2016 = SJ 2019 I 193; 19.11.2010, 5A_251/2010 = RNRF 92/2011, s. 399; 7.1.1999, 4C.299/1998 = SJ 2000 I 533.

⁹⁸⁰ Hans Merz, **Vertrag und Vertragsschluss**, Universitätsverlag Freiburg Schweiz, Freiburg, 1988 (Vertrag), s. 173; Jäggi, **ZürcherKomm**, OR Art. 11 N 28; Guggenheim, **Contrats I**, s. 60; Engel, **Obligations**, s. 256; Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Cilt I, N 475; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Borçlar Genel**, s. 131; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, N 1402, Yavuz, **Borçlar Özel**, s. 232; Nomer, **Borçlar Genel**, N 71.2; Helvacı, **Contrat**, s. 22. Esaslı unsurların ve edim-karşı edim dengesini etkileyen yan anlaşmaların şeklin kapsamına dâhil olduğu yönünde bkz. Zevkliler, Gökyayla, **Borçlar Özel**, s. 61; Özbilen, **Şekil**, s. 422, 423.

⁹⁸¹ Berti, **ZürcherKomm**, OR Art. 129 N 26; Niklaus, **Prescription**, N 708.

⁹⁸² Genel olarak aynı yönde bkz. Koller, **Werkvertrag**, N 837. Zamanaşımından feragat için aynı yönde bkz. Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 141 N 10; Däppen, **BaslerKomm**, OR Art. 141 N 5; Berti, **ZürcherKomm**, OR Art. 129 N 55.

girmeyeceğinin de tespit edilmesi gerekir. Bu durumda, ayıptan doğan zamanaşımı süresinin sözleşme kurulurken değiştirilerek, taraflarca farklı bir süre kararlaştırılmış olması ihtimalinde, yani zamanaşımı süresinin sübjektif esaslı unsur haline getirilmiş olması durumunda, zamanaşımını değiştiren anlaşma resmi şekle uyularak yapılmalıdır⁹⁸³. Zira, kanun koyucu sonraki değişikliklerin resmi şekilde akdedilen sözleşme metniyle çelişmesi durumunda, TBK m. 12 uyarınca bu değişikliklerin de resmi şekle uyularak yapılması gerektiğini öngörmüştür⁹⁸⁴. Öte yandan, sözleşme metninde zamanaşımı süresinin değiştirilmesi yönünde bir düzenleme yer almıyorsa, sözleşmenin kuruluşu anında olduğu gibi, esaslı unsur sayılmayan söz konusu değişikliğin herhangi bir şekle uyulmadan yapılması mümkündür.

Diğer hukuki işlemlerde olduğu gibi, zamanaşımını değiştiren anlaşmanın geçerliliğinin geciktirici koşula bağlanması da mümkündür. Bu durumda kanuni zamanaşımı süresi dolduktan sonra koşul gerçekleşecek olursa, aksi sözleşmeden anlaşılmadıkça, zamanaşımını uzatan anlaşma, zamanaşımı def'inden feragat olarak yorumlanabilir. Zamanaşımı süresini kısaltan anlaşmanın geciktirici koşula bağlanması durumunda, koşulun *beklemesi süresi*, sözleşmeyle kısaltılması planlanan süre kadardır. Zira, bu durumda koşula bağlı olarak öngörülen süre dolduktan sonra, koşulun gerçekleşmeyeceği kesinleşeceğinden, artık zamanaşımının kısaltılması mümkün olmaz. Örneğin, bir taşınmazı konu edinen satış sözleşmesinde, zamanaşımı süresinin beş yıldan üç yıla indirilmesini konu edinen anlaşmanın şarta bağlanması durumunda, üç yıllık sürenin tamamlanmasıyla birlikte, koşulun gerçekleşmesi imkânsızlaşır. Bu durumda, zamanaşımı süresi işlemeye devam edeceği için, taşınmazın ayıplı olmasından doğan alacak hakları, üç yılda değil, beş yılda zamanaşımına uğrar.

⁹⁸³ Sonradan yapılan değişikliklerin kapsamına yalnızca esaslı unsurların girmesi durumunda şekil zorunluluğunun bulunduğu yönünde bkz. Jäggi, **ZürcherKomm**, OR Art. 11 N 12; Schwenzer, **BaslerKomm**, OR Art. 12 N 5; Schmidlin, **BernerKomm**, OR Art. 12 N 17; Xoudis, **CommRomand**, CO art. 12 N 3; Özbilen, **Şekil**, s. 162, 163. Belirtmemiz gerekir ki, öğretide bir tarafın borcunu herhangi bir şekilde ağırlaştıran sözleşmelerin de şekle tabi olduğu ifade edilmektedir. Bu görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Genel**, s. 305, 306; Özbilen, **Şekil**, s. 164-171.

Zamanaşımını değiştiren hüküm, sübjektif esaslı unsur haline getirilmemişse, şekil şartının kapsamına dâhil sayılmaz. Nitekim, İsviçre Federal Mahkemesi'nin içtihadına ve öğretide ifade edilen güncel görüşlere göre, esaslı unsur haline getirilmemiş olan yan anlaşmalar, şekil metninde yer alsa dahi, bu düzenlemelerin değiştirilmesi, resmi şekle tabi değildir. Bkz. **İsvFM**, ATF 123 III 97 = JdT 1998 I 57; Schmidlin, **BernerKomm**, OR Art. 12 N 17; Schwenzer, **BaslerKomm**, OR Art. 12 N 5.

⁹⁸⁴ Berti, **ZürcherKomm**, OR Art. 129 N 26.

Belirtmek gerekir ki, zamanaşımı süresinin uzatılması her zaman alıcının menfaatine olmadığı gibi, kısaltılması da her zaman satıcının menfaatine değildir. Ayıptan sorumlulukta zamanaşımı süresinin uzatılması durumunda, alıcı geçen süre boyunca ispat vasıtalarını yitirebilir veya satıcının ayıptan doğan haklarını yerine getireceğine yönelik vaatleri sebebiyle hukuki durumunun netleşmesi daha fazla zaman alabilir. Öte yandan, sürenin kısaltılması durumunda satıcı, en ufak bir nitelik eksikliğinde alıcının dava yoluna başvurması ihtimali karşısında daha büyük bir hukuki baskı altında olabilir. Ayrıca, satıcının satılanı garanti ettiği zamanaşımı süresinin sözleşme müzakerelerine konu olması durumunda, zamanaşımı süresinin uzunluğu satış bedelinin belirlenmesinde etkili olabilir.

Zamanaşımı süresinin değiştirilmesi farklı şekillerde gerçekleştirilebilir. Taraflar sadece kanuni süreden farklı bir süre belirleyebilecekleri gibi, kanuni zamanaşımı süresinin bitiş tarihinden farklı bir tarihi de zamanaşımının son günü olarak belirlenebilir. Tarafların ayrıca zamanaşımı süresinin başlangıç veya bitiş anını belirli bir olguya göre tespit etmeleri de mümkündür⁹⁸⁵. Örneğin, satın alınan arabanın belirli bir kilometre yol yaptıktan sonra veya satılanın bir uzman tarafından muayene edildiği tarihten itibaren zamanaşımının işlemeye başlayacağı veya ayıptan doğan taleplerin, ayıbın ortaya çıktığı andan itibaren belli bir süre sonra zamanaşımına uğrayacağı kararlaştırılabilir. Elbette bu gibi durumlarda zamanaşımı süresinin değiştirilebileceği asgari ve azami sınırlara uymak gerekmektedir. Öte yandan, sözleşmesel zamanaşımının kapsamı da taraf iradelerine göre belirlenir⁹⁸⁶. Taraflar meydana gelecek bütün ayıplar için zamanaşımı süresini değiştirebilecekleri gibi, içlerinden sadece bazıları için de farklı bir zamanaşımı süresi kararlaştırabilirler. Bu durumda sözleşmede belirtilen farklı tipte ayıplar için farklı zamanaşımı süreleri söz konusu olabilir.

Aynı şekilde, bazı nitelik vaatleri de sözleşmeyle farklı zamanaşımı süresine tabi kılınabilir. Örneğin satın alınan su deposunun beş yıl boyunca hiç su kaçırmayacağının kararlaştırılması ya da satın alınan bir makinenin on yıl boyunca belirli bir verimle çalışacağının üstlenilmesi böyledir. Ayrıca, tarafların sadece ayıptan doğan bazı seçimlik hakların kullanımı sonucu ortaya çıkan alacak hakları

⁹⁸⁵ Giger, **BernerKomm**, OR Art. 210 N 47; Furrer, **Gewährleistung**, s. 88; Stanislas, **Résolution**, s. 161; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 210 N 7; Benedick, Vischer, **Verjährungsregeln**, N 32; Niklaus, **Prescription**, N 710; Yavuz, **Ayıp**, s. 160.

⁹⁸⁶ Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 210 N 8; Gauch, **Entreprise**, N 2491; Giger, **BernerKomm**, OR Art. 210 N 47; Furrer, **Gewährleistung**, s. 87, 88; Stanislas, **Résolution**, s. 161; Benedick, Vischer, **Verjährungsregeln**, N 34; Yavuz, **Ayıp**, s. 160.

için zamanaşımı süresini değiştirmeleri de mümkündür. Örneğin sadece doğrudan zararlar için zamanaşımı süresi uzatılabileceği gibi, alıcının onarım talebi de daha kısa bir süreyle sınırlandırılabilir. Tarafların zamanaşımı süresinin kapsamını ayrıca düzenlememiş olmaları durumunda, kararlaştırılan sözleşmesel zamanaşımı süresi meydana gelecek bütün ayıplar için ve alıcının sahibi olduğu hakların tamamı açısından hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır. Öte yandan, zamanaşımı süresinin açıkça veya örtülü olarak değiştirildiğini iddia eden tarafın söz konusu iddiasını ispat etmesi gerekmektedir⁹⁸⁷. O halde ispat yükü, zamanaşımının uzatılmasından kendi lehine hak çıkaracak olan alıcının, kısaltılmasında ise bundan yararlanacak olan satıcının üzerinde olacaktır.

II. Kanuni Zamanaşımı Süresinin Uzatılması

A. Sözleşmesel Zamanaşımı Süresinin Uzatılabileceği Üst Sınır

Ayıptan sorumlulukta taraflar, sözleşmeyle TBK m. 231 ve m. 244 f. III hükümlerinde öngörülen iki ve beş yıllık zamanaşımı sürelerinden daha uzun bir süre kabul edebilirler. Zira, kanun koyucu TBK m. 231 hükmünde, satıcının garanti sorumluluğunu daha uzun bir süre için üstlenebileceğini açıkça düzenlemiştir. Buna karşın, kanunda zamanaşımı süresinin uzatılabileceği bir üst sınır açıkça öngörülmemiştir. O halde, tarafların bu süreyi diledikleri gibi uzatma yetkisine sahip olup olmadıkları sorusunun cevabı, konumuz açısından oldukça önemlidir. Öğretide oldukça azınlıkta bazı yazarlar⁹⁸⁸ bu soruya olumlu yanıt vermektedir. Bu görüşe göre, taraflara tanınan sözleşme özgürlüğü, herhangi bir açık hükümle sınırlandırılmış değildir. Taraflar isterlerse, kanunun tanıdığı sınırlar çerçevesinde (TBK m. 221) ayıptan sorumluluk rejimini tamamen kaldırabilecekleri gibi, zamansal açıdan da süresiz şekilde uzatabilirler. O halde, bu görüşe göre, zamanaşımı süresinin sözleşme ile uzatılmasının bir üst sınırı bulunmamaktadır.

Öte taraftan, öğretide savunulan diğer görüşe göre⁹⁸⁹, taraflara tanınan sözleşme serbestisi sınırsız değildir. Güncel eğilimler nazara alındığında TBK m.

⁹⁸⁷ Gauch, **Entreprise**, N 2491; Niklaus, **Prescription**, N 768. Zamanaşımının sözleşmeyle uzatıldığını ise alıcı ispat eder. Bkz. Zindel, Pulver, Schott, **BaslerKomm**, OR Art. 371 N 43.

⁹⁸⁸ Yavuz, **Ayıp**, s. 159; Yavuz, **Borçlar Özel**, s. 173, 174; Arbek, **Tamir**, s. 236; Yavuz, **Ayıp**, s. 159, dn. 111'de anılan yazar. Tüketici Hukuku açısından bu görüşte bkz. Aslan, **Tüketici**, s. 179; Akçaal, Uyumaz, **Tüketici**, s. 266, 267.

⁹⁸⁹ Oser, Schönenberger, **ZürcherKomm**, OR Art. 210 N 6; Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 129 N 8; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 210 N 8; Däppen, **BaslerKomm**, OR Art. 129 N 3; Foëx, **CommRomand**, CO art. 219 N 24; Honsell, **BaslerKomm**, OR Art. 210 N 4;

146 hükmünde ifade edilen on yıllık zamanaşımı süresinin gerek ayıptan sorumlulukta zamanaşımı süresi açısından, gerek sözleşme serbestisine tabi olan diğer zamanaşımı süreleri açısından bir üst sınır teşkil ettiği yönünde, öğretide görüş birliği bulunduğu söylenebilir. İsviçre Federal Mahkemesi⁹⁹⁰ de zamanaşımı süresini uzatma yönünde taraflara tanınan serbestinin sınırsız olmadığını ifade etmekte ve tarafların on yıllık genel zamanaşımı süresinden daha uzun bir süre için zamanaşımını uzatmalarının mümkün olmadığını belirtmektedir. Bu açıdan, taraflar on yıllık maksimum süreye riayet etmek zorundadırlar. Ayrıca Federal Mahkeme, sözleşmesel zamanaşımı için kabul ettiği on yıllık üst sürenin her ne kadar CO art. 129 (TBK m. 148) hükmünde açıkça öngörülmemiş olduğunu ifade etse, bu çıkarıma kanun yaratma yetkisi kullanarak (*modo legislatoris*) varmıştır⁹⁹¹. Nitekim, ne TBK m. 231 (CO art. 210) hükmünde, ne de kanunun “*zamanaşımı*” başlığını taşıyan ikinci ayırımı dışında zamanaşımı sürelerinin *a contrario* değiştirilebileceğini öngören TBK m. 148 hükmünde, böyle bir değişikliğin hangi süreye kadar mümkün olduğu düzenlenmemiştir. Bir alacağın tabi olduğu zamanaşımı süresinin hiçbir sınıra tabi olmadan uzatılabilmesi, kanunun benimsediği *hukuk güvenliği* ve

Honsell, **OR BT**, s. 111, 112; Pichonnaz, **Renonciation**, s. 119; Pichonnaz, **Garantie**, s. 131; Gauch, Schluep, Schmid, Emmenegger, **OR AT**, N 3382; Pétermann, **Prescription**, s. 312; Huguenin, **OR**, N 2635a; Bucher, **OR AT**, s. 448; Berger, **OR AT**, N 1451; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Borçlar Genel**, s. 1070, 1071; Engel, **Obligations**, s. 810; Engel, **Contrats**, s. 48; Gauch, **Entreprise**, N 2490; Gauch, **recht 2012**, s. 130; Tercier, Pichonnaz, **Obligations**, N 1718; Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 746; Gauch, Schluep, Tercier, **Obligations**, N 2121; Guggenheim, **Contrats II**, s. 302, 303; Niklaus, **Prescription**, N 804; Spiro, **Begrenzung I**, s. 854; Schwenger, **OR AT**, N 84.12; Pedrazzini, **Entreprise**, s. 35; Müller-Chen, **CHK**, OR Art. 210 N 10; Müller-Chen, Girsberger, Droese, **OR BT**, s. 78; Gautschi, **BernerKomm**, OR Art. 371 N 5b; Giger, **BernerKomm**, OR Art. 210 N 43; Furrer, **Gewährleistung**, s. 88; Schluep, **Nachbesserung**, s. 91; Stanislas, **Résolution**, s. 161; Cavin, **Vente**, s. 105; Müller, Mader, **Contrats**, N 276; Keller, Lörtscher, **Kaufrecht**, s. 83; Pedrazzini, **Dissimulation**, N 1047; Koller, **Nachbesserung**, N 456, 460; Venturi, **Réduction**, N 1267; Benedick, Vischer, **Verjährungsregeln**, N 23; Bieger, **Mängelrüge**, s. 163; Parein-Reymond, **Prescription**, s. 156; Bettens, **Garantie**, s. 86; Tunçomağ, **Borçlar Özel**, s. 192; Tandoğan, **Borçlar Özel**, Cilt I/1, s. 201; Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Cilt I, N 1912; Seliçi, **İnşaat**, s. 211; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **Borçlar Genel**, N 1594; Edis, **Ayıp**, s. 131; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1317; Zevkliler, Gökyayla, **Borçlar Özel**, s. 139; Hatemi, Gökyayla, **Borçlar Genel**, § 35 N 18; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 95; Aral, Ayrancı, **Borçlar Özel**, s. 155; Şahin, **Ayıp**, s. 125; Kapancı, **Ayıp**, s. 82, 83.

⁹⁹⁰ **İsvFM**, ATF 132 III 226 = SJ 2006 I 321; ATF 99 II 185 = JdT 1974 I 46; ATF 56 II 424 = JdT 1931 I 170; **İsvFM**, 14.5.1998, 4C.9/1998 (RJ 1998 N 1310). İsviçre Federal Mahkemesi’nin 14.5.1998 tarihli kararının değerlendirmesi için bkz. Leuenberger, **ZBJV 134/1998**, s. 583-585.

İsviçre Federal Mahkemesi her ne kadar sözleşmesel zamanaşımı süresini on yıl ile sınırlasa da ATF 132 III 226 = SJ 2006 I 321 numaralı kararında işlememiş zamanaşımı süresinden, zamanaşımı süresinin uzunluğuna bakılmaksızın on yıla kadar feragat edilebileceğini belirtmesi karşısında, on yıllık üst sınırın bir anlamı kalmamıştır. Bu durumda feragat kendiliğinden sürenin uzaması sonucunu doğuracaktır. Aynı görüşte bkz. Däppen, **BaslerKomm**, OR Art. 29 N 2, 3; Gauch, Schluep, Schmid, Emmenegger, **OR AT**, N 3374; Pichonnaz, **Renonciation**, s. 120.

⁹⁹¹ Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 129 N 8; Däppen, **BaslerKomm**, OR Art. 129 N 3; Gauch, Schluep, Schmid, Emmenegger, **OR AT**, N 3382; Koller, **Verjährungsrecht**, s. 196.

borçlunun alacaklıya karşı korunması amaçlarına aykırılık teşkil edeceğinden, mevcut durumda bir kanun boşluğunun bulunduğu kabul edilmelidir.

İşte, İsviçre Federal Mahkemesi, ilk olarak 1930 yılında verdiği çıkarımla⁹⁹² kendisi kanun koyucu olsa idi nasıl bir kural koyacak idiyse (TBK m. 1 f. II, CO art. 1 al. II) o şekilde mevcut kanun boşluğunu doldurmuştur. Mahkemenin istikrarlı olan bu görüşü, öğretinin hemen hemen tamamı tarafından da benimsenmiştir. Yargıtay⁹⁹³ da uzatılan zamanaşımı süresinin TBK m. 146 hükmünde ifade edilen on yıllık zamanaşımı süresini aşamayacağı görüşündedir. Bu görüşe göre, on yıllık üst sürenin başlangıcı, ayıptan sorumluluk rejiminde zamanaşımı süresinin başlangıç anına göre tespit edilecektir⁹⁹⁴. Her ne kadar taraflar zamanaşımının başlangıcı açısından kanunda öngörülenden farklı bir düzenleme yapmış olsalar da, taraflar arasında kararlaştırılan sözleşmesel zamanaşımı süresi, taşınırlarda satılanın alıcıya tesliminden (TBK m. 231 f. I), taşınmazlarda ise satılanın tapu sicilinde alıcı adına tescilinden (TBK m. 244 f. III) itibaren üst sınırı aşamayacaktır. Alman Hukuku'nda da aynı çözüm benimsenerek, BGB § 202 hükmü uyarınca sözleşmesel zamanaşımı süresinin, kanunda öngörülen başlangıç anından itibaren genel zamanaşımı süresi olan otuz yılı aşamayacağı açıkça belirtilmiştir⁹⁹⁵.

Öğretide savunulan son görüşe göre⁹⁹⁶, gerek TBK m. 160 (CO art. 141) hükmünde düzenlenen zamanaşımından feragat bakımından, gerekse TBK m. 148

⁹⁹² İsvFM, ATF 56 II 424 = JdT 1931 I 170.

⁹⁹³ Yargıtay 13. HD, T. 10.12.2002, E. 2002/10673, K. 2002/13269 (kazancı): “...Davacı taraf, davalılardan satın aldığı binek tipi Mercedes marka aracın gizli ayıplı olarak satıldığını iddia ederek, aracın değiştirilmesini veya ödenen bedelin iadesini istemiş olup, uyuşmazlığın 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükümleri çerçevesinde çözümleneceği açıktır. Anılan yasanın 4/IV maddesi hükmü gereğince, satıcı daha uzun bir süre için garanti vermemiş ise, ayıplı maldan ve ayıplı malın neden olduğu her türlü zarardan dolayı açılacak davalar, ayıp daha sonra ortaya çıkmış olsa bile malın tüketiciye teslim tarihinden 2 yıllık zaman aşımına tabidir. Ancak satıcı satılan malın ayıbını tüketiciden hile ile gizlemiş ise, 2 yıllık zaman aşımı süresinden yararlanamaz. BK.nun 207/1 maddesi ile uyumlu olan Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunun bu hükmü ile, zamanaşımının sözleşme ile uzatılabileceği kabul edilerek BK.nun 127. maddesinde kabul edilen ana kurala ayırık getirilmiştir. Bununla birlikte uzatılan sürenin dahi genel zamanaşımı süresi olan (BK. Madde 125) 10 yıllık süreyi aşamayacağını hemen belirtmek gerekir...”

⁹⁹⁴ Gauch, **Entreprise**, N 2490; Niklaus, **Prescription**, N 804.

⁹⁹⁵ **BGB § 202**: “(2) Die Verjährung kann durch Rechtsgeschäft nicht über eine Verjährungsfrist von 30 Jahren ab dem gesetzlichen Verjährungsbeginn hinaus erschwert werden. (Zamanaşımı hukuki işlem yoluyla kanuni zamanaşımı süresinin başlangıcından itibaren 30 yılı aşacak şekilde güçleştirilemez.)”. Ayrıca bkz. Medicus, Lorenz, **SchuldR BT**, § 9 N 22; Niklaus, **Prescription**, N 334 vd.

⁹⁹⁶ Koller, **Verjährungsrecht**, s. 196; Koller, **Werkvertrag**, N 778; Brändli, **Nachbesserung**, N 1098; Leo R. Gehr, “Bauherr und Unternehmer - Herren des Bauvertrages”, **Aktuelle Probleme des privaten und öffentlichen Baurechts**, (Hrsg. Alfred Koller), Vereinigung für Baurecht, Saint-Gallen, 1994, s. 179-212 (Bauvertrag), s. 202. Tarafların sözleşmeyle hak düşürücü süre

(CO art. 129) hükmünde belirtilen zamanaşımı süresinin değiştirilmesi açısından bir üst süre öngörülmemiş olsa da, İsviçre-Türk hukuk sisteminde bir alacak hakkının, herhangi bir zamanaşımı süresine tabi olmaması düşünülemez. Öte taraftan, TMK m. 23 (CC art. 27) hükmünde düzenlenen “*kişilik hakkına aykırılık*” her türlü hukuki işlem için aranan bir geçerlilik şartıdır. O halde, zamanaşımını uzatan anlaşmaların geçerliliği de kişilik haklarına aykırı olmamasına, hak ve özgürlükleri ölçsüz bir şekilde sınırlandırmamasına ve kişiye ölçülemez riskler yüklememesine bağlıdır. Sonuç olarak, bu görüşe göre, zamanaşımını uzatan anlaşmaların sınırını kişilik hakları oluşturur. Belirtmemiz gerekir ki, öğretide son dönemde, *de lege feranda*, yalnızca ayıptan sorumluluk konusunda değil, bütün zamanaşımı süreleri açısından sözleşme serbestisinin tam anlamıyla kabul edilmesi ve söz konusu serbestinin yegâne sınırını TMK m. 23 (CC art. 27) hükmünde belirtilen kişilik haklarının oluşturması yönünde bir düzenleme tavsiye edilmektedir⁹⁹⁷.

Kanımızca, tarafların herhangi bir süre sınırı kararlaştırmaksızın zamanaşımı süresini uzatmaları kabul edilemez. Zamanaşımı her ne kadar sübjektif bir hakka dair olsa da, işlevi “*yıllanıp eskimiş istemleri tarihin arşivinden çıkarmak suretiyle hukuk güvenliğini, kararlılığı, kalıcılığı (istikrarı) bozmayı engellemektir*”⁹⁹⁸ ve bu sebeple, kamuya dair menfaatleri de korumayı hedefler⁹⁹⁹. Zamanaşımının kamusal yarar dışında, borçluyu bilinmeyen veya beklenmeyen alacak tehditlerinden kurtarma ve onu alacaklıya karşı koruyacak bir savunma mekanizması oluşturma işlevi de vardır¹⁰⁰⁰. Hukukumuzda her ne sebepten doğmuş olursa olsun kural olarak (*ipotekle yahut belli bir sicile tescil ile gerçekleştirilenler hariç*)¹⁰⁰¹ zamanaşımına tabi

kararlaştırılması durumunda, üst sınırın “*kişilik haklarına aykırılık*” kriterine göre belirleneceği görüşünde bkz. Allimann, **Péremption**, N 634-636; Vionnet, **Droit formateur**, s. 275 vd.

⁹⁹⁷ Kuonen, **Renonciation**, s. 61; Pichonnaz, **Révision**, s. 174, 175.

⁹⁹⁸ Bucher, **OR AT**, s. 444; Tandoğan, **Préliminaires**, s. 60, 61; Serozan, **Medeni Hukuk**, s. 274, 275. Hukuki istikrarı korumayı amaçladığı yönünde bkz. **İsvFM**, ATF 101 Ia 19 = JdT 1977 I 3.

⁹⁹⁹ Béguelin, **FJS 813**, s. 3; Engel, **Obligations**, s. 797; Schwenzler, **OR AT**, N 83.06; Pichonnaz, **Dommages-intérêts**, s. 78; Pichonnaz, **Renonciation**, s. 118; Chappuis, **Péremption**, s. 110; Parein-Reymond, **Prescription**, s. 153; Nabholz, **Verjährung**, s. 31; Serozan, **Medeni Hukuk**, s. 274, 275; Kapancı, **Ayıp**, s. 81. Zamanaşımı düzenlemelerinin öngörülme amacı açısından kamusal menfaatlerin ön planda olduğu yönünde bkz. Gauch, Schluep, Schmid, Emmenegger, **OR AT**, N 3280, 3379; Guggenheim, **Contrats II**, s. 287; Berger, **OR AT**, N 1436; Hatemi, Gökyayla, **Borçlar Genel**, § 35 N 3; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1311; **İsvFM**, ATF 137 III 16 = SJ 2011 I 373; ATF 136 II 187; ATF 101 Ia 19 = JdT 1977 I 3; **İsvFM**, 7.6.2011, 4A_576/2010.

¹⁰⁰⁰ Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 127 N 3; Däppen, **BaslerKomm**, OR Vorbem. Art. 127-142 N 1; Berti, **ZürcherKomm**, OR Art. 129 N 2; Bucher, **OR AT**, s. 444; Pichonnaz, **Dommages-intérêts**, s. 77; Niklaus, **Prescription**, N 54; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 9, 10; **İsvFM**, ATF 137 III 16 = SJ 2011 I 373.

¹⁰⁰¹ Bu konuda bkz. Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **Borçlar Genel**, N 1554.

olmayan bir alacak hakkının mümkün olmadığı da nazara alındığında¹⁰⁰², sözleşmesel zamanaşımı açısından kanunda açıkça bir üst sınır öngörülmemiş olması, tarafların bu alanda tam bir sözleşme özgürlüğü içinde olduklarını göstermez. Diğer taraftan, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu yapılırken, kanun koyucunun bilerek ve isteyerek sözleşmeyle değiştirilebilen zamanaşımı süreleri açısından üst sınır getirmediği yani kanunda bir bilinçli boşluk bulunduğu şeklinde bir yoruma ulaşmak da mümkün görünmemektedir. Zira, ne ayıptan sorumlulukta zamanaşımını düzenleyen TBK m. 231 hükmünün, ne de sürelerin kesinliğini düzenleyen TBK m. 148 hükmünün gerekçelerinde kanun koyucunun böyle bir amacı olduğu anlaşılamamaktadır¹⁰⁰³.

Öte yandan, zamanaşımının uzatıldığı sürenin uzunluğu her zaman kişilik haklarına aykırı olmayabilir. Oldukça küçük zarar kalemleri için uzatılan zamanaşımı süresinin her zaman alıcının özgürlük alanını ölçüsüz bir şekilde sınırlandırdığı söylenemez. Diğer taraftan, sözleşmesel zamanaşımını kişilik haklarıyla sınırlamak, sınırlandırmanın güttüğü hukuk güvenliği ilkesiyle de bağdaşmaz. Zira, bu durumda çoğu kez, mahkeme kararıyla sabit oluncaya kadar, zamanaşımının kişilik haklarını ihlal edip etmediği öngörülemezken, zamanaşımını değiştiren sözleşme akdedilirken de hangi sürenin kişilik haklarını ihlal edeceği önceden taraflarca bilinemez. Nitekim, bu görüşü savunan yazarlar, zamanaşımı süresinin hangi durumlarda kişilik haklarına aykırı sayılacağını ya da zamanaşımı süresinin kişilik haklarına aykırı sayılması için hangi kriterlerin kullanılabileceğini ifade etmekten kaçınmaktadır¹⁰⁰⁴.

Sonuç olarak, kanaatimizce kanunda zamanaşımının uzatılması konusunda bir üst sınır bulunmadığından hareketle, bir *açık kanun boşluğu* (*lacune ouverte - offene Lücke*) bulunduğu söylenebilir. Öte yandan, örf ve âdet hukukunda da bu yönde bir kuralın bulunmadığı gözetilirse, İsviçre Federal Mahkemesi'nin her ne

¹⁰⁰² Gauch, Schluep, Tercier, **Obligations**, N 2037; Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Cilt I, N 1916; Gauch, **Entreprise**, N 2490; Tschütscher, **Verjährung**, N 10; Çelik, **İstanbul Şerhi**, TBK m. 72 N 13. Bu husus “*kaynağı ne olursa olsun, her alacak zamanaşımına uğrar*” şeklinde ifade edilmektedir. Bkz. Gauch, Schluep, Tercier, **Obligations**, N 2037; Guggenheim, **Contrats II**, s. 290; **İsvFM**, ATF 1940 II 234 = JdT 1941 I 141.

¹⁰⁰³ TBK m. 231 hükmünün gerekçesinde, eBK m. 207’de düzenlenen bir yıllık sürenin iki yıla çıkarılması, madde metnindeki hatalı ifadelerin düzeltilmesi, olağanüstü zamanaşımı konusunda kusur derecesinin ağır kusura indirilmesi ve dilde arılaştırma dışında bir değişiklik yapıldığından bahsedilmemektedir. Öte yandan, sürelerin kesinliğini düzenleyen TBK m. 148 hükmünün gerekçesinde de dilde arılaştırma dışında bir değişiklik yapılmadığı ifade edilmektedir. Bkz. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Madde Gerekçeleri, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/499).

¹⁰⁰⁴ Bkz. Koller, **Verjährungsrecht**, s. 196; Gehrler, **Bauvertrag**, s. 202. Aynı yönde bkz. Koller, **Nachbesserung**, N 460, dn. 549.

kadar açıkça ifade etmese de *modo legislatoris* yetkisini kullanarak, CO art. 127 (TBK m. 146) hükmünde düzenlenen on yıllık genel zamanaşımını süresini, sözleşmeyle değiştirilen bütün zamanaşımı süreleri açısından üst sınır kabul etmesi yerindedir¹⁰⁰⁵. Gerek hukuk güvenliği, gerekse borçlunun hukuk düzeni tarafından korunan menfaatleri bu sonucu doğrulamaktadır.

B. Sözleşmesel Zamanaşımında Üst Sınırın Aşılması

Çözümlemesi gereken diğer sorun ise ayıptan doğan garanti sorumluluğunda on yılı aşan sözleşmesel zamanaşımının nasıl bir hukuki yaptırıma tabi tutulacağıdır¹⁰⁰⁶. Böyle bir düzenlemenin tamamen kesin hükümsüz olduğunu kabul etmek ve sözleşme boşluğunu, ayıptan sorumluluk için öngörülen kanuni zamanaşımı süresi ile doldurmak, taraf menfaatlerine uygun olmadığı gibi, alıcı açısından şok edici sonuçlar doğurabilir ve hak kayıplarına sebebiyet verebilir¹⁰⁰⁷. Zira, taraflar kanuni zamanaşımı süresini sözleşmeyle değiştirerek, kanunda öngörülen düzenlemeden ayrılmak istediklerini açık irade beyanlarıyla ortaya koymuşlardır. O halde, taraf iradelerine en yakın ve menfaatler dengesine en uygun çözümün benimsenmesi gerekir.

Nitekim, sözleşmesel zamanaşımına on yıllık üst sınırın uygulanması gerektiği savunan yazarlar, haklı olarak on yıldan uzun süre için zamanaşımını değiştiren anlaşmaların, ancak on yıllık üst sınıra kadar geçerli olduğunu kabul etmektedirler¹⁰⁰⁸. İsviçre Federal Mahkemesi de CO art. 127 (TBK m. 146)

¹⁰⁰⁵ Şayet zamanla ticari ve pratik gereksinimler zamanaşımı süresinin on yıldan uzun bir süre için uzatılmasını gerektirir, kanunun amacı ve taraflar arasındaki menfaat dengeleri de bu sonucu doğrulursa, *on yıldan uzun bir sürenin üst süre olarak kabul edilmesi mümkün görülebilir*. Bu durumda TBK m. 244 f. III hükmünde öngörülen yirmi yıllık üst süreden yararlanılabileceği gibi, karşılaştırmalı hukuk ilminden faydalanılarak, örneğin otuz yıllık üst süre öngören BGB § 202 hükmünün veya yirmi yıllık bir düzenleme getiren CCFr art. 2232 hükmünün hukukumuz açısından uygulanması düşünülebilir.

¹⁰⁰⁶ Esasen aynı sorun, herhangi bir süre tabi kılınmamış her tür hukuki ilişkide gündeme gelebilmekte, özellikle süreye tabi kılınmamış sözleşme ilişkilerinin TMK m. 23 uyarınca sınırlandırılması gerektiği hallerde de önem kazanmaktadır. Bkz. Saibe Oktay, “Federal Mahkeme’nin 21 Haziran 1988 Tarihli Kararının Çevirisi ve İncelenmesi”, **İÜHF**, Cilt 55, Sayı 1-2, 1996, s. 489-500 (İsvFM Kararı), s. 494 vd.; Nil Karabağ Bulut, **Medeni Kanunun 23. Maddesi Kapsamında Kişilik Hakkının Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014 (Kişilik Hakkı), s. 257 vd.

¹⁰⁰⁷ Niklaus, **Prescription**, N 771; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 375.

¹⁰⁰⁸ Spiro, **Begrenzung I**, s. 855; Oser, Schönenberger, **ZürcherKomm**, OR Art. 210 N 6; Niklaus, **Prescription**, N 771; Benedick, Vischer, **Verjährungsregeln**, N 23; Tandoğan, **Borçlar Özel**, Cilt I/1, s. 201; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 374, 375; Erdem, **İstanbul Şerhi**, TBK m. 148 N 12; Edis, **Ayıp**, s. 131; Şahin, **Ayıp**, s. 125; Zevkliler, Gökyayla, **Borçlar Özel**, s. 139; **İsvFM**, 14.5.1998, 4C.9/1998 (RJ 1998 N 1310). Genel olarak aynı yönde bkz. Veysel Başpınar, **Borç Sözleşmelerinin Kısmî Butlanı**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1998

hükümünün sunduğu korumadan borçlunun kısmen de olsa vazgeçemeyeceğini belirtmekte ve bu durumda ortaya çıkan sözleşme boşluğunun kanuni düzenlemeyle değil, tarafların farazi iradeleriyle doldurulacağını ifade etmektedir¹⁰⁰⁹. Söz konusu farazi iradenin ise hiç değilse zamanaşımı süresinin on yıllık üst sınıra indirilerek ayakta tutulması yönünde olduğu söylenebilecektir. Zira, bu durumda tarafların kısmi hükümsüzlüğü bilmeleri ihtimalinde, zamanaşımını en yüksek had ürerinden kararlaştıracakları sonucuna varılmaktadır. O halde, üst sınırı aşan sözleşmelere uygulanan hukuki yaptırım, *kısmi hükümsüzlük* (TBK m. 27 f. II) olmaktadır¹⁰¹⁰. Öte yandan, on yıldan uzun bir zamanaşımı süresi öngören sözleşme hükmü tamamen geçersiz sayılmadığı için bu durumda “*basit kısmi hükümsüzlük (nullité partielle simple - schlichte Teilnichtigkeit)*” halinden değil, hüküm ve sonuçları “*değiştirilmiş kısmi hükümsüzlükten (nullité partielle modifiée - modifizierte Teilnichtigkeit)*” bahsetmek daha doğrudur¹⁰¹¹. Bu durumda “*hükümsüzlük, sebebinin ve amacının gerektirdiği ölçüde mevcuttur*” ilkesinden hareketle, sözleşmenin esasını koruyan bir indirime gidilmektedir¹⁰¹².

(Kısmi Butlan), s. 164; Gilles Petitpierre, “Une proposition de lecture systématique des art. 19 et 20 CO, (sans référence aux notions matérielles de l’impossibilité, de l’illicéité et de la contrariété avec les bonnes mœurs)”, **SJ 2001 II 73**, s. 73-78, (Art. 19 et 20 CO), s. 76.

¹⁰⁰⁹ **İsvFM**, 14.5.1998, 4C.9/1998 (RJ 1998 N 1310). Aynı yönde bkz. Roland Hürlimann, **Teilnichtigkeit von Schuldverträgen nach Art. 20 Abs. 2 OR**, Universitätsverlag Freiburg Schweiz, Freiburg, 1984 (Teilnichtigkeit), N 357; Başpınar, **Kısmi Butlan**, s. 164; Petitpierre, **Art. 19 et 20 CO**, s. 76.

¹⁰¹⁰ Spiro, **Begrenzung I**, s. 855; Tandoğan, **Borçlar Özel**, Cilt I/1, s. 201; Niklaus, **Prescription**, N 771; Benedick, Vischer, **Verjährungsregeln**, N 23; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 374, 375; Erdem, **İstanbul Şerhi**, TBK m. 148 N 12; Başpınar, **Kısmi Butlan**, s. 164; Şahinöz, **Ayıp**, s. 125. Aynı yönde bkz. Petitpierre, **Art. 19 et 20 CO**, s. 76. Alman Hukuku’nda üst sınırın aşılmasının yaptırımının kesin hükümsüzlük mü, yoksa kısmi hükümsüzlük mü olduğu tartışmalıdır. Detaylı bilgi için bkz. Niklaus, **Prescription**, N 334.

¹⁰¹¹ Aynı yönde bkz. Pichonnaz, **Éléments choisis**, s. 254. İsviçre Hukuku’nda gerçekleştirilmiş olan zamanaşımı reformunun Federal Konsey gerekçesinde de on yılı aşan feragatin değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük yaptırımına tabi tutulacağı açıkça belirtilmiştir. Bkz. Message prescription, **FF 2014 247**; Pichonnaz, **Éléments choisis**, s. 254. “*Basit kısmi hükümsüzlük*” ve “*değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük*” kavramları için bkz. Hürlimann, **Teilnichtigkeit**, N 249 vd., 356-361; Oğuzman, Barlas, **Medeni Hukuk**, N 759; Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Genel**, s. 601-606. Nitekim, “*en yüksek yasal hadde indirme (Reduktion auf das zulässige Maß)*” değiştirilmiş kısmi hükümsüzlüğün bir türü olarak kabul edilmektedir. Bkz. Başpınar, **Kısmi Butlan**, s. 163.

¹⁰¹² Hürlimann, **Teilnichtigkeit**, N 232; Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Genel**, s. 606; Petitpierre, **Art. 19 et 20 CO**, s. 76; **İsvFM**, ATF 120 II 35. Bu yönde bir karşı oy gerekçesi için bkz. **Yargıtay 11. HD**, T. 2.3.2017, E. 2016/5641, K. 2017/1255 (kazancı): “...Kısmi butlan (Teilnichtigkeit) olarak da adlandırılan 818 S. BK m. 20 uyarınca, kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkansız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür. Bununla birlikte, BK 20/2 de yer alan “Akdi muhtevi olduğu şartlardan bir kısmının butlanı akdi iptal etmeyip yalnız şart, lağvolur. Fakat bunlar olmaksızın akdi yapılmıyacağı meczum bulunduğu takdirde, akitler tamamıyla batıl addolunur.” hükmü uyarınca, Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğer hükümlerinin geçerliliğini etkilemeyecek, ancak, butlanı gerektiren hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmıyacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz sayılacaktır. Doktrinde de, taraflardan birinin borçlandığı edimin,

Değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük yaptırımına tabi tutulan aşkın zamanaşımı süresinin kanun sistematığının kabul ettiği on yıllık sınıra indirilmesi, gerek tarafların sözleşmeyle güttüğü ekonomik menfaate gerekse işlem menfaatine (*favor negotii - favor contractus*) hizmet eder¹⁰¹³. Zira, çoğu kez satıcı, bir edim karşılığında satılanın ayıpsız olduğunu kanuni süreden daha uzun süre üstlenmektedir. Aksi çözümün kabul edilmesi halinde, on yıldan uzun zamanaşımı düzenlemesini *tamamen* geçersiz sayarak, kanuni zamanaşımı süresini uygulamak, alıcıya TBK m. 27 f. II uyarınca sözleşmenin ayakta tutulmasının tarafların farazi iradelerine uygun olmadığını (*kısmi hükümsüzlüğün subjektif şartının oluşmadığını*) ispat ederek satış sözleşmesinin tamamını geçersiz sayma imkânı da tanıyabilir. Satış sözleşmesinin tamamının geçersiz sayılması ise, taraf menfaatlerine uygun ve tatmin edici bir sonuç sayılmaz. O halde, “*yararlı olan bölüm yararsız olan bölümden zarar görmez (utile per inutile non vitiatur)*” şeklinde ifade edilen prensibin tatbik edilmesi durumunda, taraf menfaatleri ile zamanaşımının koruduğu menfaatler arasında denge sağlanmış olur.

Kanımızca, taraflarca kararlaştırılmış olan uzun zamanaşımı süresinin on yıla çekilmesi durumunda, artık alıcının TBK m. 27 f. II uyarınca uzun zamanaşımı süresi olmasaydı satış sözleşmesini akdetmeyeceğini iddia etmesi kabul edilmemelidir¹⁰¹⁴. Bu durumda, taraf menfaatlerinin dengede olduğu kabul edilmeli ve on yıldan uzun zamanaşımı süresini satış sözleşmesi açısından *sine qua non* kabul eden alıcının davranışı, dürüstlük kuralına aykırı sayılmalıdır. Zira, kısmi hükümsüzlük yaptırımı, sözleşmenin tamamen hükümsüz olmasından zarar gören tarafı korumak üzere getirilmiş bir düzenlemedir. O halde, zarar görenin sözleşmenin kısmen hükümsüz

kanuni sınırı aşırı ölçüde aşması halinde, sözleşmenin tüm olarak batıl sayılmaması, bunun yerine uzun sürenin, geniş coğrafyanın veya aşırı ceza koşulunun kanuni sınırlara indirilmesi gerektiği, sözleşmenin sadece yasal sınırdan daha fazla olan edimler yönünden hükümsüz sayılması, diğer kısımlar yönünden sözleşmenin geçerli sayılması gerektiği (favor contractus), hatta emredici hükümlere aykırılık halinde dahi sözleşmenin sadece bu kısmının geçersiz sayılması gerektiği savunulmuştur...”

¹⁰¹³ Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Genel**, s. 606. Aynı zamanda sözleşme özgürlüğü prensibine de hizmet etmiş olunur. Hükümsüzlüğü yaratan normun, geçersizliğin amacı ve sebebi ölçüsünde sınırlandırılması neticesinde, sınırlama yerini sözleşme özgürlüğüne bırakmış olur. Bkz. Petitpierre, **Art. 19 et 20 CO**, s. 76, 77.

¹⁰¹⁴ Aynı yönde bkz. **İsvFM**, 14.5.1998, 4C.9/1998 (RJ 1998 N 1310). Kanun hükmünün koruyucu amacı veya dürüstlük kuralı gerektiriyorsa farazi iradelere bakılmaksızın kısmi hükümsüzlük yaptırımıyla yetinileceği yönünde bkz. Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Genel**, s. 601.

kalmasını kabul ettiği hallerde, korunmayı hak etmeyen karşı tarafın sözleşmenin tamamen geçersiz olacağı yönündeki iddiası dinlenmemelidir¹⁰¹⁵.

C. Taşınmaz Satışında Özel Durum

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile TBK m. 244 f. III hükmünde, taşınmaz satışında yeni bir düzenlemeye yer verilerek, satıcının ağır kusurlu olması durumunda, zamanaşımı süresinin yirmi yıla uzayacağı öngörülmüştür. Böylece, kanun koyucu zamanaşımı süresinin uzatılması açısından, taşınmaz satışı için, üst sınır olarak uygulanma kabiliyetine sahip bir süreye yer vermiş olmaktadır. Nitekim, aşağıda detaylıca yer vermeye çalıştığımız olağanüstü zamanaşımı süreleri ile, sözleşmesel zamanaşımı sürelerinin üst sınırı, birbiriyle benzerlik arz etmektedir. Bu sebeple, TBK m. 244 f. III hükmünde düzenlenen yirmi yıllık sürenin, taşınmazlar açısından üst sınır olarak uygulanma kabiliyetinin olup olmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir.

Öncelikle, *taşınır satışı* açısından, kanun koyucu TBK m. 231 f. II hükmünde, satıcının satılanı ayıplı olarak devretmekte ağır kusurlu olması ihtimalinde iki yıllık zamanaşımı süresinden yararlanamayacağını öngörmüştür. Sözleşmesel zamanaşımı süresinin üst sınırı açısından olduğu gibi, bu durumda da, satıcının ayıptan sorumluluğunun tabi olduğu zamanaşımı süresinin TBK m. 146 uyarınca on yıl olduğu, genellikle öğreti ve uygulamada kabul edilmektedir¹⁰¹⁶. Gerek sözleşmesel zamanaşımında üst süre öngören bir normun bulunmaması, gerek ağır kusur halinde satıcının sorumluluğunu sınırlandıran bir sürenin öngörülmemiş olması sebebiyle, TBK m. 146 hükmüne başvurulması gerektiği ifade edilmektedir. Bu açıdan, *sözleşmesel zamanaşımı süresi* ile satıcının ağır kusurunun bulunması durumunda söz konusu olan *olağanüstü zamanaşımı süresi* arasında, araç ve amaç bakımından bir paralellik göze çarpmaktadır. Zira, taşınır satışında, gerek sözleşmeyle kararlaştırılabilecek en uzun zamanaşımı süresinin, gerekse olağanüstü zamanaşımı süresinin on yıl olduğu uzun zamandan beri kabul edilmektedir.

¹⁰¹⁵ İsvFM, ATF 81 II 622; ATF 107 II 423; ATF 109 II 244; Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Genel**, s. 602; Serozan, **Medeni Hukuk**, s. 392; Eren, **Borçlar Genel**, s. 360. Nitekim, korunmayı hak etmeyen tarafın dinlenmemesi gerektiği görüşüne, klasik hükümsüzlüğün amaca uygun sınırlandırılması (*teleolojik redüksiyon*) sonucuyla varıldığı yönünde bkz. Serozan, **Medeni Hukuk**, s. 392.

¹⁰¹⁶ Her ne kadar hâkim görüş bu yönde ifade ediliyor olsa da, öğretilde aksi görüş de savunulmaktadır. Uygulama ve öğretilde savunulan görüşler hakkında bkz. aşağıda B.4/III/B/1.

Öte yandan, *taşınmaz satışında* kanun koyucu, TBK m. 244 f. III hükmünde *yirmi yıllık* bir olağanüstü zamanaşımı süresi öngörerek, mehzaz İsviçre Borçlar Kanunu'ndan ayrılmış ve ağır kusur haliyle sınırlı olmak üzere, taşınmaz satışında satıcının sorumluluğunu genişletmiştir. Kanımızca, taşınmaz satışında, ağır kusur halinde öngörülen yirmi yıllık zamanaşımı süresinin, yine taşınmaz satışlarında, sözleşmesel zamanaşımı süresi açısından bir üst sınır olarak kabul edilmesi, gerek kanunun amacına gerekse taraf menfaatlerine daha uygun olacaktır. Zira, yukarıda ifade ettiğimiz üzere sözleşmesel zamanaşımı süresinin sınırı konusunda açık kanun boşluğu bulunduğu için TBK m. 146'da düzenlenen on yıllık zamanaşımı süresi üst sınır olarak kabul edilmektedir. Taşınır satışında üst sınır olarak uygulanabilecek başkaca bir hüküm bulunmamaktadır. Oysa, taşınmaz satışında kanun koyucu ağır kusur halinde satıcının sorumluluğunu yirmi yıllık süreyle genişlettiği için, sözleşmesel zamanaşımı konusunda mevcut kanun boşluğunun *kıyas (örnekseme)* yoluyla doldurulabileceği bir üst süre mevcuttur. O halde, taşınmaz satış sözleşmesi için öngörülmüş olan özel bir hüküm dururken, genel hükümlerde düzenlenen TBK m. 146 hükmüne başvurmak yerinde olmaz. Nitekim, özel kanunlarda başkaca bir üst sürenin öngörülmüş olması durumunda, on yıllık zamanaşımı süresinin değil, özel kanunlarda düzenlenen zamanaşımı süresinin üst sınır olarak kabul edilmesi gerektiği de öğretide ifade edilmektedir¹⁰¹⁷.

Bu yöndeki yorum tarzı, kanun koyucunun amacına ve kanunun ruhuna daha uygun olacaktır. Çünkü kanun koyucu, özellikle taşınmaz satışlarında ayıbın uzun süreler sonra ortaya çıkabileceğini nazara alarak, ağır kusur halinde satıcının sorumluluğunu genişletmiş ve yirmi yıllık zamanaşımı süresinin de hukuk güvenliğine ve zamanaşımı süresiyle varılmak istenen amaca aykırı olmadığını ortaya koymuştur. Böylece yirmi yıllık zamanaşımı süresi, her ne kadar sözleşmesel zamanaşımı için öngörülmemiş olsa da, korunan menfaatler açısından ona benzeyen ve aralarında *araç-amaç birlikteliği* bulunan başka bir kuruma uygulanmış olacaktır. Bu açıdan, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun getirdiği değişikliklerin güncel bir bakış açısıyla yorumlanması gerektiğinden hareketle, satıcının taşınmaz satışlarında satılanın ayıplarından en fazla yirmi yıl süreyle sorumlu olacağı yönündeki anlaşmaların geçerli olduğu kanaatine varılmaktadır.

¹⁰¹⁷ Niklaus, **Prescription**, N 758.

III. Kanuni Zamanaşımı Süresinin Kısaltılması

A. Sözleşmesel Zamanaşımı Süresinin Kısaltılabileceği Alt Sınır

Ayıptan doğan zamanaşımı süresinin kısaltılması konusunda TBK m. 148 hükmünün mefhumu muhalifinden çıkan anlam uyarınca ve ayıptan sorumluluk rejiminin genel hatlarıyla emredici olmadığı nazara alınarak, taraflara oldukça önemli bir sözleşme serbestisi tanındığını daha önce ifade etmiştik. Belirtmek gerekir ki, uygulamada zamanaşımı süresinin kısaltılması, sürenin uzatılmasına nazaran daha az rastlanılan bir durumdur. Zira, kanun koyucu zaten ayıptan sorumluluk rejiminde, hukuki durumun bir an evvel açıklığa kavuşturulması için oldukça kısa zamanaşımı süreleri öngörmüştür. Öte yandan, zamanaşımı süresinin kısaltılabileceği göz önünde bulundurulduğunda akla gelen ilk soru, tarafların zamanaşımı süresini kısaltırken ne derece serbest oldukları, bu durumda uyulması gereken bir alt sınırın bulup bulunmadığıdır.

Öğretide azınlıkta kalan bir görüşe göre¹⁰¹⁸, tarafların ayıptan sorumluluğu kanuni istisnalar dışında tamamen ortadan kaldıracabilecekleri nazara alındığında, zamanaşımı süresini kısaltma konusunda da büyük bir sözleşme serbestisi içinde oldukları söylenebilir. Zira, tarafların ayıptan sorumluluğu tamamen ortadan kaldırmak yerine, daha hafif bir tedbir olan zamanaşımı süresini kısaltmak istemeleri durumunda hiçbir alt sınıra tabi olmamaları, “*evleviyet (a fortiori)*” kaidesi uyarınca, ayıptan sorumluluk rejiminin düzenleyici hukuk kurallarına dayanmasının bir gereğidir. O halde, bu görüşün “*büyükten küçüğe evleviyet (argumentum a maiore ad minus)*” mantığına dayandığı söylenebilir. Ancak, belirtmek gerekir ki, TBK m. 221 ve m. 225 hükümleri uyarınca satıcının ağır kusuru halinde zamanaşımı süresinin kısaltılması mümkün olmayacaktır.

Hâkim öğreti¹⁰¹⁹ ve İsviçre Federal Mahkemesi¹⁰²⁰ tarafından benimsenmiş olan diğer görüşe göre, ayıptan sorumlulukta zamanaşımı süresi, ancak alıcının

¹⁰¹⁸ Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 210 N 8; Giger, **BernerKomm**, OR Art. 210 N 45; Gehrler, **Bauvertrag**, s. 202; Lörtscher, **Haftungsbeschränkungen**, s. 178, 179; Keller, Lörtscher, **Kaufrecht**, s. 83; Schluep, **Nachbesserung**, s. 91; Çelik, **Onarım**, s. 169. Aynı yönde bkz. Müller-Chen, **CHK**, OR Art. 210 N 10. Kısaltılmış sürenin hakkın kötüye kullanılması teşkil etmesi haliyle sınırlandırılması gerektiği görüşünde bkz. Koller, **Werkvertrag**, N 781.

¹⁰¹⁹ von Tuhr, Escher, **OR AT**, s. 217; Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 129 N 8; Däppen, **BaslerKomm**, OR Art. 129 N 3; Oser, Schönenberger, **ZürcherKomm**, OR Art. 371 N 1; Béguelin, **FJS 813**, s. 3; Schwenzer, **OR AT**, N 84.12; Gauch, **Entreprise**, N 2494; Tercier, Pichonnaz, **Obligations**, N 1721; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **Borçlar Genel**, N 1597; Nabholz, **Verjährung**, s. 206; Engel, **Obligations**, s. 808; Guggenheim, **Contrats II**, s. 302, 303; Niklaus, **Prescription**, N 761; Furrer, **Gewährleistung**, s. 88; Gauch, Schluep, Tercier,

ayıptan doğan haklarının kullanımını hakkaniyete aykırı bir şekilde engellemeyecek ölçüde kısaltılabilir. O halde, zamanaşımının kısaltılabileceği minimum süre, ayıptan doğan hakların kullanımının alıcı açısından mümkün olduğu en az süredir. Ancak, bu sürenin de hakkaniyete uygun olması gerekmektedir. Her alıcıdan haklarını kullanmak amacıyla satıcıya karşı harekete geçmesi için beklenebilecek en kısa süre, somut olayın şartlarına göre değişiklik göstereceği için, sözleşmesel zamanaşımı süresinin alt sınırını oluşturacak belirli bir süre, gerek uygulamada gerekse öğretide kabul edilmiş değildir. Bu görüşe göre, zamanaşımı süresinin hakkaniyete aykırı bir şekilde sınırlandırılmaması, alıcının sözleşme ilişkisinin zayıf tarafını oluşturduğu durumlarda, satıcı tarafından hakkın kötüye kullanılmasını da önlemektedir¹⁰²¹.

Zamanaşımı süresi temelde borçlunun alacaklıya karşı korunmasını amaçladığı için bu sürelerin kısaltılması da kanun tarafından güdülen borçlunun korunması amacına uygun olacaktır. Öte taraftan, TBK m. 148 (CO art. 129) hükmüyle birlikte, alıcı açısından da minimal bir koruma eşiğinin getirilmiş olduğu savunulmaktadır¹⁰²². İşte hakkaniyete aykırı kısaltma yasağı, aynı zamanda alıcının da satıcıya karşı kanunun öngördüğü amaçlar çerçevesinde korunmasını sağlar. Zira, herhangi bir alt sınır öngörülmemiş olması durumunda, alıcının ayıptan doğan hakları sadece görünürde var olan, yanıltıcı bir hal alacağından, satıcının alıcıya karşı bu denli yoğun korunması taraflar arasındaki menfaatler dengesini alıcı açısından çekilmez bir hale getirir. Zamanaşımı süresinin kısaltılması yoluyla ayıptan doğan garanti sorumluluğunun zımnen ortadan kaldırılması, alıcı ve satıcı arasındaki edim-karşı edim dengesini de aynı zamanda tehlikeye atar. Bu açıdan, dürüstlük kuralı ve hakkaniyet ilkeleri çerçevesinde, tarafların ayıptan sorumluluğu tamamen kaldırmak

Obligations, N 2121; Stanislas, **Résolution**, s. 161; Guhl, Koller, **Obligationenrecht**, § 39 N 15; Koller, **Nachbesserung**, N 462; Pétermann, **Prescription**, s. 13; Pedrazzini, **Dissimulation**, N 1047; Parein-Reymond, **Prescription**, s. 156; von Büren, **OR BT**, s. 150; Berger, **OR AT**, N 1452; Pedrazzini, **Entreprise**, s. 35; Gautschi, **BernerKomm**, OR Art. 371 N 5d, 28a; Benedick, Vischer, **Verjährungsregeln**, N 28; Bieger, **Mängelrüge**, s. 163; Kessler, **Verjährungsverzicht**, s. 129, 130; Tandoğan, **Borçlar Özel**, Cilt II, s. 227; Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Cilt I, N 1912; Öz, **Dönme**, s. 132; Seliçi, **İnşaat**, s. 211; Yavuz, **Ayıp**, s. 160; Yavuz, **Borçlar Özel**, s. 174; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1318; Zevkliler, Gökyayla, **Borçlar Özel**, s. 139; Hatemi, Gökyayla, **Borçlar Genel**, § 35 N 18; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 373, 374; Erdem, **İstanbul Şerhi**, TBK m. 148 N 9; Şenocak, **Ayıp**, s. 241; Kapancı, **Ayıp**, s. 82; Türkmen, **Zamanaşımı**, s. 3396; Doğan, **Ayıp**, s. 133, 134.

¹⁰²⁰ **İsvFM**, ATF 97 II 350 = JdT 1972 I 280; ATF 99 II 185 = JdT 1974 I 44; ATF 108 II 194 = JdT 1983 I 119 (Kararın kısa değerlendirmesi için bkz. Peter Gauch, "BGr. (TF) 21.9.1982; BGE (ATF) 108 II 194 ff.", **DC 1983**, s. 54-55): "...le délai abrégé ne devra cependant pas entraver inéquitablement l'exercice des droits du créancier... (Kısaltılmış süre alıcının haklarını kullanmasını hakkaniyete aykırı bir şekilde engelleyemez)"

¹⁰²¹ Niklaus, **Prescription**, N 765.

¹⁰²² Gauch, **Entreprise**, N 2495.

istemedikleri gözetildiğinde, zamanaşımı süresinin kısaltılması, ancak alıcının durumunu hakkın özünü ortadan kaldıracak şekilde ağırlaştırmaması ihtimalinde geçerli olabilir.

İsviçre Federal Mahkemesi'nin önüne gelen pek çok olayda, taraflar arasında akdedilen çok sayıda eser sözleşmesinin İsviçre Mimarlar ve Mühendisler Odası (SIA) genel şartlarına atıf yaptığı görülmektedir¹⁰²³. Farklı yıllara ait olan söz konusu genel şartlarda taşınmaz yapılar için kanunda öngörülen (CO art. 371; TBK m. 478) beş yıllık zamanaşımı süresi yerine, yüklenicinin ayıptan sorumluluğu için iki yıllık zamanaşımı süresi öngörülmektedir. Eski tarihli bir kanton mahkemesi kararında¹⁰²⁴ SIA şartlarında beş yıllık kanuni zamanaşımı süresi yerine öngörülmüş olan iki yıllık zamanaşımı süresinin, alıcının ayıptan doğan haklarını hakkaniyete aykırı bir şekilde engellediğine karar verilmiştir. Zira mahkeme, olaydaki taşınmaz yapıda mevcut olan gizli ayıbın, iki yıl içinde ortaya çıkmasının mümkün olmadığını ifade etmiştir. Söz konusu kararın benzer olaylar açısından genelleştirilmesi her ne kadar doğru olmasa da, İsviçre Federal Mahkeme'nin iki yıllık zamanaşımı süresinin gizli ayıplar için yeterli olmadığı yönündeki bu görüşü, sonraki tarihli bir kararında da benimsediği anlaşılmaktadır¹⁰²⁵. Oysa, ilk bakışta, iki yıllık sözleşmesel zamanaşımı süresinin, alıcının ayıptan doğan haklarını kullanmasını, hakkaniyete aykırı bir şekilde sınırlamadığı düşünülebilir. O halde, sözleşmeyle kararlaştırılan kısa zamanaşımı süresinin geçerliliği, sürenin objektif olarak kısa ya da uzun olmasıyla değil, her somut olay özelinde meydana gelebilecek nitelik eksiklikleri ve bu eksikliklerin ortaya çıkabileceği zaman dilimi nazara alınarak, sübjektif bir değerlendirme çerçevesinde tespit edilecektir.

Öte yandan, ticari satış sözleşmeleri açısından, muayene ile tespit edilebilen ayıplar için, TTK m. 23 f. I b. c hükmünde, iki ve sekiz günlük ihbar süreleri öngörülmüştür. Bu açıdan, kanun koyucunun iki ve sekiz günlük ihbar sürelerini, ticari işlerde hız ve belirlilik sağlamak amacıyla kararlaştırmış olduğu ve ilgili

¹⁰²³ **İsvFM**, ATF 97 II 350 = JdT 1972 I 280; ATF 108 II 194 = JdT 1983 I 119.

¹⁰²⁴ **KanM (Graubünden)**, RSJ 51/1955, s. 212, N 118. Kararı onaylayan görüşleri için bkz. Gautschi, **BernerKomm**, OR Art. 371 N 5d, 28a; Pedrazzini, **Entreprise**, s. 35, dn. 93.

¹⁰²⁵ **İsvFM**, ATF 108 II 194 = JdT 1983 I 119: "...İki yıllık sözleşmesel zamanaşımı süresinin alıcının haklarının kullanımını hakkaniyete aykırı bir şekilde engelleyecek bir düzenleme olduğu söylenemez. Öte yandan Kanton Mahkemesi, gizli ayıbın söz konusu olduğu bir kararda (RSJ 51/1955, s. 212, N 118) iki yıllık zamanaşımı süresinin alıcının haklarını kullanması açısından hakkaniyete aykırı bir engel teşkil ettiğine karar vermiştir. Bu olayda Kanton Mahkemesi'nin öngördüğü çözüm kabul edilebilir bir çözümdür. Zira, iki yıllık sözleşmesel zamanaşımı, ayıbın ortaya çıkmasından önce sona ermiştir. Fakat mevcut olayda böyle bir durum söz konusu değildir. Zira, iki yıllık sözleşmesel zamanaşımı pek çok defa kesilerek yeniden başlamıştır..."

sürelerin taraflar arasındaki menfaatler dengesini de tesis etmeye yöneldiği söylenebilecektir. Kanımızca, ilgili sürelerin zamanaşımı süresinin kısaltılması açısından, bir kıstas olarak kullanılması mümkündür. Her ne kadar, pek çok olayda, zamanaşımının sekiz güne indirilmesi, hakkaniyete aykırı olarak nitelendirileceği için, iki ve sekiz günlük sürelerin alt sınır olarak uygulanması mümkün değilse de, bu yönde bir kısaltmanın peşinen alıcının haklarını kullanmasını tamamen engellediği ve geçersiz olduğu söylenebilecektir.

Kanımızca, İsviçre Federal Mahkemesi tarafından da savunulan öğretideki baskın görüşe öncelik tanınarak, sözleşmesel zamanaşımı süresinin, alıcının haklarını kullanmasını hakkaniyete aykırı bir biçimde engellemeyecek bir süre olması gerektiği kabul edilmelidir. Tarafların oldukça kısa bir zamanaşımı süresi kararlaştırmış olmaları durumunda ilk tespit edilmesi gereken husus, ayıptan sorumluluk rejiminin tamamen ortadan kaldırılmak istenmediği ve taraf iradelerinin ayıptan sorumluluk rejimi dâhilinde kalmak yönünde olduğudur. O halde, ilk olarak alıcı ve satıcı, ayıptan sorumluluk rejimini zımnen işlevsiz kılmayı değil, satıcının ayıptan doğan garanti yükümlülüğünü yine de devam ettirmeyi amaçlamaktadırlar. Öte yandan, alıcının ayıptan doğan haklarını kullanmasına ise, kararlaştırılmış olan kısa zamanaşımı süresi müsaade etmemektedir. Bu durumda tarafların ayıptan sorumluluk rejimini kaldırmama ve satıcının ayıptan sorumluluğunu devam ettirme iradeleri ile, ayıptan doğan hakların kullanımına izin vermeyen ve onu zımnen ortadan kaldıran kısıklıkta bir zamanaşımı süresi kararlaştırma iradeleri birbiriyle çatışmaktadır. Öte yandan, sözleşmeyle alıcıya gerçekte mevcut olmayan, yanıltıcı ve işlevsiz bir hak tanımanın da anlamı yoktur. Sözleşme ilişkisinde hiçbir taraf, kendisine sakat ya da ölü doğmuş bir hak tanıyan anlaşmayı kabul etmek istemez¹⁰²⁶. Zira, satılanın mülkiyetini devir borcunun devamı ve tamamlayıcısı şeklinde karşımıza çıkan garanti sorumluluğu, edim-karşı edim dengesinde, çoğu kez satılan ile birlikte, satış bedeli borcunun karşısında yer almaktadır. Bu açıdan, alıcının satılanın mülkiyeti talep etme hakkının gereği gibi ifasını garanti eden ayıptan sorumluluk rejiminin tamamen kaldırılmamasının, hiç değilse ekonomik bir karşılığı olmalıdır.

¹⁰²⁶ Aslındaki bu yöndeki çıkarım, sözleşme müzakereleri aşamasında, satıcının satılanı ayıpsız teslim ettiğini garanti etmesine karşılık, alıcının nispeten daha yüksek bir satış bedeli ödemeyi kabul etmesi varsayımına dayanmaktadır. Özellikle garanti süresi arttıkça, satış bedelinin de arttığı nazara alınırsa, ölü doğmuş bir ayıptan sorumluluk rejiminin, taraflar arasındaki dengeye uygun olmadığı anlaşılabacaktır. Bu yöndeki açıklamaları için bkz. Niklaus, **Prescription**, N 801.

Kanımızca, tarafların zamanaşımı süresini kısaltarak ayıptan sorumluluk rejimini kanunun tanıdığı sınırlar içerisinde tamamen kaldırmak istedikleri açıkça anlaşılıyorsa; o halde, kısaltılmış zamanaşımı süresi geçerli kabul edilerek, ayıptan sorumluluk rejiminin kaldırıldığı sonucuna varılabilecektir. Ancak, bu yönde bir çıkarıma varmanın mümkün olmadığı hallerde ve çoğu zaman, alıcının güçsüz durumda bulunduğu pek çok olayda, garanti sorumluluğunun kanunun lafzen tanıdığı (TBK m. 148 ve m. 231) bir imkân uyarınca, hakkaniyete aykırı bir şekilde sınırlandırılması, taraflar arasındaki edim-karşı edim dengesini bozacaktır. Bu sebeple, zamanaşımı süresini kısaltan anlaşmanın her durumda kanunun öngördüğü sisteme uygun olduğu söylenemez. Zira, tarafların ayıptan sorumluluk rejimi içinde kalma ve zamanaşımı süresini kısaltma yönünde, birbiriyle tezat teşkil eden iki irade beyanı mevcuttur. Bu durumda çatışan taraf iradelerinden, yedek hukuk kurallarına en yakın olanı tercih edilmeli¹⁰²⁷ ve yedek hukuk kuralından ayrılan taraf iradelerinin “açık” olması gerektiğinden hareketle, şüphe halinde, tarafların ayıptan sorumluluk rejimini zımnen ortadan kaldırmak istemedikleri yönündeki yoruma öncelik tanınmalıdır. O halde, alıcının ayıptan doğan haklarını kullanabileceği minimum sürenin, sözleşmesel zamanaşımının alt sınırını oluşturduğu kabul edilmelidir.

Son olarak, satıcının satılanı ayıplı devretmekte ağır kusurlu olmasının sonuçları her ne kadar aşağıda inceleniyor olsa da¹⁰²⁸, yeri gelmişken satıcının kusur derecesinin zamanaşımı süresinin kısaltılması açısından önemine değinmek isteriz. Zira, taraflar ayıptan sorumlulukta zamanaşımı süresini, yalnızca satıcının satılanı ayıplı olarak devretmekte hafif kusurlu olduğu veya kusurunun bulunmadığı durumlarda kısaltabilme imkânına sahiptir. Çünkü kanun koyucu, TBK m. 221 hükmünde açıkça satıcının satılanı ayıplı olarak devretmekte *ağır kusurlu (ağır ihmâl ve kast)* olduğu durumlarda ayıptan sorumluluğu sınırlayan *her türlü anlaşmanın* geçersiz olduğunu öngörmüştür. Zamanaşımı süresinin kısaltılması, ayıptan sorumluluğu zaman bakımından sınırlandıran, dolaylı bir sorumsuzluk anlaşması (*clause limitative indirecte - mittelbare Beschränkung*) olduğu için, satıcının ağır

¹⁰²⁷ Yedek hukuk kuralından ayrılan çözümün dar yorumlanması gerektiği yönünde bkz. Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Cilt I, N 598. Benzer yönde bkz. **İsvFM**, ATF 115 II 264 = JdT 1990 I 57. Kanımızca, bu durumda “*yararlanan aleyhine yorum (interpretatio contra proferentem)*” yoluyla da satıcı aleyhine bir yoruma varmak ve ayıptan sorumluluk rejimini ayakta tutmak mümkündür. Söz konusu yorum yöntemi hakkında bkz. Şener Akyol, **Sözleşmenin Yorumu**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010 (Yorum), s. 60, 61.

¹⁰²⁸ Bkz. aşağıda B.4/III.

kusurunun bulunması durumunda böyle bir anlaşma, kanunun emredici hükmüne aykırı (TBK m. 27) ve kesin hükümsüz olacaktır¹⁰²⁹. Öte yandan, satıcının ağır kusurlu olması durumunda kısa zamanaşımı sürelerinin uygulanmayacağını öngören TBK m. 231 f. II ve m. 244 f. III hükümleri de emredici nitelik taşımaktadır¹⁰³⁰. Bu durumda kanunen uygulanması gereken emredici zamanaşımı düzenlemeleri olan olağanüstü zamanaşımı sürelerini, sözleşmeyle bertaraf etmek mümkün değildir. Ayrıca, bu durumda meslekten satıcının bilmesi gereken ayıplar bakımından da ağır kusurlu sayılacağını öngören TBK m. 225 f. II hükmünün ayrıca nazara alınması gerekmektedir.

B. Sözleşmesel Zamanaşımında Alt Sınıra Uyulmaması

Tarafların satış sözleşmesinde, alıcının ayıptan doğan haklarını kullanmasını hakkaniyete aykırı bir şekilde engelleyecek derecede kısa bir zamanaşımı süresi öngörmüş olmaları durumunda, alıcının haklarını hangi süre içinde satıcıya karşı ileri sürebileceğinin belirlenmesi gerekmektedir. İlk olarak tespit edilmesi gereken husus, alıcının haklarını kullanmasına engel olacak derecede kısa zamanaşımı düzenlemelerinin *kesin hükümsüz* olacağıdır. Bu durumda, zamanaşımını kısaltan hüküm geçersiz olsa dahi, kural olarak sözleşmenin geçerliliğini koruyacağını öngören *kısmi hükümsüzlük* (TBK m. 27 f. II) yaptırımıyla karışılmaktadır. Öyle ki, böyle bir durumda zamanaşımını düzenleyen hüküm geçersiz sayıldığından, bir sözleşme boşluğu meydana gelir¹⁰³¹. Belirmek gerekir ki, zamanaşımını kısaltan anlaşma, satış sözleşmesinin kurulmasından sonra yapılmış olsa dahi, satış sözleşmesi kapsamında değerlendirileceği için, vardığımız sonuç değişmeyecektir. O halde, başlangıçta yönelttiğimiz sorunun cevabı, mevcut sözleşme boşluğunun nasıl giderileceği noktasında kendisini göstermektedir. Belirtmemiz gerekir ki, kanunda geçersiz sayılan hükmün yerine uygulanacak bir emredici hüküm varsa, sözleşme boşluğu söz konusu emredici hüküm ile giderilecektir. Şayet böyle bir hüküm

¹⁰²⁹ Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 746; Gauch, **Entreprise**, N 2493; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO Intro. art. 197-210 N 35; Gautschi, **BernerKomm**, OR Art. 371 N 8a, 5d; Benedick, Vischer, **Verjährungsregeln**, N 16, 17; Lörtscher, **Haftungsbeschränkungen**, s. 143, 144; Pedrazzini, **Dissimulation**, N 835; Öz, **İnşaat**, s. 226. Aynı yönde bkz. Koller, **AJP 2014**, s. 308. Aynı sonuca sorumsuzluk anlaşmalarını düzenleyen CO art. 100 (TBK m. 115) hükmüyle ulaşılması gerektiği görüşünde bkz. Furrer, **Gewährleistung**, s. 88.

¹⁰³⁰ Pedrazzini, **Dissimulation**, N 191; Huguenin, **OR**, N 2636; Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 822; Zindel, Pulver, Schott, **BaslerKomm**, OR Art. 371 N 42a; Witschi, **Garantiefristen**, s. 65; Lörtscher, **Haftungsbeschränkungen**, s. 144.

¹⁰³¹ Petitpierre, **Art. 19 et 20 CO**, s. 76, 77; Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Genel**, s. 604; Oğuzman, Barlas, **Medeni Hukuk**, N 759.

bulunmuyorsa, sözleşme boşluğunun doldurulması konusunda iki temel yol bulunmaktadır. Geçersiz olan hükümlerin yerine ya *tamamlayıcı yedek hükümler* geçirilecektir, ya da *tarafların farazi iradeleri* sözleşmedeki boşluğu dolduracaktır.

Genel olarak benimsenen çözüm yöntemine göre¹⁰³², emredici hükmün bulunmaması durumunda, geçersiz olan hükmün yerine tamamlayıcı hükümlerin geçirilmesi gerekir. Bu durumda sözleşmenin ilgili hükmü, kısmi (*kesin*) hükümsüzlük sebebiyle kanunda öngörülen yedek hükümle değiştirildiğinden, bir “*değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük (nullité partielle modifiée - modifizierte Teilnichtigkeit)*” yaptırımıyla karşılaşılır¹⁰³³. Nitekim, sorunu bu şekilde çözümleyen bir görüş¹⁰³⁴ ve İsviçre Federal Mahkemesi¹⁰³⁵, zamanaşımı süresinin alıcının ayıptan doğan haklarını kullanmasına engel olacak derecede kısaltılmış olması durumunda, geçersiz sözleşme hükmünün yerine, kanunda öngörülmüş olan zamanaşımı sürelerinin uygulanması gerektiğini ifade etmektedir. Bu durumda sözleşme boşluğu, tamamlayıcı hüküm niteliğindeki TBK m. 231 veya m. 244 f. III hükümleriyle doldurulmuş olacaktır.

Öğretideki aksi görüşteki yazarlar ise¹⁰³⁶, sözleşmesel zamanaşımı süresinin kısalığının alıcının haklarını kullanmasına engel olması durumunda, zamanaşımı süresinin, ayıptan doğan hakların kullanımını dürüstlük kuralı uyarınca mümkün kılacak bir süreye uzatılması gerektiğini ifade etmektedirler. Her ne kadar açıkça belirtilmemiş olsa da, bu görüşü savunan yazarların yukarıda ifade ettiğimiz ikinci yöntemi benimseyerek, sözleşme boşluğunun tarafların farazi iradeleriyle doldurulması gerektiğini savundukları anlaşılmaktadır. Farazi iradelerin tespitinde ise “*objektifleştirilmiş farazi iradeler görüşü*”¹⁰³⁷ uyarınca dürüstlük kuralından ve

¹⁰³² Hürlimann, *Teilnichtigkeit*, N 252 vd.; Oğuzman, Barlas, *Medeni Hukuk*, N 759; Oğuzman, Öz, *Borçlar Genel*, Cilt I, N 568; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Genel*, s. 604, 605; Başpınar, *Kısmi Butlan*, s. 152 vd.

¹⁰³³ Kavram için bkz. Hürlimann, *Teilnichtigkeit*, N 249 vd., 356-361; Başpınar, *Kısmi Butlan*, s. 152, 153. Oğuzman, Barlas, *Medeni Hukuk*, N 759. Bu kavram yerine “*sözleşme içeriğini değiştiren kısmi hükümsüzlük (Teilnichtigkeit mit modifiziertem Vertragsinhalt)*” kavramının kullanılabileceği görüşünde bkz. Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Genel*, s. 604. “*Rafine edilmiş (süzme hale getirilmiş) ve esnekleştirilmiş hükümsüzlükler*” kavramının kullanılabileceği görüşünde bkz. Serozan, *Medeni Hukuk*, s. 392.

¹⁰³⁴ Niklaus, *Prescription*, N 770, 803.

¹⁰³⁵ *İsvFM*, ATF 108 II 194 = JdT 1983 I 119.

¹⁰³⁶ Furrer, *Gewährleistung*, s. 88; Yavuz, *Ayıp*, s. 160; Kapancı, *Ayıp*, s. 82.

¹⁰³⁷ *Genel olarak*, tarafların hükümsüzlüğü bilmeleri ihtimalinde, böyle bir düzenlemeye başvurmayacağı gözetilerek, sözleşmenin kuruluşu esnasında, taraflar açısından, makul ve dürüst bir insanın, objektifleştirilmiş farazi iradesinin nazara alınması gerektiği ifade edilmektedir. Bkz. Petitpierre, *Art. 19 et 20 CO*, s. 76, 77. Farazi iradelerin tespitinde başvurulacak söz konusu yöntemler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Hürlimann, *Teilnichtigkeit*, N 210 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Genel*, s. 601-603.

güven teorisinden faydalanılmaktadır. Ayıptan doğan hakların kullanımını mümkün kılan zamanaşımı süresi, hâkim tarafından dürüstlük kuralı ışığında ve güven teorisi uyarınca tespit edilecek ve tespit edilen süre, geçersiz sayılan sözleşme hükmünün yerini alacaktır. O halde, bu durumda TBK m. 231 ve m. 244 f. III hükümlerine başvurmaya gerek yoktur. Zira, sözleşmeyle zamanaşımı süresini düzenleyen taraflar, açıkça kanuni düzenlemeden ayrılmak istediklerini ifade etmişlerdir.

Kanımızca, alıcının haklarını hakkaniyete aykırı şekilde sınırlandıran zamanaşımı süresi yerine kanunun öngördüğü yedek hükümlerin uygulanması, sözleşme ilişkisinde hakkaniyetin yeniden sağlanması bakımından daha uygun olacaktır. Zira, kanunun öngördüğü çözümün menfaatler dengesine en uygun çözüm olduğu varsayılmaktadır¹⁰³⁸. Bu sebeple, İsviçre-Türk öğretisinde kısmi hükümsüzlük sebebiyle meydana gelen sözleşme boşluğunun, ilk olarak yedek hükümlerle doldurulacağı; şayet böyle bir düzenleme mevcut değilse tarafların farazi iradelerine başvurmak gerektiği ifade edilmektedir¹⁰³⁹. Bu durumda, sözleşmesel zamanaşımı süresinin ortadan kalkarak, kanuni zamanaşımı süresinin yeniden canlanacağı ifade edilebilir. Vardığımız bu sonuç, genel olarak zamanaşımı düzenlemeleriyle hedeflenen ve ayıptan sorumluluk rejiminde özel bir önem taşıyan “*hukuk güvenliği*” perspektifinden bakıldığında daha iyi anlaşılacaktır. Zira, zamanaşımı süresinin makul bir süreye uzaması fikri, taraflar arasındaki hukuk güvenliğini önemli ölçüde tehdit edecektir¹⁰⁴⁰. Hâkim tarafından tespit edilene kadar ayıptan doğan taleplere uygulanacak olan zamanaşımı süresinin bilinemeyecek olması, sözleşme ilişkisi bakımından büyük bir belirsizlik yaratacaktır. Oysa, ticari işlerde, sözleşmenin akdedildiği anda, akıbetinin öngörülebilir olması¹⁰⁴¹ büyük

¹⁰³⁸ İsvFM, ATF 115 II 264 = JdT 1990 I 57: “...Genel kural uyarınca, kanunda öngörülen düzenleyici hukuk kuralları, tarafların menfaatlerini en tatmin edici şekilde koruyan çözüm yoludur. Düzenleyici hukuk kurallarından ayrılmak isteyen tarafların, iradelerini açık bir şekilde beyan etmesi gerekir...”

¹⁰³⁹ Hürlimann, **Teilnichtigkeit**, N 252 vd.; Huguenin, **BaslerKomm**, OR Art. 19-20 N 65; Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Genel**, s. 604, 605; Oğuzman, Barlas, **Medeni Hukuk**, N 759.

¹⁰⁴⁰ Hâkime makul süreyi tespit etmesi için takdir yetkisi tanınmasının, zamanaşımı düzenlemeleriyle güdülen hukuki güvenlik ilkesini ihlal edeceği yönünde bkz. Karl Spiro, “Welche Bedeutung haben Verhandlungen und Zwischenverfahren für den Lauf der Verjährung”, **Mélanges Assista**, (Coordination générale par François Antoniazzi), Touring Club Suisse et Assista SA, Genève, 1989 (Verhandlungen), s. 221. Zamanaşımı konusunda en önemli ihtiyacın, kesinlik olduğu yönünde bkz. Tercier, Pichonnaz, **Obligations**, N 1708.

¹⁰⁴¹ Bu çıkarım TTK m. 23 hükmü nazara alındığında daha iyi anlaşılabilir. Zira, ticari satışlar açısından, TTK m. 23 f. I b. c uyarınca öngörülmüş olan ayıp bildirim sürelerinin taraflar açısından sözleşme ilişkisine öngörülebilirlik katacağı açıktır. TTK m. 23'te açık ayıplar için iki günlük, muayene ile ortaya çıkabilecek ayıplar için sekiz günlük ayıp bildirim süresi öngörülmüş olsa da, zaman içinde ve satılanın kullanılmasıyla birlikte ortaya çıkacak olan gizli ayıplar için herhangi bir

önem taşımaktadır. Alıcının haklarını kullanabileceği makul sürenin tespitinin de oldukça zor olduğu ve keyfi uygulamalara sebebiyet verebileceği düşünüldüğünde¹⁰⁴², kanuni sürenin uygulanmasının zamanaşımı kurumunun amacına daha uygun olduğu anlaşılabılır.

Öte yandan, tarafların farazi iradelerine göre tespit edilecek olan makul sürenin sınırı da tam olarak çizilebilmiş değildir. Alıcının haklarını kullanabileceği makul sürenin TBK m. 231 ve m. 244 f. III hükümlerinde düzenlenen iki ve beş yıllık zamanaşımı sürelerini aşması da mümkündür. Zira, çoğu zaman satıldaki nitelik eksikliği, zamanaşımı süresi dolduktan çok sonraları fark edilebilmektedir. Makul süreye uzayan zamanaşımı süresinin kanuni zamanaşımı süresini aşması durumunda ise, yukarıda bahsettiğimiz ikinci görüş uyarınca hedeflenen taraf iradelerine¹⁰⁴³, tamamen aykırı bir sonuca ulaşılmış olacaktır. Zira, bu durumda kanuni süreden daha kısa bir zamanaşımı süresi hedeflenirken, tam tersine kanuni süreden uzun zamanaşımı süresiyle karşılaşılabilir. Sonuç olarak, hakkaniyete aykırı bir şekilde, alıcının haklarını kullanmasını engelleyen bir zamanaşımı süresi kararlaştırılması durumunda, kanunun öngördüğü yedek hukuk kurallarının mevcut uyumsuzluğa uygulanması (TBK m. 231 ve m. 244 f. III), zamanaşımı kurumunun niteliğine ve taraf menfaatlerine daha uygun düşecektir.

IV. Garanti Süresinin Zamanaşımına Etkisi

A. Garanti Süresinin Yorumu

Taşınır ve taşınmaz satış sözleşmelerinde çoğu zaman özel garanti süreleri (*délai de garantie* - *Garantiefrist*) içeren garanti taahhütlerine rastlanmaktadır. Uygulama görülen bu özel garanti taahhütleri, bir “onarım garantisi” şeklinde kendisini gösterebileceği gibi, bazen de sadece satıcının belli bir süre garanti verdiğini belirten beyanından da oluşabilir¹⁰⁴⁴. Söz konusu garanti sürelerinin veya garanti taahhütlerinin anlamı ve kanuni zamanaşımı süresiyle olan ilişkisinin ortaya konulması ise çeşitli zorluklar içermektedir.

süre öngörülmemiş, yalnızca TBK m. 223 hükmüne atıfta bulunulmakla yetinilmiştir. Bu konuda bkz. Oktay-Özdemir, *Ayıp*, s. 53-54.

¹⁰⁴² Niklaus, *Prescription*, N 770.

¹⁰⁴³ Furrer, *Gewährleistung*, s. 88; Yavuz, *Ayıp*, s. 160; Kapancı, *Ayıp*, s. 82.

¹⁰⁴⁴ Teoman Akünel, “Satıcının Onarım Garantisi”, *İÜHFEM*, Cilt 38, Sayı 1-4, 1973, s. 547-570 (Onarım), s. 550 vd. Satıcı bu durumda “*üç yıl içinde meydana gelecek olan bozuklukları gidermeyi taahhüt ediyorum*” şeklinde bir garanti verebileceği gibi sadece “*üç yıl garanti veriyorum*” şeklinde de bir beyanda da bulunabilir. Bkz. Şahin, *Ayıp*, s. 126.

Tarafların garanti süresine dair yaptıkları anlaşma, içinde bulundukları hal ve şartlar dâhilinde farklı anlamlara gelebilir. Garanti süresinin anlamının belirlenmesinde, tarafların garanti süresi kararlaştırmakla ulaşmak istedikleri amaç tespit edilmeli ve her somut olay çerçevesinde garanti sürelerinin yorumlanması yoluna gidilmelidir. Bu sebeple, garanti süresinin etkisinin tespitinde ilk kıstas, sözleşmenin içeriği ve taraf iradeleri olmalıdır¹⁰⁴⁵. Bu durumda, hâkim ilk olarak, sübjektif yorum uyarınca, tarafların gerçek ve ortak iradelerini tespit etmelidir (TBK m. 19). Çoğu zaman taraf iradeleri çelişkiler içerebileceği için, tarafların gerçek ve ortak iradeleri tespit edilemezse, bu iradelerin, objektif yorum metodu uyarınca, dürüstlük kuralı, güven teorisi ve somut olayın şartları dâhilinde yorumlanması gerekmektedir¹⁰⁴⁶. Böylece, bir tarafın irade beyanına, muhatabın atfedebileceği veya atfetmesi gereken anlam belirlenmiş olacaktır. Yorum metotları açısından belirli kıstaslar getirilebileceği gibi, kesin çıkarımlarda bulunmaktan da kaçınılmalıdır. Örneğin, tarafların zamanaşımından uzun bir garanti süresi kararlaştırmış olmaları durumunda, satıcı lehine hareket edilmesi önerilmekte ve kendisine daha az yükümlülük yükleyecek şekilde yorum yapılması gerektiği ifade edilmektedir¹⁰⁴⁷. Öte yandan, garanti süresinin anlamının tespitinde tereddüt bulunması halinde, kanundaki yedek hukuk kurallarından ayrılan çözümün dar yorumlanması gerektiği tavsiye edilmelidir¹⁰⁴⁸. Alıcının zamanaşımı süresinin uzatılmak istendiğini iddia etmesi durumunda ise, mevcut vakıya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkardığı için, daha geniş bir yoruma başvurulması gerektiğini ispat etmek de, yine kendisine düşecektir.

Genel olarak belirtmek gerekir ki, ayıptan sorumluluğun aynı zamanda bir garanti sorumluluğu teşkil etmesi sebebiyle, taraflar arasında kararlaştırılan garanti sürelerinin de *kural olarak* ayıptan doğan hakların kullanılabileceği bir zamanaşımı

¹⁰⁴⁵ Witschi, **Garantiefristen**, s. 59; Stanislas, **Résolution**, s. 162; Becker, **BernerKomm**, OR Art. 210 N 2; Niklaus, **Prescription**, N 797; Pedrazzini, **Entreprise**, s. 35, 36; Philippin, **Clauses particulières**, s. 142; Gauch, **Entreprise**, N 2496; Yavuz, **Ayıp**, s. 160; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 95; Şahin, **Ayıp**, s. 126.

¹⁰⁴⁶ Gauch, **Entreprise**, N 2519; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 210 N 9; Niklaus, **Prescription**, N 797; Pedrazzini, **Entreprise**, s. 35; Philippin, **Clauses particulières**, s. 142; Koller, **Nachbesserung**, N 457. Sözleşmenin yorumlanmasında genel olarak başvurulmuş *sübjektif ve objektif yorum* metotları açısından bkz. Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **Borçlar Genel**, N 193 vd.; **İsvFM**, ATF 143 III 157 = JdT 2017 II 383; ATF 142 III 671 = JdT 2019 II 292; ATF 131 III 606 = JdT 2006 I 126; ATF 133 III 406 = JdT 2007 I 364.

¹⁰⁴⁷ Becker, **BernerKomm**, OR Art. 210 N 2; Tandoğan, **Borçlar Özel**, Cilt I/1, s. 202; Öz, **Dönme**, s. 132; **İsvFM**, ATF 78 II 367 = JdT 1953 I 273 (servat.unibe.ch). Garanti süresinin söz konusu zaman dilimi içerisinde ortaya çıkacak olan zararlar için, kusursuz sorumluluk esası getirdiği şekilde de yorum yapılabileceği yönünde bkz. Gauch, **Entreprise**, N 2521.

¹⁰⁴⁸ Gauch, **Entreprise**, N 2519. Aynı yönde bkz. Pedrazzini, **Entreprise**, s. 36.

düzenlemesi olarak anlaşılması gerekmektedir¹⁰⁴⁹. Öyle ki, bu durumda taraflar, sözleşme ile satıcının alıcıya karşı sorumluluk tehdidi altında bulunacağı ve ayıptan doğan hakların alıcı tarafından talep edilebileceği zaman dilimini iradi olarak belirlemektedirler. Fakat sözleşme ile ihdas edilen bu sürenin zamanaşımı süresine etkisi; sürenin zamanaşımı süresine nazaran uzunluğu, halin şartları ve taraf iradeleri nazara alınarak farklılık gösterebilmektedir. Çünkü garanti süresinin bir zamanaşımı süresi olarak mı değerlendirileceği, hatta bir ayıp bildirim süresi anlamına mı geldiği, yoksa hem ayıp bildirim süresi hem de zamanaşımı süresi şeklinde mi nitelendirileceği yönünde genel geçer bir cevap vermek mümkün değildir¹⁰⁵⁰. Söz konusu sürenin bir ayıp bildirim süresi olarak nitelendirilmesi durumunda zamanaşımı süresinin söz konusu bildirim süresinin bitiminden itibaren mi başlayacağı¹⁰⁵¹ ya da garanti süresinin hem ayıp bildirim süresi hem de zamanaşımı süresi olarak değerlendirilmesi durumunda zamanaşımını kesen sebeplerin ayıp bildirim süresine etki edip etmeyeceği, ancak taraf iradelerinin yorumuyla belirlenebilecektir¹⁰⁵². Garanti süresinin zamanaşımı süresine etkisi sorunu aşağıda temelde üç farklı ihtimal gözetilerek değerlendirilmiştir.

B. Garanti Süresinin Zamanaşımı Süresinden Uzun Olması Durumu

Uygulamada genellikle garanti süresinin kanuni zamanaşımı süresinden daha uzun olması durumuna rastlanmaktadır. Taraflar bu durumda satıcının ayıptan doğan garanti sorumluluğuna ilave olarak, alıcı lehine bir düzenleme getirmekte; satıcının alıcıya karşı, iki yıllık zamanaşımı süresinden daha uzun bir süre boyunca garanti taahhüdü altında olduğunu düzenlemektedirler. Zamanaşımı süresinden daha uzun bir garanti süresinin belirlenmesi durumunda, tarafların ayıptan doğan hakların kullanılabileceği zamanaşımı süresini, garanti süresinin sonuna kadar uzatmak istedikleri, öğreti ve uygulamada genellikle kabul edilmektedir¹⁰⁵³. Bu durumda TBK

¹⁰⁴⁹ Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 210 N 9; Gauch, **Entreprise**, N 2518; Stanislas, **Résolution**, s. 162; Cavin, **Vente**, s. 105; Pedrazzini, **Entreprise**, s. 35; Engel, **Contrats**, s. 48; Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 831; Yavuz, **Ayıp**, s. 161; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 95; **İsvFM**, ATF 63 II 180 = JdT 1937 I 521; ATF 52 II 149.

¹⁰⁵⁰ Gauch, **Entreprise**, N 2517; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 210 N 9; Stanislas, **Résolution**, s. 162, dn. 162; Witschi, **Garantiefristen**, s. 62; Philippin, **Clauses particulières**, s. 142; Yavuz, **Ayıp**, s. 160, 161.

¹⁰⁵¹ Garanti süresinin zamanaşımı süresinin başlangıcını ertelediği görüşünde bkz. Seliçi, **İnşaat**, s. 212.

¹⁰⁵² Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 210 N 9; Pedrazzini, **Entreprise**, s. 35, 36.

¹⁰⁵³ Heim, **Réparation**, s. 24; Oser, Schönenberger, **ZürcherKomm**, OR Art. 210 N 6; Gauch, **Entreprise**, N 2521; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 210 N 9; Giger,

m. 231 hükmünde ifade edildiği üzere satıcı, ayıptan sorumluluğunu daha uzun bir süre için üstlenerek, alıcıya bu süre boyunca seçimlik hakkını kullanma ve bu hakkın kullanımı üzerine ortaya çıkan alacak haklarını talep etme imkânı sağlamaktadır¹⁰⁵⁴.

Tarafların garanti süresinin uzunluğu konusunda tam bir serbesti içinde bulundukları söylenemez. Zira, kararlaştırılan garanti süresinin zamanaşımı süresini de uzattığı gözetilerek, tarafların taşınırlarda satılanın tesliminden, taşınmazlarda mülkiyetin naklinden itibaren en fazla on yıl için garanti süresi kararlaştırabileceği kabul edilmektedir¹⁰⁵⁵. On yılı aşan garanti taahhütlerine ise kısmi hükümsüzlük yaptırımı uygulanacak (TBK m. 27 f. II; CO art. 20 al. II) ve on yıllık üst süreyi aşan anlaşmalar geçersiz sayılacaktır.

İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında¹⁰⁵⁶ şüphe halinde, tarafların, uzun garanti süresi kararlaştırmakla beraber, alıcıya bu sürenin sonuna kadar ayıptan doğan taleplerini ileri sürme hakkı tanıdıklarının ve bu garanti süresinden sonra alıcının, satıcıya karşı başkaca bir talepte bulunmayacağını kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Ayrıca, kararda garanti süresini kendi lehine yorumlayan

BernerKomm, OR Art. 210 N 57; Müller-Chen, **CHK**, OR Art. 210 N 11; Müller-Chen, Girsberger, Droese, **OR BT**, s. 78; Stanislas, **Résolution**, s. 162, 163; Witschi, **Garantiefristen**, s. 63; Furrer, **Gewährleistung**, s. 88; Cavin, **Vente**, s. 105; Tandoğan, **Borçlar Özel**, Cilt I/1, s. 202; Yavuz, **Ayıp**, s. 161; Engel, **Contrats**, s. 48; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 95; Şahiniz, **Ayıp**, s. 126; Kapancı, **Ayıp**, s. 134; **İsvFM**, ATF 94 II 26 = JdT 1969 I 322; ATF 78 II 367 = JdT 1953 I 273; ATF 56 II 424 = JdT 1931 I 170; **Yargıtay** 19. HD, T. 23.1.2014, E. 2013/17102, K. 2014/1858 (kazancı); **Yargıtay** 19. HD, T. 16.3.2015, E. 2015/1672, K. 2015/3651 (kazancı): “...*Dava, satıcının ayıba karşı tekeffülü hükümlerine dayanmaktadır. Dava tarihinde yürürlükte bulunan 6762 Sayılı TTK'nun 25/4.maddesi uyarınca tacirler arası satışlarda zamanaşımı süresi 6 ay ise de daha uzun süreli garanti verilmesi durumunda zamanaşımı süresinin garanti süresi sonuna kadar uzayacağı Yargıtay'ın yerleşik uygulaması ile kabul edilmektedir. Somut olayda, davaya konu araç yönünden 2 yıllık garanti süresi verildiğine göre, bu süre içinde dava açılmış olduğu anlaşıldığından zamanaşımı def'i yerinde değildir...*”; **Yargıtay** 19. HD, T. 22.2.2017, E. 2016/7678, K. 2017/1385 (kazancı): “...*6762 Sayılı TTK'nun 25/4.maddesi uyarınca, ayıba karşı tekeffül hükümlerine dayanan ticari satışlarla ilgili davalarda zamanaşımı süresi (6) ay ise de, satılanın daha uzun bir süre garanti kapsamına alınması durumlarında garanti süresi sonuna kadar dava açılabilir...*”; **Yargıtay** 19. HD, T. 12.2.2008, E. 2007/11897, K. 2008/1114 (kazancı): “...*TTK'nun 25/4. maddesi uyarınca, ayıba karşı tekeffül hükümlerine dayanan ticari satışlarla ilgili davalarda zamanaşımı süresi 6 ay ise de, satılanın daha uzun bir süre garanti kapsamına alınması durumlarında garanti süresi sonuna kadar dava açılabilir...*”; **Yargıtay** 19. HD, T. 12.7.2006, E. 2006/405, K. 2006/7604 (kazancı).

¹⁰⁵⁴ Heim, **Réparation**, s. 24; Gauch, **Entreprise**, N 2521; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 210 N 9; Stanislas, **Résolution**, s. 163; Witschi, **Garantiefristen**, s. 63; Cavin, **Vente**, s. 105; Yavuz, **Ayıp**, s. 161; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 95; Şahiniz, **Ayıp**, s. 126. Öte yandan, istisnai bir görüşe göre, zamanaşımından uzun garanti süresi kararlaştırılması durumunda, satıcı bu süre içinde ortaya çıkan ayıplardan, genel zamanaşımı süresi olan on yıl boyunca sorumlu tutulmalıdır. Bkz. Feyzioğlu, **Borçlar Özel**, s. 302.

¹⁰⁵⁵ Niklaus, **Prescription**, N 804; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 210 N 8; Pichonnaz, **Garantie**, s. 131; Furrer, **Gewährleistung**, s. 88; **İsvFM**, ATF 99 II 185 = JdT 1994 I 46; **İsvFM**, 14.5.1998, 4C.9/1998 (RJ 1998 N 1310).

¹⁰⁵⁶ **İsvFM**, ATF 78 II 367 = JdT 1953 I 273 (servat.unibe.ch). Ayrıca bkz. Heim, **Réparation**, s. 24.

alıcının, bu durumda zamanaşımı süresinin uzatılmak istendiğini de ispat etmesi gerektiği ifade edilmiştir¹⁰⁵⁷.

Öğretide savunulan bir görüşe göre¹⁰⁵⁸, belirli bir garanti süresi kararlaştırılmamış olsa dahi, bazı garanti taahhütleri doğası gereği iki yıllık kanuni zamanaşımı süresinden sonra da alıcı lehine sonuç doğuracaktır. Kanuni zamanaşımı süresini aşan söz konusu garanti taahhütleri, satılanın bir defa sahip olmakla beraber, zaman içinde kaybetmeyeceği, eksilmeyen veya azalmayan bazı nitelikleri konu edinmektedir. Bu garanti taahhütlerine, aracın üretildiği yıl, satılanın imal edildiği hammadde, bir tablonun orijinallliği veya bir sanat eserinin belirli bir koleksiyona ait olması örnek olarak gösterilebilir. İşte bu görüş uyarınca, satılanın esasına dair bir niteliğin varlığının alıcıya bildirilmesi durumunda, belirtilen vasıfların, herhangi bir süre sınırı olmaksızın garanti edildiği ve alıcının TBK m. 146 uyarınca on yıllık genel zamanaşımı süresi içinde ayıptan sorumluluk hükümlerine başvurabileceği kabul edilmektedir. O halde, aynı görüş uyarınca, söz konusu garanti taahhüdü ile ayıptan doğan hakların kullanılabileceği zamanaşımı süresi, zımnen on yıla uzatılmış olmaktadır. Dolayısıyla bu durumda, satılanın esasına dair garanti taahhüdüne, ayıptan doğan hakların kullanılabileceği süre açısından bir anlam yüklenmekte ve zamanaşımı süresinin on yıla uzatıldığı sonucuna ulaşılmaktadır. Önceleri bu görüşe katılan İsviçre Federal Mahkemesi¹⁰⁵⁹, daha sonra görüş değiştirerek¹⁰⁶⁰ posta pulu satışını içeren hukuki uyuşmazlıkta, satılanın orijinal olduğu yönündeki bir garanti taahhüdünün, tek başına kanuni zamanaşımı süresini alıcı lehine uzatmak amacını taşıyan zımni bir irade beyanı olarak yorumlanamayacağını ifade etmiştir. Federal Mahkeme'ye göre¹⁰⁶¹ tarafların açıkça kanuni zamanaşımı süresini uzatmak

¹⁰⁵⁷ Aynı yönde bkz. Zindel, Pulver, Schott, **BaslerKomm**, OR Art. 371 N 43.

¹⁰⁵⁸ Cavin, **Vente**, s. 105, 106; Cavin, **Considérations**, s. 342; Capitaine, **Prescription**, s. 103; Engel, **Contrats**, s. 48; Yavuz, **Ayıp**, s. 161, 162; Şahiniz, **Ayıp**, s. 128. *De lege feranda* bu görüşte bkz. Eren, **Borçlar Özel**, N 376. *Karşı görüşte* bkz. Oser, Schönenberger, **ZürcherKomm**, OR Art. 210 N 6; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 210 N 8; Müller-Chen, **CHK**, OR Art. 210 N 10; Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 832; Gauch, **Entreprise**, N 2204, 2491; Koller, **Werkvertrag**, N 858; Stanislas, **Résolution**, s. 163; Kapancı, **Ayıp**, s. 134.

¹⁰⁵⁹ İsviçre Federal Mahkemesi'nin orijinallik taahhüdünün on yıllık genel zamanaşımı süresi boyunca geçerli olacağını savunan aksi yöndeki eski içtihadı için bkz. **İsvFM**, ATF 56 II 424 = JdT 1931 I 170; ATF 94 II 26 = JdT 1969 I 323.

¹⁰⁶⁰ **İsvFM**, ATF 101 II 97 = SJ 98 (1978) 356.

¹⁰⁶¹ **İsvFM**, ATF 102 II 102 = JdT 1977 I 64: Söz konusu kararda İsviçre Federal Mahkemesi, satılanın orijinal ve gerçek olduğunun garanti edildiği (*la garantie d'authenticité*) satışlarda tarafların CO art. 210 al. I uyarınca zamanaşımı süresinin örtülü olarak on yıl olarak kararlaştırmış olduğunu savunduğu içtihadından dönerek aksi bir sonuca varmıştır. Eski kararlarında Federal Mahkeme, satılanın özdeşliğini ve ayniyetini belirleyen temel bir nitelik bildiriminin söz konusu olduğu durumlarda, örtülü olarak daha uzun bir süre için ayıptan sorumluluğunun üstlenildiğinden hareketle, satıcının genel zamanaşımı süresi olan on yıl içinde alıcıya başvurabileceğini kabul

istemeleri durumunda, zamanaşımı süresinden daha uzun bir süre için garanti taahhüdünde bulunmaları gerekmektedir.

Kanuni zamanaşımı süresinden daha uzun bir garanti süresi kararlaştırılması durumunda, karşımıza çıkacak diğer bir sorun ise, bu yöndeki bir anlaşmanın satılanı gözden geçirme ve bildirim külfetlerini ne şekilde etkileyeceğidir. O halde, zamanaşımı süresini aşan uzun garanti süresinin, alıcıyı gözden geçirme ve bildirim külfetlerinden kurtarıp kurtarmayacağını yahut ayıp bildirim süresinin de aynı şekilde uzaması anlamına gelip gelmeyeceğinin tespit edilmesi gerekmektedir. Bu konuda ifade edilen bir görüşe göre¹⁰⁶², kanuni zamanaşımı süresinden daha uzun bir garanti süresi öngörülmüş olması, alıcının satılanı gözden geçirme ve ayıbı bildirme külfetlerini ortadan kaldırmaz. Bu durumda ayıptan doğan haklarını kullanmak isteyen alıcı, satılanı TBK m. 223 ve ticari satışlar için TTK m. 23 f. I b. c hükümlerinde öngörülen sürelerde gözden geçirmeli ve satıcıya bildirimde bulunmalıdır. Öğretide savunulan diğer görüşe göre¹⁰⁶³ ise, alıcı garanti süresi içinde gözden geçirme ve bildirim külfetlerine uymaksızın yahut ayıbın ortaya çıktığı anı ve TBK m. 223'te öngörülen sınırlamaları hesaba katmaksızın, ayıp bildirimini yerine getirerek her zaman seçimlik haklarını kullanabilir. Aksi halde, alıcının güven

etmekteydi. Posta pulu satışı konu edinen söz konusu olayda ise pulların gerçek olduğunun alıcıya taahhüt edilmesine rağmen sahte çıkması üzerine Federal Mahkeme, alıcının satılanı derhal gözden geçirme külfetiyle beraber CO art. 210 hükmünün, ticari işlem güvenliğinin ve taraflar arasındaki hukuki barışın sağlanmasına hizmet eden bir düzenleme olduğunu vurgulamıştır. Bu açıdan, kanunda öngörülen kısa zamanaşımı süresi, satılanın tesliminin ardından olabildiğince kısa bir sürede net ve açık bir hukuki durumun yaratılmasını amaçlamaktadır. Dolayısıyla, CO art. 210 hükmünün geniş yorumlanması, kanunun ulaşmak istediği amaca aykırı sonuçlar doğuracaktır.

¹⁰⁶² Akünel, **Onarım**, s. 557; Arbek, **Tamir**, s. 188 vd.; Kapancı, **Ayıp**, s. 134.

¹⁰⁶³ Koller, **Werkvertrag**, N 854; Seliçi, **İnşaat**, s. 211, 212; Şahin, **Ayıp**, s. 127; Gümüş, **Borçlar Özel**, s. 116; **Yargıtay** 15. HD, T. 10.6.2019, E. 2019/1628, K. 2019/2660 (kazancı); **Yargıtay** 15. HD, T. 9.4.2019, E. 2017/1814, K. 2019/1615 (kazancı): "...Bu anlatımlar ışığında somut olaya bakıldığında; davacı iş sahibi garanti süresinde iş sahibi ayıp ihbarına da gerek bulunmaksızın iş sahibi, az yukarıda belirtilen ayıptan doğan hakları ile ilgili talepte bulunma hakkına sahiptir. Sözleşmede garanti hükmü olması nedeniyle ayıp ihbarına gerek bulunmadığı halde, ayıp ihbarı yapılmadığından bahisle davanın reddine karar verilmesi doğru olmamış, kararın bozulması gerekmiştir..."; **Yargıtay** 15. HD, T. 25.2.2019, E. 2018/5542, K. 2019/792 (kazancı): "...Taraflar arasında imzalandığı tarihte yürürlükte bulunan 6098 Sayılı TBK'nın 470 ve devamı maddelerinde öngörülen "eser sözleşmesi" ilişkisi kurulmuş olup, yüklenicinin edimi eseri iş sahibinin amacına, fen ve tekniğine uygun olarak teslim etmek iş sahibinin edimi ise iş bedelini ödemektir. Sözleşmede garanti şartı bulunması halinde yüklenici garanti süresi içerisinde ihbara gerek olmaksızın çıkacak ayıpları onarmak zorundadır. Somut olayda taraflar arasındaki sözleşmede iki yıllık garanti şartı bulunmakta olup davanın garanti süresinde açıldığı anlaşılmaktadır. Alınan bilirkişi raporunda ise yapılan imalatın kabul edilebilir imalat olmadığı belirtildiğinden mahkemece davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken reddine karar verilmesi doğru olmamış, bozulması gerekmiştir..."; **Yargıtay** 11. HD, T. 1.10.2018, E. 2016/13971, K. 2018/7217 (kazancı); **Yargıtay** 11. HD, T. 1.10.2018, E. 2016/11019, K. 2018/5841 (kazancı); **Yargıtay** 15. HD, T. 6.12.2018, E. 2018/2651, K. 2018/4902 (kazancı). Ayıbın meydana çıktığı anı hesaba katmaksızın garanti süresi içinde alıcının ayıp bildiriminde bulunabileceği görüşünde bkz. Philippin, **Clauses particulières**, s. 141; Gauch, **Entreprise**, N 2518.

prensibi uyarınca garanti taahhüdünden beklediği menfaat sağlanmış olmaz. Zira, bir garanti taahhüdünde bulunulduğu zaman, alıcı nezdinde garanti süresi dâhilinde ortaya çıkacak olan her türlü ayıp için satıcıya başvurulabileceği yönünde bir haklı beklenti meydana gelmektedir. Öte yandan, alıcıya oldukça katı bir yükümlülük yükleyen gözden geçirme ve bildirim külfetleri, garanti süresi içinde uygulanacak olursa, garanti taahhüdünün alıcıya sağladığı elverişlilik ortadan kalkacak, söz konusu külfetler garanti taahhüdünün anlam ve amacını ortadan kaldıracaktır. Öğretide, ayrıca uzun garanti süresinin hem zamanaşımı süresi, hem de ayıp bildirim süresi olarak da değerlendirilebileceği, böylece garanti süresinin iki fonksiyonu birden ifa edeceği belirtilmektedir¹⁰⁶⁴. Bu görüşe göre, zamanaşımı süresini kesen sebeplerin aynı zamanda ayıp bildirim süresini de keserek, süresin uzamasına sebep olup olmayacağı tartışılabilir. Belirtmek gerekir ki, bu durumda öncelikli olarak incelenecek olan husus taraf iradeleridir. Ancak, taraf iradelerinin yorumuyla bir sonuca ulaşılamamış olması durumunda, zamanaşımını kesen sebeplerin ayıp bildirim süresinin uzamasına sebep olmayacağı kabul edilmelidir¹⁰⁶⁵. Bu sonuç, ayıp bildirim süresinin hak düşürücü süre olmasıyla değil; garanti süresinin, ayıptan doğan hakların kullanımı açısından kesin ve açık bir sınır olarak öngörülmesinden kaynaklanmaktadır¹⁰⁶⁶.

C. Garanti Süresinin Zamanaşımı Süresinden Kısa Olması Durumu

Uygulamada daha az rastlanan bir durum da tarafların anlaşarak kanuni zamanaşımı süresinden daha kısa bir garanti süresi belirlemeleri durumudur. TBK m. 231 hükmü, kanuni istisnalar dışında (TBK m. 221 ve m. 225) düzenleyici hukuk kuralı olduğu için, tarafların sözleşme özgürlüğü çerçevesinde zamanaşımını kısaltmaları mümkündür¹⁰⁶⁷. Ancak, belirtmek gerekir ki, tarafların tek başına kanuni

¹⁰⁶⁴ Philippin, **Clauses particulières**, s. 141; Gauch, **Entreprise**, N 2496; Koller, **Werkvertrag**, N 854.

¹⁰⁶⁵ Gauch, **Entreprise**, N 2496.

¹⁰⁶⁶ Nitekim, bu durumda kesin ayıp bildirim süresi açısından varılan çözümden aksi bir sonuca ulaşılmış olunmaktadır. Zira, zamanaşımı süresinin, aynı zamanda “*kesin ayıp bildirim süresi (délai d’avis absolu - absolute Rügefrist)*” olma özelliği gösterdiği kabul edilmekle birlikte, zamanaşımının kesilmesi veya durması gibi, zamanaşımını uzatan sebeplerin, kesin bildirim süresinin de uzamasını sağladığı ifade edilmektedir. Bu sebeple, hak düşürücü süre olacak nitelendirilen, *kesin* ayıp bildirim süresinin, kesilmesi veya durması mümkün görülmektedir. Bkz. Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 724; Bühler, **ZürcherKomm**, OR Art. 371 N 25; Koller, **Nachbesserung**, N 86, 208; Honsell, **BaslerKomm**, OR Art. 210 N 6; Tschütscher, **Verjährung**, N 376, 377; Şenocak, **Ayıp**, s. 229, 230. Ayrıca bkz. yukarıda B.2/II/C/1.

¹⁰⁶⁷ Oser, Schönenberger, **ZürcherKomm**, OR Art. 210 N 6; Stanislas, **Résolution**, s. 164; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 210 N 7; Giger, **BernerKomm**, OR Art. 210 N 56;

zamanaşımı süresinden daha kısa bir garanti süresi kararlaştırmış olmaları, onların münhasıran zamanaşımı süresini de aynı ölçüde kısaltmak istedikleri anlamına gelmemektedir¹⁰⁶⁸. Zira, ayıptan sorumluluğu sınırlandıran veya kaldıran anlaşmaların, alıcı lehine, dar yorumlanması gerektiği kabul edilmektedir¹⁰⁶⁹. O halde, altı ay veya bir yıl gibi kanuni zamanaşımı süresinden kısa bir garanti süresi kararlaştırılmış olması durumunda, aksi sözleşmeden anlaşılmadıkça, tarafların zamanaşımı süresini değiştirmek istemedikleri kabul edilerek, alıcıya ayıptan doğan haklarını kanuni zamanaşımı süresinin sonuna kadar kullanabilme imkânı tanınmalıdır¹⁰⁷⁰. Zira, genellikle alıcıya ek imkânlar tanımak üzere getirilen garanti süresinin, ayıptan doğan hakların kullanılabileceği zamanaşımı süresini kısaltması sonucunu doğurması, bizi kurumun mantığına ters bir sonuca götürecektir.

Altı ay veya bir yıl gibi, kanuni zamanaşımı süresinden kısa garanti süresinin, zamanaşımı açısından bir farklılık yaratmadığı kabul edilirse; o halde, bu yönde kararlaştırılan bir garanti süresinin taraflar arasındaki ilişkiye nasıl bir hukuki etkisinin olacağı merak konusudur. Bu durumda öğretilde genel olarak, kanuni zamanaşımı süresinden kısa olan garanti süresinin, “*ayıp bildirim süresi (délai d’avis - Rügefrist)*” şeklinde sonuç doğuracağı kabul edilmektedir¹⁰⁷¹. Garanti süresi ayıp bildirim süresi olarak kabul edilince alıcı, yalnızca kısa garanti süresi boyunca ortaya çıkan ayıpları, TBK m. 223 hükmünde belirtilen sınırlamalara tabi olmaksızın, o sürenin sonuna kadar satıcıya bildirerek ayıptan sorumluluk hükümlerine başvurabilecek ve o sürenin bitiminden, zamanaşımı süresinin sonuna kadar ortaya

Witschi, **Garantiefristen**, s. 59; Furrer, **Gewährleistung**, s. 91; Niklaus, **Prescription**, N 798; Yavuz, **Ayıp**, s. 162. Karşı görüşte bkz. Feyzioğlu, **Borçlar Özel**, s. 302; Heim, **Réparation**, s. 25.

¹⁰⁶⁸ Heim, **Réparation**, s. 25; Stanislas, **Résolution**, s. 163; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 210 N 9; Giger, **BernerKomm**, OR Art. 210 N 56; Honsell, **BaslerKomm**, OR Art. 210 N 4; Witschi, **Garantiefristen**, s. 64; Furrer, **Gewährleistung**, s. 91; Engel, **Contrats**, s. 48; Philippin, **Clauses particulières**, s. 144; Weber-Cafilisch, **Faux et défauts**, s. 91; Tandoğan, **Borçlar Özel**, Cilt I/1, s. 202; Akünel, **Onarım**, s. 556; Yavuz, **Ayıp**, s. 162, 163; Şahiniz, **Ayıp**, s. 128. Zamanaşımının kısaltılması olarak nitelendirileceği görüşünde bkz. Müller-Chen, Girsberger, Droese, **OR BT**, s. 78; Müller-Chen, **CHK**, OR Art. 210 N 11; Kapancı, **Ayıp**, s. 136.

¹⁰⁶⁹ *Örneğin* bkz. Weber-Cafilisch, **Faux et défauts**, s. 72; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO Intro. art. 197-210 N 38; Kapancı, **Ayıp**, s. 130; **İsvFM**, ATF 126 III 59; ATF 118 II 142 = JdT 1993 I 300; ATF 109 II 24 = JdT 1983 I 258; **İsvFM**, 8.2.2006, 4C.33/2004; 8.2.2006, 4C.357/2005.

¹⁰⁷⁰ Stanislas, **Résolution**, s. 164; Heim, **Réparation**, s. 25; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 210 N 9; Giger, **BernerKomm**, OR Art. 210 N 56; Witschi, **Garantiefristen**, s. 62; Furrer, **Gewährleistung**, s. 91; Şahiniz, **Ayıp**, s. 128.

¹⁰⁷¹ Gauch, **Entreprise**, N 2518; Heim, **Réparation**, s. 24, 25; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 210 N 9; Müller-Chen, **CHK**, OR Art. 210 N 11; Honsell, **BaslerKomm**, OR Art. 210 N 4; Honsell, **OR BT**, s. 111, 112; Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 831; Furrer, **Gewährleistung**, s. 92; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 95, 96; Philippin, **Clauses particulières**, s. 144; Seliçi, **İnşaat**, s. 211, 212; **İsvFM**, ATF 78 II 367 = JdT 1953 I 273; **KanM** (Argovie), 28.5.1958, RSJ 1959, s. 91.

çıkan ayıplardan artık satıcı sorumlu olmayacaktır¹⁰⁷². Garanti süresi boyunca bildirilmiş ayıplar için alıcı, seçimlik haklarını zamanaşımı süresi sona erene değin kullanabilecek ve ayıptan doğan taleplerini dava yoluyla satıcıya yöneltebilecektir. İsviçre Federal Mahkemesi de bir kararında garanti süresinin zamanaşımı süresinden kısa olması durumunda, yalnızca garanti süresi boyunca ortaya çıkmış ve bu süre dâhilinde satıcıya bildirilmiş ayıplar için seçimlik hakların kullanılabilmesine hükmetmiştir¹⁰⁷³. Ayıp bildirim süresi olarak kabul edilen söz konusu garanti süresinin ise zamanaşımı süresi açısından herhangi bir etkisi bulunmamaktadır¹⁰⁷⁴.

Belirtmek gerekir ki, bazı hallerde kısa garanti süresi, bu süre içinde ortaya çıkacak ayıplar için, satıcının herhangi bir bedel talep etmeksizin satılanı tamir etmeyi üstlendiği şeklinde de yorumlanabilmektedir¹⁰⁷⁵. Bu durumda garanti süresinden sonra artık alıcının satıcıya karşı satılanın onarılmasını isteme hakkını ileri süremeyeceği ifade edilmektedir. Kanımızca, sözleşmeden yahut işin niteliğinden, onarım talebinin münhasıran garanti süresi içinde ileri sürüleceğine dair bir anlam çıkarılmadıkça, bu çözüm yolunun kabul edilmesi mümkün değildir.

Her ne kadar alıcı garanti süresi içinde TBK m. 223 hükmüne bağlı kalmaksızın ayıp bildiriminde bulunabilecekse de, bu sürenin sona ermesinden sonra ortaya çıkacak ayıplar açısından, satıcının ayıptan sorumluluğu ortadan kalkacağı için, söz konusu kısa garanti sürelerinin geçerliliğinin ayıptan sorumluluk rejiminin şartlarını değiştiren hükümlerin geçerlilik koşullarına tabi olması gerekmektedir¹⁰⁷⁶. Nitekim, bu sonuç, kısa garanti süresinin halin özel şartları uyarınca, zamanaşımı süresini kısalttığı şeklinde yorumlanması durumunda da geçerlidir. O halde, satıcının satılanı ayıplı olarak devretmekte ağır kusurlu olması durumunda alıcı, ayıp bildiriminde bulunmak zorunda olmadığı gibi (TBK m. 225), kısa zamanaşımı süresine de uyması gerekmediğinden (TBK m. 231 f. II ve m. 244 f. III), satıcının ağır kusurlu olduğu ayıplar bakımından garanti süresinin sona erdiği, artık kendisine karşı ileri sürülemeyecektir. Öte yandan, gözden geçirme ve bildirim külfetlerinin yerine getirilmesini önemli derecede güçleştiren hakkaniyete aykırı kısa garanti

¹⁰⁷² Heim, **Réparation**, s. 24, 25; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 210 N 9.

¹⁰⁷³ **İsvFM**, ATF 78 II 367 = JdT 1953 I 273 (servat.unibe.ch).

¹⁰⁷⁴ Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 210 N 9. Aynı yönde: Niklaus, **Prescription**, N 796.

¹⁰⁷⁵ Yavuz, **Ayıp**, s. 163; Şahiniz, **Ayıp**, s. 128.

¹⁰⁷⁶ Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO Intro. art. 197-210 N 35; Niklaus, **Prescription**, N 801; Kapancı, **Ayıp**, s. 130; Gautschi, **BernerKomm**, OR Art. 371 N 5d, 28a.

sürelerinin geçersiz olacağı kabul edilmektedir¹⁰⁷⁷. Bu durumda alıcının hukuki imkânlarını sınırlandıran düzenlemelerin, tereddüt halinde güven prensibi ışığında¹⁰⁷⁸, dar ve satıcı aleyhine yorumlanması gerektiği belirtilmektedir¹⁰⁷⁹.

D. Garanti Süresiyle Zamanaşımı Süresinin Aynı Olması Durumu

Tarafların kararlaştırdıkları garanti süresiyle zamanaşımı süresinin aynı olması durumunda, tarafların bir önceki önermede olduğu gibi kural olarak zamanaşımı süresini değiştirmek istemedikleri kabul edilmektedir¹⁰⁸⁰. Garanti süresinin zamanaşımı süresiyle aynı olması durumunda, farklı bir yoruma başvuran tarafın, halin özel şartlarından kendi çıkarımını haklı gösterir vakıaları ortaya koyması gerekmektedir¹⁰⁸¹. O halde, iki yıllık bir garanti süresi öngörülmüş olması durumunda, örneğin zamanaşımı süresinin garanti süresinin bitiminden itibaren başlayacağını iddia eden taraf, bu hususun taraf iradelerine ve halin özel şartlarına uygun olduğunu ispat etmelidir¹⁰⁸². Belirtmemiz gerekir ki, zamanaşımının garanti süresinden sonra başlaması, zamanaşımının kanunen öngörülen başlangıç anından itibaren uzatılabileceği maksimum süre gözetilerek mümkün sayılmaktadır¹⁰⁸³.

Kanımızca, öğretide garanti süresiyle zamanaşımı süresinin aynı uzunlukta olması durumunda yapılan yorum tek başına tatmin edici değildir. Zira, bu durumda taraflar arasında yapılan mevcut düzenlemenin, herhangi bir hukuki etkisinin bulunmadığından söz etmek, yerinde bir çözüm sayılmaz. Bu nedenle, garanti

¹⁰⁷⁷ Niklaus, **Prescription**, N 802, 803; **İsvFM**, ATF 108 II 97. *Furrer*'e göre durumda kanuni rejimi uygulamak yerine, kanuni rejimden ayrılan taraf iradelerinin dürüstlük kuralı ve halin şartları gözetilerek yorumlanması ve şayet durumdan anlaşılabiliriyorsa yorum yoluyla garanti süresinin gözden geçirme ve bildirim külfetlerinin kullanımını mümkün kılacak kadar uzatılması menfaat dengelerine daha uygun olacaktır. Bkz. *Furrer*, **Gewährleistung**, s. 88; Yavuz, **Ayıp**, s. 260.

¹⁰⁷⁸ *Örneğin* bkz. **İsvFM**, ATF 126 III 59 = JdT 2001 I 144.

¹⁰⁷⁹ Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO Intro. art. 197-210 N 38; Kapancı, **Ayıp**, s. 130; **İsvFM**, ATF 126 III 59; ATF 118 II 142 = JdT 1993 I 300; ATF 109 II 24 = JdT 1983 I 258; ATF 91 II 344 = JdT 1966 I 530; **İsvFM**, 8.2.2006, 4C.33/2004; 8.2.2006, 4C.357/2005 (8.2.2006 tarihli kararlar ve kısa değerlendirmesi için bkz. Markus Vischer, "Schaden und Minderwert im Gewährleistungsrecht beim Unternehmenskauf", **SJZ 106/2010**, s. 129-141 (Gewährleistung), s. 136. Garanti kaydı içeren sözleşme hükümlerinin yorumu hakkında bkz. Akünel, **İsvFM Kararı**, s. 247.

¹⁰⁸⁰ Niklaus, **Prescription**, N 796; Stanislas, **Résolution**, s. 164; Heim, **Réparation**, s. 25; Yavuz, **Ayıp**, s. 163; Şahiniz, **Ayıp**, s. 128; Kapancı, **Ayıp**, s. 136.

¹⁰⁸¹ Stanislas, **Résolution**, s. 164; Heim, **Réparation**, s. 25; Gauch, **Entreprise**, N 2491, 2494; Niklaus, **Prescription**, N 768; Kapancı, **Ayıp**, s. 134.

¹⁰⁸² Belirtmek isteriz ki, bu durumda kural olarak garanti süresinin zamanaşımının başlangıcını ertelediği söylenememektedir. Bkz. Müller-Chen, **CHK**, OR Art. 210 N 11; Pedrazzini, **Entreprise**, s. 36; **İsvFM**, ATF 78 II 367; **KanM (Basel)**, 21.4.1971, BJM 1971, s. 281. Karşı görüşte bkz. Seliçi, **İnşaat**, s. 212.

¹⁰⁸³ Gauch, **Entreprise**, N 2490; Niklaus, **Prescription**, N 675, 676.

süresinin zamanaşımı süresinden gerek uzun gerek kısa olması durumunda, garanti süresinin ayıp bildirim süresi olarak yorumlanması yönündeki görüşümüzün buraya da tatbik edilmesi gerektiği kanısındayız¹⁰⁸⁴. Taraf iradelerinden aksi anlaşılmadıkça garanti süresi, ayıp bildirim süresi olarak yorumlanmalı; alıcı garanti süresi boyunca TBK m. 223 hükmünün getirdiği sınırlamalara tabi olmaksızın ayıp bildiriminde bulunabilmeli ve yine aynı sürede ayıptan doğan haklarını kullanabilmelidir. Aksi halde, bu şekilde bir garanti taahhüdünün herhangi bir hukuki etkisinden bahsetmek mümkün olmayacaktır. Öte yandan, sözleşmeden veya durumun şartlarından, tarafların yalnızca mevcut hukuki durumu açıklamak ve yedek hukuk kurallarını tekrar etmek amacıyla, satılanın belirli niteliklerini garanti etmiş oldukları anlaşılıyorsa, bu durumda garanti süresinin sözleşme ilişkisine bir yenilik katmadığı kabul edilebilecektir. Bu durumda, ilk olarak, somut olayın özellikleri nazara alınarak, tarafların gerçek ve ortak iradeleri araştırılmalı, sözleşme öncesi görüşmelere ve tarafların garanti süresini belirlerken kullandıkları kelimelere özellikle dikkat edilmelidir. Taraftarın gerçek ve ortak iradeleri tespit edilemiyorsa, güven teorisi uyarınca ve dürüstlük kuralı nazara alınarak, muhatabın irade beyanına vermesi gereken anlam araştırılmalıdır. Yine bir neticeye varılamıyorsa, garanti süresi, ayıp bildirim süresi olarak yorumlanmalıdır.

Belirtmemiz gerekir ki, uygulamada borcun ifa yeri, ifa zamanı gibi düzenleyici ve yedek hukuk kurallarının sözleşmelerde sıkça tekrar edildiğine rastlanmaktadır. Bu tarz tekrarların taraflar arasındaki hukuki ilişkiye yenilik kattığı söylenemez. Konumuz açısından, satıcının satılanın (*bildirilen veya varsayılan*) nitelik eksikliklerinden sorumlu olduğunu düzenleyen ayıptan sorumluluk hükümlerine sözleşmede aynen yer verilmesi de, hukuki durumu açıklamaktan başka bir sonuç doğurmaz. Öte yandan, “*iki yıl süreyle satılanın şu özelliklerini garanti ediyorum*” şeklindeki bir beyanın, düzenleyici ve yedek hukuk kurallarının, yani ayıptan sorumluluk hükümlerinin salt bir tekrarı olduğunu söylemek güçtür. Bu sebeple, bu yönde bir sözleşme hükmünün, aksi taraf iradelerinden açıkça anlaşılmadıkça *ayıp bildirim süresi* şeklinde yorumlanması gerektiği kanaatindeyiz. Bu durumda, garanti süresinin, ayıptan sorumlulukta zamanaşımı sürelerinin tekrarı anlamına geldiğini ve ayıp bildirim süresi olarak yorumlanamayacağını iddia eden satıcının, iddiasını ispat etmesi gerekir.

¹⁰⁸⁴ Benzer yönde: Philippin, **Clauses particulières**, s. 159; Seliçi, **İnşaat**, s. 212. Aksi görüşte bkz. Niklaus, **Prescription**, N 796; Giger, **BernerKomm**, OR Art. 210 N 55.

E. Değerlendirme

Tarafların kendilerine tanınan irade serbestisi yoluyla kararlaştırdıkları garanti sürelerinin hukuki etkisi, ilk olarak klasik yorum metotları çerçevesinde tarafların gerçek ve ortak iradelerinin araştırılması neticesinde tespit edilecektir. Zira, sözleşmede öngörülen garanti süresinin; zamanaşımı, ayıp bildirim süresi veya zamanaşımının başlama anı açısından, taraflarca kanuni düzenlemelerden farklı bir çözüm yolu benimsendiği şeklinde anlaşılması mümkündür. Yorum yapılırken taraflar arasındaki hukuki ilişkinin niteliği, halin özel şartları, güven prensibi uyarınca satıcının garanti taahhüdünde bulunmakla hedeflediği amaç ve yine güven prensibi çerçevesinde garanti taahhüdünün alıcının davranışı üzerindeki etkisi nazara alınmalıdır. Örneğin, zamanaşımı süresinden kısa bir garanti süresinin kararlaştırılmış olması durumunda, ayıptan sorumluluk doğrudan sınırlandırılmak istenmiyorsa, bu durumda mevcut düzenleme ayıp bildirim süresi olarak yorumlanmalıdır. Ayıptan sorumluluğun sınırlandırılmak istendiği, örneğin satıcının bir yıllık garanti süresinden sonra satılanın ayıplarından sorumlu olmadığını belirttiği bir ihtimalde, istisnaen garanti süresinin zamanaşımı süresini kısalttığı da söylenebilecektir. Diğer taraftan, satıcının alıcıya *“satılanın ayıpsız olduğunu, kanunda belirtilen iki yıllık süre boyunca garanti ettiğini”* belirtmesi ihtimalinde, kanuni rejime yapılan atıf gereği, garanti süresi ile ayıptan sorumluluk için öngörülen kanuni düzenlemelerin değiştirilmek istenmediği sonucuna varılabilecektir.

Güven prensibi ve yorum metotları yoluyla garanti süresinin niteliğinin tespit edilememesi ihtimalinde garanti süresi ister kanuni zamanaşımından uzun, ister kısa olsun, öncelikle ayıp bildirim süresi olarak nitelendirilmelidir. Zira, bir garanti taahhüdünde bulunulduğu zaman, alıcı nezdinde, garanti süresi dâhilinde ortaya çıkacak olan her türlü ayıp için satıcıya başvurulabileceği ve bu süre içinde ayıptan doğan hakların kullanımı için ayıp bildirim süresi gibi başka bir süreye riayet edilmesinin gerekmediği yönünde haklı bir beklenti meydana gelmektedir. Öte yandan, alıcıya oldukça ağır bir yükümlülük yükleyen gözden geçirme ve bildirim külfetleri, garanti süresi içinde uygulanacak olursa, garanti taahhüdünün alıcıya sağladığı elverişlilik ortadan kalkacaktır. Vardığımız bu çıkarım, sözleşmede aksini haklı kılacak başkaca unsurlar olmadıkça, garanti süresinin zamanaşımından kısa

veya uzun olarak kararlaştırıldığı, yahut zamanaşımı süresiyle aynı olduğu bütün ihtimaller açısından geçerlidir.

O halde, alıcı garanti süresi içinde meydana gelen ayıpları, TBK m. 223 hükmünde öngörülen zamansal sınırlamalara tabi olmaksızın satıcıya karşı ileri sürebilmelidir¹⁰⁸⁵. Öte yandan, garanti süresinin zamanaşımından uzun olması ihtimalinde, alıcı bu süre zarfında ileri sürebildiği ayıplar dolayısıyla, kanunun kendisine tanıdığı seçimlik hakları (TBK m. 227) garanti süresi içinde kullanabilmeli ve yine aynı süre içinde, ayıptan doğan alacak haklarını satıcıdan talep edebilmelidir. Zira, garanti süresinin zamanaşımından uzun olması durumunda zamanaşımının da bir o kadar uzaması işin doğası gereğidir. O halde, garanti süresinin zamanaşımı süresinden uzun olması durumunda, garanti süresinin ayıp bildirim süresi ve zamanaşımı süresi olmak üzere iki fonksiyonu bulunmaktadır¹⁰⁸⁶. Ancak, garanti süresinin zamanaşımından kısa olması durumunda aynı yorum şekline başvurmak mümkün değildir. Kısa garanti süresinin zamanaşımı süresini de kısalttığı çıkarımında bulunabilmek için, tarafların açık irade beyanlarına yahut bu yorumu destekleyen başkaca emarelere ihtiyaç duyulmaktadır. Zira, uygulamada garanti taahhütlerine çoğu zaman, alıcının kanunen sahip olduğu hukuki imkânlarla nazaran daha avantajlı bir konuma getirilmesi için başvurulmaktadır.

V. Özel Durumlar

A. Genel Olarak

Kanuni zamanaşımı sürelerinin değiştirilmesi, zamanaşımının işleyeceği zaman diliminin uzatılıp kısaltılması şeklinde gerçekleştirilebileceği gibi, zamanaşımının satılanın teslimi veya mülkiyetin nakli anından değil de, farklı bir andan başlayacağının düzenlenmesi veya kanunda öngörülenden farklı durma ve

¹⁰⁸⁵ Nitekim, Yargıtay da garanti süresi kararlaştırılmışsa ayıp ihbarında bulunma zorunluluğunun olmadığını ifade etmekte, hatta bu durumda doğrudan ayıptan doğan def'i haklarına başvurulabileceğini belirtmektedir. Bkz. **Yargıtay** 15 HD, T. 17.1.2016, E. 2015/5176, K. 2016/4721 (kazancı); **Yargıtay** 15. HD, T. 10.6.2019, E. 2019/1628, K. 2019/2660 (kazancı): “...garanti hükmü bulunması halinde işi yapan taşeron ya da yüklenici garanti vermekle iş sahibinin açık ayıplarda muayene ve süresinde ihbar yükümlülüğünü, gizli ayıplar yönünde de derhal **ihbar yükümlülüğünü kaldırmayı** ve garanti süresi içinde ortaya çıkan bu ayıpları bedelsiz olarak gidermeyi üstlenmiş demektir. Garanti süresi içinde ortaya çıkan açık ve gizli ayıplarla ilgili iş sahibi ayıp ihbarında bulunmak zorunda kalmaksızın zamanaşımı süresi içinde ayıbın giderilmesi ve zararlarını isteyebileceği gibi, iş bedeline karşı ayıp defini de ileri sürebilir...”

¹⁰⁸⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Gauch, **Entreprise**, N 2496.

kesilme sebeplerinin kararlaştırılması şeklinde de gerçekleştirilebilir¹⁰⁸⁷. Zamanaşımı süresinin uzunluğu değiştirilmese dahi, zamanaşımının başlangıç anı konusunda tarafların kanuni rejimden sapan bir düzenlemeye başvurmaları, zamanaşımı süresinin değiştirilmesi sonucunu doğuracaktır. Aynı şekilde, farklı durma ve kesilme sebeplerinin kararlaştırılması da, kanuni rejimden sapılarak, zamanaşımı süresinin örtülü olarak değiştirilmesi anlamına gelmektedir. O halde, sözleşmesel zamanaşımından bahsedebilmek için, mutlaka zamanaşımının işleyeceği sürenin değiştirilmesi gerekmemektedir¹⁰⁸⁸.

B. Zamanaşımı Süresinin Başlangıç Anının Değiştirilmesi

Ayıptan sorumluluk rejiminde tarafların sahip oldukları sözleşme özgürlüğü, aynı zamanda, zamanaşımı süresinin başlangıç anını belirleyebilme özgürlüğünü de kapsar¹⁰⁸⁹. Tarafların sözleşme ile zamanaşımı süresinin başlangıcını düzenlemiş olmaları, muhakkak zamanaşımı süresini değiştirdikleri anlamına gelmemektedir¹⁰⁹⁰. Şüphesiz bu durumda zamanaşımının başlangıç anını, kanuni rejimden farklı şekilde düzenleyen sözleşme hükmü, güven prensibi çerçevesinde yorumlanmalıdır.

Zamanaşımı süresinin başlangıç anının sözleşmeyle değiştirilerek, kanuni düzenlemeden önce veya sonraya alınmış olması, kanunda öngörülen zamanaşımı süreleri korunmuş olsa dahi, zamanaşımı süresinin değiştirilmiş olduğunu gösterir. Bu durumda, yukarıda ifade edilen zamanaşımı süresinin kısaltılması ve uzatılmasına dair açıklamalar ve öğretideki farklı görüşler geçerliliğini korumakla beraber¹⁰⁹¹, zamanaşımının başlangıç anının değiştirilmesi, bazı açılardan özellik arz eder.

İlk olarak, zamanaşımı süresinin başlangıç anının taşınırlarda *teslimden*, taşınmazlarda ise *tescilden* daha önceki bir ana çekilmesi mümkündür. Örneğin, taraflar zamanaşımı süresinin, satılanın fabrikadan çıktığı veya alıcının teslim alması için hazır bulundurulduğu andan itibaren başlayacağını öngörebilirler¹⁰⁹². Ancak, bu yöndeki bir düzenlemenin geçerli olabilmesi için, söz konusu düzenlemenin, alıcının ayıptan doğan haklarının kullanımını hakkaniyete aykırı bir şekilde sınırlanmamış

¹⁰⁸⁷ Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 746; Niklaus, **Prescription**, N 139-141.

¹⁰⁸⁸ Furrer, **Gewährleistung**, s. 88; Niklaus, **Prescription**, N 139 vd.

¹⁰⁸⁹ Gauch, **Entreprise**, N 2486; Giger, **BernerKomm**, OR Art. 210 N 37; Koller, **Nachbesserung**, N 456; Niklaus, **Prescription**, N 675; Tschütscher, **Verjährung**, N 231; Tschütscher, **Aktuelle Probleme**, s. 253, 254; Benedick, Vischer, **Verjährungsregeln**, N 31; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 375; **İsvFM**, ATF 118 II 142 = JdT 1993 I 300.

¹⁰⁹⁰ Gauch, **Entreprise**, N 2487, 2488; Niklaus, **Prescription**, N 676.

¹⁰⁹¹ Bkz. yukarıda B.2/VI/B ve B.2/VI/C.

¹⁰⁹² Gauch, **Entreprise**, N 2486.

olması gerekmektedir¹⁰⁹³. Bu hususun tespitinde alıcının gözden geçirme ve bildirim külfetlerini fiilen yerine getirebileceği ve ayıptan doğan haklarını kullanabileceği süre esas alınmalıdır. Dolayısıyla önemli olan, başlangıç anından itibaren işleyecek olan zamanaşımı süresinin uzunluğu değil, alıcının satılan üzerinde fiili hâkimiyetini kullanarak, ayıptan sorumluluk rejimine işlerlik kazandıracağı zaman dilimidir. Eğer tespit edilen bu *efektif süre* alıcının haklarını kullanmasını hakkaniyete aykırı şekilde engelliyor veya tamamen ortadan kaldırıyorsa, zamanaşımı süresinin başlangıcı açısından, kanuni zamanaşımı süresinin başlangıç noktasını oluşturan taşınırlarda teslim veya taşınmazlarda tescil anı tekrar esas alınmalıdır¹⁰⁹⁴.

Şayet sözleşmeyle birlikte, aynı zamanda zamanaşımı süresi de kısaltılmışsa, hâkim ikinci bir inceleme daha yapmalı; zamanaşımı süresini, kanunda öngörülen başlangıç anını temel alarak, tekrar hesaplamalı ve sözleşmeyle kararlaştırılan kısa zamanaşımı süresini mevcut olaya tatbik etmelidir. Böylece, hâkim ikinci kez geçerlilik denetimine başvurmuş olmaktadır. Başlangıç anının alıcının haklarını kullanmasına engel olduğu gerekçesiyle, sözleşmesel zamanaşımı süresinin de bertaraf edilerek, zamanaşımı süresinin uzunluğu açısından doğrudan kanuni rejimin esas alınması, taraf iradelerine aykırı bir sonuç doğuracaktır.

İkinci olarak, zamanaşımının başlangıç anının kanunda öngörülenden sonraki bir noktaya alınması da mümkündür. Bu durumda zamanaşımı süresinin sona erdiği an, taşınırlarda satılanın tesliminden itibaren hesaplanacak olan on yıllık üst sınırı (TBK m. 146) aşmamalıdır¹⁰⁹⁵. Yukarıda ifade ettiğimiz üzere bu sınır taşınmazlarda mülkiyetin alıcıya geçişinden itibaren, TBK m. 241 f. III hükmünün kıyasen uygulanması sonucu, yirmi yıl olarak kabul edilmelidir¹⁰⁹⁶. Alman Hukuku'nda bu husus açık bir düzenlemeye kavuşturularak, sözleşmesel zamanaşımı süresinin *kanunda öngörülen başlangıç anından itibaren* genel zamanaşımı süresini aşamayacağı BGB § 202 hükmünde ifade edilmiştir. Tarafların aksi yönde düzenleme yapmış olmaları ihtimalinde zamanaşımı süresini düzenleyen sözleşme hükmü, kısmi hükümsüzlük yaptırımı tabi tutularak, aşkın süre nazara alınmaksızın, yalnızca üst sınıra kadar hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır¹⁰⁹⁷. O halde,

¹⁰⁹³ Niklaus, **Prescription**, N 676.

¹⁰⁹⁴ Niklaus, **Prescription**, N 676; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 375, 376.

¹⁰⁹⁵ Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 746; Niklaus, **Prescription**, N 676; Gauch, **Entreprise**, N 2490; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 375, 376.

¹⁰⁹⁶ Bkz. yukarıda B.3/II/C.

¹⁰⁹⁷ Gauch, **Entreprise**, N 2490; Niklaus, **Prescription**, N 676, 677; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 375, 376.

zamanaşımının başlangıç anının ileriki bir zamana ötelendiği durumlarda, zamanaşımı süresinin on yıl olarak kararlaştırılması mümkün değildir. Öte taraftan, taraflar üst sınır içinde kalmak kaydıyla, zamanaşımı süresinin ayıbın ihbar edildiği andan, ayıbın ortaya çıktığı andan yahut satılanın bir uzman tarafından muayene edildiği andan itibaren başlayacağını öngörebilirler¹⁰⁹⁸. Bu gibi durumlarda zamanaşımı süresinin sona erdiği tarih net bir şekilde bilinemiyorsa da, taşınır satışında, TBK m. 146 uyarınca belirlenen on yıllık sınır, adeta bir *üst (azami) zamanaşımı süresi* işlevi görecektir. Bu durumu, TBK m. 241 f. III hükmüne kıyasen, taşınmaz satışında söz konusu olan yirmi yıllık üst sınır takip edecektir.

C. Zamanaşımının Durma ve Kesilme Sebeplerinin Değiştirilmesi

1. Genel Olarak

TBK m. 148 hükmünde, kanunun üçüncü bölümünün ikinci ayırımında düzenlenen zamanaşımı sürelerinin sözleşmeyle değiştirilemeyeceği, daha önce de ifade edilmişti. Öğretide genel olarak, tarafların zamanaşımı süresinin uzaması sonucunu, başkaca durma ve kesilme sebepleri öngörerek, doğrudan olmasa da dolaylı olarak sağlayabileceği düşünüldüğünde, kanunun öngörmediği bir durma veya kesilme sebebi kararlaştırılmasının da aynı şekilde geçersiz olduğu kabul edilmektedir¹⁰⁹⁹. Bu görüşe göre, kanunda öngörülen durma ve kesilme sebepleri, kanunda öngörülen açık istisnalar haricinde, *sınırı sayıda (numerus clausus)* düzenlenmiştir.

Buna karşılık, İsviçre öğretinde son dönemde taraftar bulan bir görüşe göre, CO art. 134-137 (TBK m. 153-156) hükümlerinin *düzenleyici* hukuk kuralı olduğu ve tarafların değişiklik yasağı kapsamındaki süreler açısından dahi, sözleşme ile durma ve kesilme sebepleri öngörebileceği ifade edilmektedir¹¹⁰⁰. Zira, zamanaşımının

¹⁰⁹⁸ Pedrazzini, **Dissimulation**, N 1048; Gauch, **Entreprise**, N 2486. Ayrıca bkz. Benedick, Vischer, **Verjährungsregeln**, N 32.

¹⁰⁹⁹ Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 129 N 5; Berti, **ZürcherKomm**, OR Art. 135 N 181; Engel, **Obligations**, s. 809, 810; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Borçlar Genel**, s. 1072; Niklaus, **Prescription**, N 683; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 236, 237, 375; **İsvFM**, ATF 132 V 404; ATF 132 III 226 = SJ 2006 I 321; ATF 100 II 339 = JdT 1975 I 270; ATF 90 II 428 = JdT 1965 I 243; ATF 65 II 233; **İsvFM**, 12.5.2004, 4C.296/2003; **Yargıtay** 11. HD, T. 30.11.1979, E. 1979/3501, K. 1979/5473 (kazancı); **Yargıtay** HGK, T. 3.11.1982, E. 1982/11-34, K. 1982/870 (kazancı).

¹¹⁰⁰ Guhl, Koller, **Obligationenrecht**, § 39 N 45; Koller, **Verjährungsrecht**, s. 194; Alfred Koller, “Verjährt oder nicht verjährt? Drei höchstrichterliche Antworten”, **AJP** 2000, s. 243-248 (AJP 2000), s. 248; Koller, **Unterbrechung**, s. 202, 203; Koller, **Nachbesserung**, N 456; Krauskopf, **Unterbrechung**, s. 132; Frédéric Krauskopf, Alexander Müller, “Die Verjährung von Regressrechten im Haftpflicht- und Privatversicherungsrecht”, **HAVE** 2006, s. 321-329 (HAVE

uzatılamaması yönündeki düşünce, temel olarak borçlunun ispat vasıtalarını daha rahat koruyabilmesi mantığına dayanmaktadır¹¹⁰¹. Oysa, zamanaşımı sözleşmesel sebeplerle kesilse dahi, borçlu kesilme sebebinden haberdar olacağı için, gerekli önlemleri alabilecektir. Öte yandan, ikinci ayırimda düzenlenen zamanaşımı sürelerinin değiştirilemeyeceğini öngören TBK m. 148 (CO art. 129) hükmü, bu görüşe göre, zamanaşımı süresinin belirli bir olaya ilişkin olarak önceden değiştirilmesini yasaklamakta, dolayısıyla yeni bir durma veya kesilme sebebi öngörülmesi, bu kapsamda zamanaşımı süresinin değiştirilmesi manasına gelmemektedir¹¹⁰². Bu görüşe esas teşkil eden İsviçre Federal Mahkemesi'nin 1998 tarihli bir kararında¹¹⁰³ tarafların sözleşmeyle zamanaşımını kesen başkaca sebepler kararlaştırılabileceği ifade edilmiş ve mevcut olayda sigortacıya gönderilen faturaların zamanaşımını keseceği belirtilmiştir. Öğretide bir görüş¹¹⁰⁴, bu kararı tarafların her türlü zamanaşımı süresi için zamanaşımını kesen düzenlemeler yapabileceği şeklinde yorumlamaktaysa da; baskın görüş¹¹⁰⁵, söz konusu kararın yalnızca kanunun ikinci ayırımı dışında yer alan süreler bakımından sonuç doğurması gerektiğini ifade etmektedir. Nitekim, Federal Mahkeme sonraki kararlarında da bu görüşü tekrar dillendirmeyerek, zamanaşımının kesilme sebeplerinin kanunda *sınırlayıcı (tahdidi)* olarak öngörüldüğünü ifade etmiştir¹¹⁰⁶. Gerçekten de, kanunun ikinci ayırımında belirtilen sürelerin değiştirilemeyeceği, açıkça TBK m. 148'de öngörüldüğü için, bu süreler açısından başkaca durma ve kesilme sebepleri kararlaştırılması, kanunun öngördüğü yasağı dolanma (*fraus legis*)¹¹⁰⁷ sonucunu doğuracağından, bu tür anlaşmaların kesin hükümsüz olduğu kabul edilmelidir.

Öte yandan, gerek öğretide gerek uygulamada, zamanaşımının işlemeye başlamasından sonra tarafların *tecil (erteleme) anlaşması* akdederek zamanaşımı

2006), s. 321 vd.; Kessler, **Verjährungsverzicht**, s. 126, 127. Bu konuda güncel bir değerlendirme için bkz. Koller, **Unterbrechung**, s. 201-203.

¹¹⁰¹ Koller, **Unterbrechung**, s. 202. Aynı yönde: Niklaus, **Prescription**, N 709.

¹¹⁰² Krauskopf, **Unterbrechung**, s. 132.

¹¹⁰³ **İsvFM**, 14.5.1998, 4C.9/1998 = ZBJV 134/1998, s. 583. Kararın değerlendirmesi için bkz. Koller, **AJP 2000**, s. 243 vd.

¹¹⁰⁴ Guhl, Koller, **Obligationenrecht**, § 39 N 45; Koller, **AJP 2000**, s. 248; Koller, **Unterbrechung**, s. 202; Krauskopf, **Unterbrechung**, s. 132.

¹¹⁰⁵ Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 131 N 6; Berti, **ZürcherKomm**, OR Art. 135 N 4, 180; Däppen, **BaslerKomm**, OR Art. 135 N 1; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 236, dn. 236, s. 272; Leuenberger, **ZBJV**, s. 583. Aynı yönde: Niklaus, **Prescription**, N 696.

¹¹⁰⁶ **İsvFM**, ATF 132 III 226 = SJ 2006 I 321; **İsvFM**, 12.5.2004, 4C.296/2003: "... Cette liste des actes interruptifs du créancier est exhaustive"; ATF 132 V 404: "... Dès lors que l'énumération contenue à l'art. 135 ch. 2 CO est exhaustive, il n'y a pas de place en l'espèce pour une réglementation plus large en matière d'interruption de la prescription du fait du créancier..."

¹¹⁰⁷ "Kanuna karşı hile (*fraus legis* - fraude à la loi - Gesetzesumgehung)" kavramı için bkz. Tercier, Pichonnaz, **Obligations**, N 825.

süresini durdurabilecekleri kabul edilmektedir¹¹⁰⁸. Zira, bu durumda zamanaşımının başlangıç anı olan muacceliyet tarihi sonraki bir ana ötelenmektedir. Tarafların zamanaşımı süresi işlemeye başladıktan sonra, tecil anlaşması yoluyla muacceliyet tarihini sonraki bir ana erteleme, sözleşmesel bir durma sebebi teşkil eder¹¹⁰⁹. Ancak, tecil anlaşması, borç konusunun daha sonra belirleneceği yönünde bir ihtirazi kayıt içermediği müddetçe, aynı zamanda “*ikrar*” anlamına geleceğinden (TBK m. 154), bir kesilme sebebi olarak da nitelendirilmektedir¹¹¹⁰. Bu durumda tecil anlaşmasının hukuki neticeleri, zamanaşımı süresinin sözleşmeyle değiştirilmesi durumundan farklı olmayacaktır¹¹¹¹.

Yukarıda belirttiğimiz üzere İsviçre Federal Mahkemesi, 2006 yılında verdiği kararla¹¹¹² zamanaşımından önceden feragat edilmeyeceği yönündeki düzenlemeyi, sözleşmenin kurulmasından önce feragatin mümkün olmadığı şeklinde yorumlamış; gerek ikinci ayırımında gerek özel hükümlerde düzenlenmiş olsun, sözleşme kurulduktan sonra, zamanaşımı süresinin uzunluğuna bakılmaksızın on yıllık üst sınır dâhilinde zamanaşımından feragatin mümkün olduğunu belirtmiştir. Zamanaşımından feragatin aynı zamanda zamanaşımı süresinin uzaması sonucunu doğurduğunu nazara alan İsviçre öğretisi¹¹¹³, Federal Mahkeme’nin son içtihadının, sözleşmenin kurulmasından sonra zamanaşımının uzatılmasının yolunu açtığını savunmaktadır. Bu açıdan, her ne kadar kanunun sistematığı nazara alınarak, yeni durma ve kesilme sebepleri öngörülmesi, ikinci ayırımında öngörülen süreler bakımından mümkün görünmese de, mevcut içtihat değişikliği açısından tarafların

¹¹⁰⁸ Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 134 N 17; Bucher, **OR AT**, s. 483; Guhl, Koller, **Obligationenrecht**, § 39 N 31; Spiro, **Begrenzung I**, s. 39, 150; Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Cilt I, N 1007; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 237; Niklaus, **Prescription**, N 684; Krauskopf, **Unterbrechung**, s. 132; **İsvFM**; ATF 89 II 26 = JdT 1963 I 626; ATF 69 II 298 = JdT 1944 I 139; ATF 65 II 232. Aynı yönde bkz. **İsvFM**, ATF 132 III 226 = SJ 2006 I 321.

¹¹⁰⁹ Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 134 N 17; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 237. Tecil anlaşmasının TBK m. 148 hükmüne aykırı olmadığı yönünde bkz. Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **Borçlar Genel**, N 1597.

¹¹¹⁰ Niklaus, **Prescription**, N 179, 686; Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 134 N 9a; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 279.

¹¹¹¹ Krauskopf, **Unterbrechung**, s. 132. Ayrıca bkz. **İsvFM**, ATF 89 II 26 = JdT 1963 I 626: “... Dans la mesure où le sursis retarde ou supprime l'exigibilité, il retarde aussi le début de la prescription ou supprime les effets que la loi attache à son cours... (Tecil anlaşması muacceliyet anını ertelediği veya muacceliyeti ortadan kaldırdığı ölçüde, zamanaşımının başlangıcını erteler veya kanunun zamanaşımının işlemesine bağladığı sonuçları ortadan kaldırır)”

¹¹¹² **İsvFM**, ATF 132 III 226 = SJ 2006 I 321. Kararı onaylayan görüşleri için bkz. Koller, **Verjährungsrecht**, s. 194.

¹¹¹³ Däppen, **BaslerKomm**, OR Art. 129 N 2, 3; Gauch, Schluep, Schmid, Emmenegger, **OR AT**, N 3374; Pichonnaz, **Renonciation**, s. 120; Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 129 N 5; Koller, **Verjährungsrecht**, s. 194. Sözleşmenin kurulmasından sonra zamanaşımı sürelerinin uzatılabileceği görüşünde bkz. Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Cilt I, N 1909, dn. 175.

sözleşmeyle kanunda öngörülenlerden farkı durma ve kesilme sebepleri öngörebileceği ifade edilmektedir¹¹¹⁴. Zira, sözleşmesel durma ve kesilme sebepleri, sözleşmenin kurulması anında zamanaşımı süresini uzatmamakta, dolayısıyla zamanaşımı süresi “önceden” uzatılmış olmamaktadır¹¹¹⁵. Yapılan bu açıklamalar, sözleşme özgürlüğüne kapalı olan kanunun ikinci ayırımında düzenlenen süreler bakımından geçerli olduğu kadar, taraflara irade serbestisi tanıyan konumuz zamanaşımı süreleri açısından da evleviyetle geçerlidir.

2. Tarafların Yeni Durma ve Kesilme Sebepleri Kararlaştırması

Ayıptan sorumluluk rejiminde düzenlenen zamanaşımı süreleri bakımından kanunda öngörülenden farklı, ek bazı durma ve kesilme sebepleri öngörebileceği kabul edilmektedir¹¹¹⁶. Zira, yukarıda ifade edildiği üzere, ayıptan sorumlulukta düzenlenen söz konusu süreler, TBK m. 148 hükmünde öngörülen yasak kapsamına girmemektedir. Her ne kadar sözleşmesel durma ve kesilme sebepleri konusunda taraflar irade serbestisine sahip olsalar da, öngörülen sözleşmesel durma ve kesilme sebeplerinin, sözleşmesel zamanaşımı süresinin üst sınırı dâhilinde geçerli olacağı belirtilmektedir¹¹¹⁷. Zira, tarafların öngördüğü keyfi durma ve kesilme sebepleri, zamanaşımı süresinin uzatılabileceği üst sınırı arkadan dolanma sonucunu doğurabilmektedir.

Taraflar sözleşmeyle ayıptan doğan hakların tabi olduğu zamanaşımı süresi için çeşitli durma ve kesilme sebepleri öngörebilirler. Örneğin, sözleşmeyle ayıp ihbarının zamanaşımı süresini keseceğini düzenleyebilirler. Aynı şekilde, söz konusu ayıp bildiriminin zamanaşımını kesebilmesi için, bildirimin mutlaka belirli bir

¹¹¹⁴ Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 129 N 5.

¹¹¹⁵ Kararda zamanaşımından önceden feragat edilemeyeceği şeklindeki kuralla, kanunda öngörülenden farklı durma ve kesilme sebepleri öngörülemeyeceği belirtilerek iki kurum arasında benzerlik kurulmuştur (**İsvFM**, ATF 132 III 126). Bu açıdan, mahkemenin gerekçesinin açık olmadığı ifade edilmektedir. Bkz. Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 129 N 5.

¹¹¹⁶ Gauch, **Entreprise**, N 2497; Niklaus, **Prescription**, N 696; Koller, **Nachbesserung**, N 456; Spiro, **Begrenzung I**, s. 854, dn. 3; Pedrazzini, **Dissimulation**, N 1049, 1050. Aynı yönde bkz. Guhl, Koller, **Obligationenrecht**, § 39 N 45, 46; Koller, **Verjährungsrecht**, s. 194; Koller, **AJP 2000**, s. 248; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 236, 237; Tschütscher, **Verjährung**, N 231; Tschütscher, **Aktuelle Probleme**, s. 253, 254; Benedick, Vischer, **Verjährungsregeln**, N 38, 41. Kanunda öngörülmeyen farklı bir kesilme sebebi öngörülmesi durumunda bu sebebin, sadece alacaklının keyfine bırakılmamış objektif bir neden olması gerektiği görüşünde bkz. Erdem, **Zamanaşımı**, s. 273, dn. 917.

¹¹¹⁷ Gauch, **Entreprise**, N 2497; Niklaus, **Prescription**, N 696; Koller, **Nachbesserung**, N 456; Spiro, **Begrenzung I**, s. 854, dn. 3; Berti, **ZürcherKomm**, OR Art. 135 N 180, 181; Guhl, Koller, **Obligationenrecht**, § 39 N 45, 46; Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 746; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 236, 237.

şekilde veya özel bir yolla yapılması gerektiği de kararlaştırılabilir¹¹¹⁸. Belirtmek gerekir ki, bu yöndeki bir düzenlemenin kanunda öngörülen kesilme sebepleriyle aynı sonucu doğurması beklenemez¹¹¹⁹. Zira, ayıp ihbarı çoğu zaman sadece bir defa yapılabilmektedir. O halde, ilk olarak, bu yöndeki bir düzenleme, kanunda öngörülen sınırlar çerçevesinde, zamanaşımı süresinin ayıp ihbarına değin işleyen süre kadar uzatılması şeklinde bir hukuki etki doğuracaktır¹¹²⁰. İkinci olarak ise, sözleşmesel kesilme sebebi, yalnızca üst sınır olarak kabul edilen on yıllık genel zamanaşımı süresi dâhilinde geçerli sayılacaktır. Örneğin, yedi yıllık sözleşmesel zamanaşımı süresi için ayıp ihbarı bir kesilme sebebi olarak düzenlenmişse, altıncı yılda ortaya çıkan gizli ayıbın ihbar edilmesi, zamanaşımı süresini, daha önce işlemiş olan altı yıl için değil; yalnızca, *(on yıllık üst sınır nazara alınarak)* henüz işlememiş olan dört yıl için kesecektir. Zira, tarafların sözleşmeyle on yıllık üst süreden uzun bir zamanaşımı süresi kararlaştırmaları mümkün değildir. Oysa, kanuni kesilme sebepleri, sebebin ortaya çıktığı ana kadar ki işlemiş olan süreyi ortadan kaldırarak, yeniden zamanaşımı süresinin işlemeye başlaması sonucunu doğurmaktadır.

Öte yandan, kanuni sınırlar çerçevesinde kalınacak olursa, örneğin iki yıllık zamanaşımı süresinin birinci yılın sonunda ayıp ihbarı sebebiyle kesilmesi varsayımında, tekrar iki yıllık zamanaşımı süresi başlayacağından, sözleşmesel kesilme sebebi de kanuni kesilme sebepleriyle aynı hukuki etkiyi doğurmuş olacaktır¹¹²¹. Belirtmek gerekir ki, bu açıklamalar, aynı zamanda sözleşmeyle zamanaşımını durduran bir sebep kararlaştırılması durumunda da geçerlidir¹¹²². Sonuç olarak, sözleşmesel durma ve kesilme sebepleri hukuki sonuçlarını en fazla kanuni zamanaşımı süresinin başlangıcından itibaren on yıl süreyle doğurabileceği için, kanuni durma ve kesilme sebeplerinden farklılık az eder¹¹²³. Oysa, kanunda öngörülen durma ve kesilme sebepleri (TBK m. 153, m. 154 ve m. 157) süre sınırı olmaksızın müteaddit defalar hukuki sonuçlarını doğurabilir. Bu açıdan, sözleşmesel durma ve kesilme sebepleri için mevcut olan on yıllık süre sınırı, kanuni durma ve kesilme sebepleri açısından geçerli değildir.

¹¹¹⁸ Benedick, Vischer, **Verjährungsregeln**, N 41; Koller, **AJP 2000**, s. 248; Krauskopf, **Unterbrechung**, s. 133 vd.

¹¹¹⁹ Niklaus, **Prescription**, N 696; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 236, 237.

¹¹²⁰ Gauch, **Entreprise**, N 2497; Niklaus, **Prescription**, N 696; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 236, 237.

¹¹²¹ Niklaus, **Prescription**, N 696.

¹¹²² Spiro, **Begrenzung I**, s. 854, dn. 3; Koller, **Nachbesserung**, N 456.

¹¹²³ Niklaus, **Prescription**, N 696; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 236, 237.

Tarafların sözleşmeyle farklı durma ve kesilme sebepleri düzenlemiş olmaları ihtimalinde, durma veya kesilme sebebi söz konusu olmaksızın zamanaşımı süresinin ne zaman sona ereceğinin ve söz konusu sebeplerin gerçekleşmesiyle birlikte on yıllık üst sürenin aşılp aşılmadığının bilinmesi gerekmektedir¹¹²⁴. Aksi halde zamanaşımıyla hedeflenen hukuk güvenliği ilkesi ihlal edilmiş olur ki, böyle bir hukuki sonucun kanunun amacına uygun olduğu söylenemez. O halde, hâkim satıcının zamanaşımı def'ini ileri sürmüş olması durumunda, zamanaşımı süresinin başlangıç anından itibaren (*kural olarak taşınırlarda teslimden itibaren on yıl, taşınmazlarda tescilden başlayarak yirmi yıl*) üst sürenin aşılp aşılmadığını, her somut olay bazında tespit edecek, akabinde sözleşmeyle uzamış olan süreyi olaya tatbik ederek, zamanaşımı def'ini sonuca bağlayacaktır.

Belirtmemiz gerekir ki, sözleşmesel durma ve kesilme sebepleri kararlaştırılmış olması durumunda, alıcının son derece dikkatli olması gerekmektedir. Aksi halde durma veya kesilme sebepleri sayesinde korunduğunu düşünen alıcının, ayıptan doğan haklarını kullanamama tehlikesiyle karşı karşıya kalması muhtemeldir. Örneğin, satılanın tesliminden itibaren dokuzuncu yılda, sözleşmesel kesilme sebebi nedeniyle yeniden başlayan zamanaşımı süresinin, ancak bir yıl için sonuç doğuracağı unutulmamalıdır. Öte yandan, sözleşmesel bir durma sebebinin varlığı halinde, her ne kadar zamanaşımının durmasını gerektiren durum devam ediyor olsa da, on yıllık üst sürenin dolmasıyla birlikte durma hali sona erecek ve henüz durma sebebinin gerektiren durum ortadan kalkmadan, zamanaşımı süresi dolmuş sayılacaktır¹¹²⁵. Kanımızca, sözleşmesel durma ve kesilme sebeplerinin yarattığı zorluk nedeniyle, şayet alıcı süreyi hesaplarken kabul edilebilir bir yanılgıya düşer ve bu arada zamanaşımı süresi dolacak olursa, TBK m. 158 hükmünde belirtilen altmış günlük *ek süre* imkânı, mevcut olaya kıyasen uygulanabilir¹¹²⁶.

¹¹²⁴ Erdem, **Zamanaşımı**, s. 237. Bu tarz yeni durma ve kesilme sebeplerinin, hukuk güvenliği açısından tehlikeli olduğu görüşünde bkz. Peter R. Isler, "Verjährung und Verwirkung von Gewährleistungsansprüchen", **Mergers & Akquisitions IX**, (Hrsg. Rudolf Tschäni), Europa Institut Zürich Band/Nr. 79, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2007, s. 1-31 (Verjährung), s. 27.

¹¹²⁵ Her ne kadar zamanaşımı durmuş olsa dahi, bu durumda alıcı yine de satıcıya karşı dava açabilir. Bkz. Erdem, **İstanbul Şerhi**, TBK m. 153 N 24.

¹¹²⁶ TBK m. 158 hükmünde öngörülen altmış günlük ek süre imkânı, esasen hakkaniyet düşüncesiyle, kabul edilebilir bir yanılgıya düşen alacaklının, alacağını talep etme iradesini yeterince ortaya koymuş olması sebebiyle, hak kaybına uğramasına engel olma fikrine dayanmaktadır. Bu sebeple, söz konusu hükmün, alacaklı ve borçlu arasındaki görüşmelerin kesilmesi durumunda da kıyasen uygulanabileceği ifade edilmektedir. Bu görüşte bkz. Spiro, **Verhandlungen**, s. 221 vd.

Tarafların ayıp bildirimine kadar zamanaşımının işlemeyeceğine yönelik yaptıkları bir düzenleme, zamanaşımını durduran bir sebep olarak nitelendirilebileceği gibi, aynı zamanda zamanaşımı süresinin ayıp bildirimiyle başlayacağı şeklinde de yorumlanabilir¹¹²⁷. Kanuni sınırlar dâhilinde geçerli olacak olan bu yöndeki bir düzenlemenin hukuki sonuçları farklılık arz etmese de, bu durumda yorum metotları gözetilerek, taraf iradelerinin açıklığa kavuşturulması gerektiği söylenebilir.

3. Kanunda Öngörülen Durma ve Kesilme Sebeplerinin Kaldırılması

Taraflar, zamanaşımı süresinin ne zaman sona ereceğini belirli bir şekilde tespit etmek amacıyla, kanunda öngörülen durma ve kesilme sebeplerini, sözleşmeyle bertaraf etmek isteyebilirler¹¹²⁸. Kanunda öngörülen durma ve kesilme sebeplerinin sözleşmeyle kaldırılmasının mümkün olup olmadığı sorusunun cevaplandırılması, bir önceki başlık altında değerlendirdiğimiz, kanunda öngörülenden farklı durma ve kesilme sebepleri öngörülmesine nazaran çok daha fazla zorluk arz etmektedir. Zira, ayıptan sorumluluk rejimi, her ne kadar genel olarak irade serbestisi prensibi çerçevesinde ihdas edilmiş olsa da, kanunun düzenlediği durma ve kesilme sebepleri, pek çok farklı hukuki menfaati korumak amacıyla getirilmiştir. Dolayısıyla, her bir durma ve kesilme sebebinin *amaca göre (teleolojik)* yorumlanması neticesinde bir sonuca varmak gerekmektedir.

Konuya dair değerlendirmeye geçmeden önce, belirtmek isteriz ki, öğretide son zamanlarda savunulan bir görüş¹¹²⁹ yukarıda ifade edildiği üzere TBK m. 153-156 hükümlerinde öngörülen durma ve kesilme sebeplerinin emredici ve sınırlayıcı değil, düzenleyici ve yedek hukuk kuralı olduğunu ifade etmektedir. Bu görüşe göre, zamanaşımı süresinin niteliğine bakılmaksızın, açık veya örtülü olarak, tarafların kanunda öngörülenlerden farklı durma ve kesilme sebepleri kararlaştırmaları mümkün olduğu gibi, mevcut durma ve kesilme sebeplerini de karşılıklı irade

Kanımızca, sözleşmesel durma ve kesilme sebepleriyle uzayan zamanaşımı süresini hesaplama konusunda kabul edilebilir bir hataya düşen alıcının, aynı şekilde kıyasen TBK m. 158 hükmünde belirtilen “*ek süre*” imkânına başvurusu mümkün sayılabilir.

¹¹²⁷ Zamanaşımını durduran bir sebep olarak yorumlanacağı yönünde bkz. Gauch, **Entreprise**, N 2497.

¹¹²⁸ Benedick, Vischer, **Verjährungsregeln**, N 42.

¹¹²⁹ Guhl, Koller, **Obligationenrecht**, § 39 N 45; Koller, **Verjährungsrecht**, s. 194; Koller, **AJP** 2000, s. 248; Koller, **Unterbrechung**, s. 202, 203; Koller, **Nachbesserung**, N 456; Krauskopf, **Unterbrechung**, s. 132; Kessler, **Verjährungsverzicht**, s. 126, 127. Ayrıca bkz. Krauskopf, Müller, **HAVE** 2006, s. 321 vd.

beyanlarıyla hükümden düşürmeleri mümkündür. Özellikle ayıptan sorumlulukta düzenlenen zamanaşımı sürelerinin uzatılıp kısaltılmasının mümkün olduğunu nazara alan bazı yazarlar¹¹³⁰, ayıptan sorumlulukta öngörülen zamanaşımı süreleri açısından, *evleviyetle* kanuni durma ve kesilme sebeplerinin bertaraf edilebileceğini savunmaktadır.

Öte yandan, öğretilde savunulan baskın görüş ise, kanunda öngörülen durma ve kesilme sebeplerinin herhangi bir zamanaşımı süresi açısından sözleşmeyle bertaraf edilmeyeceği, tarafların durma ve kesilme sebeplerini sözleşmeyle kaldırma konusunda irade serbestisine sahip olmadığı şeklinde ifade edilmektedir¹¹³¹. Kanunun zamanaşımı başlığını taşıyan ikinci ayırımında belirlenen zamanaşımı sürelerinin¹¹³² sözleşmeyle değiştirilemeyeceğini düzenleyen TBK m. 148 (CO art. 129) hükmü nazara alındığında, değişiklik yasağına tabi olan bu süreler açısından, kanımızca, durma ve kesilme sebeplerinin sözleşmeyle kaldırılması mümkün görünmemektedir¹¹³³. Öte yandan, kanunun ikinci ayırım dışında düzenlenmiş olan süreler açısından, bu yönde bir değişiklik yasağı mevcut değildir. O halde, temel sorun, kanunun ikinci ayırım dışında kalan süreler açısından, zamanaşımı durduran ya da kesen kanuni sebeplerin sözleşmeyle bertaraf edilip edilemeyeceği noktasında toplanmaktadır. Kanımızca, bu sorunun bütün durma ve kesilme sebeplerini kapsayan bir cevabı bulunmamaktadır. Bu nedenle, her durma ve kesilme sebebi açısından, ayrı bir değerlendirme yapmak gerekmektedir. Ancak, belirtmemiz gerekir ki, aşağıda belirttiğimiz gerekçeler ve vardığımız sonuçlar, yalnızca ayıptan

¹¹³⁰ Guhl, Koller, **Obligationenrecht**, § 39 N 45; Koller, **Verjährungsrecht**, s. 194; Koller, **AJP** 2000, s. 248; Koller, **Unterbrechung**, s. 202, 203; Koller, **Nachbesserung**, N 456; Tschütscher, **Verjährung**, N 231; Tschütscher, **Aktuelle Probleme**, s. 253, 254. Aynı yönde bkz. Pedrazzini, **Dissimulation**, N 1136.

¹¹³¹ Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 134 N 17; Berti, **ZürcherKomm**, OR Art. 135 N 180; Däppen, **BaslerKomm**, OR Art. 135 N 5; Niklaus, **Prescription**, N 689, 697; Engel, **Obligations**, s. 815; **İsvFM**, 12.5.2004, 4C.296/2003.

¹¹³² Kanunun ikinci ayırımında düzenlenen zamanaşımı süreleri için bkz. TBK m. 146-147 ve m. 156 f. II. Öte yandan, TBK m. 158 hükmünde düzenlenmiş olan altmış günlük ek sürenin bir zamanaşımı süresi mi yoksa hak düşürücü süre mi olduğu tartışmalıdır. Hak düşürücü süre olduğu yönünde: Engel, **Obligations**, s. 821; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 317. Zamanaşımı süresi olduğu yönünde: Spiro, **Begrenzung I**, s. 337; Niklaus, **Prescription**, N 220; Nomer, **Borçlar Genel**, N 215.14. Zamanaşımı veya hak düşürücü süre ayırımı yapmaksızın, TBK m. 158 hükmünde düzenlenen ek sürenin, TBK m. 148 hükmünün kapsamına gireceği yönünde bkz. Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Borçlar Genel**, s. 1070; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 317.

¹¹³³ Aynı yönde bkz. Spiro, **Begrenzung I**, s. 348; Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 129 N 1-3; Honsell, **BaslerKomm**, OR Art. 210 N 4; Niklaus, **Prescription**, N 535; Pétermann, **Prescription**, s. 311; Gauch, Schluep, Schmid, Emmenegger, **OR AT**, N 3380; Pichonnaz, **Renonciation**, s. 118; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 370; Parein-Reymond, **Prescription**, s. 153; **İsvFM**, ATF 132 III 226 = SJ 2006 I 321; ATF 99 II 185 = JdT 1974 I 46.

sorumlulukta zamanaşımı süreleri için değil, aynı zamanda değişiklik yasağına tabi olmayan diğer zamanaşımı süreleri açısından da geçerlidir.

Kanuni durma ve kesilme sebeplerinin sözleşmeyle bertaraf edilip edilemeyeceği açısından bir değerlendirme yapmadan önce, hatırlatmak isteriz ki, TBK m. 221 hükmünde (*TBK m. 115 hükmüne paralel şekilde*) satıcının satılanı ayıplı olarak devretmekte ağır kusurlu olması durumunda, ayıptan sorumluluğu kaldıran veya sınırlandıran her anlaşmanın kesin hükümsüz olduğu düzenlenmiştir. Dolayısıyla satıcının ağır kusurlu (*ağır ihmal veya kast*) olması durumunda, zamanaşımının durduran ve kesen sebeplerin sözleşmeyle bertaraf edilmesi de mümkün değildir. Bu sebeple, aşağıda yaptığımız açıklamalar, satıcının satılanı ayıplı olarak devretmekte *hafif kusurlu* olması veya kusurunun bulunmaması durumunda geçerliliğini koruyacaktır.

a. Durma Sebepleri Açısından:

TBK m. 153 hükmünde düzenlenen zamanaşımı süresini durduran sebepler, temelde alacağın talep edilmemesinin alacaklının hareketsizliğinden kaynaklanmadığı ve alacaklının dava veya takip yoluyla alacağını talep etmesinin objektif gerekçelerle mümkün olmadığı durumlarda alacaklıyı korumak için öngörülmüştür¹¹³⁴. Kanun koyucu bu durumlarda temel olarak zamanaşımı düzenlemelerinin *ratio legis*'ini oluşturan borçlunun korunması prensibinden vazgeçerek, alacaklının durumunun kötüleştiği hallerde, taraflar arasındaki menfaatler dengesini yeniden sağlamak istemiştir. Dolayısıyla, bu düzenlemelerin sözleşmeyle bertaraf edilip edilemeyeceği sorununun çözümünde, hükmün getirilme amacıyla birlikte, alacaklının menfaatlerinin nazara alınması ve sözleşmesel zamanaşımının alt sınırı konusunda ortaya koyduğumuz¹¹³⁵ “*alacaklının haklarını kullanmasının hakkaniyete aykırı bir şekilde engellenmemesi*” ilkesinin gözetilmesi gerekmektedir. Bu açıdan, sırayla durma sebepleri kısaca incelenecek olursa:

(1) TBK m. 153 f. I b. 1 hükmünde velayet süresince, çocukların ana ve babalarından olan alacakları için zamanaşımı süresinin işlemeyeceği öngörülmüştür. Söz konusu durma sebebinin kanımızca sözleşmeyle bertaraf edilmesi mümkün

¹¹³⁴ Spiro, **Begrenzung I**, s. 169-171; Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 134 N 1; Däppen, **BaslerKomm**, OR Art. 134 N 1; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 235; **İsvFM**, ATF 134 III 294 = JdT 2010 I 75.

¹¹³⁵ Bkz. yukarıda B.2/VI/C/1.

değildir. Zira, söz konusu düzenleme, velayet süresince velisinin otoritesi altında bulunan ve onun sözünü dinlemekle yükümlü olan (TMK m. 339 f. II) çocuğun aynı zamanda haklarını yeterince tanımayacak kadar tecrübesiz olduğu varsayımına dayanır¹¹³⁶. Bu sebeple, ilgili hüküm “*zayıf tarafın korunması*” amacına hizmet eder. O halde, zayıf tarafın korunmasını amaçlayan söz konusu düzenlemenin emredici olduğu ve sözleşmeyle bertaraf edilemeyeceği kabul edilmelidir¹¹³⁷. Öte yandan, velisiyle satış sözleşmesi akdeden çocuğun, kısa zamanaşımı süresi içinde satılanı muayene edip ayıp bildiriminde bulunması ve seçimlik haklarını kullanması, velayet ve yaş küçüklüğü sebebiyle kendisi açısından kolay olmadığından, zamanaşımının durmaması alıcının haklarını kullanmasını dürüstlük kuralı uyarınca hakkaniyete aykırı şekilde engelleyecektir. Zira, bu durumda çocuktan, ayıptan doğan haklarını zamanaşımı süresi içinde kullanması ve bu hakların neticesinde dava veya takip yollarına başvurması beklenemez. Her ne kadar alıcı sıfatıyla çocuğun velisiyle satış sözleşmesi akdetmesi mümkün görünse de¹¹³⁸, menfaat çatışması sebebiyle sözleşmenin geçerli olabilmesi için, kayyımın işleme katılması ve işlemin hâkim tarafından onaylanması (TMK m. 345 ve m. 426 f. I b. 2) gerekmektedir. İşte böyle bir durumda çocuğun menfaatlerine aykırı bu tür şartların satış sözleşmesinde yer almasına, Türk Medeni Kanunu’nun öngördüğü onay mekanizmaları da çoğu zaman engel olabilecektir. Çocuğun kayyım tarafından temsil edildiği hallerde, korunma ihtiyacının bulunmadığı iddia edilebilecekse de, bu durumda gerek kayyımın gerekse hâkimin böyle bir durma sebebinin kaldırması satış sözleşmesini onaylaması çocuğun menfaatine aykırı olacağından, yine aynı sonuca varmak gerekmektedir. Gerek kayyımın gerek hâkimin böyle bir sözleşmeyi onaylamış olması ihtimalinde ise, kanun koyucunun çocuğun menfaatlerini korumak için son olarak emredici bir hukuk mekanizması öngördüğü kabul edilmelidir. O halde, TBK m. 153 f. I b. 1 hükmünde öngörülen durma sebebinin tarafların anlaşmasıyla kaldırılması mümkün değildir.

¹¹³⁶ Spiro, **Begrenzung I**, s. 165; Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 134 N 3; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 238, 239; Parein-Reymond, **Prescription**, s. 189, 190.

¹¹³⁷ Zayıf tarafı koruma amacıyla getirilmiş zamanaşımı düzenlemelerinin emredici olduğu yönünde bkz. Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 129 N 2; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 372, 373. Genel olarak aynı yönde bkz. Tercier, Pichonnaz, **Obligations**, N 791; Oğuzman, Barlas, **Medeni Hukuk**, N 294.

¹¹³⁸ Bu konuda bkz. Dural, Ögüz, Gümüş, **Aile Hukuku**, N 1712-1715.

(2) TBK m. 153 f. I b. 2 hükmünde vesayet altında bulunanların vesayet süresince vasiden veya vesayet işlemleri sebebiyle devletten olan alacakları için vesayet süresince zamanaşımının işlemeyeceği öngörülmüştür. Bu durumda da TBK m. 153 f. I b. 1 hükmü için belirttiğimiz görüşler geçerliliğini korumaktadır. Zayıf tarafın korunması ve alacaklının haklarını kullanmasının hakkaniyete aykırı bir şekilde engellenmemesi gerekçeleriyle, söz konusu durma sebebini ortadan kaldıran anlaşmaların geçersiz olduğu kabul edilmelidir. Ayrıca, vasi ile vesayet altındaki küçük veya kısıtlı arasında yapılan hukuki işlemin geçerli olmasının TMK m. 463 f. I b. 7 uyarınca hem vesayet hem de denetim makamının iznine tabi tutulduğunu ve TMK m. 426 f. I b. 2 uyarınca menfaat çatışması sebebiyle vesayet altındaki kişiye bir kayyım atanması gerektiğini hatırlatmakla yetiniyoruz¹¹³⁹.

(3) TBK m. 153 f. I b. 3 hükmünde evlilik devam ettiği sürece eşlerden birinin diğerinden olan alacakları için zamanaşımı süresinin işlemeyeceği düzenlenmiştir. Söz konusu hükmün, eşler arasında cebri icra yasağını düzenleyen eMK m. 165 hükmüne ve aile birliğinin gerektirdiği yakın ilişkinin eşler arasında dava ve takip yapılmasına izin vermeyeceği fikrine dayandığı ifade edilmektedir¹¹⁴⁰. Ne var ki cebri icra yasağına 4721 sayılı yeni Türk Medeni Kanunu'nda yer verilmemiştir. Öte yandan, eşlerden birinin diğerine karşı dava açması veya takipte bulunması da engellenmiş değildir. Türk Medeni Kanunu'nun dayandığı temel prensibin eşler arasındaki eşitlik olduğu nazara alınırsa, eşlerden birinin diğerine karşı hukuken zayıf konumda bulunduğu da söylenemez. Her ne kadar ailenin huzur ve refahının korunmayı hak ettiği ifade edilebilse dahi, eşlerin karşılıklı irade beyanıyla uyuşmazlık çıkabilmesi ihtimalini öngörerek bu yönde bir düzenleme yapmaları, ailenin huzurunun uyuşmazlıktan ve evlilik süresince birbirlerine karşı dava veya takip yapılmasından etkilenmeyeceği yahut bu yönde korunacak bir menfaatin bulunmadığı şeklinde yorumlanabilir. Öte yandan, şayet eşler arasında dava veya takibin ailenin korunması prensibine aykırı olduğu kabul edilse idi, kanun koyucunun Anayasa m. 41 f. II uyarınca kendisine yüklenen, ailenin korunması

¹¹³⁹ Bu konuda bkz. Dural, Ögüz, Gümüş, **Aile Hukuku**, N 2098 vd., 2229-2230a.

¹¹⁴⁰ Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 134 N 5; Parein-Reymond, **Prescription**, s. 191; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 247, 248. Ayrıca bkz. **eMK m. 165 f. I**: “Karı koca, evlenmenin devamı müddetince kanunen muayyen haller haricinde yekdiğerine karşı cebri icra talebinde bulunamaz.”

yükümlülüğünü yerine getirmek amacıyla, gerekli tedbirleri alması gerekirdi. Oysa, kanun koyucu cebri icra yasağını kaldırarak iradesinin aksi yönde olduğunu ortaya koymuştur. O halde, ayıptan sorumlulukta öngörülen zamanaşımı süreleri açısından, eşler arasındaki sözleşmesel ilişkinin, sözleşme özgürlüğü kapsamında yer aldığı kabulü gerekmektedir. Bu durumda kanımızca eşlerin dilerlerse evlilik süresince zamanaşımı süresinin işleyeceğini kararlaştırabilmeleri mümkün görülmelidir.

- (4) TBK m. 153 f. I b. 4 hükmüne ev hizmetlilerinin onları çalıştıranlardan olan alacakları için hizmet ilişkisi süresince zamanaşımının işlemeyeceği öngörülmüştür. Kanun koyucu, hizmetli ile işveren arasındaki yakın ilişkiyi ve hizmetlinin işverene karşı dava açması durumunda, aralarındaki ilişkinin bozulabileceğini nazara alarak, hizmetlinin dava açmaktan çekinmesi nedeniyle hak kaybına uğramasını engellemek istemiştir¹¹⁴¹. Çünkü çoğu zaman ev hizmetlilerinin kendilerini çalıştıranlara karşı dava açması veya takip başlatması, aynı zamanda işlerini kaybetme riskini de beraberinde getirecektir. Kanımızca, buradaki “*yakın ilişki*” kavramı, eşler açısından bahsettiğimiz yakın ilişkiden farklıdır. Zira, hizmetli işverenin emir ve talimatı altında bulunduğu ve çalışma süresince onun otoritesine tabi olduğu için, bahsettiğimiz durma sebebi “*zayıf tarafın korunması*” amacına dayanır. Nitekim, kanun koyucu, gerek kanunun genel hükümlerinde (TBK m. 115 f. II), gerekse çeşitli sözleşme tiplerinde (TBK m. 420, m. 444 ve m. 445) özellikle hizmet sözleşmesi kapsamındaki işçilerin işverene karşı zayıf konumda olduğunu ve bu sebeple, emredici hükümlerle korunması ihtiyacının bulunduğunu kabul etmiştir. O halde, her ne kadar bir hizmet sözleşmesine dayanması şart olmasa da¹¹⁴² kanun koyucunun, bu tarz bir hizmet ilişkisinin en yoğun şekilde tezahür ettiği ev hizmetlileri konusunda da, onları korumak amacıyla emredici bir durma sebebi öngörmüş olduğu kabul edilmelidir.

¹¹⁴¹ Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 134 N 6; Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Cilt I, N 1938; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 251, 252; Parein-Reymond, **Prescription**, s. 191, 192; **İsvFM**, ATF 113 II 414 = SJ 1988 209; ATF 95 II 126 = JdT 1970 I 234; **Yargıtay** 9. HD, T. 4.2.2019, E. 2015/31687, K. 2019/2671 (kazancı); **Yargıtay** HGK, T. 6.5.2015, E. 2013/9-2193, K. 2015/1308 (kazancı).

¹¹⁴² Çıraklık ilişkisinin yahut atipik sözleşme şeklinde akdedilen ve bu ilişkinin şartlarını sağlayan herhangi bir iş görme sözleşmesinin bu kapsamda yer aldığı yönünde bkz. Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 134 N 6; Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Cilt I, N 1938; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 252, 253; Parein-Reymond, **Prescription**, s. 192; **İsvFM**, ATF 113 II 414 = SJ 1988 209; ATF 95 II 126 = JdT 1970 I 234; ATF 90 II 443 = JdT 1965 I 364.

(5) TBK m. 153 f. I b. 5 hükmünde borçlunun alacak üzerinde intifa hakkına sahip olduğu sürece zamanaşımı süresinin işlemeyeceği öngörülmüştür. Söz konusu düzenleme, borçlunun alacak üzerinde intifa hakkına sahip olduğu sürece, alacaklının borcun ifasını talep etmesinin kendisi açısından bir fayda sağlamayacağı fikrine dayanmaktadır¹¹⁴³. Kanımızca, ilgili durma sebebinin sözleşmeyle kaldırılmaması için herhangi bir gerekçe bulunmamaktadır. Öte yandan, her ne kadar alacaklının alacağını başkasına devrettiği; buna karşın, borçlunun alacak üzerinde intifa hakkına sahip olduğu durumlarla karşılaşmak mümkün olsa da, bu durumun konumuz açısından bir önemi bulunmamaktadır. Zira, alacak satışlarına TBK m. 219 ve devamı hükümlerinde düzenlenen ayıptan sorumluluk rejimi değil, alacağın devrinde garanti sorumluluğunu düzenleyen TBK m. 191 ve m. 193 hükümleri uygulama alanı bulacaktır¹¹⁴⁴.

(6) TBK m. 153 f. I b. 6 hükmünde alacaklının alacağını Türk mahkemelerinde ileri sürme imkânının bulunmadığı sürece zamanaşımı süresinin işlemeyeceği öngörülmüştür. Bu durumda kanun koyucu, alacaklının dava veya takip yoluyla alacağını talep etmemesinin kendi kusuru ve ihmalden ileri gelmediği durumlarda, alacaklının borçluya karşı içinde bulunduğu durumun olumsuzluklarını gidermek istemektedir¹¹⁴⁵. Bu açıdan, hükmün kapsamına ister *objektif*, ister *sübjektif* sebeplerle olsun, alacaklının hakkını yargı mercileri önünde koruma altına alma imkânından yoksun olduğu ve bu durumun kendi kusuru veya ihmalden ileri gelmediği bütün haller girmektedir¹¹⁴⁶. Ancak, alıcının salt dava açma ihtimalinin varlığı, zamanaşımı süresinin işlemesi için yeterli değildir, ayrıca alıcının takip yoluyla da hakkına ulaşmasının mümkün olması gerekmektedir¹¹⁴⁷. Türk yargı mercileri önünde hakkını güvence altına alma imkânından yoksun olan alıcının, salt bu imkândan yoksun olması sebebiyle sözleşmenin zayıf tarafını oluşturduğu söylenemez. O halde, söz konusu hüküm, zayıf tarafın korunması ilkesine dayanmamaktadır. Kanımızca, bu düzenlemenin

¹¹⁴³ Feyzioğlu, **Borçlar Genel**, s. 572; Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Cilt I, N 1938; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 252.

¹¹⁴⁴ Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO Intro. art. 197-210 N 6; Giger, **BernerKomm**, OR Vorbem. zu Art. 197-210 N 9 vd.; Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 637; Schönle, Higi, **ZürcherKomm**, OR Art. 197 N 31; **İsvFM**, ATF 78 II 216 = JdT 1953 I 199; ATF 82 II 522 = JdT 1957 I 236. Ayrıca bkz. yukarıda B.2/II/A.

¹¹⁴⁵ *Örneğin* bkz. **İsvFM**, ATF 134 III 294 = JdT 2010 I 75.

¹¹⁴⁶ Bu konudaki tartışmalar ve farklı görüşler için bkz. yukarıda B.2/III/D ve B.2/II/B/1/c.

¹¹⁴⁷ Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 134 N 9b; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 257; **İsvFM**, ATF 134 III 294 = SJ 2008 I 357.

İsviçre-Türk Hukuku açısından oldukça özel bir yeri vardır¹¹⁴⁸. Zira, hükmün amacı, alacaklının dava açma imkânını korumak ve mahkemeye (*yahut daha geniş bir ifadeyle yargı mercilerine*) erişim imkânını güvence altına almaktır. Mahkemeye erişim hakkı ise, ister kamu hukuku ister özel hukuk kapsamında yer alsın, adil yargılanma hakkının ilk ayağını oluşturur ve Anayasa'nın 36. maddesi ile AİHS'in 6. maddesi ile koruma altına alınmıştır. Alıcının dava açma imkânı bulunmaksızın zamanaşımı süresinin sona ermesi yahut hakkını talep etmesine imkân vermeyecek kadar kısılması, henüz mahkemeye dahi başvuramayan alıcının hakkının sona ermesine ve mahkemeye erişim hakkının ihlal edilmesine sebep olur¹¹⁴⁹. Hükmün *ratio legis*'inin temelde mahkemeye erişim hakkına dayandığı nazara alınırsa, emredici karakter taşıdığı rahatlıkla kabul edilebilecektir. Ancak, hükmün mutlak emredici olduğu, yani hükmün kapsamına giren somut durma sebeplerinin sözleşmeyle bertaraf edilmesi yolunun tamamen kapalı olduğu da söylenemez. Bu açıdan, her somut olay bakımından ayrı bir değerlendirme yapılmalı ve alıcının dava açma imkânına sahip olmadığı durumlarda, zamanaşımının işlemesinin, alıcının mahkemeye erişim hakkını ortadan kaldırıp kaldırmadığı ve alıcının haklarını kullanmasını hakkaniyete aykırı bir şekilde sınırlandırıp sınırlandırmadığı tespit edilmelidir. Bu açıdan, kimsenin sahibi olduğu temel haklardan önceden feragat edemeyeceği ilkesi (TMK m. 23) ve sözleşmesel zamanaşımı süresinin alt sınırı gözetilerek, bu kapsamı aşmayan sözleşmelerin geçerli olduğu kabul edilmelidir. Örneğin, alıcının geçirdiği bir kaza sebebiyle, iki hafta hastanede kalması durumunda, durma sebebinin sözleşmeyle bertaraf edilmesi geçerli kabul edilebilecekken; alıcının aylarca komada kalması durumunda, ilgili sözleşme hükmü geçersiz sayılabilecektir. Buna karşın, alıcının bizzat dava açmasına mâni olan durum, her ne kadar uzun sürse de, alıcının bir temsilcisinin bulunduğu ve temsilcinin dava açmakla görevlendirilmiş olduğu durumlarda, durma sebebinin kaldırılması, alıcının haklarını hakkaniyete aykırı bir şekilde engellemeyecektir. Aynı şekilde, alıcının Türk mahkemeleri önünde dava açması, herhangi bir sebepten mümkün

¹¹⁴⁸ Bkz. Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 134 N 9.

¹¹⁴⁹ Aynı yönde: **AİHM**, Howald Moor ve Diğerleri İsviçre'ye Karşı, 11.3.2014, 52067/10 ve 41072/11; Pichonnaz, **Dommage consécutif**, s. 150 vd.; Demirsatan, **Délai absolu**, s. 738, 739. Mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğini ifade eden ve kararı onaylayan görüşleri için bkz. Pichonnaz, **Éléments choisis**, s. 249; Tercier, Pichonnaz, **Obligations**, N 1661; Gottini, **Verjährung**, s. 55 vd.; Krauskopf, **Verjährungsrecht**, s. 40 vd.; Pichonnaz, Werro, **Droit de la prescription**, s. 16 vd.

olmasa da, sözleşmede tahkim şartının mevcut olması durumunda, şayet alıcı tahkim yoluna başvurabiliyorsa, ilgili durma sebebinin yine de sözleşmeyle kaldırılabilmesi kabul edilecektir.

- (7) Son olarak kanun koyucu TBK m. 153 f. I b. 7 hükmünde alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesinin daha sonradan geçmişe etkili bir şekilde ortadan kalkması durumunda, arada geçen süre boyunca zamanaşımının işlemeyeceği öngörülmüştür¹¹⁵⁰. Konumuz açısından, alıcı ve satıcı şirketlerin birleşmesi, alıcının veya satıcının işletmesinin diğeri tarafından devralınması veya sözleşme taraflarından birinin diğeri tek mirasçısı olması durumunda söz konusu durumla karşılaşılabilir. Kanımızca, alıcının haklarını kullanmasını hakkaniyete aykırı bir şekilde engellemediği müddetçe, söz konusu düzenlemenin emredici olmadığı kabul edilmelidir. Zira, söz konusu hüküm, TBK m. 135 f. II’de düzenlenen birleşmenin geçmişe etkili olarak ortadan kalkmasının doğal sonucudur¹¹⁵¹ ve emredici bir karakter taşımaz. Tarafların özellikle birleşme veya devralma anlaşmasında, birleşmenin ortadan kalkmasının zamanaşımını etkilemeyeceğini kararlaştırmaları geçerli kabul edilmelidir.

Yukarıda emredici nitelik taşıdığını belirttiğimiz TBK m. 153 f. I b. 1, 2, 4 ve somut olayın özelliğine göre emredici nitelik taşıyacak olan TBK m. 153 f. I b. 6 hükümlerinin sözleşmeyle değiştirilmesi durumunda, bu hükümlerle çelişen sözleşmesel düzenlemeler TBK m. 27 f. II uyarınca *kısmi hükümsüzlük* yaptırımına tabi olacaktır. Bu durumda geçersiz olan hükmün yerine, tamamlayıcı hükümlerin geçirilmesi ve TBK m. 153’te düzenlenen ilgili bendin durma sebebi olarak hüküm doğurması gerekmektedir. Sözleşmenin ilgili hükmü kısmi hükümsüzlük sebebiyle kanunda öngörülen yedek hükümle değiştirildiği için, “*değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük (nullité partielle modifiée - modifizierte Teilnichtigkeit)*” sonucuyla karşılaşılmaktadır. Belirtmek gerekir ki, bu durumda satıcının TBK m. 27 f. II uyarınca söz konusu düzenleme olmasaydı sözleşmeyi hiç akdetmeyeceğini ileri sürerek kısmi hükümsüzlüğü kesin hükümsüzlüğe çevirmesine müsaade edilmemelidir. Zira, yukarıda ifade ettiğimiz görüşler, temelde zayıf tarafın korunması fikrine dayanır. Sözleşmenin tamamını geçersiz saymak ise zayıf tarafın

¹¹⁵⁰ İsviçre Hukuku’nda ve eBK döneminde bu yönde bir düzenleme bulunmaması karşısında, bu durum örtülü bir durma sebebi olarak kabul edilmiştir. Bkz. Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 134 N 18; Däppen, **BaslerKomm**, OR Art. 134 N 12; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 263, 264.

¹¹⁵¹ Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Cilt I, N 1938.

korunması ilkesine hizmet etmez. Bu durumda geçersizlik yaptırımıyla amaçlanan sonuca ulaşmak mümkün olmadığından, hükmün amaca uygun sınırlandırılması yoluyla, sözleşmenin yedek hükümle değiştirilerek ayakta tutulması gerektiği kabul edilmelidir. Zira, korunmayı hak etmeyen karşı tarafın, sözleşmenin tamamen geçersiz olacağı yönündeki iddiası dinlenmez¹¹⁵².

b. Kesilme Sebepleri Açısından:

Alacaklının alacağını talep etme iradesini borçluya karşı belirli yollarla ortaya koyduğu durumlarda, yahut borçlunun borcunu kabul ettiği hallerde, artık alacaklının alacağını talep etme konusunda hareketsiz ve ilgisiz kaldığından bahsedilemez. Bu gibi hallerde, borçlunun alacaklıya karşı zamanaşımı düzenlemeleriyle korunması ihtiyacının bulunduğundan da söz edilemez¹¹⁵³. İşte, kanun koyucu bu gibi durumlarda, alacaklının hak kaybı yaşamasını önlemek amacıyla, zamanaşımı süresinin çeşitli hallerde kesileceğini ve böylece alacaklı lehine yeni bir zamanaşımı süresinin başlayacağını öngörmüştür. Özellikle öğretide, durma ve kesilme sebeplerinin düzenleyici hukuk normu olduğunu ifade eden yazarlar, kanunda öngörülen durma ve kesilme sebeplerinin sözleşmeyle bertaraf edilmesinin mümkün olduğunu savunmaktadır¹¹⁵⁴. Ancak, bu görüşü savunan yazarlardan *Krauskopf*, gerek borçlu gerek alacaklı açısından öngörülen kesilme sebeplerinin sözleşmeyle kaldırılmasının mümkün olmadığını belirtmektedir¹¹⁵⁵. Öte yandan, ayıptan sorumlulukta zamanaşımı sürelerinin, sürelerin kesinliğini düzenleyen TBK m. 148 (CO art. 129) hükmünün kapsamına girmediğini belirten bazı yazarlar ise kanunda öngörülen kesilme sebeplerinin, sözleşmeyle kaldırılabilmesi görüşündedir¹¹⁵⁶.

Durma sebepleri başlığı altında belirttiğimiz gibi, kanımızca bu sorunun tek bir cevabı bulunmamaktadır. Kanunda öngörülen kesilme sebeplerinin sözleşmeyle bertaraf edilip edilemeyeceği konusunda, hükmün düzenlenme amacı çerçevesinde

¹¹⁵² İsvFM, ATF 81 II 622; ATF 107 II 423; ATF 109 II 244; Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Genel**, s. 602; Serozan, **Medeni Hukuk**, s. 392; Eren, **Borçlar Genel**, s. 360.

¹¹⁵³ Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 135 N 1.

¹¹⁵⁴ Guhl, Koller, **Obligationenrecht**, § 39 N 45; Koller, **Verjährungsrecht**, s. 194; Koller, **AJP 2000**, s. 248; Koller, **Unterbrechung**, s. 202, 203; Koller, **Nachbesserung**, N 456; Tschütscher, **Verjährung**, N 231; Tschütscher, **Aktuelle Probleme**, s. 253, 254.

¹¹⁵⁵ Krauskopf, **Unterbrechung**, s. 132, dn. 11.

¹¹⁵⁶ Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 746; Benedick, Vischer, **Verjährungsregeln**, N 43, 44.

ve ayıptan doğan hakları hakkaniyete aykırı bir şekilde sınırlandırıp sınırlandırmamasına göre¹¹⁵⁷ bir değerlendirme yapılmalı ve hükmün koruma amacını oluşturan alacaklının menfaatleri de gözetilmelidir. Temelde zamanaşımını kesen borçlunun fiilleri ile alacaklının ve adli makamların fiilleri açısından bir değerlendirme yapılacak olursa:

- (1) TBK m. 154 f. I b. 1'de borçlunun ikrarının zamanaşımı süresini keseceği öngörülmüştür. Kanun koyucu bu düzenleme ile borcunun varlığını *ikrar* eden borçlunun, kendi lehine işleyen zamanaşımı süresi yoluyla korunması ihtiyacının bulunmadığını kabul etmektedir¹¹⁵⁸. Kanımızca, söz konusu hükmün zamanaşımı süresinin değiştirilmesi yasağının kapsamına girmeyen süreler açısından emredici olmadığı ve sözleşmeyle değiştirilebileceği kabul edilmelidir¹¹⁵⁹. Zira, özellikle ayıptan sorumlulukta öngörülen zamanaşımı süreleri açısından, belirli istisnalar hariç olmak üzere, tarafların sözleşme serbestisi içinde bulunduğu gözetilecek olursa, alacaklının kendi lehine tanınan kesilme sebebinden vazgeçememesi için geçerli bir sebebin bulunmadığı görülecektir. Borcun ikrarı, temelde borçlunun borcunun mevcut olduğu yönünde gerçekleştirdiği tek taraflı bir düşünce açıklaması (*manifestation de pensée - Wissensklärung/Vorstellungsausserung*) ve hukuki işlem benzeri fiil şeklinde kendisini göstermektedir¹¹⁶⁰. Borçlunun borcunun mevcut olduğu yönündeki düşünce açıklamasına bağlanan sonuç, arzu edilmiş olsun veya olmasın, zamanaşımının kesilerek yeniden başlamasıdır. Öte yandan, hukuki işlemlere uygulanan kurallar kıyasen hukuki işlem benzeri fiillere de uygulanacaktır. Taraflar aksi kanunda düzenlenmedikçe, karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla hukuki fiillerinin sonuçlarını veya belirli hukuki sonuçların hangi yollarla sağlanabileceğini kararlaştırabilmektedir. Bu durumda sözleşmeyle borçlunun hangi fiillerinin ikrar sayılıp, hangilerinin sayılmayacağını belirlenmesi mümkün olduğu gibi; sözleşme ilişkisi

¹¹⁵⁷ Aynı görüşte bkz. Benedick, Vischer, **Verjährungsregeln**, N 43; Krauskopf, **Unterbrechung**, s. 132.

¹¹⁵⁸ Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 135 N 1.

¹¹⁵⁹ Aynı yönde bkz. Tschütscher, **Verjährung**, N 231; Tschütscher, **Aktuelle Probleme**, s. 253, 254.

¹¹⁶⁰ Oser, Schönenberger, **ZürcherKomm**, OR Art. 135 N 3; Béguelin, **FJS 815**, s. 1; Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 135 N 7; Däppen, **BaslerKomm**, OR Art. 135 N 2; Berti, **ZürcherKomm**, OR Art. 135 N 13 vd.; Krauskopf, **Unterbrechung**, s. 132; Koller, **Unterbrechung**, s. 210; Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Cilt I, N 1942; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 275; **İsvFM**, 17.6.2002, 5C.41/2002; **İsvFM**, ATF 119 II 368 = JdT 1996 I 274; ATF 122 III 10 = JdT 1998 I 111; **Yargıtay** 22. HD, T. 24.12.2014, E. 2013/26014, K. 2014/36726 (lexpera). Borçlunun ikrar iradesinin zamanaşımını kesmeye yönelik bir hukuki işlem şeklinde olması gerektiği görüşünde bkz. Becker, **BernerKomm**, OR Art. 135 N 1.

çerçevesinde borçlunun herhangi bir fiilinin ikrar manasına gelmeyeceğinin kararlaştırılması da mümkün olmalıdır¹¹⁶¹. Bu durumda önemli olan husus, borçlunun davranışının objektif olarak ikrar anlamına gelip gelmediği değil, yalnızca taraflar arasında akdedilen sözleşmedir. Örneğin, taraflar satılanın tamir edilmesinin veya ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmek üzere teslim alınmasının yahut kısmi ifanın ikrar manasına gelmeyeceğini kararlaştırabilecekleri gibi, borçlunun herhangi bir fiilinin ikrar şeklinde anlaşılamayacağını da kabul edebilirler.

- (2) TBK m. 154 f. I b. 2’de alacaklının dava veya def’i yoluyla mahkemeye veya hakeme başvurusu, icra takibinde bulunması ya da iflas masasına başvurusu durumunda zamanaşımının kesileceği düzenlenmiştir. Kanun koyucu, borçlunun basit bir düşünce açıklamasına bağladığı zamanaşımının kesilmesi sonucunu, alacaklı açısından zorlaştırmış ve zamanaşımının kesilmesi için alacaklının belirli usullerle ve aktif bir şekilde alacağını, yargı mercileri önünde veya ona eş değer başkaca şekillerde talep etmesini aramıştır¹¹⁶². Söz konusu hüküm, genel olarak hakkını koruma altına almak için, yargı mercileri nezdinde, kendi lehine bir hukuki netice elde etmek isteyen alacaklının menfaatlerini korumaktadır¹¹⁶³. Ayrıca, söz konusu hükümde kendisine karşı dava açılan alacaklının dava esnasında alacağına ilişkin ileri sürdüğü def’ilerin de zamanaşımını keseceği düzenlenmiştir. Böylece, dava açarak kendi lehine zamanaşımının kesilmesini sağlayan davacı alacaklı ile, kendisine karşı dava ikame edilen davalı alacaklı eşit konuma getirilerek, iki taraf arasında denge sağlanmış olmaktadır¹¹⁶⁴. Öte yandan, kanun koyucu TBK m. 157’de adli makamların fiillerinin de zamanaşımını keseceğini öngörmüş ve zamanaşımı süresinin, dava süresince, tarafların yargılamaya ilişkin her işleminden veya hâkimin her kararından sonra¹¹⁶⁵; icra takibiyle kesilmişse, alacağın takibine ilişkin her işlemten sonra;

¹¹⁶¹ Krauskopf, **Unterbrechung**, s. 132, 133.

¹¹⁶² Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 135 N 11; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **Borçlar Genel**, N 1578; Parein-Reymond, **Prescription**, s. 200; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 284.

¹¹⁶³ Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 135 N 11; Parein-Reymond, **Prescription**, s. 200; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 285.

¹¹⁶⁴ Erdem, **Zamanaşımı**, s. 319.

¹¹⁶⁵ TBK m. 157 hükmünün mehzazını oluşturan CO art. 138 hükmü, 1 Ocak 2010 tarihinde yürürlüğe giren İsviçre Medeni Usul Kanunu’yla birlikte değiştirilerek, davanın açılmasıyla birlikte kesilen zamanaşımı süresinin, davanın sürecinin sonuçlanmasına kadar işlemeyeceği öngörülmüş ve yeni bir durma sebebi ihdas edilmiştir. Bu konuda bkz. Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **Borçlar Genel**, N 1575a. Söz konusu düzenlemenin amacı, yavaş ilerleyen yargılama sürecinin olumsuz

iflas masasına başvurma sebebiyle kesilmişse, alacağın yeniden istenmesi imkânının doğumundan itibaren yeniden işleyemeye başlayacağını düzenlemiştir. Böylece dava veya takip ile kesilen zamanaşımı süresi, taraf veya mahkeme usul işlemleriyle yahut taraf ya da icra takip işlemleriyle yeniden başlamaktadır¹¹⁶⁶.

Genelde borçluyu koruyan zamanaşımı düzenlenmelerinin, kesilme ve durma gibi hallerde alacaklıyı koruduğu kabul edilmekle birlikte, zamanaşımı düzenlemelerinin başka önemli işlevlerinin de bulunduğu ve başka temel hukuki değerleri de korumaya yöneldiği unutulmamalıdır. Zira, zamanaşımı hükümlerinin temelinde, sosyal barışın sağlanması (*paix sociale* - *Rechtsfrieden*)¹¹⁶⁷ ve hukuk güvenliğinin temin edilmesi (*sécurité de droit* - *Rechtssicherheit*)¹¹⁶⁸ prensiplerinin bulunduğu kabul edilmektedir. Her iki prensip de temelde taraflar arasındaki hukuki belirsizliğin ortadan kaldırılması ve muhtemel ihtilafların önüne geçilmesini amaçlar ve zamanaşımı düzenlemelerinin *ratio legis*'ini oluşturur¹¹⁶⁹. Bu açıdan, bir alacağın ne zaman zamanaşımına uğrayacağını öngörülebilmesi gerekir. Oysa, tarafların anlaşarak, alacaklının mahkemeye veya diğer yargı mercilerine başvurmasının zamanaşımı süresine etki etmeyeceğini kararlaştırmış olmaları durumunda, alacaklının kendisine düşen bütün yükümlülükleri yerine getirip, alacağını mahkeme yoluyla talep etmesine rağmen, zamanaşımı süresi işlemeye devam edecektir. Bu durumda zamanaşımı süresinin dava veya takip boyunca dolup dolmaması, davanın ve mahkeme usul işlemlerinin uzunluğuna veya icra takibinin hızına bağlı olarak değişecektir. Böyle bir durumda, zamanaşımı süresinin akıbeti,

sonuçlarından, alacaklının korunmak istenmesidir. Bu düzenlemenin güncel gelişmelere uygun olduğu, 2002'de BGB § 204, 2008'de Fransız Medeni Kanunu m. 2238, İtalyan Medeni Kanunu m. 2945 hükümleriyle de kabul edildiği, ayrıca Milletlerarası Mal Satımında Zamanaşımı Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması (m. 13), UNIDROIT (PICC 10.5) ve Avrupa Sözleşmeler Hukuku İlkeleri (PECL 14: 302) gibi uluslararası hukuki metinlerle de paralellik arz ettiği ifade edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 138 N 2 vd.

¹¹⁶⁶ Niklaus, **Prescription**, N 191; Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 138 N 9; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 335-338.

¹¹⁶⁷ Oesch, **Prescription**, s. 7, 8; Niklaus, **Prescription**, N 62. TBK m. 231 (CO art. 210) hükmü açısından, zamanaşımı düzenlemelerinin temelinde yer alan hukuki barışın sağlanması prensibi kendisini daha yoğun bir şekilde göstermektedir. Bkz. Honsell, **BaslerKomm**, OR Art. 210 N 2; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 210 N 1; Gauch, **Entreprise**, N 2198; Heim, **Réparation**, s. 23; Stanislas, **Résolution**, s. 158; **İsvFM**, ATF 114 II 131 = JdT 1988 I 508; ATF 102 II 102 = JdT 1977 I 64.

¹¹⁶⁸ Serozan, **Medeni Hukuk**, s. 274, 275; Schwander, **Verjährung**, s. 2; Pichonnaz, **Dommages-intérêts**, s. 78; Pichonnaz, **Renonciation**, s. 118; Chappuis, **Péremption**, s. 110; Parein-Reymond, **Prescription**, s. 153; Niklaus, **Prescription**, N 62; Kapancı, **Ayıp**, s. 81.

¹¹⁶⁹ Schwander, **Verjährung**, s. 2; Niklaus, **Prescription**, N 62.

tamamen maddi olayın özelliklerine, olayın çözümünün kendi içinde taşıdığı zorluğa, icra takibinin ilerleyişine ve aynı zamanda mahkeme veya icra dairelerinin insafına terkedilmiş olacaktır.

Ayıptan sorumluluk hükümlerinde düzenlenen zamanaşımı sürelerinin oldukça kısa olması ve yargılama işlemlerinin uzunluğu nazara alındığında, iki yıl içinde alıcının ayıbı tespit ederek dava malzemelerini bir araya getirmesi ve yine aynı süre içinde yargı mercilerinden kendi lehine bir karar elde ederek, bu kararı icra ettirmesi pek mümkün görünmemektedir. Bu durumda ise, alıcının haklarının tam bir belirsizlik içinde olduğu ve taraflar arasında başkaca hukuki ihtilaflara sebebiyet verebileceği rahatlıkla söylenebilir. Sonuç olarak, böyle bir durumunda zamanaşımı düzenlemeleriyle amaçlanan hukuki barışın tesisi ve hukuk güvenliğinin sağlanması amaçlarıyla tamamen tezat oluşturacak bir noktaya varılmış olur. Öte yandan, TBK m. 154 f. I b. 2 ve m. 157 hükümlerinde öngörülen kesilme sebeplerinin ortadan kaldırılması, alıcının ayıptan doğan haklarının hakkaniyete aykırı bir şekilde sınırlandırılması sonucunu da doğuracaktır. O halde, sonuç olarak, TBK m. 154 f. I b. 2 ve m. 157 hükümlerinde düzenlenen kesilme sebeplerinin amaca uygun yorum yapılarak, sözleşmeyle bertaraf edilemeyeceği kabul edilmelidir¹¹⁷⁰. Diğer taraftan, alacaklının dava esnasında alacağına ilişkin ileri sürdüğü def'ilerin zamanaşımını kesmeyeceği kararlaştırılabilir. Zira, bu durumun hukuk güvenliğini olumsuz etkilediği söylenemez. Def'i yoluyla zamanaşımının kesilmeyeceğinin farkında olan alacaklı, imkânı varsa karşı dava açarak (HMK m. 132) yahut borçluya karşı münferit bir dava ikame ederek alacak hakkını hukuki koruma altına alabilir.

¹¹⁷⁰ Aynı yönde bkz. Krauskopf, **Unterbrechung**, s. 132, dn. 11.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

AYIPTAN SORUMLULUKTA OLAĞANÜSTÜ ZAMANAŞIMI SÜRESİ: SATICININ AĞIR KUSURUNUN ZAMANAŞIMI SÜRESİNE ETKİSİ

I. Olağanüstü Zamanaşımı Rejimine Genel Bakış

A. Olağanüstü Zamanaşımı Kavramı ve Öngörülme Nedenleri

Satıcının ayıptan sorumluluğu, öngördüğü kusursuz sorumluluk rejimiyle alıcıya oldukça elverişli bazı hukuki imkânlar sunmaktadır. Bunun karşılığında ise, alıcının nimet-külfet dengesi çerçevesinde bazı sınırlamalara uyması, özellikle konumuz açısından talebini kısa zamanaşımı süreleri içerisinde ileri sürmesi gerekmektedir¹¹⁷¹. Alıcının ayıptan doğan alacak haklarına uygulanacak olan zamanaşımı sürelerini düzenleyen TBK m. 231 ve m. 244 f. III hükümleri, değindiği konularda, zamanaşımı konusundaki genel düzenlemelerin önüne geçerek ayıptan sorumlulukta özel ve katı bir zamanaşımı rejimi kurmaktadır¹¹⁷². Bu özel ve katı rejimin en önemli iki özelliği, kanun koyucunun bir taraftan iki ve beş yıl gibi kısa zamanaşımı süreleri öngörmüş olması; diğer taraftan ise, zamanaşımının işlemeye başlayacağı anın belirlenmesinde muacceliyet prensibinden ayrılarak (TBK m. 149) taşınırlarda teslimi, taşınmazlarda ise mülkiyetin naklini nazara alması şeklinde kendisini göstermektedir¹¹⁷³. İşte yukarıda aktarılmaya çalışılan bu özel ve katı zamanaşımı düzeni, satıcının ayıptan doğan garanti borcundan doğan her alacağın, prensipte tabi olduğu olağan zamanaşımı rejimini ifade etmektedir. Nitekim, çalışmamızın ikinci bölümünde alıcının ayıptan doğan taleplerini ileri sürebileceği

¹¹⁷¹ *Örneğin* bkz. Serozan, **Borçlar Özel**, N 668 vd.; Aral, **Kötü İfa**, s. 193; Keller, Siehr, **Kaufrecht**, s. 106; Giger, **BernerKomm**, OR Vorbem. zu Art. 197-210 N 26 vd.

¹¹⁷² Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 210 N 1; Gauch, **Entreprise**, N 2197; Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 738 vd.; Honsell, **BaslerKomm**, OR Art. 210 N 1; Stanislas, **Résolution**, s. 158; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 86.

¹¹⁷³ Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 210 N 1, 5; Gauch, **Entreprise**, N 2197.

olağan zamanaşımı süreleri (délai ordinaire - ordentliche Verjährung) incelenmeye çalışılmıştır¹¹⁷⁴.

Genel hükümlerden ayrılan bu iki karakteristik farklılık, temel olarak ayıptan sorumlulukta ticari işlem güvenliğinin sağlanması, alıcı ve satıcı arasında hukuki barışın tesis edilmesi ve ispat yükünün kolaylaştırılması amacına dayanmaktadır¹¹⁷⁵. Bu açıdan, satılanın alıcıya teslimiyle başlayan kısa zamanaşımı süresi, satılanın tesliminin ardından olabildiğince kısa bir sürede net ve açık bir hukuki durumun yaratılmasını ve böylece ayıplı ifa sebebiyle bozulan menfaatler dengesinin hızlı bir şekilde yeniden tesis edilmesini amaçlamaktadır. Esasen kanun koyucu, olağan zamanaşımı süreleriyle, alıcı lehine getirdiği kusursuz garanti rejimini dengelemek istemiştir.

Öte taraftan, öyle bazı özel durumlarla karşılaşılabilir ki, bu durumlarda ayıptan sorumluluk rejiminin kurulu olduğu menfaatler dengesi, alıcı aleyhine kendisi açısından tahammül edilemeyecek derecede bozulabilir. Böyle hallerde alıcının başvurabileceği kusursuz sorumluluk rejimi ve bu rejim tarafından kendisine tanınan hukuki çareler, gözden geçirme ve bildirim külfetleri ile kısa zamanaşımı süreleri nazara alındığında, ayıplı ifa ile bozulan dengenin yeniden tesisine ve ifa menfaatinin sağlanmasına izin vermez. İşte kanun koyucu TBK m. 231 f. II hükmünde bu hallerin tespitinde satıcının *ağır kusurunu* kıstas olarak belirlemiş ve taşınır satışında satıcının satılanı ayıplı olarak devretmekte ağır kusurlu olması ihtimalinde, kısa zamanaşımı süresinden yararlanamayacağını ifade etmiştir. Taşınmaz satışında ise TBK m. 244 f. III hükmünde, satıcının ağır kusuru nedeniyle zamanaşımı süresinin yirmi yıla uzayacağı öngörülmüştür. Ayrıca kanun koyucu, satıcının ağır kusurunun bulunması halinde, ayıp bildirim külfetinin aranmayacağını (TBK m. 225), keza ayıptan sorumluluğu sınırlandıran ve kaldıran anlaşmaların da kesin hükümsüz olduğunu (TBK m. 221) düzenleyerek, satıcının ağır kusurunu hukuken yaptırım altına almış ve *ağırlaştırılmış bir sorumluluk rejimi (régime de responsabilité aggravée)* kurmuştur¹¹⁷⁶.

¹¹⁷⁴ *Olağan zamanaşımı süresi (délai ordinaire - ordentliche Verjährung)* kavramı için bkz. Gauch, **recht** 2012, s. 125; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 210 N 4; Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 745; Bühler, **ZürcherKomm**, OR Art. 371 N 26 vd.

¹¹⁷⁵ Honsell, **BaslerKomm**, OR Art. 210 N 2; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 210 N 1; Gauch, **Entreprise**, N 2198; Heim, **Réparation**, s. 23; Stanislas, **Résolution**, s. 158; Engel, **Contrats**, s. 48; Serozan, **Borçlar Genel**, s. 391, 392; **İsvFM**, ATF 114 II 131 = JdT 1988 I 508; ATF 102 II 102 = JdT 1977 I 64.

¹¹⁷⁶ İsviçre Federal Mahkemesi, satıcının söz konusu sorumluluğunu tanımlamak için “*ağırlaştırılmış sorumluluk rejimi*” tabirini kullanmaktadır. Örneğin bkz. **İsvFM**, 7.9.2010, 4A_301/2010: “...CO

Söz konusu ağırlaştırılmış sorumluluk rejimi olağanüstü zamanaşımı süreleriyle birlikte, sorumsuzluk anlaşmalarının geçersiz sayılması ve ayıp bildirim külfetinin kaldırılması şeklinde üç temel sütun üzerine inşa edilmiştir. O halde, satıcının satılanı ayıplı olarak devretmekte ağır kusurlu olması halinde, ayıptan sorumluluk rejiminin üzerinde kurulu olduğu *nimet-külfet dengesi* çökmekte, bu dengenin yeniden tesis edilmesi, olağan zamanaşımı süresi içinde mümkün olmadığından, TBK m. 231 f. I ve m. 244 f. III'te öngörölmüş olan kısa zamanaşımı sürelerinden vazgeçilmekte, onun yerine olağanüstü şartlar altında uygulanabilecek olan, olağanüstü bir zamanaşımı rejimi uygulanma imkânı bulunmaktadır. Zira, ayıptan sorumluluk rejimi, her ne kadar kusursuz sorumluluk esasına dayansa da, satılanı ayıplı olarak devretmekte herhangi bir kusuru bulunmayan satıcı ile ayıbın varlığından haberdar olup da alıcıyı uyarmayan yahut ayıbın varlığından kolaylıkla haberdar olabilecek satıcının, aynı uzunlukta bir süre ile sorumlu tutulması, esasen bu hükümler ile tesis edilmeye çalışılan menfaatler dengesine ve bu denge ile amaçlanan hakkaniyet ilkesine aykırılık doğurmaktadır. Bu durumda ağır kusurlu olan satıcı, dolaylı olarak kısa zamanaşımı süreleri ile korunmayı hak etmemektedir¹¹⁷⁷. Bu sebeple kanun koyucu, satılanı bilerek ve isteyerek ayıplı teslim eden yahut satılanın ayıplı olduğu hususunda ağır ihmali bulunan satıcının, alıcı karşısında daha fazla korunmaması gerektiğini düşünmüştür. Böylece, satılanın ayıplı olmasında herhangi bir kusuru bulunmayan yahut hafif kusuru bulunan satıcıya nazaran, ağır kusurlu satıcının sorumlu olduğu süre uzatıldığı gibi, dayanabileceği sorumsuzluk anlaşmasının geçerli olmadığı, ayrıca ayıp bildiriminde bulunulmadığını ileri süremeyeceği de düzenlemiştir. O halde, olağanüstü zamanaşımı rejimi, temelde TMK m. 2 f. I hükmünde ifade edilen dürüstlük kuralı ilkesinin de bir uygulamasını teşkil etmektedir. Zira, kanunun *ratio legis*'ine göre, ağır kusurlu olan satıcının kısa zamanaşımı süresinin dolduğunu iddia etmesi, dürüstlük kuralına aykırıdır.

art. 210 al. III, CO art. 199 ve art. 203 gibi, satıcının hilesi durumunda ağırlaştırılmış sorumluluk rejimi ihdas eden düzenlemelerden biridir...". Aynı yönde bkz. **Yargıtay** HGK, T. 27.3.2015, E. 2013/19-1696, K. 2015/1109 (kazancı); **Yargıtay** HGK, T. 29.3.2017, E. 2017/13-664, K. 2017/573 (kazancı); **Yargıtay** HGK, T. 24.5.2017, E. 2017/19-1633, K. 2017/1093 (kazancı) **Yargıtay** HGK, T. 24.5.2017, E. 2017/19-1633, K. 2017/1093 (kazancı): "...Eğer alıcı iğfal edilmiş, yani maldaki ayıp ondan bilerek saklanmış ise Kanunun öngördüğü çözüm satıcı bakımından ağırlaştırılmış bir sorumluluğu gerektirmektedir...". Aynı yönde bkz. Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO Intro. art. 197-210 N 44.

¹¹⁷⁷ Pedrazzini, **Dissimulation**, N 1084; Tunçomağ, **Borçlar Özel**, s. 193.

O halde, satıcının ağır kusurlu olduğu böyle durumlarda, ayıptan sorumluluk rejimi içinde öngörülen olağan zamanaşımı süresi değil, aslında ayıptan sorumluluk hükümleri tarafından dışlanmış olan ve genel hükümlerde düzenlenen zamanaşımı süresi uygulanacaktır. Genel hükümlerde düzenlenen hangi sürelerin uygulanacağı tartışmalı olsa da¹¹⁷⁸, TBK m. 231 f. II (CO art. 210 al. VI) hükmünün genel hükümlere atıf yaptığı hususunda öğretide görüş birliği mevcuttur¹¹⁷⁹. Keza, Alman Hukuku'nda BGB § 438 Abs. III hükmünde de genel zamanaşımı sürelerinin uygulama alanı bulacağı açıkça ifade edilmiştir¹¹⁸⁰. Taşınmaz satışında ise, kanun koyucu mehz İsviçre kanunundan ayrılarak, yirmi yıllık uzun bir zamanaşımı süresinin uygulanacağını öngörmüştür.

İşte satıcının ağır kusuru, ayıptan sorumluluğa ilişkin olağan zamanaşımı sürelerini bertaraf ederek, taşınırlarda genel hükümlerde düzenlenen zamanaşımı sürelerinin, taşınmazlarda ise yirmi yıllık zamanaşımı süresinin uygulanmasına neden olduğu için, bu bölüm altında incelenen zamanaşımı rejimi “*olağanüstü zamanaşımı süresi (délai extraordinaire)*” olarak adlandırılmıştır¹¹⁸¹. Unutulmamalıdır ki, olağanüstü zamanaşımı süreleri emredici olduğundan, tarafların anlaşarak bu süreleri bertaraf etmeleri mümkün değildir¹¹⁸². Bu açıdan bakıldığında, söz konusu sürelerin önemi daha iyi anlaşılabilecektir. Zira, kanun koyucu bu hallerde ağır kusurlu olan satıcıyı değil, açık bir şekilde alıcıyı korumaktadır. Nitekim, satıcının ağır kusurunu yaptırma bağlayan hükümlerin, hakkaniyet düşüncesiyle zayıf tarafın korunması ilkesine hizmet ettiği kabul edilmektedir¹¹⁸³. Öte yandan, söz konusu hükümlerin, büyük bir ihmalkârlık göstererek satılanı ayıplı devreden veya

¹¹⁷⁸ Bkz. aşağıda B.4/III/B/1.

¹¹⁷⁹ Örneğin bkz. Cavin, **Vente**, s. 10, 107; Honsell, **BaslerKomm**, OR Art. 210 N 1; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 210 N 16; Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 749.

¹¹⁸⁰ Bu konuda bkz. Brox, Walker, **SchuldR BT**, § 4 N 129; Medicus, Lorenz, **SchuldR BT**, § 9 N 13, 14; Westermann, **MünchKomm**, BGB § 438 N 28; Looschelders, **BT**, N 159.

¹¹⁸¹ Nitekim, İsviçre-Türk öğretisinde bazı eserlerde bu yönde bir nitelendirme yapılmaktadır. Bkz. Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 210 N 16; Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 749; Tercier, **Construction**, N 831; Müller, Mader, **Contrats**, N 277; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1320.

¹¹⁸² Pedrazzini, **Dissimulation**, N 191; Huguenin, **OR**, N 2636; Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 822; Zindel, Pulver, Schott, **BaslerKomm**, OR Art. 371 N 42a; Gautschi, **BernerKomm**, OR Art. 371 N 28a; Witschi, **Garantiefrieten**, s. 65; Pichonnaz, **SJZ 2013**, s. 74; Niklaus, **Prescription**, N 724.

¹¹⁸³ Lörtscher, **Haftungsbeschränkungen**, s. 144; Pedrazzini, **Dissimulation**, N 191. Aynı yönde bkz. Gauch, **Entreprise**, N 2583; Koller, **Nachbesserung**, N 203; Koller, **Werkvertrag**, N 862; Tunçomağ, **Borçlar Özel**, s. 193.

satılanı kasten ayıplı ifa eden satıcıyı cezalandırma ve kamu düzenini koruma amacına dayandığı da savunulmaktadır¹¹⁸⁴.

B. 818 sayılı eBK Dönemi'nde ve İsviçre Hukuku'nda Olağanüstü Zamanaşımı Rejimi

TBK m. 231 f. II hükmünün eski Borçlar Kanunu'ndaki karşılığını oluşturan eBK m. 207 f. III hükmünde¹¹⁸⁵ satıcının alıcıyı iğfal etmiş olması durumunda, bir yıllık müruru zamandan istifade edemeyeceği düzenlenmişti. Söz konusu “iğfal etme” kavramından, satıcının hile (*aldatma*) ile satılanı ayıplı devretmesi, satılana mevcut olan bir ayıbı gizleyerek, kasten ayıplı ifada bulunması veya mevcut olmadığını bildiği bir niteliği kasten varmış gibi alıcıya bildirmesi durumunun düzenlenmiş olduğu kabul edilmekteydi¹¹⁸⁶. Nitekim, eBK m. 196 (TBK m. 221) hükmünde satıcı, ayıbı alıcıdan hile ile gizlemiş ise satımda tekeffül hükmünü ıskat veya tahdit eden her şartın batıl olduğu düzenlenmişti. Bu hükümde kanun koyucu, ayıbın hile ile gizlenmesi kavramına yer vererek, satıcının hileli davranışlarını açıkça yaptırma tabi tutmuştu. Söz konusu düzenlemelere paralel olarak, eBK m. 200 (TBK m. 225) hükmünde, alıcıyı iğfal etmiş olan satıcının, ayıbın kendisine vaktinde ihbar edilmemiş olduğunu ileri sürerek mesuliyetten kurtulamayacağı ifade edilmişti. Belirtmemiz gerekir ki, satıcının satılanı hile ile ayıplı devretmesi halinde kısa zamanaşımı sürelerinden istifade edememesi, yukarıda açıklamaya çalıştığımız gerekçelere ek olarak¹¹⁸⁷, kasten gizlenmiş bir ayıbın ortaya çıkarılmasındaki güçlük nazara alındığında, mevcut zamanaşımı sürelerinin alıcı açısından ayıbın ortaya çıkarılması için yeterli olmayacağı fikrine dayanmaktaydı.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun aksine, eBK m. 207 f. III ve diğer hükümler, mehzat İsviçre Borçlar Kanunu'ndan aynen iktibas edilmiştir. Nitekim, CO art. 210 al. VI hükmünde satıcının alıcıyı kasten yanılttığı (*induire en erreur*

¹¹⁸⁴ Giger, **BernerKomm**, OR Art. 203 N 8; Pedrazzini, **Dissimulation**, N 1086; Gautschi, **BernerKomm**, OR Art. 370 N 8d; Witschi, **Garantiefristen**, s. 58.

¹¹⁸⁵ Belirtmek isteriz ki, söz konusu hüküm, eTTK m. 25 f. I b. 6 hükmünde öngörülen altı aylık zamanaşımına tabi olan satış sözleşmelerine de uygulanmaktaydı. Bkz. **Yargıtay** 13. HD, T. 30.11.2015, E. 2015/25402, K. 2015/734826 (kazancı): “...Taraflar tacir olup 6762 sayılı Türk Ticaret Kanununun 25/4. maddesi uyarınca ticari satışlarda 6 aylık zamanaşımı süresi öngörülmüşse de 818 sayılı Borçlar Kanununun 207/son maddesi gereğince satıcı alıcıyı iğfal etmiş ise 6 aylık zamanaşımı süresinden faydalanılamaz. Bu durumda 10 yıllık zamanaşımı süresi uygulanır...”

¹¹⁸⁶ Schluep, **Nachbesserung**, s. 89; Gauch, **Entreprise**, N 2090; Pedrazzini, **Dissimulation**, N 113-116; Cavin, **Vente**, s. 91; **İsvFM**, 7.9.2010, 4A_301/2010.

¹¹⁸⁷ Bkz. yukarıda B.4/I/A.

intentionnellement - absichtliche Täuschung) ispat edilirse, satıcının ayıptan sorumluluğa ilişkin zamanaşımı sürelerinden yararlanamayacağı düzenlenmiştir. CO art. 199 (eBK m. 196 - TBK m. 221) hükmünde satıcının satılanın ayıplarını hile ile gizlemesi (*frauduleusement dissimulé - arglistig verschwiegen*) durumunda ayıptan sorumluluğu kaldıran ya da sınırlayan bütün şartların kesin hükümsüz olduğu düzenlenmiştir. Öte yandan, “*alıcının aldatmasının etkisi*” başlığını taşıyan CO art. 203 (eBK m. 200; TBK m. 225) hükmünde alıcıyı kasten yanıltan satıcının (*induire en erreur intentionnellement - absichtliche Täuschung*) ayıp bildiriminin uygun sürede yapılmadığını ileri süremeyeceği düzenlenmiştir. İsviçre öğretisinde söz konusu terminolojik farklılıkların¹¹⁸⁸ pratik bir önemin bulunmadığı, kullanılan bütün terimlerin, tek ve aynı davranışı hedef tuttuğu ve bu davranışın da esasen CO art. 28 (TBK m. 36) hükmünde düzenlenen satıcının aldatması olduğu ifade edilmektedir¹¹⁸⁹. Bu durum temelde, mevcut olmayan niteliklerin var gibi gösterilmesi veya mevcut ayıpların gizlenmesi yoluyla alıcının kasten hataya düşürülmesi ve bu hatadan menfaat elde edilmesi şeklinde kendisini göstermektedir.

818 sayılı eski Borçlar Kanunu döneminde ve halen İsviçre Hukuku’nda, olağanüstü zamanaşımı rejiminin uygulanabilmesi için, satıcının hile ile satılndaki ayıpları gizlemesi ve satılanı alıcıya ayıplı olarak devretmiş olması, yani alıcıyı *iğfal etmesi* gerektiği düzenlenmiştir¹¹⁹⁰. Esasen söz konusu hilenin gerçekleşme şekli ve koşulları, eBK m. 28 (TBK m. 36; CO art. 28) hükmünde düzenlenen hile ile aynıdır¹¹⁹¹. Yalnızca bu durumda, satıcının hilesinin, alıcıyı sözleşme akdetmeye

¹¹⁸⁸ CO art. 370 (TBK m. 477) hükmünde ise ayıbın kasten gizlenmesi (*intentionnellement dissimulé - absichtlich verschwiegen*) kavramına yer verilmiştir. Söz konusu terim farklılığının pratik öneminin olmadığı ve temelde hilenin düzenlenmiş olduğu yönünde bkz. Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO Intro. art. 197-210 N 44; Pedrazzini, **Dissimulation**, N 85-87; Giger, **BernerKomm**, OR Art. 199 N 26 vd.; Gauch, **Entreprise**, N 2275; Gauch, **recht 2012**, s. 125, dn. 7; Furrer, **Gewährleistung**, s. 59; Yavuz, **Ayıp**, s. 125; **İsvFM**, 26.11.2003, 4C.251/2003; 20.5.2014, 4A_619/2013; 7.9.2010, 4A_301/2010: “...Söz konusu hükümlerde kullanılan terim farklılıklarına rağmen, (*dissimuler frauduleusement - induire en erreur intentionnellement*) mevcut düzenlemelerde aynı aldatma (*hile*) kavramı üzerinde durulmaktadır...”. Karşı görüşte bkz. Becker, **BernerKomm**, OR Art. 370 N 3.

¹¹⁸⁹ Pedrazzini, **Dissimulation**, N 85-87; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 199 N 3, CO art. 203 N 4; Yavuz, **Ayıp**, s. 125; Mustafa Ünlütepe, “Taşınır Satış Sözleşmesinde Satıcının Ayıptan Sorumluluğu Bakımından Gözden Geçirme ve Bildirim Külfetinin Yerine Getirilmesinin Tabi Olduğu Süreler”, **MÜHF-HAD**, C. 24, S. 1, 2018, s. 296-335 (Külfet), s. 324; **İsvFM**, 7.9.2010, 4A_301/2010.

¹¹⁹⁰ Gauch, **Entreprise**, N 2090; Tandoğan, **Borçlar Özel**, Cilt I/1, s. 203; Pedrazzini, **Dissimulation**, N 332; **İsvFM**, 26.11.2003, 4C.251/2003; 7.9.2010, 4A_301/2010.

¹¹⁹¹ Pedrazzini, **Dissimulation**, N 86; Neuenschwander, **Schlechterfüllung**, s. 100; Yavuz, **Ayıp**, s. 125; **İsvFM**, 26.11.2003, 4C.251/2003; 7.9.2010, 4A_301/2010; 13.7.2005, 4C.16/2005 = RNRF 88/2007, s. 281; **İsvFM**, ATF 116 II 431 = JdT 1991 I 45. Aynı yönde bkz. Venturi, Zen-Ruffinen,

yönetmesi, başka bir deyişle satış sözleşmesinin akdedilmesinin satıcının hilesi neticesinde gerçekleşmesi şart değildir¹¹⁹². Öte yandan, İsviçre Federal Mahkemesi, ayıbın hile ile gizlendiğinin kabul edilebilmesi ve olağanüstü zamanaşımı rejiminin uygulanabilmesi için, aldatmanın düzenlendiği CO art. 28 (TBK m. 36) hükmüne paralel şekilde, ayıbın gizlenmesinin, sözleşmenin kurulması üzerinde belirleyici bir etkisinin bulunması gerektiğini ifade etmektedir¹¹⁹³.

TBK m. 36 hükmünde düzenlenen aldatmada olduğu gibi, satılardaki ayıpların hile ile gizlenmesi, farklı şekillerde kendisini gösterebilir. Bu durum, alıcının satılarda ayıp bulunmadığı konusundaki yanlışlığından satıcının istifade etmesi şeklinde gerçekleşebileceği gibi¹¹⁹⁴, satıcının kasten, aktif bir davranış ile alıcıyı yanıltması şeklinde de gerçekleşebilir¹¹⁹⁵. Satıcının alıcıyı yanılttığı durumlar ise, temelde bir ayıbın gizlenmesi şeklinde meydana gelebileceği gibi, satılarda esasen mevcut olmayan bir niteliğin varmış gibi gösterilmesi¹¹⁹⁶ neticesinde de

CommRomand, CO Intro. art. 197-210 N 44. Karşı görüşte bkz. Schluep, **Nachbesserung**, s. 88, 89.

¹¹⁹² Furrer, **Gewährleistung**, s. 84; Oser, Schönenberger, **ZürcherKomm**, OR Art. 199 N 5; Pedrazzini, **Dissimulation**, N 368; Yavuz, **Ayıp**, s. 125. Aynı yönde bkz. **İsvFM**, 20.5.2014, 4A_619/2013.

¹¹⁹³ *Kanımızca*, bu durumda İsviçre Federal Mahkemesi, aldatma sebebiyle sözleşmenin geçersiz hale getirilmesinde olduğu gibi, sözleşmenin kurulmasının yahut mevcut şartlarda kurulmasının doğrudan doğruya aldatmanın sonucu olması gerektiğini belirtmemekte, yalnızca bu sonuç üzerinde *etkili olmasını* aramaktadır. Böylece, Yüksek Mahkeme bu şartı daha esnek bir şekilde uygulamaktadır. Federal Mahkemenin bu konudaki yerleşik içtihadı için bkz. **İsvFM**, 20.5.2014, 4A_619/2013; 12.4.2011, 4A_70/2011 = RNRF 93/2012, s. 300: "... Ayıbın gizlenmesi sözleşmenin kurulması konusunda belirleyici bir rol oynamalıdır. Şayet hilenin bulunmaması durumunda alıcının aynı koşullar altında sözleşmeyi akdetmeyeceği söylenebiliyorsa, nedensellik bağının koptuğu kabul edilmelidir..."; **İsvFM**, ATF 66 II 132 = JdT 1940 I 561; ATF 81 II 138 = JdT 156 I 46; SJ 1987 181; **KanM (Valais)**, 24.2.1971, RVJ 1971, s. 84. Krş. **İsvFM**, ATF 129 III 320. Aynı yönde bkz. **Yargıtay** 13. HD, T. 22.5.2000, E. 2000/4481, K. 2000/5000 (kazancı): "...Anılan bu kanun hükmüne satıcının satım akdinin inika'dı sırasında alıcıyı iğfal etmesi, onu kandırıp ikna etmesi ve ayıplı malın satımının bu iğfal sonucunda gerçekleşmiş olması halinde uygulanır..."

¹¹⁹⁴ **İsvFM**, ATF 116 II 431 = JdT 1991 I 45; ATF 62 II 163 = JdT 1936 I 601; ATF 81 II 138 = JdT 1956 I 46: karara konu olan olayda İsviçre Federal Mahkemesi, satıcının satış sözleşmesinde yazılı olan yüz ölçümünün gerçeğe uygun olmadığını bilerek susması ve alıcının yanlışlığından yararlanması durumunda ayıbın hile ile gizlendiğine karar vermiştir.

¹¹⁹⁵ Gauch, **Entreprise**, N 2092; Pedrazzini, **Dissimulation**, N 109-112; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 203 N 4; **İsvFM**, 7.9.2010, 4A_301/2010.

¹¹⁹⁶ **İsvFM**, ATF 81 II 207 = JdT 1956 I 104: karara konu olayda satılan taşınmazın belirli miktarda kira geliri getireceğinin vadedilmesi, satılanın haiz olmadığı bir niteliğin kasten alıcıya varmış gibi gösterilmesi olarak değerlendirilmiştir. **İsvFM**, ATF 116 II 431 = JdT 1991 I 45: Satılan aracın "*fabrikadan çıkma (sortant de la fabrique - fabrikneu)*" olarak nitelendirilmesine rağmen üç yıl önce ithal edildiğinin anlaşılması durumunda, alıcının mevcut olmayan nitelikler hususunda yanıltıldığına karar verilmiştir. **İsvFM**, 26.11.2003, 4C.251/2003: aracın şasesinde hasar olmasına rağmen, bu durumu bilen satıcının, araçta herhangi bir sorunun bulunmadığının ifade etmesi, aynı şekilde satıcının hileli davrandığını göstermektedir.

Satılan dükkanın günde 90-100 Frank gelir getireceğinin vadedilmesine rağmen, günde 50 Frank gelir getirmesi de aynı şekilde alıcının aldatıldığını göstermektedir. Bkz. Pedrazzini, **Dissimulation**, N 116.

oluşabilir¹¹⁹⁷. Satılarda mevcut olan ayıpların varlığı konusunda satıcının susması¹¹⁹⁸, doğrudan doğruya ayıbı gizlemesi¹¹⁹⁹ veya satıcının ayıpları daha az görünür hale getirmesi, ayıbın gizlenmesi başlığı altında değerlendirilebilir¹²⁰⁰. Satıcının alıcıyı aldatması, yahut satılardaki ayıpları hile ile gizlemesi, aktif bir davranışla gerçekleştirilebileceği gibi, pasif bir davranışla da gerçekleştirilebilir¹²⁰¹. Başka bir ifade ile, bir irade sakatlığı türü olan aldatmada olduğu gibi, ayıbın hile ile gizlenmesi hali, satıcının bir hareketinden veya hareketsizliğinden ileri gelebilir. Satıcının hareketsizliğinin ayıbın hileyle gizlenmesi sonucunu doğurabilmesi için, satıcının alıcıyı bilgilendirme yükümlülüğünün bulunması şarttır¹²⁰². Öte yandan, satıcının ayıbı hile ile gizlediğinin kabul edilebilmesi için ağır şartlar aranmamalıdır. Zira, satıcının ayıbı bilmesi, buna rağmen alıcının ayıbı tespit edemeyeceğini düşünerek susması yeterli görülmelidir¹²⁰³.

Olağanüstü zamanaşımı rejiminin uygulanabilmesinin en önemli şartı ise ayıbın hile ile gizlenmesinde satıcının *kasten hareket etmesi* durumudur¹²⁰⁴. Bu husus mehzat İsviçre Kanunu CO art. 210 al. VI hükmünde alıcının kasten yanıltılması

¹¹⁹⁷ Schluep, **Nachbesserung**, s. 89; Amaudruz, **Garantie**, s. 93; Gauch, **Entreprise**, N 2092, 2095; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 203 N 4; Pedrazzini, **Dissimulation**, N 113-116; Cavin, **Vente**, s. 91; **İsvFM**, 7.9.2010, 4A_301/2010.

¹¹⁹⁸ **İsvFM**, 12.4.2011, 4A_70/2011 = RNRF 93/2012, s. 300; 20.5.2014, 4A_619/2013; **İsvFM**, 10.12.1986, SJ 1987 177 = DC 1987 70: karara konu olayda satın alınan saunanın tabanında suların birikmesi sonucunda, saunanın su sızdığını bilmesine rağmen satıcının bu konuda susması, kasten ayıbı gizleme olarak nitelendirilmiştir. **İsvFM**, ATF 66 II 139 = JdT 1940 I 563: karara konu olayda satılan evdeki nem sorunun evin yapımındaki bir hatadan ileri geldiğinin alıcıya söylenmemesi, ayıbın gizlenmesi olarak nitelendirilmiştir.

¹¹⁹⁹ Hayvan satışında satılan boğaların “*brune - brown*” ırkına ait olduğunu gösteren karındaki beyaz lekelerin gizlenmesi, bu duruma örnek olarak gösterilebilir. Bkz. Pedrazzini, **Dissimulation**, N 114.

¹²⁰⁰ Pedrazzini, **Dissimulation**, N 113. Ayrıca bkz. Schluep, **Nachbesserung**, s. 88, 89.

¹²⁰¹ Schluep, **Nachbesserung**, s. 89; Pedrazzini, **Dissimulation**, N 117; Yavuz, **Ayıp**, s. 100; **İsvFM**, 12.4.2011, 4A_70/2011 = RNRF 93/2012, s. 300; 7.9.2010, 4A_301/2010; **İsvFM**, ATF 116 II 431 = JdT 1991 I 45. Aynı yönde bkz. Cavin, **Vente**, s. 91.

¹²⁰² Merz, **Obligations**, s. 47, 48; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 199 N 3; Pedrazzini, **Dissimulation**, N 131; **İsvFM**, 4.7.2018, 4A_245/2018; 20.5.2014, 4A_619/2013. İsviçre Federal Mahkemesi pek çok kararında satıcının alıcıyı bilgilendirme yükümlülüğünün dürüstlük kuralından doğduğunu ifade etmektedir. Ancak, alıcının kolaylıkla tespit edebileceği ayıplar için, satıcının bilgilendirme yükümlülüğünün bulunduğu söylenemez. Bkz. Neuenschwander, **Schlechterfüllung**, s. 99; Giger, **BernerKomm**, OR Art. 199 N 43: “*ohne weiteres*”; Pedrazzini, **Dissimulation**, N 440; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 199 N 3; Lörtscher, **Haftungsbeschränkungen**, s. 139; **İsvFM**, 20.5.2014, 4A_619/2013; 12.4.2011, 4A_70/2011 = RNRF 93/2012, s. 300; 13.7.2005, 4C.16/2005 = RNRF 88/2007, s. 281; 7.9.2010, 4A_301/2010; 20.5.2014, 4A_619/2013; **İsvFM**, ATF 116 II 431; ATF 143 III 495.

¹²⁰³ Furrer, **Gewährleistung**, s. 59; **İsvFM**, 20.5.2014, 4A_619/2013; 18.7.2013, 4A_622/2013 = SJ 2013 I 454; 7.9.2010, 4A_301/2010; **Yargıtay** 19. HD, T. 1.7.2015, E. 2015/5143, K. 2015/9722 (kazancı).

¹²⁰⁴ Giger, **BernerKomm**, OR Art. 199 N 27; von Büren, **OR BT**, s. 36; Amaudruz, **Garantie**, s. 93; Gauch, **Entreprise**, N 2092; Pedrazzini, **Dissimulation**, N 490. Ayıbın hile ile gizlenmesi kavramı (CO art. 199; eBK m. 196) ile alıcının kasten yanıltılması (CO art. 210 al. VI; eBK m. 207 f. III) kavramlarının farklı kavramlar olduğu görüşünde bkz. Bucher, **OR BT**, s. 85, 86.

(*induire en erreur intentionnellement - absichtliche Täuschung*) şeklinde ifade edilmiş, eBK m. 207 f. III hükmünde ise alıcının iğfal edilmesinden bahsedilmiştir. Bu durumda olağanüstü zamanaşımı rejiminin sübjektif ve en önemli şartı, TBK m. 36 (eBK m. 28; CO art. 28) hükmünde düzenlenen aldatmada olduğu gibi¹²⁰⁵, “kasıt” unsurudur. O halde, ayıbın gizlenmesi, hangi şekilde gerçekleşirse gerçekleşsin, mutlaka kasten yapılmalıdır. Satıcının ağır kusuru, alıcıyı hile ile iğfal etmek açısından yeterli değildir¹²⁰⁶. Ancak, belirtmemiz gerekir ki, istisnaen öğretide, meslekten satıcı veya yapımcı (*imalatçı*) açısından, kendilerinin ayıbı bilmesi gerektiği durumlarda, yani ağır kusurlu olmaları halinde, eBK m. 207 f. III hükmünün uygulanması gerektiği savunulmuştur¹²⁰⁷.

Diğer taraftan, kasttan bahsedebilmemiz için, failin sonucu tasavvur etmesi yani, bu sonucun bilincinde olması (*bilinç - conscience - Wissen*) ve söz konusu sonucu istemesi (*irade - volonté - Wollen*) şarttır¹²⁰⁸. O halde, satıcı ilk olarak, satılarda mevcut olan ayıbın bilincinde ve söz konusu ayıptan haberdar olmalıdır. İkinci olarak, kastın diğer unsurunun, yani *irade* şartının gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Bu durumda satılardaki ayıpların farkında olan satıcının, ayrıca ayıbı gizleyerek alıcıyı iğfal etmesi ve onu hataya sevk etmek istemesi zorunludur¹²⁰⁹. Zira, yalnızca satılardaki ayıpları bilen ve buna rağmen ayıpları gizleyen satıcı, hilesinden sorumlu tutulabilir¹²¹⁰.

¹²⁰⁵ Aldatmada karşı tarafı yanıltan davranışın, mutlaka kasten yapılması gerektiği yönünde bkz. Schmidlin, **CommRomand**, CO art. 28 N 19; Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Cilt I, N 357; Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Genel**, s. 452, 453.

¹²⁰⁶ Pedrazzini, **Dissimulation**, N 495; Giger, **BernerKomm**, OR Art. 199 N 46; **İsvFM**, 4.7.2018, 4A_245/2018; 26.6.2014, 4A_97/2014; 7.9.2010, 4A_301/2010; **KanM (Genève)**, 19.6.2018, ACJC 807/2018.

¹²⁰⁷ Yavuz, **Ayıp**, s. 125, 163. Nitekim, TBK m. 225 f. II hükmü nazara alındığında, *Yavuz'un* söz konusu görüşünün 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun yapım sürecinde etkili olduğu anlaşılmaktadır.

¹²⁰⁸ Karl Oftinger, Emil W. Stark, **Schweizerisches Haftpflichtrecht**, Erster Band: Allgemeiner Teil, 5. Auflage, vollständig überarbeitet und ergänzt von Emil W. Stark, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, 1995 (Haftpflicht), § 5 N 44; Deschenaux, Tercier, **Responsabilité**, s. 82; Heinrich Honsell, Bernhard Isenring, Martin A. Kessler, **Schweizerisches Haftpflichtrecht**, 5. neu bearbeitete und ergänzte Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2013 (Haftpflicht), § 6 N 30; Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Cilt II, N 158; Amaudruz, **Garantie**, s. 93; Heim, **Réparation**, s. 46; **İsvFM**, 7.9.2010, 4A_301/2010; 13.7.2005, 4C.16/2005 = RNRF 88/2007, s. 281. Öte yandan, kastın tek başına yeterli olup olmadığı, bunun yanında hile kastının da aranıp aranmayacağı öğretide tartışmalıdır. Bu konudaki görüşlerin ayrıntılı bir değerlendirmesi için bkz. Pedrazzini, **Dissimulation**, N 498-512.

¹²⁰⁹ Pedrazzini, **Dissimulation**, N 547; Giger, **BernerKomm**, OR Art. 199 N 45; **İsvFM**, 7.9.2010, 4A_301/2010; 13.7.2005, 4C.16/2005 = RNRF 88/2007, s. 281.

¹²¹⁰ İfade etmek gerekir ki, satıcının kastı ile ilgili açıklamalar halen 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu açısından geçerliliğini koruduğu için, konunun ayrıntısına aşağıda, ayrı bir başlık altında detaylı bir şekilde değinilmiştir. Bkz. aşağıda B.4/II/B/1.

Öte yandan, hile açısından, doğrudan kast şart olmayıp, satıcının *dolaylı veya ihtimali kastı (dolus eventualis)* da yeterli görülmektedir¹²¹¹. İhtimali kast, özellikle kişinin sonucu doğrudan doğruya istememekle beraber, yani satıcının alıcıyı yanıltma arzusunda olmayıp, bu sonucun gerçekleşme ihtimalini göze alarak hareket ettiği durumlarda söz konusu olur¹²¹². Özellikle satıcının ayıbın varlığından haberdar olması sebebiyle, satılndaki ayıbı alıcıya bildirme yükümlülüğünün bulunduğu kabul edilebiliyorsa, bu halde susarak alıcının ayıbın varlığı konusunda yanılmasına neden olması, ihtimali kast ile hareket ettiğini gösterir.

Satılanın hile ile ayıplı olarak alıcıya devredildiğinin kabul edilebilmesi için, satılnda *gizlenebilir (dissimulable)*, dolayısıyla alıcıyı iğfal etmeye uygun bir ayıbın bulunması şarttır¹²¹³. Gizlenebilir bir ayıp için ise, ilk olarak, ayıbın *açık ayıp niteliğinde olmaması*, yani satılnda basit bir incelemeyle tespit edilemeyen bir ayıbın¹²¹⁴ mevcut olması gerekmektedir¹²¹⁵. O halde, alıcıyı iğfal etmeye uygun olan ayıp, gözden geçirmeyle (*muayeneyle*) tespit edilebilen bir ayıp olabileceği gibi¹²¹⁶ (eBK m. 198 f. I; CO art. 201 al. I), ancak kullanımla ortaya çıkabilen gizli bir ayıp da (eBK 198 f. II; CO art. 201 al. II) olabilir. İkinci olarak, ayıbın gizlenebilir bir ayıp olması için, alıcının söz konusu nitelik eksikliklerinin varlığından haberdar olmaması, yani *ayıbı bilmemesi* şarttır¹²¹⁷. Zira, alıcının bildiği ayıplardan, satıcının ayıba karşı tekeffül yükümlülüğü bulunmadığı gibi (eBK m. 197; CO art. 200 al. I); alıcının bildiği ayıpları satıcının hile ile gizlediği de söylenemez. Öte yandan, eBK

¹²¹¹ Heim, **Réparation**, s. 46; Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 826; Honsell, **OR BT**, s. 104; Pedrazzini, **Dissimulation**, N 520; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 299 N 3, dn. 6; **İsvFM**, 7.9.2010, 4A_301/2010; 20.5.2014, 4A_619/2013; 12.4.2011, 4A_70/2011; 13.7.2005, 4C.16/2005 = RNRF 88/2007, s. 281; **İsvFM**, 10.12.1986, SJ 1987 177 = DC 1987 70; **KanM (Genève)**, 19.6.2018, ACJC 807/2018.

¹²¹² Deschenaux, Tercier, **Responsabilité**, s. 82; Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Cilt II, N 158; Eren, **Borçlar Genel**, s. 600.

¹²¹³ Gauch, **Entreprise**, N 2092; Pedrazzini, **Dissimulation**, N 322. Aynı yönde bkz. **Yargıtay** 19. HD, T. 1.7.2015, E. 2015/5143, K. 2015/9722 (kazancı): "...Hal böyle olunca, somut olayda iğfalden söz edilemez. Zira, yukarda belirtildiği üzere aracın durumunun tramer kayıtlarından öğrenilebileceği bellidir..."

¹²¹⁴ **İsvFM**, 20.5.2014, 4A_619/2013; 7.9.2010, 4A_301/2010. Söz konusu ayıp ayrımları için bkz. Oktay-Özdemir, **Ayıp**, s. 45-50; Gauch, **Entreprise**, N 2074 vd.; **Yargıtay** HGK, T. 27.3.2015, E. 2013/19-1696, K. 2015/1109 (kazancı).

¹²¹⁵ Gautschi, **BernerKomm**, OR Art. 370 N 8b; Gauch, **Entreprise**, N 2092; Pedrazzini, **Dissimulation**, N 323.

¹²¹⁶ İsviçre Federal Mahkemesi, satılan arsanın inşaaatı uygun olmasının belirtilmesi karşında, ancak üçte ikisinin inşaaatı uygun olduğunun ve çeşitli imar sınırlamalarının bulunduğunun öğrenilmesi durumunda, ayıbın hile ile gizlendiğine hükmetmiştir. Karar için bkz. **İsvFM**, RNRF 71/1990, s. 367-369. Aynı yönde bkz. **İsvFM**, ATF 81 II 138 = JdT 1956 I 46.

¹²¹⁷ Gauch, **Entreprise**, N 2092; Gautschi, **BernerKomm**, OR Art. 370 N 8b; Oser, Schönenberger, **ZürcherKomm**, OR Art. 199 N 6; Pedrazzini, **Dissimulation**, N 330; Heim, **Réparation**, s. 46; Furrer, **Gewährleistung**, s. 59; **İsvFM**, 15.6.2015, 4A_11/2015; 20.5.2014, 4A_619/2013.

m. 197 (CO art. 200 al. II) hükmünde kanun koyucu, ikinci bir ihtimale yer vererek, satıcının ayrıca temin etmemişse, alıcının yeteri derecede gözden geçirmekle (*basit bir incelemeyle*) fark edebileceği ayıplardan sorumlu olmayacağını düzenlemiş ve söz konusu durumu, alıcının ayıbı bildiği ihtimalle aynı şekilde değerlendirmiştir¹²¹⁸. İşte bu noktada, ifade edilmelidir ki, satıcı, söz konusu ayıbı hile ile kasten gizlemişse, bu durumda her ne kadar ayıp basit bir gözden geçirmeyle (*incelemeyle*) fark edilebilecek olsa da, satılanın söz konusu ayıplarından yine de sorumludur¹²¹⁹. Bu durumda artık satıcı, alıcının yeterince dikkat gösterse idi ayıbı fark edebileceğini ileri sürerek sorumluluktan kurtulamayacaktır.

Öte yandan, satılndaki ayıpların hile ile gizlendiğinin kabul edilebilmesi için alıcının *yanılması*, başka bir ifadeyle *ayıbın varlığından veya mahiyetinden haberdar olmaksızın satış sözleşmesini akdetmiş olması* gerekmektedir¹²²⁰. Bu açıdan, yanılmanın muhakkak sözleşme konusu malın niteliklerine yönelmesi, ayıbın varlığı ve mahiyeti açısından alıcının hataya düşmesi şarttır. Keza, satılndaki mevcut nitelik eksiklikleri hakkında var olan bir yanılmanın, muhakkak eBK m. 24 (TBK m. 32; CO art. 24) hükmü uyarınca esaslı sayılması aranmamaktadır¹²²¹. Öte yandan, satıcının yanılmasının en geç taşınırlarda satılanın teslimi, taşınmazlarda mülkiyetin nakli anında mevcut olması gerekmektedir¹²²². Zira, bu andan itibaren alıcı, satılanı özenli bir şekilde gözden geçirecek ve muayene ile ortaya çıkan ayıpları satıcıya bildirecektir.

Son olarak, satıcının alıcıyı iğfal ettiğinin kabul edilebilmesi için, alıcının yanılmasının, ayıbın gizlenmesi neticesinde meydana gelmiş olması; satıcının hilesi ile alıcının yanılması arasında *nedensellik bağının bulunması* gerekir¹²²³. Başka bir

¹²¹⁸ Detaylı bilgi için bkz. aşağıda B.4/II/A.

¹²¹⁹ Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 200 N 8; Pedrazzini, **Dissimulation**, N 1013; Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 698; Honsell, **BaslerKomm**, OR Art. 200 N 4; Keller, Siehr, **Kaufvertrag**, s. 81; Tandoğan, **Borçlar Özel**, Cilt I/1, s. 174; Eren, **Borçlar Özel**, N 339; **İsvFM**, 20.5.2014, 4A_619/2013; **İsvFM**, ATF 66 II 132 = JdT 1940 I 554. Satıcının hile ile ayıbı gizlemiş olması durumunda, alıcının yeterince dikkat gösterse idi fark edebileceği ayıplardan sorumlu olması yönündeki istisna, kanunda öngörülmemiş olsa da, ilk olarak İsviçre Federal Mahkemesi'nin ATF 66 II 132 = JdT 1940 I 554 numaralı kararıyla kabul edilmiş ve öğreti tarafından oy birliğiyle benimsenmiştir. Nitekim bkz. Pedrazzini, **Dissimulation**, N 1013 vd.

¹²²⁰ Oser, Schönenberger, **ZürcherKomm**, OR Art. 199 N 3; Pedrazzini, **Dissimulation**, N 352; **İsvFM**, 20.5.2014, 4A_619/2013; **KanM (Basel)**, 25.5.1978, BJM 1980, s. 200. Aynı yönde bkz. Amaudruz, **Garantie**, s. 93; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 203 N 4; Yavuz, **Ayıp**, s. 100; **İsvFM**, 18.7.2013, 4A_622/2013 = SJ 2013 I 454.

¹²²¹ Pedrazzini, **Dissimulation**, N 356.

¹²²² Bu konudaki açıklamaları için bkz. Pedrazzini, **Dissimulation**, N 357.

¹²²³ Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 203 N 4; Pedrazzini, **Dissimulation**, N 358; **İsvFM**, 7.9.2010, 4A_301/2010. Aynı yönde bkz. Yavuz, **Ayıp**, s. 100. İsviçre Federal Mahkemesi de eski kararlarında satıcının fiillerinin alıcıyı yanıltmaya elverişli olmasını aramaktadır. Söz

deyişle, satıcının hilesi, alıcının satılarda nitelik eksikliği bulunmadığı yönündeki yanılmasının sebebini teşkil etmelidir. Bu hususun tespit edilmesinde, satıcının sergilediği bütün davranışlarının alıcıyı iğfal etmeye, yani onu aldatmaya elverişli olup olmadığı araştırılmalıdır. Ayrıca, satıcının hile ile ayıbı gizlemesinin, alıcının yanılmasına sebebiyet verip vermediği, bazı durumların varlığından da anlaşılabilir. Örneğin, normalde muayeneyle tespit edilebilen bir ayıbın gizlenmesi durumunda, kullanımla ortaya çıkan gizli ayıba nazaran, daha hilekâr bir durumla karşılaşılabilir¹²²⁴. Aynı şekilde alıcının kişisel özelliklerinin ve karakterinin aldatılmaya elverişli olduğu durumlarda, yahut alıcının satış sözleşmesini mesleği icabı akdetmiş olmadığı hallerde, nedensellik bağının varlığı daha kolay bir şekilde tespit edilebilecektir¹²²⁵. Alıcı ile satıcının yakın bir ilişki içerisinde bulunması durumunda, yahut aralarındaki iş ilişkisinin uzun süredir devam ediyor olması ihtimalinde, satıcının daha az hileli olarak nitelendirilebilen davranışı, alıcıda daha kolay bir şekilde yanılmaya sebebiyet verebilecektir¹²²⁶. Ayrıca, satıcının hileli nitelik vaatlerinin yoğunluğu da alıcıda muhtemel bir yanılmaya neden olabilir. Öte yandan, satıcının teslimden sonra, ayıpların muayene ile tespit edilmesini engellemek amacıyla hileli davranışlarda bulunması durumunda, alıcıyı yanıltmaya yönelik davranışlarının daha açık ve yoğun olması gerekmektedir¹²²⁷. Zira, bu son halde satılan daha önceden teslim edilmiş olduğu için, ayıbın hile ile gizlenmesi, diğer hallere nazaran çok daha zordur.

818 sayılı eski Borçlar Kanunu döneminde ve halen İsviçre Hukuku'nda önem taşıyan bir diğer sorun ise eBK m. 99 (TBK m. 115; CO art. 100) hükmünde ifade edilen ve borçlunun *ağır kusurundan* sorumlu olmayacağının düzenlendiği sorumsuzluk anlaşmalarının geçersiz olduğu yönündeki hükmün, ayıptan sorumluluk

konusu kararlar için bkz. **İsvFM**, ATF 24 II 66; ATF 26 II 717; ATF 31 II 414 = JdT 1906 I 226. Ayrıca bkz. Giger, **BernerKomm**, OR Art. 199 N 47, OR Art. 200 N 26. Öte yandan, satıcının hilesinin muhakkak ayıpların tespitini güçleştirmiş olması şart değildir. Bkz. Benedick, Vischer, **Verjährungsregeln**, N 11.

¹²²⁴ Bu yönde bkz. **İsvFM**, ATF 81 II 138 = JdT 1956 I 46; ATF 66 II 132 = JdT 1940 I 561; **İsvFM**, 20.5.2014, 4A_619/2013; 10.12.1986, SJ 1987 177 = DC 1987 70; **KanM (Graubünden)**, 14.11.1966, PKG 1966, s. 24.

¹²²⁵ Pedrazzini, **Dissimulation**, N 362; **İsvFM**, ATF 107 II 419 = JdT 1982 I 380: karara konu olayda İsviçre Federal Mahkemesi, ayıbın hile ile gizlenip gizlenmediğini tespit ederken, davacı-alıcının pek çok ekonomik teşebbüste yönetim kurulu üyesi olarak yer aldığını ve tecrübeli bir iş adamı olduğunu nazara almıştır. Aynı yönde bkz. **KanM (Valais)**, 24.2.1971, RVJ 1971, s. 84

¹²²⁶ Becker, **BernerKomm**, OR Art. 199 N 6; Pedrazzini, **Dissimulation**, N 363.

¹²²⁷ Aynı yönde bkz. Pedrazzini, **Dissimulation**, N 365.

bakımından uygulanıp uygulanmayacağıdır¹²²⁸. Zira, ayıptan sorumluluk bahsi altında düzenlenen eBK m. 196 (TBK m. 221; CO art. 199) hükmünde, satıcının ayıbı hile ile (*kasten*) gizlemiş olması durumunda sorumluluğunu kaldıran veya sınırlayan anlaşmaların geçersiz olduğu ifade edilmiştir. Öğretide savunulan klasik görüşe göre, eBK m. 196 (CO art. 199) özel hüküm olduğu için, sorumsuzluk anlaşmalarının geçerliliğini düzenleyen eBK m. 99 (CO art. 100) hükmünü dışlar. Bu görüşe göre, satıcı ağır kusurlu olsa dahi, ayıptan sorumluluğu daraltan veya kaldıran anlaşmalar geçerliliğini korur¹²²⁹. Buna karşılık, daha çok güncel eserlerde savunulan baskın görüşe göre¹²³⁰, eBK m. 99 (CO art. 100) hükmü, ayıptan sorumluluk açısından da uygulama alanı bulur. Zira, farklı uygulama alanlarına sahip olan her iki hüküm, birbirinden ayrı iki durumu düzenlemektedir. eBK m. 99 (CO art. 100) hükmü, ağır kusur halinde borçlunun sorumluluğun kısmen de kaldırılamayacağını ifade ederken; eBK m. 196 (CO art. 199) hükmü, alıcının hile ile kasten ayıbı gizlemesini yaptırma bağlamaktadır. Uygulamada ise Yargıtay¹²³¹ eBK m. 99 hükmünün ayıptan sorumluluk açısından da uygulanacağını belirtirken, İsviçre Federal Mahkemesi¹²³² sorunu günümüze değin çözümsüz bırakmıştır.

Yukarıda ifade edilen şartlar gerçekleştiği zaman, ayıptan sorumlulukta düzenlenen olağan zamanaşımı rejimi, yerini olağanüstü zamanaşımı rejimine

¹²²⁸ İsviçre’de noterlik uygulaması çerçevesinde ve taşınmaz satışı bakımından sıkça karşılaşılan sorumsuzluk kayıtları açısından detaylı bir inceleme için bkz. Pierre Wessner, “La clause d’exclusion de la garantie en raison des défauts dans la vente immobilière, Arrêt du Tribunal fédéral (1ère Cour civile) du 2 juin 1981 en la cause Hoirs S. contre Kilintra AG; ATF 107 II 161 ss = JdT 1981 I 582 ss”, **DC 1987**, s. 10-13 (DC 1987), s. 10 vd. Ayrıca bkz. Vulliétty, **Exclusion**, s. 391 vd.

¹²²⁹ von Tuhr, Escher, **OR AT**, s. 119, dn. 34; Becker, **BernerKomm**, OR Art. 100 N 6; Honsell, **OR BT**, s. 103-105; Honsell, **BaslerKomm**, OR Art. 199 N 1; Wiegand, **BaslerKomm**, OR Art. 100 N 3; Bucher, **OR BT**, s. 84; Neuenschwander, **Schlechterfüllung**, s. 99.

¹²³⁰ Benedick, Vischer, **Verjährungsregeln**, N 16; Giger, **BernerKomm**, OR Art. 199 N 6; Pedrazzini, **Dissimulation**, N 854; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 199 N 2; Schönle, Higi, **ZürcherKomm**, OR Art. 199 N 30a vd.; Furrer, **Gewährleistung**, s. 85; Lörtscher, **Haftungsbeschränkungen**, s. 144-146; Gauch, Schluep, Schmid, Emmenegger, **OR AT**, N 3086; Tercier, **Construction**, N 805; Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 827; Koller, **Nachbesserung**, N 2014; Wessner, **DC 1987**, s. 12; Vulliétty, **Exclusion**, s. 394; Koller, **Aktuelle Probleme**, N 207; Tandoğan, **Borçlar Özel**, Cilt II, s. 227; Yavuz, **Ayıp**, s. 100, 101. Sorumsuzluk anlaşmasının haksız fiil açısından da hüküm doğuracağı yönünde bkz. Akçura Karaman, **Sorumluluk**, s. 339.

¹²³¹ **Yargıtay** HGK, T. 27.3.2015, E. 2013/19-1696, K. 2015/1109 (kazancı): “...Sorumluluk anlaşmasına dair 818 Sayılı Mülga Borçlar Kanunu’nun 99. maddesiyle 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 115. maddesi, satıcının ayıptan sorumluluğunu kaldıran anlaşmalarda da uygulanır. Bu sebeple ayıplı mal tesliminde ağır ihmali bulunan satıcı, sorumsuzluk anlaşmasından yararlanamaz (Yavuz, Cevdet: *Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler*, İstanbul 2007, 7. Baskı, sh 104). Bu duruma göre, satıcının sadece ayıbı hileyle gizlemiş olması durumunda değil, satılan ayıplı olarak devretmekte ağır kusurlu sayıldığı her durumda sorumsuzluk anlaşması geçersiz sayılır...”

¹²³² **İsvFM**, ATF 126 III 59 = JdT 2001 I 144; ATF 107 II 161 = JdT 1981 I 582; **İsvFM**, 12.11.2004, 4C.295/2004.

bırakacaktır. TBK m. 231 f. II hükmü eBK m. 207 f. III hükmünden bazı noktalarda ayrılıyor olsa da, olağanüstü zamanaşımı rejiminin sonuçları, her iki düzenleme açısından aynıdır. Bu sebeple, satıcının alıcıyı hile ile iğfal etmesinin sonuçlarına burada ayrıca değinilmemiş olup, aşağıdaki açıklamalara atıf yapılmakla yetinilmektedir¹²³³.

C. Olağanüstü Zamanaşımı Rejiminin Güncel Durumu

TBK m. 231 f. II hükmünde kanun koyucu satıcının satılanı ayıplı olarak devretmekte ağır kusurlu olması ihtimalinde, iki yıllık zamanaşımı süresinden yararlanamayacağı düzenlenmiştir. Öte yandan, taşınmaz satışında TBK m. 244 f. III hükmünde satıcının ağır kusurlu olması durumunda satılanın ayıplı olmasından doğan bütün davaların yirmi yılda zamanaşımına uğrayacağı belirtilmiştir. Böylece 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile, mehzaz İsviçre Kanunu CO art. 210 al. VI ve eBK m. 207 f. III hükümlerinden ayrılan kanun koyucu, ayıbın hile ile gizlenerek alıcının iğfal edilmesi koşulundan vazgeçerek, olağanüstü zamanaşımı rejiminin uygulanabilmesi için gerekli olan kusur şartını, kasttan *ağır kusur* seviyesine indirmiştir. Öte yandan, satıcının hilesinin sonuçlarını düzenleyen diğer hükümlerde de satıcının ağır kusuru esas alınarak, TBK m. 221 hükmünde satıcının satılanı ayıplı olarak devretmekte ağır kusurlu olması durumunda sorumluluğu kaldıran veya azaltan anlaşmaların geçersiz olduğu düzenlenmiş, TBK m. 220 hükmünde satıcının ağır kusurunun bulunması durumunda hayvan satışında genel kuralın aksine satıcının sorumlu olduğu belirtilmiş, ayrıca TBK m. 225 f. I hükmünde ağır kusurlu olan satıcıya karşı alıcının ayıp bildirim külfeti kaldırılmıştır. TBK m. 225 f. II hükmünde ise TBK m. 225 f. I hükmüne atıf yapılarak, satıcılığı meslek edinmiş kişiler açısından da aynı hükmün geçerli olduğu ifade edilmiştir. Böylece, sorumsuzluk anlaşmalarının geçerliliğini düzenleyen TBK m. 115 hükmüyle de uyum sağlanmış olup, 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde söz konusu olan ve ayıptan sorumluluk kapsamında sorumsuzluk anlaşmasının geçerliliğini düzenleyen hükümle (eBK m. 196; TBK m. 221) ile genel hükümlerde düzenlenen sorumsuzluk anlaşmalarının geçerliliğini düzenleyen hüküm (eBK m. 99; TBK m. 115) arasındaki farklılık ve bu yöndeki tartışmalara¹²³⁴ da son verilmiştir¹²³⁵.

¹²³³ Bkz. aşağıda B.4/III.

¹²³⁴ Bkz. yukarıda B.4/I/B. *Kanımızca*, bu durumda tartışabilecek yegâne husus, satıcının icra ettiği meslek veya sanatın uzmanlığı gerektirip, yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülüyor

Kanun koyucu TBK m. 244 f. III hükmünde taşınmaz satışında¹²³⁶ olağanüstü zamanaşımı süresini yirmi yıl olarak belirlemiştir. Satış sözleşmesine paralel olarak, eser sözleşmesinde de TBK m. 478 hükmünde taşınmaz yapıların ayıplı olarak devredilmesinde yüklenicinin ağır kusurlu olması durumunda, iş sahibinin haklarının yirmi yılda zamanaşımına uğrayacağı düzenlenmiştir. Bu iki hükmün dışında, Türk Borçlar Kanunu'nda yirmi yıllık zamanaşımı süresi öngören başkaca düzenleme bulunmamaktadır. Bu farklılığın esasen Türk Borçlar Kanunu tasarısının ilk halinde¹²³⁷ haksız fiil sorumluluğu için öngörülen azami sürenin yirmi yıl olarak belirlenmiş olmasından kaynaklandığı ifade edilmektedir¹²³⁸. Haksız fiil zamanaşımındaki azami süreyle paralellik kurmak isteyen kanun koyucu, ayıptan sorumluluk kapsamında taşınmaz satışı açısından, yirmi yıllık bir zamanaşımı süresi öngörmüştür. Ancak, haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümlerde daha sonra değişiklik yapılarak, zamanaşımı süresi tekrar on yıla indirilmiş, buna rağmen TBK m. 244 f. III ve m. 478 hükümlerinde bir değişiklik yapılmamıştır. Haksız fiil zamanaşımını düzenleyen TBK m. 72 f. I hükmü, mevcut haliyle yasalaşırken; Türk Borçlar Kanunu'na ilk defa yirmi yıllık bir zamanaşımı süresi dâhil olmuştur. Öte yandan, yirmi yıllık zamanaşımı süresinin, 1999 depremi sonrasında uygulamada karşılaşılan sorunlar nazara alınarak getirildiği de haklı olarak ifade edilmektedir¹²³⁹.

Aşağıda olağanüstü zamanaşımı rejiminin uygulanabilmesi için gerekli şartlar detaylı olarak incelenmiştir. Belirtmemiz gerekir ki, bu kapsamda en önemli şart,

olması durumudur. Uygulamada satış sözleşmesi açısından çok sık karşılaşılmayacak olsa da, TBK m. 115 f. III hükmü uyarınca satıcının hafif kusurundan dahi sorumlu olmayacağına yönelik anlaşmalar geçersiz sayılacaktır. Bu durumda söz konusu hükmün, kanımızca ayıptan sorumlulukta söz konusu olan sorumsuzluk anlaşmalarına da uygulanması gerekmektedir. Aynı yönde bkz. Aral, Ayrancı, **Borçlar Özel**, s. 160, 161.

¹²³⁵ Atamer, **Taşınır Satımı**, s. 200.

¹²³⁶ Kanunda her ne kadar taşınmaz yapılardan bahsediyor olsa da, TBK m. 244 f. III hükmünün her türlü taşınmaz satışında uygulanacağı kabul edilmektedir. Bkz. Foëx, **CommRomand**, CO art. 219 N 22; Honsell, **BaslerKomm**, OR Art. 219 N 10; Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 1003; Pichonnaz, **Garantie**, s. 131; Rüegg, **Grundstückkauf**, s. 258; **İsvFM**, ATF 104 II 265.

¹²³⁷ Türk Borçlar Kanunu Tasarısı (1/499) m. 71: "...herhâlde, filin işlendiği tarihten başlayarak yirmi yılın..."

¹²³⁸ Bu konuda bkz. Çetiner, **Değerlendirme**, s. 113. Ayrıca bkz. Akçura Karaman, **Sorumluluk**, s. 362, 363. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Adalet Komisyonu Raporu (1/499): "...Fıkranın önceki metni itibarıyla, on yıllık zamanaşımının mı, yoksa yirmi yıllık zamanaşımının mı söz konusu olacağı konusunda ortaya çıkacak tartışmanın önlenmesi amacıyla, önceki ifade biçimi yerine, Tasarının 71 inci maddesinde olduğu gibi, Tasarının 478 inci maddesiyle de uyumlu olacak biçimde, yirmi yıllık haksız fiil zamanaşımının uygulanacağının açıkça belirtilmesi tercih edilmiş" gerekçesiyle değiştirilmiş ve Komisyonumuzca da madde teselsül nedeniyle 244 üncü madde olarak bu şekliyle kabul edilmiştir..."

¹²³⁹ K. Emre Gökyayla, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Eser Sözleşmesine İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi", **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011)**, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, 2012, s. 567-584 (Eser), s. 575. Aynı yönde bkz. Öz, **İnşaat**, s. 225.

satıcının satılanı ayıplı olarak devretmekte ağır kusurlu olmasıdır. Bu sebeple, satıcının ağır kusuru, kast ve ağır ihmal ayrımı çerçevesinde değerlendirilmiş¹²⁴⁰, ayrıca TBK m. 225 f. II hükmünde belirtilen satıcılığı meslek edinmiş kişilerin durumuna ayrıca değinilmiştir. Ancak, ifade etmek isteriz ki, olağanüstü zamanaşımı rejimin uygulanabilmesi için her şeyden önce ayıptan sorumluluğun maddi şartlarının gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Dolayısıyla, satılarda maddi, hukuki veya ekonomik bir ayıp bulunmalı; alıcı ayıbın varlığını bilmemeli ve bilmesi mümkün olmamalı; alıcı satılanı ayıplarıyla birlikte kabul etmiş olmamalı; öte yandan, ayıp hasarın geçişi esnasında satılarda mevcut olmalıdır¹²⁴¹. Satıcının ağır kusurunun bulunması durumunda, ayıp bildirim külfeti aranmayacağı için (TBK m. 225), olağanüstü zamanaşımı rejimi açısından, ayıptan sorumluluğun şekli şartlarının gerçekleşmesi (*gözden geçirme ve bildirim külfeti*) gerekmemektedir. Aşağıda ayıptan sorumluluğun maddi şartlarının tamamı üzerinde durulmayacak, yalnızca mahiyeti icabı önemli görülen, alıcının ayıbın varlığını bilmemesi ve bilmesinin mümkün olmaması şartı değerlendirmeye alınacaktır. Nitekim, Yargıtay da satıcının ağır kusuru sebebiyle ağırlaştırılmış sorumluluk rejimini uygulamak için, söz konusu şartın varlığını aramaktadır¹²⁴². Öte yandan, yukarıda açıklamaya çalıştığımız, 818 sayılı eski Borçlar Kanunu döneminde ve İsviçre Hukuku'nda olağanüstü zamanaşımı rejimi için kabul edilmiş olan şartların önemli bir kısmı, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile birlikte geçerliliğini yitirmiştir. Zira, kanun koyucu, ayıbın kasten hile ile gizlenmesi şartından vazgeçerek, olağanüstü zamanaşımı açısından oldukça yerinde bir şekilde, satıcının ağır kusurunu yeterli görmüştür. Bu sebeple, konumuz açısından ayıbın gizlenmesi, ayıbın gizlenmesinin alıcının yanılmasına sebep olması ve ayıbın gizlenmesi ile alıcının yanılması arasında nedensellik bağının bulunması şartlarının bir önemi kalmamıştır.

¹²⁴⁰ 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Madde Gerekçeleri, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/499) m. 230: “...Ağır kusurun, kastı, dolayısıyla aldatmayı ve ağır ihmali de içerdığı göz önünde tutularak, Tasarının 230 uncu maddesinin ikinci fıkrasında “ağır kusurlu” teriminin kullanılmasıyla yetinilmiştir...”

¹²⁴¹ Satıcının ayıptan sorumluluğu açısından aranan şartlar için bkz. Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 656 vd.; Engel, **Contrats**, s. 34 vd.; Honsell, **OR BT**, s. 90 vd.; Tandoğan, **Borçlar Özel**, Cilt I/1, s. 164 vd.; Eren, **Borçlar Özel**, 100 vd.; Yavuz, **Ayıp**, s. 60; Özdemir, **Sorumluluk**, s. 203 vd.

¹²⁴² **Yargıtay** HGK, T. 27.3.2015, E. 2013/19-1696, K. 2015/1109 (kazancı): “...Satıcı, tekeffül ödevini kaldırırsa kendisi ve karşı akit için gizli kalmış olan ayıplardan sorumlu olmak istemediğini belirtmektedir. Bu sebeple böyle bir açıklamanın bağlayıcı olabilmesi, satıcının kendisince bilinen ayıpların alıcıdan saklı kaldığını ve diğer ayıpların gerçekten tarafından bilinmeyen ayıplar olduğunu kabul ettiğini gerekli kılar...”

II. Olağanüstü Zamanaşımı Rejiminin Şartları

A. Alıcının Ayıbın Varlığını Bilmemesi veya Bilmesinin Mümkün Olmaması

Olağanüstü zamanaşımı rejiminin uygulanabilmesi için, ilk olarak, alıcının söz konusu nitelik eksikliklerinin varlığından haberdar olmaması yani, *ayıbı bilmemesi ve bilmesinin mümkün olmaması* gerekmektedir¹²⁴³. Zira, kanun koyucu TBK m. 222 f. I (CO art. 200 f. I) hükmünde, satıcının satış sözleşmesi akdedildiği anda, alıcı tarafından bilinen ayıplardan sorumlu olmadığını açıkça düzenlemiştir. Öte yandan, TBK m. 222 f. II hükmünde satıcının, ayrıca üstlenmemişse, alıcının yeterince gözden geçirmekle görebileceği ayıplardan da sorumlu olmadığı ifade edilmiştir. Kanun koyucu, söz konusu hükümle, alıcının ayıpları bildiği (*müspet bir şekilde: connaissance positive - positive Kenntnis*) veya bilmesinin mümkün olduğu (*farazi veya varsayılan şekilde: connaissance présumée*) hallerde bir kabul faraziyesi (*fiction d'acceptation - Genehmigungsfiktion*) düzenlemiş ve böylece alıcının ayıbı bilmesi veya bilmesinin gerekmesi durumuna, satılan herhangi bir çekince ileri sürmeksizin kabul ettiği sonucunu bağlamıştır¹²⁴⁴. O halde, alıcının ayıbı bildiği veya bilmesinin gerektiği hallerde, satılan ayıplı dahi olsa, sözleşmeyle kararlaştırılan edime uygun olduğu varsayılmakta ve TBK m. 219 anlamında satıcının sorumluluğunu gerektirecek bir ayıbın satılarda mevcut olmadığı kabul edilmektedir¹²⁴⁵.

¹²⁴³ Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 200 N 1; Giger, **BernerKomm**, OR Art. 200 N 6; Honsell, **BaslerKomm**, OR Art. 200 N 1; Schönle, Higi, **ZürcherKomm**, OR Art. 200 N 4; Gauch, **Entreprise**, N 2092; Neuenschwander, **Schlechterfüllung**, s. 100; Gautschi, **BernerKomm**, OR Art. 370 N 8b; Oser, Schönenberger, **ZürcherKomm**, OR Art. 199 N 6; Pedrazzini, **Dissimulation**, N 330; Amaudruz, **Garantie**, s. 74; Heim, **Réparation**, s. 46; Bieger, **Mängelrüge**, s. 127; Furrer, **Gewährleistung**, s. 59; **İsvFM**, 15.6.2015, 4A_11/2015; 20.5.2014, 4A_619/2013. Söz konusu hükmün alıcının satılanı almadan önce, muayene etmesi gerektiğini telkin eden eski “*caveat emptor (alıcı gözünü aç)*” kuralına dayandığı yönünde bkz. Honsell, **BaslerKomm**, OR Art. 200 N 1; Serozan, **Borçlar Özel**, N 727. Aksi durumun çelişkili davranış yasağı teşkil edeceği yönünde bkz. Atamer, **Taşınır Satımı**, s. 200; Serozan, **Borçlar Özel**, N 727. Söz konu hükmün eser sözleşmesi açısından kıyasen dahi uygulanamayacağı yönünde bkz. **İsvFM**, 117 II 259 = JdT 1992 I 559.

¹²⁴⁴ Honsell, **BaslerKomm**, OR Art. 200 N 1; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 200 N 1; Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 696-698.

¹²⁴⁵ Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 200 N 1. Ancak, ifade edilmelidir ki, ayıbın farazi ya da müspet bir şekilde bilindiği hallerde ayıptan sorumluluk, yalnızca bilinen ya da bilindiği kabul edilen ayıplar açısından kaldırılmış olur. Yoksa bu durum satılardaki diğer ayıplardan sorumluluğu etkilemez. Bkz. Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 200 N 1; Honsell, **BaslerKomm**, OR Art. 200 N 2.

Örneğin İsviçre Federal Mahkemesi birikmiş kârın, dağıtılmamış kazanç ve rezerv şeklinde şirket hesaplarında gösterilmiş olması durumunda, vergi borcunun ödenmemiş olduğunun bilindiğini farz

İlk olarak, belirtmek gerekir ki, alıcı, sözleşmenin kurulması sırasında¹²⁴⁶ satılndaki ayıby müspet şekilde biliyorsa, ayıptan doğan haklarını kaybetmektedir (TBK m. 222 f. I). Bu sonucun meydana gelmesinde, satıcının satılnda herhangi bir nitelik eksikliğinin bulunmadığını taahhüt etmesinin yahut ayıby gizlemesinin herhangi bir etkisi bulunmamaktadır¹²⁴⁷. Bu durumda, alıcının mevcut ayıpları bilmesi, sözleşmenin kurulmasından önce veya sözleşmenin kurulması sırasında başvurulana olağan bir incelemeden kaynaklanabileceği gibi, satıcının veya satıcının ifa yardımcılarının alıcıyı bu konuda bilgilendirmesi neticesinde de gerçekleşebilir. İsviçre Federal Mahkemesi¹²⁴⁸ müspet bir şekilde ayıbın varlığından haberdar olunması için, alıcının yalnızca ayıby veya görünüşteki izlerini tespit etmiş olmasını yeterli görmemekte, ayrıca ayıbın ağırlık ve derecesi ile, olası sonuçlarından da haberdar olunması gerektiği belirtmektedir. Ancak, Yüksek Mahkeme'nin bu görüşüne, öğretide satıcı tarafından vadedilen veya bildirilen nitelik eksiklikleri açısından karşı çıkılmakta, vadedilen niteliklerin satılnda salt mevcut olmadığının tespit edilmesi TBK m. 222 f. I açısından yeterli görülmektedir¹²⁴⁹. Öte yandan, beklenen niteliklerde bir eksiklik bulunması durumunda, ayıbın maddi, hukuki veya ekonomik yönden olumsuz etkileriyle birlikte, özellikle satılanın değerini veya elverişliliğini önemli ölçüde azaltan yönlerinin de tam anlamıyla bilinmesi gerektiği ifade edilmektedir¹²⁵⁰.

İkinci olarak, kanun koyucu, TBK m. 222 f. II hükmünde yeterince gözden geçirmekle görülebilecek olan ayıplardan, satıcının ayrıca üstlenmemişse sorumlu

etmiş ve satılnda satıcının sorumluluğunu gerektirecek bir ayıbın bulunmadığını ifade etmiştir. Bkz. **İsvFM**, 28.4.2009, 4A_74/2009.

¹²⁴⁶ Alıcının ayıbın varlığını daha sonra öğrenmesinin TBK m. 222 hükmü açısından bir etkisi olmamakla birlikte, bu durumda TBK m. 223 uyarınca alıcının bildirim yükümlülüğüne uyması gerekmektedir. Bkz. Honsell, **BaslerKomm**, OR Art. 200 N 1.

¹²⁴⁷ Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 200 N 5.

¹²⁴⁸ **İsvFM**, ATF 66 II 234 = JdT 1941 I 139; ATF 95 II 119 = JdT 1970 I 238; 13.5.1981, SJ 1981 569; 6.12.1985, SJ 1986 612: "...Alıcının ayıby bilmesi şu şekilde tanımlanabilir: alıcı ayıbın yalnızca bütün kapsam ve derecesini öğrendiği ve satılndaki nitelik eksikliğini normal bir şekilde hesaplayabileceği andan itibaren, alıcının ayıbın varlığını bildiği kabul edilebilir. Bu durumda alıcının ayıbın etkilediği satılndaki değer eksikliğinin de farkında olması gerekir...". Aynı görüşte bkz. Honsell, **BaslerKomm**, OR Art. 200 N 2; Pedrazzini, **Dissimulation**, N 1001; Amaudruz, **Garantie**, s. 74; Becker, **BernerKomm**, OR Art. 200 N 1.

¹²⁴⁹ Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 697; Giger, **BernerKomm**, OR Art. 200 N 7; Venturi, **Rédaction**, N 426 vd.; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 200 N 4.

¹²⁵⁰ Giger, **BernerKomm**, OR Art. 200 N 7; Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 697; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 200 N 5; Pedrazzini, **Dissimulation**, N 1001; Amaudruz, **Garantie**, s. 74; Eren, **Borçlar Özel**, N 340.

olmayacağını öngörmüştür¹²⁵¹. Söz konusu hüküm temelde, gerekli dikkat ve özeni göstermeyerek ayıbın varlığından haberdar olmayan alıcının, hukuken korunmaya değer olmadığı varsayımı üzerine kurulur¹²⁵². Kanun koyucu gerekli özenin gösterilmesi açısından “*yeterince gözden geçirme*” ifadesine yer vermiş ve alıcının en geç sözleşmenin kurulması anında malı gözden geçirmesi gerektiğini belirtmiştir. Hemen belirtelim ki, TBK m. 222 f. II hükmünde ifade edilen “*yeterince gözden geçirme yükümlülüğü*” ile TBK m. 223 hükmünde düzenlenen “*gözden geçirme külfetini*” birbiri ile karıştırmamak gerekir¹²⁵³. Zira, kanun koyucu TBK m. 22 hükmünde gerçek bir muayeneden bahsetmemektedir. TBK m. 222 f. II hükmünün mehzaz kanundaki karşılığını oluşturan CO art. 200 al. II hükmünün Almanca metninde, bu durum “*olağan dikkati göstermiş olsaydı bilebileceği ayıp*” şeklinde; Fransızca metninde ise “*yeterli dikkatle satılanı inceleyerek fark edebileceği ayıp*” şeklinde düzenlenmiştir¹²⁵⁴. O halde, söz konusu hüküm, mehzaz kanuna uygun şekilde, “*alıcının olağan ve alışıldık bir dikkat ve özenle satılanı basit bir şekilde incelemesi*” şeklinde okunmalı ve alıcının bu yükümlülüğünü ihmal etmesi durumunda satıcının ayıptan sorumlu olmadığı kabul edilmelidir¹²⁵⁵. Öte yandan, inceleme, gözden geçirme külfetinden farklı olarak, satılanın teslimi anında değil; sözleşme kurulmadan önce yahut en geç sözleşmenin kurulduğu sırada gerçekleştirilmelidir¹²⁵⁶. Ayrıca, TBK m. 222 f. II hükmüyle alıcıdan beklenen,

¹²⁵¹ Söz konusu hükmün iyiniyet (TMK m. 3 f. II) ilkesinin yalın bir uygulaması olduğu yönünde bkz. Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 200 N 6; Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 698; Eren, **Borçlar Özel**, N 339.

¹²⁵² Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 200 N 6. Ancak, belirtmek gerekir ki, bu durumda dahi alıcının, yanılma hükümleri uyarınca sözleşmeyle bağlı olmaktan kurtulabileceği ifade edilmektedir. Bkz. Honsell, **BaslerKomm**, OR Art. 200 N 3.

¹²⁵³ Giger, **BernerKomm**, OR Art. 200 N 16; Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 696; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 200 N 7; Eren, **Borçlar Özel**, N 338; Atamer, **Taşınır Satımı**, s. 200; **İsvFM**, 13.5.1981, SJ 1981 569.

¹²⁵⁴ **CO art. 200 al. II**: “...aurait dû s'apercevoir lui-même en examinant la chose avec une attention suffisante...”; “...bei Anwendung gewöhnlicher Aufmerksamkeit hätte kennen sollen...”

¹²⁵⁵ Cavin, **Vente**, s. 84; Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 698; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 200 N 7; Tandoğan, **Borçlar Özel**, Cilt I/1, s. 174; Eren, **Borçlar Özel**, N 338; Atamer, **Taşınır Satımı**, s. 200, 201; Yücedağ, **Değiştirme**, s. 83; **İsvFM**, ATF 95 II 119 = JdT 1970 I 238; ATF 66 II 234 = JdT 1941 I 139; 13.5.1981, SJ 1981 569; **İsvFM**, 14.2.2008, 4A 417/2007; **Yargıtay** HGK, T. 24.5.2017, E. 2017/13-678, K. 2017/963 (kazancı): “...Burada gözden geçirmeden kasıt, olağan bir muayenedir. Olağan gözden geçirme, malın alınırken kabaca gözden geçirilmesidir. Satım konusu malda gözden geçirme sırasında ilk bakışta görülebilecek olan ayıplar mevcut ve alıcı malı bu hali ile satın almaya kabul etmiş ise alıcının ayıbı kabul ettiği varsayılır satıcı bu ayıptan sorumlu tutulamaz...”

Kanun koyucu 818 sayılı eski Borçlar Kanunu döneminde, söz konusu eleştirileri nazara almayarak, TBK m. 222 hükmünde, aynı çeviri hatasında ısrar etmiştir. Bkz. Atamer, **Taşınır Satımı**, s. 200, 201.

¹²⁵⁶ Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 696; Giger, **BernerKomm**, OR Art. 200 N 6; Cavin, **Vente**, s. 84; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 200 N 7; **İsvFM**, 13.5.1981, SJ 1981 569;

gözden geçirme külfetinde olduğu kadar yoğun bir muayene değil, yalnızca alıcının satılanı dikkatle inceleyerek seçmesidir¹²⁵⁷. Söz konusu inceleme yükümlülüğü, alıcının henüz zilyedi olmadığı bir mal için, uzman bir kişiye başvurmasını gerektirmez¹²⁵⁸. Bu durumda, alıcının gerekli özeni gösterip göstermemiş olması, halin bütün şartları nazara alınarak, alıcının sahip olduğu kişisel yetenek, deneyim ve bilgiler ışığında, ticari örf, adet ve uygulamalar göz önünde bulundurularak tespit edilmelidir¹²⁵⁹. Belirtmemiz gerekir ki, İsviçre-Türk Hukuku'nda, özel bir adet bulunmadıkça, yahut taraflarca kararlaştırılmış olmadıkça, alıcının satılanı en geç *sözleşmenin kurulması sırasında* inceleme veya basit bir şekilde gözden geçirme yükümlülüğü bulunmamaktadır¹²⁶⁰. Bu sebeple, söz konusu hüküm, ancak bu yönde bir yükümlülüğün mevcut olması durumunda, yahut alıcının satılanı en geç sözleşmenin kurulması esnasında inceleme imkânının bulunması ihtimalinde uygulanma kabiliyetine sahiptir¹²⁶¹. Böylece, satıları gözden geçirmek zorunda olan veya bu imkâna sahip alıcının, yeterince dikkatli davranmamış olması durumunda, ayıptan sorumluluk hükümlerine başvurmamasının önü kesilmiş olmaktadır¹²⁶².

ATF 135 III 145 = JdT 2007 I 261 = SJ 2005 I 321. CO art. 200 al. II (TBK m. 222 f. II) hükmü uyarınca belirleyici olan anın, taşınmaz satışı açısından sözleşmenin resmi şekilde akdedildiği tarih olduğu yönünde bkz. **İsvFM**, 117 II 259 = JdT 1992 I 559.

¹²⁵⁷ Cavin, **Vente**, s. 84; **İsvFM**, 13.5.1981, SJ 1981 569; 13.7.2005, 4C.16/2005 = RNRF 88/2007, s. 281.

¹²⁵⁸ Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 200 N 7; Eren, **Borçlar Özel**, N 338; **İsvFM**, 13.5.1981, SJ 1981 569; ATF 135 III 145 = JdT 2007 I 261 = SJ 2005 I 321. İsviçre Federal Mahkemesi tapu sicilinde yazılmış olan yüz ölçümünü taşınmazın içermemesi durumunda (TBK m. 244 f. II), alıcıdan taşınmazın yüz ölçümünü bir uzmana ölçtürmesinin beklenemeyeceğini ve bu durumda CO art. 200 al. II (TBK m. 222 f. II) hükmünün uygulanamayacağını ifade etmektedir. Bkz. **İsvFM**, 14.2.2008, 4A 417/2007.

¹²⁵⁹ Cavin, **Vente**, s. 84; Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 698; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 200 N 7; Tandoğan, **Borçlar Özel**, Cilt I/1, s. 174; Eren, **Borçlar Özel**, N 338; Şahiniz, **Ayıp**, s. 61; **İsvFM**, ATF 95 II 119 = JdT 1970 I 238; ATF 66 II 234 = JdT 1941 I 139; 13.5.1981, SJ 1981 569. Nitekim, bir makineyi kullanmayı bilen tecrübeli bir kişinin ayıbı bulmakta zorlanmayacağı düşünülebilirse de, söz konusu makineyi tanımayan ve daha önce hiç kullanmamış bir kişiden aynı sonucun beklenmesi mümkün değildir.

¹²⁶⁰ Giger, **BernerKomm**, OR Art. 200 N 16; Cavin, **Vente**, s. 84; Oser, Schönenberger, **ZürcherKomm**, OR Art. 200 N 3; Tandoğan, **Borçlar Özel**, Cilt I/1, s. 174; Yavuz, **Ayıp**, s. 82; Şahiniz, **Ayıp**, s. 60; Atamer, **Taşınır Satımı**, s. 201; Yücedağ, **Değiştirme**, s. 85; **İsvFM**, 13.7.2005, 4C.16/2005 = RNRF 88/2007, s. 281.

¹²⁶¹ **Yargıtay** HGK, T. 24.5.2017, E. 2017/13-678, K. 2017/963 (kazancı): “...Ne var ki satıcının ayıp sebebiyle sorumluluktan kurtulabilmesi için alıcı sözleşmeden önce, satın aldığı şeyi gözden geçirme imkânını bulabilmelidir...”.

Öte yandan, *sorumsuzluk anlaşması* akdedilmiş olması ihtimalinde, alıcının satılanı sözleşmenin kurulmasından önce daha dikkatli bir şekilde incelemesi kendisinden beklenmektedir; meğerki, alıcı böyle bir imkâna sahip olmasın veya alıcıdan böyle bir gözden geçirmenin beklenmesi hakkaniyete aykırı sayılsın. Bkz. Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 199 N 3.

¹²⁶² Bu sebeple söz konusu hükmün, alıcının satılanı satın almadan önce, muayene etmesi gerektiğini telkin eden eski “*caveat emptor* (alıcı gözünü aç)” kuralına dayandığı belirtilmektedir. Bkz. Honsell, **BaslerKomm**, OR Art. 200 N 1; Serozan, **Borçlar Özel**, N 727. Ayrıca bkz. yukarıda B.1/II/A.

Her ne kadar kanun koyucu TBK m. 222 f. II hükmünde açıkça alıcının ayıbın varlığını bilmemek hususunda ağır ihmalinin bulunması gerektiğini ifade etmemiş olsa da, öğretide savunulan hâkim görüşe göre¹²⁶³, söz konusu hüküm, alıcının *ağır ihmali*ni düzenlemektedir. Bu durumda, ayıbın varlığını öğrenmek konusunda ağır ihmali bulunan alıcı, satıcının ayıptan sorumluluğuna başvurma imkânını yitirmektedir. Zira, bu fikre göre, alıcının basit ve olağan bir dikkat sonucu öğrenebileceği bir ayıbı fark etmemesi, ağır ihmal olarak nitelendirilmektedir¹²⁶⁴. TBK m. 222 f. II (CO art. 200 al. II) hükmü, esasen konuyu daha ayrıntılı şekilde düzenleyen BGB § 442 (eski BGB § 460) hükmüne dayanmaktadır¹²⁶⁵. BGB § 442 hükmünde satıcının sözleşmenin akdedilmesi esnasında alıcı tarafından bilinen ayıplardan sorumlu olmadığı ifade edildikten sonra, alıcının *ağır ihmali* sonucunda bilinmeyen ayıplardan, satıcının ancak ayrıca üstlenmişse yahut hile ile ayıbı gizlemişse sorumlu olacağı öngörülmüştür¹²⁶⁶. Bu durumda Alman kanun koyucusu açıkça alıcının ağır ihmeline atıf yapmış olmaktadır.

BGB § 442 hükmüne paralel şekilde, alıcının olağan bir dikkatle fark edebileceği ayıplardan satıcının sorumlu olmaması durumunun iki istisnası bulunduğu kabul edilmektedir. Bunlardan ilki TBK m. 222 f. II hükmünde açıkça ifade edilen, satıcının satılarda bu yönde bir ayıbın bulunmadığını ayrıca üstlenmiş olmasıdır. Ayıbın bulunmadığının üstlenilmesinden kasıt, satıcının olumlu veya olumsuz şekilde nitelik vaadinde bulunması, yani satılarda bir niteliğin bulunduğunu veya bir eksikliğin mevcut olmadığını alıcıya bildirmesidir. Bu durumda alıcının, satılardaki ayıbın varlığını ağır bir şekilde ihmal etmesinin herhangi bir önemi

¹²⁶³ Oser, Schöenberger, **ZürcherKomm**, OR Art. 200 N 3; Honsell, **BaslerKomm**, OR Art. 200 N 3; Pedrazzini, **Dissimulation**, N 1009; Giger, **BernerKomm**, OR Art. 200 N 18; Furrer, **Gewährleistung**, s. 40; Katz, **Sachmängel**, s. 59; Keller, Siehr, **Kaufvertrag**, s. 80; Eren, **Borçlar Özel**, N 338; Şahin, **Ayıp**, s. 61; **İsvFM**, 20.5.2014, 4A_619/2013. Kanun koyucunun yalnızca alıcının ayıbın varlığını bilmesinin mümkün olması olgusuna atıf yaptığı ve ağır kusur şartını aramadığı görüşünde bkz. Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 200 N 7.

¹²⁶⁴ En basit ve temel tedbirlerin alınmamış olmasının ağır ihmal olarak nitelendirileceği yönünde bkz. Honsell, Isenring, Kessler, **Haftpflicht**, § 6 N 24; Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Cilt II, N 159.

¹²⁶⁵ Amaudruz, **Garantie**, s. 74; Honsell, **BaslerKomm**, OR Art. 200 N 3; Pedrazzini, **Dissimulation**, N 1029, 1030. Nitekim, Fransız Hukuku'nda CCFr art. 1642 hükmüyle satıcının satılardaki açık ayıplardan sorumluluğu tamamen kaldırılmıştır. Bu konuda detaylı bir inceleme için ayrıca bkz. Amaudruz, **Garantie**, s. 74.

¹²⁶⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Brox, Walker, **SchuldR BT**, § 4 N 37.

kalmadığı gibi¹²⁶⁷, ayrıca sözleşmenin kurulması sırasında satılanı olağan bir şekilde gözden geçirmesi de kendisinden beklenmemektedir¹²⁶⁸.

İkinci olarak, satıcının ayıbyı hile ile gizlemesi durumunda, ayrıca üstlenilmemiş olsa dahi, alıcının gerekli özeni göstererek bilebileceği ayıplardan satıcının yine de sorumlu olduğu kabul edilmektedir. Bu husus açıkça TBK m. 222 (CO art. 200) hükmünde düzenlenmemiş olsa da, BGB § 442 hükmüne paralel şekilde İsviçre Federal Mahkemesi tarafından kabul edilmiş¹²⁶⁹ ve öğretide¹²⁷⁰ de oy birliğiyle benimsenmiştir. Her ne kadar söz konusu görüş, 818 sayılı eski Borçlar Kanunu ve İsviçre Hukuku'ndaki "*ayıbın hile ile gizlenmesi*" durumunun bir sonucu olarak algılanabilecekse de, esasen söz konusu istisna, satıcının kasten ayıbyı gizlemesi karşısında, ağır ihmali bulunan alıcının daha fazla korunmaya değer olduğu varsayımına dayanmaktadır¹²⁷¹. Kanımızca da bu istisnanın TBK m. 222 hükmü açısından da kabul edilmesi gerekmektedir. Zira, satıcının kastı, alıcının ağır ihmalinin önüne geçmektedir.

Bir örnekle açıklamak gerekirse, bir manto satışında, kötü bir ışıktaki dahi fark edilebilen bir lekeyi alıcının fark etmemesi durumunda, ağır ihmalinin bulunduğundan hareketle, satıcının ayıptan sorumluluğunun mevcut olmadığı söylenebilecektir¹²⁷². Öte yandan, satıcının mantoda herhangi bir lekenin

¹²⁶⁷ Honsell, **BaslerKomm**, OR Art. 200 N 4; Pedrazzini, **Dissimulation**, N 1011; Giger, **BernerKomm**, OR Art. 200 N 25; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 200 N 8; Şahiniz, **Ayıp**, s. 61.

¹²⁶⁸ Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 200 N 8; Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 698; Cavin, **Vente**, s. 85; **İsvFM**, ATF 81 II 56 = JdT 1955 I 562; **İsvFM**, 27.5.2008, 4A_480/2007; 15.5.2001, 4C.364/2000: "...Satıcı bir nitelik bildiriminde bulunduğu ölçüde, alıcı satılanı inceleme yükümlülüğünden kurtulur..."

¹²⁶⁹ **İsvFM**, 20.5.2014, 4A_619/2013; 30.6.2005, 4C.7/2005; 13.7.2005, 4C.16/2005 = RNRF 88/2007, s. 281; **İsvFM**, ATF 66 II 132 = JdT 1940 I 554. Söz konusu istisna, kanunda öngörülmemiş olsa da, İsviçre Federal Mahkemesi'nin ATF 66 II 132 = JdT 1940 I 554 numaralı ilke kararıyla kabul edilmiştir. Ayrıca bkz. Pedrazzini, **Dissimulation**, N 1013 vd.

¹²⁷⁰ Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 200 N 8; Cavin, **Vente**, s. 85; Pedrazzini, **Dissimulation**, N 1013; Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 698; Honsell, **BaslerKomm**, OR Art. 200 N 4; Keller, Siehr, **Kaufvertrag**, s. 81; Huguenin, **OR**, N 2618; Tandoğan, **Borçlar Özel**, Cilt I/1, s. 174; Eren, **Borçlar Özel**, N 339; Şahiniz, **Ayıp**, s. 61; Yücedağ, **Değiştirme**, s. 85. Alman Hukuku açısından bkz. Brox, Walker, **SchuldR BT**, § 4 N 37.

¹²⁷¹ Cavin, **Vente**, s. 85; Pedrazzini, **Dissimulation**, N 1018 vd.; Yücedağ, **Değiştirme**, s. 83; **İsvFM**, ATF 66 II 132 = JdT 1940 I 554.

¹²⁷² Söz konusu örnek için bkz. **KanM (Graubünden)**, 24.9.1975, PKG 1975, s. 58; Honsell, **BaslerKomm**, OR Art. 200 N 3; Eren, **Borçlar Özel**, N 338. Aracın daha önceden pert olmasına rağmen, daha sonra tamir ettirilerek satılması durumunda, alıcının söz konusu ayıpları kolaylıkla tespit edebileceği yönünde bkz. **Yargıtay** 19. HD, T. 1.7.2015, E. 2015/5143, K. 2015/9722 (kazancı): "...Hal böyle olunca, somut olayda iğfalden söz edilemez. Zira yukarıda belirtildiği üzere aracın durumunun tramer kayıtlarından öğrenilebileceği bellidir...". Aynı şekilde, alıcının aracın kapasitesinde bir çöküntü olduğunu fark etmemesi durumunda TBK m. 222 f. I uyarınca, aracın bagaj kapağının açılmasında bir sorun olması durumunda TBK m. 222 f. II uyarınca satıcının ayıptan sorumluluğu bulunmayacaktır.

bulunmadığını üstlendiği yahut ayıbı kasten gizlediği söylenebiliyorsa, alıcı yine de satıcının ayıptan sorumluluğuna başvurabilecektir. Ayıbı kasten gizleyen satıcı, ayrıca ağır kusurlu olduğu için, bu durumda olağanüstü zamanaşımı rejimi uygulama alanı bulacaktır. *Altını önemle çizmek isteriz ki*, satıcının ağır ihmalinin bulunması halinde, alıcı ayıp bildiriminde bulunmak ve kısa zamanaşımı sürelerine uymak zorunda olmaksızın haklarını kullanabilecekse de; şayet satıcı, alıcının da ayıbı tespit etmekte ağır ihmalle hareket ettiğini, yani olağan bir dikkatle ayıbı fark edebilecek durumda bulunduğu (TBK m. 222 f. II) ispat edecek olursa, artık satıcının ayıptan sorumluluğu bulunmadığı için, ağır ihmalinin de bir önemi kalmayacaktır. Bu durumda satıcının ağır kusuruna rağmen, olağanüstü zamanaşımı rejiminin uygulanması mümkün değildir. O halde, alıcının ağır ihmali çürütebilecek hukuki çareler, yalnızca satıcının nitelik bildiriminde bulunması (TBK m. 222 f. II) yahut ayıbı hile ile gizlemesi halleridir¹²⁷³.

Belirmemiz gerekir ki TBK m. 222 hükmü emredici değil, düzenleyici ve yedek hukuk kuralıdır¹²⁷⁴. O halde, tarafların, alıcının bildiği ya da gerekli dikkati gösterseydi bilebileceği ayıplardan satıcının sorumlu olacağını kararlaştırmaları her zaman mümkündür. Böyle bir anlaşmanın mevcut olduğu hallerde, gerek ayıptan sorumluluk, gerekse olağanüstü zamanaşımı rejimi açısından bu yönde bir şartın varlığı aranmayacaktır.

B. Satıcının Ağır Kusuru

Kanun koyucu TBK m. 231 f. II ve m. 244 f. III hükümlerinde, ayıptan sorumlulukta öngördüğü olağan zamanaşımı sürelerinin, satıcının satılanı ayıplı olarak devretmekte ağır kusurlu olması durumunda uygulanmayacağını öngörmüştür. O halde, olağanüstü zamanaşımı rejiminin uygulanabilmesi için temel koşul, satıcının satılanı ayıplı olarak devretmekte ağır kusurlu olması halidir. Böylece kanun koyucu eski Borçlar Kanunu'ndan farklı olarak, Borçlar Hukuku'nun dayandığı temel kusur ayırımı olan *hafif kusur* - *ağır kusur* ayrımını esas almış ve ağır kusuru sistemin temeline yerleştirmiştir. Ağır kusur ise, hafif ihmali dışarıda

¹²⁷³ Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 200 N 8; Cavin, **Vente**, s. 85; Pedrazzini, **Dissimulation**, N 1013; Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 698; Honsell, **BaslerKomm**, OR Art. 200 N 4; Keller, Siehr, **Kaufvertrag**, s. 81; Huguenin, **OR**, N 2618; Tandoğan, **Borçlar Özel**, Cilt I/1, s. 174; Eren, **Borçlar Özel**, N 339; Şahiniz, **Ayıp**, s. 61; **İsvFM**, 20.5.2014, 4A_619/2013; 30.6.2005, 4C.7/2005.

¹²⁷⁴ Honsell, **BaslerKomm**, OR Art. 200 N 5; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 200 N 3.

bırakarak, kast ve ağır ihmal kavramlarından oluşmaktadır¹²⁷⁵. Hafif kusur ise temelde hafif ihmali kapsamına almaktadır. Bu sebeple, aşağıda özellikle satıcının kastı ve ağır ihmali incelenmiş ve satılanı ayıplı olarak devretmekte ağır kusurlu olduğu haller tespit edilmeye çalışılmıştır. TBK m. 114 f. II hükmü uyarınca haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler kıyasen sözleşmesel sorumluluğa da uygulanacağından, haksız fiil kapsamında yapılan açıklamalar konumuz açısından da önem arz etmektedir.

Belirtmemiz gerekir ki, satıcının satılanı *kasten* ayıplı olarak alıcıya teslim etmesi ile *ağır ihmal* kapsamında değerlendirilecek bir kusur seviyesiyle hareket etmesi arasında farklılığın pratik önemi sınırlıdır. Zira, kanun koyucu TBK m. 221, m. 225, m. 231 f. II ve m. 244 f. III hükümlerinde genel olarak satıcının ağır kusuruna atıf yapmıştır. Öte yandan, yukarıda ifade ettiğimiz üzere, satıcının kasten hareket ettiği bazı hallerde, alıcının ayıbı bilmesi gerekmesine rağmen (TBK m. 222 f. II) satıcının ayıptan sorumluluğunun yine de söz konusu olması, satıcının kasten hareket etmesinin tespitinin ve ispatının ağır ihmale nazaran daha kolay olması gibi sebeplerle konu, temelde iki kusur ayrımı çerçevesinde değerlendirilmiştir. Öte yandan, TBK m. 225 f. II hükmünde, satıcılığı meslek edinmiş kişilerin bilmesi gereken ayıplar bakımından ağır kusurlu olarak nitelendirilmesi ve ayıp bildirim yükümlülüğünün bulunmadığının düzenlenmesi karşısında, söz konusu hükmün kapsamı ve olağanüstü zamanaşımı rejimi açısından uygulanma kabiliyeti aşağıda ayrıca incelenmiştir.

1. Satıcının Kastı

Genel olarak haksız fiil sorumluluğunda incelenen ve kusurun en ağır derecesi olarak kabul edilen kast, eylemin failinin hukuka aykırı sonucu, bilerek ve isteyerek gerçekleştirmesidir¹²⁷⁶. Bu kapsamda yapılan değerlendirmeler, satıcının satılanı kasten ayıplı olarak ifa etmesi konusunda da geçerliliğini korumaktadır¹²⁷⁷. O

¹²⁷⁵ Deschenaux, Tercier, **Responsabilité**, s. 85; Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Cilt II, N 160; Eren, **Borçlar Genel**, s. 604; Öz, **Değişiklikler**, s. 856; Makaracı Başak, **TBK m. 225/II**, s. 1922.

¹²⁷⁶ Oftinger, Stark, **Haftpflicht**, § 5 N 44; Deschenaux, Tercier, **Responsabilité**, s. 82; Honsell, Isenring, Kessler, **Haftpflicht**, § 6 N 30; Werro, **Responsabilité**, N 278; Guggenheim, **Contrats II**, s. 112, 113; Roberto, **Haftpflicht**, N 235; Tandoğan, **Mes'uliyet**, s. 46; Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Cilt II, N 158; Eren, **Borçlar Genel**, s. 599; Thomas Grieder, **Vertragswidrigkeit und objektivierte Fahrlässigkeit**, Eine Abgrenzungsproblematik in der vertraglichen Haftung, Zürcher Studien zum Privatrecht Band/Nr. 177, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2002 (Fahrlässigkeit), s. 74.

¹²⁷⁷ Nitekim bkz. Pedrazzini, **Dissimulation**, N 521.

halde, yukarıda da ifade edildiği üzere kasttan bahsedebilmek için, failin sonucu tasavvur etmesi, yani bu sonucun bilincinde olması (*bilinç - conscience - Wissen*) ve söz konusu sonucu istemesi (*irade - volonté - Wollen*) şarttır¹²⁷⁸. Bu durumda satıcı, ilk olarak, satılana mevcut olan ayıbın bilincinde ve söz konusu ayıptan haberdar olmalıdır. Belirtmemiz gerekir ki, bu şartın gerçekleşmesi için satıcının mevcut ayıbı detaylı bir şekilde bilmesi aranmaz¹²⁷⁹. Satıcının ayıbın varlığı hususunda ciddi ve ağır şüphelerinin bulunması, buna rağmen ayıbın mevcut olma olasılığını kabul etmesi yeterlidir¹²⁸⁰. Zira, kastta hukuka aykırı sonucun bütün neticelerinin mutlaka arzu edilmesi gerekmez, bunun tasvip ve kabul edilmesi, göze alınması yeterli görülmektedir¹²⁸¹. Ayrıca, dürüstlük kuralı uyarınca, ayıp hakkında alıcıyı bilgilendirme yükümlülüğünün bulunduğundan bahsedilmesi durumunda, satıcının mevcut ayıplardan haberdar olduğu söylenebilecektir¹²⁸².

Satıcının satılana ayıbı yalnızca bilmesi, kasten hareket ettiği anlamına gelmemektedir. O halde, satıcının satılanı kasten ayıplı ifa ettiğinin kabul edilebilmesi için, ikinci olarak, kastın diğer unsurunun, yani *irade* şartının gerçekleşmiş olması gerekir. Bu durumda satılana ayıpların farkında olan satıcının, ayrıca satılanı ayıplı olarak ifa etmek istemesi, yani borca aykırı neticeyi arzu etmesi zorunludur¹²⁸³. Belirtmek isteriz ki, satıcının ayıplı ifa sonucunu bilerek

¹²⁷⁸ Oftinger, Stark, **Haftpflicht**, § 5 N 44; Deschenaux, Tercier, **Responsabilité**, s. 82; Honsell, Isenring, Kessler, **Haftpflicht**, § 6 N 30; Roberto, **Haftpflicht**, N 235; Tandoğan, **Mes'uliyet**, s. 46; Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Cilt II, N 158; Amaudruz, **Garantie**, s. 93; Heim, **Réparation**, s. 46; **İsvFM**, 4.7.2018, 4A_245/2018; 7.9.2010, 4A_301/2010; 13.7.2005, 4C.16/2005 = RNRF 88/2007, s. 281.

¹²⁷⁹ Giger, **BernerKomm**, OR Art. 199 N 34; Becker, **BernerKomm**, OR Art. 199 N 5; Heim, **Réparation**, s. 46; Amaudruz, **Garantie**, s. 93; Pedrazzini, **Dissimulation**, N 554; **İsvFM**, ATF 66 II 132 = JdT 1940 I 554: "...Ayıbın bilindiğinin kabul edilebilmesi için satıcının her türlü detay hakkında tam bir bilgi sahibi olması aranmaz. Satıcının yeteri kadar bilgi sahibi olabilecek durumda olması yeterlidir..."; **İsvFM**, 12.4.2011, 4A_70/2011; **KanM (Genève)**, 19.6.2018, ACJC 807/2018. Nitekim, kastta da zarar verenin zarar verici davranışının bütün sonuçlarını öngörmesi ve istemiş olması aranmamaktadır. Bkz. Eren, **Borçlar Genel**, s. 600.

¹²⁸⁰ Oser, Schönenberger, **ZürcherKomm**, OR Art. 28 N 8; Giger, **BernerKomm**, OR Art. 199 N 34, 42; Heim, **Réparation**, s. 46; Becker, **BernerKomm**, OR Art. 199 N 5; Pedrazzini, **Dissimulation**, N 526; Amaudruz, **Garantie**, s. 93; Gauch, **Entreprise**, N 2092; Lörtscher, **Haftungsbeschränkungen**, s. 138; Furrer, **Gewährleistung**, s. 59, 84: "*den Mangel für möglich hält*"; **İsvFM**, 26.6.2014, 4A_97/2014; **KanM (Genève)**, 19.6.2018, ACJC 807/2018. Böyle durumlarda alıcı, satıcıyı bilgilendirme yükümlülüğü altındadır. Bkz. Neuenschwander, **Schlechterfüllung**, s. 99; Becker, **BernerKomm**, OR Art. 199 N 5. Buna rağmen ağır ihmalle dahi satıcının ayıbın varlığından haberdar olmaması durumunda, satılana ayıplı ifa bildirgi varsayılmaz. Bkz. Pedrazzini, **Dissimulation**, N 101, 102; **İsvFM**, 20.8.2009, 4A_226/2009; 12.4.2011, 4A_70/2011.

¹²⁸¹ Gauch, **Entreprise**, N 2092; Tandoğan, **Mes'uliyet**, s. 47; Eren, **Borçlar Genel**, s. 600.

¹²⁸² Giger, **BernerKomm**, OR Art. 199 N 34; Pedrazzini, **Dissimulation**, N 524.

¹²⁸³ Pedrazzini, **Dissimulation**, N 547; Giger, **BernerKomm**, OR Art. 199 N 45; **İsvFM**, 7.9.2010, 4A_301/2010; 13.7.2005, 4C.16/2005 = RNRF 88/2007, s. 281.

arzu etmesi, aktif bir davranış neticesinde kendisini gösterebileceği gibi, satıcının hareketsizliğinden kaynaklanan pasif bir davranışla da gerçekleştirilebilir¹²⁸⁴.

Öte yandan, satıcının satılanı kasten ayıplı olarak teslim ettiğinin kabul edilebilmesi için, *dolaylı veya ihtimali kastı (dolus eventualis)* da yeterli görülmektedir¹²⁸⁵. İhtimali kast, özellikle kişinin sonucu doğrudan doğruya istememekle beraber, örneğin satıcının alıcıyı yanıltma arzusunda olmayıp, bu sonucun gerçekleşme ihtimalini göze alarak hareket ettiği durumlarda söz konusu olur¹²⁸⁶. Örneğin, satıcının ayıbın varlığından haberdar olup da, bu durumu alıcıya bildirme yükümlülüğünün bulunması ihtimalinde, susarak alıcının ayıbın varlığı hususunda yanılmasına neden olması, satıcının ihtimali kast ile hareket ettiğini gösterir.

Satıcının satılarda bulunmayan bir niteliği bilerek satıcıya vadetmesi ve söz konusu bildirilen niteliklerin satılarda bulunmaması sebebiyle, satılanı ayıplı ifa etmesi durumunda, kasten hareket ettiği kabul edilmelidir¹²⁸⁷. Satılanın belirli miktarda kira geliri getireceğinin vadedilmesine rağmen, satılardan oldukça düşük bir kira geliri elde edilmesi ya da satılanın fabrikadan yeni çıkmış olduğunun bildirilmesine rağmen ikinci el olduğunun anlaşılması durumlarında, satıcının kasten satılarda mevcut olmayan bir niteliği alıcıya bildirmesi durumlarıyla karşılaşılmaktadır. Zira, bu gibi hallerde satıcı, bildirilen niteliklerde bir eksiklik olduğunu bilmesine rağmen, borca aykırı sonucu isteyerek gerçekleştirmektedir. Yine aynı şekilde, satıcının ayıbı bilmesi, buna rağmen alıcının ayıbı tespit edemeyeceğini düşünerek susması ve satılanı ayıplı olarak alıcıya teslim etmesi durumunda da, kasten hareket ettiği söylenebilecektir¹²⁸⁸.

¹²⁸⁴ Schluep, *Nachbesserung*, s. 89; Pedrazzini, *Dissimulation*, N 117; Yavuz, *Ayıp*, s. 100; *İsvFM*, 12.4.2011, 4A_70/2011 = RNRF 93/2012, s. 300; 7.9.2010, 4A_301/2010; *İsvFM*, ATF 116 II 431 = JdT 1991 I 45. Aynı yönde bkz. Cavin, *Vente*, s. 91.

¹²⁸⁵ Heim, *Réparation*, s. 46; Tercier, Bieri, Carron, *Contrats*, N 826; Honsell, *OR BT*, s. 104; Pedrazzini, *Dissimulation*, N 520; Venturi, Zen-Ruffinen, *CommRomand*, CO art. 299 N 3, dn. 6; *İsvFM*, 7.9.2010, 4A_301/2010; 20.5.2014, 4A_619/2013; 12.4.2011, 4A_70/2011; 13.7.2005, 4C.16/2005 = RNRF 88/2007, s. 281; 4.9.2017, 4A_141/2017; *İsvFM*, ATF 143 III 495; 10.12.1986, SJ 1987 177 = DC 1987 70; *KanM (Genève)*, 19.6.2018, ACJC 807/2018.

¹²⁸⁶ Deschenaux, Tercier, *Responsabilité*, s. 82; Guggenheim, *Contrats II*, s. 113; Tandoğan, *Mes'uliyet*, s. 47; Oğuzman, Öz, *Borçlar Genel*, Cilt II, N 158; Eren, *Borçlar Genel*, s. 600.

¹²⁸⁷ Müller-Chen, *CHK*, OR Art. 210 N 9; Pedrazzini, *Dissimulation*, N 116; *İsvFM*, 7.9.2010, 4A_301/2010; *İsvFM*, ATF 81 II 207 = JdT 1956 I 104; ATF 116 II 431 = JdT 1991 I 45; *Yargıtay* 13. HD, T. 30.2.1989, E. 1988/6825, K. 1989/2181 (kazancı); *Yargıtay* 11. HD, T. 3.10.1986, E. 1986/4447, K. 1986/4964 (kazancı).

¹²⁸⁸ Gauch, *Entreprise*, N 2092; Giger, *BernerKomm*, OR Art. 199 N 45; Furrer, *Gewährleistung*, s. 59; *İsvFM*, 20.5.2014, 4A_619/2013; 18.7.2013, 4A_622/2013 = SJ 2013 I 454; 7.9.2010, 4A_301/2010; *Yargıtay* 19. HD, T. 1.7.2015, E. 2015/5143, K. 2015/9722 (kazancı).

Satılndaki ayıbın varlığından şüphelenen satıcının, hiçbir haklı sebep yokken satılanı kontrol etmeyi ihmal etmesi durumunda, ayıbın mevcut olması olasılığını kabul ettiği söylenebilir¹²⁸⁹. Bu durumda, kendisi açısından herhangi bir zorluk arz etmediği halde, satıcının satılanı gözden geçirmemesi ve en temel kontrolleri ihmal etmesi, ayıbın varlığından haberdar olduğunu gösterir. Böyle bir durumda, ayıbın muhtemel sonuçlarını göze alan satıcının, ihmal ile değil, en azından *ihimali kast* ile hareket ettiği kabul edilmelidir. Belirtmek gerekir ki, satıcının mesleği icabı satış sözleşmesi akdettiği durumlarda, kasten hareket ettiği, daha kolay bir şekilde söylenebilecektir.

Hukuki bir ayıbın¹²⁹⁰ söz konusu olması durumunda, “*kanunu bilmemek mazeret sayılmaz (nemo jus ignorare censetur)*” ilkesi, satılanın hukuki niteliklerindeki bütün eksikliklerin satıcı tarafından bilindiği veya bilinmesi gerektiği şeklinde yorumlanamaz¹²⁹¹. Böyle bir ayıbın satıcı tarafından bilindiğinin kabul edilebilmesi için, somut olayın bütün şartları değerlendirilmeli, satıcının tecrübesi ve bilgi seviyesi nazara alınarak, hukuki ayıbı meydana getiren hukuk kuralının niteliği göz önünde bulundurulmalıdır.

Satıcının kasten hareket etmesi açısından önem taşıyan diğer bir durum ise, satıcının *bilgilendirme yükümlülüğünü ihlal etmesi* halidir. Zira, satıcının bilgilendirme yükümlülüğünü bilerek ihlal etmesi durumunda, satılanı ayıplı olarak alıcıya teslim etmek hususunda kasten hareket ettiği kabul edilmektedir¹²⁹². Bu gibi durumlarda, satıcının aktif bir davranışta bulunması gerekirken hareketsiz kalması, yani alıcıyı ayıbın varlığı konusunda bilgilendirmesi gerekirken susması, bilerek ve isteyerek ayıplı ifayı gerçekleştirmesi açısından, satıcının kasten hareket ettiğini göstermektedir. Ancak, bu sonucun gerçekleşebilmesi için satıcının bilgilendirme

¹²⁸⁹ Gauch, *Entreprise*, N 2092; Heim, *Réparation*, s. 46; Pedrazzini, *Dissimulation*, N 527; *KanM (Genève)*, SJ 1959, s. 387: karara konu olayda ikinci el otomobil satışı söz konusu olup, aracın motorunun çalışamayacak durumda olması karşısında, satıcının satılanı gözden geçirmiş ve kontrol etmiş olması gerektiği, bu yükümlülüğünü ihmal etmesi sebebiyle, ayıbın varlığını göze alarak kasten hareket ettiği kabul edilmiştir.

¹²⁹⁰ Hukuki ayıp kavramı ve zapttan farkı için bkz. yukarıda B.2/II/5.

¹²⁹¹ Pedrazzini, *Dissimulation*, N 529; Paul Piotet, “De l’adage “nul n’est censé ignorer la loi” et des conséquences de l’erreur de droit”, *Recherches juridiques lausannoises*, Band/Nr. 19, *Contributions choisies : Recueil offert par la Faculté de droit de l’Université de Lausanne à l’occasion de son 80ème anniversaire*, Schulthess Juristische Medien AG, Lausanne, 2004, s. 755, 762 (Adage), s. 756.

¹²⁹² Gauch, *Entreprise*, N 2093; Müller-Chen, *CHK*, OR Art. 210 N 9; Venturi, Zen-Ruffinen, *CommRomand*, CO art. 199 N 3; Giger, *BernerKomm*, OR Art. 199 N 35; Neuenschwander, *Schlechterfüllung*, s. 99, 100; Huguenin, *OR*, N 2638; Pedrazzini, *Dissimulation*, N 129; Keller, Lörtscher, *Kaufrecht*, s. 106; Ünlütepe, *Külfet*, s. 324; *İsvFM*, 4.7.2018, 4A_245/2018; 13.7.2005, 4C.16/2005 = RNRF 88/2007, s. 281. Benzer yönde bkz. *İsvFM*, ATF 143 III 495 = 4.9.2017, 4A_141/2017.

yükümlülüğünün bulunması şarttır¹²⁹³. Kural olarak, satıcı, alıcıyı bilgilendirmekle yükümlü değilse de, böyle bir yükümlülük kanundan, sözleşmeden, dürüstlük kuralından ya da taraflar arasındaki güven ilişkisinden doğabilir¹²⁹⁴. Özellikle dürüstlük kuralı uyarınca satıcı, alıcıyı satılarda var olduğunu bildiği ya da varlığından şüphelendiği nitelik eksiklikleri konusunda yanıltmama yükümlülüğü altındadır¹²⁹⁵. Ancak, alıcının kolaylıkla ve olağan bir dikkatle tespit edebileceği ayıplar için (TBK m. 222 f. II), satıcının alıcıyı bilgilendirme veya yanıltmama yükümlülüğünün bulunduğu söylenemez¹²⁹⁶. Zira, bu hallerde satıcı, dürüstlük kuralı uyarınca, satılardaki ayıpların alıcı tarafından hâlihazırda bilindiğini varsaymakta hukuken haklıdır.

Örneğin, satıcının satılan arsanın tapu siciline yazılmış olan yüzölçümü miktarının gerçeği yansıtmaması¹²⁹⁷, satılan taşınmazın bir kısmı için belediye tarafından yıkım kararı verilmiş olması ya da balkonun mevzuata uygun şekilde düzeltilmesinin istenmiş olması, taşınmaz için talep edilmiş imar izni talebinin daha önceden reddedilmiş olması, arazinin kapsadığı bir bölümün daha önceden çığdan etkilenmiş ancak bu durumun henüz planlara yansıtılmamış olması, evin uygun bir kanalizasyon sisteminin bulunmaması sebebiyle nem sorununun bulunması¹²⁹⁸, saunanın su sızdırmazlık sorununun bulunması veya sıcak su sisteminde sorun olması sebebiyle çatlakların oluşması¹²⁹⁹ gibi durumlardan haberdar olan ya da ayıbın varlığından şüphe eden satıcının, susarak bilgilendirme yükümlülüğünü ihlal

¹²⁹³ Merz, **Obligations**, s. 47, 48; Giger, **BernerKomm**, OR Art. 199 N 35; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 199 N 3; Pedrazzini, **Dissimulation**, N 131; **İsvFM**, 4.7.2018, 4A_245/2018; 20.5.2014, 4A_619/2013; 4.9.2017, 4A_141/2017; **İsvFM**, ATF 143 III 495; ATF 116 II 431 = JdT 1991 I 45.

¹²⁹⁴ Deschenaux, **Traité**, s. 166; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 199 N 3; Huguenin, **OR**, N 2638; Pedrazzini, **Dissimulation**, N 425 vd.; **İsvFM**, 4.7.2018, 4A_245/2018; 20.5.2014, 4A_619/2013; 7.9.2010, 4A_301/2010; 13.7.2005, 4C.16/2005 = RNRF 88/2007, s. 281; 12.4.2011, 4A_70/2011; **İsvFM**, ATF 81 II 207 = JdT 1956 I 104; ATF 117 II 218; ATF 116 II 431 = JdT 1991 I 45. Satıcının sözleşme görüşmeleri sırasında karşı tarafın kararını etkileyecek hususları bildirmekle yükümlü olduğu yönünde bkz. **İsvFM**, 12.4.2011, 4A_70/2011.

¹²⁹⁵ Merz, **Obligations**, s. 47, 48; Lörtscher, **Haftungsbeschränkungen**, s. 140; Keller, Lörtscher, **Kaufrecht**, s. 106; Gauch, **Entreprise**, N 2093; Pedrazzini, **Dissimulation**, N 438; Neuenschwander, **Schlechterfüllung**, s. 99; **İsvFM**, 20.8.2009, 4A_226/2009; 12.4.2011, 4A_70/2011; 4.9.2017, 4A_141/2017; **İsvFM**, 143 III 495.

¹²⁹⁶ Giger, **BernerKomm**, OR Art. 199 N 43; Neuenschwander, **Schlechterfüllung**, s. 99; Pedrazzini, **Dissimulation**, N 440; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 199 N 3; Lörtscher, **Haftungsbeschränkungen**, s. 139; **İsvFM**, 20.5.2014, 4A_619/2013; 12.4.2011, 4A_70/2011 = RNRF 93/2012, s. 300; 13.7.2005, 4C.16/2005 = RNRF 88/2007, s. 281; 7.9.2010, 4A_301/2010; 20.5.2014, 4A_619/2013; **İsvFM**, ATF 116 II 431.

¹²⁹⁷ **İsvFM**, 81 II 138 = JdT 1956 I 46. Ayrıca bkz. **KanM (Basel)**, 25.5.1978, BJM 1980, s. 200.

¹²⁹⁸ **İsvFM**, ATF 66 II 132 = JdT 1940 I 561.

¹²⁹⁹ **İsvFM**, 10.12.1986, SJ 1987 177 = DC 1987 70; 12.4.2011, 4A_70/2011; 20.8.2009, 4A_226/2009. Aynı yönde bkz. **Yargıtay HGK**, T. 29.3.2017, E. 2017/13-664, K. 2017/573 (kazancı).

etmesi, kasten hareket ettiğini göstermektedir. Aynı şekilde, yalnızca orijinal ürünlerin satıldığına belirtildiği bir dükkândan sahte bir tablonun satın alınması¹³⁰⁰, satıcının alıcıya sattığı kafenin mevcut kiracısına yüzde elliye kadar zam yapabileceğini taahhüt etmesi¹³⁰¹, hisse satışında şirketin malvarlığının önemli bir kısmını oluşturan taşınmaz üzerinde üçüncü bir kişiye ön alım hakkı tanınmış olması¹³⁰², ürünün TSE standartlarına uygun olmaması¹³⁰³ veya satılan şirketi tehdit eden herhangi bir dava ihtimalinin bulunmadığının söylenmesine rağmen söz konusu tehdidin mevcut olması¹³⁰⁴ gibi hallerde ayıbın varlığını bilen satıcının susması, bilgilendirme yükümlülüğünün ihlaline ve satıcının kastına örnek teşkil etmektedir.

2. Satıcının Ağır İhmali

İhmal (négligence - Fahrlässigkeit), hukuka aykırı sonucu doğrudan arzulamamakla beraber böyle bir sonucun gerçekleşmesini önlemek amacıyla şartların gerektirdiği dikkat ve özenin gösterilmemesi, hukuka aykırı sonucu engellemek amacıyla kişinin iradesini yeter derecede kullanmamasıdır¹³⁰⁵. Bu açıdan, *ihmal*, zarar verici davranışın sonuçlarını göze almamakla beraber, kişinin öngörebildiği veya öngörebilecek durumda olduğu söz konusu davranışı engellemek amacıyla, mümkün olduğu ölçüde harekete geçmemesi fikrine dayanır. Fail, zarar verici davranışın meydana gelmesini istememekle beraber, sonuçlarını hesaba katmamakta ya da zarar olasılığını çoğunlukla öngörmemektedir. İhmal, kastta

¹³⁰⁰ Katz, **Sachmängel**, s. 126.

¹³⁰¹ **İsvFM**, 22.3.1975, SJ 1975 5.

¹³⁰² **KanM (Graubünden)**, 23.8.1989, PKG 1989, s. 45.

¹³⁰³ **Yargıtay** 19. HD, T. 30.6.2015, E. 2014/18395, K. 2015/9696 (kazancı): “...*Davalı TSE garantili ürünü davacıya satmakla TSE standartlarına uygun ürün teslim etmek yükümlülüğü altındadır. TSE tarafından yapılan incelemede, granitlerin yüzey kusurları sebebiyle TSE standartlarına uygun olmadığı tespit edilmekle davalının bu yükümlülüğünü yerine getirmediği, yanıltıcı beyanda bulunduğu ve ağır kusurlu olduğunun kabulü gerekir. (TBK m. 231/2.). Satıcının ağır kusurlu olarak malı devretmesi (alıcının işfali) halinde TBK m 225'e göre, satıcı, ayıbın kendisine süresinde bildirilmemiş olduğunu ileri sürerek sorumluluktan kurtulamaz. TBK'nun 231/2'ye göre de 10 yıllık zamanaşımı süresi içerisinde davacı alıcı yasadın doğan haklarını kullanabilir...*”

¹³⁰⁴ **İsvFM**, 7.9.2010, 4A_301/2010.

¹³⁰⁵ Oftinger, Stark, **Haftpflicht**, § 5 N 48; Deschenaux, Tercier, **Responsabilité**, s. 83; Honsell, Isenring, Kessler, **Haftpflicht**, § 6 N 17; Alfred Keller, **Haftpflicht im Privatrecht**, Band I, 6. vollständig überarbeitete und ergänzte Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2002 (Haftpflicht), s. 119, 120; Werro, **Responsabilité**, N 279; Roberto, **Haftpflicht**, N 220; Tandoğan, **Mes'uliyet**, s. 48-49; Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Cilt II, N 159; Eren, **Borçlar Genel**, s. 601; **Yargıtay** HGK, T. 14.1.2020, E. 2017/4-1322, K. 2020/11 (kazancı): “...*Yine öğreti ve uygulamadaki hâkim görüşe göre, sorumluluk hukuku açısından kusurun, kast ve ihmal (taksir) olmak üzere ikiye ayrılacağı kabul edilmektedir. Bu bağlamda kast, hukuka aykırı sonucun bilerek ve isteyerek meydana getirilmesi; ihmal ise, hukuka aykırı sonucu istememekle birlikte, böyle bir sonucun önlenmesi için gerekli önlemlerin alınmaması ve gereken özenin gösterilmemesidir...*”

olduğu gibi, aktif bir davranışla gerçekleştirilebileceği gibi, pasif bir davranışla da gerçekleştirilebilir¹³⁰⁶. Ancak, pasif davranışla gerçekleşen ihmal, failin gerekli özeni göstermeyerek hareketsiz kalması şeklinde meydana geldiğinden, diğerine nazaran daha çok karşılaşılan bir durumdur.

Roma Hukuku'ndan gelen temel ayırıma göre ihmal, iki temel başlık altında incelenmektedir: *ağır ihmal (culpa lata)* ve *hafif ihmal (culpa levis)*¹³⁰⁷. *Ağır ihmal* zarar verici davranış işlenirken, fail ile aynı şartlar altında bulunan makul ve akli başında her insanın alması gereken en basit önlemlerin alınmaması, o durumda bulunan herkesin göstereceği dikkat ve özenin gösterilmemesidir¹³⁰⁸. Bu durumda ağır ihmal, halin icabının gerektirdiği özenin ağır bir şekilde ihmal edilmesi veya en temel önlemlerin alınmamış olması şeklinde de ifade edilebilir¹³⁰⁹. *Hafif ihmal* ise, zarar verici fiil işlenirken, böyle bir fiili işleyen herkesin değil, dikkatli ve özenli bir kimsenin göstereceği dikkat ve özenin gösterilmemiş olması, belirli bir oranda özenli davranılmış olsa da, somut olayın gerektirdiği ve kendisinden beklenebilecek her türlü özeninin somut olayda sarf edilmemiş olmasıdır¹³¹⁰. Öte yandan, hafif ihmalin olumsuz şekilde tanımlanarak, ağır ihmal veya ağır kusur kapsamında değerlendirilemeyen her türlü kusurlu davranış şeklinde ifade edilmesi de

¹³⁰⁶ Oftinger, Stark, **Haftpflicht**, § 5 N 49; Deschenaux, Tercier, **Responsabilité**, s. 83; Eren, **Borçlar Genel**, s. 601.

¹³⁰⁷ Honsell, Isenring, Kessler, **Haftpflicht**, § 6 N 25; Deschenaux, Tercier, **Responsabilité**, s. 85; Engel, **Obligations**, s. 465; Guggenheim, **Contrats II**, s. 117; Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Cilt II, N 159. Her ne kadar “orta ihmal (*faute moyenne - mittlere Fahrlässigkeit*)” kavramından bahsediliyorsa da, kanun temel aldığı asıl ayırımın ağır ve hafif ihmal olduğu nazara alınarak, yalnızca bu kavramlar üzerinde durulmuştur. Orta ihmal kavramı için bkz. Honsell, Isenring, Kessler, **Haftpflicht**, § 6 N 28; Roland Brehm, “Quelques considérations à propos de la faute grave dans l’assurance privée”, **SJ 1978**, s. 529-544 (Considérations), s. 536 vd.; Roland Brehm, “A la recherche d’une faute « moyenne »”, **RSJ 63/1967**, s. 87-89 (RSJ 1967), s. 87-89; Eren, **Borçlar Genel**, s. 605.

¹³⁰⁸ Oftinger, Stark, **Haftpflicht**, § 5 N 107; Honsell, Isenring, Kessler, **Haftpflicht**, § 6 N 26; Deschenaux, Tercier, **Responsabilité**, s. 85; Keller, **Haftpflicht**, s. 127; Guggenheim, **Contrats II**, s. 118; Roberto, **Haftpflicht**, N 237; Tandoğan, **Mes’uliyet**, s. 54, 55; Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Cilt II, N 159; Eren, **Borçlar Genel**, s. 605; Nomer, **Borçlar Genel**, N 114.1; Makaracı Başak, **TBK m. 225/II**, s. 1922. *İsviçre Federal Mahkemesi*, ağır kusuru, her makul insanın aynı hal ve şartlar altında uyması gereken en temel ve ilkel özen kurallarının ihlal edilmiş olması şeklinde tanımlamaktadır. Bkz. **İsvFM**, ATF 92 II 250 = JdT 1967 I 343; ATF 88 II 430 = SJ 1963 256. Ayrıca bkz. Engel, **Obligations**, s. 466; Tandoğan, **Mes’uliyet**, s. 55.

¹³⁰⁹ Werro, **CommRomand**, CO art. 41 N 70; Honsell, Isenring, Kessler, **Haftpflicht**, § 6 N 26; Grieder, **Fahrlässigkeit**, s. 75; Makaracı Başak, **TBK m. 225/II**, s. 1922.

¹³¹⁰ Oftinger, Stark, **Haftpflicht**, § 5 N 109; Deschenaux, Tercier, **Responsabilité**, s. 85; Honsell, Isenring, Kessler, **Haftpflicht**, § 6 N 28; Werro, **CommRomand**, CO art. 41 N 70; Tandoğan, **Mes’uliyet**, s. 55; Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Cilt II, N 159; Nomer, **Borçlar Genel**, N 114.1; Eren, **Borçlar Genel**, s. 605.

mümkündür¹³¹¹. Belirtmek gerekir ki, iki ihmal seviyesi arasındaki ayırımın tespit edilmesi, her zaman görüldüğü kadar kolay bir şekilde gerçekleşmemektedir¹³¹².

Her ne kadar kusurun objektifleştirilmesi görüşü¹³¹³ günümüzde ağırlık kazanmış olsa da, ihmalin ölçüsünün her olay açısından değişmez, mutlak veya kesin olarak kabul edilmesi mümkün değildir. O halde, kusur kavramı ister objektif ister sübjektif açıdan değerlendirilsin, kabul edilen ortak husus, muhakkak failin yaşı, eğitimi, iş tecrübesi, fiziki, teknik, entelektüel ve mesleki durumu gibi hususların ihmalin derecesinin tespitinde ve o olayla ilgili normal insan tipinin belirlenmesinde nazara alınacak olmasıdır¹³¹⁴. Zira, ağır ihmalin belirlenmesinde rastgele bir insan tipinin değil, yalnızca fail ile aynı şartlar altında bulunan makul insan tipinin kusur değerlendirmesine esas alınması mümkündür. O halde, konumuz açısından bakacak olursak, ağır ihmalin tespitinde satıcının satış sözleşmesini mesleği icabı akdetmiş olması, tacir veya en azından esnaf olması, alanındaki uzmanlık seviyesi, işindeki tecrübesi, sözleşme konusunu ilgilendiren bir alanda daha önce eğitim almış olması, yaşının fazla genç olmaması yahut işini etkileyecek derece yaşlı olmaması gibi unsurların mevcudiyeti, satıcının ağır ihmalinin tespitinde önem kazanacaktır. Öte yandan, satıcının satış sözleşmesini tek seferlik akdetmiş olması, mesleğe yeni başlamış veya sözleşme konusunu ilgilendiren bir alanda daha önce çalışmamış olması, tecrübesizliği yahut eğitimsizliği, satıcıyı hafif ihmale daha çok yaklaştıracaktır. Örneğin, arabasını satan normal bir insandan beklenecek özen seviyesi, bu işi meslek icabı yapan bir galeri sahibinden beklenecek olan özen seviyesi ile aynı değildir. Aynı şekilde, bir toplu konut projesi kapsamında pek çok

¹³¹¹ Oftinger, Stark, **Haftpflicht**, § 5 N 109; Keller, **Haftpflicht**, s. 119; Deschenaux, Tercier, **Responsabilité**, s. 86; Roberto, **Haftpflicht**, N 237; Engel, **Obligations**, s. 466; Tandoğan, **Mes'uliyet**, s. 55; Grieder, **Fahrlässigkeit**, s. 75.

¹³¹² Keller'in öğretide kabul görmüş formülüne göre "*das kann passieren; cela peut arriver; bu gerçekleşebilir*" deniyorsa hafif ihmal, "*das darf nicht passieren; cela ne doit pas se produire; bu gerçekleşmemelidir, gerçekleşemez*" deniyorsa ağır ihmal söz konusudur. Bkz. Keller, **Haftpflicht**, s. 127. Aynı şekilde: Oftinger, Stark, **Haftpflicht**, § 5 N 107 dn. 121; Deschenaux, Tercier, **Responsabilité**, s. 85; Roberto, **Haftpflicht**, N 237; Guggenheim, **Contrats II**, s. 118.

¹³¹³ Kusurun objektifleştirilmesi görüşü ve objektif kusur teorisi hakkında detaylı bilgi için bkz. Oftinger, Stark, **Haftpflicht**, § 5 N 63 vd.; Honsell, Isenring, Kessler, **Haftpflicht**, § 6 N 18; Engel, **Obligations**, s. 457, 458; Grieder, **Fahrlässigkeit**, s. 103 vd.; Eren, **Borçlar Genel**, s. 595, 596. Bu yönde bir Yargıtay kararı için bkz. **Yargıtay** 21. HD, T. 16.4.2018, E. 2018/1430, K. 2018/3811 (kazancı). Öte yandan, kusurun bir *irade noksanlığı* (*Willensfehler*) olduğu yönündeki görüş de terk edilmiş görünmektedir. Bkz. Vischer, **Verschulden**, s. 131.

¹³¹⁴ Deschenaux, Tercier, **Responsabilité**, s. 83; Werro, **CommRomand**, CO art. 41 N 57; Roberto, **Haftpflicht**, N 221; Tandoğan, **Mes'uliyet**, s. 53; Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Cilt II, N 162; Eren, **Borçlar Genel**, s. 602, 603. Yaş, cinsiyet, meslek gibi kişisel özelliklerin nazara alınması, objektif kusur teorisi açısından, objektifleştirmede sonuna kadar gidilmediğini göstermektedir. Bkz. Tandoğan, **Mes'uliyet**, s. 53; **Yargıtay** 21. HD, T. 16.4.2018, E. 2018/1430, K. 2018/3811 (kazancı).

bağımsız bölümü satışa çıkaran bir inşaat şirketinden beklenecek özen seviyesi, kendi evini satışa çıkarmış olan bir kişiye nazaran daha yüksektir. Keza, satıcının icra ettiği mesleğin gerektirdiği ehemmiyet, tehlike ve güçlük ne kadar fazla ise, kendisinden beklenen özen ölçüsü de o derecede fazla olmalıdır¹³¹⁵. Patlayıcı madde satan bir satıcının, kullanımı tehlike arz eden makinelerin satışıyla uğraşan kişilerin veya tıbbi malzeme temin eden kişilerin ayıpsız mal teslim etmekte gösterecekleri özen ölçüsü daha yüksek olmalıdır.

Yukarıda ifade ettiğimiz söz konusu unsurların tamamı, özen ölçüsünün belirlenmesinde ve mevcut olay bazında kullanılacak olan, normal ve makul insan tipinin tespitinde, yani somut olay açısından Roma Hukuku'ndaki *bonus pater familias*'ın hareket tarzının ortaya konmasında önem kazanacaktır¹³¹⁶. Satıcının sübjektif nitelikleri, özen ölçüsünün tespitinde nazara alınıyor olsa da, ihmalin tespitinde objektif kriterlerden yararlanılmakta ve somut olay çerçevesinde satıcının hareket tarzının, objektif özen ölçüsünün ne derece altında kaldığı tespit edilmektedir¹³¹⁷. Ancak, önemle belirtmek gerekir ki, satıcıya dair söz konusu niteliklerin makul insan tipinin tespitinde nazara alınması, satıcının mesleğindeki kötü geleneklerin yahut satıcının ruhsal durumu gibi istisnai mazeretlerin de nazara alınacağı anlamına gelmemektedir¹³¹⁸.

Öte yandan, satıcının bazı özel malların satışı konusunda öngörülmüş olan kamu hukuku kökenli bazı kurallara ya da kanuni veya idari şartlara aykırı mal satmış olması, satıcının ağır ihmalinin tespitinde önem taşıyabilir¹³¹⁹. Örneğin bazı gıdalara konulmasının yasak olduğu, sağlık açısından zararlı veya alerjen

¹³¹⁵ Tandoğan, **Mes'uliyet**, s. 53; Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Cilt II, N 165.

¹³¹⁶ Deschenaux, Tercier, **Responsabilité**, s. 83; Werro, **Responsabilité**, N 242; Honsell, Isenring, Kessler, **Haftpflicht**, § 6 N 17; Engel, **Obligations**, s. 457; Tandoğan, **Mes'uliyet**, s. 51; Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Cilt II, N 162.

¹³¹⁷ Örneğin bkz. Deschenaux, Tercier, **Responsabilité**, s. 83; Honsell, Isenring, Kessler, **Haftpflicht**, § 6 N 18; Werro, **Responsabilité**, N 242; **İsvFM**, ATF 102 II 231 = JdT 1977 I 122.

¹³¹⁸ Werro, **CommRomand**, CO art. 41 N 59; Tandoğan, **Mes'uliyet**, s. 53; Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Cilt II, N 162. Aynı yönde: Deschenaux, Tercier, **Responsabilité**, s. 83.

¹³¹⁹ Werro, **Responsabilité**, N 244; Werro, **CommRomand**, CO art. 41 N 61; Tandoğan, **Mes'uliyet**, s. 54, **İsvFM**, ATF 122 IV 17; ATF 121 IV 207; ATF 126 III 113: İsviçre Federal Mahkemesi, yaşanan bir teleferik kazasında, kusurun tespitinde, teleferik işleten şirketin kanton tarafından kabul edilmiş olan İnsan Taşımacılığında Kullanılan Teleferikler Hakkında Tebliğ kapsamında öngörülmüş olan gerekli önlemleri almış olup olmadığını değerlendirmiştir.

Aynı şekilde bkz. **Yargıtay** 21. HD, T. 16.4.2018, E. 2018/1430, K. 2018/3811 (kazancı): "6331 Sayılı Kanun'un 4. ve 5. maddeleri ile buna uygun olarak çıkarılan... yönetmelikleri hükümlerini ...veren sorumluluğunu **objektifleştiren kriterler** olarak değerlendirmek gerekmektedir. Bu sebeple mevzuatta yer alan tenik ... kurallarına uyulmaması ...veren kusurlu davranışı olarak kabul edilmelidir. Ancak ...veren sadece anılan yazılı kurallara değil, yazılı olmayan ve teknolojinin gerekli kıldığı önlemlere aykırı davrandığında da kusurlu görülerek oluşan zararı karşılamalıdır..."

maddelerin, gıda mevzuatına veya Tarım ve Ormanlık Bakanlığı'nın yayımladığı tebliğlere aykırı şekilde kullanılmış olması durumunda, satıcının ağır ihmalinin bulunduğu söylenebilir. Aynı şekilde hâkim, bu tarz kanuni veya idari düzenlemelerin bulunmaması durumunda, kamu kurumu sayılan meslek odalarının, alanında tanınmış ve kamu yararı için çalışan çeşitli derneklerin veya sivil toplum örgütlerinin, kamu sağlığını ve güvenliğini korumak için hazırladıkları çeşitli kuralları, satıcının ağır kusurunun tespitinde esas alabilir¹³²⁰. Bu açıdan, tüketici dernekleri veya Gıda Mühendisleri Odası gibi kurumların çalışmaları örnek gösterilebilir. Öte yandan, bütün kanuni veya idari düzenlemelere uygun bir malın satılmış olması, satıcının kusursuzluğunu ispatlamak açısından tek başına yeterli değildir¹³²¹. Bu durumda satıcının, aynı şartlar altında bulunan makul bir satıcıdan beklenecek özeni gösterip göstermediği ayrıca somut olay çerçevesinde değerlendirilecektir. Ancak, bütün kanuni ve idari düzenlemelere veya çeşitli meslek kurallarına uygun davranılmış olması durumunda, kanımızca hiç değilse satıcının ağır ihmalinin bulunmadığı sonucuna varmak mümkün sayılmalıdır.

Ticari hayatta failin kusurunun ne ağır ne de hafif ihmal seviyesine dâhil edilemediği durumlarla sık sık karşılaşmak mümkündür¹³²². Bu durumda ağır ve hafif ihmale dayanan ikili ayırım, bazen çeşitli sorunlar yaratmakta; bu sebeple, üçlü bir ayırıma gidilerek, nicelik yönünden bir de *orta ihmal* veya *orta kusur* (*faute moyenne - mittlere Fahrlässigkeit*) seviyesinin kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir¹³²³. Zira, ağır veya hafif ihmal arasında kesin bir çizgi çekmek çoğu zaman görüldüğü kadar kolay değildir. Bu durumda orta ihmal, ne ağır ne de hafif sayılabilen ve failin ortalama özen ölçüsünü ihlal ettiği ihmal şeklidir¹³²⁴. Hafif ihmali aşan bir kusur seviyesinin, muhakkak ağır ihmal teşkil ettiği söylenemiyorsa, orta ihmali varlığı somut olay açısından kabul edilebilmelidir. Ancak, unutulmamalıdır ki, kanun koyucu olağanüstü zamanaşımı rejiminde olduğu gibi

¹³²⁰ Werro, **CommRomand**, CO art. 41 N 61; Werro, **Responsabilité**, N 244; **İsvFM**, ATF 126 III 113.

¹³²¹ Deschenaux, Tercier, **Responsabilité**, s. 83; Tandoğan, **Mes'uliyet**, s. 54.

¹³²² Jean-Pierre Châtelain, "Tendances actuelles du Tribunal fédéral dans le domaine de la responsabilité civile", **RJB 105/1969**, s. 209-234 (RJB 1969), s. 228; Brehm, **Considérations**, s. 536; Deschenaux, Tercier, **Responsabilité**, s. 85; **İsvFM**, ATF 100 II 332 = JdT 1975 I 280 = SJ 1975 537.

¹³²³ *Örneğin* bkz. Honsell, Isenring, Kessler, **Haftpflicht**, § 6 N 28; Châtelain, **RJB 1969**, s. 220 vd.; Brehm, **RSJ 1967**, s. 87-89; Brehm, **Considérations**, s. 536; Eren, **Borçlar Genel**, s. 605.

¹³²⁴ Brehm, **Considérations**, s. 536; Brehm, **RSJ 1967**, s. 87-89; Keller, **Haftpflicht**, s. 119; Engel, **Obligations**, s. 466; Werro, **CommRomand**, CO art. 41 N 70; Deschenaux, Tercier, **Responsabilité**, s. 85; Honsell, Isenring, Kessler, **Haftpflicht**, § 6 N 28; Eren, **Borçlar Genel**, s. 605; **İsvFM**, ATF 100 II 332 = JdT 1975 I 280 = SJ 1975 537.

genellikle kusurun ağırlığına veya hafifliğine bir sonuç bağlamış görünmektedir¹³²⁵. Bu durumda, orta ihmali bulunan satıcının kusurunun, ağır ihmâl seviyesine ulaşmadığı ifade ediliyorsa, kusur seviyesi hafif ihmâl olarak değerlendirilmelidir¹³²⁶. Bu sonuç, yukarıda ifade ettiğimiz, ağır kusur sayılamayan her türlü kusur seviyesinin hafif ihmâl veya hafif kusur şeklinde değerlendirileceği yönündeki çıkarıma da uygundur¹³²⁷. O halde, sonuç olarak, orta ihmâl halinde, olağanüstü zamanaşımı rejiminin uygulanması mümkün görünmemektedir.

3. Meslekten Satıcının Durumu

Kanun koyucu, TBK m. 225 f. I hükmünde ağır kusurlu olan satıcının ayıbın kendisine süresinde bildirilmediğini ileri süremeyeceğini belirtmiş ve akabinde TBK m. 225 f. II hükmünde, satıcılığı meslek edinmiş kişilerin bilmesi gereken ayıplar bakımından da aynı hükmün uygulanacağını belirterek ilk fıkraya atıfta bulunmuştur¹³²⁸. Söz konusu hüküm, esasen ağır kusurlu satıcıya karşı bildirim külfetini zamanında yerine getirmeyerek, hak kaybı yaşayan alıcının durumunu güçlendirmek için getirilmiştir¹³²⁹. 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde, öğretide yalnızca *Yavuz* tarafından savunulan görüş, kanun koyucu tarafından benimsenerek, kanun hükmü haline gelmiştir¹³³⁰. Söz konusu hükmün konumuz bakımından önemi, ilgili düzenlemenin TBK m. 231 f. II hükmü açısından da uygulama alanına sahip olup olmadığı noktasında kendisini göstermektedir. Zira, kanun koyucu, satıcılığı meslek edinmiş kişilerin bilmesi gereken ayıplar bakımından da ağır kusurun

¹³²⁵ Honsell, Isenring, Kessler, **Haftpflicht**, § 6 N 25; Engel, **Obligations**, s. 466; Deschenaux, Tercier, **Responsabilité**, s. 85; Eren, **Borçlar Genel**, s. 604.

¹³²⁶ Engel, **Obligations**, s. 466; Keller, **Haftpflicht**, s. 119: “...*Mittleres Verschulden ist eben noch nicht schwer und fällt damit unter das leichte...*”; Honsell, Isenring, Kessler, **Haftpflicht**, § 6 N 28; Aynı yönde bkz. Deschenaux, Tercier, **Responsabilité**, s. 86.

¹³²⁷ Oftinger, Stark, **Haftpflicht**, § 5 N 109; Deschenaux, Tercier, **Responsabilité**, s. 86; Engel, **Obligations**, s. 466; Tandoğan, **Mes’uliyet**, s. 55.

¹³²⁸ Fransız Hukuku’nda da kötü niyetli, yani ayıbı bilen veya bilmesi gereken meslekten satıcının, sorumsuzluk anlaşmalarının geçerliliğini ileri süremeyeceği ve sözleşmeyle kısıtlanan zamanaşımı sürelerinin de geçersiz olduğu kabul edilmektedir. Bkz. Bénabent, **Contrats**, s. 185.

¹³²⁹ Atamer, **Taşınır Satımı**, s. 203; Makaracı Başak, **TBK m. 225/II**, s. 1922; Çetiner, **Değerlendirme**, s. 107. Hükmün mantığı “*nemo auditur*” ilkesine dayandırılarak da açıklanmaktadır. Zira, kimse kendi hukuka aykırı davranışından menfaat sağlayamayacağı gibi, adalet arayanın da elleri temiz olmalıdır. Bkz. Serozan, **Borçlar Özel**, N 732. Aynı mantık CISG m. 40 hükmünde milletlerarası satış sözleşmeleri açısından da kabul edilmiştir Bkz. Atamer, **Taşınır Satımı**, s. 203.

¹³³⁰ 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde, meslekten satıcının veya imalatçının mesleği gereği bilmesi gereken ayıpları bilmediği iddiasının dinlenemeyeceği, bu durumda da bildirim külfetinin aranmaması gerektiği yönündeki görüşleri için bkz. Yavuz, **Ayıp**, s. 102, 125; Yavuz, “Meslekten Satıcının Aiptan Sorumluluğu”, **İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 6, S. 2, 2019, s. 107-132 (Meslekten Satıcı), s. 112.

düzenlendiği TBK m. 225 f. I hükmüne gönderme yaparak, söz konusu duruma ağır kusur ile aynı sonucu bağlamaktadır. Hükmün uygulama alanına geçmeden önce, hükmün şartlarının değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Söz konusu düzenlemenin uygulanabilmesi için, ilk olarak *satıcının satıcılığı meslek edinmiş olması* gerekmektedir. Türk Borçlar Kanunu'nda ise satıcılığı meslek edinmiş kişinin tanımı yapılmamıştır. Kanımızca, bu ifadeden anlaşılması gereken husus, satıcının satış sözleşmesini kendi mesleği icabı akdetmiş olması, ticari ve mesleki kaygılarla hareket etmesidir. Yaptığımız bu açıklama ise, öğretide haklı olarak ifade edildiği üzere¹³³¹ TKHK m. 3 f. I b. i hükmündeki “*satıcı*” tanımını akıllara getirmektedir. Söz konusu tanıma göre satıcı, “*kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye mal sunan ya da mal sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişi*” olarak nitelendirilmektedir. Tüketici Hukuku kapsamında satıcının muhakkak ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden bir kişi olması gerektiği nazara alınırsa¹³³², söz konusu tanımın TBK m. 225 f. II açısından da kabul edilmesi gerektiği sonucuna varılacaktır¹³³³. Satıcılığı meslek edinmiş kişi gerçek veya tüzel kişi olabileceği gibi, özel hukuk kapsamında sözleşme akdeden bir kamu hukuku tüzel kişisi de olabilir. Öte yandan, satıcılığı meslek edinmiş kişi kavramı, yalnızca tacirleri kapsamamakta, tacirler için öngörülen gelir sınırını aşamamış ve faaliyetleri bedeni çalışmaya dayanan kişileri ifade eden esnafları (TTK m. 15) da içine almaktadır¹³³⁴. Önemli olan husus, bu noktada satış sözleşmesinin konusunun, satıcının ticari ve mesleki faaliyetiyle ilgili olması, sözleşmenin akdedilmesinin satıcının mesleği icabı gerçekleşmesidir¹³³⁵. Aksi halde, ticari veya mesleki faaliyetiyle ilgili olmayan bir

¹³³¹ Makaracı Başak, **TBK m. 225/II**, s. 1924. Benzer yönde bkz. Öz, **Değişiklikler**, s. 858.

¹³³² Tüketici Hukuku kapsamında satıcının mutlaka mesleki amaçlarla hareket etmesi gerektiği yönünde bkz. Gümüş, **Şerh**, s. 14, 15; Aydoğdu, **Tüketici**, s. 64; Aslan, **Tüketici**, s. 11, 12; Karakocalı, Kurşun, **Tüketici**, s. 28.

¹³³³ Melek Bilgin Yüce, “Satış Sözleşmesinde Ayıptan Dolayı Sorumluluğun Şartları ve Alıcının Seçimlik Hakları”, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011)**, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, 2012, s. 371-408 (Ayp), s. 386; Makaracı Başak, **TBK m. 225/II**, s. 1924; Esen, **Ayp**, s. 126, 127.

¹³³⁴ Makaracı Başak, **TBK m. 225/II**, s. 1924. Hükmün kapsamı bakımından, yalnızca tacirleri ve ticari satış değerlendiren görüşleri için bkz. Atamer, **Taşınır Satımı**, s. 204.

¹³³⁵ Makaracı Başak, **TBK m. 225/II**, s. 1924; Yünlü, **Külfet**, s. 352. Aynı yönde bkz. Çetiner, **Değerlendirme**, s. 108. Örneğin bir galerinin ofis için mobilya alıp daha sonra bunları satmaya karar vermesi durumunda, araba konusunda uzman olan satıcının, mobilyadaki ayıpları mesleği gereği bilmesi beklenmemelidir. Bu konuda diğer örnekler için bkz. Makaracı Başak, **TBK m. 225/II**, s. 1924.

malı satan kişinin, satılandaki ayıbı, icra ettiği meslekten dolayı bilmesi gerektiğinden bahsedilemez¹³³⁶.

TBK m. 225 f. II hükmünün uygulanabilmesi için ikinci olarak, satılandaki ayıbın satıcılığı meslek edinmiş kişiler tarafından *bilinmesi gereken bir ayıp* olması gerekmektedir¹³³⁷. İsviçre-Türk Borçlar Hukuku sisteminde pek karşılaşılmayan “*bilmesi gereken*” ifadesi ise, öğretide tereddütlere sebep olmuştur. Zira, satıcılığı meslek edinmiş kişilerin bilmesi gerekeni bilmemelerinin TBK m. 225 f. I hükmünde olduğu gibi *ağır kusur* kapsamında mı değerlendirileceği, yoksa söz konusu düzenlemeyle meslekten satıcının satılanı alıcıya ayıplı devretmekte hafif kusurlu olması durumunda dahi ağırlaştırılmış sorumluluk rejiminin mi uygulanacağı, kanun metninde açıkça düzenlenmemiştir.

Belirtmek isteriz ki, öğretide savunulan görüşlerden ilkinde göre, kanun koyucu TBK m. 225 f. I hükmünde, eBK m. 200 hükmündeki kast seviyesini ağır kusura indirmekle yetinmemiş, ayrıca satıcılığı meslek edinmiş kişiler açısından kusur derecesini TBK m. 225 f. II hükmüyle *hafif kusur* seviyesine indirmiştir¹³³⁸. Nitekim, kanunun gerekçesinde, hükümde geçen “*bilmesi gereken*” şeklindeki ibarenin, satıcılığı meslek edinmiş kişilerin her türlü ihmali kapsadığı açıkça ifade edilmiştir¹³³⁹. O halde, bu görüşe göre, TBK m. 225 hükmünün ilk fıkrası kast ve ağır ihmali kapsamına alırken, ikinci fıkrası ise hafif ihmali düzenlemektedir. Ayrıca, bu görüşü savunan yazarlar¹³⁴⁰, kanun koyucunun TBK m. 115 f. III hükmünde olduğu gibi hafif kusur nitelendirmesini niçin kullanmadığını anlamlandıramamakta;

¹³³⁶ Zira, bu durumda kişi, satıcılığı meslek edinmiş olsa da, kendi mesleki ve ticari faaliyetiyle alakalı olmayan satılan açısından “*meslekten satıcı*” sayılamaz. Bkz. Yavuz, **Meslekten Satıcı**, s. 118 vd. Öte taraftan, TTK m. 19 hükmünde düzenlenen ticari iş karinesinin satıcılığı meslek edinmiş kişiler açısından da kabul edilebileceği ve tüzel kişi tacirin adi alanının bulunmadığı yönündeki düzenlemenin TBK m. 225 f. II açısından da uygulanabileceği ifade edilmektedir. Bkz. Makaracı Başak, **TBK m. 225/II**, s. 1924. Ticari iş karinesi hakkında bkz. Reha Poroy, Hamdi Yasaman, **Ticari İşletme Hukuku**, 18. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019 (Ticari İşletme), s. 88 vd.

¹³³⁷ Makaracı Başak, **TBK m. 225/II**, s. 1925.

¹³³⁸ Nevzat Koç, “Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Mülkiyetin Devri Amacıyla Kurulan Sözleşmelere İlişkin Olarak Yapılması Öngörülen Yenilik ve Değişiklikler”, **Prof. Dr. Ali Naim İnan’a Armağan**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s. 459-500 (Değişiklikler), s. 466, 467; Atamer, **Taşınır Satımı**, s. 204; Makaracı Başak, **TBK m. 225/II**, s. 1925; Yüce, **Ayıp**, s. 386; Çetiner, **Değerlendirme**, s. 107, 108; Esen, **Ayıp**, s. 127. Aynı yönde bkz. Yünlü, **Külfet**, s. 352.

¹³³⁹ Bkz. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Madde Gereççeleri, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/499) m. 224: “...*Maddenin ikinci fıkrası, 818 sayılı Borçlar Kanununun 200 üncü maddesinde yer verilmeyen, yeni bir hükümdür. Bu hükme göre, satıcılığı meslek edinmiş bir kişi, bilmesi gereken ayıpların alıcı tarafından kendisine süresinde bildirilmemiş olduğunu ileri sürerek sorumluluktan kurtulamayacaktır. Ayrıca, fıkra kullanılarak “bilmesi gereken” şeklindeki ibare, satıcılığı meslek edinmiş kişilerin her türlü ihmali kapsamaktadır.*”

¹³⁴⁰ Çetiner, **Değerlendirme**, s. 107, 108; Makaracı Başak, **TBK m. 225/II**, s. 1925.

öte yandan, kanunun diline yabancı olması ve daha çok kusur sorumluluğunun bulunmadığı hukuk sistemlerinde kullanılması¹³⁴¹ sebebiyle, “*bilmesi gereken*” şeklindeki ifadeyi eleştirmektedirler¹³⁴².

Buna karşılık, bizim de katıldığımız aksi görüşe göre¹³⁴³, kanun koyucu, TBK m. 225 f. II hükmünde, ilk fıkrada benimsemiş olduğu ağır kusur prensibinden vazgeçmiş değildir. Zira, yukarıda kusur ayırımlarını açıklarken ifade ettiğimiz üzere¹³⁴⁴, zarar verici davranış işlenirken, fail ile aynı şartlar altında bulunan makul ve akli başında her insanın alması gereken önlemlerin alınmaması, fiili işleyen kişiyle aynı şartlara sahip ve aynı durumda bulunan herkesin göstereceği dikkat ve özenin gösterilmemesi ağır ihmal olarak nitelendirilmektedir¹³⁴⁵. Bu durumda satıcılığı meslek edinmiş ve o satıcı ile aynı konumda bulunan her meslekten satıcının, mesleği ve ticari faaliyeti icabı, bilmesi gereken ayıpların farkına varmaması ağır ihmal olarak nitelendirilmelidir. Diğer taraftan bakacak olursak, satıcılığı meslek edinmiş kişinin *bilmesi gereken ayıpları fark etmemesi*, dikkatli ve özenli bir meslekten satıcının göstereceği dikkat ve özenin gösterilmemiş olması ya da belirli bir oranda özenli davranılmış olsa da, somut olayın gerektirdiği her türlü özenin sarf edilmemiş olması şeklinde tanımlanan *hafif ihmal* kavramından daha ağır bir kusur seviyesini işaret ettiği açıktır. Nitekim, TBK m. 225 f. II hükmü, henüz

¹³⁴¹ Örneğin bkz. CISG m. 40: “Sözleşmeye aykırılık, satıcının bildiği veya bilmemesinin mümkün olmadığı ve alıcıya açıklamadığı olgulara dayanıyorsa, satıcı 38 ve 39. madde hükümlerine dayanamaz.” CISG m. 38 ve m. 39 hükümleri gözden geçirme ve bildirim külfetini düzenleyen hükümlerdir. Ayrıca bkz. Atamer, **Taşınır Satımı**, s. 203, dn. 28. Ancak, CISG m. 40 hükmünde ifade edilen “*bilmesinin mümkün olmaması*” ibaresinin **ağır ihmali** kapsadığı yönünde bkz. Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 203 N 6; Ünlütepe, **Külfet**, s. 326.

¹³⁴² Kanun koyucunun yorumu yer vermeyecek derecede açık bir düzenleme getirme amacı taşıyarak bu yönde bir ifade kullanmış olabileceği görüşünde bkz. Makaracı Başak, **TBK m. 225/II**, s. 1925. CISG m. 40 hükmü ile paralellik kurulduğu görüşünde bkz. Çetiner, **Değerlendirme**, s. 108.

¹³⁴³ Yavuz, **Borçlar Özel**, s. 135, 178; Yavuz, **Ayıp**, s. 102; Gümüş, **Borçlar Özel**, s. 88; Çelik, **Onarım**, s. 168. Nitekim, Yargıtay’ın da bazı kararlarından bu görüşte olduğu anlaşılmaktadır. Bkz. **Yargıtay 13. HD**, T. 28.1.2019, E. 2016/13580, K. 2019/691 (kazancı): “...Dava tarihinde yürürlükte bulunan, 6098 Sayılı yasanın 225. maddesinde, “Ağır kusurlu olan satıcı, satılandaki ayıbın kendisine süresinde bildirilmemiş olduğunu ileri sürerek sorumluluktan kısmen de olsa kurtulamaz. Satıcılığı meslek edinmiş kişilerin bilmesi gereken ayıplar bakımından da aynı hüküm geçerlidir.” denilmektedir. Dava konusu araçta bulunan ayıp davacıdan gizlenmiş olup aracın mevcut hali ile yani km.si düşükmüş gibi satışının yapılması TBK’nun 225. maddesinde düzenlenen “satıcının ağır kusuru”nun sonuçlarını doğurur. Ağır kusur halinde alıcı davacı kanunda öngörülen ihbar sürelerine uyulmaksızın kanundan doğan haklarını kullanabilir...”; **Yargıtay 19. HD**, T. 13.10.2015, E. 2015/8094, K. 2015/12630 (kazancı): “...Ağır kusur (iğfal) halinde alıcı, ticari satımdaki ayıp ihbar sürelerine uyulmaksızın, kanundan doğan haklarını kullanabilir...”

¹³⁴⁴ Bkz. yukarıda B.4/II/B/2.

¹³⁴⁵ Oftinger, Stark, **Haftpflicht**, § 5 N 107; Honsell, Isenring, Kessler, **Haftpflicht**, § 6 N 26; Deschenaux, Tercier, **Responsabilité**, s. 85; Keller, **Haftpflicht**, s. 127; Roberto, **Haftpflicht**, N 237; Tandoğan, **Mes’uliyet**, s. 54, 55; Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Cilt II, N 159; Eren, **Borçlar Genel**, s. 605; Makaracı Başak, **TBK m. 225/II**, s. 1922.

yasalaşmadan önce, meslekten satıcının ve imalatçının bilmesi gereken ayıpların da eBK m. 200 hükmünün kapsamına dâhil edilmesi gerektiğini savunan *Yavuz* da bu durumun ağır kusur olarak nitelendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir¹³⁴⁶. Zira, aynı durumda bulunan herkesin *bilmesi gerekeni* bilmemesi, ağır ihmal olarak tanımlanmaktadır. O halde, kanunun gerekçesinden hareket etmek yanıltıcıdır¹³⁴⁷. Çünkü kanun koyucunun iradesinin meslekten satıcının hafif ihmalini dahi ağırlaştırılmış sorumluluk rejimine tabi tutmak yönünde olduğunun kabul edilebilmesi için, TBK m. 225 ve m. 231 hükümlerinde olduğu gibi, kanuna açıkça öngörülen kusur seviyesinin veya doğrudan doğruya söz konusu kusur seviyesini karşılayan bir ibarenin dâhil edilmiş olması gerekirdi. Nitekim, kanunun sistematik yorumuna başvurulduğunda, kanun koyucunun TBK m. 115 f. III hükmünde olduğu gibi, gerekli gördüğü durumlarda açıkça hafif kusur tabirini kullandığı görülmektedir. TBK m. 225 f. II hükmünde bu yönde bir düzenleme olmaması nazara alındığında, kanun yoluyla yapılmayanın, kanunun gerekçesine dâhil edilerek gerçekleştirilmeye çalışılmasının kabul edilmesi, hukuk mantığı açısından kanımızca mümkün görünmemektedir.

Öte yandan, meslekten satıcının her türlü kusurunun ağırlaştırılmış sorumluluk rejimine sebebiyet vermesi, salt hafif ihmali bulunan meslekten satıcının kendi lehine akdettiği sorumsuzluk anlaşmasının geçersiz olması, ayıp bildiriminde bulunulmadığını ileri sürememesi veya kısa zamanaşımından yararlanamaması, kusur seviyesine nazaran orantısız ve aşırı bir çözümdür¹³⁴⁸. Bu açıdan, söz konusu çözümün alıcı ve satıcı arasındaki menfaatler dengesini bozacağı ve temelde bir kusursuz sorumluluk rejimi olan ayıptan sorumluluk sistemini pek çok olay açısından kusur incelemesini gerektiren bir karma sisteme dönüştüreceği kanaatindeyiz. Nitekim, kanunun TBK m. 225 f. II hükmünde hafif ihmali düzenlendiğini ifade eden yazarlar¹³⁴⁹ dahi, hükmün sakıncalarına dikkat çekerek, her iki tarafın da tacir

¹³⁴⁶ *Yavuz*, **Ayıp**, s. 102.

¹³⁴⁷ Nitekim, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun pek çok hükmünün madde gerekçesinde isabetsiz açıklamalara yer verilmiştir. Bu konuda detaylı bir inceleme için bkz. *Veysel Başpınar*, "Hukuk Tekniği Açısından Türk Borçlar Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi", **Prof. Dr. Ali Naim İnan'a Armağan**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s. 215-238 (Değerlendirme), s. 215 vd. Bu açıdan, tek başına kanunun gerekçesinin çıkış noktası olarak kabul edilmesinin doğru olmadığı kanaatindeyiz.

¹³⁴⁸ Bu konudaki eleştirileri için bkz. *Atamer*, **Taşınır Satımı**, s. 204, 205.

¹³⁴⁹ *Atamer*, **Taşınır Satımı**, s. 204, 205; *Yünlü*, **Külfet**, s. 352. *De lege feranda* aynı görüşte bkz. *Makaracı Başak*, **TBK m. 225/II**, s. 1928. Alıcının da tacir olduğu durumlarda hükmün uygulanacağı; zira, satıcının tacir de olsa alıcıya nazaran nitelik eksikliklerini daha iyi bileceği görüşünde bkz. *Yavuz*, **Meslekten Satıcı**, s. 127; *Çetiner*, **Değerlendirme**, s. 108; *Ünlütepe*,

olduğu durumlarda hükmün uygulanmasını doğru bulmamakta; her iki tarafın da tacir olduğu ticari satışlarda, satıcının ağır kusurunun bulunması ihtimalinde, gözden geçirme ve bildirim külfetinin kalkması gerektiğini belirtmekte ve aksi yöndeki çözümün ticaret hayatının ihtiyaçlarına uygun olmadığını ifade etmektedir.

Kanımızca, TBK m. 225 f. II hükmü satıcılığı meslek edinmiş kişilerin yalnızca ağır kusurunu kapsamakta, hafif kusurunu ise dışarıda bırakmaktadır. Şu hâlde, TBK m. 225 hükmünün ikinci fıkrasının, satıcının ağır kusurunu düzenleyen ilk fıkraya nazaran, hukuki açıdan bir farklılık getirip getirmediğinin, yoksa ilk fıkrayı meslekten satıcılar açısından tekrar mı etmekte olduğunun tespit edilmesi önemlidir. Fikrimizce, TBK m. 225 f. II hükmüyle kanun koyucu, günümüzde hâkim öğreti¹³⁵⁰ tarafından savunulan *kusurun objektifleştirilmesi* görüşünü kabul etmekte, meslekten satıcının ağır kusurunun tespit edilmesinde, onun sübjektif niteliklerini dışlayarak, objektifleştirilmiş bir kıstastan yararlanmaktadır. Zira, kusurun objektifleştirilmesi görüşüne (*objektif kusur veya model davranış teorisi*) göre, fail ile aynı şartlar altında, aynı yer ve zamanda bulunan makul, dürüst ve orta zekâlı insan tipinin örnek ve model davranışı, failin ihmal seviyesinin belirlenmesinde esas alınmakta; failin somut olay çerçevesinde ika ettiği davranışı, örnek davranışla kıyaslanarak, bu davranış şeklinden saptığı ya da bu davranış şekliyle uyumsuzluk gösterdiği ölçüde kusurlu addedilmektedir. Bu durumda, bir karine değil, *varsayım* söz konusudur¹³⁵¹. O halde, sübjektif olarak model insan tipinin özelliklerine sahip olmayan kişilerin davranışları, her daim objektif davranış şeklinin altında kalacağından, söz konusu kişiler doğrudan kusurlu olarak nitelendirilebilecektir¹³⁵².

Külfet, s. 328. TBK m. 225 hükmünün ticari uyumsuzlukları gereksiz yere uzatacağı ileri sürülmüştür. Zira, alıcı ilk olarak ayıptan doğan haklarını talep edecek, satıcı daha sonra ayıp bildiriminde bulunulmadığını iddia edecek; buna karşılık, alıcı satıcının meslekten olması sebebiyle ayıp bildiriminde bulunulmadığını ileri süremeyeceğini savunacak, akabinde satıcı ihmalî bulunmadığını ispat etmeye çalışacaktır. Bu sebeple, gözden geçirme ve bildirim külfetinin doğrudan TTK m. 23 hükmü çerçevesinde düzenlenmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Bkz. Atamer, **Taşınır Satımı**, s. 204, 205.

¹³⁵⁰ Oftinger, Stark, **Haftpflicht**, § 5 N 63 vd.; Honsell, Isenring, Kessler, **Haftpflicht**, § 6 N 18; Keller, **Haftpflicht**, s. 120 vd.; Becker, **BernerKomm**, OR Art. 41 N 93; Grieder, **Fahrlässigkeit**, s. 103 vd.; Werro, **CommRomand**, CO art. 41 N 61; Werro, **Responsabilité**, N 242 vd.; Deschenaux, Tercier, **Responsabilité**, s. 83, 84; Roberto, **Haftpflicht**, N 221; Tandoğan, **Mes'uliyet**, s. 50, 51; Eren, **Borçlar Genel**, s. 595, 596. Her olay bakımından değerlendirileceği görüşünde bkz. Engel, **Obligations**, s. 458, 459. Karşı görüşte bkz. Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Cilt II, N 161; Nomer, **Borçlar Genel**, N 114.2.

¹³⁵¹ Yavuz, **Meslekten Satıcı**, s. 114.

¹³⁵² Meslekten satıcı açısından benzer yönde bkz. Yavuz, **Meslekten Satıcı**, s. 129. Kusurun objektifleştirilmesi açısından bkz. Cuendet, **Faute**, s. 82; Werro, **CommRomand**, CO art. 41 N 61; Werro, **Responsabilité**, N 242 vd.; Eren, **Borçlar Genel**, s. 595, 596. Objektifleştirilmiş kusur görüşü, yapılan objektifleştirmenin kusur sorumluluğuna ait bir alanı kusursuz sorumluluğa yaklaştırıyor olması sebebiyle öğretime eleştirilmektedir. Zira, bu görüşe göre, model davranışın

Kanımızca, TBK m. 225 f. II hükmü çerçevesinde kanun koyucu, satıcılığı meslek edinmiş kişilerin kendi faaliyet alanlarıyla sınırlı olarak, satılndaki mevcut ayıpları fark etmeleri gerektiğinden hareketle, aynı konum ve şartlar altında bulunan her meslekten satıcının bilmesi gereken ayıpları bilmemesi durumunda ağır kusurlu sayılacağını öngörmüş ve meslekten satıcının ağır kusurunun tespitini *objektif* bir kritere bağlı kılmıştır¹³⁵³. Zira, bu söz konusu objektif değerlendirme, her meslekten satıcının, ticaret hayatının gerektirdiği güvenlik duyguları çerçevesinde, mesleki, teknik, fiziki ve ticari bakımdan belirli bir yeterlilikte olması gerektiği fikri üzerine kurulur. *O halde, somut olay bakımından hâkim, ayrıca satıcının kusur seviyesini araştırmaksızın, satıcının satıcılığı meslek edindiğini tespit ettikten sonra, yalnızca satılndaki ayıbın satıcının bilmesi gereken bir ayıp olup olmadığını belirlemelidir.* Bu durumda ayrı bir kusur tespitine ihtiyaç yoktur. Zira, kanun koyucu bu durumda “*satıcının ayıbı bilmesi gerekmesi*” olgusuna, somut bir sonuç bağlayarak, onu ağır kusurlu olarak nitelendirmiştir¹³⁵⁴. Söz konusu çözüm, satıcının satış sözleşmesini mesleki faaliyetleri çerçevesinde akdetmiş olması durumunda, ağır kusurun tespitini de ayrıca kolaylaştırmaktadır.

Son olarak TBK m. 225 f. II hükmünün uygulama alanıyla alakalı olarak belirtmek isteriz ki, söz konusu düzenlemenin meslekten satıcının bilmesi gereken ayıplara bağladığı ağır kusur neticesi, ilk fıkra ya yaptığı atıf gereği yalnızca bildirim külfetine değil, kanunun söz konusu kusur seviyesine sonuç bağladığı diğer hükümleri açısından da uygulanacaktır¹³⁵⁵. Zira, satıcının bazı hükümler nazarında ağır kusurlu sayılıp, diğerleri açısından farklı değerlendirmeye tabi tutulmasını haklı gösterecek bir gerekçe bulunmamaktadır. O halde, satılndaki ayıbı meslekten satıcının bilmesi gerektiğinden bahsedilebiliyorsa, bu durumda konumuz açısından TBK m. 231 f. II ve m. 244 f. III hükmü uyarınca, olağanüstü zamanaşımı rejimi de uygulama alanı bulacaktır. Nitekim, kanunun gerekçesinde, TBK m. 225 f. II hükmünde belirtilen meslekten satıcının durumunun, sorumsuzluk anlaşmalarının geçerliliğini düzenleyen TBK m. 221 hükmü açısından da uygulanacağı açıkça ifade

bilincinde olmayan bir kimsenin, model davranışa uygun hareket etmemesinin kınanacak bir durum olmadığı ifade edilmektedir. Bkz. Cuendet, **Faute**, s. 82; Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Cilt II, N 161; Eren, **Borçlar Genel**, s. 596; Nomer, **Borçlar Genel**, N 114.2.

¹³⁵³ Nitekim, TBK m. 225 f. II hükmünün *objektifleştirilmiş bir ölçüt* getirdiği görüşünde bkz. Öz, **Değişiklikler**, s. 858.

¹³⁵⁴ Aynı yönde bkz. Yavuz, **Borçlar Özel**, s. 135; Yavuz, **Meslekten Satıcı**, s. 113 vd.; Zevkliler, Gökyayla, **Borçlar Özel**, s. 122.

¹³⁵⁵ Yavuz, **Borçlar Özel**, s. 135, 178; Yavuz, **Meslekten Satıcı**, s. 118; Gümüş, **Borçlar Özel**, s. 116; Çelik, **Onarım**, s. 168.

edilmiştir¹³⁵⁶. Öte yandan, TBK m. 246 atfıyla söz konusu hükmün taşınmaz satışlarına da uygulanacağı konusunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır¹³⁵⁷.

C. Ağır Kusurun Aranılacağı An

Satıcının satılanı ayıplı devretmekte ağır kusurlu olması durumunda, kural olarak söz konusu ağır kusur, taşınırlarda satılanın alıcıya devrinden, taşınmazlarda ise mülkiyetin alıcıya geçişinden önce var olmadır¹³⁵⁸. Zira, her iki zaman dilimi, gerek zamanaşımı süresinin başlangıç anını ifade etmesi (TBK m. 231 f. I ve m. 244 f. III), gerekse satılanın, satıcının hâkimiyet alanından çıkarak, alıcının fiili hâkimiyeti altına girmesi açısından belirleyicidir. O halde, taşınırlarda satılanın alıcıya devrinden, taşınmazlarda ise mülkiyetin alıcıya geçişinden sonra meydana gelen olaylar, kural olarak satıcıyı ayıplı ifade ağır kusurlu hale getirmeyecektir. Başka bir deyişle, bu andan sonra vuku bulan hadiseler satıcının ağır kusurunun belirlenmesinde nazara alınmayacaktır. Hâkim, olağanüstü zamanaşımı rejiminin şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğini tespit ederken, taşınırlarda satılanın alıcıya teslim edildiği¹³⁵⁹, taşınmazlarda ise mülkiyetin alıcıya geçtiği anı ve bu andan önce gerçekleşen vakıaları esas almalıdır¹³⁶⁰.

Bu durumda ağırlaştırılmış sorumluluk rejiminin uygulanması açısından yukarıda ifade ettiğimiz şartların tamamının, taşınırlarda satılanın alıcıya teslimi veya taşınmazlarda mülkiyetin alıcıya geçişi anında gerçekleşmiş olması gerekir¹³⁶¹. Bu açıdan, söz konusu şartların, sözleşmenin kurulmasından önce veya sonra gerçekleşmiş olmasının bir önemi bulunmamaktadır. Ancak, satılanın ayıpsız

¹³⁵⁶ Gerekçede TBK m. 225 f. II hükmünün TBK m. 221 açısından uygulanacağını açıkça belirtilmesi karşısında, TBK m. 231 hükmü açısından herhangi bir açıklamaya yer verilmemiş olması, kanunun gerekçesinin ne derece eksik olduğunu bir kez daha gözler önüne sermektedir. Nitekim bkz. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Madde Gerekçeleri, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/499) m. 220: “...Tasarının satıcılığı meslek edinmiş kişilerin bilmesi gereken ayıplara ilişkin 224 üncü maddesinin ikinci fıkrasındaki düzenleme burada da göz önünde tutulmalıdır...”. Sorumsuzluk anlaşması açısından TBK m. 225 f. II hükmünün uygulanmayacağı görüşünde bkz. Çetiner, **Değerlendirme**, s. 105, 106; Yüce, **Ayıp**, s. 382.

¹³⁵⁷ Makaracı Başak, **TBK m. 225/II**, s. 1929.

¹³⁵⁸ Furrer, **Gewährleistung**, s. 60; Pedrazzini, **Dissimulation**, N 335 vd.

¹³⁵⁹ Zamanaşımı süresinin başlangıç anı olarak öngörülen “satılanın alıcıya devredilmesi” anının, “satılanın alıcıya teslimi” olarak anlaşılması gerektiğini daha önce ifade etmiştik. Bu konuda bkz. yukarıda B.2/III/A.

¹³⁶⁰ Furrer, **Gewährleistung**, s. 60; Pedrazzini, **Dissimulation**, N 337.

¹³⁶¹ Pedrazzini, **Dissimulation**, N 337; Furrer, **Gewährleistung**, s. 60. Aynı yönde bkz. Schluep, **Nachbesserung**, s. 89.

benzeriyle değiştirilmesi seçimlik hakkının kullanılmasından sonra¹³⁶² ikinci bir teslim veya ikinci bir mülkiyet geçişi söz konusu olacağından, satıcının yenisiyle değiştirdiği “*ikame*” satılanı tekrar ayıplı devretmekte ağır kusurlu olması açısından belirleyici olan zaman dilimi, taşınırlarda satılanın yenisinin alıcıya teslim edildiği, taşınmazlarda ise yenisiyle değiştirilen taşınmazın mülkiyetinin alıcıya devredildiği an olmalıdır¹³⁶³.

Sözleşmenin kurulmasından önce ağır kusur, sözleşme görüşmeleri sırasında satıcının ayıbı bilmesi yahut ağır ihmali sonucu satılndaki ayıbın varlığını fark etmemesi şeklinde, yahut satıcının üretim veya hazırlık aşamasında ihmalkâr davranması halinde gerçekleşebilir¹³⁶⁴. Satıcı yanıltıcı reklamlar yoluyla satılnda bulunmayan nitelikleri alıcıya henüz sözleşme kurulmadan da vadedebilir¹³⁶⁵. Keza, uygulamada genellikle satıcının ağır kusuruna sebebiyet veren davranışlar, satış sözleşmesi henüz akdedilmeden meydana gelmektedir¹³⁶⁶. Böylece, henüz sözleşme

¹³⁶² Her ne kadar İsviçre öğretinde baskın olan görüş parça borçlarının ayıpsız benzeriyle değiştirilmesinin mümkün olmadığı yönündeysede, TBK m. 227 f. I b. 4 hükmünün “*imkân varsa, satılanın ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesi*” ifadesi karşısında, Türk öğretisinde alıcının değişim hakkını parça borcunda da kullanılabileceği görüşü ağırlık kazanmıştır. Alıcının parça borcunda da değişim hakkını kullanılabileceği görüşünde bkz. Serozan, **Parça Borcu**, s. 233, 234; Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Cilt I, N 29, dn. 19; Atamer, **Taşınır Satımı**, s. 207; Çetiner, **Değerlendirme**, s. 110; Kahveci, **Dönme**, s. 110, 111; Gümüş, **Borçlar Özel**, s. 107; Yücedağ, **Değiştirme**, s. 172; Başoğlu, **Aynen İfa**, s. 118. Yalnızca cins borcunun konu olabileceği görüşünde bkz. Giger, **BernerKomm**, OR Art. 206 N 4, 5; Oser, Schönenberger, **ZürcherKomm**, OR Art. 206 N 2; Honsell, **BaslerKomm**, OR Art. 206 N 1; Keller, Siehr, **Kaufrecht**, s. 94; Weber-Cafilisch, **Faux et défauts**, s. 87; Yavuz, **Ayıp**, s. 191; Hatemi, Gökyayla, **Borçlar Genel**, § 26 N 6; Şahin, **Ayıp**, s. 163. Misli eşyayı konu edinen parça borcuna da uygulanması gerektiği görüşünde bkz. Cyprian, **Aliud**, s. 72, 73. Alman Hukuku’nda ayıpsız benzeriyle değişim hakkı açısından parça-çeşit borcu ayrımının sona erdiği yönünde bkz. Serozan, **İfa Engelleri**, s. 244. Öte yandan, taşınmazın mülkiyetini devir borcu gibi, gayri misli eşyaların da tür borcuna konu olması ve ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesi mümkündür. Bkz. Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Cilt I, N 30.

¹³⁶³ Pedrazzini, **Dissimulation**, N 339.

¹³⁶⁴ Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 203 N 4. *Örneğin* bkz. **İsvFM**, ATF 131 III 145 = JdT 2007 I 261 = SJ 2005 I 321; 10.12.1986, SJ 1987 177 = DC 1987 70; **İsvFM**, 30.1.2006, 4C.387/2005; 30.6.2005, 4C.7/2005.

¹³⁶⁵ Pedrazzini, **Dissimulation**, N 340; Oktay-Özdemir, **Ayıp**, s. 42, 43. Reklam amaçlı ve abartılı ifadelerin satıcının ayıptan sorumluluğuna sebebiyet verip vermeyeceği tartışmalıdır. Reklam amaçlı beyanların alıcının satıcıyla sözleşme akdetmesi üzerinde etkili olduğu takdirde, söz konusu niteliklerin satılnda bulunmamasının ayıp teşkil edeceği görüşünde bkz. Oktay-Özdemir, **Ayıp**, s. 42, 43. “*Salt bir tezgâhtarlık övgüsünü aşmadığı alıcı tarafından da anlaşılabilen genel sözler*” nitelik vaadi sayılmaz. Bkz. **İsvFM**, ATF 85 II 410 (Çeviri: Kaneti, **İsvFM Kararı**, s. 20).

¹³⁶⁶ Bu konuda İsviçre yargı uygulamasından verilebilecek bazı örnekler için bkz. **İsvFM**, ATF 66 II 132 = JdT 1940 I 554; ATF 81 II 138 = JdT 1956 I 46; ATF 107 II 231 = JdT 1982 I 71; ATF 116 II 431 = JdT 1991 I 35; **İsvFM**, 10.12.1986, SJ 1987 177 = DC 1987 70; **KanM (Basel)**, 25.5.1978, BJM 1980, s. 200; **KanM (Valais)**, 24.2.1971, RVJ 1971, s. 84.

akdedilmeden gerçekleştirilen sözleşme öncesi kusur, sözleşme kurulduktan sonra da sözleşme taraflarına atfedilebilmektedir¹³⁶⁷.

Satıcının ağır kusurunun aranılacağı zaman bakımından genel kural her ne kadar yukarıda ifade ettiğimiz şekilde olsa da, istisnaen satıcının ağır kusurunun taşınırlarda teslim, taşınmazlarda ise tescil anından sonra gerçekleşmesi ve bu andan sonra meydana gelen davranışların olağanüstü zamanaşımı rejiminin uygulanmasına sebebiyet vermesi mümkündür. Satılanın zilyetlik ve mülkiyeti alıcıya devredilmiş olsa da, bu andan sonra gerçekleştirilen öyle bazı davranışlar olabilir ki, bu durumda ağırlaştırılmış sorumluluk rejiminin uygulanması gerekir. Söz konusu davranışların en başında, satıcının satılanın gözden geçirilmesine mâni olması ve alıcının satılndaki ayıbı tespit etmesini engellemesi örnek olarak gösterilebilir¹³⁶⁸. Satıcının kasten gerçekleştirdiği bir fiille alıcıyı muayeneden alıkoyması, alıcının satıcıya karşı ayıptan doğan haklarını kullanmasını engelleyeceği için, bu durumda alıcının olağanüstü zamanaşımı rejiminden ve ağır kusura bağlanan ağırlaştırılmış sorumluluk sisteminden, bir bütün olarak yararlanması gerekmektedir. Zira, satıcının hileli davranışının yarattığı zararlı neticeler, ancak satılanı muayene edemeyen alıcının ayıp bildirim külfetinden muaf tutulması (TBK m. 225)¹³⁶⁹, ayıbı tespit edememesi sebebiyle uzun zamanaşımı süresi içinde taleplerini ileri sürebilmesi (TBK m. 231 f. II) ve sorumsuzluk anlaşmasının da geçersiz sayılması (TBK m. 221) yoluyla giderilebilir. Buna karşın, satıcının hilesinin (*ağır kusurunun*) muayene ve

¹³⁶⁷ Ayıptan sorumluluk çerçevesinde söz konusu olan sözleşmesel kusur hakkında detaylı bilgi için bkz. Vischer, **Verschulden**, s. 131, 132.

¹³⁶⁸ Oser, Schöenberger, **ZürcherKomm**, OR Art. 199 N 4, OR Art. 203 N 1; Becker, **BernerKomm**, OR Art. 203 N 2; Furrer, **Gewährleistung**, s. 60; Schluep, **Nachbesserung**, s. 89; Pedrazzini, **Dissimulation**, N 348; Keller, Lörtscher, **Kaufrecht**, s. 70; Şahiniz, **Ayıp**, s. 129; **Yargıtay** HGK, T. 16.11.2016, E. 2014/13-1401, K. 2016/1060 (kazancı); **Yargıtay** HGK, T. 27.3.2015, E. 2013/19-1696, K. 2015/1109 (kazancı): “...Hileli davranış, ayıpları aldatıcı olarak söylememede ya da alıcının malı muayene etmemesine ya da ayıpları bildirmeden ya da tekeffül talep haklarını korumak için zorunlu olan başka önlemlerden vazgeçmesine aldatıcı eylemleriyle sebebiyet vermede bulunur...”

¹³⁶⁹ Satıcının gözden geçirme külfetinin yerine getirilmesine engel olması durumunda, özellikle CO art. 203 (TBK m. 225) hükmünün uygulanarak, alıcının ayıp bildiriminden muaf tutulması öğretide pek çok yazar tarafından savunulmaktadır. Bkz. Schluep, **Nachbesserung**, s. 89; Oser, Schöenberger, **ZürcherKomm**, OR Art. 203 N 1; Giger, **BernerKomm**, OR Art. 203 N 9; Keller, Lörtscher, **Kaufrecht**, s. 70; Furrer, **Gewährleistung**, s. 60; Becker, **BernerKomm**, OR Art. 203 N 2. Pedrazzini, **Dissimulation**, N 350. Satıcının böyle bir durumda kısa zamanaşımı süresinden de yararlanamaması gerekmektedir. Zira, satılndaki ayıbı tespit edemeyen alıcı, ayıptan doğan haklarını kullanmak açısından daha uzun bir zamanaşımı süresine ihtiyaç duymaktadır. Satıcının kasten satılanı satılanı muayene ve ayıpları ihbar etmemesine sebebiyet verdiği hallerde de olağanüstü zamanaşımı rejiminin uygulanacağı yönünde bkz. Şahiniz, **Ayıp**, s. 129.

ihbarı engellemeye yönelik olduğu durumda, *Erdem'e* göre¹³⁷⁰, yine olağan zamanaşımı sürelerinin uygulanması gerekmektedir. Bu görüşe göre, yalnızca TBK m. 225 uyarınca ayıp bildiriminde bulunma şartının aranmayacağı savunulmaktadır.

Öte yandan, satıcının satılanın teslimi veya mülkiyetin naklinden sonra, alıcıyı satıldaki nitelik eksiklikleri konusunda bilgilendirme yükümlülüğünün bulunması halinde, susarak bu yükümlülüğünü ihlal etmesi durumunda da, olağanüstü zamanaşımı rejimi uygulama alanı bulur¹³⁷¹. Bu durumda satılanın teslim edildiği veya mülkiyetin geçtiği andan sonra gerçekleşen hadiseler, olağanüstü zamanaşımı rejiminin uygulanmasına sebebiyet verir.

Belirtmemiz gerekir ki, satıcının ağır kusurunun satılanın tesliminden veya alıcı adına tescilinden sonra gerçekleşmesi için, işin niteliği gereği satıcının kasten hareket etmesi gerekmektedir. Zira, satıcının alıcıyı muayeneden alıkoyması için, en azından ayıbı *bilmesi* ve alıcının satıldaki nitelik eksikliklerini öğrenmesini engellemeye çalışması, yani bu sonucu *istemesi* gerekmektedir. Satıcının satılanın tesliminden veya mülkiyetin naklinden sonra bilgilendirme yükümlülüğünü ihlal etmesi durumunda da fiilin kasten işlenmesi gerekmektedir. Zira, bilgilendirme yükümlülüğü, özellikle satıcının bildiği veya varlığından şüphelendiği ayıplar açısından söz konusu olur¹³⁷². Bu durumda ise, ancak satıcının kastından bahsedilebilir¹³⁷³.

D. Ağır Kusurun Aranılacağı Kişi

Satılanı alıcıya ayıplı olarak devretmekte ağır kusurlu olan kişi, kural olarak satıcıdır. Nitekim, TBK m. 231 f. II hükmünde *satıcının ağır kusurlu olmasından* bahsedilmektedir. O halde, satılanı kasten veya ağır ihmalle ayıplı devreden satıcı, kural olarak kendi kusurlu fiilinin neticelerine katlanacak ve ağırlaştırılmış sorumluluk rejimi çerçevesinde, kısa zamanaşımı süresinden yararlanamayacaktır. Öte yandan, giderek daha karmaşık hale gelmiş olan ticari hayat, iş bölümünü zorunlu kılmakta; bu sebeple, satıcı hemen hemen her durumda, gerek sözleşmenin

¹³⁷⁰ Erdem, *Zamanaşımı*, s. 90.

¹³⁷¹ Gauch, *Entreprise*, N 2583; Pedrazzini, *Dissimulation*, N 348; *İsvFM*, 18.1.1985, SJ 1985 300 = DC 1985 57: "...Sözleşmeyle güdülen amaca ulaşılan değin, bilgilendirme zorunludur...". Bu konuda ayrıca bkz. Giger, *BernerKomm*, OR Art. 183 N 113.

¹³⁷² Merz, *Obligations*, s. 47, 48; Lörtscher, *Haftungsbeschränkungen*, s. 140; Keller, Lörtscher, *Kaufrecht*, s. 106; Gauch, *Entreprise*, N 2093; Pedrazzini, *Dissimulation*, N 438; Neuenschwander, *Schlechterfüllung*, s. 99; *İsvFM*, 20.8.2009, 4A_226/2009; 12.4.2011, 4A_70/2011.

¹³⁷³ Bkz. yukarıda B.4/II/B/1.

kurulması, gerekse borcun ifası aşamasında yardımcı kişi kullanmaktadır. Özellikle satıcının bir tüzel kişi olması durumunda, satıcı organları vasıtasıyla borç altına girip, onları ifa etmekte, organları ise bir iş bölümü ve organizasyon çerçevesinde, borcun ifası amacıyla pek çok kişiden yararlanmaktadır. O halde, satıcının kendilerinden faydalandığı yardımcı kişilerin, satılanı ayıplı devretmekte ağır kusurlu olmaları durumunda, söz konusu ağır kusurun satıcıya atfedilip atfedilemeyeceğinin tespit edilmesi gerekmektedir.

Hemen belirtmemiz gerekir ki, satıcının kullandığı yardımcı kişiler, TBK m. 116 hükmünde ifade edilenden çok daha geniş bir alanı kapsamaktadır. Zira, burada kullandığımız *yardımcı kişi* kavramı, satıcının gerek bir sözleşme akdetmek amacıyla görevlendirdiği ve sözleşme görüşmelerini yürüten kişiyi, gerek sözleşmeyi satıcı adına akdeden kişiyi, gerekse borcun ifası sürecine katılan, örneğin satılanı üreten ya da borcu doğrudan ifa ederek, satılanı alıcıya devreden kişiyi ifade etmektedir¹³⁷⁴. Satıcının, alıcı ile kendisi arasındaki borç ilişkisi çerçevesinde hizmetlerini talep ettiği yahut satıcının rızası ile bu sürece dâhil olan yardımcı kişilerin, ağır kusurlu davranışlarının hukuki sonuçlarına satıcının bizzat katlanması doğaldır. Zira, yardımcı kişi kullanarak, kendi etkinlik alanını genişleten borçlunun, bunun rizikosunu da üstlenmesi gerektiği yönündeki mantıksal çıkarıma dayanan TBK m. 116 (CO art. 101) hükmü de, aynı hukuki sonucu sağlamaya yönelmektedir¹³⁷⁵.

İlk olarak, belirtmek gerekir ki, yardımcı kişinin satılanı ayıplı olarak devretmekte kasten hareket etmesi veya özen yükümlüğünü ağır bir şekilde ihmal etmesi durumunda, yardımcı kişinin söz konusu ağır kusuru satıcıya atfedilebilir¹³⁷⁶. Bu durumda, yardımcı kişinin, kendisine bırakılan işlem sahasında, satılanın teslim sürecine katılarak, satılanı ağır kusuruyla alıcıya ayıplı olarak devretmesi veya satıcının yerine hareket ederken kasten veya ağır ihmalle davranması, olağanüstü

¹³⁷⁴ Pedrazzini, *Dissimulation*, N 376.

¹³⁷⁵ Karl Spiro, *Die Haftung für Erfüllungsgehilfen*, Verlag Stämpfli & Cie AG, Bern, 1984 (Erfüllungsgehilfen), s. 51 vd.; Alfred Koller, *Die Haftung für den Erfüllungsgehilfen nach Art. 101 OR*, 2. unveränderte Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, 1982 (Erfüllungsgehilfen), N 28 vd.; Heinrich Honsell, “Die Haftung für Hilfspersonen”, Private Law - national - global - comparative, *Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag*, Band I-II, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2011, s. 779-789 (Hilfspersonen), s. 781; Oğuzman, Öz, *Borçlar Genel*, Cilt I, N 1370.

¹³⁷⁶ Gauch, *Entreprise*, N 2097; Spiro, *Erfüllungsgehilfen*, s. 257; Engel, *Obligations*, s. 742, 743; Pedrazzini, *Dissimulation*, N 381-383; Vischer, *Verschulden*, s. 131; Grieder, *Fahrlässigkeit*, s. 88; *İsvFM*, ATF 130 III 591 = JdT 2006 I 131. Bu durumda borçlunun farazi kusurundan (*hypothetische Verschulden des Schuldners*) kavramından bahsedilmektedir. Bkz. Grieder, *Fahrlässigkeit*, s. 88. Alıcının kullandığı yardımcı kişinin, zararın meydana gelmesinde etkili olması durumunda, bu husus, TBK m. 52 f. I ve CO art. 44 art. I uyarınca tazminattan indirim sebebi sayılır. Bkz. *İsvFM*, ATF 130 III 591 = JdT 2006 I 131.

zamanaşımı rejiminin uygulanmasına sebebiyet verir. O halde, sözleşmesinin kurulmasından sonra, satılanın ayıplı olarak alıcıya devredilmesinde yardımcı kişinin kasten ya da ağır ihmalle hareket etmesi halinde, TBK m. 116 hükmü uyarınca, söz konusu ağır kusurun sonuçlarına satıcı katlanacaktır¹³⁷⁷. Zira, satılanı bilerek ayıplı devreden yardımcı kişinin kusuru, aynı zamanda satıcının kusuru olarak değerlendirilmektedir¹³⁷⁸. Satılanı alıcıya teslimle yükümlü olan nakliyecinin ayıbı fark etmesi ve gizlemesi durumunda, yahut bir ustabaşının ürettiği malın ayıplı olmasını bilmesine rağmen susması halinde olağanüstü zamanaşımı rejiminin uygulanması mümkündür. Aksi halde, satış sözleşmesinin tarafı olan tüzel kişi taciri yahut satılanla en ufak bir temas kurmamış olan meslekten satıcıyı sorumlu tutmak mümkün değildir.

Yardımcı kişinin sözleşme görüşmelerini yürütmesi ihtimalinde de aynı kural geçerlidir¹³⁷⁹. Her ne kadar TBK m. 116 hükmünün “*culpa in contrahendo sorumluluğu*” açısından uygulanması konusunda öğretide görüş birliği bulunmasa da, ağırlıklı görüş¹³⁸⁰ yardımcı kişinin fillerinden borçlunun sorumluluğunun, kıyasen sözleşme öncesi görüşmeler açısından da geçerli olacağı yönündedir. O halde, örneğin sözleşme öncesi görüşmelerde, yardımcı kişinin kasten alıcıya satılанда bulunmayan bir niteliği vadetmesi veya ayıbı bilmesine rağmen satılанда belirli nitelik eksiklerinin bulunmadığını belirtmesi durumunda, olağanüstü zamanaşımı rejiminin uygulanması mümkündür.

Yardımcı kişinin satılanı ayıplı olarak devretmekte kasten hareket etmesi veya özen yükümlüğünü ağır bir şekilde ihmal etmesi durumunda, yardımcı kişinin ağır kusuru satıcıya atfedilebilecekse de, yardımcı kişinin tespit ettiği veya varlığından haberdar olduğu ayıbı satıcıya bildirmemesi durumunda, söz konusu

¹³⁷⁷ Spiro, **Erfüllungsgehilfen**, s. 257; Engel, **Obligations**, s. 743; Gauch, **Entreprise**, N 2097; Pedrazzini, **Dissimulation**, N 385. Aynı yönde bkz. Vischer, **Verschulden**, s. 131; Grieder, **Fahrlässigkeit**, s. 88.

¹³⁷⁸ Engel, **Obligations**, s. 743; Koller, **Erfüllungsgehilfen**, N 303; Grieder, **Fahrlässigkeit**, s. 88; **İsvFM**, ATF 130 III 591 = JdT 2006 I 131; ATF 99 II 46 = JdT 1973 I 635: “...la faute de l'auxiliaire devrait lui être imputée comme sa faute propre... (yardımcı kişinin kusuru kendi kusuru gibi borçluya atfedilmek zorundadır)”. Nitekim, 1881 tarihli eski İsviçre Federal Borçlar Kanunu aCO art. 115 hükmünde borçlunun yardımcı kişinin kusurundan sorumlu olduğu açıkça düzenlenmişti. Öğretide aynı prensibin halen geçerli olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Koller, **Erfüllungsgehilfen**, N 302.

¹³⁷⁹ Giger, **BernerKomm**, OR Art. 199 N 50; Pedrazzini, **Dissimulation**, N 387.

¹³⁸⁰ CO art 101 ve TBK m. 116 hükmünün “*culpa in contrahendo sorumluluğu*” açısından uygulanacağı yönünde bkz. Jäggi, **ZürcherKomm**, OR Art. 1 N 594; Engel, **Obligations**, s. 760; Bucher, **OR AT**, s. 288; Pedrazzini, **Dissimulation**, N 387; Spiro, **Erfüllungsgehilfen**, s. 382, 383; **İsvFM**, ATF 108 II 419 = JdT 1982 I 204. Karşı görüşte bkz. Paul Piotet, La responsabilité précontractuelle du fait d'autrui, spécialement en cas de dol”, **JdT 1983 I 379**, s. 379-384 (Responsabilité), s. 383.

ihmalin satıcıya atfedilmesi hakkaniyete aykırı sonuçlar meydana getirebilir. Örneğin, satıcının çalıştırdığı işçilerden birinin, tesadüfen fark ettiği ayıbı satıcıya bildirmemesi durumunda, satıcının ağırlaştırılmış sorumluluk rejimine tabi tutulması, kabul edilmesi zor ve aşırı bir çözüm olacaktır. Yardımcı kişinin satıcıyı muhtemel ayıplar konusunda bilgilendirmediği böyle durumlarda, satıcının da bilgilendirme yükümlülüğünü ihlal ettiğinin kabul edilebilmesi için, halin her türlü şartları, özellikle yardımcı kişinin bilgi ve becerisi nazara alınarak, yardımcı kişinin satıcıyı satılndaki muhtemel ayıplar konusunda bilgilendirmesinin onun görevi dâhilinde yer alması aranmalıdır¹³⁸¹. Örneğin, imalat aşamasında, satılanın yapımı sürecine katılan bir işçinin satılndaki ayıbı bilmesi; fakat, buna rağmen susması durumunda, ilgili fiilin doğrudan satıcıya atfedilmesi, satıcının sorumluluğunu haddinden fazla genişletecektir¹³⁸². Böyle bir durumda, yardımcı kişinin fiilleri, icra ettiği faaliyet alanıyla sınırlandırılarak, bu kapsam dışında yer alan ilgisiz davranışları, ağırlaştırılmış sorumluluk rejiminin dışına çıkarılmalıdır¹³⁸³. O halde, *bilgilendirme yükümlülüğünün ihlal edilmesi sebebiyle*, yardımcı kişinin kusurunun satıcıya atfedilebilmesi için, en azından satılanın ayıpsız olduğunu gözden geçirmekle yükümlü olması yahut görevi icabı ifa sürecini denetlemesi şarttır¹³⁸⁴. Böyle bir durumda, artık satıcının satılndaki ayıbı fark etmediğini, ayrıca ağır kusurunun bulunmadığını ileri sürmesi mümkün değildir. Özellikle yardımcı kişinin, satılndaki nitelik eksikliklerini denetlemek ve satıcıya bilgi vermekle görevlendirilmesi durumunda, bu kişinin ağır kusurunun satıcıyı da bağlayacağı açıktır¹³⁸⁵. Sonuç olarak, yardımcı kişinin aktif bir davranışla satılanı ayıplı devretmekte ağır kusurlu olması durumunda, kusur satıcıya atfedilebilecekken; yardımcı kişinin pasif bir davranışla, satıcıyı bilgilendirmeyerek susması durumunda, satıcının da ağır kusurlu sayılması için, satılanın ayıpsız olduğunu gözden geçirmekle yükümlü olması yahut görevi icabı ifa sürecini denetlemesi şarttır. Böylece, konuyla ilgisi bulunmayan

¹³⁸¹ Pedrazzini, **Dissimulation**, N 384.

¹³⁸² Alman Hukuku'nda üretim veya hazırlık aşamasına katılan bir işçinin, yardımcı kişi olmasına karşın, ifa yardımcısı sayılamayacağından, fiilinin satıcıya atfedilmemesi gerektiği ifade edilmektedir. Bkz. Matusche-Beckmann, **StaudingerKomm**, BGB § 438 N 11. Öte yandan, Türk Hukuku açısından yardımcı kişi ile ifa yardımcısı arasında fark gözetilmediği ifade edilmektedir. Bkz. Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Cilt I, N 1370.

¹³⁸³ Esasen benzer şekilde, TBK m. 116 uyarınca yardımcı kişinin sorumluluğu, yardımcı kişinin göreviyle sınırlandırılmakta ve *borca aykırı bir davranışla alacaklıya zarar vermesi* aranmakta, böylece borcun ifası vesilesiyle verilen zararlar TBK m. 116 hükmünün kapsamı dışında tutulmaktadır. Bkz. Engel, **Obligations**, s. 742; Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Cilt I, N 1385; **İsvFM**, ATF 98 II 228 = JdT 1973 I 639.

¹³⁸⁴ Gauch, **Entreprise**, N 2098, 2100; Pedrazzini, **Dissimulation**, N 384.

¹³⁸⁵ Pedrazzini, **Dissimulation**, N 384. Aynı yönde: Gauch, **Entreprise**, N 2100.

işçilerin, ayıbı satıcıya bildirmemesi sebebiyle, satıcının ağır kusurlu olduğu ileri sürülemeyecektir. Buna karşın, satılanı incelemek ve kalite kontrollerini yapmakla yükümlü olan denetim birimlerinin, bilgilendirme konusundaki ağır ihmalleri veya kasıtlı davranışları satıcıya atfedilebilecektir.

Alıcı açısından bakılacak olursa, satılanı ayıplı olarak devretmekte ağır kusurlu olan kişinin satıcı veya satıcının görevlendirdiği yardımcı kişi olması arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır¹³⁸⁶. Bu durumda satıcı, görevi icabı ifa süreciyle ilgilenen yardımcı kişinin ağır kusurlu davranışını veya satılanı denetlemekle görevlendirilen yardımcı kişinin, bilgilendirme yükümlülüğünü ağır kusuruyla ihlal ettiğini; satıcının bizzat kendisinin ayıbı bilmediğini veya bilebilecek durumda olmadığını ileri süremeyecektir. Ancak, hemen belirtelim ki, satıcının görevlendirdiği yardımcı kişinin satılndaki ayıbı gizlediğini yahut satılanı ağır kusuruyla ayıplı devrettiğini *bilmesi* durumunda, esasen yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluk söz konusu olmaz. Zira, bu durumda satıcı, susarak, ayıbın varlığı konusunda hareketsiz kalarak veya alıcıyı uyarmayarak, satılanı bizzat kendisi kasten ayıplı ifa etmiş olmaktadır.

Satıcının bir tüzel kişi olması durumunda, tüzel kişinin organlarının ağır kusurlu olması, olağanüstü zamanaşımı rejiminin uygulanması açısından yeterlidir¹³⁸⁷. Zira, TMK m. 50 f. II hükmünde, organların hukuki işlemleri ve diğer bütün fiilleriyle tüzel kişiyi borç altına sokacağı düzenlenmiştir. Satılanı ayıplı devretmekte organın ağır kusurlu olması durumunda, söz konusu davranışlar TMK m. 50 f. II uyarınca tüzel kişi satıcıya atfedilebilecektir.

Satılanın muhakkak yardımcı kişi veya organ tarafından alıcıya ayıplı olarak teslim edilmesi şart değildir. Zira, TBK m. 83 uyarınca borçlu, alacaklının menfaati bulunmadıkça, borcunu şahsen ifa etmekle yükümlü değildir. Öte yandan, yardımcı kişi sayılmayan bir uzmanın, yahut bağımsız bir taşıyıcının veya bir habercinin ifa sürecine dâhil olması mümkündür. Bu durumda satılanın alıcıya ağır kusurlu olarak

¹³⁸⁶ Spiro, **Erfüllungsgehilfen**, s. 257; Gauch, **Entreprise**, N 2099.

¹³⁸⁷ Pedrazzini, **Dissimulation**, N 396. Organın kusurunun tüzel kişiye atfedilebileceği yönünde bkz. M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Oktay-Özdemir, **Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)**, 18. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019 (Kişiler Hukuku), N 966. Tüzel kişi organın davranışlarıyla iradesini açığa vurmaktadır. Temsilci ise bir hukuki işlemde kendi iradesini açıklamaktadır. Organ, temsilci olmamakla birlikte organın davranışının tüzel kişiye izafe edilebilmesi, organ sıfatından ayrılmayan kanuni bir yetkiye dayanır. Öte yandan, *yönetim organı* dışındaki organların, ayrıca kendilerine yetki tanınmamışsa, davranışlarıyla tüzel kişiyi hukuken bağlayıcı işlem yapma yetkileri yoktur. Bkz. Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **Kişiler Hukuku**, N 943, 957.

devredilmesinde üçüncü bir kişi de ağır kusurlu olabilmektedir. Bu konuda 818 sayılı eBK ve İsviçre Hukuku açısından ifade edilen bir görüşe göre¹³⁸⁸, ayıbın üçüncü bir kişi tarafından gizlenmesi durumunda satıcı, üçüncü kişinin aldatmasını düzenleyen TBK m. 36 f. II (eBK m. 28 f. II; CO art. 28 al. II) hükmünün kıyasen uygulanması sonucunda, ancak ayıbın hile ile gizlendiğini bilmesi veya bilebilecek durumda olması ihtimalinde sorumludur. Kanımızca, söz konusu prensipten 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu açısından da yararlanılabilir. Bu durumda satıcı, ancak ayıbın kasten üçüncü bir kişi tarafından gizlendiğini biliyorsa veya bilebilecek durumdaysa, yani kötü niyetliyse, kısa zamanaşımı süresinden yararlanamayacak, ayrıca ağırlaştırılmış sorumluluk rejimiyle yükümlü olacaktır. Bu durumda ağır ihmal yeterli olmayıp, üçüncü kişinin kasten hareket etmesi gerekmektedir. Zira, üçüncü kişinin ayıplı ifayı önlemek amacıyla şartların gerektirdiği dikkat ve özeni gösterme yükümlülüğünün bulunduğu söylenemeyeceği için, böyle bir durumda ihmalden bahsetmek mümkün değildir.

E. Ağır Kusurun İspatı

Taraflarca getirilme ilkesine (HMK m. 25) tabi davalarda hâkim, taraflarca beyan edilmeyen maddi meselelere ilişkin vakıaları, kendiliğinden nazara alamaz ve taraflara bu hususları hatırlatıcı bir tutum sergileyemez¹³⁸⁹. Taraflarca getirilme ilkesinin gereği olarak, hâkimin karar vermesi için gerekli olan bütün vakılara ilişkin bilgiler ve ilgili bütün dava malzemesi, davanın taraflarınca mahkemeye getirilmek durumundadır. Bu sebeple, tarafların kanunun aradığı şartların gerçekleştiğini gösterir bütün somut vakıaların varlığını mahkemeye bildirme ve ileri sürme yönündeki ödevleri *iddia yükü* olarak ifade edilir¹³⁹⁰. Satıcının satılanı ayıplı

¹³⁸⁸ Giger, **BernerKomm**, OR Art. 199 N 50; Pedrazzini, **Dissimulation**, N 401; Bucher, **OR AT**, s. 221; Alfred Koller, **Der gute und der böse Glaube im allgemeinen Schuldrecht**, Auslegung und systematische Erfassung der Gutglaubensvorschriften im allgemeinen Teil des OR, 2. Auflage, Universitätsverlag Freiburg Schweiz, Freiburg, 1985 (Guter Glaube), N 485. Tüzel kişinin organı veya yardımcı kişi söz konusu ise böyle bir sorunla karşılaşılmaz. Zira, bu kişiler asıl borçludan ayrı bir hukuki statüye tabi tutulmazlar. Bkz. Koller, **Guter Glaube**, N 478, dn. 593. Organ açısından aynı yönde bkz. Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **Kişiler Hukuku**, N 942, 943.

¹³⁸⁹ Pedrazzini, **Dissimulation**, N 550; Pekcanitez, Atalay, Özkes, **Medenî Usûl**, s. 339; Atalay, **Pekcanitez Usûl**, s. 1674.

¹³⁹⁰ Pekcanitez, Atalay, Özkes, **Medenî Usûl**, s. 339; Atalay, **Pekcanitez Usûl**, s. 1675. İddia yükü “*tarafın talebini haklı kılacak hukuk kuralının gerektirdiği maddi vakıaları mahkeme önüne getirme yükü*” şeklinde de ifade edilebilir. Bkz. Pekcanitez, Atalay, Özkes, **Medenî Usûl**, s. 339.

olarak devretmekte ağır kusurlu olması durumunda, iddia yükü alıcıya aittir¹³⁹¹. Zira alıcı, satıcının ayıplı ifade ağır kusurlu olduğunu iddia etmediği müddetçe, hâkimin satıcının ağır kusurlu olduğunu nazara alarak bu yönde re'sen karar vermesi mümkün değildir¹³⁹². Hatta somut olay çerçevesinde, satıcının ağır kusurlu olduğu dosyaya dâhil olan dava malzemelerinden anlaşılrsa dahi, hâkim satıcının ağır kusurlu olduğunu alıcıya hatırlatamaz yahut hatırlatacak davranışlarda bulunamaz (HMK m. 25).

TMK m. 6 hükmüne göre, taraflardan her biri hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür. Öte yandan, kanun koyucu HMK m. 190 ile özel bir düzenleme getirerek, ispat yükünün iddia edilen vakıya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa ait olduğunu ifade etmiştir. Satıcının satılanı ayıplı olarak devretmekte ağır kusurlu olması durumunda alıcı, daha uzun bir zamanaşımı süresinden istifade edeceği (TBK m. 231 f. II ve m. 244 f. III), ayrıca ayıp bildirim yükünden kurtulacağı (TBK m. 225) ve kendi aleyhine olan sorumsuzluk anlaşmasının geçersizliğini (TBK m. 221) ileri sürebileceği için, ağır kusur olgusundan alıcının kendi lehine hak çıkardığı söylenebilir. O halde, satıcının satılanı ayıplı olarak teslim etmede ağır kusurlu olduğunu ispat etmek alıcıya düşer¹³⁹³. Alıcının satıcının ağır kusurunu ispat etmesi durumunda, olağanüstü zamanaşımı rejimi uygulama alanı bulur ve satıcının ağır kusurunun diğer sonuçlarının da gerçekleşmesi sağlanır. Bu durumda satıcı, karşı ispat faaliyeti çerçevesinde, satılanı

¹³⁹¹ Pedrazzini, **Dissimulation**, N 550; **İsvFM**, 22.2.1966, SJ 1967 465; ATF 89 II 405 = JdT 1964 I 251: "...les constatations du jugement attaqué ne permettent pas de retenir le dol que l'intimé allègue..."; **KanM (Basel)**, 4.7.1988, BJM 1990, s. 260: "...ist zu beachten, dass der Beschwerdeführer in der Hauptverhandlung behauptet hat, der Beschwerdegegner habe ... ihm den Gewährsmangel arglistig verschwiegen...". Alıcının eBK m. 207 ve CO art. 210 hükmü çerçevesinde satıcının hile ile ayıbın gizlendiğini ileri sürmesi "*replicatio doli*" olarak ifade edilmekteydi Bkz. Giger, **BernerKomm**, OR Art. 210 N 63.

¹³⁹² Bu konuda katı davranılmaması gerektiği görüşünde bkz. **Yargıtay** 19. HD, T. 17.3.2013, E. 2013/7684, K. 2013/11280 (kazancı): "...Davacı-alıcı davasını açarken iğfal edildiğini ileri sürmemişse de cevaba cevap dilekçesinde davalının müvekkilini oyaladığını, basit tamirle giderilebilecek bir arıza olduğunu söyleyerek kötünüyetli davrandığını ileri sürmüştür. 6100 Sayılı H.M.K.nın 141/I maddesine göre yazılı yargılama usulünde taraflar dilekçeler safhasında iddia ve savunmalarını serbestçe değiştirebilirler veya genişletebilirler. Davacı vekili cevaba cevap dilekçesiyle davalının davranışından dolayı süresinde dava açmadığını ileri sürdüğüne göre davalının bu iddiası üzerinde durulup toplanan deliller değerlendirilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken..."

¹³⁹³ Gauch, **Entreprise**, N 2104; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 203 N 3; Honsell, **OR BT**, s. 105; Zindel, Pulver, Schott, **BaslerKomm**, OR Art. 371 N 43; Honsell, **BaslerKomm**, OR Art. 200 N 6; Bieger, **Mängelrüge**, s. 132; Öz, **Değişiklikler**, s. 866; Gümüş, **Borçlar Özel**, s. 88; Makaracı Başak, **TBK m. 225/II**, s. 1922; **İsvFM**, 4.7.2018, 4A_245/2018; 26.6.2014, 4A_97/2014; 12.4.2011, 4A_70/2011; 7.9.2010, 4A_301/2010; 13.7.2005, 4C.16/2005 = RNRF 88/2007, s. 281; **KanM (Genève)**, 19.6.2018, ACJC 807/2018; **Yargıtay** 19. HD, T. 1.10.2015, E. 2014/14474, K. 2015/11761 (kazancı); **Yargıtay** 13. HD, T. 22.5.2000, E. 2000/4481, K. 2000/5000 (kazancı).

ayıplı olarak teslim etmekte ağır kusurunun bulunmadığını ispat etmek zorundadır. Kusurun bulunmadığı yönündeki vakıa, *belirli (dar anlamda) menfi vakıa (faits négatifs déterminés)* teşkil ettiğinden¹³⁹⁴, satıcı bu yöndeki karşı iddiasını, hal ve şartların gerektirdiği bütün önlemleri aldığını, satılanı teslim etmeden önce gerekli muayeneleri gerçekleştirdiğini, gerek üretim gerekse satış aşamasında durumun zorunlu kıldığı bütün özeni gösterdiğini ortaya koyarak ispat edebilir¹³⁹⁵. O halde, kusurun bulunmadığı yönündeki belirli menfi vakıa, aksi yöndeki müspet vakıalar eliyle ispat edilebilmektedir¹³⁹⁶.

Öte yandan, alıcının varmak istediği sonucu çürütmek isteyen satıcının elindeki bir diğer imkân da, TBK m. 222 hükmü uyarınca, alıcının satılndaki ayıpları bildiğini veya bilmesinin mümkün olduğunu¹³⁹⁷ ispat etmektir. Zira, bu ispat vasıtasıyla birlikte satıcı, ayıptan sorumluluk için aranan temel şartlardan birinin somut olay bazında ve alıcının bildiği veya bilmesinin mümkün olduğu ayıplar açısından gerçekleşmediğini ispat ederek, satılanın ayıplarından sorumlu olmadığını ortaya koymaktadır. O halde, alıcının ayıbı bildiği veya yeterli dikkati gösterseydi bilmesinin mümkün olduğu yönündeki vakıayı, bu durumdan kendi lehine hak çıkaran satıcı ispat etmelidir¹³⁹⁸.

Alıcı, satıcının ağır kusurlu olduğunu her türlü delille ispat edebilir. İspat yükünü taşıyan alıcı, satıcının ağır kusurunu ispat edemez ise, çoğu zaman davayı kaybetme riski ile karşı karşıya kalır. Öte yandan, satıcının ağır kusurunu ispat etmek, sanıldığı kadar kolay değildir. Zira, söz konusu ispat faaliyeti, çoğu zaman satıcının bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirmediği şeklinde kendini gösteren

¹³⁹⁴ Belirli (*dar anlamda*) ve belirli olmayan (*geniş anlamda*) menfi vakıa kavramları için bkz. Deschenaux, **Traité**, s. 247, 248; Atalay, **Pekcanitez Usûl**, s. 1630, 1631; Pekcanitez, Atalay, Özkes, **Medenî Usûl**, s. 326, 327.

¹³⁹⁵ Deschenaux, **Traité**, s. 247. Belirtmek gerekir ki, Roma Hukuku'nda kabul edilen "*negativa non sunt probanda (menfi vakıaların ispatı gerekmez)*" ilkesi, modern hukuk sistemimizde tam anlamıyla kabul edilmiş değildir. O halde, menfi vakıaların ispatının gerekmediği yönündeki ifade hukuken isabetli sayılmaz. Zira, menfi vakıaların, aksi yöndeki müspet vakıalar yardımıyla ispatı mümkündür. Özellikle belirli menfi vakıaların ispatı, müspet vakıalar yardımıyla gerçekleştirilmektedir. Bkz. Deschenaux, **Traité**, s. 246, 247; Atalay, **Pekcanitez Usûl**, s. 1630, 1631; Pekcanitez, Atalay, Özkes, **Medenî Usûl**, s. 326, 327.

¹³⁹⁶ Deschenaux, **Traité**, s. 247; Atalay, **Pekcanitez Usûl**, s. 1630, 1631.

¹³⁹⁷ Bkz. yukarıda B.4/II/A.

¹³⁹⁸ Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 200 N 2; Honsell, **BaslerKomm**, OR Art. 200 N 6; **İsvFM**, 20.5.2014, 4A_619/2013; **Yargıtay HGK**, T. 16.11.2016, E. 2014/13-1401, K. 2016/1060 (kazancı); **Yargıtay HGK**, T. 29.3.2017, E. 2017/13-664, K. 2017/573 (kazancı); **Yargıtay HGK**, T. 24.5.2017, E. 2017/19-1633, K. 2017/1093 (kazancı): "...Bu halde artık alıcının ayıpları bildiği ya da bilmesi gerektiği konusunda ispat yükü satıcıya aittir. Zira bu suretle satıcı yasal olarak kendisine düşen bir sorumluluğu reddetmektedir...". Tüketici Hukuku açısından bkz. Tek, **Tüketici**, s. 160.

olumsuz (*menfi*) vakıalara, satıcının kusur seviyesi gibi sübjektif değerlendirmelere, özellikle karşı tarafın daha fazla bilgi sahibi olduğu ve kendi hâkimiyet sahasında gerçekleşmiş olaylara yönelmektedir. Öte yandan, TBK m. 225 f. II hükmünde, kanun koyucu, kusurun objektifleştirilmesi görüşünü kabul ettiği için¹³⁹⁹, satıcılığı meslek edinmiş kişilerin bilmesi gereken ayıplar açısından, ispat faaliyeti nispeten kolaylık arz edecektir. Kanımızca, hâkimin kusur değerlendirmesinde zorluk yaşadığı diğer hallerde de, kusurun objektifleştirilmesi görüşünden faydalanması mümkündür¹⁴⁰⁰. Böylece, fail ile aynı şartlar altında, aynı yer ve zamanda bulunan makul ve orta zekâlı insan tipini örnek alan hâkim, failin somut olay çerçevesinde ika ettiği davranışı, örnek davranışla kıyaslayarak, faili bu davranış şeklinden saptığı ölçüde kusurlu addedebilecektir. Diğer taraftan, davada ispat faaliyeti açısından yaşanan bazı zorlukların aşılabilmesi açısından, bazı önemli hususların altını çizmek gerekmektedir.

Bunlardan ilki, her ne kadar kusur değerlendirmesi açısından olmasa da (TBK m. 74), alıcının belli durumlarda ceza hâkiminin verdiği kararlardan istifade edebilecek olmasıdır¹⁴⁰¹. Zira, ayıplı mal satışının, yol açtığı zararlar veya gerçekleşme şekli açısından suç teşkil etmesi durumunda alıcı, ceza yargılaması esnasında vuku bulduğu tespit edilmiş olan maddi vakıalara, hukuk yargılamasında dayanabilir.

İkinci olarak, satıcının bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirmediği yönündeki iddia, temelde yer ve zaman bakımından *belirli olmayan (geniş anlamda) menfi vakıa (faits négatifs indéterminés)* teşkil ettiği için¹⁴⁰², bu hususun ispatı oldukça zordur. Bu durumda ispat yükünü taşımayan satıcının, *olayın aydınlatılmasına katılma yükümlülüğünün* bulunduğu söylenebilir¹⁴⁰³. Bu sebeple,

¹³⁹⁹ Bkz. yukarıda B.4/II/B/3.

¹⁴⁰⁰ Nitekim, *kusurun objektifleştirilmesi görüşü* yahut *objektif kusur teorisi* günümüzde, kusurun tespiti açısından, öğreti tarafından benimsenmiş olan hâkim görüşüdür. Örneğin bkz. Oftinger, Stark, **Haftpflicht**, § 5 N 63 vd.; Honsell, Isenring, Kessler, **Haftpflicht**, § 6 N 18; Keller, **Haftpflicht**, s. 120 vd.; Becker, **BernerKomm**, OR Art. 41 N 93; Grieder, **Fahrlässigkeit**, s. 103 vd.; Werro, **Responsabilité**, N 242 vd.; Deschenaux, Tercier, **Responsabilité**, s. 83, 84; Roberto, **Haftpflicht**, N 221; Tandoğan, **Mes'uliyet**, s. 50, 51; Eren, **Borçlar Genel**, s. 595, 596.

¹⁴⁰¹ Pedrazzini, **Dissimulation**, N 562.

¹⁴⁰² Belirli olmayan menfi vakıanın ispatı, sonsuz sayıda vakıanın ispat edilmesini gerekli kıldığı için, çoğu zaman bu vakıaların ispatı mümkün olmaz. Bir yükümlülüğün ihlal edilmediği yönündeki iddia da esasen belirli olmayan bir menfi vakıaya dayanır. Ancak, çoğu zaman belirli olmayan vakıalar konusunda genelleme yapmaktan da kaçınmak gerekmektedir. Bkz. Deschenaux, **Traité**, s. 247, 248.

¹⁴⁰³ Gauch, **Entreprise**, N 2104; Pekcanitez, Atalay, Özkes, **Medenî Usûl**, s. 327. Aynı yönde bkz. Pedrazzini, **Dissimulation**, N 563. Satıcının bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirdiğini ispat etmekle yükümlü olması, *dürüstlük kuralı (TMK m. 2)* prensibine de dayandırılmaktadır. Bkz.

alıcının bilgilendirme yükümlülüğünün gerçekleştirilmediği yönünde ciddi şüpheler yaratmasının ardından, satıcıdan alıcıyı bilgilendirdiğini ispat etmesi ve alıcının usulüne uygun olarak bilgilendirildiği yönünde, karşı delil ikame etmesi talep edilebilir¹⁴⁰⁴. Satıcının söz konusu karşı delili ikame edememesi durumunda hâkim, alıcının iddiasını dayandığı ağır kusurun ispat edildiğine hükmedebilir. Öte yandan, öğretide belirsiz menfi vakıaların ispat imkânsızlığının aşılabilmesi için, yaklaşık ispat seviyesinin yeterli görülmesi; karşı taraftan savunmasının somutlaştırılması istenerek, menfi vakıanın belirli hale getirilmesi; karşı tarafa karşı delil ikame yükü yüklenmesi veya isticvaba davet edilmesi gibi hukuki imkânlar da önerilmektedir¹⁴⁰⁵.

Son olarak, hâkim *fiili karineler (hayat tecrübesi kuralları)*¹⁴⁰⁶ veya *emareler* yardımıyla, satıcının ağır kusurunun ispat edilmiş olduğunu kabul edebilir¹⁴⁰⁷. Şayet ispat faaliyetindeki zorluk bir türlü aşılamıyorsa, ispat ölçüsü tam ispat seviyesinden *yaklaşık ispat* seviyesine düşürülerek, hâkimin ispat edilmek istenen olayı muhtemel görmesi yeterli sayılabilir¹⁴⁰⁸.

III. Satıcının Ağır Kusurunun Sonuçları

A. Satıcının Ağır Kusurunun Genel Sonuçları

Satıcının satılanı ayıplı olarak devretmekte ağır kusurlu olması durumunda kanun koyucu ağırlaştırılmış bir sorumluluk rejimi öngörmüştür¹⁴⁰⁹. Söz konusu

Gauch, **Entreprise**, N 2104; Pedrazzini, **Dissimulation**, N 563. Bildirim külfeti açısından aynı görüşte bkz. Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 729. İspat yükünün yer değiştirdiğinin kabul edilebileceği yönünde bkz. Deschenaux, **Traité**, s. 247.

¹⁴⁰⁴ Gauch, **Entreprise**, N 2104; Pedrazzini, **Dissimulation**, N 563, 564. Aynı yönde bkz. Deschenaux, **Traité**, s. 248. Menfi vakıaların ispatı konusunda delil ikame yükünün satıcıya yüklenebileceği yönünde bkz. Pekcanitez, Atalay, Özkes, **Medenî Usûl**, s. 327. a

¹⁴⁰⁵ Pekcanitez, Atalay, Özkes, **Medenî Usûl**, s. 327.

¹⁴⁰⁶ *Fiili karineler (paesumptio hominis; présomption de fait/de l'homme; tatsächliche Vermutung)*, hâkimin herhangi bir hukuk kuralı ile kendini bağlı addetmeksizin, kanaat oluşturmak amacıyla, hayat tecrübelerini kullanarak, bir olayın gerçekleştiği ya da gerçekleşmediği yönündeki vakıayı başka bir vakıanın varlığı temeline dayandırmasıdır. Bkz. Deschenaux, **Traité**, s. 249; Atalay, **Pekcanitez Usûl**, s. 1655. Satılndaki ayıbın varlığı veya bu hususu satıcının bilip bilmemesi konusunda fiili karineler kanımızca önem taşır. Örneğin bir kuyumcunun sattığı mücevherin sahte çıkması durumunda, mesleği icabı bu ayıbı bilmesi gerektiği yönündeki vakıa (TBK m. 225 f. II), genel hayat tecrübelerine dayandırılarak ispat edilebilir.

¹⁴⁰⁷ Pedrazzini, **Dissimulation**, N 565. Usul Hukuku açısından hayat tecrübesi kuralları, karineler ve emareler yoluyla ispat için bkz. Pekcanitez, Atalay, Özkes, **Medenî Usûl**, s. 336 vd.; Atalay, **Pekcanitez Usûl**, s. 1620, 1655; Kuru, **Medenî Usul**, s. 239 vd.

¹⁴⁰⁸ Deschenaux, **Traité**, s. 248; Pedrazzini, **Dissimulation**, N 571.

¹⁴⁰⁹ Örneğin bkz. **İsvFM**, 7.9.2010, 4A_301/2010. Aynı yönde bkz. **Yargıtay** HGK, T. 27.3.2015, E. 2013/19-1696, K. 2015/1109 (kazancı); **Yargıtay** HGK, T. 29.3.2017, E. 2017/13-664, K. 2017/573 (kazancı).

sorumluluk rejiminin ilk ayağını, satıcının kasten veya ağır ihmalle satılanı ayıplı devretmesi durumunda, sorumluluğunu kaldıran veya sınırlandıran her türlü anlaşmanın kesin hükümsüz olduğunu öngören TBK m. 221 hükmü oluşturur. Satıcının ayıptan sorumluluğunu öngören kanun hükümlerinin genelde düzenleyici ve yedek hukuk kuralı olduğu düşünülecek olursa, tarafların her zaman kanunun öngördüğü düzenlemelerden sorumsuzluk anlaşması yoluyla, kısmen veya tamamen sapmaları mümkün görülmektedir¹⁴¹⁰. Bu durumda TBK m. 221 hükmü, taraflara ayıptan sorumluluk konusunda tanınan sözleşme serbestisinin en önemli sınırlarından birini oluşturmaktadır¹⁴¹¹. Zira, bir taraftan satıcının satılanı kasten veya ağır ihmalle ayıplı olarak devretmesi; diğer taraftan ise, sorumsuzluk anlaşmasına dayanarak sorumluluğunun kaldırıldığını veya sınırlandırıldığını ileri sürmesi en başta *dürüstlük kuralı ve çelişki davranış yasağı (venire contra factum proprium)* ilkelerine aykırılık teşkil eder¹⁴¹². Öte yandan, TBK m. 221 hükmü, TBK m. 27 hükmünün özel bir ifade tarzı olarak kabul edilmekte ve satıcının ağır kusurlu davranışı, ahlaka ve kamu düzenine aykırı olarak nitelendirilmektedir¹⁴¹³. Bu durumda, satıcının söz konusu davranışı cezalandırılarak, yaptırıma tabi tutulmakta ve satıcının sorumluluğunu sınırlandıran anlaşmalar kesin hükümsüz sayılmaktadır¹⁴¹⁴. Belirtmemiz gerekir ki, söz konusu kesin hükümsüzlüğün kapsamına ayıptan sorumluluğu yalnızca doğrudan doğruya sınırlayan veya ortadan kaldıran sözleşme hükümlerinin yanında, satıcının sorumluluğunu dolaylı olarak sınırlandıran, gerekli olan şartları ağırlaştıran veya onlara yenilerini ekleyen sözleşme hükümleri de dâhil olmaktadır¹⁴¹⁵. Öte yandan,

¹⁴¹⁰ Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 813; Giger, **BernerKomm**, OR Art. 199 N 4; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 199 N 1.

¹⁴¹¹ TBK m. 221 hükmü, ağırlaştırılmış sorumluluk rejiminin üç temel sütunundan biridir (Bkz. TBK m. 225 ve m. 210 f. II). Ayrıca, sorumsuzluk anlaşmaları açısından sözleşme serbestisinin diğer sınırlarını oluşturan TBK m. 27, m. 115 ve m. 116 f. III hükümleri ile genel işlem şartları için öngörülen denetim mekanizmaları da (TBK m. 20-25) unutulmamalıdır. Öte yandan, beden bütünlüğünün ihlali halinde satıcının söz konusu zarardan sorumlu olmayacağı yönündeki sorumsuzluk anlaşmalarının *-hafif kusur halinde dahi-*geçersiz olduğu; zira, bu yöndeki anlaşmaların kişilik haklarını koruyan TMK m. 23 hükmüne aykırılık teşkil edeceği haklı olarak ifade edilmektedir. Bkz. Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO Intro. art. 197-210 N 35; Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 824; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **Borçlar Genel**, N 1267.

¹⁴¹² Koller, **Nachbesserung**, N 203; Lörtscher, **Haftungsbeschränkungen**, s. 137; Pedrazzini, **Dissimulation**, N 823. Aynı yönde bkz. Gauch, **Entreprise**, N 2583.

¹⁴¹³ Pedrazzini, **Dissimulation**, N 822.

¹⁴¹⁴ Lörtscher, **Haftungsbeschränkungen**, s. 144; Pedrazzini, **Dissimulation**, N 191; Gauch, **Entreprise**, N 2583; Koller, **Nachbesserung**, N 203.

¹⁴¹⁵ Gauch, **Entreprise**, N 2552; Lörtscher, **Haftungsbeschränkungen**, s. 143, 144; Gauch, **recht 2012**, s. 130; Pedrazzini, **Dissimulation**, N 786, 835; Kapancı, **Ayıp**, s. 24.

Kesin hükümsüzlüğün kapsamının belirlenmesinde, yorum yoluyla satıcının sorumluluğunu sınırlandıran düzenlemenin amacının ve anlamının nazara alınması gerektiği yönünde bkz. Koller, **Nachbesserung**, N 206. Öte yandan, sorumsuzluk anlaşması öngören kayıtların sözleşmeden

satıcının sorumluluğunu sınırlandırmayıp, alıcının ayıptan doğan haklarının kullanımını kolaylaştıran veya onun lehine olan sözleşme hükümleri geçersizlikten etkilenmeyecektir¹⁴¹⁶. O halde, en başta sorumsuzluk anlaşması yoluyla değiştirilen kanuni rejim, TBK m. 221 hükmü ile *değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük* yaptırımına tabi tutularak, iki kez zımnen tadil edilmekte ve tamamen alıcının menfaatine bir hukuki durum yaratılmaktadır. Bu durumda başvurulacak yegâne yol kısmi hükümsüzlük olup, satıcının TBK m. 27 f. II uyarınca sözleşmenin tamamının geçersiz olacağını yönündeki iddiası dinlenmeyecektir¹⁴¹⁷. Ancak, satıcının her zaman satıldaki ayıpların alıcı tarafından bilindiğini iddia etmesi mümkündür (TBK m. 222 f. I)¹⁴¹⁸.

Kanun koyucu, TBK m. 225 hükmünde satıcının ağır kusurlu olması durumunda satıcının, ayıp bildiriminin süresinde gerçekleştirilmediğini ileri sürerek sorumluluktan kurtulamayacağını öngörmüş¹⁴¹⁹, ayrıca satıcılığı meslek edinmiş kişilerin bilmesi gereken ayıplar bakımından da aynı hükmün uygulama alanı bulacağını düzenlemiştir. Söz konusu hüküm yalnızca ayıbın süresinde bildirilmemiş olduğu gecikme hallerini değil, aynı zamanda alıcının ayıp bildiriminde bulunmayı ihmal ettiği diğer bütün durumları da kapsamaktadır¹⁴²⁰. Dikkat edilirse, TBK m. 225

açıkça anlaşılabilir olması gerektiği ifade edilmekte, tereddüt halinde alıcı lehine daraltıcı yoruma başvurulması gerektiği belirtilmektedir. Bkz. Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO Intro. art. 197-210 N 38; **İsvFM**, ATF 126 III 59; 118 II 142 = JdT 1993 I 300; ATF 109 II 24 = JdT 1983 I 258; **KanM (Genève)**, 19.6.2018, ACJC 807/2018. Tarafların gerçek ve ortak iradeleri tespit edilemezse güven prensibine başvurulacağı yönünde bkz. **İsvFM**, 2.12.2010, 4A_551/2010. Çelişkili ifadelerin bulunması halinde kural olarak sorumsuzluk anlaşmasını düzenleyen satıcı aleyhine yorum yapılması (*contra stipulatorem*) yönünde bkz. Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO Intro. art. 197-210 N 41.

¹⁴¹⁶ Koller, **Nachbesserung**, N 209; Pedrazzini, **Dissimulation**, N 844.

¹⁴¹⁷ Lörtscher, **Haftungsbeschränkungen**, s. 142; Pedrazzini, **Dissimulation**, N 847-851; Giger, **BernerKomm**, OR Art. 199 N 50; Keller, Lörtscher, **Kaufrecht**, s. 107; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 199 N 4; Koller, **Nachbesserung**, N 207.

¹⁴¹⁸ *O halde, vakıa şöyle vuku bulacaktır*: alıcı ilk olarak ayıptan sorumluluk hükümlerine başvuracak, satıcı bu durumda sorumsuzluk anlaşmasını ileri sürecektir. Alıcı bu durumda satıcının ağır kusurunu ispatlayarak satıcının itirazını çürütecektir. Bu durumda satıcının başvurabileceği tek ve son imkân alıcının satıldaki ayıbı sözleşmenin kurulduğu sıra bildiğini ispat etmektedir.

¹⁴¹⁹ *Örneğin bkz. Yargıtay 19. HD, T. 16.3.2011, E. 2010/9917, K. 2011/3356 (kazancı): "...ayıbın türü belirlendikten sonra, muayene ve ihbar külfetinin ne şekilde yerine getirildiği saptanmalıdır. İğfal gizli ayıbın satıcı tarafından bilerek saklanması suretiyle alıcının aldatılmasıdır. Hak düşürücü sürelerin dikkate alınmaması ancak bu halde mümkündür..."*

¹⁴²⁰ Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 706; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 203 N 2; Pedrazzini, **Dissimulation**, N 919. Belirtmek isteriz ki, TBK m. 225'in ayıbın süresinde bildirilmemiş olmasından bahseden ifadesi, muhakkak bildirimin yapılması gerektiği; ancak, bunun geciktirginin ileri sürülemeyeceği intibasını uyandırmaktadır. Ancak, bu yanlış mehz kanunun Fransızca metnin bu yöndeki bir yoruma açık olmasından (*l'avis des défauts n'aurait pas eu lieu en temps utile*) kaynaklanmaktadır. Oysa, CO art. 203 hükmünün (TBK m. 225) Almanca metninde ayıp bildiriminin ihmalinden (*versäumer Anzeige*) bahsedilmekte, İtalyanca metninde ise ayıp bildiriminin ihmal edildiğinin veya ayıp bildiriminin geciktirginin (*per omessa o tardiva notificazione*) ileri sürülemeyeceği ifade edilmektedir.

hükmünde gözden geçirme külfetinden bahsedilmemiş, alıcı yalnızca ayıp bildiriminden muaf tutulmuştur. Bu durum esasen, alıcının ayıptan doğan haklarının sona ermesinin, gözden geçirme külfetinin yerine getirilmemesine değil, yalnızca ayıp bildiriminde bulunulmamasına bağlanmasından kaynaklanmaktadır¹⁴²¹. Öte yandan, satıcının ağır kusurunun, muhakkak alıcının ayıp bildiriminde bulunulmamasına yahut muayene esnasında ayıbı tespit etmemesine yönelmesi şart değildir¹⁴²². Alıcının her türlü ağır kusurlu davranışı, söz konusu sonucun uygulanması için yeterlidir. Zira, hükmün *ratio legis*'i, satıcının ağır kusuru karşısında, ayıp bildiriminde ısrar etmenin hakkaniyete aykırı olacağı fikrine dayanmaktadır. O halde, satıcının ağır kusurlu olması durumunda alıcıya yüklenen ağır bildirim külfeti kalkmakta ve satıcının alıcıya karşı ileri sürebileceği en önemli savunma imkânı da elinden alınmaktadır.

Kanun koyucu son olarak emredici bir düzenleme olan¹⁴²³ TBK m. 220 hükmünde, yazılı olarak üstlenilmedikçe, kural olarak satıcının hayvan satışında satılanın ayıplarından sorumlu olmadığını öngörmüş, ayrıca TBK m. 224 hükmünde hayvan satışında ayıptan sorumluluğu belirli şartlara bağlayarak sınırlandırma ihtiyacı hissetmiştir. Zira, hayvan satışında hayvanın taşıdığı hastalığın, ayıptan önce veya sonra baş gösterdiğinin tespiti büyük zorluk arz etmektedir¹⁴²⁴. Ancak, TBK m. 220 hükmü, hayvan satışında ayıptan sorumluluğun bulunmadığı yönündeki kurala istisna getirerek, satıcının satılanı ayıplı devretmekte ağır kusurlu olması durumunda,

¹⁴²¹ Giger, **BernerKomm**, OR Art. 201 N 21; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 203 N 2; Honsell, **BaslerKomm**, OR Art. 201 N 12; Gauch, **Entreprise**, N 2148 vd.; Pedrazzini, **Dissimulation**, N 955. Satılanın gözden geçirilmesi (TBK m. 223; CO art 201), bir "*külfet (incombrance; devoir - Obliegenheit)*" olarak düzenlenmiştir. *Örneğin* bkz. Oktay-Özdemir, **Ayıp**, s. 51; Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 704; Gauch, **Entreprise**, N 2108; Honsell, **BaslerKomm**, OR Art. 201 N 2. Öte yandan, gözden geçirme külfetinin yerine getirilmemesinin doğrudan doğruya bir hukuki etkisinin bulunduğundan bahsedilemez. Yalnızca satılanın gözden geçirilmemiş olması, alıcının ayıptan doğan haklarını kaybetmesine ve satılanı kabul etmiş sayılmasına neden olmaz. Bu sebeple, zamanında satılan gözden geçirilmemiş olmasına rağmen, herhangi bir şekilde (*örneğin ayıp tesadüfen fark edilmişse veya satıcı tarafından satılana ayıp bildirilmişse*) kanuna uygun bir ayıp bildiriminde bulunulmuşsa, alıcı ayıptan doğan haklarını kullanabilecektir. Bkz. Giger, **BernerKomm**, OR Art. 201 N 21; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 203 N 2; Gauch, **Entreprise**, N 2148 vd; Honsell, **BaslerKomm**, OR Art. 201 N 12.

¹⁴²² Giger, **BernerKomm**, OR Art. 203 N 5; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 203 N 4. Karşı görüşte bkz. Becker, **BernerKomm**, OR Art. 203 N 2.

¹⁴²³ Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 198 N 1; Giger, **BernerKomm**, OR Art. 198 N 20. Söz konusu düzenlemenin ayrıca miras paylaşımında ve bağışlamada da uygulanacağı yönünde bkz. Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 198 N 3; Pedrazzini, **Dissimulation**, N 706. Bağışlamaya kıyasen uygulanacağı görüşünde bkz. Giger, **BernerKomm**, OR Art. 198 N 19.

¹⁴²⁴ Ayrıca bkz. **Yargıtay** HGK, T. 16.5.2001, E. 2001/13-419, K. 2001/420 (kazancı): "...Bu hükümlerin amacı fazla dava açılmasını önlemek, hukuki güvenliği sağlamak, alıcının hayvanı yanlış kullanmasından doğacak ayıplara karşı satıcıyı korumaktır..."

başkaca şart aranmaksızın ayıptan sorumluluğu yeniden tesis etmiştir¹⁴²⁵. Öte yandan, kanun koyucu, TBK m. 224 hükmünde, satıcının ayıptan sorumlu olacağı sürenin yazılı olarak belirlenmemiş olması veya hayvanın gebeliğine dair bir ayıbın bulunmaması durumunda, dokuz günlük bir ayıp bildirim süresinin uygulanacağını öngörmüş; ek olarak, hayvanın bilirkişilerce gözden geçirilmesinin aynı süre içinde yetkili makamdan istenmesini zorunlu kılmıştır. Ancak, satıcının ağır kusuru halinde ayıp bildiriminin aranmayacağını düzenleyen TBK m. 225 hükmü, hayvan satışında da uygulama alanı bulmaktadır¹⁴²⁶. Bu hükmün sonucu olarak, alıcı, ayıp bildirimini için TBK m. 224’te düzenlenen dokuz günlük süreye uymaksızın, olağanüstü zamanaşımı süresi içinde ayıptan doğan haklarını kullanma imkânı edinmektedir. Öte yandan, satıcının ağır kusurunun bulunması halinde, TBK m. 224 hükmünde belirtilen, *“hayvanın bilirkişilerce gözden geçirilmesinin dokuz gün içinde yetkili makamdan istenmesi”* şartı da ortadan kalkacaktır¹⁴²⁷. O halde, satıcının ağır kusurunun bulunması durumunda, hayvan satışında ağırlaştırılmış sorumluluk rejimi, diğer taşınır satış sözleşmelerinde olduğu gibi aynen uygulama alanı bulmaktadır.

İfade etmemiz gerekir ki ağırlaştırılmış sorumluluk rejimi, satılndaki bütün ayıpları kapsayan sınırsız bir imkân değildir. Çünkü satıcının ağır kusurunun sonuçları, yalnızca satıcının ağır kusurlu olduğu nitelik eksiklikleri açısından, yani kasten veya ağır ihmalle hareket ettiği ayıplar bakımından geçerlidir¹⁴²⁸. Yoksa satıcının yalnızca bir veya birkaç nitelik eksikliği açısından ağır kusurlu olması, satılndaki bütün ayıplar için ağırlaştırılmış sorumluluk rejimine tabi tutulacağı veya olağanüstü zamanaşımı rejiminin her türlü ayıptan doğan alacak haklarına uygulanacağı anlamına gelmemektedir. Bu durumda mevcut durumun bütün özellikleri nazara alınarak, satıcının ağır kusurlu olduğu ayıplar ile satıcının hafif kusurlu olduğu veya kusurunun bulunmadığı ayıpların ayırt edilmesi gerekmektedir¹⁴²⁹. Zira, satıcının ağır kusurlu olduğu ayıplar, olağanüstü zamanaşımı sürelerinin uygulanmasını zorunlu kılarken, satıcının ağır kusurlu olmadığı ayıplar

¹⁴²⁵ Örneğin satılan boğaların *“brune - brown”* ırkına ait olduğunu gösteren karındaki beyaz lekelerin gizlenmesi bu duruma örnek olarak gösterilebilir. Bkz. Pedrazzini, **Dissimulation**, N 114; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 198 N 6.

¹⁴²⁶ Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 840; Pedrazzini, **Dissimulation**, N 950; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 203 N 2.

¹⁴²⁷ Keller, Lörtscher, **Kaufrecht**, s. 141; Giger, **BernerKomm**, OR Art. 202 N 9; Pedrazzini, **Dissimulation**, N 950, Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 202 N 4.

¹⁴²⁸ Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 199 N 4; Lörtscher, **Haftungsbeschränkungen**, s. 141; Pedrazzini, **Dissimulation**, N 1079; Furrer, **Gewährleistung**, s. 85; Neuenschwander, **Schlechterfüllung**, s. 99; Gauch, **recht 2012**, s. 125; Koller, **Nachbesserung**, N 206.

¹⁴²⁹ Koller, **Nachbesserung**, N 206; Pedrazzini, **Dissimulation**, N 253.

bakımından olağan zamanaşımı süreleri uygulanmaya devam edecektir. Aynı şekilde sorumsuzluk anlaşmaları satıcının ağır kusurlu olması durumunda geçersiz sayılacak (TBK m. 221) ve alıcı ayıp bildiriminden muaf tutulacak ise de (TBK m. 225); satıcının kusursuz veya hafif kusurlu olması durumunda, sorumluluğunu sınırlandıran veya kaldıran anlaşmalar geçerli sayılacak, ayrıca satıcı, alıcının ayıp bildiriminde bulunmadığını ileri sürebilecektir. O halde, tek bir satılarda birden fazla ayıbın mevcut olması durumunda, iki farklı sorumluluk sistemi uygulama alanı bulabilecektir. Bu durum ise oldukça büyük zorlukları içinde barındırmaktadır.

Belirtmek isteriz ki, ayıplı ifa sebebiyle ağır kusurun bütün sonuçları, ticari satış sözleşmeleri açısından da geçerlidir¹⁴³⁰. Zira, TTK m. 23 f. I'de söz konusu maddede belirtilen haller saklı kalmak kaydıyla, tacirler arasındaki satışlarda, Türk Borçlar Kanunu'nun satış sözleşmesine ilişkin hükümlerinin uygulanacağı öngörülmüştür.

Sonuç olarak, satıcının ağır kusurunun bulunması durumunda ayıptan sorumluluk rejimi ile genel sözleşmesel sorumluluk rejimi şartları arasındaki farklılık ortadan kalkmakta; satıcının ağır kusuru, alıcının sahibi olduğu elverişli imkânlarla dokunmaksızın, ayıptan sorumluluk rejimini, genel hükümlere yaklaştırmaktadır. Bu durumda ayıptan sorumluluğun genel hükümlerle yarışması sorunu tamamen anlamını yitirmekte ve satıcının zaten ağır kusurlu olması sebebiyle doğrudan zararların kusursuz sorumluluk esasına göre tazmini gerekliliği (TBK m. 229 f. I) ortadan kalkmaktadır. Alıcının bildiği ayıplardan satıcının sorumlu olmaması (TBK m. 222 f. I) ve zamanaşımı sürelerinin taşınırlarda teslim (TBK m. 231 f. I), taşınmazlarda mülkiyetin geçişi (TBK m. 244 f. III) ile başlaması dışında satıcı, kendi lehine sevk edilmiş hükümlere dayanma imkânını yitirmektedir.

B. Satıcının Ağır Kusurunun Zamanaşımı Süresi Açısından Sonuçları

1. Kanuni Zamanaşımı Süresi Açısından

Kanun koyucu TBK m. 231 f. II (CO art. 210 al. VI) hükmünde *taşınır satışı açısından*, satıcının satılanı ayıplı olarak devretmekte ağır kusurlu olması durumunda iki yıllık zamanaşımı süresinden yararlanamayacağını öngörmüştür. Bu hükümle, olağan zamanaşımı süresinin satıcının ağır kusurlu olması durumunda

¹⁴³⁰ Şahin, *Ayıp*, s. 131; *Yargıtay* 13. HD, T. 30.11.2015, E. 2015/25402, K. 2015/734826 (kazancı); *Yargıtay* 19. HD, T. 10.3.2015, E. 2015/1378, K. 2015/3318 (kazancı).

uygulanmayacağı belirtilmekle yetinilmiş, iki yıllık kısa zamanaşımı süresi yerine hangi zamanaşımı süresinin uygulanacağı veya söz konusu yeni zamanaşımı süresinin hangi andan itibaren başlayacağı düzenlenmemiştir. O halde, tespit edilmesi gereken husus, iki yıllık kısa zamanaşımı süresi yerine hangi zamanaşımı süresinin uygulanacağıdır. Her ne kadar olağanüstü zamanaşımı süresi konusunda öğretide görüş birliği bulunmasa da, kanunun olağan zamanaşımı süresinin uygulanamayacağını belirten lafzından hareketle, TBK m. 231 f. II hükmünün genel hükümlere atıf yaptığı konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır¹⁴³¹. Zira, niteliği itibariyle ayıptan sorumlulukta öngörülen zamanaşımı süreleri dışında, kanunun özel borç ilişkileri kısmında, alıcının ayıptan doğan haklarına uygulanacak herhangi bir zamanaşımı süresi bulunmamaktadır.

Günümüzde pek fazla taraftarı kalmamış bir görüşe göre¹⁴³², TBK m. 231 f. II (CO art. 210 al. VI) hükmü ayıptan doğan alacakların tabi olduğu zamanaşımı süresinin uzamasına sebep olmamakta, yalnızca zamanaşımı süresinin başlangıç anını ertelemektedir. Bu görüşe göre, zamanaşımı süresinin başlangıç anının ertelendiği yönündeki çıkarıma, haksız fiil sorumluluğunda zamanaşımını düzenleyen TBK m. 72 (CO art. 60) hükmünün kıyasen ayıptan sorumluluğa uygulanması neticesinde ulaşılmaktadır¹⁴³³. Bu görüşü savunan yazarlara göre,

¹⁴³¹ Örneğin bkz. Honsell, **BaslerKomm**, OR Art. 210 N 1; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 210 N 16; Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 749; **İsvFM**, ATF 107 II 232 = JdT 1982 I 72 = DC 1983 55 N 39.

¹⁴³² Becker, **BernerKomm**, OR Art. 210 N 4; Schubiger, **Verhältnis**, s. 118, 119; Katz, **Sachmängel**, s. 88; Spiro, **Begrenzung I**, s. 85, dn. 18; Furrer, **Gewährleistung**, s. 86; von Büren, **OR BT**, s. 48. Bu görüş hakkında detaylı bilgi için ayrıca bkz. Gauch, **Entreprise**, N 2277; Pedrazzini, **Dissimulation**, N 1102-1116. Pedrazzini, bu görüşü “sınırlayıcı çözüm yolu (*solution restrictive*)” olarak nitelendirmektedir. Bkz. Pedrazzini, **Dissimulation**, N 1101, 1102. Yargıtay istisnaen verdiği bazı kararlarda, olağanüstü zamanaşımı rejimi açısından sözleşmesel zamanaşımı süresinin değil, haksız fiil zamanaşımı süresinin uygulanacağını ifade etmiştir. Bkz. **Yargıtay** 11. HD, T. 17.4.2015, E. 2014/15978, K. 2015/5437 (kazancı): “...TTK 25/4. bendi hükmüne göre, bu süre tacirler arasındaki ticari satışlarda “altı aydır”. Ancak bu süre, BK. 207 maddesinin birinci fıkrasında mevzu bahis ayıbın sonradan meydana çıkması haline ilişkindir. Söz konusu maddenin son fıkrası hükmüne nazaran “Satıcı alıcıyı iğfal etmiş ise...” bir senelik (Ticari satışlarda altı aylık) zamanaşımından satıcının istifade etmesine imkan yoktur. Bu gibi hallerde, alıcının, tıpkı haksız fiillerde olduğu gibi iğfal veya hile haline ıtıla tarihinden itibaren bir ve tesellüm tarihinden itibaren de her halde on sene içinde dava açması lazımdır...”

¹⁴³³ Öğretide kıyas yapılırken TBK m. 72 hükmü dışında başkaca düzenlemelere başvurulabileceği de savunulmaktadır. Nitekim, satıcının hilesinin düzenlendiği CO art. 210 al. IV ve eBK m. 207 f. III hükümleri açısından, bir irade sakatlığı hali olan hilenin öğrenilmesinden itibaren sözleşmeyle bağlı olunmadığının bildirildiği bir yıllık hak düşürücü süreyi düzenleyen CO art. 31 ve eBK m. 31 (TBK m. 39) hükümlerinin de kıyasen uygulanabileceği öğretide ifade edilmektedir. Yine aynı şekilde hile sebebiyle sözleşme geçersiz hale gelince söz konusu olan sebepsiz zenginleşme taleplerinin tabi olduğu zamanaşımı süresinin (TBK m. 82; CO art. 67) satıcının ayıpları hile ile gizlemesi hali açısından da kıyasen uygulanabileceği belirtilmektedir. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Pedrazzini, **Dissimulation**, N 1103, 1104; Witschi, **Garantiefristen**, s. 58. Nitekim, *Oser ve Schönenberger*’e göre, satıcının hile ile ayıbı gizlemesi durumunda, haksız fiil ya da sözleşmesel

satıcının satılanı ayıplı devretmekte ağır kusurlu olması veya CO art. 210 al. IV ve eBK m. 207 f. III hükümlerine göre satıcının hile ile ayıbı gizlemesi, esasen alıcı açısından bir haksız fiil (TBK m. 49) teşkil etmektedir. Belirtmemiz gerekir ki, bu görüş, 818 sayılı eski Borçlar Kanunu ve mevcut İsviçre Hukuku açısından önem taşımaktadır. Zira, gerek CO art. 210 al. IV hükmünde gerekse eBK m. 207 f. III hükmünde düzenlenen ihtimal, satıcının hile ile alıcıyı iğfal etmesi ve satılndaki ayıbı gizlemesi halidir. Bu durum ise TBK m. 36 (CO art. 28; eBK m. 28) hükmünde düzenlenen hilenin, ayıptan sorumluluk rejimi açısından yalnızca farklı bir görünüm şeklidir¹⁴³⁴. Hile ise, aldatılan kişi açısından her zaman bir haksız fiil teşkil ettiğinden, hile ile gizlenen nitelik eksikliklerinden doğan talepler, sözleşmesel olmaktan çok, sözleşme dışı sorumluluğa dayanmaktadır. Bu görüşü savunan yazarlardan *Spiro*, satıcının hilesinin, özellikle birer haksız fiil teşkil eden dolandırıcılık veya hırsızlık gibi daha ağır hak ihlallerinden daha sıkı bir yaptırıma tabi tutulmasını (*yani sözleşmesel sorumluluğa dayandırılmasını*) hakkaniyete aykırı bulmaktadır¹⁴³⁵. Öte yandan, ayıptan sorumlulukta zamanaşımı süresinin, esasen hukuk güvenliği kaygılarıyla mevcut durumun bir an evvel açıklığa kavuşturulmasını hedeflediği ve satılndaki ayıbın varlığı açısından ispat kolaylığını amaçladığı nazara alındığında, daha uzun bir süreden kaçınmak gerektiği ifade edilmektedir¹⁴³⁶.

Öte yandan, bu görüşü savunan yazarlar arasında, TBK m. 72 (CO art. 60) hükmünün, ayıptan sorumlulukta zamanaşımı rejimine ne şekilde kıyasen uygulanacağı konusunda görüş birliği bulunmamaktadır. Zira, TBK m. 72 hükmünde düzenlenen *nispi (normal) zamanaşımı süresi*, mağdurun zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği andan itibaren başlarken; *üst (azami) zamanaşımı süresi* fiilin işlendiği tarihten itibaren işleme başlamaktadır. O halde, on yıllık üst sürenin, satılanın ağır kusurla veya hile ile alıcıya ayıplı olarak teslim edildiği andan itibaren başlayacağı konusunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Öte yandan, iki yıllık nispi zamanaşımı süresinin hangi andan itibaren işlemeye başlayacağı, bu görüşü

zamanaşımı süreleri yerine, CO art. 31 (eBK m. 31; TBK m. 39) hükmünde, hile (*aldatma*) sebebiyle sözleşmenin geçersiz hale getirilmesi açısından öngörülen bir yıllık sürenin, kıyasen uygulanması gerekmektedir. Bkz. Oser, Schöenberger, **ZürcherKomm**, OR Art. 210 N 9. Aynı görüşte bkz. Acemoğlu, **Karar Tahlili**, s. 33. 6098 sayılı TBK ile, artık *hile* veya *iğfal* kavramından bahsedilmediği için, kanımızca bu görüş, artık hukuki temelini yitirmiştir.

¹⁴³⁴ Pedrazzini, **Dissimulation**, N 86; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 199 N 3, CO art. 203 N 4; Yavuz, **Ayp**, s. 125; **İsvFM**, 26.11.2003, 4C.251/2003; 7.9.2010, 4A_301/2010; 13.7.2005, 4C.16/2005 = RNRF 88/2007, s. 281; **İsvFM**, ATF 116 II 431 = JdT 1991 I 45.

¹⁴³⁵ *Spiro*, **Begrenzung I**, s. 85, dn. 18.

¹⁴³⁶ Schubiger, **Verhältnis**, s. 118, 119; Katz, **Sachmängel**, s. 88; Furrer, **Gewährleistung**, s. 86.

savunan yazarlar açısından net değildir. Bir görüşe göre¹⁴³⁷, iki yıllık nispi süre, alıcının ayıbın gizlendiğini veya satıcının ağır kusuruyla satılanı ayıplı olarak kendisine devrettiğini öğrendiği andan itibaren işlemeye başlar. Bu görüşe göre, kıyas TBK m. 72 (CO art. 60) hükmünde zamanaşımının işlemesi için öngörülen zararı öğrenme şartının yerine, ayıbın hileyle gizlendiğinin veya satıcının ağır kusurlu olduğunun öğrenilmesi vakıasının geçirilmesi yoluyla gerçekleştirilmektedir. Buna karşın, diğer bir görüşe göre¹⁴³⁸, ayıptan sorumlulukta zamanaşımı, hile ile gizlenen veya satıcının ağır kusurlu olduğu ayıbın öğrenilmesi anından itibaren başlamalıdır. Zira, TBK m. 72 (CO art. 60) hükmünde kanun koyucunun zamanaşımının başlaması için nazara aldığı temel vakıa zararın öğrenilmesidir. O halde, söz konusu hükmün kıyasen uygulanmasında amaçlanan temel çözüme, zararın öğrenilmesi şartının yerine, zarar verici davranışı ifade eden ayıbın hile ile gizlenmesinin değil, bu fiil ile gizlenen ayıbın öğrenilmesinin geçirilmesiyle varılabilir.

Kısaca özetlemek gerekirse, öğretide azınlıkta kalan ve olağanüstü zamanaşımı süresi açısından haksız fiil hükümlerini tercih eden bu görüşe göre, alıcının ayıptan doğan hakları, ayıbın veya satıcının ağır kusurunun (ayıbın hile ile gizlendiğinin) öğrenilmesinden itibaren iki yılın ve her halde satılanın ayıplı olarak teslim edilmesinin üzerinden on yılın geçmesiyle birlikte zamanaşımına uğrar. Böylece esasen olağan zamanaşımı rejimi açısından öngörülmüş olan iki yıllık zamanaşımı süresi uzatılmaksızın veya değiştirilmeksizin, zamanaşımı süresinin başlangıç anı, satılanın alıcıya teslim edildiği andan, ayıbın veya ağır kusurun öğrenildiği ana ertelenmiş olur.

İsviçre Federal Mahkemesi¹⁴³⁹ ve Yargıtay¹⁴⁴⁰ tarafından savunulan, İsviçre-Türk öğretisindeki hâkim görüşe göre¹⁴⁴¹, satıcının satılanı ayıplı olarak devretmekte

¹⁴³⁷ Becker, **BernerKomm**, OR Art. 210 N 4: “...nachdem der Käufer die Täuschung erkannt hat...”; von Büren, **OR BT**, s. 48: “...von der Entdeckung...”; Katz, **Sachmängel**, s. 88: “...nach der Entdeckung der Irreführung...”

¹⁴³⁸ Spiro, **Begrenzung I**, s. 85, dn. 18: “...ab Kenntnis des Mangels und Schadens...”. Benzer şekilde ayıptan doğan hakların varlığının öğrenilmesinden itibaren başlayacağı görüşünde bkz. Schubiger, **Verhältnis**, s. 119.

¹⁴³⁹ **İsvFM**, ATF 107 II 232 = JdT 1982 I 72 = DC 1983 55 N 39; ATF 116 II 431 = JdT 1991 I 45; ATF 100 II 34 = JdT 1975 I 77; ATF 96 II 184 = JdT 1971 I 287; ATF 89 II 409 = JdT 1964 I 252; **İsvFM**, 26.6.2014, 4A_97/2014; 7.9.2010, 4A_301/2010; 26.11.2003, 4C.251/2003.

¹⁴⁴⁰ **Yargıtay** 19. HD, T. 26.10.2017, E. 2016/12488, K. 2017/7323 (lexpera); **Yargıtay** 13. HD, T. 19.6.2017, E. 2015/22638, K. 2017/7586 (lexpera); **Yargıtay** HGK, T. 16.11.2016, E. 2014/13-1401, K. 2016/1060 (kazancı); **Yargıtay** 13. HD, T. 30.11.2015, E. 2015/25402, K. 2015/734826 (kazancı); **Yargıtay** 19. HD, T. 30.6.2015, E. 2014/18395, K. 2015/9696 (kazancı); **Yargıtay** HGK, T. 27.3.2015, E. 2013/19-1696, K. 2015/1109 (kazancı): “...Bile bile aldatma yani hile

ağır kusurlu olması durumunda, TBK m. 146 (CO art. 127) hükmünde düzenlenen genel sözleşmesel zamanaşımı süresi uygulama alanı bulmaktadır. Bizim de katıldığımız bu görüşe göre, olağanüstü zamanaşımı rejimi, olağan zamanaşımı süresinin başlangıç anını değiştirmemekte, yalnızca sürenin uzamasına sebep olmaktadır. Zira, esasen TBK m. 231 hükmünde düzenlenen zamanaşımı süresi, genel hükümlere nazaran istisnai ve özel bir hüküm olma özelliği göstermektedir. Satıcı lehine getirilmiş olan söz konusu düzenleme, kusursuz sorumluluk esasına dayanan satıcının sorumluluğunu dolaylı da olsa bir nebze sınırlama ihtiyacı çerçevesinde öngörülmüştür. Oysa, satıcının satılanı ayıplı olarak devretmekte ağır kusurlu olması durumunda böyle bir koruma ihtiyacından bahsetmek mümkün değildir. O halde, satıcının ağır kusurlu olması durumunda, TBK m. 231 f. I hükmü ile öngörülen özel zamanaşımı düzenlemesi ortadan kalkmakta ve genel hükümler tekrar uygulanma kabiliyeti edinmektedir. Bu durumda, TBK m. 231 f. II uyarınca olağan zamanaşımı süresi ortadan kalktığı için, aksine bir hüküm mevcut olmadığından, her alacağın on yılda zamanaşımına uğrayacağını öngören TBK m. 146 hükmü uygulama alanı bulmaktadır¹⁴⁴². Bu durumda haksız fiil sorumluluğunda

varsa satıcı ne tam zamanında ayıpların ihbar edilmediğine ne de kısa zamanaşımı süresine dayanabilir. Bu durumda 818 Sayılı Mülga Borçlar Kanunu'nun 125 ve 126. maddeleriyle 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 146. ve 147. maddeleri uygulanır..."; Yargıtay 19. HD, T. 17.10.2003, E. 2003/1215, K. 2003/10021 (kazancı); İstanbul BAM 14. HD, T. 31.1.2019, E. 2018/1937 K. 2019/145 (kazancı): "...Yasalardaki bu hükümlere göre, ağır kusuru, hilesi, kandırması nedeniyle bir yıllık ve altı aylık zaman aşımı süresinden yararlanamayacak olan satıcıya hangi zamanaşımı süresi uygulanacağı, hile durumunda satıcıya karşı açılacak davalarda zamanaşımının ne olacağı yasalarda açıklanmamış ve bu boşluk öğretide yapılan yorumlarla doldurularak BK m.125'deki (TBK m.146'daki) on yıl olacağı sonucuna varılmıştır..."

¹⁴⁴¹ Rossel, **Obligations**, s. 285; Stanislas, **Résolution**, s. 167; Guhl, Koller, **Obligationenrecht**, § 42 N 55; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 210 N 16; Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 749; Huguenin, **OR**, N 2636; Koller, **OR BT**, § 5 N 219; Honsell, **BaslerKomm**, OR Art. 210 N 3; Honsell, **OR BT**, s. 109; Cavin, **Vente**, s. 106; Engel, **Contrats**, s. 107; Gauch, **Entreprise**, N 2275-2278; Gauch, **recht 2012**, s. 125; Giger, **BernerKomm**, OR Art. 210 N 73; Venturi, **Réduction**, N 1269; Capitaine, **Prescription**, s. 103; Pedrazzini, **Dissimulation**, N 1127-1131; Witschi, **Garantiefrieten**, s. 58; Schluep, **Nachbesserung**, s. 92; Koller, **Nachbesserung**, N 208; Koller, **Aktuelle Probleme**, N 344; Gautschi, **BernerKomm**, OR Art. 371 N 5c; Müller-Chen, **CHK**, OR Art. 210 N 9; Philippin, **Clauses particulières**, s. 144; Müller, Mader, **Contrats**, N 277; Rüegg, **Grundstückkauf**, s. 259; Niklaus, **Prescription**, N 724; Pedrazzini, **Entreprise**, s. 35; Bähler, **Verhältnis**, s. 169; Krauskopf, **neue Regeln**, s. 99; Benedick, Vischer, **Verjährungsregeln**, N 11; Edis, **Ayıp**, s. 132; Tunçomağ, **Borçlar Özel**, s. 193; Tandoğan, **Borçlar Özel**, Cilt I/1, s. 203; Seliçi, **İnşaat**, s. 207; Eren, **Borçlar Özel**, N 379; Öz, **Değişiklikler**, s. 866; Şenocak, **Ayıp**, s. 234; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 89; Aral, Ayrancı, **Borçlar Özel**, s. 157; Gümüş, **Borçlar Özel**, s. 115, 116; Nomer, **Borçlar Genel**, N 212.8; Yavuz, **Ayıp**, s. 164; Şahinöz, **Ayıp**, s. 131; Çetiner, **Değerlendirme**, s. 113; Yücedağ, **Değiştirme**, s. 327. Bu görüş, "genişletici çözüm yolu (solution extensive)" olarak da ifade etmektedir. Bkz. Pedrazzini, **Dissimulation**, N 1117.

¹⁴⁴² Pedrazzini, **Dissimulation**, N 1124; İsvFM, ATF 107 II 232 = JdT 1982 I 72. Kılıçoğlu'na göre bu durumda TBK m. 146 hükmü değil, kıyasen TBK m. 244 f. III hükmü uygulama alanı bulmalıdır. Böylece taşınmaz satışında satıcının ağır kusuru için öngörülmüş olan yirmi yıllık

zamanaşımını düzenleyen TBK m. 72 hükmünün uygulanması söz konusu değildir. Zira, alıcının ayıptan sorumluluk kapsamında ileri sürdüğü taleplerin sözleşmesel sorumluluk temeline dayandığı hususunda en ufak bir şüphe dahi bulunmamaktadır. Öte yandan, her ne kadar satıcının hilesi alıcı açısından haksız fiil sorumluluğunu gündeme getirebilirse de¹⁴⁴³, kanımızca satıcının ağır ihmalinin her zaman alıcı açısından bir haksız fiil teşkil ettiği söylenemez. Zira, mutlak bir hak ihlali veya bir davranış kuralına aykırılık bulunmadıkça, haksız fiil sorumluluğunun şartları gerçekleşmeksizin, satılanın salt ayıplı teslimi, alıcı açısından bir haksız fiil teşkil etmez¹⁴⁴⁴. Bu durumda kanımızca, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun satıcının hilesi yerine ağır kusurunu merkeze alan olağanüstü zamanaşımı rejimi karşısında, artık haksız fiil zamanaşımının (TBK m. 72) ayıptan sorumluluk açısından uygulanma imkânı tamamen kaybolmuştur.

Lafzi açıdan bakıldığında, satıcının kısa zamanaşımı süresinden yararlanamayacağı şeklindeki ifade, TBK m. 231 f. II hükmünde zamanaşımı süresinin başlangıcının değil, kısa zamanaşımı süresinin daha uzun bir süreyle değiştirilmek istendiği şeklinde anlaşılmaya daha müsaittir. Zira, TBK m. 231 f. I hükmünden ayrı olarak, zamanaşımı süresinin başlangıcını ileri bir zamana ertelemek isteyen kanun koyucunun, bunu daha açık bir düzenlemeyle gerçekleştirmesi beklenirdi. Öte yandan, konuya *amaçsal olarak* bakıldığında ise görülecektir ki, olağanüstü zamanaşımı rejimi, bir taraftan satılanı kasten veya ağır ihmalle ayıplı devreden satıcıyı cezalandırmaya ve onun ticari dürüstlüğe aykırı olan bu davranışını yaptırma tabi tutmaya yönelmiştir¹⁴⁴⁵. Bu sebeple, alıcıya sahip olduğundan daha

zamanaşımı süresi kıyasen taşınırлар açısından da uygulama alanı bulacaktır. Bkz. Kılıçoğlu, **Borçlar Özel**, s. 101. Taşınmazlara ilişkin TBK m. 244 f. III hükmünün kıyasen de olsa, taşınır satışı açısından uygulanamayacağı görüşünde bkz. Öz, **Değişiklikler**, s. 866.

¹⁴⁴³ Dürüstlük kuralına aykırı olması sebebiyle ayıplı ifanın hukuka aykırılık teşkil ettiği görüşünde bkz. Pedrazzini, **Dissimulation**, N 646; Benedick, Vischer, **Verjährungsregeln**, N 59. Satıcının hilesinin haksız fiil teşkil etmediği görüşünde bkz. Stanislas, **Résolution**, s. 167; Yavuz, **Ayıp**, s. 164. Aldatmanın genel olarak haksız fiil teşkil ettiği görüşünde bkz. Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **Borçlar Genel**, N 830; Tercier, Pichonnaz, **Obligations**, N 891; **İsvFM**, 3.4.2018, 4A_285/2017 = SJ 2019 I 265: "...Hukuk aykırılık, yalnızca, mağduru meydana gelen bu tarz zararlardan koruyan bir normun ihlali edilmesinden kaynaklanır. Tehlikeli bir durumun yaratılması, yeterli değildir. Böyle bir norm, hukuk düzeninin tamamından, yazılı veya sözlü bir kuraldan ya da kamu hukukundan kaynaklanabilir. CO 28, böyle bir davranış normudur. İlgili hüküm uyarınca, aldatma, açıkça bir haksız fiil teşkil eder..."

¹⁴⁴⁴ Stanislas, **Résolution**, s. 167, 188; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO Intro. art. 197-210 N 20; Yavuz, **Ayıp**, s. 235; Gauch, **Entreprise**, N 2345; Pichonnaz, **Dommage consécutif**, s. 150; Werro, **Défaut de l'ouvrage**, s. 66; **İsvFM**, 30.10.2015, 4A_261/2015. Detaylı bilgi için bkz. yukarıda B.2/II/B/2/a.

¹⁴⁴⁵ Giger, **BernerKomm**, OR Art. 203 N 8; Pedrazzini, **Dissimulation**, N 1086; Gautschi, **BernerKomm**, OR Art. 370 N 8d; Witschi, **Garantiefristen**, s. 58.

uzun bir süre içinde, ayıptan doğan haklarını ileri sürme imkânı tanınmalıdır. O halde, *sonuç olarak* ifade etmemiz gerekir ki, satıcı satılanı ayıplı olarak devretmekte ağır kusurlu ise, alıcının satılanın ayıplı olmasından doğan talepleri, satılanın tesliminden itibaren on yılın geçmesiyle birlikte (TBK m. 146) zamanaşımına uğrar. Bu durumda, zamanaşımı süresinin başlangıç anı açısından, olağan zamanaşımı süresi çerçevesinde yapmış olduğumuz açıklamalar geçerliliğini korumaktadır¹⁴⁴⁶.

Kanun koyucu TBK m. 244 f. III hükmünde bir yapının¹⁴⁴⁷ ayıplı olmasından doğan davaların, satıcının ağır kusuru varsa, yirmi yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrayacağını düzenlemiş ve taşınmazlarda deprem ya da bina çökmeleri gibi sebeplerle uzun yıllar sonra ortaya çıkan ayıplardan, satıcının on yıl geçse dahi, yirmi yıl boyunca sorumlu olacağını öngörmüştür. Zamanaşımı süresinin başlangıç anı açısından ise, olağanüstü zamanaşımı rejimi kapsamında herhangi bir değişiklik yapılmamıştır. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda kanun koyucu, TBK m. 244 f. III hükmünün eser sözleşmesindeki karşılığını oluşturan TBK m. 478 hükmü ile birlikte, ilk kez Borçlar Hukuku açısından yirmi yıllık bir zamanaşımına süresine yer vermiştir. Taşınmaz satışında zamanaşımı süresinin taşınır satışına nazaran daha uzun olması, taşınmazlarda mevcut olan nitelik eksikliklerinin daha uzun sürede ortaya çıkması gerekçesine dayanmaktadır¹⁴⁴⁸. Esasen, söz konusu hükmün yokluğunda, 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde, taşınır satışına ilişkin kuralların uygulanacağını öngören eBK m. 217 (TBK m. 246) hükmünün yaptığı atıfla, taşınmaz satışı açısından da yukarıda yapılan tartışmalar aynen tekrar edilmekteydi¹⁴⁴⁹. Ancak, kanun koyucu taşınmaz satışı açısından bu tartışmalara son

¹⁴⁴⁶ Taşınır satışında zamanaşımı süresinin başlangıç anı konusunda detaylı bilgi için bkz. yukarıda B.2/III/A. Nitekim, olağanüstü zamanaşımı rejiminin sürenin başlangıç anını değiştirmedığı yönünde bkz. Venturi, **Réduction**, N 1264; Cavin, **Vente**, s. 105; Furrer, **Gewährleistung**, s. 87.

¹⁴⁴⁷ Kanunun gerekçesinde eBK m. 215 hükmünde kullanılan “bina” yerine “yapı” kavramının kullanılmasıyla birlikte hükmün kapsamının genişletildiği ifade edilse de, bina kavramı ile yapı kavramı eş anlamlı olarak kullanılmaktadır. Bkz. **Türk Dil Kurumu** (www.sozluk.gov.tr); Devellioğlu, **Sözlük**, s. 120. Gerekçe için bkz. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Madde Gerekçeleri, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/499) m. 243. Gerek yapı, gerekse bina kelimeleri, mehz İsviçre Kanunu CO art. 219 al. III hükmünde geçen Fransızca “bâtiment” ve Almanca “Gebäude” kelimelerinin karşılığıdır. Bu açıdan, 818 sayılı Borçlar Kanunu ile 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu arasında herhangi bir farklılık bulunmamaktadır.

¹⁴⁴⁸ Oser, Schönenberger, **ZürcherKomm**, OR Art. 210 N 9; Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 1003; Gauch, **Entreprise**, N 2215, 2216; **İsvFM**, ATF 113 II 268 = JdT 1988 I 17 = DC 1988 66 N 67; ATF 93 II 245 = JdT 1968 I 336.

¹⁴⁴⁹ Nitekim, halen İsviçre Hukuku’nda halen taşınmaz satışı açısından, satıcının satılndaki ayıpları hile ile gizlemesi konusunda taşınır satışına atıf yapılmaktadır. Bkz. Pedrazzini, **Dissimulation**, N 1118; Foëx, **CommRomand**, CO art. 219 N 22; Engel, **Contrats**, s. 107; Honsell, **BaslerKomm**, OR Art. 219 N 10; Giger, **BernerKomm**, OR Art. 219 N 75; Rüegg, **Grundstückkauf**, s. 259; Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 1003.

vererek, TBK m. 244 f. III hükmü ile yirmi yıllık zamanaşımı süresinin uygulanacağını öngörmüştür. Her ne kadar kanunun lafzında “*yapı (bâtiment - Gebäude)*” kavramından bahsedilmiş olsa da, öğretide hâkim görüş¹⁴⁵⁰, söz konusu hükmün her türlü taşınmazı konu edinen satış sözleşmesine uygulanacağı yönündedir. O halde, sonuç olarak, *taşınmaz satışında*, satıcının satılanı ayıplı devretmekte ağır kusurlu olması durumunda, alıcının ayıptan doğan hakları, mülkiyetin alıcıya geçişinden itibaren¹⁴⁵¹ yirmi yılda zamanaşımına uğrayacaktır. Öz’e göre, yirmi yıllık zamanaşımı süresi, tazminat taleplerine de uygulanmalıdır¹⁴⁵².

Özetlemek gerekirse olağanüstü zamanaşımı rejimi gerek taşınır gerekse taşınmaz satışında zamanaşımı süresinin başlangıç anını değiştirmemekte, yalnızca sürenin uzamasına sebep olmaktadır. Belirtmek isteriz ki, olağanüstü zamanaşımı rejimiyle uygulanan süreler, kanunen ayıptan sorumlulukta uygulanabilecek en üst sınırı ifade etmektedir. Tarafların bu süreden daha uzun bir zamanaşımı süresi kararlaştırmaları veya sözleşmede daha uzun bir zamanaşımına neden olabilecek durma veya kesilme sebepleri öngörmeleri mümkün değildir¹⁴⁵³. Kanun koyucu bu durumda alıcıya, haklarını zamansal açıdan en geniş şekilde ileri sürebilme imkânı tanımaktadır. Öte yandan, biz her ne kadar bu süreleri olağanüstü zamanaşımı süresi olarak adlandırıyor olsak da, bu süreler aslında normal birer zamanaşımı süresi olduğundan, olağanüstü zamanaşımı sürelerinin de kesilmesi veya durması (TBK m. 153-157) mümkündür¹⁴⁵⁴. Zamanaşımı süresinin alacaklının veya borçlunun fiilleriyle kesilmesi halinde, yeniden işlemeye başlayacak olan süre de, yine taşınırlarda on yıllık, taşınmazlarda ise yirmi yıllık uzun zamanaşımı süresidir¹⁴⁵⁵.

¹⁴⁵⁰ Foëx, **CommRomand**, CO art. 219 N 22; Honsell, **BaslerKomm**, OR Art. 219 N 10; Honsell, **OR BT**, s. 201; Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 1003; Cavin, **Considérations**, s. 331; Cavin, **Vente**, s. 133, 134; Engel, **Obligations**, s. 107; Pichonnaz, **Garantie**, s. 131; Venturi, **Réduction**, N 1265; Huguenin, **OR**, N 2637; Müller, Mader, **Contrats**, N 405; Rüegg, **Grundstückkauf**, s. 258; Koller, **OR BT**, § 5 N 49; Stanislas, **Résolution**, s. 159; Niklaus, **Prescription**, N 809; Gauch, **recht 2012**, s. 130, dn. 26; von Büren, **OR BT**, s. 77; Binder, **CHK**, OR Art. 219 N 8; Bettens, **Garantie**, s. 84; Serozan, **Borçlar Özel**, N 873; Eren, **Borçlar Özel**, N 579; Aral, **Takas**, s. 89; Aydoğdu, Kahveci, **Borçlar Özel**, s. 264; Belverenli, **Ayıp**, s. 168. *Sehven* “*yapı*” kavramına yer verildiği görüşünde bkz. Aydoğdu, Kahveci, **Borçlar Özel**, s. 264. **İsvFM**, ATF 104 II 265 = JdT 1979 I 95; **İsvFM**, 13.7.2008, 4A 235/2008. Ayrıca bkz. yukarıda B.1/IV/B. Türk öğretisinde hâkim görüş, hükmün yalnızca “*yapı*” olarak nitelendirilen taşınmazları kapsadığı yönündedir bkz. Tandoğan, **Borçlar Özel**, Cilt I/1, s. 269; Yavuz, **Borçlar Özel**, s. 245; Gümüş, **Borçlar Özel**, s. 147; Nomer, **Borçlar Genel**, N 212.8; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 89; **Yargıtay** 13. HD T. 1.4.2008, E. 2007/15133, K. 2008/4504 (kazancı).

¹⁴⁵¹ Taşınmaz satışında zamanaşımı süresinin başlangıç anı konusunda bkz. yukarıda B.2/III/B.

¹⁴⁵² Öz, **İnşaat**, s. 225. Kanaatimizce, benimsenen tam yarışma esasına göre, tazminat talepleri TBK m. 146 uyarınca genel zamanaşımı süresine tabi tutulmalıdır.

¹⁴⁵³ Zamanaşımı sürelerinin kanuni sınırları konusunda bkz. yukarıda B.3/II, B.3/V/B ve B.3/V/C/2.

¹⁴⁵⁴ Zamanaşımı süresinin durması ve kesilmesi konusunda bkz. yukarıda B.2/IV.

¹⁴⁵⁵ Gauch, **Entreprise**, N 2276; Pedrazzini, **Dissimulation**, N 1132.

Öte yandan, satıcının sözleşmenin kurulmasından sonra, on yıllık üst sınıra uymak kaydıyla, olağanüstü zamanaşımı süresinden feragat etmesi de mümkündür¹⁴⁵⁶. Ancak, taşınmaz satışında olağanüstü zamanaşımı süresi yirmi yıl olduğundan, kanımızca satıcının yirmi yıllık üst sınıra uymak kaydıyla kendi lehine işlemiş olan süreden feragat etmesi geçerli sayılmalıdır¹⁴⁵⁷. Zira, bu son ihtimalde kanun koyucu, TBK m. 244 f. III hükmünde zamanaşımı açısından kanuni üst sınır olan on yıllık zamanaşımı süresinden daha uzun bir süre öngörmüştür.

Son olarak, belirtmek isteriz ki, alıcının, zamanaşımı süresinin sona ermesine az bir süre kala dava açması, başkaca unsurlarla desteklenmedikçe hakkın kötüye kullanılması sayılmayacaksa da¹⁴⁵⁸, olağanüstü zamanaşımı sürelerinin uzunluğu nazara alındığında, alıcının sürenin dolmasına çok az bir süre kala dava açması, fiyat dalgalanmalarından yararlanma yahut satıcıyı zor durumda bırakma gibi başkaca unsurların varlığı halinde, hakkın kötüye kullanılması teşkil edebilir¹⁴⁵⁹. Özellikle taşınmaz satışında satılacak ayıbın henüz zamanaşımı süresinin başlangıcında tespit edilmiş olması durumunda, alıcının davayı on beş yıl gibi uzun bir süre bekledikten sonra açması, satıcı nezdinde dava açılmayacağı yönünde bir güven oluşturuyorsa ve bu güven başkaca vakıaların varlığıyla desteklenebiliyorsa, davanın zamanaşımı süresinin sonunda ikame edilmesi, *çelişkili davranış* olarak nitelendirilebilir. Ancak unutmamak gerekir ki, her ne kadar somut olay çerçevesinde bir değerlendirme gerekli olsa da, zamanaşımı süresi henüz dolmadığından, bu yola oldukça *özel* ve *istisnai* hallerde başvurmak gerekir.

¹⁴⁵⁶ Zamanaşımından feragat konusunda bkz. yukarıda B.2/V/C.

¹⁴⁵⁷ Taşınmaz satışında düzenlenen yirmi yıllık olağanüstü zamanaşımı süresinin, aynı zamanda sözleşmesel zamanaşımı süresi açısından da kanuni üst sınırı oluşturması gerektiğini daha önceden belirtmiştik. Bkz. yukarıda B.3/II/C.

¹⁴⁵⁸ Deschenaux, *Traité*, s. 174; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, *Borçlar Genel*, N 1589; Niklaus, *Prescription*, N 258; Oğuzman, Barlas, *Medeni Hukuk*, N 890, dn. 471; Erdem, *Zamanaşımı*, s. 352, 353 dn. 1225; *İsvFM*, ATF 127 III 357 = JdT 2002 I 192; ATF 110 II 273 = JdT 185 I 271; ATF 126 III 337 = SJ 2000 629; SJ 2003 I 329; ATF 116 II 428 = JdT 1991 I 354; *İsvFM*, 28.1.2014, 4A_477/2013; 3.12.2012, 4A_452/2012; 18.6.2007, 4C_426/2006.

¹⁴⁵⁹ Aynı yönde bkz. *İsvFM*, 26.4.2007, 4C_55/2007: "... Alacaklının yalnızca hakkı talep etmekte gecikmesi hakkın kötüye kullanılması sayılmaz. **Çok özel hal ve şartlar bulunmaması kaydıyla**, bir zamanaşımı süresinin dolmasından önce talebini ileri sürmekte geciken alacaklının hak kaybına uğraması kabul edilmemektedir..."; *Yargıtay* HGK, T. 26.3.1997, E. 1997/13-11, K. 1997/240 (kazancı): "Bu bağlamda sözleşme ilişkilerinde, alacaklının, borcun uzun süre yerine getirilememesine göz yumması halinde sözleşmenin yerine getirilmesi ve tazminat isteminin hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilmesi düşünülebilir. Ancak bu yola **seyrek ve olağanüstü hallerin varlığı halinde** başvurulması gerektiği gözardı edilmemelidir. Özellikle bu durumlarda, uzun süre bekleme nedeniyle fiyat dalgalanmalarından yararlanma borçluyu zarara sokmak ve onun durumundan yararlanma kastının varlığı aranmalıdır..."

2. Sözleşmesel Zamanaşımı Süresi Açısından

Kanun koyucunun, ayıptan sorumlulukta, satıcının kusursuz sorumluluğa dayanan ağır yükümlülüğünü bir nebze olsun hafifletmek adına, kısa zamanaşımı süreleri ihdas ettiğini ve dolaylı olarak ayıptan doğan hakları zamansal açıdan sınırladığını daha önce ifade etmiştik. Buna karşın, kanun koyucu satıcının kasten veya ağır kusurla satılanı ayıplı devrettiği durumlarda, satıcıyı korumaktan vazgeçmiş ve alıcı lehine *ağırlaştırılmış bir sorumluluk rejimi* getirmiştir. Söz konusu sorumluluk rejiminden doğan olağanüstü zamanaşımı süreleri ise, TBK m. 221 ve m. 225 hükümleri gibi, hakkaniyet kaygısıyla zayıf tarafın korunması ilkesine dayanmaları sebebiyle¹⁴⁶⁰ *emredici* nitelik taşımaktadır¹⁴⁶¹. O halde, tarafların olağanüstü zamanaşımı sürelerini sözleşme ile değiştirmeleri ve başkaca bir zamanaşımı rejimi benimsemeleri mümkün değildir. Söz konusu emredici niteliği, olağanüstü zamanaşımı rejimiyle hedeflenen amaçlar da doğrulamaktadır. Nitekim, olağanüstü zamanaşımı rejimi, ağır bir ihmalkârlık göstererek, satılanı ayıplı olarak devreden satıcıyı cezalandırmak; buna ilave olarak, işlem güvenliğini tesis etmek ve kamu düzenini korumak amacıyla öngörülmüştür¹⁴⁶². Olağanüstü zamanaşımı sürelerini düzenleyen TBK m. 231 f. II ve m. 244 f. III hükümlerinin emredici hukuk kuralı olmalarının en önemli sonucu, TBK m. 27 f. I uyarınca kanunun emredici hükümlerine aykırı olan sözleşmesel zamanaşımı düzenlemelerinin kesin hükümsüz sayılmasıdır. O halde, olağanüstü zamanaşımı rejimi, sözleşmesel zamanaşımı rejimini dışlamakta ve tarafların sözleşme ile düzenledikleri zamanaşımı hükümlerinin geçersiz olması sonucunu doğurmaktadır¹⁴⁶³.

Sözleşmesel zamanaşımı sürelerinin yerini olağanüstü zamanaşımı sürelerine bırakmasının diğer bir kanuni dayanağı ise, satıcının satılanı ayıplı olarak devretmekte ağır kusurlu olması durumunda, ayıptan sorumluluğu sınırlayan veya

¹⁴⁶⁰ Lörtscher, *Haftungsbeschränkungen*, s. 144; Pedrazzini, *Dissimulation*, N 191; Gauch, *Entreprise*, N 2583; Koller, *Nachbesserung*, N 203.

¹⁴⁶¹ Pedrazzini, *Dissimulation*, N 191; Tercier, Bieri, Carron, *Contrats*, N 749, 822; Zindel, Pulver, Schott, *BaslerKomm*, OR Art. 371 N 42a; Gautschi, *BernerKomm*, OR Art. 371 N 28a; Witschi, *Garantiefristen*, s. 65; Lörtscher, *Haftungsbeschränkungen*, s. 144; Pichonnaz, *SJZ 2013*, s. 74; Niklaus, *Prescription*, N 724; Bieger, *Mängelrüge*, s. 163; Koller, *Nachbesserung*, N 382; Koller, *AJP 2014*, s. 308; Isler, *Verjährung*, s. 10; Tandoğan, *Borçlar Özel*, Cilt II, s. 226, 227. Benzer yönde bkz. Huguenin, *OR*, N 2636; Seliçi, *İnşaat*, s. 211; Şenocak, *Ayıp*, s. 241.

¹⁴⁶² Giger, *BernerKomm*, OR Art. 203 N 8; Pedrazzini, *Dissimulation*, N 1086; Gautschi, *BernerKomm*, OR Art. 370 N 8d; Witschi, *Garantiefristen*, s. 58.

¹⁴⁶³ Tercier, Bieri, Carron, *Contrats*, N 749, 822; Witschi, *Garantiefristen*, s. 58, 59; Pedrazzini, *Dissimulation*, N 1132; Pichonnaz, *SJZ 2013*, s. 74; Müller-Chen, *CHK*, OR Art. 210 N 9; Benedick, Vischer, *Verjährungsregeln*, N 18; Bieger, *Mängelrüge*, s. 163; Gauch, *recht 2012*, s. 125, 126; Koller, *Nachbesserung*, N 382.

kaldıran her anlaşmanın kesin hükümsüz olduğunu düzenleyen TBK m. 221 hükmüdür. Satıcının ağır kusurunun bulunması durumunda, alıcının ayıptan sorumluluk kapsamında ileri sürebileceği talepler, taşınırlarda satılanın tesliminden itibaren on yıl, taşınmazlarda ise mülkiyetin geçişinden itibaren yirmi yıl geçmekle zamanaşımına uğramaktadır. Tarafların sözleşme ile söz konusu olağanüstü zamanaşımı sürelerinden daha kısa veya alıcı açısından daha elverişsiz zamanaşımı düzenlemeleri akdetmiş olmaları ihtimalinde, söz konusu sözleşme hükümleri, dolaylı olarak ayıptan sorumluluğun sınırlandırılması anlamına gelir. Bu sebeple, olağanüstü zamanaşımı sürelerinden sapan ve satıcı lehine sevk edilmiş zamanaşımı düzenlemeleri, *dolaylı bir sorumsuzluk anlaşması (clause limitative indirecte - mittelbare Beschränkung)* niteliğindedir¹⁴⁶⁴. Belirtmek isteriz ki, sorumsuzluk anlaşmalarını geçersiz sayan TBK m. 221 hükmü de, aynı olağanüstü zamanaşımı süreleri gibi emredici karakter taşımaktadır¹⁴⁶⁵. O halde, alıcının haklarını sınırlandıran ve olağanüstü zamanaşımı rejiminden sapan bütün sözleşme hükümleri TBK m. 221 uyarınca kesin hükümsüzdür¹⁴⁶⁶. Satıcının ağır kusurlu davranışının, sözleşmenin kurulmasından veya satılanın tesliminden sonra gerçekleşmiş olması ihtimalinde dahi, alıcının haklarını sınırlandıran sorumsuzluk anlaşmaları en baştan itibaren (*ab initio*) geçersiz sayılır¹⁴⁶⁷. Bu sebeple, gerek ağır kusurlu davranışın gerekse sorumsuzluk anlaşmasının diğerinden önce veya sonra gerçekleşmesinin

¹⁴⁶⁴ Lörtscher, **Haftungsbeschränkungen**, s. 143, 144; Pedrazzini, **Dissimulation**, N 786, 835; Gauch, **Entreprise**, N 2552; Gauch, **recht 2012**, s. 130; Benedick, Vischer, **Verjährungsregeln**, N 18; Öz, **İnşaat**, s. 225. Fransız Hukuku'nda aynı yönde bkz. Bénabent, **Contrats**, s. 185. Belirtmek gerekir ki, *dolaysız veya doğrudan sorumsuzluk anlaşmaları (clause limitative directe - unmittelbare Beschränkung)*, kanunun ayıptan sorumluluğu öngören düzenleyici hükümlerini doğrudan doğruya sınırlayan veya yürürlükten kaldıran sözleşme hükümleridir. Örneğin yardımcı kişilerin fiillerinden satıcının sorumlu olmayacağı, ayıptan sorumlulukta alıcının sözleşmeden dönme veya onarım haklarını kullanmayacağı, satıcının kusursuz olması durumunda alıcının ayıptan sorumluluğa başvuramayacağı, ayıptan doğan zarardan satıcının sorumlu olmayacağı veya yalnızca belirli bir miktara kadar sorumlu olacağı yönündeki anlaşmalar böyledir. Buna karşın, *dolaylı sorumsuzluk anlaşması (clause limitative indirecte - mittelbare Beschränkung)* ise ayıptan sorumluluğu doğrudan kaldırmayan; ancak, satıcının sorumluluğuna başvurulabilmesi için gerekli olan şartları ağırlaştıran veya onlara yenilerini ekleyen sözleşme hükümleridir. Daha kısa bir ayıp bildirim süresi tayin edilmesi, ayıp bildirimi için belirli bir şekil şartı getirilmesi, kanuni süreden daha kısa bir zamanaşımı süresi kararlaştırılması veya kanuni durma veya kesilme sebeplerinden bazılarının kanunun elverdiği ölçüde uygulanmayacağının kararlaştırılmış olması dolaylı sorumsuzluk anlaşmalarına örnektir. Detaylı bilgi için ayrıca bkz. Lörtscher, **Haftungsbeschränkungen**, s. 39 vd.; Pedrazzini, **Dissimulation**, N 783-786; Benedick, Vischer, **Verjährungsregeln**, N 15. Satıcının ayıptan sorumluluğunu sınırlandıran sorumsuzluk anlaşmaları konusunda farklı örnekler için bkz. Gauch, **Entreprise**, N 2542.

¹⁴⁶⁵ Lörtscher, **Haftungsbeschränkungen**, s. 144; Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 822; Pedrazzini, **Dissimulation**, N 808; Witschi, **Garantiefristen**, s. 65; Öz, **İnşaat**, s. 225.

¹⁴⁶⁶ Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 826; Pedrazzini, **Dissimulation**, N 843; Pichonnaz, **SJZ 2013**, s. 74. Aynı yönde bkz. Huguenin, **OR**, N 2636.

¹⁴⁶⁷ Giger, **BernerKomm**, OR Art. 199 N 6; Gauch, **Entreprise**, N 2583; Pedrazzini, **Dissimulation**, N 815; Koller, **Nachbesserung**, N 203; Öz, **İnşaat**, s. 225.

herhangi bir önemi bulunmamaktadır. Zamanaşımı sürelerini dolaylı olarak konu edinen sorumsuzluk anlaşması geçersiz sayılınca, sözleşmesel zamanaşımı düzenlemeleri yerine kanuni süreler geçirilecek, bu durumda olağanüstü zamanaşımı süreleri uygulama alanı bulacaktır¹⁴⁶⁸.

Esasen TBK m. 221, alıcının ayıptan doğan haklarını sınırlandıran veya tamamen kaldıran anlaşmaların kesin hükümsüz sayılacağını belirtmekte; öte yandan, alıcıya hak tanıyan veya satıcının sorumluluğunu ağırlaştıran anlaşmaların *a contrario* geçerli olacağını düzenlemektedir¹⁴⁶⁹. O halde, cevaplandırılması gereken soru, satıcının ağır kusuru halinde, sözleşmesel zamanaşımı sürelerinin her durumda geçersiz mi sayılacağı; yoksa, alıcı lehine getirilmiş bazı zamanaşımı düzenlemelerinin geçerli kabul edilmesinin mümkün olup olmayacağıdır. Kanımızca, bu soruya olumsuz cevap vermek gerekir. Zira, kanun koyucu satıcının ağır kusurlu olması durumunda, alıcıya haklarını kullanabileceği en uzun zamanaşımı süresini tanımaktadır. Daha önce de belirttiğimiz gibi, taşınırlarda satılanın tesliminden itibaren işleyecek olan on yıllık süre (TBK m. 146), sözleşmesel zamanaşımı süresinin üst sınırını oluşturmaktadır¹⁴⁷⁰. Tarafların zamanaşımı süresinin başlangıç anını, teslimden sonraki bir zamana ertelemeleri¹⁴⁷¹ ya da sözleşmeyle başkaca durma ve kesilme sebepleri öngörmeleri¹⁴⁷², ancak satılanın tesliminden itibaren işleyecek olan on yıllık üst süre dâhilinde geçerlidir¹⁴⁷³. Gerek zamanaşımı süresinin uzatılması, gerek zamanaşımının teslimden sonraki bir anda işlemeye başlaması, gerekse yeni durma ve kesilme sebepleri, ancak teslimden itibaren işleyecek olan on yıl boyunca geçerlidir. Yukarıda ifade ettiğimiz üzere, söz konusu üst sürenin taşınmaz satışında TBK m. 244 f. III hükmüne kıyasen, yirmi yıl olarak kabul edilmesi gerekir¹⁴⁷⁴. Söz konusu sınırı aşan düzenlemeler ise kısmi hükümsüzlük yaptırımına tabi tutulmaktadır. O halde, tarafların sözleşme ile olağanüstü zamanaşımı süresini aynen tekrar etmedikleri müddetçe, akdedilen herhangi bir

¹⁴⁶⁸ Gauch, **recht 2012**, s. 125, 126; Gauch, **Entreprise**, N 2583; Isler, **Verjährung**, s. 14; Pedrazzini, **Dissimulation**, N 842; Benedick, Vischer, **Verjährungsregeln**, N 18.

¹⁴⁶⁹ Koller, **Nachbesserung**, N 209; Pedrazzini, **Dissimulation**, N 844; Gauch, **recht 2012**, s. 130.

¹⁴⁷⁰ Bkz. yukarıda B.3/II/A.

¹⁴⁷¹ Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 746; Niklaus, **Prescription**, N 676; Gauch, **Entreprise**, N 2490; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 375, 376.

¹⁴⁷² Gauch, **Entreprise**, N 2497; Niklaus, **Prescription**, N 696; Koller, **Nachbesserung**, N 456; Spiro, **Begrenzung I**, s. 854, dn. 3; Berti, **ZürcherKomm**, OR Art. 135 N 180, 181; Guhl, Koller, **Obligationenrecht**, § 39 N 45, 46; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 236, 237.

¹⁴⁷³ Kanunda öngörülmeyen yeni durma ve kesilme sebepleri kararlaştırılması ve zamanaşımı süresinin başlangıç anının ertelenmesi konuları için bkz. yukarıda B.3/V/C/2 ve B.3/V/B.

¹⁴⁷⁴ Bkz. yukarıda B.3/II/C.

zamanaşımı düzenlemesinin, alıcının daha lehine olduğu söylenemeyecektir¹⁴⁷⁵. Bu durumda, zamanaşımını değiştiren anlaşmalar, satıcının ağır kusurlu olması durumunda, TBK m. 221 uyarınca kesin hükümsüzdür.

Öğretide satıcının ağır kusurlu olması durumunda sözleşmesel zamanaşımı sürelerinin geçersiz olmasını, TBK m. 221 (CO art. 199) hükmüne dayandırmanın hukuken gerekli olmadığı da ifade edilmektedir¹⁴⁷⁶. Zira, emredici karakter taşıyan olağanüstü zamanaşımı süreleri (TBK m. 231 f. II ve m. 244 f. III), sözleşmede düzenlenen zamanaşımı hükümlerini geçersiz kılmakla kalmamakta, aynı zamanda *bir adım öteye giderek*, alıcı lehine daha elverişli zamanaşımı sürelerinin uygulanmasını sağlamaktadır. Oysa, sorumsuzluk anlaşmalarının geçerliliğini düzenleyen TBK m. 221 hükmü, satıcının ağır kusurlu olması durumunda, yalnızca ayıptan sorumlulukta kanunun öngördüğü mevcut sistemi tekrar yürürlüğe koymayı hedeflemektedir. O halde, bu görüşe göre, olağanüstü zamanaşımı rejiminin, daha ileri bir çözüm getirmesi sebebiyle, sorumsuzluk anlaşmalarına nazaran öncelikli olarak uygulanması gerekmektedir. Kanımızca, böyle bir ayırımın teorik olmaktan öte, pratik hiçbir önemi bulunmamaktadır. Zira, gerek olağanüstü zamanaşımı sürelerine gerekse TBK m. 221 hükmüne aykırı olan sözleşmesel zamanaşımı düzenlemeleri, kanunun emredici hükümlerine aykırı ve kesin hükümsüz sayılmakta; meydana gelen sözleşme boşluğu ise emredici kanun hükümleriyle, yani yine olağanüstü zamanaşımı süreleriyle doldurulmaktadır.

O halde, sonuç olarak, tarafların olağan zamanaşımı süresinden daha kısa bir zamanaşımı süresi veya satıcı lehine daha elverişli bir başlama anı öngörmeleri durumunda ya da kanunda düzenlenen durma ve kesilme sebeplerinden bazılarının uygulanmayacağını kararlaştırmaları halinde söz konusu düzenlemeler geçersiz sayılacaktır. Yine, aynı şekilde, tarafların daha uzun bir zamanaşımı süresi kararlaştırmaları, başlangıç anını sonraki bir zamana ertelemeleri veya başkaca durma ve kesilme sebepleri kararlaştırmaları durumunda, söz konusu sözleşme hükümleri yine kesin hükümsüz olacaktır. Somut bir örnekle açıklamakla gerekirse, İsviçre’de pek çok makine üreticisi tarafından kullanılan, İsviçre Makine ve Elektro

¹⁴⁷⁵ Bu durumda, kanımızca alıcının haklarını sınırlandırmayan zamanaşımı sürelerinin geçerli olacağı şeklinde bir istisna yaratmanın pratik bir önemi bulunmamaktadır. Aynı yönde bkz. Pedrazzini, **Dissimulation**, N 1144; Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 749; Gauch, **Entreprise**, N 2583; Gauch, **recht 2012**, s. 135, 136; Niklaus, **Prescription**, N 724.

¹⁴⁷⁶ Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 199 N 4; Pedrazzini, **Dissimulation**, N 835; Lörtscher, **Haftungsbeschränkungen**, s. 143, 144; Benedick, Vischer, **Verjährungsregeln**, N 18. Karşı görüşte bkz. Gauch, **Entreprise**, N 2583.

Metal Sanayi Birliği'nin (*Swissmem*) hazırladığı “*Makineler ve Tesisatlar Açısından Genel Teslimat Şartnamesi*” m. 13.1 uyarınca ayıptan sorumlulukta zamanaşımı süresi on iki ay olarak düzenlenmiştir¹⁴⁷⁷. Ayrıca, söz konusu hükme göre zamanaşımı süresi, satılanın alıcıya teslim edilmesinden itibaren değil, makinenin fabrikadan çıktığı andan itibaren başlamaktadır. Şayet alıcı, satıcının ağır kusurunu ispatlayacak olursa, her iki sözleşme hükmü de geçersiz sayılacak, bu durumda zamanaşımı süresi on yıla uzayacak ve söz konusu süre satılanın alıcıya teslimi anından itibaren işlemeye başlayacaktır.

Son olarak, belirtmek isteriz ki, sözleşmede öngörülen zamanaşımı düzenlemelerinin yukarıda ifade ettiğimiz sebeplerle geçersiz olması durumunda, sözleşmenin tamamının geçersiz olacağı (TBK m. 27 f. II) ileri sürülemez¹⁴⁷⁸. Zira, sözleşmenin tamamının geçersiz olması durumunda, ağır kusurlu satıcı sorumluluktan kurtulacağı için, bu durumda ağırlaştırılmış sorumluluk rejimiyle hedeflenen alıcının koruması ve satıcının ağır kusurlu davranışının cezalandırılması amaçları gerçekleştirilemez. Aksinin kabulü halinde, normun koruma amacına ve *ratio legis*'ine aykırı bir sonuçla karşılaşmış olur. O halde, gerek TBK m. 221, gerekse olağanüstü zamanaşımı rejimine (TBK m. 231 f. II ve m. 244 f. III) aykırılık sebebiyle söz konusu olan geçersizlik türü, her zaman *kısmi hükümsüzlüktür*. Bu durumda satıcı, söz konusu hükümler olmaksızın sözleşmeyi akdetmeyeceğini ispat etse dahi (TBK m. 27 f. II), sözleşmenin tamamının kesin hükümsüz olduğu söylenemeyecektir¹⁴⁷⁹.

3. Garanti Süresi Açısından

Çalışmamızın önceki bölümünde¹⁴⁸⁰ garanti süresinin zamanaşımı süresiyle olan ilişkisi üzerinde durulmuş, tarafların kanuni zamanaşımı süresinden daha uzun

¹⁴⁷⁷ İsviçre Makine ve Elektro Metal Sanayi Birliği'nin (*Der Verband der Maschinen-, Elektro- und Metall-Industrie - L'Association de l'industrie suisse des machines, des équipements électriques et des métaux*) tarafından hazırlanan “*Makine ve Kurulum Açısından Genel Teslim Şartnamesi*” 2016 versiyonu için bkz. **Conditions générales de livraison Swissmem pour machines et installations - Allgemeine Lieferbedingungen für Maschinen und Anlagen**, (çevrimiçi, <https://www.swissmachines.ch/files/Conditions%20de%20vente.pdf>, 15.3.2020).

¹⁴⁷⁸ Lörtscher, **Haftungsbeschränkungen**, s. 142; Pedrazzini, **Dissimulation**, N 847-851; Giger, **BernerKomm**, OR Art. 199 N 50; Keller, Lörtscher, **Kaufrecht**, s. 107; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 199 N 4; Koller, **Nachbesserung**, N 207. Bu durumda TBK m. 27 f. II uygulama alanı bulmayacaktır. Bkz. Aral, Ayrancı, **Borçlar Özel**, s. 160.

¹⁴⁷⁹ Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 199 N 4; Lörtscher, **Haftungsbeschränkungen**, s. 142; Pedrazzini, **Dissimulation**, N 847; Koller, **Nachbesserung**, N 207.

¹⁴⁸⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. yukarıda B.3/IV.

bir garanti süresi kararlaştırmış olmaları durumunda, söz konusu garanti süresinin aynı zamanda zamanaşımı süresinin de uzaması sonucunu doğurması gerektiği belirtilmiş ve uzun garanti süresi dâhilinde alıcının her zaman ayıp bildiriminde bulunabileceği savunulmuştur. Ayrıca, tarafların kanuni zamanaşımı süresinden daha kısa veya onunla aynı uzunlukta bir garanti süresi kararlaştırmış olmaları durumunda, söz konusu garanti süresinin ayıp bildirim süresi olarak yorumlanması gerektiği belirtilmiştir.

Tarafların sözleşmede garanti süresine yer vermiş olması durumunda, satıcının satılanı ağır kusuruyla ayıplı devretmesi sebebiyle uygulanacak olan ağırlaştırılmış sorumluluk rejimi, söz konusu garanti sürelerinin geçerliliğini de etkileyecektir. Zira, satıcının ağır kusurlu olması durumunda alıcı, ayıp bildiriminde bulunmak zorunda olmadığı gibi (TBK m. 225), kısa zamanaşımı süresiyle de bağlı değildir (TBK m. 231 f. II ve m. 244 f. III). O halde, garanti süresinin ayıp bildirim süresi olarak yorumlanması durumunda, söz konusu düzenlemenin, alıcıyı ayıp bildiriminde bulunmaktan muaf tutan TBK m. 225 hükmü karşısında, alıcının haklarını yine de sınırlandırdığı açıktır. Öte yandan, garanti süresinin on yıldan kısa, ancak kanuni zamanaşımı süresinden uzun olması ihtimalinde, söz konusu süre, zamanaşımı süresi olarak yorumlanacaksa da; bu durumda, yine olağanüstü zamanaşımı sürelerine nazaran, satıcının ayıptan sorumluluğu dolaylı olarak sınırlandırılmış olacaktır. O halde, garanti süresi, ister ayıp bildirim süresi, ister zamanaşımı süresi olarak yorumlansın, satıcının ağır kusurlu olması durumunda, sözleşmesel zamanaşımı sürelerinde olduğu gibi, garanti süresini düzenleyen sözleşme hükümleri de geçersiz sayılmalıdır¹⁴⁸¹. Bu sonucu gerek sorumsuzluk anlaşmalarının ağır kusur halinde geçersiz olacağını düzenleyen TBK m. 221 hükmü, gerek olağanüstü zamanaşımını düzenleyen TBK m. 231 f. II ve TBK m. 244

¹⁴⁸¹ Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 826; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO Intro. art. 197-210 N 35, CO art. 203 N 5; Pedrazzini, **Dissimulation**, N 976; Niklaus, **Prescription**, N 797 vd.; Gautschi, **BernerKomm**, OR Art. 371 N 5d, 28a; Stanislas, **Résolution**, s. 164; Kapancı, **Ayıp**, s. 130; **Yargıtay** 11. HD, T. 17.4.2015, E. 2014/15978, K. 2015/5437; **Yargıtay** 19. HD, T. 22.2.2017, E. 2016/7678, K. 2017/1385 (kazancı): "...6762 Sayılı TTK.nun 25/4.maddesi uyarınca, ayıba karşı tekeffül hükümlerine dayanan ticari satışlarla ilgili davalarda zamanaşımı süresi (6) ay ise de, satılanın daha uzun bir süre garanti kapsamına alınması durumlarında garanti süresi sonuna kadar dava açılabilir. Öte yandan satıcı, alıcıyı iğfal etmiş ise, yasada öngörülen zamanaşımından yararlanamaz (B.K.m.207/son)..."; **Yargıtay** 19. HD, T. 24.2.2014, E. 2013/19340, K. 2014/3627 (kazancı): "...Ancak tacirler arasındaki satışlarda da daha uzun süreli garanti verilmesi halinde zamanaşımı süresinin garanti süresinin sonuna kadar uzayacağı kuşkusuzdur. Hemen belirtilmelidir ki, 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 207/son maddesine göre; "satıcı alıcıyı iğfal etmiş ise bu bir senelik müruru zamandan istifade edemez..."

hükümleri, gerekse emredici nitelikte olan¹⁴⁸² ve alıcıyı ayıp bildiriminde bulunmaktan muaf tutan TBK m. 225 hükmü doğrulamaktadır. Bu durumda satıcı, alıcının garanti süresi boyunca hareketsiz kaldığını veya bu süre dâhilinde ayıp bildiriminde bulunmadığını ileri süremeyecektir¹⁴⁸³. Öte yandan, her ne kadar on yıllık bir garanti süresinin zamanaşımı süresi olarak geçerli olabileceği savunulabilecekse de, kanımızca bu durumda da emredici nitelikte olan olağanüstü zamanaşımı sürelerinin uygulanacağını kabul etmek daha doğrudur¹⁴⁸⁴. Belirtmek isteriz ki, bu tartışma, teorik olarak haklı görülebilecekse de; pratik açıdan, varılan hukuki sonuçta herhangi bir değişiklik yaratmayacaktır.



¹⁴⁸² Witschi, **Garantiefristen**, s. 65; Pedrazzini, **Dissimulation**, N 920; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 203 N 5; Gautschi, **BernerKomm**, OR Art. 371 N 5d, 28a.

¹⁴⁸³ Yargıtay uygulaması da bu yöndedir. *Örneğin* bkz. **Yargıtay** 19. HD, T. 17.12.2014, E. 2014/14382, K. 2014/18239 (kazancı); **Yargıtay** 19. HD, T. 2.7.2014, E. 2014/7444, K. 2014/12135 (kazancı); **Yargıtay** 19. HD, T. 24.2.2014, E. 2013/19340, K. 2014/3627 (kazancı): “...satılan mala daha uzun süreli garanti verildiği zaman sürenin garanti süresi sonuna kadar uzayacağı Yargıtay’ca kabul edilmektedir. Somut olayda 6 aylık zamanaşımı süresi geçtiği gibi garanti süresinin de dava tarihi itibarıyla geçmiş olduğu dosya içeriğinden anlaşılmaktadır. Her ne kadar mahkemece dava konusu araçta gizli ayıp saptandığı ve bu durumun iğfal olarak değerlendirilmesi sebebiyle zamanaşımı def’i reddedilmiş ise de, dava tarihinde yürürlükte bulunan 818 sayılı BK’nın 207.maddesindeki “iğfal durumunda zamanaşımı işlemez” hükmüne dayanılabilmesi için alıcının, satıcının hilesi veya kandırması nedeniyle zamanında dava açmasının önlenmesi gerekir. Başka bir anlatımla gizli ayıp tek başına olayda iğfal bulunduğunu göstermez. Somut olayda iğfal sonucu doğurabilecek nedenlere de dosyada rastlanılmamıştır. Bu nedenle temyiz eden davalının zamanaşımı def’inin kabulü gerekirken reddiyle işin esası hakkında yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir...”

¹⁴⁸⁴ Aynı yönde bkz. Pedrazzini, **Dissimulation**, N 976.

BEŞİNCİ BÖLÜM

AYIPTAN DOĞAN DEF'İ HAKLARI

I. Ayıptan Doğan Def'i Haklarına Genel Bakış

A. Ayıptan Doğan Def'i Hakları Kavramı ve Konunun Kapsamı

Kanun koyucu, TBK m. 231 f. I c. 2 (CO art. 210 al. V) hükmünde¹⁴⁸⁵, alıcının satılanın kendisine devrinden itibaren başlayarak iki yıl içinde bildirdiği ayıptan doğan def'i hakkının, bu süresinin geçmiş olmasıyla ortadan kalkmayacağını öngörmüştür. Yukarıda da ifade edildiği üzere, ayıptan sorumluluk rejiminde zamanaşımına tabi olan hak, yenilik doğurucu hak niteliğindeki seçimlik haklar değil, yenilik doğurucu hakkın kullanımı neticesinde doğan alacak hakkıdır. Bu durumda zamanaşımı süresinin dolması, alacağı sona erdirmemekte; ancak, alacak hakkının etkisini zayıflatarak onu felce uğratmaktadır¹⁴⁸⁶. Öte yandan, yenilik doğurucu hak niteliğinde olan ayıptan doğan seçimlik hakların zamanaşımına uğraması söz konusu olmadığından (*imprescriptible* - *unverjährbar*), ayıp bildiriminde bulunulmuş olması kaydıyla, söz konusu seçimlik hakların zamanaşımı süresinin tamamlanmasından sonra dahi ileri sürülebilmesi mümkündür¹⁴⁸⁷. Ancak, bu durumda yenilik doğurucu hakkın kullanımı sonucunda meydana gelen alacak hakkı, zamanaşımına uğramış olması sebebiyle, “bloke edilmiş” ya da “önü kesilmiş” bir şekilde doğmaktadır. İşte kanun koyucu, ister zamanaşımı süresi

¹⁴⁸⁵ Ayıptan doğan def'i haklarını düzenleyen söz konusu hükmün, 818 sayılı eski Borçlar Kanunu döneminde, eBK m. 363 f. I hükmünün atfıyla, eser sözleşmesine de tatbik edileceği kabul edilmekteydi. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda böyle bir atıf yer almamaktadır. Ancak, bizim de yerinde bulduğumuz görüşe göre, def'i haklarını düzenleyen hüküm, kıyasen eser sözleşmesine de uygulanmalıdır. Zira, aynı imkânın iş sahibine tanınmaması için, tatmin edici bir sebep bulmak güçtür. Bkz. Öz, *İnşaat*, s. 224, dn. 108.

¹⁴⁸⁶ Gauch, *Entreprise*, N 2280; Engel, *Obligations*, s. 798; Venturi, Zen-Ruffinen, *CommRomand*, CO art. 210 N 12; Gauch, Schluep, Tercier, *Obligations*, N 2101; Gauch, Schluep, Schmid, Emmenegger, *OR AT*, N 3377; Koller, *OR AT*, § 67 N 67.02; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, *Borçlar Genel*, s. 1031; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Genel*, s. 48; Eren, *Borçlar Genel*, s. 1312; Serozan, *Borçlar Genel*, s. 392; İsvFM, ATF 133 III 6 = JdT 2007 I 243.

¹⁴⁸⁷ Chaix, *CommRomand*, CO art. 371 N 6; Gauch, *Entreprise*, N 2281, 2292; Koller, *OR BT*, § 4 N 218, 223; Brändli, *Nachbesserung*, N 999; Tschütscher, *Aktuelle Probleme*, s. 251, 252.

dâhilinde ileri sürülmüş, isterse zamanaşımı süresinden sonra kullanılmış olsun, ayıptan sorumluluğun şartlarının gerçekleşmiş olması kaydıyla, bu sorumluluk rejiminden kaynaklanan seçimlik hakların zamanaşımına uğradıktan sonra da, def'i yoluyla (*par voie/sous forme d'exception; einredeweise*) satıcıya karşı ileri sürülebileceğini öngörmüştür¹⁴⁸⁸. Ayıptan doğan def'i hakları açısından ise, yenilik doğurucu hakların zamanaşımı süresi dâhilinde veya bu sürenin dolmasından sonra kullanılmasının bir önemi bulunmamaktadır¹⁴⁸⁹.

O halde, yenilik doğurucu hakların zamanaşımı süresinden etkilenmemesi ve bu sürelerin dolmasıyla birlikte sona ermemesinin ilk ve en önemli sonucu, TBK m. 227 (CO art. 205 ve art. 206) hükmünde düzenlenen bütün seçimlik hakların, zamanaşımı süresinin dolmasından sonra da, *dava veya def'i yoluyla* satıcıya karşı ileri sürülebilesidir. Başka bir deyişle, alıcı sözleşmeden dönme, bedel indirimi, onarım veya değişim haklarından seçtiğini birini, zamanaşımı süresinden sonra, satıcıya karşı, bir dava ikame ederek kullanabileceği gibi; seçtiği hakkı, kendisine karşı açılan davada da def'i vasıtasıyla ileri sürebilir. Bu durumda, alıcı dilerse, zamanaşımı def'iyle karşılaşma riskini üstlenerek, zamanaşımına uğramış olan alacağını *aktif* bir şekilde, *dava yoluyla* satıcıya karşı ileri sürebilir; dilerse *pasif* kalarak, kendisine karşı ileri sürülen ifa talebine, satıcının iradesi hilafına, *def'i yoluyla* kullandığı seçimlik hakları vasıtasıyla karşı koyabilir ve yöneltilen söz konusu talebi hükümden düşürebilir¹⁴⁹⁰. Esasen çoğu zaman, mevcut olayda kullanılan savunma imkânı, maddi hukuk anlamında bir def'i hakkı değil, zamanaşımına uğramayan yenilik doğurucu bir hakkın, zamanaşımı süresi dolduktan sonra ileri sürülmesidir¹⁴⁹¹. Böylece, ayıptan doğan def'i hakları (TBK m. 231 f. I),

¹⁴⁸⁸ Capitaine, **Prescription**, s. 103; Gauch, **Entreprise**, N 2288; Koller, **Werkvertrag**, N 767; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 210 N 12; Chaix, **CommRomand**, CO art. 371 N 40; Giger, **BernerKomm**, OR Art. 210 N 64; Honsell, **BaslerKomm**, OR Art. 210 N 6; Honsell, **OR BT**, s. 112; Bühler, **ZürcherKomm**, OR Art. 371 N 25; Müller-Chen, **CHK**, OR Art. 210 N 14; Zindel, Pulver, Schott, **BaslerKomm**, OR Art. 371 N 42d; Schaller, **Einreden**, N 755; Gautschi, **BernerKomm**, OR Art. 371 N 8a; von Büren, **OR BT**, s. 48; Tschütscher, **Verjährung**, N 222; Öz, **Dönme**, s. 129; Seliçi, **İnşaat**, s. 207; Serozan, **Borçlar Özel**, N 732; Zevkliler, Gökyayla, **Borçlar Özel**, s. 139; Aydoğdu, Kahveci, **Borçlar Özel**, s. 139; İsvFM, ATF 91 II 213 = JdT 1966 I 176.

¹⁴⁸⁹ Gauch, **Entreprise**, N 2290; Tschütscher, **Verjährung**, N 223; Aral, **Takas**, s. 90.

¹⁴⁹⁰ Zamanaşımı süresinin dolmasından sonra, ayıptan doğan hakların dava veya def'i yoluyla ileri sürülebileceği yönünde bkz. Gautschi, **BernerKomm**, OR Art. 371 N 8a; Bieger, **Mängelrüge**, s. 73; Bonnard, **Exceptions**, s. 66.

¹⁴⁹¹ Schaller, **Einreden**, N 755. Aynı yönde bkz. Zindel, Pulver, Schott, **BaslerKomm**, OR Art. 371 N 42d; von Büren, **OR BT**, s. 48; Tschütscher, **Verjährung**, N 223; Gautschi, **BernerKomm**, OR Art. 371 N 8a, 8b.

yenilik doğurucu haklar vasıtasıyla, pasif durumda bulunan alıcıya bir savunma imkânı tanıyarak, alıcının hukuki konumunu güçlendirmektedir.

Belirtmek gerekir ki, bu başlık altında incelediğimiz hukuki kurumu tasvir etmek üzere, gerek öğretide, gerekse uygulamada farklı ifade tarzları tercih edilmektedir. İlk olarak, TBK m. 231 f. I ve CO art. 210 al. V hükmünde yer alan “*ayıptan doğan def'i hakları (les exceptions dérivant des défauts - die Einreden des Käufers wegen vorhandener Mängel)*” kavramının sıklıkla kullanıldığı rahatça tespit edilebilir¹⁴⁹². İkinci olarak, öğretide Alman Hukuku'nun da etkisiyle (BGB § 438 Abs. IV) “*ayıp def'i (Mängeleinrede)*” kavramının tercih edildiği¹⁴⁹³, son olarak ise “*ayıplı ifa def'i*” kavramına yer verildiği söylenebilir¹⁴⁹⁴. Hangi terimin tercih edileceğinin tespitinde ise, kurumun kapsamı ve hukuki karşılığı kanımızca belirleyici olacaktır.

Kaynak İsviçre Borçlar Kanunu (CO) m. 210 f. V hükmünde, satılanın ayıplarından doğan def'i haklarının var olmaya devam edeceği belirtilmiş, hükmün Almanca, Fransızca ve İtalyanca metinlerinde çoğul bir ifade tarzı (*die Einreden - les exceptions - le eccezioni*) tercih edilmiştir. Nitekim, 1881 tarihli eski Federal Borçlar Kanunu (aCO) m. 258 hükmünde de, alıcının zamanında ayıp bildiriminde bulunması durumunda, def'i haklarından yararlanabileceği düzenlenmişti. Bu sebeple, “*ayıptan doğan def'i hakları*” ifadesinin kapsamının belirlenmesinde, “*def'i*” kelimesi açısından geniş yoruma başvurmak gerektiği; zira, söz konusu hükmün def'ilerin yanında, “*itiraz (objection - Einwendung)*” teşkil eden bazı savunma mekanizmalarını da kapsadığı haklı olarak ifade edilmektedir¹⁴⁹⁵. Zira, ayıp def'i veya ayıplı ifa def'i olarak da ifade edilen ayıptan doğan def'i hakları, alıcıya tek veya yeknesak bir imkân tanımamakta, bünyesinde bedel indirimi, sözleşmeden

¹⁴⁹² Nitekim, İsviçre Federal Mahkemesi de bu yönde bir ifade tarzını tercih etmektedir. Bkz. **İsvFM**, ATF 91 II 213 = JdT 1966 I 176.

¹⁴⁹³ *Örneğin* bkz. Westermann, **MünchKomm**, BGB § 438 N 38; Matusche-Beckmann, **StaudingerKomm**, BGB § 438 N 126, 127; Medicus, Lorenz, **SchuldR BT**, § 9 N 18 vd.; Brox, Walker, **SchuldR BT**, § 4 N 133; Greiner, **BT**, N 295; Looschelders, **BT**, N 161; Hofmann, Pammler, **Mängeleinrede**, s. 293 vd. İsviçre-Türk Hukuku'nda bkz. Honsell, **BaslerKomm**, OR Art. 210 N 6; Gümüş, **Borçlar Özel**, s. 117; Eren, **Borçlar Özel**, N 382; Kılıçoğlu, **Borçlar Özel**, s. 100; Kahveci, **Dönme**, s. 310 vd.

¹⁴⁹⁴ *Örneğin* bkz. Buz, **Yenilik Doğuran Haklar**, s. 98, 99, dn. 29; Kahveci, **Dönme**, s. 310 vd.

¹⁴⁹⁵ Gauch, **Entreprise**, N 2289; Koller, **Nachbesserung**, N 393, dn. 447: “...Söz konusu hüküm yalnızca def'ileri değil, aynı zamanda itirazları ve hiç şüphesiz takas gibi yenilik doğurucu hakları da kapsamaktadır...”; Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 739; Schaller, **Einreden**, N 754; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 210 N 12: “...Def'i kavramı geniş anlamda anlaşılmalıdır. Zira, söz konusu kavram, satılanın ayıplı olmasından kaynaklanan itirazları da kapsamaktadır...”; Venturi, **Réduction**, N 802; Aral, Ayrancı, **Borçlar Özel**, s. 157. *Örneğin* bkz. **İsvFM**, ATF 107 II 55 = JdT 1981 I 274 = DC 1982 18 N 17; ATF 91 II 216 = JdT 1966 I 179.

dönme veya takas savunması gibi itirazları¹⁴⁹⁶ da barındıran, bir dizi hukuki imkân sunmaktadır. Satılanın ayıplı olmasından doğan hukuki imkânlar, öğretide takas savunması, sözleşmeden dönme def'i, bedel indirimi def'i, ve ödemezlik def'i olarak ifade edilmektedir¹⁴⁹⁷. Alıcı, takas savunması yoluyla konusu para olan alacak haklarını kullanabileceği gibi, sözleşmeden dönme veya bedel indirimi haklarını def'i yoluyla satıcıya karşı ileri sürebilir veya onarım ve değişim haklarını ödemezlik def'ine konu edebilir¹⁴⁹⁸. O halde, gerek TBK m. 231 f. I gerek CO art. 210 al. V hükmünde ifade edilen “def'i” ifadesini, dar ve teknik anlamda değil, alıcının ayıplı ifa durumunda başvurabileceği bütün savunma imkânlarını kapsar şekilde geniş yorumlamak gerekmektedir. Öte yandan, her ne kadar genel itibariyle itiraz teşkil eden bazı savunma imkânlarının def'i başlığı altında düzenlenmesi hukuken yadırganabilecekse de, alıcının söz konusu imkânları, ancak kendisine karşı yöneltilen bir talebe karşı, kendisini savunma amacıyla ve def'i şeklinde ileri sürebileceği nazara alındığında, hükmün ifade tarzının yerindeliği daha iyi anlaşılacaktır. Zira, gerek takas gerekse sözleşmeden dönme veya bedel indirimi imkânlarına başvurulması, birer itiraz teşkil etse de¹⁴⁹⁹, alıcı söz konusu itirazları, ancak def'i yoluyla satıcıya karşı ileri sürebilecektir. Zira, alıcıya bu durumda alacağını pasif alacakla takas ettiği ya da sözleşmeden döndüğü gerekçesiyle ayrı bir talep veya dava hakkı tanınmamıştır.

Öte yandan, öğretide bazı eserlerde yalnızca bedel indirimi ve sözleşmeden dönme haklarının def'i yoluyla kullanılabileceğinin belirtilmesi, bu sebeple ayıptan doğan def'i haklarının yalnızca söz konusu iki imkânı kapsar şekilde dönme ve

¹⁴⁹⁶ Bedel indirimi ve sözleşmeden dönme def'inin hakkı sona erdiren bir itiraz (*rechtsaufhebende Einwendung*) teşkil ettiği yönünde bkz. Schaller, **Einreden**, N 754. Takas savunmasının maddi hukuk anlamında itiraz teşkil ettiği yönünde bkz. Engel, **Obligations**, s. 670; Tercier, Pichonnaz, **Obligations**, N 1648; Aepli, **ZürcherKomm**, OR Vorbem. Art. 120-126 N 117 vd.; Develioğlu, **Takas**, s. 222; Tercier, Pichonnaz, **Obligations**, N 1612, 1648; Pichonnaz, **Compensation**, N 2019; Aral, **Takas**, s. 204; **İsvFM**, ATF 91 II 213 = JdT 1966 I 176.

¹⁴⁹⁷ Gauch, **Entreprise**, N 2289; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 210 N 13, 14; Chaix, **CommRomand**, CO art. 371 N 40; Giger, **BernerKomm**, OR Art. 210 N 64 vd.; Zindel, Pulver, Schott, **BaslerKomm**, OR Art. 371 N 42d; Koller, **Nachbesserung**, N 393 vd.; Tschütscher, **Verjährung**, N 223 vd.; **Antalya BAM** 11 HD, T. 13.11.2017, E. 2017/917, K. 2017/1289 (yayınlanmamış BAM kararı): “...Öte yandan 818 Sayılı BK'nun 207/2 maddesinde belirtilen uzatılmış def'i hakkı, alıcıya satılan malın bedelinin ödenmemesi, eksik ödenmesi, takas imkanı gibi haklar tanıyan bir savunma vasıtası olup, eldeki davanın davacısının alıcı olduğu dikkate alındığında söz konusu hükmün somut olayda uygulama kabiliyetinin olduğundan söz edilemez...”. Ödemezlik def'i yoluyla alıcının seçimlik haklardan herhangi birini kullanmasının mümkün görünmemesi gerekçesiyle, ödemezlik def'inin ayıptan doğan def'i hakları kapsamında yer almadığı; ancak, kıyasen uygulanabileceği görüşünde bkz. Gauch, **Entreprise**, N 2293.

¹⁴⁹⁸ Konunun detaylarına aşağıda yer verilmiştir. Bkz. aşağıda B.5/III.

¹⁴⁹⁹ Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 210 N 12; Schaller, **Einreden**, N 754; Venturi, **Réduction**, N 802.

indirim def'i olarak ifade edilmesi kanımızca isabetli olmamıştır¹⁵⁰⁰. Bu görüşü savunan yazarların, Alman Hukuku'nda “*ayıp def'i (Mängelreede)*” kurumunu düzenleyen BGB § 438 Abs. IV ve V hükmünden etkilendiği görülmektedir¹⁵⁰¹. Keza, BGB § 438 Abs. IV ve V hükmünde alıcının yalnızca sözleşmeden dönme (*Rücktrittrecht*) ve bedel indirimi (*Minderungsrecht*) seçimlik haklarını def'i yoluyla kullanarak satış bedelini ödemekten kaçınılabileceği açıkça ifade edilmektedir¹⁵⁰². Oysa, ne TBK m. 231 f. I ve CO art. 210 al. V hükümleri açısından ne de söz konusu hükümlere kaynaklık eden aCO art. 258 hükmünde alıcının sahibi olduğu hukuki imkânların def'i yoluyla kullanılması açısından bir sınırlama getirilmiş değildir¹⁵⁰³. Aksi yöndeki bir çıkarım, İsviçre Federal Mahkemesi'nin 1965 yılında verdiği ilke kararında da reddedilmiştir¹⁵⁰⁴. Bu durumda satılanın onarılması ve ayıpsız benzeriyle değiştirilmesi seçimlik hakları açısından da def'i imkânının kabul edilmesi elzemdir.

Belirtmek isteriz ki, gerek eBK m. 207 f. II gerek TBK m. 231 f. I hükmünde yalnızca “*ihbar ettiği/bildirdiği ayıptan dolayı/doğan def'i hakkı*” kavramından bahsedilmiş, tekil bir ifade tarzı tercih edilmiştir. Kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nda birden fazla def'i hakkından bahsedilmesi karşısında, kanunumuza söz konusu terimin tek bir def'i hakkını belirtir şekilde alınmış olması, kanımızca çeviri esnasında yapılmış basit bir hatadan ileri gelmektedir. Nitekim, TBK m. 231 f. I ile CO art. 210 al. V hükmü arasında bu yönde bir farklılığı haklı gösterecek herhangi bir gerekçe mevcut değildir. O halde, ilgili hükümde anılan “*alıcının iki yıl içinde bildirdiği ayıptan doğan def'i hakkı*” ifadesini çoğul anlamak gerekir. Zira, TBK m. 231 f. I ile CO art. 210 al. V hükümlerinde, kanunun başkaca bölümlerinde mevcut olmayan, yeni ve farklı bir savunma imkânı yaratılmak istenmemekte, yalnızca alıcının zamanaşımı süresi boyunca elinde bulundurduğu yenilik doğurucu hakları ve

¹⁵⁰⁰ Serozan, **Dönme**, s. 300, 301; Buz, **Yenilik Doğuran Haklar**, s. 96 vd. Yalnızca sözleşmeden dönme def'inin düzenlenmiş olduğu yönünde bkz. Gümüş, **Borçlar Özel**, s. 117.

¹⁵⁰¹ Bu konuda bkz. yukarıda B.1/II/C.

¹⁵⁰² Medicus, Lorenz, **SchuldR BT**, § 9 N 18 vd.; Brox, Walker, **SchuldR BT**, § 4 N 133.

¹⁵⁰³ Ayıptan doğan def'i haklarının bütün seçimlik haklar ve tazminat talepleri bakımından söz konusu olacağı yönünde bkz. Müller-Chen, **CHK**, OR Art. 210 N 15; Stanislas, **Résolution**, s. 164, dn. 44.

¹⁵⁰⁴ **İsvFM**, ATF 91 II 213 = JdT 1966 I 176: “...ist Art. 210 Abs. 2 OR nicht bloss auf die Wandelungs- oder Minderungseinrede, sondern auch auf die Einrede der Verrechnung mit aus Sachmängeln abgeleiteten Schadenersatzansprüchen anwendbar.../...l'art. 210 al. 2 CO ne concerne pas uniquement l'exception réhibitoire ou celle qui tend à la réduction du prix, mais aussi l'objection tirée de la compensation avec les dommages-intérêts dus en raison des défauts de la chose... (CO art. 210 al. 2 (TBK m. 231 f. I c. 2) sadece sözleşmeden dönme veya bedel indirimi def'ilerini düzenlememekte, özellikle satılanın ayıplı olmasından kaynaklanan tazminat taleplerine karşı kullanılabilen takas itirazını da kapsamına almaktadır)”

diğer savunma imkânlarını, bu sürenin geçmesiyle birlikte kaybetmeyeceği ve kendisine tanınan yenilik doğurucu nitelikteki seçimlik hakları, satıcıya karşı def'i yoluyla ileri sürebileceği düzenlenmiş olmaktadır. Nitekim, TBK m. 231 f. I ve CO art. 210 al. V hükümlerinde, def'i haklarının ortadan kalkmayacağı (*subsister - bleiben bestehen*), hukuken *var olmaya devam edeceği* ifade edilmiştir.

O halde, ayıptan doğan def'i haklarının devam edeceğini öngören TBK m. 231 f. I ile CO art. 210 al. V hükümlerinin, alıcının hukuki durumuna ne gibi bir yenilik getirdiği sorusu gündeme gelmektedir. Her ne kadar çalışmamızın sonraki başlıklarında değerlendirilmeye çalışılmış olsa da¹⁵⁰⁵, genel olarak belirtmek isteriz ki, TBK m. 231 f. I ve CO art. 210 al. V hükümleri, kanunun başkaca hükümlerinde düzenlenen ilgili savunma imkânlarına nazaran *özel hüküm (lex specialis)* niteliğindedir¹⁵⁰⁶. Bu sebeple, ayıp bildiriminde bulunulması ve ayıptan sorumluluğun diğer şartlarının sağlanması kaydıyla, TBK m. 231 hükmüne nazaran *genel hüküm (lex generalis)* teşkil eden düzenlemelerde yer verilen başkaca şartların gerçekleşmesi¹⁵⁰⁷ aranmamakta; böylece ilgili savunma imkânlarına başvuru, alıcı lehine kolaylaştırılarak, şartları yumuşatılmaktadır.

Sonuç olarak, bir tanım yapmak gerekirse, *kanımızca* ayıptan doğan def'i hakları şu şekilde ifade edilebilir: **“satılanın ayıplı olması nedeniyle, geçerli bir ayıp bildiriminde bulunulmuş olması ve ayıptan sorumluluk rejiminin diğer şartlarının gerçekleşmiş olması kaydıyla, başkaca özel bir şart aranmaksızın, alıcının kendisine tanınan yenilik doğurucu hakları, zamanaşımı süresinin tamamlanmasından sonra, (def'i yoluyla) ileri sürebilmesini sağlayan savunma imkânıdır”**. Terim sorununa geri dönecek olursak, tanımdan da anlaşılacağı üzere, TBK m. 231 f. I hükmünün alıcıya yeni ve farklı bir savunma imkânı yerine, yalnızca sahibi olduğu savunma imkânlarını ve yenilik doğurucu hakları def'i yoluyla ileri sürebilme hakkı tanınması, buna ek olarak kendisine tanınan savunma imkânlarının şartlarını alıcı lehine yumuşatması sebebiyle, çalışmamızın bu bölümünde genel olarak **“ayıp def'i (Mängelreede)”** veya **“ayıplı ifa def'i”** yerine, **“ayıptan doğan def'i hakları”** ifadesini kullanmanın uygun olacağı kanaatindeyiz. Öte yandan,

¹⁵⁰⁵ Bkz. aşağıda B.5/III.

¹⁵⁰⁶ Koller, *Nachbesserung*, N 393; Gauch, *Entreprise*, N 2291; Tschütscher, *Aktuelle Probleme*, s. 251, dn. 104; Tschütscher, *Verjährung*, N 226; Giger, *BernerKomm*, OR Art. 210 N 67; *İsvFM*, ATF 91 II 216 = JdT 1966 I 179. Takas savunması açısından aynı görüşte bkz. Aral, *Takas*, s. 90.

¹⁵⁰⁷ *Örneğin* ödemelik def'i TBK m. 97, takas TBK m. 139-144, sözleşmeden dönme TBK m. 229 hükmünde düzenlenmiştir ve ilgili hukuki imkânların şartları da aynı hükümlerde belirtilmiştir.

anlatım kolaylığı sağlaması sebebiyle “*ayıplı ifa def'i*” tabirine de, konunun izahının gerektirdiği ölçüde yer vermekteyiz.

B. Ayıptan Doğan Def'i Haklarının Önemi ve İşlevi

Ayıptan sorumluluk rejimi hukuki temelini satılanın zilyetlik ve mülkiyetini devir borcunda bulsa da, satılanın alıcıya ayıplı olarak teslim edilmesiyle beraber, satılanın zilyetlik ve mülkiyetini devir borcu, tamamen ayıptan sorumluluk temeline dayanan bir garanti borcuna (*obligation de garantie*) dönüşmüş olur¹⁵⁰⁸. Böylece alıcının borcun ifasını ve satılanın teslimini talep etmeye yönelik alacak hakkının yerini, teslimle beraber ayıptan sorumlulukta sahip olduğu seçimlik haklar alır ve salt aynen ifa talebi hukuki temelden yoksun kalır¹⁵⁰⁹. Alıcının sahibi olduğu alacak haklarından ayıpsız benzeriyle değişim ve onarım hakkı, satıcının satış bedeli alacağıyla bir “*sinallagma yahut karşılıklılık ilişkisi*” içerisinde¹⁵¹⁰.

Öte yandan, alıcı satıcının alacak hakkına nazaran, TBK m. 223 hükmünde düzenlenen gözden geçirme ve bildirim külfetleriyle ve TBK m. 231 f. I ve m. 244 f. III hükümlerinde düzenlenen kısa zamanaşımı süreleri sebebiyle oldukça elverişsiz bir hukuki konuma sahiptir. Zira, alıcının ayıptan sorumluluk çerçevesinde sahibi olduğu alacak hakları taşınırlarda iki yıl, taşınmazlarda ise beş yılda zamanaşımına uğrarken, satıcının satış bedeli alacağı TBK m. 146 hükmü uyarınca on yılda zamanaşımına uğramaktadır. Bu durumda ilgili süreler geçtikten sonra satıcı, zamanaşımı def'i yoluyla kendisine karşı yöneltilen ifa talebini kolayca reddedebilirken; karşılıklılık ilişkisinin diğer tarafını oluşturan alıcı, kendisine yöneltilen satış bedeli alacağına karşı hukuken savunmasız bir durumda kalmaktadır. Bu nedenle, söz konusu karşılıklılık ilişkisinde menfaatler dengesi, alıcı aleyhine bozulmuş olmaktadır. Kanun koyucu, bozulan dengeyi yeniden sağlamak amacıyla, Roma Hukuku'nda “*quae temporalia ad agendum, sunt perpetua ad excepiendum*

¹⁵⁰⁸ Gauch, **Entreprise**, N 1351, 2368; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO Intro. art. 197-210 N 3; **İsvFM**, ATF 100 II 32 = JdT 1975 I 76; **KanM (Valais)**, 21.1.1988, RVJ 1988, s. 344. Söz konusu dönüşümün, ortaya çıkan ayıpların bildirilmesiyle kısım kısım ve art arda değil, teslimle beraber satılanın tamamı için geçerli olacağı yönünde bkz. Gauch, **Entreprise**, N 2368.

¹⁵⁰⁹ Gauch, **Entreprise**, N 1351; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 206 N 6; **İsvFM**, ATF 100 II 32 = JdT 1975 I 76.

¹⁵¹⁰ *Örneğin* bkz. Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 206 N 6; Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 810; Gauch, **Entreprise**, N 2368; **İsvFM**, ATF 89 II 235 = JdT 1964 I 248. Bedel indirimi hakkının kullanılmasıyla birlikte, satış bedeli kendiliğinden ayıp oranında düşürüldüğü için böyle bir karşılıklılık ilişkisinden bahsedilemez. Öte yandan, sözleşmeden dönme hakkı açısından bu ilişki, iade talepleri bakımından gündeme gelmektedir. Bkz. aşağıda B.5/III/E.

(*talepler zamanaşımına uğrasa bile, def'iler kalıcıdır*)” şeklinde ifade edilen prensibe sadık kalarak, süreye bağlı dava hakları geçse bile, def'i haklarının sona ermeyeceğini öngörmüştür¹⁵¹¹. Böylece, *hakkaniyet* gerekçesiyle, satıcının hem satılanı ayıplı ifa edip hem de satış bedeli alacağını etmesine engel olmak için, alıcıya son bir savunma imkânı tanınmış ve TBK m. 231 f. I c. 2 hükmünde, satılanın devrinden itibaren başlayarak iki yıl içerisinde bildirilen ayıplardan doğan def'i haklarının, bu sürenin geçmesiyle birlikte ortadan kalkmayacağı düzenlemiştir. Bu sayede, alıcı aleyhine bozulan dengenin, yeniden tesis edilmesi sağlanmaktadır. Esasen, bu düşünce tarzı, yalnızca ayıptan doğan def'i hakları açısından değil, her türlü hukuk normunun temelinde yatan ana fikri göstermektedir. Zira, genel olarak pek çok hukuk kuralı, hakkaniyet gerekçesiyle, bozulan menfaatler dengesini yeniden tesis etmeyi amaçlar.

Diğer taraftan, satılanı ayıplı olarak devreden satıcının, kendi haksızlığına ve hukuka aykırı davranışına dayanarak, ayıplı malın karşılığında satış bedelini talep etmesi, hakkın kötüye kullanımı (TMK m. 2 f. II) teşkil eder. Bu bakış açısına göre, satılanı gereği gibi ifa etmemiş olan satıcının, satış bedelini talep etmesi için, öncelikle borca aykırılığı gidermesi gerekir. O halde, kötüye kullanma yasağının bir tezahürü olarak, *adalet arayanın ellerinin temiz olması gerektiği*¹⁵¹² ifade edilebilir. Bu nedenle, kanımızca, ayıplı ifa def'ini öngören kanun hükmünün *ratio legis*'i, “*hiç kimse kendi haksızlığına dayanarak bir hak ileri süremez (nemo auditur propriam turpitudinem allegans)*” kuralına dayanmaktadır¹⁵¹³.

Kanun koyucunun alıcının def'i haklarının, zamanaşımı süresinin sona ermesinden sonra da ortadan kalkmayacağını öngörmesinin diğer bir nedeni ise, satıcı lehine getirdiği katı zamanaşımı rejimini, alıcı lehine bir nebze de olsa yumuşatmak istemesidir¹⁵¹⁴. Zira, satıcının satış bedeli alacağı on yılda

¹⁵¹¹ Rossel, *Obligations*, s. 284; Capitaine, *Prescription*, s. 103; Honsell, *OR BT*, s. 113; Berger, *OR AT*, N 1492; Serozan, *Dönme*, s. 300; Buz, *Yenilik Doğuran Haklar*, s. 97, dn. 26. Zamanaşımı def'i açısından bkz. Erdem, *Zamanaşımı*, s. 359. Alman Hukuku açısından aynı yönde bkz. Matusche-Beckmann, *StaudingerKomm*, BGB § 438 N 123: “*Anspruch vergeht, Einrede besteht (talepler geçer, def'iler kalır)*”. Ayıptan doğan def'i haklarının zamanaşımı süresi dolmadan önce de önem arz ettiği; zira, böylece alıcının satış bedelinin tamamını ödemekten kaçınabileceği görüşünde bkz. Hofmann, Pammler, *Mängelreide*, s. 294.

¹⁵¹² “*Hiç kimse kendi haksızlığına dayanarak bir hak ileri süremez*” şeklinde ifade edilen “*nemo auditur*” kuralı bu şekilde de ifade edilmektedir. Bkz. Serozan, *Borçlar Özel*, N 732.

¹⁵¹³ Benzer yönde bkz. Hofmann, Pammler, *Mängelreide*, s. 296. “*Nemo auditur*” olarak da ifade edilen söz konusu ilke ve bu ilkeye dayanan hukuk kuralları için bkz. Deschenaux, *Traité*, s. 175-178. Ayrıca bkz. Serozan, *Medeni Hukuk*, s. 283;

¹⁵¹⁴ Gauch, *Entreprise*, N 2289. Aynı yönde bkz. Aral, *Takas*, s. 91; Buz, *Yenilik Doğuran Haklar*, s. 97, 98. Buz'a göre “*kanun koyucu bir yıllık sürenin dolması ile birlikte kendisine ayıplı mal*

zamanaşımına uğrarken, alıcının ayıptan doğan hakları, taşınırlarda iki yılda, taşınmazlarda ise beş yılda zamanaşımına uğramaktadır. Söz konusu kısa süreler geçtikten sonra alıcı, def'i imkânı sayesinde tamamen korunmasız bırakılmamakta, böylece alıcı ile satıcının silahları arasında tam olmasa da, kısmen bir eşitlik sağlanmış olmaktadır. Zamanaşımı def'ine güvenerek eli boş gelen satıcının, ayıplı ifanın alıcı nezdinde yarattığı olumsuz sonuçlar giderilene değin, eli boş döneceği hükme bağlanmaktadır. Bu durumda, satış bedeli talebini alıcıya kabul ettirmek isteyen satıcının, *def'i yoluyla* ileri sürülen seçimlik hakkın gereğini yerine getirmesi, *örneğin* onarım hakkı kullanılmışsa satılanı onarması¹⁵¹⁵ veya değişim hakkında ise satılanın sözleşmeye uygun bir benzerini teslim etmesi gerekmektedir¹⁵¹⁶. O halde, söz konusu def'i hakkı, ayıptan doğan seçimlik hakkın sonuçlarının, satıcı tarafından yerine getirilmesini amaç edinmektedir. Zira, zamanaşımı süresi dolmuş olsa bile, alıcı ayıptan doğan seçimlik haklarını def'i yoluyla satıcıya kabul ettirebilme şansı elde etmekte ve satıcı nezdinde satış bedeli borcunu ifadan kaçınarak, bir hukuki baskı yaratmaktadır.

Son olarak, ayıptan doğan def'i haklarının, zamanaşımı süresinin tamamlanmış olmasına rağmen satıcıyı, ayıplı ifanın hukuki neticelerini ortadan kaldırmaya zorladığından hareketle, kanımızca bir sonuca daha varmak mümkündür. Ayıptan doğan def'i hakları, borca aykırı neticeyi ortadan kaldırmaya yanaşmayan satıcıyı, satış bedelinden mahrum bırakarak medeni hukuk çerçevesinde cezalandırmakta ve hukuken yaptırıma tabi tutmaktadır¹⁵¹⁷. Bu sonuç, hakkın kötüye kullanımı çerçevesinde ifade ettiğimiz açıklamalarla da uyumludur. Zira, hakkın kötüye kullanımını hukuk düzeni korumadığı için (TMK m. 2 f. II), satıcının ileri sürdüğü talebin yerine getirilmesi hukuken engellenmiş olmaktadır.

teslim edilen alıcının elinden yenilik doğuran haklar kılıcını alıp, onun yerine sürekli def'i kalkanını vermektedir". Bkz. Buz, Yenilik Doğuran Haklar, s. 99.

¹⁵¹⁵ Koller, *Nachbesserung*, N 392, dn. 444.

¹⁵¹⁶ Öte yandan, sözleşmeden dönme veya bedel indirimi seçimlik haklarını def'i yoluyla kullanması durumunda alıcının satıcıya herhangi bir talebi kabul ettirmesi gerekmemektedir. Zira, bedel indirimi seçimlik hakkının kullanılması halinde bedel kendiliğinden indirim tabi tutulmakta ve fazladan ödenmiş olan tutar takas savunmasına konu olabilmekte, sözleşmeden dönme hakkının def'i yoluyla ileri sürülmesi durumunda ise sözleşme ilişkisi ortadan kalkmakta; ancak, bu durumda alıcının satılanı elde tutmaya devam edememesi sebebiyle, satılanı satıcıya iade etmesi gerekmektedir. Bkz. Gauch, *Entreprise*, N 2294.

¹⁵¹⁷ Ayıptan sorumluluğu düzenleyen hükümlerin cezalandırma işlevi satıcının ağır kusurlu olması durumunda da yadsınmamaktadır. Bkz. Giger, *BernerKomm*, OR Art. 203 N 8; Pedrazzini, *Dissimulation*, N 1086; Gautschi, *BernerKomm*, OR Art. 370 N 8d; Witschi, *Garantiefristen*, s. 58.

Özet olarak, ayıplı ifa def'inin öncelikle, hakkaniyet çerçevesinde, alıcı ve satıcı arasında bozulan menfaatler dengesini yeniden sağlama gayesinin bulunduğu söylenebilecektir. Hükümün *ratio legis*'i ise, hakkın kötüye kullanımı yasağına dayanmaktadır. Öte yandan, ayıptan doğan def'i haklarının, kısa zamanaşımı sürelerinin katılığını giderme, satıcı üzerinde baskı kurma ve satıcıyı cezalandırma işlevlerinin mevcut olduğu da ifade edilebilecektir.

C. Ayıptan Doğan Def'i Haklarının Hukuki Niteliği

Ayıptan doğan def'i haklarının hukuki niteliği, gerek def'i ve itiraz ayırımının katılığı, gerekse ayıplı ifa def'inin hukuki etkisinin tam olarak tespit edilememesi sebebiyle, İsviçre-Türk öğretisinde pek çok tartışmayı ve belirsizliği içinde barındırmaktadır. Daha önce de ifade edildiği üzere, ayıptan doğan def'i haklarının tespitinde “*def'i*” kavramının geniş yorumlanması gerekmektedir. Zira, ayıptan doğan def'i hakları, yalnızca def'i olarak nitelendirilen savunma imkânlarının yanında, satılanın ayıplı olmasından kaynaklanan bazı itirazları (*objection - Einwendung*) da kapsamaktadır¹⁵¹⁸. O halde, TBK m. 231 f. I c. 2 hükmünde düzenlenen hukuki imkân, dar ve teknik anlamda bir def'i olarak nitelendirilemez¹⁵¹⁹. Kanun koyucu, TBK m. 231 (CO art. 210) hükmünde kullandığı “*def'i*” kavramı ile, alıcıya tanıdığı savunma imkânının ileri sürülme şeklini belirlemiş ve yenilik doğurucu hakların zamanaşımı süresinin tamamlanmış olmasına rağmen, bir savunma sebebi teşkil eder şekilde (*verteidigungsweise*) ve def'i yoluyla (*par voie d'exception - einredeweise*) ileri sürülebileceğini düzenlemiştir¹⁵²⁰. Zira, genel olarak yenilik doğurucu hakların def'i yoluyla da kullanılabileceği ifade edilmektedir¹⁵²¹. Bu açıdan bakılacak olursa, alıcının satıcıya karşı ileri sürdüğü ayıplı ifa def'i, esasen zamanaşımı def'i gibi maddi hukuktan kaynaklanan gerçek bir

¹⁵¹⁸ Gauch, **Entreprise**, N 2289; Koller, **Nachbesserung**, N 393, dn. 447; Schaller, **Einreden**, N 754; Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 739; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 210 N 12; Venturi, **Réduction**, N 802; Aral, Ayrancı, **Borçlar Özel**, s. 157; **İsvFM**, ATF 107 II 55 = JdT 1981 I 274 = DC 1982 18 N 17; ATF 91 II 216 = JdT 1966 I 179.

¹⁵¹⁹ Gauch, **Entreprise**, N 2289; Schaller, **Einreden**, N 754; Honsell, **OR BT**, s. 113; Tschüscher, **Verjährung**, N 223, dn. 383; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 210 N 12.

¹⁵²⁰ Stanislas, **Résolution**, s. 164; Furrer, **Gewährleistung**, s. 91. CO art. 210 al. V hükmünün kaynağını oluşturan aCO art. 258 hükmünde ayıptan doğan seçimlik hakların def'i yoluyla ileri sürülebileceği, daha açık bir şekilde ifade edilmiştir Bkz. **aCO art. 258**: “246. maddede öngörülen bildirim, satıcıya satılanın tesliminden başlayarak bir yıl içerisinde gerçekleştirilmemişse, alıcı def'i yoluyla dahi (*par voie d'exception - einredeweise*) satılanın ayıplı olmasından kaynaklanan garanti sorumluluğuna başvuramaz. Şayet bildirim zamanında yapılmışsa, alıcı ayıptan doğan def'i haklarından yararlanabilir.”

¹⁵²¹ Bu konuda bkz. Merz, **Obligations**, s. 52.

def'i değil, kaynağını zamanaşımına uğramayan (*imprescriptible* - *unverjährbar*) yenilik doğurucu seçimlik haklardan alan bir savunma imkânıdır¹⁵²².

Ayıptan doğan def'i haklarının hukuki niteliğinin tespit edilebilmesi amacıyla, ilk olarak, dar ve geniş anlamda def'i ayrımlarının değerlendirilmesi gerekmektedir. Geniş anlamda *def'i* (*exceptio* - *l'exception* - *die Einrede*) kavramı, borçluya kendisinden talep edilen edimi, özel bir nedenle ifa etmekten kaçınma imkânı veren dar ve teknik anlamda (*stricto sensu*) def'ilerle, bir borcun doğumunu engelleyen veya o borcu sona erdiren itirazları kapsayan bir üst başlıktır¹⁵²³. Nitekim, kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nda ve 818 sayılı eski Borçlar Kanunu'nda pek çok hükümde, "*def'i*" kavramının teknik anlamda def'ilerle birlikte itirazları da kapsar şekilde kullanılmış olduğu görülmektedir¹⁵²⁴. Öte yandan, İsviçre öğretisinde de def'i anlamına gelen "*l'exception* - *die Einrede* - *l'eccezione*" kavramlarının geniş anlamda, bütün savunma imkânlarını kapsar şekilde kullanıldığı gözlemlenmektedir¹⁵²⁵. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda ise söz konusu ayırıma büyük ölçüde dikkat edilerek, geniş anlamda kullanılan def'i kavramı yerine "*savunma*" kavramı¹⁵²⁶ tercih edilmiştir. Savunmalar ise, etkisinin süresine göre geçici veya geciktirici (*dilatoire* - *dilatorisch/aufschiebend*); kesin ya da sürekli (*péremptoire* - *peremptorisch/dauernd*) olmak üzere ikili bir ayırım çerçevesinde değerlendirilmektedir¹⁵²⁷. Oluşumu açısından ise savunma sebepleri, borca bağlı

¹⁵²² Schaller, **Einreden**, N 756. Aynı yönde bkz. Buz, **Yenilik Doğuran Haklar**, s. 100.

¹⁵²³ Gauch, Schluep, Schmid, Emmenegger, **OR AT**, N 76-78; Engel, **Obligations**, s. 33; Tercier, Pichonnaz, **Obligations**, N 316; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **Borçlar Genel**, N 282; Morin, **CommRomand**, CO art. 1 N 29, 30. Nitekim, teknik ve dar anlamda (*stricto sensu*) def'i hakkı öğretide bir yenilik doğurucu hak (*droit formateur* - *Gestaltungsrecht*) olarak da değerlendirilmektedir. Bkz. Tercier, Pichonnaz, **Obligations**, N 314; Gauch, Schluep, Schmid, Emmenegger, **OR AT**, N 76; Morin, **CommRomand**, CO art. 1 N 29; Weber, **BernerKomm**, OR Art. 82 N 202; Tschütscher, **Verjährung**, N 216; Gümüş, **Borçlar Özel**, s. 117. Yenilik doğurucu hak olarak görüldüğü; ancak, öyle olmadığı görüşünde bkz. L'Huillier, **Droit formateur**, s. 95, 96. Özel bir yenilik doğurucu hak olduğu görüşünde bkz. Allimann, **Péremption**, N 896. Detaylı bilgi için bkz. Vionnet, **Droit formateur**, s. 9 vd.

¹⁵²⁴ Örneğin bu durumda eBK m. 167 (CO art. 169), eBK m. 177 (CO art. 199) hükümleri örnek olarak gösterilebilir. Söz konusu hükümleri karşılayan TBK m. 188 ve m. 199 hükümlerinde "*savunma*" kavramı tercih edilmiştir.

¹⁵²⁵ Örneğin bkz. Engel, **Obligations**, s. 33; Gauch, Schluep, Schmid, Emmenegger, **OR AT**, N 76-78; Tercier, Pichonnaz, **Obligations**, N 314 vd. Bu açıdan, geniş anlamda def'ilerin alt başlığını oluşturan itirazlar fiili savunma veya esas savunması (*défense de fait/défense au fond*), dar anlamda def'iler ise hukuki savunma (*défense de droit*) olarak nitelendirilmektedir. İtiraz ve def'i ayrımı net bir şekilde açıklayan söz konusu açıklamalar için Engel, **Obligations**, s. 33, 34; L'Huillier, **Droit formateur**, s. 89 vd.; Bonnard, **Exceptions**, s. 82 vd.

¹⁵²⁶ "*Savunma*" kavramı için bkz. Tercier, Pichonnaz, **Obligations**, N 314 vd.; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **Borçlar Genel**, N 280 vd.

¹⁵²⁷ Gauch, Schluep, Schmid, Emmenegger, **OR AT**, N 76; Engel, **Obligations**, s. 34, 35; Schaller, **Einreden**, N 152 vd.; Tercier, Pichonnaz, **Obligations**, N 320, 321; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **Borçlar Genel**, N 286, 287; Kaniti, **Def'i**, s. 150.

veya borcun sebebiyle ilgili olan ve yükümlülük altındaki herkes tarafından ileri sürülebilen maddi veya mutlak (*matériel/absolu - materielle*) savunmalar ile, borçlu ile alacaklı arasındaki ilişkiden kaynaklanan kişisel veya nispi (*personnel/relatif*) savunmalar olarak ikiye ayrılabilir¹⁵²⁸.

Ayıptan doğan def'i haklarının niteliğinin belirlenmesinde, ikinci olarak, def'i yoluyla ileri sürülen yenilik doğurucu hak özelinde, konunun incelenmesi gerekmektedir:

(i) **Sözleşmeden dönme veya bedel indirimi hakları açısından:** Alıcı, ayıptan doğan def'i hakları kapsamında, sözleşmeden dönme ve bedel indirimi haklarını, def'i yoluyla, satış bedelini talep eden satıcıya karşı ileri sürebilmekte ve satıcının satış bedeli talebine karşı çıkabilmektedir. Öğretide, kullanılan seçimlik hak nazara alınarak, söz konusu def'i imkânı, sözleşmeden dönme (*Wandelungseinrede*) ve bedel indirimi def'i (*Minderungseinrede*) olarak adlandırılmaktadır¹⁵²⁹. Sözleşmeden dönme veya bedel indirimi haklarının, def'i yoluyla ileri sürülmüş olması durumunda, satış bedeli borcu tamamen veya kısmen sona ermektedir¹⁵³⁰. Zira, sözleşmeden dönme halinde satış bedeli borcu ortadan kalkmakta, bedel indirimi hakkının kullanılması durumunda ise satış bedeli ayıp oranında indirim tabi tutulmaktadır. Böylece alıcı, def'i yoluyla satıcıya karşı, artık talep ettiği satış bedelinin kısmen veya tamamen mevcut olmadığını ileri sürmüş olmaktadır. Oysa, *def'i* mevcut bir borcu, kanundan veya sözleşmeden kaynaklanan bir sebeple yerine getirmekten kaçınma hakkı olarak ifade edilmektedir¹⁵³¹. Alacak hakkının, kısmen veya tamamen mevcut olmadığı yönünde bir savunma ise, esasen hakkı sona erdirici bir itiraz (*rechtsaufhebende Einwendung*) teşkil etmektedir¹⁵³². Bu açıdan, gerek

¹⁵²⁸ Tercier, Pichonnaz, **Obligations**, N 323, 324; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **Borçlar Genel**, N 289, 290.

¹⁵²⁹ Gauch, **Entreprise**, N 2090, 2294; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 210 N 13; Honsell, **BaslerKomm**, OR Art. 210 N 6, 7; Honsell, **OR BT**, s. 113; Giger, **BernerKomm**, OR Art. 210 N 70; Tschütscher, **Verjährung**, N 223; Tschütscher, **Aktuelle Probleme**, s. 250, 251; Schaller, **Einreden**, N 754. Biz, her ne kadar *sözleşmeden dönme ve bedel indirimi haklarının def'i yoluyla kullanılması* kavramını tercih etsek de, anlatım kolaylığı sağlaması amacıyla, *sözleşmeden dönme ve bedel indirimi def'i* kavramlarına çalışmamızda yer vermekteyiz.

¹⁵³⁰ Honsell, **OR BT**, s. 113; Schaller, **Einreden**, N 754; Gauch, **Entreprise**, N 2290; Tschütscher, **Verjährung**, N 223. Alman Hukuku'nda aynı yönde bkz. Matusche-Beckmann, **StaudingerKomm**, BGB § 438 N 128.

¹⁵³¹ Gauch, Schluep, Schmid, Emmenegger, **OR AT**, N 76; Engel, **Obligations**, s. 34; Tercier, Pichonnaz, **Obligations**, N 315; Schaller, **Einreden**, N 112; Morin, **CommRomand**, CO art. 1 N 29; Venturi, **Réduction**, N 802; Nomer, **Borçlar Genel**, N 12. *Örneğin* bkz. **İsvFM**, ATF 107 II 50 = JdT 1981 I 229.

¹⁵³² Schaller, **Einreden**, N 755; Honsell, **OR BT**, s. 113; Gauch, Schluep, Schmid, Emmenegger, **OR AT**, N 78; Engel, **Obligations**, s. 34; Tercier, Pichonnaz, **Obligations**, N 316; Venturi, **Réduction**, N 802; Nomer, **Borçlar Genel**, N 12.

sözleşmeden dönme, gerekse bedel indirimi def'inin, teknik hukuk açısından itiraz olarak nitelendirilmesi gerekir¹⁵³³. Buna karşılık, söz konusu haklar def'i yoluyla kullanıldığı için, diğer itirazlar gibi hukuki sonuç doğurmaları ve hâkim tarafından re'sen nazar alınmaları mümkün değildir. Öte yandan, def'i savunması, mevcut bir alacak hakkına karşı kullanılabilirken; sözleşmeden dönme def'i, sözleşme ilişkisinin tamamına karşı hüküm ifade etmekte ve sözleşmeyi bir tasfiye ilişkisine dönüştürmektedir¹⁵³⁴. Belirtmemiz gerekir ki, öğretide sözleşmeden dönme def'inin, gerek hakkı sona erdirmesi, gerekse bütün sözleşme ilişkisini etkilemesi sebebiyle kanunun öngördüğü def'i sistemiyle uyuşmadığı ifade edilmektedir¹⁵³⁵. Ancak, söz konusu savunma imkânının zamanaşımı süresinin dolmuş olması sebebiyle alıcıya karşı, ancak *def'i yoluyla* yani *pasif şekilde* ileri sürülebildiği nazara alındığında¹⁵³⁶, kanunun mevcut düzenlemesi, bir nebze de olsa haklı görülebilmektedir. Bu sebeple, alıcının sözleşmenin sona erdiği veya satış bedelinin indirimine tabi tutulduğu yönündeki iddiası, kanunda klasik bir itiraz olarak değil, "*def'i*" şeklinde ifade edilmiştir.

(ii) **Takas savunması açısından:** Ayıptan doğan def'i hakları kapsamında değerlendirilen takas savunmasıyla alıcı, satıcının alacak hakkını sona erdirmeye imkânına sahiptir. Bu sebeple, takas savunması maddi hukuk kapsamında bir def'i olarak değil, itiraz şeklinde nitelendirilmektedir¹⁵³⁷. Zira, takas yoluyla alıcı, bedel indirimi hakkını kullanmışsa fazladan ödenmiş olan indirim tutarını, onarım hakkını kullanmış olup da ayıp başkası tarafından giderilmişse onarım bedelini veya ayıplı ifanın sebebiyet verdiği doğrudan ve dolaylı zararın tazmini taleplerini, satıcının herhangi bir karşı alacağıyla takas savunmasına konu edebilmekte¹⁵³⁸; böylece karşılıklı borçlardan biri, azı oranında sona erdirilmektedir. Bu sebeple, takas savunmasının pek çok seçimlik hak kapsamında uygulanması ve def'i yoluyla ileri sürülebilmesi mümkündür. Nitekim, öğreti ve uygulamada da def'i ibaresinin

¹⁵³³ Tschütscher, *Verjährung*, N 223, dn. 383; Schaller, *Einreden*, N 754; Gauch, *Entreprise*, N 1550, 1645; Venturi, *Réduction*, N 798.

¹⁵³⁴ Schaller, *Einreden*, N 756; Honsell, *OR BT*, s. 113; Honsell, *BaslerKomm*, OR Art. 210 N 7.

¹⁵³⁵ Honsell, *OR BT*, s. 113. Oysa, sözleşme ilişkisini etkileyen husus, def'i hakkının ileri sürülmesi değil, def'i yoluyla ileri sürülen yenilik doğurucu haktır. Bu açıdan bakıldığında, mevcut hukuki durum kanımızca haklı görülebilir. Aynı yönde bkz. Schaller, *Einreden*, N 756.

¹⁵³⁶ Schaller, *Einreden*, N 755; Zevkliler, Gökyayla, *Borçlar Özel*, s. 139.

¹⁵³⁷ Engel, *Obligations*, s. 670; Tercier, Pichonnaz, *Obligations*, N 1648; Aepli, *ZürcherKomm*, OR Vorbem. Art. 120-126 N 117 vd.; Develioğlu, *Takas*, s. 222; Tercier, Pichonnaz, *Obligations*, N 1612, 1648; Pichonnaz, *Compensation*, N 2019; *İsvFM*, ATF 91 II 213 = JdT 1966 I 176.

¹⁵³⁸ Gauch, *Entreprise*, N 2291. Satıcının yalnızca aynı satış sözleşmesinden doğan alacak hakları ile alıcının ayıptan doğan alacak haklarının takas edilebileceği yönünde bir karar için bkz. *İsvFM*, ATF 91 II 213 = JdT 1966 I 176.

geniş anlamda kullanıldığı ve “*takas itirazı veya takas savunması (objection de compensation - Einwendung der Verrechnung)*” yerine, “*takas def'i*” kavramına yer verildiği görülmektedir¹⁵³⁹.

(iii) **Ödemezlik def'i açısından:** Alıcı satılanın onarılmasını veya ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesini talep etmesi halinde veya bu haklarını def'i yoluyla ileri sürmüş olması durumunda, satış bedeli alacağı ile, söz konusu yenilik doğurucu hakların kullanımı neticesinde oluşan alacak hakları bir “*sinallagma yahut karşılıklılık ilişkisi*” içerisinde¹⁵⁴⁰. Bu durumda alıcı ödemezlik def'i yoluyla satılan onarılmaya kadar ya da ayıpsız bir benzeri kendisine teslim edilene değin, satış bedelini ödemekten kaçınma imkânına sahip olmaktadır¹⁵⁴¹. Bu sebeple, ödemezlik def'i de ayıptan doğan def'i haklarının doğrudan doğruya uygulamasını teşkil etmekte, satılanın onarılması ile ayıpsız benzeriyle değişim haklarının def'i yoluyla ileri sürülmesini sağlamaktadır¹⁵⁴². Öte yandan, öğretide savunulan diğer bir görüşe göre¹⁵⁴³, satış bedelini geçici olarak elde tutmaya yarayan ödemezlik def'i, genel hükümler çerçevesinde (TBK m. 97; CO art. 82) düzenlenmekte, herhangi bir seçimlik hakkın kullanımına imkân sağlamadığı gerekçesiyle ayıptan doğan def'i hakları kapsamında değerlendirilmemektedir. Bu görüşe göre, ödemezlik def'i, seçimlik haklarla sıkı ve yakın ilişki içerisinde bulunması sebebiyle, TBK m. 231 f. I c. 2 ve CO art. 210 al. V hükümlerine kıyasen de olsa tabi tutulmalıdır.

O halde, konumuz açısından bakacak olursak, dar anlamda def'ileri ve itirazları kapsayan ayıplı ifa def'inin “*geniş anlamda bir def'i*” olduğu, bu sebeple,

¹⁵³⁹ Örneğin bkz. Honsell, **OR BT**, s. 113; Furrer, **Gewährleistung**, s. 90; Koller, **Werkvertrag**, N 767; Giger, **BernerKomm**, OR Art. 210 N 67; Jeandin, **CommRomand**, CO art. 124 N 7; **İsvFM**, ATF 91 II 213 = JdT 1966 I 176; **Yargıtay** 23. HD, T. 17.12.2019, E. 2018/654, K. 2019/5372 (kazancı).

¹⁵⁴⁰ Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 206 N 6; Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 810; Gauch, **Entreprise**, N 2368; **İsvFM**, ATF 89 II 235 = JdT 1964 I 248; **KanM (Valais)**, 21.1.1988, RVJ 1988, s. 344-347.

¹⁵⁴¹ Gauch, **Entreprise**, N 2368, 2293; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO Intro. art. 197-210 N 3; Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 810; Koller, **Nachbesserung**, N 392; Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Cilt I, N 1102; Serozan, **Borçlar Özel**, s. 742; **İsvFM**, ATF 89 II 235 = JdT 1964 I 248.

¹⁵⁴² Koller, **Nachbesserung**, N 392, dn. 444; Chaix, **CommRomand**, CO art. 371 N 40; Tschütscher, **Aktuelle Probleme**, s. 251; Tschütscher, **Verjährung**, N 228; Şenocak, **Ayıp**, s. 240, 241. Aynı yönde bkz. Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 210 N 14; Zindel, Pulver, Schott, **BaslerKomm**, OR Art. 371 N 42d; Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Cilt I, N 1102, dn. 327.

Öte yandan, öğretide *Buz*, def'i yoluyla alıcının yalnızca sözleşmeden dönme ve bedel indirimi seçimlik haklarını kullanabileceğini belirtmektedir. eBK m. 203 hükmünde düzenlenen ayıpsız benzeriyle değişim hakkının veya eBK m. 360 hükmünde yer verilen onarım hakkının niçin def'i yoluyla kullanılamadığı ve alıcının hakları arasında neden bu yönde bir ayrıma gidildiği ise anlaşılamamaktadır. Bkz. *Buz*, **Yenilik Doğuran Haklar**, s. 99.

¹⁵⁴³ Gauch, **Entreprise**, N 2293; Serozan, **Dönme**, s. 300; Serozan, **Borçlar Özel**, N 742.

def'i ve itiraz ayrımı açısından değil, “*savunma*” üst başlığı altında değerlendirilmesi gerektiği kabul edilmelidir. Kanımızca, def'i kelimesi, TBK m. 231 hükmünde yalnızca savunma imkânının ileri sürülüş şeklini belirleme açısından; buna ilave olarak, eBK ve İsviçre Borçlar Kanunu geleneğinin bir yansıması olarak kullanılmış bulunmaktadır. Ayıptan doğan def'i hakları kapsamına giren savunma imkânları açısından bakıldığında, yalnızca ödemezlik def'inin dar ve teknik anlamda bir def'i olduğu görülmektedir. Söz konusu imkân, satılan onarılan veya ayıpsız benzeri teslim edilene değin, alıcıya satış bedelini ödemekten kaçınma hakkı tanınması sebebiyle “*geçici veya geciktirici def'i*” olarak nitelendirilmektedir¹⁵⁴⁴. Ayrıca, borçluyla alacaklı arasındaki hukuki ilişkiden doğduğu için “*kişisel veya nispi def'i*” olarak kabul edilmelidir. Sözleşmeden dönme ve bedel indirimi haklarının kullanımına cevaz veren def'i imkânı ile takas savunması, dar ve teknik anlamda değil, “*geniş anlamda def'i*” ve aynı zamanda, daha basit ve genel bir ifade olan “*savunma*” olarak nitelendirilmelidir. Söz konusu imkânlar, etkileri sürekli olduğu için “*sürekli veya kesin savunma*” olarak kabul edilmeli¹⁵⁴⁵, ayrıca satış bedeli borcundan değil, alıcı ile satıcı arasındaki ilişkiden kaynaklandığı için “*kişisel veya nispi savunma*” olarak değerlendirilmelidir.

Öte yandan, öğretide bir görüşe göre, ayıptan doğan def'i hakları, herhangi bir ayrıma gidilmeksizin, “*sürekli def'i*” olarak değerlendirilmektedir¹⁵⁴⁶. Bu görüşteki yazarlar da süreye bağlı dava haklarının, def'i yoluyla sürekli olarak ileri sürülebileceğini ifade etmektedir¹⁵⁴⁷. Öte yandan, bu görüşü savunan bazı yazarlar, sözleşmeden dönme ve bedel indirimi haklarının yenilik doğurucu hak olması karşısında, TBK m. 231 hükmünde düzenlenen sürenin, hak düşürücü süre olduğunu

¹⁵⁴⁴ Bonnard, *Exceptions*, s. 65; Gauch, Schluep, Schmid, Emmenegger, *OR AT*, N 76; Tercier, Pichonnaz, *Obligations*, N 320; Engel, *Obligations*, s. 34; Weber, *BernerKomm*, OR Art. 82 N 202; Schraner, *ZürcherKomm*, OR Art. 82 N 188; Morin, *CommRomand*, CO art. 1 N 29; Hohl, *CommRomand*, CO art. 82 N 5; Kaniti, *Def'i*, s. 150; Oğuzman, Öz, *Borçlar Genel*, Cilt I, N 1116; Nomer, *Borçlar Genel*, N 173.6; *İsvFM*, ATF 128 V 224; ATF 127 III 199 = JdT 2001 I 248; ATF 107 II 222 = JdT 1981 I 620. Onarım ve değişim hakkının kullanılması durumunda, ayıplı ifa def'inin geciktirici def'i niteliğinde olduğu görüşünde bkz. Kahveci, *Dönme*, s. 313, 314.

¹⁵⁴⁵ Engel, *Obligations*, s. 35. Alman Hukuku'nda sürekli def'i olduğu yönünde bkz. Matusche-Beckmann, *StaudingerKomm*, BGB § 438 N 128.

¹⁵⁴⁶ Bonnard, *Exceptions*, s. 67; Kılıçoğlu, *Borçlar Özel*, s. 100, 101; Buz, *Yenilik Doğuran Haklar*, s. 96; Neslihan Çuhadar, *Borç İlişkilerinde Def'i Hakkı ve İtirazlar*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014 (İtirazlar), s. 64. Aynı yönde bkz. Çelik, *Onarım*, s. 167. Belirtmek isteriz ki, pek çok eserde “*sürekli def'i*” nitelendirmesinden kaçınıldığı görülmektedir. Bkz. Gauch, *Entreprise*, N 2288 vd.; Venturi, Zen-Ruffinen, *CommRomand*, CO art. 210 N 12 vd.; Tercier, Bieri, Carron, *Contrats*, N 739 vd.; Koller, *Nachbesserung*, N 391 vd.; Honsell, *BaslerKomm*, OR Art. 210 N 6 vd.

¹⁵⁴⁷ Buz, *Yenilik Doğuran Haklar*, s. 97, dn. 26.

belirtmektedir¹⁵⁴⁸. Buna karşın, TBK m. 231 hükmünde düzenlenen sürenin zamanaşımı değil, hak düşürücü süre niteliğinde olduğunun kabul edilmesi durumunda, yenilik doğurucu hakların, sürenin sonunda nasıl sona ermeyip def'i yoluyla ileri sürülebildiği ise açıklanamamaktadır. Nitekim, bu görüşteki yazarlardan Buz¹⁵⁴⁹, sürenin dolmasıyla birlikte sözleşmeden dönme ve bedel indirimi haklarının yerini, def'i haklarının alacağını savunmakta, akabinde ise TBK m. 231 hükmünde tanınan “*sürekli def'i*” hakkını, “*ayıbın giderilmesi def'i*” olarak nitelendirmektedir. Bu görüşe göre, alıcı sürekli def'i hakkını ileri sürerek, satış bedelini ödemekten kaçınabilmekte; satıcı ise, satılndaki ayıpları gidererek, def'i hakkını *hükümden düşürebilmekte* ve satış bedelini yeniden talep etme imkânı kazanmaktadır¹⁵⁵⁰. Oysa, sürekli def'ilerin en önemli özelliği, edimi ifa etmeyi kesin olarak reddetme yetkisi vermeleridir¹⁵⁵¹. Zamanaşımı def'i gibi sürekli def'ileri *hükümden düşürmek* de mümkün değildir¹⁵⁵². Öte yandan, sözleşmeden dönme ve bedel indirimi hakları da ayıbın giderilmesine değil, satış bedelini kısmen veya tamamen ortadan kaldırmaya yöneliktir. O halde, kanımızca daha yerinde bir şekilde, ayıptan doğan def'i haklarını ne tek başına ödemezlik def'ini karşılar şekilde “*ayıbın giderilmesi def'i*”, ne de geçici def'i imkânını dışlar şekilde “*sürekli def'i*” olarak nitelendirmek gerekmektedir. Yine bu görüşe göre, ayıplı ifa def'i, kanun koyucunun kararsızlığının ürünüdür. Zira, bir yandan alıcının haklarını kısa sürelerle sınırlandırmak isteyen kanun koyucu, diğer yandan da sürenin geçmesine rağmen alıcıyı kısmen de olsa korumak istemektedir¹⁵⁵³. Bu görüşe göre, ideal çözüm ise, sürenin biraz uzun tutularak, ayıplı ifa def'ine yer vermemek olmalıdır. Kanımızca, söz konusu düzenleme bir kararsızlıktan çok, menfaatler dengesini sağlama ve

¹⁵⁴⁸ TBK m. 231 (eBK m. 207) hükmünde düzenlenen sürelerin, sözleşmeden dönme ve bedel indirimi hakları açısından hak düşürücü süre olduğu yönünde bkz. Buz, **Yenilik Doğuran Haklar**, s. 96 vd.; Bucher, **OR BT**, s. 94, 95; Guhl, **Obligations**, s. 240; Atamer, **Taşınır Satımı**, s. 216, dn. 56; Çuhadar, **İtirazlar**, s. 63.

¹⁵⁴⁹ Buz, **Yenilik Doğuran Haklar**, s. 98, 99, dn. 29. Aynı görüşte bkz. Çuhadar, **İtirazlar**, s. 3, 64.

¹⁵⁵⁰ Esasen yazar, bu açıklamalar ile, bizim ayıptan doğan bir def'i hakkı olarak nitelendirdiğimiz, karakteristik bir geçici bir def'i olan ödemezlik def'ini tarif etmektedir. Bkz. Buz, **Yenilik Doğuran Haklar**, s. 99, dn. 29.

¹⁵⁵¹ Bu sebeple, kesin ya da sürekli def'ileri tanımlamak amacıyla, *hak düşürücü def'i* (*péremptoire - peremptorisch/dauernd*) kavramı kullanılmaktadır. O halde, sürekli def'ilerin etkisi kesindir. Borçlu kendisine tanınan def'i hakkından feragat etmedikçe, alacaklının bu böyle bir def'iyi hükümden düşürmesi mümkün değildir. Detaylı bilgi için bkz. Schaller, **Einreden**, N 153 vd.

¹⁵⁵² *Zamanaşımı def'i açısından* bkz. Frossard, **Obligations naturelles**, s. 45; Schwenzer, **OR AT**, N 5.01; Berger, **OR AT**, N 1434; Tercier, Pichonnaz, **Obligations**, N 321; Gauch, Schlupe, Schmid, Emmenegger, **OR AT**, N 3361.

¹⁵⁵³ Buz, **Yenilik Doğuran Haklar**, s. 98, 99, dn. 29; Kahveci, **Dönme**, s. 313.

hakkaniyet esasını koruma amacıyla getirilmiştir¹⁵⁵⁴. Öte yandan, kanun koyucu TBK m. 231 hükmü ile, eBK m. 207 hükmünde düzenlenen süreyi bir yıldan iki yıla çıkarmış olmasına karşın, söz konusu ihtiyaç halen giderilememiştir. Zira, satılndaki ayıbın ortaya çıkabileceği zaman dilimi nazara alındığında, ayıptan doğan def'i haklarına duyulan ihtiyacın, “*sürenin biraz uzun tutulması*” ile karşılanması, kanımızca mümkün değildir.

II. Ayıptan Doğan Def'i Haklarının Genel Koşulları

A. Genel Olarak

Ayıptan doğan seçimlik hakların def'i yoluyla ileri sürebilmesi için, ilk olarak satıcının ayıptan sorumlu olması, yani ayıptan sorumluluk rejiminin maddi ve şekli şartlarının gerçekleşmiş olması gerekir. Bu yöndeki değerlendirmeler konumuz açısından önem arz etmediği için, özellikle ayıptan sorumluluğun maddi şartları açısından genel eserlere atıf yapmakla yetinilmektedir¹⁵⁵⁵. Öte yandan, TBK m. 231 f. I (CO art. 210 al. V) hükmünde, ayıptan doğan def'i haklarının kullanılması, açıkça alıcının ayıp bildiriminde bulunmuş olmasına bağlandığı için, bu konuya aşağıda değinmekte fayda görmekteyiz. Buna ek olarak, def'i imkânının ileri sürülebileceği karşı alacağın niteliğinin de tespit edilmesi önem arz etmektedir. Bu bağlamda aşağıda, alıcının def'i hakkını yalnızca satış sözleşmesinden doğan satış bedeli borcuna karşı mı kullanması gerektiği, yoksa satıcının başka bir hukuki ilişkiden doğmuş olan herhangi bir alacağına karşı da ayıptan doğan def'i haklarının ileri sürülüp sürülemeyeceği incelenmiştir. Öte yandan, aşağıda alıcının, def'i hakkını kullanmadan önce veya en geç def'i hakkını kullanırken, kendisine tanınan hangi seçimlik hakkı ileri sürdüğünü satıcıya bildirmesinin gerekip gerekmediği sorusuna da cevap aranmaktadır.

B. Ayıp Bildiriminde Bulunmuş Olma

TBK m. 213 f. I (CO art. 210 al. V) hükmü uyarınca, alıcının ayıptan doğan def'i haklarını, satıcıya karşı ileri sürebilmesi için, satılanın kendisine devrinden

¹⁵⁵⁴ Bu konuda bkz. yukarıda B.5/I/B.

¹⁵⁵⁵ Satıcının ayıptan sorumluluğu açısından aranan şartlar için bkz. Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 656 vd.; Engel, **Contrats**, s. 34 vd.; Honsell, **OR BT**, s. 90 vd.; Tandoğan, **Borçlar Özel**, Cilt I/1, s. 164 vd.; Eren, **Borçlar Özel**, 100 vd.; Yavuz, **Ayıp**, s. 60; Serozan, **Borçlar Özel**, N 724 vd.; Özdemir, **Sorumluluk**, s. 203 vd.

itibaren iki yıl içerisinde ayıp bildiriminde bulunmuş olması yani ayıp bildirim külfetini (*devoir d'avis - Rügeobligenheit*) gerçekleştirmesi gerekmektedir¹⁵⁵⁶. Söz konusu hüküm uyarınca, ilk olarak, ayıp bildirimin, zamanaşımının başlangıç anı olan satılanın teslim edilmesinden itibaren iki yıl içerisinde gerçekleştirilmiş olması şarttır¹⁵⁵⁷. Zira, ayıptan sorumlulukta olağan zamanaşımı süresi, kullanımla ortaya çıkan gizli ayıplar açısından bir *kesin ayıp bildirim süresi* (*délai d'avis absolu - absolute Rügefrist*) olma özelliği göstermektedir¹⁵⁵⁸. O halde, gözden geçirmeyle tespit edilemeyen gizli ayıpların, ancak zamanaşımı süresi sona ermeden ortaya çıkması ve satıcıya ihbar edilmesi durumunda, ayıptan doğan garanti rejimi alıcı açısından işler hale gelecek ve böylece bu ayıplardan doğan haklar da, def'i yoluyla satıcıya karşı ileri sürülebilecektir. İki yıldan sonra ortaya çıkan ayıplar açısından, satıcının garanti sorumluluğu bulunmadığı için, bu sürenin bitiminden sonra belirgin hale gelen ayıplardan kaynaklanan hakların, def'i yoluyla ileri sürülmesi de mümkün olmayacaktır. Söz konusu iki yıllık kesin ayıp bildirim süresi, TBK m. 219 f. III uyarınca taşınmaz satışında beş yıldır.

İkinci olarak, alıcının def'i haklarının doğması için, ayıp bildiriminin TBK m. 223 (CO art. 201) hükmüne uygun şekilde ve zamanında gerçekleştirilmiş olması

¹⁵⁵⁶ Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 739; Gauch, **Entreprise**, N 2288; Giger, **BernerKomm**, OR Art. 210 N 65; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 210 N 12; Koller, **Nachbesserung**, N 391; **İsvFM**, ATF 91 II 213 = JdT 1966 I 176; **Yargıtay** HGK, T. 26.6.1987, E. 1986/11-626, K. 1987/564 (kazancı). Ayıp bildirimini konusunda detaylı bilgi için bkz. Bieger, **Mängelrüge**, s. 28 vd.; Ünlütepe, **Külfet**, s. 297 vd.; Ş. Deren Gündüz, “Satış Sözleşmesinde Ayıptan Sorumluluk Hükümleri Çerçevesinde Alıcıya Yüklene Kanuni Külfet ve Borçlar”, **Prof. Dr. Özer Seliçi'nin Anısına Armağan**, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 11, Sayı 145-146, 2016, s. 973-1020 (Külfet), s. 978 vd. Güncel bir değerlendirme için bkz. Pascal Pichonnaz, “Un avis des défauts « préventif » en matière de consortium : un bon rappel des exigences”, **DC 2018**, s. 365-367 (DC 2018).

Öte yandan, Yargıtay'a göre garanti süresi kararlaştırılmışsa bu durumda ayıp ihbarında bulunma zorunluluğu yoktur, alıcı doğrudan def'i haklarına başvurabilir. Bkz. **Yargıtay** 15 HD, T. 17.1.2016, E. 2015/5176, K. 2016/4721 (kazancı); **Yargıtay** 15. HD, T. 10.6.2019, E. 2019/1628, K. 2019/2660 (kazancı): “...Garanti süresi içinde ortaya çıkan açık ve gizli ayıplarla ilgili iş sahibi ayıp ihbarında bulunmak zorunda kalmaksızın zamanaşımı süresi içinde ayıbın giderilmesi ve zararlarını isteyebileceği gibi, iş bedeline karşı **ayıp defini** de ileri sürebilir...”

¹⁵⁵⁷ Gauch, **Entreprise**, N 2288; Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 739; Giger, **BernerKomm**, OR Art. 210 N 67; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 210 N 12; Tschütscher, **Aktuelle Probleme**, s. 250; **İsvFM**, ATF 91 II 213 = JdT 1966 I 176.

¹⁵⁵⁸ Spiro, **Begrenzung I**, s. 859, dn. 18; Bühler, **ZürcherKomm**, OR Art. 371 N 25; Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 724; Gauch, **Entreprise**, N 2295; Giger, **BernerKomm**, OR Art. 210 N 67; Tschütscher, **Verjährung**, N 372; Tschütscher, **Aktuelle Probleme**, s. 247; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 201 N 16; Koller, **Nachbesserung**, N 85; Koller, **AJP 2014**, s. 303; Cavin, **Considérations**, s. 342; Gümüş, **Borçlar Özel**, s. 115; **İsvFM**, ATF 130 III 362; ATF 104 II 357; **İsvFM**, 3.3.2016, 4A_446/2015; 29.4.2009, 4A_82/2008; 1.12.1987, SJ 1988 284; **KanM (Graubünden)**, 7.6.2017, PKG 2017, s. 58; **KanM (Jura)**, 23.4.1996, RJJ 1996, s. 141. Karşı görüşte bkz. Brändli, **Nachbesserung**, N 361, 1078 vd.; Bieger, **Mängelrüge**, s. 73.

gerekir¹⁵⁵⁹. Kanunda her ne kadar ayıp bildiriminde bulunulmasından bahsediyor olsa da, bu sonucun sağlanabilmesi için, alıcının öncelikle satılanı muayene ederek gözden geçirme külfetinin yerine getirmesi gerektiği açıktır. O halde, ilk olarak TBK m. 223 f. I hükmüne göre alıcı, satılarda gözden geçirmeyle tespit edilebilecek açık bir ayıp mevcutsa, işlerin olağan akışına göre, satılanı *imkân bulur bulmaz* gözden geçirmek ve tespit ettiği ayıpları *uygun bir süre içinde* satıcıya bildirmek zorundadır. CO art. 201 f. I hükmünde ise alıcının satılardaki ayıbı derhal (*sans délai - sofort*) bildirilmesi gerektiği öngörülmüştür. Bu durumda alıcının kısa bir tepki süresi hariç olmak üzere, ayıbı öğrenir öğrenmez, derhal bildirimde bulunması gerektiği anlaşılmaktadır¹⁵⁶⁰. Söz konusu sonuç, gerek muayene esnasında tespit edilen, gerek gözden geçirme dışında öğrenilen, gerekse muayene esnasında öğrenilebilecek olup alıcı tarafından ihmal edilen ayıplar için geçerlidir¹⁵⁶¹. Örneğin, ayıp bildiriminin birkaç gün sona yapılmış olması, bildirimin gecikmiş bir ihbar sayılmasına yol açabilecektir¹⁵⁶².

Satılarda şayet muayeneyle tespit edilemeyen ve yalnızca kullanımla ortaya çıkan gizli bir ayıp mevcutsa, TBK m. 223 f. II uyarınca bildirim, ayıbın tespit edilmesinden (*öğrenilmesinden*) sonra, kısa bir tepki süresinin ardından *hemen* (*immédiatement - sofort*) gerçekleştirilmelidir¹⁵⁶³. Alıcının yeterince temellendirilmiş bir talep ileri sürebilecek derecede, ayıp hakkında kesin bilgi sahibi olması

¹⁵⁵⁹ Gauch, **Entreprise**, N 2288; Giger, **BernerKomm**, OR Art. 210 N 66; Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 739; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 210 N 12; Eren, **Borçlar Özel**, N 382; **İsvFM**, ATF 91 II 213 = JdT 1966 I 176.

¹⁵⁶⁰ Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 201 N 15; **İsvFM**, ATF 118 II 142 = JdT 1993 I 300; ATF 105 II 90; **KanM (Genève)**, 18.5.1979, SJ 1980 410.

¹⁵⁶¹ Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 723; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 201 N 15.

¹⁵⁶² Giger, **BernerKomm**, OR Art. 201 N 77; Cavin, **Vente**, s. 90; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 201 N 15; **KanM (Genève)**, 18.5.1979, SJ 1980 410. Öte yandan, İsviçre Federal Mahkemesi yedi gün sonra yapılmış bir bildirim geçerli kabul etmiştir. Bkz. **İsvFM**, 31.7.2012, 4A_53/2012. Arıza tespit raporundan itibaren dört gün sonra yapılan bildirim zamanında kabul edilmiştir. Bkz. **Yargıtay** 19. HD, T. 27.11.2019, E. 2018/371, K. 2019/5316 (kazancı). Delil tespitinin akabinde, on gün içinde, bilirkişi raporunun satıcıya tebliğ ettirilmesi durumunda, ayıp ihbarının süresinde yapıldığı yönünde bkz. **Yargıtay** 3. HD, T. 12.3.2015, E. 2014/10600, K. 2015/3968 (kazancı).

¹⁵⁶³ Honsell, **BaslerKomm**, OR Art. 201 N 11; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 201 N 16; **İsvFM**, ATF 131 III 145 = JdT 2007 I 261 = SJ 2005 I 321. Dürüstlük kuralına uygun olan en kısa sürede gerçekleştirilmesi gerektiği görüşünde bkz. **Yargıtay** 13. HD, T. 18.12.2019, E. 2016/27036, K. 2019/12754 (kazancı); **Yargıtay** 13. HD, T. 12.5.2019, E. 2016/24321, K. 2019/12195 (kazancı); **Yargıtay** 13. HD, T. 24.5.2018, E. 2016/2767, K. 2018/6170 (YKD 2018/10, s. 2430); **Yargıtay** 13. HD, 2.3.2017, E. 2015/37431, K. 2017/2757 (YKD 2018/8, s. 1869).

durumunda, ayıbı öğrenmiş olduğu kabul edilmektedir¹⁵⁶⁴. O halde, alıcının ayıbın varlığından sadece şüphe etmesi durumunda, ayıp bildirim külfetinin doğduğundan bahsedilemez¹⁵⁶⁵. Alıcının ayıbın varlığından haklı bir sebeple haberdar olup olmadığı, şahsi becerileri (*teknik bilgisi*), satılanın durumu (*ikinci el veya kullanılmamış olması*), ayıbın niteliği ve muayene imkânının olup olmaması gibi halin gerektirdiği bütün şartlar nazara alınarak tespit edilmelidir¹⁵⁶⁶. Belirtmemiz gerekir ki, alıcının gizli ayıpları tespit etme yükümlülüğü yoktur; zira, araştırma yükümlülüğü gözden geçirme külfetinin yerine getirilmesiyle birlikte son bulmaktadır¹⁵⁶⁷.

Tacirler arasındaki ticari satış sözleşmelerinde ise kanun koyucu, özel bir düzenleme sevk ederek, TTK m. 23 f. I b. c hükmünde ayıp bildiriminin, açık ayıplarda satılanın tesliminden itibaren iki günde, gözden geçirmeyle ortaya çıkabilen açık ayıplarda ise teslimden itibaren sekiz günde gerçekleştirilmesi gerektiğini öngörmüştür¹⁵⁶⁸. Öte yandan, yine aynı hükümde, gözden geçirmeyle tespit edilemeyen ve kullanımla ortaya çıkan gizli ayıplar bakımından TBK m. 223 hükmünün uygulanacağı ifade edilmiştir.

Belirtmek gerekir ki, kural olarak ayıp bildirimi şekle tabi değildir¹⁵⁶⁹. TTK m. 18 f. III hükmünde tacirler arasında, sözleşmeden dönmeye yönelik ihbar ve ihtarların, hükümde belirtilen ispat şekillerinden biriyle yapılması gerektiği öngörülmüşse de, tacirler arasında yapılan ayıp ihbarının TTK m. 18 f. III hükmünde

¹⁵⁶⁴ Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 724; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 201 N 16; Honsell, **BaslerKomm**, OR Art. 201 N 11; **İsvFM**, 13.2.2018, 4A_293/2017 (Kararın değerlendirilmesi için bkz. Pichonnaz, **DC 2018**, s. 356 vd.); **İsvFM**, ATF 118 II 142 = JdT 1993 I 300: “...de manière à pouvoir formuler une réclamation suffisamment motivée...”; **KanM (Jura)**, 23.4.1996, RJJ 1996, s. 148. İhtiyaç halinde bilirkişiye başvurulması gerektiği yönünde bkz. Tercier, **Construction**, N 827.

¹⁵⁶⁵ Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 201 N 16; **İsvFM**, 13.2.2018, 4A_293/2017; **İsvFM**, ATF 118 II 142 = JdT 1993 I 300; ATF 117 II 425 = JdT 1992 I 606; ATF 107 II 172 = JdT 1981 I 598.

¹⁵⁶⁶ Pedrazzini, **Entreprise**, s. 32; Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 725; Acemoğlu, **Karar Tahlili**, s. 28, 29. *Örneğin* bkz. **İsvFM**, ATF 104 II 265; ATF 105 II 90; SJ 1980 289; ATF 107 II 419 = JdT 1982 I 380; **KanM (Valais)**, 12.4.1989, RVJ 1990, s. 158; 22.10.1986, RVJ 1987, s. 213; **KanM (Genève)**, 18.5.1979, SJ 1980 410.

¹⁵⁶⁷ Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 201 N 16; Serozan, **Borçlar Özel**, N 729; Acemoğlu, **Karar Tahlili**, s. 31.

¹⁵⁶⁸ Sekiz günlük bildirim süresi içinde ayıpların “*derhal*” satıcıya bildirilmesi gerektiği yönünde bkz. Eren, **Borçlar Özel**, N 365. Sekiz günlük süre içinde hem muayene hem ayıp ihbarı yapılacağı yönünde bkz. Oktay-Özdemir, **Ayıp**, s. 54.

¹⁵⁶⁹ Honsell, **BaslerKomm**, OR Art. 201 N 10; Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 721; Pedrazzini, **Entreprise**, s. 32; Bettems, **Garantie**, s. 79; Oktay-Özdemir, **Ayıp**, s. 55; Kılıçoğlu, **Borçlar Özel**, s. 83; Zevkliler, Gökyayla, **Borçlar Özel**, s. 125; **İsvFM**, ATF 107 II 172 = JdT 1981 I 598; SJ 1992 103 = DC 1992 38/73; **KanM (Valais)**, 12.4.1989, RVJ 1990, s. 158.

belirtilen şekillerde yapılması gerekmemektedir¹⁵⁷⁰. Net bir tutum sergilemeyen Yargıtay ise, bazı kararlarında¹⁵⁷¹ ayıptan sorumluluk çerçevesinde alıcının sözleşmeden dönme hakkını kullanabileceğini nazara alarak, ilgili hükmün tacirler açısından uygulanması gerektiğini ifade etmektedir. Şekle tabi olsun veya olmasın ayıp bildirimi, satıcıya varmasıyla birlikte sonuç doğuran, tek taraflı bir düşünce açıklamasıdır (*manifestation de pensée - Wissenserklärung*)¹⁵⁷². Bildirimin içeriğinde alıcının satıcıya bir yandan muhakkak satılanı ayıplarıyla birlikte kabul etmek istemediğini bildirmesi, diğer yandan satılandaki bütün ayıpları mümkün olduğu ölçüde somut ve belirli bir şekilde tasvir etmesi gerekmektedir¹⁵⁷³. Ayıp bildiriminin

¹⁵⁷⁰ Tandoğan, **Borçlar Özel**, Cilt I/1, s. 180; Oktay-Özdemir, **Ayıp**, s. 55; Nomer, **Borçlar Genel**, N 285.6, dn. 1409; Kılıçoğlu, **Borçlar Özel**, s. 83; Şahin, **Ayıp**, s. 80; Gündüz, **Külfet**, s. 1000, 1001; **Yargıtay** 15. HD, T. 6.6.2017, E. 2016/2612, K. 2017/2417 (kazancı); **Yargıtay** HGK, 4.12.2015, E. 2015/13-1581, K. 2015/2792 (kazancı); **Yargıtay** 3. HD, T. 12.3.2015, E. 2014/10600, K. 2015/3968 (YKD 2015/9, s. 1825): "...ayıp ihbarının yapıldığı hususu şekle bağlı olmayıp, her türlü delille ve tanık anlatımıyla kanıtlanabilir..."; **Yargıtay** 13. HD, T. 8.10.2015, E. 2015/17604, K. 2015/29258 (YKD 2016/4, s. 886): "...Mülga Ticaret Kanununda temerrüt, sözleşmenin feshi ve rücu ihtarları için geçerlilik şartı olarak düzenlenen şekil şartı yeni yasada yalnızca bir ispat şartı olduğu gibi somut olayda da bu üç halden birinin mevcut olmadığı, davacının ayıp iddiası ile alacak talebinde bulunduğu açıktır. Bu hal için yasa tacire 2 ve 8 günlük muayene ve ihbar süresini getirmekte ise de, özel bir şekil şartı da aranmamakla ihbarda sürelerle uyulup uyulmadığı hususunda genel ispat kuralları geçerli olacaktır..."; **Yargıtay** 15. HD, T. 19.3.2012, E. 2011/4254, K. 2012/1689 (YKD 2012/10, s. 1960).

¹⁵⁷¹ **Yargıtay** HGK, T. 25.5.2016, E. 2014/19-861, K. 2016/632 (kazancı); **Yargıtay** 19. HD, T. 18.9.2017, E. 2016/10393, K. 2017/5931 (kazancı); **Yargıtay** 19. HD, T. 19.10.2017, E. 2016/19104, 2017/7133 (kazancı): "...6102 Sayılı TTK'nun 18/3. maddesine göre; "Tacirler arasında diğer tarafı temerrüde düşürmeye, sözleşmeyi feshe, sözleşmeden düşmeye dair ihbarlar veya ihtarlar noter aracılığı ile taaahhütlü mektupla, telgrafla veya güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemi ile yapılır." Dairemiz istikrarlı uygulamasında, ayıp ihbarlarının da (feshi sonucunu doğurabilceğini düşünerek) belirtilen yasa hükmündeki usullerle yapılması gerektiğini kabul etmektedir. Başka bir anlatımla Dairemiz uygulamasına göre tacirler arasındaki ayıplı mal satışından kaynaklanan uyumsuzluklarda ayıp ihbarının tanıkla ispatı kabul edilmemektedir...". Kanımızca, alıcının sözleşmeden dönme hakkını kullanmamış olduğu durumlarda TTK m. 18 f. III hükmünün somut olay özelinde uygulanması ciddi hak kayıplarına sebebiyet verebilecek niteliktedir. Bu sebeple, bu yöndeki Yargıtay kararlarına katılma olanağı bulunmamaktadır.

¹⁵⁷² Gauch, **Entreprise**, N 2147; Honsell, **BaslerKomm**, OR Art. 201 N 10; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 201 N 12; Bieger, **Mängelrüge**, s. 94; Eren, **Borçlar Özel**, N 360; **İsvFM**, ATF 107 II 172 = JdT 1981 I 598. Öte yandan, bildirimin zamanında yapılmış olup olmaması açısından gönderme anının esas alınması gerektiği ifade edilmektedir. Bkz. Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 727; Eren, **Borçlar Özel**, N 360; Yavuz, **Ayıp**, s. 113.

¹⁵⁷³ Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 719; Honsell, **BaslerKomm**, OR Art. 201 N 10; Pedrazzini, **Entreprise**, s. 32; Bettems, **Garantie**, s. 80; Oktay-Özdemir, **Ayıp**, s. 54, 55; Bähler, **Verhältnis**, s. 150; Eren, **Borçlar Özel**, N 361; Gündüz, **Külfet**, s. 1001; **İsvFM**, 13.2.2018, 4A_293/2017; **İsvFM**, SJ 1992 103 = DC 1992 38/73; **KanM (Genève)**, 18.5.1979, SJ 1980 410; **KanM (Valais)**, 22.10.1986, RVJ 1988, s. 43 = DC 1989 67/95. Satılanın sözleşmeye uygun olmadığı, satılarda ciddi ayıplar bulunduğu veya satılanın tatmin edici bulunmadığının bildirilmesi, yani genel ifadelerle salt ayıplı ifadan bahsedilmesi ayıp bildirimi açısından yeterli görülmemektedir. Bkz. **İsvFM**, 28.5.2002, 4C.395/2001; **KanM (Valais)**, 12.4.1989, RVJ 1990, s. 158. Satıcının ayıbın türü ve ağırlığı hakkında bilgi sahibi olması gerektiği yönünde bkz. Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 719; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 201 N 13.

herhangi bir sebeple satıcıya ulaşmama riskini ise satıcı üstlenmektedir¹⁵⁷⁴. Satıcının herhangi bir sebeple ayıp bildirimine karşı çıkmaması veya zamanında gerçekleştirildiğini ileri sürmemesi ise, ayıptan sorumluluğunu zımnen ikrar ettiği anlamına gelmez¹⁵⁷⁵.

TBK m. 223 hükmü ile TTK m. 23 hükmünde düzenlenen ayıp bildirim süresi, hak düşürücü süre niteliğindedir¹⁵⁷⁶. Öte yandan, bu sürenin dolması üzerine meydana gelecek etki konusunda öğretide görüş birliği bulunmamaktadır. Ayıp bildiriminin zamanında ve geçerli olarak yapılmaması durumunda öğretide çoğunluk¹⁵⁷⁷, alıcının satılan ayıplarıyla birlikte kabul etmiş olduğunu, böylece bir kabul faraziyesi (*fiction d'acceptation* - *Genehmigungsfiktion*) meydana geldiğini ve satıcının sorumluluğunun sona erdiğini savunmaktadır. Bu görüşün doğal sonucu olarak, alacak hakkının doğmadığı şeklindeki bir savunma, itiraz teşkil etmekte ve hâkim tarafından re'sen nazara alınmaktadır. O halde, geçerli bir ayıp bildiriminde bulunulmaması durumunda, ayıptan doğan def'i haklarının doğmadığı da hâkim tarafından re'sen nazara alınacaktır. Bizim de isabetli bulduğumuz aksi görüş uyarınca¹⁵⁷⁸, hâkimin satıcı yerine geçerek, ayıp bildiriminde bulunulmadığına re'sen hükmetmesi mümkün değildir. Bu yöndeki bir sonuç, usul hukukuna hâkim olan

¹⁵⁷⁴ Giger, **BernerKomm**, OR Art. 201 N 91; Oser, Schönenberger, **ZürcherKomm**, OR Art. 201 N 40; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 201 N 12.

¹⁵⁷⁵ Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 717; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 201 N 12; **İsvFM**, ATF 107 II 172 = JdT 1981 I 598.

¹⁵⁷⁶ Stanislas, **Résolution**, s. 162; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 201 N 19; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **Borçlar Genel**, N 1552; Allimann, **Péremption**, N 1500; Zevkliler, Gökyayla, **Borçlar Özel**, s. 125; Makaracı Başak, **TBK m. 225/II**, s. 1916; İlgili sürelerin *belirli olmayan hak düşürücü süre* kategorisine girdiği görüşünde bkz. Capitaine, **Prescription**, s. 104.

¹⁵⁷⁷ Wyss, **Péremption**, s. 15; Bieger, **Mängelrüge**, s. 122 vd.; Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 726, 730; Gauch, **Entreprise**, N 2189; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 201 N 18, 19; Pedrazzini, **Dissimulation**, N 882, 891; Keller, Siehr, **Kaufvertrag**, s. 86; Müller, Mader, **Contrats II**, s. 290; Krauskopf, **neue Regeln**, s. 94; Benedick, Vischer, **Verjährungsregeln**, N 7; Bähler, **Verhältnis**, s. 153; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **Borçlar Genel**, N 1552; Honsell, **BaslerKomm**, OR Art. 201 N 12; Bettemts, **Garantie**, s. 81, 82; Kaniti, **Def'i**, s. 119; Öz, **Dönme**, s. 112; Makaracı Başak, **TBK m. 225/II**, s. 1922; Şenocak, **Ayıp**, s. 229; Zevkliler, Gökyayla, **Borçlar Özel**, s. 124; **İsvFM**, ATF 133 III 335, c. 2.4.4 = JdT 2010 I 223; ATF 113 II 174 = JdT 1987 I 481; **İsvFM**, 24.6.2005, 4C.43/2005; **Yargıtay** 7.5.2018, E. 2015/36026, K. 2018/5303 (kazancı); **Yargıtay** 19. HD, T. 24.5.2016, E. 2016/4144, K. 2016/9321 (kazancı); **Yargıtay** 13. HD, T. 10.12.2002, E. 2002/10673, K. 2002/13269 (kazancı): "...Anılan yasa maddesindeki bildirme (ihbar) süreleri bir hak düşürücü süre olup, bu nedenle hakim tarafından resen gözönünde tutulur...". Söz konusu Yargıtay kararlarının eleştirisi için bkz. Oktay-Özdemir, **Ayıp**, s. 57, 58.

¹⁵⁷⁸ Spiro, **Begrenzung II**, s. 1135, 1142 vd.; Nomer, **Borçlar Genel**, N 285.6, dn. 1410; Tercier, **DC 1981**, s. 15; Oktay-Özdemir, **Ayıp**, s. 57, 58. Aynı yönde bkz. Bucher, **OR AT**, s. 451, dn. 31; Allimann, **Péremption**, N 1244; Atamer, **Taşınır Satımı**, s. 204. Hâkimin ayıp bildiriminin *süresinde* yapılmamış olduğunu re'sen nazara alamayacağı; buna karşılık, ayıp bildiriminin yapılmamış olduğunu re'sen göz önünde bulundurabileceği yönünde bkz. Şahiniz, **Ayıp**, s. 83.

taraflarca getirilme ilkesiyle de (HMK m. 25) bağdaşmamaktadır. Nitekim, İsviçre Federal Mahkemesi, ayıp bildiriminde bulunulmaması durumunda ayıptan sorumluluğunun sona erdiğini savunsa dahi, ayıp bildiriminde bulunulmadığını hâkimin re'sen nazara alamayacağını; zira, iddia yükünün satıcıda olduğunu savunmaktadır¹⁵⁷⁹. Bu durumda satıcının ayıptan sorumluluğu, geçerli bir şekilde satıcı tarafından ayıp bildiriminde bulunulmadığının (*def'i yoluyla*) ileri sürülmesiyle birlikte sona ermelidir¹⁵⁸⁰. O halde, alıcının ayıptan doğan def'i haklarını satıcıya karşı ileri sürmesi durumunda, satıcı ayıp bildiriminde bulunulmadığını ileri sürerek, alıcının kullandığı def'i hakkını hükümden düşürebilecektir. Varılan bu sonuç, hak düşürücü sürelerle ilgili temel prensiplere de uygundur. Pek çok durumda hak düşürücü süreler, kamu düzeni gagesiyle getirilmiştir¹⁵⁸¹. Bu durumda, borçlunun ileri sürmesi gerekmez, sürenin dolduğunu ve hakkın sona erdiğini hâkimin re'sen nazara alması işin doğası gereğidir. Oysa, sözleşme serbestisi prensibine dayanan ayıptan sorumluluk kapsamında öngörülen ayıp bildirim sürelerinin, *doğrudan doğruya* kamu düzenini tesis etmeyi amaçladığı ve Türk Medeni Kanunu'nda öngörülen hak düşürücü sürelerle aynı hukuki rejime tabi kılınması gerektiği söylenemez¹⁵⁸². Bu sebeple, borçlu lehine öngörülen ayıp bildirim sürelerine riayet edilmediğinin, iddia yükünü taşıyan satıcı tarafından, muhakkak ileri sürülmesi gerekir. Sonuç olarak, hâkimin satıcının yerine geçerek, re'sen ayıp bildiriminin zamanında veya hiç yapılmadığını nazara alamaması gerekmektedir.

Öte yandan, TBK m. 225 uyarınca satıcının ağır kusurlu olduğu durumlarda, alıcının ayıp bildiriminde bulunması gerekmemektedir. Bu durumda ayıptan doğan def'i hakları bakımından da alıcının ayıp bildiriminde bulunması aranmayacaktır¹⁵⁸³.

¹⁵⁷⁹ İsvFM, 29.1.2019, 4A_288/2018 = BR 2019, s. 343; 12.4.1988, ZBGR 71/1990, s. 367; İsvFM, ATF 107 II 50 = JdT 1981 I 269; ATF 118 II 142; KanM (Neuchâtel), 6.5.1979, RJN 1977-1981 I 302 = DC 1981 14 N 12. Aynı yönde bkz. Honsell, **BaslerKomm**, OR Art. 201 N 11.

¹⁵⁸⁰ Spiro, **Begrenzung II**, s. 1135, 1142 vd.; Oktay-Özdemir, **Ayıp**, s. 57, 58; Nomer, **Borçlar Genel**, N 185.7.

¹⁵⁸¹ Türk Medeni Kanunu'ndaki hak düşürücü süreler böyledir. Nitekim, hak düşürücü sürelerin, genellikle kamu düzenini koruma amacıyla getirilmiş olduğu yönünde bkz. Wyss, **Péremption**, s. 18; Pichonnaz, **CommRomand** CO art. 129 N 4; Chappuis, **Péremption**, s. 135; Engel, **Obligations**, s. 798; Capitaine, **Prescription**, s. 36. Aynı yönde bkz. Gauch, Schluep, Tercier, **Obligations**, N 2128.

¹⁵⁸² Sözleşmeler hukuku çerçevesinde öngörülen hak düşürücü süreler ile kamu düzenini bağdaştırmanın mümkün olmayacağı yönünde bkz. Spiro, **Begrenzung II**, s. 942 vd.; Allimann, **Péremption**, N 1016. Nitekim, zamanaşımına nazaran hak düşürücü sürelerin çok farklı hukuki durumlar açısından öngörüldüğü ve yeknesak bir şekilde hak düşürücü sürelerin kanunda düzenlenmesi mümkün olmadığından, İsviçre kanun koyucusunun, hak düşürücü süreler için ortak kuralları sevk etmediği belirtilmektedir. Bkz. Rossel, **Obligations**, s. 189; Wyss, **Péremption**, s. 11.

¹⁵⁸³ Öz, **İnşaat**, s. 224.

Aynı sonuç tüketici işlemi niteliğinde olan satış sözleşmeleri açısından da geçerlidir. Zira, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun çerçevesinde ayıp bildirim külfetine yer verilmemiş, bunun yerine TKHK m. 10 f. I'de ispat külfetini ilgilendiren, altı aylık bir süre öngörülmüştür¹⁵⁸⁴.

C. Satış Bedeline Karşı İleri Sürülme

eBK m. 207 f. II hükmünde kanun koyucu, “*alıcının satıcı tarafından aleyhine ikame edilen davada*” def'i ileri sürebileceğini düzenlemiş; öte yandan, bu davada satıcının ileri sürdüğü hangi talebe karşı alıcının def'i hakkını kullanılabileceği belirtilmemiştir¹⁵⁸⁵. Nitekim, İsviçre-Türk öğretisinde öteden beri, ayıptan doğan def'i haklarının, yalnızca satıcının aynı satış sözleşmesinden doğan satış bedeli alacağına karşı mı kullanılması gerektiği, yoksa satıcının başka bir hukuki ilişkiden doğan herhangi bir alacağına karşı da, def'i haklarının ileri sürülmesinin mümkün olup olmadığı konusu tartışmalara sebep olmuştur. Belirtmek isteriz ki, şayet def'i haklarının yalnızca satış bedeline karşı ileri sürülebileceği kabul edilirse, alıcının söz konusu def'i imkânını kullanabilmesi için, mutlaka satış bedeli borcunu kısmen veya tamamen ödemiş olması gerekecektir.

Bu açıdan, öğretilde savunulan bir görüşe göre¹⁵⁸⁶, ayıptan doğan def'i hakları yalnızca satıcının satış bedeli alacağına, yahut ödenmemiş olan satış bedeli sebebiyle satılanın iadesi talebine karşı ileri sürülebilme kabiliyetine sahiptir. Bu görüş, esasen *dar yorum* metoduyla, def'ilerin, yalnızca mevcut bir borcu, kanundan veya sözleşmeden kaynaklanan bir sebeple ifa etmekten kaçınma hakkı olarak tanımlanması fikrine dayanmakta ve söz konusu savunma imkânının, ancak bu imkâna vücut veren sözleşme ilişkisi çerçevesinde kullanılabileceğini belirtmektedir.

¹⁵⁸⁴ Bkz. Nomer, **Borçlar Genel**, N 285.6; Serozan, **Borçlar Özel**, N 731; Zevkliler, Gökyayla, **Borçlar Özel**, s. 123; Ünlütepe, **Külfet**, s. 321. Tüketicinin uzun süre sessiz kalmasının malı kabul ettiği şeklinde yorumlanabileceği yönünde bkz. Zevkliler, Gökyayla, **Borçlar Özel**, s. 124.

¹⁵⁸⁵ Her ne kadar bu bölümde, ayıptan doğan def'i haklarının ileri sürülebileceği karşı alacağı değerlendirmiş olsak da; belirtmek isteriz ki, söz konusu def'i imkânı, muhakkak satış sözleşmesinin karşı sözleşeni olan satıcıya veya onun külli haleflerine karşı ileri sürülebilir. Alıcının, satılanı üçüncü kişiye satması ve devretmesi durumunda, def'i haklarını, satılanın ayıplı olduğunu fark eden üçüncü kişiye karşı kullanması mümkün değildir.

¹⁵⁸⁶ Rossel, **Obligations**, s. 285; Becker, **BernerKomm**, OR Art. 210 N 135; Furrer, **Gewährleistung**, s. 89; Schwander, **Verjährung**, s. 108; Bonnard, **Exceptions**, s. 66; Escher, **SJZ 1952**, s. 174 vd. (Naklen: Giger, **BernerKomm**, OR Art. 210 N 69); Gümü, **Borçlar Özel**, s. 118; **KanM (Zürich)**, ZR 48/1949 N 152, s. 294: “...Başka bir hukuki ilişki çerçevesinde doğmuş olan bir borca karşı alıcının def'i haklarını kullanması, alıcıya zamanaşımı düzenlemesini arkadan dolanma imkânı sağlayacaktır. Bu durumda alıcı satıcıyla başka bir taksitli satış akdederek, zamanaşımına uğramış olan ayıptan doğan alacak haklarını yeniden canlandırabilecektir...”. Karar için bkz. Stanislas, **Résolution**, s. 165, 166; **İsvFM**, ATF 91 II 213 = JdT 1966 I 176.

O halde, bu görüşe göre, ayıptan doğan def'i hakları ilgili oldukları hukuki çerçeve dışına çıkarılarak, satıcının herhangi bir alacak hakkına karşı ileri sürülebilme kabiliyetine sahip değildir. Nitekim, aksi görüş kabul edilecek olursa, alıcı daha sonra satıcı ile sözleşme ilişkisine girerek, ayıptan doğan def'i hakları yoluyla, başka bir sözleşme ilişkisinden doğan borcunu ödemekten kaçınabilecek; böylece, zamanaşımı hükümlerini, def'i hakkı yoluyla, arkadan dolanmış olacaktır. Bu durumda, satıcı zamanaşımı süreleriyle hedeflenenin aksine, büyük bir belirsizlik içinde bırakılmış olacaktır.

Buna karşın, öğretide savunulan diğer görüşe göre¹⁵⁸⁷, hükmün *geniş yorum* metoduyla değerlendirilmesi sonucunda alıcı, ayıptan doğan def'i haklarını, satıcının satış bedeli alacağına karşı kullanabileceği gibi, satıcının kendisine karşı ileri sürdüğü ve başka bir hukuki ilişkiden doğan alacak haklarına karşı da kullanabilir. Nitekim, Alman Hukuku'nda BGB § 438 Abs. IV hükmünde açıkça ayıp def'inin, satış bedeli alacağına karşı kullanılabilmesinin belirtilmiş olmasının aksine¹⁵⁸⁸, TBK m. 231 ve CO art. 210 hükümlerinde herhangi bir sınırlandırmaya yer verilmemiştir.

Belirtmek isteriz ki, söz konusu tartışma günümüzde şekil değiştirmiştir. Zira, güncel eserlerde¹⁵⁸⁹, ayıptan doğan def'i haklarının, tek bir savunma imkânını kapsamadığı, bünyesinde farklı def'i ve itirazları barındırdığı kabul edilmiştir. Bu sebeple, haklı olarak, genelleyici ifadelerle ön kabullerden kaçınıldığı anlaşılmaktadır. Nitekim, alıcının ayıptan doğan def'i hakları kapsamında yer alan sözleşmeden dönme ve bedel indirimi def'ileri ile onarım ve ayıpsız benzeriyle değişim haklarını ileri sürdüğü ödemezlik def'i, niteliği itibariyle ancak ve ancak satıcının satış bedeli alacağına karşı ileri sürülebilme kabiliyetine sahiptir. Alıcı satış bedelinin ödenmesi talebine karşı, sözleşmeden dönme veya bedel indirimi def'i ile karşı koyarak, satış bedeli borcunun kısmen veya tamamen ortadan kalktığını ileri sürmektedir. Öte yandan, ödemezlik def'i ise birbiriyle "*karşılıklılık veya sinallagma*

¹⁵⁸⁷ Oser, Schöenberger, **ZürcherKomm**, OR Art. 210 N 8; Giger, **BernerKomm**, OR Art. 210 N 69; Katz, **Sachmängel**, s. 81; Cavin, **Vente**, s. 106; Stanislas, **Résolution**, s. 165; Leuba, **Vente**, s. 200; Tunçomağ, **Borçlar Özel**, s. 198; Tandoğan, **Borçlar Özel**, Cilt I/1, s. 202; Seliçi, **İnşaat**, s. 207; Yavuz, **Ayıp**, s. 165; Gümüş, **Borçlar Özel**, s. 117; Aral, **Takas**, s. 90, 91; Şahiniz, **Ayıp**, s. 132.

¹⁵⁸⁸ Bkz. Medicus, Lorenz, **SchuldR BT**, § 9 N 20; Brox, Walker, **SchuldR BT**, § 4 N 133; Greiner, **BT**, N 295; Looschelders, **BT**, N 160; Westermann, **MünchKomm**, BGB § 438 N 38; Hofmann, Pammier, **Mängelinde**, s. 294.

¹⁵⁸⁹ *Örneğin* bkz. Gauch, **Entreprise**, N 2289; Koller, **Nachbesserung**, N 393, dn. 447; Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 739; Schaller, **Einreden**, N 754; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 210 N 12; Venturi, **Réduction**, N 802; Aral, Ayrancı, **Borçlar Özel**, s. 157. Aynı yönde bkz. **İsvFM**, ATF 91 II 213 = JdT 1966 I 176.

ilişkisi” içerisinde bulunan bir karşı alacağın varlığını zorunlu kılmaktadır (TBK m. 97)¹⁵⁹⁰. O halde, alıcının satış bedeli borcu dışında kendisine karşı ileri sürülen başkaca bir talebe karşı, ayıptan doğan def’i haklarını ileri sürüp sürememesi, yalnızca *takas savunması* açısından önem taşımaktadır. Her ne kadar genel hükümler çerçevesinde böyle bir tereddüt bulunmamaktaysa da; İsviçre Federal Mahkemesi ve öğretide pek çok yazar, alıcının mevcut satış sözleşmesinden doğmayan bir alacağa karşı, ayıptan doğan ve konusu para borcu olan alacağını takas edip edemeyeceği sorusuna cevap aramıştır.

Konuyu ilk olarak 1965 tarihinde ele alan İsviçre Federal Mahkemesi’nin önüne gelen olayda¹⁵⁹¹ alıcı, satış sözleşmesi çerçevesinde maruz kaldığı ayıptan doğan tazminat taleplerini konu edinen bir dava ikame etmiş; satıcı ise bu davaya, başka bir satış sözleşmesinden doğan alacak hakkını konu edinen bir karşı dava ile cevap vermiştir. Alıcı, bunun üzerine takas savunmasında bulunmuştur. Kanton Mahkemesi ise, takas savunması üzerinde hiç durmaksızın, alıcının ayıptan doğan hakları açısından zamanaşımı süresinin dolmuş olması sebebiyle, alıcının esas talebini reddetmiş ve satıcının karşı dava ile ileri sürdüğü talebini kabul etmiştir. İsviçre Federal Mahkemesi ise, alıcı tarafından ileri sürülen takas savunmasının re’sen incelemesi gerektiğini belirterek, Kanton Mahkemesi kararını bozmuştur. Federal Mahkeme, öğretide o dönem ağırlıklı olarak *Becker* ve *Escher* tarafından savunulan¹⁵⁹² ve ayıptan doğan def’i haklarının yalnızca, aynı satış sözleşmesinden doğan satış bedeli alacağına karşı kullanılması gerektiği fikrine karşı çıkarak, satıcının herhangi bir alacağına karşı da, ayıptan doğan def’i hakları kapsamında yer alan takas savunmasında bulunulabileceğini ifade etmiştir. Esasen, bu çözüm takas konusunda, CO art. 120 (TBK m. 139) hükmünde düzenlenen genel prensibin tekrarı niteliğinde olsa da; öğretide savunulan aksi görüşün varlığı, bu yöndeki bir değerlendirmeyi zorunlu kılmıştır.

Yüksek Mahkeme, söz konusu ilke kararında, ayıptan doğan def’i hakları ifadesinin, alıcının sahibi olduğu hakkın hukuki dayanağını tanımlamakta olduğunu; buna karşın, def’i yoluyla karşı çıkılan alacağın hukuki dayanağını düzenlemediğini

¹⁵⁹⁰ *Örneğin* bkz. Hohl, **CommRomand**, CO art. 82 N 5; Schraner, **ZürcherKomm**, OR Art. 82 N 15; Leu, **BaslerKomm**, OR Art. 82 N 5; Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Cilt I, N 1095; **İsvFM**, 28.8.2008, 4A_252/2008.

¹⁵⁹¹ Karar için bkz. **İsvFM**, ATF 91 II 213 = JdT 1966 I 176.

¹⁵⁹² Becker, **BernerKomm**, OR Art. 210 N 135; Escher, **SJZ** 1952, s. 174 vd. (Naklen: Giger, **BernerKomm**, OR Art. 210 N 69).

ifade etmiştir¹⁵⁹³. Kararda Federal Mahkeme, takas savunmasının yalnızca söz konusu satıştan doğan alacak haklarını sona erdiren bir imkân olarak nitelendirilmesine karşı çıkmış ve hükmün daha geniş bir şekilde anlaşılması gerektiğini belirtmiştir. Yüksek Mahkeme, kararda takas imkânının her tür karşı alacak için tanınmasının, satıcıyı hukuki belirsizlik içinde bırakacağı yönündeki karşı görüşün de isabetli olmadığını belirtmiştir. Zira, alıcı CO art. 201 (TBK m. 223) uyarınca satılanı gözden geçirmek ve tespit ettiği ayıpları satıcıya bildirmek; öte yandan, gözden geçirmeyle tespit edilemeyen ayıpları iki yıllık zamanaşımı süresi dâhilinde derhal ihbar etmek durumundadır. Bu sayede satıcı, alıcının muhtemel taleplerine karşı, hukuki bir belirsizlik içinde kalmaktan da kurtarılmış olmaktadır. Bu durumda, haklarını kullanmak amacıyla elinden geleni yapmış olan alıcıya karşı, satıcının başvurabileceği yegâne yol, ayıptan sorumluluğun doğmadığını iddia etmek olacaktır.

O halde, İsviçre Federal Mahkemesi'nin de ifade ettiği üzere, alıcı uyuşmazlığa sebebiyet veren satış sözleşmesinden doğmuş olsun veya olmasın, başka bir satış sözleşmesi kapsamında sahibi olduğu ve konusu para olan ayıptan doğan alacak haklarını, takas savunması yoluyla ileri sürebilecektir¹⁵⁹⁴. Başka bir ifadeyle, alıcı, ayıptan doğan haklarını, satıcının herhangi bir hukuki ilişkiden doğmuş olan karşı alacağıyla, takas savunmasına konu edebilecektir. Bu açıdan, ayıptan doğan hakların, mutlaka aynı sözleşmeden doğan satış bedeli alacağına karşı ileri sürülmesi şart değildir.

Öte yandan, kanun koyucu CO art. 120 al. III (TBK m. 139 f. III) hükmüyle zamanaşımına uğramış bir alacağın takasını, takas edilebileceği anda muaccel olmaması şartına tabi tutmuştur. Bu durumda, alıcı, zamanaşımı süresi dolduktan sonra satıcıya karşı borç altına girerek, ayıptan doğan haklarını, takas yoluyla ileri süremeyecektir. Böylece, İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre, CO art. 120 al. III hükmüyle sayesinde, alıcının satıcıyla yeni bir satış sözleşmesi akdederek, önceki

¹⁵⁹³ **İsvFM**, ATF 91 II 213 = JdT 1966 I 176: "...L'expression "exceptions dérivant des défauts de la chose" définit le fondement juridique du droit propre de l'acheteur, mais non pas en revanche celui de la créance à laquelle ce droit est opposé par voie d'exception... Die Wendung "Einreden des Käufers wegen vorhandener Mängel" bezeichnet nur den Rechtsgrund des eigenen Anspruchs des Käufers, nicht auch den Rechtsgrund der Gegenforderung, der sich der Käufer durch die Einrede widersetzt... (Satılanın ayıplarından doğan def'i hakları ifadesi, alıcının kendi hakkının hukuki temelini tanımlamaktadır, def'i yoluyla karşı çıkılan alacağın değil)"

¹⁵⁹⁴ **İsvFM**, ATF 91 II 213 = JdT 1966 I 176: "... Il n'importe pas que cette créance dérive de la vente qui donne lieu au litige ... Hierbei macht es keinen Unterschied, ob diese aus dem betreffenden Kauf abgeleitet wird... (Bu alacağın uyuşmazlığa neden olan satıştan kaynaklanmış olması önemli değildir)"

satıştan doğan alacaklarını, def'i yoluyla tekrar canlandırabilmesinin önünü kesilmiştir¹⁵⁹⁵. O halde, zamanaşımı düzenlemelerinin arkadan dolanılmasına hizmet eder şekilde, varılan çözümün kötüye kullanılması engellenmiş ve takas savunmasının yalnızca aynı satış sözleşmesinden doğan alacak hakları için mümkün olduğunu savunan karşı görüşteki yazarların endişeleri giderilmiş olmaktadır.

İsviçre Federal Mahkemesi tarafından savunulan görüş, pek çok yazar¹⁵⁹⁶ tarafından da kabul görmüş, alıcının ayıptan doğan ve konusu para borcu olan alacak haklarını, satıcıya karşı ileri sürebilmesi için, takasa konu aktif ve pasif alacağın aynı hukuki ilişki çerçevesinde doğmuş olmasının gerekmediği ifade edilmiştir. Varılan bu çözüm, takasa konu alacakların karşılıklı olması dışında, aynı hukuki ilişkiden doğmasının aranmaması yönündeki temel kuralla da uyumludur¹⁵⁹⁷. Esasen, genel hükümlerde öngörülen prensiplerden ayrılmak için herhangi bir gerekçe mevcut olmadığı gibi, TBK m. 231 hükmünde de bu yönde herhangi bir sınırlama yer almamaktadır.

Takas savunması dışında, sözleşmeden dönme ve bedel indirimi def'ileri ile ödemezlik def'inin, BGB § 438 Abs. IV hükmüne benzer şekilde, muhakkak satıcının satış bedeli alacağına karşı kullanılması gerektiği haklı olarak ifade edilmektedir¹⁵⁹⁸. Zira, söz konusu def'i imkânları, hukuki mahiyetleri gereği takastan farklı olarak, aynı hukuki ilişkiden doğmuş bir karşı alacağın varlığını zorunlu kılmaktadır. O halde, sözleşmeden dönme, bedel indirimi veya ödemezlik def'i yoluna başvurmak isteyen alıcının, kısmen de olsa muhakkak satış bedelini

¹⁵⁹⁵ İsviçre Federal Mahkemesi'nin bu yöndeki gerekçesi öğretide de pek çok yazar tarafından kabul edilmiştir. Bkz. Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 210 N 13; Stanislas, **Résolution**, s. 166; Furrer, **Gewährleistung**, s. 90; Honsell, **BaslerKomm**, OR Art. 210 N 7; Giger, **BernerKomm**, OR Art. 210 N 69; Cavin, **Vente**, s. 106; Tandoğan, **Borçlar Özel**, Cilt I/1, s. 202; Yavuz, **Ayıp**, s. 165.

¹⁵⁹⁶ Gauch, **Entreprise**, N 2291; Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 740; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 210 N 13; Cavin, **Vente**, s. 106; Giger, **BernerKomm**, OR Art. 210 N 69; Honsell, **BaslerKomm**, OR Art. 210 N 7; Honsell, **OR BT**, s. 112, 113; Gautschi, **BernerKomm**, OR Art. 371 N 8b; Koller, **Nachbesserung**, N 393; Bettems, **Garantie**, s. 84, 85; Seliçi, **İnşaat**, s. 207; Tandoğan, **Borçlar Özel**, Cilt I/1, s. 202; Eren, **Borçlar Özel**, N 382; Yavuz, **Ayıp**, s. 165; Aral, **Takas**, s. 90, 91; Şenocak, **Ayıp**, s. 240. Aynı yönde bkz. **Yargıtay 15. HD**, T. 14.3.2006, E. 2005/1693, K. 2006/1392 (kazancı). Öte yandan, karşılıklı para borçlarının aynı para biriminde olması da şart değildir. Bkz. Halûk Nami Nomer, "Para Borcu Kavramı ve Para Borçlarının BK 118/I Anlamında Aynı Cinsten Kabul Edilip Birbirleriyle Takas Edilebilirliği Problemi", **İÜHF**, Cilt 57, Sayı 1-2, s. 241-264, 1999 (Para Borcu), s. 259, 260.

¹⁵⁹⁷ Nitekim, takasta alacakların bağlantılı olması şart değildir. Bkz. Develioğlu, **Takas**, s. 75; Jeandin, **CommRomand**, CO art. 120 N 2; Tercier, Pichonnaz, **Obligations**, N 1636; Oğuzman, **Öz, Borçlar Genel**, Cilt I, N 1853.

¹⁵⁹⁸ Honsell, **BaslerKomm**, OR Art. 210 N 7; Honsell, **OR BT**, s. 113; Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 741; Gauch, **Entreprise**, N 2294; Giger, **BernerKomm**, OR Art. 210 N 70; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 210 N 13; Schaller, **Einreden**, N 754 vd.; Venturi, **Réduction**, N 817; Tandoğan, **Borçlar Özel**, Cilt I/1, s. 202.

ödememiş olması gerekmektedir¹⁵⁹⁹. Aksi halde alıcı, şartları elveriyorsa, satıcının başka bir hukuki ilişkiden doğmuş alacak hakkına karşı, yalnızca takas savunmasına başvurabilecektir.

D. Hangi Seçimlik Hakkın Kullanıldığının Belirtilmesi

Ayıptan sorumluluktan kaynaklanan seçimlik hakların, zamanaşımı süresi geçtikten sonra da def'i yoluyla (*par voie d'exception - einredeweise*) satıcıya karşı ileri sürülebileceği daha önce de ifade edilmişti. Bu durumda, ayıptan doğan def'i hakları kurumunun, esasen zamanaşımından etkilenmeyen yenilik doğurucu hakların zamanaşımı süresi dolduktan sonra, bir savunma aracı (*moyen de défense - Verteidigungsmittel*) olarak kullanılması anlamına geldiğini, alıcının böylece satış bedeli talebine karşı koyabildiğini tekrar belirtmek isteriz. İşte bu açıdan, ayıptan sorumluluk çerçevesinde söz konusu olan yenilik doğurucu hakların, hukuki sonuçlarını doğurabilmesi için, alıcının hangi hukuki imkânı kullandığını, muhatabına varmasıyla birlikte sonuç doğuran, tek taraflı bir beyanla satıcıya yöneltmesi gerekmektedir¹⁶⁰⁰. O halde, yenilik doğurucu haklarını def'i yoluyla ileri sürmek isteyen alıcının da, öncelikle hangi seçimlik hakkı kullandığını satıcıya bildirmesi şarttır¹⁶⁰¹. Bu açıdan, alıcının kendisine yöneltilen davada ayıptan doğan def'i haklarını kullandığını belirtmesi ya da ayıplı ifa def'ini ileri sürdüğünü söylemesi tek başına yeterli değildir.

Daha önce ifade ettiğimiz üzere, yenilik doğurucu haklar, niteliği gereği zamanaşımına uğramamaktadır (*imprescriptible - unverjährbar*)¹⁶⁰². Söz konusu hakların kullanımı doğrudan doğruya bir süre ile sınırlandırılmamıştır. Konumuz açısından ise, ayıptan doğan def'i haklarına işlerlik kazandırmak amacıyla, yenilik doğurucu hakların zamanaşımı süresi dâhilinde veya bu sürenin dolmasından sonra kullanılmasının herhangi bir önemi bulunmamaktadır¹⁶⁰³. Alıcı seçimlik hakkını

¹⁵⁹⁹ Honsell, **BaslerKomm**, OR Art. 210 N 7; Honsell, **OR BT**, s. 113; Tschütscher, **Verjährung**, N 223. Bedel indirimi def'i açısından bkz. Venturi, **Réduction**, N 1233.

¹⁶⁰⁰ Venturi, **Réduction**, N 782; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 205 N 2; Morin, **CommRomand**, CO art. 1 N 25 vd.; **İsvFM**, ATF 136 III 273; **İsvFM**, 21.7.2015, 4A_101/2015.

¹⁶⁰¹ Yavuz, **Ayıp**, s. 165; Serozan, **Borçlar Özel**, N 742; Serozan, **Dönme**, s. 301; Şahin, **Ayıp**, s. 133.

¹⁶⁰² **Örneğin** bkz. L'Huillier, **Droit formateur**, s. 198; Schwenzer, **OR AT**, N 83.05; Huguenin, **OR**, N 2634; Gauch, Schluep, Schmid, Emmenegger, **OR AT**, N 3374; Bühler, **ZürcherKomm**, OR Art. 371 N 25; Koller, **OR BT**, § 4 N 218; Tschütscher, **Verjährung**, N 13; Allimann, **Péremption**, N 884; Pedrazzini, **Dissimulation**, N 1078; Gauch, **Entreprise**, N 2281.

¹⁶⁰³ Gauch, **Entreprise**, N 2290; Tschütscher, **Verjährung**, N 223.

zamanaşımı süresinin tamamlanmasından önce ileri sürmüş olabileceği gibi, yalnızca ayıp bildiriminde bulunmuş olmakla birlikte, seçimlik hakkını zamanaşımı süresi dâhilinde kullanmamış da olabilir. Bu açıdan, alıcı kullandığı seçimlik hakkını, def'i yoluyla satıcıya bildirebileceği gibi, hangi imkânı tercih ettiğini belirten beyanını henüz def'i hakkını kullanmadan da satıcıya yöneltmiş bulunabilir. O halde, satıcı hangi seçimlik hakkın kullanıldığını bildiği müddetçe, seçimlik hakkın muhakkak def'i yoluyla satıcıya bildirilmesi de şart değildir.

Alıcının hangi hukuki imkânı başvurduğunu satıcıya bildirmeden ayıptan doğan def'i haklarını ileri sürmesi, kendisine yöneltilen ifa talebini savuşturmak açısından yeterli değildir. Öte yandan, alıcının örneğin dava esnasında, cevap veya ikinci cevap dilekçesinde yalnızca def'i hakkını kullandığını ileri sürmesi durumunda, söz konusu savunma derhal reddedilmemelidir. Zira, hâkim *davayı aydınlatma ödevi* çerçevesinde¹⁶⁰⁴ HMK m. 31 uyarınca, uyuşmazlığın aydınlatılmasının zorunlu kıldığı durumlarda, hukuki açıdan belirsiz gördüğü hususlar hakkında, taraflara açıklama yaptırabilme ve soru sorabilme yetkisini haizdir. Bu durumda salt ayıplı ifa def'ini ileri sürdüğünü belirten davalıya karşı hâkim, hangi hukuki imkânını def'i yoluyla kullandığını sormalı ve mevcut belirsizliği gidermelidir. Belirtmek isteriz ki, alıcı def'i hakkını daha önce kullanmamışsa, hâkimin söz konusu hukuki imkânın varlığını alıcıya hatırlatması, hatta bu durumu ima etmesi mümkün değildir.

Öte yandan, hangi seçimlik hakkın kullandığının belirtilmesi zorunluysa da, alıcının ayıptan doğan def'i haklarından hangisini tercih ettiğini satıcıya bildirmesi her durumda şart değildir. Bu açıdan, yenilik doğurucu hakkın kullanılmasıyla, ayıptan doğan def'i hakkının ileri sürülmesi birbirinden ayrı değerlendirilmelidir. Yenilik doğurucu hakların, tereddüde yer vermeyecek şekilde ve açıkça alıcıya yöneltilmesi gerekir¹⁶⁰⁵. Zira, yenilik doğurucu haklar muhatabın hâkimiyet alanında tek taraflı bir etki meydana getirirler. Öte yandan, ayıptan doğan def'i hakları, kullanılan seçimlik haklara dayandıklarından, sadece def'inin ileri sürülmesi açısından, örtülü bir irade beyanı da yeterli görülmelidir. *Örneğin* alıcının satılanın ücretsiz onarılması veya ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesi seçimlik haklarından birini, tereddüde yer vermeyecek şekilde kullanarak, satış bedelini ödemekten

¹⁶⁰⁴ “Hâkimin davayı aydınlatma ödevi” için bkz. Erdönmez, **Pekcanitez Usûl**, s. 818-836.

¹⁶⁰⁵ Vionnet, **Droit formateur**, s. 251; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 205 N 2; Venturi, **Réduction**, N 791; Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 739; Giger, **BernerKomm**, OR Art. 210 N 64; **İsvFM**, ATF 136 III 273; **İsvFM**, 21.7.2015, 4A_101/2015.

kaçınması durumunda, ödemezlik def'ini ileri sürdüğü sonucuna varılabilecektir. Bu açıdan, açıkça ödemezlik def'inin kullanıldığının belirtilmesi şart değildir. Aynı şekilde, alıcının sözleşmeden zaten dönmüş olduğunu veya bedel indirimi talep ettiğini belirterek, satış bedeline tamamen veya kısmen karşı çıkması ihtimalinde, açıkça ayıptan doğan def'i haklarından bahsetmesi şart değildir.

Takas savunması açısından varılacak sonuç o kadar da kolay değildir. Zira, bizzat takas savunmasının ileri sürülmesi, yenilik doğurucu bir hakkın kullanımı olduğu için, diğer yenilik doğurucu haklarda olduğu gibi, hakkın kullanımı açık ve kesin olmalıdır¹⁶⁰⁶. Alıcı, bedel indirimi hakkını kullanmışsa fazladan ödenen indirim tutarı, onarım hakkını kullanmış olup da ayıp başkası tarafından giderilmişse onarım bedeli veya ayıplı ifanın sebebiyet verdiği doğrudan ve dolaylı zararın tazmini talepleri arasından hangilerini, satıcının karşı alacağıyla takas ettiğini bildirmelidir. Bu açıdan, birden çok aktif veya pasif alacak tespit edilecek olursa, hangi alacağın takasa konu edileceğini belirleme yetkisi takas beyanında bulunan tarafa ait olacaktır¹⁶⁰⁷. Belirtmek gerekir ki, söz konusu belirleme yetkisi, takas beyanından önce veya en geç takas beyanıyla birlikte kullanılmalıdır, aksi halde takas beyanı hüküm ifade etmez¹⁶⁰⁸.

III. Ayıptan Doğan Def'i Haklarının Türleri ve Hukuki Sonuçları

A. Genel Olarak

Zamanında ayıp bildiriminde bulunan alıcı, her ne kadar ayıptan doğan taleplerini *aktif* bir şekilde ileri sürmek konusunda zamanaşımı tehdidi altında bulunuyorsa da, TBK m. 231 f. I uyarınca ayıptan doğan def'i haklarını savunma

¹⁶⁰⁶ Develioğlu, **Takas**, s. 219; Tercier, Pichonnaz, **Obligations**, N 1648; Jeandin, **CommRomand**, CO art. 124 N 1; Aepli, **ZürcherKomm**, OR Art. 124 N 68; Peter, **BaslerKomm**, OR Art. 124 N 3; Aral, **Takas**, s. 179, 180. Aynı yönde bkz. **İsvFM**, ATF 136 III 273; **İsvFM**, 21.7.2015, 4A_101/2015.

¹⁶⁰⁷ Jeandin, **CommRomand**, CO art. 124 N 2; Develioğlu, **Takas**, s. 218, 219; Aepli, **ZürcherKomm**, OR Art. 124 N 56 vd.; Aral, **Takas**, s. 186. Bu durumda TBK m. 101 f. II uyarınca muhataba (*saticıya*) belirleme yetkisi tanınmayacağı, ayrıca TBK m. 102 hükmünün de uygulama alanı bulmayacağı belirtilmektedir. Bkz. Develioğlu, **Takas**, s. 219; Jeandin, **CommRomand**, CO art. 124 N 2; Aepli, **ZürcherKomm**, OR Art. 124 N 56 vd.; Gauch, Schluep, Schmid, Emmenegger, **OR AT**, N 3254; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **Borçlar Genel**, N 1521b; Engel, **Obligations**, s. 676. Birden çok pasif alacağın bulunması durumunda (*saticının birden fazla alacağının varlığı halinde*) TBK m. 102 hükmünün uygulanacağı görüşünde bkz. Pichonnaz, **Compensation**, N 2166; Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Cilt I, N 1881.

¹⁶⁰⁸ Develioğlu, **Takas**, s. 219; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **Borçlar Genel**, N 1521b; Jeandin, **CommRomand**, CO art. 124 N 2; Aral, **Takas**, s. 186. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Develioğlu, **Takas**, s. 218-220; Pichonnaz, **Compensation**, N 2166 vd.

aracı olarak kullanma imkânını muhafaza etmektedir. Bu durumda, alıcı sözleşmeden dönme ve bedel indirimi seçimlik haklarını def'i yoluyla ileri sürebilir, satılanın onarılması veya ayıpsız benzeriyle değiştirilmesi haklarını ödemezlik def'i yoluyla kullanabilir veya satıcının konusu para olan karşı alacağını, ayıptan doğan ve konusu para olan her türlü alacağıyla takas edebilir. Bu açıdan, “*ayıptan doğan def'i hakları*” ile alıcıya sağlanan hukuki korumanın geniş yorumlanması gerektiği; zira, söz konusu kurumun alıcıyı kısa zamanaşımı sürelerinin yarattığı elverişsiz durumdan kurtarmak olduğu ifade edilmektedir¹⁶⁰⁹.

Belirtmek isteriz ki, alıcı, özellikle ödemezlik def'i ve takas savunması imkânlarına, TBK m. 231 f. I (CO art. 210 al. V) hükmüne ihtiyaç duymaksızın, kanunun genel hükümlerinde düzenlenen TBK m. 97 ve TBK m. 139-145 uyarınca, gerekli şartları sağlamak kaydıyla, başvurma imkânına sahiptir. Öte yandan, TBK m. 231 f. I hükmü, kanunun başkaca hükümlerinde düzenlenen ilgili savunma imkânlarına nazaran *özel hüküm (lex specialis)* niteliğindedir¹⁶¹⁰. Bu sebeple, ayıp bildiriminde bulunulması ve ayıptan sorumluluğun diğer şartlarının sağlanması kaydıyla, TBK m. 231 hükmüne nazaran *genel hüküm (lex generalis)* teşkil eden düzenlemelerde yer verilen bazı özel şartlar alıcı lehine yumuşatılmaktadır.

B. Takas Savunması

Yenilik doğurucu bir etkiye sahip olan¹⁶¹¹ *takas (compensation - Verrechnung)* savunması, her ne kadar maddi hukuk anlamında *itiraz* teşkil etse de¹⁶¹², TBK m. 231 f. I (CO art. 210 al. V) çerçevesinde ayıptan doğan def'i hakları kapsamında, alıcıya tanınan önemli bir savunma imkânı olarak kabul edilmektedir. TBK m. 139 uyarınca alıcı ve satıcı, birbirlerinden karşılıklı alacaklarının bulunması (*mütekabiliyet*), alacaklarının konusunu bir miktar para borcu veya türdeş başkaca bir edimin oluşturması (*mumaselet*) ve son olarak alacaklarının muaccel olması (*muacceliyet*) kaydıyla, alacaklardan birini takas yoluyla azı oranında sona erdirme

¹⁶⁰⁹ Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 210 N 12; Gauch, **Entreprise**, N 2289; **İsvFM**, ATF 91 II 216 = JdT 1966 I 179.

¹⁶¹⁰ Koller, **Nachbesserung**, N 393; Gauch, **Entreprise**, N 2291; Tschütscher, **Aktuelle Probleme**, s. 251, dn. 104; Giger, **BernerKomm**, OR Art. 210 N 67; **İsvFM**, ATF 91 II 216 = JdT 1966 I 179.

¹⁶¹¹ Develioğlu, **Takas**, s. 219; Tercier, Pichonnaz, **Obligations**, N 1648; Jeandin, **CommRomand**, CO art. 124 N 1; Peter, **BaslerKomm**, OR Art. 124 N 3; Tschütscher, **Aktuelle Probleme**, s. 251; Aepli, **ZürcherKomm**, OR Art. 124 N 68; Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Cilt I, N 1845; Venturi, **Réduction**, N 808; Hatemi, Gökyayla, **Borçlar Genel**, § 34 N 2; Aral, **Takas**, s. 176.

¹⁶¹² Engel, **Obligations**, s. 670; Tercier, Pichonnaz, **Obligations**, N 1648; Aepli, **ZürcherKomm**, OR Vorbem. Art. 120-126 N 117 vd.; Develioğlu, **Takas**, s. 222; Pichonnaz, **Compensation**, N 2019.

yetkisine sahiptir¹⁶¹³. Bu sonucun sağlanabilmesi için ayrıca takasa konu edilen aktif alacağın, yani takas dermeyan eden kişinin alacağının, dava edilebilir bir alacak olması, yani borçlu açısından ifa etmekten kaçınmayı sağlayan başkaca bir def'i veya itirazın mevcut olmaması¹⁶¹⁴; takastan feragat sözleşmesinin yapılmamış olması (TBK m. 145) ve mevcut olayda bir takas engelinin bulunmaması (TBK m. 144; İİK m. 200) gerekmektedir. Keza, muacceliyet şartı da katı yorumlanmamakta, takas yapmak isteyen alacaklının alacağının muaccel olması, yani ifasının talep edilebilir olması aranmakla birlikte, borcunun ise ifa edilebilir olması yeterli görülmektedir¹⁶¹⁵. Zira, vadenin kural olarak borçlu lehine olduğu kabul edilmektedir.

Kural olarak, takas beyanında bulunan kişinin aktif alacağının muaccel olmasının yanında, zamanaşımına uğramamış olması da gerekir. Öte yandan, kanun koyucu bu kuralı yumuşatarak, zamanaşımına uğramış olan alacakların takas edilebileceği anda henüz zamanaşımı süresi dolmamışsa, takas savunmasına konu edilebilmesini mümkün kılmıştır. (TBK m. 139 f. III)¹⁶¹⁶. Takas dermeyan eden alacaklı, kendi borcu zamanaşımına uğramış olsa bile, borcunu her zaman ifa edebileceği için, bu durumda esasen, takas şartlarının oluştuğu anda, takas ileri süren tarafın alacağının yani aktif alacağın zamanaşımına uğramamış olması yeterlidir; aynı zamanda, pasif alacağın da zamanaşımına uğramamış olması aranmaz¹⁶¹⁷. Takasın şartları gerçekleştiği anda, kendi borcu zamanaşımına uğramış olan tarafın,

¹⁶¹³ Takas beyanında bulunma hakkının şartları için bkz. Develioğlu, **Takas**, s. 73, 74; Jeandin, **CommRomand**, CO art. 120 N 1 vd.; Tercier, Pichonnaz, **Obligations**, N 1625 vd.; Aepli, **ZürcherKomm**, OR Art. 120 N 9 vd.; Guggenheim, **Contrats II**, s. 275 vd.; Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Cilt I, N 1850 vd.; Nomer, **Para Borcu**, s. 249 vd.; Aral, **Takas**, s. 42 vd.

¹⁶¹⁴ Gauch, Schluep, Schmid, Emmenegger, **OR AT**, N 3254; Tercier, Pichonnaz, **Obligations**, N 1640; Jeandin, **CommRomand**, CO art. 120 N 9, 10; Develioğlu, **Takas**, s. 150 vd.; Aepli, **ZürcherKomm**, OR Art. 120 N 88; Aral, **Takas**, s. 81, 82.

¹⁶¹⁵ Jeandin, **CommRomand**, CO art. 120 N 8; Peter, **BaslerKomm**, OR Art. 120 N 4; Aepli, **ZürcherKomm**, OR Art. 120 N 81; Tercier, Pichonnaz, **Obligations**, N 1638; Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Cilt I, N 1864; Develioğlu, **Takas**, s. 141; Nomer, **Para Borcu**, s. 249, ; Aral, **Takas**, s. 65.

¹⁶¹⁶ Aepli, **ZürcherKomm**, OR Art. 120 N 160; Gauch, **Entreprise**, N 2292; Koller, **Nachbesserung**, N 393; **İsvFM**, ATF 107 II 55 = JdT 1981 I 274 = DC 1982 18 N 17. Ayrıntılı bilgi için bkz. Pichonnaz, **Compensation et prescription**, s. 87 vd.; Pichonnaz, **Compensation**, N 1618 vd.; Develioğlu, **Takas**, s. 155 vd. Zira, böyle bir durumda sırf takas beyanının geciktirilmesi, alacaklıyı alacağından mahrum bırakacak kadar büyük bir ihmal olarak nitelendirilmemektedir. Bkz. Jeandin, **CommRomand**, CO art. 120 N 21; Develioğlu, **Takas**, s. 156.

¹⁶¹⁷ Jeandin, **CommRomand**, CO art. 120 N 2; Aepli, **ZürcherKomm**, OR Art. 120 N 153; Pichonnaz, **Compensation et prescription**, s. 91 vd.; Develioğlu, **Takas**, s. 158; Develioğlu, **İstanbul Şerhi**, TBK m. 139 N 89.

takas beyanında bulunması durumunda, zamanaşımı def'inden zımnen feragat ettiği de kabul edilmektedir¹⁶¹⁸.

Buraya kadar yapmış olduğumuz açıklamalar, ayıptan sorumluluk açısından özel bir önemi bulunmayan ve genel hükümler kapsamında alıcının sahibi olduğu takas imkânına ilişkindir¹⁶¹⁹. Bu durumda ayıptan sorumluluğun maddi ve şekli şartlarına uymuş olan alıcı, bedel indirimi hakkını kullanmışsa fazladan ödenen indirim tutarı¹⁶²⁰, onarım hakkını kullanmış olup da ayıp başkası tarafından giderilmişse (TBK m. 113) onarım bedeli¹⁶²¹ veya genel hükümler uyarınca ayıplı ifa neticesinde meydana gelen tazminat alacağı (TBK m. 112 ve m. 227 f. II)¹⁶²² ile, satıcının satış sözleşmesinden doğan satış bedeli alacağını veya satıcının başka bir ilişkiden doğmuş olan bir türdeş alacağını takas savunmasına konu edebilir. Sözleşmeden dönme hakkının kullanılması durumunda, faiziyle birlikte iadesi gereken, kısmen veya tamamen ifa edilmiş olan satış bedeli (TBK m. 229 f. I b. 1), yargılama giderleri ve satılan için yapılmış diğer giderler (TBK m. 229 f. I b. 2), ayıplı ifanın sebebiyet verdiği doğrudan ve dolaylı zararın tazmini talepleri (TBK m. 229 f. I b. 3 ve f. II) ile alıcı, gerek satılardan elde edilen yararların iadesi talebine (TBK m. 229 f. I), gerekse satıcının başka bir hukuki ilişkiden doğan karşılıklı türdeş alacağına, takas savunması yoluyla, karşı koyabilir¹⁶²³.

¹⁶¹⁸ Jeandin, **CommRomand**, CO art. 120 N 2; Aepli, **ZürcherKomm**, OR Art. 120 N 153; Develioğlu, **Takas**, s. 158; **İsvFM**, ATF 91 II 213 = JdT 1966 I 179.

¹⁶¹⁹ Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 210 N 13; Aepli, **ZürcherKomm**, OR Art. 120 N 169; **İsvFM**, ATF 91 II 213 = JdT 1966 I 179; ATF 104 II 354.

¹⁶²⁰ Tschütscher, **Verjährung**, N 225; Venturi, **Réduction**, N 809 vd.; Aral, **Takas**, s. 90. Bedel indirimi hakkının kullanılmış olması durumunda satış bedeli henüz ödenmemişse, takas imkânına başvurmak mümkün değildir. Zira, bedel indirimi hakkının kullanılmasıyla birlikte bir indirim alacağı meydana gelmemektedir. Satış bedeli, değiştirici yenilik doğurucu hakkın kullanımıyla birlikte, ayıp oranında *ipso iure* indirilmektedir. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Venturi, **Réduction**, N 809-813.

¹⁶²¹ Gauch, **Entreprise**, N 2291; Tschütscher, **Aktuelle Probleme**, s. 251; Aral, **Takas**, s. 90; **İsvFM**, ATF 107 II 55 = JdT 1981 I 274 = DC 1982 18 N 17.

¹⁶²² Stanislas, **Résolution**, s. 164, dn. 44.

¹⁶²³ Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 739, 740; Gauch, **Entreprise**, N 2291; Gautschi, **BernerKomm**, OR Art. 371 N 8b; Tschütscher, **Verjährung**, N 225; Tschütscher, **Aktuelle Probleme**, s. 251; Aral, **Takas**, s. 90; **İsvFM**, ATF 107 II 55 = JdT 1981 I 274 = DC 1982 18 N 17. Tazminat taleplerinin takasa konu edilmesi açısından ayrıca bkz. Gautschi, **BernerKomm**, OR Art. 371 N 8b; **İsvFM**, ATF 91 II 216 = JdT 1966 I 179; **Yargıtay** 15. HD, T. 14.3.2006, E. 2005/1693, K. 2006/1392 (kazancı): "...davacının icra takibine ve davaya konu ettiği alacak gömlek dikim bedelinden kaynaklanmış ise de, davalı başka bir işten doğmuş olsa bile ayıplı etek kesim ve dikiminden doğan zararı nedeniyle oluşan alacağının takas suretiyle davacının alacağından mahsubu nu istemek hakkına sahiptir. Davacı yanca kesim ve dikimi yapıp davalıya teslim edilen eteklerin bilirkşi kurulu raporuna göre hatalı kesim nedeniyle kabule icbar edilemeyecek derecede ayıplı olduğu anlaşılmış olup, keşif sırasında dinlenen davalı tanığı H'nin beyanı ile de davacıya süresinde ayıp ihbarı bulunduğu sübuta ermiştir..."

Altını önemle çizmek isteriz ki, satıcı satış bedelini *ödememişse*, bedel indirimi seçimlik hakkının kullanılmış olması durumunda, bir indirim alacağı meydana gelmez¹⁶²⁴. Zira, bu durumda yenilik doğurucu hakkın kullanılmasıyla birlikte, satış bedeli, kendiliğinden ayıp oranında indirilmiş ve sözleşme, indirilmiş olsan satış bedeli uyarınca tadil edilmiş olur. Bu ihtimalde, alıcının takas imkânı mevcut değildir¹⁶²⁵. Buna karşılık, alıcı satış bedelini *ödemiş* ve akabinde indirim hakkını kullanmışsa, fazladan ödenmiş olan tutarın iade edilmesi gerekir¹⁶²⁶. İşte böyle bir durumda, fazladan ödenen kısmın iadesi (*créance en restitution - Anspruch aus Minderung*), alıcı açısından bir takas alacağı (*aktif alacak*) oluşturacağı için, alıcı bu durumda takas imkânına başvurabilir¹⁶²⁷. Aynı sonuç, alıcının indirilmiş olan satış bedelinden fazla bir *kısmi* ödemede bulunmuş olması halinde de geçerlidir. Zira, bu durumda da fazladan ödenmiş olan indirim tutarı iade edileceğinden, alıcının takas dermeyeran edebileceği bir takas alacağı (*aktif alacak*) mevcut demektir.

Öte yandan, ayıp bildiriminde bulunulmuş olsa dahi, taşınırın tesliminden veya taşınmazın tescilinden itibaren işlemeye başlayan zamanaşımı süresi dolduktan sonra, ayıp sebebiyle alıcının (*doğrudan veya dolaylı*) zarara uğraması ihtimalinde, söz konusu tazminat talebi kural olarak zamanaşımına uğramış bir şekilde doğmuş olacaktır¹⁶²⁸. Aynı durum, seçimlik hakların zamanaşımı süresi geçtikten sonra kullanılması durumunda da karşımıza çıkmaktadır. Zira, satılanın onarılması, bedel indirimi veya sözleşmeden dönme haklarının, TBK m. 231 ve m. 244 f. III hükümlerinde düzenlenen zamanaşımı sürelerinin dolmasından sonra kullanılması durumunda, her ne kadar yenilik doğurucu haklar zamanaşımına uğramasa da, söz konusu yenilik doğurucu hakların sebebiyet verdiği alacak hakları zamanaşımına uğramış şekilde doğmuş olacaktır¹⁶²⁹. Bu durumda, satılanın onarılması seçimlik

¹⁶²⁴ Venturi, **Réduction**, N 810, 1233; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 205 N 15. Aynı yönde bkz. Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 790, 791.

¹⁶²⁵ Bu durumda alıcı, "*bedel indirimi def'i*" adı verilen, bedel indirimi hakkını def'i yoluyla ileri sürebilme imkânına sahiptir. Bkz. aşağıda B.5/III/D.

¹⁶²⁶ Söz konusu iade alacağı, sebepsiz zenginleşmeye değil, bizzat TBK m. 227 f. I hükmüne dayanmaktadır. Bkz. Venturi, **Réduction**, N 1250; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 205 N 15. Sözleşmesel iade taleplerinin sebepsiz zenginleşmeye tabi tutulmaması yönünde ayrıca bkz. Akçura Karaman, **İade**, s. 327, 328.

¹⁶²⁷ Detaylı bilgi için bkz. Venturi, **Réduction**, N 809-813; Gauch, **Entreprise**, N 2291.

¹⁶²⁸ Gauch, **Entreprise**, N 2281, 2292; Koller, **Nachbesserung**, N 393; Tschütscher, **Aktuelle Probleme**, s. 251; Tschütscher, **Verjährung**, N 226; Aepli, **ZürcherKomm**, OR Art. 120 N 165; Aral, **Takas**, s. 91.

¹⁶²⁹ Chaix, **CommRomand**, CO art. 371 N 6; Gauch, **Entreprise**, N 2281, 2292; Koller, **OR BT**, § 4 N 218, 223; Brändli, **Nachbesserung**, N 999; Tschütscher, **Aktuelle Probleme**, s. 251, 252; Tschütscher, **Verjährung**, N 226; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 210 N 13;

hakkın kullanılması durumunda, onarım bedeli alacağı; indirim hakkın kullanılması durumunda, satış bedeli ödenmişse, fazladan ödenmiş olan tutarın iadesi talebi; dönme hakkının kullanılması neticesinde doğan ve TBK m. 229 hükmünde sayılan talep hakları, doğduğu anda zamanaşımına uğramış olacaktır.

TBK m. 139 f. III uyarınca zamanaşımına uğramış olan alacağın takası, ancak takas edilebileceği anda zamanaşımı süresinin tamamlanmamış olması koşuluyla mümkündür. İfade etmiş olduğumuz son ihtimalde ise, alacak zamanaşımına uğramış şekilde doğduğu için, genel hükümler uyarınca alıcının takas imkânı *yoktur*. Bu durumda, ancak ve ancak satıcı takas yoluna başvurabilir. Zira, zamanaşımı süresi dolsa bile, borçlu borcunu her zaman ifade edebileceği için, zamanaşımına uğramış borcun borçlusunun takas yoluna başvurması mümkündür¹⁶³⁰.

Zamanaşımı süresinin dolması sebebiyle, ayıbı zamanında bildiren alıcıya takas imkânının tanınmaması, TBK m. 231 f. I hükmünün *ratio legis*'i ve koruma amacı ile ayıptan sorumluluk rejiminin arz ettiği özellik nazara alınarak, menfaatler dengesine uygun ve tatmin edici bulunmamaktadır¹⁶³¹. Zira, kanun koyucu TBK m. 231 f. I hükmünde zamanaşımı süresi içinde ve zamanında bildirilen ayıplardan doğan def'i haklarının zamanaşımına uğramayacağını ve bu süre geçmiş olsa dahi def'i haklarının ortadan kalkmayacağını ifade etmektedir. Bu durumda, her ne kadar zamanaşımına uğramış olan alacakların takas edilebilme şartları, TBK m. 139 f. III (CO art. 120 al. III) hükmünde belirlenmişse de, ayıptan doğan def'i hakları kapsamında yer alan takas savunması açısından TBK m. 231 f. I hükmü, özel hüküm (*lex specialis*) olma özelliği göstermektedir¹⁶³². Bu sebeple, TBK m. 139 f. II hükmünde ifade edilen “*takas edilebileceği anda zamanaşımına uğramama şartı*” ayıptan doğan def'i haklarına, *ancak* kıyasen uygulanabilme imkânına sahiptir¹⁶³³. Alıcının zamanaşımına uğramış olan alacak hakları açısından, TBK m. 231 f. I hükmünde belirtilen şartların sağlanması, yani ayıp bildirimini zamanında ve

Aepli, **ZürcherKomm**, OR Art. 120 N 165; Aral, **Takas**, s. 91; **İsvFM**, ATF 107 II 55 = JdT 1981 I 274 = DC 1982 18 N 17.

¹⁶³⁰ Jeandin, **CommRomand**, CO art. 120 N 2; Aepli, **ZürcherKomm**, OR Art. 120 N 153; Pichonnaz, **Compensation et prescription**, s. 91 vd.; Develioğlu, **Takas**, s. 158.

¹⁶³¹ Koller, **Nachbesserung**, N 393; Gauch, **Entreprise**, N 2292; Tschütscher, **Aktuelle Probleme**, s. 251, 252; Tschütscher, **Verjährung**, N 226; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 210 N 13; Aepli, **ZürcherKomm**, OR Art. 120 N 165; Aral, **Takas**, s. 91.

¹⁶³² Koller, **Nachbesserung**, N 393; Gauch, **Entreprise**, N 2291; Tschütscher, **Aktuelle Probleme**, s. 251, dn. 104; Tschütscher, **Verjährung**, N 226; Giger, **BernerKomm**, OR Art. 210 N 67; Aral, **Takas**, s. 90; **İsvFM**, ATF 91 II 216 = JdT 1966 I 179.

¹⁶³³ Gauch, **Entreprise**, N 2291; Aepli, **ZürcherKomm**, OR Art. 120 N 168; Koller, **Nachbesserung**, N 393; Tschütscher, **Aktuelle Probleme**, s. 251, dn. 104; Tschütscher, **Verjährung**, N 226. Aynı yönde bkz. **İsvFM**, ATF 91 II 216 = JdT 1966 I 179.

zamanaşımı süresi dâhilinde gerçekleştirmiş olması kaydıyla, kendisine takas imkânının sağlanması gerekmektedir¹⁶³⁴. Zira, bu durumda “*lex specialis derogat legi generali*” kuralı uygulama alanı bulmakta ve özel hüküm olan TBK m. 231 f. I c. 2 hükmü, TBK m. 139 f. III hükmünü zımnen ilga etmektedir. Aksi halde, genel hükümlere sıkı sıkıya bağlı kalınması durumunda, kanun koyucunun TBK m. 231 f. I c. 2 hükmünde özel olarak, alıcının def’i haklarının var olmaya devam edeceğini belirtmesinin, herhangi bir anlamı kalmayacaktır.

Bu sonucun sağlanabilmesi için, öğretide, gerek zamanaşımı süresinin bitiminden sonra meydana gelen zararlar, gerekse zamanaşımı geçtikten sonra kullanılmış olan seçimlik haklardan doğan alacak hakları açısından, muacceliyet anının, alacak hakkına vücut veren yenilik doğurucu hakkın kullanıldığı andan, daha önceki bir zaman dilimi olan taşınırlarda satılanın teslimine, taşınmazlarda mülkiyetin nakline ya da en geç ayıp bildiriminin yapıldığı ana çekilmesi gerektiği ifade edilmektedir¹⁶³⁵. Nitekim, İsviçre Federal Mahkemesi de¹⁶³⁶, 1980 yılında verdiği önemli bir kararda, muacceliyet anının geçmişe etkisini kabul ederek, takas savunması açısından, alacak hakkının muaccel olup olmadığının tespitinde ayıp bildiriminin yapıldığı anın nazara alınması gerektiğini ifade etmektedir. O halde, Yüksek Mahkeme’ye göre, alacak zamanaşımına uğramış olarak doğsa dahi, alıcı zamanaşımı süresi sona ermeden, zamanında ayıp bildiriminde bulunulmuşsa, CO art. 120 al. III (TBK m. 139 f. III) uyarınca karşılıklı alacaklar takas edilebileceği anda zamanaşımına uğramamış sayılacak, böylece CO art. 210 al. V (TBK m. 231 f.

¹⁶³⁴ Gauch, **Entreprise**, N 2291, 2292; Koller, **Nachbesserung**, N 393; Tschütscher, **Verjährung**, N 226. Aynı yönde bkz. Aepli, **ZürcherKomm**, OR Art. 120 N 165; Aral, **Takas**, s. 91.

¹⁶³⁵ Gauch, **Entreprise**, N 2292; Tschütscher, **Verjährung**, N 226; Tschütscher, **Aktuelle Probleme**, s. 251, 252. Aynı yönde bkz. Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 740; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 210 N 13. Esasen bu durumda takas beyanının etkisini doğuracağı anın, zamanaşımının işlemeye başladığı andan daha *sonraki bir ana ertelenmesi* söz konusudur. Genellikle takas beyanı etkisini, alacağın doğduğu ve muaccel olduğu andan itibaren doğuracağı için, ayıptan sorumlulukta takasın etkisini doğurduğu anın ayıp bildiriminin yapıldığı ana çekilmesi herhangi bir sakınca arz etmemektedir. Bkz. Aepli, **ZürcherKomm**, OR Art. 120 N 169. Bu konuda ayrıca bkz. Develioğlu, **Takas**, s. 158, 159; Aral, **Takas**, s. 89-92.

¹⁶³⁶ **İsvFM**, ATF 107 II 55 = JdT 1981 I 274 = DC 1982 18 N 17: Karara konu olayda, taraflar teleferik teslimini konu edinen bir eser sözleşmesi akdetmişlerdir. Ayıp bildirim süresi CO art. 201 (TBK m. 223) hükmüne uygun olarak makul süre içinde ve zamanaşımı dolmadan yapılmış olup, iş sahibi eserin onarılması hakkını, zamanaşımı süresi geçtikten sona kullanmıştır. Yüklenici eseri onarma borcunda temerrüde düşmüş olup, CO art. 98 (TBK m. 113) uyarınca hâkimden izin alınmaksızın eserdeki ayıp, başkası tarafından giderilmiştir. Yüksek Mahkeme, CO art. 210 (TBK m. 231) uyarınca zamanında ve zamanaşımı süresi dolmadan ayıp bildiriminde bulunulmuş olmasından hareketle, def’i haklarının zamanaşımına uğramayacağını ve takas savunmasının da söz konusu def’i haklarının kapsamına dâhil olduğunu belirtmiş, üçüncü kişiye yaptırılan onarım bedelinin yüklenici tarafından eser bedeliyle takas edilmesinin geçerli bir şekilde gerçekleştirilmiş olduğuna hükmetmiştir. Söz konusu kararın değerlendirmesi için ayrıca bkz. Tschütscher, **Aktuelle Probleme**, s. 251, 252; Gauch, **Entreprise**, N 2292.

I c. 2) uyarında takas savunması da zamanaşımı süresinin geçmesiyle ortadan kalkmayacaktır. Ancak bu sayede, TBK m. 231 f. I c. 2 hükmü, hukuken işlerlik kazanacaktır.

Öğretide *Koller* tarafından savunulan benzer bir diğer görüşe göre ise¹⁶³⁷, aynı sonuç yenilik doğurucu hakların kullanımıyla ortaya çıkan alacak haklarının muacceliyet anının, alıcının ayıp bildiriminde bulunduğu ana değil, taşınırlarda satılanın teslim edildiği, taşınmazlarda ise mülkiyetin devredildiği ana çekilmesi suretiyle sağlanmalıdır. Diğer taraftan, her iki görüşü de eleştiren *Aepli* 'ye göre¹⁶³⁸, zamanaşımı süresinin tamamlanmasından sonra doğan alacak haklarının muacceliyet anının, teslim anına veya ayıp bildiriminin yapıldığı ana çekilmesi durumunda, ayıptan doğan def'i haklarından yararlanan alıcı, genel hükümler uyarınca takas yetkisinin kullanan alıcıya nazaran, daha fazla kayırılmış olacaktır. Zira, genel hükümlere göre alıcı, teslim veya ayıp bildirim anında, takas imkânına sahip değildir. TBK m. 231 f. I (CO art. 210 al. V) hükmü uyarınca, takas beyanının etkisinin genel hükümlere nazaran daha erken bir zaman dilimine çekilmesi, satıcının satış bedelinden elde edeceği faiz alacağının da, daha önce sona ermesi sonucunu doğuracaktır. O halde, bu görüşe göre, alıcının zamanaşımı süresinin bitiminden sonra doğan alacak haklarının muacceliyet anı, satılanın teslim edildiği veya ayıp bildiriminin yapıldığı ana değil, zamanaşımı süresinin tamamlandığı ana çekilmelidir.

Özetlemek gerekirse, farklı görüşlerin varlığına rağmen, gerek İsviçre Federal Mahkemesi, gerek öğretide görüş beyan eden yazarlar açısından, alıcıya takas imkânının sağlanması amacıyla, muacceliyet anının yenilik doğurucu hakkın kullanıldığı andan önceki bir ana çekilmesi, yani *fiktif (farazi) bir muacceliyet anı yaratılarak*, mevcut zaman diliminin makale şamil kılınması (*rétroaction de l'exigibilité - Rückbezug der Fälligkeit*) gerektiği savunulmaktadır.

Kanımızca, alıcının takas imkânını muhafaza etmek amacıyla öğretide savunulan, muacceliyet anının yenilik doğurucu hakkın kullanıldığı andan daha erkene çekilmesi yönündeki görüşler hukuken isabetlidir. Varılan çözüm, TBK m. 231 hükmünde düzenlenen def'i imkânlarıyla uyum içinde olduğu gibi, alıcının takasın geçmişe etkisinden olumsuz yönde etkilenmesini de engellemiş

¹⁶³⁷ Koller, *Nachbesserung*, N 393.

¹⁶³⁸ Aepli, *ZürcherKomm*, OR Art. 120 N 169.

olmaktadır¹⁶³⁹. Öte yandan, kanımızca, alıcının ayıptan doğan haklarının muacceliyet anı açısından, ayıp bildiriminin yapıldığı anın esas alınması yerinde olacaktır. Zira, ayıptan doğan def'i haklarının en önemli şartı, alıcının ayıp bildiriminde bulunmasıdır. O halde, genel düzenleme olarak kabul edilen TBK m. 139 f. III hükmünün öngördüğü, takas şartlarının oluştuğu anda, aktif alacağın zamanaşımına uğramamış olması şartı, özel düzenleme olma özelliği gösteren TBK m. 231 f. I hükmünde öngörülen ayıp bildiriminde bulunulması kaydıyla, def'i haklarının zamanaşımına uğramayacağı yönündeki kuralla yumuşatılmakta ve *TBK m. 139 f. III hükmü en geç ayıp bildiriminin yapıldığı anda aktif alacağın zamanaşımına uğramamış olması şeklinde düzeltici bir yoruma tabi tutulmaktadır*¹⁶⁴⁰.

Öte yandan, alıcının takas savunmasında bulunabilmesi için yukarıda ifade ettiğimiz üzere satıcının pasif alacağının muhakkak uyuşmazlığa vücut veren mevcut satış sözleşmesinden doğmuş olması gerekmemekte, genel hükümlerde kabul edildiği üzere, satıcının herhangi bir türdeş alacağına karşı, alıcının takas imkânının bulunduğu kabul edilmektedir¹⁶⁴¹. Her ne kadar ayıptan sorumluluk kapsamında alıcıya tanınan alacak haklarının muacceliyet anı, ayıp bildiriminin yapıldığı ana çekilmiş olsa da, söz konusu alacaklar, en geç zamanaşımı süresinin dolmasıyla birlikte, zamanaşımına uğramış olacaklardır. Bu sebeple, ayıp bildiriminin yapıldığı andan, zamanaşımı süresinin dolmasına kadar geçen sürede, satıcının bir karşı alacağının mevcut olması ihtimalinde, alıcı bu haklar açısından da takas yoluna başvurabilecektir. Dolayısıyla, zamanaşımının dolmasından sonra doğan karşı alacak açısından, alıcının takas yoluna başvurması mümkün değildir. Zira, bu ihtimalde, ne ayıp bildirimin yapıldığı, ne de her iki alacağın takas edilebildiği anda, takasın şartlarından aktif alacağın zamanaşımına uğramamış olması şartı sağlanmış olur.

¹⁶³⁹ Aynı yönde bkz. Aepli, **ZürcherKomm**, OR Art. 120 N 169.

¹⁶⁴⁰ Gauch, **Entreprise**, N 2292; Koller, **Nachbesserung**, N 393; Tschütscher, **Aktuelle Probleme**, s. 251, 252; Tschütscher, **Verjährung**, N 226; Aepli, **ZürcherKomm**, OR Art. 120 N 169. Aynı yönde bkz. Develioğlu, **Takas**, s. 158, 159.

¹⁶⁴¹ Gauch, **Entreprise**, N 2291; Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 740; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 210 N 13; Giger, **BernerKomm**, OR Art. 210 N 69; Honsell, **BaslerKomm**, OR Art. 210 N 7; Honsell, **OR BT**, s. 112, 113; Gautschi, **BernerKomm**, OR Art. 371 N 8b; Koller, **Nachbesserung**, N 393; Venturi, **Réduction**, N 817; Bettems, **Garantie**, s. 84, 85; Eren, **Borçlar Özel**, N 382; Yavuz, **Ayıp**, s. 165; Aral, **Takas**, s. 90, 91; Şenocak, **Ayıp**, s. 240; **Yargıtay** 15. HD, T. 14.3.2006, E. 2005/1693, K. 2006/1392 (kazancı).

C. Ödemezlik Def'i

Ödemezlik def'i (*exceptio non adimpleti contractus - l'exception d'inexécution - die Einrede des nicht erfüllten Vertrages*) kurumunun ayıptan sorumluluk açısından önemi oldukça büyüktür¹⁶⁴². Zira, TBK m. 97 (CO art. 82) hükmünde düzenlenen ödemezlik def'i alıcı açısından, gerek ayıplı ifadan önce, gerekse ayıplı ifadan sonra, satılanın zilyetlik ve mülkiyetini devir borcunun karşı edimini oluşturan satış bedelini elde tutmak adına önemli bir güvence oluşturmaktadır. Böylece, sözleşme ilişkisinden vazgeçmek istemeyen alıcı, hem tam karşılığını almaksızın satış bedelinin elinden çıkmasına engel olmakta, hem de satıcı üzerinde baskı yaratarak onu, ayıplı ifanın yarattığı borca aykırı davranışından vazgeçirmeye çalışmaktadır¹⁶⁴³. Esasen ödemezlik def'i (TBK m. 97), karşılıklı (*sinallagmatik*) sözleşmelerde, karşılıklı borçlar doğmuş, sona ermemiş ve muaccel ise; öte yandan, taraflardan biri açısından önce ifa mecburiyeti bulunmuyorsa¹⁶⁴⁴, borcunu ifa etmeyip ifa teklifinde de bulunmayan tarafa karşı ileri sürülebilecek, geçici bir savunma imkânıdır¹⁶⁴⁵. Zira, bu özellikleri haiz bir sözleşme ilişkisinde taraflar, borçlarını karşılıklı olarak aynı anda (*trait pour trait - Zug um Zug*) ifa etme mecburiyeti altındadır. Geciktirici veya geçici def'i (*exception dilatoire - dilatorische Einrede*)¹⁶⁴⁶ olarak nitelendirilen ödemezlik def'i, sözleşmeye uygun bir ifa teklifinde bulunuluncaya kadar, borçluya edimini ifa etmeme yetkisi tanımaktadır.

O halde, ilk olarak, alıcı nitelik bakımından sözleşmeye uygun olmayan ifayı mutlaka kabul etmek zorunda değildir¹⁶⁴⁷. Bu durumda alıcı, ödemezlik def'i söz

¹⁶⁴² Ödemezlik def'i zapttan sorumluluk açısından da uygulama alanı bulmaktadır. Bkz. Weber, **BernerKomm**, OR Art. 82 N 178; Simmen, **Einrede**, s. 76-78.

¹⁶⁴³ Ödemezlik def'inin borçlu üzerinde baskı kurma ve alacağı güvence altına alma işlevleri açısından bkz. Weber, **BernerKomm**, OR Art. 82 N 8, 9; Schraner, **ZürcherKomm**, OR Art. 82 N 8; Leu, **BaslerKomm**, OR Art. 82 N 1; Simmen, **Einrede**, s. 35, 36; Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Cilt I, N 1089. Ödemezlik def'i ifa teklif edilene değin, onarım veya değişim hakkını güvence altına almaktadır. Bkz. Tschütscher, **Verjährung**, N 228.

¹⁶⁴⁴ Her ne kadar TBK m. 234 hükmünde önce satılanın alıcıya tesliminin gerektiği yönünde bir intiba mevcut ise de, taşınır satışı açısından da karşılıklı borçların aynı anda (*trait pour trait - Zug um Zug*) ifa edilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Bkz. Nomer, **Borçlar Genel**, N 173.1.

¹⁶⁴⁵ Ödemezlik def'inin şartları için bkz. Tercier, Pichonnaz, **Obligations**, N 1152, 1153; Hohl, **CommRomand**, CO art. 82 N 5 vd.; Leu, **BaslerKomm**, OR Art. 82 N 3 vd.; Simmen, **Einrede**, s. 50 vd.; Kaniti, **Def'i**, s. 46 vd.; Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Cilt I, N 1090 vd.; Pekmez, **Ödemezlik Def'i**, s. 101 vd. Ayıptan sorumluluk açısından bkz. Tschütscher, **Verjährung**, N 228.

¹⁶⁴⁶ Bonnard, **Exceptions**, s. 65; Gauch, Schluep, Schmid, Emmenegger, **OR AT**, N 76; Tercier, Pichonnaz, **Obligations**, N 320; Engel, **Obligations**, s. 34; Weber, **BernerKomm**, OR Art. 82 N 202; Schraner, **ZürcherKomm**, OR Art. 82 N 188; Morin, **CommRomand**, CO art. 1 N 29; Hohl, **CommRomand**, CO art. 82 N 5; Kaniti, **Def'i**, s. 150; Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Cilt I, N 1116; Nomer, **Borçlar Genel**, N 173.6; **İsvFM**, ATF 128 V 224; ATF 127 III 199 = JdT 2001 I 248; ATF 107 II 222 = JdT 1981 I 620.

¹⁶⁴⁷ Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Cilt I, N 1540; Nomer, **Borçlar Genel**, N 185.6.

konusu olmaksızın, kendisine sunulan ayıplı ifa teklifini her zaman reddedebilir. Alıcı, en geç satılan kendisine ayıplı olarak sunulduğu anda, satılndaki ayıpları tespit etme imkânına sahip olmuşsa, sözleşmeye uygun olmayan ifa teklifinin reddedilmesi durumunda, dürüstlük kuralı aksini gerektirmedikçe, alacaklı temerrüdüne de düşmez¹⁶⁴⁸. Hatta bu durumda, kendisi satıcıyı borçlu temerrüdüne düşürebilir¹⁶⁴⁹. Öte yandan, alıcı ayıplı ifayı reddetmek istemeyebilir. Alıcının gereği gibi yapılmayan ifayı kabul etmesi, güven prensibi aksini gerektirmedikçe, ayıptan sorumluluğa dayanmaktan feragat ettiği anlamına gelmez¹⁶⁵⁰. Fakat hatırlatmak gerekir ki, alıcının *sözleşmenin kurulması sırasında* satılndaki ayıpları bilmesine rağmen satılanı teslim almış olması durumunda, satılndaki ayıpları kabul ettiği yönünde bir kabul faraziyesi oluşmakta (*fiction d'acceptation* - *Genehmigungsfiktion*); TBK m. 222 f. I uyarınca satıcının ayıptan sorumluluğunun bulunmadığı kabul edilmektedir¹⁶⁵¹.

İkinci olarak alıcı, satılanın ayıplı ifasından sonra, satılanın onarılması yahut ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesi (TBK m. 227) seçimlik haklarından birini kullanmışsa, satılanın onarılmasına yahut ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesine kadar, satış bedelini ödemekten kaçınarak, satıcıya karşı ödemezlik def'ini ileri sürebilmektedir¹⁶⁵². Ancak, bu sonucun sağlanması için öncelikle alıcının ayıptan sorumluluk kapsamında söz konusu olan alacak haklarının geçerli bir şekilde doğmuş olması, yani ayıptan sorumluluk rejiminin maddi ve şekli şartlarının gerçekleşmiş olması gerekir¹⁶⁵³. Alıcının yenilik doğurucu nitelikteki¹⁶⁵⁴ satılanın onarılması veya

¹⁶⁴⁸ Belirtmek gerekir ki, ayıp alıcı açısından çok az önem taşıyorsa ve ifa teklifinin reddedilmesi satıcıyı güç duruma sokacaksa, bu durumda dürüstlük kuralı uyarınca alıcı, satılanı kabule mecbur tutulabilir. Bkz. Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Cilt I, N 1141, dn. 371, N 1506.

¹⁶⁴⁹ Alıcı, bu durumda sözleşme uygun ifa yapılmazsa TBK m. 125 hükmü çerçevesinde borçlu temerrüdü hükümlerine başvurabilir. Bkz. Kaniti, **Def'i**, s. 114; Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Cilt I, N 1506.

¹⁶⁵⁰ Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Cilt I, N 1540, *özellikle* dn. 468; Nomer, **Borçlar Genel**, N 185.6.

¹⁶⁵¹ Honsell, **BaslerKomm**, OR Art. 200 N 1; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 200 N 1; Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 69. Bkz. yukarıda B.4/II/A.

¹⁶⁵² Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO Intro. art. 197-210 N 3; Schraner, **ZürcherKomm**, OR Art. 82 N 137; Gauch, **Entreprise**, N 2374; Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 810; Koller, **Nachbesserung**, N 315 vd.; Weber, **BernerKomm**, OR Art. 82 N 179-181; Tschütscher, **Verjährung**, N 228; Simmen, **Einrede**, s. 79 vd.; Kaniti, **Def'i**, s. 120-122; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Borçlar Genel**, s. 830, dn. 12; Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Cilt I, N 1102; Serozan, **Borçlar Özel**, s. 742; **İsvFM**, ATF 89 II 235 = JdT 1964 I 248. Bu durumda özellikle parça satışı açısından, onarımın mümkün olması gerekmektedir. Bkz. Weber, **BernerKomm**, OR Art. 82 N 181.

¹⁶⁵³ Hohl, **CommRomand**, CO art. 82 N 6; Simmen, **Einrede**, s. 86; Kaniti, **Def'i**, s. 119.

¹⁶⁵⁴ Satılanın onarılması ve ayıpsız benzeriyle değiştirilmesi seçimlik haklarının yenilik doğurucu hak olduğu yönünde bkz. Gauch, **Entreprise**, N 1700, 2281; Zindel, Pulver, Schott, **BaslerKomm**, OR Art. 371 N 42d; Bühler, **ZürcherKomm**, OR Art. 368 N 130, Art. 371 N 25; Chaix,

ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesi seçimlik haklarını kullanmasıyla birlikte, satılanın zilyetlik ve mülkiyetini devir borcu, ayıptan doğan garanti borcuna dönüşür¹⁶⁵⁵. Bu durumda, yenilik doğurucu hakkın kullanımıyla ortaya çıkan onarım ve değişim hakları ile satış bedeli borcu, bir “*sinallagma yahut karşılıklılık ilişkisi (rapport d’échange - Austauschverhältnis)*” oluşturur¹⁶⁵⁶. Söz konusu karşılıklılık ilişkisi ise satıcının en başta üstlendiği satılanın zilyetlik ve mülkiyetini devir borcu gibi, ödemezlik def’inin kullanımına cevaz verir. Bu gibi durumlarda alıcının onarım ve değişim haklarına dayanarak başvurduğu ödemezlik def’i, “*akdin -gereği gibi- ifa edilmediği def’i (exceptio non -rite- adimpleti contractus - die Einrede des nicht - gehörig- erfüllten Vertrages)*”¹⁶⁵⁷ olarak nitelendirilmektedir¹⁶⁵⁸. Buraya kadar yapılan açıklamalar esasen ödemezlik def’inin (TBK m. 97) genel uygulama alanına dâhildir ve ayıptan sorumluluk açısından ayrı bir nitelik taşımaz.

TBK m. 231 f. I c. 2 hükmünde ayıp bildiriminde bulunulması kaydıyla ayıptan doğan def’i haklarının zamanaşımına uğramayacağı öngörülmüştür. Öte yandan, borç her ne kadar zamanaşımına uğramış olsa dahi, alacaklının karşı edim borcu açısından *ödemelik def’ini* kullanabileceği, genel prensipler uyarınca da kabul edilmektedir¹⁶⁵⁹. Zira, zamanaşımı def’i her ne kadar alıcının dava imkânını sınırlandırarak, alacak hakkını zayıflatsa dahi, alıcının zamanaşımı süresinin dolmasından önce sahip olduğu def’i hakları ve itirazlar zamanaşımı süresinin sona

CommRomand, CO art. 368 N 9; Honsell, **OR BT**, s. 27; Zindel, Pulver, Schott, **BaslerKomm**, OR Art. 368 N 12; Käser, **Gewährleistung**, s. 54, dn. 197; Huguenin, **OR**, N 2634; Koller, **Nachbesserung**, N 386; Tandoğan, **Borçlar Özel**, Cilt II, s. 192; Yavuz, **Ayıp**, s. 157, 158; Antalya, Topuz, **Medeni Hukuk**, N 663; Kahraman, **Ayıp**, s. 135; **İsvFM**, ATF 107 III 106 = JdT 1983 II 57 = SJ 1982 65; **İsvFM**, 4.4.2001, 4C.80/2000; **Yargıtay** 13. HD, T. 6.12.2017, E. 2015/33130, K. 2017/12193 (kazancı). Ayrıca bkz. yukarıda B.2/IV/A.

¹⁶⁵⁵ Gauch, **Entreprise**, N 1351, 2368; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO Intro. art. 197-210 N 3; **İsvFM**, ATF 100 II 32 = JdT 1975 I 76; **KanM (Valais)**, 21.1.1988, RVJ 1988, s. 344.

¹⁶⁵⁶ Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 206 N 6; Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 810; Gauch, **Entreprise**, N 2368; Weber, **BernerKomm**, OR Art. 82 N 179; Tschüscher, **Verjährung**, N 228; **İsvFM**, ATF 89 II 235 = JdT 1964 I 248; **KanM (Valais)**, 21.1.1988, RVJ 1988, s. 344-347.

¹⁶⁵⁷ “*Exceptio non -rite- adimpleti contractus*” kavramının tarihsel gelişimi ve dayanakları için bkz. Schaller, **Einreden**, N 438 vd. Ayrıca bkz. Schraner, **ZürcherKomm**, OR Art. 82 N 137.

¹⁶⁵⁸ Gauch, **Entreprise**, N 2368, 2293; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO Intro. art. 197-210 N 3; Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 810; Koller, **Nachbesserung**, N 309, 315; Kaniti, **Def’i**, s. 120-122; Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Cilt I, N 1102, dn. 328; Serozan, **Borçlar Özel**, s. 742; **İsvFM**, ATF 89 II 235 = JdT 1964 I 248.

¹⁶⁵⁹ Gauch, **Entreprise**, N 2293; Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 142 N 2; Gauch, Schlupe, Schmid, Emmenegger, **OR AT**, N 3370; Schraner, **ZürcherKomm**, OR Art. 82 N 101; Leu, **BaslerKomm**, OR Art. 82 N 7; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 210 N 14; Niklaus, **Prescription**, N 133; Koller, **Nachbesserung**, N 392; Brändli, **Nachbesserung**, N 974 vd.; Tschüscher, **Verjährung**, N 228; Kaniti, **Def’i**, s. 109; Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Cilt I, N 1099, 1960; Serozan, **Borçlar Genel**, s. 392; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 359.

ermesinden etkilenmeyecektir¹⁶⁶⁰. Ödemezlik def'inin kullanılabilmesi için, her iki alacağın da muaccel olması aranmakla birlikte, zamanaşımı süresinin dolmamış olması şeklinde bir şart mevcut değildir. Şu kadar ki öğretide¹⁶⁶¹, bu sonucun kabul edilebilmesi için, ödemezlik def'ine dayanarak ifayı reddeden alacaklının alacağının zamanaşımına uğramasından önce, karşı alacağın doğmuş olması gerektiği, başka bir deyişle esas alacağın zamanaşımına uğramamış olduğu bir zaman diliminde karşı alacağın en azından doğmuş bulunmasının şart olduğu ifade edilmektedir. Varılan bu sonuca, TBK m. 139 f. III hükmünün ödemezlik def'ine kıyasen uygulanması neticesinde ulaşılmakta ve ödemezlik def'inin zamanaşımından etkilenmeyeceğinin kabul edilebilmesi için, öncelikle zamanaşımı süresi dolmadan, alıcının def'i hakkının doğmuş olması gerektiği ifade edilmektedir. Zira, TBK m. 97 (CO art. 82) hükmü öncelikle, tarafların borçlarını karşılıklı ve aynı anda (*trait pour trait - Zug um Zug*) ifa etmesi gerektiğini düzenlemektedir.

Tam da bu noktada, takas konusunda ifade etmeye çalıştığımız, TBK m. 139 f. III hükmünün ayıptan sorumluk açısından yarattığı sakıncalar tekrar gündeme gelmektedir¹⁶⁶². Alıcının satılanın onarılması veya ayıpsız benzeriyle değiştirilmesi haklarını zamanaşımı süresi dâhilinde kullanması durumunda, onarım veya değişim hakları henüz zamanaşımına uğramadığından, TBK m. 139 f. III bağlamında bir sorunla karşılaşmamaktadır. Zira, bu ihtimalde her iki alacak da doğmuş ve zamanaşımına uğramamıştır. Öte yandan, alıcının seçimlik haklarını zamanaşımı süresinin dolmasından sonra kullanmış olması durumunda¹⁶⁶³ söz konusu alacak hakları zamanaşımına uğramış bir şekilde doğmuş olacaktır. Bu durumda esas alacak zamanaşımına uğramadan, karşı alacağın doğmuş olmasından bahsedilemeyecektir. İşte tam bu noktada, kanımızca TBK m. 231 f. I c. 2 hükmü uygulama alanı

¹⁶⁶⁰ Oser, Schönenberger, **ZürcherKomm**, OR Vorbem. zu Art. 127-142 N 14; Spiro, **Begrenzung I**, s. 508; Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 127 N 49.

¹⁶⁶¹ Pichonnaz, **CommRomand**, CO art. 142 N 2, CO art. 127 N 49; Simmen, **Einrede**, s. 56, 57; Schraner, **ZürcherKomm**, OR Art. 82 N 101; Spiro, **Begrenzung I**, s. 515 vd.; Weber, **BernerKomm**, OR Art. 82 N 134; Gauch, Schluep, Schmid, Emmenegger, **OR AT**, N 3370; Parein-Reymond, **Prescription**, s. 184; Allimann, **Péremption**, N 990; Leu, **BaslerKomm**, OR Art. 82 N 5. Leu, söz konusu görüşe bir nüans getirerek, karşılıklı alacakların zamanaşımı süresi dolmadan önce aynı anda muaccel olmuş bulunmalarının aranacağını ifade etmektedir. Bkz. Leu, **BaslerKomm**, OR Art. 82 N 7. Alman Hukuku'nda da aynı yönde bkz. Schraner, **ZürcherKomm**, OR Art. 82 N 101'de anılan yazarlar. Detaylı bilgi için ayrıca bkz. Pekmez, **Ödemezlik Def'i**, s. 429, 430.

¹⁶⁶² Bkz. yukarıda B.5/III/B.

¹⁶⁶³ Onarım ve değişim haklarının zamanaşımı süresi geçtikten sonra da kullanılabileceği yönünde bkz. Chaix, **CommRomand**, CO art. 371 N 6; Gauch, **Entreprise**, N 2281, 2292; Brändli, **Nachbesserung**, N 999; Koller, **OR BT**, § 4 N 218, 223; Tschütscher, **Aktuelle Probleme**, s. 251, 252.

bulmalıdır. Zira, kanun koyucu ilgili hükümde açıkça, satılanın devrinden itibaren iki yıl içerisinde bildirilen ayıplardan doğan def'i haklarının, bu süresinin geçmesiyle zamanaşımına uğramayacağını öngörmüştür. Bu durumda alıcı, ayıp bildiriminde bulunmuş olmak kaydıyla, satılanın ücretsiz onarılması veya ayıpsız benzeriyle değiştirilmesi haklarını, ödemezlik def'i veya akdin *gereği gibi* ifa edilmediği def'i vasıtasıyla satıcıya karşı ileri sürerek, satış bedelinden kaçınma imkânına sahip olmaktadır. Bu bakımdan, TBK m. 231 hükmünün özel hüküm (*lex specialis*) olduğu nazara alınacak¹⁶⁶⁴ ve alıcının def'i haklarını zamanaşımı süresinden sonra da muhafaza etmesi açısından başkaca bir şart aranmayacaktır.

Belirtmek isteriz ki, alıcının satılanın onarılması veya ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesi seçimlik haklarını kullanabilmesi açısından, kanunda başkaca bir def'i imkânı öngörülmemiştir. Bu sebeple, ödemezlik def'i imkânın, TBK m. 231 f. I hükmünde düzenlenen, alıcının ayıptan doğan def'i haklarının kapsamına *doğrudan* dâhil olduğu kabul edilmelidir¹⁶⁶⁵. Böylece alıcı, satılanın onarılmasına veya ayıpsız bir benzerinin teslim edilmesine kadar satış bedelini geçici olarak ödemekten kaçınmakta, def'i yoluyla satıcıyı satıladaki nitelik eksikliklerini tamamen gidermeye mecbur kılmaktadır¹⁶⁶⁶. Öte yandan, öğretide bir görüşe göre, genel hükümler çerçevesinde düzenlenen ödemezlik def'i (TBK m. 97), herhangi bir seçimlik hakkı def'i yoluyla ileri sürme imkânı tanımadığı için, ayıptan doğan def'i hakları kapsamında değerlendirilmemelidir. Fakat bu görüşe göre, ödemezlik def'inin ayıptan sorumluluk rejimiyle arasındaki yakın ve sıkı ilişki gözden kaçırılmamalı, TBK m. 231 f. I (CO art. 210 al. V) hükmü, ödemezlik def'i açısından *kıyasen* de olsa uygulama alanı bulmalıdır¹⁶⁶⁷. Belirtmek isteriz ki, bu görüş

¹⁶⁶⁴ Koller, *Nachbesserung*, N 393; Gauch, *Entreprise*, N 2291; Tschütscher, *Aktuelle Probleme*, s. 251, dn. 104; Tschütscher, *Verjährung*, N 226; Giger, *BernerKomm*, OR Art. 210 N 67; Aral, *Takas*, s. 90; *İsvFM*, ATF 91 II 216 = *JdT* 1966 I 179.

¹⁶⁶⁵ Koller, *Nachbesserung*, N 392, dn. 444; Chaix, *CommRomand*, CO art. 371 N 40; Tschütscher, *Aktuelle Probleme*, s. 251; Tschütscher, *Verjährung*, N 228. Aynı yönde bkz. Venturi, Zen-Ruffinen, *CommRomand*, CO art. 210 N 14; Oğuzman, Öz, *Borçlar Genel*, Cilt I, N 1102, dn. 327; Şenocak, *Ayıp*, s. 240, 241.

¹⁶⁶⁶ Gauch, *Entreprise*, N 2293; Venturi, Zen-Ruffinen, *CommRomand*, CO art. 210 N 14; Koller, *Nachbesserung*, N 392; Tschütscher, *Aktuelle Probleme*, s. 252; Tschütscher, *Verjährung*, N 228.

¹⁶⁶⁷ Gauch, *Entreprise*, N 2293; Serozan, *Dönme*, s. 300; Serozan, *Borçlar Özel*, N 741. Biz satılanın onarılması ve ayıpsız benzeriyle değiştirilmesi haklarının, yalnızca ödemezlik def'i yoluyla ileri sürülebilmesinden hareketle, öğretide *Gauch'un* savunduğu görüşe katılma olanağı bulamıyoruz. Aynı görüşte bkz. Koller, *Nachbesserung*, N 392, dn. 444; Tschütscher, *Verjährung*, N 228. Öte yandan, yazarın CO art. 210 al. V hükmünün kıyasen de olsa uygulanması gerektiğini ifade etmesinden hareketle, görüş farklılıklarının pratik bir önemi bulunmadığını da ifade etmek isteriz.

öğretide¹⁶⁶⁸ onarım hakkının satıcıya karşı, ancak ödemezlik def'i yoluyla ileri sürülebileceği hususunun gözden kaçırılmış olması sebebiyle eleştirilmektedir.

İfade etmemiz gerekir ki, alıcının bedel indirimi seçimlik hakkını kullanması durumunda ödemezlik def'ine başvurması mümkün değildir. Zira, bu durumda satıcı esasen bedel indirimi def'ine başvurma imkânına sahiptir. Öte yandan, sözleşmeden dönme hakkının kullanılması durumunda, sözleşmenin tasfiye edilmesinden kaynaklanan iade borçlarının ifasında da ödemezlik def'inin kıyasen uygulanması ve tasfiyenin karşılıklı olarak aynı anda (*trait pour trait - Zug um Zug*) gerçekleştirilmesi gerektiği kabul edilmektedir¹⁶⁶⁹. Bu durumda, satılanın aynen iade edilebilecek durumda olması gerekir. TBK m. 228 f. I uyarınca aynen iade mümkün değilse, tasfiye sırasında ödemezlik def'ine başvurmak da mümkün olmaz.

D. Bedel İndirimi Hakkının Def'i Yoluyla Kullanılması

TBK m. 231 f. I c. 2 (CO art. 210 al. V) uyarınca, ayıp bildiriminde bulunmuş olmak kaydıyla alıcı, bedel indirimi seçimlik hakkını (TBK m. 227 f. b. 2), *def'i yoluyla* kullanarak, satıcının satış bedeli alacağını kısmen de olsa reddetme imkânına sahip olmaktadır. Def'i yoluyla ileri sürülen seçimlik hak nazara alınarak, alıcıya bu kapsamda tanınan savunma imkânı, öğretide “*bedel indirimi def'i (exception de réduction du prix - Minderungseinrede)*” olarak adlandırılmaktadır¹⁶⁷⁰. Bu yönde bir nitelendirme ise, yanıltıcı olabilecektir. Esasen söz konusu savunma imkânı, dava yoluyla, *aktif* şekilde kullanılabilen bedel indirimi seçimlik hakkının, def'i yoluyla, *pasif* şekilde kullanımından başka bir şey değildir. Aynı şekilde, def'i imkânına vücut veren bedel indirimi seçimlik hakkının, zamanaşımı süresinin tamamlanmasından önce veya sonra kullanılması açısından da herhangi bir fark

¹⁶⁶⁸ Koller, *Nachbesserung*, N 392, dn. 444; Tschütscher, *Verjährung*, N 228, dn. 337.

¹⁶⁶⁹ Venturi, Zen-Ruffinen, *CommRomand*, CO art. 208 N 2; Thévenoz, *CommRomand*, CO art. 109 N 12; Tercier, Bieri, Carron, *Contrats*, N 774; Leu, *BaslerKomm*, OR Art. 82 N 1; Honsell, *OR BT*, s. 118; Engel, *Contrats*, s. 42; Schraner, *ZürcherKomm*, OR Art. 82 N 4; Oğuzman, Öz, *Borçlar Genel*, Cilt I, N 1094; Nomer, *Borçlar Genel*, N 173.7; Aral, Ayrancı, *Borçlar Özel*, s. 144; *İsvFM*, ATF 109 II 26 = JdT 1983 I 260; ATF 114 II 152 = JdT 1988 I 523; *Yargıtay HGK*, T. 28.9.2011, E. 2011/19-498, K. 2011/572 (kazancı); *Yargıtay HGK*, T. 15.2.2012, E. 2011/19-597, K. 2012/80 (kazancı).

¹⁶⁷⁰ Gauch, *Entreprise*, N 1622, 2290; Tschütscher, *Verjährung*, N 223; Tschütscher, *Aktuelle Probleme*, s. 250, 251; Schaller, *Einreden*, N 754; Venturi, Zen-Ruffinen, *CommRomand*, CO art. 210 N 13. Alman Hukuku'nda aynı şekilde bkz. Medicus, Lorenz, *SchuldR BT*, § 9 N 21; Matusche-Beckmann, *StaudingerKomm*, BGB § 438 N 131. *Venturi*, bedel indirimi hakkının kullanılmasının bir itiraz teşkil etmesinden hareketle, bedel indirimi def'i açısından, “*hakkın itiraz yoluyla kullanımı (l'exercice par voie d'objection)*” tabirini tercih etmektedir. Bkz. Venturi, *Réduction*, N 798.

bulunmamaktadır¹⁶⁷¹. Bu sebeple, “*bedel indirimi seçimlik hakkının def’i yoluyla kullanılması*” ifadesi, kanımızca hukuken daha yerinde bir tabirdir. Öte yandan, anlatım kolaylığı sağlamak amacıyla, konunun gerektirdiği ölçüde, “*bedel indirimi def’i*” kavramına da yer verilmiştir.

Alıcı, söz konusu savunma imkânıyla, satıcıya karşı, bedel indirimi seçimlik hakkını def’i yoluyla ileri sürerek, sözleşmede kararlaştırılan satış bedelinin ayıp oranında indirim tabi tutulduğunu, dolayısıyla satıcının talep ettiğinden daha az satış bedeli borcu bulunduğunu ileri sürmektedir¹⁶⁷². Borcun kısmen veya tamamen mevcut olmadığı veya sona erdiği yönündeki bir savunma, her ne kadar teknik anlamda bir def’i olmayıp, maddi hukuk anlamında bir itiraz teşkil etse de¹⁶⁷³, bedel indirimi hakkının def’i yoluyla ileri sürülmesinden hareketle, söz konusu hukuki imkân, ayıptan doğan def’i hakları kapsamında kabul edilmektedir. O halde, ilk olarak belirtmek gerekir ki, alıcı bedel indirimi def’ini, ancak satış bedeli borcuna karşı kullanılabilir. Bu sebeple, alıcının kısmen de olsa satış bedelini ödememiş olması; başka bir ifadeyle, savunma imkânına başvurulduğu anda, satış bedeli borcunun mevcut olması gerekir¹⁶⁷⁴. Zira, bedel indirimi hakkı, esasen ayıp sebebiyle bozulan edim-karşı edim dengesinin, satılardaki değer kaybının satış bedeline aksettirilmesi yoluyla, yeniden tesis edilmesini amaçlamaktadır¹⁶⁷⁵.

¹⁶⁷¹ Gauch, **Entreprise**, N 1645, 2290; Tschütscher, **Verjährung**, N 223. Aynı yönde bkz. Venturi, **Réduction**, N 1256, 1257.

¹⁶⁷² Venturi, **Réduction**, N 798-800; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 210 N 13; Gauch, **Entreprise**, N 2290; Tschütscher, **Verjährung**, N 223; Tandoğan, **Borçlar Özel**, Cilt I/1, s. 202; Öz, **İnşaat**, s. 224; Şenocak, **Ayıp**, s. 241. Alman Hukuku’nda aynı yönde bkz. Medicus, Lorenz, **SchuldR BT**, § 9 N 21. Bu açıdan, ayıplı ifa def’inin satıcının satış bedeli borcunu eksik borca dönüştürdüğü yönündeki açıklamalara katılma olanağı bulamamaktayız. Bkz. Buz, **Yenilik Doğuran Haklar**, s. 100. Böyle bir neticenin kanunda öngörülmemiş olması bir yana, bedel indirimi def’inin sadece alacağın indirim tutarını etkiliyor olması nazara alındığında, bu sonucun nasıl sağlanacağı da bilinmemektedir. Kanımızca, bu yöndeki ifadeler TBK m. 231 hükmünde düzenlenen sürelerin hak düşürücü süre olarak nitelendirilmesinin ardından, sürenin dolmasıyla birlikte sona ermesi gereken seçimlik hakların, def’i yoluyla ileri sürülebileceği hususunun açıklanamıyor olmasından kaynaklanmaktadır. Nitekim, hakkın def’i yoluyla ileri sürülebilmesinin, CO art. 210 (TBK m. 231) hükmünde düzenlenen sürelerin hak düşürücü süre değil, zamanaşımı süresi olmasından kaynaklandığı yönünde bkz. Capitaine, **Prescription**, s. 103.

¹⁶⁷³ Tschütscher, **Verjährung**, N 223, dn. 383; Gauch, **Entreprise**, N 1645; Schaller, **Einreden**, N 754; Venturi, **Réduction**, N 798, 802. Def’iler borçluya bir hakkı ileri sürerek ifadan kaçınma imkânı sağlamaktadır Oysa, bedel indirimi def’ini kullanan alıcı bir hakkı değil, *satılının ayıplı olması* vakiasını ileri sürmektedir. Bir vakianın ileri sürmesi ise itiraz teşkil etmektedir. Bkz. Venturi, **Réduction**, N 802.

¹⁶⁷⁴ Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 210 N 13; Honsell, **BaslerKomm**, OR Art. 210 N 7; Honsell, **OR BT**, s. 113; Tschütscher, **Verjährung**, N 223; Venturi, **Réduction**, N 798; Buz, **Yenilik Doğuran Haklar**, s. 100.

¹⁶⁷⁵ Cavin, **Vente**, s. 102; Engel, **Contrats**, s. 42; Keller, Siehr, **Kaufrecht**, s. 92; Giger, **BernerKomm**, OR Art. 205 N 16; Aral, Ayrancı, **Borçlar Özel**, s. 149; **İsvFM**, ATF 85 II 193 = JdT 1959 I 605.

İkinci olarak, bedel indirimi hakkının def'i yoluyla kullanılması, diğer def'i imkânlarına nazaran, alıcı açısından *sınırlı* bir koruma sağlamaktadır. Zira, bu def'i hakkıyla alıcı, satış bedelinin tamamına değil, yalnızca ayıp oranında gerçekleşen indirim tutarına karşı çıkabilmektedir¹⁶⁷⁶. Bu sebeple, bedel indirimi hakkının def'i yoluyla ileri sürülmüş olması durumunda, şayet satış bedeli daha önce ödenmemişse, alıcının indirim tutarını aşan, satış bedelinin geri kalan kısmını ifa etmesi gerekmektedir. Zira, bedel indirimi def'i, alıcının satış bedelinin tamamına karşı koyduğu bir savunma imkânı değildir. Ancak, belirtmek isteriz ki, bu durumda alıcının, şartları oluşmuşsa takas savunması yoluyla, indirim tabi tutulmuş olan satış bedelini ödemekten kaçınması ve ayıp sebebiyle doğan tazminat alacağı gibi, başka bir alacağı ile, satıcının karşı alacağını, azı oranında sona erdirmesi mümkündür¹⁶⁷⁷.

Bedel indirimi hakkının def'i yoluyla kullanılmış olması durumunda, karşımıza çıkan diğer bir sorun ise, satış bedelinin kısmen ödenmiş olması durumunda, bedel indirimi neticesinde fazladan ödenen kısmın (*créance en restitution* - *Anspruch aus Minderung*) iadesinin mümkün olup olmadığı sorunudur. Gerçekten de satıcının satış bedelinin tamamını ödemeyip, ayıp oranında indirilmiş olan satış bedelinden daha fazla bir ödeme yapmış olması durumunda, söz konusu sorunla karşılaşmak mümkündür. Zamanaşımı süresinin henüz tamamlanmamış olması ihtimalinde, alıcı bedel indirimi hakkını kullanarak satılanı kendinde tutmakta; buna karşın, ayıp oranında gerçekleştirilen indirim tutarını ödemekten kurtulmakta¹⁶⁷⁸; diğer taraftan, daha önce bu indirim tutarını kısmen veya tamamen ödemişse iadesini talep edebilmektedir¹⁶⁷⁹. Fakat zamanaşımı süresinin tamamlanmış olması ihtimalinde, alıcı her ne kadar bedel indirimi hakkını def'i yoluyla ileri sürebilme imkânına sahipse de; fazladan ödenen kısmın iadesi talebi, ayıptan doğan

¹⁶⁷⁶ Gauch, *Entreprise*, N 2290; Venturi, *Réduction*, N 800; Tschütscher, *Verjährung*, N 223; Tschütscher, *Aktuelle Probleme*, s. 250, 251. Alman Hukuku'nda aynı yönde bkz. Medicus, Lorenz, *SchuldR BT*, § 9 N 21; Matusche-Beckmann, *StaudingerKomm*, BGB § 438 N 131.

¹⁶⁷⁷ Venturi, *Réduction*, N 811-813; Gauch, *Entreprise*, N 1622, 2291; Tschütscher, *Verjährung*, N 225; Venturi, Zen-Ruffinen, *CommRomand*, CO art. 210 N 13.

¹⁶⁷⁸ Diğer seçimlik hakların aksine, bedel indirimi seçimlik hakkının kullanılması durumunda bir "bedel indirimi alacağı" doğmamakta; değiştirici yenilik doğurucu hak olarak nitelendirilen bedel indirimi hakkı, sözleşmede tek taraflı bir değişikliğe yol açarak, kararlaştırılan satış bedelinin ayıp oranında düşürülmesi sonucunu sağlamaktadır. Şayet satış bedelinin tamamı önceden ödenmişse, bu durumda meydana gelen iade alacağı ise, esasen bedel indirimi seçimlik hakkının kullanılmasının *dolaylı bir sonucu* olmaktadır. Bkz. Venturi, *Réduction*, N 1232.

¹⁶⁷⁹ Venturi, *Réduction*, N 1232-1234; Gauch, *Entreprise*, N 1617; Tandoğan, *Borçlar Özel*, Cilt I/1, s. 195; *İsvFM*, ATF 117 II 554 = JdT 1993 I 139 = DC 1993 47 N 106; ATF 116 II 315 = JdT 1991 I 182.

diğer alacak hakları gibi, zamanaşımına uğramış olmaktadır¹⁶⁸⁰. Zamanaşımına uğramış diğer alacak haklarında olduğu gibi, alıcının söz konusu tutarının iadesini talep etmesi mümkün olsa da, satıcı zamanaşımı def'ini ileri sürerek, söz konusu talebe kolayca karşı çıkabilecektir. Sonuç olarak, indirim tutarından daha fazla bir kısmı ödemenin yapılmış olması durumunda, alıcı def'i yoluyla kalan tutarı ödemekten kurtulmakta; ancak, fazladan ödenen kısmın iadesi için açacağı *karşı davada* satıcı, zamanaşımı def'ini ileri sürerek, söz konusu talebin reddini sağlayabilmektedir¹⁶⁸¹. Her ne kadar indirim tutarı açısından ifa sebebi ortadan kalmış olsa da, iade edilmesi gereken tutar bir sebepsiz zenginleşme oluşturmadığından, sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde de ilgili tutarın talep edilmesi mümkün değildir¹⁶⁸². Fazladan ödenen kısmın iadesinin talep edilebilmesi yönündeki aksi bir çıkarım, kanunun bir savunma aracı (*Verteidigungsmittel*) olarak öngördüğü def'i sistematığına ve ayıptan sorumluluk çerçevesinde düzenlenen zamanaşımı sürelerinin mantığına aykırı bir netice doğuracaktır¹⁶⁸³. Öte yandan, alıcının fazladan ödenen satış bedelinin iadesini, satıcının karşı alacağı ile, takas savunmasına konu etmesi mümkündür¹⁶⁸⁴.

Belirtmek gerekir ki, bedel indirimi hakkın def'i yoluyla ileri sürülebilmesi için, öncelikle alıcının bedel indirimi seçimlik hakkının, geçerli bir şekilde doğmuş olması gerekmektedir. Kanunun özellikle seçimlik hakların kullanımını sınırladığı hallerde, bedel indirimi hakkı bulunmayan alıcının, bu hakkı def'i yoluyla sürmesi mümkün değildir. Örneğin, TBK m. 227 f. V hükmü uyarınca, satılanın değerindeki eksiklik satış bedeline çok yakın ise, alıcının bedel indirimi seçimlik hakkı yerine, ayıpsız benzeriyle değişim veya sözleşmeden dönme haklarını kullanması

¹⁶⁸⁰ Gauch, **Entreprise**, N 2290; Venturi, **Réduction**, N 1256; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 210 N 13.

¹⁶⁸¹ Gauch, **Entreprise**, N 2290; Venturi, **Réduction**, N 1256; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 210 N 13. Bu durumda alıcının fazladan ödemiş olduğu bedelin iadesini talep etmesinin mümkün olmadığı yönünde bkz. Honsell, **BaslerKomm**, OR Art. 210 N 7; Honsell, **OR BT**, s. 113; Buz, **Yenilik Doğuran Haklar**, s. 99, 100.

¹⁶⁸² Venturi, **Réduction**, N 1250, 1251; Gauch, **Entreprise**, N 2290. Zira, iade talebi doğrudan doğruya TBK m. 227 (CO art. 205) hükmüne dayanmaktadır. Bkz. Venturi, **Réduction**, N 1250. BGB § 441 Abs. IV hükmünde bedel indirimi hakkının kullanılması durumunda, fazladan ödenen tutarın iade edilmesi gerektiğinden hareketle, söz konusu iadenin kanuna dayandığı açık bir düzenlemeye kavuşturulmuştur.

¹⁶⁸³ Buz, **Yenilik Doğuran Haklar**, s. 99, 100. Alman Hukuku'nda aynı yönde bkz. Herbert Roth, **Die Einrede des Bürgerlichen Rechts**, Münchener Universitätschriften Reihe der Juristischen Fakultät, Band 71, C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1988 (Einrede), s. 91 vd.

¹⁶⁸⁴ Bu konuda bkz. yukarıda B.5/III/B.

gerekmektedir¹⁶⁸⁵. Böyle bir durumda, satıcının bedel indirimi hakkının doğmadığı yönündeki *itirazını* alıcıya veya dava esnasında hâkime karşı ileri sürmesi mümkündür. Ayrıca, TBK m. 227 f. V hükmünün düzenleniş tarzından, bu durumu dava esnasında hâkimin *re'sen* nazara alabileceği de anlaşılmaktadır¹⁶⁸⁶. Zira, indirim tutarının satış bedeline çok yakın olduğu *vakiasının* ileri sürülerek, bedel indirimi hakkının doğmadığı yönündeki bir savunma, *itiraz (objection - Einwendung)* teşkil etmektedir. Bedel indirimi hakkının def'i yoluyla kullanılmasının mümkün olmadığı böyle bir durumda, alıcının sözleşmeden dönme hakkını def'i yoluyla kullanarak, satış bedeline karşı çıkması mümkün olduğu gibi; değişim hakkını kullanarak ödemezlik def'ini satıcıya karşı ileri sürebilmesi de imkân dâhilindedir. Diğer taraftan, TBK m. 227 f. III uyarınca satıcının, malın ayıpsız benzerini teslim ederek ve alıcının uğradığı zararın tamamını giderek seçimlik hakların kullanımına engel olabilmesinden hareketle, alıcının bedel indirimi hakkını def'i yoluyla ileri sürmesini de, aynı şekilde önleyebilmesi mümkün görülmelidir. O halde, satılanın ayıpsız benzerinin teslim edilmesiyle birlikte, bedel indirimini konu edinen def'i hakkı da hükümsüz hale gelecektir.

E. Sözleşmeden Dönme Hakkının Def'i Yoluyla Kullanılması

Alıcı, TBK m. 231 f. I c. 2 (CO art. 210 al. V) hükmü uyarınca, zamanaşımı süresi tamamlanmış olsa dahi¹⁶⁸⁷, sözleşmeden dönme seçimlik hakkını, *def'i yoluyla*

¹⁶⁸⁵ Belirtmek isteriz ki, bu durumda kanun koyucunun niçin alıcının onarım hakkını TBK m. 227 f. V hükmünde belirtmediği anlaşılamamaktadır. Zira, satılanın onarımı mümkünse, alıcının satılanın ücretsiz onarılması seçimlik hakkını kullanmaması için herhangi bir sebep mevcut değildir. Bu nedenle ilgili hükmün bedel indirimi dışında bir seçimlik hakkın kullanılması şeklinde okunması gerektiği ifade edilmektedir. Bkz. Yavuz, **Borçlar Özel**, s. 160. Kanımızca, söz konusu eksiklik, satış mehzatı İsviçre Borçlar Kanunu'nda alıcıya onarım hakkının tanınmamış olmasından ileri gelmektedir.

¹⁶⁸⁶ Belirtmek isteriz ki, her ne kadar hâkim, bedel indirimi hakkının şartlarının oluşmadığına karar verebilecekse de, alıcının yerine geçerek hangi seçimlik hakkın kullanılacağına karar veremeyecektir. Zira, TBK m. 227 f. V hükmü hâkime *ultra petita* yani *talep dışı* bir sonuca hükmetme yetkisi vermemektedir. Bkz. Venturi, **Réduction**, N 534; Cavin, **Vente**, s. 98. Hâkimin talep dışı karar verebileceği görüşünde bkz. Oser, Schöenberger, **ZürcherKomm**, OR Art. 205 N 13; Tandoğan, **Borçlar Özel**, Cilt I/1, s. 188, 189. Öte yandan, öğretide hâkimin bu durumu *re'sen* inceleyemeyeceği, yalnızca satıcının def'i niteliğinde bir savunmada bulunması halinde nazara alabileceği ifade edilmektedir. Bkz. Yavuz, **Borçlar Özel**, s. 160.

¹⁶⁸⁷ Kanunda dönme hakkının kullanılması için zamanaşımı süresi dışında, herhangi bir zamansal sınırlandırma öngörülmemiştir. Öte yandan, öğretide, bu konuda bir kanun boşluğu bulunduğu, böylece satıcının sözleşme ilişkisinin akıbetine netlik kazandırmak amacıyla sözleşmeden dönmeyi teklif edebileceği ve alıcıya dönme hakkını kullanması için uygun bir süre tanıyabileceği (eski BGB § 466'dan esinlenilerek) ifade edilmektedir. Bkz. Giger, **BernerKomm**, OR Art. 205 N 70; Honsell, **BaslerKomm**, OR Art. 205 N 2; Bucher, Buz, **Alıcı**, s. 150, 151; Huguenin, **OR**, N 2634; Venturi, **Réduction**, N 794; Aral, Ayrancı, **Borçlar Özel**, s. 143; Makaracı Başak, **TBK m.**

satıcıya karşı kullanarak (TBK m. 227 f. b. 1 ve m. 229), kendisine yöneltile satış bedeli talebine karşı çıkabilmektedir. Def'i yoluyla ileri sürülen seçimlik hak nazara alınarak, söz konusu savunma imkânı, öğretilde “*sözleşmeden dönme def'i (exception de résolution - Wandelungseinrede)*” olarak adlandırılmaktadır¹⁶⁸⁸. Esasen sözleşmeden dönme def'i olarak ifade edilen savunma imkânı, alıcının zamanaşımı süresi içinde *aktif* şekilde (*dava yoluyla*) kullanabildiği seçimlik hakkını, bu sürenin dolmasından sonra *pasif* şekilde (*def'i yoluyla*) ileri sürebilmesi mantığına dayanır. Bu açıdan, bedel indirimi hakkında olduğu gibi, “*sözleşmeden dönme hakkının def'i yoluyla kullanılması*” ifadesi, hukuken daha isabetlidir. Zira, bu savunma yoluyla hedeflenen, maddi hukuk anlamında yeni bir def'i yaratmak değil, yenilik doğurucu bir hakkın, zamanaşımı süresinden sonra bir savunma imkânı olarak kullanılmasıdır. Öte yandan, anlatım kolaylığı sağlaması açısından “*sözleşmeden dönme def'i*” kavramına da, konunun gerektirdiği ölçüde yer verilmiştir.

Sözleşmeden dönme hakkının, zamanaşımı süresi içinde aktif şekilde kullanımında olduğu gibi, def'i yoluyla ileri sürülmesi neticesinde de, mevcut satış sözleşmesi bir tasfiye ilişkine dönüşmektedir¹⁶⁸⁹. Bu durumda alıcı, savunmasını satıcının talep ettiği satış bedeli alacağının sözleşmeden dönülmüş olması sebebiyle

225/II, s. 1919; Bucher, **SJZ** 67/1971, s. 4. Ayıp bildiriminde bulunulmasının ardından, makul süre içinde alıcının seçimlik hakkını kullanması gerektiği görüşünde bkz. Venturi, **Réduction**, N 795; Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 759.

¹⁶⁸⁸ Gauch, **Entreprise**, N 2090, 2294; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 210 N 13; Honsell, **BaslerKomm**, OR Art. 210 N 6, 7; Honsell, **OR BT**, s. 113; Giger, **BernerKomm**, OR Art. 210 N 70; Tschütscher, **Verjährung**, N 223; Tschütscher, **Aktuelle Probleme**, s. 250, 251; Schaller, **Einreden**, N 754. Öğretilde, iş sahibi veya alıcının sözleşmeden dönme def'i yoluyla satış bedelini ödemekten kaçınmaması gerektiği ifade edilmektedir. Bu görüşe göre, iş sahibi veya alıcının böyle bir def'i hakkı bulunmamaktadır. Bkz. Öz, **Dönme**, s. 129, dn. 238. *Alman Hukuku'nda* 2002 yılında gerçekleştirilen Borçlar Hukuku Modernizasyonu sonrasında sözleşmeden dönme def'i, “*Rücktrittseinrede*” olarak adlandırılmaktadır. Sözleşmeden dönme def'i, İsviçre-Türk Hukuku ile Alman Hukuku'nda (BGB § 438 Abs. IV) çoğunlukla benzer şekilde açıklanmaktadır. Bkz. Medicus, Lorenz, **SchuldR BT**, § 9 N 20. Değişiklikten önceki düzenleme için bkz. Roth, **Einrede**, s. 91. 2002 yılından önce, Alman ve İsviçre hukuk sistemlerinde aynı terminoloji kullanılmaktadır. Bkz. Roth, **Einrede**, s. 91 vd. Sözleşmeden dönme hakkının def'i yoluyla kullanılamaması gerektiği yönünde bkz. Öz, **İnşaat**, s. 224.

¹⁶⁸⁹ Gauch, **Entreprise**, N 2290; Tschütscher, **Verjährung**, N 223; Giger, **BernerKomm**, OR Art. 210 N 70; Schaller, **Einreden**, N 756; Honsell, **BaslerKomm**, OR Art. 210 N 7; Honsell, **OR BT**, s. 113; Gümüş, **Borçlar Özel**, s. 117. Aynı yönde bkz. Kılıçoğlu, **Borçlar Özel**, s. 101. Alman Hukuku'nda aynı yönde bkz. Medicus, Lorenz, **SchuldR BT**, § 9 N 20; Matusche-Beckmann, **StaudingerKomm**, BGB § 438 N 130; Roth, **Einrede**, s. 92. Belirtmek isteriz ki, söz konusu açıklamalar sözleşmeden dönme konusunda benimsemiş olduğumuz *dönüşüm teoris*i çerçevesinde gerçekleştirilmektedir. Öte yandan, klasik dönme görüşünün yahut aynı etkili dönme görüşünün benimsenmiş olması durumunda da, sözleşmeden dönme def'i açısından varılacak olan sonuç değişmemektedir. Sözleşmeden dönme konusunda bkz. yukarıda B.2/II/C/1.

artık mevcut olmadığı vakıasına dayandırmaktadır¹⁶⁹⁰. Daha önce ifade ettiğimiz üzere, sözleşmeden dönme sebebiyle alacağın sona ermiş olduğu yönündeki savunma, maddi hukuk anlamında hakkı sona erdiren bir itiraz (*rechtsaufhebende Einwendung*) teşkil etse¹⁶⁹¹, kanun koyucu sözleşmeden dönme hakkının kullanım şeklini esas alarak, söz konusu savunma imkânını, ayıptan doğan def'i hakları başlığı altında düzenlemiştir.

Sözleşmeden dönme hakkının, zamanaşımı süresinin sona ermesinden önce veya sonra kullanılmasının ise, def'i hakkı açısından herhangi bir önemi bulunmamaktadır¹⁶⁹². Fakat, hatırlatmak isteriz ki, sözleşmeden dönme hakkının kullanılması neticesinde doğan iade talepleri de (TBK m. 229 f. I), diğer seçimlik haklar açısından olduğu gibi, TBK m. 231 ve m. 244 f. III hükmünde düzenlenen zamanaşımı sürelerine tabidir¹⁶⁹³. Bu açıdan, sözleşmeden dönme hakkının zamanaşımı süresinin tamamlanmasından sonra kullanılması durumunda, iade talepleri zamanaşımına uğramış bir şekilde doğmuş olacaktır.

Hemen belirtmek isteriz ki, sözleşmeden dönme def'i olarak ifade edilen, sözleşmeden dönme hakkının def'i yoluyla kullanılması, ayıptan doğan diğer savunma imkânlarına nazaran, önemli zorluklar arz etmektedir. Öğretide haklı olarak ifade edildiği üzere¹⁶⁹⁴, sözleşmeden dönme def'inin kanunun öngördüğü def'i sistemiyle uygunluk arz ettiği söylenememektedir. Zira, genellikle kabul edildiği üzere def'i hakkı, borçluya kanundan veya sözleşmeden kaynaklanan herhangi bir sebebe dayanarak, borcunu ifa etmekten kaçınma imkânı sağlayan savunma yoludur. Bu sebeple, def'iler belirli bir alacak hakkına karşı kullanılabilir. Oysa, sözleşmeden dönme def'inin kullanılmasıyla birlikte, sözleşmenin tamamı bir tasfiye ilişkisine dönüşmekte, böylece sözleşmeden dönme def'i, sözleşme ilişkinin tamamına karşı ileri sürülmüş olmaktadır. Kanımızca, söz konusu def'i imkânının yol açtığı bu hukuki sonucu yadırgamamak gerekir. Zira, sözleşmenin tasfiye ilişkisine dönüşmesine her ne kadar dolaylı olarak def'i hakkının kullanımı sebebiyet verse de,

¹⁶⁹⁰ Gauch, **Entreprise**, N 2290, 2294; Tschütscher, **Verjährung**, N 223; Schaller, **Einreden**, N 754. Aynı yönde bkz. Honsell, **BaslerKomm**, OR Art. 210 N 7; Müller-Chen, Girsberger, Droese, **OR BT**, s. 79.

¹⁶⁹¹ Tschütscher, **Verjährung**, N 223, dn. 383; Schaller, **Einreden**, N 754; Gauch, **Entreprise**, N 1550, 1645.

¹⁶⁹² Gauch, **Entreprise**, N 1645, 2290; Tschütscher, **Verjährung**, N 223.

¹⁶⁹³ Koller, **OR BT**, § 4 N 223; Chaix, **CommRomand**, CO art. 371 N 5; Gauch, **Entreprise**, N 1539, 2281; Zindel, Pulver, Schott, **BaslerKomm**, OR Art. 371 N 5; Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 775. Detaylı bilgi ve değerlendirmeler için bkz. yukarıda B.2/II/C/1.

¹⁶⁹⁴ Honsell, **BaslerKomm**, OR Art. 210 N 7; Honsell, **OR BT**, s. 113; Schaller, **Einreden**, N 754; Serozan, **Dönme**, s. 301.

borcu sona erdiren asıl neden, yenilik doğrudan hak olan sözleşmeden dönme hakkının kullanılmış olmasıdır. Öte yandan, yukarıda ifade ettiğimiz üzere, öğretide sözleşmeden dönme def'i olarak ifade edilen hukuki imkân, esasen maddi hukuk anlamında gerçek bir def'i hakkı değil, yenilik doğurucu bir hakkın pasif şekilde kullanılmasıdır.

Sözleşmeden dönme hakkının def'i yoluyla kullanılması, satış bedelinin ödenmesi talebine karşı, alıcının sözleşmeden dönülmüş olması sebebiyle, satış bedeli borcunun gerçekte bulunmadığını; başka bir deyişle, sona erdiğini ileri sürmesi şeklinde gerçekleşmektedir. O halde, bedel indirimi hakkında olduğu gibi, sözleşmeden dönme hakkını konu edinen def'i imkânı da, yalnızca satıcının satış bedeli alacağına karşı kullanılabilir¹⁶⁹⁵. Zira, alıcı söz konusu savunma yoluyla, sözleşmeden dönülmüş olması sebebiyle, sözleşme ilişkisinin bir tasfiye ilişkisine dönüştüğü ve henüz ifa edilmemiş olan borçların sona erdiği vakıasına dayanmaktadır. Bu sebeple, alıcının kısmen veya tamamen satış bedelini ödememiş olması gerekir¹⁶⁹⁶.

Satış bedelinin tamamen ödenmiş olması durumunda ise, satıcının başka bir hukuki ilişki çerçevesinde talep edeceği alacağına karşı, alıcının başvurabileceği yegâne yol, bedel indirimi hakkında olduğu gibi¹⁶⁹⁷, takas imkânıdır. Alıcı, TBK m. 229 hükmünde ifade edilen, satış bedelinin faiziyle birlikte iade edilmesi (TBK m. 229 f. I b. 1), yargılama giderleri ile satılan için yapılmış olan giderlerin ödenmesi (TBK m. 229 f. I b. 2) ve doğrudan-dolaylı zararın tazmini taleplerini (TBK m. 229 f. I b. 3 ve f. II); satıcı tarafından ileri sürülebilecek olan, satılardan elde edilen yararların iadesi talebiyle (TBK m. 229 f. I) yahut başka bir karşı alacakla takas edebilir.

¹⁶⁹⁵ Gauch, **Entreprise**, N 1550; Honsell, **BaslerKomm**, OR Art. 210 N 7; Honsell, **OR BT**, s. 113; Schaller, **Einreden**, N 756; Müller-Chen, Girsberger, Droese, **OR BT**, s. 79; Tschütscher, **Verjährung**, N 223. Aynı yönde bkz. Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 210 N 13; Medicus, Lorenz, **SchuldR BT**, § 9 N 20. Öte yandan, sözleşmeden dönme hakkının sözleşmenin tarafı olmaya (*borç ilişkisine*) bağlı bir fer'i hak olması da bu sonucu haklı kılar. Bkz. Oğuzman, Öz, **Medeni Hukuk**, N 589.

¹⁶⁹⁶ Gauch, **Entreprise**, N 2290; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 210 N 13; Honsell, **BaslerKomm**, OR Art. 210 N 6, 7; Honsell, **OR BT**, s. 113; Müller-Chen, Girsberger, Droese, **OR BT**, s. 79; Müller-Chen, **CHK**, OR Art. 210 N 15; Tschütscher, **Verjährung**, N 223. Aynı yönde bkz. Buz, **Yenilik Doğuran Haklar**, s. 100. Alman Hukuku'nda aynı yönde bkz. Medicus, Lorenz, **SchuldR BT**, § 9 N 20; Brox, Walker, **SchuldR BT**, § 4 N 133.

¹⁶⁹⁷ Nitekim, alıcı satış bedeli tamamen ödenmişse, bedel indirimi seçimlik hakkını ileri sürdükten sonra doğacak olan, fazladan ödenmiş indirim tutarının iadesi talebiyle, satıcının karşı alacağını takas edebilir. Bkz. Venturi, **Réduction**, N 811. Ayrıca bkz. yukarıda B.5/III/D.

Öte yandan, satış bedelinin kısmen ödenmiş olması veya hiç ödenmemiş olması durumunda, sözleşmeden dönme hakkın def'i yoluyla ileri sürülmesi, takas savunmasını kullanılmasına engel olmaz¹⁶⁹⁸. Bu durumda alıcı, kısmen ödenmiş olan satış bedelinin faiziyle birlikte iade edilecek olmasından doğan alacak hakkı ile TBK m. 229 hükmünde tanınan diğer haklarını, satıcının herhangi bir karşı alacağıyla takas edebilir¹⁶⁹⁹. Bu açıdan, ister satış bedeli ödenmiş, ister ödenmemiş olsun, söz konusu hukuki imkân, yukarıda ifade ettiğimiz¹⁷⁰⁰ takas savunmasının, olağan uygulama alanına dâhildir. Belirtmek isteriz ki, alıcı kadar, satıcının da, aynı şekilde takas savunmasına başvurması mümkündür.

Sözleşmeden dönme hakkının def'i yoluyla ileri sürülmesinin en önemli sonucu¹⁷⁰¹, sözleşme ilişkisinin tasfiye edilerek, sona erdirilecek olmasıdır. Sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasıyla birlikte, taraflar arasındaki sözleşme ilişkisi bir tasfiye ilişkisine dönüşmektedir. Böylece tasfiye amacı dışında kalan borçlar sona ermekte; öte yandan, daha önce ifa edilmiş olan edimlerin ise iade edilmesi gerekmektedir¹⁷⁰². Bu durumda, sözleşmeden dönme hakkını kullanarak sözleşme ilişkisini sona erdirmek isteyen alıcının, her ne kadar zamanaşımı süresi dolmuş olsa dahi, satılanı elinde tutmaya devam etmesi mümkün değildir¹⁷⁰³. Zira, sözleşmeden dönme beyanının satıcıya ulaşmasıyla birlikte, kendisi açısından satılanı iade etme borcu doğmuş olmaktadır. Keza, alıcının sözleşmeden dönmeye karşılık,

¹⁶⁹⁸ Tschütscher, **Verjährung**, N 225; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 210 N 13; Gauch, **Entreprise**, N 2290. Bu açıdan, takas savunması diğer def'i imkânlarıyla kümülatif (*yığılmalı*) olarak ileri sürülebilmektedir.

¹⁶⁹⁹ Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 210 N 13; Tschütscher, **Verjährung**, N 225; Gauch, **Entreprise**, N 2291, 2294.

¹⁷⁰⁰ Detaylı bilgi için bkz. yukarıda B.5/III/B.

¹⁷⁰¹ Bu kısımda yapılan açıklamalar, *Alman Hukuku'nda* da kabul edilmektedir. Nitekim, sözleşmeden dönme def'inin kullanılması durumunda, BGB § 438 Abs. IV uyarınca, alıcı, satıcının satış bedeli talebine karşı çıkmakta; böylece, zamanaşımı süresi dolmamış gibi sözleşmeden dönülmüş olmaktadır. Bu durumda alıcı, elde ettiği yararlarla birlikte satılanı, satıcıya iade etmek zorundadır. Buna karşın, satıcı da, şayet satış bedeli kısmen ödenmişse, ödenmiş olan kısmı alıcıya geri vermek durumundadır. Böylece, karşılıklı olarak ifa edilmiş olan edimlerin iadesi ve sözleşmenin tasfiye edilmesi için bir yol açılmış olmaktadır. Sözleşmeden dönme def'i, satış bedeli alacağına karşı kullanıldığı için, satış bedelinin tamamını veya önemsiz addedilebilecek bir kısmı dışında, tamamına yakını ödeyen alıcının, söz konusu hukuki imkâna başvurması mümkün değildir. Bkz. Medicus, Lorenz, **SchuldR BT**, § 9 N 20; Matusche-Beckmann, **StaudingerKomm**, BGB § 438 N 130; Greiner, **BT**, N 295; Looschelders, **BT**, N 160. Benzer yönde bkz. Roth, **Einrede**, s. 104 vd.

¹⁷⁰² Dönüşüm teorisi çerçevesinde, sözleşmeden dönme hakkının kullanılmış olmasının sözleşme ilişkisine etkileri açısından bkz. Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 205 N 9, 10; Gauch, **Entreprise**, N 1538, 1539; Schaller, **Einreden**, N 753; Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 763 vd.

¹⁷⁰³ Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 210 N 15; Koller, **AJP** 2014, s. 304; Giger, **BernerKomm**, OR Art. 210 N 70; Müller-Chen, Girsberger, Droese, **OR BT**, s. 79; Schaller, **Einreden**, N 757; Honsell, **BaslerKomm**, OR Art. 210 N 7; Honsell, **OR BT**, s. 113; Gauch, **Entreprise**, N 2294; Müller-Chen, **CHK**, OR Art. 210 N 15; Gümüş, **Borçlar Özel**, s. 117.

satılanı elde tutmaya devam etmesinin, “*çelişkili davranış yasağı (venire contra factum proprium)*” çerçevesinde de korunmayı hak etmediği ifade edilmektedir¹⁷⁰⁴. O halde, alıcının hem sözleşmeden döndüğünü ileri sürüp, hem de satılanı elinde tutmaya devam etmesinin hukuken haklı görülmesi mümkün değildir. Bu durumda satıcı, daha önceden teslim etmiş olduğu taşınırın veya mülkiyetini devretmiş olduğu taşınmazın iadesini talep edebilme imkânına sahip olmaktadır¹⁷⁰⁵.

Öte yandan, sözleşmeden dönme ile birlikte meydana gelen tasfiye ilişkisi çerçevesinde, şayet daha önceden satış bedeli *kısmen* ifa edilmişse, satıcı da ödenmiş olan satış bedelini iade etmekle yükümlüdür¹⁷⁰⁶. Ödenmiş olan satış bedelinin iadesinin talep edilmesi, def’i haklarının yalnızca savunma amacıyla kullanılması ve aktif şekilde talep hakkına imkân vermemesi sebebiyle; öte yandan, satış bedelinin iadesi talebinin zamanaşımına uğramış olması nedeniyle, ilk bakışta tereddüde sebep olabilecektir. Buna rağmen, satılanın iade edilecek olmasından hareketle, alıcının da satış bedelinin ödenmiş olan kısmının kendisine geri verilmesini satıcıdan isteyebileceği kabul edilmektedir. O halde, sözleşmeden dönülmüş olması sebebiyle sözleşme ilişkisi, sanki zamanaşımı süresi dolmamış gibi taraflar arasında tasfiye edilebilecektir¹⁷⁰⁷.

Belirtmek isteriz ki, bu sonucu sağlayan en önemli argüman, TBK m. 97 (CO art. 82) uyarınca tarafların karşılıklı borçlarını aynı anda ifa etmeleri gerektiğini (*trait pour trait - Zug um Zug*) öngören ödemezlik def’idir¹⁷⁰⁸. Sözleşmeden dönülmüş olması halinde ödemezlik def’inin karşılıklı iade talepleri açısından kıyasen uygulanması gerektiği, gerek öğretide gerekse uygulamada oy birliğiyle kabul

¹⁷⁰⁴ Giger, **BernerKomm**, OR Art. 210 N 70.

¹⁷⁰⁵ Gauch, **Entreprise**, N 2294; Koller, **Werkvertrag**, N 767; Koller, **AJP 2014**, s. 304; Honsell, **BaslerKomm**, OR Art. 210 N 7; Honsell, **OR BT**, s. 113; Giger, **BernerKomm**, OR Art. 210 N 70; Müller-Chen, Girsberger, Droese, **OR BT**, s. 79; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 210 N 15.

¹⁷⁰⁶ Honsell, **BaslerKomm**, OR Art. 210 N 7; Honsell, **OR BT**, s. 113; Koller, **Werkvertrag**, N 767; Koller, **AJP 2014**, s. 304; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 210 N 15; Müller-Chen, **CHK**, OR Art. 210 N 15; Schaller, **Einreden**, N 757; Gauch, **Entreprise**, N 2294. Aynı yönde bkz. Giger, **BernerKomm**, OR Art. 210 N 70; Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 741. Alman Hukuku’nda aynı yönde bkz. Medicus, Lorenz, **SchuldR BT**, § 9 N 20; Matusche-Beckmann, **StaudingerKomm**, BGB § 438 N 130.

¹⁷⁰⁷ Bu durum sözleşmeden dönmenin sonuçlarını düzenleyen TBK m. 229 (CO art. 208) hükmünün def’i yoluyla uygulaması anlamına etmektedir. Bkz. Honsell, **BaslerKomm**, OR Art. 210 N 7; Honsell, **OR BT**, s. 113; Gauch, **Entreprise**, N 2294; Schaller, **Einreden**, N 757; Giger, **BernerKomm**, OR Art. 210 N 70.

¹⁷⁰⁸ Koller, **Werkvertrag**, N 767; Koller, **AJP 2014**, s. 304; Schaller, **Einreden**, N 757; Honsell, **BaslerKomm**, OR Art. 210 N 7; Honsell, **OR BT**, s. 113. Aynı yönde bkz. Müller-Chen, **CHK**, OR Art. 210 N 15; Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 741.

edilmektedir¹⁷⁰⁹. Öte yandan, zamanaşımı süresinin tamamlanmış olması sebebiyle, sözleşmeden dönme hakkının kullanımı neticesinde meydana gelen iade alacakları ve diğer alacak hakları (TBK m. 229; CO art. 208), zamanaşımına uğramış bir şekilde doğmuş olacaktır¹⁷¹⁰. Bu durumda her ne kadar alacak hakları zamanaşımına uğramış olsa da, satış sözleşmesinin tarafları, ödemezlik def'ine başvurabilecektir¹⁷¹¹. O halde, satıcı satılan kendisine iade edilene yahut iadesi teklif edilene değin, kısmen ödenmiş olan satış bedelini geri vermekten kaçınabilecek; alıcı ise ödemiş olduğu satış bedeli iade edilene yahut iadesi teklif edilene kadar, karşı tarafın iade talebini aynı şekilde reddedebilecektir¹⁷¹². Esasen, zamanaşımı süresinin dolmuş olmasına rağmen, sözleşme ilişkisinin tasfiyesini mümkün kılan temel gerekçe, sözleşmeden dönme def'inin kullanılmış olması veya ayıptan doğan def'i haklarının uygulanması değil, zamanaşımından etkilenmeyen ödemezlik def'inin, tasfiye ilişkisi açısından da tatbik ediliyor olmasıdır. Zira, def'i yoluyla kullanılan seçimlik haklar, zamanaşımı süresinin dolması sebebiyle, yalnızca pasif bir koruma imkânı sunsalar dahi; zamanaşımına uğramayan ödemezlik def'i, tarafları ifaya zorlama ve borçlu üzerinde baskı kurma işlevlerini yerine getirmeye devam etmektedir.

Çözümlemesi gereken bir diğer sorun, usul hukuku çerçevesinde karşımıza çıkmaktadır. Zira, satıcının satış bedelini dava yoluyla talep etmesine karşılık, alıcının cevap veya ikinci cevap dilekçelerinde sözleşmeden dönme hakkını def'i yoluyla kullanması ve satış bedeli borcunun mevcut olmadığını ileri sürmesi durumunda, hâkimin davayı esastan reddetmek zorunda olduğu, ilk bakışta ifade edilebilecektir. Öte yandan, böyle bir durumda, satıcıya talep sonucunu değiştirme imkânı tanınarak, satıcının satış bedelinin ödenmesi yerine, sözleşmeden dönme sebebiyle satılanın iadesini talep edip edemeyeceğinin tespit edilmesi gerekmektedir.

¹⁷⁰⁹ Weber, **BernerKomm**, OR Art. 109 N 63; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 208 N 2; Thévenoz, **CommRomand**, CO art. 109 N 12; Koller, **Werkvertrag**, N 767; Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 774; Gauch, **Entreprise**, N 1538; Honsell, **OR BT**, s. 118; Engel, **Contrats**, s. 42; Edis, **Ayıp**, s. 121; Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Cilt I, N 1094; Aral, Ayrancı, **Borçlar Özel**, s. 144; Nomer, **Borçlar Genel**, N 173.7; **İsvFM**, ATF 109 II 26 = JdT 1983 I 260; ATF 114 II 152 = JdT 1988 I 523; **Yargıtay** HGK, T. 28.9.2011, E. 2011/19-498, K. 2011/572 (kazancı); **Yargıtay** HGK, T. 15.2.2012, E. 2011/19-597, K. 2012/80 (kazancı).

¹⁷¹⁰ Bkz. Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 210 N 13; Koller, **Werkvertrag**, N 767; Gauch, **Entreprise**, N 2290; Chaix, **CommRomand**, CO art. 371 N 6; Koller, **OR BT**, § 4 N 218, 223.

¹⁷¹¹ Zamanaşımına uğramış alacakların, ödemezlik def'ine konu olabileceği; zira, def'i haklarının zamanaşımına uğramayacağı kabul edilmektedir. Bkz. **CommRomand**, CO art. 142 N 2; Gauch, Schluep, Schmid, Emmenegger, **OR AT**, N 3370; Schraner, **ZürcherKomm**, OR Art. 82 N 101; Niklaus, **Prescription**, N 133; Kaniti, **Def'i**, s. 109; Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Cilt I, N 1099, 1960; Serozan, **Borçlar Genel**, s. 392; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 359.

¹⁷¹² Gauch, **Entreprise**, N 2294; Koller, **Werkvertrag**, N 767; Honsell, **BaslerKomm**, OR Art. 210 N 7; Honsell, **OR BT**, s. 113.

Bu konuda, İsviçre Hukuku'nda “*talep veya dava değişimi (modification de la demande - Klageänderung)*” başlığını taşıyan İsviçre Medeni Usul Kanunu (CPC) m. 227 uyarınca, talep sonucunun değiştirilerek, satış bedelinin ödenmesi talebinin, satılanın iadesi talebine dönüştürülebileceği ifade edilmektedir¹⁷¹³. Nitekim, CPC art. 227 hükmünde, *yeni* veya *değiştirilmiş* talep sonucunun, şimdiye kadarki talep sonucuyla nesnel bir bağlantı arz etmesi durumunda, talep sonucunun değiştirilebileceği düzenlenmiştir.

Türk Hukuku açısından hemen belirtmek gerekir ki, uyuşmazlığa dâhil edilen vakıaların değiştirilmesi, taksif ilkesinin sonucu olan iddia ve savunmanın değiştirilmesi veya genişletilmesi yasağına (HMK m. 141) tabidir¹⁷¹⁴. Bu açıdan, mevcut vakıaların değiştirilmesi, cevap veya ikinci cevap dilekçelerinden sonra, ancak ıslah veya karşı tarafın açık muvafakati (HMK m. 141 f. II) yoluyla gerçekleştirilebilir. Öte yandan, öğretide, davanın açılması esnasında mevcut olmayıp, sonradan ortaya çıkan vakıaların, yargılamanın kapsamına dâhil olması şartıyla, iddia ve savunmanın değiştirilmesi veya genişletilmesi yasağının kapsamına girmeyeceği; bu durumda, yeni vakıaların ıslaha veya karşı tarafın açık muvafakatine ihtiyaç duyulmaksızın davaya dâhil edilebileceği haklı olarak ifade edilmektedir¹⁷¹⁵. Kanımızca, önerilen söz konusu çözüm, sözleşmeden dönme hakkının def'i şeklinde, cevap veya ikinci cevap dilekçeleriyle birlikte (*dava esnasında*) ileri sürülmesi açısından da isabetlidir. Bu durumda, sözleşmeden dönülmüş olması nedeniyle, satış bedeli talebi hukuki temelden yoksun kalan satıcı, ıslaha ihtiyaç duymadan, satış bedelinin ödenmesi yerine, satılanın iadesini talep edebilmelidir. Zira, böyle bir durumun ortaya çıkmasında, satıcının herhangi bir kusuru veya ihmali söz konusu olmadığı için, satıcıyı davada bir kez kullanabileceği ıslah imkânından mahrum bırakmak, yerinde bir çözüm sayılmayacaktır¹⁷¹⁶. Belirtmek isteriz ki, mevcut

¹⁷¹³ Honsell, **BaslerKomm**, OR Art. 210 N 7; Honsell, **OR BT**, s. 113.

¹⁷¹⁴ Özkes, **Pekcanitez Usûl**, s. 1491; Pekcanitez, Atalay, Özkes, **Medenî Usûl**, s. 267.

¹⁷¹⁵ Kuru, **Medeni Usul**, s. 432; Özkes, **Pekcanitez Usûl**, s. 1491, 1492; Pekcanitez, Atalay, Özkes, **Medenî Usûl**, s. 267, 269. Bu gibi durumlara, satılanın ayıpsız benzeriyle değiştirilmesini talep eden alıcının, bilgisi dâhilinde olmadan, satılanın kendisine atfedilemeyecek bir sebeple yok olması ihtimalinde, talebini değiştirerek, bedel indirimi seçimlik hakkı çerçevesinde fazladan ödenen bedelinin iadesine çevirmesi örnek olarak gösterilmektedir. Bkz. Özkes, **Pekcanitez Usûl**, s. 1493. Ancak, Yargıtay bu durumda da ıslah yoluna başvurulması gerektiği yönündeki görüşünü tekrar etmiştir. Bkz. **Yargıtay** 13. HD, T. 24.9.2007, E. 2007/5987, K. 2007/10970 (kazancı).

¹⁷¹⁶ Genel itibariyle aynı yönde bkz. Özkes, **Pekcanitez Usûl**, s. 1492, 1493.

içtihadından Yargıtay'ın aksi kanaatte olduğu anlaşılmaktadır¹⁷¹⁷. Zira, pek çok kararlarında Yüksek Mahkeme, herhangi bir ayırma gitmeksizin, sonradan ortaya çıkan vakıalar açısından da ıslah yoluna başvurulması gerektiğini ifade etmektedir.

Belirtmek gerekir ki, sözleşmeden dönme hakkının def'i yoluyla ileri sürülebilmesi için, bedel indirimi hakkında olduğu gibi, öncelikle alıcının sözleşmeden dönme seçimlik hakkının doğmuş olması gerekmektedir. Özellikle, alıcının seçimlik haklarının kullanımının kanunen sınırlandırıldığı bazı hallerde, sözleşmeden dönme hakkı bulunmayan alıcının, bu hakkı def'i yoluyla satıcıya karşı ileri sürebilmesi mümkün değildir. İlk olarak, TBK m. 227 f. IV hükmünde durumun özellikleri, sözleşmeden dönme hakkının kullanımını haklı göstermiyorsa; başka bir deyişle, alıcının sözleşmeden dönmesi hakkaniyete aykırı düşüyorsa, hâkimin satılanın onarılmasına veya satış bedelinin indirilmesine karar verebileceği öngörülmüştür¹⁷¹⁸. Hükmün düzenleniş şeklinden, hâkimin dava dosyasından anlaşılması durumunda, re'sen satılanın onarılmasına veya satış bedelinin indirilmesine karar verebileceği anlaşılmaktadır¹⁷¹⁹. Kanımızca, hal ve şartların haklı göstermemesi sebebiyle sözleşmeden dönme hakkının mevcut olmadığı yönündeki iddia, hakkının doğmadığı vakıasına dayandığından, maddi hukuk anlamında bir *itiraz (objection - Einwendung)* olarak değerlendirilmelidir. O halde, TBK m. 227 f. IV hükmü uyarınca, söz konusu itirazın kabul edilerek bedel indirimine karar verilmesi durumunda, bedel indirimi hakkının def'i yoluyla ileri sürülmesi veya satılanın onarılmasına karar verilmesi durumunda, ödemezlik def'inin kullanılması

¹⁷¹⁷ **Yargıtay** İBK, T. 25.4.2019, E. 2017/8, K. 2019/3 (RG T. 27.9.2019, S. 30901); **Yargıtay** HGK, T. 8.10.2019, E. 2016/22-277, K. 2019/997 (kazancı); **Yargıtay** 9. HD, T. 4.11.2014, E. 2014/24392, K. 2014/32498 (kazancı).

¹⁷¹⁸ Hâkimin böyle bir durumda bedel indirimine karar vermeyip, dönme hakkının şartlarının oluşmaması sebebiyle davayı reddetmesi hukuka aykırıdır. Bkz. **Yargıtay** 13. HD, T. 13.12.1018, E. 2016/23064, K. 2018/12120 (kazancı); **Yargıtay** 19. HD, T. 20.12.2017, E. 2016/13794, K. 2017/8102 (kazancı); **Yargıtay** 19. HD, T. 8.1.2014, E. 2013/18644, K. 2014/736 (kazancı); **Yargıtay** 13. HD, T. 13.12.2010, E. 2010/8333, K. 2010/16575 (kazancı).

¹⁷¹⁹ Bu durumda hâkimin TBK m. 227 f. V hükmünden farklı olarak, *ultra petita* yani *talep dışı* karar verebileceği ifade edilmektedir. Bkz. Oser, Schöenberger, **ZürcherKomm**, OR Art. 205 N 8; Venturi, **Réduction**, N 534; Cavin, **Vente**, s. 97, 98; Stanislas, **Résolution**, s. 122; Öz, **Değişiklikler**, s. 861. Aynı yönde bkz. Tandoğan, **Borçlar Özel**, Cilt I/1, s. 188; Aral, Ayrancı, **Borçlar Özel**, s. 140, 141; Eren, **Borçlar Özel**, N 395, 396. Nitekim, Yargıtay uygulaması da bu yöndedir. Bkz. **Yargıtay** 19. HD, T. 20.12.2017, E. 2016/13794, K. 2017/8102 (kazancı); **Yargıtay** 19. HD, T. 8.1.2014, E. 2013/18644, K. 2014/736 (kazancı); **Yargıtay** 13. HD, T. 13.12.2010, E. 2010/8333, K. 2010/16575 (kazancı). Öte yandan, öğretilde sözleşmeden dönme hakkının haklı görülmediğinin, satıcı tarafından def'i yoluyla ileri sürülmesi gerektiği ve hâkimin alıcı yerine geçerek bedel indirimine veya satılanın onarılmasına karar veremeyeceği ifade edilmektedir. Bkz. Yavuz, **Borçlar Özel**, s. 158. Ayıptan sorumluluk hükümleri emredici olmadığından, tarafların anlaşarak ilgili hükmün uygulanmasını bertaraf etmeleri mümkündür. Bkz. Tandoğan, **Borçlar Özel**, Cilt I/1, s. 188.

mümkündür. Ayrıca, TBK m. 228 f. II hükmünde alıcıya yüklenebilen bir sebeple satılan yok olmuşsa, şekli değişmişse veya alıcı onu başkasına devretmişse¹⁷²⁰, alıcının sadece bedel indirimi seçimlik hakkını kullanabileceği düzenlenmiştir. Bu durumda da alıcı, sözleşmeden dönme hakkını def'i yoluyla ileri süremeyecek olup; yalnızca satılanın değerindeki eksiklik karşılığında, bedel indirimi hakkını, def'i şeklinde kullanabilecektir. O halde, alıcı TBK m. 228 f. II hükmünün uygulanması durumunda, ancak satış bedelinden indirim talep edebilecektir. Son olarak, satıcının TBK m. 227 f. III uyarınca, zamanaşımı süresinin dolmuş olmasına rağmen, satılanın ayıpsız benzerini teslim ederek ve alıcının uğradığı zararın tamamını giderek seçimlik hakların kullanımına engel olabilmesi, dolayısıyla sözleşmeden dönmeyi konu edinen def'i hakkını da hükümden düşürebilmesi, kanımızca mümkündür.

IV. Ayıptan Doğan Def'i Haklarının Kullanılması

A. Ayıptan Doğan Def'i Haklarının İleri Sürülmesi

Alıcı yukarıda ifade edilen def'i haklarını, dava dışında kendisine yöneltilen satış bedelinin ödenmesi talebine karşı ileri sürebileceği gibi, başka bir hukuki ilişkiden doğan alacak hakkına karşı, TBK m. 139 hükmünde belirtilen şartları sağlamak kaydıyla, takas savunmasında da bulunabilir. Takas savunmasıyla karşılıklı alacaklar azı oranında sona ererken (TBK m. 143 f. I), diğer imkânlarla başvuran alıcı, satış bedelini ifa etmekten kaçınmış olur. Belirtmek isteriz ki, alıcı dava dışında def'i haklarını, karşı tarafa yöneltilmesi gereken ve varmasıyla birlikte hukuki sonuçlarını doğuran bir irade beyanıyla kullanabilir. Alıcının daha önce hangi hakkı seçtiğini satıcıya bildirmemiş olması ihtimalinde, def'i hakkıyla birlikte tercih ettiği seçimlik hakkı da satıcıya karşı ileri süreceğinden, bu durum yenilik doğurucu bir hakkın kullanımı niteliğindedir.

Bu açıdan, ilk olarak belirtmek isteriz ki, seçimlik hakkın yenilik doğurucu işlem yoluyla kullanılması, kural olarak şekle tabi değildir. Öte yandan, tacirler arasında sözleşmeden dönmeye yönelik ihbar ve ihtarların noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla, telgrafla veya kayıtlı elektronik posta sistemi ile yapılması

¹⁷²⁰ Örneğin bkz. **Yargıtay** 13. HD, T. 10.2.2010, E. 2009/11523, K. 2010/1455 (kazancı): "...Somut olayda, davacı ayıp sebebiyle malın değiştirilmesini talep ve dava etmiş, yargılama sırasında da, dava konusu malı başkasına satmıştır. Bu durumda, davacının malı ayıp nedeniyle eksik bedel ile sattığı faiz edilerek, mahkemece, BK'nun 204/2 maddesi gereğince davacıya davasını semenin tenziline hasredip etmeyeceği sorulduktan sonra sonucuna göre hüküm kurulması gerekirken..."

gerektiğini öngören TTK m. 18 f. III, hükmü sözleşmeden dönme hakkının def'i yoluyla kullanılması durumunda da tatbik edilmelidir¹⁷²¹. Zira, söz konusu def'i hakkıyla alıcı, esasen sözleşmeden dönme hakkını, bir savunma imkânı teşkil eder şekilde satıcıya karşı kullanmaktadır. İkinci olarak ise, def'i yoluyla kullanılan yenilik doğurucu hakkın, satıcı nezdinde herhangi bir şüpheye yer vermeyen, açık bir irade beyanıyla kullanılması gerektiği¹⁷²², ayrıca herhangi bir kayıt veya şarta bağlanamayacağı¹⁷²³ kabul edilmektedir.

Öte yandan, alıcı ayıptan doğan def'i haklarını dava içinde de kullanma imkânına sahiptir. Böylece alıcı, kanunun sağladığı koruma imkânından yararlanarak, kendisine yöneltilen davanın, esas bakımından reddini sağlayabilecektir. İlk olarak, alıcı ayıptan doğan def'i haklarını, satıcının kısmen veya tamamen satış bedelinin ödenmesi amacıyla açtığı eda davasında satıcıya karşı ileri sürebilir¹⁷²⁴. İkinci olarak, alıcının kendisine karşı açılan tespit davasında da ayıptan doğan def'i haklarını ileri sürmesinde hukuki menfaatinin bulunduğu kabul edilmektedir¹⁷²⁵. Maddi hukuktan doğan diğer savunma imkânları açısından olduğu gibi, ayıptan doğan def'i haklarının dava esnasında ileri sürülmesi, teksif ilkesinin sonucunda, savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağına tabidir¹⁷²⁶. HMK m. 141 f. I hükmü uyarınca davalı-alıcı, cevap ve ikinci cevap dilekçelerinde ayıptan doğan def'i haklarını kullanabilir, def'i haklarının dayandığı vakıaları satıcıya karşı ileri sürebilir veya savunmasını bu yönde değiştirebilir. Ayrıca alıcı, ön inceleme duruşmasına davacı-satıcı mazeretsiz olarak gelmezse, muvafakatini aramaksızın,

¹⁷²¹ TTK m. 18 f. III hükmünde düzenlenen şekil şartı bir ispat şartı olarak kabul edilmektedir. Nitekim, eTTK m. 20 f. III hükmünde belirtilen “*muteber olması*” ifadesine yeni hükümde yer verilmemiştir. Bkz. Nomer, **Borçlar Genel**, N 200; **Yargıtay** 13. HD, T. 8.10.2015, E. 2015/17604, K. 2015/29258 (kazancı): “...*Mülga Ticaret Kanununda temerrüt, sözleşmenin feshi ve rücu ihtarları için geçerlilik şartı olarak düzenlenen şekil şartı yeni yasada yalnızca bir ispat şartı olduğu gibi somut olayda da bu üç halden birinin mevcut olmadığı, davacının ayıp iddiası ile alacak talebinde bulunduğu açıktır...*”. Ayrıca bkz. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Madde Gereklileri, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324) m. 18: “...*Hükümdeki şekil, geçerlilik şartı olmaktan çıkarılmış, ispat şartına dönüştürülmüştür...*”

¹⁷²² Vionnet, **Droit formateur**, s. 251; Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 739; Giger, **BernerKomm**, OR Art. 210 N 64; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 205 N 2; Venturi, **Réduction**, N 791; **İsvFM**, ATF 136 III 273; **İsvFM**, 21.7.2015, 4A_101/2015.

¹⁷²³ L’Huillier, **Droit formateur**, s. 235, 236; Vionnet, **Droit formateur**, s. 338; Gauch, Schluep, Schmid, Emmenegger, **OR AT**, N 154 vd.; Venturi, **Réduction**, N 784; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 205 N 4; Kahraman, **Ayıp**, s. 122; **İsvFM**, ATF 128 III 70 = SJ 2002 I 302; ATF 136 III 273; **İsvFM**, 21.7.2015, 4A_101/2015.

¹⁷²⁴ Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 739; Giger, **BernerKomm**, OR Art. 210 N 64.

¹⁷²⁵ Giger, **BernerKomm**, OR Art. 210 N 64.

¹⁷²⁶ Usul hukuku kapsamında def'i ve itirazlar açısından bkz. Kuru, **Medeni Usul**, s. 175, 176; Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl**, s. 1262, 1263; Pekcanitez, Atalay, Özekes, **Medenî Usûl**, s. 271, 272. Bedel indirimi def'i açısından bkz. Kuru, **Medeni Usul**, s. 175.

serbestçe ayıptan doğan def'i imkânlarına başvurabilir (HMK m. 141 f. I). Bu aşamadan sonra davalı-alıcı, daha önce ileri sürmemişse, ayıptan doğan def'i haklarını, savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağının istisnasını oluşturan *ıslah* veya *karşı tarafın açık muvafakati* ile satıcıya karşı kullanabilir. Aynı şekilde, dilekçelerin değişimi aşamasında ve süresinde ileri sürülmemiş olan takas beyanının dava esnasında ileri sürülmesi, yine savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı kapsamında yer alacağından, bu durumda da söz konusu yasağın istisnaları olan *ıslah* veya *karşı tarafın açık muvafakati* yoluna başvurmak gerekecektir¹⁷²⁷.

Kanımızca, def'i hakkının ileri sürülmesinden önce, sözleşmeden dönme ve bedel indirimi haklarının kullanılmış olduğu dava dosyasından anlaşılrsa dahi, zamanaşımının tamamlanmasının ardından, hâkimin bu hususu re'sen nazara alması mümkün değildir. Zira, esasen kanun koyucu, maddi hukuk anlamında itiraz teşkil eden söz konusu savunma sebeplerinin, zamanaşımı süresi tamamlandıktan sonra, ancak def'i yoluyla (*par voie d'exception - einredeweise*) ileri sürülebileceğini öngörmüştür. Bu sebeple, ayıptan doğan savunma imkânlarının, def'i haklarının tabi olduğu hukuki rejime uygun şekilde ileri sürülmesi gerekir. O halde, def'i haklarının, hâkim tarafından re'sen nazara alınmayacağı yönündeki kurala, ayıptan doğan def'i hakları açısından da sadık kalınması gerekmektedir.

Son olarak, alıcının icra takibi çerçevesinde, ödeme emrine itiraz ederek veya itirazın iptali davasında ayıptan doğan def'i haklarını ileri sürmesi mümkündür¹⁷²⁸. Bu durumda, muhakkak ödeme emrine itirazda ayıptan doğan def'i haklarının ileri sürülmesi gerekmeyip, yalnızca borca itiraz etmek yeterli görülmektedir¹⁷²⁹.

¹⁷²⁷ Hem maddi hukuk açısından, hem de usul hukuku bakımından hukuki sonuçlar doğuran takas beyanının ileri sürülmesi -söz konusu çift etki sebebiyle- ayrı bir özellik arz eder. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Develioğlu, **Takas**, s. 236-238; Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl**, s. 1211-1217; Aral, **Takas**, s. 211 vd.

¹⁷²⁸ Örneğin bkz. **Yargıtay** 15 HD, T. 17.1.2016, E. 2015/5176, K. 2016/4721 (kazancı).

¹⁷²⁹ **Yargıtay** 19. HD, T. 6.7.2011, E. 2010/14990, K. 2010/9564 (kazancı): "...Davacı yanca yapılan icra takibine karşı davalı borcun tamamına ve ferilerine itiraz etmiştir. Davalının açılan itirazın iptali davasına verdiği cevabında borçlu olmadıklarını bildirdikten sonra satım sonucu malların ayıplı olduğunu ve bu yönde davacıya ayıp ihbarında bulunduğunu belirterek 26.11.2008 tarihli ayıp bildirimine yönelik ihtarı ibraz etmiştir. Bu durumda mahkemece, davalının icra takibindeki itiraz sebepleri ile bağlı olmadığı maldaki ayıp nedeniyle borçlu olmadığına yönelik savunması üzerinde durulup inceleme ve araştırma yapılması gerekirken icra takibine yapılan itirazda ayıp definin ileri sürülmediği gerekçeleriyle eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir..."

B. Ayıptan Doğan Def'i Haklarının İleri Sürülebileceği Zaman

Alıcının ayıptan doğan def'i haklarının herhangi bir zamansal süreyle sınırlandırılmış olup olmadığı, öğretide uzun zaman boyunca tereddütlere sebep olmuştur. Nitekim, Alman Hukuku'nda bazı eserlerde, BGB § 438 Abs. IV hükmünde düzenlenen ayıp def'inin, BGB § 195 uyarınca üç yıllık olağan zamanaşımı süresine tabi olduğu ifade edilmektedir¹⁷³⁰. Alman Hukuku'nda ifade edilen görüşe paralel şekilde, İsviçre-Türk öğretisinde azınlıkta kalan bazı yazarlar¹⁷³¹, ayıptan doğan def'i haklarının TBK m. 146 (CO art. 127) uyarınca on yıllık genel sözleşmesel zamanaşımı süresine tabi olduğunu savunmaktadır. Bu görüşe göre, ayıptan doğan def'i haklarının tabi olduğu zamanaşımı süresi, hükmün düzenleyici niteliği nazara alınarak sözleşmeyle kısaltılabilir. Öte yandan, TBK m. 146 (CO art. 127) hükmünde düzenlenen on yıllık süre, zamanaşımı konusunda irade serbestisinin üst sınırını teşkil ettiğinden¹⁷³², bu sürenin sözleşmeyle uzatılması mümkün değildir. Yine bu görüşe göre, tarafların def'i haklarının tabi olduğu süreyi kısaltmaları, ancak alıcının sahibi olduğu def'i hakları açısından zımni bir sınırlandırma amacı taşımaması ihtimalinde geçerli sayılmalıdır.

Buna karşılık, bizim de katıldığımız aksi görüş uyarınca, alıcının TBK m. 231 f. I hükmünde düzenlenen def'i hakları, herhangi bir süreyle sınırlandırılmış değildir¹⁷³³. İlk olarak, ayıptan doğan def'i hakları, esasen zamanaşımına uğramayan yenilik doğurucu hakların def'i şeklinde satıcıya karşı ileri sürülmesi olgusuna

¹⁷³⁰ Bkz. Brox, Walker, **SchuldR BT**, § 4 N 133.

¹⁷³¹ Stanislas, **Résolution**, s. 166; Furrer, **Gewährleistung**, s. 90; Gautschi, **BernerKomm**, OR Art. 371 N 8d; Gümüş, **Borçlar Özel**, s. 118. Def'i imkânının yalnızca satıcının dava hakkının devamı süresince mevcut olduğu yönünde bkz. Feyzioğlu, **Borçlar Özel**, s. 303. Bu görüşü savunan yazarlardan *Gümüş*'e göre, sözleşmenin tasfiyesine sebebiyet veren ayıptan doğan def'i hakları, yenilik doğurucu hak işlevi gördüğünden, kıyasen TBK m. 146 hükmüne tabi olmalıdır. Oysa, yenilik doğurucu hakların zamanaşımına uğramadıkları; ancak, hak düşürücü süreye tabi kılınabilecekleri nazara alındığında bu yönde bir kıyasın yapılamayacağı daha iyi anlaşılabacaktır. Öte yandan, sözleşmeden dönme hakkının düzenlendiği gerek TBK m. 125 hükmünde gerekse TBK m. 229 hükmünde bir süre sınırı bulunmazken, niçin def'i hakları açısından böyle bir gerekliliğin mevcut olduğu kanımızca net değildir. Öte yandan, hükme sadece sözleşmeden dönme def'i bağlamında yaklaşılmamalı, diğer imkânlar da göz önünde bulundurulmalıdır.

¹⁷³² Bu konuda bkz. yukarıda B.3/II/A. Kanımızca, TBK m. 146 (CO art. 127) hükmü alacak hakları açısından sözleşmeyle kararlaştırılan zamanaşımı süresinin üst sınırını teşkil etse de, alacak haklarıyla benzerlik arz etmeyen def'i haklarına söz konusu hükmü kıyasen uygulamak mümkün değildir.

¹⁷³³ Koller, **Nachbesserung**, N 391, dn. 442; Bühler, **ZürcherKomm**, OR Art. 371 N 25; Gauch, **Entreprise**, N 2288; Honsell, **OR BT**, s. 113; Yavuz, **Ayıp**, s. 165; Yavuz, **Borçlar Özel**, s. 181; Serozan, **Dönme**, s. 300; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 91, dn. 353; Şahinç, **Ayıp**, s. 133. Alıcının *her zaman* ayıptan doğan def'i haklarına başvurabileceği yönünde bkz. Cavin, **Vente**, s. 106; Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 739; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 210 N 12. *Sürekli def'i* olduğu yönünde bkz. Engel, **Obligations**, s. 35; Buz, **Yenilik Doğuran Haklar**, s. 94.

dayanmaktadır. Yenilik doğurucu haklar zamanaşımına uğramadığından, söz konusu haklara dayanan def'i imkânının da zamanaşımına uğramaması gerekmektedir. İkinci olarak, kanun koyucu “*quae temporalia ad agendum, sunt perpetua ad excepiendum* (talepler zamanaşımına uğrasa bile, def'iler kalıcıdır)” şeklinde ifade edilen prensibe sadık kalarak, süreye bağlı dava hakları geçse bile, def'i haklarının sona ermeyeceğini öngörmüştür¹⁷³⁴. Bu açıdan, def'i haklarının zamanaşımına uğramayacağı ve kural olarak herhangi bir zamansal sınırlamaya tabi tutulmadığı kabul edilmektedir¹⁷³⁵. Kanımızca, ayıptan doğan def'i hakları, benzer kurumlarda olduğu gibi, istisnai hallerde yalnızca dürüstlük kuralı (TMK m. 2 f. I) uyarınca zamansal bir sınırlamaya tabi tutulabilecektir.

Alıcının def'i haklarının herhangi bir süreyle sınırlandırılmış olmaması, tarafların bu yönde anlaşılarak def'i haklarının kullanılabilmesi zaman dilimini belirlemelerine engel değildir. Kanımızca, ayıptan sorumluluk rejiminin düzenleyici karakteri ve def'i haklarının herhangi bir süreyle sınırlandırmamış olduğu nazara alınarak, tarafların def'i haklarının kullanılabilmesi zamansal sınırı belirlerlerken, tam bir serbesti içerisinde bulunduğu söylenebilecektir. Bu açıdan, tarafların sözleşme özgürlüğünün ayıptan doğan def'i haklarının tamamen bertaraf edilmesini de kapsadığı kabul edilmelidir. Nitekim, kanun koyucu TBK m. 145 hükmünde, takas hakkından önceden feragat edilebileceğini öngörmüştür. Söz konusu hüküm, ayıptan doğan bütün def'i hakları açısından da yol göstericidir. Kanaatimizce, gerek yenilik doğurucu haklardan, gerekse def'i haklarından feragat edilebileceğinden hareketle, ayıptan doğan def'i haklarından da alıcının feragat etmesi mümkün görülmelidir.

Öte yandan, satıcının satış bedeli alacağını TBK m. 146 uyarınca on yılda zamanaşımına uğrayacağı, dolayısıyla bu süreden sonra alıcının TBK m. 231 f. I hükmünde ifade edilen def'i haklarına başvurma ihtiyacı bulunmadığı ileri sürülebilir. Zira, alıcı böyle bir durumda zamanaşımı def'ini ileri sürerek, satıcının

¹⁷³⁴ Rossel, **Obligations**, s. 284; Capitaine, **Prescription**, s. 103; Honsell, **OR BT**, s. 113; Berger, **OR AT**, N 1492; Serozan, **Dönme**, s. 300; Serozan, **Borçlar Özel**, N 741; Buz, **Yenilik Doğuran Haklar**, s. 97, dn. 26; Erdem, **Zamanaşımı**, s. 91, dn. 353.

¹⁷³⁵ Nitekim, güncel eserlerde de ayıptan doğan def'i haklarının süre ile sınırlandırıldığı yönünde bir açıklamaya rastlamak da mümkün değildir. *Örneğin* bkz. Koller, **Nachbesserung**, N 391, dn. 442; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 210 N 12-15; Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 739-742; Honsell, **BaslerKomm**, OR Art. 201 N 6, 7; Honsell, **OR BT**, s. 112, 113; Capitaine, **Prescription**, s. 103; Yavuz, **Borçlar Özel**, s. 181; Aral, Ayrancı, **Borçlar Özel**, s. 156, 157. Öte yandan, zamanaşımı yalnızca alacak hakları için öngörülmüş bir kurumdur. Zira, TBK m. 146 hükmünde de sadece alacakların zamanaşımına tabi olduğu açıkça belirtilmiştir.

ifa talebini kolaylıkla reddedebilecektir. Fakat, alıcının zamanaşımı def'i imkânına sahip olması, takas savunmasına başvurmasına veya bedel indirimi hakkını def'i yoluyla ileri sürerek, indirilmiş satış bedelini yine de ifa etmesine ya da sözleşmeden dönme hakkını def'i şeklinde kullanmasına engel olmamalıdır.

Dolaylı bir zamansal sınırlama takas savunması açısından söz konusu olabilir. Zira, alıcının zamanaşımı süresinden sonra, ayıptan sorumluluk çerçevesinde doğan alacak hakları açısından takas imkânına sahip olduğu kabul edilmekle beraber¹⁷³⁶, bu süreden sonra meydana gelen *karşı alacak* açısından takas imkânına başvurabileceği söylenemez. Başka bir ifadeyle, zamanaşımı süresinin dolmasından sonra, satıcının alıcından başka bir hukuki ilişki çerçevesinde alacaklı olması durumunda, bu süreden sonra doğan alacaklar açısından alıcı, takas ileri süremez. Zira, ayıptan doğan alacak haklarının en geç ayıp bildiriminin yapıldığı anda muaccel olduğu kabul edilse bile, zamanaşımı süresinin dolmasıyla birlikte, ilgili alacaklar zamanaşımına uğramış olacaktır. Bu süreden sonra doğan ve muaccel olan karşı alacak açısından ise, gerek ayıp bildiriminin yapıldığı anda gerekse TBK m. 139 f. III uyarınca takas şartlarının oluştuğu sırada, zamanaşımına uğramamış olma şartı sağlanmadığı için, alıcı açısından takas imkânı *bulunmamaktadır*¹⁷³⁷. O halde, alıcının takas hakkı, satış bedeli açısından her zaman mevcut olmakla birlikte, satış bedeli dışında, ancak ve ancak zamanaşımı süresi boyunca doğmuş ve muaccel olmuş karşı alacaklar bakımından mümkündür.

C. Ayıptan Doğan Def'i Haklarının Etkilerini Doğuracağı An

Ayıptan doğan def'i haklarının etkilerini doğuracağı anın belirlenmesi, ilgili savunma imkânlarının hangi andan itibaren hukuki sonuçlarını doğuracağının tespit edilmesi açısından önem arz etmektedir. İlk olarak belirtmek isteriz ki, kanun koyucu takas savunmasının hüküm ifade edeceği anı, TBK m. 143 f. III (CO art. 124 al. III) hükmünde açıkça düzenlemiştir. Bu düzenlemeye göre, takas her ne kadar takas

¹⁷³⁶ Koller, *Nachbesserung*, N 393; Gauch, *Entreprise*, N 2292; Tschütscher, *Aktuelle Probleme*, s. 251, 252; Tschütscher, *Verjährung*, N 226; Venturi, Zen-Ruffinen, *CommRomand*, CO art. 210 N 13; Aepli, *ZürcherKomm*, OR Art. 120 N 165; Aral, *Takas*, s. 91. Bkz. yukarıda B.5/III/B.

¹⁷³⁷ Nitekim, TBK m. 139 f. III (CO art. 120 al. III) uyarınca, alıcının sonradan satıcıya karşı borçlu konumuna gelerek, takas ileri sürmesinin; böylece, zamanaşımına uğramış olan alacaklarını takas yoluyla sona erdirmesinin önü kesilmiş olmaktadır. Bkz. Stanislas, *Résolution*, s. 166; Furrer, *Gewährleistung*, s. 90; Honsell, *BaslerKomm*, OR Art. 210 N 7; Giger, *BernerKomm*, OR Art. 210 N 69; Cavin, *Vente*, s. 106; Tandoğan, *Borçlar Özel*, Cilt I/1, s. 202; Yavuz, *Ayıp*, s. 165. Belirtmek gerekir ki, satıcı zamanaşımına uğramış olan borcunu her zaman ifa edebileceği için, bu durumda isterse kendisi, takas ileri sürebilir. Bkz. Develioğlu, *Takas*, s. 158.

iradesinin alacaklıya bildirilmesiyle birlikte gerçekleşecekse de, her iki borç da *takas edilebilecekleri anda*, daha az olan borç tutarınca sona erecektir. O halde, takas beyanı hüküm ve sonuçlarını geçmişse etkili şekilde, takas hakkının doğduğu, yani TBK m. 139 f. I hükmünde düzenlenen şartların sağlandığı andan itibaren doğuracaktır¹⁷³⁸. Genel olarak ifade etmek gerekirse, takas hakkının doğduğu andan itibaren, satış bedeli veya diğer borçlar açısından temerrüt hali bütün sonuçlarıyla birlikte ortadan kalkacak, bu andan itibaren işlemiş olan faizler işlememiş kabul edilecek, bu aralıkta doğmuş olan cezai şartlar sona erecektir¹⁷³⁹.

Konuya ödemezlik def'i açısından bakılacak olursa, takas savunmasıyla benzer bir sonuca varılmış olacaktır. Zira, ödemezlik def'inin hüküm ve sonuçlarını, def'i hakkının *kullanılabileceği andan* itibaren doğuracağı kabul edilmektedir¹⁷⁴⁰. Dolayısıyla, alıcının satış bedeli borcu açısından söz konusu olan temerrüt hali, def'i hakkının kullanıldığı andan itibaren değil, def'i hakkının doğmasıyla birlikte, yani ödemezlik def'inin şartlarının gerçekleşmesinden itibaren, geçmişe etkili olarak ortadan kalkacaktır¹⁷⁴¹.

Bedel indirimi ve sözleşmeden dönme def'inin hangi andan itibaren hüküm doğuracağı konusunda ise kanunda herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Kanımızca, bu konuda söz konusu def'i haklarının hukuki dayanağını oluşturan yenilik doğurucu haklar çerçevesinde bir değerlendirme yapılmalıdır. Zira, söz konusu def'i imkânları ile alıcı, esasen zamanaşımına uğramayan bedel indirimi ve sözleşmeden dönme haklarını, bu sürenin sona ermiş olmasına rağmen satıcıya karşı ileri sürmekte; böylece, satış bedelini kısmen veya tamamen ödemekten kurtulmaktadır¹⁷⁴². O halde, sözleşmeden dönme ve bedel indirimi haklarının def'i yoluyla ileri sürülmesi durumunda, def'i hakkı, ilgili yenilik doğurucu hakkın kullanıldığı andan itibaren hüküm ve sonuçlarını doğurmalıdır. Sözleşmeden dönme

¹⁷³⁸ Develioğlu, **Takas**, s. 253, 254; Tercier, Pichonnaz, **Obligations**, N 1649; Peter, **BaslerKomm**, OR Art. 124 N 5; Jeandin, **CommRomand**, CO art. 124 N 8; Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Cilt I, N 1891; Nomer, **Borçlar Genel**, N 206.

¹⁷³⁹ Takas beyanının geçmişe etkili olmasının hukuki sonuçları açısından bkz. Develioğlu, **Takas**, s. 255-260; Jeandin, **CommRomand**, CO art. 124 N 7-9; Peter, **BaslerKomm**, OR Art. 124 N 5, 6; Aepli, **ZürcherKomm**, OR Art. 124 N 126 vd.; Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Cilt I, N 1890-1895; Nomer, **Borçlar Genel**, N 206; Aral, **Takas**, s. 200 vd.

¹⁷⁴⁰ von Tuhr, Escher, **OR AT**, s. 136; Schraner, **ZürcherKomm**, OR Art. 82 N 194; Schaller, **Einreden**, N 139; Kaniti, **Def'i**, s. 154, 155; Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Cilt I, N 1114. Def'i hakkının ileri sürüldüğü andan itibaren hüküm ifade edeceği yönünde bkz. Weber, **BernerKomm**, OR Art. 82 N 214.

¹⁷⁴¹ Schraner, **ZürcherKomm**, OR Art. 82 N 194; Schaller, **Einreden**, N 457; Bucher, **OR AT**, s. 356; Kaniti, **Def'i**, s. 153-155; Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Cilt I, N 1115; Pekmez, **Ödemezlik Def'i**, s.422.

¹⁷⁴² Gauch, **Entreprise**, N 2290; Honsell, **BaslerKomm**, OR Art. 210 N 7; Honsell, **OR BT**, s. 113.

ve bedel indirimi hakları, satıcıya yöneltilen tek taraflı bir irade beyanıyla kullanılmakta ve karşı tarafa varmasıyla birlikte hukuki sonuçlarını doğurmaktadır¹⁷⁴³. Bu durumda ilgili yenilik doğurucu hak, def'i hakkının ileri sürülmesiyle birlikte kullanılıyorsa, söz konusu def'i hakları hukuki sonuçlarını, alıcının def'i yoluyla satıcının ifa talebini kısmen veya tamamen reddettiği irade beyanının satıcıya ulaşmasıyla birlikte doğuracaktır. Öte yandan, sözleşmeden dönme veya bedel indirimi seçimlik hakları, def'i savunmasının ileri sürülmesinden önce kullanılmışsa, sözleşmeden dönme veya bedel indirimini konu edinen def'i hakları, hukuki sonuçlarını, alıcının ifa talebini reddeden def'i beyanının satıcıya ulaşması anından itibaren değil, aynı şekilde ilgili yenilik doğurucu hakkın kullanıldığı andan itibaren doğurmuş olacaktır¹⁷⁴⁴.

D. İspat Külfeti

Taraflarca getirilme ilkesine (HMK m. 25) tabi davalarda hâkim, taraflarca beyan edilmeyen maddi meselelere ilişkin vakıaları, kendiliğinden nazara alamaz ve bu hususları taraflara hatırlatamaz. Taraflarca getirilme ilkesinin gereği olarak, hâkimin karar vermesi için gerekli olan bütün vakıalara ilişkin bilgiler ve ilgili dava malzemesi, taraflarca mahkemeye getirilmek durumundadır. Tarafların somut vakıaların varlığını mahkemeye bildirme ve ileri sürme yönündeki ödevleri *iddia yükü* olarak ifade edilir¹⁷⁴⁵. Bu açıdan, belirtmek gerekir ki, taraflar iddia ve savunmalarını dayandıkları bütün vakıaları ileri sürmek zorundadır. Ayıp bildirimini özelinde bakıldığında ise, ayıp bildiriminde bulunulmadığını iddia yükünün, satıcı üzerinde olduğu söylenebilir¹⁷⁴⁶. Ayıp bildiriminde bulunulmadığı yönündeki iddia,

¹⁷⁴³ L'Huillier, **Droit formateur**, s. 118; Vionnet, **Droit formateur**, s. 174; Furrer, **Gewährleistung**, s. 64, 65; Venturi, Zen-Ruffinen, **CommRomand**, CO art. 205 N 2; Venturi, **Réduction**, N 782; Kahraman, **Ayıp**, s. 122.

¹⁷⁴⁴ Kanımızca, bu durumda gerçek anlamda bir geçmişe etkiden söz edilemez. Zira, hukuk düzeninde etki doğuran irade beyanı, yenilik doğurucu işlem şeklinde yöneltilen, sözleşmeden dönme ve bedel indirimi haklarının kullanılmasıdır.

¹⁷⁴⁵ Pekcanitez, Atalay, Özkes, **Medenî Usûl**, s. 339; Atalay, **Pekcanitez Usûl**, s. 1675. İddia yükü "*tarafın talebini haklı kılacak hukuk kuralının gerektirdiği maddi vakıaları mahkeme önüne getirme yükü*" şeklinde de ifade edilebilir. Bkz. Pekcanitez, Atalay, Özkes, **Medenî Usûl**, s. 339.

¹⁷⁴⁶ Tercier, Bieri, Carron, **Contrats**, N 739; Honsell, **BaslerKomm**, OR Art. 201 N 11; **İsvFM**, 29.1.2019, 4A_288/2018 = BR 2019, s. 343; 12.4.1988, ZBGR 71/1990, s. 367; **İsvFM**, ATF 107 II 50 = JdT 1981 I 269; ATF 118 II 142; **KanM (Neuchâtel)**, 6.5.1979, RJN 1977-1981 I 302 = DC 1981 14 N 12. Ayıp bildiriminde iddia yükü açısından bkz. Hohl, **RFJ 1994**, s. 254 vd.

satıcı tarafından ileri sürülmediği müddetçe, hâkim bu yönde bir bildirimin yapıp yapılmamış olduğunu re'sen inceleyemeyecektir¹⁷⁴⁷.

İspat yükü açısından bakıldığında ise, TMK m. 6 hükmüne göre taraflardan her birinin hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlü olduğu görülecektir. Kanun koyucu HMK m. 190 ile özel bir düzenleme getirerek, ispat yükünün, iddia edilen vakıaya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa ait olduğunu ifade etmiştir. O halde, ayıptan doğan def'i haklarını ileri süren alıcı, def'i hakkının doğumuna sebebiyet veren vakıaları ispat etmekle yükümlüdür. Bu sebeple, alıcı ilk olarak, ayıptan sorumluluğun maddi ve şekli şartlarının gerçekleştiğini ispat etmelidir. TBK m. 231 f. I c. 2 (CO art. 210 al. V) hükmünde ifade edildiği üzere, ayıptan doğan def'i haklarının kullanılabilmesi için en önemli şart, zamanaşımı süresi dâhilinde ve zamanında ayıp bildiriminde bulunmuş olmaktır. Bu açıdan, ayıp bildiriminde bulunulduğunu, alıcının ispat etmesi gerekmektedir¹⁷⁴⁸. Zira, söz konusu vakılardan kendi lehine hak çıkaran taraf odur.

Buna karşın, *karşı ispat* faaliyeti çerçevesinde, ayıptan sorumluluk rejiminin şartlarının oluşmadığını, alıcının ayıp bildiriminde bulunmakta geciktiğini veya alıcının sözleşmeden dönme veya bedel indirimi haklarının kullanımının kanunen sınırlandırıldığını (TBK m. 227 f. III-V ve m. 228 f. II) satıcı ispat etmelidir. Zira, söz konusu vakıalar, esasen satıcının def'i yoluyla davasının reddedilme tehlikesini bertaraf etmek için ihtiyaç duyduğu olgulardır.

¹⁷⁴⁷ Spiro, **Begrenzung II**, s. 1135, 1142 vd.; Nomer, **Borçlar Genel**, N 285.6, dn. 1410; Tercier, **DC 1981**, s. 15; Oktay-Özdemir, **Ayıp**, s. 57, 58. Benzer yönde bkz. Bucher, **OR AT**, s. 451, dn. 31; Allimann, **Péremption**, N 1244; Atamer, **Taşınır Satımı**, s. 204.

¹⁷⁴⁸ Honsell, **BaslerKomm**, OR Art. 201 N 1; **İsvFM**, ATF 107 II 55 = JdT 1981 I 274 = DC 1982 18 N 17.

SONUÇ

“Satış Sözleşmesi Çerçevesinde Ayıptan Sorumlulukta Zamanaşımı ve Ayıptan Doğan Def’i Hakları” başlığını taşıyan bu çalışmada, alıcının ayıptan sorumluluk kapsamında satıcıya yöneltebileceği hukuki taleplerin tabi olduğu zamanaşımı sürelerini ve bu sürenin tamamlanmasının ardından söz konusu olan ayıptan doğan def’i haklarını düzenleyen TBK m. 231 ve m. 244 f. III hükümleri incelenmeye çalışılmıştır. Bu kapsamda sırasıyla aşağıdaki sonuçlara ulaşılmıştır.

1. Satış sözleşmesinin konusunun teknik anlamda eşya ile sınırlı olmadığı nazara alınarak, satış sözleşmesinin ve ayıptan sorumluluk rejiminin konusunu oluşturan her türlü malvarlığı değeri, şayet taşınmaz kapsamına girmiyorsa, TBK m. 231 hükmünde düzenlenen sürelerin uygulanmasına sebebiyet verebilir. Bu açıdan, satılanın muhakkak taşınır eşya olması veya hukuken öyle nitelendirilmesi şart değildir. Her ne kadar TBK m. 244 f. III hükmünde *“yapı”* kavramından bahsediliyor olsa da, TBK m. 244 f. III hükmünde düzenlenen zamanaşımı süresi, inşa edilmiş olsun veya olmasın bütün taşınmaz satışları açısından uygulama alanı bulur.

2. TBK m. 231 ve m. 244 f. III hükümlerinde düzenlenen zamanaşımı süreleri, TBK m. 227 hükmünde belirtilen her türlü seçimlik hakkın kullanılması neticesinde meydana gelen alacak hakkına tatbik edilir. Sözleşmeden dönme hakkının kullanılması sonucunda doğan iade talepleri de (TBK m. 229), ayıptan sorumlulukta öngörülen zamanaşımı sürelerine tabidir. Öte yandan, zamanaşımı sürelerinin uygulama alanı, yenilik doğurucu hak olarak nitelendirilen seçimlik haklar değil, söz konusu yenilik doğurucu hakların kullanımı neticesinde ortaya çıkan alacak haklarıdır. Yenilik doğurucu haklar ise, niteliği gereği zamanaşımına uğramaz. O halde, alıcı seçimlik hakları, zamanaşımı süresi dolmuş olsa dahi, satıcıya karşı kullanma imkânına sahiptir. Ancak, bu durumda yenilik doğurucu hakkın vücut verdiği alacak hakkı, zamanaşımına uğramış (*bloke edilmiş veya önü kesilmiş*) bir şekilde doğacaktır.

3. Alıcı, sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesi sebebiyle, ayıptan sorumluluk çerçevesinde öngörülmüş olan şekli şartlara tabi olmaksızın, genel hükümler uyarınca (TBK m. 112), on yıllık genel zamanaşımı süresi içinde (TBK m. 146) satıcıdan tazminat talep edebilir. TBK m. 227 hükmünde ifade edilen, alıcının genel hükümler uyarınca tazminat isteme hakkı, ayıptan sorumluluk kapsamında öngörülen süreleri dışlayarak, koşulsuz bir yarışmayı gerekli kılar. Öte yandan, sözleşmeye aykırılıktan doğan tazminat talebinin tabi olduğu on yıllık genel zamanaşımı süresi (TBK m. 146), zararın meydana geldiği andan itibaren (*objektif olarak bilinebilir hale geldiği zaman*) işlemeye başlamalıdır.

4. Alıcı, haksız fiil sorumluluğu kapsamında, ayıplı ifa neticesinde maruz kaldığı maddi ve manevi tazminat taleplerini, satıcıya karşı, TBK m. 72 hükmünde düzenlenen zamanaşımı sürelerine uyarak, TBK m. 231 ve m. 244 f. III kapsamında öngörülen sürelerle tabi olmaksızın, ileri sürebilir. Zira, borcun ayıplı ifası sebebiyle mutlak bir hakkı ihlal edilen mağdur, tesadüfi sebeplerle mutlak hakkı ihlal edilen mağdurdan daha az korunmaya layık değildir.

5. Satılanın ayıplı ifası, aynı zamanda saikte yanılma (TBK m. 32) teşkil ediyorsa, alıcı isterse yanılma sebebiyle sözleşmeyle bağlı olmadığını satıcıya karşı ileri sürebilir, isterse bu yola başvurmayarak ayıptan sorumluluk hükümleri çerçevesinde seçimlik haklarını (TBK m. 227) kullanabilir. Bu durumda her iki hukuki kurum, herhangi bir koşul aranmaksızın, ayrı ayrı ve seçenekli olarak birbiriyle yarışır.

6. Çeşit satışında, borcun konusunu oluşturan çeşidin karakteristik özelliklerinin satılarda bulunmaması durumunda; parça satışında ise, tarafların sözleşme konusu haline getirdikleri edimden tamamen farklı ve sözleşme ilişkisine yabancı bir edimin alıcıya ifa için sunulmuş olması halinde “*aliud teslim*” söz konusu olur. Aliud teslim ise, kötü ifanın değil, hiç ifa etmemenin bir türüdür. Bu durumda, ayıptan sorumluluk hükümleri ve bu kapsamda öngörülen zamanaşımı süreleri değil, genel borca aykırılık rejimi ve borçlu temerrüdü hükümleri uygulama alanı bulur.

7. Satılanın niteliğinde değil, satılan üzerindeki bir hakta eksiklik olması durumunda, satıcının zapttan sorumluluğu gündeme gelir. Kanun koyucu, satıcının zapttan sorumluluğu açısından ise, herhangi bir özel zamanaşımı süresi öngörmemiştir. Amaç ve araç dengesi açısından bakıldığında, satıcının zapttan sorumluluğuna, ayıptan sorumluluk kapsamında öngörülen zamanaşımı sürelerinin (TBK m. 231 ve m. 244 f. III) kıyasen uygulanması, kurumun niteliğine uygun düşer.

Zira her iki garanti rejimi, benzer hukuki menfaatlere hizmet etmektedir. Ancak, kıyas yapılırken, zamanaşımının satılanın teslimiyle beraber değil, taşınır ve taşınmaz satışı açısından, zapt olgusunun gerçekleşmesiyle birlikte işlemeye başlayacağı kabul edilmelidir.

8. Ayıptan sorumlulukta öngörülen zamanaşımı süreleri, gizli ayıplar açısından, “*kesin ayıp bildirim süresi*” olarak nitelendirilmelidir. Zamanaşımı sürelerinin kanundan ya da sözleşmeden doğan herhangi bir sebeple uzaması durumunda, kesin ayıp bildirim süresinin de aynı ölçüde uzayacağı kabul edilmelidir.

9. TBK m. 231 f. I hükmü uyarınca, taşınır satışında, zamanaşımı süresinin satılanın alıcıya devrinden itibaren işlemeye başlayacağı öngörülmüştür. Kanunda ifade edilen “*satılanın alıcıya devri*” ifadesi, “*satılanın alıcıya teslimi*” şeklinde anlaşılmalıdır. Zira, zamanaşımının işlemeye başlaması için, satılanın alıcıya teslim edilmiş olması; başka bir deyişle, alıcının satılanı muayene edebilecek şekilde, satılan üzerinde dolaysız zilyetliği elde etmiş ve satılan üzerinde fiili hâkimiyet kurmuş olması gerekir. TBK m. 244 f. III uyarınca, taşınmaz satışında zamanaşımı süresi, taşınmazın mülkiyetinin alıcıya devredildiği andan itibaren işlemeye başlayacaktır. Bu açıdan, yevmiye defterine yapılan kayıt tarihi değil, tapu kütüğüne yapılan tescil anı esas alınmalıdır. Zira, tescilin geçmişse etkisi (TMK m. 1022), tapu sicilinin tutulma tekniğiyle alakalıdır. Öte yandan, zamanaşımı süresi, taşınmazın zilyetliğinin tescilden daha sonra alıcıya devredilecek olması durumunda (TBK m. 245), alıcının doğrudan doğruya zilyet haline geldiği andan itibaren işlemeye başlamalıdır.

10. Kanun koyucu, TBK m. 153 f. I b. 6 hükmünde, alacağın Türk mahkemelerinde ileri sürülme imkânının bulunmaması ihtimalinde, zamanaşımının işlemeye başlamayacağını, başlamışsa zamanaşımı süresinin duracağını öngörmüştür. Henüz ayıp veya zarar ortaya çıkmadan, alıcının, ayıptan sorumluluk kapsamında kendisine tanınan hakları ileri sürme imkânı bulunmamaktadır. Bu sebeple, güncel gelişmeler ve hukuki ihtiyaçlar nazara alınarak, TBK m. 231 ve m. 244 f. III hükümlerinde öngörülen zamanaşımı sürelerinin, TBK m. 153 f. I b. 6 kapsamında düzenlenen durma sebebinden etkileneceği; ayıp objektif olarak ortaya çıkmadan veya zarar meydana gelmeden, zamanaşımı sürelerinin işlemeye başlamayacağı kabul edilmelidir. Bu açıdan, zamanaşımı süreleri, ayıbın veya zararın alıcı tarafından bilinebilir hale geldiği ilk andan itibaren işlemeye başlamalıdır.

11. Zamanaşımı süresinin dolması, alacağı sona erdirmez, yalnızca onu felce uğratar. Satıcı, dava esnasında, zamanaşımı def'ini ileri sürmedikçe, ayıptan sorumluluk kapsamında meydana gelen borçlar, eksik borca dönüşmez. Hâkim, TBK m. 161 uyarınca, alacağın zamanaşımına uğramış olduğunu re'sen nazara alamaz. Öte yandan, zamanaşımına uğramış borcun ifası geçerli olduğu gibi; hata sonucu gerçekleştirilen ifa, bağış olarak nitelendirilemez, sebepsiz zenginleşme oluşturmaz, ve iadesi talep edilemez. Zamanaşımı süresinin dolması, def'i haklarını etkilemez, takas imkânını ortadan kaldırmaz.

12. Satıcı, sözleşmesinin kurulmasından sonra, on yıllık üst sınıra uymak kaydıyla (TBK m. 146), zamanaşımından feragat edebilir. Söz konusu üst sınır, TBK m. 244 f. III hükmüne kıyasen, taşınmaz satışında, yirmi yıl olarak kabul edilmelidir. Bu durumda, feragat edilen süre, on yılı aşsa dahi, on yılı aşan sürenin daha önceden işlemiş olması şartıyla, zamanaşımından feragat geçerli sayılmalıdır.

13. Ayıptan sorumlulukta zamanaşımı süreleri, emredici karakter taşımadığından, sözleşmeyle değiştirilebilir. Ancak, zamanaşımı süresinin uzatılması durumunda, sözleşmesel zamanaşımı süresi, TBK m. 146 hükmünde düzenlenen on yıllık üst sınırı aşamaz. Söz konusu üst sınır, taşınmaz satışında, TBK m. 244 f. III hükmünün kıyasen uygulanması sonucunda, yirmi yıldır. Tarafların zamanaşımı süresini sözleşmeyle kısaltmaları da mümkündür. Bu durumda, kısaltılan zamanaşımı süresi, alıcının haklarını kullanmasını hakkaniyete aykırı şekilde engellemeyecek bir süre olmalıdır. O halde, zamanaşımının kısaltılabileceği minimum süre, ayıptan doğan hakların kullanımının alıcı açısından mümkün olduğu en az süredir.

14. Tarafların sözleşmeyle bir garanti süresi kararlaştırmış olmaları durumunda, ilk olarak bu süre, "*ayıp bildirim süresi*" olarak nitelendirilmeli; alıcı, bu süre içinde meydana gelen ayıpları, TBK m. 223 hükmünde öngörülen zamansal sınırlamalara tabi olmaksızın, satıcıya karşı ileri sürebilmelidir. Öte yandan, garanti süresinin zamanaşımından uzun olması durumunda, zamanaşımı süresinin garanti süresi kadar uzadığı kabul edilmelidir.

15. Tarafların sözleşmeyle zamanaşımı süresinin başlangıç anını, kanunda düzenlenen andan sonraki bir ana ertelemeleri veya başkaca durma ve kesilme sebepleri öngörmeleri mümkündür. Fakat, böyle bir düzenleme, ancak tespit ettiğimiz üst sınır dâhilinde geçerlidir. Öte yandan, zamanaşımı süresinin başlangıç anının erkene çekilmesi durumunda, alıcının ayıptan doğan haklarını kullanabileceği

efektif sürenin, hakların kullanımını hakkaniyete aykırı bir şekilde sınırlandırmamış olması gerekir.

16. Tarafların kanunda öngörülen bazı durma ve kesilme sebeplerini sözleşmeyle bertaraf edebilmesi mümkündür. Kanunda öngörülen durma sebeplerinden TBK m. 153 f. I b. 1, 2, 4 hükümleri ile somut olayın özelliğine göre TBK m. 153 f. I b. 6 hükmü emredici nitelik taşımaktadır. Buna karşın, TBK m. 153 f. I b. 3, 5, 7 hükümleri düzenleyici hukuk kuralıdır ve tarafların söz konusu bentlerde öngörülen sebeplerin gerçekleşmesi durumunda, zamanaşımı süresinin durmayacağını kararlaştırmaları mümkündür. Taraflar, sözleşmeyle TBK m. 153 f. I b. 1 uyarınca borçlunun hangi fiillerinin ikrar sayılıp, hangilerinin sayılmayacağını belirleyebilecekleri gibi; sözleşme ilişkisi çerçevesinde, borçlunun herhangi bir fiilinin ikrar manasına gelmeyeceği konusunda da anlaşabilirler. Öte yandan, TBK m. 154 f. I b. 2 ve m. 157 hükümlerinde öngörülen kesilme sebepleri, emredici hukuk kuralı olmaları sebebiyle, sözleşmeyle bertaraf edilemez. Buna karşın, alacaklının dava esnasında alacağına ilişkin ileri sürdüğü def'ilerin, zamanaşımını kesmeyeceği kararlaştırılabilir.

17. TBK m. 231 f. II ve m. 244 f. III hükümlerinde düzenlenen olağanüstü zamanaşımı sürelerinin uygulama alanı bulabilmesi için, satıcın satılanı ayıplı devretmekte ağır kusurlu olması gerekir. Satıcının kasten hareket ettiği durumlarda veya ağır ihmalinin bulunması halinde, ağır kusurunun varlığı kabul edilir. Aynı şekilde, TBK m. 225 f. II hükmü, satıcılığı meslek edinmiş kişilerin bilmesi gereken ayıplar açısından, ağır kusur prensibinden ayrılmış değildir. Kanun koyucu, TBK m. 225 f. II hükmünde, meslekten satıcının ağır kusurunun tespit edilmesinde, “*kusurun objektifleştirilmesi*” görüşünü kabul etmekte; satıcının sübjektif niteliklerini dışlayarak, objektif kriterleri ve örnek (*model*) davranışı esas almaktadır. Bu durumda, satıcının davranışı örnek davranışla kıyaslanarak, bu davranış şeklinden saptığı ya da bu davranış şekliyle uyumsuzluk gösterdiği ölçüde, satıcı ağır kusurlu addedilecektir. Bu açıdan, “*bilmesi gerekme*” olgusu, meslekten satıcı açısından bir örnek davranış olarak kabul edilmiştir. Somut olay bakımından, hâkimin, satıcının kusur seviyesini araştırmaksızın, satıcılığı meslek edindiğini tespit ettikten sonra, yalnızca satılandaki ayıbın bilinmesi gereken bir ayıp olduğunu belirlemesi yeterli görülmelidir.

18. TBK m. 231 f. II uyarınca taşınır satışında satıcı, satılanı ayıplı olarak devretmekte ağır kusurlu ise, alıcının satılanın ayıplı olmasından doğan talepleri,

satılanın tesliminden itibaren on yılın geçmesiyle birlikte (TBK m. 146) zamanaşımına uğrar. TBK m. 244 f. III uyarınca, taşınmaz satışında bu süre, satılanın mülkiyetinin alıcıya devrinden, yani satılanın tescilinden itibaren yirmi yıldır.

19. TBK m. 231 f. II ve m. 244 f. III hükümlerinde düzenlenen olağanüstü zamanaşımı süreleri, hakkaniyet kaygısıyla zayıf tarafın korunması, satılanı ağır kusuruyla ayıplı olarak devreden satıcının cezalandırılması ve işlem güvenliğinin tesis edilmesi amaçları sebebiyle, emredici niteliktedir. Bu durumun en önemli sonucu, ağır kusur halinde, sözleşmesel zamanaşımı düzenlemelerinin, TBK m. 27 f. I uyarınca, baştan itibaren kesin hükümsüz kabul edilecek olmasıdır. Öte yandan, olağanüstü zamanaşımı sürelerinden sapan, satıcı lehine sevk edilmiş zamanaşımı düzenlemeleri, “*dolaylı sorumsuzluk anlaşması*” niteliğindedir. Satıcının ağır kusurlu olması durumunda, sorumsuzluk anlaşmalarının geçersizliğini düzenleyen, emredici nitelikteki TBK m. 221 hükmü uyarınca, alıcının haklarını sınırlandıran ve olağanüstü zamanaşımı rejiminden sapan bütün sözleşme hükümleri kesin hükümsüzdür. Ayrıca, bu durumda tarafların sözleşmeyle herhangi bir garanti süresi kararlaştırmaları da mümkün değildir.

20. Kanun koyucu TBK m. 231 f. I c. 2 hükmünde, ayıp bildiriminde bulunulmuş olması kaydıyla, alıcının ayıptan doğan def’i haklarının, zamanaşımı süresinden etkilenmeyeceğini öngörmüştür. Bu açıdan, ayıptan doğan def’i hakları, satılanın ayıplı olması nedeniyle, geçerli bir ayıp bildiriminde bulunulmuş olması ve ayıptan sorumluluk rejiminin diğer şartlarının gerçekleşmiş olması kaydıyla, başkaca özel şart aranmaksızın, alıcının kendisine tanınan yenilik doğurucu hakları, zamanaşımı süresinin tamamlanmasından sonra, def’i yoluyla ileri sürebilmesini sağlar. Bu sebeple, kanunda ifade edilen “*def’i*” kavramı, teknik anlamda itiraz sayılan bazı savunma imkânlarını da kapsar şekilde, geniş yorumlanmalıdır.

21. İlk olarak, alıcı ayıptan sorumluluk rejiminden doğan alacak haklarını, *takas savunması* yoluyla, satıcıya karşı ileri sürebilir. Ancak, alıcının alacak haklarının zamanaşımı süresinin tamamlanmasından sonra doğmuş olması durumunda; özellikle, seçimlik hakkın zamanaşımı süresinin dolmasından sonra kullanılması veya bu süreden sonra alıcının bir zarara uğraması ihtimalinde, TBK m. 139 f. III uyarınca, alıcının takas hakkı bulunmamaktadır. Zira, zamanaşımına uğramış bir alacağın takası, ancak takas edilebileceği anda, henüz zamanaşımına uğramamış olması koşuluyla mümkündür (TBK m. 139 f. III). Bu durumda, alıcının takas imkânına başvurabilmesi için, *genel* düzenleme olarak kabul edilen TBK m. 139 f.

III hükmü, özel düzenleme olma özelliği gösteren TBK m. 231 f. I hükmünde öngörülen, ayıp bildiriminde bulunulması kaydıyla, def'i haklarının zamanaşımına uğramayacağı yönündeki kuralla yumuşatılmalıdır. O halde, TBK m. 139 f. III hükmü, en geç ayıp bildiriminin yapıldığı anda aktif alacağın zamanaşımına uğramamış olması, şeklinde düzeltici bir yoruma tabi tutulmalıdır. Öte yandan, alıcının takas yoluyla, ayıptan doğan ve konusu para olan alacak haklarını, satıcıya karşı ileri sürebilmesi için, takasa konu aktif ve pasif alacağın, aynı hukuki ilişki çerçevesinde doğmuş olması gerekmemektedir.

22. İkinci olarak, satılanın onarılması veya ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesi seçimlik haklarının def'i yoluyla kullanabilmesi açısından öngörülmüş yegâne imkân, ödemezlik def'idir. Bu sebeple, *ödemezlik def'i*, TBK m. 231 f. I c. 2 hükmünde düzenlenen, alıcının ayıptan doğan def'i haklarının kapsamına doğrudan doğruya dâhildir. Bu durumda, satılanın onarılması veya ayıpsız benzeriyle değiştirilmesi seçimlik haklarından biri kullanılmışsa, alıcı ödemezlik def'i yoluyla, satılan onarılmaya yahut ayıpsız bir benzeri kendisine teslim edilene değin, satış bedelini ödemekten kaçınabilir. Öte yandan, genel hükümler çerçevesinde, ödemezlik def'inin zamanaşımından etkilenmeyeceğinin kabul edilebilmesi için, zamanaşımı süresi dolmadan, alıcının def'i hakkının doğmuş olması gerektiği kabul edilmektedir. Buna karşılık, TBK m. 231 f. I c. 2 hükmünün özel hüküm olması sebebiyle, alıcının ödemezlik def'ine konu ettiği onarım veya değişim hakkı zamanaşımına uğramış bir şekilde doğmuş olsa dahi, alıcı ayıp bildiriminde bulunmuş olması kaydıyla, ödemezlik def'ine başvurabilecektir.

23. Üçüncü olarak, alıcı zamanaşımı süresi tamamlanmış olsa dahi, *bedel indirimi* hakkını def'i yoluyla kullanarak, satış bedelinin ayıp oranında indirildiğini satıcıya karşı ileri sürebilir. Böylece, alıcı söz konusu def'i imkânıyla, satış bedelinin yalnızca ayıp oranında gerçekleştirilen indirim tutarına karşı çıkmaktadır. Bu durumda, satış bedelinin, ayıp oranında indirilmiş olan kısmının, yine de ödenmesi gerekmektedir. Öte yandan, alıcının ayıp oranında indirilmiş olan satış bedelinden daha fazla bir kısmı ödeme yapmış olması ihtimalinde, fazladan ödenen kısmın iadesini talep etmesi mümkün değildir. Bu durumda, satıcı zamanaşımı süresinin dolmuş olması sebebiyle, söz konusu iade talebine, zamanaşımı def'ini ileri sürerek, kolayca karşı çıkabilecektir. Buna karşılık, fazladan ödenen satış bedelinin iadesi talebinin, şartları sağlanmışsa, takas savunmasına konu edilebilmesi mümkündür.

24. Son olarak, alıcı *sözleşmeden dönme* hakkını, def'i yoluyla kullanarak, kendisine yöneltilen satış bedeli talebine karşı, satış sözleşmesinin bir tasfiye ilişkine dönüştüğünü ve talep ettiği satış bedeli alacağını, sözleşmeden dönülmüş olması sebebiyle artık mevcut olmadığını ileri sürebilir. Bu durumda, alıcının hem sözleşmeden döndüğünü ileri sürüp, hem de satılanı elinde tutmaya devam etmesi mümkün değildir. O halde, sözleşmeden dönme hakkını def'i yoluyla kullanan alıcı, satılanı iade etmek zorundadır. Buna karşılık, satıcı da kısmen ifa edilmiş olan satış bedelini alıcıya geri vererek, satılanın iadesini talep edebilir. Keza, her iki taraf da karşılıklı ifade borçlarının ifasını temin etmek amacıyla, ödemezlik def'i yoluna başvurabilir. Bu durumda, sözleşmeden dönme hakkının def'i yoluyla kullanılmasıyla birlikte, sözleşme ilişkisi, zamanaşımı süresinin dolmuş olmasına rağmen, tasfiye edilmiş olmaktadır.

KAYNAKÇA

- ABBET Stéphane** : De l'exceptio doli à l'interdiction de l'abus de droit, Étude de droit romain et de droit suisse, Thèse de licence et de doctorat présentée à la Faculté de Droit de l'Université de Lausanne, Lausanne, 2006 (Abus).
- ACEMOĞLU Kevork** : "Aliud ve Federal Mahkemenin Aliud Konusundaki Tutumu Üzerine", MHAD, Cilt 6, Sayı 9, 1972, s. 19-29 (Aliud).
- ACEMOĞLU Kevork** : "Satılndaki Bozukluklar Hangi Süreler İçinde Dava Edilebilir?", İBD, 1973/1-2, s. 24-36 (Karar Tahlili).
- ACUN Hüseyin** : Eser Sözleşmesinde Ayıptan Sorumluluk Hükümleri ile Borçlar Kanunu Genel Hükümlerin Yarışması, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018 (Yarışma).
- AEPLI Victor** : Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR), Das Erlöschen der Obligationen, Art. 114-126 OR, Band/Nr. V/1h/1, 3. völlig neu bearbeitete Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 1991 (ZürcherKomm).
- AKBULUT Pakize Ezgi** : Borçlar Hukukunda Kesin Hükümsüzlük Yaptırımının Amaca Uygun Sınırlama (Teleolojik Redüksiyon) Yöntemi ile Daraltılması, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016 (Teleolojik Redüksiyon).
- AKÇAAL Mehmet UYUMAZ Alper** : "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Bazı Hükümlerine (m. 1-16) İlişkin Bir İnceleme", İnÜHFD, Cilt 4, Sayı 2, 2013, s. 241-276 (Tüketici).
- AKÇURA KARAMAN Tuba** : Üreticinin Ayıplı Ürünün Sebep Olduğu Zararlar Nedeniyle Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluğu, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008 (Sorumluluk).
- AKÇURA KARAMAN Tuba** : "Sona Ermiş veya Geçersiz Sözleşmelerde Tarafların İfa Etmiş Oldukları Edimlerin İadesi", GSÜHFD, 2018/1, s. 285-333 (İade).

- AKÜNAL Teoman** : “Satıcının Onarım Garantisi”, İÜHFM, Cilt 38, Sayı 1-4, 1973, s. 547-570 (Onarım).
- AKÜNAL Teoman** : “İsviçre Federal Mahkemesi’nin Satıcının Ayıptan Doğan Sorumluluğu ve Onarım Garantisine İlişkin 25 Mayıs 1966 Tarihli Kararı (BGE 91 II 344)”, İÜHFM, Cilt 7, Sayı 10, s. 243-250, 1973 (İsvFM Kararı).
- AKYOL Şener** : Sözleşmenin Yorumu, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010 (Yorum).
- AKYOL Şener** : Medenî Hukukta Çelişki Yasağı, Prof. Dr. Feyzi N. Feyzioğlu’nun Anısına Armağan, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010 (Çelişki).
- AKYOL Şener** : Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006 (Dürüstlük Kuralı).
- ALLIMANN Baptiste** : La péremption, Étude en Droit privé suisse, Travaux de la Faculté de Droit de l’Université de Fribourg, Schulthess Médias Juridique SA, Genève, Zurich, Bâle, 2011 (Péremption).
- AMAUDRUZ Michel** : La garantie des défauts de la chose vendue et la non-conformité de la chose vendue dans la loi uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers corporels, Étude de droit comparé, Imprimerie Jean Bron, Lausanne, 1968 (Garantie).
- AMOOS Michaela** : La théorie de l’abus de droit en relation avec les droits absolus, Nullité absolue du titre de transfert immobilier, exercice tardif du droit, Thèse de licence et de doctorat présentée à la Faculté de Droit de l’Université de Lausanne, Lausanne, 2002 (Abus).
- ANTALYA O. Gökhan** : Marmara Hukuk Yorumu, Cilt I, Medeni Hukuk (Giriş-Kavramlar-Başlangıç Hükümleri), 3. Bası, Ankara, 2019 (Medeni Hukuk).
- TOPUZ Murat** : Marmara Hukuk Yorumu, Cilt I, Medeni Hukuk (Giriş-Kavramlar-Başlangıç Hükümleri), 3. Bası, Ankara, 2019 (Medeni Hukuk).
- ARAL Fahrettin** : Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011 (Kötü İfa).
- ARAL Fahrettin** : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Tıpkı 12. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019 (Borçlar Özel).
- AYRANCI Hasan** : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Tıpkı 12. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019 (Borçlar Özel).
- ARAL Fahrettin** : Türk Borçlar Hukukunda Takas, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010 (Takas).
- ARBEEK Ömer** : Satım Konusu Ayıplı Malın Tamir Edilmesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005 (Tamir).
- ARICI Mehmet Fatih** : Ticari İşletmenin Akif ve Pasifi ile Devri, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008 (İşletme).

- ASLAN Yılmaz İ.** : 6502 Sayılı Kanuna Göre Tüketici Hukuku, 4. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2014 (Tüketici).
- ATAMER Yeşim** : “Taşınır Satımı Sözleşmesi”, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu: Makaleler - Tebliğler, (Derleyen: Murat İnceoğlu), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 187-222 (Taşınır Satımı).
- ATAMER Yeşim** : Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, Beta Yayınevi, İstanbul, 2005 (CISG).
- AYDOĞDU Murat** : Tüketici Hukuku Dersleri, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015 (Tüketici).
- AYDOĞDU Murat
NART Serdar** : “İsviçre Borçlar Kanunu’nun Satış ve Eser Sözleşmelerinde Ayıp Sorumluluğuna Yönelik Zamanaşımı Hükümlerini (Art. 210 ve 371 OR) Revize Eden 16 Mart 2012 Tarihli İsviçre Federal Kanunu’nun Değerlendirilmesi”, TBB Dergisi, S. 134, 2018, s. 451-486 (Değerlendirme).
- AYDOĞDU Murat
KAHVECİ Nalan** : Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku), 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017 (Borçlar Özel).
- AYOĞLU Tolga** : “Milletlerarası Menkul Mal Satımları Hakkında Viyana Konvansiyonu’nda Boşlukların Doldurulması”, GSÜHFD, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Anlaşması’nın (CISG) Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Değerlendirilmesi Sempozyumu Özel Sayısı, 2013/1, s. 87-110 (CISG).
- AYOĞLU Tolga** : Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018 (Sermaye).
- BÄHLER Katja** : Das Verhältnis von Sachgewährleistungs- und allgemeinem Leistungsstörungenrecht, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, Genf, München, 2005 (Verhältnis).
- BAŞOĞLU Başak** : 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu ve Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması Uyarınca Türk Hukuku’nda ve Mukayeseli Hukukta Aynen İfa Talebi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012 (Aynen İfa).
- BAŞPINAR Veyssel** : “Hukuk Tekniği Açısından Türk Borçlar Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Ali

- Naim İnan'a Armağan, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s. 215-238 (Değerlendirme).
- BAŞPINAR Veysel** : Borç Sözleşmelerinin Kısmî Butlanı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1998 (Kısmi Butlan).
- BECKER Hermann** : Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR, Band/Nr. VI/1, 2. Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern, 1945 (BernerKomm).
- BECKER Hermann** : Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, 2. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Art. 184-551 OR, Band/Nr. VI/2, Stämpfli Verlag AG, Bern, 1934 (BernerKomm).
- BECKMANN Roland Michael** : J. von Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen
MATUSCHE-BECKMANN Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und
Annemarie Nebengesetzen, Buch 2, Recht der
SCHERMAIER Martin Josef Schuldverhältnisse §§ 433-480 BGB (Kaufrecht), 15. Neubearbeitung, Sellier - de Gruyter, Berlin, 2014 (StaudingerKomm).
- BÉGUELIN Édouard** : Extinction des obligations, FJS 813, Prescription 1, Généralités (FJS 813); FJS 814, Prescription 2, Condition, suspension et effets (FJS 814); FJS 815, Prescription 3, Interruption de la prescription (FJS 815).
- BELVERENLİ Demet** : “Satış Sözleşmesinde Ayıptan Doğan Sorumlulukta Zamanaşımı”, Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 6, S. 12, 2018, s. 159-191 (Ayp).
- BÉNABENT Alain** : Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux, 11ème édition, LGDJ Lextenso éditions, Issy-les-Moulineaux, 2017 (Contrats).
- BENEDICK Gilles** : “Vertragliche Modifikation der Verjährungsregeln
VISCHER Markus im Gewährleistungsrecht beim Unternehmens-
 kauf”, Jusletter, 4. September 2006 (Ver-
 jährungsregeln).
- BERGER Bernhard** : Allgemeines Schuldrecht, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil mit Einbezug des Deliktsrechts und Einführung in das Personen- und Sachenrecht, 3. Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2018 (OR AT).
- BERTI Stephen V.** : “Zur Unterbrechung der Verjährung durch Betreibung und Klage - oder die Alternativen zum «Inspired guess»”, recht 1994, s. 76-79

(Unterbrechung).

- BERTI Stephen V.** : Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR), Das Erlöschen der Obligationen, Zweite Lieferung, Art. 127-142 OR, Band/Nr. V/1h, 3. völlig neu bearbeitete Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2002 (ZürcherKomm).
- BERTI Stephen V.** : “Verjährung vertraglicher Schadenersatzansprüche”, (Hrsg. Alfred Koller), Leistungsstörungen Nicht- und Schlechterfüllung von Verträgen, Vereinigung für Baurecht, Saint-Gallen, 2008, s. 15-28 (Verjährung).
- BETTEMS Denis** : La garantie des défauts dans la construction, L’entrepreneur face au vendeur et au maître de l’ouvrage, Fédération romande des maîtres plâtriers-peintres, Lausanne, 1982 (Garantie).
- BIEGER Alain** : Die Mängelrüge im Vertragsrecht, AISUF - Arbeiten aus dem Juristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz Band/Nr. 283, Schulthess Juristische Medien AG, Freiburg, 2009 (Mängelrüge).
- BİLGEHAN Çetiner** : “Yeni TBK’da Yarar ve Hasarın İntikali ile Satıcının Ayıptan Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”, İÜHFM, Cilt 67, Sayı 1-2, 2009, s. 97-114 (Değerlendirme).
- BINDER Markus** : Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 1: Innominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schenkung, Miete, Leihe, Art. 184-318 OR, 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, Basel, Genf, 2016, Art. 219 OR (CHK).
- BLOCH Konrad** : “Zur Frage der Schlechtlieferung und der Falschlieferung beim Kauf”, SJZ 1957, s. 209-211 (Falschlieferung).
- BLOCH Konrad** : “Die Hemmung der Verjährung nach Art. 134 Ziff. 6 OR“, SJZ 1955, s. 353-357 (Hemmung).
- BLUNTSCHLI Johann Caspar** : Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich: mit Erläuterungen, Schultheß, 1855 (Gesetzbuch).
- BOLAYIR Nur** : Medenî Usûl Hukuku’nda Hâkimin Hukuku Re’sen Uygulaması İlkesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019 (Re’sen Uygulama).
- BONNARD Claude** : De la classification des exceptions et des exceptions de procédure en droit vaudois, Thèse

- de licence et de doctorat présentée à la Faculté de Droit de l'Université de Lausanne, Imprimerie Held S.A., Lausanne, 1948 (Exceptions).
- BORX Hans**
WALKER Wolf-Dietrich : Besonderes Schuldrecht, 43. aktualisierte Auflage, Verlag C.H.Beck, München, 2019 (SchuldR BT).
- BOUVERAT David**
WESSNER Pierre : “Quelques questions choisies liées à la prescription extinctive : un état des lieux en droit suisse et quelques regards de droit comparé”, AJP 2010, s. 951-970 (AJP 2010).
- BRÄNDLI Roger** : Die Nachbesserung im Werkvertrag, Eine Gesamtdarstellung unter Berücksichtigung der SIA-Norm 118, Dike Verlag, Zürich, St. Gallen, 2007 (Nachbesserung).
- BRÉGI Jean-François** : Droit romain, Les obligations, Université-Droit, Ellipses Édition, Paris, 2006 (Romain).
- BREHM Roland** : “A la recherche d’une faute « moyenne »”, RSJ 63/1967, s. 87-89 (RSJ 1967).
- BREHM Roland** : “Quelques considérations à propos de la faute grave dans l'assurance privée”, SJ 1978, s. 529-544 (Considérations).
- BRULHART Vincent**
LORENZ Jérôme : “Le nouveau droit de la prescription: Impacts de l'article 128a CO sur les contrats en cours”, Le nouveau droit de la prescription, Colloque du droit de la responsabilité civile 2019, Université de Fribourg, Stämpfli Éditions SA, Berne, 2019, s. 1-38 (Droit de la prescription).
- BRUNNER Christoph**
VISCHER Markus : “Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Kaufvertragsrecht im Jahr 2007”, Jusletter, 13. Oktober 2008 (Rechtsprechung).
- BUCHER Eugen** : “Verjährung: gute Schritte in guter Richtung, Bemerkungen aus Anlass von BGE 132 III 226-241 (4C.296/2005)”, recht 2006, s. 186-197 (Verjährung).
- BUCHER Eugen**
BUZ Vedat : “Mağdur Edilen Alıcı, Türk/İsviçre Borçlar Kanununun İki Özelliğinin Eleştirisi: Muayene ve İhbar Külfeti (Art. 201 OR; BK. m. 198), BK. 202/II (Art. 205/II OR)’ye göre Dönme Yerine Bedel İndirime Karar Verilmesinin Masraflara İlişkin Sonuçları”, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004, s. 146-178 (Alıcı).
- BUCHER Eugen** : “Der benachteiligte Käufer, Kritische Bemerkungen zu zwei Besonderheiten des schweizerischen Kaufrechts: Prüfungs- und Rügepflicht (OR 201), Kostenfolgen bei

- Erkennung auf Preisminderung statt auf Wandelung gemäss OR 205/II", SJZ 67/1971, s. 1-6, 17-24 (Käufer).
- BUCHER Eugen** : Obligationenrecht Besonderer Teil, 3. erweiterte Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, 1988 (OR BT).
- BUCHER Eugen** : Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. neubearbeitete und erweiterte Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, 1988 (OR AT).
- BÜHLER Theodor** : Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR), Der Werkvertrag, Art. 363-379 OR, Band/Nr. V/2d, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 1998 (ZürcherKomm).
- BURCUOĞLU Halûk** : "İsviçre Federal Mahkemesi'nin, Satım Sözleşmesinde Alıcının Ayıp Hükümlerine Başvurma Yollarından Birini Seçebileceğine İlişkin 7 Haziran 1988 Tarihli Kararın Değerlendirilmesi", MHAD, Cilt 15, Sayı 18, 1990, s. 89-103 (İsvFM Kararı).
- von BÜREN Bruno** : Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Schulthess&CO. AG, Zürich, 1964 (OR BT).
- von BÜREN Bruno** : Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil (Art. 184-551), Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, 1972 (OR BT).
- BÜRGI Wolfhart** : Bonne foi, FJS 90, L'abus du droit (FJS 90).
- BUZ Vedat** : Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005 (Yenilik Doğuran Haklar).
- BUZ Vedat** : "Aynı Şahsın Farklı Hukuki Sebeplerle Sorumluluğu: TBK m. 60 Üzerine Düşünceler", BATİDER, C. 29, S. 2, 2013, s. 19-57 (TBK m. 60).
- BUZ Vedat** : Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Yetkin Yayınları, Ankara, 1998 (Dönme).
- ÇAĞA Tahir** : "Özel Hüküm Genel Hükümü Daima Bertaraf Eder Mi?", TBB Dergisi, 1991/3, Ankara, s. 366-375 (Özel-Genel Hüküm).
- CAPITAINE Georges** : Des courtes prescriptions, des délais et actes de déchéance (péremptions) du CCS et du CO, Georg et Cie S.A., Genève, 1937 (Prescription).
- CAVIN Pierre** : "Considération sur la garantie en raison des défauts de la chose vendue", SJ 1969, s. 329-345

(Considérations).

- CAVIN Pierre** : Traité de droit privé suisse, Tome IV, 1 : vente échange donation, Éditions Universitaires de Fribourg Suisse, Fribourg, 1978 (Vente).
- ÇELİK Nazlı Hilal** : “Zamanaşımı, TBK m. 72-73”, İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu, (ed. : Turgut Öz, Faruk Acar, Emre Gökyayla, H. Murat Develioğlu), Cilt 1, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019, s. 1075-1108 (İstanbul Şerhi).
- ÇELİK Ömer Faruk** : Türk Borçlar Kanunu Bakımından Taşınır Satışında Alıcının Ücretsiz Onarım (Ayıbın Giderilmesini) İsteme Hakkı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019 (Onarım).
- CHAPPUIS Benoît** : Le moment du dommage, Analyse du rôle du temps dans la détermination et la réparation du dommage, Travaux de la Faculté de Droit de l’Université de Fribourg, Schulthess Juristische Medien AG, Zurich, 2007 (Dommage).
- CHAPPUIS Benoît
WERRO Franz** : “Délais de prescription et dommages différés: réflexions sur l’ATF 137 III 16 et la motion parlementaire 07.3763”, REAS 2011/2, s. 139-149 (REAS 2011/2).
- CHAPPUIS Christine** : “La péremption en droit de la responsabilité civile”, Le temps dans la responsabilité civile, Colloque du droit de la responsabilité civile 2005, Université de Fribourg, Stämpfli Éditions SA, Berne, 2007, s. 107-138 (Péremption).
- CHAPPUIS Christine** : “La suspension des délais de prescription”, Le nouveau droit de la prescription, Colloque du droit de la responsabilité civile 2019, Université de Fribourg, Stämpfli Éditions SA, Berne, 2019, s. 39-49 (Droit de la prescription).
- CHÂTELAIN Jean-Pierre** : “Tendances actuelles du Tribunal fédéral dans le domaine de la responsabilité civile”, RJB 105/1969, s. 209-234 (RJB 1969).
- COUCHEPIN Gaspard** : La clause pénale - Étude générale de l’institution et de quelques applications pratiques en droit de la construction, Travaux de la Faculté de Droit de l’Université de Fribourg, Schulthess Juristische Medien AG, Fribourg, 2008 (Clause pénale).
- CUENDET Jean** : La faute contractuelle et ses effets, Étude de l’article 99 al. 3 CO, 2ème Edition, Edition Stämpfli&Cie SA, Berne, 1970 (Faute).
- ÇUHADAR Neslihan** : Borç İlişkilerinde Def’i Hakkı ve İtirazlar, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014 (İtirazlar).

- CYPRIAN Roberto** : Die Aliud-Lieferung im schweizerischen Kaufvertragsrecht, Ekkehard Presse Druck und Verlags AG, St. Gallen, 1981 (Aliud).
- DEMİRSATAN Barış** : “Le délai absolu de prescription dans la responsabilité délictuelle en droit turc et le droit de l'accès effectif au tribunal”, GSÜHFD, 2019/2, s. 717-744 (Délai absolu).
- DEMİRSATAN Barış** : Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Sözleşmenin Haksız Olarak Sona Erdirilmesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019 (Sona Erme).
- DESCHENAUX Henri**
TERCIER Pierre : La responsabilité civile, 2ème Edition revue et complétée, Stämpfli&Cie SA, Berne, 1982 (Responsabilité).
- DESCHENAUX Henri** : Traité de droit privé suisse, Tome II, Le titre préliminaire du code civil, Droit des personne, Éditions Universitaires Fribourg Suisse, Fribourg, 1969 (Traité).
- DEVELİOĞLU Hüseyin Murat** : Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009 (Garanti).
- DEVELİOĞLU Hüseyin Murat** : Takas, Kavram, Takas İleri Sürme Hakkının Oluşum Şartları ve Kullanılması, Takasın Hukuki Sonuçları, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Uyarlanmış 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012 (Takas).
- DEVELİOĞLU Hüseyin Murat** : “Takas, TBK m. 139-145”, İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu, (ed. : Turgut Öz, Faruk Acar, Emre Gökyayla, H. Murat Develioğlu), Cilt 2-3, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019, s. 1761-1759 (İstanbul Şerhi).
- DEVELİOĞLU Hüseyin Murat** : “Haksız Fiilden Doğan Tazminat Taleplerinin Tâbi Olduğu Bir yıllık Zamanaşımı Süresinin Başlangıç Anı”, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, Cilt I, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 787-821 (Zamanaşımı).
- DEVELİOĞLU Hüseyin Murat** : “CISG'nin Sözleşmelerin Konusu ve Niteliği Bakımından Uygulama Alanı”, GSÜHFD, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Anlaşması'nın (CISG) Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Değerlendirilmesi Sempozyumu Özel Sayısı, 2013/1, s. 53-71 (CISG).
- DEVELİOĞLU Ferit** : Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lûgat, 26. Baskı, Aydın Kitabevi Yayınları, Ankara, 2010 (Sözlük).
- DOĞAN Nazlı** : Tacirler Arası Ticari Satım Sözleşmelerinde

- Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017 (Ayıp).
- DUNAND Jean-Philippe**
SCHMIDLIN Bruno
WINIGER Bénédict
- : Droit privé romain II : Obligations, 2ème édition revue et corrigée, Faculté de droit de l'Université de Genève, Helbing Lichtenhahn, Genève, Bâle, 2012 (Romain).
- DURAL Mustafa**
ÖZ M. Turgut
- : Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku, 10. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016 (Miras Hukuku).
- DURAL Mustafa**
ÖĞÜZ Tufan
GÜMÜŞ Mustafa Alper
- : Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, 14. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019 (Aile Hukuku).
- EDİS Seyfullah**
- : Türk Borçlar Hukukuna Göre Satıcının Ayıba Karşı Tekeffülü, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 183, Ankara, Ajans-Türk Matbaası, 1963 (Ayıp).
- EKMEKÇİ Ömer**
ÖZEKES Muhammet
ATALI Murat
SEVEN Vural
- : Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, 2. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019 (Arabuluculuk).
- ENGEL Pierre**
- : Contrats droit suisse, Traité des contrats de la partie spéciale du Code des obligations, de la vente au contrat de société simple, articles 184 à 551 CO, ainsi que quelques contrats innomés, 2ème édition, Stämpfli Éditions SA, Berne, 2000 (Contrats).
- ENGEL Pierre**
- : Traité des obligations en droit suisse, Dispositions générales du CO, 2ème édition, Stämpfli Éditions SA, Berne, 1997 (Obligations).
- ERDEM H. Ercüment**
- : “Viyana Satım Antlaşması’na Genel Bakış ve Maddi Uygulama Alanı”, Yeni Türk Borçlar Kanunu ve CISG’e Göre Satış Sözleşmeleri, (ed. : Şükran Şıpka, Ahmet Cemil Yıldırım), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 117-156 (CISG).
- ERDEM Mehmet**
- : Özel Hukukta Zamanaşımı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010 (Zamanaşımı).
- ERDEM Mehmet**
- : La clause pénale, Étude comparative de droit suisse et de droit turc, Ankara, 2006 (Clause pénale).
- ERDEM Mehmet**
- : “Bağlanma Parası, Cayma Parası ve Ceza Koşulu, TBK m. 177-182”, İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu, (ed. : Turgut Öz, Faruk Acar, Emre Gökyayla, H. Murat Develioğlu), Cilt 2-3, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019, s. 2249-2338

- (İstanbul Şerhi).
- ERDEM Mehmet** : “Zamanaşımı, TBK m. 146-161”, İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu, (ed. : Turgut Öz, Faruk Acar, Emre Gökyayla, H. Murat Develioğlu), Cilt 2-3, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019, s. 1761-2001 (İstanbul Şerhi).
- EREN Fikret** : Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019 (Borçlar Özel).
- EREN Fikret** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019 (Borçlar Özel).
- ERGÜNE Mehmet Serkan** : Olumsuz Zarar, Beta Yayınevi, İstanbul, 2008 (Zarar).
- ERİŞİR Evrim** : Geçici Hukukî Korumanın Temelleri ve İhtiyatî Tedbir Türleri, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013 (İhtiyatî Tedbir).
- ESEN Emre** : Satış Sözleşmesinde Aliud Teslim, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020 (Aliud).
- FEYZİOĞLU Feyzi Necmeddin** : Borçlar Hukuku İkinci Kısım Akdin Muhtelif Nevileri (Özel Borç İlişkileri), Cilt I, 4. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1980 (Borçlar Özel).
- FEYZİOĞLU Feyzi Necmeddin** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt II, 2. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1977 (Borçlar Genel).
- FISCHER Willi** : Der unmittelbare und der mittelbare Schaden im Kaufrecht, eine dogmatische Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte sowie der Funktion der Gewährleistungsinstitute, Zürcher Studien zum Privatrecht Band/Nr. 44, Polygraphischer Verlag AG, Zürich, 1985 (Schaden).
- FOURNIER Guillaume** : La prescription de l'action en dommages-intérêts : une réflexion sur la relation délit-contrat en droit privé, au regard notamment de l'avant-projet de modification et d'unification du droit de la responsabilité civile, Thèse présentée à la Faculté de droit de l'Université Fribourg (Suisse), Fribourg, 2009 (Prescription).
- FROSSARD Claude** : Les obligations naturelles et la garantie de leur exécution en Droit suisse, Imprimerie du Grand-Pont, Lausanne, 1960 (Obligations naturelles).
- FURRER Rolf** : Beitrag zur Lehre der Gewährleistung im Vertragsrecht, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, 1973 (Gewährleistung).

- GAUCH Peter** : Le contrat d'entreprise, (adaptation française par Benoît Carron), Schulthess Juristische Medien AG, Zurich, 1999 (Entreprise).
- GAUCH Peter** : "Sachgewährleistung und Willensmängel beim Kauf einer mangelhaften Sache-Alternativität der Rechtsbehelfe und Genehmigung des Vertrages", recht 2001, s. 184-190 (Alternativität).
- GAUCH Peter** : "Verjährungsverzicht: Ein Entscheid des Bundesgerichts (BGE 132 III 226) und was davon zu halten ist", SJZ 102/2006, s. 533-540, 561-566 (Verjährungsverzicht).
- GAUCH Peter** : "BGr. (TF) 21.9.1982; BGE (ATF) 108 II 194 ff.", DC 1983, s. 54-55 (DC 1983).
- GAUCH Peter**
SCHLUEP Walter R.
SCHMID Jörg
EMMENEGGER Susan : Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Banda I-II, 10. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, Basel, Genf, 2014 (OR AT).
- GAUCH Peter**
SCHLUEP Walter R.
TERCIER Pierre : La partie générale du droit des obligations (sans la responsabilité civile), Tome I, 2ème édition revue et complétée, Éditions Schulthess, Zurich, 1982 (Obligations).
- GAUCH Peter** : "Die revidierten Art. 210 und 371 OR", recht 2012, s. 124-136 (recht 2012).
- GAUCH Peter** : "Der Revisionsentwurf zur Verjährung der kauf- und werkvertraglichen Mängelrechte: Analyse und Kritik der E-Art. 210, 371 und 199 OR", recht 2011, s. 145-155 (recht 2011).
- GAUTSCHI Georg** : Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Der Werkvertrag, Art. 363-379 OR, Band/Nr. VI/2/3, 2. neu bearbeitete Auflage des von Dr. H. Becker, Stämpfli Verlag AG, Bern, 1967 (BernerKomm).
- GEHRER Leo R.** : "Bauherr und Unternehmer - Herren des Bauvertrages", Aktuelle Probleme des privaten und öffentlichen Baurechts, (Hrsg. Alfred Koller), Vereinigung für Baurecht, Saint-Gallen, 1994, s. 179-212 (Bauvertrag).
- GELZER Philipp** : "Bemerkungen zur Unterscheidung zwischen aliud und peius beim Gattungskauf", AJP 1997, s. 703-708 (Aliud).
- GENÇ ARIDEMİR Arzu** : Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Tazminat, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2008 (Manevi Tazminat).
- GIGER Hans** : Berner Kommentar zum schweizerischen

- Privatrecht, Band VI: Das Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 1. Teilband: Kauf und Tausch - Die Schenkung, 1. Abschnitt: Allgemeine Bestimmungen - Der Fahrniskauf, Kommentar zu Art. 184-215, 2. Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern, 1980 (BernerKomm).
- GINTER Petra** : Verhältnis der Sachgewährleistung nach Art. 197 ff. OR zu den Rechtsbehelfen in Art. 97 ff. OR, Lösungsvorschlag für die geltende Rechtslage und kritische Würdigung, Dissertation Nr. 2980, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2005 (Verhältnis).
- GÖKYAYLA K. Emre** : “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Eser Sözleşmesine İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, 2012, s. 567-584 (Eser).
- GOTTINI Melanie Catalina** : Die Verjährung im schweizerischen Privatrecht, Grundlagen und ausgewählte Problembereiche, Zürcher Studien zum Privatrecht Band/Nr. 290, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2019 (Verjährung).
- GREINER Stefan** : Schuldrecht Besonderer Teil, Vertragliche Schuldverhältnisse, 2. Auflage, Springer Verlag, Berlin, 2019 (BT).
- GRIEDER Thomas** : Vertragswidrigkeit und objektivierte Fahrlässigkeit, Eine Abgrenzungsproblematik in der vertraglichen Haftung, Zürcher Studien zum Privatrecht Band/Nr. 177, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2002 (Fahrlässigkeit).
- GUGGENHEIM Daniel** : Le droit suisse des contrats, Principes généraux, Tome I, La conclusion des contrats, Georg Éditeur SA, Genève, 1991 (Contrats I).
- GUGGENHEIM Daniel** : Le droit suisse des contrats, Principes généraux, Tome II, Les effets des contrats, Georg Éditeur SA, Genève, 1995 (Contrats II).
- GUHL Theo**
KOLLER Alfred
SCHNYDER Anton
K. DRUEY Jean Nicolas : Das Schweizerische Obligationenrecht -mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts, 9. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2000 (Obligationenrecht).
- GUHL Theo** : Le droit fédéral des Obligations comprenant notamment le droit commercial, le droit de change et le droit privé des assurances, (traduit de

l'allemand d'après la troisième édition par René Des Gouttes), Edition Polygraphiques SA, Zurich, 1947 (Obligations).

GÜMÜŞ Mustafa Alper

- : 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt 1, İsimli Sözleşmeler Teorisi, Satış, Mal Değişimi, Bağışlama, Kira, Kullanım Ödücüsü, Tüketim Ödücüsü, Genel Hizmet Sözleşmesi, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013 (Borçlar Özel).

GÜMÜŞ Mustafa Alper

- : 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Cilt I, (Madde: 1-46), Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014 (Şerh).

GÜNDÜZ Ş. Deren

- : "Satış Sözleşmesinde Ayıptan Sorumluluk Hükümleri Çerçevesinde Alıcıya Yüklenen Kanuni Külfet ve Borçlar", Prof. Dr. Özer Seliçi'nin Anısına Armağan, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 11, Sayı 145-146, 2016, s. 973-1020 (Külfet).

HAAB Robert

SIMONIUS August

SCHERRER Werner

ZOBL Dieter

- : Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, Das Eigentum, Art. 641-729 ZGB, Band/Nr. IV/1, 2. Auflage in neuer Bearbeitung der entsprechenden Abschnitte des Kommentars von Prof. C. Wieland, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 1977 (ZürcherKomm).

HAAS Ulrich

SCHLUMPF Michael

- : "Teilklage und Feststellungswiderklage nach der neuen ZPO", SJZ 107/2011, s. 302-309 (neuen ZPO).

HATEMİ Hüseyin

GÖKYAYLA K. Emre

- : Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 4. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017 (Borçlar Genel).

HEIM F. Jean

- : La réparation de la chose défectueuse dans la vente au détail, Thèse de licence et de doctorat présentée à la Faculté de Droit de l'Université de Lausanne, Imprimerie E. Ruckstuhl SA, Lausanne, 1972 (Réparation).

HELVACI İlhan

- : Le droit turc du contrat, Schulthess Médias Juridique SA, Genève, Zurich, Bâle, 2018 (Contrat).

HOFMANN Christian

PAMMLER Sebastian

- : "Mängelreue beim Kauf - die Lage nach der Schuldrechtsreform", ZGS, s. 293-297, 8/2014 (Mängelreue).

HOHL Fabienne

- : "L'avis des défauts de l'ouvrage : fardeau de la preuve et fardeau de l'allégation", RFJ 1994, s. 235-273 (RFJ 1994).

HONSELL Heinrich

- : "Die Konkurrenz von Sachmängelhaftung und

- Irrtumsanfechtung - Irrungen und Wirrungen”, SJZ 103/2007, s. 137-145 (Konkurrenz).
- HONSELL Heinrich** : Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, 10. überarbeitete Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2017 (OR BT).
- HONSELL Heinrich** : “Die Haftung für Hilfspersonen”, Private Law - national - global - comparative, Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag, Band I-II, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2011, s. 779-789 (Hilfspersonen).
- HONSELL Heinrich**
ISENRING Bernhard
KESSLER Martin A. : Schweizerisches Haftpflichtrecht, 5. neu bearbeitete und ergänzte Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2013 (Haftpflicht).
- HONSELL Heinrich (Hrsg.)**
VOGT Nedin Peter (Hrsg.)
WIEGAND Wolfgang (Hrsg.) : Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 6. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2015 (BaslerKomm).
- HUET Jérôme**
DECOCQ Georges
GRIMALDI Cyril
LÉCUYER Hervé : Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux, 3ème édition, LGDJ Lextenso éditions, Paris, 2012 (Contrats).
- HUGUENIN Claire** : Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, Basel, Genf, 2014 (OR).
- HÜRLIMANN Roland** : Teilnichtigkeit von Schuldverträgen nach Art. 20 Abs. 2 OR, Universitätsverlag Freiburg Schweiz, Freiburg, 1984 (Teilnichtigkeit).
- HUSMANN David**
ALIOTTA Massimo : “Die Regelung der Verjährungsproblematik von Schadenersatzforderungen für sogenannte Spätschäden”, HAVE 2014, s. 89-92 (Verjährungsproblematik).
- İPEK Eyüp** : Edime Uygun İfa Kuralı ve Bu Kuralın İhlâline Bağlı Hukukî Sonuçlar, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016 (Edim).
- ISLER Peter R.** : “Verjährung und Verwirkung von Gewährleistungsansprüchen”, Mergers & Akquisitions IX, (Hrsg. Rudolf Tschäni), Europa Institut Zürich Band/Nr. 79, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2007, s. 1-31 (Verjährung).
- JÄGER Bernard** : “La prescription des créances en dommages-intérêts”, Journées du droit de la circulation routière, Fribourg, 1984, s. 1-30 (Prescription).
- JÄGGI Peter** : Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR), Art. 1-17

- OR, Band/Nr. V/1a, 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 1973 (ZürcherKomm).
- KAHRAMAN Zafer** : “Ayıbın Giderilmesi Talebinin Hukuki Niteliği”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 169-170, 2018, s. 121-143 (Ayıp).
- KAHRAMAN Zafer** : “Quelques réflexions sur la distinction de l’aliud pro alio et l’exécution défectueuse”, ZSR 136/2017, s. 493-506 (Aliud).
- KAHVECİ Nalan** : Taşınır Satımında Ayıplı Mal Nedeniyle Tüketicinin Sözleşmeden Dönmesi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014 (Dönme).
- KANETİ Selim** : İsviçre Federal Mahkemesi’nin Borçlar Hukuku Kararları (1955-1964), Sevinç Matbaası, Ankara, 1968 (İsvFM Kararı).
- KANIŞLI Erhan** : İsviçre-Türk Borçlar Hukukuna Göre Sözleşmenin Kurulmasında Yanılma, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018 (Yanılma).
- KANİTİ Salamon** : Akdin İfa Edilmediği Def’i, Ahmet Said Matbaası, İstanbul, 1962 (Def’i).
- KAPANCI Kadir Berk** : 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Açısından Satış Hukukunda Ayıptan Doğan Sorumluluk ve Sözleşmesel Garanti Taahhütleri, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012 (Ayıp).
- KARA Doğan** : “İsviçre-Türk Hukuk Sisteminde Ayıptan Sorumluluk Çerçevesinde Doğrudan ve Dolaylı Zarar Ayrımı”, GSÜHFD, 2018/1, s. 483-530 (Doğrudan-Dolaylı Zarar).
- KARA Doğan** : “Manevi Tazminat Alacağının Üçüncü Kişiye Devri ve Miras Yoluyla İntikali”, Prof. Dr. Feyzi Necmeddin Feyzioğlu’nun Anısına Armağan, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020 (Manevi Tazminat).
- KARA Doğan** : “Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması (CISG) Uyarınca Hasar Sorunu ve Türk Borçlar Kanunu ile Karşılaştırılması”, PPIL 38/1, 2018, s. 107-145 (Hasar).
- KARA Doğan** : “Vekâlet Sözleşmesine Uygulanacak Olan Hukuk”, PPIL 39/1, 2019, s. 145-188 (Uygulanacak Hukuk).
- KARABAĞ BULUT Nil** : Medeni Kanunun 23. Maddesi Kapsamında Kişilik Hakkının Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014 (Kişilik Hakkı).

- KARAKOCALI Ahmet** : Tüketici Hukuku (6502 Sayılı Kanun ve İlgili
KURŞUN Ali Suphi Yönetmeliklere Göre), Aristo Hukuk Yayınevi, İstanbul, 2015 (Tüketici).
- KÄSER Andreas Christian** : Die Abtretung von Gewährleistungsansprüchen bei Kauf- und Werkvertrag, Dissertation, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2000 (Gewährleistung).
- KATZ Hans-Peter** : Sachmängel beim Kauf von Kunstgegenständen und Antiquitäten, Dissertation der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich, Zürich, 1973 (Sachmängel).
- KELLER Alfred** : Haftpflicht im Privatrecht, Band I, 6. vollständig überarbeitete und ergänzte Aufl., Stämpfli Verlag AG, Bern, 2002 (Haftpflicht).
- KELLER Max** : Kaufrecht des OR und Wiener UN-Kaufrecht, 3.,
SIEHR Kurt überarbeitete und ergänzte Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, 1995 (Kaufrecht).
- KELLER Max** : Kaufrecht, Eine systematische Darstellung, 2.,
LÖRTSCHER Thomas überarbeitete und ergänzte Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, 1986 (Kaufrecht).
- KESSLER Franz J.** : Der Verjährungsverzicht im Schweizerischen Privatrecht, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2000 (Verjährungsverzicht).
- KILIÇOĞLU Ahmet M.** : Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019 (Borçlar Özel).
- KILIÇOĞLU Ahmet M.** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019 (Borçlar Genel).
- KIRCA Çiğdem** : “Kaldırılması Gereken Bir Ayırım: Satım Sözleşmesinde Satılanın Zaptı ve Satılan Malın Ayıplı Olması Sebebiyle İstenebilecek Tazminat Açısından Yapılan Doğrudan Zarar-Dolaylı Zarar Ayırımı”, Prof. Dr. Ali Naim İnan’a Armağan, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s. 433-458 (Doğrudan-Dolaylı Zarar).
- KOÇ Nevzat** : “Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Mülkiyetin Devri Amacıyla Kurulan Sözleşmelere İlişkin Olarak Yapılması Öngörülen Yenilik ve Değişiklikler”, Prof. Dr. Ali Naim İnan’a Armağan, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s. 459-500 (Değişiklikler).
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip** : Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı, İstanbul Üniversitesi Yayınları No. 1402, Hukuk Fakültesi

- Yayınları No. 309, Garanti Matbaası, İstanbul, 1968 (Hata).
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip** : Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukukî İşlem Sözleşme, 4. Basıdan 7. Tıpkı Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017 (Borçlar Genel).
- KOLLER Alfred** : “Dispositives und zwingendes Verjährungsrecht zur Tragweite von Art. 129 und 141 Abs. 1 OR”, SJZ 103/2007, s. 193-197 (Verjährungsrecht).
- KOLLER Alfred** : “Verjährt oder nicht verjährt? Drei höchststrichterliche Antworten”, AJP 2000, s. 243-248 (AJP 2000).
- KOLLER Alfred** : Alfred Koller, “Verjährung der werkvertraglichen Mängelrechte”, AJP 2014, s. 303-308 (AJP 2014).
- KOLLER Alfred** : Schweizerisches Werkvertragsrecht, Dike Verlag AG, Zürich, St. Gallen, 2015 (Werkvertrag).
- KOLLER Alfred** : “Die Verjährung bei der Rückabwicklung von Verträgen”, BR 2006, s. 4-7 (Rückabwicklung).
- KOLLER Alfred** : “Unterbrechung der Verjährung”, SJZ 113/2017, s. 201-213 (Unterbrechung).
- KOLLER Alfred** : “Vom Recht des Bauherrn auf Verbesserung des mangelhaften Werks, Das Nachbesserungsrecht im Bauwerkvertrag”, Aktuelle Probleme des privaten und öffentlichen Baurechts, (Hrsg. Alfred Koller), Vereinigung für Baurecht, Saint-Gallen, 1994, s. 1-177 (Aktuelle Probleme).
- KOLLER Alfred** : “Die Tragweite eines zeitlich begrenzten Verjährungsverzichts”, SJZ 92/1996, s. 369-371 (Verjährungsverzichts).
- KOLLER Alfred** : Das Nachbesserungsrecht im Werkvertrag, 2. überarbeitete und erweiterte Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, 1995 (Nachbesserung).
- KOLLER Alfred** : Der gute und der böse Glaube im allgemeinen Schuldrecht, Auslegung und systematische Erfassung der Gutglaubensvorschriften im allgemeinen Teil des OR, 2. Auflage, Universitätsverlag Freiburg Schweiz, Freiburg, 1985 (Guter Glaube).
- KOLLER Alfred** : Die Haftung für den Erfüllungsgehilfen nach Art. 101 OR, 2. Unveränderte Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, 1982 (Erfüllungsgehilfen).
- KOLLER Alfred** : Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, Band I, Die einzelnen Vertragsverhältnisse

- Art. 184-318 OR, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2012 (OR BT).
- KOLLER Alfred** Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Handbuch des allgemeinen Schuldrechts, 4. Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2017 (OR AT).
- KOLLER Jürg** : Genugtuung aus Vertragsverletzung, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2003 (Genugtuung).
- KOLLER Thomas** : “Bundesgericht, I. Zivilrechtliche Abteilung, 19. Februar 2007, B.Y. AG gegen E. Versicherungsgesellschaft (4C.300/2006), BGE 133 III 335”, AJP 2007, s. 1183-1192 (Bundesgericht).
- KOLLER Thomas** : “Die Verjährung der Gewährleistungsansprüche beim Kauf von Kulturgütern nach schweizerischem Recht”, Innovatives Recht, Festschrift für Ivo Schwander, (Hrsg. Franco Lorandi, Daniel Staehelin), Dike Verlag, 2011, s. 339-359 (Verjährung).
- MUSTER Alain**
- KRAMER Ernst A.** : “Noch einmal zur aliud-Lieferung beim Gattungskauf”, recht 1997, s. 78-83 (Aliud).
- KRAMER Ernst A.** : “Abschied von der aliud-Lieferung?”, Besonderes Vertragsrecht - aktuelle Probleme: Festschrift für Heinrich Honsell zum 60. Geburtstag, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2002, s. 247-260 (aliud-Lieferung).
- KRAUSKOPF Frédéric** : “Aktuelle Fragen zur Verjährungsunterbrechung”, BR 2003, s. 131-137 (Unterbrechung).
- KRAUSKOPF Frédéric** : “La prescription en pleine mutation - Quelques réflexions sur la prescription de l'action en dommages-intérêts”, SJ 2011, s. 1-27 (Quelques réflexions).
- KRAUSKOPF Frédéric** : “Die Verjährung von Regressrechten im Haftpflicht- und Privatversicherungsrecht”, HAVE 2006, s. 321-329 (HAVE 2006).
- MÜLLER Alexander**
- KRAUSKOPF Frédéric** : “Neues Verjährungsrecht: Merkmale für das Bauen”, Schweizerische Baurechtstagung 2019, Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht, 2019, s. 35-50 (Verjährungsrecht).
- KRAUSKOPF Frédéric** : “Neues Verjährungsrecht?”, HAVE 2016, s. 51-74 (HAVE 2016).
- KRAUSKOPF Frédéric** : “Verjährung bei Kauf- und Werkverträgen - neue Regeln mit Mängeln”, Schweizerische Baurechtstagung 2013 ...für alle, die bauen,

Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht, 2012, s. 85-102 (neue Regeln).

- KUNTALP Erden** : Ard Arda Teslimli Satım Akdi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 230, Sevinç Matbaası, Ankara, 1968 (Ard Arda Teslim).
- KUONEN Nicolas** : “La renonciation à invoquer la prescription : le temps d’y renoncer?”, Le nouveau droit de la prescription, Colloque du droit de la responsabilité civile 2019, Université de Fribourg, Stämpfli Éditions SA, Berne, 2019, s. 107-138 (Droit de la prescription).
- KURŞAT Zekeriya** : Borçlar Hukuku Alanında Hile Kavramı, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 2003 (Hile).
- KURU Baki** : Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, 3. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019 (Medeni Usul).
- L’HUIILLIER Laurent** : La notion du droit formateur en droit privé suisse, Genève, 1947 (Droit formateur).
- LEUBA Jean-Samuel** : Le contrat de vente avec l’obligation de montage, Thèse de licence et de doctorat présentée à la Faculté de droit de l’Université de Lausanne, Imprimerie Chabloz S.A., Lausanne, 1995 (Vente).
- LEUENBERGER Christophe** : “Verjährungsverzicht und Verlängerung der Verjährungsfrist”, ZBJV 134/1998, s. 583-585 (ZJVB).
- LOOSCHELDERS Dirk** : Schuldrecht Besonderer Teil, 8. neu bearbeitete Auflage, Verlag Franz Vahlen, München, 2013 (BT).
- LÖRTSCHER Thomas** : Vertragliche Haftungsbeschränkungen im schweizerischen Kaufrecht unter besonderer Darstellung von Haftungsbeschränkungsklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, 1977 (Haftungsbeschränkungen).
- MAGNIN Louis** : Concurrence de l’action en garantie (art. 197 C.O.) avec l’action en nullité pour cause d’erreur (art. 24, ch. 4, C.O.), Thèse présentée à la Faculté de droit de l’Université de Fribourg, Imprimerie de L’œuvre de Saint-Paul, Fribourg (Concurrence).
- MAKARACI BAŞAK Aşlı** : “Türk Borçlar Kanunu Madde 225/II Hükümünün Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, Cilt II, MÜHF-HAD, Özel Sayı, C. 22, S. 3, 2016, s. 1915-1930 (TBK m. 225/II).

- MAKARACI BAŞAK Asli** : “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Gereğince Ayıplı Hizmet Hükümlerinin Uygulama Alanı”, Prof. Dr. Özer Seliçi’nin Anısına Armağan, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 11, Sayı 145, 2016, s. 507-537 (Tüketici).
- MALAUERIE Philippe**
AYNÈS Laurent
GAUTIER Pierre-Yves : Droit des contrats spéciaux, 9ème édition, LGDJ Lextenso éditions, Issy-les-Moulineaux, 2017 (Contrats).
- MEDICUS Dieter**
LORENZ Stephan : Schuldrecht II, Besonderer Teil, 18. neu bearbeitete Auflage, Verlag C.H.Beck, München, 2018 (SchuldR BT).
- MERZ Hans** : “Sachgewährleistung und Irrtumsanfechtung”, Vom Kauf nach Schweizerischem Recht, Festschrift zum 70. Geburtstag von Prof. Dr. Theo Gohl, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, 1950, s. 87-107 (Sachgewährleistung).
- MERZ Hans** : Vertrag und Vertragsschluss, Universitätsverlag Freiburg Schweiz, Freiburg, 1988 (Vertrag).
- MERZ Hans** : Traité de droit privé suisse, Volume VI, Droit des obligations, Partie générale, Tome I: Introduction §§ 1-3, Genèse, Caractéristiques principales, L’obligation §§ 4-20, (Traduction française: Pierre Giovannoni), Éditions Universitaires Fribourg Suisse, Fribourg, 1993 (Obligations).
- MÜLLER Christoph** : Contrats de droit suisse, (avec la collaboration de David Bouverat, Alejandro Follonier-Ayala, Mélanie Mader, Olivier Riske), Stämpfli Editions SA, Berne, 2012 (Contrats).
- MÜLLER-CHEN Markus** : Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 1: Innominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schenkung, Miete, Leihe, Art. 184-318 OR, 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, Basel, Genf, 2016, Art. 210 OR (CHK).
- MÜLLER-CHEN Markus**
GIRSBERGER Daniel
DROESE Lorenz : Obligationenrecht Besonderer Teil, 2. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 2017 (OR BT).
- NABHOLZ Peter** : Verjährung und Verwirkung als Rechtsuntergangsgründe infolge Zeitablaufs, Dissertation der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte, Zürich, 1958 (Verjährung).
- NEUENSCHWANDER Markus** : Die Schlechterfüllung im Schweizerischen Vertragsrecht, Verlag Stämpfli & Cie AG, Bern,

- 1971 (Schlechterfüllung).
- NIKLAUS Jean-Luc** : La prescription extinctive : modifications conventionnelles et renonciation, Collection Neuchâteloise, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2008 (Prescription).
- NOMER Halûk Nami** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 17. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2020 (Borçlar Genel).
- NOMER Halûk Nami** : “Para Borcu Kavramı ve Para Borçlarının BK 118/I Anlamında Aynı Cinsten Kabul Edilip Birbirleriyle Takas Edilebilirliği Problemi”, İÜHFM, Cilt 57, Sayı 1-2, 1999, s. 241-264 (Para Borcu).
- NOMER Halûk Nami** : Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Özel Borç İlişkileri, Cilt I: Satış Sözleşmesi, Birinci Fasikül: Giriş; Madde 207-216, 245, 4. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018 (Şerh).
- ENGİN Baki İlkey** : Eşya Hukuku, Zilyetlik, Tapu Sicili, Mülkiyetin Genel Hükümleri, Taşınır Mülkiyeti, Rehin Hakları, 7. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019 (Eşya Hukuku).
- NOMER Halûk Nami** : Eşya Hukuku, Zilyetlik, Tapu Sicili, Mülkiyetin Genel Hükümleri, Taşınır Mülkiyeti, Rehin Hakları, 7. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019 (Eşya Hukuku).
- ERGÜNE Mehmet Serkan** : Eşya Hukuku, Zilyetlik, Tapu Sicili, Mülkiyetin Genel Hükümleri, Taşınır Mülkiyeti, Rehin Hakları, 7. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019 (Eşya Hukuku).
- OESCH Albert** : Essai dogmatique sur la prescription en droit suisse, Thèse de licence et de doctorat présentée à la Faculté de Droit de l'Université de Lausanne, Imp. Henri Moulin, Lausanne, 1934 (Prescription).
- OFTINGER Karl** : Schweizerisches Haftpflichtrecht, Erster Band: Allgemeiner Teil, 5. Auflage, vollständig überarbeitet und ergänzt von Emil W. Stark, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, 1995 (Haftpflicht).
- STARK Emil W.** : Schweizerisches Haftpflichtrecht, Erster Band: Allgemeiner Teil, 5. Auflage, vollständig überarbeitet und ergänzt von Emil W. Stark, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, 1995 (Haftpflicht).
- ÖĞÜZ Tufan** : Know-how Sözleşmesi, 2. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2018 (Know-how).
- OĞUZMAN M. Kemal** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, 17. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019 (Borçlar Genel, Cilt I).
- ÖZ M. Turgut** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, 17. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019 (Borçlar Genel, Cilt I).
- OĞUZMAN M. Kemal** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt II, 15. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020 (Borçlar Genel, Cilt II).
- ÖZ M. Turgut** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt II, 15. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020 (Borçlar Genel, Cilt II).
- OĞUZMAN M. Kemal** : Eşya Hukuku, 21. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2018 (Eşya Hukuku).
- SELİÇİ Özer** : Eşya Hukuku, 21. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2018 (Eşya Hukuku).
- OKTAY-ÖZDEMİR Saibe** : Eşya Hukuku, 21. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2018 (Eşya Hukuku).
- OĞUZMAN M. Kemal** : Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 18. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019 (Kişiler Hukuku).
- SELİÇİ Özer** : Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 18. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019 (Kişiler Hukuku).
- OKTAY-ÖZDEMİR Saibe** : Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 18. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019 (Kişiler Hukuku).

- OĞUZMAN M. Kemal**
BARLAS Nami : Medenî Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, 25. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019 (Medeni Hukuk).
- OKTAY Saibe** : “Federal Mahkeme’nin 21 Haziran 1988 Tarihli Kararının Çevirisi ve İncelenmesi”, İÜHFM, Cilt 55, Sayı 1-2, 1996, s. 489-500 (İsvFM Kararı).
- OKTAY-ÖZDEMİR Saibe** : “Yargıtay Kararları Işığında Ticari Satış Sözleşmesinde Ayıp Kavramı ve Ayıba Bağlı Hakları Kullanmak için Uyulması Gereken Külfetler”, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan, Birinci Cilt (Ticaret Hukuku), Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008, s. 39-58 (Ayıp).
- OKTAY-ÖZDEMİR Saibe** : “Fikri Nitelikteki Sınai Değerler Üzerindeki Haklar ile Bunlara İlişkin Verilen Lisansın Hukuki Niteliği”, Prof. Dr. Ergun Özsunay’a Armağan, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2004, s. 571-598 (Sınai Değerler).
- OSER Hugo**
SCHÖNENBERGER Wilhelm : Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Das Obligationenrecht, Erster Halbband: Art. 1-183, 2. umgearbeitete Auflage, Schulthess&Co, Zürich, 1929 (ZürcherKomm).
- OSER Hugo**
SCHÖNENBERGER Wilhelm : Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Das Obligationenrecht, 2. Teil (Halbband): Art. 184-418, 2. umgearbeitete Auflage, Schulthess&Co, Zürich, 1936 (ZürcherKomm).
- ÖZ M. Turgut** : “Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönmenin Bu Sözleşme Gereğince Kazanılmış Ayni Haklara Etkisi ve Klasik Dönme Kuramı ile Yeni Dönme Kuramının Kısa Bir Karşılaştırmalı Eleştirisi”, MHAD, Cilt 13, Sayı 16, 1985, s. 131-172 (MHAD).
- ÖZ M. Turgut** : “Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması (CISG)”, GSÜHFD, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Anlaşması’nın (CISG) Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Değerlendirilmesi Sempozyumu Özel Sayısı, 2013/1, s. 3-18 (CISG).
- ÖZ M. Turgut** : İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016 (İnşaat).
- ÖZ M. Turgut** : İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, Bayındırlık İşleri Şartnamesinin İlgili Hükümleri ile Birlikte, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1989 (Dönme).

- ÖZ M. Turgut** : “Yeni Borçlar Kanununda Satım ve Eser Sözleşmesi Bakımından Ayıba Karşı Tekeffül Düzenlemesindeki Değişiklikler”, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2013, s. 854-874 (Değişiklikler).
- ÖZBİLEN Arif Barış** : Sözleşmelerin Şekli ve Şekil Yönünden Hükümsüzlüğü, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016 (Şekil).
- ÖZDEMİR Hayrunnisa** : Türk Borçlar Kanununa ve Viyana Satım Sözleşmesine (CISG) Göre Ayıptan Doğan Sorumluluğun Şartları, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013 (Sorumluluk).
- ÖZEKES Muhammet** : İcra İflas Hukukunda İhtiyati Haciz, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1999 (İhtiyati Haciz).
- ÖZKÖK Süleyman** : İhtiyati Tedbirler, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002 (İhtiyati Tedbirler).
- PAKSOY Meliha Sermin** : Zamanaşımından Feragat (TBK 160), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012 (Feragat).
- PAREIN-REYMOND Aude** : La prescription extinctive, Étude de droit romain et de droit suisse, Collection latine, Série II/Volume 10, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2014 (Prescription).
- PEDRAZZINI Franco** : La dissimulation des défauts dans les contrats de vente et d’entreprise, Éditions Universitaires Fribourg Suisse, Fribourg, 1992 (Dissimulation).
- PEDRAZZINI Mario M.** : Traité de droit privé suisse, Volume VII, Tome I/3 : le contrat d’entreprise, le contrat d’édition, le contrat de licence, (traduit par Michel Sudan), Éditions Universitaires de Fribourg Suisse, Fribourg, 1985 (Entreprise) .
- PEKCANITEZ Hakan** : Belirsiz Alacak Davası (HMK m. 107), Yetkin Yayınları, Ankara, 2011 (Belirsiz Alacak).
- PEKCANITEZ Hakan** : “Belirsiz Alacak Davası”, Makaleler, Cilt II, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 421-460 (Makale).
- PEKCANITEZ Hakan**
ATALAY Oğuz
SUNGURTEKİN ÖZKAN
Meral
ÖZEKES Muhammet : İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 6. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019 (İcra İflâs).
- PEKCANITEZ Hakan**
ATALAY Oğuz
ÖZEKES Muhammet : Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı, 7. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019 (Medenî Usûl).
- PEKCANITEZ Hakan (ed.)**
ÖZEKES Muhammet (ed.) : Pekcanıtez Usûl Medenî Usul Hukuku, Cilt I-III, 15. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017

- AKKAN Mine (ed.)** (Pekcanitez Usûl).
- TAŞ KORKMAZ Hülya (ed.)**
- PEKMEZ Cüneyt** : Borcun İfa Edilmediği Defi (Ödemezlilik Defi), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019 (Ödemezlilik Def'i).
- PÉTERMANN Pierre** : “Les prescriptions des actions”, RSA 27/1959, s. 299-313, 353-367, 395-402; RSA 28/1960, s. 4-15 (Prescriptions).
- PETITPIERRE Gilles** : “L’acheteur-revendeur et la responsabilité de l’article 208/II du code des obligations”, Mélanges en l’honneur de Henri Deschenaux Professeur à l’Université de Fribourg, Éditions Universitaires Fribourg Suisse, Fribourg, 1977 s. 329-341 (art. 208/II CO).
- PETITPIERRE Gilles** : “Une proposition de lecture systématique des art. 19 et 20 CO, (sans référence aux notions matérielles de l’impossibilité, de l’illicéité et de la contrariété avec les bonnes mœurs)”, SJ 2001 II 73, s. 73-78, (Art. 19 et 20 CO).
- PHILIPPIN Edgar** : “Garantie pour les défauts : clauses particulières”, Der Grundstückkauf / La vente immobilière, Beiträge der Weiterbildungsseminare der Stiftung Schweizerisches Notariat vom 20. Januar 2009 in Zürich und Lausanne, (Herausgeber: Jürg Schmid), Schulthess Juristische Medien AG, 2010, s. 105-135 (Clauses particulières).
- PICHONNAZ Pascal** : “La prescription de l’action en dommages-intérêts: Un besoin de réforme”, Le temps dans la responsabilité civile, Colloque du droit de la responsabilité civile 2005, Université de Fribourg, Stämpfli Éditions SA, Berne, 2007, s. 71-106 (Dommages-intérêts).
- PICHONNAZ Pascal** : “Le dommage consécutif au défaut, la prescription et l’action délictuelle (Commentaire d’arrêt 4A_261/2015)”, DC 2016, s. 148-150 (Dommage consécutif).
- PICHONNAZ Pascal** : “Un avis des défauts « préventif » en matière de consortium : un bon rappel des exigences”, DC 2018, s. 365-367 (DC 2018).
- PICHONNAZ Pascal**
WERRO Franz : “La jurisprudence mise en lumière”, La pratique contractuelle: actualité et perspectives, Symposium en droit des contrats, Schulthess Éditions Romandes, Fribourg, 2009, s. 153-179 (Jurisprudence).
- PICHONNAZ Pascal** : “Les nouveaux délais de prescription de l’action en garantie (CO 371 et CO 210)”, SJZ 109/2013,

- s. 69-77 (SJZ 2013).
- PICHONNAZ Pascal**
SIEGENTHALER Thomas
STÖCKLI Hubert
WERRO Franz : “Werkvertrag, Contrat d’entreprise (Commentaire d’arrêt 4A_261/2015, ZK 2 13 23, BGE 141 III 596, 4A_9/2015, 4A_106/2015, CO09.00530, HG120187)”, DC 2016, s. 167-172 (Contrat).
- PICHONNAZ Pascal** : “Garantie pour les défauts : présentation générale”, Der Grundstückkauf / La vente immobilière, Beiträge der Weiterbildungsseminare der Stiftung Schweizerisches Notariat vom 20. Januar 2009 in Zürich und Lausanne, (Hrsg. Jürg Schmid), Schulthess Juristische Medien AG, 2010, s. 105-135 (Garantie).
- PICHONNAZ Pascal** : “Du nouveau sur la renonciation à la prescription Tribunal fédéral, arrêt du 13 février 2006, 4C.496/2005, ATF 132 III 226, SJ 2006 I 321 (changement de jurisprudence par rapport à l’ATF 112 II 231)”, DC 2006, s. 118-120 (Renonciation).
- PICHONNAZ Pascal** : “Du défaut primaire et du défaut secondaire et de l’incidence de cette distinction sur le délai de prescription (Commentaire d’arrêt 4A_109/2014)”, DC 2014, s. 285-287 (Défaut primaire).
- PICHONNAZ Pascal** : “Compensation et prescription : le dialogue difficile d’un couple à la fleur de l’âge?”, RFJ 2002 (Cahier spécial), s. 87-101 (Compensation et prescription).
- PICHONNAZ Pascal** : “La compensation éventuelle dans deux procédures distinctes”, DC 2016, s. 159, 161 (DC 2016).
- PICHONNAZ Pascal** : Les fondements romains du droit privé, Schulthess Médias Juridique SA, Genève, Zurich, Bâle, 2008 (Fondements romains).
- PICHONNAZ Pascal** : “La renonciation à la prescription selon le projet de réforme du droit de la prescription”, REAS 2014, s. 84-88 (REAS 2014).
- PICHONNAZ Pascal** : “La renonciation à la prescription : une appréciation des réformes proposées par l’avant-projet de révision de la prescription”, REAS 2012, s. 79-84 (REAS 2012).
- PICHONNAZ Pascal** : “La pierre de l’Yonne : garantie pour les défauts et dommage évolutif Commentaire de l’arrêt du Tribunal fédéral du 8 mai 2007, (4C.130/2006)”, DC 2008, s. 162-165 (Dommage évolutif).
- PICHONNAZ Pascal** : “Le nouveau droit de la prescription: éléments

- choisis”, DC 2019, s. 249-255 (Éléments choisis).
- PICHONNAZ Pascal**
WERRO Franz : “Le nouveau droit de la prescription: Quelques aspects saillant de la réforme”, Le nouveau droit de la prescription, Colloque du droit de la responsabilité civile 2019, Université de Fribourg, Stämpfli Éditions SA, Berne, 2019, s. 1-38 (Droit de la prescription).
- PICHONNAZ Pascal** : “La révision du droit de la prescription - Réflexions sur l'avant-projet de modification du Code des Obligations”, Journées du droit de la circulation routière, 11-12 juin 2012, Stämpfli Verlag AG, Berne, 2012, s. 145-190 (Révision).
- PICHONNAZ Pascal** : La compensation, Analyse historique et comparative des modes de compenser non conventionnels, Travaux de la Faculté de Droit de l'Université de Fribourg, Éditions Universitaires Fribourg Suisse, Fribourg, 2001 (Compensation).
- PIOTET Paul** : “A propos de l'arrêt « Picasso » annulation pour vice de la volonté et prescription de l'action en répétition de l'indu”, JdT 1988 I 519, s. 519-523 (Picasso).
- PIOTET Paul** : “De l'adage “nul n'est censé ignorer la loi” et des conséquences de l'erreur de droit”, Recherches juridiques lausannoises, Band/Nr. 19, Contributions choisies: Recueil offert par la Faculté de droit de l'Université de Lausanne à l'occasion de son 80ème anniversaire, Schulthess Juristische Medien AG, Lausanne, 2004, s. 755, 762 (Adage).
- PIOTET Paul** : “La restitution après résolution du contrat Arrêt du Tribunal fédéral du 17 février 1983 dans la cause Intravend AG c. Consorzio Gianola, Vittori e De Vittori, ATF 109 II 26 ss = JdT 1983 I 260 ss”, DC 1984, s. 10-12 (Restitution).
- PIOTET Paul** : “La responsabilité précontractuelle du fait d'autrui, spécialement en cas de dol”, JdT 1983 I 379, s. 379-384 (Responsabilité).
- POROY Reha**
TEKİNALP Ünal
ÇAMOĞLU Ersin : Ortaklıklar Hukuku I, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014 (Ortaklıklar Hukuku).
- POROY Reha**
YASAMAN Hamdi : Ticari İşletme Hukuku, 18. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019 (Ticari İşletme).
- PUIG Pascal** : Contrats spéciaux, 6ème édition, édition Dalloz, Paris, 2015 (Contrats).
- RADO Türkân** : Roma Hukuku Dersleri, Borçlar Hukuku, Filiz

- Kitabevi, İstanbul, 2014 (Roma Hukuku).
- RAYNARD Jacques**
SEUBE Jean-Baptiste : Droit des contrats spéciaux, 9ème édition, LexisNexis, Paris, 2017 (Contrats).
- ROBAYE René** : Le droit romain, 3ème édition, Academia Bruylant, Bruxelles, 2005 (Romain).
- ROBERTO Vito** : Schweizerisches Haftpflichtrecht, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2002 (Haftpflicht).
- ROSSEL Virgile** : Manuel du droit fédéral des obligations, Tome I, 4ème édition, Librairie Payot, Lausanne, Genève, 1920 (Obligations).
- ROTH Herbert** : Die Einrede des Bürgerlichen Rechts, Münchener Universitätsschriften Reihe der Juristischen Fakultät, Band 71, C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1988 (Einrede).
- RÜEGG Erich** : "Die Haftung des Grundstückverkäufers", Der Grundstückkauf, (Hrsg. Alfred Koller), 3. Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2017 s. 161-259 (Grundstückkauf).
- RÜHL Giesela** : "Die Verjährung kaufrechtlicher Gewährleistungsansprüche", Archiv für die civilistische Praxis, 207. Band, Heft 4/5, 2007, s. 614-650 (Verjährung).
- ŞAHİNİZ Cevdet Salih** : Tacirler Arası Ticari Satımlarda Satıcının Ayıplı İfadan (Ayıplı Mal Tesliminden) Sorumluluğu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008 (Ayıp).
- ŞAHİNİZ Cevdet Salih** : Eser Sözleşmelerinde Yüklenicinin Eksik İfa (Eksik İş) ve Ayıplı İfadan Sorumluluğu, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014 (Eksik İfa).
- SCHALLER Jean-Marc** : Einwendungen und Einreden im schweizerischen Schuldrecht, Dike Verlag AG, Zürich, St. Gallen, 2010 (Einreden).
- SCHÖNENBERGER Beat** : "Picasso Revisited? - Unechte Kunstwerke und das Kulturgütertransfergesetz", Private Law - national - global - comparative, Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag, Band I-II, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2011, s. 1541-1554 (Picasso).
- SCHÖNENBERGER Wilhelm** : "Alternative Anwendbarkeit der Irrtumsvorschriften (Art. 24 OR) und der Bestimmungen über Gewährleistung beim Kauf (Art 197 f. OR)", SJZ 20/1944, s. 305-308 (Anwendbarkeit).
- SCHÖNLE Herbert** : "Remarques sur la responsabilité causale du vendeur selon les art. 195 al. 1 et 208 al. 2 CO",

SJ 1977, s. 465-492 (Remarques).

SCHÖNLE Herbert
HIGI Peter

- : Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR), Kauf und Schenkung, Zweite Lieferung, Art. 192-204 OR, Band/Nr. V/2a, 3. völlig neu bearbeitete Auflage (unter Mitarbeit von Beat Gut), Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2005 (ZürcherKomm).

SCHÖNLE Herbert

- : Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR), Kauf und Schenkung, Erste Lieferung, Art. 184-191 OR, Band/Nr. V/2a, 3. völlig neu bearbeitete Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 1993 (ZürcherKomm).

SCHRANER Marius

- : Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR), Die Erfüllung der Obligationen, Art. 68-96 OR, Band/Nr. V/1e, 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2000 (ZürcherKomm).

SCHUBIGER Alfred

- : Verhältnis der Sachgewährleistung zu den Folgen der Nichterfüllung oder nicht gehörigen Erfüllung OR 197 ff. - 97 ff., Verlag Stämpfli & Cie, Bern, 1957 (Verhältnis).

SCHUMACHER Rainer
RÜEGG Erich

- : "Die Haftung des Grundstückverkäufers", Der Grundstückkauf, (Hrsg. Alfred Koller), 2. Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2001, s. 175-202 (Grundstückkauf).

SCHWANDER Werner

- : Die Verjährung ausservertraglicher und vertraglicher Schadenersatzforderungen, Dissertation, Verlag P.G. Keller, Winterthour, 1963 (Verjährung).

SCHWENZER Ingeborg

- : Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 7. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern, 2016 (OR AT).

SELIÇİ Özer

- : İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1978 (İnşaat).

ŞENOCAK Zarife

- : "Borçlar Kanunu'nun 96. vd. ve 194. vd. Maddeleri Açısından Aliud'un (Başka Şeyin) Teslimi", BATİDER, C. 15, S. 1, 1989, s. 113-135 (Aliud).

ŞENOCAK Zarife

- : Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme

- Hakkı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002 (Ayıp).
- SEROZAN Rona** : Borçlar Hukuku Özel Bölüm, Temel Kavramlar, Kaynaklar ve İlkeler, Atipik Sözleşmeler, Satım, Trampa, Bağışlama, Uygulama Çalışmaları, (Yayına Hazırlayanlar: Rona Serozan, Başak Baysal, Kerem Cem Şanlı), 4. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019 (Borçlar Özel).
- SEROZAN Rona** : Hukukta Yöntem, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015 (Yöntem).
- SEROZAN Rona**
ENGİN Baki İlkay : Miras Hukuku, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018 (Miras Hukuku).
- SEROZAN Rona** : “Yeni Alman İfa Engelleri Hukuku (Türk Hukukunda Bilimsel Kaynak Olarak Yararlanılabilecek Yenilikler)”, İÜHFM, Cilt 58, Sayı 1-2, 2000, s. 231-248 (İfa Engelleri).
- SEROZAN Rona** : “«Culpa in Contrahendo», «Akdin Müsbet İhlali» ve «Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme» Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi”, MHAD, Cilt 2, Sayı 3, 1968, s. 108-129, (Müspet İhlal).
- SEROZAN Rona** : “Parça Borcu-Çeşit Borcu; Aşılması Gerekli Bir Ayırım”, MHAD, Cilt 3, Sayı 5, 1969, s. 211-238 (Parça Borcu).
- SEROZAN Rona** : Sözleşmeden Dönme, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007 (Dönme).
- SEROZAN Rona** : Medeni Hukuk, Genel Bölüm, Kişiler Hukuku, 8. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018 (Medeni Hukuk).
- SEROZAN Rona** : Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Üçüncü Cilt, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016 (Borçlar Genel).
- SİMİL Cemil** : Belirsiz Alacak Davası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013 (Belirsiz Alacak).
- SIMMEN Robert** : Die Einrede des nicht erfüllten Vertrags (OR 82), unter besonderer Berücksichtigung ihrer Problematik bei den Veräußerungsverträgen, Verlag Stämpfli & Cie AG, Bern, 1981 (Einrede).
- SİRMEN A. Lâle** : Eşya Hukuku, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019 (Eşya Hukuku).
- SPIRO Karl** : “Zur neueren Geschichte des Satzes «Agere non valenti non currit praescriptio»”, Festschrift Hans Lewald, Basel, Verlag Helbing & Lichtenhahn, 1953, s. 585-602 (Agere non valenti).
- SPIRO Karl** : “Der Verzicht auf die laufende Verjährung”,

Festschrift für Karl H. Neumayer zum 65. Geburtstag, Baden-Baden, 1985, s. 543-556 (Verzicht).

- SPIRO Karl** : “Welche Bedeutung haben Verhandlungen und Zwischenverfahren für den Lauf der Verjährung”, *Mélanges Assista*, (Coordination générale par François Antoniazzi), Touring Club Suisse et Assista SA, Genève, 1989 (Verhandlungen).
- SPIRO Karl** : Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatalefristen, Band 1, Die Verjährung der Forderungen, Verlag Stämpfli & Cie AG, Bern, 1975 (Begrenzung I).
- SPIRO Karl** : Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatalefristen, Band 2, Andere Befristungen und Rechte, Verlag Stämpfli & Cie AG, Bern, 1975 (Begrenzung II).
- SPIRO Karl** : Die Haftung für Erfüllungsgehilfen, Verlag Stämpfli & Cie AG, Bern, 1984 (Erfüllungsgehilfen).
- STANISLAS Guy** : Le droit de résolution dans le contrat de vente, Sanction de l'inexécution des obligations contractuelles : Étude de droit suisse, Mémoires publiés par la Faculté de Droit Genève, Librairie de l'Université Georg et Cie S.A., Genève, 1979 (Résolution).
- STÖCKLI Hubert**
BERGAMIN Christof : “Die Bestimmungen zu Hemmung und Unterbrechung der Verjährung”, *HAVE* 2014, s. 75-79 (HAVE 2014).
- TAHIROĞLU Bülent** : Roma Borçlar Hukuku, Der Yayınları, İstanbul, 2016 (Roma Hukuku).
- TANDOĞAN Halûk** : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt I/1, Kendine Özgü Yapısı Olan ve Karma Sözleşmeler, Satış ve Çeşitleri, Trampa, Bağışlama, 5. Basımdan 6. Tıpkı Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008 (Borçlar Özel, Cilt I/1).
- TANDOĞAN Halûk** : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt II, İstisna (Eser) ve Vekalet Sözleşmeleri, Vekaletsiz İş Görme, Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri, 4. Tıpkıbasımdan 5. Tıpkıbasım, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010 (Borçlar Özel, Cilt II).
- TANDOĞAN Halûk** : Notions préliminaires à la théorie générale des obligations, Mémoires publiés par la Faculté de Droit Genève, Librairie de l'Université Georg et Cie S.A., Genève, 1972 (Preliminaires).
- TANDOĞAN Halûk** : Türk Mes'uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdî

- Mes'uliyet), 1961 Yılı Birinci Basıdan Tıpkı Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010 (Mes'uliyet).
- TEK Gülen Sinem** : “Tüketici Mahkemelerinin Görevi, Yetkisi ve Tüketici Mahkemelerinde Yapılan Yargılamanın Usulü”, Bahçeşehir Üniversitesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, C. 8, S. 99-100, 2012, s. 127-171 (Tüketici).
- TEKİNAY Selâhattin Sulhi
AKMAN Sermet
BURCUOĞLU Halûk
ALTOP Atilâ** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993 (Borçlar Genel).
- TERCIER Pierre
BIERI Laurent
CARRON Blaise** : Les contrats spéciaux, 5ème édition, Schulthess Médias Juridiques SA, Éditions Romandes, Genève, Zurich, Bâle, 2016 (Contrats).
- TERCIER Pierre** : Le nouveau droit de la personnalité, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, 1984 (Personnalité).
- TERCIER Pierre
PICHONNAZ Pascal
DEVELİOĞLU H. Murat** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016 (Borçlar Genel).
- TERCIER Pierre
PICHONNAZ Pascal** : Le droit des obligations, 6ème édition complétée et mise à jour, Schulthess Médias Juridiques SA, Éditions Romandes, Genève, Zurich, Bâle, 2019 (Obligations).
- TERCIER Pierre** : “Neuchâtel, Tribunal cantonal, 6.10.1980; RJN 1980-81, p. 68 s.”, DC 1984, s. 16 (DC 1984).
- TERCIER Pierre** : “Neuchâtel, Tribunal cantonal, 5.6.1979; RJN 7 (1977-1981) I, p. 292 ss, 302 s.”, DC 1981, s. 14-15 (DC 1981).
- TERCIER Pierre** : “Le point sur la Partie spéciale du droit des Obligations, Entwicklungen im Obligationenrecht Besonderer Teil”, RSJ 102/2006, s. 277-283 (RSJ 2006).
- TERCIER Pierre** : Introduction du droit privé de la construction, Éditions Universitaires Fribourg Suisse, Fribourg, 1994 (Construction).
- THÉVENAZ Alain** : “La déclaration de renonciation à se prévaloir de la prescription”, Mélanges en l’honneur de Pierre Tercier, édité au nom de la Faculté de droit de Fribourg par Peter Gauch, Franz Werro, Pascal Pichonnaz, Schulthess Médias Juridiques SA, Genève, Zurich, Bâle, 2008 s. 443-456 (Renonciation).
- THÉVENAZ Alain** : “Vente d’actions : La question des garanties contractuelles”, Fusions et acquisitions: questions

actuelles, Travaux de la journée d'étude organisée à l'Université de Lausanne le 6 février 2008, Centre de droit de l'entreprise de l'Université de Lausanne, Lausanne, s. 71-82 (Vente d'action).

THÉVENOZ Luc (éd.)
WERRO Franz (éd.)

: Commentaire Romand, Code des obligations I, Art. 1-529 CO, 2ème édition, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2012 (CommRomand).

TOK Ozan

: "Zamanaşımı Def'inin İleri Sürülmesinin Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı Çerçevesinde Sınırlandırılması", MÜHF-HAD, C. 21, S. 1, 2015, s. 239-260 (Kötüye Kullanma).

TRAN Laurent

: "La prescription de l'action en garantie dans le contrat de vente", SJ 2013 II 103, s. 103-120 (Prescription).

TSCHÜTSCHER Klaus

: Die Verjährung der Mängelrechte bei unbeweglichen Bauwerken, St. Galler Studien zum Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht, Band 40, Verlag Paul Haupt, Bern, Stuttgart, Wien, 1996 (Verjährung).

TSCHÜTSCHER Klaus

: "Die Verjährung der Mängelrechte im Bauwerksvertragsrecht", Aktuelle Probleme des privaten und öffentlichen Baurechts, (Hrsg. Alfred Koller), Vereinigung für Baurecht, Saint-Gallen, 1994, s. 225-273 (Aktuelle Probleme).

von TUHR Andreas
ESCHER Arnold

: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II (mit Supplement), 3. Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, 1984 (OR AT).

TUNÇOMAĞ Kenan

: Türk Borçlar Hukuku, Cilt II, Özel Borç İlişkileri, Akdin Muhtelif Nev'ileri, 3. Bası, Sermet Matbaası, İstanbul, 1977 (Borçlar Özel).

TÜRK Burak
YILMAZ Çiğdem

: "Türk Borçlar Kanunu'nun 60. Maddesi Kapsamında Sorumluluk Sebeplerinin Yarışması", Sorumluluk Hukuku Seminerler, (ed. : Başak Baysal), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 371-407 (TBK m. 60).

TÜRKMEN Ahmet

: "Tüketici İşlemlerinde Ayıplı Mal ve Hizmetten Doğan Seçimlik Hakların Tabi Olduğu Zamanaşımı ve Bunun Garanti Taahhütleriyle İlişkisi", Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı, 2014, s. 3389-3448 (Zamanaşımı).

UMUR Ziya

: Roma Hukuku Ders Notları, Tıpkı 3. Basım, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2010 (Roma Hukuku).

- ÜNLÜTEPE Mustafa** : “Taşınır Satış Sözleşmesinde Satıcının Ayıptan Sorumluluğu Bakımından Gözden Geçirme ve Bildirim Külfetinin Yerine Getirilmesinin Tabi Olduğu Süreler”, MÜHF-HAD, C. 24, S. 1, 2018, s. 296-335 (Külfet).
- VAUTIER Clémy** : “Le délai «supplémentaire» de l’art. 139 CO et les délais de péremption”, SJZ 1951, s. 271-276 (Délai).
- VENTURI Silvio** : La réduction du prix de vente en cas de défaut ou de non-conformité de la chose, Le Code suisse des obligations et la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, Éditions Universitaires Fribourg Suisse, Fribourg, 1994 (Réduction).
- VIONNET Guillaume** : L’exercice des droits formateurs, Thèse de licence et de doctorat présentée à la Faculté de droit et des sciences criminelles de l’Université de Lausanne, Edition Schulthess, Genève, Bâle, Zurich, 2008 (Droit formateur).
- VISCHER Markus** : “Die Rolle des Verschuldens im Gewährleistungsrecht beim Unternehmenskauf”, SJZ 105/2009, s. 129-140 (Verschulden).
- VISCHER Markus** : “Schaden und Minderwert im Gewährleistungsrecht beim Unternehmenskauf”, SJZ 106/2010, s. 129-141 (Gewährleistung).
- VOISARD Stéphane** : “Arrêt du Tribunal fédéral du 13 février 2006, 1ère Cour civile, X. et Y. c. Z. SA (4C.296/2005, ATF 132 III 226), recours en réforme”, PJA 2006, s. 1146-1150 (PJA 2006).
- VULLIÉTY Jean-Paul** : “Exclusion ou limitation de garantie dans les ventes de sociétés par aliénation de l’intégralité du capital-actions”, Liber Amicorum Anne Petitpierre-Sauvain, Économie Environnement Éthique, De la responsabilité sociale et sociétale, (Édité par Rita Trigo Trindade, Henry Peter, Christian Bovet), Schulthess Éditions Romandes, 2009, s. 391-399 (Exclusion).
- WEBER Rolf H.** : Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Die Erfüllung der Obligation, Art. 68-96 OR, Band/Nr. VI/1/4, 2. Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2005; Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97-109 OR, Band/Nr. VI/1/5, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2000 (BernerKomm).
- WEBER-CAFLISCH Olivier** : Faux et... défauts dans la vente d’objets d’art, Étude juridique de la question de l’authenticité et

de la garantie en raison des défauts de la chose, Aspects de la pratique du commerce de l'art, Georg, Librairie de L'Université, Genève, 1980 (Faux et défauts).

- WERRO Franz** : “La vente dans la jurisprudence récente”, La pratique contractuelle, actualité et perspectives: Symposium en droit des contrats, (éd. : Franz Werro, Pascal Pichonnaz), Schulthess Éditions Romandes, Genève, 2009 (Vente).
- WERRO Franz** : “La responsabilité pour faute (art. 41 ss CO) de l'entrepreneur vis-à-vis du maître pour les défauts de l'ouvrage”, DC 1996, s. 64-71 (Défaut de l'ouvrage).
- WERRO Franz** : La responsabilité civile, (avec la collaboration de Annick Achteri, Sébastien Chaulmontet, Josiane Haas), Stämpfli Edition SA, Berne, 2005 (Responsabilité).
- WERRO Franz** : Le droit des contrats : Jurisprudence fédérale choisie et annotée, Le droit par les arrêts, Stämpfli Verlag AG, Berne, 2012 (Jurisprudence).
- WERRO Franz**
CARRON Maxence : “La révision du droit de la prescription, I. L'état du droit actuel, II. En guise de conclusion: les amendements au Projet”, Journées du droit de la circulation routière, 26-27 juin 2014, Stämpfli Verlag AG, Berne, 2014, s. 3-48 (Révision).
- WESSNER Pierre** : “La clause d'exclusion de la garantie en raison des défauts dans la vente immobilière, Arrêt du Tribunal fédéral (1ère Cour civile) du 2 juin 1981 en la cause Hoirs S. contre Kilintra AG; ATF 107 II 161 ss = JdT 1981 I 582 ss”, DC 1987, s. 10-13 (DC 1987).
- WESSNER Pierre** : “La vente portant sur la totalité ou la majorité des actions d'une société anonyme: la garantie en raison des défauts de la chose”, Mélange Pierre Engel, Recueil de travaux offerts à M. Pierre Engel Professeur à l'Université de Lausanne, Diffusion Payot, Lausanne, 1989, s. 450-470 (Vente d'action).
- WESTERMANN Harm Peter** : Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3, Schuldrecht - Besonderer Teil I, §§ 433-534 BGB, Finanzierungsleasing, CISG, (Hrsg. : Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker, Hartmut Oetker, Bettina Limperg), §§ 433-480 BGB, 8. Auflage, Verlag C.H.Beck, München, 2019 (MünchKomm).
- WILL Michael R.** : “« Meine Grossmutter in der Schweiz... » : Zum

- Konflikt von Verjährung und Rügefirst UN-Kaufrecht”, Festschrift für Werner Lorenz zum 80. Geburtstag, Sellier European Law Publishers, München, 2001, s. 623-642 (Konflikt).
- WYSS Jean-Albert** : La péremption dans le code civil suisse, Thèse de licence et de doctorat présentée à la Faculté de Droit de l’Université de Lausanne, Imprimerie Vaudoise, Lausanne, 1957 (Péremption).
- WYSS Jean-Albert** : “Quelques problèmes de péremption et de prescription”, JdT 1973 I 258, s. 258-273 (Quelques problèmes).
- YAVUZ Cevdet** : “Meslekten Satıcının Ayıptan Sorumluluğu”, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 6, S. 2, 2019, s. 107-132 (Meslekten Satıcı).
- YAVUZ Cevdet** : Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, (Yayına Hazırlayanlar: Cevdet Yavuz, Faruk Acar, Burak Özen), 10. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2014 (Borçlar Özel).
- YAVUZ Cevdet** : Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu, Beta Yayınevi, İstanbul, 1989 (Ayıp).
- YILDIRIM Fadıl**
BAŞPINAR Veysel : “Doktrin ve Uygulama Açısından Türk-İsviçre Hukukunda Doğrudan Doğruya ve Dolaylı Zarar Ayrımı”, Prof. Dr. Bilge Öztan’a Armağan, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008, s. 1093-1112 (Doğrudan-Dolaylı Zarar).
- YILDIRIM Mustafa Fadıl** : “Satım Sözleşmesindeki Ayıba Karşı Tekeffül Hükümleri ile İrade Sakatlığı Hali Olarak Hile (BK m. 28) Hükmü Arasındaki İlişki”, Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006, s. 965-988 (Hile).
- YONGALIK Aynur** : “İstisnalar Dar Yorumlanır Kuralı ve Değerlendirilmesi”, AÜHFD, S. 60/1, 2011, s. 1-15 (İstisna).
- YÜCE Melek Bilgin** : “Satış Sözleşmesinde Ayıptan Dolaylı Sorumluluğun Şartları ve Alıcının Seçimlik Hakları”, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, 2012, s. 371-408 (Ayıp).
- YÜCEDAĞ Nafiye** : Sözleşmeye Aykırı Mal Tesliminde Yenisiyle Değiştirme Hakkı -TBK ve CISG Uyarınca-, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018 (Değiştirme).
- YUNG Walter** : Le contenu des contrats formels, Note de

jurisprudence et de doctrine, SJ 1965, s. 623-662 (Contenu).

YÜNLÜ Semih

- : “Türk Borçlar Kanunu Hükümlerince Satıcının Ayıp Sorumluluğu Bakımından Alıcının Külfetleri”, MÜHF-HAD, C. 25, S. 1, 2019, s. 329-359 (Külfet).

YÜZBAŞIOĞLU Cihan

- : İdare ve Personel Yönüyle Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan Sorumluluk, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020 (Sorumluluk).

**ZEVLİLER Aydın
GÖKYAYLA K. Emre**

- : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 19. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019 (Borçlar Özel).

ZIMMERMANN Reinhard

- : Comparative Foundations of a European Law of Set-off and Prescription, Cambridge University Press, 2002 (Comparative Foundations).



ÖZGEÇMİŞ

15 Eylül 1994 tarihinde Konya’da doğmuş olan Doğan KARA, 2012 yılında Konya Dolapoğlu Anadolu Lisesi’nden, 2017 yılında Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nden mezun olmuş ve akabinde, lisansüstü öğrenimine Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans Programı’nda devam etmiştir. 2017 yılında, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı’na, araştırma görevlisi olarak atanmıştır.

Halen, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı’nda akademik faaliyetlerine devam eden Doğan KARA’nın, “İsviçre-Türk Hukuk Sisteminde Ayıptan Sorumluluk Çerçevesinde Doğrudan ve Dolaylı Zarar Ayrımı (GSÜHFD 2018/I)”, “Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması (CISG) Uyarınca Hasar Sorunu ve Türk Borçlar Kanunu İle Karşılaştırılması (PPIL 38/I)”, “İnternette Linkler Yoluyla Umuma İletim Hakkına Müdahale: Avrupa Birliği Adalet Divanı’nın 13 Şubat 2014 Tarihli Svensson ve Diğerleri, Retriever Sverige AB’ye Karşı Kararının İncelenmesi (GSÜHFD 2018/II)”, “Vekâlet Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk (PPIL 39/I)” ve “Manevi Tazminat Alacağının Üçüncü Kişiye Devri ve Miras Yoluyla İntikali (Prof. Dr. Feyzi Necmeddin Feyzioğlu’nun Anısına Armağan)” başlıklı, yayımlanmış makaleleri bulunmaktadır. Doğan KARA, Fransızca, İngilizce ve Almanca bilmektedir.