

Doç. Dr. Cevdet YAVUZ

M.Ü. Hukuk Fakültesi / Medeni Hukuk
Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

**ÖZELLİKLE TÜKETİCİNİN KORUNMASI SORUNU BAKIMINDAN
SATICININ SATILANIN (MALIN) AYIPLARINDAN SORUMLULUĞU**

İstanbul — 1989

Yayın No : 194

* Hukuk Dizisi : 90

1. Bası Temmuz 1989 — İSTANBUL

ISBN 975 - 486 - 091 - 2

Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş.

Himaye-i Etfal Sok. Talas Han No. 13-15

Tel. : 528 13 20 - 511 54 32

Cağaloğlu - İSTANBUL

Dizgi - Baskı - Cilt : Sermet Matbaası — VİZE - Kırklareli

*Oğlum Mehmet Selim'e,
Tüm sevgi ve ümitlerle.*

Ö N S Ö Z

Hukukumuzda çağdaş anlamda tüketicinin korunması zorunluluğu esası, 1982 tarihli Anayasamızda tüketicinin devletçe korunması ve aydınlatılması gerektiği şeklinde ifade edilmiştir (m. 172). Böylece Anayasamız, dolaylı da olsa, tüketicilerin tüketim mal ve hizmetleri ile ilgili olarak aydınlatılma hakkına sahip olduklarını kabul etmiş bulunmaktadır. İşte tüketicilerin özellikle koruma görmesi gereken ve aydınlatılma hakkına sahip oldukları hukukî ilişkilerin uygulama alanı ve kapsam yönünden en geniş olanını satım ilişkileri oluşturmaktadır. Biz de, çalışmamızda bu sorunu gözönünde tutmak suretiyle mevzuatımızda satım hukukuna ilişkin kurallar çerçevesinde satıcının satılanın ayıplarından sorumluluğu konusunu inceledik. Böylece çağdaş anlamda tüketicinin korunması gerektiği yolundaki hukukî bilinçlenmeye bir katkıda bulunma çabasını göstermeğe çalıştık. Bunu yaparken bir taraftan -genel anlamıyla- satıcının satılanın ayıplarından sorumluluğu sorunu ve bu soruna ilişkin olarak özel ve genel hükümler çerçevesinde ne gibi çözümler getirilebileceği konusu ele alındı; diğer taraftan da incelememizin tüketiciyi koruma yönü vurgulanarak mevcut pozitif hükümler çerçevesinde bu açıdan ne gibi yorumlar getirilebileceği ve böylece tüketicinin mevcut pozitif düzenlemeye göre ne oranda koruma görebileceği gösterildi.

Çalışma konumuzu tamamlamak bakımından ticarî satımlar ile zincirleme satışlarda, hayvan satımında ve taşınmaz satımında satıcının satılan malın ayıplarından sorumluluğu konuları üzerinde duruldu. Özellikle satıcının garanti taahhütleri çerçevesinde sorumluluğu ve imalâtçı (yapımcı) sıfatıyla sorumluluğu da inceleme konusu yapıldı. Ayrıca uluslararası ticaret bakımından önemli bir hukuk kaynağı durumunda olan 11.4.1980 tarihli Milletlerarası emtia satışları hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin (Viyana Konvansiyonu'nun) çalışma konumuzla ilgili getirdiği düzenlemenin önemi ve özellikleri de açıkça gösterilmeğe çalışıldı.

Üniversitelerimizde yerleşmiş akademik geleneğe uygun şekilde bir doçentlik çalışması olarak hazırlanmış ve o haliyle yayınlanmış olan bu eserin, tüm hukukçulara ve özellikle hukuk uygulamasıyla meşgul olanlara yararlı olması temennisinde bulunurken, başta sayın hocalarım olmak üzere çevremde bulunan herkese, çalışmalarına gösterdikleri katkı, ilgi ve yardımlar sebebiyle teşekkürlerimi belirtirim. Aynı teşekkürlerimi, bu eserin basımını sağlayan ve üstlenen Beta Basım Yayım ve Dağıtım A.Ş.'nin sayın yöneticilerine, dizgi ve basıyı gerçekleştiren Sermet Matbaası çalışanlarına da borçluyum.

Doç. Dr. Cevdet YAVUZ
Haydarpaşa - 5 Haziran 1989

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ	V
İÇİNDEKİLER	VII
KISALTMALAR	XIX
GİRİŞ	1
I. Genel olarak incelemenin konusu ve amacı	1
II. Tüketici kavramı ve korunması zorunluluğuna kısa bir bakış	3
III. Eski hukuklarda satıcının satılanın ayıplarından sorumluluğuna kısa bakış	5
1. Roma hukukunda satıcının satılanın ayıplarından sorumluluğu	5
2. Evvelki hukukumuz olan Mecelle'ye göre satıcının satılanın ayıplarından sorumluluğu	7
IV. İnceleme konusunun sınırları ve plan	10

§ 1. SATICININ AYIBA KARŞI TEKEFFÜL BORCUNUN TANIMI, HUKUKİ NİTELİĞİ, ÖZELLİKLERİ VE BU BORCU DÜZENLEYEN KANUN HÜKÜMLERİNİN UYGULAMA ALANI

I. Genel olarak	11
II. Satıcının ayıba karşı tekeffül borcunun tanımı	12
1. Kanuni düzenlemelerde satıcının ayıba karşı tekeffül borcunun tanımı ve bu tanımların kısa bir değerlendirmesi	12
a. Kanuni (yasal) düzenlemelerde satıcının ayıba karşı tekeffül borcunun tanımı	12
b. Satıcının ayıba karşı tekeffül borcunun kanuni (yasal) tanımı üzerine kısa bir değerlendirme	14
2. Doktrinde satıcının ayıba karşı tekeffül borcunun tanımlanması ve bu tanımların kısa bir değerlendirmesi	16
a. Doktrinde satıcının ayıba karşı tekeffül borcunun tanımlanması ...	16
b. Doktrinde verilen tanımların kısa bir değerlendirmesi ve sonuç ...	18
III. Satıcının ayıba karşı tekeffül borcunun hukukî niteliği	19
1. Genel olarak satıcının ayıba karşı tekeffül borcunun hukukî niteliğini açıklayan görüşler	19
a. Satıcının ayıba karşı tekeffül borcunu hata hükümlerine göre açıklayan görüş	20
b. Satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğunu akdin müzakereleğinde kusur (culpa in contrahendo) hükümleri çerçevesinde açıklayan görüş	21
c. Satıcının ayıba karşı tekeffül borcunu garanti sözleşmesine benzetilen ve bu şekilde açıklayan görüş	21
d. Satıcının ayıba karşı tekeffülden sorumluluğunu bir gereği gibi ifa etmeme (kötü ifa) olarak açıklayan görüş	22

aa. Satıcının ayıba karşı tekeffülden sorumluluğunu sadece çeşit satımında kanuni tekeffüle ilişkin olarak bir gereği gibi ifa etmeme (kötü ifa) sayan görüş	22
bb. Satıcının ayıba karşı tekeffülden sorumluluğunu her durumda bir gereği gibi ifa etmeme (kötü ifa) sayan görüş	23
e. Satıcının ayıba karşı tekeffülden sorumluluğunu kendisine özgü yapısı olan (sui generis) bir müessese olarak değerlendiren görüş	25
f. Satıcının ayıba karşı tekeffülden sorumluluğunun temelini tehlike (risk) esasına dayandıran görüş	25
g. Satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğunu varsayım (pré-supposition) esasına dayandıran görüş	26
h. Satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğunu hakkaniyet (équité) esasına dayandıran görüş	27
2. Özel nitelik vaadi (bildirilmiş nitelikler) sebebiyle tekeffülde satıcının özel nitelik vaaadinin (nitelik bildirmesinin) hukukî niteliğini açıklayan görüşler	27
a. Satıcının satılanın niteliklerine ilişkin bildirimini (vaadini) sözleşme (promissum) olarak değerlendiren görüş	27
b. Satıcının satılanın niteliklerine ilişkin bildirimini tek taraflı hukukî muamele olarak değerlendiren görüş	28
c. Satıcının satılanın niteliklerine ilişkin bildirimini tasavvur açıklaması olarak değerlendiren görüş	28
3. Görüşlerin değerlendirilmesi ve sonuç	28
IV. Satıcının ayıba karşı tekeffül borcunun genel özellikleri	31
1. Satıcının ayıba karşı tekeffül borcunun ikinci sırada (tali) ve yan (tamamlayıcı) borç olduğunun ileri sürülmesi	32
2. Satıcının ayıba karşı tekeffül borcunun bir kanuni borç olduğunun ileri sürülmesi	32
3. Satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun kusursuz sorumluluk olduğunun ileri sürülmesi	33
4. Satıcının ayıba karşı tekeffül borcunu düzenleyen kanun hükümlerinin yedek (emredici olmayan) hükümler olduğunun ileri sürülmesi ...	34
5. Satıcının ayıba karşı tekeffül borcunu düzenleyen kanun hükümlerinin benzer durumları düzenleyen hükümlerle yarışmalı olarak uygulanması gerektiği düşüncesi	35
V. Satıcının ayıba karşı tekeffül borcunu düzenleyen kanun hükümlerinin uygulama alanı	36
1. Ayıba karşı tekeffül hükümlerinin uygulama alanına girmesi bakımından taşınır (menkul) satım kavramı ve açıklanması	37
a. Taşınır satımının tanımı ve konusu	37
b. Taşınır satımı hakkındaki hükümlerin uygulama alanı	39
2. Taşınmaz satımında ayıba karşı tekeffüle ilişkin özel düzenleme hükümleri	39
a. Satıcının ölçü eksikliklerine karşı tekeffül borcu	40
b. Binalı taşınmaz satımlarında binanın ayıplarına ilişkin zamanaşımı süresi	40
3. Hayvan satımında ayıba karşı tekeffül borcuna ilişkin özel düzenleme hükümleri	40
4. İhtiyarî açık artırma ve özel artırma ile satımlarda ayıba karşı tekeffül borcunun düzenlenmesi	41

5. Ticari satımda ayıba karşı tekeffül borcunun düzenlenmesi	42
6. Mesafe satımlarında (uzağa satışlarda) ayıba karşı tekeffül borcunun düzenlenmesi	42

§ 2. SATICININ AYIBA KARŞI TEKEFFÜLDEN SORUMLULUĞUNUN GERÇEKLEŞMESİ ŞARTLARI

I. Genel olarak	43
II. Ayıba karşı tekeffülden sorumluluk şartı olarak satıcının satılanı teslim ve mülkiyeti geçirme borcunu yerine getirmiş olması	43
1. Satıcının satılanı saklama ve koruma görevi	44
2. Satıcının satılanı teslim etme borcu	45
a. Satıcının teslim borcunu ifa etmesi ve ifa etme şekilleri	45
b. Satıcının satılandan başka bir şey teslim etmesi (aliud teslimi) ...	46
aa. Parça satımında aliud teslim edilmesi ve hükmü	47
bb. Çeşit satımında aliud teslim edilmesi ve hükmü	50
aaa. Çeşit satımında aliud teslim edilmesine ilişkin çeşitli çözüm şekilleri	50
bbb. Görüşlerin değerlendirilmesi ve sonuç	51
(i) BK. m. 194 f. 1'in lâfzi yorumu	51
(ii) BK. m. 194 vd. hükümlerin gaî (teleolojik) yorumu	51
c. Satıcının teslim ettiği şeyin satım konusundan miktar olarak farklı olması	52
d. Ayıplı mal tesliminin teslim borcunun ifasına etkisi	54
aa. Sorunun parça satımı ve çeşit satımı ayırımına göre çözümlenmesi gerektiği görüşü	54
bb. Sorunun parça satımında ve çeşit satımında aynı şekilde çözümlenmesi gerektiği görüşü	55
cc. Görüşlerin değerlendirilmesi ve sonuç	57
e. Satıcının satılanı teslim borcunu ifa etmesi ile ilgili diğer durumlar ve açıklanması	58
3. Satıcının satılanı gönderme borcu	59
4. Satıcının satılanın mülkiyetini geçirme borcu	59
III. Ayıba karşı tekeffülden sorumluluk şartı olarak satıcının ifa muamelesine konu olan satılanın ayıplı olması	60
1. Genel olarak ayıp (défaut, vice caché, Mangel) ve nitelik kavramları ve anlamı	60
2. Satılanın ayıplı olduğunun belirlenmesine ilişkin görüşler ve değerlendirilmesi	67
a. Bildirilen nitelikler (özel nitelik vaadi) sebebiyle tekeffülde satılanın ayıplı olduğunun belirlenmesi	67
b. Satılanın gerekli (lüzumlu) nitelikleri sebebiyle tekeffülde satılanın ayıplı olduğunun belirlenmesi	67
aa. Satılanın ayıplı olduğunun objektif görüşe göre belirlenmesi ...	68
bb. Satılanın ayıplı olduğunun subjektif görüşe göre belirlenmesi ...	68
(i) Parça satımında satılanın ayıplı olduğunun belirlenmesi	68
(ii) Çeşit satımında satılanın ayıplı olduğunun belirlenmesi	70
c. Genel değerlendirme ve sonuç	70

(a) Satılanın normal kullanılma tarzına göre değerini ya da elverişliliğini azaltan noksanlar sebebiyle ayıplı sayılması	71
(b) Satılanın mefruz ya da tahsis olunduğu amaç itibarıyla ayıplı sayılması	72
3. Satılanın ayıplı olduğunun ispatı	73
IV. Ayıba karşı tekeffülden sorumluluk şartı olarak satılanın ayıplarının önemli olması	74
1. Genel olarak satılndaki ayıbın önemli olmasının anlamı	74
2. Satılanın gerekli nitelikleri (lüzumlu vasıfları) sebebiyle tekeffülde satılndaki ayıbın önemli olması şartı	75
a. Satılanın ayıplarının normal ya da mefruz kullanılma tarzına göre önemli olarak değerlendirilmesi	75
b. Satılndaki ayıpların satılanın değerini ya da elverişliliğini önemli ölçüde etkilemesi	76
3. Bildirilen nitelikler (özel nitelik vaadi) sebebiyle tekeffülde satılanın ayıbının önemli olmasının anlamı	76
V. Ayıba karşı tekeffülden sorumluluk şartı olarak satılanın ayıbının gizli olması	81
1. Genel olarak satılndaki ayıbın gizli olması şartının anlamı ve hukuki dayanağı	81
2. Alıcının satılana ilişkin ayıbı bilmesi ya da mütad muayene ile bilme imkânına sahip olması ve hükmü	82
3. Alıcının satılana ilişkin ayıbı bilmemekte haklı olması ve hükmü	83
a. Alıcının teknik bilgi ve yeteneğinin gözönünde tutulması	84
b. Ayıbın niteliğinin ve satılanı teslim alma ortamının gözönünde tutulması	85
c. Satım konusunun (satılanın) mahiyet ve özelliklerinin gözönünde tutulması	85
VI. Ayıba karşı tekeffülden sorumluluk şartı olarak satılanın ayıbının en geç sözleşmede hasarın alıcıya geçmesi anında mevcut olması	86
1. Hasar kavramı, sözleşmede hasarın geçmesi sorununun ortaya konması ve çeşitli çözüm şekilleri	86
a. Hasar kavramının anlamı ve ayıptan sorumlulukta önemi	86
b. Sorunun ortaya konması	87
c. Sorunun çeşitli çözüm şekilleri	87
2. BK. m. 183'e göre satım sözleşmesinde hasarın geçmesine ilişkin prensip ve uygulanması şartları	88
a. Satım sözleşmesinin kurulmuş ve hükümlerini doğurmaya başlamış olması	89
b. Satılanın belirlenmiş olması	89
c. Satılana gelen hasarda satıcının kusurunun bulunmaması	90
d. BK. m. 183'ün öngördüğü kuralın uygulanmasına engel olacak istisnaların bulunmaması	90
(i) Halin icabından doğan istisnalar	90
(ii) Sözleşmeden doğan istisnalar	91
(iii) Kanundan doğan istisnalar	91
d. Satılndaki ayıbın en geç sözleşmede hasarın alıcıya geçmesi anında mevcut olmasının anlamı ve ispatı	91
VII. Ayıba karşı tekeffülden sorumluluk şartlarının sözleşme ile değiştirilmesi	93

1. Genel olarak ayıba karşı tekeffülden sorumluluk şartlarının sözleşme ile değiştirilmesinin anlamı	93
2. Sözleşme hükümleriyle kanunî düzenleme ile belirli satıcının sorumlu olduğu ayıp kavramının kapsam olarak değiştirilmesi	94
a. Sözleşme ile satıcının sorumluluğunun kapsamına görünen ayıpların dahil edilmesi	94
b. Akdi düzenlemelerde ayıbın önemli olması şartının aranmaması ...	94
c. Akdi düzenlemelerde satılndaki ayıbın var olması anının öneminin bulunmaması	95
3. Sözleşmeye dayanan (akdi) tekeffül ile kanunlarda öngörülen ayıba karşı tekeffül düzenlemesinin birlikte hüküm ifade etmesi ve uygulanması zorunluluğu	96
a. Kullanılmış eşya satımında satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğu	96
b. Satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğunu kaldırmak ya da sınırlandırmak üzere kullanılan sözleşme kayıtları örnekleri	97
c. Satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğunu kaldıran ya da sınırlandıran sözleşme hükümlerinin yorumlanması	98
d. Satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğunu kaldıran ya da sınırlandıran sözleşme hükümlerinin geçersizliği	99
aa. Satıcının satılanın ayıbını hile ile gizlemiş olmasının anlamı ve bu durumun sözleşme kaydına etkisi	99
bb. Satıcının ayıba karşı tekeffülden sorumluluğunu daraltan sözleşme kayıtlarının geçerliliğinin sınırları	100
cc. Satıcının alıcı tarafından sözleşmenin kurulması ya da satılanın teslim alınması anında muayene edilmesine engel olması ve hükmü	101

**§ 3. ALICININ AYIBA KARŞI TEKEFFÜL HÜKÜMLERİ
ÇERÇEVESİNDE YERİNE GETİRMESİ GEREKEN KANUNİ
KÜLFETLERİ (YÜKLERİ) VE MÜKELLEFİYETLERİ
(YÜKÜMLÜLÜKLERİ)**

I. Genel olarak	105
II. Alıcının satılanı muayene etme külfeti ve yerine getirilmesi	105
1. Alıcının satılanı muayene etmesinin hukukî niteliği	106
2. Alıcının satılanı muayene etme zamanı	107
a. Alelâde satımlarda satılanın muayene edilme zamanı	107
b. Hayvan satımında satılanın muayene edilme zamanı	108
c. Ticari satımda satılanın muayene edilme zamanı	109
3. Satılanın muayene edilme yeri	109
4. Satılanın muayene edilmesine ilişkin bazı sorunlar ve çözümleri	110
a. Muayenenin kimin tarafından yapılacağı sorunu	110
b. Satılanın muayene edilme tarzı ve muayenenin gerçekleştirilmesi	110
c. Satılanın muayene edilme masraflarının kime ait olacağı sorunu ...	112
III. Alıcının satılndaki ayıpları satıcıya bildirme (ihbar) külfeti ve yerine getirilmesi	113
1. Alıcının satılndaki ayıpları satıcıya bildirmesinin (ihbar etmesinin)	

hukukî niteliği	113
2. Alıcının satılndaki ayıpları satıcıya bildirmesinin şekli	114
3. Alıcının satılndaki ayıpları satıcıya bildirmesi (ihbar etmesi) zamanı	115
a. Alelâde satımlarda ayıpları bildirme (ihbar) zamanı	115
b. Hayvan satımında ayıpları bildirme (ihbar) zamanı	116
c. Ticarî satımlarda ayıpları bildirme (ihbar) zamanı	116
4. Alıcının yapacağı ayıp ihbarının kapsamı	117
IV. Mesafe satımlarında (uzağa satışlarda) alıcının yerine getirmesi gereken yükümlülükleri ve yerine getirilmesi	118
1. BK. m. 201'in uygulama alanı bakımından mesafe satımı (uzağa satış) kavramı ve unsurları	118
a. Mesafe satımının varlığı	119
b. Alıcının satılanı ayıpları sebebiyle ifa olarak kabul etmemesi	119
c. Satılanın teslim edildiği yerde satıcının bir temsilcisinin bulunması	120
2. BK.m. 201'de alıcı için öngörülen hukukî ödevlerin niteliğinin açıklanması	120
a. Alıcının tazminatla yükümlü tutulabilmesi	120
b. Alıcının satılanı teslim alma anında ayıplı olduğunu ispat yükünde olması	121
3. BK. m. 201'de alıcı için öngörülen hukukî ödevler ve yerine getirilmesi	121
a. Alıcının gönderilen satılanı koruma (muhafaza) ödevi ve yerine getirilmesi	121
b. Alıcının gönderilen satılndaki ayıpları tesbit ettirme ödevi ve yerine getirilmesi	122
c. Alıcının gönderilen satılanı sattırma ödevi ve yerine getirilmesi	123
V. Satıcının hilesinin alıcının kanunî külfetlerine ve yükümlülüklerine etkisi	124
1. BK. m. 200 anlamında «satıcının hilesi» kavramı	125
2. BK. m. 200'ün satıcının hilesine bağladığı hukukî sonuçlar	125
VI. Alıcının kanunî külfetlerinin ve yükümlülüklerinin sözleşme ile değiştirilmesi ve hükmü	126
VII. Alıcının kanunî külfet ve yükümlülüklerini yerine getirmesi ya da bunlara uymamasının hükmü	128
1. Alıcının kanunî külfet ve yükümlülüklerini yerine getirmesi	128
2. Alıcının kanunî külfet ve yükümlülüklerine uymamasının hükmü ...	128
a. Alıcının satılanı muayene etme ve ayıplarını bildirme külfetini yerine getirmemiş olması	129
b. Alıcının mesafe satımına özgü hukukî ödevlerini yerine getirmemesi	129
aa. Alıcının gönderilen satılanı koruma (muhafaza) ödevini yerine getirmemesi	129
bb. Alıcının gönderilen satılndaki ayıpları tesbit ettirme görevini yerine getirmemesi	130
cc. Alıcının gönderilen satılanı sattırma ödevini yerine getirmemesi	130
VIII. Genel değerlendirme ve sonuç	131

§ 4. SATICININ AYIBA KARŞI TEKEFFÜL HÜKÜMLERİ ÇERÇEVESİNDE GERÇEKLEŞEN SORUMLULUĞUNUN KAPSAMI

I. Genel olarak	133
-----------------------	-----

II Alıcının satılanın ayıplarından sorumluluk şartları gerçekleşen satıcıya karşı sahip olduğu seçim hakkı ve bu hakkın kullanılması ile ilgili çeşitli sorunlar	134
1. Alıcının satılanın ayıplarından sorumluluk şartları gerçekleşen satıcıya karşı sahip olduğu seçim hakkının hukukî niteliği	134
a. Alıcının seçim hakkının hukukî niteliğini açıklayan görüşler	135
aa. Alıcının seçim hakkını yenilik doğuran hak olarak değerlendiren görüş ve açıklanması	135
bb. Alıcının seçim hakkını satıcının muvakatıyla kullanabileceği görüşü (Vertragstheorie, sözleşme teorisi)	136
cc. Alıcının seçim hakkını doğrudan kendisinin kullandığı görüşü (Herstellungstheorie, doğrudan davaya kurma teorisi)	137
dd. Alıcının satıcı ile uyuşmadığı durumlarda seçim hakkını yenilik doğuran dava ile kullanması gerektiği görüşü (modifizierte Vertragstheorie, Gestaltungstheorie, değiştirilmiş sözleşme ya da yaratma, yenilik doğurma görüşü)	137
b. Görüşlerin değerlendirilmesi ve sonuç	139
2. Alıcının seçim hakkını kullanması ve seçim hakkının sona ermesi ...	141
3. Alıcının seçim hakkını kullanmasının tabi olduğu sınırlamalar ve hukukî sonuçları	142
a. Hâkimin sözleşmeden dönen alıcının satım parasının indirilmesi hakkını kullanmasına karar vermesi	143
b. Satım parasından indirilecek miktarın satım parasına eşit olması durumunda alıcının satım parasının indirilmesi seçimlik hakkını kullanamaması	145
c. Satıcının satılanı değiştirme hakkını kullanmak suretiyle alıcının seçim hakkını kullanmasını engellemesi	147
d. Kendi fiili ile satılanın geri verilmesini imkânsızlaştıran alıcının satım parasının indirilmesi seçimlik hakkını kullanma zorunda olması	148
aa. Satılanın alıcının fiili sonucu telef olması	148
bb. Alıcının satılanı bir başkasına temik etmesi	149
cc. Alıcının satılanın şeklini değiştirmiş olması (tağyir)	149
e. Satım konusunun birden fazla şeyi kapsadığı satımlarda ve ardarda teslimli satımlarda alıcının seçim hakkının sınırları	150
aa. Alıcının seçim hakkını sadece ayıplı satım konusu şeyler hakkında kullanması gerektiği prensibi	150
bb. Alıcının seçim hakkını satılanın tümü hakkında kullanma zorunda olması	152
(i) Satım konusunu birbirinden ayrılması kabul edilemeyen () birden fazla eşyanın oluşturması	152
(ii) Ardarda teslimli satımlarda teslimlerden bazılarının ayıplı malları konu edinmesi	153
(iii) Satım konusunun asıl şey ve fer'i şeylerden (teferruattan) oluşması	153
f. Taşınmaz satımında ölçü eksikliğinin gerçekleşmesi durumunda alıcının sadece tazminat isteme hakkını kullanabilmesi	153
4. Alıcının seçim hakkını kullanmasının tâbi olduğu süre ve hükümleri	155
a. Alıcının seçim hakkını kullanmasının tâbi olduğu kanunî süreler ve hükümleri	155

aa. Zamanaşımı süresinin başlangıcı ve hesaplanması	156
bb. Zamanaşımı süresinin kesilmesine ve durmasına ilişkin hükümlerin uygulanması	157
cc. Garanti süresinin kanuni zamanaşımı süresini değiştirmemesi	163
c. Satıcının hilesinin özel kanuni zamanaşımı süresine etkisi	163
d. Alıcının seçim haklarını süresinde kullanmamasının hükmü	164
III. Alıcının satılanın ayıpları sebebiyle sözleşmeden dönmesi ve hükümleri	166
1. Alıcının satılanın ayıpları sebebiyle sözleşmeden dönme hakkı ve kapsamı	166
2. Satılanın alıcının fiili dışındaki bir sebeple yok olması durumunda sözleşmeden dönme hakkının kullanılması	167
3. Alıcının satılanın ayıpları sebebiyle sözleşmeden dönme hakkını kullanmasının hükümleri	168
a. Alıcının satım parasını ödeme borcunu yerine getirmediği bir dönemde sözleşmeden dönme hakkını kullanmasının hükümleri	169
b. Alıcının satım parasını ödeme borcunu yerine getirdikten sonra dönme hakkını kullanmasının hükümleri	170
aa. Alıcının satımdan dönmesinin satıcıya getirdiği yükümlülükler ve açıklanması	170
(i) Satıcının almış olduğu satım parasını faiziyle birlikte geri verme borcu	171
(ii) Satıcının alıcının satılana ilişkin olarak yaptığı masrafları ve mahkeme masraflarını ödeme borcu	172
(iii) Satıcının alıcının uğradığı doğrudan zararı tazmin etme borcu	173
(a) Satıcının doğrudan zarardan sorumlu olmasının kusura dayanmaması	173
(b) Satıcının doğrudan zarardan sorumluluğunun kapsamı	175
(iv) Satıcının alıcının uğradığı dolaylı zararlı tazmin etme borcu	175
bb. Alıcının satımdan dönmesi durumuna ilişkin yükümlülükleri	177
(i) Alıcının teslim aldığı satılanı geri verme borcu	177
(ii) Alıcının satılandan elde ettiği menfaatleri verme borcu	178
cc. Satımdan dönülmesi durumunda alıcının ve satıcının karşılıklı geri verme borçlarını yerine getirme tarzı ve sırası	179
IV. Alıcının satılanın ayıpları sebebiyle satım parasının indirilmesi seçimlik hakkını kullanması ve hükümleri	179
1. Alıcının satılanın ayıpları sebebiyle satım parasının indirilmesi seçimlik hakkının hukukî niteliği	179
2. Satım parasından indirilecek tutarın tesbitine ilişkin görüşler ve değerlendirilmesi	180
a. Satım parasından indirilecek tutarın hesaplanmasında mutlak metodun uygulanması gerektiğini savunan görüş	180
b. Satım parasından indirilecek tutarın hesaplanmasında tazminat metodunun uygulanması gerektiğini savunan görüş	181
c. Satım parasından indirilecek tutarın hesaplanmasında nisbi metodun uygulanması gerektiğini savunan görüş	182
d. Görüşlerin değerlendirilmesi ve sonuç	185
3. Satım parasının indirilmesi seçimlik hakkının kullanılması durumun-	

da alıcının ayrıca tazminat isteyip isteyemeyeceği sorunu ve çözüm şekli	187
a. Satım parasının indirilmesi seçimlik hakkını kullanan alıcının ayrıca BK. m. 205 f. 2 ve f. 3'e göre tazminat isteme hakkının bulunduğu görüşü ve açıklanması	187
b. Satım parasının indirilmesi seçimlik hakkını kullanan alıcının BK. m. 205 f. 2 ve f. son hükümlerine göre değil BK. m. 96'ya göre tazminat isteyebileceği görüşü ve açıklanması	188
c. Görüşlerin değerlendirilmesi ve sonuç	189
V. Alıcının satılanın ayıpları sebebiyle değiştirilerek ayıpsız bir mislinin teslim edilmesi seçimlik hakkını kullanması ve hükümleri	190
VI. Alıcının satılana ayıpların giderilmesi (onarım) talebinde bulunması ve hükümleri	192
1. Onarım hakkının doğması ve kullanılması şartları	193
2. Satılanın ayıplarının giderileceği yerin (onarım yerinin) belirlenmesi	194
3. Onarım masraflarının kime ait olacağı sorunu ve çözümü	194
4. Onarım borcunun yerine getirilmemesi halinde alıcının hakları	194
5. Genel değerlendirme ve sonuç	195
VII. Alıcının satılanın ayıpları sebebiyle tazminat isteme seçimlik hakkının varlığı sorunu ve çözümü	195
VIII. Zincirleme satışlarda (ventes en chaîne) satıcının ayıba karşı tekeffül hükümleri çerçevesinde sorumluluğunun özellikleri	197
1. Sorunun ortaya konması	197
2. Zincirleme satışlarda ara satıcıların rücu imkânları ve özellikleri ...	198
3. Zincirleme satışlarda nihai alıcının (tüketicinin) kendi satıcısından başka satıcıyı (ara satıcı ya da imalâtçıyı) sorumlu tutabilmesi imkânlarının araştırılması	200
a. Nihai alıcı ile imalâtçı arasında doğrudan bir garanti sözleşmesinin bulunduğunu kabul eden görüş	200
b. Nihai alıcının uğradığı zararların üçüncü kişinin zararının tazmin edilmesi müessesesi çerçevesinde ödeneceğini savunan görüş	201
c. İmalâtçının (ya da ara satıcının) nihai alıcıya karşı dürüstlük kuralı (güven prensibi) çerçevesinde sorumlu tutulması gerektiği görüşü	202
d. Satılanın ayıpları sebebiyle alıcı lehine doğan kanuni hakların nihai alıcı tarafından devralındığını (temellük edildiğini) kabul eden görüş	203
e. Nihai alıcıya doğrudan talep hakkı verilmesini başka esaslara dayanarak açıklayan görüşler	203
4. Genel değerlendirme ve sonuç	204

§ 5. SATICININ SATILANIN AYIPLARINDAN GENEL HÜKÜMLER ÇERÇEVESİNDE SORUMLULUĞU VE AYIBA KARŞI TEKEFFÜL SORUMLULUĞU İLE YARIŞMASI SORUNU

I. Genel olarak	207
II. Satıcının satılanın ayıplarından culpa in contrahendo (görüşmede kusur) sebebiyle sorumluluğu ve bu sorumluluk ile ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun yarışması sorunu	208

1. Satıcının satılanın ayıplarından culpa in contrahendo (görüşmede kusur) sebebiyle sorumluluğu	208
2. Satıcının culpa in contrahendo sorumluluğu ile ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun yarışması	212
III. Satıcının satılanın ayıplarından irade sakatlıklarını düzenleyen hükümler çerçevesinde sorumluluğu ve bu sorumluluk ile ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun yarışması sorunu	213
1. Satıcının satılanın ayıplarından hata hükümleri çerçevesinde sorumluluğu ve bu sorumluluk ile ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun yarışması sorunu	213
a. Satıcının satılanın ayıplarından hata hükümleri çerçevesinde sorumluluğu	213
aa. Satılardaki ayıpların esaslı hata teşkil ettiği durumlar ve açıklanması	214
bb. Satılana ilişkin ayıpların esaslı hata teşkil ettiği durumlarda esaslı hatanın satım sözleşmesine etkisi	217
(i) Alıcının satım sözleşmesini iptal hakkı	218
(ii) Alıcının satım sözleşmesini iptal hakkının sınırlandırılması	219
(iii) Hata sebebiyle satım sözleşmesini iptal eden alıcının satıcının uğradığı zararı tazmin yükümlülüğü	219
b. Satıcının hata hükümleri çerçevesindeki sorumluluğu ile ayıba karşı karşı tekeffül sorumluluğunun yarışması	220
2. Satıcının satılanın ayıplarından hile hükümleri çerçevesinde sorumluluğu ve bu sorumluluk ile ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun yarışması sorunu	222
a. Satıcının satılanın ayıplarından hile hükümleri çerçevesinde sorumluluğu	222
b. Satıcının hile hükümleri çerçevesindeki sorumluluğu ile ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun yarışması	225
IV. Satıcının satılanın ayıplarından borcun ifa edilmemesini (özellikle kötü ifayı) düzenleyen hükümler çerçevesinde sorumluluğu ve bu sorumluluk ile ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun yarışması sorunu	226
1. Satıcının satılanın ayıplarından borcun ifa edilmemesini (özellikle kötü ifayı) düzenleyen hükümler çerçevesinde sorumluluğu	226
a. Satıcının sorumlu olduğu sonraki imkânsızlık durumunun gerçekleşmesi	226
b. Satıcının borçlu temerrüdüne düşmesi durumunun gerçekleşmesi ...	227
c. Satıcının satılanı teslim ve mülkiyeti geçirme borcunu gereği gibi ifa etmemesi (kötü ifa) durumunun gerçekleşmesi	228
2. Satıcının borcun ifa edilmemesini (özellikle kötü ifayı) düzenleyen hükümler çerçevesinde sorumluluğu ile ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun yarışması	230
V. Satıcının satılanın ayıplarından haksız fiil sorumluluğunu düzenleyen hükümler çerçevesinde (özellikle «imalâtçı» sıfatıyla) sorumluluğu ve bu sorumluluk ile ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun yarışması sorunu ...	233
1. Satıcının satılanın ayıplarından haksız fiil sorumluluğunu düzenleyen hükümler çerçevesinde (özellikle «imalâtçı» sıfatıyla) sorumluluğu ...	234
a. Satıcının genel olarak haksız fiil sorumluluğu	234
b. Satıcının «imalâtçı» (yapımcı) sıfatıyla sorumluluğu	235

2. Satıcının haksız fiil (özellikle «imalâtçı» sıfatıyla) sorumluluğu ile ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun yarışması	237
SONUÇ	241
BİBLİYOGRAFYA	245

KISALTMALAR

ABD	: Ankara Barosu Dergisi
Abs.	: Abschnitt (Absatz)
Abt	: Abteilung
AD	: Adalet Dergisi
adap.	: adaptation
AET	: Avrupa Ekonomik Topluluğu
a.g.e.	: adı geçen eser
a.g.m.	: adı geçen makale
a.g.t.	: adı geçen tez
a.g.tk.	: adı geçen teksir
aOR (veya aCO)	: altes Schweizerisches Obligationenrecht (veya Code fédéral des obligations du 14 juin 1881, Eski İsviçre Borçlar Kanunu)
A1. (veya a1.)	: alinéa
Art. (veya art.)	: Artikel (article)
Aufl.	: Auflage
AY	: Anayasa
ATF	: Arrêt (s) du Tribunal fédéral suisse (İsviçre Federal Mahkemesi karar(lar)ı)
AHFD	: Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi
b.	: bend
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
Bd.	: Band
BGB	: Deutsches Bürgerliches Gesetzbuch
BGE	: Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts, Amtliche Sammlung
BGH	: Bundesgerichtshof
BK	: Borçlar Kanunu
Bull. civ.	: Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation, chambres civiles
c.	: cilt (dipnotlarda), cümle (metinde)
Cass.	: Cour de Cassation
CC	: Code civil suisse
CCF	: Code civil français
CCB	: Code civil belge
CCI	: Code civil italien
CCQ	: Code civil québécois
CO	: Code fédéral des obligations
CK	: Türk Ceza Kanunu
Chr.	: chronique
civ.	: Arrêt de la Chambre civile ou de la Section civile de la Cour de Cassation
comm.	: Arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de Cassation
D.	: Recueil Dalloz

cev.	: çeviren
dn.	: dipnot
Diss.	: Dissertation
E.	: Esas
éd.	: édition
f.	: fıkra
ff.	: und nächstfolgende (r) Artikel
fas.	: fasikül
Dalloz Enc. jur. dr. civ.	: Dalloz Encyclopédie juridique - Répertoire de Droit civil
Fest.	: Festschrift
FJS	: Fiche juridique suisse
Fr. TK.	: Fransız Ticaret Kanunu
HGB	: Deutsches Handelsgesetzbuch
Hukuk Araştırmaları D.	: Hukuk Araştırmaları Dergisi
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İBK	: İsviçre Borçlar Kanunu
İTİD	: İstanbul İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi
İİK	: İcra ve İflâs Kanunu
İKİD	: İlmî ve Kazai İçtihatlar Dergisi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
J.C.P.	: Jurisclasseur périodique (édition générale)
JdT	: Journal des Tribunaux
K.	: Karar
karş. (veya krş.)	: karşılaştırmamız
m.	: madde
MHE	: Mukayeseli Hukuk Enstitüsü
MHAD	: Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
MK.	: Türk Medeni Kanunu
N. (n. veya nu.)	: numara (not)
nouv. éd.	: nouvelle édition
obs.	: observations
OR	: Das schweizerische Obligationenrecht
PHI	: Produkthaftpflicht International
préf.	: préface
RDS	: Revue de Droit suisse (ayrıca bkz. ZSR)
RG	: Resmi Gazete
RSJ	: Revue suisse de jurisprudence (ayrıca bkz. SJZ)
RJB	: Revue des juristes bernois (ayrıca bkz. ZBJV)
RKD	: Resmi Kararlar Dergisi
Rev. trim. dr. civ.	: Revue trimestrielle de Droit civil
Rev. trim. dr. comm.	: Revue trimestrielle de Droit commercial
Rev. trim. dr. comm. écon.	: Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique
s. (s.lı)	: sayfa (sayılı)
§	: Paragraf
Sem. jud.	: Semaine judiciaire
sy.	: sayı
t.	: tome

TCK	: Türk Ceza Kanunu
TF	: Tribunal fédéral
th.	: thèse
TİK	: Türk İctihatlar Külliyyatı
TK (veya TTK)	: Türk Ticaret Kanunu
trad.	: traduction
Türk MK Önt.	: Türk Medeni Kanunu Öntasarısı
TYK	: Tatbikatta Yargıtay Kararları Dergisi
vd.	: ve devamı
vol.	: volume
y.	: yıl
Yarg. HD.	: Yargıtay Hukuk Dairesi
Yarg. HGK.	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
Yarg. İc. İf. D.	: Yargıtay İcra ve İflâs Dairesi
Yarg. İct. Bir. K.	: Yargıtay İctihadı Birleştirme Kararı
Yarg. Tic. D.	: Yargıtay Ticaret Dairesi
Yargıtay D.	: Yargıtay Dergisi
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi
Yasa D.	: Yasa Dergisi
Vorb.	: Vorbemerkungen
ZBJV	: Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (ayrıca bkz. RJB)
ZGB	: Das schweizerische Zivilgesetzbuch
ZSR	: Zeitschrift für schweizerisches Recht (ayrıca bkz. RDS)

**Özellikle Tüketicinin Korunması Sorunu Bakımından
SATICININ SATILANIN (MALIN) AYIPLARINDAN SORUMLULUĞU**

G İ R İ Ő

I. Genel olarak incelemenin konusu ve amacı

Satıcının satılanın ayıplarından sorumluluğunu inceleyen bir Fransız yazarı, yirmi yıl kadar önce Öyle demektedir: «Medeni Kanunun kendisine dokuz madde tahsis ettiği bir sorun için ... pozitif hukuk mevcut değildir»¹. Hukukumuzda Borçlar Kanununun aynı sorunu on dört maddede düzenlediği gözönünde tutulursa, aynı tesbitin geçerli olması halinde, çalışma konumuzun önemi kendiliğinden ortaya çıkacaktır.

Gerçekten bir satımda, satıcının ifa iŐlemine konu yaptığı malın satım konusuna göre farklılık gösterdiği durumların sayısı hiç de az değildir. Bir kere satıcı, satım konusu ile ilgisi bulunmayan ve tamamen başka niteliklere sahip bir Şeyi, alıcıya teslim etmiş olabilir; bu durumda bir aliud teslimi sözkonusudur. İkinci olarak satıcının teslim ettiği Şey, satım sözleşmesine konu olmasının gerektirdiği niteliklere sahip olmayabilir ya da satılanın kullanılmasına ilişkin elverişliliğini veya değerini önemli lde azaltan ayıpları bulunabilir; ayrıca satıcının zikir ve vaad ettiği nitelikleri taşımayan bir satılan teslim ettiği durumlar da gerçekleşebilir. Böylece satıcının, ayıplı mal teslim ederek, borcunu ihlâl etmesi (kötü ifası) sözkonusu olur. Bu ihtimalde özellikle satılana refakat eden zararlardan (Mangelfolgeschden) sorumluluk², güncelliğini sürekli koruyan ve ayrı bir önemi olan bir konu durumundadır.

Alıcı, bütün bu durumlarda sözleşmede kararlaştırıldığı üzere bir satılan elde edememektedir ya da bundan ayrı olarak malvarlıksal veya cismanî nitelikte bir zarara uğramaktadır. Buna karşılıklı pozitif hukukumuzun, ona (alıcıya), her birinin sınırlarının nerede baŐlayıp nerede bittiği pek kolay tesbit olunamayan bir talepler ve dâvalar yığımından yararlanması imkânını verdiğini görmekteyiz. Örneğin alıcı, satım sözleşmesi hükümleri çerçevesinde hareket ederek satıcıyı sorumlu tutabilecektir; böylece satım sözleşmesinden dönmesi, satım parasının indirilmesini gerçekleştirmesi, ayıplı satılanın ayıpsız bir misliye değiştirilmesi, hiç olmazsa sözleşmede kararlaştırıldığı durumlarda satılanın ayıp-

1) MALINVAUD, Ph., *La responsabilit civile du vendeur  raison des vices de la chose*, J.C.P. 1968, 1, 2153, n. 1. Ayrıca bkz. NANA, G.-J., *La rparation des dommages causs par les vices d'une chose*, th. Paris 1982 (Prface de Jacques GHESTIN), s. 28.

2) Bu kavram için bkz. ÖZTAN, Bilge, *İmaltcinin Sorumluluğu*, Ankara 1982, s. 22-26. Ayrıca bu konunun incelendiği yeni bir çalışma olarak bkz. DOE-RIG, R., *Ersatz sogenannter «Mangelfolgeschden» aus Kaufvertrag (Art. 208 OR)*, Diss., Zürich 1985.

larının giderilmesi (onarımı), nihayet uğranılan zararların tazmininin istenmesi, alıcının seçebileceği ve yararlanabileceği çeşitli imkânlar olarak düzenlenmiştir.

Ayrıca alıcının satılan sebebiyle zarara uğraması, sözleşme müzakereleri sırasında gerektiği şekilde bilgi verilmemesinden ve aydınlatılmamasından sonuçlanabilir; bu durumda satıcının culpa in contrahendo sorumluluğu gerçekleşir. Satıcının satılan hakkında alıcıyı yanılttığı (hile) ya da alıcının kendiliğinden yanıldığı (hata) durumlarda, Borçlar Kanununun irade sakatlıklarını düzenleyen hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Satıcının ayıplı ifasının Borçlar Kanunu anlamında kötü ifa teşkil etmesi ve bu suretle satıcının kötü ifaya ilişkin hükümler çerçevesinde sorumlu tutulması da gerçekleşebilir. Alıcının satılan sebebiyle özellikle malvarlıksal ya da cismanî nitelikte zarara uğraması, satıcının, Borçlar Kanunu hükümleri çerçevesinde haksız fiilden sorumluluk şartlarının varlığına bağlı olarak haksız fiil sorumluluğuna yolaçabilir; bu durumda satıcının «imalâtçı» (yapımcı) sıfatıyla sorumlu tutulması konusu, ayrı önem ve özellikler taşımaktadır.

Bütün hukuk sistemlerinde bu şekilde genel ve özel hükümlerden çıkarılacak talepler ve dâvalar yığınının rağmen, satıcının satılanın ayıplarından sorumluluğunun pozitif düzenlemesi olmadığı iddiasının gerçekleştiği, kendisini şu noktalarda göstermektedir: Öncelikle günümüz sözleşmeler hukukunda sözleşme tarafları, tam bir eşitlik içinde, bilgili, aydınlanmış ve serbestçe karar vermiş olarak hareket etmemekte ve dolayısıyla iradelerini bu şekilde açıklamamaktadırlar. Özellikle çalışma konumuzu oluşturan satım ilişkilerinde, olayların büyük çoğunluğunda, sözleşmenin bir tarafını tüketiciler meydana getirmektedir. Burada tüketicilerin korunması zorunluluğu, diğer sözleşme ilişkilerinde olduğu gibi satım ilişkilerinde de temel alınması gereki esaslardan birini oluşturmaktadır. Halbuki bu yüzyılın başlangıcındaki toplum ve hukuk düşüncelerinin etkisiyle hazırlanmış olan milli mevzuatlarda, sözleşme tarafları, eşit sayılmakta ve sözleşmeye ilişkin iradelerini bilgili, düşünmüş ve tam bir serbestî içinde açıklamış olarak tasarlanılmaktadırlar³. Ancak günümüzün gerçekleri, hiç olmazsa olayların büyük çoğunluğunda böyle değildir. O halde Borçlar Kanunu düzenlemesinin bu yeni anlayış içinde yorumlanması gereği vardır. Bu konuyu aşağıda tekrar kısa olarak ele alacağız. Sonra pozitif hükümlerin getirdiği talepler ve dâvalar yığını içinden bir yolu seçerek hakkını arama durumunda olan alıcı, seçtiği yol bakımından yerine getirmesi gereken bir takım külfetlerle ve değişik süre sınırlamalarıyla karşılaşmaktadır ya da seçtiği yolun kanunla belirli başka şartlarına uymak durumunda kalmaktadır. Böylece satıcı, hem fiilî hem de hukukî yoldan satılanın ayıplarından sorumluluğunu bertaraf etmede alıcıya naza-

3) Bu konuda bkz. GHESTIN, Jacques, *Traité de Droit civil, t. II, Les obligations - Le contrat*, Paris 1980, s. 21 vd.; STAUDER, Bernd, *Pacta sunt servanda et le droit de repentir des consommateurs*, Sem. jud. 1982, s. 488-494.

ran daha geniş imkânlarla sahip bulunmaktadır. Sonuçta satıcının satılanın ayıplarından sorumluluğunu düzenleyen kanun hükümleri, satılanın ayıplarından satıcının sorumsuzluğu durumunu gerçekleştirmeden öteye gidememektedir.

Bu sebeple hem çalışma konumuza ilişkin günümüz ihtiyaçlarının bir kere daha gözden geçirilmesi hem de pozitif hükümlerin bu ihtiyaçlara göre yeni bir yorumla tâbi tutulması gerektiğini düşünmekteyiz. Nitekim 11.4.1980 tarihli Milletlerarası emtia satışları hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin (Viyana Konvansiyonu'nun) bu konuyu yeni bir anlayışla ele aldığını ve satıcının sorumluluğunu, «sözleşmenin esaslı surette ihlâl edilmesi» (*contravention essentielle au contrat*) gibi tek bir prensibe bağladığını ve bu prensipten hareketle alıcıya çeşitli talepleri kullanma imkânını verdiğini görmekteyiz. O halde aynı sonuca⁴, mevcut pozitif hükümler çerçevesinde de varılıp varılamayacağını araştırılması gereği vardır.

Çalışma planımızı açıklamadan önce tüketici kavramı ve tüketicinin korunması zorunluluğu üzerinde kısaca duracağız.

II. Tüketici kavramı ve korunması zorunluluğuna kısa bir bakış

Tüketicilerin korunması problemi, «tüketim toplumu» diye adlandırılan belli bir gelişmişlik seviyesindeki ülkelerde ortaya çıkmıştır. Sonra görülmüştür ki, bu ölçüde gelişmemiş ülkelerde de tüketicilerin korunması toplumsal bir problemdir ve bu konuda getirilecek tedbirler, bir taraftan tüketicileri koruyacak, fakat aynı zamanda diğer taraftan da üretici ve satıcıları aralarında rekabete sevkedecek nitelikte olmalıdır⁵. Zaten Anayasamızın 172. maddesine göre «Devlet, tüketicileri koruyucu ve aydınlatıcı tedbirleri alır, tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini teşvik eder».

Tüketici, kavram olarak, meslekî olmayan, kişisel ihtiyaçları için bir mal ya da hizmet sağlama sözleşmesinde taraf olan kişi şeklinde tanımlanabilir⁶. O (tüketici), gerçekte, ticarî dağıtım zincirinin nihaî halkasını teşkil eder; bu dağıtım mekanizmasının «temel kullanıcı(sı) olduğu kadar basit acemidir (profane); onun,

4) Bu değerlendirme için bkz. GHESTIN, Jacques, *Conformité et garanties dans la vente (Produits mobiliers)*, Paris 1983, s. 223-228; GHESTIN, Jacques, *Rapport de synthèse: Harmonisation des Droits nationaux en matière de conformité et de garanties, in Les ventes internationales de marchandises (Problèmes juridiques d'actualité)*, Paris 1981, s. 379 vd.. Bu konuda İsviçre hukukunda yapılan çalışmalar için bkz. KELLER/LÖRTSCHER, *Kaufrecht - Eine systematische Darstellung*, 2. Aufl., Zürich 1986, s. XXII.

5) Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Komisyon raporları ve madde gerekçeleri), Ankara 1983, m. 172'nin gerekçesi, s. 251.

6) GHESTIN, a.g.e., t. II, n. 59. Bu konuda ayrıca bkz. POROY, Reha, *Tüketicinin korunmasına ilişkin bazı özel hukuk sorunları, Halil Arslanlı'nın anısına Armağan*, İstanbul 1978, s. 513-550, n. 7.

ne imalâtın gizliliğinde ne de satımın ve piyasaya arzının kurnazlıklarında bilgi sahibi olduğu kabul edilemez»⁷. Tüketicinin korunması, her şeyden önce onun bu sıfatla yer aldığı sözleşmedeki iradesinin korunmasına bağlıdır⁸. Sözleşmenin nihaî amacına ve denkleştirici adalete (justice commutative)⁹ riayet etmeyi sağlayan tek araç, iradenin korunmasıdır. Sözleşmenin kurulmasında iradenin rolü, bunun korunmasında ve bu korumanın amacının anlaşılmasında ne kadar önemli olduğunu göstermektedir. Bu sebeple pozitif hukukun bu korumayı sağlamak üzere çeşitli müesseseleri bulunmaktadır.

Gerçekten Medeni Kanunun gerçek kişilerin ehliyetini ve bu arada hukukî muamele yapma ehliyetini düzenleyen hükümleri (m. 9-16), bir anlamda kişinin iradesini koruyan hükümlerdir. Aynı şekilde Borçlar Kanununun, kişiyi hata, hile ve ikrah olarak düzenlediği irade sakatlıklarına karşı koruyucu 23.-31. maddeleri de iradenin hukukî muameleler alanında geniş şekilde korunmasına yol açmaktadır. Hatta özellikle meslekten kişilerle (professionnels) meslekten olmayan kişilerin (acemiler, profanes) yaptığı hukukî muamelelerde ve katılmalı sözleşmelerde¹⁰ tarafların eşit olmayan durumlarının nazara alınması ve sözleşme adaletinin (justice contractuelle)¹¹ gerekleri, geleneksel irade sakatlıklarının uygulama alanının genişlemesine sebep olmuştur. İşte satıcının satılanın ayıplarından sorumluluğuna ilişkin yasal düzenlemenin, bu korumayı bir başka yönden tamamlayan bir hukuk müessesesi olarak değerlendirilmesi gereği vardır.

Özetlemek gerekirse, «tüketicilerin korunması zorunluğu, bir yandan, onların satın alma gücünün ulusal gelirle birlikte artması, kredi kolaylıklarının, özellikle tüketici kredisi ve taksitle satış uygulamalarının genişlemesi, çok çeşitli malların piyasaya sürülmesi, büyük mağazaların (süper marketlerin) ve katalog üzerine ısmarlama sisteminin yaygınlaşması, uluslararası ticaretin büyümesi, çeşitli reklâm yollarıyla tüketimin kamçılanması sonucu tüketim toplumunun gelişmesinden doğmaktadır. Öte yandan, tüketicilerin piyasaya sunulan malların çokluğu ve çeşitliliği karşısında bunların kalitesi, özel şartları hakkında yeterli karşılaştırma yapma olanağından yoksun bulunmaları, telkin edici reklâmların etkisiyle yanılma tehlikesi içinde olmaları, yeni malzemeler ve karmaşık imal yöntemleri kullanılması yüzünden malların güvenlik ve sağlığa yararlılık derecesi hususunda sağlam bir yargıya varabilecek bilgilere sahip olmamaları, yine tüketicilerin hiç veya yeterli ölçüde örgütlenmemiş olmaları, buna karşılık üre-

7) CORNU, G., *Rapport sur la protection du consommateur et l'exécution du contrat en Droit français*, in *Trav. Ass. H. Capitant*, t. 24, Paris 1975, s. 135.

8) Bu anlamda bkz. GHESTIN, a.g.e., t. II, s. 372 vd..

9) Bu kavram için bkz. ARAL, Vecdi, *Hukuk ve hukuk bilimi üzerine*, 2. baskı, İstanbul 1975, s. 37-38.

10) Bu konulara ilişkin olarak bkz. GHESTIN, a.g.e., t. II, n. 59 vd.; n. 73 vd..

11) Bu kavram için bkz. GHESTIN, a.g.e., t. II, n. 182 vd.; GHESTIN, J., *L'utile et le juste dans les contrats*, R.D.S., 1982, Chr., s. 1-10.

tici ve dağıtıcı girişimlerin (teşebbüslerin) toplanma ve yoğunlaşma dolayısıyla piyasaya egemen fiilî tekel sahibi olacak biçimde örgütlenmeleri, kendi lehlerine hazırladıkları genel şartları tüketicilere dikte etmeleri tüketicilerin korunmasını bir kat daha zorunlu kılmaktadır»¹².

İşte satıcının satılanın ayıplarından sorumluluğu müessesesi, günümüzün en önemli sorunlarından tüketicinin korunmasına ilişkin olarak başlıca görevleri yüklenecek olan hukukî araçlardan biridir. Öncelikle bu müessesenin, eski hukuklardaki düzenleniş tarzına kısaca gözetmada yarar olduğunu zannetmekteyiz.

III. Eski hukuklarda satıcının satılanın ayıplarından sorumluluğuna kısa bakış

1. Roma hukukunda satıcının satılanın ayıplarından sorumluluğu

Roma hukuku döneminde de, alıcı, her şeyden önce satın aldığı şeyin iyi ve kusursuz olmasını isteme hakkına sahipti. Kölenin veya hayvanın hasta olması, yiyeceklerin bozuk, ayakkabının çürük olmaması lâzımdır. Eğer satın alınan şeyler bozuk, çürük, sakat yani ayıplı iseler; satıcıyı bundan sorumlu tutma imkânı, yani satıcının satılandaki ayıplardan dolayı sorumluluğu, uzun bir gelişmeden sonra son şeklini almıştır. Bunu üç safhaya ayırmak mümkündür¹³. Şöyle ki :

a) Jus civile devrinde, satıcının satılanın ayıplarından dolayı sorumluluğu hafifti. Satıcının malda belirli niteliklerin bulunduğu veya belirli ayıpların yokluğuna dair verdiği özel garanti hallerine inhisar ediyordu. Örneğin kölenin belirli işleri yapmasını bildiğini veya hastalıklı olmadığını temin etmiş ise

12) TANDOĞAN, Halûk, *Tüketicilerin korunması ve sözleşme özgürlüğünün bu açıdan sınırlanması*, Ankara 1977, s. 10-11. Ayrıca bkz. PIZZIO, J.-P., *L'introduction de la notion de consommateur en droit français*, R.D.S. 1982, Chr., s. 91-98; CARMET, Olivier, *Réflexions sur les clauses abusives au sens de la loi n. 78-23 du 10 janvier 1978*, Rev. trim. de dr. comm. et de dr. écon., n. 1, janvier-mars 1982, 35 e année, s. 1-31; BORYSEWICZ, Michel, *Les règles protectrices du consommateur et le le droit commun des contrats (Réflexions à propos de la loi n. 78 -23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services)*, Etudes offerte à Pierre KAYSER, t. 1, Aix-Marseille 1979, s. 91 vd.; ÖZSUNAY, Ergun, *Kartel hukuku*, İstanbul 1985, s. 205 vd.; GHESTIN, a.g.e., t. II, n. 59 vd. ve orada anılan yazarlar. Bu konuya ilişkin çeşitli çalışmaların yer aldığı toplu eser olarak bkz. *Avusturya ve Türkiye'de Tüketicinin Korunması*, Avusturya-Türk Hukuk Haftası I, İstanbul 1984.

13) Bu konuda bkz. RADO, Türkân, *Roma hukuku dersleri (Borçlar hukuku)*, İstanbul 1978, s. 127-128; MONIER, R., *La garantie contre les vices cachés dans la vente*, th. Paris 1930, s. 46 vd.; EDİS, Seyfullah, *Türk borçlar hukukuna göre satıcının ayıba karşı tekeffül borcu*, tez, Ankara 1963, s. 2-5.

ve bu teminat da mancipatio yapılırken¹⁴ verilmiş ve hatta onun metnine ilâve edilmiş ise dicta ve promissum denilen bu vaadlerinin¹⁵ doğru çıkmaması halinde satıcı sorumlu tutulurdu. Mancipatio dışında satıcının malda ayıp bulunmadığını veya belirli niteliklerin varlığını bir stipulatio ile taahhüt etmesi usulü de¹⁶ zamanla yerleşti; bu durumda satıcının stipulatio ile yaptığı açıklamalar doğru çıkmadığı takdirde kendisine karşı ex stipulati¹⁷ açılabilirdi. Zamanla bu çeşit açıklamaların satım sırasında şekilsiz olarak yapılması durumlarında da bunların muhtevalarının actio empti ile¹⁸ takip edilebileceği esası yerleşti. Keza satılanın ayıplarını bildiği halde susan satıcı da bu hileli hareketinden dolayı sorumlu tutulur ve actio empti ile alıcının bu yüzden uğradığı zararları gidermek zorunda bırakılırdı¹⁹.

b) Daha sonraları çarşı ve pazarların kontrolü ile görevli olan aedilis curulis'ler²⁰ ayıp konusunda da bazı önemli yenilikler getirdiler. Bunların koydukları esaslar yalnız köle ve hayvan satımlarına uygulanıyorlardı. Aedilis'ler beyannamelerinde köle ve hayvan satıcılarını sattıkları kölelerin ve hayvanların ayıplarından halkı haberdar etmeğe mecbur tutmuşlardır. Aksi halde satıcıların bilmedikleri gizli ayıplardan bile sorumlu tutulmaları söz konusu olurdu.

Alıcı, satılanın ayıplarından satıcıyı sorumlu tutmak için iki davadan birini seçmek hakkına sahipti. Böylece alıcı:

(i) Ya altı ay içinde actio redhibitoria denilen akdin feshi davasını açarak aldığı malı geri verir ve verdiği satım parasını istemek suretiyle satım sözleşmesini bozardı.

(ii) Yahut da actio quanti minoris veya aestimatoria denilen satım parasının indirilmesi (tenzili) dâvasını açarak satım parasının ayıp oranında azaltılmasını isterdi. Bu dava, bir yıl içinde açılırdı. Bu durumda sözleşme bozulmuyor, aksine muhafaza edilmiş oluyor, fakat alıcı ödediği para ile ayıplı malın gerçek değeri arasındaki farkı geri alabiliyordu.

Magistralar²¹ tarafından ihdas edildikleri için actio honoraria niteliğinde olan bu iki dâva ile, satıcının satılanın ayıplarından dolayı sorumluluğu çok ağırlaşmıştır²².

14) Bu kavram için bkz. UMUR, Ziya, Roma hukuku lügati, İstanbul 1983, s. 131-132.

15) Bu konuda bkz. EDİS, a.g.t., s. 3.

16) Bu konuda bkz. RADO, a.g.e., s. 86 vd.

17) Bu kavram için bkz. RADO, a.g.e., s. 91.

18) Bu kavram için bkz. UMUR, a.g.e., s. 6.

19) RADO, a.g.e., s. 127.

20) Bu kavram için bkz. UMUR, a.g.e., s. 20.

21) Bu kavram için bkz. UMUR, a.g.e., s. 131.

22) Actio honoraria için bkz. UMUR, a.g.e., s. 14.

c) Nihayet Justinianus hukukunda, aedilis'lerin köle ve hayvan satımlarına ilişkin koydukları esaslar, konuları ne olursa olsun bütün satımlara uygulandı. Böylece alıcı, satılanın gizli nitelikteki ayıpları da dahil olmak üzere tüm ayıplardan dolayı satıcıyı sorumlu tutabilmek için yukarıda açıklanan iki dâvadan birini (yani *actio redhibitoria* veya *actio quanti minoris*'i) seçmekte serbestti. Bundan başka alıcı *actio empti* ile uğradığı zararların tazminini de her zaman isteyebilirdi²³.

Bu çalışmanın ilgili kısımlarında görüleceği gibi ilk defa aedilis'ler tarafından konulmuş olan bu dâvalar modern hukuklara geçerek aşağı yukarı bütün hukuk sistemlerinde yer almışlardır²⁴.

2. Evvelki hukukumuz olan Mecelle'ye göre satıcının satılanın ayıplarından sorumluluğu

Evvelki hukukumuz olan Mecelle'nin satım sözleşmesine ilişkin birinci kitabının (Kitab'ul büyû'un) altıncı bâbının altıncı faslında, «hıyar-ı ayb beyanındadır» başlığı altında, alıcının, satılanın ayıplı olması durumunda satıcıya karşı sahip olduğu haklar düzenlenmiştir. Bu fasılda, m. 336-355 arasında bu konuya ilişkin olarak ayrıntılı bir düzenleme getirildiği görülmektedir. Şöyle ki :

Önce m. 336'da satıcının ayıba karşı tekeffül borcu şu şekilde ifade edilmiştir: «Bey'i mutlak mebi'in ayıbtan salim olmasını iktiza eder. Yani uyûbtan beraetini şart etmeksizin ve sağlam ve çürük ve kusurlu ve kusursuz demeksizin mal satmak malın sağlam ve ayıpsız olmasını icap eder». Satıcının sorumluluğuna yolaçan ayıpları belirleyen hükümler ise, «ayb diye ehil ve erbabı beyninde malın bahasına îras-ı noksan eden kusura derler» (m. 338), «ayb-ı kadîm bâyi' yedinde iken mebi'de mevcut olan kusurdur» (m. 339), «ba'd-el-bey' kabl-el-kabz bâyi' yedinde iken mebi'de hâdis olan ayb mucib-i red olan ayb-ı kadîm hükmündedir» (m. 340) olarak sıralanabilir.

Bu şekilde satıcının sorumluluğunu sonuçlandıran bir ayıbın varlığı halinde, yani «bey'i mutlak ile satılan bir malın ayb-ı kadîmi tebeyyün ettikde müşteri muhayyerdir. Dilerse reddeder ve dilerse semen-i müsemma ile kabul eyler. Yoksa malı alıkoyup da ayıbı için bahasını tenkîs edemez. İşte buna hıyar-ı ayb denilir» (m. 337). Ancak istisnai olarak alıcının satım parasının indirilmesi (semenin tenzili) talebinde bulunabileceği durumlar da öngörülmüştür. Örneğin m. 345'e göre «mebi'in müşteri indinde bir ayb-ı hâdis olduktan sonra ayb-ı kadîmi meydana çıksa müşterinin bâyi'e reddetmeğe selâhiyyeti olmayıp fakat noksan-ı semen iddiasına selâhiyyeti vardır. Meselâ müşteri satın aldığı bir top kumaşı kesip biçtikten sonra çürük yahut yatkın olmak misillü bir ayb-ı ka-

23) RADO, *a.g.e.*, s. 128.

24) RADO, *a.g.e.*, s. 128.

dîmine muttali olsa çünkü kesip biçmesiyle bir yeni kusur daha peyda olduğundan reddedemeyip fakat ayb-ı kadîminden dolayı noksan-ı semen alır». Ancak «ayb-ı hâdis zail olsa ayb-ı kadîm yine reddi mucip olur. Meselâ bir hayvan iştira olunup da müşteri indinde hasta olduktan sonra ayb-ı kadîmi meydana çıksa müşteri anı bâyi'e reddedemeyip noksan-ı semen alır. Fakat ol hastalık zail olsa müşteri ayb-ı kadîmiyle ol hayvanı bâyi'e reddeder» (m. 347). Diğer taraftan «Bâyi' eğer müşteri indinde bir ayb hâdis olduktan sonra ayb-ı kadîmi meydana çıkan mebi'i ol ayb-ı hâdis ile geri almağa razı olursa mani-i red bulunmadığı takdirde müşterinin noksan-ı semen iddiasına selâhiyeti kalmayıp ya mebi'i bâyi'e red yahut tamam bahasıyla kabul etmeğe mecbur olur. Hata müşteri ol malı ayb-ı kadîmine muttali olduktan sonra âhara satsa artık noksan-ı semen iddiasına selâhiyeti kalmaz» (m. 348). Yine «ziyade yani mebi'a müşterinin malından bir şey'in zam ve ilâvesi mani'i reddolur. Meselâ bezi dikmek yahut boyatmak ile müşterinin ipliği yahut boyası beze zam olunmak ve keza arsaya müşteri tarafından ağaç dikilmek redde manidir» (m. 349). «Mani'i red bulunduğu halde bâyi razı olsa dahi ma'ib olan mebi'i geri alamayıp noksan-ı semen vermeğe mecbur olur. - Hatta müşteri ol malı ayb-ı kadîmine muttali olduktan sonra satsa bile bâyi'den noksan-ı semen alabilir» (m. 350)²⁵.

Bazı durumlarda ise satılanın ayıplarından dolayı satıcının her hangi bir sorumluluğu sözkonusu olmaz. Örneğin m. 341'e göre «bâyi' hîn-i bey'de mebi'in bir aybını beyan ederek müşteri ol ayb ile kabul ettikde ol ayb sebebiyle muhayyer olamaz». Aynı şekilde «bâyi' bir malı her ayb dâvasından zimmeti beri' olmak şartıyla sattıkda müşteri için hıyar-ı ayb yoktur» (m. 342). Diğer taraftan «müşteri bir malı her aybıyla makbulümdür diye iştira eylerse artık anda ayb dâvasına selâhiyeti yoktur» (m. 343); «müşteri mebi'in aybına muttali olduktan sonra anda temellükün levazımından olan bir vech ile tasarruf etse hıyar-ı aybı iskat etmiş olur» (m. 344).

Diğer hükümlerle de satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğuna ilişkin bazı özel durumlar düzenlenmiştir. Örneğin m. 355'e göre «mebi' eğer aslen müntefeunbih olmayacak halde zuhur ederse bey'i bâtil olup müşteri tamamen semeni istirdad eyler»²⁶.

Bu konulara ilişkin olarak daha fazla ayrıntıya girilmeyecektir²⁷.

25) «Noksan-ı semen»in nasıl belirleneceğini düzenleyen m. 346'ya ilişkin olarak bkz. aşağıda § 4, IV, 2, c.

26) Bütün bu Mecelle hükümleri için bkz. ÖZTÜRK, Osman, Osmanlı hukuk tarihinde Mecelle, İstanbul 1973, s. 192-195.

27) Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. BİLMEN, Ömer Nasuhi, Hukuk-ı İslâmiyye ve İstilahat-ı Fıkhiyye Kamusu, c. 6, İstanbul (baskı tarihi yok), s. 70-78, n. 295-320.

IV. İnceleme konusunun sınırları ve plan

Burada satıcının satılanın ayıplarından sorumluluğu konusunu, özellikle Borçlar Kanununun ilgili özel düzenlemesini gözönünde tutarak (m. 194-207) inceleme amacındayız. Ayrıca gerek doktrin gerekse mevzuat ve içtihatlar alanında tesbit edebildiğimiz gelişmeleri de dikkate almağa çalışacağız. Diğer taraftan ele alınan çeşitli sorunların çözümlerinde, başta Fransız, İsviçre ve Alman hukukları olmak üzere mukayeseli hukukun verilerinden yararlanılmağa gayret gösterilecektir. *Özellikle konunun tüketiciyi koruma yönü vurgulanacaktır.*

Bu çalışma, beş ayrı paragraftan oluşacaktır. İlk paragrafta, satıcının ayıba karşı tekeffül borcunun tanımı, hukukî niteliği, özellikleri ve bu borcu düzenleyen kanun hükümlerinin uygulama alanı üzerinde durulacaktır. Sonra da satıcının ayıba karşı tekeffülden sorumluluğunun şartları, satıcının satılanı teslim ve mülkiyeti geçirme borcunu yerine getirmiş olması, satılanın ayıplı olması, satılndaki ayıpların önemli olması, satılndaki ayıpların gizli olması, satılndaki ayıbın en geç sözleşmede hasarın alıcıya geçmesi anında mevcut olması, satılanın ayıplarından sorumluluk şartlarının sözleşme ile değiştirilmesi konuları çerçevesinde incelenecektir. Üçüncü paragrafın konusu ise, ayıba karşı tekeffüle ilişkin yasal düzenlemeye göre alıcının yerine getirmesi gerekli külfet ve mükellefiyetleri sorunudur. Dördüncü paragrafta da, alıcının seçim hakkı ve bu hakkın kullanılmasıyla ilgili çeşitli sorunlar, alıcının sözleşmeden dönmesi ve hükümleri, satım parasının indirilmesi ve hükümleri, satılanın ayıpsız bir misliyle değiştirilmesi, satılanın ayıplarının giderilmesi (onarımı), alıcının ifaya ilişkin zararının giderilmesini istemesi, zincirleme satışların getirdiği özel sorunlar ve çözümleri konuları etrafında satıcının satılanın ayıplarından sorumluluğunun kapsamı araştırılacaktır. Sonuncu (beşinci) paragrafın konusu ise, satıcının satılanın ayıplarından dolayı genel hükümlere göre sorumluluğu çok genel çerçevede ele alınarak, bu çeşit sorumlulukların ayıba karşı tekeffül sorumluluğu ile yarışması sorunudur.

Sonuçta da genel bir değerlendirme yapılarak bu çalışmanın çeşitli yerlerinde tesbit olunan sorunların ve bu sorunlara ilişkin olarak önerilen çözümlerin özetlenmesine çalışılacaktır.

**§ 1. SATICININ AYIBA KARŞI TEKEFFÜL BORCUNUN TANIMI,
HUKUKİ NİTELİĞİ, ÖZELLİKLERİ VE BU BORCU DÜZENLEYEN
KANUN HÜKÜMLERİNİN UYGULAMA ALANI**

I. Genel olarak

Satıcının satılanın ayıplarından sorumluluğu konusu, gerek alıcının satın almak istediği şeye uygun düşmeyen bir şeyin teslim edilmesi yüzünden satım sözleşmesini yaparak elde etmek istediği yarardan yoksun kalması ve gerekse yine alıcının satılana onu iktisap etmesine yolaçan kullanılma tarzına etkili olacak bir gizli ayıbın bulunması durumunda karşımıza çıkmaktadır¹.

BK. m. 182 f. 1'e göre «*satım bir akittir ki onunla satıcı, satılan malı alıcının iltizam ettiği semen mukabilinde alıcıya teslim ve mülkiyeti ona nakletmek borcunu tahammül eder*» denilmektedir. İşte bu hükümden hareket edilerek satım sözleşmesinin satıcıya başlıca iki borç (asli borç) -Borçlar Kanununda kullanılan kelimelerle ifade edildiğinde- «tahmil ettiği» sonucu çıkarılmaktadır: Satıcının satılanın mülkiyetini geçirme borcu ve satıcının satılanın zilyedliğini geçirme borcu. Satıcının bu borçları karşısında alıcının satım parası (semen) ödeme borcu yer alır².

Belirli bir şeyin (malın) satıcısı, satılanı, alıcıya teslim eder ve bu suretle alıcının tam mülkiyetini iktisap etmesini sağlarsa; o (satıcı), satım sözleşmesinin kendisine «tahmil ettiği» borçları yerine getirmiş olur. Ancak bazı durumlarda satıcının alıcıya «satılan» olarak teslim ettiği şey (mal), gerek kullanımını güçleştiren ya da değerini azaltan bir ayıp (bozukluk, kusur, eksiklik) taşınması sebebiyle, gerekse satıcının satılana varlığını tekeffül ettiği bir niteliğin (vasfın) bulunmaması sebebiyle, alıcının beklentilerine cevap vermeyebilir. Alıcı, satım parası (semen) ödeme borcu altına, satılana beklediği faydayı ve bu suretle satılana atfettiği değeri gözönünde bulundurarak girmektedir. Bu durumda tarafların, satım sözleşmesini yaparken taahhüt ettikleri edimler arasında

1) LE TOURNEAU, Phippe, *Conformités et garanties en Droit français de la vente*, in *Les ventes internationales de marchandises*, s. 232.

2) Şüphesiz alıcının ve satıcının, gerek Borçlar Kanununun satım sözleşmesine ilişkin düzenlemesinin öngördüğü, gerekse MK. m. 2 (dürüstlük kuralı) gereği «tahammül etmesi» gereken başkaca yan borçları da bulunmaktadır. Çalışma konumuzu ilgilendirmedikleri için burada satım sözleşmesinin tarafların yan borçlarından sözedilmemiştir. Bu konuda bkz. TANDOĞAN, Halûk, *Borçlar Hukuku (Özel borç ilişkileri)*, c. 1/1, 4. bası, Ankara 1985, § 7, IV ve § 11, III; TUNÇ-OMAÇ, Kenan, *Borçlar hukuku*, c. 2 (Özel borç ilişkileri), 3. bası, İstanbul 1977, s. 97 vd.; FEYZİOĞLU, F. Necmeddin, *Borçlar Hukuku, İkinci kısım*, c. 1, 4. bası, İstanbul 1980, s. 231 vd.; YAVUZ, Cevdet, *Borçlar hukuku dersleri (Özel borç ilişkileri)*, c. 1, İstanbul 1986, s. 61 vd..

daki denge ihlâl edilmiş olmaktadır³. Borçlar Kanununun 194.-207. maddeleri arasında yer alan oldukça teferruatlı düzenleme, tarafların edimleri arasında bozulduğunu belirlediğimiz bu dengeyi yeniden tesis etme amacıyla, satıcının ayıba karşı tekeffül borcunu öngörmüş ve bu suretle bu gibi durumlarda alıcının, satıcıyı, ayıba karşı tekeffül hükümleri çerçevesinde sorumlu tutulabilmesi mümkün hale gelmiştir⁴.

Böylece alıcı, aleyhine bozulan satılan-satım parası ilişkisini yeniden dengeli duruma getirme amacıyla⁵, Borçlar Kanununun düzenlemesi içinde satım sözleşmesinden dönebileceği gibi satım parasının indirilmesini de talep edebilecektir; çeşit satımının söz konusu olduğu durumlarda ise, alıcının, satıcıdan sözleşmede kararlaştırıldığı gibi ayıpsız bir satılanın teslim edilmesini isteyebilmesi imkânı da vardır.

Çalışmamızın bu paragrafında önce satıcının ayıba karşı tekeffül borcunun tanımı ele alınacak, sonra da satıcının bu borcunun hukukî niteliği ve genel özellikleri açıklanacaktır. Bunu takiben de satıcının ayıba karşı tekeffül borcunu düzenleyen kanun hükümlerinin uygulama alanı tesbit olunmağa çalışılacaktır.

II. Satıcının ayıba karşı tekeffül borcunun tanımı

1. Kanunî düzenlemelerde satıcının ayıba karşı tekeffül borcunun tanımı ve bu tanımların kısa bir değerlendirmesi

a. Kanunî (yasal) düzenlemelerde satıcının ayıba karşı tekeffül borcunun tanımı

Eski hukukların etkisiyle⁶, hemen hemen bütün ülkelerin pozitif hukuklarında satıcının ayıba karşı tekeffül borcunun, genel hükümlerden⁷ ayrı olarak özel bir yasal düzenleme konusu yapıldığı görülmektedir⁸. Çalışmamızda mümkün olduğu ölçüde yararlanacağımız bu yasal düzenlemelerde satıcının ayıba karşı tekeffül borcunun nasıl tanımlandığının öncelikle ele alınması gereği vardır.

Örnek vermek gerekirse, *Fransız Medeni Kanununun (CCF.) 1641. maddesine* göre «*Satılan şeyin, kullanılma tarzına göre elverişsiz kılan ya da bu el-*

3) CAVIN, Pierre, *La vente - L'échange - La donation, in Traité de Droit Privé suisse, vol. VII, t. I/1, Fribourg 1978, s. 72.*

4) CAVIN, a.g.e., s. 72.

5) CAVIN, a.g.e. s. 72.

6) Bu konuda bkz. CAVIN, a.g.e., s. 73.

7) «Genel hükümler» kavramı için bkz. YAVUZ, a.g.e., c. 1, s. 6, 20, 73.

8) Bu konuda özellikler bkz. LE TOURNEAU, a.g.m., s. 236 n. 10.

verişliliği azaltan ayıpları sebebiyle, alıcının bu ayıpları bilmesi halinde satılanı hiç iktisap etmeyeceği ya da daha düşük bir satım parası ödeyebileceği bir durum sözkonusu olduğunda, satıcının tekeffül sorumluluğu gerçekleşir» denilmektedir. Aynı şekilde BGB § 459'a göre «Bir şeyin (malın) satıcısı, alıcıya karşı, şeyin -hasarının alıcıya geçmesi anında- normal kullanılma tarzına ya da sözleşme ile öngörülen kullanılma tarzına göre değerini ya da faydalı olmasını tamamiyle kaldıran veya azaltan ayıplardan sâlim olmasını sağlamakla yükümlüdür» (f.1 c.1). Yine Borçlar Kanunumuzun 194. maddesine ve bu hükmün mehazını teşkil eden İsviçre Borçlar Kanununun (OR. ya da CO.) 197. maddesine göre «satıcı alıcıya karşı satılanın zikir ve vaad ettiği vasıflarını mütekeffil olduğu gibi maddî veya hukukî bir sebeple kıymetini veya maksut olan menfaatini izale veya ehemmiyetli bir surette tenkis eden ayıplardan salim bulunmasını da mütekeffildir» (f. 1).

İtalyan Medeni Kanununun (CCI. art. 1490 vd.)⁹, Belçika Medeni Kanununun (CCB. art. 1641 vd.)^{9a}, Québec Medeni Kanununun (CCQ. 1522 vd.)¹⁰, Hollanda Medeni Kanununun (Bürgerlijk Wetboek'in 1540 vd. maddeleri)¹¹, satıcının ayıba karşı tekeffül borcunu benzer şekilde tanımladıkları görülmektedir.

Son olarak belirtmelidir ki çeşitli ülkelerin medeni hukuklarında satıcının ayıba karşı tekeffül borcunun özel yasal hükümlerle düzenleme konusu olması şeklinde görülen geleneksel tutumun, Milletlerarası emtia satımı sözleşmeleri hakkında Birleşmiş Milletler Konvansiyonunun (Viyanalı) getirdiği düzenlemede terk edildiğini görmekteyiz. Gerçekten 11.4.1980 tarihli bu Konvansiyonun 25. maddesine göre «sözleşme taraflarından birinin gerçekleştirdiği bir sözleşme ihlâli (contravention), diğer tarafın, sözleşme ile ilgili haklı beklentisinden maddeten mahrum olmasına yolaçacak şekilde zarara uğramasına sebep olduğu takdirde, esastır; meğer ki bu sonuç, ayıplı ifade bulunan tarafın tahmin etmediği ve aynı durumdaki aynı niteliklere sahip bir kişinin de tah-

9) Bu konuda bkz. DOUCOULAUX-FAVARD, Claude, *Conformités et garanties dans les ventes internationales d'objets mobiliers corporels. Problème de Droit italien, in Les ventes internationales, s. 298-311.*

9a) Bu konuda bkz. FORRIERS, Paul-Alain, *Garantie et conformité dans le Droit belge de la vente, in Les ventes internationales, s. 198-222.*

10) Bu konuda bkz. ANTAKI, Nabil N., *Les défauts des conformité et les vices cachés en Droit québécois, in Les ventes internationales, s. 340.*

11) Bu konuda bkz. HONDIUS, Ewoud, *Conformités et garanties en Droit néerlandais dans les ventes internationales d'objets mobiliers corporels, in Les ventes internationales, s. 312-339.*

*min edemiyeceği bir sonuç olsun»¹². Böylece satım sözleşmesi taraflarının borçlarını hiç ifa etmemesi ya da kötü ifa etmesi «sözleşme ihlâli» kavramı etrafında değerlendirilmiş olmaktadır. Bu Konvansiyonun 30. maddesinde, satıcının başlıca borcu olarak, emtiayı teslim etme ve emtia ile ilgili belgeleri verme borcu ile emtianın mülkiyetini geçirme borcu öngörülmüş bulunmaktadır. Yine bu sözleşmenin 31.-34. maddelerinde satıcının bu borçlarının kapsam olarak açıklanmasından sonra, m. 35-41 arasında *satıcının emtianın satım sözleşmesine göre borçlandığı edime uygun olmasından (conformité des marchandises) sorumluluğunun*; m. 42-44 arasında satıcının üçüncü kişilerin emtiaya ilişkin haklarına ya da iddialarına karşı sorumluluğunun düzenlendiği görülmektedir. Satıcı tarafından sözleşmenin ihlâl edilmesi durumunda alıcının yararlanacağı haklar da Konvansiyonun 45-52. maddelerinde düzenleme konusu yapılmıştır. Böylece satıcının tüm borçlarının aynı hukukî yaptırımlara tâbi kılınması yolu tercih edilmiş olmaktadır¹³.*

b. Satıcının ayıba karşı tekeffül borcunun kanunî (yasal) tanımını üzerine bir kısa değerlendirme

Satıcının ayıba karşı tekeffül borcunun kanunî tanımına ilişkin olarak verilen örneklerden, genel bir tarzda olmak üzere, şöyle bir sonuç çıkarılabilir: Ayıba karşı tekeffülü düzenleyen kanun hükümleri, satıcının teslim ettiği ve bu suretle mülkiyetini geçirdiği satılanın, satıldığı ve satın alındığı ya da sözleşme taraflarının ortak iradesine bakılarak belirlenecek kullanmaya uygun olmamasını esas almaktadırlar. Açık ya da zımnî olarak satılana ilişkin bir nitelik bildirmesi yoksa, satılanın normal tahsis yönünün ve niteliğinin değerlendirilmesi, bu kullanmayı ve satılandan beklenebilecek yararlılığı belirlemeyi sağlayacaktır¹⁴.

Örneğin Fransız Medeni Kanunu ile bu kanunu izleyen Belçika Medeni Kanununda, satıcının, sadece tarafların iradelerine dayanmayan satılanın gerekli niteliklerinin bulunmamasından ileri gelen ayıba karşı tekeffül borcu dü-

12) 1.7.1964 tarihli Milletlerarası maddî menkul eşya satımı hakkında yeknesak (tekbiçim) Kanun'un (La Haye) 10. maddesiyle getirilen düzenleme şu şekildedir: «Bir sözleşme ihlâli, ayıplı ifada bulunan tarafın, sözleşmenin kurulması esnasında, diğer tarafla aynı durumda yeralan aynı nitelikteki makul bir kimse- nin böyle bir sözleşme ihlâlini ve hükümlerini öngörmüş olsaydı bu sözleşmeyi yapmayacağı her durumda, bu Kanunun uygulaması bakımından esaslı olarak kabul edilir». Bu maddenin Fransızca metni için bkz. 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 (Etude de Droit comoré)*, th. Lausanne 1968, s. 288. Ayrıca bkz. GHESTIN, a.g.e., s. 244.

13) Bu hükümler için bkz. *Les ventes internationales*, s. 419 vd.

14) GHESTIN, *Rapport de synthèse*, s. 371.

zenleme konusu yapılmıştır. Aynı sonuç, Québec Medeni Kanunu için de geçerlidir. Biz bu durumu çalışmamızda satıcının ayıba karşı kanunî tekeffül borcu ya da satılanın gerekli niteliklerinin bulunmaması sebebiyle tekeffül borcu olarak adlandırmaktayız. Diğer taraftan Alman, İsviçre ve Türk hukuklarında, satıcının, kanunî ayıba karşı tekeffül borcu yanında, satılana ilişkin özel nitelik vaadinden (satılana ilişkin nitelik bildirmelerden, satılana ilişkin zikir ve vaad edilen vasıflardan) doğan tekeffül borcunun da öngörüldüğünü görmekteyiz. *İtalyan Medeni Kanununda ise*, daha da ileri gidilerek, satıcının ayıba karşı tekeffül borcunun dörtlü bir ayırım içinde ele alındığını gözlemleyebiliriz. Şöyle ki: Satılana normal olarak bulunmaması gereken eksikliklerden (m. 1490-1496), satıcının vaad ettiği niteliklerin satılana bulunmamasından (m. 1497), satılana başka bir şeyin teslim edilmesinden (aliud tesliminden) ve nihayet satılan âlet ya da aracın düzenli çalışmasını engelleyen eksikliklerden (m. 1512) sorumluluk halleri, ayıba karşı tekeffül hükümlerinin uygulama alanları olarak düzenlenmiş bulunmaktadır¹⁵.

Aynı şekilde Milletlerarası emtia satım sözleşmeleri hakkında Birleşmiş Milletler Konvansiyonunun (11.4.1980 tarihli Viyana Sözleşmesinin) 35. maddesinde oldukça ayrıntılı bir tarzda satıcının ayıba karşı tekeffül borcunun «*emtianın uygun olması*» (conformité des marchandises) adı ile düzenlendiğini müşahade etmekteyiz. Gerçekten bu maddeye göre :

«1. Satıcı, miktar (nicelik), nitelik ve tip olarak sözleşmede öngörülen düzenlemeye uygun düşen ve sözleşmeye göre ambalajlanan ve/veya hazırlanan emtiayı teslim etme borcu altındadır.

2. Taraflar, sözleşmede aksine bir düzenleme getirmiş olmadıkça; emtia, ancak şu durumlarda sözleşmeye uygun şekilde teslim edilmiş sayılır :

a) Emtia, normal olarak aynı tip emtianın kullanılacağı kullanıma tarzına uygun ise;

b) Emtia, sözleşmenin kurulması esnasında satıcının açıkça ya da zımnen bilgisinde olan herhangi bir özel kullanıma uygun ise; ancak durumlardan alıcının satıcının ihtisasına güvenemeyeceği ya da böyle bir güvenmenin onun (alıcı) için makûl karşılanamayacağı anlaşılıyorsa, satıcının sorumluluğu yoktur;

c) Emtia, satıcının alıcıya eşantiyon ya da model olarak verdiği bir malın niteliklerini taşımakta ise;

d) Emtia, aynı tip emtia için normal sayılabilecek bir tarzda ambalajlanmış ise ya da böyle bir normal tarzın tesbit edilememesi durumunda, emtia,

15) GHESTIN, *Rapport de synthèse*, s. 371.

onu muhafaza etmeğe ve korumağa yarayacak bir tarzda ambalajlanmış veya hazırlanmış ise.

3. Yukarıda a) - d) paragrafları bakımından, alıcının sözleşmenin yapılması esnasında bildiği ya da bilebileceği bir uygunluk (conformité) eksikliğinden (ayıbından) satıcının sorumluluğu yoktur»¹⁶.

Böylece Viyana Sözleşmesi ile^{16a}, satıcının ayıba karşı tekeffül borcu için, millî mevzuatların getirdiği düzenlemelerden farklı olarak onun (satıcının) borçlanılan edime uygun bir satılan teslim etme borcunda olduğu yolunda bir düzenleme getirilmiş olmaktadır. Bu bakımdan Viyana Sözleşmesi ile getirilen düzenlemeyi, millî mevzuat düzenlemelerine göre daha ileri ve tercih edilir bulmaktayız. Ancak biz, yine de bütün bu pozitif düzenlemeleri kapsayacak şekilde çalışmamızın konusunu «*satıcının satılanın ayıplarından sorumluluğu*» olarak belirledik. Şimdi de satıcının ayıba karşı tekeffül borcunun doktrinde nasıl tanımlanması gerektiği konusunun ele alınması lâzım geldiğini düşünmekteyiz.

2. Doktrinde satıcının ayıba karşı tekeffül borcunun tanımlanması ve bu tanımların kısa bir değerlendirmesi

a. Doktrinde satıcının ayıba karşı tekeffül borcunun tanımlanması

Doktrinde özellikle millî mevzuat hükümlerinden hareket edilerek satıcının ayıba karşı tekeffül borcunun çeşitli şekillerde tanımlandığı görülmektedir.

Örneğin hukukumuzda satıcının ayıba karşı tekeffül borcunu bir doktora tezi çerçevesinde inceleyen Edis, şöyle bir tanım getirmektedir: «Satılan şeyde

16) *Maddenin fransızca metni için bkz. Les ventes internationales des marchandises (Problèmes juridiques d'actualité) - Colloque de la Fondation internationale pour l'enseignement du Droit des Affaires (Faculté de Droit d'Aix-en-Provence, 7 et 8 mars 1980), Avant-Propos Yves GUYON, Paris 1983, s. 428-429. Ayrıca bkz. ÖZSUNAY, s. 7-22.*

16a) 1.7.1964 tarihli Milletlerarası maddi menkul eşya satımı hakkında yeknesak Kanun'un, bu hükmü karşılayan 33. maddesiyle getirilen düzenleme şu şekildedir: «1. Aşağıdaki durumlarda satıcı, teslim borcunu ifa etmemiştir: -a) Satıcı, satılan şeyin sadece bir kısmını teslim etmiş ise ya da sözleşmede vaad ettiği şeyden az veya çok farklı nitelikteki bir şeyi teslim etmiş ise; -b) Satıcı, sözleşmede öngörülen şeyden başka bir şeyi ya da başka nevideki bir şeyi teslim etmiş ise; -c) Satıcı, alıcıya bildirilen ya da teslim edilen bir eşantıyon veya modele uygun olmayan bir şey teslim etmiş ise; meğer ki satıcı bunu her hangi bir uygun ifa etme taahhüdü altına girmeksizin basit şekilde gösterme amacıyla vermiş olsun; -d) Satıcı, normal kullanımı ya da ticari kullanımı için zorunlu nitelikleri (vasıfları) taşımayan bir şeyi teslim etmiş ise; -e) Satıcı, sözleşme ile açıkça ya da zımnî olarak bir özel kullanım için zorunlu nitelikleri taşımayan bir şeyi tes-

satıcı tarafından zikir ve vaad edilen vasıfların bulunmamasından veya satılan şeyin değerini yahut akit gereğince ondan beklenen faydaları azaltan veya kaldıran noksanları bulunmasından satıcının sorumlu tutulmasına 'satıcının ayıba karşı tekeffül borcu' denir»¹⁷. Aynı tanımın *Tandoğan* tarafından şu şekilde tekrarlandığını görmekteyiz: «Ayıba karşı tekeffül, satılan şeyin satıcının zikrettiği vasıfları taşımamasından veya bu şeyin değerini yahut akit gereğince ondan beklenen yararları azaltan veya kaldıran eksiklikleri bulunmasından satıcının sorumlu olmasıdır»¹⁸.

Arslanlı'ya göre ise «satıcı, kanunen gerek hukukî gerek maddî bakımdan mebiin kıymet veya elverişliliğini mütekeffil olduğu gibi, temin ettiği vasıfların bulunmamasından da mesuldür»¹⁹.

Feyzioğlu'na göre «... satıcının maddî ayıplara karşı tekeffülünden maksat satılanın değerini veya akit gereğince beklenen faydalarını azaltan veyahut tamamen kaldıran bir takım bozuklukların, eksikliklerin veya noksanların bulunmasından alıcıya karşı sorumlu sayılmasıdır»²⁰.

Yine *Guhl/Merz/Kummer*'e göre «satıcı alıcıya karşı satılanın fayda veya elverişliliğini mütekeffil olduğu gibi, belirli niteliklerin bulunmamasından veya belirli ayıpların bulunmasından sorumludur»²¹.

lim etmiş ise; -f) Genel olarak satıcı, sözleşmede açıkça ya da zımnî olarak öngörülen nitelikleri ve özellikleri taşımayan bir şeyi teslim etmiş ise. -2. Nicelik (miktar) farklılığı, bir kısmın, bir niteliğin (vasfın) ya da bir özelliğin bulunmaması, önemsiz sayıldığı durumlarda gözönünde tutulmaz». Bu maddenin Fransızca metni için bkz. AMAUDRUZ, a.g.t., s. 293-294.

17) EDİS, a.g.t., s. 7.

18) TANDOĞAN, a.g.e., c. 1/1, § 10, I. Ayrıca bkz. YAVUZ, a.g.e., c. 1, s. 89.

19) ARSLANLI, *Hatîl, Ticarî bey'*, 4. bası, İstanbul 1955, s. 259.

20) FEYZİOĞLU, a.g.e., İkinci kısım, c. 1, s. 270. Ayrıca bkz. TUNÇOMAÇ, a.g.e., c. 2, s. 117 vd.; GÖKTÜRK, a.g.e., s. 400; BİLGE, a.g.e., s. 64; ZEVKLİLER, a.g.e., s. 42; KANETİ, a.g.tk., s. 50; OLGAÇ, a.g.e., c. 3, s. 142; DALAMANLI, a.g.e., c. 2, s. 67; ALTUĞ, a.g.m., s. 3 vd..

21) GUHL/MERZ/KUMMER, *Das schweizerische Obligationenrecht*, 7. Aufl., Zürich 1980, s. 331. Aynı şekilde bkz. CAVIN, a.g.e., s. 74 vd.; AMAUDRUZ, a.g.t., s. 22 vd.; STANISLAS, *Guy, Le droit de résolution dans le contrat de vente (Sanction de l'inexécution des obligations contractuelles - Etude de Droit suisse)*, Genève 1979, s. 106-107; CAVIN, P., *Considérations sur l'action en garantie des défauts de la chose vendue*, Sem. Jud. 1969 (91), s. 329; HEIM, Jean-François, *La réparation de la chose défectueuse dans la vente au détail*, th. Lausanne 1972, s. 13; JAEGER, T., *Die Haftung des Verkäufers für die Mangel der Fahrniskaufsache nach schweizerischen Obligationenrecht*. Diss., Zürich 1911, s. 10; FIKENTSCHER, Wolfgang, *Schuldrecht*, 7. neubearb. Aufl., Berlin 1985, s. 429 vd.; BUCHER, Eugen, *Skriptum zum Obligationenrecht (Besonderer Teil)*, 2. erweit. Aufl., Zürich 1983, s. 52 vd.; KELLER/LÖRTSCHER, a.g.e., s. 68.

Bu konuda satıcının ayıba karşı tekeffül borcunu belirlemek bakımından yazarların verdikleri tanımların listesini daha fazla uzatacak değiliz. Yukarıda verilen tanımların, doktrinin, bu kavram ile ilgili tutumunu yeterince açıkladığı kanaatindeyiz.

b. Doktrinde verilen tanımların kısa bir değerlendirmesi ve sonuç

Doktrinde verilen tanımların topluca bir değerlendirmesi yapıldığında, bu tanımların, millî mevzuat hükümlerinden hareket ettiği ve genellikle satıcının ayıba karşı kanunî tekeffül borcu ile satılana ilişkin özel nitelik vaadi dolayısıyla olan tekeffül borcunun birlikte tanımlanmağa çalışıldığı görülmektedir. Böylece satıcının, bir taraftan satılanın değerini ya da sözleşme ile satılardan beklenen faydaları azaltan veya kaldıran eksikliklerden, diğer taraftan satılarda zikir ve vaad ettiği niteliklerin bulunmamasından ayıba karşı tekeffül hükümleri çerçevesinde alıcıya karşı sorumlu tutulması söz konusu olmaktadır.

Halbuki -yukarıda belirlendiği üzere- millî mevzuat hükümleriyle getirilen satıcının ayıba karşı tekeffül borcuna ilişkin tanımlar yeterince açık olmaksızın uzaktırlar. Bunun sebebinin de eski hukukların etkisiyle satıcının ayıba karşı tekeffül borcunun, onun (satıcının) bağımsız bir borcu olarak düzenlenmesi şeklinde izah edilebilmesi imkânı vardır. Gerçekten bütün sözleşmelere uygulanma niteliğine sahip genel hükümlerin, kanunlaştırma hareketleri sırasında ve daha sonraki yıllarda aynı model üzere oluşturulan kanunların özel borç ilişkilerini (tipik sözleşmeleri) düzenleyen hükümlerden önce yer almış olmasına rağmen, özel borç ilişkilerinde (çeşitli sözleşmelerde) aynı şekilde uygulanagelen hükümlerin genel hüküm niteliğini kazanmasından ibaret olduğu kolaylıkla gözlemlenebilir. Satım sözleşmesi de, bu sözleşmeler uygulamasında, uygulama alanı ve pratik önemi en geniş olan sözleşmedir. Bu sebeple satımın, hukuk sanatının kendisinden soyut kurallar çıkardığı yaşayan bir gerçek olduğu kolaylıkla söylenebilir; satım hükümleri, zamanla genel kural niteliğini kazanmışlardır²².

Aşağıda görüleceği gibi borçların gereği gibi ifa edilmemesinin ya da diğer bir deyimle borçların kötü ifasının teorik temellerinin yeterince gelişmediği hukuk dönemlerinde satıcının ayıba karşı tekeffül borcunun bir hukukî anlamı vardı. Ancak günümüzde özellikle hukukumuz açısından borcun gereği gibi ifa edilmemesi ya da kötü ifa edilmesi, Borçlar Kanununda borcun hiç ifa edilmemesi ile aynı hükümlere tabi kılınmıştır. Bu sebeple satıcının ayıba karşı tekeffül borcunu düzenleyen Borçlar Kanunu hükümlerini, eski hukukların bir kahntısı olarak nitelendiren yazarların düşüncelerine²³ aynen katılmaktayız.

22) TUNÇOMAĞ, *a.g.e.*, c. 2, s. 29-31; YAVUZ, *a.g.e.*, c. 1, s. 34.

23) CAVIN, *a.g.e.*, s. 73; STANISLAS, *a.g.e.*, s. 105-106; AMAUDRUZ, *a.g.t.*, s. 11-12; EDİS, *a.g.t.*, s. 2

O halde biz satıcının ayıba karşı tekeffül borcunun bağımsız bir tanımının yapılmasının bir faydasının olacağını kabul etmemekteyiz. Bu sebeple sadece «satıcının satılanın ayıplarından sorumluluğu»nu gerektiren durumları belirtmekle yetineceğiz. Bu da, satıcının aslî borcu olan satılanı teslim borcunun kapsamının belirlenmesini gerektirir. Bu konuyu çalışmamızın ilgili bölümünde ele alacağız²⁴. Burada ancak satıcının satılanı teslim borcunu satılanla ilgili nitelikler dolayısıyla gereği gibi ifa etmediği (kötü ifa ettiği) hallerde satıcının satılanın ayıplarından sorumluluğunun sözkonusu olduğu²⁵ yolunda bir tesbit yapılabilecektir. Zaten bu konuyu düzenleyen Viyana Konvansiyonunun 35. maddesinde satıcının ayıba karşı tekeffül borcunun kapsamından değil satıcının teslim borcunu borçlandığı edime uygun olarak yerine getirmesinden söz edilmektedir. Ancak Borçlar Kanunumuzun mevcut düzenlemesi görmemizden gelinemeyeceğine göre; biz çalışmamızda hem satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğundan, hem de genel hükümler çerçevesinde sorumluluğundan söz etmekte ve bu sorumlulukları inceleme amacını gütmekteyiz.

III. Satıcının ayıba karşı tekeffül borcunun hukukî niteliği

Burada öncelikle genel olarak satıcının ayıba karşı tekeffül borcunun hukukî niteliğini açıklayan görüşler üzerinde durulacak; sonra da satılanla ilgili özel nitelik vadinin hukukî niteliği açıklanmağa ve böylece özel nitelik vadinin doğan tekeffülde, özel nitelik vadinin, genel olarak ayıba karşı tekeffül borcunun hukukî niteliğinde değişikliğe yolaçıp açmadığı gösterilmeğe çalışılacaktır. Son olarak da konuyla ilgili görüşlerin genel bir değerlendirmesi yapılarak varılan sonuç açıklanacaktır.

1. Genel olarak satıcının ayıba karşı tekeffül borcunun hukukî niteliğini açıklayan görüşler

Genel olarak satıcının ayıba karşı tekeffül borcunun hukukî niteliğini açıklayan görüşler şu şekilde sıralanabilir²⁶ :

24) Bkz. aşağıda § 2, II ve III.

25) Kötü ifa ya da gereği gibi ifa etmeme kavramı için bkz. STANISLAS, s. 99-102; von TUHR/ESCHER, *Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts*, Bd. II, Zürich 1974, s. 107; TANDOĞAN, *Halûk, Rapport sur les différentes catégories d'inexécution des obligations conventionnelles et les sanctions qui y sont attachées en Droit turco-suisse*, Trav. Ass. H. Capitant, vol. XVII (1964), Paris 1968, s. 105 vd.; ARAL, *Fahrettin, Türk borçlar hukukuna göre kötü ifa*, daktilo basım, Ankara 1985, s. 91 vd..

26) Bu konuda toplu bilgi için bkz. FUBINI, *a.g.m.*, s. 278-333; EDİS, *a.g.t.*, s. 22 vd.; GHESTIN, *a.g.e.*, s. 181 vd.; CAVIN, *a.g.e.*, 73-74; STANISLAS, *a.g.e.*, s. 107-109; TUNÇOMAĞ, *a.g.e.*, c. 2, s. 118; TANDOĞAN, *a.g.e.*, c. 1/1, § 10, I : YAVUZ, *a.g.e.*, c. 1, s. 89-91.

a. *Satıcının ayıba karşı tekeffül borcunu hata hükümlerine göre açıklayan görüş*

BK. m. 23-27, hangi durumlarda ve hangi şartlarla hata sebebiyle yapılan sözleşmenin hükümsüz olmasının sözkonusu olacağını düzenlemiştir. Aşağıda görüleceği gibi BK. m. 24 f.1 b. 2'de düzenlenen eşyanın aynında hata ile b.4'de düzenlenen ve genellikle doktrinde temel hatası olarak bilinen akdin lüzumlu vasıflarında hata hali, satım sözleşmesinde satıcının satılanı teslim borcuna ilişkin olarak ortaya çıkabilir²⁷. Bu sebeple doktrinde bazı yazarlarca satıcının ayıba karşı tekeffül borcunun, hukukî niteliği itibarıyla BK. m. 23 vd.ında öngörülen hataya dayanan hükümsüzlük haliyle aynı nitelikte olduğu ileri sürülmüştür.

Örneğin *Demolombe*'a göre²⁸, satıcının ayıba karşı tekeffülden sorumluluğu, felsefî olarak eşyanın aynında hata ile aynı temele dayanır. Çünkü «ayıp» kavramı gibi «eşyanın aynında hata» kavramı da, sadece şeyin fizikî özelliklerine göre değil beşerî ihtiyaçlar düzeninde ifa ettiği fonksiyona ve tahsis oldukları kullanım amacına göre de belirlenir. *Capitant* da, açıkça kanunların ayıba karşı tekeffülden sorumluluğu ve eşyanın aynında hatayı ayrı ayrı düzenlemesinin sadece tarihî sebeplerle izah olunabileceğini yazmaktadır²⁹.

Böylece özellikle Fransız hukukçularının savunduğu bu görüşte, satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğu ile eşyanın aynında hata, niteliği ve hukukî temeli aynı olan müesseselerdir. Hukukumuzda ve İsviçre hukukunda, böyle bir durumda, alıcının dilerse ayıba karşı tekeffül çerçevesinde, dilerse hata hükümleri çerçevesinde hareket edebileceğini kabul eden baskın görüş de, sonuçta temelini bu düşüncelerden almaktadır³⁰. Bu konuyu ileride ayrıntılı olarak incelemeyi planladık³¹. Ancak 4.6.1958 günlü ve E. 1958/15 K. 1958/6 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararının gerekçesinde yer alan «Esasen bu durum için kanunda ayrıca hüküm konulmuş olması, o durum karşısındaki hükmün kabul ettiği neticeleri doğuracak olan başka hükümlerin dahi o duruma

27) *Bu konu için bkz. aşağıda §5, III. Ayrıca bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, N., Güven nazariyesi karşısında borç sözleşmelerinde hata kavramı, İstanbul 1968, s. 152 vd.; EDİS, S., Türk-İsviçre Borçlar Hukuku sistemine göre akdin lüzumlu vasıflarında hata, doçentlik tezi, Ankara 1973, s. 80; EREN, F. Borçlar hukuku - Genel hükümler, c. 2, Ankara 1986, s. 40, s. 41 vd..*

28) *DEMOLOMBE, a.g.e., t. 2, s. 108-109 n. 107. Aynı anlamda bkz. LAURENT, a.g.e., t. 24, s. 273; FOURNIER, a.g.t., s. 128-135; MAURY, a.g.m., s. 491.*

29) *CAPITANT, a.g.e., s. 232 n. 106. Ayrıca bkz. RIPERT/BOULANGER/ESMEIN, t. 6, s. 221 n. 184; DE BERNON, a.g.t., s. 14.*

30) *Bu konuda bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Hata kavramı, s. 73 vd.; EDİS, Akdin lüzumlu vasıflarında hata, s. 84 vd.; EREN, a.g.e., c. 2, s. 48-49; FEYZİ-OĞLU, a.g.e., İkinci kısım, c. 1, s. 272-273; ARSLANLI, a.g.e., s. 261 vd.; STAUDER, a.g.m., in Les ventes internationales, s. 127.*

31) *Bkz. aşağıda § 5, III.*

tatbik olunmasına engel sayılmamaktadır. Nitekim, satılan malın ayıplı olması halinde Borçlar Kanununun 203 üncü maddesi uyarınca akdin feshi istenebileceği gibi Borçlar Kanununun 24 üncü maddesinin 4 üncü bendi hükmünce vassıfta yanılma esasına dayanılarak da akdin feshi cihetine gidilebilir»^{31a} şeklindeki düşüncelerin, burada savunulan görüşlerle paralellik gösterdiği müşahade edilmektedir.

b. Satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğunu akdin müzakerelerinde kusur (culpa in contrahendo) hükümleri çerçevesinde açıklayan görüş

Akdin müzakerelerinde kusur (culpa in contrahendo), sözleşmenin kurulmasından önceki safhada tarafların birbirlerine karşı olan sözleşme öncesi bilgi verme borcunun (obligaiton précontractuelle de renseignements) ihlâl edilmesi niteliğindedir. Böylece sözleşme öncesi bilgi verme borcunun kabul edilmesiyle, kurulmakta olan sözleşmeye ilişkin taraf iradelerinin, serbestçe düşünülmüş ve bilgili olarak açıklanması sağlanmış olmaktadır³². İşte bu sözleşme öncesi bilgi verme borcunu ihlâl eden taraf, dürüstlük kuralına aykırı hareket etmiştir ve bu sebeple meydana getirdiği zarardan sorumludur. Sözleşme müzakerelerinde kusurdan doğan sorumluluk olarak nitelendirilen bu sorumluluğun, haksız fiil sorumluluğu mu yoksa akdî sorumluluk hükümlerine mi tâbi olduğu sorunu tartışmalıdır³³.

Doktrinde savunulan bir görüşe göre, satıcının ayıba karşı tekeffül borcu, culpa in contrahendo sorumluluğa dayandırılmalıdır. Böylece ayıba karşı tekeffül sorumluluğu, culpa in contrahendo sorumluluk ile aynı esaslara ve şartlara tabi olan bir sorumluluk şekli durumundadır³⁴. Şöyle ki: «Satıcı, akdin inikadı sırasında inikada veya tam olarak teşekküle engel olan noksanlığı (ayıbı) bilmemek suretiyle bir kusur ika etmiştir. Alıcı, onun bu kusurlu hareketinden, hakkaniyet kaidelerine göre tazmin edilmesi lâzım gelen bir zarara dûçar olmuştur. Akdin inikadı sırasında satıcının noksanlığa (ayıba) vâkıf olmayışının mazur görülebilir olması bile, satıcıyı sorumluluktan kurtaramaz. Satıcının kusuru, bizatihi satmak vâkiasındadır»³⁵.

c. Satıcının ayıba karşı tekeffül borcunu garanti sözleşmesine benzeten ve bu şekilde açıklayan görüş

Bilindiği gibi «garanti sözleşmesi, bir kimsenin başkasını belli bir hareket tarzına yöneltmek amacıyla o kişi için doğacak tehlikeleri kısmen veya tama-

31a) RG. nu. 10021.

32) GHESTIN, a.g.e., s. s. 103 n. 96.

33) Bu konuda bkz. aşağıda § 5, II.

34) Bu konuda bkz. EDİS, a.g.t., s. 23-25.

35) Bu özetleem için bkz. EDİS, a.g.t., s. 24-25. Ayrıca bu görüşte olarak bkz. GUHL/MERZ/KUMMER, a.g.e., s. 87; WINIGER, a.g.t., s. 61; LUTHI, a.g.t., s. 78 vd..

men üzerine alması borcunu doğuran bağımsız nitelikte bir sözleşmedir»³⁶. Bu özellikleri itibarıyla garanti sözleşmesi, kanunda düzenlenmemiş ve bu sebeple de kendisine özgü yapısı olan (sui generis) sözleşme niteliğine sahiptir³⁷.

Doktrinde savunulan bir başka görüş, satıcının ayıba karşı tekeffül borcu ile garanti sözleşmesinde garanti verenin «garanti taahhüdü» arasında özdeşlik bulunduğunu savunmaktadır. Özellikle satıcının satılanla ilgili özel nitelik vaadi dolayısıyla tekeffül borcu altında olduğu durumlarda, bu özdeşlik, en belirgin şekilde kendini göstermektedir. Satıcının ayıba karşı tekeffül borcunda da, onun (satıcının) kanundan doğan bir garanti borcunun varlığı sözkonusudur³⁸. O halde satıcının ayıba karşı tekeffül borcu, kanun gereği ya da satıcının kendi iradesiyle satılanın nitelikleri ile ilgili olarak garanti taahhüdü altına girdiği durumlarda gerçekleşebilir ve bu sebeple garanti sözleşmesinin bir özel uygulama alanıdır.

d. Satıcının ayıba karşı tekeffülden sorumluluğunu bir gereği gibi ifa etmeme (kötü ifa) olarak açıklayan görüş

Satıcının ayıba karşı tekeffülden sorumluluğunu, bir gereği gibi ifa etmeme (kötü ifa) olarak açıklayan yazarların görüşlerini de, iki grupta özetleme imkânı vardır. Şöyle ki :

aa. Satıcının ayıba karşı tekeffülden sorumluluğunu sadece çeşit satımında kanunî tekeffüle ilişkin olarak bir gereği gibi ifa etmeme (kötü ifa) sayan görüş

Doktrinde savunulan bir görüşe göre, ayıplı satılan teslim etme suretiyle satım sözleşmesinin kendisine yüklediği satılanı teslim ve mülkiyeti geçirme borcunu yerine getiren satıcının bu hareketi, sözkonusu ayıbın, taraflarca sözleşmenin kurulmasında satılanı yönelik bir saik düzeyinde değerlendirilebileceği durumlarda; BK. m. 96 (OR. Art. 97) anlamında bir gereği gibi ifa etmeme (kötü ifa) teşkil etmez. Özellikle parça satımında ifa borcu, ayıba karşı tekeffül borcundan farklı bir muhtevaya sahiptir; satıcı, sözleşmeye göre uygun zamanda ve uygun yerde ifade bulunduğu, kendi borcunu ifa etmiş olacak ve bir «*edim borcu*» (*Leistungspflicht*) ihlâli gerçekleşmeyecektir. Fakat bu durumda ayıplı bir satılan teslim eden satıcı, *ayıba karşı tekeffül borcunu* (*Ge-*

36) TANDOĞAN, a.g.e., c. II, s. 606. Ayrıca bkz. REİSOĞLU, *Garanti mukavelesi*, s. 9. Yar. İçt. Bir. K., 16.6.1969 gün ve 4/6 s.lı k. (RG. nu. 13317).

37) TANDOĞAN, a.g.e., c. II, s. 644.

38) Bu görüşün açıklaması için bkz. EDİS, a.g.t., s. 25-28. CAVIN de, bu görüşte olduğu izlenimi veren ifadeler kullanmaktadır: «*Ayrıp sebebiyle tekeffül, konusu itibarıyla OR. Art. 111'deki başkasının fiilini taahhüdün bir özel durumu olan ve garanti verenin belirli bir fiilî durumun sorumluluğunu yüklediği garanti sözleşmesine benzetilebilir*». (a.g.e., s. 74).

währleistungspflicht) ihlâl etmiş olacaktır. Ancak sadece *parça (Speziessache)* satımında böyle bir sonuca varılabilir. Çeşit (*Gattungssache*) satımında ayıplı ifa, daima BK. 96 (OR. Art. 97) vd. hükümleri çerçevesinde gereği gibi ifa etmemeyi (kötü ifayı) oluşturacaktır³⁹.

Diğer taraftan, satıcının, bir çeşit ya da parça satımının önemi sözkonusu olmaksızın, satılana ilişkin özel nitelik vaadi dolayısıyla tekeffül borcu altına girdiği durumlarda, ayıplı satılan teslim etmek suretiyle satım sözleşmesine bağlı satılanı teslim ve mülkiyetini geçirme borcunu ifa etmesi halinde: onun bu ifası, gereği gibi ifa etmeme (kötü ifa) teşkil edecektir. Çünkü bu ihtimalde, satıcı, özel nitelik vaadi dolayısıyla satılana ilişkin ayıplı giderme yükümlülüğü altındadır; o, bu borcunu yerine getirmediği yani ayıplı satılan teslim ettiği için. BK. m. 96 anlamında borcunu kötü ifa etmiş olacaktır. O halde bu durumda satıcının sorumluluğunun belirlenmesinde kötü ifaya ilişkin kanunî düzenlemeden de yararlanma imkânı gerçekleşecektir^{39a}.

Böylece bu görüş çerçevesinde satıcının kanunî ayıba karşı tekeffül borcunun bir kötü ifa olarak değerlendirilmesi, sadece çeşit satımlarında (*ventes de choses de genre ou d'espèce*) mümkün görülmektedir. Diğer durumlarda ve özellikle parça satımında satıcının sadece ayıba karşı tekeffül düzenlemesi içinde sorumluluğu gerçekleşecektir. Diğer taraftan bu görüşün önemli savunucularından *Stauffer*'e göre, özel nitelik vaadi dolayısıyla sorumluluk durumlarında (*promissum*), satılanın lüzumlu niteliklerinden sorumluluk durumlarında olduğu gibi (*dictum*) kanuna dayanan sorumluluk hali vardır. O halde bu düşünce çerçevesinde *özel nitelik vaadinden (Zusicherung)* sorumlulukta da, satımın parça ya da çeşit satımı olmasına göre yukarıda belirlenen sonuçlara varılması gerekecektir⁴⁰.

bb. Satıcının ayıba karşı tekeffülden sorumluluğunu her durumda bir gereği gibi ifa etmeme (kötü ifa) sayan görüş

Doktrinde savunulan bir başka görüşe göre, satıcının ayıba karşı tekeffülden sorumluluğu, bu sorumluluğun gerçekleştiği bütün durumlarda bir gereği gibi ifa etmeme (kötü ifa) olarak değerlendirilmelidir. Şöyle ki:

Çeşit satımında (Gattungskauf), BK. m. 70 hükmünün uygulanması sonucu, satıcının orta nitelikte bir şeyi teslim etme borcu vardır. Satıcı, BK. m. 194

39) Bu görüşte olan yazarlar olarak bkz. BECKER, *Kommentar, Vorb. Art. 197-210, N. 1*; von BÜREN, *a.g.e., Bd. I, s. 384*; BURLET, F., *Die Sachmängelwährleistung und ihrer Verhältnis zu den Bestimmungen über nichterfüllung und Irrtum, Diss., Zürich 1949, s. 47*; STAUDER/STAUDER, *a.g.m., in Les ventes internationales, s. 163-164*; TUNÇOMAĞ, *a.g.e., c. 2, s. 97*.

39a) Bkz. dn. 39'da anılan yazarlar.

40) STAUFFER, W., *Von der Zusicherung gemäss. Art. 197 OR, ZBJV 80 (1944), s. 145 vd.*

(OR. Art. 197) anlamında özel nitelik vaadinde bulunmuşsa; sadece BK. m. 70'e uygun ifa ile borcundan kurtulmuş olmaz, ayrıca sözleşme hükmü haline gelen özel nitelik vaadine uygun ifade bulunması gerekir. Diğer durumlarda ise, BK. m. 70 (OR. Art. 71) hükmü ile aranan nitelikler, edimin taşınması zorunlu esaslı nitelikler olarak değerlendirilirler. Her iki durumda da bu şartları taşımayan satıcının ifası, BK. m. 96 anlamında gereği gibi ifa etmeme (kötü ifa) teşkil eder⁴¹.

Aynı şekilde *parça satımında* da (*Stückkauf*) ayıplı bir satılanın teslim edilmiş olması, kötü ifa olarak değerlendirilmelidir. Çünkü bu durumda, ayıplı satılan teslim edildiğinde, satım sözleşmesi ile belirlenen yükümlülükler riayet edilmemiş olmaktadır⁴².

O halde ayıba karşı tekeffülden doğan sorumluluk, her durumda kötü ifa olarak nitelendirilebilecek bir sorumluluk şeklidir. Zaten Borçlar Kanununun satım sözleşmesini düzenleyen maddelerinin kenar başlıkları da bu düşünceyi doğrulamaktadır. Gerçekten BK. m. 182 ve m. 182, satım sözleşmesine ilişkin genel hükümler getirirken; BK. m. 185 vd. hükümlerde satıcının borçları, bu arada BK. m. 194 vd. hükümlerde satıcının ayıba karşı tekeffül borcu düzenlenmiştir. Bu durumda satıcının, satım sözleşmesini tam ve doğru tarzda ifa edebilmesi için, ifa muamelesinde bu borçlarına uygun hareket etmesi gerekir. Aksi halde satıcı, satılanı teslim ve mülkiyetini geçirme borcunu kötü ifa etmiş (gereği gibi ifa etmemiş) olacaktır⁴³.

Burada açıklanan görüşü özetlemesi bakımından *Kocayusufpaşaoğlu'nun* şu satırlarını aynen alıyoruz: «Doğru bir sonuca varabilmek için, (...), ayıpsız ifanın mahiyetinden hareket etmek, sonra kanunun özel hükümlerinin varılan

41) STAUDER/STAUDER, *a.g.m.*, in *Les ventes internationales des marchandises*, s. 163.

42) SCHUBIGER, A., *Verhältnis der Sachgewährleistung zu den Folgen der Nichterfüllung oder nicht gehörigen Erfüllung*, Diss., Bern 1957, s. 31 vd..

43) JAEGER, Th., *Die Haftung des Verkäufers für die Mängel der Fahrnis-kaufsache*, Diss., Zürich 1911, s. 12. Ayrıca bkz. GIGER, *Kommentar, Vorb. Art. 197-210 N. 17*; BALDI, P., *Über die Gewährleistungspflicht des Verkäufers von Aktien*, Diss., Zürich 1975, s. 47; NEUENSCHWANDER, M., *Die Schlechterfüllung*, Diss., Bern 1971, s. 26, 34; OSER/SCHÖNENBERGER, *Kommentar, Art. 184 N. 43 ve Art. 192 N. 1*; AMAUDRUZ, *a.g.t.*, s. 14; AREF, A., *De la théorie générale de la garantie pour vices cachés, à l'exclusion de la vente et échange d'animaux domestiques*, th. Paris 1936, s. 131 vd.; PALANDT, *Kommentar zum BGB § 459 N. 1*; STANISLAS, *a.g.e.*, s. 108; GHESTIN, *a.g.e.*, s. 197 vd.; GHESTIN, *La notion d'erre-ur*, s. 339 n. 290; MERZ, H., *Sachgewährleistung und Irrtumsanfechtung, Fest. für GUHL*, s. 96 dn. 15; STAUDINGER/OSTLER, *Kommentar, Vorb. § 459 N. 3*; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, *a.g.e.*, s. 68 dn. 84; ARSLANLI, *a.g.e.*, s. 65 vd.; KANE-Tİ, S., *Akdin ifa edilmediği def'i*, İstanbul 1962, s. 112 vd.; SEROZAN, R., *Sözleşmeden dönme İstanbul 1975 s. 308 vd.*; ARAL, *a.g.e.*, s. 99 vd.; TANDOĞAN, *a.g.e.*, c. I/I, § 7, I; KELLER/LÖRTSCHER, *a.g.e.*, s. 46, s. 68-70.

sonuca ne ölçüde uygulama alanı bıraktıklarını araştırmak gerekir. Bu açıdan şeyi kararlaştırılmış vasıfları ile (ayıpsız) teslim etmenin, (...), MK. 2'de yeralan ve sözleşmenin yorumlanmasına esas olan *dürüstlük* (objektif iyiniyet) kuralı gereğince de, satıcının (ayıplı olup olmamasına bakılmaksızın) satılan belirli şeyi teslim etmekle ifa mükellefiyetini yerine getirmiş olacağını söylemek, tamamen şekli bir ifa kavramı ile yetinmek demek olurdu. (...) Alıcının sözleşmeye bağlamağa mezun olduğu *güveni* ihlâl eden bir ifa (...), sözleşme anlamında tam bir ifa sayılamaz. Böylece, ayıp hükümlerinin kaynağını *sözleşmede* bulan, ayıplı ifayı sözleşmeden doğan *borcun yerine getirilmemesinin* (ademi ifasının) özel olarak düzenlenmiş bir çeşidi (kötü ifa) sayan görüşü benimsemiş oluyoruz»⁴⁴.

e. *Satıcının ayıba karşı tekeffülden sorumluluğunu kendisine özgü yapısı olan (sui generis) bir müessese olarak değerlendiren görüş*

Doktrinde savunulan bir başka görüş, satıcının ayıba karşı tekeffülden sorumluluğunu, kendisine özgü yapısı olan (sui generis) bir sorumluluk hali olarak değerlendirmektedir.

Örneğin *Cavin*'e göre, ayıplar dolayısıyla tekeffül, hukukumuzda, kanunun satıcı aleyhine tesis ettiği özel bir borç olarak varlığını sürdürmektedir. Satıcının bu kanunî borcu, onun satılanı teslim etme ve mülkiyeti geçirmeden ibaret olan aslî borçlarına eklenmekte, fakat bu aslî borçtan ayrı olarak varlığını sürdürmektedir. Satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğuna ilişkin bu özel düzenleme, borçların genel olarak ifası ve irade sakathı konularıyla karıştırılmamalıdır⁴⁵.

Özellikle yukarıda satıcının ayıba karşı tekeffülden sorumluluğunda, sadece çeşit satımında kanunî ayıba karşı tekeffülde bir kötü ifa durumu gören görüş açısından, diğer durumlardaki satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğu, kendisine özgü yapısı olan (sui generis) bir sorumluluk olarak değerlendirilmektedir⁴⁶.

f. *Satıcının ayıba karşı tekeffülden sorumluluğunun temelini tehlike (risk) esasına dayandıran görüş*

Burada satıcının ayıba karşı tekeffülden sorumluluğunun temelini açıklamak bakımından ileri sürülen risk (tehlike) görüşü, ünlü hukukçu Saleilles'in

44) *KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, a.g.e., s. 68 dn. 84. Aynı anlamda bkz. Yarg. 13. HD. nin 15.11.1982 gün ve 1982/6089-6807 s. lı k.ı (İKİD. 1986, s. 1417); Yarg. 13. HD. nin 16.11.1981 gün ve E. 1981/6502 K. 1981/7308 s. lı k.ı (YKD. 1982, s. 226 - 230); Yarg. HGK. nun 10.4.1985 gün ve E. 1983/13-675 K. 1983/308 sayılı kararı (İKİD. 1986, s. 4127).*

45) *CAVIN, a.g.e., s. 73-74 ve ayrıca karş. yukarıda dn. 38. Keza bkz. AREF, a.g.t., s. 113 vd..*

46) *Bkz. yukarıda dn. 39'da anılan yazarlar.*

geliştirdiği risk (tehlike) prensibi ile karıştırılmamalıdır. Gerçekten *Saleilles'e* göre, gözönünde tutulması gereken risk (tehlike), ekonomik faaliyetin tesadüf unsurunu oluşturmaktadır ve böylece garanti (tekeffül) de, bir ekonomik riskten (tehlikeden) sorumlu tutulmak şeklinde tanımlanmaktadır. Bu şekliyle garanti (tekeffül), genel sorumluluk sistemi içinde değerlendirilmektedir. Buna göre herkes kendisinin meydana getirdiği tehlikeden sorumludur ve bunun karşılığı olarak kendi faaliyeti sonucu oluşan yararlarından da istifade edecektir⁴⁷.

Burada ayıba karşı tekeffül sorumluluğunu açıklamak bakımından *Brinz* tarafından ileri sürülen tehlike (risk) görüşü, *Saleilles'in* düşüncelerinden farklıdır. *Brinz'e* göre, Roma hukukunda satıcının ayıba karşı tekeffül borcu öngörülmele, satılanın oluşturduğu risklerden (tehlikelerden) satıcıyı sorumlu tutma amacı vardır; çünkü sözü geçen satılardaki ayıpların meydana geldiği sırada satılanın maliki satıcıdır. Satılanın ayıplarından sorumlulukta, satılanın mülkiyetinin satıcıda olduğu devrede satılana ilişkin bazı tehlikelerin ayıp adı altında ortaya çıkması durumu sözkonusudur. Bu sebeple satıcının satılanın ayıplarından sorumluluğunu bir tehlike (risk) sorumluluğu olarak değerlendirme imkânı vardır^{47a}.

g. *Satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğunu varsayım (pré-supposition) esasına dayandıran görüş*

Alman hukukçusu *Windscheid'a* kadar dayandırılması imkânı olan, satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğunu varsayım (présupposition, faraziye) esasına dayandıran görüş, esas itibarıyla *Fubini* tarafından savunulmuştur⁴⁸.

Gerçekten *Fubini'ye* göre, alıcı, satın aldığı satım konusunun bazı belirli nitelikleri taşıdığı varsaymaktadır (farzetmektedir). Burada esas itibarıyla âkitlerin sözleşme ile takip ettikleri ve kendisi olmaksızın sözleşmeyi yapmayacak oldukları asıl amaç gözönünde tutulmaktadır. O halde satılan, herşeyden önce sözleşme ile ulaşılmak istenen sonucun gerçekleşmesini sağlayacak nitelikleri taşımalıdır. Aksihalde alıcı, satıcıyı, satılana ilişkin ayıplardan sorumlu tutabilecektir^{48a}.

47) *SALEILLES, Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet du Code civil pour l'empire Allemand, 3. éd., Paris 1914, s. 212. Ayrıca bkz. AREF, a.g.t., s. 113 vd..*

47a) *BRINZ, Lehrbuch der Pandekten, t. II (NANA, a.g.e., s. 110'dan naklen).*

48) *FUBINI, R., Nature juridique de la responsabilité du vendeur pour les vices cachés, Rev. trim. dr. civ. 1903, c. 2, s. 279 vd..*

48a) *Bu görüşün açıklaması için ayrıca bkz. NANA, a.g.e., s. 112.*

h. Satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğunu hakkaniyet (équité) esasına dayandıran görüş

Özellikle Alman hukukçusu *Larenz* tarafından savunulan, satıcının ayıplardan sorumluluğunu hakkaniyet (équité: Billigkeit) esasına dayandıran görüşe göre, satıcının ayıba karşı tekeffül borcu, onun satılanı teslim ve mülkiyetini geçirme borcunun doğrudan ve doğal bir sonucu değildir. Aksine ayıba karşı tekeffül borcu, satılanın taşıdığı ayıplar dolayısıyla satım sözleşmesi taraflarının sözleşmeyi yaparken kurdukları dengenin bozulmasını gidermek suretiyle bu dengenin yeniden kurulmasını sağlayan bir hukukî araç niteliğindedir⁴⁹.

Böylece bu görüş çerçevesinde satıcının ayıba karşı tekeffül borcunun esası, hakkaniyet kavramıyla açıklanmış olmaktadır⁵⁰.

2. Özel nitelik vaadi (bildirilmiş nitelikler) sebebiyle tekeffülde satıcının özel nitelik vaadinin (nitelik bildirmesinin) hukukî niteliğini açıklayan görüşler

Burada sadece ele alınan satıcının ayıba karşı tekeffül borcunun hukukî niteliği konusuna açıklık kazandırmada yararlanılmak üzere özel nitelik vaadi (nitelik bildirme) sebebiyle tekeffülde satıcının özel nitelik vaadinin (nitelik bildirmesinin) hukukî niteliği üzerinde durulacaktır.

Doktrinde özel nitelik vaadi sebebiyle ayıba karşı tekeffül borcunun temeli oluşturulan nitelik bildirmenin hukukî niteliğini açıklamak bakımından çeşitli görüşlerin ileri sürüldüğü görülmektedir. Şöyle ki :

a. Satıcının satılanın niteliklerine ilişkin bildirimini (vaadini) sözleşme (promissum) olarak değerlendiren görüş

Satıcının özel nitelik vaadinin hukukî niteliğini açıklamak için ileri sürülen görüşlerden en eskisi, bu durumu sözleşme (daha doğrusu satıcının nitelik bildirmesini bir sözleşme hükmü) olarak değerlendiren görüştür. Zaten Roma hukukunun ilk devirlerinde satıcının ayıba karşı tekeffül borcunun varlığı için, onun (satıcının) akdî nitekte bir taahhüdünün bulunması gerekmektedir. Günümüzdeki kanunî düzenlemelerde yeralan satıcının satılanla ilgili özel nitelik vaadinde bulunması durumu, bazı yazarlarca akdî nitelikte olarak değerlendirilmektedir. Özellikle Alman hukukçularının bu görüşe rağbet ettikleri⁵¹, İsviçre'de de bazı yazarların bu görüşü savundukları⁵² görülmektedir.

49) *Bu anlamdaki açıklamalarımız için bkz. yukarıda I.*

50) *LARENZ, K. Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II, Besonderer Teil, 11. Aufl., München 1977, § 37, s. 55-56.*

51) *Örnek olarak bkz. LARENZ, a.g.e., § 41, I, b, s. 59 n. 2; STAUDINGER/HONSELL, Kommentar, § 459 N. 51.*

52) *JAEGER, a.g.t., s. 26; BECKER, Kommentar, Art. 197 N. 9 ve 11; GIGER, Kommentar, Art. 197 N. 10; MERZ, a.g.m., s. 96.*

Bu görüşe göre, satıcının özel nitelik vaadinin varlığından sözedilebilmesi için, onun (satıcının) satılarda bazı niteliklerin bulunduğunu ya da bazı niteliklerin bulunmadığını taahhüt etmesi (animo obligandi) ve alıcının da buna uygun irade açıklaması ile bu taahhüdü kabul etmesi lâzımdır. Böylece özel nitelik vadi taraf iradeleriyle satım akdinin bir hükmü haline getirilmiş olmaktadır⁵³.

b. Satıcının satılanın niteliklerine ilişkin bildirimini tek taraflı hukukî muamele olarak değerlendiren görüş

Bir başka görüşe göre, satıcının satılanla ilgili nitelik bildirmesi, akdî taahhüt değil fakat tek taraflı işlem olarak değerlendirilmelidir. Burada sadece satıcının satılanla ilgili tek taraflı yaptığı özel nitelik vaadini (nitelik bildirmeyi) konu edinen bir irade açıklamasında bulunması sözkonusudur.

Böylece satıcının örneğin satılanın şu ya da bu nitelikleri haiz olduğunu kabul etmesi, onun sorumlu tutulabilmesi için yeterlidir. Ancak özel nitelik vaadinin satıcıyı bağlamayan reklâmlardan ve beyanlardan dikkatlice ayırt edilmesi gerekir⁵⁴.

c. Satıcının satılanın niteliklerine ilişkin bildirimini tasavvur açıklaması olarak değerlendiren görüş

Doktrinde savunulan bir başka görüşe göre, satıcının satılanla ilgili nitelik bildirmesi, BK. m. 194 hükmüyle (OR. Art. 197) kendisine hukukî sonuç bağlanan tasavvur ya da bilgi açıklaması (Vorstellungsausserung) olarak nitelendirilmektedir⁵⁵. Böylece burada bir kanun hükmüyle bir bilgi ya da tasavvur açıklamasına hukukî sonuç bağlanması sözkonusu olmaktadır⁵⁶.

Gerçekten bu konuyu ilişkin BK. m. 194'de yeralan hüküm, Roma hukukundaki -promissum'un aksine olarak- dictum'a uymaktadır. Böylece satıcının herhangi bir satılanla ilgili bilgi ya da tasavvur açıklaması, (onun) sorumlu tutula-

53) Bu görüşün bu şekildeki açıklaması için bkz. EDİS, a.g.t., s. 50.

54) OSER/SCHANENBERGER, Kommentar, Art. 197 N. 8; BİLGE, a.g.e., s. 65. Bu görüşün açıklaması için bkz. EDİS, a.g.t., s. 51.

55) Bu konuda bkz. von TUHR/PETER, a.g.e., § 23, I, 2.

56) von TUHR/PETER, a.g.e., § 23, dn. 18; STAUFFER, a.g.m., s. 148; JAEGGİ, P., Die Zusicherung von Eigenschaften der Kaufsache, Fest, für GUHL, s. 66 vd.; CAVIN, a.g.e., s. 80-81; STANISLAS, a.g.e., s. s. 109-110; AMAUDRUZ, a.g.t., s. 60; von BÜREN, a.g.e., Bd. II, s. 49; MENGHINI, E. Die Zusicherung von Eigenschaften nach Art. 197 des schweizerischen Obligationenrechts. Diss., Freiburg 1949, s. 1. 49; SCHENKER, O., Die Zusicherung von Eigenschaften beim Kauf, Diss., Bern 1949, s. 36; TUNÇOMAĞ, a.g.e., c. 2, s. 147; TANDOĞAN, a.g.e., c. I/1, § 10, II, 1, b, dn. 14'e ait metin; BGE 71 II 239; JdT 1946 I 85; BGE 73 II 218; JdT 1948 I 362; BGE 91 II 344; JdT 1966 I 530.

bilmesi için yeterlidir. O halde bu ihtimalde de satıcının, niteliği itibarıyla akdî değil fakat kanunî tekeffül borcunun varlığı kabul edilebilecektir⁵⁷.

3. Görüşlerin değerlendirilmesi ve sonuç

Düşüncemize göre satıcının nitelik bildirmesi sebebiyle ayıba karşı tekeffülden sorumlu tutulduğu durumlarda, onun satılana ilişkin nitelik bildirmesi, bir bilgi ya da tasavvur açıklaması olarak değerlendirilmelidir. Şu halde BK. m. 194 (OR. Art. 197) anlamında satıcının sadece bilgi ya da tasavvur açıklaması niteliğinde satılana ilişkin bir beyanda bulunması, onun ayıba karşı tekeffül sorumluluğu için yeterli olacaktır. Böylece satıcının nitelik bildirme sebebiyle tekeffül borcu altında bulunduğu durumlarda da, satıcının kanuna dayanan bir ayıba karşı tekeffül sorumluluğu durumu gerçekleşmektedir. Satım sözleşmesinin geçerliliğinin şekle bağlı olduğu durumlarda bile, satıcının tasavvur açıklaması niteliğindeki nitelik bildirmesinin bir geçerlilik şekline uyularak yapılması gereği yoktur. Bu durumda satıcının hem satılanın lüzumlu niteliklerinden dolayı tekeffül borcunda hem de satılana ilişkin nitelik bildirme sebebiyle tekeffül borcunda kanuna dayanan bir sorumluluk durumu gerçekleşmektedir. O halde satıcının ayıba karşı tekeffül borcunun hukukî niteliği, her iki durumu kapsayacak şekilde müştereken tesbit olunabilecektir; yani her iki tekeffül durumunda da aynı şekilde nitelendirmenin kabul edilmesi lâzım gelecektir.

Satıcının ayıba karşı tekeffül borcunun bağımsız bir borç olduğu düşüncesinde değiliz. Gerçekten satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun bağımsız tarzda kanun hükümleriyle düzenlenmesi, ancak tarihî sebeplerle açıklanabilir. Böylece satıcının satılanı teslim ve mülkiyeti geçirme borcunun kapsamında düşünülebilecek bir borcun varlığı kendisini göstermektedir. Satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun gerçekleştiği her durumda, bu aslî borcun kötü ifa edilmesi sözkonusu olacaktır. Yukarıda belirlendiği gibi 11.4.1980 tarihli Viyana Sözleşmesinde de, bu esastan hareket edilmek suretiyle satıcının ayıba karşı tekeffül borcu düzenlenmiştir. O halde satılanın ayıplarından sorumluluğun bir kötü ifa sorumluluğu olarak değerlendirilmesi, yeni gelişmelere de uygun düşmektedir.

Gerçekten -tekrarlamak gerekirse- Viyana Sözleşmesinin 25. maddesine göre, taraflardan birinin sözleşmeyi ihlâl etmesi, diğer tarafın haklı olarak sözleşmeden beklediği yarardan fiilen mahrum kalmasını sağlayacak şekilde zarara yol açması durumunda, esastır; meğer ki ayıplı ifade bulunan taraf, bu sonucu öngörmemiş ve aynı durumdaki aynı niteliklere sahip makul bir kişi de böyle bir sonucu öngöremeyecek olsun. Bu sözleşmenin 30. maddesine göre «satıcı, sözleşmede ve işbu Konvansiyonda öngörülen şartlar içinde, emtiayı teslim etmek, mülkiyetini geçirmek ve varsa, emtiaya ilişkin belgeleri vermekle yüküm-

57) *Bu görüşün açıklaması için bkz. CAVIN, a.g.e., s. 81; EDİS, agt., s. 51.*

lüdür». Yine Sözleşme'nin 31.-34. maddeleri arasında emtianın teslimine ve belgelerin verilmesine ilişkin olmak üzere; m. 35-44 arasında «emtianın uygunluğu ve üçüncü kişilerin haklarıyla iddiaları» konularına dair hükümler getirilmektedir. Satıcının bu borçlarına aykırı hareket etmesine ilişkin hükümler de, m. 45-52 arasında, «satıcının sözleşmeyi ihlâl etmesi durumunda alıcının yararlanabileceği vasıtalar» başlığı altında getirilmektedir. Böylece -yukarıda da açıklandığı gibi- satıcının bütün borçlarının aynı hukukî yaptırımlara tabi kılınması yolu tercih edilmiş olmaktadır⁶⁸.

Diğer görüşlerin ayıba karşı tekeffülden sorumluluğun hukukî niteliğini tam olarak açıklayabildiği düşüncesinde değiliz. Gerçekten diğer görüşlerin, bu sorumluluğun sadece belirli özelliklerine ağırlık vererek bir nitelik tesbitine çalıştıkları kolaylıkla gözlemlenebilir. Örneğin ayıba karşı tekeffülden sorumluluğu, hata kavramına başvurarak açıklayan görüş, bu sorumluluğun gerçekleşmesi halinde alıcının satım parasının indirilmesi talebinde bulunması imkânını açıklamamaktadır⁵⁹. *Edis'e göre*, ayıba karşı tekeffül sorumluluğu, sözleşmenin niteliğinden doğan bir borçtur ve teslim ânında sözkonusu olur; yani bu sorumluluk, tam bir şekilde teşekkül etmiş bir sözleşmeden doğmuş olan bir borcun yerine getirilmemesinin yaptırımı (müeyyidesi) olarak ortaya çıkmaktadır⁶⁰.

Aynı şekilde satıcının ayıba karşı tekeffülden sorumluluğunun, culpa in contrahendo kavramı etrafında da hukuken değerlendirilebilmesi imkânı bulunmamaktadır. Çünkü hukukî mahiyeti hangi görüş çerçevesinde açıklanırsa açıklansın culpa in contrahendo sorumluluğun esası, kusura dayanan bir sorumluluk olmasıdır. Halbuki ayıba karşı tekeffülde kanunun öngördüğü şartlar içinde satıcının satılanın ayıplı olduğundan bilgisinin bulunması dahi gerekmemektedir⁶¹. Satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun, garanti sözleşmesinde garanti verenin sorumluluğu ile bir ilgisi de bulunmamaktadır. Çünkü garanti sözleşmesinde garanti veren, sözleşmenin konusu gereği bir başkasının eylemine ilişkin tehlikeleri üstlenmektedir; halbuki ayıba karşı tekeffülde, satıcının satılarda herhangi bir sebeple mevcut olabilecek ve onun satılanı teslim ve mülkiyeti geçirme borcunu gereği gibi ifa etmesini engelleyecek ayıplar dolayısıyla sorumluluğu sözkonusu olmaktadır⁶².

Böylece satıcının ayıba karşı tekeffülden sorumluluğunu, esas itibarıyla bir kötü ifadan sorumluluk hali olarak değerlendirmiş olmaktadır. Zaten gerek doktrinde gerekse uygulamada açıklıkla kötü ifadan sorumluluk ile ayıba karşı te-

58) *Bkz. yukarıda dn. 13'e ait metin.*

59) *FUBINI, a.g.m., s. 301; EDİS, a.g.t., s. 22.*

60) *EDİS, a.g.t., s. 23.*

61) *EDİS, a.g.t., s. 24.*

62) *EDİS, a.g.t., s. 27-28.*

keffülden sorumluluk durumlarının yarışabileceğinin kabul edilmesi, bu görüşün uygulanmasının bir görünümünden ibarettir. Çalışmamızın ilgili yerinde bu konuyu inceleyeceğiz⁶³. Aynı şekilde satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğuyla culpa in contrahendo sorumluluk, hata ve hileye ilişkin hükümlerin uygulanması, BK m. 41 vd. hükümleri anlamında gerçekleşebilecek haksız fiil sorumluluğu (özellikle yapımcının sorumluluğu) gibi durumların da yarışması ihtimali vardır. Burada sadece ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun gerçekleştiği durumlarda bazen diğer başka sorumluluk hükümlerinin de uygulanması ihtimali gerçekleşmektedir; yoksa bu sorumluluğu bu kavramlar etrafında açıklayan görüşlerde olduğu gibi bu sorumluluk müesseselerinin varlık şartlarını ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun gerçekleşmesi şartı olarak değerlendirmek şeklinde bir görüşün savunulabileceğini düşünmemekteyiz. Örneğin ancak hataya ilişkin ya da culpa in contrahendo sorumluluğa ilişkin şartların gerçekleşmesi halinde ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun mevcut olabileceği şeklinde bir sonucu destekleme durumunda değiliz⁶⁴.

O halde satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğu, eski hukukların etkisiyle özel olarak düzenlenmiş bir kötü ifadan sorumluluk halidir.

IV. Satıcının ayıba karşı tekeffül borcunun genel özellikleri

Satıcının ayıba karşı tekeffül borcunun, kanun hükümleri ve doktrinde savunulan görüşler çerçevesinde tanımını yaptıktan ve hukukî niteliğini açıkladıktan sonra, çalışmamızın bu aşamasında ayıba karşı tekeffül borcunun bazı genel özelliklerinden sözedilmesi gereği vardır.

Gerçekten doktrinde satıcının ayıba karşı tekeffül borcunun tali ve tamamlayıcı bir borç olması, bu borcu düzenleyen kanun hükümlerinin yedek hükümler olması gibi çeşitli özelliklerinin bulunduğu söylenmektedir. Özellikle satıcının bu borcunu kendisine özgü yapısı olan bir hukukî kurum şeklinde değerlendiren görüşlerin, bu borcun bu tarzda kendisine özgü sayılabilecek bazı özelliklere sahip olduğunu açıklama çabasında oldukları kolaylıkla görülebilir.

Halbuki biz, satıcının, ayıba karşı tekeffül borcunu, satılanı teslim ve mülkiyeti geçirme borcunu gereği gibi ifa etmemesinin bir yaptırım niteliğinde özel bir kötü ifa durumu olarak değerlendirmekteyiz. Bu durumda doktrinin, satıcının bu borcuna özgü olarak tesbit ettiği niteliklerin, gerçekten bu borca kendisine özgü yapısı olan bir müessese niteliği verip vermediğinin bir kere de bu açıdan ele alınmasında yarar olduğunu düşünmekteyiz.

63) *Bkz. aşağıda § 5, IV.*

64) *Bütün bu konulara ilişkin olarak bkz. aşağıda § 5.*

1. Satıcının ayıba karşı tekeffül borcunun ikinci sırada (tali) ve yan (tamamlayıcı) borç olduğunun ileri sürülmesi

Doktrinde belirlendiğine göre alıcı, satıcı ile satım sözleşmesi yaparken, amacı için kullanabileceği bir şeyin zilyedliğini ve dolayısıyla mülkiyetini ele geçirmek istemektedir. İşte bu sonucun gerçekleşmesine, her ne sebeple olursa olsun engel olacak durumlara karşı alıcının korunması zorunluğu duyulduğundan, ikinci sırada (tali) ve yan (tamamlayıcı) bir sorumluluk olmak üzere satıcının ayıba karşı tekeffül borcu öngörülmüştür⁶⁵. Hatta denilmektedir ki satıcının asıl borcu olan satılanı teslim ve mülkiyeti geçirme borcu, tecdit, ibra, takas, alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi gibi ifadan başka bir nedenle sona erdiği durumlarda satıcının ayıba karşı tekeffül borcu da sona erer⁶⁶.

Düşüncemize göre satıcının satılanı teslim ve mülkiyetini geçirme borcunu gereği gibi ifa etmesinden ayrı olarak onun (satıcının) satılanın ayıplarını tekeffül borcunun bulunduğu ve bu tekeffül borcunun, satılanı teslim ve mülkiyeti geçirme borcuna göre ikinci sırada ve tamamlayıcı borç olduğunu ileri sürmenin bir anlamı yoktur. Aksi halde böyle bir düşünce tarzı içinde, hem kendisine özgü yapısı olan bir ayıba karşı tekeffül borcunun varlığı, hem de satıcının teslim ve mülkiyeti geçirme borcunun yanında ikinci sırada ve tamamlayıcı bir borç olması bir çelişki teşkil eder. O halde sadece satıcının satılanı teslim ve mülkiyeti geçirme borcunu gereği gibi ifa etmesi sözkonusu olabilir ve kanunî düzenlemelerde yeralan satıcının ayıba karşı tekeffül borcuna ilişkin hükümlerle de onun satılanı teslim ve mülkiyetini geçirme borcunu kötü ifa etmesinin kapsamını belirleme açısından düzenleme getirilmiş olmaktadır.

2. Satıcının ayıba karşı tekeffül borcunun bir kanunî borç olduğunun ileri sürülmesi

Yine doktrinde savunulduğuna göre satıcı, satılanın değerini ya da elverişliliğini azaltan veya kaldıran noksanların bulunmadığını ayrıca taahhüt etmese bile; onun kanun gereği ayıba karşı tekeffül borcu mevcuttur⁶⁷. Hatta satıcının nitelik bildirme sebebiyle tekeffül borcu altında bulunduğu durumlarda bile onun bu borcu, bir kanunî yükümlülük olarak kendini göstermektedir⁶⁸.

Düşüncemize göre satıcının satılanı teslim ve mülkiyetini geçirme borcunu gereği gibi ifa etmesi, hangi oranda kanunî borç olarak nitelendirilebilecek ise; onun ayıba karşı tekeffül borcu da aynı şekilde kanunî borç olarak değerlendirilebilecektir. Halbuki satıcının satılanı teslim ve mülkiyetini geçirme borcu, satım sözleşmesinin esaslı unsurlarındandır (essentialia negotii) ve sözleşme taraflarının karşılıklı mübadele ilişkisi içinde olan edimlerinden biridir. Bu

65) EDİS, a.g.t., s. 19-20; TANDOĞAN, a.g.e., c. 1/1, § 10, I.

66) EDİS, a.g.t., s. 20.

67) FEYZİOĞLU, a.g.e., İkinci kısım, c. 1, s. 271; YAVUZ, a.g.e., c. 1, s. 90.

68) Bkz. yukarıda III, 2.

özellikleri dolayısıyla satıcının satılanı teslim ve mülkiyetini geçirme borcu akdi niteliktedir. Satıcının satılanın ayıplarından sorumluluğu, bir kötü ifadan sorumluluk halidir ve bu sebeple de burada kanun hükümleriyle kötü ifadan sorumluluğun özel olarak düzenlendiği bir durum sözkonusudur.

3. Satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun kusursuz sorumluluk olduğunun ileri sürülmesi

Doktrinde kabul edildiğine göre, satıcı, satılanın ayıplarından dolayı olan sorumluluğunu, kendisine bir kusurun isnat edilemeyeceğini ileri sürmek suretiyle bertaraf etme imkânına sahip değildir⁶⁹. Ayıba karşı tekeffül borcu, borcun gereği gibi ifa edilmemesinin (kötü ifasının) ne temerrüt ne de kusurlu imkânsızlık haline irca ve tahvil edilemeyen bir şeklidir⁷⁰.

Aşağıda görüleceği gibi ayıba karşı tekeffülden sorumluluğun doğması için satılardaki ayıbın en geç sözleşmede hasarın alıcıya geçmesi anında mevcut olması gerekir. Satım sözleşmesinde hasar, satım sözleşmesinin kurulmasıyla ve en geç satılanın belirlenmiş olmasıyla birlikte alıcıya ait olacaktır. Böylece hasarın alıcıya geçmesinden sonraki safhada satıcının kusuru olmaksızın satılana gelen hasarlardan (dolayısıyla satılanın ayıplarından) bizatihi alıcının sorumlu olması sözkonusudur. Bu dönemde satılana ilişkin bir ayıbın ortaya çıkmasında satıcının kusuruyla bir katkısı olmuşsa; o (satıcı), BK. m. 96 (OR. Art. 97) hükümleri çerçevesinde sorumlu tutulabilecektir. Bunun dışında satılanın hasarının henüz alıcıya geçmediği bir safhada satılanın ayıplı olması olayı gerçekleşmişse; bu durumun sorumluluğu, tamamıyla satıcıya ait olacaktır. Bu ihtimalde satılanın ayıplı hale gelmesinde satıcının teknik anlamda kusurlu olması olgusunun gerçekleşebileceğini düşünememekteyiz. Gerçekten satılanın hasarının henüz alıcıya geçmediği bir devrede, satılan, tamamıyla satıcının hükmü ve tasarrufu altındadır; satılan üzerindeki tam hakimiyet ve hak, satıcıya aittir. Satıcının, kendi malvarlığına dahil değerlerin hasar görmesinde ve ayıplı olmasında kusur olarak değerlendirilebilecek bir davranışta bulunması imkânı yoktur. Çünkü kusur, başkasının malvarlığı ya da şahıs varlığı değerlerine yönelik bir davranış tarzının hukuk düzeni tarafından kınanmasını içeren nitelenilmesidir. Eylemi yapanın ruhsal davranışı kınanabiliyorsa, kusurlu davranmış demektir. Böylece kusur, başkasına yönelik eylemi işleyen hakkında yürütülen bir değer yargısı, bu eylemi işleyen ile ilgili subjektif bir değerlendirme olmaktadır⁷¹.

69) *EDİS, a.g.t.*, s. 20-21.

70) *TANDOĞAN, Halük, Türk mes'uliyet hukuku, Ankara 1961, s. 399.*

71) *Bu konuda bkz. YAVUZ, Cevdet, Medeni hukuka ve borçlar hukukuna ilişkin mahkeme kararları kroniği, İÜHFEM., c. LI, sy. 1-4'den ayrı basım, İstanbul 1986, s. 584 vd., özellikle s. 589 ve anılan kararlar.*

Diğer taraftan hukukumuzda -aşağıda görüleceği gibi- satımda hasarın geçmesi konusunda sözleşme prensibi benimsenmiştir. Böylece kural olarak akdin teşekkül etmesiyle birlikte satılanın hasarı da alıcıya geçecektir. Satıcının satılanın ayıplarından sorumluluğu, hâkim fikre göre, sadece hasarın alıcıya geçmesi anına kadar kusursuz olarak gerçekleşecektir. Satılanın hasarının alıcıya geçmesi de, satın sözleşmesinin kurulması ve hükümlerini meydana getirmeğe başlaması ile mümkün olur. Düşüncemize göre, bu ana kadar, zaten satıcının «kusurlu» olarak nitelendirilebilecek bir davranışta bulunması imkânı yoktur. Çünkü satıcı, alıcıya karşı henüz bir borç altına girmiş değildir.

O halde biz satılanın hasarının henüz alıcıya geçmediği bir dönemde satılanın ayıplı olmasında satıcının kusurlu hareket etmesinin sözkonusu olamayacağı sonucuna varmaktayız. Bu sebeple satıcının ayıba karşı tekeffül borcunun kusura dayanmadığı yönündeki düşünceleri de isabetli bulmamaktayız. Burada sözkonusu olan, satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun ortaya çıkması için satılardaki ayıbı bilmesinin gerekmemesidir; yani satıcı, satılana ilişkin ayıpları bilmediği durumlarda da ayıba karşı tekeffül hükümleri çerçevesinde sorumlu tutulabilecektir. Ancak satıcının satılana ilişkin ayıpları bildiği durumda, bu sorumluluğu, daha da ağırlaşmış olarak gerçekleşecektir⁷².

4. Satıcının ayıba karşı tekeffül borcunu düzenleyen kanun hükümlerinin yedek (emredici olmayan) hükümler olduğunun ileri sürülmesi

Doktrinde genellikle kabul edildiğine göre satıcının ayıba karşı tekeffül borcunu düzenleyen kanun hükümleri, emredici nitelikte olmayıp yedek hükümlerdir. BK. m. 196'dan (OR. Art. 199) anlaşılacağı üzere, satın sözleşmesinin tarafları, ayıba karşı tekeffül borcunu «iskat veya tahdit eden» bir anlaşmayı geçerli olarak yapabileceklerdir; ancak satıcının satılanın ayıplarını hile ile gizlediği durumlarda bu çeşit anlaşmalar hükümsüz olacaktır⁷³. *Edis*, aynı şekilde satıcının satılardaki ayıpların mevcut olup olmadığını anlamak için alıcının yapacağı incelemelere engel olmuş veya incelemeye imkân vermemiş olması durumunda da bu şekildeki anlaşmaların geçersiz olacağı fikrini -isabetle savunmaktadır⁷⁴.

Alman hukukunda, *Akımal*'ın belirttiği gibi, bu sorunun ikili bir ayırım içinde çözüme bağlandığı görülmektedir. Şöyle ki: «Kullanılmış bir eşyanın halihazır durumu ile satılması mümkündür. Bu takdirde genel satış şartlarında, satıcının bozukluklardan sorumlu olmayacağı kaydının yer almasına bir engel yoktur. Böyle bir durumda malın bozuk çıkmasının tehlikesini alıcı yüklenmektedir. Buna karşı kullanılmamış eşyanın satımında, alıcının sağlam ve işler bir

72) *Bkz. aşağıda §2, VII, 3, d.*

73) *EDİS, a.g.t., s. 21-22.*

74) *EDİS, a.g.t. s. 21-22.*

mal elde etmekteki menfaati korunmalıdır. Bu durumda satıcının genel satış şartları ile, kendisini her türlü sorumluluktan kurtarması, menfaatler dengesinin izin verilemeyecek bir biçimde alıcı aleyhine bozulmasına yol açacaktı. Bu yüzden genel sözleşme şartları ile alıcının kanundan doğan seçimlik haklarının ortadan kaldırılabilmesi, ancak kendisine satıcıya karşı ileri sürebileceği bir «onarım talebi» sağlanmışsa, geçerli olabilir»⁷⁵. İsviçre Federal Mahkemesi de, kararlarında, genel sözleşme şartları ile alıcının kanundan doğan haklarının bertaraf edilip, onun yerine onarımın garanti edilmesini prensip olarak geçerli saymaktadır^{75a}. Böylece satıcının ayıba karşı tekeffül borcunu düzenleyen kanun hükümlerinin emredici nitelikte olmadığı sonucu, kolaylıkla varılabilecek bir sonuç niteliğinde gözükmektedir.

Bu konuyu çalışmamızın ilgili kısmında ayrıntılı olarak inceleyeceğiz⁷⁶. Ancak burada belirtilmelidir ki satıcının ayıba karşı tekeffül borcunu düzenleyen kanun hükümlerinin, çağımızda gelişen tüketiciyi koruma yönündeki düşüncelerin sonucu olarak, tüketici yararına yorumlanmak suretiyle, mümkün olduğunca bu düşünceleri destekleyici çözümlere varılmalıdır. Sözün kısası, Borçlar Kanununun ayıba karşı tekeffül borcunu düzenleyen hükümlerinin, tüketiciye asgari (en az) bir korumayı sağlayacak şekilde yorumlanması gereği vardır. Bu sonuç da, ayıba karşı tekeffüle ilişkin kanunî düzenlemenin, tam anlamıyla yedek hükümler getiren bir düzenleme olarak nitelendirilmemesi düşüncesini beraberinde getirecektir.

5. Satıcının ayıba karşı tekeffül borcunu düzenleyen kanun hükümlerinin benzer durumları düzenleyen hükümlerle yarışmalı uygulanması gerektiği düşüncesi

Yine doktrinde savunulduğuna göre çok defa ayıba karşı tekeffülün şartlarıyla lüzumlu vasıfta hata, hile ve hatta gabin şartları gerçekleşmiş olabileceği gibi ayıplı ifa, bir gereği gibi ifa etmeme sayılarak, BK. m. 96 hükümlerinin uygulanması imkânını da ortaya çıkarabilir. Bundan başka satıcının, ayıplı ifadan sorumluluk yanında haksız fiilden sorumluluk (özellikle imalâtçı sıfatıyla sorumluluk) şartlarını gerçekleştirilmesi de mümkündür⁷⁷.

Satıcının ayıba karşı tekeffül borcunu düzenleyen kanun hükümlerinin, bu şekilde benzer durumları düzenleyen kanun hükümleriyle yarışmalı olarak uy-

75) AKÜNAL, Teoman, *Satıcının «onarım garantisi», İÜHF.M., c. XXXVIII, sy. 1-4, s. 551.*

75a) Örnek olarak bkz. BGE 91 II 394; JdT 1966 I 530 (çev. EDİS, ABD. 1966, s. 1036-1040; AKÜNAL, MHAD. 1973, sy. 10, s. 243-250).

76) Bkz. aşağıda § 2, VII. Ayrıca belirtmelidir ki sözleşme taraflarının, genel işlem şartlarıyla değil de özel sözleşme hükmüyle ayıba karşı tekeffül sorumluluğunu bertaraf ettiği durumlarda, bu anlamdaki sözleşme hükümlerinin, gizli ayıplar bakımından geçerli olduğu kabul edilemeyecektir.

77) TANDOĞAN, a.g.e., c. 1/1, §10, I; YAVUZ, a.g.e., c. 1, s. 91.

gulanması gerektiği düşüncesi, bize de savunulabilir gelmektedir. Ancak bu konuyu, çalışmamızın son paragrafında ayrıntılı olarak incelemeyi düşünmekteyiz⁷⁸.

V. Satıcının ayıba karşı tekeffül borcunu düzenleyen kanun hükümlerinin uygulama alanı

Satıcının ayıba karşı tekeffül borcunu düzenleyen BK. m. 194 vd.ındaki hükümler, esas itibarıyla satım sözleşmesinin her çeşidine uygulanabilen genel hükümlerdir⁷⁹. Ancak bu hükümler, asıl olarak taşınır satımı sözleşmesi için konulmuşlardır. O halde taşınır satımı dışındaki satım çeşitlerinde, öncelikle bu çeşide özgü hükümlerin uygulanması, böyle özel bir düzenleme bulunmaması halinde taşınır satımına ilişkin hükümlere başvurulması gereği vardır.

Alman hukukunda BGB § 493'e göre «Satıcının şeyin ayıpları sebebiyle tekeffül borcuna ilişkin hükümler, bir şeyin ivazlı olarak devrine ya da aynı tarzda yükümlülük tesisine ilişkin diğer bütün sözleşmelere uygulanırlar». Böylece bu hükümlerle, ayıba karşı tekeffüle ilişkin kanunî düzenleme, satım sözleşmesi gibi ivazlı temlik borcu doğuran tüm sözleşmeler hakkında da uygulanabilme imkânına sahip olmaktadır. Örneğin satış için bırakma, münhasır satım (tek satıcılık) sözleşmesi gibi kanunla düzenlenmeyen (atipik) sözleşmelerde bu hükümler uygulanabilecektir. Zaten tipik bir sözleşme olarak düzenlenmiş olan trampa sözleşmesine ilişkin BK. m. 233'de açıkça bu çeşit tekeffül borcu düzenlenmiş olmakla beraber, taşınır satımına ilişkin düzenlemenin, BK. m. 232 gereği trampa sözleşmesinde de uygulanabilmesi ihtimali gerçekleşebilecektir^{79a}. O halde Alman hukukundaki bu hükmün getirdiği çözümün hukukumuz açısından da kabul edilmesi gereği vardır.

Diğer taraftan satıma benzeyen öyle muameleler vardır ki bunlarda satıcıya benzer bir hukukî duruma sahip muamele tarafının, ayıba karşı tekeffül borcu gerçekleşmez. Örneğin cebri artırma ile satışlarda, artırma şartnamesinde açık bir taahhütte bulunulmuş olmadıkça veya artırmaya iştirak edenlere karşı hile yapılmış değilse, ayıba karşı tekeffül sorumluluğu sözkonusu olmaz (BK. m. 230)⁸⁰.

Aynı şekilde kamulaştırmalarda⁸¹, su yolu, gaz ve elektrik borularının geçirilmesine ilişkin yapılan (mecra irtifakı tesisine ilişkin) işlemlerde (MK. m. 668), zorunlu geçit hakkı kurulmasında (MK. m. 671), lüzumlu suların cebri te-

78) Bkz. aşağıda § 5.

79) FEYZİOĞLU, a.g.e., İkinci kısım, c. 1, s. 271.

79a) Bu konuda çeşitli örnekler için bkz. SCHNEIDER, A./FICK, H., *Commentaire du Code fédéral des Obligations du 30 mars 1911, adaptation française par M.-E. PORRET, Neuchâtel 1915, m. 197, n. 4-6.*

80) YAVUZ, a.g.e., c. 1, s. 179-180. Ayrıca bkz. EREN, c. 1, s. 13-14.

mellükünde (MK. m. 683), ayıba karşı tekeffül hükümleri uygulama alanı bulamayacaktır⁸². Yine devletçe çiftçiyi topraklandırma, iskân gibi amaçlarla yapılan tevfiz (dağıtım) işlemlerinde de ayıba karşı tekeffül düzenlemesinin tatbik edilmesi sözkonusu olmaz⁸³. Bu konular üzerinde durulmayacaktır. Burada sadece ayıba karşı tekeffül hükümlerinin uygulama alanı içine giren bazı satım çeşitleri, kavram olarak ele alınacaktır.

1. Ayıba karşı tekeffül hükümlerinin uygulama alanına girmesi bakımından taşınır (menkul) satımı kavramı ve açıklanması

a. Taşınır satımının tanımı ve konusu

BK. m. 184 f. 1'e göre «menkul satımı araziden veya gayrimenkul olmak üzere tapu siciline kaydedilen haklardan başka her türlü şeyin satımıdır». Borçlar Kanununun bu tanımının anlam ve kapsamını belirlemek için, önce MK. m. 632 ve MK. m. 911 hükümleriyle, sonra da MK. m. 686 hükmüyle bir karşılaştırmaya konu yapılması gerekir.

Gerçekten BK. m. 184 f. 1'de «arazi» ve «gayrimenkul olmak üzere tapu siciline kaydedilen haklardan» başka her şey taşınır eşya olarak nitelendirilmektedir. Halbuki gerek MK. m. 632'de gerekse MK. m. 911'de «arazi», «tapu kütüğüne bağımsız ve devamlı olmak üzere ayrıca kaydedilen haklar» ve «maddenler» taşınmaz mal olarak sayılmaktadır. Bunun dışında Kat Mülkiyeti K. m. 13'e göre taşınmaz kabul edilen bağımsız bölümler de (kat mülkiyeti) taşınır satımına konu olmayacaktır. Zaten MK. m. 686'ya göre «bir yerden diğer yere nakledilebilen eşya ile gayrimenkul mülkiyetine dahil olmayan ve temellüğe salih bulunan tabii kuvvetler» taşınır mülkiyetinin konusu olarak belirlenmiş bulunmaktadır⁸⁴.

O halde bütün bu hükümler çerçevesinde taşınır satımı sözleşmesinde satılan olabilecek malvarlığı değerleri şu şekilde sıralanabilir^{84a}:

81) Bu konuda ayrıca bkz. ZEVKLİLER, A., *Kamulaştırma, satım sözleşmesinin özel bir çeşidi midir? Berki'ye Armağan*, Ankara 1977, s. 935 vd..

82) Bu konuda bkz. EDİS, a.g.t., s. 44-45.

83) EDİS, a.g.t., s. 45-46.

84) MK. m. 686'ya karşılayan Yeni Türk Medeni Kanunu Öntasarısı, m. 680' de şöyle denilmektedir: «Taşınır mülkiyetinin konusu, mahiyetleri itibarıyla taşınabilen maddi şeylerle hukuki hâkimiyet altına alınabilen ve taşınmaz kapsamına girmeyen tabii kuvvetlerdir». Bu Öntasarı maddesinin gerekçesinde de Madde, yürürlükteki Kanunun 686. maddesini karşılamaktadır. Hüküm değişikliği yoktur» denilmektedir. Madde metni ve gerekçesi için bkz. 2467 sayılı Kanun hükümlerine göre Adalet Bakanlığınca kurulan komisyon tarafından hazırlanan Türk Medeni Kanunu Öntasarısı ve gerekçesi, İstanbul 1984, s. 167 ve s. 399.

(i) MK. m. 686 anlamında bir yerden diğer yere bağımsız olarak ve özünde bir değişme olmaksızın taşınabilen maddi eşyanın satımı, taşınır (menkul) satımıdır.

(ii) Taşınmaz mülkiyetine dahil olmayan ve fakat mülk edinmeğe elverişli bulunan elektrik, su, hava gazı gibi doğal kuvvetlerin satımı da taşınır satımı olarak kabul edilecektir (MK. m. 686).

(iii) BK. m. 184 f. 2'ye göre «mahsul ve yıkılması matlub bir binanın enkazı veya çıkarılacak taşlar gibi bir gayrimenkulden ayrıldıktan sonra menkul olarak mülkiyeti nakledilecek mütemmim cüzüleri satımı da menkul satımıdır».

(iv) Temelli kalmak maksadı olmaksızın bir arsa üzerinde yapılan kulübe ve baraka gibi hafif binaların satımı, taşınır satımı kabul edilmelidir (MK. m. 654)⁸⁵.

(v) TK. m. 687'ye göre gemi siciline kayıtlı olmayan gemilerin satımı taşınır satımı olarak nitelendirilmiştir.

(vi) Tapuya taşınmaz olarak kaydedilenlerin dışında kalan temlikî kabil sınırlı aynı hakların satımında da taşınır satımı hükümlerinin kıyasen uygulanması mümkün olabilir. Ancak rehin haklarının temin ettikleri alacaktan bağımsız olarak devri mümkün olmadığı gibi devri kabil kişisel (şahsa bağlı) irtifak haklarının satımında MK. m. 705, MK. m. 753 f. 3 ve Tapu K. m. 26 f. 1 hükümleri gereği resmî şekil aranmaktadır.

(vii) Yargıtay'ın yerleşmiş içtihadına göre tapusuz taşınmazların satımı taşınır satımı niteliğindedir⁸⁶.

(viii) Alacak haklarının, şirketlerdeki ortaklık haklarının, fikrî ve sınaî haklar ile maddi olmayan mallar üzerindeki hakların, anonim ortaklıkta yeni çıkarılan pay senetlerini satın alma hususundaki rüçhan hakkının, opsiyon ve devri kabil olduğu nisbette idarî makamların verdikleri ruhsatnamelerden doğan hakların satımında da taşınır satımına ilişkin hükümlerin uygun düştüğü oranda uygulanması gerekir.

84a) Bu konuda bkz. YAVUZ, a.g.e., c. 1, s. 58-59; TANDOĞAN, a.g.e., c. 1/1, s. 77-84.

85) MK. m. 654'ü karşılayan Yeni Türk MK. Önt. m. 649'da «Başkasının arazisi üzerinde kalıcı olması niyeti güdülmeksizin yapılan ve arazi ile sıkı bağılılığı bulunmayan kulübe, çardak, baraka ve benzeri yapıların maliki, bunları yapandır (f. 1). - Bu tür yapılar taşınır mal hükümlerine tâbi olur ve tapu kütüğünde gösterilmez (f. son)» denilmektedir. Madde metni ve gerekçesi için bkz. a.g.e., s. 158 ve 394.

86) Bu konuda bkz. YAVUZ, C., Tapusuz gayrimenkullerin devren kazanılması, Doğanay'a Armağan c. 1'den ayrışım, s. 383-422.

(ix) Teferruat, bağlı olduğu taşınmazdan ayrı ve bağımsız surette satıma konu olabilir; bu durumda da, taşınır satımı hükümleri uygulanır.

(x) Taşınır ve taşınmaz mallardan oluşan bir bütünün satım konusu olduğu durumda taşınmazların satımı, her hâlükârda resmi şekilde yapılmalıdır. Taşınırlara gelince, taşınmazların teferruatı olarak satım konusu olmuşsa taşınmaz satımına ilişkin hükümlerin, diğer durumlarda taşınır satımı hükümlerinin uygulanması sözkonusu olur.

b. Taşınır satımı hakkındaki hükümlerin uygulama alanı

Doktrinde isabetle ifade edildiği gibi BK. m. 184-m. 212 arasında yer alan taşınır satımına ilişkin hükümlerin önemli bir özelliği, bu hükümlerin genel nitelik taşımasıdır⁸⁷. Çünkü sözü geçen düzenlemenin getirdiği hükümler, yalnızca ve sadece taşınır satımına uygulanmazlar. Örneğin BK. m. 217'de belirtildiği üzere taşınır satımına ilişkin hükümler, kıyas yoluyla taşınmaz satımına da -bu satımın özellikleriyle bağdaştığı ölçüde- uygulanacaktır⁸⁸.

Bu sonuç, taşınır satımında ayıba karşı tekeffül borcunu düzenleyen BK. m. 194-207 hükümlerinin uygulama alanı bakımından da geçerlidir. Böylece diğer taşınır satımına ilişkin kanun hükümlerinde olduğu gibi ayıba karşı tekeffül hükümlerinin, diğer satım çeşitlerinde de uygulanması sözkonusu olabilecektir.

Ancak bazı satım çeşitleri bakımından özel kanunî düzenleme getirildiği görülmektedir. Örneğin hayvan satımına, taşınmaz satımına ve ticarî satıma ilişkin özel kanun hükümlerinin burada anılması imkânı vardır. Bu özel düzenleme kapsamına girmeyen sorunların, yine taşınır satımına ilişkin hükümler çerçevesinde çözüme bağlanması gerekir. Şimdi de kısaca bu özel düzenlemeler hakkında bilgi verilecektir.

2. Taşınmaz satımında ayıba karşı tekeffüle ilişkin özel düzenleme hükümleri

BK. m. 217'nin getirdiği kural gereği taşınır satımı sözleşmesinde satıcının ayıba karşı tekeffül borcuna ilişkin hükümler, kıyas yoluyla, taşınmaz (gayrimenkul) satımı sözleşmesinde satıcının ayıba karşı tekeffül borcuna da uygulanabilecektir⁸⁹. Ancak BK. m. 215, taşınmazın ölçümündeki noksanlıkları ayıp

87) YAVUZ, a.g.e., c. 1, s. 60.

88) FEYZİOĞLU, a.g.e., İkinci kısım, c. 1, s. 84.

89) Örnek olaylar olarak bkz. BGE 81 II 138: JdT 1956 I 46; BGE 81 II 207: JdT 1956 I 104; BGE 87 II 244: JdT 1962 I 98; BGE 98 II 691: JdT 1973 I 370; BGE 104 II 265; BGE 107 II 166; Yarg. 3. HD., 7.7.1964 t. li ve 4913/4188 s. li k. v (FEYZİOĞLU, a.g.e., İkinci kısım, c. 1, s. 288 dn. 435); Yarg. HGK., 1.2.1956 t. li ve 14/14 s. li k. v (FEYZİOĞLU, a.g.e., İkinci kısım, c. 1, s. 288 dn. 435); Yarg. 13. HD., 4.4.1974 t. li ve E. 492 K. 755 s. li k. (OLGAÇ, a.g.e., c. 3, s. 370).

sayarak satıcının bu noksanlıktan ayıba karşı tekeffül hükümleri çerçevesinde sorumlu olmasını öngörmekte⁹⁰ ve sadece binalardaki ayıplara özgü olmak üzere özel bir zamanaşımı süresi getirmektedir. Şöyle ki :

a. Satıcının ölçü eksikliklerine karşı tekeffül borcu

BK. m. 215, ölçü eksikliklerine karşı tekeffül borcunu ikili bir ayırın getirerek düzenlemiş bulunmaktadır :

(i) Satım senesinde yeralan miktar resmi bir ölçmeye dayanmadığı takdirde, satıcı, senette yazılı ölçüden eksik kalan kısmı alıcıya tazmin etmekle mükelleftir. Satıcının böyle bir halden sorumlu olmayacağı sözleşme ile kararlaştırılabilir (BK. m. 215 f. 1)⁹¹.

(ii) Satılan taşınmazın ölçüsü resmi bir ölçmeye dayanıyorsa, taşınmazın gerçek yüzölçümü tapu sicilinde kaydolunan miktardan az olduğu takdirde, satıcı, tahsisen taahhüt etmiş olmadıkça noksanı tazmin ile mükellef değildir (BK. m. 215 f. 2)⁹². Arazinin kadastronun yapılmış bulunması veya imarca parselenmiş olması sicildeki kaydın resmi ölçüye dayandığını gösterir^{92a}.

b. Binalı taşınmaz satımlarında binanın ayıplarına ilişkin zamanaşımı süresi

BK. m. 215 f. 3'e göre «bir binanın ayıplı olmasından mütevellit ve tekeffüle müstenit dâvalar mülkiyetin devrinden beş sene geçmekle sâkit olur». Zaten BK. m. 363'e göre iş sahibinin «gayrimenkul inşaata müteallik kusurlardan dolayı», müteahhide ve inşaata katılan mimar ile mühendislerle karşı haiz olduğu hakları da beş yılda zamanaşımına uğramaktadır⁹³.

Diğer durumlarda ayıba karşı tekeffülden doğan talep hakları, taşınır satımında belirlenen süreler içinde zamanaşımına uğrar⁹⁴.

3. Hayvan satımında ayıba karşı tekeffül borcuna ilişkin özel düzenleme hükümleri

Hayvan satımında ayıba karşı tekeffül, bu konuda fazla dâva açılmasını önlemek ve hukukî güvenliği sağlamak (kısa zamanda durumu açıklığa kavuş-

90) TANDOĞAN, *a.g.e.*, c. 1/1, §12, VIII, 1; KELLER/LÖRTSCHER, *a.g.e.*, s. 115. Ayrıca bkz. GÜVENÇ, *a.g.m.*, s. 135-137.

91) Örnek olarak bkz. BGE 81 II 138; JdT 1956 I 46 (çev. KANETİ, *a.g.e.*, c. 2, s. 77).

92) Örnek olarak bkz. Yarg. 13. HD., 17.11.1981 t. li, 6627/7355 s. h k. (YKD. 1982, s. 378-380).

92a) YAVUZ, *a.g.e.*, c. 1, s. 140 dn. 50 (burada anılan kararlar ve yazarlar).

93) Bu konuda bkz. TANDOĞAN, *a.g.e.*, c. 1/1, §12, VIII, 1.

94) TANDOĞAN, *a.g.e.*, c. 1/1, § 12, VIII, 1.

turmak), alıcının hayvanı yanlış kullanmasından doğacak ayıplara karşı satıcıyı korumak düşünceleriyle bazı özel hükümlere tabi tutulmuştur (BK. m. 195 ve m. 199)⁹⁵. Bu özel hükümlerin her çeşit hayvan satımında uygulanıp uygulanamayacağı hukukumuzda tartışmalıdır⁹⁶. BK. m. 195'in mehazı olan OR. Art. 198'e göre, bu özel hükümler, sadece at, eşek, katır, sığır, koyun, keçi ve domuz gibi kanunda sayılan canlı evcil hayvanların satışında uygulanabilir. BK. m. 195'de ise hayvanların çeşidi açıklanmadan «hayvan alım satımından bahsedilmektedir. Katıldığımız görüşe göre, memleketimizde İsviçre'de bulunmayan deve, manda gibi hayvanlar olduğu cihetle, kaynak kanundaki sınırlama dikkate alınmamalıdır; ancak kümes hayvanları gibi az değerinde hayvanların satışında mahkemeye başvurarak bilirkişi tayin ettirmek fazla külfetli olduğundan genel hükümlerin uygulanması gereği vardır⁹⁷.

Şu durumda BK. m. 195'e göre «hayvan alım satımında satıcı tahriren kefalet etmedikçe yahut alıcıyı işgal etmiş olmadıkça^{97a} tekeffül etmiş addolunmaz». Ancak tecrübe şartıyla hayvan satımında, âdi yazılı şekle uyulması gerekmezsiniz alıcının satılanı beğenmeyerek sözleşmenin hükümsüzlüğünü sağlama imkânı bulunmaktadır⁹⁸.

Aynı şekilde «hayvan alım satımında kefalet müddeti tahriren tayin edilmiş olup da kefalet hayvanın bir vasfına müteallik değil ise⁹⁹ satılan la keşfedilen ayıptan satıcının mes'uliyeti, teslim vâki olduğu veya alıcının kabızda temerrüdü tahakkuk ettiği günden itibaren dokuz gün içinde satıcıya ihbar edilmekle beraber hayvanın ehli-vukuf marifetiyle muayenesinin icrası yine bu müddet zarfında merciinden talep olunmasına mütevakkıftır (f. 1). - Hâkim ehli-vukuf raporunu serbestçe takdir eder (f. son)»¹⁰⁰.

4. İhtiyari açık artırma ve özel artırma ile satımlarda ayıba karşı tekeffül borcunun düzenlenmesi

İhtiyarî açık artırma ile satımda ayıba karşı tekeffül borcunu düzenlemek bakımından, BK. m. 230 f. son'da şu hüküm yer almaktadır: «İhtiyarî ve alenî müzayedelerde satıcı, âdi satımda olduğu gibi satılanı tekeffül ile mükelleftir. Şu kadar ki hilesinden mütevellit olandan maada tekeffüllerde usûlü dairesin-

95) Bu konuda bkz. TANDOĞAN, a.g.e., c. I/1, §10, IV.

96) Bu konuya ilişkin çeşitli görüşler için bkz. EDİS, a.g.t., s. 34.

97) TANDOĞAN, a.g.e., c. I/1, §10, IV, 1.

97a) Örnek olarak bkz. Yarg. 13.HD., 5.2.1986 t.li ve 122/586 s.lı k. (Yasa Huk. D. 1986, s. 967 n. 311).

98) YAVUZ, a.g.e., c. 1, s. 164; FEYZİOĞLU, a.g.e., İkinci kısım, c. 1, s. 142.

99) Burada sözkonusu olan hususun, hayvanın gebeliğine ilişkin olmayan ayıp durumu olduğu hakkında bkz. TANDOĞAN, a.g.e., s. I/1. § 10, IV, 2, b. aa.

100) Bu hükümlerin açıklanması konusunda bkz. TANDOĞAN, c. I/1, §10, IV, 2.

de ilân edilen satım şartları zımında tahallüs edebilir»¹⁰¹. Özel artırmalarda da aynı hükümlerin uygulama alanı bulması imkânı vardır.

5. Ticarî satımda ayıba karşı tekeffül borcunun düzenlenmesi

Bilindiği gibi deniz aşırı boşaltma suretiyle satış (TK. m. 1133-1137), FOB satış (TK. m. 1138), CİF satış (TK. m. 1139-1158) gibi Ticaret Kanununun düzenlediği satım çeşitleriyle bir ticarî işletme ile ilgili ya da tacirler arasında yapılmış olan satımlar, ticarî satım niteliğindedir¹⁰².

TK. m. 25 b.3 ve b.4'de ticarî satımda ayıplardan sorumluluk ile ilgili şöyle bir düzenleme getirilmektedir: «*Emtianın ayıplı olduğu teslim sırasında açıkça belli ise alıcı iki gün içinde keyfiyeti satıcıya bildirmeğe mecburdur. Açıkça belli değil ise alıcı emtiayı teslim aldıktan sonra sekiz gün içinde muayene etmeye veya ettirmeye ve bu muayene neticesinde emtianın ayıplı olduğu ortaya çıkarsa, haklarını muhafaza için keyfiyeti bu müddet içinde satıcıya bildirmeye mecburdur. Diğer hallerde Borçlar Kanununun 198 inci maddesinin ikinci ve üçüncü fıkraları tatbik olunur*» (b.3); «*Borçlar Kanununun 207 inci maddesindeki müruruzaman müddeti tacirler arasındaki ticarî satışlarda altı aydır. Şu kadar ki; bu müddet azaltılabilir*»¹⁰³.

6. Mesafe satımlarında (uzağa satışlarda) ayıba karşı tekeffül borcunun düzenlenmesi

Satıcının satılanı ifa yerinden başka bir yere göndermesi şartıyla yapılmış bir satımda (mesafe satımında, uzağa satışta), alıcı, satılanı ayıplı olduğu için alkoymak niyetinde değilse ve teslim alma yerinde satıcının temsilcisi yoksa; BK. m. 201'de öngörülen «*satılanı muhafaza etme*», «*satılanın durumunu vakit kaybetmeksizin mahkemeye müracaat ederek tesbit ettirme*», «*satılanı sattırma*» şeklindeki külfetlerini ve mükellefiyetlerini yerine getirecektir. Bu konu üzerinde aşağıda ayrıntılı olarak durulacaktır¹⁰⁴.

Biz bu çalışmamızda esas itibarıyla BK. m. 194-207 hükümleri çerçevesinde ve genel taşınır sözleşmesini gözönünde tutmak suretiyle satıcının satılanın ayıplarından sorumluluğu konusu inceleme amacındayız; diğer ayıba karşı tekeffül ile ilgili düzenlemelere, sadece konuyu tamamlamak bakımından dokunma imkânını bulacağız.

101) Bu konuda bkz. YAVUZ, a.g.e., c. 1, s. 180-181.

102) Bu konuda bkz. POROY, Reha, Ticari işletme hukuku, 4. bası, İstanbul 1984 s. 116.

103) Bu hükümlerle ilgili olarak bkz. POROY, a.g.e., s. 116.

104) Bkz. aşağıda § 3, IV.

§ 2. SATICININ AYIBA KARŞI TEKEFFÜLDEN SORUMLULUĞUNUN GERÇEKLEŞMESİ ŞARTLARI

I. Genel olarak

Yukarıdaki paragrafta satıcının ayıba karşı tekeffül borcunun tanımı, hukukî niteliği, özellikleri ve bu borcu düzenleyen kanun hükümlerinin uygulama alanı konuları incelenmişti¹. O halde bu konuları takip etmek üzere satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun gerçekleşmesi şartlarının ele alınması gerekir.

Satıcının satılanın ayıplarından sorumlu tutulabilmesi için her şeyden önce onun (satıcının) satım sözleşmesinin kendisine yüklediği aslî borç ve satım sözleşmesinin esaslı unsurlarından olan (essentialia negotii) satılanı teslim etme ve mülkiyetini geçirme borcunu ifa etmiş olması lâzımdır. Daha sonra da satıcının ifa muamelesine konu olan satılanın ayıplı olması, bu ayıpların satılarda en geç sözleşmede yarar ve hasarın alıcıya geçmesi ânında var olması, satılardaki ayıbın önemli ve gizli nitelikte olması şartları gerçekleşmelidir. Aşağıda bu şartların anlam ve kapsamı ele alınacaktır. Son olarak da satıcının ayıba karşı tekeffül borcundan sorumlu olması şartlarının sözleşme hükümleriyle değiştirilebilmesi konusu incelenecektir.

II. Ayıba karşı tekeffülden sorumluluk şartı olarak satıcının satılanı teslim ve mülkiyeti geçirme borcunu yerine getirmiş olması

Satım sözleşmesinin tanımını belirleyen BK. m. 182 f.1'de, satım sözleşmesinde satıcının başlıca borcu olarak, satılanı alıcıya teslim etme ve mülkiyeti geçirme borçları anılmaktadır. Gerçekten hukukumuzda satım sözleşmesinin borç doğurucu (borçlandırıcı, iltizamî) sözleşme (borç sözleşmesi) olması, mülkiyeti geçirme ve bu amaçla satılanı alıcıya teslim etme yükümlülüğünü, satıcının asıl (aslî) borcu haline getirmektedir. Anılan BK. m. 182 f.1 hükmü de, bu hususu, açıklıkla doğrulamaktadır.

Satıcının satılanı alıcıya teslim ve mülkiyeti geçirme borcu, birbirine çok sıkı şekilde bağlı fakat muhtevaları yönünden birbirinden bağımsız yanyana duran iki borç niteliğindedir. Şöyle ki: Teslim borcu, mülkiyeti geçirme borcunun maddi unsurudur ve satıcı ile alıcı arasında fiilî bir ilişki kurulmak suretiyle ifa edilir. Buna karşılık mülkiyeti geçirme, alıcı ve satıcı arasında bir hukukî ilişki kurulmak suretiyle gerçekleşecektir. Çünkü mülkiyeti geçirme borcu, kural olarak teslim borcu gerçekleşmeksizin ifa edilmiş olmaz. Buna

1) *Bkz. yukarıda § 1.*

karşılık teslim borcu, mülkiyet geçirilmeksizin de yerine getirilebilir; böyle bir durumda ise, satıcının borcunu tam olarak yerine getirdiği kabul edilemeyecektir². Bundan başka -aşağıda görüleceği gibi- sadece maddi taşınır sözleşmelerinde sözleşmenin satıcı tarafından ifası, kural olarak satılanın teslim edilmesi suretiyle olur³.

Satıcının bu iki asli borcu yanında bazı yan borçları da vardır. Satıcının yan borçları, satım sözleşmesinin amacı bakımından bağımsız bir nitelik taşımamakla birlikte, bu amacın gerçekleşmesini kolaylaştıran satılanı saklama ve koruma, satılanı gönderme, teslim masraflarını ve gerektiğinde taşıma masraflarını ödeme gibi borçlardır⁴.

Satıcının ayıba karşı tekeffül borcunun gerçekleşmesinin bir şartı olarak satıcının burada anılan borçları üzerinde normal ifa edilme sırasına göre ve kısaca durulması gereği vardır.

1. Satıcının satılanı saklama ve koruma görevi

Borçlar Kanununun satım sözleşmesini düzenleyen hükümlerinde, satıcının satılanı saklama ve koruma görevi öngörülmüş değildir. Satıcının bu borcu, genel prensiplerden ve özellikle dürüstlük kuralından çıkarılmaktadır⁵. Ancak bu borcun, kanun hükümleriyle düzenlenmemiş olması, onun hukukî önemini azaltan bir husus değildir⁶.

Aşağıda görüleceği gibi BK. m. 183 f.1'e göre halin icabından ya da hususî şartlardan doğan istisnaların dışında satılan şeyin yararı ve hasarı, sözleşmenin kurulması anından itibaren alıcıya geçer. Satıcının satılanı saklama ve koruma görevini eksiksiz olarak yerine getirmiş olması, hasarın sözleşmenin kurulmasından itibaren alıcıya geçtiği yolundaki kuraldan yararlanması için şarttır. Böylece satıcının ayıba karşı tekeffülden sorumluluğunun kapsamının belirlenmesinde, onun (satıcının) bu borcunu gereği gibi yerine getirmiş olup olmaması önemli bir rol oynamaktadır. Zaten alıcı, satılan üzerinde fiilî hâkimi-

2) Örneğin bu durumda satıcının zapta karşı tekeffül hükümleri çerçevesinde sorumlu tutulması şartları gerçekleşmiş olabilir. Bu konuda bkz. STANISLAS, a.g.e., s. 195 vd.; GUHL/MERZ/KUMMER, a.g.e., s. 328; GIGER, *Kommentar*, Art. 192 N. 192; FURRER, R., *Beitrag zur Lehre der Gewährleistung im Vert-ragsrecht*, Diss., Zürich 1973, s. 19.

3) Bu konuda bkz. FEYZİOĞLU, a.g.e., *İkinci kısım*, c. 1, s. 231-232; CAVIN; a.g.e., s. 43; TANDOĞAN, a.g.e., c. I/1, §7, I; BİLGE, N., *Borçlar hukuku (Özel borç münasebetleri)*, Ankara 1971, s. 45.

4) Bu konuda bkz. CAVIN, a.g.e., s. 41-43.

5) DESCHENEAX, H., *Le titre préliminaire du Code civil*, Fribourg 1969, s. 165; FEYZİOĞLU, a.g.e., *İkinci kısım*, c. 1, s. 237.

6) YAVUZ, a.g.e., c. 1, s. 62.

yetini tesis etmediğine göre, satılana zarar verici olayları ve hareketleri önleme gücünden yoksun bulunmaktadır⁷.

Satıcının satılanı saklama ve koruma borcunun kapsamına, satılanı özenle saklama, muhafazası için gerekli masrafları yapma, gerektiğinde sigorta ettirme, depoya tevdi etme gibi hususlar girmektedir⁸. Satıcının bu borcuna vekâlete ilişkin hükümler kıyas yoluyla uygulanabilir⁹. Ancak satıcının satılanı teslim borcunu hükmen teslim yoluyla ifa ettiği ihtimalde, o (satıcı), satılanı özel bir hukukî sebep sonucu elinde tutuyor demektir ve bu sebeple satılanı saklama ve koruma borcunun kapsamı, satıcı ile alıcı arasındaki kira, vedia gibi özel anlaşmanın hükümlerine göre belirlenecektir¹⁰.

2. Satıcının satılanı teslim etme borcu

BK. m. 182 f.1'de teslim borcundan sözedildiği gibi BK. m. 185'in kenar başlığı «B. Satıcının borçları - I. Teslim» tarzındadır. Böylece BK. m. 185-188 arasında satıcının teslim borcu, teslim ve nakil masraflarının kime ait olacağı hususu ile satıcının bu borcunda temerrüdü düzenlenmiş bulunmaktadır. Ancak teslim borcunun nasıl yerine getirileceği ve ifa ile ilgili diğer problemlerin genel hükümler çerçevesinde çözümlenmesi gerekir.

Burada sadece satıcının teslim borcunu ifa etmesi ile ilgili bazı konular üzerinde çok kısa olarak durulacaktır.

a. Satıcının teslim borcunu ifa etmesi ve ifa etme şekilleri

BK. m. 182 f.1'de ve m. 185 vd. hükümlerinde açıkça satıcının satılanı teslim etmesinden sözedilmiştir. Bilindiği üzere teslim, zilyedliğin devredilmesi şekillerinden sadece birisidir¹¹. Kanun koyucunun burada «zilyedliğin nakli» (MK. m. 890 vd.) deyimini kullanmayarak «teslim» sözcüğünü kullanması makstahdır. Bu nedenle satıcının teslim borcu, daha dar bir anlam taşır; yani zilyedliğin naklinin her şekli, satım sözleşmesindeki teslim borcunu yerine getirmeğe yetmez. Örneğin satıcı, satılanı alıcıya değil de, bir üçüncü kişiye, bir banka ya da antrepoya tevdi ederek, alıcıyı, MK. m. 892 uyarınca zilyedliğin

7) FEYZİOĞLU, a.g.e., İkinci kısım, c. 1, s. 238; TANDOĞAN, c. I/1, § 7, IV, 1.

8) FEYZİOĞLU, a.g.e., İkinci kısım, c. 1, s. 237.

9) BECKER, *Kommentur*, Art. 189 N. 3; ARSLANLI, a.g.e., s. 102; TUNÇOMAĞ, a.g.e., c. 2, s. 99; FEYZİOĞLU, a.g.e., İkinci kısım, c. 1, s. 237; TANDOĞAN, c. I/1, § 7, IV.

10) TANDOĞAN, a.g.e., c. I/1, § 7, IV, 1; YAVUZ, a.g.e., c. 1, s. 62.

11) Bu konuda bkz. OĞUZMAN/SELİÇİ, *Eşya hukuku*, 4. bası, İstanbul 1985, s. 75 vd.; GÜRSOY/EREN/CANSEL, *Türk eşya hukuku*, 2. bası, Ankara 1984, s. 90 vd.; TEKİNAY, S.S., *Eşya hukuku*, 4. bası, İstanbul 1984, s. 51 vd.; ESENER, T., *Eşya hukuku*, Ankara 1985, s. 14-16.

havalesini kabule zorlayamaz. Eğer satıcının borcu, teslim değil de zilyedliğin hangi suretle olursa olsun nakli olsa idi, bu ihtimale olumlu cevap vermek gerekirdi. Halbuki satıcının borcu, satım sözleşmesinin niteliği gereği, satılanın aynen ve vasıtasız olarak alıcının eline geçmesini sağlamaktır¹².

MK. m. 890'a göre «Zilyedlik, şeyin aynını veya onu iktisap edenin yedi iktidarına geçirecek vesaiti teslim ile intikal eder. Bir şey evvelki zilyedin rızası ile iktisap edenin iktidarı dairesine geçmekle, zilyedliğin nakli, tamam olur». Aynı şekilde «bir antrepoya veya bir nakliyeciyeye tevdi edilmiş olan emtiayı temsil eden kıymetli evrakın teslimi, o emtianın teslimi demektir» (MK. m. 893 c.1). «Gaipler arasında zilyedliğin nakli, bir şeyin iktisap edene veya mümessiline teslimi ile tamam olur» (MK. m. 891). «... temlik eden hususi bir sebebe binaen zilyed olmakta devam ederse, zilyedlik teslim olmaksızın iktisap olunabilir» (MK. m. 892 f.1, in fine). Satıcı, satılanı teslim borcunu bu hükümler çerçevesinde ifa edebilecektir.

Satıcının teslim borcu ile yükümlü olması, daha ziyade maddi şeylere ilişkin taşınır satımı sözleşmelerinde sözkonusudur. Bu durumda satıcı, bizzat satılanı alıcıya teslim edebilir ya da satılanın alıcının iktidarına geçmesini sağlayacak araçların (satılan otomobilin anahtarının veya satılan malların bulunduğu deponun anahtarının) verilmesi suretiyle ifada bulunabilir. Teslim borcu, alıcının yetkili temsilcisine de ifa edilebilir. Emtiayı temsil eden senetlerin teslimi de teslim borcunun bir ifa şeklidir. Satılan şey zaten sözleşmeden önce alıcının zilyedliğinde bulunuyorsa, meselâ bir otomobil kiralayan veya âriyet alan onu satın alırsa, teslim borcu, kısa elden teslim suretiyle yerine getirilmiş olur. Teslim borcunun hükmen teslim suretiyle yerine getirilebilmesi, satıcının satılanın zilyedi kalmakta devam etmesini sağlayacak alıcı ile bir anlaşmanın bulunmasına (kira, vedia gibi) bağlıdır¹³.

b. Satıcının satılandan başka bir şey teslim etmesi (aliud teslimi)

Satıcının, alıcıya, borçlanılan satılandan başka bir şey teslim etmesi durumunda, aliud'dan ya da daha doğru bir deyimle bir aliud'un tesliminden söz edilir¹⁴.

12) FEYZİOĞLU, a.g.e., İkinci kısım, c. 1, s. 232; TANDOĞAN, a.g.e., c. 1/1, § 7, 1; TUNÇOMAĞ, a.g.e., c. 2, s. 94-95; ARSLANLI, a.g.e., s. 50 vd.; KALPSÜZ, T., Ticarî satışta ifa mahalli, Ankara 1960, s. 144; YAVUZ, a.g.e., s. 63. Aynı anlamda bkz. Yarg. HGK., 22.5.1985 t.li ve 13-576/464 s.li k. (İKİD. 1986, s. 3875).

13) FEYZİOĞLU, a.g.e., İkinci kısım, c. 1, s. 232; TUNÇOMAĞ, a.g.e., c. 2, s. 95; TANDOĞAN, a.g.e., c. 1/1, § 7, 1; KALPSÜZ, a.g.e., s. 144; YAVUZ, c. 1, s. 63.

14) SCHUBIGER, a.g.t., s. 36; STANISLAS, a.g.e., s. 168.

Bir aliud'un teslimi sözkonusu edildiğinde, çeşit satımı ile parça satımının birbirinden dikkatlice ayırt edilmesi gerekir: Parça satımında, borçlanılan satılan şeyden başka belirli bir şey alıcıya teslim edilmektedir¹⁵; çeşit satımında ise, tamamıyla bir başka cins emtianın alıcıya ifa olarak verilmesi durumunda, bir aliud teslimi gerçekleşir¹⁶.

Satılanın ayıplı (ya da bir başka deyimle kötü) ifası ile sözleşme konusu şeyden başka bir şey (bir aliud) teslim edilmesi durumu, birbirinden titizlikle ayrılmalıdır. Ayıplı ifa (kötü ifa: Schlechtlieferung) durumunda, taahhüt olunan ve ısmarlanan şey teslim edilmektedir, fakat teslim konusu şey ayıplıdır; alıcı, ayıba karşı tekeffül hükümleri çerçevesinde (BK. m. 194 vd., OR. Art. 197 vd.) taleplerde bulunabilir. Aliud teslimi (Falschlieferung) durumunda ise, alıcıya, sözleşme konusu şeyden başka bir şey teslim edilmektedir; ayıplı bir satılanın değil, kararlaştırılandan başka bir şeyin teslimi sözkonusudur. Bu son durumda alıcı, ayıplı teslim sözkonusu olmadığına göre, BK. m. 194 vd. (OR. Art. 197 vd.) hükümlerden, yani ayıplı ifaya ilişkin hükümlerden yararlanamayacak; akdî borçların ifa edilmemesine özgü hükümlerin (BK. m. 96 vd., OR. Art. 97 vd.) uygulanması sözkonusu olacaktır¹⁷.

Ancak doktrinde ve uygulamada ayıplı ifa (kötü ifa: Schlechtlieferung) ile aliud teslimi (Falschlieferung) arasında bir ayırım yapılması, tereddütlere ve tartışmalara yolaçmaktadır. O halde alıcının, ayıba karşı tekeffül hükümlerinden yararlanıp yararlanamayacağını araştırılmasında; ne zaman bir aliud tesliminin sözkonusu olduğu hususunun incelenmesi gerekir.

aa. Parça satımında aliud teslim edilmesi ve hükmü

Parça satımında bir aliud teslim edilmesi durumunda, doktrin, hemen hemen ittifakla akdî borçların ifa edilmemesine ilişkin kuralların (BK. m. 96 vd.) uygulanmasını kabul etmektedir¹⁸. Bir satıcı, sözleşme taraflarının aralarında kararlaştıkları şeyden başka bir şey teslim etmişse; alıcı, bir ifa davası (talebi) imkânından (satıcı temerrüt halinde ise, BK. m. 101 vd. hükümleri uygulanır) ya da satıcının artık ifayı gerçekleştirme imkânına sahip olmaması durumunda da ifa etmeme dolayısıyla tazminat talep etme (BK. m. 96 f.1) yolundan yararlanabilecektir¹⁹. Böylece aliud teslimi ile ayıplı ifanın birbirinden ayırt

15) SCHUBIGER, *a.g.t.*, s. 36.

16) BECKER, *Kommentar, Art. 197 N. 2*; TUNÇOMAĞ, *a.g.e., c.*, s. 121.

17) STANISLAS, *a.g.e.*, s. 168. Ayrıca bkz. ACEMOĞLU, K., «Aliud» ve Federal Mahkemenin «aliud» konusundaki tutumu üzerine, *MHAD. 1972, sy. 9, s. 19 vd.* Bu konuda bir başka çalışma olarak bkz. CYPRIAN, R., *Die aliud-Lieferung im schweizerischen Kaufrecht, Diss., Zürich 1985.*

18) AMAUDRUZ, *a.g.t.*, s. 32; GIGER, *Kommentar, Vorb. Art. 197-210 N. 46*; NEUENSCHWANDER, *a.g.t.*, s. 24 vd.; KATZ, *a.g.t.*, s. 94-95.

19) Ayrıca bkz. STANISLAS, *a.g.e.*, s. 169.

edilmesinde, teslim konusu şeyle taahhüt konusu şey arasında olabilecek dış benzerlik kriteri yeterli olmaktadır; böyle bir dış benzerliğin bulunmadığı durumlarda, daima bir aliud teslimi vardır. Örneğin von *Tuhr*'a göre «acele işi olan bir kimse, maruf bir fotoğraf makinası zannile paket veya kutu içinde bulunan bir şeyi satın aldığı ve paketi açınca bir dürbün bulduğu takdirde, OR. Art. 197'ye (BK. m. 194) istinat edemez. Gerçekten dürbünün fotoğraf çekememesi dürbün için bir ayıp değildir»²⁰. Yine İsviçre Federal Mahkemesi, bir kararında benzer bir sonuca varmıştır. Şöyle ki: «Gerçekten davacı, tablonun 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 konusu, 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 yeralan 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»^{20a}.

Ancak belirtilmelidir ki İsviçre Federal Mahkemesinin bu kararında getirdiği çözüm, doktrinde eleştirilere yolaçmıştır. Örneğin *Becker*, kopya bir tablonun hakiki imiş gibi satılmasında bir aliud tesliminin sözkonusu olduğunun kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır^{20b}. Özellikle *Bloch* da, bu van Gogh tablosu kararını takiben yayınladığı ilginç bir çalışmada, Federal Mahkemenin kararını eleştirmektedir. Bu yazara göre, bir sanat eserinin orijinali yerine kopyasının teslimi, kendisinde vaad edilen niteliklerin bulunmadığı bir satılanın teslimi (ayıplı ifa) değildir; burada, daha çok bir başka şeyin (aliud) teslimi sözkonusudur²¹. Diğer taraftan İsviçre Federal Mahkemesi, daha eski tarihli bir kararında, aksi yönde bir sonuca varmıştı. Gerçekten bu karara göre, teslim edilen halının, alıcının incelemiş ve tarafların üzerinde anlaşmış buldukları halı olmasına rağmen; teslim konusunun, gerçek bir Şah Abbas halısı olmayıp onun modern bir taklidinden ibaret bulunması sebebiyle bir aliud teslimi sözkonusudur²².

20) von *TUHR/PETER*, a.g.e., §37 dn. 39. Böylece burada, yazara göre, bir aliud teslimi gerçekleşmiş olmaktadır.

20a) *BGE 82 II 411: JdT 1957 I 182* (çev. *KANETİ*, S., *İsviçre Federal Mahkemesinin borçlar hukuku kararları*, c. 2, Ankara 1968, s. 43).

20b) *BECKER*, *Kommentar*, Art. 24 N. 22, Art. 197-210 N. 4, Art. 197 N. 2.

21) *BLOCH*, K., *Zur Frage der Schlechtlieferung und Falschlieferung beim Kauf*, *SJZ*. 1957 (53), s. 209 vd..

22) *BGE 52 II 143*. Ayrıca bkz. *BGE 46 II 260: JdT 1920 I 495* (özetini için *AKYOL*, Ş., *Medeni Hukukla ilgili İsviçre Federal Mahkemesi Kararları* (*BGE 38 II - BGE 47 II*), İstanbul 1980, s. 132-133).

Stanislas ise, Federal Mahkemenin van Gogh kararındaki çözümü, şu satırlarıyla desteklemektedir: «Sonuç olarak, muayyen bir eşyayı konu edinen satımda (parça satımında), «Schlechtlieferung: kötü ifa» ve «Falschlieferung» arasındaki ayırımın kolaylıkla yapılabileceğini zannetmemekteyiz; teslim konusu şeyin, sözleşme konusu olan, yani incelenen, ısmarlanan ve satın alınan şey olduğunun ispat edilmesi yeterlidir. Bunun yapılması durumunda, bir aliud'un değil taahhüt konusu şeyin teslimi sözkonusu olur ve bu da kötü ifa sayılacağından, alıcı, ayıba karşı tekeffülden doğan taleplerden yararlanabilir. Aksi durumda bir aliud teslimi vardır ve alıcı, bir ifa dâvası (talebi) imkânından ya da satıcının artık edimini ifa edemeyeceği bir ihtimalde, ifa etmeme sebebiyle tazminat dâvası (talebi) imkânından istifade eder. Fakat orijinali olmadığı halde orijinal imiş gibi satılan bir tablonun tesliminin bir aliud teslimi teşkil ettiğini kabul etmek tamamıyla hatalıdır»²³.

Türk hukukunda da van Gogh kararındaki çözümü benimseyen yazarlar bulunmaktadır. Örneğin *Kocayusufpaşaoğlu*'na göre, «Sözleşme konusu malın vasıflarının, sözleşmeye göre bulunması gereken vasıflardan şu veya bu şekilde farklı olması (bu yüzden şeyi alışveriş hayatının görüşlerine göre başka bir cins ve çeşit mal kategorisine dahil saymak gerekse bile), meselenin ayıp hükümleri çerçevesinde ele alınmasına engel olmayacaktır. Zira, sözleşmenin konusu, sadece o maldır ve o da (mevcudiyeti farzolunan vasıflardan yoksun olsa bile), teslim edilmiştir. Parça borçlarında bu anlamda aliud kavramına yer yoktur»²⁴. *Edis* de Federal Mahkemenin bu kararının isabetli olduğunu açıkça yazmaktadır²⁵.

Düşüncemize göre de, parça satımlarında aliud kavramına yer verilmemesi gerektiği yolundaki görüş, hukukî gerekçeleri itibarıyla savunulabilir niteliktedir. Özellikle sanat eserleri ticareti alanında, parça satımında aliud'un kabul edilmesi, karışıklıklara yolaçacak ve çok defa satım sözleşmesinin ifa edilmediğinin kabul edilmesi durumları ortaya çıkacaktır^{25a}. Halbuki bu gibi durumlarda satım sözleşmesi ifa edilmiştir; çünkü alıcı, satın aldığı şeyi ifa olarak kabul etmiştir. Federal Mahkemenin haklı olarak belirttiği gibi «teslim edilenin satılan şey olduğu durumda, bir aliud'dan sözedilememelidir; *satılanın* bazı vasıflardan mahrum olduğu yani işlerde yaygın görüşlere göre bir başka nev'ie, bir başka cins dahil olarak gözükecek şekilde öngörülen kullanımını ya da değerini azaltan eksiklikler ihtiva ettiği durumda da sonuç aynıdır; satılan şeyin fiilen teslim edildiği halde, satılan şey ile teslim olunan şey aynıdır ve sözleşme ifa edilmiştir»²⁶.

23) STANISLAS, *a.g.e.*, s. 170-171.

24) KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, *a.g.e.*, s. 73-74 dn. 98.

25) EDİS, *a.g.t.*, s. 12.

25a) *Bu konuda bkz. KATZ, a.g.t.*, s. 95.

26) BGE 82 II 411 : JdT 1957 I 182.

bb. Çeşit satımında aliud teslim edilmesi ve hükmü

Çeşit satımında aliud teslimi, doktrinde üzerinde tamamıyla ihtilaf halinde bulunan bir konudur. Ancak çeşit satımında ne zaman ayıplı ifa ne zaman aliud teslimi sözkonusu olacağı hususu, ihtilafli olduğu kadar da önemli bir hukukî sorundur. Çünkü yapılan ifanın ayıplı ifa olarak değerlendirildiği durumlarda, alıcı, BK. m. 194 vd. hükümlere göre satıcıya karşı talepler ileri sürebilecek; aliud tesliminin sözkonusu olması halinde ise, BK. m. 96 vd. (OR. Art. 97 vd.) anlamında bir ifa etmeme durumu gerçekleşecek ve alıcı da, BK. m. 101 vd. hükümler çerçevesinde sözleşmeye uygun ifa talebinde bulunabileceği gibi satıcının artık ifayı yerine getirememesi halinde de BK. m. 96'ya göre tazminat isteyebilecektir (OR. Art. 97 Abs. 1).

aaa. Çeşit satımında aliud teslim edilmesine ilişkin çeşitli çözüm şekilleri

(i) Doktrinde, genellikle, çeşit satımında bir aliud teslimi halinde, münhasıran ayıba karşı tekeffüle ilişkin BK. m. 194 vd. hükümlerin uygulanması gerektiği savunulmaktadır²⁷. Gerçekten bu düşünceye göre «*Falsch*» ve «*Schlechtlieferung*» arasındaki ayırımın, çeşit satımında, her zaman tam bir doğrulukla tesbit edilebilmesi imkânı yoktur; *böylece*, *alıcının*, ifa etmemeye ilişkin hükümleri ileri sürmek suretiyle, ayıba karşı tekeffüle özgü düzenlemeyi boşa çıkarması sözkonusu olabilecektir. O halde çeşit satımında (Gattungskauf), «pejus» ve «aliud» arasındaki ayırım terk edilmeli; buna bağlı olarak, sadece ayıba karşı tekeffülü düzenleyen hükümler uygulanmalıdır.

(ii) Federal Mahkemeye göre, çeşit satımında aliud teslimi durumunda, ayıba karşı tekeffül düzenlemesi ile ifa etmemeye özgü hükümlerin yarışan haklar olarak uygulanabilmesi kabul edilmelidir. Çünkü «bir çeşit borcunun ifasında o çeşidi belirleyen her unsur, teslim edilen şeyde mevcut olmalıdır. Bunlardan bir tanesi bile eksikse, o şey, artık üzerinde uyuşulan şey değildir; bir aliud'dur». Olay, satım sözleşmesi konusu 1964 model Jaguar olduğu halde, 1963 model bir Jaguar arabanın teslim edilmesi idi. Bu durumda, karara göre, alıcı, sözleşmeyi, dilerse BK. m. 202'ye (OR. Art. 205'e) göre; dilerse, BK. m. 106'ya (OR. Art. 107) göre sona erdirebilecektir; aynı şekilde BK. m. 203 (OR. Art. 206) hükmü, aliud durumunda da uygulanabilecektir²⁸.

27) GUHL/MERZ/KUMMER, a.g.e., s. 341; AMAUDRUZ, a.g.t., s. 32 vd.; SCHUBİGER, a.g.t., s. 41; CAVIN, a.g.m., s. 337-340; MERZ, a.g.m., s. 93; NEUENSCHWANDER, a.g.t., s. 24; PETITPIERRE, a.g.m., s. 333.

28) BGE 94 II 26: JdT 1969 I 322.

(iii) Yine doktrinde savunulan bir başka görüşe ve Federal Mahkemenin bazı kararlarına göre, aliud durumunda sadece ifa etmemeğe özgü kurallar uygulanmalıdır²⁹.

bbb. Görüşlerin değerlendirilmesi ve sonuç

Bu konudaki görüşlerin, BK. m. 194'ün (OR. Art. 197'nin), hem lafzî bakımdan hem de amaç bakımından yapılacak bir yorum çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Şöyle ki :

(i) *BK. m. 194 f.1'in lâfzî yorumu*

BK. m. 194 f. 1 (OR. Art. 197 Abs. 1) anlamında bir ayıbın sözkonusu olabilmesi için, teslim olunan ayıplı şeyin, tarafların üzerinde anlaştıkları şey olduğunun kabul edilmesi gerekir. Meselâ (A), 1976 model bir otomobil satın almakta ve satım sözleşmesi de bu otomobili konu edinerek kurulmaktadır; eğer daha sonra satılanın 1975 model bir araba olduğu anlaşılırsa, araba yeni olmadığı için, bir aliud teslimi değil fakat ayıplı ifa durumu vardır. Çünkü satım sözleşmesi, alıcının gördüğü ve kendisine teslim olunan arabayı konu edinmektedir. Halbuki yukarıda anılan Federal Mahkeme kararında³⁰, alıcının gördüğü ve ısmarladığı 1964 model Jaguar otomobil olmasına rağmen, *ona*, 1963 model Jaguar teslim edilmişti; bunun da, bir aliud teşkil ettiği sonucuna varılmıştı.

(ii) *BK. m. 194 vd. hükümlerin gaî (teleolojik) yorumu*

Her şeyden önce ayıplı ifa ve aliud teslimi arasındaki farkın esasının açıklıkla ortaya konması gerekir. Sözleşmenin kurulurken konu edindiği çeşitten (neviden) başka bir çeşidin (nevinin) teslim edilmesi durumunda bir aliud teslimi vardır. Aliud olup olmadığını belirlemek için, teslim konusu şeyin sözleşmede kararlaştırılan çeşide uygun olup olmadığını araştırılması gerekir. Ayıplı teslimde, teslim olunan şey, sözleşme konusu şeydir; halbuki aliud'da, sözleşme konusundan başka bir şeyin teslim edilmesi sözkonusudur. Ancak her iki durumda da alıcı tatmin edilmemekte, yani aynı durumda bulunmakta ve aynı tepkiyi göstermektedir. Fakat yine de «aliud» ve «pejus» kavramlarının birbirinden ayırt edilmesi imkânı vardır. Bu konuda cevabı araştırılması gereken soru şudur: «Bana teslim olunan şey, sözleşme konusu şey midir?» Olumlu cevap verilmesi halinde, bu ihtimalde, akdın ayıplı ifa edilmesi sözkonusudur; alıcı, satıcıya karşı ayıba karşı tekeffül hükümleri çerçevesinde talepler ileri sürebile-

29) BECKER, *Kommentar*, Art. 197 N. 2; OSER/SCHÖNENBERGER, *Kommentar*, Art. 197 N. 14; BGE 26 II 328; JdT 1915 I 162; BGE 26 II 352; BGE 96 II 115. Karş. GIGER, *Vorb. Art. 197-210 N. 50*.

30) *Bkz. yukarıda dn. 28'de anılan karar.*

cektir. Sorunun olumsuz cevaplandırılması halinde, sözleşme ifa edilmemiştir; alıcı, ifa ya da ifa edilmeme sebebiyle tazminat taleplerinden yararlanabilecektir.

Özellikle BK. m. 203 (OR. Art. 206) hükmü, sadece çeşit satımında ayıplı ifa durumuna özgü olmak üzere düzenleme getirmektedir. Bu sebeple doktrindeki aksi görüşlere rağmen³¹, bu hükmün, aliud durumunda uygulanamaması gerekir. Kanun koyucu, «pejus» ve «aliud» ayırımı arasındaki güçlükleri bertaraf etmek için BK. m. 203 (OR. Art. 206) hükmünü getirmiş değildir; burada sadece ayıplı bir şey kendisine teslim edilen alıcıya, bu ayıplı şeyin aynı çeşitten ayıpsız bir şeyle değiştirilmesini talep etme imkânının verilmesi sözkonusudur^{31a}.

Sonuç olarak, «*Falschlieferung*» ve «*Schlechtlieferung*» arasında bir sınırlama yapmayı red etme düşüncesi, bizi, istenmeyen şaşırtıcı sonuçlara götürebilir. İfa etmeme (dar anlamda) ile eksik (kötü) ifa etme (dar anlamda), birbirinden tamamıyla farklı durumlardır. Ticarî ilişkilerde belirli bir güveni sağlamayı amaçlayan ayıba karşı tekeffüle ilişkin kanunî düzenleme, sadece ayıplı ifa halinde uygulama alanı bulabilecektir. Bu kanun hükümlerinin aliud teslimine de uygulanacağını savunmak, bu düzenlemenin lafzına ve ruhuna (amacına) aykırılık teşkil eder. «Aliud» ve «satılanın ayıpları» konusunda her zaman bir ayırım yapabilme imkânı vardır. Burada özellikle taraf iradelerinin güven prensibine göre yorumlanması yeterli olacaktır³². Örneğin teslim edilen şeyin, nitelikleri bakımından satım konusu olan (ısmarlanan) şeyden önemli derecede (alıcının kabul edemeyeceği tarzda) farklı olduğu durumlarda, aliud teslimi sözkonusudur³³.

c. *Satıcının teslim ettiği şeyin satım konusundan miktar olarak farklı olması*

Satıcının teslim ettiği şeyin miktar olarak satım konusundan farklı olması ihtimali, özellikle çeşit satımlarında çok sık gerçekleşebilir. Ancak parça satımında da miktar farklılığı durumu sözkonusu olabilir. Zaten BK. m. 215'de, taşınmaz satımı sözleşmesine özgü olarak, ölçü eksikliklerinden dolayı satıcının sorumluluğu, ayıba karşı tekeffül sorumluluğu şeklinde nitelendirilmek suretiyle düzenlenmiştir. O halde teslim konusu şeyle satım konusu arasında miktar bakımından farklılık olması, parça satımında da mümkündür.

Teslim konusu şeyle satım konusu arasında miktar bakımından alıcı yararına olabilecek bir farklılık (fazlalık) konusu, tamamıyla Borçlar Kanununun ge-

31) CAVIN, a.g.e., s. 338; BGE 94 II 26; JdT 1969 I 322.

31a) Bu konuda bkz. aşağıda § 4, IV.

32) Buradaki açıklamalarımızda geniş ölçüde STANISLAS'ın düşüncelerinden yararlandık. Yazarın bu konuya ilişkin görüşünün geniş bir açıklaması için bkz. STANISLAS, a.g.e., s. 176-178. Ayrıca bkz. KELLER/LÖRTSCHER, 70.

33) GIGER, Kommentar, Vorb. Art. 197-210 N. 50.

nel hükümlerine göre çözüme bağlanacaktır ve çalışma konumuzu ilgilendirmemektedir. Böyle bir durumun gerçekleşmesi, sadece alıcının sorumluluğuna yol açacaktır; halbuki biz, çalışmamızda satıcının sorumluluğunu incelemekteyiz.

Satıcının sorumluluğu bakımından, teslim konusunun miktar olarak satım konusundan az olduğu ihtimali gerçekleşebilir. Böyle miktar bakımından yeterli bir malın teslim edilmesinin, tüm Kıta Avrupası hukuklarında, sözleşmenin ifa edilmemesini düzenleyen kanun hükümlerinin uygulama alanı bulmasına yol açtığı kabul edilmektedir³⁴. «Pejus» ve «aliud» konusunda görülen doktrin tartışmaları, miktar eksikliği konusunda varlığını sürdürmemektedir. Çünkü miktar eksikliğinin belirlenmesi, basit bir aritmetik işlemi sonucu olabilmektedir.

Tunçomağ'ın belirttiği gibi miktar eksikliği, yani ağırlığına göre satılmış eşyanın daha hafif, sayı ile satılmış eşyanın daha az gelmesi, ayıplı ifa olarak nitelendirilemez. Bu durumda eğer az miktar eşya teslim edilmiş ise, eksiğin tamamlanması istenebileceği gibi; fazla verilmiş olması halinde bu fazlanın geri verilmesi gerekir. Aksi halde miktara uymama, gereği gibi ifa etmeme teşkil eder ve BK. m. 96'ya tabi olur³⁵. Ancak miktar eksikliğinin, alış verişi hayatındaki görüşler nedeniyle ayıp olarak nitelendirilmesi gereken durumlar ortaya çıkabilir. Satılan kumaşın genişliği, yün işinde belli sayıda örgü bulunmasının aranması, buna örnek verilebilir. Sözleşme taraflarının açık iradeleri de, miktar eksikliğinin ayıp olarak nitelendirilmesini gerektirebilir; hatta bazen tarafların zımnî iradeleri ya da iradeye delâlet eden fiilleri de bu konuda yeterli olabilir³⁶. Ayrıca -yukarıda belirlendiği gibi- BK. m. 215, taşınmaz satımında ölçü eksikliğini ayıp olarak düzenlemiş bulunmaktadır.

İsviçre Federal Mahkemesinin bir kararında yer alan şu satırlar, bu konu hakkında gereken açıklığı getirmesi bakımından önemlidir: «Hacim konusundaki açıklamalar, uzun, alan, ağırlık ve sayı konusundaki bilgiler gibi niceliğe ilişkin verilerdir. Federal Mahkeme, nicelik hakkında yapılan vaatlerin tutulmamış olmasını «OR. 197 vd./BK. 194 vd. anlamında satılanın ayıbı saymamıştır»; çünkü karşılaştırılan miktardan daha azının verilmesi, ayıplı ifa değil, alıcıya eksik kalan miktarın teslimini isteme olanağını tanıyan, eksik ifadır³⁷. -Bu düşünce, doktrinde «gerçek olmayan miktar eksiklikleri» diye adlandırılan ifa bozukluklarına, diğer bir deyişle, misli nesnelere, ölçü, ağırlık ya da sayıya göre

34) Bu konuda bkz. AMAUDRUZ, a.g.t., s. 38 vd.; VELİDEDEOĞLU/ÖZDEMİR, *Türk Borçlar Kanunu Şerhi (Genel - Özel)*, Ankara 1987, m. 194 n. 3.

35) TUNÇOMAĞ, a.g.e., c. 2, s. 120.

36) BECKER, *Kommentar*, Art. 197 N. 1; OSER/SCHÖNENBERGER, *Kommentar*, Art. 197, N. 13; FUNK, a.g.e., art. 197 n. 2; TUNÇOMAĞ, a.g.e., c. 2, s. 120; GÖKTÜRK, a.g.e., s. 377; BİLGE, a.g.e., s. 67; EDİS, a.g.e., s. 9-11; YAVUZ, a.g.e., c. 1, s. 93.

37) Bu konuda bkz. BGE 62 II 162; BGE 81 II 140.

satılıp, vaat edilen nicelikte teslim edilmemesine uygulanır³⁸. Bu durumda, alıcının ayıba karşı tekeffül kurallarına göre korunması gerekli değildir. Dilerse eksik kalan miktarı ister, dilerse satıcının temerrüdü kurallarına başvurur (OR. 107 vd., 190 vd./BK. 106 vd., 187 vd.). Buna karşılık, ölçü, ağırlık ya da sayıya ilişkin açıklamalar, satılanın miktarını değil de, mislî olmayan bir nesnenin, belirli bir mislî nesnenin ya da belirli bir mislî nesnelere kümesinin niteliklerini belirtmeye yarıyorsa; meselâ satıcı belirli bir soğutma tezgâhının uzunluğu hakkında yanlış bilgi vermişse³⁹, ya da götürü olarak satımı teklif edilen belirli bir vagon ticarî malın ağırlığını veya parça sayısını olduğundan fazla söylemişse, farklı sonuca varılmalıdır. Bu durumlarda, «gerçek anlamda miktar eksikliği» değil, satılanın, OR.197/BK. 194 anlamında, vaat edilen niteliğinde eksiklik vardır⁴⁰.

d. Ayıplı mal tesliminin teslim borcunun ifasına etkisi

Satım sözleşmesinin kendisine yüklediği teslim borcunu ifa etme durumunda olan satıcı, teslim konusu olarak ayıplı bir mal vermiş olabilir. Gerçekten gerek parça satımında gerekse çeşit satımında satıcının teslim ettiği şeyin ayıplı olması ihtimali gerçekleşebilir. Acaba böyle bir durumda satıcının teslim borcu sona ermiş olacak mıdır? Yoksa alıcı, satılanı teslim almaktan kaçınarak ayıpsız bir şeyin teslim edilmesini talep etme imkânına mı sahip olacaktır? Bu konuya ilişkin olmak üzere doktrinde savunulan görüşleri, şu şekilde sıralayabilme imkânı vardır :

aa. Sorunun parça satımı ve çeşit satımı ayırımına göre çözümlenmesi gerektiği görüşü

Bu görüşü savunanlara göre, parça satımında, satıcının borcu, satılanı bulunduğú hal üzere teslim etmektir. Gerçi satıcı, satılanın değerini ya da satılardan beklenen yararı kaldıran ya da önemli surette azaltan ayıplardan sorumludur. Fakat onun bu sorumluluğu, ayıba karşı tekeffül borcunun bir sonucudur. Tekeffül borcu, tazminat borcu gibi, bizatihi sözleşmeden doğmayıp, sonradan âkitler arasındaki hukukî ilişkinin ifa tarzından doğmaktadır. Diğer taraftan, satıcının, satılanı ayıpsız teslim edeceğine dair kanunda bir hüküm de yoktur. Böyle bir yükümlülüğün varlığı kabul edilse bile, buna uymamanın sonuçları, kanunun diğer durumlarda kabul ettiği sonuçlardan farklı olmamalıdır: Ayıbın giderilmesi talebi, ifa etmeme halinde temerrüdün diğer sonuçları, yani mehil tayini, gecikme sebebiyle ya da ifa etmeme sebebiyle tazminat ya da sözleşmeden dönme. Bunların hiçbiri hakkında kanunda açıklık olmadığı gibi, satıcıya tamir yükümlülüğü de tahmil edilmemiştir. Halbuki satım sözleşmesine benzer

38) BECKER, *Kommentar*, Art. 197 N. 1; OSER/SCHÖNENBERGER, *Kommentar*, Art. 197 N. 13.

39) *Bu konuda bkz. BGE 57 II 290.*

40) *BGE 87 II 244 (çev. KANETİ, a.g.e., c. 2, s. 21-25).*

şekilde düzenlenen istisna sözleşmesinde tamir borcu açıkça öngörülmüştür (BK. m. 360). Yine satıcı, ancak kusurlu olması halinde ifa etmemeden ileri gelen zararı tazmin ile yükümlü tutulmuştur (BK. m. 205 f. 3). Bu hükmün karşıt kavramından, diğer durumlarda, sorumluluğun, satım parasının indirilmesi veya sözleşmeden dönmeden ibaret olduğu sonucu çıkar. Satıcının satım konusu ayıplı malı teklif etmesi üzerine, alıcının, bu malı red ve satıcıyı mütemerrit telakki ederek, BK. m. 106'daki hakları kullanacağı iddiası, pozitif hukuk ile kabili telif değildir. Genel düşünceler de bizi aynı sonuca götürür. Muayyen bir malı satmış olan kimse, bu malı aynen olduğu gibi ifa etmek ister. Mütihassıs olmayan satıcıyı, kusuru olmaksızın tamire zorlama, satım akdi ile üzerine almak istediği yükümlülüğün sınırını aşar ve hukukî durumunu haksız yere ağırlaştırır. Buna karşılık alıcıya tanınan sözleşmeden dönme ve satım parasının indirilmesi talepleriyle, onun (alıcının) menfaatleri kâfi derecede korunmuştur. Tatbikatın ayıplı bir malı «gayrı kabili teslim addettiği» düşüncesi de ispata muhtaç olup, böyle bir düşünce mevcut olsa bile, alıcıya tanınan sözleşmeden dönme hakkı ile yeter derecede korunmuştur.

Satıcı, satılarda bazı nitelikleri zikir ve vaat etmiş olsa bile, bu da bir ifa yükümlülüğü tesis etmez, ancak tekeffül borcunu artırır. Bununla beraber bazı hallerde nitelik zikir ve vadinin daha geniş bir anlam taşıdığı kabul edilebilir.

Çeşit satımında ise durum farklıdır. Âkitlerin mefruz maksatlarına ve muamelenin objektif amacına göre, ancak ayıpsız bir satılan teslim olunacağı sonucu çıkmaktadır. Kanun da bu düşünceye uygun tarzda düzenleme getirmiştir. Satıcı, ayıplı mal teslim etmişse, alıcı bunların ayıptan âri (ayıpsız) misli ile değiştirilmesini talep edebilir (BK. m. 203). Fakat alıcı, teslim edilen malı, parça satımında olduğu gibi ifa kabul ederek, tekeffül hükümlerinden yararlanabilir⁴¹.

bb. Sorunun parça satımında ve çeşit satımında aynı şekilde çözümlenmesi gerektiği görüşü

Hukumumuzda özellikle *Arslanlı*⁴², *Tandoğan*⁴³, *Kocayusufpaşaoğlu*⁴⁴, *Kaneti*^{44a}, *Edis*^{44b} gibi yazarlarca da benimsenmiş olan bir başka görüşe göre satıcı,

41) *Bu görüşün açıklaması için bkz. ARSLANLI a.g.e., s. 61-62, 64; ARAL, a.g.e., s. 102-103. Bu görüşte olarak bkz. TUNÇOMAĞ, a.g.e., c. 2, s. 97; von TUHR/PETER, a.g.e., s. 176 dn. 18; von TUHR/ESCHER, a.g.e., s. 97-98; BECKER, Kommentar, Vorb. Art. 197-210 N. 1; CAVIN, a.g.e., s. 107 vd.; LÜTHI, a.g.t., s. 76; BURLET, a.g.t., s. 47; WINIGER, a.g.t., s. 57; FURRER, a.g.t., s. 34; von BÜREN, a.g.e., Bd. I, s. 384; LARENZ, a.g.e., Bd. II, s. 59-60; FIKENTSCHER, a.g.e., s. 429-430. Karş. YAVUZ, a.g.e., c. 1, s. 64; BGE 84 II 158.*

42) *ARSLANLI, a.g.e., s. 65-67.*

43) *TANDOĞAN, a.g.e., §7, I.*

44) *KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, a.g.e., s. 60 dn. 84.*

44a) *KANETİ, a.g.e., s. 112 vd..*

44b) *EDİS, a.g.t., s. 129-130. Ayrıca bu görüşte olarak bkz. GIGER, Kommen-*

çeşit satımında olduğu gibi parça satımında da, ayıplı mal teslimi ile teslim borcunu ifa etmiş olmaz. Böylece alıcı, tekeffül hükümlerinin uygulamasına geçilmeden satılanı ifa olarak teslim almayabilecek ve genel hükümlerden doğan haklarını kullanabilecektir. Burada teslim etme ile teslim alma (tesellüm) arasında fark yapılmaktadır. Malın teslim alınması, alıcının, teslim edilen satılanı akdî ifa olarak kabul etmesi ve bu malın teslimiyle sözleşmeden doğan teslim borcunun sona erdiğini açıklaması demektir. Tekeffül hükümlerinin uygulanabilmesi için satılanın teslim alınması, yani açıkça ya da zımnen teslim almaya delâlet eden bir rızanın açıklanması şart olup, alıcının, ayıba rağmen satılanı ifa olarak kabul etmesi lazımdır. Fakat alıcı ayıplı malı kabule ve sözleşmeye göre talep hakkının muhtevasını teşkil eden bir maldan başka bir malı teslim almaya zorlanamaz. Nasıl ki alıcının ayıpsız bir mal teslimini talebe hakkı varsa, buna karşılık borcun muhtevası da ayıpsız bir mal olmalıdır. Satıcı, ayıplı bir mal teklifi ile sözleşmeden doğan borcunu ifa etmiş değildir. Bu görüşte, tekeffül hükümleriyle genel hükümlerin uygulama alanları ayrı ayrıdır: Satılan teslim alınmamışsa, ifa yoktur, genel hükümler uygulanır; teslim alınmışsa, ayıp ortaya çıkmakla tekeffül hükümlerinden yararlanır.

Arslanlı, bu görüşü, şu gerekçelerle desteklemektedir:

(i) Sözleşmenin kurulması ile gerek alıcının gerek satıcının ortak amacı, BK. m. 194 anlamında ayıplı bir mal teslimi olamaz. Açık bir anlaşma bulunmadıkça, alıcının ayıplı bir malı satın almak istediği düşünülemez. Aksi takdirde tekeffül hükümlerinin anlam kalmaz. Alıcıya, bu ayıplara dayanarak sözleşmeden dönme ya da satım parasının indirilmesi hakları verildiğine göre, sözleşme yapılırken onun rızasının bu şekilde ayıpsız bir mala yönelik olduğunu kabul kanunî bir zorunluluktur. Yine genel düşünceler de, bizi aynı sonuca götürür. Satılandaki ayıbı biliyor olmadıkça, alıcının, BK. m. 194 anlamında işe yaramayan bir malı satın almak istemesi pek hatıra gelmez.

Diğer taraftan satıcının teslim borcu, satılanın olduğu gibi teslimi olsaydı, alıcıya sözleşmeden dönme ve satım parasının indirilmesi hakkının tanınmamış olması gerekirdi. Tekeffül hükümlerinin, taraf rızalarına aykırı olarak satıcıya sorumluluk yüklediği söylenemez. Kanun koyucu, her iki tarafın BK. m. 194 anlamında ayıpsız bir alım satımı ile hareket ettiğini düşünerek, bu sorumluluğu satıcıya yöneltmiştir. Böylece alıcının talep hakkı ve satıcının borcu, ayıpsız bir mal teslimi olmaktadır.

(ii) Yine BK. m. 203'ün karşıt kavramından çıkarılan sonuç da isabetli değildir. Çeşit satımında, ayıpsız misli ile değiştirme hakkının tanınması, parça satımında alıcının ayıpsız mal teslimi talebe hakkı bulunmadığını göstermez. Çün-

tar, Vorb. Art. 197-210 N. 17 vd.; KATZ, a.g.t., s. 147-148; SCHUBIGER, a.g.t., s. 31 vd.; MERZ, a.g.m., s. 96 dn. 15; NEUENSCHWANDER, a.g.t., s. 25, 26 ve 34; STANISLAS, a.g.e., s. 107 vd.; ARAL, a.g.e., s. 103-105.

kü parça satımında sözleşmenin konusu, muayyen bir mal ve sadece o maldır. Değiştirme mümkün olmadığına göre, çeşit satımındaki hüküm ile mantikî ve hukukî bir sonuca varılamaz.

(iii) Böylece parça satımında hem hukuken değiştirme imkânı bulunmamakta; hem de satıcıya, satım sözleşmesi gereği bir tamir yükümlülüğü yüklenmemektedir. O halde BK. m. 106'ya göre, mehil tayini suretiyle ifa talebi, sadece sözleşmeden dönme ve tazminat haklarına zemin hazırlayabilir. Ancak verilen mehil içinde satıcının satılanı tamir ettirerek veya ederek, ifayı bağlamasına ve bu suretle sözleşmeden dönme ve tazminat tehlikelerini önlemesine bir engel yoktur. Satım sözleşmesinin satıcıya tamir yükümlülüğü yükleyemeyeceği doğru olmakla beraber, ayıplı teslimde, alıcının haiz olduğu ayıpsız mal teslimi talep hakkının ve ifa etmemeye özgü yaptırımların satıcıyı dolaylı olarak satılanı tamire sevkedeceği gözden kaçırılmamalıdır. Çünkü normal durumda satıcının amacı, borcunu ifa etmedir. Alıcı, ifa talebiyle birlikte gereken mehli vermeden diğer haklarını kullanamayacağına göre, verilen mehil içinde satıcının satılanı tamir ederek veya ettirerek teslimde çalışması en uygun yoldur. Tekeffül hükümlerinin uygulanmasına gidilmeden, bu yolun takibi, tarafların menfaatleriyle de uyumlu olur. Tamir (onarım) imkânı bulundukça, satıcının bu yolu tercih edeceğine şüphe yoktur. Yine tamir (onarım) imkânı mevcut iken, bu işi satım parasını indirmek suretiyle alıcıya yükleme âdil değildir. Tamir imkânı yoksa, satıcı, verilen mehli âtil geçirmek zorundadır. Bu durumda ise, satıcı, ifa imkânsızlığı içinde bulunacak ve sorumluluğu genel hükümler çerçevesinde değerlendirilecektir^{44c}.

cc. Görüşlerin değerlendirilmesi ve sonuç

Ayıplı mal tesliminin, teslim borcunun ifasına etkisini belirlerken; BK. m. 197 (OR. Art. 200) hükmünün gözönünde tutulması gerekir. Gerçekten bu maddeye göre, «satıcı alıcının satım zamanında malûmu olan ayıptan mes'ul olmadığı gibi satılanı kâfi derecede muayene etmekle farketmiş olacağı ayıptan da ancak bunun mevcut olmadığını temin etmiş ise, mes'ul olur». Böylece ister parça satımı ister çeşit satımı sözkonusu olsun bu maddenin uygulama alanına giren durumlarda, satıcı, ayıplı mal teslimi ile teslim borcunu ifa etmiş olduğu halde, borcundan ve dolayısıyla sorumluluktan kurtulmaktadır; yani ayıplı mal teslimi ile teslim borcu geçerli bir şekilde ifa edilmiş olmaktadır. BK. m. 197 hükmü üzerinde aşağıda ayrıntılı olarak durulacaktır⁴⁵.

Ancak satım sözleşmesinde taraflar, BK. m. 197 kapsamına giren bir durumun varlığına rağmen, ayıba karşı tekeffülden sorumluluğu kararlaştırmış olabi-

44c) *Buaçıklamalar için bkz. ARSLANLI, a.g.e., s. 63 vd..*

45) *Bkz. aşağıda V.*

lirler ya da alıcı, ayıplı satılanı teslim alırken ayıba karşı tekeffülden ileri gelen haklarını saklı tutmuş olabilir. Bu ihtimallerde de satıcının satılanın ayıplarından dolayı sorumluluğu gerçekleşecek; yani ayıplı ifa, teslim borcunu sona erdirmeyecektir.

Diğer durumlarda ise, alıcının ayıplı satılanı teslim alması sırasında satılanın ayıplarından haberdar olması sözkonusu değildir. Bu sebeple onun (alıcının) ayıplı ifayı kabul etmesi gibi bir ihtimal gerçekleşmeyecektir. Böyle bir durumda alıcı, gerek parça satımında gerek çeşit satımında ayıba karşı tekeffül hükümleri çerçevesinde satıcıyı sorumlu tutabilecektir. Düşüncemize göre, satıcının ayıba karşı tekeffülden sorumluluğu, BK. m. 96 (OR. Art. 97) anlamında bir gereği gibi ifa etmemeden (kötü ifadan) ileri gelen bir sorumluluk halidir⁴⁶. Böylece alıcı, -aşağıda görüleceği gibi- hem kötü ifaya hem de ayıba karşı tekeffüle ilişkin hükümler çerçevesinde satıcıya karşı taleplerde bulunabilecektir⁴⁷. Ancak bundan böyle alıcının, BK. m. 106'nın düzenlediği seçimlik imkânlardan yararlanması sözkonusu olmaz. Zaten ayıba karşı tekeffül hükümleri çerçevesinde de alıcının aynı imkânlara sahip olabilmesi mümkündür. Örneğin çeşit satımında alıcı, ayıba karşı tekeffül hükümlerine göre sözleşmeden dönebilecek (BK. m. 202) ya da satılanın ayıbı oranında satım parasının indirilmesini talep edebilecek (BK. m. 202) veya satılanın ayıpsız bir misliyle değiştirilmesi hakkını kullanabilecektir (BK. m. 203). Parça satımında ise, alıcının, sadece BK. m. 202 çerçevesinde sözleşmeden dönmeye ya da satım parasının indirilmesini isteyebilmesi imkânları vardır. Bütün bu düzenlemelerin, özel niteliği itibarıyla, BK. m. 101 vd. daki düzenlemeye nazaran öncelikle uygulanabilmesi gerekir. Böylece bu ihtimallerde ayıplı mal teslimi, teslim borcunu sona erdirmekte ve bundan böyle satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğu başlamaktadır. Burada parça ya da çeşit satımı ayırımının bir önemi yoktur.

e. Satıcının satılanı teslim borcunu ifa etmesi ile ilgili diğer durumlar ve açıklanması

(i) Teslim borcu, teslimin gereğince ifası için zorunlu hazırlıkların ve muamelelerin yapılmasını da kapsar. Örneğin satıcı, malını yabancı bir ülkeye satmışsa, gerekli ihracat müsaadelerini de almalıdır. Bunun gibi satıcı, alıcıya satılanlar ilgili hukukî durumlar konusunda gerekli ve yeterli bilgileri vermelidir. Meselâ bir alacak satımında alacağı temlik ettikten başka onun varlığını ispata yarayan belge ve senetlerin alıcıya teslim edilmesi gerekir⁴⁸.

46) Bkz. yukarıda §1, III, 3.

47) Bkz. aşağıda §5, IV.

48) ARSLANLI, a.g.e., s. 58; FEYZİOĞLU, a.g.e., İkinci kısım, c. 1, s. 232-233; YAVUZ, a.g.e., c.1, s. 64-65.

(ii) Satıcıdan başkasının teslim borcunu yerine getirmesi, teslim zamanı⁴⁹ ve teslim yeri konularında genel hükümler uygulanacaktır (BK. 67, 73, 74)⁵⁰.

3. Satıcının satılanı gönderme borcu

Satıcının satılanı gönderme borcu, satılanın, ifa zamanında akdi veya ka-
nunî ifa yerinden başka bir yerde bulunması durumunda, aslî borç niteliğindedir. Ancak alıcı, ifa yerinden başka bir yerde bulunabilir ve bu durumda da, satıcı ile aralarındaki açık ya da zımnî anlaşma veya teâmül gereğince satıcının şeyi gönderme borcu doğabilir. Satıcının buradaki gönderme borcu, bir yan borçtur⁵¹.

Satıcının gönderme borcuna vekâlete ilişkin hükümler kıyas yoluyla uygulanır. Kural olarak satıcı, alıcının açık talimatı olmadıkça, satılanı sigorta ettirme zorunluğunda değildir; ancak, gerektiğinde bu konuda alıcıdan talimat istemelidir. Teâmül veya iyiniyet kuralları gereği satıcının satılanı kendiliğinden sigorta ettirme zorunda olacağı durumlar da gerçekleşebilir⁵².

Satıcı, satılanın gönderildiği yere iyi bir durumda varması için gerekli önlemleri almalı; uygun ambalaj yapmalı, taşıma biçimini ve taşıyıcıyı iyi seçmelidir; önemli nedenlerin varlığı halinde taşımayı geciktirebilir⁵³.

Satıcının satılanı gönderme borcunu ihlâl etmesi, burada belirlenen özellikleri gözönünde tutulduğunda, onun (satıcının) ayıba karşı tekeffül sorumluluğundan ziyade BK. m. 96 vd. anlamında kötü ifadan ya da ifa etmemeden sorumluluğuna yolaçar.

Satıcının bir diğer yan borcu olan teslim masraflarını ve gerektiğinde taşıma masraflarını ödeme borcu⁵⁴, çalışma konumuzu ilgilendirmedeği için ele alınmayacaktır.

4. Satıcının satılanın mülkiyetini geçirme borcu

BK. m. 182 f.1'de satıcının satılanın mülkiyetini geçirme borcu açıkça öngörülmüştür.

49) TUNÇOMAĞ, a.g.e., c. 2, s. 97-98; TANDOĞAN, a.g.e., c. 1/1, §7, IV, 2.

50) Bu konulara ilişkin olarak bkz. von TUHR/ESCHER, a.g.e., §61, §62; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, *Tekinay Borçlar Hukuku*, 5. bası, İstanbul 1985, §65, §66.

51) YAVUZ, a.g.e., c. 1, s. 65.

52) TUNÇOMAĞ, a.g.e., c. 2, s. 98; TANDOĞAN a.g.e., c. 1/1, §7, IV, 3.

53) YAVUZ, a.g.e., c. 1, s. 65.

54) Bu konuda bkz. YAVUZ, a.g.e., c. 1, s. 66.

Maddi şeylere ilişkin taşınır satımı sözleşmesinde satıcının mülkiyeti geçirme borcunu yerine getirmiş sayılması için, onun, satılanı -mülkiyeti geçirme iradesiyle- alıcıya teslim etmiş ve alıcının da mülkiyeti kazanma iradesiyle satılanı teslim almış bulunması gerekir^{54a}. Satıcı, mülkiyeti geçirme borcunu, alıcının satılana tam ve sınırsız bir şekilde malik olmasına elverişli tarzda yerine getirmelidir.

MK. m. 633 c.1'e göre taşınmaz mülkiyetini kazanmak için tapu siciline tescil şarttır. O halde satıcı, gerekli geçerlilik şeklinde yapılmış taşınmaz satımı sözleşmesinin kendisine yüklediği taşınmazın mülkiyetini alıcıya geçirme borcunu yerine getirmek için, MK. m. 922 uyarınca tescil talebinde bulunmalı ve bu talep üzerine tapu memuru, sözkonusu taşınmazı alıcı üzerine tescil etmelidir⁵⁵. Bu durumda taşınmazın mülkiyeti, tescil yapılmış olmak şartıyla, tescil talebinin yevmiye defterine kayıt tarihinde alıcıya geçer.

Dar ve teknik anlamda mülkiyeti geçirme borcu, eşya satımında sözkonusudur. Satım konusu bir hak ya da iktisadî menfaat ise, burada ancak geniş anlamda mülkiyetin geçirilmesinden, yani hak ya da iktisadî menfaatle ilgili her türlü tasarruf yetkilerinin sağlanmasından sözedilebilir. Borç konusu alacak ise, devir ve temlik olunur. Ticarî bir sır satım konusu ise, bu sırdan yararlanma imkânları sağlanır. Müşteri satımında ise, müşterilerle ilişkinin devamını sağlayacak bütün imkânlar gösterilir ve gerekli bilgiler verilir⁵⁶.

Satıcının satılanın mülkiyetini geçirme borcu, satılanın ayıplarından sorumluluk ile yakından ilgilidir. Şöyle ki: Alıcı, satılanı, mülkiyetini kazanma amacıyla teslim almış olmalıdır ki satıcının, satılanın ayıplarından dolayı sorumluluğu yönüne gidilebilsin. Hatta -aşağıda görüleceği gibi- hukukî ayıplarda satılanın mülkiyetinin alıcı tarafından eksiksiz olarak kazanılamaması durumu sözkonusudur; bu açıdan da satıcının satılanın mülkiyetini geçirme borcunun burada kavram olarak ele alınması gereği bulunmaktadır^{56a}.

III. Ayıba karşı tekeffülden sorumluluk şartı olarak satıcının ifa muamelesine konu olan satılanın ayıplı olması

1. Genel olarak ayıp (défaut, vice caché, Mangel) ve nitelik kavramları ve anlamı

BK. m. 194 f. 1'e göre «satıcı alıcıya karşı satılanın zikir ve vaad ettiği vaatlerini mütekeffil olduğu gibi maddi veya hukukî bir sebeple kıymetini veya maksut olan menfaatini izale veya ehemmiyetli bir surette tenkis eden ayıplardan salim bulunmasını da mütekeffildir».

54a) Bu konuda bkz. OĞUZMAN/SELİÇİ, a.g.e., s. 557 ve dn. 12, 13.

55) YAVUZ, a.g.e., c. 1, s. 137.

56) YAVUZ, a.g.e., c. 1, s. 67.

56a) Bu konuda bkz. aşağıda III, 1, iii.

Böylece kanun tarafından «vaad edilen (vaad konusu) nitelikler» (zikir ve vaad edilen vasıflar) ile «ayıplar» birbirinden ayırt edilmiş olmaktadır. Ancak her iki durumda da, ayıp, alıcının normal olarak şeye atfedebileceği niteliğin (vasfın) bulunmamasından başka bir durumu ifade etmez; sadece tekeffülden sorumluluk şartları, bir niteliğin satıcı tarafından «zikir ve vaad edilmiş» olup olmamasına göre değişmektedir⁵⁷. O halde öncelikle nitelik (vasıf) kavramının anlamının ortaya konması gerekir^{57a}.

(i) Kanun metninde, «vasıf» (nitelik) kavramı ile, ilk olarak şeyin maddi anlamdaki özellikleri ifade edilmiştir. Öncelikle şeyin maddi yapısına ilişkin özellikler (saf gümüş, altın kaplama, hakiki inci gibi); sonra şeyin kullanılmasını, normal ve sağlıklı işlenmesini sağlayan özellikler; nihayet bir şeye değer kazandıran fakat bu değerın şeyin yararlılığına etkisi olmayan özellikler (meselâ emtianın geldiği bölge, bir sanat eserinin eskiliği ya da gerçekliği), maddi anlamda nitelik (vasıf) olarak değerlendirilebilecek ve bu şekildeki niteliklerden birinin eksik olması halinde maddi ayıbın varlığından sözedilecektir⁵⁸.

Böylece görünürdeki hasarı giderilmiş olsa bile, bir yeni arabanın teslimden önce maruz kaldığı çarpışmanın, ancak uzun bir süre geçtikten sonra ortaya çıkan etkileri olabilir; bu durumda da bu arabanın ayıplı olduğu kabul edilecektir⁵⁹. Aynı şekilde elden düşme bir arabanın yaptığı kilometre sayısı, şeyin yıpranma derecesi, birer nitelik olarak değerlendirilebilecektir⁶⁰.

(ii) Satılarda bulunması gerekli nitelikler, iktisadî mahiyette de olabilir. Bir taşınmazın kira geliri, bir ticarî işletmenin iş hacmi^{60a}, bir taşınmazın -bir otel olarak ya da bir sanayi işletmesi olarak kullanılması gibi- tahsis yönü, bu şekilde iktisadî niteliklerdir ve bu niteliklerin satılarda bulunmaması, iktisadî (ekonomik) ayıpları oluşturur. Ekonomik ayıpların da, BK. m. 194 f.1 anlamında «maddi ... ayıplardan» olarak düşünülmesi gerekir.

Ancak satıcı, şeyin değeri konusunda alıcıya yaptığı ve onun tasvir edilmesine ilişkin açıklamalardan sorumlu değildir; o (satıcı), teyit etmiş olsa bile, şeyin kıymetinden, bir işin getirebileceği yararlardan dolayı sorumlu tutulamaz. Çünkü bu gibi durumlarda bir «niteliğin» (vasfın) varlığından sözedilemez. Sadece objektif bakımdan tesbit edilebilen, belirli olgular sebebiyle satıcının te-

57) Bu konuda bkz. CAVIN, a.g.e., s. 74; ZEVKLİLER, A., *Borçlar hukuku (Özel borç ilişkileri)*, 2. bası, Ankara 1984, s. 42-43.

57a) Bu konuda bkz. VINEY, G., *Traité de Droit civil, t. IV, Les obligations - La responsabilité: conditions*, Paris 1982, s. 841 n. 754.

58) CAVIN, a.g.e., s. 75. Ayrıca bkz. KELLER/LÖRTSCHER, s. 70.

59) BGE 84 II 158: JdT 1959 I 400.

60) BGE 71 II 239: JdT 1946 I 85.

60a) BGE 45 II 441: JdT 1920 I 47; BGE 63 II 77: JdT 1937 I 400.

keffül yükümlülüğü vardır^{60b}. Bazan satılanın belirli niteliklere sahip olduğu hususu, durumlardan çıkarılabilir. Örneğin bir sanat eseri için çok yüksek bir fiyat kararlaştırılmış olması, onun hakiki olarak kabul edilmesine yolaçabilir⁶¹.

(iii) Ayıba karşı tekeffül, satılanın hukukî niteliklerini de kapsamına alır. Zaten BK. m. 194 f.1'de maddi ayıpların yanında hukukî ayıplardan da (défaux juridiques: rechtlicher Mängel) sözedilmektedir. Hukukî ayıp kavramıyla, satılanın değerini ya da ondan beklenen faydaları etkileyen, (objektif) hukukun koyduğu sınırlama ve yasaklardan ileri gelen ayıplar ifade edilmektedir. Örnek olarak, (objektif) hukuka dayanan bir mülkiyet sınırlamasının varlığı⁶², bina yapmak üzere satılan arsa üzerinde inşaat için belediyenin ruhsat vermemesi⁶³, inşaat yapmak için satın alınan yerin imar planına göre kısmen veya tamamen yeşil sahaya veya yola gitmesi dolayısıyla geri kalan alanın istenildiği gibi bir inşaat yapılmasına elverişli olmaması⁶⁴, satılan şeyin hukuka aykırı bir marka taşıması^{65a}, bir başkasının te'lif veya sınaî hakkını ihlâl etmesi⁶⁵, satılan taşıta gümrükçe elkonulması⁶⁶, satıcının kendi adına trafik kaydı olmayan bir aracı başkasına satması^{66a}, gibi durumlar gösterilebilir⁶⁷.

Ancak belirtilmelidir ki hukukî ayıbın, bir taraftan hukuka aykırılık ya da hukukî imkânsızlıktan, diğer taraftan zapt (éviction) tehlikesinden ayırt edilmesi, beraberinde çeşitli güçlükleri getirmektedir. Şöyle ki :

(a) İthalî imkânsız bir malın satım konusu olması⁶⁸, satılan lokantanın işletme izninin bulunmaması⁶⁹ gibi durumlarda, hukukî ayıp değil sözleşme konusunun başlangıçta imkânsız olması ya da hukuka aykırı olması sözkonusudur.

60b) CAVIN, a.g.e., s. 76.

61) Bu konuda bkz. BGE 88 II 410: JdT 1963 I 471; BGE 91 II 353: JdT 1966 I 351; BGE 102 II 97: JdT 1977 I 62.

62) BGE 91 II 275: JdT 1967 I 37; BGE 98 II 15: JdT 1972 I 552.

63) Yarg. HGK., 3.6.1959 t.li, E. 4-30 K. 36 s.lı k. (OLGAÇ, a.g.e., s. 121-122); Yarg. 4. HD., 25.3.1957 t.li, E. 8902 K. 1610 s.lı k. (OLGAÇ, a.g.e., s. 123). Ayrıca bkz. SCHWARZ, ag.m., s. 119-132 (çev. S.S. TEKİNAY).

64) Yarg. HGK., 2.2.1955 t.li ve E. 4-7 K. 6 s.lı k. (OLGAÇ, a.g.e., 123), Yarg. 3.HD., 13.5.1961 t.li ve 3424/3246 s.lı k. (OLGAÇ, a.g.e., s. 122).

64a) TANDOĞAN, a.g.e., c. I/1, § 10, dn. 27a'ya ilişkin metin.

65) CAVIN'e göre burada istisnai olarak (sübjektif) hakkın ihlâli, şeyin satılması yasağına yolaçtığı için, hukukî ayıbı oluşturmaktadır (bkz. CAVIN, a.g.e., s. 77).

66) Yarg. 13. HD., 7.5.1981 t.li, 1942/3498 s.lı k. (YKD. 1982, s. 531).

66a) Yarg. HGK., 24.10.1973 t.li 73/819 s.lı k. (DALMANLI, c. 2, s. 70).

67) Bu konuda başka örnekler olarak bkz. Yarg. 4. HD., 18.3.1965 t.li, 15391/1551 s.lı k. (DALAMANLI, c. 2, s. 78); Yarg. 13. HD., 14.1.1985 t.li, 7744/119 s.lı k. (YKD. 1985, s. 1671). Ayrıca bkz. BGE 60 II 442, 95 II 19.

68) Bu konuda bkz. TANDOĞAN, H., Kaçak otomobillerin müsaderesi konusu üzerine görüşler, BATİDER, 1982, c. 11, s. 159-165.

69) BGE 55 II 188.

Sözleşme konusunun başlangıçtaki hukukî imkânsızlığı ya da hukuka aykırı olması durumlarında, satım sözleşmesinin BK. m. 19 ve m. 20 anlamında kesin hükümsüz olması sözkonusudur. Eğer satıcı, butlan sebebini bildiği halde bunu alıcıdan gizleyip onu sözleşmeyi kurmağa sevketmiş ise; alıcı, satıcıdan BK. m. 41 f.2 uyarınca tazminat isteyebilir⁷⁰.

(b) Aynı şekilde hukukî ayıbın, zapt tehlikesinden ayırt edilmesi konusunda, doktrinde ve uygulamada çeşitli görüşlerin ileri sürüldüğü görülmektedir⁷¹. *Cavin*'e göre, bu konuda varılması gerekli sonuçların şu şekilde tesbit edilmesi imkânı vardır: Alıcının satılanın tam mülkiyetini kazanamadığı durumlarda zapt tehlikesi vardır. Bir üçüncü kişinin satılanın mülkiyetini iddia ettiği (istihkak iddiası, MK. m. 618), ya da satılan üzerinde alıcının hakkına nazaran tercih edilir nitelikte (sınırlı aynı ya da şerh edilmiş kişisel) hak iddiasında bulunduğu durumlarda, zapta karşı tekeffül hükümleri (BK. m. 189 vd.) uygulama alanı bulacaktır. Satılanın hukukî nitelikleri ise, satılanın normal kullanılmasını sağlayan ya da belirli bir niteliğin vaad edilmesi durumunda kararlaştırılan tahsis yönüne uygun bir kullanmayı amaç edinen niteliklerdir. Bu hukukî nitelikler, özellikle kamu hukukuna dayanan sınırlamaların varlığı halinde sona ererler. Yukarıda belirtilen taşınmaz mülkiyetinin kamu hukukundan doğan sınırlamaları, inşaat yasağı, bazı sanayi dalları ile uğraşmaya ilişkin kanunların getirdiği sınırlamalar, hukukî nitelikler olarak sayılabilir. Hukukî niteliklerin, idarî kararla belirlendiği durumlarda, çeşitli bölgelere göre değişiklikler göstermesi⁷² mümkündür⁷³.

Yargıtay da, çeşitli kararlarında hukukî ayıp kavramına yer vermiştir. Örneğin bir karara göre, satım sözleşmesinden önce satılana ilişkin alıcının bilmediği haciz sebebiyle satıcı, ayıba karşı tekeffül hükümleri çerçevesinde sorumlu

70) TANDOĞAN, a.g.e., c. I/1, §10, II, 2, a. *İmkânsızlık kavramı ve çeşitleri konusunda bkz. DURAL, M., Borçlunun sorumlu olmadığı imkânsızlık, İstanbul 1977, s. 7 vd., s. 75 vd.*

71) Örneğin bir görüşe göre, zapta karşı tekeffül borcu, alıcıyı, üçüncü kişilerin (sübjektif) haklarına karşı korur; hukukî ayıplara karşı tekeffül borcu, alıcıyı, hukukî bakımdan belli niteliklerin bulunmamasından ya da belli ayıpların bulunması sebebiyle satılan şeyde gerçekleştirilecek olan değer düşmelerine karşı korur. Yine bir başka görüş, zapta karşı tekeffülde bir şeyde hukukî bir ilginin; hukukî ayıplara karşı tekeffülde, şeyin bir hukukî niteliğinin konu edildiğini ileri sürmektedir. Nihayet her iki tekeffül hükümlerinin yan yana uygulanmasının gerektiğini savunan yazarlar da bulunmaktadır. Bu görüşlerin özetlenmesi ve savunan yazarlar hakkında bkz. ARSLANLI, a.g.e., s. 259 vd.; OLGAÇ, a.g.e., c. 3, s. 145. Ayrıca zapta karşı tekeffülün incelendiği monografi olarak bkz. TÜRKER, E., *Türk ve İngiliz hukukunda satıcının zapta karşı teminat borcu, Eskişehir 1974, s. 9 vd.*

72) Örnek olarak bkz. BGE 95 II 119: JdT 1970 I 328.

73) CAVIN, a.g.e., s. 76-77. Biz de, aynı gerekçelerle bu görüşü paylaşmaktayız.

tutulmuştur⁷⁴. Yine bir başka kararda, bir kamyon satıcısının, alıcı «uhdesine trafik kaydını naklettirmek suretiyle mülkiyetin tam ve kâmil şekilde geçmesini» taahhüt etmesine rağmen, bu kamyonun bir başka kimse adına kayıtlı ve üzerine hacizler konulmuş bulunması, bir hukukî ayıp olarak nitelendirilmiştir⁷⁵.

(iv) Ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun konusu, prensip olarak, sadece satılan şeydir. Ancak bu sorumluluk, satılanla birlikte onun teferruatına da yaygınlaştırılabilir. Örneğin satılanın ambalajının, sadece satılanın alıcıya teslim edilmesine hizmet etmeyip onun (ambalajın) satılanı koruması ya da tekrar başkasına satması için gerekli olduğu durumlarda, satılanın ambalajı da ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun kapsamına girer. Örneğin sigara, çikolata gibi orijinal ambalajında perakende satılan mallarda durum bu şekildedir⁷⁶.

Bizzat satılana ilişkin olmayan satılanın kullanılmasına ilişkin bir sınırlama, satıcının bu kullanma tarzını tekeffül ettiği durumda bile, gözönünde tutulmaz⁷⁷. Satım konusuna yabancı böyle bir tekeffül, bir nitelik vaadi değildir. Burada alıcı, sadece satımdan ayrı bu tekeffül vaadi sebebiyle ve bu vaadin ifa edilmemesinden dolayı satıcıyı sorumlu tutabilecektir⁷⁸. Örneğin alıcıya, satılana bağlı tali nitelikte haklar tanınmış olabilir; bir arsa alıcısına, komşu arsa üzerinde inşaat yapılmayacağına tekeffül edilmesinde, durum, bu şekilde gerçekleşmektedir. *Cavin*'in belirttiği gibi burada iki ihtimali birbirinden ayırt etmek gerekir. Eğer satıcı, bu şekilde satım konusu arsa yararına bir intifakın varlığı sebebiyle sorumlulukta da sonuç aynıdır. Nitelik bildirme (nitelik vaadi), satışında satıcının sadece bir üçüncü kişinin fiilini taahhüt etmesi ve dolayısıyla komşu arsa malikinin böyle bir borcu ihlâl etmeyeceğini garanti etmesi ya da komşu arsa malikine karşı bu şekilde sahip olduğu kişisel (alacak) hakkını alıcıya devir ve temlik etmesi, satım sözleşmesinden farklı ve bu sözleşmeye yabancı bir hukukî muameledir; bu gibi durumlarda, alıcı, sadece BK. m. 93 vd. hükümleri çerçevesinde satıcıyı sorumlu tutma imkânına sahiptir⁷⁹.

(v) BK. m. 194 vd. ile düzenleme konusu yapılan ayıba karşı tekeffül, -aşağıda görüleceği gibi- sadece satılanın hasarının alıcıya geçmesi anına kadar satılarda mevcut olan ayıplar sebebiyle mevcut olabilir. Hatta bildirilen nitelik-

74) *Yarg. Tic. D.*, 2.3.1971 t.li ve 70-3656/1618 s.lı k. (ABD. 1972, s. 872). Burada bir zapta karşı tekeffül durumu gören görüş için bkz. TANDOĞAN, a.g.e., c. I/1, §10. dn. 30b ve II, 2, a.

75) *Yarg. Tic. D.*, 15.12.1970 t.li, 2133/5165 s.lı k. (İçt. Kül. 1971, c. 1, n. 200). Bu durumu kusurlu imkânsızlık olarak değerlendiren görüş için bkz. TANDOĞAN, a.g.e., c. I/1, §10, II, 2, a.

76) CAVIN, a.g.e., s. 77. Aynı anlamda BGE 96 II 115: JdT 1971 I 258.

77) CAVIN, a.ge, s 77; BGE 55 II 188: JdT 1930 I 86

78) CAVIN, a.g.e., s. 77-78.

79) CAVIN, a.g.e., s. 77-78.

ler sebebiyle sorumlulukta da sonuç aynıdır. Nitelik bildirme (nitelik vaadi), satılanın şu ya da bu niteliklere sahip olduğunun ya da olmadığını tasvirinden başka bir şey değildir. Bu durumda geleceğe ilişkin olgular, BK. m. 194 anlamında bir nitelik bildirme (nitelik vaadi) konusu yapılamayacaktır. Örneğin bir âletin belli bir süre çalışacağıının bildirilmesi, BK. m. 194 anlamında nitelik bildirme değildir; meğer ki bu bildirme, daha önce var olan bazı olguları içermiş olsun⁸⁰. Şüphesiz böyle geleceğe ilişkin vaadler, doğrudan bir «garanti taahhüdü»nün konusunu oluşturabilir. Meselâ «(X) marka çamaşır makinası,... malzeme, işçilik ve imalât kusurlarına karşı, bir yıl süre ile garanti edilmiştir» şeklindeki bir sözleşme hükmünün anlamı, satıcının, sözleşme konusu (X) marka çamaşır makinasının çalışmamasının bütün sorumluluğunu -bir yıl boyunca- üzerine alması demektir; eğer bir çalışmama durumu gerçekleşirse, satıcı, satılanı eski haline getirme ya da tamir (onarım) ile yükümlü olacaktır. Bu şekildeki sözleşme kayıtları, satılana ilişkin bir nitelik bildirme teşkil etmez; bunlar, BK. m. 194 vd. hükümlerinin uygulama alanı dışına çıkan, satım sözleşmesine ilâve edilmiş bir akdî garanti vaadi niteliğindedir. Hukuk uygulaması bakımından, bu çeşit kayıtlara, BK. m. 194 vd. hükümleri uygulanmayacaktır. Ancak bu iki garanti çeşidi arasındaki sıkı bağıllık sebebiyle, aksine bir anlaşma olmadıkça, BK. m. 194 vd. hükümlerinin, en azından kıyas yoluyla akdî garanti taahhütlerine de uygulanması gerektiği savunulabilir⁸¹.

(vi) Bazı durumlarda satım sözleşmesi taraflarının, alıcıya ya da bir üçüncü kişiye bırakılan örneğe ya da tesbit edilen bir nümuneye uygun olması üzerinde anlaşmaları durumu gerçekleşebilir. Böylece BK. m. 218'de nümune üzerine satım olarak nitelendirilen bu satım çeşidinde, satılanın nitelikleri, bir örnek üzerinde somutlaştırılmaktadır.

Nümune üzerine satım, bir şarta bağlı satımı değildir⁸². Çünkü nümuneye uygunluk, yapılan satım sözleşmesinin hükümlerinin bağlı kılındığı bir şart değildir; nümune üzerine satım, kurulduğu anda tam olarak hükümlerini doğurur. Satılanın nümuneye uygun olmaması durumunda, alıcı, ayıba karşı tekeffül hükümleri çerçevesinde satıcıyı sorumlu tutabilecektir. Böylece burada satıcının satılanın vasıflarını zikir ve vaad ettiği durumdaki gibi satılanın vasıflarının belirli bir örneğe göre tesbit edildiği bir satım çeşidi bulunmaktadır⁸³. Bu konu

80) CAVIN, a.g.e., s. 78.

81) CAVIN, a.g.e., s. 78.

82) BECKER, Kommentar, Art. 222 N. 1.

83) YAVUZ, a.g.e., c. 1, s. 155-156. Yargıtay'ın bir kararına göre «Zeytinlerin ayıba, zeytinler salamuradan çıkarıldıktan bir süre sonra hava ile temas neticesi üzerindeki nem ve suyun buharlaşması sonucu ortaya çıkan gizli ayıp niteliğindedir. Aynı gizli ayıp, sözleşmenin başında alınmış nümunelerde de sözkonusu olduğuna göre davacı satıcı zeytinlerdeki ayıptan sorumludur» (13.HD., 1.11.1982, 6089/6807, İKD. 1986, 4127).

üzerinde daha fazla durulmayacaktır⁸⁴.

(vii) yine bazı durumlarda satıcı, satılana ilişkin bir nitelik vaadinde bulunmasından dolayı sorumlu tutulmaktadır. Yukarıda verilen açıklamalardan kolaylıkla anlaşılacağı gibi «nitelik» (vasıf) deyimiyse, şeyin diğer şeylerden ayrılmasını sağlayan doğal özellikler yanında onun değerini etkilediği kabul edilen her türlü iktisadî ve hukukî ilişkilerin ifade edildiği görülür. Bu açıdan satıcının vaadinin konusu olan nitelikler, maddî, ekonomik ya da hukukî olabilecektir. Bu konuda örnek olarak, satılan mobilyanın halis cevizden olduğunun, halının acem halısı olduğunun, satılan arsa ile ilgili kamu hukukundan doğan bir inşaat sınırlamasının bulunmadığının satıcı tarafından bildirildiği durumların gösterilmesi mümkündür⁸⁵. Satıcı, nitelik bildirmesinin kapsamına göre, ayıba karşı tekeffül hükümleri çerçevesinde sorumlu tutulacaktır. Nitelik bildirmenin olumlu ya da olumsuz şekilde yapılabilmesi imkânı vardır; bu bildirim, açıkça ya da zımnî olarak da yapılabilir⁸⁶. O halde satılanın sahip olması gereken niteliklerin tesbitinde, bu şekildeki nitelik bildirmelerinin (vaadlerin) de önemi bulunmaktadır.

(viii) Kıymetli evrakın, özellikle pay senetlerinin sözkonusu olduğu durumlarda, bunların sadece bizatihi senet olarak bazı ayıplara maruz kalması ihtimali gerçekleşebilir. Bu konuda örnek olarak kıymetli evrak ya da pay senedinin sahte olması, bozulması, kupon veya koçanın eksik olması gösterilebilir. Burada kanunî tekeffül, bizatihi senede mündemiç mala verilen iktisadî değeri kapsamına almaz⁸⁷. Bu konu üzerinde daha fazla durulmayacaktır⁸⁸. Ancak belirtmelidir ki bu anlamda tekeffül kapsamı dışında kalan unsurlar, özel bir garanti vaadi konusu olabilirler. Bu şekildeki sözleşme kayıtlarının, özellikle pay satımı şeklinde yapılan taşınmaz, sınaî ve ticarî işletme devirleri konusunda kullanıldığı görülmektedir; böylece satıcının, kanunî tekeffül borcundan başka bir akdî garanti borcu doğmaktadır. Bu garanti taahhüdü hakkında da, Borçlar Kanununun genel hükümleri uygulanır⁸⁹.

84) Nümune üzere satın konusunda geniş bilgi için bkz. CAVIN, a.g.e., s. 153-154; TANDOĞAN, a.g.e., c. I/1, s. §14; TUNÇOMAĞ, a.g.e., c. 2, s. 311 vd.; FEYZİOĞLU, a.g.e., İkinci kısım, c. 1, s. 129 vd.; YAVUZ, a.g.e., § 11.

85) TANDOĞAN, a.g.e., c. I/1, s. 164.

86) YAVUZ, a.g.e., s. 98-99.

87) CAVIN, a.g.e., s. 79.

88) Bu konuda geniş bilgi için bkz. CAVIN, a.g.e., s. 79-80. Ayrıca bkz. KELLER/LÖRTSCHER, s. 120-121; BUCHER, Skriptum, s. 26; GIGER, m. 197 n. 87, 88; BGE 59 II 159; BGE 107/II 422; BGE 108 II 102 vd..

89) Alacağın temlik durumunda temlik eden alacaklının, alacağı temellük edilene karşı garanti borcu, BK. m. 169-171 (OR. Art. 171-173) hükümleriyle özel olarak düzenlenmiştir; bu konuda satın sözleşmesine ilişkin hükümler uygulanmayacaktır. Bu konuda bkz. ARSLANLI, a.g.e., s. 269 vd..

Bu şekilde gerek taraf iradelerine göre gerekse kanun hükümleri çerçevesinde satılanın taşınması gerekli niteliklerin ve satıcının sorumluluğuna yolaçan ayıpların neler olduğunu belirlemiş olduk. Şimdi de satım konusu şeyin ayıplı sayılabilmesi için gözönünde tutulması gereken ölçütlerin (kriterlerin) araştırılması lâzımdır.

2. Satılanın ayıplı olduğunun belirlenmesine ilişkin görüşler ve değerlendirilmesi

a. Bildirilen nitelikler (özel nitelik vaadi) sebebiyle tekeffülde satılanın ayıplı olduğunun belirlenmesi

BK. m. 194'e göre satıcı, alıcıya karşı satılanla ilgili zikir ve vaad, yani temin ettiği niteliklerini de mütekeffildir. Bu durumda rızâî tekeffülün varlığından söz edilmektedir⁹⁰.

Rızâî tekeffül, kanunî tekeffülden iki bakımdan ayrılır. Önce satılанда bir niteliğin mevcudiyeti tekeffül edilmişse, sorumluluk, sadece tekeffül konusu niteliklerle sınırlıdır. Satıcı, satılанда, her türlü nitelikleri, meselâ şeyin değerini, menşeyini tekeffül etmiş olabilir. Nitelik bildirme, garanti taahhüdüne kadar gidebilir. Halbukî kanunî tekeffülün sınırı belirlidir. Sonra nitelik bildirmede önemlilik şartı, kanunî tekeffüldeki kadar geniş kapsamlı değildir; satıcı, muayyen nitelikleri temin etmişse, bunlar önemli olmasalar bile sorumlu olur⁹¹.

Satıcının nitelik bildirmesi, ciddi yani satım sözleşmesinin yapılmasına dolaylı da olsa etkili olmalıdır. Ancak bildirmenin konusu niteliklerin tayin edilebilir olması yeterlidir. Bazen satılanın adı da nitelik tekeffülü borcunu doğurabilir; meselâ malın adı niteliklerini de belirliyorsa, satıcı bunları mütekeffil sayılır. Ateş tuğlasının ateşe dayanıklı, kopya mürekkebinin kopya işlerine elverişli olması gerekir⁹².

b. Satılanın gerekli (lüzumlu) nitelikleri sebebiyle tekeffülde satılanın ayıplı olduğunun belirlenmesi

Satılanın gerekli (lüzumlu) nitelikleri sebebiyle tekeffülde (kanuni tekeffülde), satılanın ayıplı olup olmadığının belirlenmesi konusunda objektif görüş ve sübjektif görüş olmak üzere, doktrinde, iki görüşün savunulduğu görülmektedir. Şöyle ki :

90) Bu konuda bkz. ARSLANLI, a.g.e., s. 269 vd..

91) ARSLANLI, a.g.e., s. 271-272.

92) ARSLANLI, a.g.e., s. 273.

aa. Satılanın ayıplı olduğunun objektif görüşe göre belirlenmesi

Objektif görüşe göre, satılanın, tipik olarak sahip olması gereken nitelikleri (vasıfları) taşımaması durumunda, ayıplı olması sözkonusudur⁹³. Böylece satılanın normal niteliklerine sahip olmasına rağmen alıcının onu tahsis etmek istediği amaca uygun düşmemesi ayıp teşkil etmeyecektir.

Çeşit satımında, objektif görüş, şeyin anlaşma konusu çeşide dahil olup olmadığını araştırmaktadır: Eğer teslim konusu şey, anlaşma konusu çeşide dahil ve ayıplı ise, ayıba karşı tekeffül hükümleri uygulanacaktır. Aksine satılanın başka bir şeye ait olması sözkonusu ise, alıcı, satılanı kabul etmeyerek sözleşmenin ifası talebinde bulunabilecektir⁹⁴. Bu görüşü savunanların çözmesi gereken esas sorun, çeşidin belirlenmesinde kendini göstermektedir. Örneğin at cinsi mi yoksa yarış atı cinsi mi bir çeşidi oluşturma durumunda olacaktır⁹⁵, ⁹⁶ Bu konuya ilişkin görüşler üzerinde durulmayacaktır.

Bu görüşün, İsviçre, Alman ve Fransız hukuklarında olduğu gibi hukukumuzda da savunucuları bulunmaktadır⁹⁷.

bb. Satılanın ayıplı olduğunun sübjektif görüşe göre belirlenmesi

Sübjektif görüşe göre, satılanın ayıplı olduğunun belirlenmesi konusunda, parça satımı ve çeşit satımı ayırımı yapılması gereği üzerinde durulmaktadır.

(i) Parça satımında satılanın ayıplı olduğunun belirlenmesi

Sübjektif görüşe göre, parça satımında, satılanın, -mevcut durumu itibarıyla- sözleşme hükümleri ya da taraflar arasındaki mefruz normal tahsis yönü bakımından bulunması gereken duruma nazaran alıcı için aleyhe bir fark bulunduğu durumlarda, ayıplı olması sözkonusudur. Böylece satılanın ayıplı olması, kurulmuş bulunan sözleşmenin amacına göre belirlenmektedir. Örneğin objektif olarak her hangi bir ayıbı bulunmayan fakat sözleşmede belirlenmiş nitelik-

93) *Bu açıklama için bkz. STAUDER, a.g.m., s. 128-129.*

94) *STAUDER, a.g.m., s. 128-129.*

95) *Bu konudaki tartışmalar için bkz. NANA, a.g.e., s. 39-32.*

96) *Ayrıca genel olarak çeşit borcu kavramı üzerine çeşitli tartışmalar için bkz. SEROZAN, R., Parça borcu - çeşit borcu: aşılması gerekli bir ayırım, MHAD. 1969, y. 3, sy. 5, s. 211 vd.; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar hukuku dersleri, s. 75 vd.; EREN, a.g.e., c. 1, s. 115 vd..*

97) *Bu görüşün Alman hukukunda savunulma tarzı için bkz. STAUDER, a.g.m., s. 128-129 (yazar, bu görüşü, azımlık görüşü olarak açıklamaktadır). İsviçre hukuku için bkz. STAUDER/STAUDER, a.g.m., s. 167; BECKER, Kommentar, Art. 197 N. 1; OSER/SCHÖNENBERGER, Kommentar, Art. 197 N. 11; KATZ, a.g.t., s. 29. Fransa'da bu görüşün savunulma tarzı için bkz. GHESTIN, a.g.e., s. 16; NANA, a.g.e., s. 39 vd.. Türk hukuku için bkz. ARSLANLI, a.g.e., s. 266 vd.; EDİS, a.g.t., s. 57 vd.; KANETİ, a.g.tk., s. 50.*

leri taşımayan şeylerin, bizatihi kanun anlamında bir ayıp taşıdığı kabul edilecektir⁹⁸. Belirli bir yarış atının satımında satım konusu atın koşum atı olduğunun ortaya çıkması, resim kağıdı yerine mektup kağıdının teslim edilmesi gibi durumlarda -bu örneklerin parça satımı olarak değerlendirildiği bir ihtimalde-, sözleşme taraflarının sözleşme ile izledikleri amacın gereği olarak, satılanın ayıplı olması sözkonusudur⁹⁹.

Stauder'in Alman hukukunda hâkim görüş olarak belirlediği subjektif görüşün, Fransız^{99a}, İsviçre^{99b} ve Türk hukuklarında da savunulduğu görülmektedir. Hukukumuzda örneğin *Kocayusufpaşaoğlu*'na göre «Burada, bugün Alman hukukunda hâkim olan ... görüşe uygun olarak (...) subjektif (somut) ayıp kavramını esas alıyoruz (...). Buna göre, ayıp satılan şeyin satış sözleşmesine uygun vasıflardan yoksun bulunmasıdır. Şu halde bir eşyanın ayıplı olup olmadığını anlamak için, onun haiz olduğu vasıfları satış sözleşmesine göre haiz olması gereken vasıflarla mukayese etmek gerekecektir. Şüphesiz bu ayıbın BK. 194 vd. nin uygulanmasına yolaçması için ayrıca şeyin «kıymetini veya maksut olan menfaatini izale veya ehemmiyetli bir suretle tenkis» etmesi gerekir. Sözleşme, şeyde bulunması icap eden vasıflar hakkında hiçbir bilgi vermiyorsa, şeyin dahil olduğu kategoriye ait normal vasıfları haiz bir eşyanın satıldığı kabul edilecektir. Yani objektif ayıp kriteri, gerçekte taraflarca zımnen kabul edilmiş sayılacak (...), yine subjektif bir temele (sözleşmeye) dayandırılacaktır¹⁰⁰. *Bilge*'nin de «Lüzumlu vasıflar, satımdan beklenen gayeye göre tayin olunur. Satımdan beklenen gaye ise, tarafların müşterek maksatlarına ve bu maksat tesbit edilemezse, o gibi işlerde cari bulunan telâkkilere uyarak tayin olunur. Bu bakımdan eşyanın fiyatına, akdin özel şartlarına ve bu şartlar altında diğer eşyada aranabilecek vasıflara bakılır» şeklindeki ifadeleriyle subjektif görüşü savunduğu açıkça görülmektedir¹⁰¹.

Böylece subjektif görüşe göre ayıp kavramı, kapsam olarak önemli ölçüde genişlemekte; şeyin nitelikleriyle ilgili her türlü sözleşmeye aykırılık hallerini de ihtiva edecek bir mahiyet kazanmaktadır¹⁰².

98) *STAUDER, a.g.m., s. 127-128; LARENZ, a.g.e., Bd. II, s. 34.*

99) *STAUDINGER/HONSELL, Kommentar, §459 N. 13.*

99a) *GHESTIN, a.g.e., s. 18; NANA, a.g.t., s. 47 vd. (bu yazarlar, objektif görüşün tanımladığı ayıp kavramını «défaut materielle ou conceptuelle» olarak, subjektif görüşün tanımladığı ayıp kavramını «défaut contractuelle ou fonctionnelle» olarak isimlendirmektedirler); PLANIOL/RIPERT, Traité pratique, t. 10, s. 143; MAZEAUD, H. - L. - J./DE JUGLART, M., Leçons de Droit civil, t. III, vol. 2, 5. éd., n. 980.*

99b) *AMAUDRUZ, a.g.t., s. 46 ve dn. 13'de anılan yazarlar; FURRER, a.g.t., s. 37; GIGER, Kommentar, Art. 197 N. 52; CAVIN, a.g.e., s. 83.*

100) *KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, a.g.e., s. 64 dn. 73.*

101) *BİLGE, a.g.e., s. 76.*

102) *AMAUDRUZ, a.g.t., s. 47.*

(ii) *Çeşit satımında satılanın ayıplı olduğunun belirlenmesi*

Çeşit satımında sübjektif görüşün uygulanması, bazı güçlükleri de beraberinde getirir. Gerçekten BK. m. 70'e göre (OR. Art. 71, BGB §248) «Verilmesi lâzım gelen şey yalnız neviyle tâyin edilmiş ise işin mahiyetinden hilâfı anlaşılmadıkça bu şeyin intihabı borçluya aittir. Bununla beraber borçlu, mutavassıt vasıftan (la qualité moyenne: die mittlere Qualität) aşağı vasıfta bir şey veremez». Bu hüküm karşısında sübjektif görüş, satım konusu çeşidin, teslim zamanında BK. m. 70 anlamında gerekli vasıfları ihtiva etmediği bir durumda, yine ayıplı bir satılanın teslim edilmesi sözkonusu olacak ve BK. m. 194 vd. hükümlerin uygulanması imkân dahiline girecektir. Ancak belirtilmelidir ki BK. m. 70'de öngörülen «mutavassıt vasıftan aşağı vasıfta bir şey ver»ilmesi durumunda, aynı zamanda, BK. m. 96 anlamında satıcının teslim borcunu gereği gibi ifa etmemesi sözkonusu olacak ve alıcı, satılanı teslim almayarak borçlu temerrüdüne ilişkin hükümler çerçevesinde satıcıyı sorumlu tutabilecektir¹⁰³.

BK. m. 70'in uygulanmasında satılanın «mutavassıt vasıfta olması», sözleşmenin yapılması anındaki ilgili ortam ve düşüncelere göre tesbit edilmelidir¹⁰⁴. Ancak taraflar, BK. m. 70 hükmünün aksini sözleşmede kararlaştırabilirler ve böylece teslim konusu çeşidin niteliğinin taraf iradeleriyle de belirlenebilmesi mümkün hale gelir. Örneğin sözleşmede birinci kalite mal teslim edilmesi öngörülmüşse; alıcı, satıcıdan bu nitelikte mal teslim edilmesini talep edebilecektir¹⁰⁵.

Tüketilebilir bir şeyi konu edinen bir satım sözleşmesi sözkonusu olduğunda, karşılaştırma, satılan şey ile aynı kategoriye ait orta nitelikteki bir şey arasında yapılacaktır¹⁰⁶. Ancak gayri misli eşyayı konu edinen satımlarda, her hangi bir karşılaştırma yapma imkânı yoktur; bu durumda ayıp tesbiti, yapılan sözleşmenin hükümlerine göre gerçekleştirilecektir¹⁰⁷.

c. *Genel değerlendirme ve sonuç*

Böylece «satılanın hangi durumlarda ayıplı sayılacağı» sorununa, objektif ve sübjektif görüşler çerçevesinde çözümler arandığını incelemiş olduk. Bu durumda mevcut kanun hükümlerinin ve uygulamanın ihtiyaçlarının hangi çözüm tarzını desteklediğinin araştırılması gereği vardır.

(i) Öncelikle satıcının özel nitelik vaadi dolayısıyla ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun gerçekleşmesi şartı olarak ayıp kavramının belirlenmesinde, objektif ve sübjektif görüş sahiplerinin tartışmasından sıyrılma imkânı vardır. Yu-

103) STAUDER, *a.g.m.*, s. 128.

104) STAUDER/STAUDER, *a.g.m.*, s. 167.

105) KATZ, *a.g.t.*, s. 47.

106) KATZ, *a.g.t.*, s. 30.

107) KATZ, *a.g.t.*, s. 31.

karıda belirlediğimiz bu vadin hukukî niteliğine ilişkin görüşlere¹⁰⁸ girmeksizin, burada, satıcının zikir ve vadinin kapsamına giren hususlar çerçevesinde sorumluluğunun kapsamı belirlenecek ve böylece ayıp, satıcının satılanın niteliklerine ilişkin irade ya da tasavvuruna göre ortaya çıkacaktır.

(ii) Satıcının kanunî tekeffülden sorumluluğunun şartı olarak ayıp, BK. m. 194 f.1'de, «satılanın ... maddi veya hukukî bir sebeple kıymetini veya maksut olan menfaatini izale veya ehemmiyetli bir surette tenkis eden» noksanlıklar olarak belirlenmiştir Fransız MK. m. 1641'de ise «satıcının, satılan şeyin, tahsis olunduğu kullanmaya elverişsiz kılan ya da bu elverişliliği azaltan ayıpları sebebiyle» sorumluluğunun bulunduğu öngörülmüştür. BGB §459'a göre «bir şeyin (malın) satıcısı, alıcıya karşı, şeyin ... normal kullanılma tarzına ya da sözleşme ile öngörülen kullanılma tarzına göre değerini ya da faydalı olmasını tamamiyle kaldıran ya da azaltan ayıplar»dan sorumludur. Böylece satılanın ayıplı olup olmadığının belirlenmesinde, kanun metinlerinde, iki farklı kriterin birlikte ya da ayrı ayrı kullanıldığı görülmektedir: Satılanın normal kullanılma tarzına göre değerini ya da elverişliliğini azaltan noksanların ayıp olarak belirlenmesi, satılanın mefruz ya da tahsis olunduğu amaç itibarıyla ayıplı sayılması. Kısaca bu kavramların açıklanması gerekir.

(a) *Satılanın normal kullanılma tarzına göre değerini ya da elverişliliğini azaltan noksanlar sebebiyle ayıplı sayılması*

Bu kriterin, özellikle BGB §459'da ve kısmen de BK. m. 194'de (OR. Art. 197'de) anıldığını görmekteyiz. Buradaki «değer»den (kıymetten) maksat, satılanın mübadele değeridir. Elverişlilik ise, satılandan, normal kullanılma tarzına göre beklenen faydadır¹⁰⁹. Böylece alıcının şeye verdiği subjektif değer ve önem değil, fakat objektif olarak satılanın tekrar satımı ya da elden çıkarılması durumundaki değeri ve elverişliliği sözkonusu olmaktadır¹¹⁰. Ancak belirtmelidir ki satılanın değerinin azalması, her zaman onun elverişliliğinin de azalmasına yolaçmaz. Örneğin modası geçmiş elbiselerin, normal kullanılma amacına göre elverişliliği de azaldığı için elden çıkarılması güç olacak ve dolayısıyla değeri azalacaktır. Halbuki bir evin çatısının kötü bir tarzda yapılmış olması, o evin ikamet olarak kullanılma yönüne bir etki göstermemekle beraber, değerini azaltan bir ayıp olarak değerlendirilebilir¹¹¹. Benzer bir örneğin *Edis* tarafından şu şekilde verildiği görülmektedir: «Meselâ, bahçeye dikmek üzere satın alınan bir heykelin, başka bir heykeltıraş tarafından yapılmış olması gibi... Burada, elverişlilik belki azalmamıştır; fakat değer azalmıştır. Şüphesiz, Mikelanj'in yapmış

108) *Bkz. yukarıda §1, III, 2.*

109) *Bu konuda bkz. EDİS, a.g.t., s. 59.*

110) *KATZ, a.g.t., s. 39.*

111) *STAUDER/STAUDER, a.g.m., s. 169.*

olduğu bir heykelle, alelâde bir heykeltraş tarafından yapılmış heykel arasında büyük bir değer farkı vardır»¹¹².

(b) *Satılanın mefruz ya da tahsis olunduğu amaç itibarıyla ayıplı sayılması*

Satılanın ayıplarından tekeffül sorumluluğu, sözleşmede açıkça belirlenen ya da bu sözleşmenin kurulmasına etkili olan kullanılmasını imkânsız kılan ya da önemli ölçüde azaltan noksanlıkları bulunan bir satılanın mevcut olması durumunda (sübjektif ayıp kavramı) ya da sözleşmenin bu konuya ilişkin her hangi bir hüküm getirmemesi halinde, tarafların, hal ve şartlara, alışverişin özelliklerine göre dürüstlük kuralına uygun tarzda varsayabilecekleri normal tahsis amacına uygun düşmeyen nitelikleri olan bir satılanın varlığı durumunda (objektif ayıp kavramı), gerçekleşecektir¹¹³. Satıcıya her hangi bir açıklamada bulunmaksızın satılanı özel bir kullanma tarzı için satın alan alıcının, bu özel kullanma tarzına uygun düşmeyen nitelikler sebebiyle satıcıyı sorumlu tutabilmesi imkânı olmayacaktır. Aksine satıcı, alıcının bu niyetini biliyor ve davranışlarıyla da alıcının beklediği niteliklerin satılarda mevcut olduğu yolunda onda (alıcıda) bir kanaat uyandırmış ya da alıcının daha önce sahip olduğu böyle bir fikri devam ettirmesini sağlamışsa, örneğin dürüstlük kuralına göre gerektiği halde satılanın bu özel kullanım için elverişsizliği konusunda alıcıya bir bildirimde bulunmamışsa; satıcının sorumlu tutulması sözkonusu olacaktır^{113a, 114}.

Bu gibi durumların satıcının nitelik vaadinde bulunduğu durumlarla uygulama alanı bakımından kesişmesi ihtimali vardır. Ancak Borçlar Kanunumuzda, her iki durumda da aynı hükümlerin uygulanması öngörüldüğüne göre, böyle bir ayırmada titizlik göstermenin önemi bulunmamaktadır¹¹⁵.

(iii) Kanaatimizce çeşit satımında ve şeyin kullanılma yönünün sözleşmeden çıkarılamaması gibi durumlarda, satılanın ayıplı olup olmadığının tesbitinde bazı objektif kriterlere başvurulması, Borçlar Kanunumuzda objektif ayıp esasının benimsendiği sonucuna varılmasını gerektirmez. O halde her durumda, satılanın ayıplı olup olmadığının öncelikle sübjektif kriterlere göre tespit edilmesi lâzım geldiği düşüncesine katılmış olmaktayız. Ancak belirtilmeiidir ki buradaki sübjektif olma, tamamıyla alıcının kendi içinde kalmış (derunî) ve indî bir ayıp kavramının kabul edilmesi demek değildir; sadece satıcı tarafından bi-

112) *EDİS, a.g.t., s. 59-60.*

113) *STAUDER/STAUDER, a.g.m., s. 169. Ayrıca bkz. BGE 26 II 739, 746.*

113a) *CAVIN, a.g.e., s. 83.*

114) *Bu konuda özellikle eski eşya satımı durumlarında aşılması zor güçlüklerle karşılaşılabilir. Karş. von BÜREN, a.g.e., Bd. II, s. 23. Çeşitli örnekler için bkz. GIGER, Kommentar, Art. 197 N. 74.*

115) *Bu konuda bkz. KATZ, a.g.t., s. 47; STAUDER/STAUDER, a.g.m., s. 169. Aynı anlamda olmak üzere bkz. BGE 71 II 239, 240.*

linen ya da bilinmesi dürüstlük kuralı gereği satıcıdan beklenebilecek olan alıcı istek ve tasavvurları gözönünde tutulabilecektir.

3. Satılanın ayıplı olduğunun ispatı

Burada inceleme konusu yapacağımız hukukî problem şudur: Satılanın ayıplı olduğunu kim (yani satıcı mı yoksa alıcı mı) ispat edecektir? Özellikle satıcının, teslim ettiği satılanın sözleşmeye ve kanun hükümlerine uygun olduğunu ispat yükü mevcut mudur¹¹⁶? Bu konuda genellikle kabul edilen çözüm şekli şöyledir: Eğer alıcı, satılanı ifa olarak kabul etmişse, bundan böyle satılanın teslim alma zamanında ayıplı olduğunu ispat yükünde olacaktır. Aksi durumda satıcı, ifa olarak teklif ettiği şeyin sözleşmeye uygunluğunu ispat zorundadır; ancak onun (satıcının), satılanın ayrıca hiçbir ayıp taşımadığını ispat yükü bulunmamaktadır¹¹⁷.

Böylece parça satımında, satıcı, satılanın sadece satım sözleşmesi konusu ile aynı olduğunu ve bildirilen nitelikleri taşıdığını; çeşit satımında ise, eşyanın kararlaştırılmış çeşit ve kaliteye uygunluğu ile bildirilen nitelikleri ihtiva ettiğini ispat etme durumunda olacaktır. Diğer durumlarda satıcıyı sorumlu tutmak isteyen alıcı, teslim konusu şeyin ayıplı olduğunu ispat yükündedir¹¹⁸.

Burada satım sözleşmesi gereği kendisine teslim edilen şey hakkında ayıp iddiasında bulunacak olan alıcının, bunu nasıl yapması gerektiği, -aşağıda görüleceği gibi-^{118a} yasa kurallarıyla ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir; bu düzenlemenin gereklerine uymayan alıcı, talep ve dava hakkını kaybedecek, ancak kendisine karşı açılacak bir davada bu iddiasını bir defa olarak ileri sürebilecektir; bu son durumda alıcı, iddia eden mevkiinde olduğundan iddiasının bütün unsurlarını ispat etmelidir. Diğer taraftan muayyen süreler içinde ayıp bildiriminde bulunmayan alıcı, kendisinden bekleneni yapmış değildir; o halde ifanın ayıplı olduğunu alıcı ispat etmelidir¹¹⁹.

IV. Ayıba karşı tekeffülden sorumluluk şartı olarak satılanın ayıplarının önemli olması

1. Genel olarak satılandaki ayıbın önemli olmasının anlamı

BK. m. 194'de (OR. Art. 197'de) «satıcı alıcıya karşı satılanın ... kıymetini

116) Sorunun bu şekilde ortaya konması için bkz. TUNÇOMAĞ, a.g.e., c. 2, s. 157.

117) TUNÇOMAĞ, a.g.e., c. 2, s. 157. Ayrıca bkz. KELLER/LÖRTSCHER, s. 75-76.

118) BECKER, Kommentar, Art. 197 N. 21; TUNÇOMAĞ, a.g.e., c. 2, s. 157.

118a) Bkz. aşağıda § 3.

119) YAVUZ, Fransa'da ispat külfeti, s. 45.

veya maksut olan menfaatini izale veya ehemmiyetli surette tenkis eden ayıplar»ından sorumlu olacağı esası getirilmiştir. BGB §459'a göre «şeyin değerini ya da faydalılığını zedeleyici önemsiz bir azalması gözönünde tutulmaz». Fransız MK. m. 1641'e göre «satıcının ... alıcının bilmesi durumunda satılanı hiç iktisap etmeyeceği ya da daha düşük satım parası ödeyeceği» ayıplar dolayısıyla sorumluluğu bulunmaktadır. Bütün bu pozitif düzenlemeler, «minima non curat praetor» hukukî vecizesini, değişik şekillerde ifade etmiş olmaktadır. Ancak Fransız MK. m. 1641'in getirdiği ölçüt, bu bakımdan daha isabetli bulunmakta ve bu husus, doktrinde yazarlar tarafından açıklıkla ifade edilmektedir¹²⁰.

Ancak bu kanunî düzenlemelerde sadece satıcının ayıba karşı kanunî tekeffül borcunun gerçekleşmesinde ayıbın önemli olması şartının arandığı görülmektedir. Türk ve İsviçre hukukları açısından, satıcının nitelik bildirmesi sebebiyle tekeffül borcunda olduğu durumlarda da, bu şartın ne anlama geldiğinin araştırılması gereği vardır.

2. Satılanın gerekli nitelikleri (lüzumlu vasıfları) sebebiyle tekeffülde satıldaki ayıbın önemli olması şartı

Satılanın, ayıpları sebebiyle değeri ya da kullanışlılığı önemli ölçüde azaldığı durumlarda, diğer şartların da gerçekleşmesi kaydıyla, satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğu sözkonusu olacaktır¹²¹. Ancak satılanın ayıp sebebiyle hiç bir iktisadî ya da hukukî değerinin kalmadığı durumlar gerçekleşebilir ve böylece artık borcun ayıplı ifası değil hiç ifa edilmemesi sözkonusu olur. Satıcının hiç bir değeri olmayan mal teslim etmesi üzerine, alıcı da, temerrüt hükümleri çerçevesinde hakkını arayabilecektir. Burada satılanın tamamen değersiz kalmasının anlamı, ticarî bakımdan hiç bir iktisadî değerinin olmaması demektir. Bu soruna ilişkin varılan bu sonuç ile orta çeşit ve nitelikten aşağı olan bir mal ile yapılan ifa, birbiriyle karıştırılmamalıdır. Emtianın ticarî bakımdan değersiz kabul edilebilmesi için, başka surette yararlanılmaya da müsait olması gerekir. Fakat BK. m. 194'ün lâfzı karşısında, bu gibi durumların da, ayıba karşı tekeffül hükümlerinin uygulama alanına dahil edilmesi düşüncesi ileri sürülebilecektir¹²².

Yapılan bu açıklamalardan anlaşılacağı gibi ayıba karşı tekeffül hükümlerinin, esas itibarıyla şeyin değerinin veya elverişliliğinin genel tarzda sadece azaldığı durumlarda uygulanma imkânı bulması sözkonusu olacaktır. O halde BK m. 194 anlamında bu elverişlilik ya da değer azalmasının önemli bir ölçü-

120) CAVIN, *a.g.e.*, s. 84; STAUDER/STAUDER, *a.g.m.*, s. 168; AMAUDRUZ, *a.g.t.*, s. 70.

121) CAVIN, *a.g.e.*, s. 83; STAUDER/STAUDER, *a.g.m.*, s. 168.

122) Bu konuda bkz. ARSLANLI, *a.g.e.*, s. 268 dn. 39.

de gerçekleşmesi gerekir. Hukukumuzda, yukarıda belirtildiği gibi Fransız hukukundan farklı olarak, ayıbın önemli olması kavramının kanunî bir tanımı yapılmamıştır. O halde bizde de ayıbın önemli olmasını açıklamak için Fransız MK m. 1641'de getirilen kriterlerden yararlanılması imkânının bulunduğu kabul edilmelidir¹²³. Böylece tarafların haklı niyetleri, ilgili çevrelerde hâkim olan teâmüller ve somut durumun tüm özellikleri gözönünde tutulabilecektir. Burada ayıbın varlık süresi de dikkate alınmalıdır; çünkü geçici ayıplar, BK. m. 194 anlamında önemli ayıp olarak değerlendirilemez. Eğer bir eşya yığınının satımı söz konusu ise, ayıbın önemli olması, ayıbın ayrı ayrı değil fakat bütün olarak şeyin değerini ya da elverişliliğini etkilemesine göre değerlendirilecektir¹²⁴. Diğer taraftan kolayca ortaya çıkarılabilen ve hiç bir sorun olmaksızın çok az bir masrafla giderilmesi mümkün ayıpların, önemli nitelikte olmadığı kabul edilebilir. Bir ayıbın önemsiz diye nitelendirilmesi, ayıba karşı tekeffül hükümlerinin uygulanmasını engelleyecektir¹²⁵. Örneğin önlenmesi mümkün olmayan küçük ölçüdeki kalite eksiklikleri (çok miktarda satılan doğal ürünlerin satışında olduğu gibi) ya da bir makinanın bazı vidalarının eksik olmasında olduğu gibi kolaylıkla giderilebilen ayıplar hakkında durum böyledir¹²⁶.

Başlangıçta önemsiz olarak değerlendirilen bir ayıbın, sonradan BK. m. 194 anlamında önemli ayıp haline dönüşmesi imkânı vardır. Zaten bütün şartlarıyla gerçekleştiği andaki ayıptan satıcının sorumluluğu söz konusu olduğuna göre; başlangıçtaki önemli olmama, görünürdeki bir durum olarak değerlendirilecek ve ayıbın -aşağıda göreceğimiz- gizli olması şartı, ayıbın bir özelliği olarak önemli olması şartının da gizli olmasını gerektirecektir¹²⁷.

Satılanın ayıplı olmasının tesbitinde yararlanılan kriterlerin, ayıbın önemli olmasının değerlendirilmesinde de gözönünde tutulması gerekir. Şöyle ki :

- a. *Satılanın ayıplarının normal ya da mefruz kullanılma tarzına göre önemli olarak değerlendirilmesi*

Satılardaki ayıpların önemli olup olmadığının değerlendirilmesinde, satılanın normal ya da mefruz kullanılma amacının dikkate alınması gerekir. Bu bakımdan önemli sayılabilecek ayıplar, satıcının sorumluluğuna yolaçacaktır.

123) CAVIN, *a.g.e.*, s. 84; GIGER, *Kommentar, Art. 197 N. 68*; STAUDER/STAUDER, *a.g.m.*, s. 168.

124) STAUDER/STAUDER, *a.g.m.*, s. 168; KATZ, *a.g.t.*, s. 39; GIGER, *Art. 197 N. 68*.

125) STAUDER, *a.g.m.*, s. 130; STUDINGER/HONSELL, *Kommentar, § 459 N. 27*.

126) TANDOĞAN, *a.g.e.*, c. I/1, §10, II, 2, b.

127) Karş. EDİS, *a.g.t.*, s. 74.

Burada normal ya da mefruz kullanılma amacının ayıbın önemli olmasına etkisi, öncelikle tarafların iradelerine ve bunun tesbit edilememesi halinde genel telâkkilere göre belirlenecektir. Böylece bu anlamda önemsiz olarak değerlendirilen ayıplardan, satıcı, sorumlu tutulmayacaktır¹²⁸.

b. Satılndaki ayıpların satılanın değerini ya da elverişliliğini önemli ölçüde etkilemesi

Satılanın normal ya da mefruz kullanılma amacına göre önemli olan ayıp, satılanın değerine ya da elverişliliğine de etkilidir. Her iki durumda da bu etkilemenin, değer veya elverişliliği kaldırarak ya da önemli ölçüde azaltacak nitelikte olması lâzımdır. Değerlendirme, ayıbın satılanın değerini kaldırması ya da azaltması durumunda, değer bakımından; elverişliliği kaldırması ya da azaltması durumunda, elverişlilik bakımından mütalâa olunur. Genellikle -yukarıda belirlendiği gibi- elverişliliği etkileyen bir ayıp değere de tesir icra eder; ancak normal ya da mefruz kullanma amcın göre değere etkili olabilecek bir ayıbın, satılanın elverişliliğini etkilememesi ihtimali de gerçekleşebilir. Meselâ bir tablonun başka bir ressama ait olması değeri üzerine tesir icra edebilir, fakat elverişliliğine etkili değildir¹²⁹.

Değerde ayıbın önemi, satılanın fiyatı ile yakından ilgilidir. Ayıba göre satılanın kararlaştırılan fiyatla alınmayacağı kabul edilebilirse, değeri azaltan bir ayıp vardır¹³⁰.

3. Bildirilen nitelikler (özel nitelik vaadi) sebebiyle tekeffülde satılndaki ayıbın önemli olmasının anlamı

Yukarıda belirlendiği gibi, satıcının, özel nitelik vaadi sebebiyle tekeffülünden sorumluluğunun bir şartı olarak, tekeffül konusu ayıbın önemli olması gereğini öngören bir hüküm, Borçlar Kanunumuzda bulunmamaktadır. Ancak doktrinde haklı olarak ifade edildiği gibi özel nitelik vaadinden sözedilebilmesi için nitelik vadinin konusunun alıcının satım sözleşmesi kararını etkilemesi gereği, özel nitelik vadinde de satılanın ayıbının önemli olmasını sonuçlandırmaktadır¹³¹. Zaten kanunî tekeffül durumunda ayıbın önemli olması, Fransız MK. m. 1641'in getirdiği ölçütlere göre, alıcının satılanı satın alma kararına ya da kararlaştırılan miktarda satım parası ödemesine etkili olmasını gerektirmektedir. Bu konuda iki tekeffül durumu arasında önemli bir fark bulunmamaktadır.

128) ARSLANLI, a.g.e., s. 268.

129) ARSLANLI, a.g.e., s. 269.

130) ARSLANLI, a.g.e., s. 269. Ayrıca bkz. BECKER, *Kommentar*, Art. 197 N. 5-6; TUNÇOMAĞ, a.g.e., c. 2, s. 123-124; TANDOĞAN, a.g.e., c. 1/1, §10, II, 2.

131) Bu konuda özellikle bkz. EDİS, a.g.t., s. 72. Karş. KANETİ, a.g.tk., s. 50.

Burada bildirilen nitelikler (özel nitelik vaadi) sebebiyle tekeffülün başlıca özellikleri üzerinde durulacaktır.

(i) Nitelik bildirme, açıkça yapılacağı gibi zımnî de olabilir. Satılanın, sabun tozu, kopya kağıdı gibi nitelendirilmesinde, satılanın borsada saptanmış bir tipe göre belirlenmesi gibi durumlarda aynî niteleme sözkonusudur. Kanunî tekeffülde olduğu gibi nitelik bildirmenin konusunu, maddi, hukukî ya da iktisadî vasıflar oluşturabilir. Bir eşyanın adlandırılmasında, fiyatının tesbitinde zımnî (örtülü) nitelik vaadinin bulunduğu kabul edilebilir. Bir kuyumcudan 18 ayar altın yüzük isteyen ve 18 ayardır diye vitrindeki bir yüzüğü gösteren alıcıya, satıcının, o yüzüğü bir şey söylemeden vermesinde, o yüzüğün 18 ayar altın yüzük olduğuna dair zımnî (örtülü) bir nitelik vaadi vardır¹³².

Satılanın değeri, BK. m. 194 anlamında özel nitelik vaadinin konusunu oluşturamaz. Aynı şekilde çeşit satımında satılanın miktarına ilişkin yanlış bilgiler de (eigenlicher Quantitätsmangel), özel nitelik vaadi olarak değerlendirilemez. Fakat satılanın fizikî özelliklerini ilgilendirmek bakımından ölçüye, ağırlığa, teslim olunacak parça sayısına ilişkin bilgi verilmesi, özel nitelik vaadi olarak kabul edilebilir¹³³. Ancak satılanın geleceğe ilişkin değil mevcut nitelikleri, BK. m. 194 anlamında vaad (bildirme) konusu olabilir¹³⁴.

(ii) Özel nitelik vaadinin alıcı bakımından belli başlı iki yararı bulunmaktadır. Şöyle ki :

(a) Satılanın bir niteliği, alıcı için, bu niteliğin mevcut olmadığı durumda, satılanın bir ayıbını oluşturacak tarzda önem taşıyabilir. Satım konusu emtiyanın hangi ülke ya da bölgenin ürünü olduğu, böyle bir duruma örnek olarak gösterilebilir. Eğer satıcı böyle bir konuya ilişkin olmak üzere nitelik vaadinde bulunmuşsa, alıcı, kanunî tekeffül hükümlerinin sağladığı haklardan yararlanabilecektir.

(b) Yine aşağıda görüleceği gibi satıcı, hile ile satılanın ayıplarını gizlemiş ya da satılana ilişkin bir niteliğin bulunduğunu temin etmiş ise, genel hükümler çerçevesinde de sorumlu tutulabilecektir.

(iii) Kanunda öngörülen bazı durumlarda, satıcının, satılanın ayıbından sorumlu tutulabilmesi için özel nitelik vaadinde bulunması aranmıştır. Şöyle ki: BK. m. 197'ye göre satılanın görünen (alıcının normal bir dikkatle fark edebileceği) ayıplarından sorumlu tutulabilmesi için, satıcının, bu konuya ilişkin olarak özel nitelik vaadinde bulunması gerekir. Aynı şekilde BK. m. 195'e göre hayvan satımında, alıcının ayıba karşı tekeffül hükümlerinden yararlanabilmesi, sa-

132) TUNÇOMAĞ, a.g.e., c. 2, s. 149.

133) STAUDER/STAUDER, a.g.m., s. 165-166; BGE 87 II 245; BGE 91 II 353.

134) STAUDER/STAUDER, a.g.m., s. 166.

tıcının özel nitelik vaadinin ya da hilesinin mevcut olmasına bağlıdır. BK. m. 215 f.2'ye göre «satılan gayrimenkul resmi bir mesahaya müsteniden sicilde yazılı olan ölçü miktarını ihtiva etmediği takdirde, satıcı, tahsisen taahhüt altına girmemişse tazmin ile mükellef değildir».

(iv) Satım sözleşmesinin konusu itibarıyla geçerliliğinin şekle bağlı olduğu durumlarda bile, -yukarıda belirlediğimiz hukukî nitelemeye uygun olarak bir tasavvur açıklaması olan özel nitelik vaadinin geçerliği her hangi bir şekle uyulmasına bağlı değildir. Ancak BK. m. 195'de hayvan satımında satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun gerçekleşmesi için âdi yazılı şekilde nitelik vaadinde bulunması gereği öngörülmüştür. Fakat belirtilmelidir ki BK. m. 195 hükmü, mehazı olan OR. Art. 198'den önemli bir farklılığı ihtiva etmektedir¹³⁵. Gerçekten OR. Art. 198, sadece at, eşek, sığır cinsi, koyun, keçi ve domuza ilişkin satım sözleşmelerinde uygulanacak şekilde kaleme alınmıştır. Halbuki BK. m. 195, böyle bir sınırlama getirmeyerek tüm hayvan satımı sözleşmelerine uygulanacak şekilde düzenleme getirmektedir. Böylece BK. m. 195 ve BK. m. 199, tüm hayvan satımlarında uygulanabilecektir^{135a}.

(v) Doktrinde ve uygulamada hâkim görünen bir görüşe göre, satıcının özel nitelik vaadi sebebiyle sorumluluğunun sözkonusu olması için, bu vaadin alıcıda şeyi satın alma ya da kararlaştırılan şartlarla alma hususunda etkili olması lâzımdır¹³⁶. Ancak bir başka görüşe göre özel nitelik vaadi ile alıcının satın alma kararı arasında bir nedensellik (illiyet) ilişkisinin bulunmasına gerek yoktur; alıcının, güven prensibine göre satıcının satılanla ilgili bildirimlerini, onun (satıcının) sorumluluğuna yolaçacak nitelikte vaad olarak değerlendirmesi yeterlidir¹³⁷. Örneğin *von Tuhr*'a göre «Bir vakiının ifadesi teminat veya tekeffül vaadi olarak ilzam eder, meselâ, satılan şeyin muayyen vasıfları haiz olduğu hakkındaki beyanı gibi, m. 197/194. Ayıp dâvası 28. maddeye müstenit iptalin temin ettiğini hemen hemen aynı daha az müşkül şartlarla müşteriye temin eder: Vaadin objektif yanlışlığı -yani doğru olmaması- kâfidir; müşterinin kararı ile vaad arasında sebebiyet -illiyet- rabitası bulunmasına lüzum yoktur. Kasden doğru olmayan vaadler yapılması durumunda, 210/III (207/III). madde müruruzamanı kabul etmemektedir. Binaenaleyh ayıp davası ciddî faydalar temin eder; vaadin doğru olmadığını iddia eden müşteri akdi idame -yani ifa- etmemek kararını beyan ederse, bu beyan hile dolayısıyla iptalden ziyade ayıp beyanı sayılacaktır»¹³⁸.

135) STAUDER, a.g.m., s. 131.

135a) Bkz. yukarıda §1, V, 3. Ayrıca bu konuya ilişkin olarak bkz. ve karşı BİLGE, a.g.e., s. 78; GÖKTÜRK, a.g.e., c. 2, s. 402.

136) Bu konuda bkz. GUHL/MERZ/KUMMER, a.g.e., s. 332; JAEGGI, a.g.m., s. 67, 81; CAVIN, a.g.e., s. 82; BGE 87 II 243, 345; BGE 81 II 207, 209; BGE 73 II 218, 222; JdT 1948 I 362; BGE 71 II 239, 240; JdT 1946 I 85.

137) BGE 71 II 339, 241; JdT 1946 I 85.

138) *von TUHR*, a.g.e., § 38, dn. 15 (çev. C. EDEGE).

Tunçomağ'a göre «Nitelik bildirme, varması (yöneltilmesi) gerekli bir beyandır. Çünkü nitelik bildirmenin bir irade bildirmesi olmasının gerekmemesi olgusundan, onun varması gerekli olmadığı sonucu çıkarılamaz. Zaten öbür tasavvur açıklamaları gibi, nitelik bildirme de bir başkasının hukuk alanına girer ve bu yüzden, o kişinin bilgisine ulaşması; bu amaçla hiç değilse, bu kişiye yöneltilmiş bulunması gerekir. Şu halde, satıcının nitelik bildirmesi de, bundan bir sorumluluk doğacaksa, karşı yana yöneltilmek zorundadır. Aksi halde, bundan satıcının bir sorumluluğu doğmaz»¹³⁹. Bu satırlar da, nitelik vaadi (bildirmesi) ile alıcının satın almaya yönelik kararı arasında bir nedensellik (illiyet) ilişkisinin bulunmasının gerekmediği şeklindeki düşünce tarzını desteklemektedir¹⁴⁰.

Federal Mahkemeye ve Federal Mahkeme kararlarını takiben doktrinde savunulan bir görüşe göre, eğer vaad, «hayat deneylerine göre umumiyetle alıcıyı belirli bir şekilde etkileyecek özellikte» ise; vaad ile alıcının satın alma kararı arasında bir nedensellik ilişkisinin bulunması gerektiği kabul edilmektedir. Böyle bir durumda satıcının, nitelik bildirmesinin, alıcının satın alma kararı üzerinde hiç bir etkisinin bulunmadığını ispat yükü, satıcıya aittir. Aksine objektif olarak alıcının kararı üzerinde etkili olmayacağı kabul edilebilecek nitelikteki vaadlerde, alıcı, bu şekildeki vaad konusu niteliklerin kararına etkili olduğunu ispatlamalıdır¹⁴¹. Ancak satıcının ciddi nitelik vaadinde mi bulunduğu yoksa onun (satıcının) sadece basit tarzda malını övmeğe ve tanıtmaya yönelik tasvirlerinin mi sözkonusu olduğunun ayırlamadığı durumlar gerçekleşebilir; böyle durumların tehlikesinin alıcıya yüklenmemesi gerekir¹⁴².

Bu tartışmanın önemi, az ya da çok abartmalı olarak satıcının malın satışını sağlamaya yönelik ve teâmülden olan genel nitelikte reklâm şeklindeki beyanlarının ve güzel gösterme çabalarının, vasıf vaadi olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği noktasında kendini göstermektedir¹⁴³.

Modern çağın getirdiği ihtiyaçların sonucu olarak hızla gelişen tüketiciyi koruma eğilimleri karşısında, bu tip satıcı davranışları ve beyanları, aldatıcı reklâm olarak değerlendirilebilir; bu sebeple satıcının, tüketiciye karşı özel ve genel hükümlerin getirdiği çözümler çerçevesinde sorumluluğu yönüne gidilebilir.

139) *TUNÇOMAĞ, a.g.e., c. 2, s. 150.*

140) *Aynı anlamda bkz. BECKER, Kommentar, Art. 219 N. 4; OSER/SCHÖNENBERGER, Kommentar, Art. 219 N. 5.*

141) *BGE 71 II 239; JdT 1946 I 85; BGE 73 II 218; JdT 1948 I 362; BGE 81 II 207; JdT 1956 I 104; BGE 87 II 244; JdT 1962 I 98. Ayrıca bkz. CAVIN, a.g.e., s. 82. Aynı anlamda bkz. VELİDEDEOĞLU/ÖZDEMİR, m. 194 n. 2.*

142) *CAVIN, a.g.e., s. 82.*

143) *Bu konuda özellikle bkz. CAVIN, a.g.e., s. 82; AMAUDRUZ, a.g.t., s. 65; TANDOĞAN, a.g.e., c. I/1, § 10, II, 1, c; GÖLE, Celâl, Ticaret hukuku açısından aldatıcı reklâmlara karşı tüketicinin korunması, Ankara 1983, s. 150-153.*

Bir reklâmın aldatıcı olup olmadığının tesbitinde şu hususlara dikkat edilmesi gerekir: Ortalama bilgi ve dikkat seviyesindeki tüketicileri aldatan ya da aldatma ihtimali bulunan yanlış veya yanıltıcı nitelikteki reklâmlar, aldatıcı reklâm olarak kabul edilmelidir. Hiç bir tüketiciyi aldatmayan ya da aldatma ihtimali bulunmayan yanlış ya da yanıltıcı reklâmların ise, aldatıcı reklâm olarak nitelendirilmesi imkânı yoktur; bu çeşit reklâmlardaki vaadlerin, abartma olarak değerlendirilmesi kolaylıkla mümkündür. Bir reklâmın yanlış ya da yalan olup olmadığını saptamak zor değildir. Buna karşılık bir reklâmın yanıltıcı olup olmadığını saptanması sorunu, beraberinde çeşitli güçlükleri de getirir. Bir reklâmın sadece lâfzî anlamının gerçeklere uygun olması, bu reklâmın aldatıcı olarak nitelendirilmesine engel teşkil etmez. Bu gibi durumlarda reklâmdaki ifadenin veya görüntünün, reklâmı yapılan mal ve hizmetle birlikte değerlendirilmesi gerekir. Eğer reklâmdaki doğru ifade ve görüntü ile vaad arasında bir ilişki yoksa ve ifade ya da görüntü, vaadi kanıtlamıyorsa o reklâmı yanıltıcı olarak değerlendirme imkânı vardır. Bu kıstasların belirlenmesinde, ayrıca, reklâmların tüketiciler için aydınlatıcı bir nitelikte olmasının sağlanmasına da dikkat edilmeli, örneğin karşılaştırmalı reklâmlara izin verilmesi düşünülebilir¹⁴⁴. Günlük hayatımızda aldatıcı reklâmların çok çeşitli şekillerine tesadüf edilmesi imkânı vardır: Abartma, karşılaştırmalı reklâmlar, bilimsel araştırma ve tanık beyanlarına dayandırıldığı iddiasını içeren reklâmlar, reklâmlarda fiyatın kullanılması, işletme ile ilgili reklâmlar, tüketim malı ve hizmetler ile ilgili reklâmlar, reklâmlarda yanlış ünvan veya meslekî adların kullanılması gibi durumlar örnek olarak gösterilebilir¹⁴⁵.

Burada karşımıza şu sorun çıkmaktadır: Acaba bu gibi durumlarda alıcı, âkidi satıcının, ayıba karşı tekeffül hükümleri çerçevesinde sorumluluğu yönüne gidilebilecek midir; daha doğrusu, reklâm konusu vaadlerin, BK. m. 194 anlamında özel nitelik vaadi olarak değerlendirilmesi imkânı var mıdır?

Eğer yukarıda belirlenen ve BK. m. 194 anlamında özel nitelik vaadinin mevcut olabilmesi için, vaad konusu nitelik ile alıcının satın alma kararı arasında bir nedensellik bağının bulunmasını arayan ya da böyle bir nedensellik bağının hiç olmazsa karine olarak varlığını gerektiren bir durumun gerçekleşmesini savunan görüş çerçevesinde, aldatıcı reklâmların ya da bu nitelikteki başkaca satıcı beyanlarının, özel nitelik vaadi olarak değerlendirilmesi ve dolayısıyla satıcının bu beyanları sebebiyle sorumluluğu gerçekleşemeyecektir. Nitekim *Göle*, bu görüşten hareket ederek, aldatıcı reklâmlar konusunda, BK. m. 194 vd. hükümlerin uygulanamayacağı sonucuna varmıştır¹⁴⁶. Ancak düşüncemize göre, BK. m. 194 anlamında satıcının satılana ilişkin her çeşit beyanı, özel

144) Burada yaptığımız bu açıklamalar için bkz. *GÖLE, a.g.e., s. 209-210.*

145) Bu konuda geniş bilgi için bkz. *GÖLE, a.g.e., s. 78-108.*

146) *GÖLE, a.g.e., s. 151-153.*

nitelik vaadi niteliğindedir; ayrıca vaad ile alıcının satın alma kararı arasında gerçek ya da farazî bir illiyetin bulunmasına gerek yoktur. Burada önemli olan ortalama bilgi ve dikkat seviyesindeki bir alıcının (tüketicinin) aldanması ya da aldatılmasına yönelik satıcının yalan ya da yanıltıcı bir beyanının varlığıdır ve böyle bir durumun gerçekleşmesi de, satıcının, BK. m. 194 anlamında bir özel nitelik vaadinde bulunduğu sonucuna varılmasını sağlamak bakımından yeterli olacaktır.

V. Ayıba karşı tekeffülden sorumluluk şartı olarak satılanın ayıbının gizli olması

1. Genel olarak satıldaki ayıbın gizli olması şartının anlamı ve kanunî dayanağı

BK. m. 197'de «*Satıcı alıcının satın zamanında malûmu olan ayıptan mes'ul olmadığı gibi satılanı kâfi derecede muayene etmekle fark etmiş olacağı ayıptan da ancak bunun mevcut olmadığını temin etmiş ise mes'ul olur*» (OR. Art. 200). denilmektedir. Aynı şekilde Fransız MK. m. 1642'ye göre «*satıcı alıcının biza-tihi bildiği görünürdeki ayıplardan sorumlu değildir*».

Böylece satıcı, kanunî düzenleme gereği, satılanın alıcının bildiği ayıplarından sorumlu değildir; yani alıcının, sözleşmenin kurulması ya da satılanı teslim alma zamanında taahhüt konusu edime uygun olmadığını bilmemesi, satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun bir başka şartını oluşturmaktadır. Her ne kadar bu bakımdan kanunda kanunî tekeffül borcunun kapsamına giren ayıplardan söz edilmişse de, özel nitelik vaadinin konusunu oluşturan niteliklerin bulunmaması durumunda da aynı hükümlerin uygulanacağı kabul edilmelidir¹⁴⁷.

Fransız MK. m. 1641 ve m. 1642'de görünür ayıp ve gizli ayıp ayırımına yer verildiği halde; İsviçre ve Türk pozitif hukuklarında bu ayırımın yeterince açıklıkla yapılmadığı görülmektedir. Gerçekten Fransız MK. m. 1641'de satıcının «*gizli ayıplardan*» (*vices cachés*) sorumlu olduğu, m. 1642'de ise «*görünür ayıplardan*» (*vices apparentes*) sorumlu olmadığı ifade edilmektedir. Buna rağmen Türk ve İsviçre hukuklarında da, satıcının sorumlu olduğu satılana ilişkin ayıpların bir özelliği olarak gizli ayıpların bulunması gereğinden sözedilmekte ve görünen ayıplardan satıcının sorumlu olmayacağı açıklanmaktadır¹⁴⁸.

O halde gizli ayıp ve görünür ayıp terimlerinin tanımları yapılmalıdır. Doktrinde kabul edildiğine göre *gizli ayıp*, sözleşmenin kurulması ya da satılanı teslim alma zamanında alıcının bilmediği ve satılan üzerinde mûtaad (yeterli) dikkati sarfetse bile bilemeyeceği nitelik noksanlıklarının bulunmasıdır. *Görünür ayıplar* ise, gizli ayıp teşkil eden durumların dışında kalan ve derin, et-

147) STAUDER/STAUDER, *a.g.m.*, s. 170.

148) *Bu konuda bkz. EDİS, a.g.t.*, s. 60.

raflı bir muayeneye gerek duymadan ilk bakışta bilinebilen, görülebilen nitelik noksanlarıdır¹⁴⁹. Bu kavramlarla ilgili ileri sürülebilecek görüşler arasında çeşitli farklılıklar bulunabilecektir de, bu konu bakımından şu prensiplerin çıkarılması bize mantıkî gözükmemektedir: Her şeyden önce bir görünen ayıp, âni bir tepkiyi beraberinde getirir; halbuki bir gizli ayıp, ortaya çıkması için bir sürenin geçmesini gerektirir. Diğer taraftan eğer alıcı, sözleşmenin yapıldığı ya da şeyi teslim aldığı sırada satılanın ayıplı olduğunu biliyor ya da bilmesi kendisinden beklenebiliyorsa, bu çeşit ayıplardan dolayı satıcının sorumluluğunu talep ve dava edememelidir; meğer ki satıcı, bu son durumda, BK. m. 197 anlamında satılanın ayıplı olmadığını «temin» etmiş olsun^{149a}.

Fakat satıcı, satılana ilişkin ayıplardan, bu ayıpların varlığını bilmesiz bile sorumlu tutulmaktadır; yani satıcının satılanın ayıplarından sorumluluğu, bu ayıpların satıcı tarafından bilinmesi şartına bağlanmış değildir. Gerçekten BK. m. 194 f.son'a göre «*satıcı, bu ayıpların mevcudiyetini bilmesiz bile mes'uldür*». Ancak satıcının, satılana ilişkin ayıbı bilmesi halinde, bu ayıbın varlığından alıcıyı haberdar etmesi, dürüstlük kuralı gereği kendisinden beklenir ve aksi durumda, onun, satıcının hilesine özgü kanun hükümlerine göre sorumlu tutulması sözkonusu olacaktır.

Şimdi de alıcının satılanın ayıplarını bilmesi ile bilmesinin gerektiği durumların ve bu durumlara bağlanan hukukî sonuçların ele alınması gerektiğini düşünmekteyiz.

2. Alıcının satılana ilişkin ayıbı bilmesi ya da mütad muayene ile bilme imkânına sahip olması ve hükmü

Satıcının sorumluluğuna yolaçacak satılana ilişkin ayıbın gizli olması lâzımdır. Daha doğru olarak alıcının kabul ettiği ifayı tartışma konusu yapabilmesi için, önce ayıbı bilmemesi, sonra da bu bilmemenin haklı olarak değerlendirilebilmesi gereği gerçekleşmelidir¹⁵⁰.

Eğer alıcı, ayıbın varlığını biliyorsa, onun nazarında bu ayıp, aslında gizli bile olsa (yani görünür ayıp niteliğinde olmasa bile), artık bir gizli ayıbın varlığından sözedilemeyecek ve bu ayıptan dolayı da satıcının sorumluluğuna gidilemeyecektir. Alıcının satılana ilişkin ayıbı bildiği hususu, satıcı tarafından ispatlanmalıdır^{150a}.

149) Bu anlamda bkz. EDİS, a.g.t., s. 60.

149a) GHESTIN, a.g.e., s. 28.

150) GHESTIN, a.g.e., s. 21. Ayrıca bkz. KELLER/LÖRTSCHER, a.g.e., s. 76 vd..

150a) GHESTIN, a.g.e., s. 21; MAZEAUD/DE JUGLART, a.g.e., t. III/2, n. 983; PLANIOL/RIPERT, a.g.e., t. 10, s. 147; GHESTIN, *Notion d'erreur*, s. 326.

Alıcının satılandaki ayıbı bilmesi, satıcı tarafından verilen bir bilgi sonucu gerçekleşmiş olabilir. Satıcının bu şekilde satılanın ayıplarına ilişkin bilgi vermesi, bir sorumluluk sınırlayan durum olarak değerlendirilemez ve satıcı, bu yönden alıcıya sorumlu olmayacağını bildirmiş olsa bile, özellikle -aşağıda görüleceği gibi- geçerliliği bakımından bu şekildeki sorumsuzluk anlaşmalarının hukukî rejimine tabi olmayan bir açıklamada bulunmaktadır¹⁵¹. Ancak tekeffül borcunun ortadan kalkması, sadece açıkça bildirilmiş olan ayıplar hakkında gerçekleşir. Ayrıca bildirim konusu ayıpların sonuçlarının satılanın kullanılmasına ilişkin olarak, alıcı tarafından değerlendirilebilmeli ya da alıcı yeterince bu konuya ilişkin olarak bilgi sahibi kılınmalıdır¹⁵².

Alıcının kesin bir tarzda bildiği ayıplardan satıcının tekeffül sorumluluğu yoktur; onun (alıcının) zorunlu olarak bir ayıbı içermeyen haricî işaretlerden hareket ederek, satılanın ayıplarını tahmin edebilmesi yeterli değildir¹⁵³.

Alıcının mûtaad bir muayene ile ayıbı öğrenebilme imkânına sahip olmasını ve özelliklerini, alıcının satılandaki ayıbı bilmemekte haklı olması ve hükmü konusu çerçevesinde ele alacağız.

3. Alıcının satılana ilişkin ayıbı bilmemekte haklı olması ve hükmü

Fransız hukukunda Fransız Medeni Kanununun hazırlanmasında fikrî yönden büyük etkileri olan *Pothier*'nin belirttiği gibi, ayıp, ancak alıcının varlığını bilmemesinin haklı görülebileceği durumlarda gizli ayıp olarak kabul edilebilir^{153a}. Gizli ayıp, normal bir dikkate sahip alıcılar tarafından fark edilmesi imkânı bulunmayan ayıplardır¹⁵⁴. Bu esas, BK. m. 197'de «*satıcı alıcının ... satılanı kâfi derecede muayene etmekle fark etmiş olacağı ayıptan da ancak bunun mevcut olmadığını temin etmiş ise mes'ul olur*» şeklinde ifade edilmiştir. Ancak bu hükmün, aslı olan OR. Art. 200 Abs. 2'de sadece «*mûtaad dikkatin harcanması halinde bilinmesi gereken ayıplar*»dan (*des défauts dont l'acheteur aurait dû s'apercevoir lui-même en examinant la chose avec une attention suffisante : für Mängel, die der Käufer bei Anwendung gewöhnlicher Aufmerksamkeit hätte kennen sollen*) söz edilmektedir. Gerçekten bu hüküm, *Pothier*'den beri Fransız hukukçularının kabul ettiği çözüm şekliyle aynı kapsamdadır. Bu sebeple İsviçre'de özel bir anlaşma veya ticarî teâmül bulunmadıkça, teslimden önce alıcının

151) *GHESTIN, a.g.e., s. 21.*

152) *Bu konuda bkz. Cass. civ. 1 re, 4.5.1966, Bull. civ. I, s. 209.*

153) *GHESTIN, a.g.e., s. 22. Ayrıca bkz. Cass. civ. 1 re, 13.5.1981, Bull. civ. I, s. 134.*

153a) *POTHIER, a.g.e., Vente, n. 207. Aynı anlamda KELLER/LÖRTSCHER, s. 77.*

154) *GHESTIN, a.g.e., s. 22 ve dn. 8'de anılan Fransız Yargıtayı kararları; RIPERT/BOULANGER/ESMEIN, a.g.e., t. 10, s. 144; GHESTIN, Notion d'erreur, s. 326 vd..*

satılanı muayene etme borcunun bulunmadığı kabul edilmektedir. Halbuki BK. m. 197'nin açık hükmü karşısında alıcının böyle bir borcunun varlığı ileri sürülebilecektir. *Tunçomağ*'ın haklı olarak belirlediği gibi BK. m. 197'nin aslına uygun yorumlanması, iş hayatını görüşlerine daha uygun düşecektir¹⁵⁵. O halde açıklamalarımız, bu görüş çerçevesinde olacaktır.

Alıcının ayıbın varlığını haklı olarak bilmemesi, onun hareket tarzının bir değerlendirilmesini gerektirir. Burada ele alınması gereken sorun şudur: Tasarlanan alıcının, ayıbı haklı olarak bilmediği hususu, objektif bir değerlendirme ile mi (yani in abstracto değerlendirme ile mi) yoksa sübjektif bir değerlendirme ile mi (yani in concreto değerlendirme ile mi) tesbit olunacaktır¹⁵⁶? Objektif (in abstracto) görüşünün savunucularına göre, alıcı ile aynı teknik bilgilere sahip olması düşünülen bir tip gözönünde tutulmaktadır¹⁵⁷. Bu sonuçtan hareket edilerek, yapılacak araştırmayı basitleştirmek amacıyla, *meslekten alıcı (acheteur professionnel)* ve *tesadüfî alıcı (acheteur occasionnel)* ayrımı yapılmaktadır¹⁵⁸. Ancak sübjektif görüş taraftarlarına göre, bu basitleştirme ameliyesi, çok defa aşırı sonuçlara varılmasına yolaçacak ve pratik hayatın gerçeklerinin çok az olarak dikkate alınmasını sağlayacaktır. Satıcının sorumluluğunun kapsamını belirlemek bakımından temel olabilecek *meslekten satıcı (vendeurs professionnels)* ve *tesadüfî satıcı (vendeurs occasionnels)* ayrımı, alıcı bakımından ayıbın haklı olarak bilinmemesinde aynı hukukî değere sahip değildir¹⁵⁹. Gerçekte Fransız hukuku uygulamasında alıcının ayıbı bilip bilmediği hususu, in concreto araştırılmamaktadır. Fakat bir taraftan normal olarak alıcının mesleğine bağlı teknik nitelikteki bilgi ve kabiliyeti, diğer taraftan ayıbın niteliği ve teslim alma ortamının öncelikleri, nihayet satım konusunun özellikleri gözönünde tutulmaktadır¹⁶⁰. Bizim de açıklamalarımız, bu konular çerçevesinde olacaktır.

a. Alıcının teknik bilgi ve yeteneğinin gözönünde tutulması

Satıcının tekeffül sorumluluğunu önlemek bakımından, alıcının bilgi ve yeteneği, tek başına yeterli değildir. Alıcının mesleği, onun teknik bilgi ve yeteneğini değerlendirmek bakımından önemlidir. Burada satıcının tekeffül sorumluluğunun kapsamını belirlemek bakımından nazara alınan meslekten satıcı ya da imalâtçı olma keyfiyeti, karşılık olarak alıcı bakımından aynı önemde kullanılmayacaktır. Yine gerçek teknik bilgi ve yetenek dışında, alıcının meslekî faaliyet olarak sattığı ya da imal ettiği bir ürünü satın almakta olması hususları dikkate alınmayacaktır. O halde burada önemli olan, alıcının, satılanı meslekî kullanma

155) *TUNÇOMAĞ, a.g.e., c. 2, s. 127. Aynı anlamda ARSLANLI, a.g.e., s. 280.*

156) *Sorunun bu şekilde ortaya konması için bkz. GHESTIN, a.g.e., s. 22.*

157) *MAZEAUD/DE JUGLART, a.g.e., t. III/2, n. 982.*

158) *Aynı anlamda bkz. Cass. civ. 1 re, 18.1.1978, Bull. civ. I, s. 24 n. 30.*

159) *GHESTIN, a.g.e., s. 23.*

160) *Bu konuda bkz. GHESTIN, a.g.e., s. 23.*

tarzı değil, mesleğinin sonucu sahip olduğu teknik bilgi ve yetenektir; onun hukukî durumunu değerlendirmede, basit olarak, mesleğinin kendisine kazandırdığı teknik bilgi ve yeteneğinden yararlanılmaktadır. Örneğin bir otomobil fabrikasında teknisyen olarak çalışan bir kimse, özel kullanımı için elden düşme bir otomobil satın aldığı anda, bir acemi alıcı gibi muamele görmeyecektir¹⁶¹.

Satıcının tekeffül sorumluluğunun önlenmesi konusunda, alıcının teknik bilgi ve yeteneği tek başına dikkate alınmayacaktır; bununla beraber satılardaki ayıbın niteliği ve satılanı teslim alma ortamı da gözönünde tutulacaktır.

b. Ayıbın niteliğinin ve satılanı teslim alma ortamının gözönünde tutulması

Bir meslekten alıcının her zaman satılanın ayıbını ortaya çıkarma durumunda olduğu iddia edilemeyeceği gibi, her acemi alıcının satılanın ayıbını bilmesinin haklı sayılacağı kabul edilemez¹⁶². Teslim zamanında ortaya çıkarılması imkânı olmayan ayıplar, meslekten satıcılar için bile gizli ayıp niteliğindedirler. Böyle bir durum, az ya da çok mutlak bir nitelikteki imkânsızlıktan sonuçlanabileceği gibi satılanın az ya da çok süreli kullanılmasına bağlı olabilir. O halde böyle bir imkânsızlık, nisbî niteliktedir ve alıcının iradesinden bağımsız olarak ayıpların ortaya çıkmasını sağlayacak muayenin yapılamamış olmasından ileri gelmektedir ya da satılanın kullanılma şartları veya teâmül gereği böyle bir muayenin yapılması imkânı bulunmamaktadır¹⁶³.

Ancak işin özelliği ve somut durum gereği, alıcı, satılanı teslim alırken bir eksperin yardımına başvurmuş olabilir. Bu ihtimalde bile bu şekilde bir eksperin ya da teknisyenin satılanın teslim alınmasına katılmış olması, tek başına, satılanın ayıbının görünür ayıp niteliğini kazanmasına yolaçmaz¹⁶⁴.

c. Satım konusunun (satılanın) mahiyet ve özelliklerinin gözönünde tutulması

Sık sık tekrarladığımız gibi satılan şeyin bir bilinen ayıp ihtiva etmesi durumunda, alıcı, ayıba karşı tekeffül hükümlerinden yararlanamayacaktır. O halde onun (alıcının), satın ve teslim alma durumunda olduğu emtianın mahiyetini ve özelliklerini tanıması gerekir. Örneğin teslim alınan emtianın mahiyetine göre ayıplı olduğunun tahmin edilebildiği durumlarda, alıcı, bu çeşit emtiayı teslim alırken gerekli özel dikkat ve özeni gösterdiğini ispatlayabilmelidir. Özellikle kullanılmış (elden düşme) eşya satımında, varılan bu sonucun önemi oldukça fazladır.

161) *Bu konuda bkz. GHESTIN, a.g.e., s. 23-24.*

162) *GHESTIN, a.g.e., s. 25.*

163) *GHESTIN, a.g.e., s. 25-26.*

164) *GHESTIN, a.g.e., s. 25.*

Fransız Yargıtayı'nın bir kararında isabetle belirlediği gibi satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğunu düzenleyen kanun hükümleri, prensip olarak her çeşit mal ve eşya satımında uygulanacaktır¹⁶⁵. Gerçekte kullanılmış (elden düşme) eşya ile yeni (kullanılmamış) eşya arasında bir nitelik farkı değil bir derece farkı mevcuttur. Alıcı, elden düşme bir eşyanın normal kullanılmış olmasından şikâyetçi olamaz. Hâkim, tesbit edilen ayıbın, kullanılmış eşyanın taşınması normal olan bir ayıp olup olmadığını değerlendirecektir; bu ihtimalde, alıcının da, tamamıyla özel nitelikte ihtimam göstermesi gerektiği de kabul edilmelidir¹⁶⁶.

VI. Ayıba karşı tekeffülden sorumluluk şartı olarak satılanın ayıbının en geç sözleşmede hasarın alıcıya geçmesi ânında mevcut olması

1. Hasar kavramı, sözleşmede hasarın geçmesi sorununun ortaya konması ve çeşitli çözüm şekilleri

a. Hasar kavramının anlamı ve ayıptan sorumlulukta önemi

Satıcının tekeffül hükümleri gereği sorumlu tutulabilmesi için, yukarıda varlık şartlarını ve niteliğini açıkladığımız ayıbın, en geç sözleşmede hasarın alıcıya geçmesi anına kadar satılarda gerçekleşmiş olması gerekir. Çünkü -burada inceleyeceğimiz gibi- hasarın alıcıya geçmesinden sonra ortaya çıkacak satılanla ilgili bozukluklar (ayıplar) hakkında hasar konusunu düzenleyen hükümlerin uygulanması sözkonusu olacaktır.

Hasar kavramının geniş ve dar olmak üzere iki anlamı vardır. Geniş anlamıyla hasar, şeye âriz olan ve şeyin kırılması, bozulması, kötüleşmesi, telef olması gibi sonuçlar meydana getiren durumları ifade etmektedir. Dar anlamda hasar ise, sadece borç ilişkileri açısından kullanılan ve borcun doğumu ile ifası arasında geçen devrede edimin borçluya isnat olunamayan haller dolayısıyla kususuz imkânsızlaşması sonucunda ortaya çıkan ve taraflardan birini ya da her ikisini de tehdit eden bir tehlikeyi anlatmak için kullanılır. Satım sözleşmesinde bu tehlike, satıcı yönünden, kendi borcundan kurtulmakla beraber «semeni talep hakkını kaybetmek», alıcı yönünden ise, satılanı hiç veya sözleşmeye uygun olarak elde edememesine rağmen bedelini ödemek ve dolayısıyla «satılandan veya mukabil edadan yoksun kalmak» şeklinde ortaya çıkar. Bu çeşit hasara borca ilişkin hasar da denilmektedir¹⁶⁷.

165) *Cass. comm.*, 11 6.1954, *Rev. trim. dr. civ.* 1955, s. 128, obs. J. CARBONNIER

166) GHESTIN, *a.g.e.*, s. 27-28.

167) *Bu konuda bkz. AKINTÜRK, T., Satım akdinde hasarın intikali, Ankara 1966, s. 64, 204; POROY, R., Le transfert des risques dans le contrat de vente dans les les droits suisse et anglais et dans le Projet de La Loi internationale*

b. Sorunun ortaya konması

Satım sözleşmesinin kurulmasından sonra ve satılanın teslimine kadar geçecek süre içinde satılarda beklenmedik olaylar sonucu bir eksiklik meydana gelirse, bunun sonuçlarına alıcı mı yoksa satıcı mı katlanacaktır^{167a}? İşte bu soru, satım sözleşmesinde hasarın geçmesi sorununun çözülmesi gereken temelini oluşturmaktadır. Örneğin satılmış fakat henüz teslim edilmemiş bir otomobil, bir yangın sonucunda kullanılamayacak hale gelse ya da çalınsa ve ne hırsız ne de otomobil bulunamasa, bundan doğacak zarara, satıcı mı alıcı mı katlanacaktır?

c. Sorunun çeşitli çözüm şekilleri

Yukarıda ortaya konan bu sorun ile ilgili olarak, çeşitli hukuk düzenlerinin farklı çözüm şekilleri getirdiği görülmektedir.

Gerçekten Roma hukukunda *periculum emptoris est*, yani hasar alıcıya aittir denilmekteydi. Bu kurala göre satım sözleşmesinin kurulmasından sonra fakat satılanın tesliminden önce satılarda beklenmedik olaylar sonucu meydana gelen zararlar alıcının üzerinde kalmaktaydı; ancak bu kural, parça satımlarında uygulanmakta ve çeşit satımları kuralın kapsamına girmemekte idi; çünkü çeşit satımlarında, satım konusu çeşitten şeyler yeryüzünde mevcut bulundukça, satıcı bakımından bir edim imkânsızlığı söz konusu olmaz (çeşit yok olmaz, *genus not perit*)¹⁶⁸.

Alman hukukunun kabul ettiği çözüme göre ise hasar, satılanın alıcıya teslim edilmesiyle birlikte alıcıya geçer (BGB § 446)¹⁶⁹. Buradaki teslimin, satılanın mülkiyetini geçirme amacıyla olması şart değildir. 11.4.1980 günlü Milletlerarası emtia satımı sözleşmeleri hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesinde de (Vi-yana), hasarın alıcıya, satılanın teslimiyle geçmesi esası prensip olarak kabul edilmiştir (m. 66 vd.)¹⁷⁰.

Fransız hukukunda parça satımlarında satım sözleşmesinin kurulmasıyla birlikte, çeşit satımlarında ise, çeşidin sözleşmenin ifa edilebilmesi için ayırt edildiği anda satılanın mülkiyeti alıcıya geçmektedir; dolayısıyla hasar da, satılanın mülkiyeti ile birlikte alıcıya ait olmaktadır (CCF. art. 1582). Anglo - ameri-kanı hukukunda ve evvelki hukukumuz olan Mecelle'de (m. 262), aynı kuralın uygulama alanı bulması sözkonusudur.

sur la vente de l'Institut de Rome pour l'unification du Droit privé, th. Montreux 1950, s. 42 vd.; TANDOĞAN, a.g.e. c. 11/, § 6; FEYZİOĞLU, a.g.e., İkinci kısım, c. 1, s. 203; YAVUZ, a.g.e., c. 1, s. 47-48; CAVIN, a.g.e., s. 31 vd..

167a) *Bu sorunun yeniden ele alındığı eser olarak bkz. HAGER, s. 35 vd..*

168) *RADO, a.g.e., s. 123.*

169) *STAUDINGER/HONSELL, BGB §446 N. 4 vd.; PALANDT/PUTZO, BGB §446, N. 17.*

170) *Bu anlaşma için bkz. Les ventes internationales, s. 419 vd..*

Türk ve İsviçre hukuklarında ise, Roma hukukunun sistemi benimsenmiştir. Böylece hasar, kural olarak sözleşmenin kurulmasıyla birlikte alıcıya geçmektedir (BK. m. 183/OR. 185). Ancak belirtilmelidir ki, sözleşme prensibi olarak nitelendirilen bu sistemin doktrinde eleştirildiği ve teslim prensibi olarak adlandırılan Alman hukukunun çözüm şekli lehine çeşitli görüşlerin ileri sürüldüğü görülmektedir¹⁷¹.

2. BK. m. 183'e göre satım sözleşmesinde hasarın geçmesine ilişkin prensip ve uygulanması şartları

Bilindiği gibi tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde «borçluya isnad olunmayan haller münasebetiyle borcun ifası mümkün olmazsa borç sakit olur» (BK. m. 117 f. 1). Aynı prensibin eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler hakkında da uygulanması gerekir. Böylece bu durumlarda borca ilişkin hasara alacaklı katlanmış olmaktadır. Ancak tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde «bu suretle berî olan borçlu haksız iktisaplara müteallik hükümlere tevfikan almış olduğu şeyleri iadeye mecbur ve kendisine henüz tediye edilmemiş bulunan şeyi istemek hakkından mahrum olur. Kanun veya akit ile, borcun ifasından evvel bile vukua gelen zararın, alacaklıya tahmil edilmiş olduğu haller bundan müstesnadır» (BK. m. 117 f. 2)¹⁷². Böylece karşılıklı sözleşmelerde borcun hasarına borçlu katlanmak durumunda olmaktadır. Örneğin kira sözleşmesinde kiralananın bir kaza sonucu yok olması durumunda, kiralayan, kiralananı kullanmaya elverişli bir halde kiracının yararlanmasına bırakma borcundan kurtulur, fakat artık kiracıdan kira parası talep edemez. Aynı şekilde istisna sözleşmesinde imal olunan şey (eser) teslimden önce bir kaza sonucu telef olursa, müteahhit, ücret ve masraflarını isteyemez (BK. m. 368)¹⁷³.

Fakat karşılıklı sözleşmelerden olan satım sözleşmesi konusunda, BK. m. 183, özel hüküm getirmektedir. Gerçekten bu hükme göre «*halin icabından veya hususî şartlardan mütevellit istisnaların maadasında, satılan şeyin ... hasarı akdin in'ikadı ânından itibaren alıcıya intikal eder*». Böylece bu hüküm, BK. m. 117 f. 2 c. son'da sözü edilen istisnalardan biri olmaktadır.

BK. m. 183 hükmü nazara alınarak satım sözleşmesinde hasarın, sözleşmenin kurulmasıyla birlikte alıcıya ait olduğu şeklindeki prensibin uygulanması şartlarının şu şekilde tesbit edilmesi mümkündür¹⁷⁴:

171) POROY, *a.g.t.*, s. 61-62; AKINTÜRK, *a.g.e.*, s. 110-115; TANDOĞAN, *ş6, III, 3*.

172) Bu hükümle ilgili olarak bkz. DURAL, *a.g.e.*, s. 159 vd.; Yarg. HGK., 16.5.1984, 11-139/426 s. 1 k. (YKD. 1985, s. 320).

173) Ayrıca bkz. BGE 51 II 171; JdT 1925 I 202; BGE 107 II 144; JdT 1981 I 369.

174) Bu konuda bkz. YAVUZ, *a.g.e.*, c. 1, s. 51-55.

a. Satım sözleşmesinin kurulmuş ve hükümlerini doğurmaya başlamış olması

Bu şartın varlığını, sözkonusu prensibin uygulanması için sözleşmenin kurulmuş olmasını arayan BK. m. 183 f. 1'den ve «talikî şart ile yapılan akitlerde temlik edilen şeyin ... hasarı ancak şartın tahakkuku ânından itibaren iktisap edene geçer» şeklindeki aynı maddenin ikinci fıkrasından çıkarmak mümkündür. Böylece örneğin tecrübe veya muayene şartıyla yapılan satımlarda, bu şartın geciktirici şart olarak kararlaştırılması durumunda, satılanın hasarı, ancak beğenme şartının gerçekleşmesi¹⁷⁵ üzerine alıcıya geçecektir. Bozucu şartla yapılan satımlarda, sözleşme, kurulduğu andan itibaren hükümlerini doğuracağına göre, satılanın hasarı da, sözleşmenin kurulması ânından itibaren alıcıya aittir. Mülkiyeti muhafaza kaydıyla yapılan satımlarda da, satım sözleşmesi değil, sadece mülkiyetin geçmesi şarta bağlandığı için, hasarın, sözleşmenin kurulmasıyla birlikte alıcıya geçmesi gerekir¹⁷⁶.

b. Satılanın belirlenmiş olması

Parça satımlarında hasarın sözleşmenin kurulmasıyla birlikte alıcıya geçmesi esas bir değişiklik göstermez. Ancak çeşit satımlarında sözleşmenin kurulmuş ve hükümlerini doğurmaya başlamış olmasıyla birlikte «satılanın ayırddilmiş olması da lâzımdır» (BK. m. 183 f. 2). Ayırdetme kavramının ne anlama geldiğini, Borçlar Kanunumuz açıklığa kavuşturmuş değildir. Bazı yazarlara göre, satıcının tek taraflı olarak satım konusu eşyayı ayırdetmiş olması yeterlidir. Bir başka görüşe göre ise, satıcının tek taraflı olarak ayırdetmiş olması yetmez; ayrıca onun, bu ayırdetmeyi alıcıya bildirmesi (ihbar) gerekir ki, bu ihbarın gönderilmesi anından itibaren hasar alıcıya geçer. TK. m. 1143 f. 1 c. 2'de, SİF satışlar için bu görüş benimsenmiş bulunmaktadır. Üçüncü bir görüşe göre, satıcının, bu ayırdetmeyi, alıcının katılmasıyla ya da hiç olmazsa onun huzurunda yapması gerekir ki hasar alıcıya geçsin. Bir başka görüşe göre de, çeşit satımında hasar, satılanın alıcıya teslim edilmesiyle geçmelidir; çünkü çeşidin ferdileşmesi, ancak teslim anında gerçekleşmiş olmaktadır. Sonuncu görüşün, hasar konusunda Borçlar Kanununun kabul ettiği kurala yöneltilen eleştiriler çerçevesinde değerlendirilerek kabul edilmesi uygun görülebilir¹⁷⁷.

BK. m. 183 f. 2'de mesafe satımlarında (uzağa satışlarda)^{177a} hasarın geçişine ilişkin olarak özel hüküm getirilmiştir. Buna göre uzağa satışlarda hasarın alıcıya geçmesi için sadece satım konusunun ayırdedilmiş olması yeterli olmayıp satıcının gönderme amacıyla satılan üzerindeki «yedini ref'etmiş bulunması da

175) Bu konuda bkz. YAVUZ, a.g.e., c. 1, s. 161-163.

176) YAVUZ, a.g.e., c. s. 51.

177) Bu konuda bkz. TANDOĞAN, a.g.e., c. 1/1, §6, V, 1.

177a) Mesafesatımı ile ilgili olarak bkz. HEGETSCHWEILER, *La vente à distance*, th. Genève, Bienne 1960, s. 5 vd..

şarttır». Aşağıda, görüleceği gibi bir mesafe satımının sözkonusu olabilmesi için satılanın ifa yerinden başka yere gönderilmesinin sözleşmede şart kılınması gerekir¹⁷⁸. Bu şekildeki bir satımda satıcının, satılanı bağımsız bir taşıyıcıya teslim etmesiyle birlikte hasar alıcıya geçecektir.

Seçimlik borçlarda da^{178a} seçim hakkı kullanılmış olmadıkça satılan belirlenmiş sayılamayacağı için seçim hakkının kullanılmasına kadar hasar satıcıya ait olacaktır¹⁷⁹.

c. Satılana gelen hasarda satıcının kusurunun bulunmaması

Hasar, kusursuz imkânsızlık hallerinde sözkonusu olur. Satıcının, kusuru sonucu satılana meydana gelen bozulma ve eksilmelerden BK. m. 96 vd. hükümleri gereğince sorumluluğu sözkonusudur. Borçlar Kanununun ilgili hükümlerine göre sadece temerrüde düşme, hasarın satıcıda kalması için yeterlidir. Örneğin satıcı, kesin şekilde tesbit edilmiş olan ifa gününde^{179a} borcunu ifa etmemekle mütemerrit olur (BK. m. 101, 102). Ancak satıcı, temerrüde düşmekte kusuru bulunmadığını ispatlayarak hasarın kendisine dönmesine engel olabilir.

d. BK. m. 183'ün öngördüğü kuralın uygulanmasına engel olacak istisnaların bulunmaması

BK. m. 183 f. 1'e göre «halin icabından veya hususî şartlardan mütevellit istisnaların» dışında hasarın alıcıya geçmesi için yukarıda belirlediğimiz şartların gerçekleşmesi yeterlidir. Böylece halin icaplarından, sözleşmeden ya da özel kanun hükümlerinden doğan istisnaların gerçekleşmesi durumunda, satılanın hasarı, satıcı üzerinde kalacaktır. Şöyle ki:

(i) Halin icabından doğan istisnalar

Satılanın tesliminin satıcı yararına ertelendiği durumlarda, satıcının aynı şeyi iki ayrı kişiye satması durumunda, satılanın satıcı tarafından masrafı kendisine ait olmak üzere ifa yerine taşınmasının kararlaştırılması durumunda, şuf'a hakkının kullanılmasına rağmen hak sahibinin şuf'a bedelini henüz depo etmediği durumda, satıcının hakkı olmadığı halde satılanı tevdi ettiği durumda, baş-

178) OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 185 N. 10 ve Art. 184 N. 37; BECKER, Art. 185 N. 8; KALPSÜZ, a.g.e., s. 27 vd.; BGE 84 II 158: JdT 1959 I 400.

178a) Bu kavram için bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar hukuku dersleri, s. 82 vd.; EREN, a.g.e., c. 1, s. 121 vd..

179) AKINTÜRK, a.g.e., s. 150-151.

179a) Bu kavram için bkz. SELİÇİ, Ö. Kesin vadeli işlemler, MHAD. 1968, y. 2, sy. 3, s. 92-107.

kasına ait bir şeyin satılmasında, halin icabı, hasarın satıcıda kalmasını gerektirir¹⁸⁰.

(ii) Sözleşmeden doğan istisnalar

BK. m. 183 f. 1'deki kural emredici değildir; aksi satım sözleşmesinde kararlaştırılabilir. Böyle bir kararlaştırmanın, satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun kapsamına, yukarıda belirlenen prensipler çerçevesinde etkisi olacaktır.

(iii) Kanundan doğan istisnalar

Bazı durumlarda, kanun hükümleri gereği, hasarın satıcıda kalması öngörülmüştür. Örneğin taşınmaz satımında hasarın geçişine ilişkin olarak, BK. m. 216, şöyle bir düzenleme getirmektedir: «Satılanın alıcı tarafından kabzedilmesi için mukavele ile bir müddet tayin edildiği halde onun ... hasarının alıcıya intikal etmemesi asıldır».

Taşınmaz satımına özgü istisnaî nitelikteki bu hükmün kapsamı konusunda doktrinde görüş ayrılığı bulunmaktadır. Bir görüşe göre, bu hükmün, taşınmaz satımı sözleşmesi gereği tapuda gerekli tescil muamelesinin yapılmadığı durumlarda uygulama alanı bulması imkânı vardır¹⁸¹. Örneğin *Feyzioğlu*'na göre, tescil muamelesinin tamamlanmasından sonra alıcının taşınmazı fiilen teslim almayı bir süre sonraya bırakmış bulunması, BK. m. 216'nın kapsamı dışında kalır; bu hal, belki aslî zilyedliğin kendisine geçmiş olmasına rağmen fer'i zilyedliğin kararlaştırılan süre için satıcıda kalması hususundaki bir anlaşmanın ifadesi sayılabilir ve bu anlaşmanın tabi olacağı hükümler ise, BK. m. 216 olmayıp başkaca hükümlerdir¹⁸². Bizim de katıldığımız bir başka görüşe göre, ise, BK. m. 216, taşınmazın tesliminin tescilden daha sonraki bir zamana bırakıldığı durumlarda da uygulanabilmelidir¹⁸³. Böylece tescil ile taşınmazın maliki olan alıcının, taşınmazı fiilen teslim alması için bir süre kararlaştırıldığı durumlarda, bu süre sona ermiş olmadıkça taşınmazın hasarını yüklenmesi sözkonusu olmayacaktır.

3. Satıldaki ayıbın en geç sözleşmede hasarın alıcıya geçmesi anında mevcut olmasının anlamı ve ispatı

Türk ve İsviçre Borçlar Kanunlarıyla Fransız Medeni Kanununda satıldaki ayıbın en geç sözleşmede hasarın alıcıya geçmesi anında almasını arayan bir hüküm bulunmamaktadır. Halbuki BGB § 459'da açıkça satıcının, sa-

180) Bu konuda bkz. FEYZİOĞLU, a.g.e., İkinci kısım, c. 1, s. 227 vd..

181) TUNÇOMAĞ, a.g.e., c. 2, s. 278 dn. 48'de anılan yazarlar.

182) FEYZİOĞLU, a.g.e., İkinci kısım, c. 2, s. 224-225.

183) TUNÇOMAĞ, a.g.e., c. 2, s. 280.

dece hasarın alıcıya geçmesi ana kadar satılarda mevcut yıplar sebebiyle alıcıya karşı sorumlu olacağı öngörülmüştür. Aynı hükmün, 11.4.1980 tarihli *Milletlerarası emtia satım sözleşmeleri hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin* (Viyana) 36. maddesinin 1. fıkrasında şu şekilde ifade edildiğini müşahede etmekteyiz: «Saticı, sözleşmeye ve işbu Konvansiyona uygun olarak hasarın alıcıya geçmesi anında mevcut bütün ayıplardan, böyle bir ayıp daha sonra ortaya çıkmış bile olsa, sorumludur»¹⁸⁴. Aynı esasın, hukukumuzda da, yukarıda belirlenen prensipler çerçevesinde uygulama alanı bulacağı hususu, ele aldığımız konunun niteliği gereğidir¹⁸⁵.

Hasarın geçmesinden sonra ortaya çıkan ayıplar, evvelce mevcut sebeplerden ileri gelmedikçe, satıcıyı sorumlu kılmaz. Meselâ hayvan daha önce hasta ise ve bu hastalık sonucu sakat kalırsa, satıcı bundan sorumlu olur; buna karşılık, satım konusu meyvalar, hasarın geçmesinden sonra normal olarak çürürse, tekeffül sözkonusu olmaz¹⁸⁶. Ancak geleceğe ilişkin bir durumun garanti edilmesi halinde, bu garanti taahhüdüne, ayıba karşı tekeffül hükümlerinin kıyasen uygulanması düşünülebilir¹⁸⁷.

Satılanın en geç hasarın alıcıya geçmesi anında ayıplı olduğunu, alıcı, ispat yükündedir¹⁸⁸. Bu ispat, özellikle satılanın teslimini takiben zararlı sonucun hemen ortaya çıktığı durumlarda, kolaylıkla gerçekleştirilebilir. Bu konuda birlikşilerin düşünce ve tesbitlerinden yararlanılabilir¹⁸⁹.

Ancak bazı durumlarda bu ispat yükünün yerine getirilmesi, beraberinde çeşitli güçlükleri de getirebilir. Örneğin oldukça sık el değiştirmiş bir kullanılmış araba satımında, satımın konusunu teşkil eden arabanın, sorumluluğa yol açacak nitelikteki ayıbının hangi anda mevcut olduğunun tesbiti, kolaylıkla mümkün olmayabilir. Böyle durumlarda esas mahkemesi hâkimlerinin ayıbın önceliği konusunu kendi bağımsız takdirleri çerçevesinde değerlendirebilmeleri imkânının bulunduğu kabul edilmesi zorunluğudur¹⁹⁰.

184) Bu sözleşme için bkz. *Les ventes internationales*, s. 419 vd..

185) Alman hukuku için bkz. *STAUDER, a.g.m.*, s. 129-130; İsviçre hukuku için bkz. *STAUDER/STAUDER, a.g.m.*, s. 170; Fransız hukuku için bkz. *GHESTIN, a.g.e.*, s. 29-32.

186) *TANDOĞAN, a.g.e.*, c. I/1, § 10, II, 2, d. Ayrıca bkz. *OSER/SCHÖNEN-BERGER, Kommentar*, Art. 197 N. 17; *BECKER, Kommentar*, Art. 197 N. 8; *GHESTIN, a.g.e.*, s. 29-30.

187) *CAVIN, a.g.e.*, s. 77-78. Ayrıca bkz. yukarıda III, 1, v.

188) *GHESTIN, a.g.e.*, s. 30 vs dn. 9'da anılan kararlar ile yazarlar.

189) *GHESTIN, a.g.e.*, s. 30-31.

190) *GHESTIN, a.g.e.*, s. 31 ve dn. 19'da anılan mahkeme kararları ile yazarlar.

VII. Ayıba karşı tekeffülden sorumluluk şartlarının sözleşme ile değiştirilebilmesi

1. Genel olarak ayıba karşı tekeffülden sorumluluk şartlarının sözleşme ile değiştirilmesinin anlamı

Alıcılar (daha genel olarak tüketiciler), çok defa satıcının ayıba karşı tekeffül borcunun düzenlenmesini konu edinen kanun hükümlerinin varlığını, hiç olmazsa muhtevassını bilecek durumda değildirler. Uygulamada tamamlayıcı nitelikte akdî tekeffülün şartlarını ve sınırlarını belirli bir kesinlikle düzenleyen bir sözleşmenin mevcut olması durumunda, alıcılar (tüketiciler), sadece bu sözleşmeyle ifade edilen haklara sahip olduklarını ve borçları yüklediklerini zannederler ve böylece akdî garanti, basit şekilde tamamlayıcı bir düzenleme getirmek yerine, ayıba karşı tekeffülü düzenleyen kanun hükümlerinin uygulanmasını engelleyen bir düzenleme niteliğini kazanmaktadır.

Satım sözleşmelerinde yeralan satıcının tekeffül sorumluluğunu kaldıran ya da sınırlayan sözleşme hükümleri, bu konuya ilişkin akdî düzenlemenin sadece bir yönünü ifade etmektedir. Bu gibi hükümlerden başka kanunî tekeffülün kapsamına girmeyen ayıpların garanti edilmesini öngören ya da satıcıya kanun hükümlerinde yeralmayan bazı borçlar yükleyen garanti kayıtlarının da sözleşmelerde bulunması imkânı vardır. Bu sebeple tip sözleşme ya da genel işlem şartları uygulaması içinde oldukça yaygınlaşmış olan garanti kayıtları (ya da akdî garantiler), kendine özgü bir düzenleme getirmekte ve kanun hükümlerinin getirdiği çözümlerden büyük ölçüde ayrılması söz konusu olmaktadır. Denilebilir ki her gün sayısız dayanaklı tüketim eşyası, otomobil veya benzeri araçlar alıcısının kendisine vaad edildiğini ya da yararlandığını gördüğü garanti kayıtlarının, kanunî düzenlemelerde öngörülen garanti hükümleriyle çok uzaktan bir ilişkisi bulunmaktadır¹⁹¹. O halde kanunî düzenleme ile belirli bir ölçüde birarada uygulanması zorunluğu olan sözleşmeye dayanan gerçek bir garanti sistemi bulunmakta ve bu akdî garanti de, kendisine özgü şartları ve hükümleri beraberinde getirmektedir.

Burada sadece akdî tekeffül kayıtlarıyla satıcının sorumluluğunun şartlarının düzenlenmesi konusu üzerinde durulacaktır; yine akdî tekeffülü düzenleyen sözleşme hükümlerinin, kanun hükümleriyle hangi ölçüde birlikte uygulanacağı sorunu da incelenecektir. Ancak akdî tekeffülde kabul edilen garanti süresi ve bu garantiye bağlanan hükümler, çalışmamızın ilgili kısımlarında ele alınacaktır^{191a}.

191) ANCEL, P., *La garantie conventionnelle des vices cachés dans les conditions générales de la vente en matière mobilière*, Rev. trim. dr. comm. 1979, s. 203 - 229. özellikle s. 204 n. 2.

191a) Bu konuda bkz. aşağıda §5, II, 4, b ve VI.

2. Sözleşme hükümleriyle kanunî düzenleme ile belirli satıcının sorumlu olduğu ayıp kavramının kapsam olarak değiştirilmesi

Yukarıda satıcının, gerek satılanın lüzumlu nitelikleri gerekse kendisince yapılan nitelik bildirmeleri sebebiyle olan sorumluluğunun kapsamına giren satılana ilişkin ayıpların, gizli olması, önemli olması ve en geç satılanın hasarının alıcıya geçmesi anında mevcut bulunması gerektiği konuları üzerinde ayrıntılı bir şekilde duruldu. İşte satıcının sorumluluğunu sağlayacak olan ayıpların kanun gereği taşınması gerekli bu nitelikleri, sözleşme ile değişik bir şekilde ve muhtevada düzenleme konusu yapılabilir¹⁹².

a. Sözleşme ile satıcının sorumluluğunun kapsamına görünen ayıpların dahil edilmesi

Tarafların aralarında yapacakları sözleşmede, kanunî düzenleme kapsamına girmeyen satılanın görünen ayıpları da garanti kapsamına dahil edilebilir. Yukarıda görüldüğü gibi alıcının bildiği ya da sözleşmenin kurulması anında veya satılanı teslim alma sırasında normal bir dikkat sarfetmek suretiyle farkedebileceği ayıplar, satılanın görünen ayıplarıdır ve BK. m. 197 hükmü sonucu, satıcının, bu ayıplar sebebiyle sorumluluğu bulunmamaktadır¹⁹³.

Ancak bazı durumlarda hangi ayıpların gizli hangi ayıpların görünen ayıp olarak nitelendirilmesi gerektiği hususu, güçlükler gösterebilecektir. Bu açıdan satıcı ya da üretici firmalar, alıcıların kuşkularını ortadan kaldırmak amacıyla, gizli ya da görünen ayıp olmasına bakılmaksızın tüm ayıplar için sorumlu olmayı kabul edebilirler¹⁹⁴.

b. Akdî düzenlemelerde ayıbın önemli olması şartının aranmaması

Yukarıda ele alındığı gibi Borçlar Kanunumuzun düzenlemesi içinde, sadece satılanın elverişliliğini ya da değerini etkileyen ayıplar, satıcının sorumluluğuna yolaçabilecektir¹⁹⁵. Nitelik bildirmelerde de az ya da çok önemde alıcının satın alma kararının etkilenmesine çalışılmaktadır. Ancak akdî düzenlemelerde satıcının sorumluluğu için ayıbın önemli olması şartından vazgeçilebilmektedir. Böylece özel nitelik vaadlerinde bu vadin alıcının satın alma kararına etkisi konusuna ilişkin tereddütler ile gerekli niteliklerin bulunmamasının satılanın kullanımına ya da değerine etkisine ilişkin değerlendirilme farklılıkları ortadan kaldırılmış olacaktır^{195a}.

192) Bu konuda özellikle bkz. GHESTIN, a.g.e., s. 308 n. 289; KELLER/LÖRTSCHER, a.g.e., s. 103 vd..

193) Bu konuda bkz. yukarıda V.

194) GHESTIN, a.g.e., s. 310.

195) Bu konuda bkz. yukarıda IV.

195a) GHESTIN, a.g.e., s. 311-312.

c. *Akdî düzenlemelerde satıladaki ayıbın var olması anının öneminin bulunmaması*

Akdî düzenlemelerle getirilen tekeffülde ayıbın satılarda ortaya çıkması anının bir önemi yoktur; burada satıcı, hasarın alıcıya geçmesi anına kadar satılarda mevcut ayıplardan ayrı olarak, kanunî düzenlemelerin kapsamına girmeyen hasarın alıcıya geçmesinden sonra meydana gelen ayıplardan da -bu tür ayıpların ortaya çıkmasında her hangi bir kusuru bulunmadığı halde- sorumlu olmayı kabul edebilmektedir.

Aşağıda görüleceği gibi akdî tekeffülde, sözleşmede belirlenen garanti süresince¹⁹⁶ ortaya çıkacak tüm ayıplardan sorumluluk yüklenilmektedir. Bu sürenin sona ermesinden önce satılana ilişkin her ayıp, aksini satıcının ispatlayabilmesi imkânını kabul etmek şartıyla, onun (satıcının) sorumluluğuna sebep olabilecek nitelikte bir ayıp olarak değerlendirilecektir¹⁹⁷.

Uygulamada müşterinin (tüketicinin, alıcının) bu şekilde bir garanti taahhüdünden yararlanabilmesinin, genellikle, «verilen garanti, kullanma kılavuzunda yazılı, müşteriye düşen vebce ve sorumlulukların eksiksiz yerine getirilmesi halinde yürürlükte kalır», «satılanın kullanma kılavuzunda gösterildiği şekilde kullanıldığı ve dışarıdan hiç kimsenin el sürmemesi, yani satıcı (ya da üretici) firmanın yetkili kıldığı elemanlar dışındaki şahıslar tarafından bakım, onarım ve başka bir sebeple müdahale edilmemiş olması şartıyla, malzeme, işçilik ve imalât kusurlarına karşı ... garanti edilmiştir», «ancak satılanın hor kullanılmasından doğan ârizalar veya satılanın herhangi bir tamirci tarafından kurcalanması hallerinde garanti hükmünü kaybeder», «satıcı (ya da üretici) firma tarafından verilen bu garanti, satılanın anormal bir şekilde ve/veya maksat dışı kullanılmasından doğan ârizaların giderilmesini kapsamaz» gibi hükümlerle sınırlandırılmış görmektediriz. Bu tip sınırlamaların alıcıya karşı ileri sürülebilmesi için, alıcı tarafından anlaşılabilir nitelikte kullanma kılavuzlarının kaleme alınması ve hangi tarz kullanımların satılanın iyi işlemlerini engelleyeceğinin açıklıkla belirlenmesi lâzımdır; aksi halde bu gibi sözleşme kayıtları, alıcıya, sadece görünürde garanti veren ve aslında hiç bir zaman yararlanma imkânı vermeyecek olan birer tuzak ve aldatmaca olmaktan öte bir değer taşımazlar ve bu sebeple MK. m. 2'deki esaslar içinde alıcılara karşı ileri sürülemleri gerekir^{197a}.

196) Bkz. aşağıda §4, II, 4, b.

197) GHESTIN, a.g.e., s. 311.

197a) Bu konulara ilişkin olarak ayrıca bkz. MERZ, H., *Le contrôle judiciaire des conditions générales du contrat en Droit suisse, Sem. Jud. 1975 (97)*, s. 193 vd.; WILL, M.R., *Conflits entre conditions générales de vente, in Les ventes internationales de marchandises*, s. 99-109; THIEFERY, J., *La rédaction des conditions générales de vente, in Les ventes internationales de marchandises*, s. 110-120; TEKİNALP, a.g.m., s. 140 vd..

Hukukumuzda garanti kayıtlarının ihtiva ettiği sınırlamaların hangi durumlarda satıcılar tarafından alıcılara karşı ileri sürülemeyeceği hususu, özellikle tüketicinin korunmasını gerektiren bir konu olarak yasal düzenlemeye kavuşturulmalıdır. Örneğin satıcı ya da üretici firmanın yetkili kıldığı elemanlar dışındaki kişiler tarafından satılana bakım, onarım ve başka suretle müdahale edilmiş olması durumunda alıcının garantiden yararlanamayacağına ilişkin sözleşme hükümleri, Avrupa Konseyinin bir tavsiye kararında, tüketicilere karşı kötüye kullanılan bir hüküm (clause abusive) olarak değerlendirilmiştir¹⁹⁸.

3. Sözleşmeye dayanan (akdi) tekeffül ile kanunlarda öngörülen ayıba karşı tekeffül düzenlemesinin birlikte hüküm ifade etmesi ve uygulanması zorunluluğu

BK. m. 196'ya göre (OR. Art. 199) göre «*satıcı, satılanın ayıbını hile ile gizlemiş ise satımda tekeffül hükmünü iskat veya tahdit eden her şart bâttir*». Bu hükmün karşıt kavramından, alıcı ve satıcı arasında geçerli bir şekilde satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğunu kaldıran ya da sınırlayan bir anlaşma yapılabilecekleri sonucuna kolaylıkla varılabilecektir. Zaten doktrinde bu hüküm dolayısıyla -yukarıda açıklandığı gibi-¹⁹⁹ ayıba karşı tekeffülü düzenleyen kanun hükümlerinin yedek hükümler olduğu ileri sürülmüştür.

Aşağıda sırasıyla, kullanılmış eşya satımında ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun mevcut olup olmadığı, ayıba karşı tekeffül sorumluluğunu kaldırmak ya da sınırlamak üzere kullanılan sözleşme kayıtları, bu kayıtların yorumlanması ve hükümsüzlüğü konuları ele alınacaktır.

a. Kullanılmış eşya satımında satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğu

Kullanılmış eşya satımında (vente d'occasion), satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun mevcut olup olmadığı, doktrinde ve uygulamada tereddütlere yolaçan bir konudur. Kullanılmış eşya satımında, uzun zaman, satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun mevcut olmadığı yönünde taraflar arasında zım-nî bir anlaşmanın bulunduğu şeklinde düşünceler ileri sürüldüğü görülmektedir²⁰⁰.

Katıldığımız görüşe göre, kullanılmış eşya ile yeni (kullanılmamış) eşya arasında bir nitelik farkı değil derece farkı bulunmaktadır; bu sebeple kullanılmış eşya satımında da satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğu vardır. Ancak kullanılmış eşya satıcısının tekeffül borcu ile yeni eşya satıcısının tekeffül borcu arasında bir derece farkı bulunacaktır. Çünkü kullanılmış eşya alıcısı, satılanın yeni olmadığını (kullanılmış olduğunu) bilmekte ve satılandan beklediği yarar,

198) *Bu konuda bkz. GHESTIN, a.g.e., s. 311.*

199) *Bkz. yukarıda §1, IV, 4.*

200) *AMAUDRUZ, a.g.e., s. 81-82.*

yeni eşyaya göre süre ve verimlilik bakımından daha az kapsamdadır²⁰¹. Buna bağlı olarak satıcının tekeffül sorumluluğu da daha sınırlı kapsamda olarak takdir olunacaktır.

b. Satıcının ayıba karşı tekeffül borcunu kaldırmak ya da sınırlamak üzere kullanılan sözleşme kayıtları örnekleri

Uygulamada satıcıların ayıba karşı tekeffül sorumluluklarını kaldırmak ya da sınırlamak bakımından sözleşmelerde kullanageldikleri sözleşme kayıtlarına çeşitli örnekler verilebilir. Şöyle ki :

(i) Satıcılar (ya da üreticiler), çok defa, sözleşmede düşünemeyecekleri ihtimalleri de kapsayacak ve sorumlu olabilecekleri hiç bir durumu dışarıda bırakmayacak şekilde genel nitelikteki sözlerle sorumluluklarını kaldırmak ya da sınırlamak amacıyla sözleşmelere hükümler koymaktadırlar. Örneğin «işbu sözleşmeyle satıcının garanti sorumluluğu kaldırılmıştır» tarzında sözleşmede yer alabilecek bir kayıt, bu duruma örnek teşkil edebilir.

(ii) Yine satıcılar, oldukça sık rastlanan bir başka uygulama şekli olarak, sözleşmelerde kendilerinin sorumlu olacağı satılanın niteliklerini, alıcının başvurabileceği yolları ve başvuru süresini tesbit bakımından da çeşitli hükümlere yer vermektedirler. Bu konuda başlıca örnekler olarak şu hükümler anılabilir:

(a) «Soğutucunuzun hermetik sistemle çalışan kompresörü, evaporatör, kondanser, gövde, termostat, kapı contası ve röleleri 1 yıllık fabrika garantisine sahiptir».

(b) «Söz konusu garanti geçerli süreler içinde meydana gelebilecek malzeme, işçilik kusurlarına ait bedelsiz bakım ve onarımı kapsar. Garanti edilen kısımlar bedelsiz onarılır veya değiştirilir».

(c) «Garanti kapsamına giren ârızaların tayini ve giderilmesi şekli ve usulü tamamen imalâtçı firmaya aittir».

(d) «Garanti şartlarından yararlanılabilmesi için garanti belgenizin tasdik edilmiş olması ve servis sırasında tasdikli belgenin yetkili elemana gösterilmesi şarttır».

(e) «Aşağıdaki hususlar garanti dışıdır: —1. Dış boya çizilmeleri ve emayelerin atması, —2. Tahmil, tahliye ve sevkiyat esnasında meydana gelen hasar ve ârızalar, —3. Kullanma hatalarından meydana gelen pompa tıkanmaları,

201) ROLAND, *Observations sur la vente des véhicules d'occasion*, D. 1959, s. 161 vd.; GHESTIN, a.g.e., s. 27. Ayrıca bkz. yukarıda V, 3, c.

—4. Voltaj düşüklüğü veya fazlalığı, hatalı elektrik tesisatı, farklı voltajda kullanma nedenlerinden meydana gelecek hasar ve ârizalar»²⁰².

c. *Satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğunu kaldıran ya da sınırlayan sözleşme hükümlerinin yorumlanması*

Satıcının tekeffül sorumluluğunu kaldıran ya da sınırlayan kayıtların, alıcının anlayabileceği bir açıklıkla kaleme alınmış olması gerekir; yoksa ne anlama geldiği anlaşılamayan belirsiz sözcükler, satıcının sorumluluğunun kaldırıldığı ya da sınırlandığı şeklindeki bir iddiaya geçerli bir hukukî dayanak yapılamaz^{202a}.

Satıcının satıldaki ayıplardan sorumluluğunu kaldıran ya da sınırlayan sözleşme hükümlerinin dar yorumlanması gerekir. Sorumluluğunu kaldırmak ya da sınırlamak isteyen satıcının, dürüstlük kuralına uygun şekilde bu iradesini açıklıkla ifade etmesi gerekir. Şüphe halinde bu çeşit sözleşme hükümlerinin alıcı (tüketici) lehine yorumlanması ilkesi benimsenmelidir²⁰³. Çünkü bu tip sözleşme hükümleri, çok defa satıcı tarafından tek taraflı olarak kaleme alınmak suretiyle sözleşmede yer almaktadırlar.

Satıcının satılarda bazı niteliklerin bulunduğunu bildirmesi ile aynı sözleşmede ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun bulunmadığını kararlaştırmış olması, her zaman bir çelişki teşkil etmez. Nitelik bildirme (özel nitelik vaadi), yukarıda incelendiği gibi, mahiyeti itibarıyla bir tasavvur açıklamasıdır; halbuki burada, sözleşme hükmü haline getirilmiş kayıtlar ele alınmaktadır. Bir nitelik bildirme ile tekeffülden sorumsuzluk kaydı birlikte yer almışsa, satıcının, satılanın sadece vaad konusu niteliklerin gerçekleşmemesi durumunda ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun kabul edilebileceği sonucuna varılabilir. Ancak eğer satıcı, sadece şekli olarak satılanın niteliklerini garanti etmişse (örneğin satılanın sağlamlığı ya da verimliliği sözkonusu edilmişse) ve alıcı, satıcının bu davranışından, onun (satıcının) bu anlamda niteliklere sahip bir satılan teslim etmeyi borçlanma iradesini taşıdığı kanaatini edinmişse; ayıba karşı tekeffül sorumluluğunu kaldıran sözleşme hükmü, böyle bir durumda alıcıya karşı ileri sürülemeyecektir²⁰⁴. Ancak bu şekilde bir ayırım yapılması her zaman kolay olmaz; burada, taraf iradelerinin yorumlanması sözkonusudur ve şüphe halinde, garantiyi kaldıran sözleşme kayıtlarının dar yorumlanması gerektiği prensibi uyarınca, alıcı yararına olan çözüm şekli benimsenmelidir²⁰⁵.

202) *Bu konuda başkaca örnekler için bkz. AKÜNAL, a.g.m., s. 355 dn. 21 ve dn. 23. Ayrıca bkz. AMAUDRUZ, a.g.t., s. 82-84; GHESTIN, a.g.e., s. 310-311.*

202a) *Çeşitli yorum prensipleri için bkz. OĞUZMAN, Borçlar hukuku, s. 120.*

203) *CAVIN, a.g.e., s. 85, 86. Ayrıca bkz. VINEY, a.g.e., s. 848 n. 761.*

204) *CAVIN, a.g.e., s. 86-87. Ayrıca karış. AKMAN, a.g.t., s. 105-106.*

205) *CAVIN, a.g.e., s. 87.*

d. Satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğunu kaldıran ya da sınırlayan sözleşme hükümlerinin geçersizliği

Satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğunu kaldıran ya da sınırlayan sözleşme hükümleri, BK. m. 196'ya göre, sadece satıcının «satılanın ayıbını hile ile gizlemiş» olması durumunda hükümsüz sayılmıştır. Burada öncelikle kanun hükmünde geçen «satıcının satılanın ayıbını hile ile gizlemiş» olması durumunun ne anlama geldiğinin, bu suretle satıcının tekeffülden sorumsuzluğuna ya da bu sorumluluğun sınırlanmasına yönelik sözleşme hükümlerinin geçerlilik sınırlarının tesbit olunması lâzımdır. Bunu takiben de satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğunu sınırlayan sözleşme kayıtlarının geçersizliğine yolaçan durumların incelenmesi gerekecektir^{205a}.

aa. Satıcının satılanın ayıbını hile ile gizlemiş olmasının anlamı ve bu durumun sorumsuzluk kaydına etkisi

Daha önce belirlediğimiz gibi satıcının ayıba karşı tekeffülden sorumlu tutulabilmesi için, satılandaki ayıbın, gizli yani alıcının bilmemesi ve bu bilmemenin haklı olması gerekir (BK. m. 197). Buna karşılık satıcı da, satılanın ayıbını biliyor ve buna rağmen ayıba karşı tekeffülden sorumluluğunu kaldıran bir anlaşma yapıyorsa; bu duruma, BK. m. 196 hükmü müdahale etmekte ve satıcı için olmayan bir rizikonun alıcı tarafından yüklenilmesi önlenmektedir. Böylece ayıba karşı tekeffülden sorumlu olmamaya ilişkin anlaşma, yalnızca, her iki tarafça bilinmeyen ve bilinmemesi haklı görülebilecek ayıplar için yapılabilmektedir.

Yine yukarıda belirlendiği gibi ayıba karşı tekeffülü kaldıran anlaşmada, satıcının, bir taraftan satılanın ayıptan uzak olduğunu, diğer taraftan buna ek olarak tekeffülü kabul etmediğini beyan etmesi mümkündür. Bu beyanlar birbiriyle çelişkili değildir. Satıcı, önce olumlu olarak satılanın nitelikleri hakkında beyanda bulunmakta, sonra da olumsuz şekilde bundan sorumlu olmak istemediğini açıklamaktadır. Bu konuda satıcının, «sattığım araba sağlamdır, ama sorumluluk kabul etmiyorum», «makine, amacınız için gerekli güce sahiptir; fakat bunun için tekeffülü kabul etmiyorum», «bu otomobil, sadece 45 bin kilometre yapmıştır; ancak bunun için tekeffül yükümlülüğünü reddediyorum» şeklinde beyanda bulunması durumları örnek olarak verilebilir²⁰⁶. Satım parasının

205a) Bu konuda, BK. m. 19, 20, 21 gibi hükümlerin de -diğer sözleşme kayıtlarında olduğu gibi- uygulanması imkânı vardır. Genel hükümlerin getirdiği bu sınırlamalar üzerinde durulmayacaktır. Ayrıca bkz. KELLER/LÖRTSCHER, s. 108 vd.

206) AKMAN, a.g.t., s. 105-106.

çok düşük karşılaştırılması gibi durumlarda zımnî bir sorumsuzluk anlaşmasının bulunduğundan sözedilebilir²⁰⁷.

BK. m. 196, lâfzı itibarıyla BK. m. 99'da getirilen sorumsuzluk anlaşmalarına ilişkin genel düzenlemeden²⁰⁸ ayrılmaktadır. Böylece ayıba karşı tekeffül alanında satıcının satılana ilişkin ayıbı bilme konusunda ağır ihmalinin bulunduğu durumlarda da sorumsuzluk anlaşmasının geçerli olarak yapılabilmesi mümkün olmaktadır.

Burada karşımıza şu sorun çıkmaktadır: Acaba BK. m. 196, BK. m. 99'a ilişkin gerçek bir istisna mıdır, yani satıcının hilesi dışındaki tüm durumlarda geçerli olarak ayıba karşı tekeffülden sorumsuzluk anlaşması yapılabilecek midir? Örneğin satıcı, satılanın muayenesine özen göstermez ve deposundaki diğer kimyasal maddelerin yanında uzun süre bıraktığı ve bozulmasına sebep olduğu hayvan yemlerini satar ve bu suretle alıcının hayvanları zehirlenerek telef olursa, satıcının ağır ihmali sözkonusudur. Aynı şekilde en küçük bir kontrolden geçirilmeden satılan bisikletin frenleri patlar ve alıcı bir yere çarpıp yaralanırsa, bu zararın meydana gelmesinde yine satıcının ağır kusuru mevcuttur²⁰⁹. Çünkü satıcının BK. m. 196 anlamında hilesinin sözkonusu olabilmesi için, «muayyen niteliklerin varlığını veya ayıpların yokluğunu beyan ve teyit etmek ya da bu hususlarda alıcının zihninde susmak suretiyle bir hata uyandırmak veya bu hatayı devam ettirmek» ve «bunları sözleşmenin yapılması hakkında karar verirken veya bu sözleşmeyi şu veya bu şartla yaparken veya malı kabui ya da ayıplarını ihbar ederken alıcının gerçek fiili durumu nazara almasını engelleme kasdı ile yapmak» unsurlarının bir arada gerçekleşmesi gerekir²¹⁰. Elbette böyle bir durumun gerçekleşmesi halinde satıcı, ayıba karşı tekeffül sorumluluğunu kaldıran ya da sınırlayan anlaşmayı ileri süremeyecektir. Ancak yukarıda verilen örneklerde satıcının bu şekilde satılanın ayıplarını hile ile gizlemesi (ya da mehaaz metnin ifadesiyle «satıcının alıcıya karşı tekeffül ile yükümlü olduğu ayıplar hakkında susması», OR. Art. 199) durumu yoktur; sadece onun (satıcının) ayıpların varlığı konusunda alıcıya bilgi vermemesine yönelik ağır kusurunun bulunduğundan sözedilebilecektir. O halde satıcının ağır kusurunun bulunduğu durumlarda da, tekeffül sorumluluğunu kaldıran anlaşmaların geçer-

207) OSER/SCHÖNENBERGER, *Kommentar*, Art. 199 N. 2; von BÜREN, *Bd. II*, s. 30.

208) *Bu konuda bkz. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, a.g.e., s. 1173 vd.; AKMAN, S., Sorumsuzluk anlaşması, tez, İstanbul 1976, s. 5 vd.; ERTEN, A., Türk sorumluluk hukukunda sorumsuzluk şartarı, tez, Ankara 1977, s. 8 vd.; TUNÇ-OMAÇ, a.g.e., c. 1, §66, IV; İNAN, a.g.e., s. 490; REİSOĞLU, a.g.e., s. 138; TANDOĞAN, Türk mes'uliyet hukuku, § 29, II; von TUHR/ESCHER, a.g.e., §69, IV; ENGEL, a.g.e., s. 487-488.*

209) *Bu örnekler için bkz. AKMAN, a.g.t., s. 106.*

210) OSER/SCHÖNENBERGER, *Kommentar*, Art. 199 N. 2; KELLER/LÖRTSCHER, s. 106.

siz olduğunun kabul edilmesi lâzımdır. Zaten kanun koyucu, BK. m. 196'da «hile ile» (OR. Art. 199'da «frauduleusement: arglistig») sözcüğünü tesadüfi olarak kullanmıştır; yoksa burada kast (hatta nitelikli kast) ya da ağır kusur şeklinde bir kusur derecelemesi yapma amacı güdülmemiştir²¹¹. Eğer satıcı, alıcıya karşı, kasten vermediği bütün zararlardan doğan sorumluluğunu ortadan kaldırılabileseydi, satıcının durumu alıcı karşısında önemli ölçüde güçlendirilmiş olurdu; bunu gerektirecek hiç bir haklı hukukî gerekçe de yoktur. O halde ayıp sonucu meydana gelen zararlarda satıcı, BK. m. 99'daki emredici hüküm ile bağlıdır ve ancak hafif kusura ilişkin bir sorumsuzluk anlaşması hukuken geçerli olabilir²¹². Bu konuya ilişkin olarak *Akman*'ın şu satırlarını ilginç olması ve vardığımız sonucu desteklemesi bakımından aynen alıyoruz: «Diğer taraftan yukarıdaki örneklerde borçlunun, bozulmuş yemleri veya bisikleti satmayıp bağışladığını farzederek, yapılan sorumsuzluk anlaşması ağır ihmâl nedeni ile geçersiz olacak idi. Bağışlamada, sözleşmenin tek taraf yararına olması nedeniyle, borçlu sorumluluğunun yasakoyucu tarafından daha yumuşak takdir edilmesine (BK. m. 243) rağmen sorumsuzluk anlaşması geçersiz sayılırken; aynı olayı, tekeffüle ilişkin hükümlerinde genel olarak kusur aranmayan satım sözleşmesi olarak ele alınca, sorumsuzluk anlaşmasını geçerli saymak çelişkili olur ve kabul edilemez. Bu nedenlerle,... m. 196'nın, BK. m. 99'a nazaran özel hüküm olduğu ve öncelikle uygulanması gerektiği yolunda bir itiraz, ayıp sonucu doğan zararlar bakımından ileri sürülemez. Aksi halde borçlar hukukunun temelinde yatan değer hükümlerinin ihlâlüne göz yumulmuş olurdu»²¹³.

Böylece BK. m. 196'nın satıcının ayıba karşı tekeffülden sorumluluğunu kaldıran ya da sınırlayan sözleşme kayıtlarının geçersizliğine ilişkin hükmünü, sadece onun (satıcının) satılana ilişkin bildiği ayıpları gizlemesi durumunda değil satılana ilişkin ayıpları bilmemesinin ağır kusuruna dayandığı durumda da uygulanabileceği görüşünü benimsemiş olmaktadır. Ancak satıcının satılanın ayıbını bilmemesinin onun (kendisinin) ağır kusuru sonucu olması, sadece yukarıda verilen abartmalı örneklerde olduğu gibi gerçekleşmez. O halde şimdi de satıcının ne zaman ağır kusur işlemiş sayılacağı sorununa çözüm araştırılması gereği vardır.

Fransız hukukunda satılanın ayıplarını bilen satıcının sorumluluğunun, satılanın ayıplarını bilmeyen satıcıya göre daha ağırlaştırıldığını görmekteyiz. Örneğin CCF. Art. 1645'e göre satılanın ayıplarını bilen *satıcı*, «*kalmış olduğu satım parasının geri verilmesinden başka, alıcının uğradığı tüm zararlardan sorumludur*». CCF. Art. 1646'ya göre ise şeyin ayıplarını bilmeyen *satıcı*, «*sadece satım parasını geri vermekle ve satımla sebep olunan masrafları alıcıya ödemekle yükümlüdür*». Aynı şekilde CCF. Art. 1646'ya göre, satıcının satılana ilişkin

211) *von TUHR/PETER, a.g.e., §38 dn. 12.*

212) *AKMAN, a.g.t., s. 106.*

213) *AKMAN, a.g.t., s. 107-108. Aksi görüşte, ERTEN, a.g.t., s. 280.*

kin ayıpları bilmesi durumunda, ayıba karşı tekeffülden sorumluluğu sınırlayan sözleşme hükümleri geçersizdir. İşte bu hükümlerde sözü edilen «*satılanın ayıplarını bilen satıcı*» kavramı, Fransız doktrininde ve uygulamasında, *meslekten satıcıları (vendeurs professionnels)* ve *yapımcıları (imalâtçıları; fabricateurs)* kapsayacak şekilde yorumlanmaktadır. Böylece meslekten satıcıların ve imalâtçıların, satılana ilişkin kendi meslek ve imalâtları ile ilgili ayıpları bilmediğini iddia etmeleri mümkün görülmemektedir. Burada özellikle iş görme sözleşmelerinde iş gören kişi durumunda olan sözleşme tarafının, sözleşmeye aykırı davranışında kusurlu bulunup bulunmadığının tesbitinde, o kişinin mensup olduğu meslek kurallarının gözönünde tutulması durumunda olduğu gibi; meslekten satıcının ve imalâtçının, satılana ilişkin mesleği gereği bilmesi gereken ayıpları bilmediği iddiası dinlenmeyecektir. Bu şekilde gerek meslekten satıcının gerekse imalâtçının satılana ilişkin ayıpları bildiğinin varsayılması sözkonusu olmaktadır ve bu kişilerin bu konudaki bilgisizliği ağır kusur olarak değerlendirilmektedir²¹⁴.

Bilindiği gibi ağır kusurda hukuka aykırı sonuç bilinmemekte ve istenmemekte; ancak bu sonuç, anlayışlı ve normal dikkatli her insanın aynı durum ve şartlar altında alınmasını gerekli göreceği en ilkel (iptidai) tedbirlerin alınmaması, en basit özenin gösterilmemesi yüzünden gerçekleşmektedir²¹⁵. O halde meslek ve imalât kurallarına uymayan davranışları sebebiyle, meslekten satıcının ve imalâtçı-satıcının ağır kusur işlediğinin hukuken kabul edilmesi mümkün olacaktır. BK. m. 196'nın, satıcının ağır kusurunun sözkonusu olduğu durumlarda uygulanabileceğini kabul ettiğimize göre, meslekten satıcının ve imalâtçı-satıcının satılanın ayıplarını bilmemesi, ayıplardan sorumsuzluk kayıtlarının geçerli olmasını engelleyecektir. Bu yorum, ticarî hayatın karmaşıklığı karşısında çağdaş hukuk düşüncelerinin ve bu düşüncelerin ürünü olan pozitif düzenlemelerin tüketiciyi koruma temayülüne uygun bir çözümün kabul edilmesine yolaçacak ve bu suretle bu yüzyılın başında bu düşüncelerden uzak olarak hazırlanmış olan Borçlar Kanunumuzun bu düzenlemesinin zamanımızın ihtiyaçlarına göre yorumlanması durumu sözkonusu olacaktır.

bb. Satıcının ayıba karşı tekeffülden sorumluluğunu daraltan sözleşme kayıtlarının geçerliliğinin sınırları

Bazı durumlarda satıcı, alıcıya tanıdığı garantinin kapsamını sınırlamak isteyebilir. Özellikle gerek kullanış, gerekse yapılış biçimleri gereği kolaylıkla yıpranması ihtimali olan bir takım parçaların, garantiden hariç tutulmalarına uygulamada sık rastlanılmaktadır. Aynı şekilde satılanın yapımında kullanılan

214) GHESTIN, a.g.e., s. 244 vd..

215) AKMAN, a.g.t., s. 54.

yabancı menşeli parçaların da satıcının garanti taahhüdünün kapsamı dışında tutulması durumları da sözkonusu olmaktadır²¹⁶.

Halbuki satıcının ayıptan sorumluluğu, tüm satılanı kapsar. Bu sorumluluğun, gerçekleştirilmek istenen amacı tehlikeye düşürecek bir biçimde parçalanması, sözleşmenin edimleri arasındaki dengeyi ihlâl edebilir. Farklı parçalardan oluşan bir makineyi kendi imalâtı olarak piyasaya süren satıcı, makinenin bir bütün olarak işlemlerini sağlamak zorundadır. Ayıbın yabancı menşeli bir parçaya ilişkin olması, sonuçta bir değişiklik meydana getirmez²¹⁷. O halde bu gibi durumlara özgü ayıptan sorumluluğu sınırlayan sözleşme kayıtlarının geçersiz olduğunun kabul edilmesi gerekecektir²¹⁸.

cc. Satıcının alıcı tarafından satılanın sözleşmenin kurulması ya da teslim alınması anında muayene edilmesine engel olması ve hükmü

Edis'in, satıcının ayıba karşı tekeffül borcunu konu edinen doktora tezinde isabetle belirlediği gibi; satıcının, satılanın ayıplı olup olmadığını anlamak için alıcının yapacağı incelemelere engel olması veya bu şekildeki bir muayene etmeğe izin vermemesi durumunda, ayıba karşı tekeffüle ilişkin kararlaştırılan sorumsuzluk anlaşması ya da şartlarının hükümsüz olduğunun ve dolayısıyla alıcıya karşı ileri sürülemeyeceğinin kabul edilmesi gereği vardır²¹⁹.

Ancak burada satıcı tarafından yapılacak engelleme ya da izin vermemenin, sözleşmenin yapılması anında gerçekleşmesi gerekir ve hiç olmazsa hasarın alıcıya geçmesi anına kadar satıcının bu olumsuz tutumunu sürdürmesi zorunluğu bulunduğu ileri sürülmektedir²²⁰. Düşüncemize göre satılanın teslim edilmesi esnasında satılanın muayene edilmesinin engellenmesi ya da böyle bir incelemeye izin verilmemiş olması da aynı hukukî sonucu meydana getirmeye yeterli kabul edilmelidir. Bu konu üzerinde daha fazla durulmayacaktır.

216) AKÜNAL, a.g.m., s. 533-534.

217) AKÜNAL, a.g.m., s. 535.

218) *Uygulamada garanti kayıtlarının aldatıcı reklâm olarak nitelendirilebileceği kullanıma şekilleri için bkz. GÖLE, a.g.e., s. 106-108.*

219) EDİS, a.g.t., s. 21-22 (bu engelleme ya da izin vermemenin bir üçüncü kişi tarafından gerçekleştirilmesi durumunda da aynı sonuca varılması zorunluğu vardır ki, bu düşünceye katılmaktayız).

220) Bu konuda ayrıca bkz. AMAUDRUZ, a.g.t., s. 90 vd.. Ayrıca satıcının sorumluluğunun sözleşme hükümleriyle sınırlanmasının incelendiği bir monografi çalışması olarak bkz. LÖRTSCHER, T., *Vertragliche Haftungsbschränkungen im schweizerischen Kaufrecht, Diss., Zürich 1977.*

§ 3. ALICININ AYIBA KARŞI TEKEFFÜL HÜKÜMLERİ ÇERÇEVESİNDE YERİNE GETİRMESİ GEREKEN KANUNİ KÜLFETLERİ (YÜKLERİ) VE MÜKELLEFİYETLERİ (YÜKÜMLÜLÜKLERİ)

I. Genel olarak

BK. m. 198'e göre «Alıcı kabzettiği satılanın halini örf ve âdete göre imkân hasıl olur olmaz muayene etmek borcu ile mükellef olup satılанда satıcının tekeffülü altında olan bir ayıp gördüğü zaman bunu derhal satıcıya ihbar etmesi lâzım gelir (f.1). —Bunu ihmal ettiği halde satılanı kabul etmiş sayılır. Meğer ki satılанда âdi bir muayene ile meydana çıkarılmayacak bir ayıp bulunsun (f.2). —Bu kabilden bir ayıp sonradan meydana çıkarsa derhal satıcıya ihbar etmelidir (f. son)» (OR. Art. 201).

Yine TK. m. 25 b.3'e göre «emtianın ayıplı olduğu teslim sırasında açıkça belli ise alıcı iki gün içinde keyfiyeti satıcıya bildirmeye mecburdur. Açıkça belli değilse alıcı emtiayı teslim aldıktan sonra sekiz gün içinde muayene etmeye veya ettirmeye ve bu muayene neticesinde emtianın ayıplı olduğu ortaya çıkarsa, haklarını muhafaza için keyfiyeti bu müddet içinde satıcıya bildirmeye mecburdur. Diğer hallerde Borçlar Kanununun 198 inci maddesinin ikinci ve üçüncü fıkraları tatbik olunur». Alman Ticaret Kanununda da, TK. m. 25 b.3'e benzer bir düzenleme mevcuttur (HGB §377).

Satıcının ayıba karşı tekeffül borcunu düzenleyen kanun hükümleri, satıcının satım sözleşmesinin kendisine yüklediği temel (aslı) borcunu, yani satılanı teslim borcunu ifa etmek suretiyle tamamıyla borcundan kurtulduğunu sandığı bir anda bir sözleşmeyi veya bazı sözleşme hükümlerini yeniden ihtilâf konusu yapma imkânını vermektedir. Böylece satıcı, bu andan itibaren sonsuza değin uzayıp gitmesini isteyemeyeceği belirsiz bir durumda kalmaktadır. Bunun sonucu olarak alıcı, satılanın teslim edilmesinden sonra ortaya çıkması muhtemel sorunların mümkün olduğunca çabuk şekilde çözüme bağlanmasını temin edecek bir hareket tarzını kabul etmeye zorlanılmaktadır. Bu sebeple alıcının satıcıyı ayıba karşı tekeffülden sorumlu tutabilmek için satılanı muayene etme ve bu suretle tesbit olunan ayıpları bildirme (ihbar) külfetleri, kanunî düzenlemelerde öngörülmüş bulunmaktadır¹.

Böylece alıcı, satılanı teslim almayı takiben muayene etmekle ve ayıpların varlığı halinde de, durumu derhal satıcıya bildirmekle görevli olmaktadır. Bu muayene etme ve ihbar ödevi, bu suretle yapılan talebin esası hakkında bir

1) AMAUDRUZ, a.g.t., s. 96.

fikir sahibi olabilecek ve satılanı kendisine temin etmiş kişiye karşı menfaatlerini uygun zamanda koruyacak olan satıcının yararına kabul edilmiştir. Diğer taraftan alıcının, konjonktüre göre satıcı aleyhine spekülasyonlar yapmasını önleme gereği vardır^{1a}. Bu ödev, satılanın gerekli (lüzumlu) niteliklerinin bulunmaması halinde olduğu gibi bildirilen (vaad konusu) niteliklerin bulunmaması halinde de mevcuttur². Ancak BK. m. 198 düzenlemesi, emredici nitelikte değildir ve taraflarca sözleşmede aksine düzenleme getirilebilir³.

Ayrıca BK. m. 199'da hayvan satımına, BK. m. 201'de mesafe satımına ilişkin olarak alıcının yerine getirmesi gereken bazı külfetler ve mükellefiyetler düzenlenmiş bulunmaktadır.

Aşağıda sırasıyla alıcının satılanı muayene etme külfeti ve yerine getirilmesi, alıcının satılanın ayıplarını satıcıya bildirme (ihbar) külfeti ve yerine getirilmesi, mesafe satımlarında alıcının mükellefiyetleri, satıcının hilesinin alıcının kanunî külfetlerine etkisi ve hükmü, alıcının kanunî külfet ve mükellefiyetlerini yerine getirmesi ya da yerine getirmemiş olmasının hükmü konuları üzerinde durulacaktır.

II. Alıcının satılanı muayene etme külfeti ve yerine getirilmesi

1. Alıcının satılanı muayene etmesinin hukukî niteliği

Satılanın alıcı tarafından muayene edilmesi (gözden geçirilmesi)^{3a}, BK. m. 198 f.1'de her ne kadar «borç», «mükellef olma» terimleriyle ifade edilmişse de, teknik anlamda bir borç, dolayısıyla bir mükellefiyet olarak nitelendirilemez. Kanunlarımızda çok defa BK. m. 198'de olduğu gibi bir hakkın kazanılması veya kaybedilmesi için bir hareketin şart kılındığı durumları ifade etmek üzere yanlış olarak «borç», «mükellefiyet» ya da «vazife» (ödev)'den sözedildiği görülmektedir (BK. m. 44 f.2, m. 502 vb.). Bu gibi durumlarda gerçek anlamda bir vazife (ödev), borç ya da yükümlülük sözkonusu olmadığı, bunların ifa edilmemesinin alelâde bir hukukî ödevin ihlâlinden doğan sonucu meydana getirmemesi keyfiyetinden anlaşılır⁴.

1a) OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 201 N. 3; BECKER, Art. 201 N. 1; CAVIN, a.g.e., s. 88; STANISLAS, a.g.e., s. 112; TANDOĞAN, a.g.e., c. I/1, § 10, III; BGE II 406; BGE 81 II 56; JdT 1955 I 562; BGE 88 II 365; JdT 1963 I 242.

2) TANDOĞAN, a.g.e., § 10, III; BGE 81 II 56; JdT 1955 I 562.

3) CAVIN, a.g.e., s. 88.

3a) Satılanın muayene edilmesi anlamında olmak üzere «satılanı gözden geçirme»den ve dolayısıyla «gözden geçirme süresi»nden söz eden bir Yargıtay kararı için bkz. Yarg. 13.HD. 10.11.1980 t.ü, 5071/5769 sayılı kararı (YKD. 1981, s. 330).

4) von TUHR/PETER, a.g.e., §2, OSER/SCHÖNENBERGER, Kommentar, Art. 201 N. 4-5; EDİS, a.g.t. s. 75.

Gerçekten BK. m. 198, BK. m. 44, BK. m. 502 gibi durumlarda hasım tarafın, diğer tarafı bu hareketleri yapmaya zorlama hususunda ne talep ne de dâva hakkı bulunmamaktadır; bu ödevleri ifa etmeyen kimseler tazminat ile mükellef değildirler. Bu muamelelerin yapılması, bir vazifeyi ifa için olmayıp, ilgililerin menfaati icabı bir hakkın kaybına mani olmak içindir. Örneğin -aşağıda görüleceği gibi- alıcının satılanın ayıpları dolayısıyla satıcıya karşı haiz olduğu hakkının, BK. m. 198 hükmünün gereklerinin yerine getirilmemesi durumunda, kaybolması sonucu ortaya çıkacaktır. Bunlara açık bir ifade ile vazife (ödev) değil külfet (yük: Obliegenheit) demek gerekir. Her iki halde de, bir fiilin ifa edilmemesi hukukî bir sakınca meydana getireceğinden, külfet ve vazife kavramlarının birbirlerine yakınlaşması sözkonusu olmaktadır⁵.

O halde alıcının satılanı muayene etmesi, bir ödev ya da yükümlülük niteliğinde olmayıp bir külfet (yük) sayılmalıdır⁶.

2. Alıcının satılanı muayene etme zamanı

Alıcının satılanı muayene etme külfetinin doğması için, satılanın kendisi tarafından teslim alınmış olması gerekir. Alıcı, satılana fiilen ve doğrudan doğruya tasarruf edebilecek duruma girmiş olmalıdır. Yoksa satılanın taşıyıcıya teslim edilmiş olması, satılanı temsil eden belgelerin alıcıya verilmesi veya çeşit satımında satılanın ayırılmış olması, alıcının muayene külfetinin doğması için yeterli değildir⁷.

O halde sorun, alıcının satılanı teslim almasını takiben hangi süre zarfında satılanı muayene etme külfetini yerine getirebileceği noktasında toplanmaktadır. Bu konu üçlü bir ayırım içinde ele alınmalıdır. Şöyle ki :

a. Alélâde satımlarda satılanın muayene edilme zamanı

BK. m. 198 f.1'e göre, alıcı, satılanı bir kere teslim almışsa, «örf ve âdete göre imkân hasıl olur olmaz» muayene etme külfetindedir. Ancak bu hükmün, mehzalı olan OR. Art. 201 Abs.1'e uygun olarak satılanın «işlerin mütad cereyanına göre imkân hasıl olur olmaz» muayene edilmesi gerektiği şeklinde anlaşılması daha isabetlidir⁸.

Böylece muayene edilme zamanı, satılanın niteliğine, ilgili ticaret dalına ve ileri sürülen ayıbın cinsine göre değişecek; bu sebeple muayene, daha geniş

5) von TUHR/PETER, a.g.e., §2, IV.

6) Yukarıda dn. 4'de anılan yazarlar.

7) OSER/SCHÖNENBERGER, *Kommentar*, Art. 201 N. 16; BECKER, *Kommentar*, Art. 201 N. 11; TANDOĞAN, a.g.e., c. 1/1, §10, III, 1, b.

8) TANDOĞAN, a.g.e., c. 1/1, §10, III, 1, b.

süre zarfında da gerçekleştirilebilecektir⁹. Şöyle ki: «Satılan şeyde âdi muayene ile meydana çıkmayacak ayıplar için bu süre daha uzun olacaktır (BK. m. 198 f.2). Gizli ayıplar tecrübeli ve dikkatli bir tacirden beklenilebilecek muayeneden daha uzun bir muayene ile ortaya çıkabilecek olan veya meydana çıkmaları özel bir tahlil veya muayeneyi icap ettiren ayıplardır. Malın değeri çabuk düşüyorsa daha çabuk muayene lâzımdır. İşlerin yoğun olduğu bir zamanda muayene gecikebilir. Bazı şeylerde müşteriye satılmasını beklemek gerekir. Makine monte edilmeli, şarap nakilden sonra bir kaç gün bekletilmelidir. Böylece, eşyanın mahiyetine ve ayıbın cinsine göre muayene süresinin haftalarca, hatta aylarca devam etmesi mümkündür. Mesela bir binanın sıcaklığa karşı yeterli derecede tecrit edilip edilmediğini anlamak için dışardaki sıcaklığın belli bir dereceye yükselmesini beklemek lâzımdır. İlkbaharda alınan bir biçer döğür makinesi ancak yazın, bir kar temizleme makinesi ise ancak kışın denenebilir. Alıcının şahsına ait engeller (işyerinde bulunmaması, yeterli personeli veya yeri olmaması) muayene süresinin uzatılması için gözönünde tutulmaz»¹⁰.

Muayyen zamanlarda teslimi gerektiren satışlarda her teslim için ayrı muayene yapılması gereği vardır¹¹. Satıcının gönderdiği faturada, muayyen bir süre geçtikten sonra şikâyet kabul edilmeyeceği bildirilmişse, alıcı, muayeneyi bu süre içinde yapmağa mecburdur. Ancak faturada belirtilen süre zarfında muayenenin gerçekleştirilmesi mümkün olmalıdır^{11a}.

b. Hayvan satımında satılanın muayene edilme zamanı

BK. m. 199'da, hayvan satımında satılanın muayene edilme zamanı kesin olarak tesbit edilmiştir. Buna göre «Hayvan alım satımında kefalet müddeti tahriren tayin edilmemiş olup da kefalet hayvanın bir vafına müteallik değilse^{11b} satılarda keşfedilen ayıptan satıcının mes'uliyeti, teslim vâki olduğu veya alıcının kabızda temerrüdü tahakkuk ettiği günden itibaren dokuz gün içinde satıcıya ihbar edilmekle beraber hayvanın ehli vukuf marifetiyle muayenesinin icrası yine bu müddet zarfında merciinden talep olunmasına mütevakıftır (f.1). -Hâkim ehli vukuf raporunu serbestçe takdir eder (f.son)». Bilindiği gibi maddede geçen «hayvanın bir vafın»dan anlaşılması gereken husus, me-

9) *GUHL/MERZ/KUMMER a.g.e., s. 347; OSER/SCHÖNENBERGER, Kommentar, Art. 201 N. 22-24; BECKER, Kommentar, Art. 201 N. 15-18; TANDOĞAN, §10, III, 1.*

10) *TANDOĞAN, a.g.e., c. I/1, §10, III, 1, b; BGE 72 II 417: JdT 1947 I 407; BGE 81 II 56: JdT 1955 I 568.*

11) *OSER/SCHÖNENBERGER, Kommentar, Art. 201 N. 26.*

11a) *TANDOĞAN, a.g.e., c. I/1, §10, III, 1, b, bb.*

11b) *Bu hükmün anlamı için bkz. yukarıda §1, dn. 99.*

hazı olan OR. Art. 202 Abs. 1'e göre gebeliğe ilişkin bir tekeffül halinin bulunmasıdır^{11c}.

Şu durumda hayvan satımında taraflar, aralarındaki sözleşmede muayene edilme zamanı konusunda bir düzenleme getirebileceklerdir. Eğer tarafların aralarındaki sözleşmede bu konuya ilişkin olmak üzere bir düzenleme getirilmemişse, BK. m. 199, hayvan satımında muayene süresi yönünden ayıpları ikiye ayırmaktadır. Bunlar, hayvanın gebeliği ile ilgili ayıplar ve gebelik dışında kalan ayıplardır. Hayvanın gebeliği dışında kalan ayıplarda yazılı olarak başka bir süre saptanmamışsa, muayene süresi, teslim veya alıcının teslim almada temerrüdü tarihinden itibaren dokuz gündür. Buna karşılık hayvanın gebeliği ile ilgili ayıplar için kanunda bir muayene süresi gösterilmiş değildir. O halde bu durumda alıcı, hayvanı uygun süre içinde muayene külfetinde olacaktır¹². Ancak bizde, İsviçre'de olduğu gibi, muayene mercii resmen tayin edilmemiştir¹³.

c. Ticarî satımda satılanın muayene edilme zamanı

TK. m. 25 b.3'e göre, tacirler arasında yapılmış ticarî satım (mevsuf ticarî satım) için, kesin bir muayene süresi tesbit edilmiştir: «Emtianın ayıplı olduğu ... açıkça belli değil ise alıcı emtiayı sekiz gün içinde muayene etmeye veya ettirmeye mecburdur». Ancak bu süre âdi bir muayene ile meydana çıkmayacak ayıplar için kâfi gelmeyebilir. Bu takdirde, TK. m. 25 b.3'ün son cümlesi, BK. m. 198 f.2 ve f.3'ü saklı tuttuğuna göre, âdi satımlarda olduğu gibi süre uzatılabilir¹⁴.

3. Satılanın muayene edilme yeri

Muayene, aksine sözleşme yoksa, kural olarak malın alıcı tarafından teslim alındığı yerde yapılır. Bu da çok defa satılanın ifa yeri ile aynıdır. Fakat muayenenin her zaman ifa yerinde yapılması gerekmez. Muayene yerinin tesbitinde malın niteliği, muayenenin tarzı, satımın çeşidi rol oynar^{14a}.

Mesafe satımında ise muayene, ifa yerinde değil fakat teslim yerinde yapılır. Çünkü muayenenin, alıcının malda tasarruf etme hususunda fiilî olarak im-

11c) Bu konuda bkz. ATAAY/SUNGURBEY, a.g.e., m. 199'a ilişkin açıklamalar.

12) TUNÇOMAĞ, a.g.e., c. 2, s. 134.

13) İsviçre hukukunda bu konuyu düzenleyen metin olarak 14.11.1911 tarihli Ordonnance sur la Procédure en matière de garantie dans le commerce du bétail başlıklı düzenleme için bkz. SCYBOZ/GILLIERON, a.g.e., s. 480-483. Ayrıca bkz. KANETİ, a.g.tk., s. 65.

14) Bu konuda bkz. EDİS, a.g.t., s. 82-84.

14a) OSER/SCHÖNENBERGER, Kommentar, Art. 201 N. 21.

kân sahibi olduğu yerde yapılmalıdır. Örneğin SİF satışlarda gönderme yeri, varma limanıdır. Ancak ticarî teâmüller, alıcının malı ikametgâhına veya ticarethanesine götürmesine cevaz verebilir; yani alıcının istasyon veya limanlarda gönderilen malı muayene zorunluğu yoktur¹⁵.

Malın muayenesi, tıbbî bir tahlili de gerektiriyorsa, satılanın bir laboratuvarında muayene edilmesi gereği vardır¹⁶.

4. Satılanın muayene edilmesine ilişkin bazı sorunlar ve çözümleri

a. Muayenenin kimin tarafından yapılacağı sorunu

Eğer alıcı veya temsilcisi satın alınan maldan anlıyorsa muayeneyi kendisi yapar; bazan ayıp özel bir meslekî bilgiyi ve muayeneyi gerektirmeden görülebilir. Örneğin satın alınan bir kasanın delik olması durumunda satılanın muayene edilmesine gerek olmadan ayıp anlaşılabilir. Bu durumda da muayeneyi gerçekleştirmesi için başkasına başvurmağa gerek yoktur¹⁷.

Taraflar, sözleşmede muayenenin kimin tarafından yapılacağı hususunda hüküm koyabilirler. Örneğin taraflar, işi kolaylaştırmak için, muayenenin kendilerine bağlı olmayan tarafsız bir üçüncü kişi tarafından yapılacağını kararlaştırabilirler¹⁸.

Sözleşmede hüküm olmasa bile, muayene alıcının sahip olmadığı meslekî bilgiyi veya bir tahlili icap ettiriyorsa, alıcı, kendiliğinden bir üçüncü kişiye başvurabilir. Alıcı, bu durumda muayenenin mümkün olduğunca çabuk yapılmasını sağlamalıdır¹⁹. Çok defa durumlardan (örneğin muayene için özel bilgilerin gerekli olmasından) veya alış veriş hayatının görüşlerinden (örneğin, İsviçre'de malın karışık olması kuşkusu varsa, mütaden bir tahlil yapılması geleneği vardır), alıcının böyle bir yetkiye sahip olup olmadığını anlaşılabilmesi imkânı vardır²⁰.

b. Satılanın muayene edilme tarzı ve muayenenin gerçekleştirilmesi

Satılanın muayene edilmesi, her şeyden önce tarafların sözleşmede kararlaştırdıkları şekilde gerçekleştirilir. Yine satılanın niteliği ve işlerde yaygın teâ-

15) EDİS, a.g.t., s. 84.

16) FEYZİOĞLU, a.g.e., İkinci kısım, c. 1, s. 279; EDİS, a.g.t., s. 84.

17) TANDOĞAN, a.g.e., c. I/1, §10, III, 1, a.

18) TANDOĞAN, a.g.e., c. I/1, §10, III, 1, a.

19) TANDOĞAN, a.g.e., c. I/1, §10, III, 1, a; VELİDEDEOĞLU/ÖZDEMİR, m.

198 n. 2.

20) TUNÇOMAĞ, a.g.e., c. 2, s. 130.

müller, muayenenin nasıl gerçekleştirileceği konusunda uyulması gerekli kuralları belirleyebilir²¹.

Malın tesliminden önce sözleşme veya teâmül gereğince (örneğin pamuk ticaretinde olduğu gibi), alıcıya, yapılacak mal teslimlerinin siparişe uygun olduğunu tahkik edebilmesi için bir nümune verilmişse; alıcı, bu muayeneyi nümune üzerinde gerçekleştirme durumundadır. Bu sebeple satılan, bu nümunedan anlaşılabilen ayıplar bakımından kabul edilmiş sayılır; çünkü nümune olarak verilen şeyin malı temsil ettiği kabul edilmektedir. Bu nümuneden görülüp ihbar edilen ayıplar bizzat satılarda görülüp ihbar edilen ayıplar hükmündedir. Ancak alıcı bunu yapmakla teslim edilen malın muayenesinden kurtulmuş olmaz; yani alıcı, ne nümune ayıptan salim olduğu zaman ne de nümune ayıplı olduğu takdirde nümuneye dayanamayacaktır. Bununla beraber muayene, malın daha sonra nümuneye uygunluğunun araştırılmasına inhisar edebilir²². Ancak alıcı, bu şekildeki kontrol nümunesini kendiliğinden almış ise veya bir nümune talebi olmaksızın kendisine gösterilmiş ise; bu nümuneye itiraz edilmesinden, nümunedan anlaşılabilen ayıplar ile birlikte malın kabul edildiği sonucunu doğurmaz²³.

Muayene ve tahkik gerektirdiği takdirde, satılan tecrübe edilebilir; bu tecrübe, satılanın kabulü anlamını taşıyan bir tasarruf sayılmaz²⁴. Bu konuya ilişkin olarak aşağıdaki tarzda örnekler verilebilir²⁵ :

(i) Alıcı, satılanı muayene etmek üzere, malın kıymetini önemli surette azaltmamak şartıyla, ambalajını kaldırabilir. Kural olarak orijinal ambalajı ile tekrar satılacak mallarda (şişe şarapları, konserve, mühürlü paketlerde satılan tütün gibi) ambalajın kaldırılması malın değerini önemli surette azaltır.

(ii) Alıcının, satılan makineyi çalıştırıp işletmesi, kazanları ısıtması gibi satılardan faydalanmayı ve kullanmayı gerektiren tasarruflar da satılanın muayene edilmesinin kapsamına giren tasarruflar olarak değerlendirilmelidir.

(iii) Muayenenin özenle yapılabilmesi için gerekli olduğu takdirde malın bir kısmının tüketilmesi (meselâ arpanın öğütülmesi, unun pişirilmesi, yünün işlenmesi, ipeğin boyanması, pamuğun ağartılması gibi), aynı şekilde alıcının satılanı kabul ettiği anlamına gelmez.

(iv) Alıcının satılanı bir başkasına satması da kabul anlamına gelmez. Satılanın tekrar temlik ve satış imkânı tarafların iradesinden hasıl olabilir (örne-

21) AMAUDRUZ, a.g.t., s. 106

22) OSER/SCHÖNENBERGER, *Kommentar*, Art 201 N. 16-17.

23) OSER/SCHÖNENBERGER, *Kommentar*, Art. 201 N. 17.

24) OSER/SCHÖNENBERGER, *Kommentar*, Art. 201 N. 10.

25) Bu örnekler için bkz. OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 201 N. 11-15.

ğın satıcı malları doğrudan doğruya başka müşterilere göndermekle yükümlüdür) veya malın tekrar satılacağı satıcı tarafından biliniyor olabilir. Aynı şekilde malın tekrar satılacağı, satılan şeyin niteliğinden de anlaşılabilir.

(v) Ambalajın kaldırılması imkânı yoksa ya da birbirinin aynı olan bir miktar parça eşyanın (meselâ 2500 sifon) çok masraflı veya uzun zamana ihtiyaç gösteriyorsa, bu eşyadan gelişigüzel alınan bir nümunenin muayenesi yeterlidir; bu muayenenin sonucuna göre bütün malın nümunenin aynı hal ve vasıfta bulunduğu kabul olunur. Muayene edilmeyen kısımdan daha sonra alınan gelişigüzel nümune muayenesinde rastlanmayan bazı ayıplar meydana çıkarsa, BK. m. 198 f.3'e göre gizli ayıplar olarak kabul olunur.

Bir kere başlamış olan muayene, nümunenin niteliği bir kesintiye haklı göstermedikçe, kesintisiz olarak devam etmeli ve sonuçlandırılmalıdır²⁶.

Aynı şekilde -yukarıda belirtildiği gibi- ardarda teslimli satımlarda her teslim konusu mal için ayrı bir muayene külfeti vardır. Bir alıcı bu hususa uymadan diğer teslimlerin yapılmasını bekleyemez. Daha önceki teslimler sebebiyle ayıp ihbar edilmiş olsa bile sonraki teslimlerin ayrıca muayenesi gerekir. Ancak daha önceki teslimlerin ayıplı olması sebebiyle alıcının bütün sözleşmeyi sona erdirdiği durumlar, bu kurala istisna teşkil edecektir. Diğer taraftan alıcının, bir kısım malı itirazsız kabul etmesi, sonradan yapılan ve önceki teslimlerin aynı niteliklerini taşıyan teslim konusu malları, itirazsız, sözleşmeye uygun olarak kabul edeceği hususunda bir anlaşmayı sonuçlandırmaz²⁷.

c. Satılanın muayene edilme masraflarının kime ait olacağı sorunu

Satılanın muayene edilmesi masrafları, satılanın teslim alınması masraflarındandır²⁸. Çünkü muayene, satılanı teslim almayı hazırlayan bir safhadır. BK. m. 185'e göre teslim alma masraflarını, alıcı ödeme durumundadır. O halde mütad (olağan) ölçüde yapılan muayene masraflarına alıcının katlanması sözleşme konusu olacaktır.

Ancak alıcı, sonradan ayıp sebebiyle satım sözleşmesini sona erürecektir, bu masrafların satıcı tarafından tazmin edilmesi durumu gerçekleşecektir²⁹.

26) OSER/SCHÖNENBERGER, *Kommentar*, Art. 201 N. 25.

27) OSER/SCHÖNENBERGER, *Kommentar*, Art. 201 N. 26.

28) STAUDER/STAUDER, *a.g.m.*, s. 174.

29) STAUDER/STAUDER, *a.g.m.*, s. 174 (yazarlar, bu sonucun doktrinde ittifakla kabul edildiğini belirtmektedirler; bkz. aynı yer, dn. 2).

III. Alıcının satılandaki ayıpları satıcıya bildirme (ihbar) külfeti ve yerine getirilmesi

1. Alıcının satılandaki ayıpları satıcıya bildirmesinin (ihbar etmesinin) hukukî niteliği

Alıcı, satılandaki ayıplardan dolayı satıcıyı sorumlu tutabilmek için, bu ayıpların varlığını satıcıya ihbar etmekle (bildirmekle) ödevlidir. BK. m. 198'e göre «alıcı ... satılanda satıcının tekeffülü altında olan bir ayıp gördüğü zaman bunu derhal satıcıya ihbar etmesi lâzımdır». Burada sadece bildirmenin (ihbarın) yapılmasından sözedilmekle yetinilmiştir. O halde öncelikle bu bildirmenin (ihbarın) hukukî niteliğinin açıklığa kavuşturulması gerekir.

Alıcının satılandaki ayıpları satıcıya bildirmesinin hukukî niteliği yazarlar arasında tartışmalıdır.

Bir kere BK. m. 193, ihbar için, muayene hakkında yaptığı gibi «borç» veya «mükellefiyet» terimlerini kullanmamaktadır. Bundan da anlaşılacağı gibi ihbar, bir yükümlülük veya borç niteliğinde değildir. İhbar, sadece ayıba karşı tekeffül sorumluluğundan yararlanabilmesi için alıcının yerine getirmesi gereken bir külfet (Obliegenheit) niteliğindedir³⁰.

Alıcının satılandaki ayıpları satıcıya bildirmesi, doktrindeki bir görüşe göre, hukukî muamele olarak gerçekleşir: «İhbar, icap, kabul vesair inşâî haklar gibi vüsulü muktazi, yâni muhataba tevcihi iktiza eden hukukî muamelelerdendir. Bu kabil beyanlar muhatabın muhitine dahil olmakla hüküm ifade ederler. Beyanın vüsulünden muhatabın haberdar olması şart değildir, yeter ki zamanında hâkimiyet muhitine girmiş bulunsun»³¹.

Bizim de katıldığımız bir başka görüşe göre ise, alıcının satılanın ayıplarını satıcıya bildirmesi, bir tasavvur açıklaması niteliğindedir³². «Çünkü bozukluğu bildirme ile alıcı, bir irade açıklamış olmaz da, hukuken önemli bir hususu satıcıya haber vermiş olur. Fakat, aradaki bu farka rağmen, tasavvur açıklamalarına da bazı yönlerden hukukî işlemlere ait hükümler örnekseme yoluyla uygulanırlar. Ancak, buna rağmen, (hukukî işlemlerin hüküm doğurabilmesi için karşı yana yöneltilmeleri «varmaları») esasının bildirmeye de uygulanması adaletsiz sonuçlar doğuracaktır. Çünkü, bildirmenin geç yapılması ile alıcının sağlamadan doğan hakları tamamen düşer ve aslında doğru hareket etmiş olan alıcıya, bildirmenin geç varmasının tehlikesini de yüklemek çok sert olacaktır. Bu yüzden, bildirmenin derhal yapılıp yapılmadığının saptanmasında

30) STAUDER/STAUDER, *a.g.m.*, s. 174; STANISLAS, *a.g.e.*, s. 113.

31) ARSLANLI, *a.g.e.*, s. 285. Aynı anlamda bkz. KURU, *a.g.e.*, c. 2, s. 1553.

32) FURRER, *a.g.t.*, s. 54; KATZ, *a.g.t.*, s. CAVIN, *a.g.e.*, s. 90; STAUDER/STAUDER, *a.g.m.*, s. 174; von TUHR/PETER, *a.g.e.*, §23, dn. 25.

gönderme anının esas alınması doğru olacaktır»³³. Ayıp ihbarını tasavvur açıklaması olarak değerlendiren *Oğuzman*'ın görüşüne göre, BGB §130'da olduğu gibi yöneltmesi gerekli bütün irade beyanlarının varma ile hüküm ifade edeceği şeklinde bir kural, Türk ve İsviçre hukuklarında mevcut değildir; üstelik böyle bir kuralın, her durum için en uygun çözüm olduğu da kabul edilemez. «... her hukukî muamelede, o muamelenin mahiyeti ve hangi tarafın menfaatinin korunması gerektiği gözönünde tutularak bir sonuca varılmalıdır. Eğer hukukî muamelede beyanda bulunamı korumak gerekiyorsa, beyanın yöneltmesini, yani beyanı yapanın bunu muhatabın öğrenmesini sağlayacak tarzda iradesini açıklamasını yeterli görmek; muhatabın korunması gerekiyorsa, onun yapılan beyanı öğrenmesini (ittılını); menfaat dengesi sözkonusu ise beyanın muhataba varmasını aramak doğru olur»^{33a}. Aynen katıldığımız bu görüşü, burada ele aldığımız soruna uyguladığımızda, aynı sonuca şu şekilde varmamız mümkün olacaktır: Bu konuda korunması gereken, ayıp ihbarında bulunan alıcı (yani tüketici) olduğuna göre, bu ihbarın zamanında yapıp yapılmadığını tesbit etmede onun (alıcının) bildirimini gönderme anının esas alınması gerekir.

Diğer taraftan ayıp ihbarı, olaya ilişkin bulunduğundan her türlü delil ile ispatlanabilir³⁴.

2. Alıcının satıldaki ayıpları satıcıya bildirmesinin şekli

BK. m. 198, bildirmenin (ihbarın) şekline ilişkin olarak her hangi bir hüküm getirmemektedir. Bu sebeple ayıp ihbarı, yazılı veya sözlü olarak yapılabilir^{34a}. Ancak ispat kaygısı ile alıcılar, çoğu zaman bunu bir mektupla yağmağa gayret ederler. Hatta alıcıların bildirmeyi dava açma veya diğer dava işlemleriyle yapmaları da ender değildir³⁵.

Bir görüşe göre, TK. m. 20 açısından, ayıp ihbarlarının noter aracılığı ile veya iadeli taahhütlü mektupla veya telgrafla yapılması bir geçerlilik şartı olarak aranmalıdır (f.3)³⁶. Ancak bizim de katıldığımız bir başka görüşe göre, TK.

33) *TUNÇOMAĞ, a.g.e., c. 2, s. 135-136. Karş. VELİDEDEOĞLU/ÖZDEMİR, m. 198 n. 1.*

33a) *OĞUZMAN, Medeni hukuk, s. 118, s. 132; OĞUZMAN, Borçlar hukuku, s. 59.*

34) *Yarg. Tic. D., 1.12.1972 t.li ve 4894/5113 s.lı k. (RKD. 1973, c. 8, s. 385).*

34a) *OSER/SCHÖNENBERGER, Kommentar, Art. 201 N. 32; TUNÇOMAĞ, a.g.e., c. 2, s. 137. Nitekim Yargıtay'ın bir kararına göre «Satılanın ayıbını ihbar yazılı yapılabileceği gibi sözlü olarak da bildirilebilir ve sözlü ayıp ihbarı tanıkla ispat edilebilir. O halde mahkemenin davalılara binanın müşterek yerlerindeki ayıplı işlerin sözlü bildirildiğine ilişkin davacının göstereceği delillerin ve icabında davalıların karşı delillerini toplayarak teslim tarihi itibarıyla ihbarın Borçlar Kanununun 198. maddesindeki süre içinde yapıp yapılmadığını belirlemesi gerekir» (Yarg. 13.HD., 8.4.1986 t. li ve 1573/2122 s.lı k., YKD. 1986, s. 1356-1358).*

35) *OSER/SCHÖNENBERGER, Kommentar, Art. 201 N. 32.*

36) *TUNÇOMAĞ, a.g.e., c. 2, s. 137; AKÜNAL, a.g.m., s. 557 dn. 28'de anılan*

m. 20 f.3'de ayıp ihbarı, açıkça şekle tabi ihbarlar arasında sayılmamıştır. O halde ticarî satımlarda da ayıp ihbarının yapılması her hangi bir geçerlilik şekline tabi değildir^{36a}.

Ayıp ihbarının bizzat alıcı ya da yetkili temsilcisi tarafından, satıcıya veya onun adına beyanları kabule yetkili temsilcisine, yahut da satıcı karşısında durumları ve mevkiileri gereği kendilerinden bildirmeyi doğru adrese ulaştırma- ları beklenen yardımcı kişilere yapılmalıdır³⁷. Bu sebeple sürekli acentalar, ayıp- lı malı satmış olan seyyar tüccar memurları, sürekli şekilde belli bir alıcı top- luluğu karşısında kullanılan temsilci ve bazı durumlarda büroda çalışan mem- mur veya müstahdemler bildirmeyi kabule yetkilidirler³⁸.

Bildirmeyi yapma veya bunu kabul için işlem ehliyeti gerekmez; sadece temyiz kudretine sahip olmak yetiştir. Çünkü bildirme veya bunun kabulü, ne bir hukukî işlem ve ne de bir hukukî işlem benzeri olmayıp tasavvur açıklama- sı niteliğindedir³⁹.

3. Alıcının satıldandaki ayıpları satıcıya bildirmesi (ihbar etmesi) zamanı

BK. m. 198'e göre alıcının satıldandaki ayıpları satıcıya bildirmesi gereği vardır. Burada derhal sözcüğü ile anlatılmak istenen husus, «muntazam muayene için icabeden zaman geçer geçmez» demektir⁴⁰.

Ayıp ihbarının yapılma zamanının tesbiti bakımından satım sözleşmelerinin üçlü bir ayırım içinde incelenmesi lâzımdır. Şöyle ki :

a. Alelâde satımlarda ayıpları bildirme (ihbar) zamanı

Alelâde satımlarda ayıpların ihbarı zamanı, ayıpların ortaya çıkma anına göre belirlenecektir. Eğer ayıp daha teslim anında mevcut ve varlığı tesbit olunmuş ise, ihbarın gecikmeksizin yapılması lâzımdır. Satıldandaki nitelikleri gereği her hangi bir muayene yapılmaksızın derhal görünen veya âdi bir muayene ile varlığı anlaşılabilen ayıplarda hüküm böyledir. Gizli (yani dış işaretleri bulunmayan veya âdi bir muayene ile anlaşılabilen) ayıplarda da, bildirme,

yazarlar; Yarg. H.G.K., 5.7.1969 t.li 4-324/659 s.li k. (ABD. 1969, s. 1117-1118).

36a) TANDOĞAN, a.g.e., c. 1/1, § 10, III, 2, b; FEYZİOĞLU, a.g.e., İkinci kısım, c. 1, s. 281; Yarg. HGK., 9.3.1966 t.li, 585/72 s.li k. (Sİ. 1967, sy. 288, s. 71); Yarg. Tic. D., 1.12.1972 t.li, 4894/5113 s.li k. (RKD. 1973, c. 8, s. 384); Yarg. 11. HD. 25.12.1975 t.li, 5446/7422 s.li k. (YKD. 976, s. 1460). Ayrıca bkz. AKÜNAL, a.g.m., s. 557, dn. 28.

37) TANDOĞAN, a.g.e., c. 1/1, §10, III, 2, d.; TUNÇOMAĞ, a.g.e., c. 2, s. 137.

38) TUNÇOMAĞ, a.g.e., c. 2, s. 137.

39) BECKER, Kommentar, Art. 201 N. 26. Karş. OSER/SCHÖNENBERGER, Kommentar, Art. 201 N. 34.

40) OSER/SCHÖNENBERGER, Kommentar, Art. 201 N. 35.

muayenenin bittiği anda yapılmalıdır (BK. m. 198 f.2 ve f.3)⁴¹. Ayıbın bu şekilde gizli bir ayıp olduğunun ispatı, alıcıya düşmektedir⁴².

Diğer taraftan satılarda gizli ve görünen ayıpların birlikte bulunması durumunda, bunlardan her biri için bildirme zorunluğu değişik zamanlarda başlayacaktır. Fakat ne olursa olsun bildirme, en geç satılan ayıplarından doğan taleplerin, yani BK. m. 207'deki hakların zamanaşımı süresi içinde yapılmalıdır⁴³.

b. Hayvan satımında ayıpları bildirme (ihbar) zamanı

BK. m. 199'a göre hayvan satımında bildirme için kesin bir süre konulmuştur. Bu durumda ayıp hayvanın gebeliğiyle ilgili değilse, bildirme, alıcının hayvanı teslim alması ya da teslim almada temerrüdü tarihinden itibaren dokuz gün içinde yapılmalıdır. Eğer hayvan gebe olmamasından dolayı ayıplı sayılmakta ise, bildirme, gebe olmadığı anlaşıldığı anda derhal yapılmalıdır. Çünkü BK. m. 199'da gebeliğe ilişkin ayıp durumunda ayıp ihbarı için her hangi bir süre öngörülüş değildir⁴⁴.

c. Ticarî satımlarda ayıpları bildirme (ihbar) zamanı

Ticarî satışlara gelince, bilindiği üzere, tacirler arasındaki ticarî satışlarda, TK m. 25 b.3'de satılanı muayene için bir özel süre kabul edildiği halde, ayıp ihbarı için açıkça bir ihbar süresi öngörülüş değildir. Bu sebeple bu konuya ilişkin olarak doktrinde değişik görüşlerin ileri sürüldüğü görülmektedir.

Bir görüşe göre ticarî satışlarda, teslim sırasında ayıp açıkça belli ise iki günlük, muayene sonucunda meydana çıkan ayıplar için ise sekiz günlük bir ihbar süresi kabul edilmelidir; her iki durumda da, sürenin başlangıcı, satılanın alıcı tarafından teslim alınması günüdür. Böylece TK. m. 25 b.3'de öngörülen süreler içinde satılanın hem muayene edilmesi hem de muayene sonucunda ortaya çıkan ayıpların bildirilmesi lâzım gelmektedir⁴⁵.

Bir başka görüşe göre ise, sekiz günlük muayene süresinden ayrı olarak satılanın ayıplarının satıcıya sekiz günlük ihbar süresi içinde bildirilebileceği kabul edilmektedir⁴⁶.

41) OSER/SCHÖNENBERGER, *Kommentar*, Art. 201 N. 36-37.

42) OSER/SCHÖNENBERGER, *Kommentar*, Art. 201 N. 37.

43) OSER/SCHÖNENBERGER, *Kommentar*, Art. 201 N. 38.

44) *Bu konuda bkz. EDİS, a.g.t., s. 90; TANDOĞAN, a.g.e., c. 1/1, § 10, IV; BİLGE, a.g.e., s. 79; FEYZİOĞLU, a.g.e., İkinci kısım, c. 1, s. 285; ZEVLİLİLER, a.g.e., s. 46.*

45) *EDİS, a.g.t., s. 90; TANDOĞAN, a.g.e., c. 1/1, § 10, III, 2, c; FEYZİOĞLU, a.g.e., İkinci kısım, c. 1, s. 280-281.*

46) *KARAYALÇIN, Y., Ticaret hukuku dersleri, c. 1, Giriş - Ticarî işletme,*

Bize de uygun gelen *Feyzioğlu*'na göre «sekiz günlük muayene süresi içinde meydana çıkan ayıp için sekiz günlük de ihbar süresi tanımak hem mesnetsizdir, hem de gereksizdir. Ancak TK. m. 25 b.3, açıkça (muayene için sekiz günlük bir süre tanımış bulunduğuna göre) bu sürenin sonuna kadar alıcının muayeneyi yaptırtması hakkıdır. Eğer ihbarı da bu sekiz gün içinde yapma şartını ona yüklersek, yasada kendi yararına olmak üzere tanınmış bulunan sekiz günlük muayene süresini kırmış, kesmiş oluruz. O halde bizce, sekiz günlük muayene süresi sonunda (içinde değil), fakat BK. md. 198/I uyarınca (derhal satıcıya ihbar etmelidir)⁴⁷.

Zaten Federal Mahkeme, bir kararında, ayıp ihbarlarına ilişkin kuralların güttüğü amaçlara dikkat çekilerek şöyle denilmektedir: «Bu kurallar, satım işlerinde alış veriş güvenliğini sağlamak ve maddi ve hukukî durumu açık ve çabuk olarak ortaya çıkarmak amacını güder. Satıcı, mümkün olan en kısa zamanda, satılanın kabul edilip edilmediğini öğrenmelidir. İleri sürülen iddiaların doğruluğunu, kendisinin de muayene yoluyla inceleyebilmesi için, zamanında bildirilmeleri gereklidir. Konjonktür değişikliklerini satıcının zararına kötüye kullanmaması için, alıcı ayıplar konusunda çok çabuk karar vermeye zorlanmalıdır»⁴⁸.

Bütün bu durumlarda, ayıpları ihbar süresi, bir hak düşümü süresi olarak değerlendirilmektedir.^{48a}

4. Alıcının yapacağı ayıp ihbarının kapsamı

Alıcının satılandaki ayıpları bildirmek üzere yapacağı ayıp ihbarının kapsamı ve konusu, onun (alıcının) satılanı niçin ifa olarak kabul etmediğini gösterecek şekilde olmalıdır. Satıcı, bu bildirmeden, ayıbın nedenini ve muhtevasını anlayabilmelidir. Bu sebeple satılanın sözleşmeye uygun olmadığı, satılanın kötü ve bozuk olduğunun, nümuneye uymadığının, müşterilerin şikâyetinde bulduklarının bildirilmesi, BK. m. 198 yönünden yeterli sayılamaz; bildirme, ancak satılandaki ayıbın adlandırılması, yani belirtilmesi halinde yeterli sayılabilecektir⁴⁹.

Alıcının, satılandaki ayıpları bildirmek için yapacağı ayıp ihbarında, satılanın tüm ayıplarını göstermesi doğru olur. Ancak alış veriş hayatının gerekleri, bu konuda belirli bir sınırlama yapılmasını haklı gösterebilir. O halde, örne-

3. bası, Ankara 1968, s. 547.

47) FEYZİOĞLU, a.g.e., İkinci kısım, c. 1, s. 280-281.

48) BGE 88 II 364: JdT 1963 I 242 (çev. KANETİ, a.g.e., c. 2, n. 24).

48a) Bu konuda bkz. STAINSLAS, a.g.e., s. 162; BGE 107 II 231.

49) GIGER, Kommentar, Art. 201 N. 64; STAUDER/STAUDER, a.g.m., s. 175; CAVIN, a.g.e., s. 90.

ğin teslim edilen makinenin kararlaştırılmış sistemde imal edilmemiş veya satılanın işlenmeyecek kadar kötü olduğunun bildirilmesi de yeterli sayılabilir⁵⁰.

Diğer taraftan bildirme, alıcının satılanı ifa olarak kabul etmediğine dair iradesini taşımak zorundadır. Fakat buna karşılık alıcının, yaptığı bildirimde, BK. m. 202'de kendisine tanınan hukukî imkânlardan hangisini seçtiğini açıklaması gerekli değildir⁵¹.

IV. Mesafe satımlarında (uzağa satışlarda) alıcının yerine getirmesi gereken yükümlülükleri ve yerine getirilmesi

BK. m. 201'de (OR. Art. 204) «*başka mahalden vâki olan satım*» başlığı altında mesafe satımlarında alıcının satılanın ayıplı olması durumunda yerine getirmesi gereken, muayene ve ihbar külfetlerinden ayrı olarak, bazı kanunî ödevlerin sözkonusu edildiği görülmektedir. Aşağıda açıklanacağı gibi mesafe satımlarında alıcıya yüklenen bu ödevlerin, bazan hukukî anlamda (gerçek) ödev (borç, mükellefiyet) ve bazan da sadece birer kanunî külfet (yük) görünümünde oldukları kolaylıkla fark edilebilir. Diğer taraftan alıcının BK. m. 201'deki kanunî ödevlerini yerine getirmemiş olması, satıcıyı ayıba karşı tekeffülden sorumlu tutamayacağı sonucuna yolaçmaz. Burada bu ödevlerine riayet etmeyen alıcının, bazan bu riayetsizliği sebebiyle satıcıya karşı sorumlu olması, bazan da satıcıyı ayıba karşı tekeffülden sorumlu tutabilmesi için bazı hususları kendisinin ispat zorunda kalması gibi sonuçların meydana gelmesi sözkonusu olabilecektir. Bu sebeple mesafe satımına özgü BK. m. 201 hükmünün bu paragrafta incelenmesi gerektiği düşüncesini benimsedik.

Aşağıda sırasıyla BK. m. 201'in uygulama alanına girmesi bakımından mesafe satımı kavramını ve unsurlarını, BK. m. 201'de öngörülen ödevlerin hukukî niteliği ve yine bu maddede düzenlenen bu ödevlerin kapsamlarının açıklanması konuları ele alınacaktır.

1. BK. m. 201'in uygulama alanı bakımından mesafe satımı (uzağa satış) kavramı ve unsurları

BK. m. 201'e göre, mesafe satımında, alıcıya muayene ve bildirme dışında daha bazı ek görevler yüklenmiştir. Ancak alıcıya bu ek görevlerin yüklenebilmesi için şu üç şartın gerçekleşmesi gereği vardır.

50) BECKER, *Kommentar, Art. 201 N. 7*; OSER/SCHÖNENBERGER, *Kommentar, Art. 201 N. 28*; TUNÇOMAĞ, *a.g.e.*, c. 2, s. 136.

51) CAVIN, *a.g.e.*, s. 90; OSER/SCHÖNENBERGER, *Kommentar, Art. 201 N. 32*; TUNÇOMAĞ, *a.g.e.*, c. 2, s. 136.

a. Mesafe satımının varlığı

Bilindiği gibi alıcı veya temsilcisi, satılanı, alıcıya ifa yerinde teslim etmek zorunda ise, yerinde (aynı yerde) satım (Blatzkauf) vardır; yoksa eğer satıcı satılanı ifa yerinden başka bir yere ve nakliyecisi aracılığı ile gönderecekse, mesafe satımı (vente à distance) sözkonusudur⁵².

Tunçomağ'ın mesafe satımı ile ilgili olarak yaptığı şu değerlendirmeyi aynen alıyoruz: «İsviçreli hukukçular, Alman hukukunun etkisiyle, ifa yerinin, İBK. yönünden de önem taşıdığını; yani ancak satılan, ifa yerinden başka bir yere gönderilecekse, mesafe satımının bulunduğunu kabul etmişlerdir. Gerçi bazı İsviçreli hukukçular, Alman hukukunda ifa yerinin yetkili mahkemeyi de gösterdiğini (AUMK. §29); oysa İsviçre'de ifa yerinin ve bu yönden, yani tehlikenin (hasarın) geçişi yönünden önem taşımadığını; bu hukuk çevresinde tehlikenin geçişi açısından tek ve biricik unsurun, BK. 183/II'ye göre (gönderme) olduğunu iddia etmişlerdir. Fakat bu iddia da kanımca isabetli sayılamaz; zira satılanı ifa yerinde teslim hazır bulundurma, satıcının aslı borçlarından-
dır»⁵³.

Ancak belirtmelidir ki BK. m. 201 açısından mesafe satımı kavramının geniş anlaşılması gereği vardır. Burada önemli olan, satılan eşyanın alıcıya fiilen bir başka yerden gönderilmesidir; şu halde, satılanın gönderileceğini sözleşmenin yapıldığı sırada sözleşme taraflarının gözönünde tutmuş olup olmalarının bir önemi bulunmamaktadır⁵⁴.

b. Alıcının satılanı ayıpları sebebiyle ifa olarak kabul etmemesi

BK. m. 201'in uygulanmasının sözkonusu olabilmesi için, alıcının, gönderilen satılanı ayıpları sebebiyle ifa olarak kabul etmemesi gereği vardır. Hiç kuşkusuz BK. m. 201'in getirdiği ek görevlerin alıcıya yüklenebilmesi için gönderilen eşyanın, alıcının kabule mecbur olduğu eşya olmalıdır. Bu sebeple ısmarlanmamış bir malın gönderilmesi durumunda BK. m. 201 uygulanamaz⁵⁵.

Diğer taraftan BK. m. 201 hükmünden yararlanmak isteyen alıcı, satılanın ayıpları sebebiyle ya satım sözleşmesinden dönecek ya da satılanın sağlanmasıyla (ayıpsız olmasıyla) değiştirilmesini isteyecek olmalıdır. Çünkü alıcı, satım parasının indirilmesini isteyecekse, satılan artık kendisine aittir; satılan üzerinde dilediği gibi tasarruf edebilir⁵⁶.

52) OSER/SCHÖNENBERGER, *Kommentar*, Art. 184 N. 34-35.

53) TUNÇOMAĞ, *a.g.e.*, c. 2, s. 78-79.

54) EDİS, *a.g.t.*, s. 40-41; CAVIN, *a.g.e.*, s. 92; OSER/SCHÖNENBERGER, *Kommentar*, Art. 204 N. 2.

55) BECKER, *Kommentar*, Art. 204 N. 3.

56) OSER/SCHÖNENBERGER, *Kommentar*, Art. 204 N. 3.

Alıcının, satılanı, teklif anında veya daha sonraki tarihte, ifa olarak kabul etmediği (onaylamadığı) her durumda BK. m. 201'in uygulama alanı bulması sözkonusu olabilecektir⁵⁷.

c. Satılanın teslim edildiği yerde satıcının bir temsilcisinin bulunmaması

BK. m. 201'in uygulama alanı bulması için, alıcının satılanı teslim aldığı yerde, satıcının bir temsilcisinin bulunmaması gerekir. Eğer satılanın teslim edildiği yerde satıcının bir temsilcisi (örneğin satıcının vekili veya firmasının ortağı) varsa, BK. m. 201'de öngörülen gerekli tedbirleri alma yükümlülüğü alıcıya değil bizzat satıcının temsilcisine düşecektir⁵⁸.

2. BK. m. 201'de alıcı için öngörülen hukukî ödevlerin niteliğinin açıklanması

BK. m. 201'de, alıcı için, satılanı koruma (muhafaza), satılanın ayıplarını tesbit ettirme ve satılanı sattırma olmak üzere üç grup hukukî ödev öngörülmüş bulunmaktadır. Bunlar, nitelik itibarıyla BK. m. 198'de düzenlenen satılanı muayene ve ayıpları ihbar külfetlerinden farklıdır. Bilindiği gibi BK. m. 198'in öngördüğü külfetleri yerine getirmeyen alıcı, ayıba karşı tekeffül hükümleri çerçevesinde satıcıyı sorumlu tutamayacaktır. Halbuki BK. m. 201'deki hukukî ödevlerin yerine getirilmemesinin alıcı için başlıca iki sonucu bulunmaktadır. Şöyle ki ;

a. Alıcının tazminatla yükümlü tutulabilmesi

BK. m. 201'in uygulama alanına giren bir durumda, alıcı, satılanı koruma ya da satılanı sattırma görevlerini gereği gibi yerine getirmemişse; satıcı, ona (alıcıya) karşı tazminat talebinde bulunabilecektir.

Gerçekten BK. m. 201 f.son c.son'a göre «alıcı herhalde satıcıyı mümkün olan sür'atle keyfiyetten haberdar etmekle mükellef ve etmediği takdirde zarar ve ziyan davasına maruzdur» denilmektedir. Böylece satılanı koruma (muhafaza) görevini gereği gibi yerine getirmeyen ve satılanı sattırma görevini hiç ya da gereği gibi yerine getirmeyen alıcı, satıcıya karşı bu sebeple onun (satıcının) uğradığı zararlardan sorumlu tutulabilecektir⁵⁹. Bu konu üzerinde aşağıda ayrıntılı bir şekilde durulacaktır.

57) STAUDER/STAUDER, *a.g.m.*, s. 177.

58) TUNÇOMAĞ, *a.g.e.*, c. 2, s. 142. Ayrıca bkz. VELİDEDEOĞLU/ÖZDEMİR, *m. 201, n. 2*.

59) TANDOĞAN, *a.g.e.*, c. 1/1, §10, V, 2, a ve b; TUNÇOMAĞ, *a.g.e.*, c. 2, s. 142.

b. Alıcının satılanı teslim alma anında ayıplı olduğunu ispat yükünde olması

BK. m. 201 f.2 c.son'a göre, «vakit kaybetmeksizin satılanın halini usulen» tesbit ettirmeyen alıcı, «iddia olunan ayıbın satılan kendisine vâsıl olduğu zaman mevcut bulunduğunu ispat etmeye mecbur olur» denilmektedir.

Böylece eğer alıcı satılanın durumunu gecikmeksizin veya gerektiği şekilde tesbit ettirmezse, ayıpların teslim alma anında varolduğunu ispat etme yükünde olur. Halbuki aksi durumda satıcı, satılanın ayıpsız olduğunu (yapılan teslimin sözleşme hükümlerine uygun olduğunu) ispat etme durumundadır. O halde burada MK. m. 6'da genel olarak düzenlenmiş bulunan ispat yükünün paylaşılmasına ilişkin bir hüküm getirilmektedir⁶⁰. Bu konu üzerinde aşağıda ayrıca durulacaktır.

Sonuç olarak BK. m. 201'in alıcıya ilişkin öngördüğü ödevlerin, bazan gerçek anlamda borç, bazan da bir hukukî külfet niteliğinde olduğu söylenebilecektir. Ayıba karşı tekeffül hükümleri çerçevesinde satıcıyı sorumlu tutma durumunda olan alıcının, bu ödevlerine uyması ya da uymaması, onun taleplerinin kapsamına etkili olabileceğinden, bu ödevleri, bu paragrafta incelemeyi uygun gördük⁶¹.

3. BK. m. 201'de alıcı için öngörülen hukukî ödevler ve yerine getirilmesi

BK. m. 201'de alıcı için öngörülen hukukî ödevler ve yerine getirilmesi, gönderilen satılanı koruma ödevi, gönderilen satılanı sattırma ödevi ve gönderilen satılanındaki ayıpları tesbit ettirme ödevi konuları etrafında ele alınacaktır. Şöyle ki :

a. Alıcının gönderilen satılanı koruma (muhafaza) ödevi ve yerine getirilmesi

BK. m. 201 f.1'e göre «Başka bir mahalden gönderilen satılanın ayıplı olduğunu iddia eden alıcı bulunduğu yerde satıcının mümessili yok ise satılanın muhafazası için lâzım gelen tedbirleri muvakkaten ittihaz etmekle mükelleftir. Alıcı ayıplı olduğunu iddia ettiği satılanı muhafaza için icap eden tedbirleri yapmaksızın satıcıya gönderemez» denilmektedir.

O halde yukarıda belirli şartların gerçekleşmesi üzerine, alıcı, önce satılanı koruma (muhafaza) zorunda olacaktır. Bu korumanın tarzını tayin, alıcının takdirine kalmıştır. Alıcı, satılanı, kendi mağazasında muhafaza edebileceği gi-

60) OSER/SCHÖNENBERGER, *Kommentar, Art. 201 N. 15*; BECKER, *Art. 201 N. 13*.

61) *Nitekim doktrinde genellikle böyle bir plan dahilinde bu konunun incelendiğini görmekteyiz. Örnek olarak bkz. CAVIN, a.g.e., s. 92 vd..*

bi bir antrepoya ya da bir taşıyıcıya da bırakabilir. Ancak hiçbir şekilde alıcının, satılanın korunması için gerekli tedbirleri almaksızın satıcıya gönderme yetkisi yoktur⁶².

Alıcının satılanı koruma ödevi, satım sözleşmesinin bir kanunî hükmü sonucudur⁶³. Ancak alıcının bu ödevi geçici niteliktedir; satıcının malını bizzat muhafaza edebilecek duruma geçmesine kadar devam eder. Bu şekilde satılanı muhafaza edebilecek duruma gelen satıcı, gerekli tedbirleri almakta ihmal gösterirse; alıcı, satıcıya uygun bir süre tayin etmek suretiyle bu sürenin sonunda satılanı ona (satıcıya) gönderme yetkisini kazanır⁶⁴.

Alıcının satılanı muhafaza etmesi, satıcı yararına öngörölmüş bir tedbir niteliğindedir. O halde satılanın gerçekten ayıplı olduğu durumlarda, satılanın muhafazasının yolaçtığı giderlerin satıcı tarafından ödenmesi gerekir. Alıcı, satılanı kendi yerinde muhafaza etmiş olsa bile; satılanı muhafaza ettiği yeri bir başka yoldan gelir getirecek tarzda kullanabileceğini ispat ettiği durumlarda da bu kazanç kaybını isteyebilmelidir⁶⁵. Alıcının satılanı muhafaza borcunun kapsamının belirlenmesinde, vekâlet sözleşmesine ilişkin kanun hükümlerinin kıyasen uygulanması mümkün olmalıdır⁶⁶.

b. Alıcının gönderilen satılandaki ayıpları tesbit ettirme ödevi ve yerine getirilmesi

BK. m. 201 f.2'ye göre, «Alıcı vakit kaybetmeksizin satılanın halini usulen tasdik ettirmekle mükelleftir. Aksi halde, iddia olunan ayıbın satılan kendisine vâsıl olduğu zaman mevcut bulunduğunu ispat etmeğe mecbur olur» denilmektedir.

Bu durumda alıcı, satılanın ayıplı olduğu iddiasını, bu hali tesbit ettirmek suretiyle belgelendirecektir. Bu tesbitin, mutlaka resmi yoldan olması gerekmez; tarafsız bir üçüncü kişi tarafından yapılması yeterlidir. Tesbitin resmen yapılacağı durumlarda, satılanın teslim alındığı yer mahkemesinin bu tesbiti yapması talep olunabilecektir⁶⁷.

Aynı şekilde satılanın ayıplı olduğunun tesbiti işleminin gecikmeksizin yapılması gereği vardır; çünkü tesbit işlemi, satılanın teslim alındığı andaki du-

62) OSER/SCHÖNENBERGER, *Kommentar*, Art. 201, N. 5.

63) Benzer bir hukukî durum için bkz. YAVUZ, C., *Türk-İsviçre ve Fransız medeni hukuklarında dolaylı temsil, tez, İstanbul 1983*, s. 173. Aynı anlamda bkz. TUNÇOMAĞ, *a.g.e.* c. 2, s. 142.

64) TUNÇOMAĞ, *a.g.e.*, c. 2, s. 142.

65) BECKER, *Kommentar*, Art. 204 N. 5 ve 8.

66) Ayrıca bkz. EDİS, *a.g.t.*, s. 93-94.

67) TUNÇOMAĞ, *a.g.e.*, c. 2, s. 143. Karş. EDİS, *a.g.t.*, s. 96.

rumunu ortaya çıkarmak için yapılmaktadır. Satılanın ayıplı olduğunun zamanında ihbar edilmiş olması, bu tesbit işlemini yapmaktan alıcıyı alıkoyamaz⁶⁸.

c. Alıcının gönderilen satılanı sattırma ödevi ve yerine getirilmesi

BK. m. 201 f.son'a göre «Satılanın az zamanda bozulmak korkusu varsa alıcının, onun bulunduğu yerde mercii marifetiyle sattırmağa selâhiyeti ve hatta satıcının menfaati böyle iktiza ediyorsa mecburiyeti vardır. Alıcı, her halde satıcıyı mümkün olan sür'atle keyfiyetten haberdar etmekle mükellef ve etmediği takdirde zarar ve ziyan dâvasına mâruzdur» denilmektedir.

Alıcının gönderilen satılanı sattırma ödevi, onun kanunun öngördüğü şartların gerçekleşmesi üzerine satılanı koruma ödevinin yerini alır. Buradaki zorunlu satış, alacaklı temerrüdündeki zorunlu satış örnek tutulmak suretiyle düzenlenmiştir. Ancak BK. m. 201 f.son, BK. m. 92'nin bir özel uygulama alanı değildir; BK. m. 92'de düzenlenen zorunlu satışın şartları, hükmü ve satış usulü⁶⁹, BK. m. 201 f.son'daki zorunlu satıştan tamamıyla farklıdır. O halde burada BK. m. 92'nin sadece kıyas yoluyla uygulanması sözkonusu olabilecektir⁷⁰.

Gerçekten BK. m. 201 f.son, BK. m. 92'den farklı olarak zorunlu satış için sadece satılarda bozulma tehlikesinin bulunmasını yeterli saymıştır. Satılardaki ayıbın çabuk olarak artacak nitelik taşıdığı ya da kural olarak dayanaksız olduğu durumlarda, böyle bir bozulma tehlikesinin varlığı kabul edilebilecektir. Ancak satılanın fiyatının hızla düşmekte olması, BK. m. 201 f.son anlamında tehlike teşkil etmez⁷¹.

Satıcının çıkarlarının satılanın zorunlu satışını gerektirip gerektirmediği^{71a} şüpheli bulunan sınırdaki olaylarda ya da alıcının karşı haklarının bulunduğu durumlarda; satılanı sattırma, alıcı için sadece kullanıp kullanmaması kendi takdirine kalan bir yetki niteliğindedir. Halbuki satılanın satıcıya geri gönde-

68) OSER/SCHÖNENBERGER, *Kommentar*, Art. 204 N. 13-14; BECKER, *Kommentar*, Art. 204 N. 11-12; TUNÇOMAĞ, *a.g.e.*, c. 2, s. 143.

69) Bu konuda bkz. von TUHR/ESCHER, *a.g.e.*, §66, II; ENGEL, *a.g.e.*, s. 449-450; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, *a.g.e.*, §70, IV, I, b; SAYMEN/EL-BİR, *a.g.e.*, *Türk borçlar hukuku*, c. 1/2, s. 699-700; TUNÇOMAĞ, *a.g.e.*, c. 1, §63, III, 2, b; FEYZİOĞLU, *a.g.e.*, *Genel hükümler*, c. 2, s. 156-157; OĞUZMAN, *Borçlar hukuku dersleri*, s. 87-88; İNAN, *Borçlar hukuku*, s. 476-477.

70) OSER/SCHÖNENBERGER, *Kommentar*, Art. 284 N. 8.

71) OSER/SCHÖNENBERGER, *Kommentar*, Art. 204 N. 9; BECKER, *Kommentar*, Art. 204, N. 14; TUNÇOMAĞ, *a.g.e.*, c. 2, s. 144.

71a) Ancak OSER/SCHÖNENBERGER, BK. m. 201 f. son'da yer alan «ve hatta satıcının menfaati böyle iktiza ediyorsa» (c. 1) şeklindeki «kayıt, gerçekte bir sınırlama değildir, çünkü alıcı bu menfaatin varlığını bütün durumlarda kabul etme zorundadır» tarzında bir düşünce ileri sürmektedirler (*Kommentar*, Art. 204 N. 9). BK. m. 201 f. 3'ün konuyu düzenleyiş tarzının bu düşünceyi desteklediği kanaatindeyiz.

rilmesi imkânının bulunmadığı ve satıcının da, gerek bizzat gerekse temsilcisi aracılığı ile zamanında satılan üzerinde tasarruf edebilmesinin mümkün olmadığı durumlarda; satılanı sattırma, alıcı için satım sözleşmesine özgü kanunî bir borç niteliğindedir⁷².

Burada zorunlu satışın bir resmi makam aracılığı ile gerçekleştirilmesi lâzımdır. Satılanın bir borsa ya da pazar fiyatının bulunduğu durumlarda da hüküm böyledir. Çünkü ayıplı satılanın, her durumda normal fiyatının altında satılması ihtimali mevcuttur. Satımın bir açık artırmayla ya da pazarlıkla satış şeklinde gerçekleştirilebilmesi imkânı vardır⁷³. Alıcının, bir resmî makamın aracılığı olmaksızın, satılanı kendi imkânlarıyla sattığı durumlarda BK. m. 201 f. son anlamında bir zorunlu satış yoktur ve bundan böyle alıcı, sözleşmeden dönme yetkisini kullanamaz. Zorunlu satıştan evvel, alıcının, satıcıya bu konuya ilişkin bir ihtarda bulunmasına gerek yoktur. Fakat satıcının herhalde mümkün olan çabuklukla zorunlu satış durumundan haberdar edilmesi gereği vardır. BK. m. 201 f.son c.son'da açıkça alıcının bunu yapmakla mükellef olduğu öngörülmüştür. Bu yükümlülüğünü yerine getirmeyen alıcı, satıcının bu sebeple uğradığı zararları gidermek zorundadır⁷⁴.

Satılanın ayıbı sebebiyle alıcının satım sözleşmesinden dönme hakkına sahip olduğu ve bu hakkını kullandığı durumlarda, buradaki satış, satıcı adına ve hesabına yapılmış sayılır ve satışı gerçekleştiren resmi makam, satıcının kanunî temsilcisi durumundadır. Bu sebeple malı satın alan üçüncü kişi, alıcıya karşı değil satıcıya karşı sorumlu olur. Satılanın gerçekte ayıplı olmadığı durumlarda veya alıcının satılanın ayıplı olmasına rağmen satım parasının indirilmesi talebinde bulunduğu ya da bulunmak zorunda olduğu durumlarda ise gerçekleştirilen satışın tüm hükümleri alıcıya ait olur⁷⁵.

V. Satıcının hilesinin alıcının kanunî külfetlerine ve yükümlülüklerine etkisi

BK. m. 200'e göre «alıcıyı iğfal etmiş olan satıcı, ayıbın kendisine vaktinde ihbar edilmemiş olduğunu ileri sürerek mes'uliyetten kurtulamaz». Bu hüküm kenar başlığı ise, «satıcının hilesine mürettep hükümler» şeklindedir. BK. m. 200'ün mehazı olan OR. Art. 203'ün almanca metninde ise şu hüküm yeralmaktadır: «Satıcı müşteriyi kast ile aldattığı takdirde, tekeffül borcu vakit ve zamanında ihbar edilmemesinden dolayı bir tahdide uğramaz». Aynı maddenin Fransızca metninde de «alıcıyı kasden hataya sevkeden satıcı, ayıp ihbarının

72) Bu konuda ayrıca bkz. EDİS, a.g.t., s. 95.

73) TUNÇOMAĞ, a.g.e., c. 2, s. 144.

74) TUNÇOMAĞ, a.g.e., c. 2, s. 145.

75) BECKER, Kommentar, Art. 204 N. 17-19.

zamanında yapılmadığını ileri süremez» tarzında tercüme edilebilecek bir hüküm bulunmaktadır. O halde BK. m. 200'ün, mehazı olan OR. Art. 203 hükümlerine uygun olarak anlaşılması gereği vardır.

1. BK. m. 200 anlamında «saticının hilesi» kavramı

BK. m. 200, m. 195, m. 196 ve m. 207 f.son gibi satıcının hilesine hukukî sonuç bağlayan hükümlerden biri durumundadır. Bunlardan BK. m. 196 hükmünü, daha önce ayrıntılı bir şekilde incelemiştik⁷⁶.

Doktrinde genellikle kabul edildiğine göre, BK. m. 200'deki «iğfal» kelimesi, mehaza uygun olarak hile (aldatma) olarak anlaşılmalı ve bunun gerçekleşmesi şartları da, BK. m. 28'e göre takdir olunmalıdır. Burada hilenin, alıcıyı, sözleşmeyi yaptırma amacıyla gerçekleştirilmesi şart değildir; fakat alıcının satılanı muayene ve ayıpları ihbar etmemesine sebep olması lâzım ve kâfidir⁷⁷.

Düşüncemize göre, BK. m. 196 hükmüne ilişkin olarak yukarıda yaptığımız yoruma uygun şekilde, satıcının satılana ilişkin ayıpları bildiği durumlarla meslekten satıcı ya da yapımçı (imalâtçı) olması sebebiyle bilmesi gerektiği durumlarda da, BK. m. 200 hükmü uygulama alanı bulmalıdır. Gerçekten satıcı, satılanın ayıplı olduğunu biliyorsa ya da meslekten satıcı veya imalâtçı olması sebebiyle bilmesi gerekiyorsa; onun, alıcıdan satılanı ayıplı olup olmadığını tesbit için muayene etmesini ve bu suretle varlığını saptadığı ayıpları kendisine bildirmesini (ihbar etmesini) istemeğe ve beklemeğe hukuken hakkı olmaması gerekir ve bu şekildeki talep ve beklentileri, tüm hukukî ilişkilere hakim olan dürüstlük kuralına göre haklı görülemez.

Böylece BK. m. 200 hükmü, bu yorumla, çağımızın tüketiciyi koruma eğilimleri ile ters düşecek şekilde satıcıyı korumaya yönelik BK. m. 198 ve m. 201 hükümlerinin uygulama alanını önemli ölçüde daraltacak ve bu suretle aşağıda görüleceği gibi⁷⁸ önemli eleştirilere yolaçan bu hükümler, sadece satıcının satılanın ayıplı olduğunu bilmediği ve dürüstlük kuralına göre de bilmesinin kendisinden beklenemeyeceği durumlarda tatbik olunabilecektir. Bu şekilde gerçekleşen olaylarda da, alıcıdan, satıcının, satılanın muayene etmesini ve tesbit ettiği ayıpları derhal kendisine bildirmesini istemeğe ve beklemeğe hakkı olacaktır ve işlerin cereyan ediş tarzı, bu talep ve beklentiyi haklı kılar.

2. BK. m. 200'ün satıcının hilesine bağladığı hukukî sonuçlar

BK. m. 200 hükmünün uygulanma şartları gerçekleştiğinde, alıcı, satılanın ayıplarını satıcıya zamanında ihbar etmemiş bile olsa, onu (satıcıyı) ayıba kar-

76) *Bkz. yukarıda §2, VII, 3. d, aa.*

77) *OSER/SCHÖNENBERGER, Kommentar, Art. 203 N. 1; JAEGER, a.g.t., s. 76.*

78) *Bkz. aşağıda VIII.*

şı tekeffül hükümleri çerçevesinde sorumlu tutabilecektir; yani alıcı, BK. m. 202'deki seçimlik haklarını kullanabilecektir. Yoksa burada BK. m. 28 ve m. 31 hükümlerinde olduğu gibi alıcının, sözleşme ile bağlı olmadığını ileri sürmesi sözkonusu değildir^{78a}. Bu sonuç da, yukarıda satıcının hilesine verdiğimiz anlamı destekleyici niteliktedir.

BK. m. 200 hükmünün, m. 199'da düzenlenen hayvan satımında da uygulanması imkânı kabul edilmelidir. Çünkü BK. m. 199'un istisnai hükmü, (b) harfli kenar başlığın (4) rakamlı üst başlığa ait olmasından anlaşılacağı gibi, BK. m. 198 hükmünü değiştirmektedir⁷⁹.

BK. m. 200'ün uygulanması şartları gerçekleştiğinde, aynı şekilde, BK. m. 201'in mesafe satımına ilişkin olarak alıcıya yüklediği ek görevlerin kapsamına etkili olacağı kabul edilmesi gerektiği düşüncesindeyiz. Gerçekten hiç kimse, kendisinin yine kendisine ait malvarlığı değerlerine ilişkin olarak yarattığı tehlikelerden bir başkasını sorumlu tutamaz. Alıcının satılanı koruma ödevinin kapsamı, satıcının, gönderdiği satılanın ayıplı olduğunu ve bu ayıpları sebebiyle alıcının satılanı ifa olarak kabul etmeyeceğini bildiği ya da dürüstlük kuralı gereği bilmesi gerektiği durumlarda, daha az şiddetle takdir olunacaktır; böyle bir durumun ispatı da alıcıya düşer. Yine bu durum, aynı şekilde satılanın ayıplı olduğunu tesbit ettirme işleminin konusunun kalmaması sonucunu doğuracaktır; çünkü böylece alıcı, zaten satılanın kendisine teslim edildiği anda ayıplı olduğunu ispatlamış olmaktadır. Diğer taraftan bu gibi durumlarda satıcının alıcıdan, BK. m. 201 f.son'a göre ayıplı satılanı sattırmasını beklemeğe hakkı da yoktur ve bu sebeple satılanı sattırmayan alıcıyı bu hüküm çerçevesinde sorumlu da tutamayacaktır.

VI. Alıcının kanunî külfetlerinin yükümlülüklerinin sözleşme ile değiştirilmesi ve hükmü

Alıcı ile satıcının aralarında yapacakları sözleşmede, alıcının burada açıklanan kanunî külfet ve yükümlülüklerini kanunun öngördüğünden farklı bir şekilde düzenleyebilmeleri imkânı vardır. Bu akdî düzenlemede alıcının kanunî külfet ve yükümlülükleri, büsbütün ortadan kaldırılabileceği gibi, kanunî hükümlere nazaran daha geniş ya da daha dar kapsamlı olarak düzenlenebilir. Çünkü -yukarıda belirlendiği gibi- satıcının ayıba karşı tekeffül borcunu düzenleyen hükümler, yedek hükümler niteliğindedir⁸⁰.

78a) *Ayıba karşı tekeffül ile hilenin yarışması konusunda bkz. §5, III.*

79) *OSER/SCHÖNENBERGER, Kommentar, Art. 203 N. 2.*

80) *Bu konuya ilişkin olarak bkz. yukarıda §1, IV, 4.*

Bu konuya ilişkin olarak alıcı ve dolayısıyla tüketici yararına getirilen akdi düzenlemelerin tam bir kesinlikle geçerli olduğu hususunda her hangi bir kuşku yoktur. Örneğin, alıcının, sözleşme hükümleriyle, her hangi bir ihbar zorunluğu olmaksızın, satıcıyı ayıba karşı tekeffül hükümleri çerçevesinde sorumlu tutabilmesi imkânı getirilmiş olabilir. Aynı şekilde mesafe satımlarında BK. m. 201'in öngördüğü yükümlülüklerin alıcı tarafından yerine getirilmesinden vazgeçilmesi imkânı da vardır. Bu konu üzerinde daha fazla durulmayacaktır.

Alıcının kanunî külfet ve yükümlülüklerini ağırlaştıran sözleşme hükümlerinin geçerliliği ise, yukarıda belirlenen satıcının ayıba karşı tekeffülden sorumluluk şartlarını değiştiren sözleşme hükümlerinin geçerliliğinin tabi olduğu kurallara ve sınırlamalara tabidir⁸¹. Burada orada verilen bilgilerin hatırlanması gereği vardır: Bir kere bu şekildeki sözleşme hükümlerinin dar yorumlanması ve dolayısıyla alıcı (tüketici) yararına hareket edilmesi gereklidir. Sonra satıcının satılardaki ayıpları bildiği ya da bilmesi gerektiği durumlarda (dürüstlük kuralına göre), bu kapsamdaki sözleşme hükümlerinin geçersiz olması sözkonusudur. Bu konular üzerinde burada tekrar durulmayacaktır.

Aynı şekilde sözleşme hükümleriyle alıcının satılanı muayene ve tesbit olunan ayıpları bildirme külfetinin yerine getirilmesinin önemli ölçüde güçleştirdiği durumlarda da, bu hükümlerin geçersiz olduğu kabul edilmelidir. Örneğin sözleşmede, satılanın teslim alma anında muayene edilmesi aksi halde sonradan ortaya çıkacak ayıplardan satıcının sorumlu tutulmayacağı yolunda bir hüküm yeralabilir. Bu şekildeki sözleşme hükümleri, alıcının satılanı teslim alma anında muayene imkânı varsa ya da satılarda varlığı ileri sürülen ayıbın teslim alma anında yapılacak bir muayene ile anlaşılabilir nitelikte bir ayıp olması durumunda geçerli kabul edilebilecektir. Özellikle alıcının satılanı teslim alması sırasında düzenlediği «satılanı ayıpsız olarak teslim aldım ve bundan böyle satıcıyı her hangi bir ayıptan sorumlu tutmayacağım ve malın değiştirilmesini talep etmeyeceğim» şeklinde kayıtlar ihtiva eden teslim alma makbuzlarındaki bu hükümlerin geçerli olup olmadığının, bu kurallar çerçevesinde değerlendirilmesi gerekir. Böylece alıcının teslim alma zamanında satılanı muayene etme (gözden geçirme) imkânına sahip olmadığı ya da teslim alma sırasında yapılacak bir muayene ile satılanın ayıplı olup olmadığının anlaşılması imkânının bulunmadığı durumlarda, bu kapsamdaki sözleşme hükümlerinin geçersiz olduğu ileri sürülebilecektir.

81) *Bu konuya ilişkin olarak bkz. yukarıda §2, VII, 3.*

VII. Alıcının kanunî külfet ve yükümlülüklerini yerine getirmesi ya da bunlara uymamasının hükmü

1. Alıcının kanunî külfet ve yükümlülüklerini yerine getirmesi

Alıcı, satılanı zamanında ve usulüne uygun şekilde muayene etmesi ve tesbit ettiği ayıpları satıcıya bildirmesi durumunda, BK. m. 202 vd. hükümleri çerçevesinde satılanın ayıplı olmasından dolayı sahip olduğu haklarını satıcıya karşı kullanabilecektir.⁸²

Mesafe satımlarında alıcının satılanı koruma ödevini ve satılanı sattırma ödevini gereği gibi yerine getiren alıcının, satıcı karşısında her hangi bir sorumluluğu bulunmayacaktır. Aynı şekilde alıcı, satılana ayıpları tesbit ettirme ödevini yerine getirmekle de, satılanın kendisine ulaştığı anda ayıplı olduğunu ispat yükünde olmayacaktır.⁸³

2. Alıcının kanunî külfet ve yükümlülüklerine uymamasının hükmü

a. Alıcının satılanı muayene etme ve ayıplarını bildirme külfetini yerine getirmemiş olması

Alıcı, satılanı muayene etme külfetini zamanında ve usulüne uygun olarak yerine getirmemiş olabilir. Bu durumda alıcının, satılanın ayıplarını zamanında ve gereği gibi satıcıya bildirmemesi ihtimali gerçekleşecektir. Alıcının satılanı zamanında ve gereği gibi muayene ettiği hallerde de, onun, tesbit ettiği ayıpları satıcıya bildirmemesi ya da zamanında bildirmemesi sözkonusu olabilecektir. Zaten bu sebeple BK. m. 198 f.son c.son'da «aksi takdirde, satılan bu ayıp ile beraber kabul edilmiş addolunur» denilerek sadece ihbar külfetinin yerine getirilmemesine özgü olarak bir yaptırım öngörülmektedir.^{83a} Ancak açıklandığı üzere satılanın zamanında ve gereği gibi muayene edilmemesi, kendiliğinden satılanın ayıplarının zamanında ve gereği gibi satıcıya bildirilmemesini sonuçlandıracaktır. Bu sebeple BK. m. 198'de, ayrıca satılanın muayene edilmemesine ilişkin bir yaptırım öngörülmemesinin bir hukukî etkisi ve sonucu bulunmayacaktır.

Böylece BK. m. 198 f.son c.son'da yer alan bu hükümlerle, satılanın ayıplarının hiç ya da zamanında bildirilmemesi, satılanın kabulü hususunda bir faraziyeye (fiksiyon, varsayım) vücut vermektedir. Böylece satılan sanki ayıpsız bir

82) OSER/SCHÖNENBERGER, *Kommentar*, Art. 201 N. 46.

83) OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 204 N. 15; Jäger, *a.g.t.*, s. 85; STAUDER, *a.g.m.*, s. 177; BGE 52 II 362; BGE 45 II 336. Aksi görüşte bkz. CAVIN, *a.g.e.*, s. 93. Ayrıca bkz. yukarıda §2, III, 3.

83a) Örnek olay olarak bkz. Yarg. 13.HD., 1.6.1982 t.li, 2518/4005 s.lı k. (İKİD. 1986, s. 3875) ve yunkarıda §2, dn. 12.

mal imişçesine telâkki olunacaktır⁸⁴. Bu sonuç da bir kanunî faraziye olarak değerlendirilebilecektir. Bilindiği gibi kanunî faraziyenin aksi ispatlanamaz. Bu durumu ifade etmek için kesin karine de denilmektedir. Ancak faraziye ve kesin karine deyimleri farklı terimlerdir; bunların, birbirlerinin yerine kullanılmaması gerekir. Örneğin fiil ehliyetinden yoksunluk durumunda kesin karineden hiçbir hüküm çıkarılamaz; halbuki faraziyenin hükümlerini meydana getirmesi fiil ehliyetinin varlığına bağlı değildir ve bu itibarla faraziye ile kesin karinenin birbirinden ayırt edilmesi uygulama bakımından önemlidir⁸⁵. Faraziye de kanun icabı bir iradenin mevcudiyeti sözkonusu edilmemekte, kanun hükmü gereği bir iradenin varlığı şartı bertaraf edilmiş olmaktadır⁸⁶. Bu sonuçlar, BK. m. 198 f.son c.son için de aynen geçerlidir.

Bütün bu sonuçlar, BK. m. 198 f.2 c.1'in «bunu ihmal ettiği halde satılanı kabul etmiş sayılır» şeklindeki hükmü için de varlığını sürdürecektir. Zaten BK. m. 198 f.2 c.1, âdi bir muayene ile anlaşılan ayıpları; BK. m. 198 f.son c.son ise, gizli ayıpları konu edinerek bir düzenleme getirmektedir ve her iki düzenleme de aynı sonucu öngörmüş olmaktadır.

Ancak yukarıda belirtildiği gibi BK. m. 198 f.2 c.1 ve f.son c.son'un düzenlediği bu faraziye, satıcının satılanın ayıplı olduğunu bilmediği ve kendisinden dürüstlük kuralına göre satılanın ayıplı olmasını bilmesinin gerekmediği durumlarda⁸⁷ hüküm ve etkiye sahiptir; yani bunların dışındaki durumlarda BK. m. 198'in yukarıda açıklanan hükmü (f.2 c.1 ve f.son c.son) uygulama alanı bulacak ve alıcının, satılanı ayıplı ile birlikte kabul etmiş sayılması sözkonusu olacaktır.

b. Alıcının mesafe satımına özgü hukukî ödevlerini yerine getirmemesi

aa. Alıcının gönderilen satılanı koruma (muhafaza) ödevini yerine getirmemesi

Alıcı, satılanı gerekli şekilde korumamasından (muhafaza etmemesinden) ileri gelen zararları satıcıya karşı gidermekle yükümlüdür. Ancak bu durum, alıcının satılanın ayıplı olmasından dolayı sahip olduğu haklarını satıcıya karşı kullanmasına engel olmaz⁸⁸.

84) OSER/SCHÖNENBERGER, *Kommentar*, Art. 201 N. 45.

85) Bu konuda bkz. OSER/SCHÖNENBERGER, *Kommentar*, Art. 1 N. 67-68; von TUHR/PETER, *a.g.e.*, §21, II, 7; OĞUZMAN *Medeni hukuk*, s. 198; DESCHENAUX, s. 252.

86) OSER/SCHÖNENBERGER, *Kommentar*, Art. 1 N. 68.

87) Bu konuya ilişkin olarak bkz. yukarıda §2, VII, 3, d. aa.

88) TUNÇOMAĞ, *a.g.e.*, c. 2, s. 142-143.

Alıcının buradaki sorumluluğu, BK. m. 96'ya göre belirlenir. Bu sorumluluk, vekâletsiz iş görmeden değil bizatihi satım sözleşmesinden doğmaktadır.⁸⁹

bb. Alıcının gönderilen satılandaki ayıpları tesbit ettirme görevini yerine getirmemesi

Alıcı, gönderilen satılandaki ayıpları tesbit ettirme görevini yerine getirmese, «*iddia olunan ayıbın satılan kendisine vâsıl olduğu zaman mevcut bulunduğunu ispat etmeğe mecbur olur*» (BK. m. 201 f.2 c.son).

Yukarıda belirlendiği gibi satılanın durumunu tesbit ettirmekten maksat, alıcının BK. m. 202 vd. hükümleri gereğince bulunacağı taleplerin fiilî temeli hazırlamaktır. Tesbit durumu yalnız alıcı için değil, fakat özellikle olay üzerinde etkili olamayan satıcı için de savunma araçları sağlayacaktır. Bu sebeple alıcı, malın durumunu tesbit ettirmeyi ihmal ettiği takdirde, eğer bu tesbit işlemi yapılmış olsaydı, satıcının ispat zorunda olacağı hususları, yani varlığını iddia ettiği ayıpların daha satılanın kendisine teslim edildiği anda mevcut olduğunu ispat yükünde olacaktır. Satılanın durumu yetkili merciin ihmalinden veya genel olarak alıcının bir kusuru olmaksızın tesbit edilememiş olsa bile, yine ispat külfeti satıcıdan alıcıya geçmektedir.⁹⁰

cc. Alıcının gönderilen satılanı sattırma ödevini yerine getirmemesi

BK. m. 201 f.son c.son'da sadece alıcının satılanı sattırması olmasına rağmen zorunlu satıştan satıcıyı haberdar etmemesi durumuna özgü olarak, onun (alıcının) satıcıya karşı tazminat ödemekle mükellef olacağı öngörülmüştür. Ancak aynı sonucun, BK. m. 201 f.son c.1 anlamında alıcının satılanı sattırmakla yükümlü olduğu durumlarda bu yükümlülüğünü yerine getirmemesi ihtimali için de kabul edilmesi gereği vardır.

Böylece satılanı sattırma ödevini hiç ya da zamanında yerine getirmeyen veya satılanı sattırması olmasına rağmen bu satışı satıcıya bildirmeyen alıcı, bu sebeple satıcının uğradığı tüm zararları tazmin yükümlülüğünde olacaktır. Hatta satılanı sattırması olmasına rağmen durumu satıcıya bildirmeyen alıcı, bu satımı kendisi için yaptırmış ve dolayısıyla satılanın ayıpları sebebiyle satım sözleşmesinden dönme hakkını kullanmaktan vazgeçmiş sayılabilir⁹¹. Aynı şekilde

89) TUNÇOMAĞ, *a.g.e.*, c. 2, s. 143.

90) STAUDER/STAUDER, *a.g.m.*, s. 177; BGE 45 II 336; BGE 52 II 362. Ayrıca bkz. yukarıda dn. 83; VELİDEDEOĞLU/ÖZDEMİR, m. 201 n. 3.

91) TUNÇOMAĞ, *a.g.e.*, c. 2, s. 144.

resmi makamların aracılığı olmaksızın malı sattıran alıcı da, sözleşmeden dönme hakkını kullanamayacaktır⁹².

VIII. Genel değerlendirme ve sonuç

Hukukumuzda ve İsviçre hukukunda, ticarî satım ve alêlâde (âdi) satım ayrımı yapılmaksızın tüm satım sözleşmelerine uygulanmak üzere getirilmiş bir düzenleme ile, satıcı karşısında hakların korumak durumunda olan alıcıya, satılanı muayene etme ve ayıplarını bildirme külfetleri ile mesafe satımlarında başkaca ek ödevler yüklenmiş bulunmaktadır. Halbuki Fransız ve Alman hukuklarında böyle bir düzenleme bulunmamaktadır. Alman hukukunda sadece ticarî satışlar bakımından BK. m. 198 hükmüne benzer bir hükme rastlanmaktadır.

Böylece hukukumuzda ve İsviçre hukukunda, alêlâde alıcı (daha doğru deyimle tüketici), başka hukuklarda görülmeyecek şekilde anlamsız ve katı bir şekilde satıcıyı koruyan bir düzenleme ile, satıcıya yönelik ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kolaylıkla kaybetme tehlikesiyle karşı karşıya kalmaktadır. Bu sebeple bu şekildeki kanun hükümlerini kolaylıkla kabul etme ve bu çözümleri haklı görme imkânı yoktur. Zaten yeni incelemelerde, muayene ve ihbar külfetine ilişkin hükümlerle BK. m. 201 düzenlemesinin getirdiği hükümlerin, tacir olmayan alıcılar için ağır olduğu ileri sürülmekte ve bunlar için muayene biçimi ve süreler bakımından daha geniş davranılmasının uygun olacağı, bu gibi alıcılara muayene ve ihbar külfetlerini vaktinde yerine getirmeseler bile, borcun gereği gibi yerine getirilmemesinden (kötü ifadan) dolayı BK. m. 96 vd. hükümlere dayanarak tazminat ve başka taleplerde bulunma imkânının tanınması gerektiği savunulmaktadır⁹³. Biz bu konu üzerinde çalışmamızın son paragrafında duracağız⁹⁴.

Ancak burada belirtmelidir ki yukarıda savunduğumuz görüşler çerçevesinde, BK. m. 198 ve m. 201 hükümlerinin getirdiği düzenlemenin uygulama alanının, alêlâde satımlar bakımından nisbeten daraltılması sonucuna varmış olduk. Gerçekten BK. m. 200 hükmünden yararlanmak suretiyle, satıcının satılanın ayıplı olduğunu bildiği ya da meslekten satıcı, yapımcı (imalâtçı) olması gibi bir nedenle bilmesinin gerektiği durumlarda; alıcının ayıba karşı tekeffülden doğan haklarında, BK. m. 198 ve m. 201 hükümlerinde yeralan külfet

92) OSER/SCHÖNENBERGER, *Kommentar*, Art. 204 N. 10; TUNÇOMAĞ, c. 2, s. 144.

93) GIGER, *Kommentar*, Art. 201 N. 13-17; BUCHER, *a.g.m.*, s. 17-24; STANISLAS, *a.g.e.*, s. 113-114; STAUDER/STAUDER, *a.g.m.*, s. 171; TANDOĞAN, *a.g.e.*, § 10, III; YAVUZ, *a.g.e.*, c. 1, s. 95; CAVIN, *a.g.e.*, s. 91-92.

94) Bu konuya ilişkin olarak bkz. aşağıda §5.

ve yükümlülüklerinin yerine getirilmemesi sebebiyle herhangi bir kısıtlama sözkonusu edilemeyecektir. Bu gibi durumlarda kanunî külfet ve yükümlülüklerini yerine getirmeyen alıcı, başarılı bir şekilde ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kanun hükümleri çerçevesinde kullanabilecektir. Böylece BK. m. 198 ve m. 201 hükümleri, sadece *tesadüfî satıcılar (vendeurs occasionnels)* ile yapılan alelâde satımlarda uygulama alanı bulabilecektir. Bu sonuç da, Borçlar Kanunu hükümlerinin çağımızda gelişen tüketiciyi koruma eğilimleri ile çatışmadan uygulanmasını sağlayacaktır.

§ 4. SATICININ AYIBA KARŞI TEKEFFÜL HÜKÜMLERİ ÇERÇEVESİNDE GERÇEKLEŞEN SORUMLULUĞUNUN KAPSAMI

I. Genel olarak

Yukarıda belirlenen satıcının ayıba karşı tekeffülden sorumluluk şartları gerçekleştiğinde¹ ve alıcı da, satıcıyı, ayıba karşı tekeffülden sorumlu tutabilmek için kanunla öngörülen külfetlerini (yüklerini) yerine getirdiğinde²; alıcı, BK. m. 202 (OR. Art. 205) vd. hükümleri çerçevesinde kendisine tanınan haklarını satıcıya karşı kullanabilecektir..

Gerçekten Borçlar Kanununun bu düzenlemesi, yakından incelendiğinde görülecektir ki alıcı, bu hükümler çerçevesinde bir seçimlik hakka sahiptir. Böylece alıcı, satım sözleşmesini -BK. m. 202'nin ifadesiyle- «*feshedebileceği*» gibi (*satımın feshini dâva etme*, *Wandelungsklage*, *action rédhibitoire*) *satım parasının indirilmesini* de talep edebilecektir («*semenin tenzil olunmasını dâva etme*», *Minderungsklage*, *action en réduction de prix*). Ayrıca alıcı, BK. m. 203'e göre (OR. Art. 206), «*satılanın miktarı muayyen misli şeylerden olduğu*» durumda, «*satılanın ayıptan âri misliyle değiştirilmesini dâva etme*» (*remplacement de la chose vendue*, *Ersatzleistung*) hakkını da kullanma imkânına sahiptir.

Ancak Borçlar Kanununun satıcının ayıba karşı tekeffülden sorumluluğu düzenlemesi içinde, alıcıya, satıcıdan *ayıplı satılanın ayıplarını gidermesini isteme* (*satılanın onarılmasını «tamir edilmesini» isteme*) hakkının (*action en réparation de la chose vendue*) tanınmadığı görülmektedir. Halbuki örneğin istisna sözleşmesinde BK. m. 360 f.2 hükmü gereği (OR. Art. 368 Abs. 2) olarak iş sahibinin, «*yapılan şeyin ayıplı olması*» durumunda, «*onarım (tamir) isteme hakkı*» da bulunmaktadır. Satım sözleşmesinde de alıcının satılanın tamir edilmesini isteme hakkının bulunduğu savunulabilir ya da hiç olmazsa tarafların, aralarındaki sözleşme ile, alıcıya, satılanın tamir edilmesini isteme hakkını tanımaları imkânı vardır. Böylece alıcının satılanın tamir edilmesini isteme hakkının da, onun seçimlik haklarından biri olarak incelenmesi gereği vardır.

Burada belirtilen seçimlik haklardan ayrı olarak veya bu seçimlik hakların yanında kullanılmak üzere, alıcının, kendisine ayıplı satılan teslim edilmesinden dolayı uğradığı zararların tazmin edilmesini isteme hakkı da bulunmaktadır. Böylece alıcının, duruma göre sayısı ikiden beşe kadar değişebilen seçimlik haklara sahip olabilmesi imkânı bulunmaktadır.

1) *Bkz. yukarıda §2.*

2) *Bkz. yukarıda §3.*

Diğer taraftan günümüzde satın ilişkileri zincirleme olarak yayılmaktadır; yani bir malın satıcısı, o malın son satıcısı olma durumunda değildir. Çok defa kişiler, başkalarına satmak için *üreticiden* (yapımcıdan, imalâtçıdan) ya da başka satıcılardan (*ara satıcılardan*) mal satın alırlar. Böylece satıcı, malın üretilmesiyle hiç ilgili olmadığı ve orijinal ambalajı ile satılan mallarda malın nitelikleri hakkında hiçbir bilgi sahibi bulunmadığı ve bunun zaten kendisinden beklenmesinin kabul edilemeyeceği durumlarda, özellikle son alıcı olan tüketicinin ayıba karşı tekeffül hükümleri çerçevesinde sorumluluk taleplerine muhatap olabilecektir. O halde son satıcının, çok defa kendisiyle ilgisi bulunmayan bu sorumluluk taleplerini, diğer satıcılara ve özellikle malın üreticisine (yapımcıya, imalâtçıya) yaygınlaştırması imkânlarının bulunup bulunmadığının araştırılması lâzımdır. Bu da ayıba karşı tekeffül sorumluluğunda rücu sorununu oluşturacaktır. Aynı şekilde malın son alıcısı durumundaki tüketicinin, kendi satıcısından başka satıcıları ve özellikle satılan malın imalâtçısı durumundaki ilk satıcısını, satılana ayıplardan dolayı sorumlu tutabilmesi imkânının bulunup bulunmadığı da incelenmesi gereken bir başka konuyu oluşturmaktadır.

Ancak bütün bu sorunların incelenmesinden önce alıcının, seçimlik hakkının hukukî niteliği, kullanılması, kullanılma süresi ve sona ermesi gibi konuların ele alınması gerekir.

II. Alıcının satılanın ayıplarından sorumluluk şartları gerçekleşen satıcıya karşı sahip olduğu seçim hakkı ve bu hakkın kullanılması ile ilgili çeşitli sorunlar

1. Alıcının satılanın ayıplarından sorumluluk şartları gerçekleşen satıcıya karşı sahip olduğu seçim hakkının hukukî niteliği

BK. m. 202 (OR. Art. 205) hükmüne göre, yukarıda belirlendiği gibi, alıcının seçim hakkı bulunmaktadır. Gerçekten madde metninde bu seçim hakkı şu şekilde ifade edilmiştir: «*Satıcının tekeffülü altındaki satılanın ayıbı anlaşıldığı zaman alıcı muhayyerdir*» (BK. m. 202 f.1 c.1)³.

3) *BK. m. 202 f. 1 c. 1'in mehzarı olan OR. Art. 205 Abs. 1'de, bu durum, daha açık bir ifadeyle «dans les cas de garantie en raison des défauts de la chose, l'acheteur a le choix...» (fransızca metin), «liegt ein Fall der Gewährleistung wegen Mängel der Sache vor, so hat der Käufer die Wahl,...» (almanca metin) denilmektedir.*

Diğer taraftan ayıba karşı tekeffülden sorumlu satıcının kim olduğunu belirlemek bakımından, Yargıtay'ın şu kararını ilginç bulmaktayız: «Davalı Tahsin arsa sahibi olarak, diğer davalı Mustafa ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yapmış ve bu suretle söz konusu bina Mustafa tarafından inşa edilmiştir. Davacının satın aldığı dairedeki ayıplı işlerden sorumluluğun kime düştüğünü belir-

İşte bu şekilde ortaya çıkan alıcının seçim hakkının hukukî niteliğini açıklamak bakımından doktrinde çeşitli görüşlerin ileri sürüldüğü görülmektedir. Aşağıda önce bu görüşlerin açıklaması yapılacak; sonra da bu düşüncelerin değerlendirilmesi konusu ele alınacaktır.

a. Alıcının seçim hakkının hukukî niteliğini açıklayan görüşler

aa. Alıcının seçim hakkını yenilik doğuran hak olarak değerlendiren görüş ve açıklanması

Alıcı, seçim hakkını; tek taraflı, yönetilmesi ve varması gerekli bir irade açıklaması ile kullanır. Alıcının seçim hakkı, bu özellikleri dolayısıyla bir yenilik doğuran hak niteliğindedir. Bu hakkın kullanılması için, ne bir dava açılmasına ne de alıcı ile satıcı arasında bir sözleşme yapılmasına gerek yoktur. Örneğin alıcı, satıcıya göndereceği bir taahhütlü mektupla bu seçim hakkını kullanabilecektir. Satıcının bu seçim hakkının kullanılmasının gereklerine uymaması sebebiyle açılacak bir dâva üzerine verilecek mahkeme kararı, açıklayıcı (tesbit ya da edim) niteliğinde bir karardır; yoksa bu kararın, kurucu nitelikte olma gibi bir özelliği bulunmamaktadır. Diyelim ki alıcı, sözleşmeden dönme yolunu seçmiş olsun; bu durumda, alıcının bu seçim hakkına uyulmasını sağlamak üzere satıcıya karşı açacağı davada, hâkim, Borçlar Kanunu hükümleri çerçevesinde alıcının seçim hakkını gerektiği gibi kullanıp kullanmadığını tesbit etmekle yetinecektir. Buradaki hukukî durum, BK. m. 106 f.2'de (OR. Art. 107 Abs. 2'de) öngörülen sözleşmeden dönme şeklindeki seçimlik yol ile aynı özellikleri taşımaktadır⁴.

lerken, gerçekte davacı ile daire satış sözleşmesinin kimin tarafından yapılmış olduğunun tesbiti gerekir. Davacı delil tesbiti dilekçesinde daireyi davalı müteahhit Mustafa'dan satın aldığını açıkça ifade etmiştir. Davalılar arasındaki inşaat mukavelesinin 2. sayfasında, müteahhidin kendisine isabet eden dairelerin üçüncü şahıslara devrini sağlamak üzere arsa sahibinden vekâlet alabileceği öngörülmüştür. O halde davacının tapuda devir işlemi arsa sahibinin vekili olarak müteahhitle yapması satıcının arsa sahibi davalı Tahsin olduğunu göstermez. Bu delillerin birlikte değerlendirilmesinden taşınmaz satım sözleşmesinin davacı ile davalılardan müteahhit Mustafa arasında kurulduğu ortaya çıkmaktadır. Bu durumda davacı ile davalılardan Tahsin arasında akdi bir ilişkinin varlığından sözedilemez» (Yarg. 13. HD., 8.12.1983 t.li, 7569/8733 s.lı k., YKD. 1985, s. 1338 - 1339). Bu kararlar ilgili olarak yaptığımız değerlendirme için bkz. YAVUZ, C., Medeni hukuka ve borçlar hukukuna ilişkin mahkeme kararları kroniği - 2, Hukuk Araştırmaları D. 1985, c. 1, sy. 1, s. 46. Ayrıca bkz. KARAYALÇIN, Satış akdinde, s. 15 vd..

4) CAVIN, a.g.e., s. 96; SCHUBIGER, a.g.t., s. 59; BECKER, Kommentar, Art. 205 N. 12; FURRER, a.g.t., s. 64; KATZ, a.g.t., s. 75; TANDOĞAN, a.g.e., c. 1/1, § 10, VI, 1; EDİS, a.g.t., s. 98; TUNÇOMAĞ, a.g.e., c. 2, s. 165; FEYZİOĞLU, a.g.e., İkinci kısım, c. 1, s. 293, ULUSAN, a.g.e., s. 68-69; OLGAC, a.g.m. s. 655 vd..

Alıcı, seçim hakkını dava açmak suretiyle de kullanabilir. Ancak alıcının bu seçim hakkını kullanmak için dava açması ya da dava açmak zorunda kalması, alıcının bu hakkının yenilik doğuran hak olarak nitelendirilmesine engel teşkil etmez⁵.

Seçim hakkının kullanılmasına ilişkin irade açıklaması, diğer yöneltmesi gerekli irade açıklamalarının tâbi olduğu kurallara göre⁶ hüküm ve sonuçlarını meydana getirir. Böylece seçilen yoldan, açıklamanın satıcıya ya da yetkili temsilcisine varmasından sonra geri dönülemeyecektir; ancak, açıklamanın varmasından önce her zaman dönülebilmesi imkânı vardır⁷.

Seçim hakkı, satılanın kullanılması, başkasına devredilmesi gibi iradenin mevcudiyetine yönelik davranışlarla da kullanılabilir. Ancak satılanın kullanılmasının tecrübe ve muayene amacıyla olduğu durumlarda, satılanın ayıpları ile birlikte kabul edilmesi ya da seçim hakkının kullanıldığı anlamı yoktur⁸.

bb. Alıcının seçim hakkını satıcının muvafakıyla kullanabileceği görüşü (Vertragstheorie, sözleşme teorisi)

Alman hukukunda, BGB §465'e göre, alıcı, seçim hakkını sözleşmeden dönme ya da satım parasının indirilmesi şeklinde kullanmışsa; sözleşmeden dönme ya da satım parasının indirilmesi, ancak satıcının buna muvafakat etmesiyle gerçekleşebilecektir. Buradaki sözleşmeden dönme ya da satım parasının indirilmesi, tek taraflı kullanılabilen bir yenilik doğuran hak değildir ve BGB §477, sözleşmeden dönmenin, karşı tarafa yöneltilen bir irade açıklaması ile kullanılacağını öngören BGB §349 hükmüne göndermede bulunmamaktadır⁹.

BGB §465 hükmü, alıcının seçim hakkının hukukî niteliğine ilişkin olmak üzere Alman doktrininde çeşitli görüşlerin ileri sürülmesine yolaçmıştır. Bunlardan ilki de sözleşme teorisidir (Vertragstheorie)¹⁰.

Gerçekten sözleşme teorisine göre, alıcının seçim hakkını kullanması, tek taraflı olarak sonuç doğurmaz. Böyle bir hukukî sonucun meydana gelmesi için,

5) CAVIN, a.g.e., s. 96; EDİS, a.g.t., s. 98.

6) Bu konuda bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar hukuku dersleri, s. 166 vd.; EREN, a.g.e., c. 1, s. 165.

7) TANDOĞAN, a.g.e., c. 1/1, §10, VI, 1.

8) EDİS, a.g.t., s. 98.

9) Bu konuda bkz. STANISLAS, a.g.e., s. 118.

10) Bu görüşün açıklaması olarak bkz. SEROZAN, a.g.e., s. 316-317; TAŞKENT, a.g.m., s. 705-706; STANISLAS, a.g.e., s. 118; STAUDER, a.g.m., s. 136. Bu görüşte olarak bkz. OERTMANN, P., Bürgerlichesgesetzbuch, Bd. II, Recht der Schuldverhältnisse, 5. Aufl., Berlin 1928/1929, §465 N. 1, d. e. Bu görüşün eleştirisi için bkz. SCHUBIGER, a.g.t., s. 63; SEROZAN, a.g.e., s. 318; TAŞKENT, a.g.m., s. 706.

alıcı ve satıcı arasında, bu durumu konu edinen bir sözleşmenin teşekkül etmesi gereği vardır. Örneğin alıcı, satıcıya, sözleşmeden döneceği yolunda bir icapta bulunur ve bunun satıcı tarafından kabul edilmesi üzerine sözleşmeden dönme gerçekleşmiş olur. Eğer satıcı, alıcının bu seçim hakkını kullanmasını kabul etmektен kaçınırsa; alıcı, mahkemeye başvuracaktır ve mahkeme kararı ile satıcı, alıcının seçim hakkını kabul etmeğe zorlanacaktır. Burada dava ile talep edilen husus, seçilen yolu konu edinen yeni bir sözleşmenin kurulmasıdır. Ancak mahkemeden seçilen yolu konu edinen yeni bir sözleşmenin kurulması ile birlikte bu yeni sözleşmenin zorla ifasının talep edilmesi imkânının bulunduğu şekilde görüşler de ileri sürülmektedir¹¹.

cc. *Alıcının seçim hakkını doğrudan kendisinin kullandığı görüşü (Herstellungstheorie, doğrudan dava¹² ya da kurma¹³ teorisi)*

Sözleşme görüşünün, genellikle önce seçilen yolu satıcının kabul etmesi ve kabul etmemesi durumunda mahkemece onun kabul iradesinin yerini tutacak şekilde karar verilmesi, sonra da seçilen yeni durumun ifa edilmesinin satıcıdan talep olunması gibi dolambaçlı bir yol önerdiğini eleştiren bazı yazarlar, BGB §465'i daha değişik şekilde yorumlamaktadırlar¹⁴.

Gerçekten bu görüşe göre, BGB §465 hükmü, sadece, alıcının sözleşmeden dönme ya da satım parasının indirilmesi şeklinde seçimlik hakkını kullanması durumunda, satıcının bu seçilen yola muvafakat etmesiyle birlikte seçim hakkını kaybedeceği tarzında anlaşılmalıdır. Böylece alıcı, tek taraflı iradesiyle ve serbestçe seçim hakkını kullanacaktır; fakat o (alıcı), satıcının seçilen yola muvafakatini bildirmesi ile birlikte artık seçtiği yoldan geri dönemeyecektir. Bundan böyle satıcı, seçilen yolun kendisine yüklediği borçları yerine getirmezse; alıcı, doğrudan satıcıdan, seçtiği yolun ona (satıcıya) yüklediği borçların ifa edilmesini talep ve dava edebilecektir¹⁵.

dd. *Alıcının satıcı ile uyuşmadığı durumlarda seçim hakkını yenilik doğuran dava ile kullanması gerektiği görüşü (modifizierte Vertragstheorie, Gestaltungstheorie, değiştirilmiş sözleşme ya da yaratma, yenilik doğurma görüşü)*

11) Bu açıklama için bkz. OSER/SCHÖNENBERGER, *Kommentar*, Art. 205 N. 5; TAŞKENT, *a.g.m.*, s. 706.

12) Bu şekildeki tercüme için bkz. STAUDER, *a.g.m.*, s. 136 (yazar, bu terim, «action directe» şeklinde Fransızca'ya aktarmıştır).

13) SEROZAN, *a.g.e.*, s. 317.

14) Bu görüşte yazarlar olarak bkz. STAUDINGER/HONSELL, *Kommentar*, Art. §465 N. 6; FIKENTSCHER, *a.g.e.*, s. 446-447.

15) Bu görüşün açıklaması için bkz. STAUDER, *a.g.m.*, s. 136; STANISLAS, *a.g.e.*, s. 119; SEROZAN, *a.g.e.*, s. 317; TAŞKENT, *a.g.m.*, s. 706-707.

Bir başka görüşte ise, sözleşme görüşü ile doğrudan dava görüşünün uzlaştırılmağa çalışıldığı görülmektedir. Değiştirilmiş sözleşme ya da yaratma (yenilik doğurma) görüşü olarak isimlendirilen bu görüşe göre, alıcı, satıcının muvafakatini sağlayabilmişse, sözleşme görüşünün savunduğu çözüm, geçerliliği ni sürdürecektir. Satıcının muvafakatini sağlayamayan alıcı ise, seçim hakkını bir yenilik doğuran dâva ile kullanılacaktır; bu durumda mahkeme kararı, yenilik doğurucu (inşai) niteliktedir¹⁶. Bu sebeple bu görüş, «*değiştirilmiş sözleşme görüşü*» (*modifizierte Vertragstheorie*)¹⁷ ya da «*yaratma (yenilik doğurma) görüşü*» (*Gestaltungstheorie*)¹⁸ anılmaktadır.

Fransız hukukunda da bu çözüm şekli kabul edilmektedir. Gerçekten satılanın ayıplı olması durumunda alıcının seçim hakkını düzenleyen CCF. Art. 1644 hükmünde öngörülen düzenleme gereğinin yerine getirilmesi, ya satıcının muvafakatiyle ya da bir dava açılması suretiyle mümkün olmaktadır¹⁹.

İsviçre hukukunda alıcının seçim hakkını yenilik doğuran hak olarak değerlendiren görüşü eleştiren bazı yazarlar, «*modifizierte Vertragstheorie*»nin, Borçlar Kanununun hükümlerine uygun düşen ve bu sebeple savunulması gereken bir görüş olduğunu ileri sürmektedirler²⁰. Gerçekten bu teoriye göre, alıcının seçim hakkını yenilik doğuran hak olarak kabul eden görüş, Borçlar Kanunu hükümlerine açıkça aykırı düşen bir çözüm tarzıdır. Örneğin BK. m. 202 f.2'ye (OR. Art. 205 A1.2) göre hâkim, durumun haklı göstermemesi halinde sözleşmeden dönme talebini red ederek satım parasının indirilmesine karar verebilir. O halde bu hükmün ratio legis'i, alıcının tek taraflı olarak sözleşmeden dönmemesini gerektirmektedir. Bu durumda sözleşmeden dönme, ya alıcı ile satıcı arasındaki bir anlaşmaya ya da inşai (kurucu) nitelikte bir mahkeme kararına dayanmış olmaktadır²¹. Bir kere mahkeme kararı ile sözleşmeden dönmeye karar verilmişse, bu kararın icrası için bir kamu gücünün kullanılmasına gerek kalmayacaktır; bu, yenilik doğuran mahkeme kararlarının kendiliğinden icra edilmiş olması niteliğinin bir sonucudur²². Sonuçta, İsviçre hukukunda,

16) Bu görüşte olarak bkz. LARENZ, *a.g.e.*, Bd. II, §41, II, a; STANISLAS, *a.g.m.*, s. 119; GIGER, *Kommentar*, Art. 205 N. 12; STAUDER/STAUDER, *a.g.m.*, s. 179. Bu görüşün açıklaması için bkz. SEROZAN, *a.g.e.*, s. 317.

17) Bu isimlendirme tarafımızdan yapılmıştır.

18) Bu terimler için bkz. SEROZAN, *a.g.e.*, s. 317.

19) Bu konuda bkz. NANA, *a.g.e.*, s. 91 vd.; GHESTIN, *a.g.e.*, s. 45 vd.; MA-LAURIE, Ph., *Vente (Obligations du vendeurs)*, *Dalloz Encyc. jur.*, t. VI, Paris 1976, n. 516 vd..

20) STAUDER/STAUDER, *a.g.m.*, s. 179; STANISLAS, *a.g.e.*, s. 119.

21) STANISLAS, *a.g.e.*, s. 119.

22) Yenilik doğuran davaların bu özelliği için bkz. ÜSTÜNDAĞ, *a.g.e.*, §15, I, 3; ÖNEN, *a.g.e.*, s. 166 vd.; KURU, *a.g.e.*, c. 1, s. 939; OĞUZMAN, *Medeni hukuk dersleri*, s. 190. Ayrıca ÖNEN, *Türk hukuku bakımından açıkça bu görüşü savunmaktadır (bu konuda bkz. ÖNEN, a.g.e., s. 103)*.

«morifizierte Vertragstheorie», satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun hükümlerini düzenleyen Borçlar Kanunu sistemine tam olarak uyum sağlamaktadır²³.

b. Görüşlerin değerlendirilmesi ve sonuç

BK. m. 202 f.1 c.2'de, alıcının seçim hakkını belirlemek bakımından, açıkça, alıcı «dilerse satılanı redde hazır olduğunu beyanla satımın feshedilmesini, dilerse satılanı alıkoyp kıymetinin noksanı mukabilinde semenin tenzil olmasını dava eder» denilmektedir. Bu hükmün lafzından, alıcının seçim hakkını dava yoluyla kullanması gerektiği sonucu çıkarılabilir. Böylece sözkonusu hükmün lafzından hareket edildiğinde, alıcı, seçim hakkını ya satıcı ile anlaşarak kullanacak ya da bu anlaşmanın gerçekleşmediği durumlarda seçim hakkını konu edinen bir dava açması gerekecektir^{23a}. Ancak bu çözüm şeklinin, Borçlar Kanununun amacına ve günümüzde gelişen tüketiciyi koruma eğilimlerine uygun düşmediği kolaylıkla gözlemlenebilir.

Gerçekten BK. m. 202'nin «feshi dava» sözcüklerine dayanarak, burada dava yoluyla kullanılması gereken bir talebin ya da yenilik doğuran hakkın varlığını ileri sürmenin kabul edilememesi gerekir. Burada *Serozan*'ın, sadece satımdan dönme hakkının kullanılmasına ilişkin olarak yazdığı şu satırlarını-alıcının seçim hakkını kullanmasına ilişkin olarak anlaşılacak üzere- aynen alma durumundayım: «Satımın ayıplı mal tesliminden ötürü çözülmesi, ne evliliğin boşanma nedeniyle çözülmesi, ne de ortaklık sözleşmesinin haklı nedenle sona erdirilmesidir. Satım sözleşmesinden çok daha önemli çıkarların işe karıştığı kira ve eser sözleşmelerinde, ayıplı ifa üzerine sözleşmeyi çözme ve kaldırma yetkileri pekâlâ mahkeme dışı kullanılabilirken (...) satım sözleşmesinde, bu yetkinin salt mahkeme aracılığı ile kullanılabilmesi görüşü savunulamaz. Öte yandan, alıcının dönme yetkisinin hodbehot kullanılmayacağını belirten BY. mad. 202 ve 204 kuralları da, dönme hakkının mutlaka yargıcın denetiminden geçirilerek kullanılmasını haklı gösteremez. Unutulması ki, dönme hakkının hodbehot kullanılmasına engel olan, bu hakkın kullanılmasını kayıtlayan kurallar, borçlu temerrüdünde de öngörülmüştür. Gelgelelim, hiç kimse, borçlu temerrüdü nedeniyle dönme hakkının kullanılmasında yargıç denetimini zorunlu bulmamıştır. Üç top kumaş yerine iki top kumaş yollanması üzerine (eksik ifa) satıcının oluruna ve yargıç kararına hiçbir gereklilik bulunmaksızın sözleşmeden dönebilen alıcının, ısmarlanmış 3.20 metrelik kumaş yerine 3 metrelik kumaş yollanması (nicelik kaybı) olasılığında sözleşmeyi salt satıcının oluruna ya da yargıç kararına bağlı olarak çözebileceğini ileri sürmek ise anlamsızdır, tutarsızdır. Kaldı ki, satım sözleşmesinde kötü (ayıplı) ifadan ötürü satım sözleşme-

23) GIGER, *Kommentar, Art. 205 N. 12.*

23a) *Bu anlamda bkz. ÖNEN, a.g.e., s. 102-103.*

sinden dönme hakkının dava yoluyla kullanılması gerekli bir yetki olduğunu ileri sürmek, genellikle harç ve avukat ücreti ödeme olanaklarına sahip bulunmayan alıcıların zararına sonuçlar doğuracak ve satılanın ayıplı ifasından ötürü satım sözleşmesini çözme hakkını, erişilmesi pek pahalı bir 'lüks' katına çıkaracaktır»²⁴. Böylece alıcının seçim hakkını kullanmasını, satıcının muvafakatine ya da mahkemenin yenilik doğurucu kararına bağlayan görüş, çeşitli yönlerden haklı eleştirilere maruz kalmış olmaktadır.

Aynı şekilde sözleşme görüşü de, kanunun lâfzına uyan, ancak hukukta sadelik düşüncesine ters düşen, dolambaçlı, şekilci bir görüştür. Örneğin alıcıyı önce bir sözleşmeden dönme talebinde bulunmak, sonra da satıcısını irade açıklamasında bulunmaya mahkûm ettirmek ve bu şekilde kurulmuş sayılan sözleşmeye dayanarak ifayı istemek zorunda bırakmaktadır²⁵. Aynı eleştirilerin, *doğrudan dava görüşüne (Herstellungstheorie)* karşı yöneltilmesi imkânı vardır²⁶. Üzerinde ayrıca durulmayacaktır.

Katıldığımız görüşe göre, alıcı, seçim hakkını, ne satıcının muvafakatine ne de mahkeme kararına gerek olmadan, tek taraflı yöneltilmesi ve varması gerekli irade açıklamasıyla kullanabilmelidir. Böylece alıcının seçim hakkını kullanmasıyla, seçilen yolun muhtevasına göre meydana gelecek hukukî değişiklik, satıcının muvafakatini ve mahkemenin edim ya da yenilik doğuran kararını gerektirmeksizin, salt alıcının yenilik doğuran hakkını kullanması üzerine, kendiliğinden gerçekleşecektir. Eğer seçim hakkı dava yoluyla kullanılmışsa, mahkemenin faaliyeti, sadece açıklama ve tesbit niteliğinde olacak, yoksa inşai bir nitelik taşımayacaktır²⁷. Eğer satıcı, alıcının seçim hakkını kanun hükümlerine uygun olarak kullanmadığı iddiasında ise, ihtilâfı, duruma göre bir edim ya da tesbit davası çerçevesinde hâkim önüne götürebilecektir²⁸.

Alıcının sahip olduğu seçimlik haklardan sözleşmeden dönme hakkı, bozucu yenilik doğuran; satım parasının indirilmesi, mümkün olduğu takdirde satılanın onarılması, uğranılan zararın giderilmesini isteme hakları, değiştirici yenilik doğuran; ayıplı satılanın değiştirilerek ayıpsız bir mislinin verilmesi hakkı da, onun aynen ifade ısrar ettiğini gösteren yenilik doğuran hak niteliğindedir²⁹. Diğer durumlara ilişkin olarak yukarıda verilen bilgilerin hatırlanması gerekir³⁰.

24) SEROZAN, *a.g.e.*, s. 319.

25) Bu konuda bkz. SEROZAN, *a.g.e.*, s. 318; TAŞKENT, *a.g.m.*, s. 706.

26) Bu konuda bkz. TAŞKENT, *a.g.e.*, s. 706-707.

27) SCHUBIGER, *ag.t.*, s. 63-64; CAVIN, *a.g.e.*, s. 96; NEUENSCHWANDER, *a.g.t.*, s. 96 dn. 77; SEROZAN, *a.g.e.*, s. 320

28) Ayrıca bkz. ve karşı. SEROZAN, *a.g.e.*, s. 320-321 vn. 143.

29) Ayrıca bkz. SEROZAN, *a.g.e.*, s. 320.

30) Bkz. yukarıda 1, a, aa.

2. Alıcının seçim hakkını kullanması ve seçim hakkının sona ermesi

Yukarıda belirlenen seçim hakkının hukukî niteliğini sözleşme ya da değiştirilmiş sözleşme şeklinde açıklayan görüşlerde, seçim hakkı ile seçim hakkının kullanılmasını teşkil eden sözleşmenin ya da mahkeme kararının birbirinden ayırt edilmesine dikkat edilmektedir. Örneğin satıcı (S)'nin alıcı (A)'ya ayıplı bir satılan teslim ettiği bir olayda, (A), sözleşmeden dönme yolunu seçtiğini (S)'ye bildirmiştir. Fakat burada sözleşmeden dönmenin gerçekleşmesi için (A)'nın bu irade açıklaması yeterli olmayacaktır. Ayrıca (S)'nin bu sözleşmeden dönmeye muvafakat etmesi gerekir; aksi halde (A), sözleşmeden dönmevi gerçekleştirmek için bir dava açmak durumunda olacaktır. Böylece (A)'nın seçim hakkını kullanması, ayıplı satılan teslim edilmiş olmasının yolaçtığı ihtilafı mahkeme dışı çözmeye yönelik, alıcının yaptığı basit bir icap niteliğinde olmaktadır³¹. O halde bu görüş çerçevesinde alıcının seçim hakkı, seçim hakkının kullanılmasını teşkil eden irade açıklamasıyla sona ermemektedir. Ancak satıcının, alıcının seçim hakkını kullanmak suretiyle seçtiği yola muvafakat ettiğini bildirmesiyle ya da satıcının iradesinin yerini tutmak üzere mahkemece verilmiş kesin hüküm niteliğindeki bir kararla, alıcının seçim hakkı varlığını kaybedecektir³². Bu görüşü savunanların, özellikle satıcının alıcının seçim hakkına muvafakat etmemesi sebebiyle dava açıldığı durumlarda, alıcının, seçtiği yolu sonradan değiştirip değiştiremeyeceği, değiştirebildiğinin kabul edilmesi durumunda bu imkânın davanın hangi safhasına kadar kullanabileceği hususlarına ilişkin olmak üzere çeşitli fikirleri ileri sürdükleri görülmektedir³³. Bu konu üzerinde, bu görüşü paylaşmadığımız için daha fazla duracak değiliz.

Bizim katıldığımız görüşe göre, alıcının seçim hakkı, yenilik doğuran bir hak niteliğindedir. Bu sebeple alıcının seçim hakkını kullanması da, yenilik doğuran bir hukukî muameleyi oluşturacaktır. O halde diğer yenilik doğuran hakların kullanılmasına hâkim olan prensiplerin, alıcının seçim hakkını kullanması konusunda da uygulanması gereği vardır. Böylece alıcı, seçim hakkını, kural olarak bir şarta bağlı tutmadan kullanma durumunda olacaktır; o (alıcı), bir kere seçim hakkını geçerli bir şekilde kullanmışsa, seçim hakkı da sona erecektir. Çünkü hakkını kullanması ile, alıcı, amacına ulaşmış olmaktadır. Bundan sonra yeni bir seçim yapma imkânı yoktur. Seçim hakkı kullanılıp sonuç meydana geldikten sonra, alıcı, bundan geri dönemeyecektir. Ancak taraflar isterlerse sözleşme serbestisi sınırları içinde, seçim hakkının kullanılmasının sonuçlarını ortadan kaldıran veya değiştiren bir başka sözleşme yapabilirler. Örneğin

31) STANISLAS, *a.g.e.*, s. 119-120; STAUDER/STAUDER, *a.g.m.*, s. 184-185.

32) GIGER, *Kommentar*, Art. 205 N. 66.

33) Bu konuda bkz. STANISLAS, *a.g.e.*, s. 120 ve dn. 22-23; GIGER, *Kommentar*, Art. 205 N. 69.

önceden sözleşmeden dönme yolunu seçerek seçim hakkını kullanmış olan alıcı, satıcı ile anlaşarak satım parasının indirilmesi yolunu kabul edebilir³⁴.

Ancak BK. m. 207'ye göre (OR. Art. 210) alıcı, seçim hakkını -aşağıda görüleceği gibi- belirli bir süre içinde kullanmak durumundadır³⁵. İşte alıcının seçim hakkının tabi olduğu bu sürenin hukukî niteliği, doktrinde, seçim hakkının bir yenilik doğuran hak olarak değerlendirildiği durumda bile, zamanasımı şeklinde açıklanmaktadır³⁶. Böylece yenilik doğuran hakların kural olarak hak düşürücü süreye tabi olduğu yolundaki özelliğinden³⁷ burada ayrıldığını görmekteyiz. Bu konu, aşağıda ayrıntılı bir şekilde ele alınacaktır.

3. Alıcının seçim hakkını kullanmasının tabi olduğu sınırlamalar ve hukukî sonuçları

Alıcı, kural olarak, seçim hakkını tamamen kendi takdirine göre kullanacaktır; yani onun (alıcının) seçim hakkını kullanmasında bir serbestiye sahip olması sözkonusudur. Ancak pratik düşünceler ve hakkaniyet mülahazası, alıcının bu seçim hakkını kullanmasının bazı sınırlamalara tabi kılınmasını gerektirmiştir.

Alıcının seçim hakkının tabi olduğu sınırlamalar, ya hâkimin takdirine dayanan değerlendirmesi sonucu, alıcının seçtiği sözleşmeden dönme yolunu «hal icabının ... muhik göstermemesi» durumunda, satım parasının indirilmesine karar vermesi şeklinde ortaya çıkabilir (BK. m. 202 f.2); ya da alıcının satım parasının indirilmesini seçmesi durumunda, satım parasının tümünün indirilmesi gereğinin ortaya çıkması da, onun (alıcının) satımdan dönme yolunu seçmesini gerektirecektir (BK. m. 202 f.son). Bazı durumlarda da satıcının, ayıpsız bir satılan teklif etmek suretiyle alıcının seçim hakkını kullanmasını engelleme imkânı bulunmaktadır (BK. m. 203 f.son). Aynı şekilde alıcı, satılanın telef olmasına kendi fiili ile yol açtığı durumlarda ya da satılanı bir başkasına temlik etmesi veya satılanın değişmesi (tağyiri) sonucunu doğuran bir işlemi satılarda gerçekleştirmesi sebebiyle satılanı geri verme imkânına sahip olmadığı durumlarda, ancak satım parasının indirilmesi şeklinde seçim hakkını kullanma zorunda olacaktır (BK. m. 204 f.2). Yine BK. m. 215'e göre taşınmaz satımında satıcının sorumlu olduğu bir ölçüde eksikliğinin ortaya çıkması durumunda, alıcı, «noksanın tazmin edilmesini isteme» hakkını seçerek satıcıyı sorumlu tutabilecektir. Son olarak satım konusunun birden fazla şeyden oluştuğu durumlarda

34) Bu konulara ilişkin olarak bkz. OĞUZMAN, *Medeni hukuk dersleri*, s. 111.

35) Bkz. aşağıda 4.

36) Örnek olarak bkz. CAVIN, *a.g.e.*, s. 103-104.

37) OĞUZMAN, *Medeni hukuk dersleri*, s. 111. Yenilik doğuran hakların özellikleri konusunda ayrıca bkz. von TUHR/PETER, *a.g.e.*, §3, II; ENGEL, *a.g.e.*, s. 31-33; EREN, *a.g.e.*, c. 1, s. 68-72; ÖNEN, *a.g.e.*, s. 25 vd.; TUNÇOMAÇ, *a.g.e.*, §8, II.

da, alıcı, birden fazla satılardan bir kısmı ayıplı ise, seçim hakkını kural olarak sadece ayıplı çıkan satılanlar hakkında kullanabilecektir (BK. m. 206).

Şimdi de alıcının seçim hakkının sınırları olarak bu durumların incelenmesi gereği vardır.

a. Hâkimin sözleşmeden dönen alıcının satım parasının indirilmesi hakkını kullanmasına karar vermesi

BK. m. 202 f.2'ye göre «hâkim, alıcının satılanı ret dâvası üzerine hal icabı satımın feshini muhik göstermiyorsa semenin tenzili ile iktifa edebilir» denilmektedir.

Böylece bu hükme göre, hâkim, alıcının satım sözleşmesinden dönme yolunu seçmesine rağmen, satım parasının indirilmesine karar vermesi imkânına sahip olmaktadır. Satıcı bakımından satım parasının indirilmesi, sözleşmeden dönmeye nazaran genellikle daha az sert sayılır; bu itibarla, hâkim, fiilî durumun satılanın geri verilmesini değil, fakat satım parasının indirilmesini haklı gösterdiğine hükmedebilecektir. Hâkimin bu kararında çeşitli sebepler etkili olabilir³⁸. Şöyle ki :

(i) Malın alıcı tarafından kullanılabilir bir durumda olmaması keyfiyeti, bu konuda özel bir öneme sahiptir. Örneğin bira imalâtçısı alıcıya teslim edilen bira mayası iyi bir bira yapılmasına imkân vermeyecek kadar kötü bir maya ise, alıcının sözleşmeden dönme hakkını kullanmasını engelleyecek bir haklı sebep bulunmamaktadır; çünkü bira imalâtçısından, kötü ya da iki çeşit bira yapması beklenemez. Lokantaya bozuk sarap veya tacire kötü çelikten yapılmış bisikletler teslim edildiği takdirde yine alıcının sözleşmeden dönme hakkını kullanması imkânı bulunmaktadır. Buna karşılık, gönderilmiş olan un, buğday veya deriler istenilen nitelikten aşağı nitelikte olunca: fırıncı, teslim edilen unla ikinci nevi ekmek yapabilir ve bu çeşit imalât kendisinin mütad faaliyetine dahil bulunur; yine buğdayın gönderildiği tacir, teslim edilen buğdayın ayıbının bir başka neviden olmaktan ibaret bulunduğu durumda, derileri alan alıcı, böyle ikinci neviden malları da işliyorsa, satım parasının indirilmesi yolunun seçilmesi alıcının hukukî durumunu korumak bakımından yeterli olacaktır. Bu gibi durumlarda alıcının sözleşmeden dönme hakkını kullanması, hâkim tarafından haklı görülmeyebilir³⁹.

Böylece alıcının, teslim edilen satılanın ayıplı olmasına rağmen bu satılanla sözleşme ile güttüğü amacı gerçekleştirme imkânına sahip bulunduğu durumlarda, onun sözleşmeden dönme hakkını kullanması imkânı; BK. m. 202 f.2

38) Bu konuda bkz OSER/SCHÖNENBERGER, *Kommentar*, Art. 205 N. 9 vd.

39) Ayrıca bkz. STANISLAS, *a.e.*, s. 123.

(OR. Art. 205 Abs. 2) hükmü ile kaldırılmış olmaktadır⁴⁰. Özellikle ayıplı satılan ayıba rağmen bir başkasına satma imkânına sahip olan alıcı ile satılanın ayıplı olduğunu bilseydi yine o şeyi satın alacak durumda olan alıcı, satım parasının indirilmesi hakkını seçme durumundadır⁴¹.

(ii) Bu konuda daha genel olarak şöyle bir kural koyulabilir: Sözleşmeden dönmenin satıcı aleyhine doğuracağı sakıncanın alıcı lehine doğuracağı fayda ile kıyaslanamayacak olduğu durumlarda, alıcıdan, satım parasının indirilmesi talebinde bulunması beklenebilecektir. Örneğin deniz aşırı alışverişlerde olduğu gibi taşıma masraflarının pek büyük bir rol oynadığı durumlarda ya da özel sipariş üzerine teslim edilen veya başka kimsenin kullanamayacağı bir mal sözkonusu olduğu takdirde bu kuralın uygulanması isabetli olacaktır⁴².

(iii) Bazı durumlarda, alışverişte cari dürüstlük kurallarına dayanılması gereği vardır. Satılana ilişkin nitelik bildirme konusu niteliklerin satılarda bulunmadığı durumlarda, alıcının sözleşmeden dönme yolunu seçme imkânı kolaylıkla engellenememelidir. Çünkü alıcının, satılanla ilgili zikir ve vaat edilen niteliklere özel bir önem verdiği rahatça ileri sürülebilecektir⁴³. Özellikle yukarıda belirtildiği gibi⁴⁴ satıcının satılanın ayıplarını bildiği ya da meslekten satıcı veya imalâtçı olması sebebiyle bilmesinin gerektiği durumlarda, alıcı, seçim hakkını tam bir serbestî içinde kullanabilmelidir; bu gibi durumlarda sözleşmeden dönme hakkının bir sınırlamasının mevcut olmadığı kabul edilmelidir.

Bu konuya ilişkin olarak ele alınması gereken bir başka sorun şudur: Aca-ba sözleşmeden dönme yolunun alıcı tarafından seçilmesi, dava yoluyla gerçekleştirilmesi şartı aranmadığına göre (en azından benimsediğimiz görüş açısından); hâkimin, nasıl bir dava sırasında alıcının sözleşmeden dönmesini haklı görmemesi sözkonusu olacaktır? Örneğin alıcı (A), teslim aldığı satılanın ayıplı olmasından dolayı, kanun hükümleri gereği satılanı muayene ve ayıpları ihbar ödevlerini yerine getirdikten sonra, tek taraflı irade açıklamasıyla sözleşmeden dönmüştür; bunun üzerine, satıcı (S)'ye, daha önce ödediği satım parasının geri verilmesi için bir edim davası açmıştır. İşte böyle bir davada, satıcı (S), BK. m. 202 f.2 gereği alıcının sözleşmeden dönme hakkının haklı görülemeyeceği iddiasıyla onun sadece satım parasının indirilmesi talebinde bulunabileceği yolunda bir savunma yapabilecektir. Satıcı (S)'nin bu savunması, hu-

40) GIGER, Art. 205 N. 50; GUHL/MERZ/KUMMER, s. 337; FURRER, s. 66; STANISLAS, s. 123; OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 205 N. 9; BGE 81 II 213; BGE 71 II 239.

41) STANISLAS, a.g.e., s. 123.

42) OSER/SCHÖNENBERGER, Kommentar, Art. 205 N. 11.

43) OSER/SCHÖNENBERGER, Kommentar, Art. 205 N. 12.

44) Bkz. yukarıda §2, VII, 3, d, aa.

kukî niteliği itibarıyla bir def'dir⁴⁵; yani hâkim, dosyadan BK. m. 202 f.2 gereği sözleşmeden dönmenin haklı sayılamayacağı sonucunu çıkarmış olsa bile, satıcının talebi olmadan alıcıyı satım parasının indirilmesini istemeğe mahkûm edemeyecektir. Satıcının böyle bir savunması olmuşsa ve bu savunma da, BK. m. 202 f.2'ye göre haklı görülmüşse; bu durumda, hâkimin, davacı alıcının talebinden başka bir şeye hükmederek davayı sonuçlandırması sözkonusu olacaktır. Böylece burada talepten başka bir şeye hüküm verme yasağı prensibinin (HUMK. m. 74) belirli ölçüde ^{45a} bir istisnasını görmekteyiz⁴⁶. Bunun dışında sözleşmeden dönen alıcıya karşı, satıcının, BK. m. 202 f.2 anlamında sadece satım parasının indirilmesini talep etmeğe hakkı olduğu hususunun tesbitini konu edinen bir tesbit davası da açabileceğini düşünmekteyiz⁴⁷. Ancak alıcı, seçim haklarından hangisini kullanması gerektiği yolunda bir tesbit davası açmamalıdır; böyle bir tesbit davası açmakta onun özel bir hukukî yararı⁴⁸ yoktur. Çünkü alıcı, kendi iradesine ve menfaatlerine uygun düştüğü şekilde seçim hakkını kullanacak ve seçtiği yolun hükümlerine satıcı tarafından uyulmaması durumunda da, onu bu sonuçlara uymayı sağlayıcı nitelikte bir edim davası açması sözkonusu olacaktır.

Son olarak belirtilmelidir ki satıcı, BK. m. 202 f.2 hükmü gereği alıcının seçtiği yolu tartışma ve dolayısıyla onu bir başka seçimlik hakkı kullanmağa zorlama imkânına, sadece sözleşmeden dönme yolunu seçen alıcıya karşı sahiptir; yoksa sözleşmeden dönmeden başka bir yolu seçen alıcının bu seçiminin, satıcı tarafından, tartışma konusu yapılabilmesi imkânı bulunmamaktadır. Bu itibarla, BK. m. 202 f.2 hükmü, alıcının sözleşmeden dönme hakkını kullanmasını sınırlayan bir düzenleme olarak kendini göstermektedir. Diğer taraftan BK. m. 202 f.2 hükmünün uygulanmasında hâkim, sözleşmeden dönen alıcının seçim hakkını satım parasının indirilmesine çevirme (konversiyon) durumundadır^{48a}; yoksa sözleşmeden dönmenin gerçekleşmediğinin karar altına alınması ya da örneğin çeşit satımında satılanın değiştirilmesini kullanmaya hükmedilmesi imkânı mevcut değildir.

b. Satım parasından indirilecek miktarın satım parasına eşit olması durumunda alıcının satım parasının indirilmesi seçimlik hakkını kullanmaması

BK. m. 202 f.son'a göre «kıymetinin noksanı satılanın değerine müsavi ise alıcı ancak satımın feshini talep edebilir». Böylece alıcı, satım parasından in-

45) Bu konuda bkz. KURU, a.g.e., s. 2, s. 1213.

45a) Bu konuda bkz. KURU, a.g.e., c. 2, s. 2136 vd..

46) Bu konuda bkz. KURU, a.g.e., c. 2, s. 2138.

47) Ayrıca bkz. yukarıda dn. 28 ve ona ait metin.

48) Bu konuda bkz. KURU, a.g.e., c. 1, s. 915 vd..

48a) Bu konuda ayrıca bkz. KANETİ, S., Hukukî işlemlerin çevrilmesi (tahvili), İstanbul 1972, s. 174 vd..

dirilecek miktarın satım parasına eşit olduğu durumlarda, satım parasının indirilmesi şeklindeki seçimlik hakkını kullanamayacaktır. *Oser/Schönenberger*, bu hükmü açıklamak bakımından, «istenilen indirimın satım parasına eşit olmasının ihtimal dahilinde bulunduğu bütün durumlarda bu esasın uygulanacağını» yazmaktadır⁴⁹. O halde BK. m. 202 f.son'daki «kıymetinin noksanı satılanın semenine müsavi ise» sözcükleri, bu hükmün mehzazı olan OR. Art. 205 A1.3'ün almanca metnine uygun olarak «istenilen indirim, satım parası miktarına ulaşmakta ise» (erreicht der geforderte Minderwert den Betrag des Kaufpreises, so ...) şeklinde anlaşılmalıdır.

BK. m. 202 f.son, alıcıya, sadece sözleşmeden dönme imkânını vermektedir. Düşüncemize göre, bu hüküm, bu şekliyle isabetli bir çözüm getirmemektedir. Özellikle çeşit satımında alıcı, bizatihi BK. m. 203'e göre satılanın değiştirilmesini isteme hakkına da sahip bulunmaktadır. Bu durumda, BK. m. 202 f.son, lafız olarak BK. m. 203 hükmüyle çatışmaktadır; yani ilk hüküm, ikinci hükmün verdiği bir başka seçimlik hakkın varlığını görmemezlikten gelmektedir. O halde bu iki hükmün birlikte uygulanabilmesi imkânı araştırılmalıdır. Böylece BK. m. 202 f.son hükmünün, «istenilen indirimın satım parasına eşit olduğu durumda, alıcı, satım parasının indirilmesini talep edemeyecektir» şeklinde anlaşılması gerektiği kanaatinde olmaktayız; yani alıcı, satım parasının indirilmesi tarzındaki seçimlik hakkını kullanamayacak, diğer seçimlik haklarından dilediğini seçebilecektir. Zaten *Cavin*, BK. m. 202 f.son'a rağmen alıcının satım parasının indirilmesi talebinde bulunduğu durumda, hâkimin hiçbir zaman sözleşmeden dönmeye karar veremeyeceği görüşünü ileri sürmektedir. Bu yazara göre, bu sonucun iki gerekçesi vardır: Bir kere alıcı, satıcıya karşı sözleşmeden dönme hakkını kullanmamıştır ve ikinci olarak da, hâkim, talebi aşan nitelikte (ultra petita) bir karar verme durumunda değildir. BK. m. 202 f.son hükmüne aykırı olarak kullanılan satım parasının indirilmesi talebiyle açılan bir davada, hâkim, sadece ve basit olarak satım parasının indirilmesine ilişkin istemi red etmekle yetinme durumundadır. Halbuki BK. m. 202 f.2'de düzenlenen ihtimalde, satım parasının indirilmesi, sözleşmeden dönmeye nazaran bir minus'dur ve bu sebeple hâkimin kararı, talep edilen hususu aşan nitelikte bir karar olma özelliğini taşımamaktadır⁵⁰.

Burada da alıcının satım parasının indirilmesini isteme hakkının bulunup bulunmadığı sorununun hâkim önüne gelmesi, alıcının açacağı edim davasında satıcının, BK. m. 202 f.son'a dayanan def'i niteliğinde bir savunmada bulunması suretiyle gerçekleşecektir; yoksa hâkimin, önüne gelen dosyadan hareketle re'sen alıcının satım parasının indirilmesi talebini red edebileceği düşüncesinde değiliz. Diğer taraftan alıcının indirim talebinin miktar olarak satım pa-

49) *OSER/SCHONENBERGER, Kommentar, Art. 205 N. 13.*

50) *CAVIN, a.g.e., s. 98.*

rası miktarına çok yakın olduğu bir ihtimalde, satıcı, alıcının satım parasının indirilmesi şeklindeki seçimlik hakkını kullanmasını engelleyememelidir. Çünkü alıcının, kullanmakta açıkça menfaati olabileceği bir hakkı kullanmaktan mahrum edilmemesi, çıkarlar dengesi bakımından daha yararlı olur⁵¹.

c. *Satıcının satılanı değiştirme hakkını kullanmak suretiyle alıcının seçim hakkını kullanmasını engellemesi*

BK. m. 203 f.son'a göre «satılan, bir başka yerden gönderilmiyorsa satıcının da alıcıya derhal ayıptan âri mislini teslim ve alıcının» uğradığı zararı «tamamen tazmin ederek aleyhine ikame edilecek dâvadan kurtulmağa salâhiyeti vardır».

Böylece bu hükümlerle, anılan metinde yeralan «... da» (*également. auch*) sözcüğü ile BK. m. 203 f.1'e yapılan atıf dolayısıyla çeşit satımlarında, satıcıya, satılanın başka bir yerden gönderilmediği durumda, alıcıya derhal ayıplı satılan yerine ayıptan âri benzerini teslim ederek, onun (alıcının) başkaca seçimlik haklarını kullanmasını engelleme imkânı tanınmış olmaktadır. Başka yere gönderilmek suretiyle satılan şeylerde satıcıya bu hak tanınmamıştır. Ancak önemli külfet ve gecikme olmaksızın ayıpsız bir satılan benzerinin gönderilmesinin mümkün olduğu ve buna rağmen alıcının satılanın ayıpsız mislini ifa olarak red etmesinin bir hakkın kötüye kullanılmasını teşkil edeceği bazı mesafe satımlarında da (*Distanzkauf*), satıcıya, satılanı değiştirme hakkı tanınmalıdır⁵². Özellikle günümüzün ulaşım imkânları karşısında madde metnindeki «bir başka yerden gönderilmiyorsa» ibaresinin artık lâfzına göre yorumlanmaması gereği vardır⁵³. Burada önemli olan, ayıpsız ifanın çok kısa bir süre içinde gerçekleştirilmesi imkânının bulunmasıdır⁵⁴.

Burada satıcının, alıcının satılanın ayıplı olduğunu bildirmesinden hemen sonra kısa bir süre içinde satılanı değiştirme hakkını kullanması, yani alıcıya ayıpsız bir satılan benzeri teslim etmesi lâzımdır⁵⁵. Ancak alıcının böyle bir ifayı kabul zorunluğunun doğması için, satıcının, onun (alıcının) ayıplı satılanı muayenesi ve değiştirilmesi masrafları, değiştirmenin yolaçtığı gecikmeden ileri zararın giderilmesi gibi tüm zararlarını tamamen ödemek suretiyle ayıpsız satılanı ifa olarak teklif etmesi lâzımdır. Aksi durumda satıcı, alıcının ayıp sebebiyle sahip olduğu seçim hakkını kullanmasını engelleyemez.

Ayıplı satılanla değiştirilmek üzere teslim olunan şey, ayıplı ise; satıcı, bundan böyle artık satılanı değiştirme hakkına sahip değildir ve böylece bu

51) *JAEGER, a.g.t., s. 115.*

52) *GIGER, Kommentar, Art. 206 N. 21; TANDOĞAN, a.g.e., s. 1/1, IX, 2.*

53) *GUHL/MERZ/KUMMER, a.g.e., s. 339; CAVIN, a.g.e., s. 122.*

54) *CAVIN, a.g.e., s. 122.*

55) *BECKER, Kommentar, Art. 206 N. 3.*

son durumda, alıcı, satıcının yeni bir değiştirme teklifini kabul etmekle yükümlü tutulamayacaktır, ayıptan doğan seçimlik hakkını takdirine göre kullanabilecektir⁵⁶.

d. Kendi fiili ile satılanın geri verilmesini imkânsızlaştıran alıcının satım parasının indirilmesi seçimlik hakkını kullanma zorunda olması

BK. m. 204 f.2'ye göre «satılan alıcının taksiri yüzünden telef olmuş yahut alıcı onu başkasına temlik veya şeklini tağyir etmiş ise ancak kıymet noksanına mukabil semenin tenzilini dâva edebilir».

Böylece bu hükümde, alıcının seçim hakkını kullanmasını sınırlayan (daha doğru deyimle alıcının satım parasının indirilmesi seçimlik hakkını kullanması zorunluluğuna yolaçan) çeşitli ihtimallerin öngörüldüğü kolaylıkla fark edilebilecektir. Şöyle ki :

aa. Satılanın alıcının fiili sonucu telef olması

BK. m. 204 f.2'de, bu durumu ifade etmek için, «satılan alıcının taksiri yüzünden telef olmuş ... ise» denilmektedir. Madde metninde geçen «taksir» kelimesi, mehaza uygun olarak «kusur» olarak anlaşılmalıdır (OR. Art. 207 Abs. 2). Ancak burada kullanılan «kusur» kavramı da, teknik anlamıyla kullanılmış değildir. Çünkü alıcı, kendisine teslim edilen satılanın maliki olmuştur ve malik olmak sıfatıyla, satılanı dilediği gibi kullanabilir⁵⁷. Bu kavram ile burada anlatılmak istenen husus, alıcının kendi davranışıyla satılanın her hangi bir şekilde bozulmasına, telef ve hasara uğramasına yolaçmasıdır; yoksa alıcının bu davranışlarında bir hukuka aykırılık durumunun gerçekleşmesi aranmaz ve zaten buna da imkân bulunmamaktadır⁵⁸.

Böylece alıcı, kendi fiili sonucu satılanı geri vermeyi ve dolayısıyla satımdan dönme hakkını kullanmayı imkânsızlaştırmış olmaktadır. Dikkatli hareket etseydi ya da dürüstlük kuralına göre kendisinden beklenen ihtimamı gösterseydi satılanın yok olmasını engelleyebileceği durumlarda, alıcı, satım parasının indirilmesi seçimlik hakkını kullanmak zorunda olacaktır⁵⁹.

56) GIGER, *Kommentar*, Art. 206 N. 24.

57) OSER/SCHÖNENBERGER, *Kommentar*, Art. 207 N. 5; GIGER, *Kommentar*, Art. 207 N. 14; STANISLAS, *a.g.e.*, s. 124; FUNK, *a.g.e.*, m. 207 n. 3; MARTIN, *a.g.e.*, s. 47; EDİS, *a.g.t.*, s. 101; TANDOĞAN, *a.g.e.*, c. 1/1, §10, VI, 2, b; FEYZİOĞLU, *a.g.e.*, İkinci kısım, c 1, s. 299; TUNÇOMAĞ, *a.g.e.*, c. 2, s. 168. Ayrıca bkz. KOYUNCUOĞLU, T., *Zarar görenin fiilinin nitelenmesi*, MHAD. 1969 (3), sy. 4, s. 215-221.

58) Bkz. yukarıda dn. 57'de anılan yazarlar; ayrıca bkz. GIGER, *Kommentar*, Art. 207 N. 18.

59) FURRER, *a.g.t.*, s. 66; STANISLAS, *a.g.e.*, s. 124.

Satılanın, alıcının fiili sonucu tamamen yok olmayıp da esaslı surette hasara uğradığı ya da değerinin düştüğü durumlarda da, tamamen telef olmaya ilişkin BK. m. 204 f.2 hükmünün kıyas yoluyla uygulanması imkânı kabul edilmiştir⁶⁰. Zaten BK. m. 204 f.1'de (OR. Art. 207 Abs. 2) açıkça alıcının geri verme borcunun elinde kalan miktarla sınırlı olduğu düzenlenmiştir; fakat BK. m. 204 f.son'da düzenlenen duruma özgü olmak üzere böyle bir hüküm sevk edilmediği görülmektedir⁶¹.

bb. Alıcının satılanı bir başkasına temlik etmesi

Bu durum, BK. m. 204 f.son'da «alıcı onu (satılanı) başkasına temlik ... etmiş ise» şeklinde ifade edilmiştir. Burada «temlik» kavramı geniş anlamıyla alınmalı ve yalnız mülkiyetin geçirilmesi değil, satılan üzerinde bir sınırlı aynı hak tesis edilmesi de (rehin, irtifak gibi) sözleşmeden dönmeye engel sayılmaktadır⁶². Hatta taşınmazlarda, tapu sicilinde ilgili sayfaya bazı kişisel (nisbi) hakların şerh edilmesi de bu madde anlamında «temlik» olarak değerlendirilebilir. Ancak mesafe satımında BK. m. 201 anlamında satılanın sattırılmış olması, buradaki anlamıyla «temlik» sayılmayacaktır^{62a}.

Diğer taraftan satılanın ayıbı bilinerek bir başkasına temlik edilmesi durumunda, alıcının, satımdan dönme hakkından feragat ettiği anlamı çıkarılabilecektir. Böylece satılanın ayıplı olduğunu bilmeden başkasına temlik eden alıcının, ayıptan doğan seçim hakkında her hangi bir sınırlama sözkonusu olmayacaktır⁶³. Aynı şekilde alıcının, satılanın ayıplı olduğunu bilerek de olsa bir başkasına satmak suretiyle temlik ettiği durumlarda, satımdan dönme hakkından kesin olarak vazgeçtiği anlamı yoktur. Sonraki alıcının, satılanı, ayıplı olması sebebiyle sözleşmeden dönerek geri verdiği durumda, sonradan satıcı niteliğini kazanan alıcı da, kendi satıcısına karşı kanun hükümlerine uymak (ayıpların ihbar edilmesi, zamanaşımı gibi) şartıyla sözleşmeden dönme hakkını ya da bir başka seçimlik hakkını kullanabilecektir⁶⁴.

cc. Alıcının satılanın şeklini değiştirmiş olması (tağyir)

Bu durum, BK. m. 204 f.son'da, «alıcı ... (satılanın) şeklini tağyir etmiş ise» şeklinde ifade edilmektedir. Buradaki anlamıyla satılanın «şeklinin tağyir

60) AMAUDRUZ, *a.g.t.*, s. 125; STANISLAS, *a.g.e.*, s. 124-125; FURRER, *a.g.t.*, s. 66; GIGER, *Kommentar*, Art. 207 N. 24-26.

61) Ayrıca bkz. CAVIN, *a.g.e.*, s. 97; GIGER, *Kommentar*, Art. 207 N. 24; TANDOĞAN, *a.g.e.*, c. I/1, §10, VI, 2, a, aa.

62) OSER/SCHÖNENBERGER, *Kommentar*, Art. 207 N. 7; GIGER, *Kommentar*, Art. 207 N. 33; STANISLAS, *a.g.e.*, s. 125; FUNK, *a.g.e.*, m. 207 n. 3; TANDOĞAN, *a.g.e.*, c. I/1, §10, VI, 2, b; EDİS, *a.g.t.*, s. 102.

62a) Bkz. yukarıda §3, IV, 3, c.

63) GIGER, *Kommentar*, Art. 207 N. 50 vd.; STANISLAS, *a.g.e.*, s. 125.

64) STANISLAS, *a.g.e.*, s. 125. Ayrıca bkz. aşağıda dn. 172 ve metni.

edilmesi», işleme, birleştirme ya da karıştırma⁶⁵ suretiyle gerçekleşebilir. Satılanın ayıplı olup olmadığının anlaşılmasını sağlamak üzere yapılan muayene sonucunda değişikliğe uğraması durumunda, alıcının seçim hakkında her hangi bir sınırlama sözkonusu değildir⁶⁶.

Aynı şekilde maldan sadece faydalanma ve önemsiz bir değişiklik, özellikle muayeneden doğmakta ise, belki alıcı için bir giderim (tazmin) yükümlülüğü doğabilir (de minimis non curat praetor); burada, satılanın esaslı değişmesi sözkonusu değildir⁶⁷.

Satılanın sarf ve istihlâk edildiği durumlarda, ayıbı ispat etme imkânı var ve satılanı muayene ile ayıpları ihbar külfetleri yerine getirilmiş ise, tükenmenin ayıbı ileri sürme iddiasından feragat anlamına geldiğini gösteren olaylar da yoksa, yine alıcı, BK. m. 204 f.son hükmüne göre satım parasının indirilmesi seçimlik hakkını kullanabilmelidir⁶⁸. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi de, alıcının ayıba rağmen satılanı kullanmasında, onun satımdan dönme hakkından feragat anlamı taşıyan delâlet edici bir fiil (acte concludant) niteliği görmektedir⁶⁹.

e. Satım konusunun birden fazla şeyi kapsadığı satımlarda ve ardarda teslimli satımlarda alıcının seçim hakkının sınırları

BK. m. 206'da yeralan düzenlemeye göre, alıcının sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasına ilişkin olarak uygulanması gereken kural ve istisnası hükme bağlanmıştır. Bu hükmün, alıcının seçim hakkının sınırlarını belirten bir hüküm olarak değerlendirilmesi gerektiğini düşünmekteyiz. O halde aşağıdaki açıklamalarımız, bu görüş açısından yapılacaktır. Yine burada ardarda teslimli satımlarda⁷⁰ alıcının seçim hakkını nasıl kullanması lâzım geldiği konusu üzerinde de durulacaktır.

aa. Alıcının seçim hakkını sadece ayıplı satım konusu şeyler hakkında kullanması gerektiği prensibi

Bu durum, alıcının satımdan dönme hakkının sınırı olarak, BK. m. 206 f.1'de şu şekilde ifade edilmiştir: «Birden ziyade şey veya parça birlikte satıl-

65) Bu kavramlar için bkz. OĞUZMAN/SELİÇİ, a.g.e., s. 566-568.

66) EDİS, a.g.t., s. 102.

67) JAEGER, a.g.t., s. 101; OSER/SCHÖNENBERGER, Kommentar, Art. 207 N. 10.

68) TANDOĞAN, a.g.e., s. 1/1, §10, VI, 2, b. Karş. Yarg. Tic. D., 19.6.1956 t.li, 659/1761 s.li k. (OLGAÇ, a.g.e., n. 103).

69) BGE 105 II 90: JdT 1979 I 288.

70) Bu konuda bkz. KUNTALP, E., Ard arda teslimli satım akdi, Ankara 1968, s. 8 vd..

miş olup da bunlardan bazısı ayıplı çıktığı halde fesih, ancak ayıplı çıkanlar hakkında dâva olunabilir». Buradaki sınırlamaların, alıcının diğer seçimlik hakları için de geçerli olduğu düşüncesindeyiz. Örneğin alıcı, satım parasının indirilmesi yolunu seçmişse, sadece ayıplı kısma isabet eden satım parasından bir indirim yapılması sözkonusu olacaktır; ya da o (alıcı), satılanın değiştirilmesi hakkını kullanmayı tercih etmişse, sadece ayıplı kısmın ayıpsız misliyle değiştirilmesi imkânı gerçekleşecektir.

Bu hükümde geçen satılanın ayıplı parçalarının bulunmasından maksat, satılanın fizikî olarak ayrılabilen bütün parçaları olarak değil fakat ticarî teâmüle uygun şekilde emtia grupları tarzında değerlendirilmesi imkânının bulunmasıdır; örneğin ticarî hayatta bir düzine eldiven ve kravat, 120 düzine yumurta gibi durumlar, emtia grupları olarak anlaşılmaktadır⁷¹.

Burada başlıca şu konular üzerinde durulması gereği vardır:

(i) Birbirinden ayrı (bağımsız) şeyler, aynı satım sözleşmesinin konusu oluşturabilir (*zusammenverkauften Sachen*). Burada objektif olarak bir bütün oluşturmayan şeylerin, alıcıya, aynı satım sözleşmesinin ifası olarak teslimi edilmesi durumu sözkonusudur. O halde birden fazla satılan bulunduğuna göre, alıcı, seçim hakkını sadece ayıplı olan parçalar hakkında kullanacaktır; örneğin o (alıcı), sadece ayıplı satılanlar için sözleşmeden dönme imkânına sahiptir⁷².

(ii) Yine birden fazla şey bir eşya birliği teşkil etmek suretiyle satım sözleşmesinin konusunu oluşturabilir (*verkaufte Gesamtsache*). Bir koyun ya da sığır sürüsü, bir kütüphane dolusu kitap, bir depo dolusu emtia örnek olarak gösterilebilir. Bu şekilde satılan parçalarından bazılarının ayıplı olması durumunda, alıcı, ayıp dolayısıyla sahip olduğu seçim hakkını sadece ayıplı parçalar için kullanabilecektir⁷³.

Burada açıklanan bu iki ihtimalde de, örneğin alıcı sözleşmeden dönme hakkını kullanmışsa, satıcının geri verme yükümlülüğünde olduğu satım parası miktarının, ayıplı şeylerle sözleşmeye uygun şeylerin arasında değerlerine göre yapılacak bir hesap dökümüne başvurulması suretiyle belirlenmesi lâzım gelecektir⁷⁴.

(iii) *Ardarda teslimli satım sözleşmelerinde* alıcının seçim hakkını kullanması da, BK. m. 206 f.1 hükmü çerçevesinde olacaktır. Şu halde alıcı, münferit

71) STANISLAS, a.g.e., s. 126-127.

72) STANISLAS, a.g.e., s. 127.

73) STANISLAS, a.g.e., s. 127; BGE 91 II 356: JdT 1966 I 258.

74) BGB §471'e göre, tek bir fiyatla birçok eşyanın satımında, dönme, sadece bu eşyadan birkaçını konu edinmekteyse; toplam fiyattan ayıpsız eşyanın değerinin indirileceği öngörülmüştür. Ayrıca bkz. STANISLAS, a.g.e., s. 127.

bir teslim konusunun ayıplı olmasından dolayı yalnız bu şey bakımından sözleşmeden dönme hakkını ya da başka bir seçimlik hakkı kullanacaktır^{74a}.

bb. Alıcının seçim hakkını satılanın tümü hakkında kullanma zorunda olması

Bazı durumlarda alıcı, seçim hakkını, sadece satım konusu şeylerin ayıplı olanlarını kapsayacak şekilde kullanma imkânına sahip değildir ve böylece ayıpsız parçalarla birlikte tüm satım konusunun seçim hakkına konu yapılması gereği ortaya çıkmaktadır. Şöyle ki:

(i) *Satım konusunu birbirinden ayrılması kabul edilemeyen birden fazla eşyanın oluşturması*

Bu konuya ilişkin olarak BK, m. 206 f.2'de şöyle denilmektedir; «Şu kadar ki ayıplı kısmın diğerinden tefriki alıcıya veya satıcıya ehemmiyetli bir zarar husule gelmeksizin mümkün olmazsa, feshin bütün satılana teşmili zaruri olur». Burada iki durumun birbirinden ayırt edilerek incelenmesi lazımdır :

(a) İlk olarak, satılanı teşkil eden birden fazla şeyin ya da bir eşyanın parçalarının birbirinden ayırt edilmesi, sözleşme taraflarından birinin önemli ölçüde zarara uğramasına yolaçabilir. Bu duruma örnek olarak bir porselen çay takımının bir parçasının veya birlikte terbiye edilmiş bir çift koşum atından birinin ayıplı olması gösterilebilir⁷⁵. Burada sözleşme taraflarının makul ihtiyaç ve çıkarları gözönünde tutularak bir değerlendirme yapılmalıdır⁷⁶.

Ayıplı şeylerin ya da parçaların ayıpsız kısımdan ayırt edilmesinin çok fazla zaman harcanmasına yolaçtığı durumlarda da, alıcı, BK. m. 204 f.2 hükmü sonucu, seçim hakkını satılanın tümünü kapsayacak şekilde kullanabilmelidir⁷⁷.

(b) İkinci olarak, birden fazla satılanın ya da satılanın çeşitli parçalarının, sözleşmenin kurulması sırasındaki tarafların iradesine göre aynı hukukî kaderi paylaşmakta olması ihtimali gerçekleşebilir. Tarafların muhtelif parçalar için toptan bir satım parası kararlaştırmaları, böyle bir iradelerinin varlığına belirti teşkil eder^{77a}. Seçim hakkının tüm satılan için kullanılması gerektiğini iddia eden taraf, bunun şartlarının gerçekleştiğini de ispat yükündedir⁷⁸.

74a) OSER/SCHÖNENBERGER, *Kommentar, Art. 209 N. 2; STANISLAS, a.g.e., s. 127.*

75) OSER/SCHÖNENBERGER, *Kommentar, Art. 209 N. 2; STANISLAS, a.g.e., s. 127.*

76) GIGER, *Kommentar, Art. 209 N. 10; FURRER, a.g.t., s. 70; STANISLAS, s. 128.*

77) BGE 34 II 701.

77a) STANISLAS, *a.g.e. s. 128.*

78) STANISLAS, *a.g.e., s. 128.*

(ii) *Ardarda teslimli satımlarda teslimlerden bazılarının ayıplı malları konu edinmesi*

BK. m. 204 f.2 hükmü, ardarda teslimli satımlarda pek ender olarak uygulama alanı bulabilecektir. Ancak ayıplı teslimlerin, ilerideki teslimlerin de ayıplı olacağı sonucunun çıkarılmasına yolaçtığı durumlarda, alıcı, sözleşmenin tamamını kapsayacak şekilde seçim hakkını kullanabilecektir^{78a}. Doktrinde bu ihtimal, sözleşmenin müspet ihlâli olarak nitelendirilmektedir^{78b}.

(iii) *Satım konusunun asıl şey ve fer'i şeylerden (teferruattan) oluşması*

BK. m. 206 f.son'a göre «satılanın aslı hakkında satımın feshi, ayrı semen beyan edilerek satılmış olsa bile ferilerine de şâmil olur; amma feriler hakkındaki fesih satılanın aslına şâmil olmaz».

Burada, bu kanun hükmünde, aslî şeyler ve fer'i şeyler hakkında her hangi bir açıklık getirilmiş değildir. Fer'i şeylerle, sadece dar anlamıyla teferruatı değil (Zügehör) fakat durumlara göre asıl şey olmaksızın satılması ya da satın alınması mümkün olmayan başka şeyleri de anlamak, yani ikincil nitelikteki şeyleri de (Nebensache) bu kavrama dahil etmek lâzımdır⁷⁹.

Satılan mallar arasında asıl şey -fer'i şey ilişkisinin mevcut olup olmadığı hususu, bir malın diğer mala tâbiyet derecesine bağlıdır. Genellikle bir mal ile diğeri arasında hukuken bağlılık olması, her şeyden önce bu mallar arasında iktisadî bakımdan bir bağlılık bulunmasının sonucudur⁸⁰. Asıl şeyler ve fer'i şeyler arasındaki ilişkinin, genel bir tarzda somut olayın özelliklerine göre değerlendirilmesi gereği vardır⁸¹. Bu suretle, ata nazaran başlık takımı, resme nazaran -kural olarak- çerçeveler, fer'i şey niteliğindedir⁸². Böyle bir durumda satılanın aslı hakkında ayıpları sebebiyle seçim hakkının kullanılması durumunda, satılanın fer'i niteliğindeki şeyler de -ayıpsız olsalar bile- asıl şeyin hukukî kaderine tâbi olurlar.

f. *Taşınmaz satımında ölçü eksikliğinin gerçekleşmesi durumunda alıcının sadece tazminat isteme hakkını kullanabilmesi*

Taşınmaz satımı sözleşmesinde, BK. m. 215'e göre öngörülen şartlar içinde, satıcı alıcıya karşı ölçü eksikliklerinden dolayı tazminat ödeme yükümlülü-

78a) STANISLAS, a.g.e., s. 129.

78b) BECKER, Kommentar, Art. 209 N. 6; GIGER, Kommentar, Art. 209 N. 14; BGE 26 II 11: JdT 1901 I 291; BGE 28 II 503: JdT 1903 I 354. Sözleşmenin müspet ihlâli kavramı için bkz. STANISLAS, a.g.e., s. 100; ARAL, a.g.e., s. 54.

79) BECKER, Kommentar, Art. 209 N. 3; STANISLAS, a.g.e., s. 129.

80) OSER/SCHÖNENBERGER, Kommentar, Art. 209 N. 4.

81) FURRER, a.g.t., s. 70.

82) OSER/SCHÖNENBERGER, Kommentar, Art. 209 N. 4.

ğü altına girmektedir⁸³. Bu konuda alıcının, satıcıya karşı diğer seçimlik haklarından birini seçerek kullanıp kullanamayacağı hususu doktrinde tartışmalıdır.

Gerçekten Yargıtay'ın bir kararına göre, alıcı, ölçü eksikliğinin gerçekleşmesi durumunda satımdan dönme hakkını kullanamaz⁸⁴. *Bilge*, eksik çıkan miktarın önemine ve tarafların amacına göre sözleşmeden dönme imkânının da tanınması gerektiği görüşündedir⁸⁵. *Piotet*'ye göre, ölçü eksikliği durumunda, alıcı, BK. m. 24 f.1 b.4'e ya da BK. m. 20 f.2'ye dayanarak sözleşme ile kısmen bağlı olmadığını ileri sürebilir ve ayrıca satım parasının indirilmesi şeklindeki seçimlik hakkını kullanabilir; eğer alıcı, bu durumda, MK. m. 917'ye dayanarak Hazine'ye karşı dava açarsa, Hazine, onun BK. m. 24 f.1 b.4'e göre satıcıyı sorumlu tutması gerektiğini ileri sürebilmelidir⁸⁶. *Tandoğan* da, bu sonucunu görüşü destekleyerek, alıcı için, zaten BK. m. 23 vd.na, özellikle m. 24 b.3'e veya m. 24 b.4'e göre sözleşme ile bağlı olmadığını ileri sürme imkânının bulunduğunu savunmaktadır⁸⁷. *Cavin* ise, her hangi bir tartışmaya girmeksizin, alıcının sadece satım parasının indirilmesi seçimlik hakkını kullanabileceğini yoksa sözleşmeden dönemeyeceğini yazmaktadır; fakat onun (alıcının), esaslı hata ya da hile gibi irade sakatlıklarına dayanan hakları saklıdır⁸⁸.

Görüşümüze göre, bu konuya ilişkin olarak BK. m. 215'de sadece satıcının alıcıya tazminat ödemekle yükümlü olduğundan sözedilmektedir. Yukarıda anılan yazarların, bu hükümle ilgili olarak değişik görüşler ileri sürmelerinin sebebinin, alıcının ayıptan dolayı tazminat isteme gibi bağımsız bir seçimlik hakkının bulunduğu dikkat etmemeleri olduğunu düşünmekteyiz. Şu halde alıcı, BK. m. 215 hükmünün uygulanmasında sadece tazminat isteyebilecektir; bunun dışında, bir başka seçimlik hakka sahip değildir. Örneğin alıcının sözleşmeden ayıp sebebiyle dönme hakkı bulunmayacaktır. Ancak alıcının ölçü eksikliği durumunda uğradığı zararların içinde fazla satım parası ödemesi veya ödeme borcuna girmesi de vardır; alıcı, pekâlâ satım parasının indirilmesi seçimlik hakkını kullanarak bu zararını karşılayabilecektir. Bu miktarı aşan zararları için de, onun (alıcının), tazminat isteme hakkı sözkonusu olacaktır. Böylece burada bir ölçüde alıcının sadece satım parasının indirilmesi seçimlik hakkının bulunduğu görüşüyle savunduğumuz düşünce arasında bir paralellik ku-

83) *Bu konuda bkz. yukarıda §1, V, 2, a. BK. m. 215'in tapusuz taşınmazlar hakkındaki satımlarda uygulanmayacağı konusundaki bkz. Yarg. HGK., 23.12.1981 t.li, 13-2758/852 s.lı k. (EGEMEN ve arkadaşları, a.g.e., s. 457).*

84) *Yarg. 1. HD., 22.12.1949 t.li, 8270/5292 s.lı k. (TANDOĞAN, a.g.e., §12, dn. 130 ve ona ait metin).*

85) *BİLGE, a.g.e., s. 87.*

86) *PIOTET, P., Annulation pour erreur de la vente d'un immeuble dont la surface est différente de celle qu'indique le registre foncier, JdT 1981 I 545 vd..*

87) *TANDOĞAN, a.g.e., §12, VIII, 1.*

88) *CAVIN, a.g.e., s. 135.*

rumuş olmaktadır. Fakat BK. m. 215, metni itibarıyla, bizi burada alıcının sadece tazminat isteme şeklinde bir seçimlik hakka sahip olduğu fikrini kabule zorlamaktadır^{88a}.

4. Alıcının seçim hakkını kullanmasının tâbi olduğu süre ve hükümleri

a. Alıcının seçim hakkını kullanmasının tâbi olduğu kanunî süreler ve hükümleri

BK. m. 207 f.1'e göre «satıcı daha uzun müddet için kefalet etmemiş ise satılan ayıba karşı tekeffülden mütevellit her türlü dâva, satılardaki ayıp daha sonra meydana çıksa bile, alıcıya teslim vukuundan itibaren bir sene geçmekle sâkit olur». Bu süre ticarî satımlar için altı ay (TK. m. 25 b. 4); taşınmazlarda ise, binalara ilişkin ayıplar sebebiyle tekeffülde beş yıldır (BK. m. 215 f.son).

Bu hükümlerden BK. m. 207 f.1'de ve BK. m. 215 f.son'da «sâkit olma» sözleri kullanılmış olmasına rağmen, bu sürelerin zamanaşımı süreleri olduğu hususu herkesçe kabul edilmektedir⁸⁹. Zaten TK. m. 25 b.4'de açıkça bir zamanaşımı süresinin söz konusu olduğu belirlenmiştir. Bu konuda, alıcının seçim hakkının yenilik doğuran hak niteliğinde olduğunu savunan görüşler de, bir hak düşümü süresi bulunmadığı fikrine katılmaktadırlar^{89a}. O halde zamanaşımının kesilmesini ve durmasını düzenleyen kanun hükümleri (BK. m. 132-136), burada da uygulama alanı bulacaktır⁹⁰. Zamanaşımına uğramış bir borç da, tabii borç haline dönüşecektir⁹¹. Hâkim, bu sürenin geçtiğini kendiliğinden (re'sen) gözönünde tutamayacaktır^{91a}. Bununla beraber buradaki zamanaşımı süresinin özelliği şu noktadır: Bu zamanaşımının temeli, hikmeti, hakkın kullanılmasında hak sahibinin gösterdiği bir ihmâl değildir. Çünkü burada zamanaşımı, aşağıda görüleceği gibi, alıcının hakkının varlığını bilmesinden önce başlayabilmektedir^{91b}.

88a) Bkz. ve karşı BK. m. 215'in mehzû olan OR. Art. 219'un almanca ve fransızca metinleri. Ayrıca bkz. KELLER/LÖRTSCHER, a.g.e., s. 117.

89) Örnek olarak bkz. OSER/SCHÖNENBERGER, Kommentar, Art. 210 N. 2; BECKER, Kommentar, Art. 210 N. 1; GIGER, Kommentar, Art. 210 N. 9; STANISLAS, a.g.e., s. 158; STAUDER/STAUDER, a.g.m., s. 185; GUHL/MERZ/KUMMER, a.g.e., s. 336; CAVIN, a.g.e., s. 105; JAEGER, a.g.e., s. 129; KATZ, a.g.t., s. 80; HEIM, a.g.t., s. 24; TANDOĞAN, a.g.e., c. I/1, §10, X; KELLER/LÖRTSCHER, a.g.e., s. 95.

89a) Bkz. yukarıda dn. 4'de anılan yazarlar.

90) STANISLAS, a.g.e., s. 158; TANDOĞAN, a.g.e., c. I/1, §10, X.

91) GIGER, Art. 210 N. 11; ENGEL, s. 45; STANISLAS, s. 158; TANDOĞAN, §10, X.

91a) STANISLAS, a.g.e., s. 158 dn. 2'nin sonu.

91b) OSER/SCHÖNENBERGER, Kommentar, Art. 210 N. 2.

Alıcının bütün seçimlik hakları, yukarıda öngörülen sürelerin geçmesiyle zamanlaşımına uğrayacaktır⁹². Örneğin aşağıda görüleceği gibi alıcının BK. m. 96 hükmü çerçevesinde tazminat istediği durumlarda da tazminat isteme hakkı, buradaki zamanlaşımı sürelerine tâbidir⁹³. Satıcının hilesine ilişkin yaptığımız yorum tarzı benimsendiğinde, bu sonucun, alıcının (tüketicinin) aleyhine bir sonuç olmadığı da kolaylıkla görülecektir⁹⁴.

Burada alıcının seçim hakkının tâbi olduğu zamanlaşımı süreleri bakımından sırasıyla, zamanlaşımı süresinin başlangıcı ve hesaplanması, zamanlaşımı süresinin durması ve kesilmesi, sözleşme ile zamanlaşımı sürelerinin değiştirilmesi konuları üzerinde durulacaktır.

aa. Zamanlaşımı süresinin başlangıcı ve hesaplanması

BK. m. 207 f.1'de öngörülen zamanlaşımı süresinin, satılanın alıcıya ifa olarak teslim edilmesi tarihinden itibaren; BK. m. 215 f.son'da öngörülen zamanlaşımı süresinin de, taşınmazın mülkiyetinin geçirilmesinden⁹⁵ başlayarak işleminin sözkonusu olacağı düzenlenmiş bulunmaktadır. TK. m. 25 b.4'de öngörülen süre için bir başlangıç tarihi belirtilmiş değildir; bu durumda da, bu başlangıç tarihinin BK. m. 207 f.1'e göre tesbit olunacağı hususu herkesçe kabul edilmektedir⁹⁶. O halde zamanlaşımı süresinin işlemeğe başlaması açısından, alıcının satılanın ayıplarını öğrenmesi tarihinin hiçbir önemi bulunmamaktadır⁹⁷. Ancak geciktirici şarta bağlı olarak yapılan satımlarda, zamanlaşımı süresi, satılanın önceden teslim edildiği durumlarda teslim tarihinden değil sözleşmede kararlaştırılan geciktirici şartın gerçekleşmesi tarihinden işlemeğe başlayacaktır⁹⁸. Ardarda teslimli satımlarda ise, her bir teslimden sonra o teslim için zamanlaşımı sürelerinin işlemeğe başlaması sözkonusu olacaktır⁹⁹.

Burada satılanın tesliminden ne anlaşılmalı gerektiği, kanunda açıklanmış değildir. Genellikle kabul edilen görüşe göre, satılanın sözleşmeyi ifa etmek iradesiyle alıcının tasarrufu altına konulduğu bütün durumlarda teslim durumu gerçekleşmiş olacaktır. O halde teslim için alıcının, satılanın niteliklerini gözden geçirebilecek şekilde satılan üzerinde fiilî yetki kazanmış olması lâzım-

92) von BÜREN, *Bd. I*, s. 384; BECKER, *Kommentar*, Art. 210 N. 7.

93) STANISLAS, s. 158; BGE 58 II 210, 63 II 401, 77 II 423, 89 II 406, 90, 87.

94) STANISLAS, s. 158; BGE 58 I 210, 63 II 401, 77 II 423, 89 II 406, 90, 87.

95) *Bkz. yukarıda §2, VII, 3, d, aa. Karş. SEROZAN, a.g.e., s. 322 ve dn. 149.*

96) *Taşınmaz mülkiyetinin kazanılma anı konusunda bkz. YAVUZ, c. 1, s. 137.*

96) *Bu konuda bkz. POROY, a.g.e., s. 117.*

97) STANISLAS, a.g.e., s. 159.

98) OSER/SCHÖNENBERGER, *Kommentar*, Art. 210 N. 4.

99) GIGER, Art. 210 N. 39; OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 210 N. 4; BECKER, Art. 210 N. 3; FURRER, a.g.t., s. 87.

dır¹⁰⁰. Satılanın bir taşıyıcıya ya da alıcının temsilcisine teslim edilmiş olması yeterli olacaktır¹⁰¹. Hatta satıcının alıcının talimatlarına göre satılan üzerinde tasarrufta bulunduğu ve satılanı alt alıcıya gönderdiği durumlarda da teslimin gerçekleştiği kabul edilmektedir¹⁰².

bb. Zamanaşımı süresinin kesilmesine ve durmasına ilişkin hükümlerin uygulanması

Alıcının ayıplara ilişkin haklarının tâbi olduğu süre, gerçek bir zamanaşımı süresi olduğuna göre; Borçlar Kanununun genel zamanaşımını kesen ve durduran sebeplere ilişkin düzenlemesi, alıcının haklarını kullanması hakkında da uygulanacaktır. Örneğin satıcının ayıpları giderme taahhüdünde bulunması, hatta sadece bir zımî taahhüdün (yani sonuçlandırıcı vakialardan çıkarılabilecek bir taahhüdün) bulunduğu durumlarda bile, zamanaşımını kesecektir; çünkü satıcı, bu taahhüdüyle ayıba karşı tekeffül borcunu tanımış olmaktadır (BK. m. 133 b.1)¹⁰³.

Alman hukukunda BGB §477 Abs.3'e göre, alıcının seçimlik haklarından birine ilişkin olarak zamanaşımının durması ya da kesilmesi, diğer hakları bakımından da zamanaşımının durmasını ya da kesilmesini sonuçlandıracaktır. Bir görüşe göre bu çözüm şeklinin, İsviçre ve Türk hukukları açısından da kabul edilmesi imkânı vardır. Böylece örneğin alıcının sözleşmeden dönme seçimlik hakkını kullandığında, zamanaşımının kesilmesi ya da durması, sadece sözleşmeden dönme hakkında değil fakat satım parasının indirilmesi, ayıplı satılanın değiştirilmesi, ayıp sebebiyle uğranılan zararın tazmin edilmesi, satılanın ayıplarının giderilmesi (onarılması) bakımından da gerçekleşecektir¹⁰⁴. Özellikle alıcının seçim hakkını satıcının muvafakatiyle ya da dava yoluyla kullanması gerektiğini savunan görüşler açısından bu sonucun uygulama alanı oldukça geniştir. Örneğin alıcı, davasında önceden satım parasının indirilmesi seçimlik hakkını kullandığı halde, bu dava henüz sonuçlanmadan seçimlik hakkını değiştirebilir; bu durumda ilk seçimlik hak bakımından gerçekleşen zamanaşımının durmasının ya da kesilmesinin, diğer seçimlik haklar bakımından da aynı etkiyi meydana getirmesi sözkonusu olacaktır¹⁰⁵.

Ancak bizim katıldığımız, alıcının seçim hakkının yenilik doğuran hak olduğu görüşü açısından, BGB §477 Abs.3 hükmünün, hukukumuz açısından uygulanmasında bu kadar ileri gidilebilmesi imkânı bulunmamaktadır. Çünkü alı-

100) STANISLAS, a.g.e., s. 159.

101) BAUR, a.g.t., s. 69-70.

102) Bkz. Cour de justice de Genève, Sem. jud. 1953, s. 102.

103) OSER/SCHÖNENBERGER, Kommentar, Art. 210 N. 7; BECKER, Kommentar, Art. 210 N. 1; GIGER, Kommentar, Art. 210 N. 16.

104) STANISLAS, a.g.e., s. 160.

105) STANISLAS, a.g.e., s. 160.

cının seçim hakkının yenilik doğuran hak olduğunun kabul edilmesiyle birlikte, alıcı, bir defa yöneltilmesi ve varması gerekli irade açıklamasıyla seçim hakkını kullanmışsa, bir daha bu kullanmadan vazgeçerek bir başka seçimlik hakkını ileri süremeyecektir; alıcının seçim hakkını kullanmasıyla, onun bu seçim hakkı sona ermektedir.

Fakat alıcının seçim hakkının kanun hükümleriyle sınırlandığı ve seçim hakkı sahibi alıcının da, böyle bir sınırlamanın varlığını bilmediği ve bilmesinin de gerekmediği durumlarda, onun seçtiği yol için zamanaşımının kesilmesi ya da durması, kanun hükmü gereği seçmek zorunda olduğu yeni seçimlik hak için de hükümlerini doğuracaktır. Aksi halde örneğin alıcının sözleşmeden döndüğü bir ihtimalde, sonradan satıcının karşı savunması üzerine hâkimin satım parasının indirilmesine karar vermesi mümkündür ve bu durumda da, sözleşmeden dönme için gerçekleşen zamanaşımının kesilmesi veya durması, satım parasının indirilmesi için de etkisini gösterecektir^{105a}. İsviçre Federal Mahkemesinin kabul ettiği gibi, alıcının, haklarını korumak için, onların zamanaşımına uğramalarını önlemek amacıyla her bir hakkını ayrı ayrı dava ya da takip etme zorunda olması, hakların tasfiyesini tahammül edilmez şekilde karmaşık hale getirmek olacaktır. Satıcının böyle bir karmaşıklıkta sahip olabileceği bir meşru yararı da yoktur¹⁰⁶.

Bu konuya ilişkin olarak şöyle bir düşünce de ileri sürülmektedir: Burada aynı hukukî sebepten doğan farklı muhteva ve nitelikteki haklar sözkonusudur. Farzedelim ki satım parasının geri verilmesi talebiyle birlikte sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasının sonuçlarını konu edinen bir dava açılmış ya da satım parasının geri verilmesine ilişkin bir takip yapılmış olsun. Bu örnekte sözleşmeden dönme hakkı için olduğu kadar satım parasının indirilmesi ya da tazminat isteme gibi diğer seçimlik haklar için de zamanaşımının kesilmesi sonucu meydana gelecektir; ancak burada zamanaşımının kesilmesi, zamanaşımını kesen muamelede talep olunan meblağa kadar olacaktır. Aksi durumda, yani satımdan dönme dışında bir seçimlik hakkı kullanmış olan alıcı, sözleşmeden dönme şeklinde bir irade açıklamasında bulunmadığı için, diğer haklarına ilişkin bir zamanaşımını kesen ya da durduran bir durumun gerçekleşmesi sebebiyle sözleşmeden dönme hakkının da aynı sonuçtan etkileneyeceği iddiasında bulunamayacaktır¹⁰⁷. Ancak bu görüşte, alıcının, önceden kullandığı seçimlik haktan vazgeçerek yeni bir seçimlik hakkı nasıl ileri sürebileceği hususu, açıklığa kavuşturulmuş değildir. Kanaatimizce alıcı, ya satıcı ile anlaşmak suretiyle önceden kullandığı seçimlik hakkın hükümlerini ortadan kaldıracak ya da kanun hükümlerinin getirdiği sınırlamaların sonucu olarak başka bir seçimlik hak-

105a) *CAVIN, a.g.e., s. 104.*

106) *BGE 96 II 181.*

107) *CAVIN, a.g.e., s. 104.*

kı kullanmak zorunda olacaktır. İlk durum, burada ele aldığımız konuyu ilgilendirmemektedir. İkinci duruma ilişkin olarak da böyle bir sınırlamanın ileri sürülebileceği düşüncesinde değiliz; çünkü burada kanun hükümleri gereği alıcının başka bir seçimlik hakkı kullanması sözkonusu olmaktadır.

Ayrıca belirtmelidir ki başlangıçta kullanılan seçimlik hakkın dayandığı ayıptan başka bir ayıba dayanılarak seçimlik hak kullanılması durumunda, başlangıçtaki hakkın kullanılması için gerçekleşen zamanaşımının kesilmesi ve durması sebepleri, sonraki seçimlik hak kullanılması durumları için hüküm ve etki doğurmayacaktır¹⁰⁸.

cc. Tarafların sözleşme ile zamanaşımı süresini değiştirmeleri ve hükmü

Satım sözleşmesinin tarafları, bazı durumlarda (satıcının belirli süreleri kapsayacak şekilde garanti taahhütleri altına girdiği durumların dışında) zamanaşımı sürelerini değiştirebilmeleri imkânına sahiptirler. BK. m. 207 f.1, bu açıdan, zamanaşımı sürelerinin sözleşme ile değiştirilemeyeceği esasını getiren BK. m. 127'nin bir istisnası olmaktadır¹⁰⁹.

BK. m. 210 f.1'de sadece tarafların zamanaşımı süresini uzatması imkânından söz etmektedir. Burada karşımıza iki sorun çıkmaktadır. İlk olarak, tarafların zamanaşımı süresini uzatmalarının bir üst sınırı var mıdır? Bir görüşe göre, burada BK. m. 125 hükmü gözönünde tutularak, tarafların bu uzatma yetkisinin en fazla on yıla kadar olacağı kabul edilmektedir¹¹⁰. Bizim de katıldığımız bir başka görüşe göre ise, bu durumda, BK. m. 125 hükmünün bir üst sınır getirdiği kabul edilemez; zamanaşımı süresinin sözleşme ile uzatılmasının bir üst sınırı bulunmamaktadır¹¹¹. Ancak TK. m. 25 b.4'e göre, ticarî satımlarda altı aylık zamanaşımı süresinin uzatılabilmesi imkânı kabul edilmemiştir¹¹². İkinci olarak da, BK. m. 207 f.1 hükmüne rağmen buradaki zamanaşımı süresinin kısaltılabilmesi imkânı var mıdır? Nitekim TK. m. 25 b.4'e göre zamanaşımının kısaltılabilmesi imkânı öngörülmektedir. Bir görüşe göre, BK. m. 207 f.1 (OR. Art. 210 Abs. 1), tarafların sadece zamanaşımı süresini uzatabilmeleri yetkisinden söz etmektedir; bu sebeple sözleşme ile bu sürenin kısaltılabilmesi imkânının varlığı kabul edilemez¹¹³. Bizim de katıldığımız bir başka görüşe göre, tarafların buradaki zamanaşımı süresini kısaltabilmeleri imkânı mevcuttur; çün-

108) FURRER, *a.g.t.*, s. 88; STANISLAS, *a.g.e.*, s. 161.

109) STANISLAS, *a.g.e.*, s. 161.

110) OSER/SCHÖNENBERGER, *Art. 210 N. 6*; GIGER, *Art. 210 N. 43*; STANISLAS, *a.g.e.*, s. 161; FURRER, s. 87; CAVIN, s. 105; TANDOĞAN, *c. I/1, §10, X*; von TUHR/ESCHER, *a.g.e.*, §80, *dn. 55*.

111) BAUR, *a.g.t.*, s. 73.

112) POROY, *a.g.e.*, s. 123.

113) BAUR, *a.g.e.*, s. 73.

kü -yukarıda görüldüğü gibi¹¹⁴ BK. m. 196'ya göre tarafların sözleşme ile ayıba karşı tekeffül sorumluluğunu sınırlayabilmeleri veya kaldırabilmeleri mümkün olduğuna göre, BK. m. 207 f.1'de öngörülen zamanaşımı süresini de kısaltabilecekleri kabul olunmalıdır¹¹⁵. Ancak burada süre kısaltılması, alıcının seçimlik haklarını kullanma imkânını ortadan kaldırarak derecede olmamalıdır. Aksi halde, bu sürenin, dürüstlük kuralına göre münasip bir süreye dönüştürülmesi gereği ortaya çıkar¹¹⁶.

Bazı durumlarda da, sözleşme tarafları, zamanaşımı süresinin başlangıcını, ayıbın ortaya çıkması gibi belirli bir olayın gerçekleşmesi şartına bağlayabilirler. Diğer taraftan buradaki zamanaşımının değiştirilmesine ilişkin tarafların anlaşması, sadece taraflarca belirlenmiş olan ayıplar içindir; diğer durumlarda yine kanunî zamanaşımı süresinin uygulanması sözkonusu olacaktır¹¹⁷. Ancak tarafların, böyle bir belirleme yapmaksızın da zamanaşımı süresinin değiştirilmesine ilişkin anlaşma yapmaları imkânı mevcuttur. Bu sonuçların, BK. m. 215 f.son'da öngörülen süre için de kabul edilmesi lâzımdır.

b. Satıcının garanti taahhütlerinin zamanaşımı süresine etkisi

Yukarıda belirlendiği gibi¹¹⁸ taşınır ve taşınmaz eşya satımlarında, uygulamada, özel garanti taahhütlerine yer verilmektedir. Örneğin bir satıcı, iki yıl süreli olmak üzere garanti taahhüdünde bulunabilir. Bu garanti süresinin (Garantiefrist), özellikle zamanaşımı süresi ile ilişkisi bakımından anlamının ortaya konması, oldukça karmaşık bir sorundur¹¹⁹. Tarafların garanti süresi hakkındaki anlaşması, durumun özelliklerine göre, farklı bir anlam taşıyabilir. Burada garanti süresi ile varılmak istenilen amaca bakılarak her özel durumun yorumlanması lâzımdır. O halde, bu konuda taraflar arasındaki anlaşmanın içeriği, bu sürenin anlamının saptanmasında başvurulması gereken ilk ölçüt durumundadır¹²⁰.

Böylece, garanti süresi, istisnaî olarak da olsa, ayıpları ihbar süresi olarak (Rügefrist) değerlendirilebilecektir. Bu ihbar süresi, bir hak düşümü süresidir¹²¹. Bu durumda zamanaşımı süresi uzatılmış olmaktadır; yani, ayıpları ihbar süresinin üç yıl olarak uzatılması durumunda, zamanaşımı süresi, iki yıl

114) *Bkz. yukarıda* § 2, VII, 3.

115) *CAVIN, a.g.e., s. 105 ve dn. 32; GIGER, Art. 210 N. 44; STANISLAS, s. 161; TUNÇOMAĞ, a.g.e., c. 2, s. 194; TANDOĞAN, a.g.e., c. 1/1, §10, X.*

116) *FURRER, a.g.e., s. 88.*

117) *GIGER, Art. 210 N. 47; FURRER, s. 88; STANISLAS, a.g.e., s. 161.*

118) *Bkz. yukarıda* §2, VII.

119) *STANISLAS, a.g.e., s. 162.*

120) *WITSCHI, a.g.t., s. 59.*

121) *Bkz. yukarıda* §3, dn. 48a ve ona ait metin.

geçmesinden itibaren başlayacaktır¹²². Fakat kural olarak, garanti süresinin anlamı, bir zamanaşımı süresi, yani içinde seçimlik hakların kullanılabilmesi bir süre kararlaştırıldığı şeklindedir¹²³. Buradaki garanti süresinin, bir zamanaşımı süresi mi yoksa ayıpları ihbar süresi mi olduğu sorusunun kesin bir cevabı yoktur; bu sorunun çözümü, sözleşmenin içeriğinin yorumlanması suretiyle, durumun özellikleri gözönünde tutularak araştırılmalıdır¹²⁴. Diğer taraftan alıcının, kanunî sürenin geçmesinden sonra fakat garanti süresinin sona ermesinden önce, sadece satılanın onarılması seçim hakkını kullanabileceği şeklinde bir görüş ileri sürülmesinde de isabet yoktur¹²⁵.

O halde sözleşmede yer alan garanti süresinin, seçimlik hakların kullanılmasının tabi olduğu kanunî zamanaşımı süresine etkisi sorunu araştırılmalıdır. Burada *Stanislas*'ın görüşlerinden hareket etmek suretiyle üç ihtimal üzerinde¹²⁶ duracağız.

aa. Garanti süresinin kanunî zamanaşımı süresinden daha uzun olması

Alışveriş hayatında oldukça sık olarak, garanti süresinin kanunî zamanaşımı süresinden daha uzun kararlaştırılması durumuna rastlanır. Bu ihtimalde, BK. m. 207 f.1 hükmünün bir gereği olarak, seçim hakkının, garanti süresinin sonuna kadar kullanılabilmesi kabul edilmektedir¹²⁷. Ancak bu sonucun gerçekleşmesi için, zımnî de olsa tarafların bu konuya ilişkin olarak anlaşmış olmaları lâzımdır^{127a}.

Kanunî zamanaşımı süresini aşan bir süre için garanti taahhüdü, bizatihi sözleşme konusunun niteliğinden de çıkarılabilir. Garanti taahhüdünün, satıcının varlığını sağladığı ve zamanın geçmesiyle etkisi görülebilen nitelikleri değil de geçmiş bir durumu, değişmez (bozulmayacak olan) bir esaslî niteliği konu edindiği durumlarda; bu taahhüt, her hangi bir süre ile sınırlanmaksızın verilmiş sayılmalıdır. Bir tablonun orijinal olması¹²⁸, bir otomobilin imalât yılı¹²⁹ gibi satılanın esaslî (değişmez) bir niteliğine ilişkin garanti taahhütleri, örnek olarak gösterilebilir. Bu tarz garantilerin, konuları ve amaçları sebebiyle bir süre ile sınırlanması kabul edilemez. Alıcı, her zaman âdi zamanaşımı süresi olan on yıllık sürenin geçmesine kadar seçim hakkını kullanabilecektir; çünkü

122) BECKER, *Kommentar*, Art. 210 N. 2; STANISLAS, *a.g.e.*, s. 162. Karş. FURRER, *a.g.t.*, s. 88.

123) STANISLAS, *a.g.e.*, s. 162.

124) STANISLAS, *a.g.e.*, s. 162.

125) STANISLAS, *a.g.e.*, s. 162, *dn.* 34.

126) Bu konuda bkz. STANISLAS, *a.g.e.*, s. 162-164.

127) HEIM, *a.g.e.*, s. 24; STANISLAS, *a.g.e.*, s. 162-163.

127a) CAVIN, *a.g.e.*, s. 105; BGE 78 II 367: *JdT* 1953 I 273.

128) BGE 56 II 424: *JdT* 1931 I 170.

129) BGE 94 II 26: *JdT* 1969 I 322.

burada zamanın geçmesinin değiştiremeyeceği nitelikler sözkonusudur. Korunmaya değer hiç bir menfaat, sadece teslimden itibaren bir yıl içinde ayıba karşı tekeffül hükümlerinden yararlanılabileceği, bu süre geçtikten sonra bu şekildeki bir ayıbı ortaya çıkaran alıcının ise -saticının hilesi durumu dışında- her çeşit garantiden yoksun kalacağını ve bundan böyle esaslı hata sebebiyle geçersizliğin bulunması güç delillerini elde etmek zorunda olduğu düşüncesini haklı gösteremez. Ticarî satımlar dışında, çok kolay ileri sürülebilen «alışveriş güvenliği», hiçbir şekilde alıcının menfaatlerinin bu tarz ihlâl edilmesini de gerekli kılmayacaktır¹³⁰.

Cavin'den özetlediğimiz, İsviçre Federal Mahkemesinin eski kararlarında¹³¹ benimsenen ve bizim de katıldığımız bu görüşlerin, Federal Mahkemenin yeni kararlarında terk edildiğini görmekteyiz. Gerçekten Federal Mahkeme, bir kararında, OR. Art. 210 Abs. 1'de öngörülen bir yıllık zamanaşımı süresinin istisnasının, satıcının, satılan şeyin bizatihi kimliğini belirleyen ya da sürekli niteliklerini garanti ettiğinin ispatlandığı durumlarda değil fakat alıcının, onun (saticının) bir yıllık zamanaşımından yararlanmaktan vazgeçme iradesinin varlığını ispatladığı durumlarda gerçekleşeceğini; aksi halde OR. Art. 210 Abs. 1'in (BK. m. 207 f.1) anlamı dışında uygulanmasının sözkonusu olacağını savunmuştur^{131a}. Bu kararın bu gerekçelerini, ikna edici bulmamaktayız¹³².

bb. Garanti süresinin kanunî zamanaşımı süresinden daha kısa olması

Sözleşme taraflarının, sözleşmede kanunî zamanaşımı süresinden daha kısa bir garanti süresi kabul etmeleri durumunda, kural olarak kanunî zamanaşımı süresini değiştirmedikleri kabul edilmektedir. Şüphe halinde de, alıcının, kanunî zamanaşımı süresi içinde seçim hakkını kullanabileceği sonucuna varılmaktadır¹³³.

Ancak satım sözleşmesi taraflarının, yukarıda belirtildiği gibi, kanunî zamanaşımı süresini kısaltamayacağını kabul eden görüş açısından, her durumda alıcının kanunî zamanaşımı süresi içinde haklarını kullanabileceği ileri sürülebilecektir¹³⁴. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi, bu görüşü savunduğu bir kararında, zamanaşımı süresinin, sözleşmede kabul edilen garanti süresinin geçmesiyle sona ereceğinin kabul edilmesi gerektiği, ancak kanunî zamanaşımı sü-

130) *CAVIN, a.g.e., s. 105-106.*

131) *BGE 56 II 424; JdT 1931 I 170; BGE 94 II 26; JdT 1969 I 322. Aynı anlamda bkz. CAVIN, a.g.m., s. 342-343.*

131a) *TF, Sem. jud. 1976, s. 356; BGE 102 II 97; JdT 1977 I 72. Aynı anlamda bkz. GIGER, Kommentar, Art. 210 N. 54.*

132) *Aynı sonuç için bkz. CAVIN, a.g.e., s. 106 dn. 36.*

133) *WITSCH, a.g.t., s. 64; FURRER, a.g.t., s. 91; GIGER, Kommentar, Art. 210 N, 56; STANISLAS, a.g.e., s. 164.*

134) *Bu konuda bkz. yukarıda dn. 113 ve ona ait metin.*

resinin akdî garanti süresinden daha uzun olduğu durumlarda, kanunî zamanaşımı süresine riayet edilmesi lâzım geldiği sonucuna varmıştır¹³⁵.

Bir yıldan kısa bir garanti süresi, çok defa zamanaşımının kısaltılmasına değil, satılarda ortaya çıkacak ayıpların bu akdî süre içinde satıcı tarafından giderilmesine (onarımına) ilişkin olarak kararlaştırılmaktadır¹³⁶. Böylece akdî garanti süresinin geçmesiyle, alıcı, artık satıcıya karşı onarım talebini kullanamayacak; fakat diğer kanunî seçim haklarını kanunî zamanaşımı süresi içinde iletirebilecektir^{136a}.

cc. Garanti süresinin kanunî zamanaşımı süresini değiştirmemesi

Garanti süresi ile kanunî zamanaşımı süresinin aynı uzunlukta olduğu durumda, tarafların, mevcut hukuku değiştirmek istememeleri sözkonusudur. Şüpheli halinde tarafların akdî garanti süresi ile, kanunî zamanaşımı süresini sona erdirmek istedikleri kabul edilmelidir¹³⁷.

c. Satıcının hilesinin özel kanunî zamanaşımı süresine etkisi

BK. m. 207 f.son'a göre «satıcı alıcıyı iğfal etmiş ise bir senelik müruza-
mandan istifade edemez». Burada BK. m. 196 ve BK. m. 200'de olduğu gibi, satıcının aynı hileli davranışına bir başka hukukî sonuç bağlanması durumu sözkonusudur. O halde, çalışmamızın ilgili bölümlerinde açıkladığımız gibi, BK. m. 207 f.son'un uygulanması açısından, meslekten satıcının bildiği ya da bilmesi gereken ayıpların mevcudiyeti de yeterli olacaktır.

BK. m. 207 f.son'un, BK. m. 215'de ve TK. m. 25 b.4'de öngörülen süreler için de geçerli olacağını düşünmekteyiz.

Satıcının hilesinin ya da bunun yerini tutan bir davranışının bulunması durumunda, kısa zamanaşımı süreleri uygulanmayacağına göre, alıcının seçim hakkının tabi olacağı zamanaşımı süresinin ne olacağı problemi ortaya çıkacaktır. Bu problemin çözümü konusunda farklı görüşlerin ileri sürüldüğü görülmektedir. Şöyle ki :

Bir görüşe göre, bu durumda, alıcının seçim hakkının BK. m. 60 hükmü gereği, hilenin öğrenilmesinden başlayarak bir yıl içinde ve herhalde hilenin vukuundan başlayarak on yıl içinde kullanılması lâzımdır. Böylece haksız fiil zamanaşımının, özellikle hukuk güvenliği ve hilenin BK. m. 41 anlamında bir haksız fiil teşkil etmesi dolayısıyla uygulanacağı kabul edilmiş olmaktadır¹³⁸.

135) BGE 78 II 367: JdT 1953 I 273.

136) TANDOĞAN, a.g.e., c. I /1, §10, X.

136a) GUHL/MERZ/KUMMER, a.g.e., s. 339; WITSCHI, a.g.t., s. 64; HEIM, a.g.t., s. 25; GIGER, Kommentar, Art. 210 N. 55; STANISLAS, a.g.e., s. 164.

137) BGE 78 II 367: JdT 1953 I 273.

Bir başka görüşe göre ise, satıcının hilesi durumunda seçim hakkı, BK. m. 125'de öngörülen genel zamanaşımı süresi içinde kullanılmalıdır. Çünkü alıcının seçim hakkı, satım sözleşmesinden doğmakta ve bu sebeple akdî niteliktedir. Üstelik satıcının hilesinin, her zaman BK. m. 41 anlamında haksız fiil teşkil edeceği hususu da doğru değildir¹³⁹. BK. m. 31^{139a}, BK. m. 66 gibi hükümlerde öngörülen sürelerin de, hukukî niteliği itibarıyla alıcının seçim hakkına uygulanabilmesi imkânı bulunmamaktadır¹⁴⁰. O halde kanaatimizce de, BK. m. 207 f.son hükmüyle, daha uzun bir zamanaşımı süresinin uygulanması gerektiği ve başka bir hüküm bulunmadığına göre, bu durumda BK. m. 125'de öngörülen on yıllık zamanaşımının sözkonusu edildiği kabul edilmelidir^{140a}.

d. Alıcının seçimlik haklarını süresinde kullanmamasının hükmü

Alıcının seçim hakkını yukarıda belirtilen süreler içinde kullanmaması durumunda, satıcı, zamanaşımı savunmasında bulunarak, onun (alıcının) ayıp dolayısıyla sahip olduğu seçimlik hakları kullanmasını engelleyebilecektir. Ancak satıcı, zararın tesbiti için hesaplaşmayı kabul ederek alıcıda bunu tazmin edeceğine dair güven uyandırmış ve onu böylece oyalayarak bir yıllık süreyi haklarını kullanmaksızın geçirtmişse; satıcının zamanaşımı def'i, dürüstlük kuralına aykırı sayılarak dinlenmemelidir¹⁴¹.

Diğer taraftan BK. m. 207 f.2'ye göre «fakat alıcının, satıcı tarafından aleyhine ikame edilen dāvaya karşı satılanın tesliminden itibaren bir sene geçmesizin ihbar ettiği ayıptan dolayı def'i hakkı sene geçmekle sâkit olmayıp devam eder».

Böylece bu hükümle, satılanın tesliminden itibaren bir yıl içinde (ticarî satımlarda altı ay, taşınmaz satımında binalara ilişkin ayıplar sebebiyle beş yıl, satıcının hilesi durumunda on yıl içinde) satılanın ayıplarını ihbar etmiş (satıcıya bildirmiş olan) alıcı, satıcının taleplerine karşı bir savunma aracı (Verteidigungsmittel) olarak def'i hakkı sahibi kılınmaktadır; yoksa zamanaşımı süresi geçtikten sonra alıcının, satıcıya karşı her hangi bir talep ya da dava ileri sü-

138) BECKER, *Kommentar*, Art. 210 N. 4; SCHUBIGER, *a.g.t.*, s. 118; KATZ, *a.g.t.*, s. 88; GUHL/MERZ/KUMMER, *a.g.e.*, s. 333.

139) Bu konuda bkz. ENGEL, *a.g.e.*, s. 239, s. 245.

139a) Bu görüşün savunucusu olarak bkz. ACEMOĞLU, *Karar tahlili*, s. 33.

140) CAVIN, *a.g.e.*, s. 106-107.

140a) OSER/SCHÖNENBERGER, *Art. 210 N. 9*; GIGER, *Art. 210 N. 73*; von TUHR/PETER, §50 dn. 26; WITSCHI, *a.g.e.*, s. 58; FURRER, *a.g.t.*, s. 86; BAUR, *a.g.t.*, s. 76; STANISLAS, *a.g.e.*, s. 167; BGE 96 II 181; BGE 100 II 30; *JdT.* 1975 I 73; BGE 89 II 405; BGE 81 II 138; *JdT* 1956 I 46; BGE 58 II 140; *JdT* 1933 I 162; BGE 107 II 231; *JdT* 1982 I 71.

141) TANDOĞAN, *a.g.e.*, c. I/1, §10, X. Aynı anlamda *Yarg. HGK.*, 12.5.1965 t.li, 5/203 s.h k. (*İKİD.* 1965, sy. 58, s. 4057-4059).

rebilme imkânı bulunmamaktadır¹⁴². Ancak zamanaşımı süresi geçtikten sonra satıcının taleplerine muhatap olan alıcı, sadece zamanında ihbar etmiş olduğu ayıplar dolayısıyla def'i hakkını kullanabilecektir^{142a}.

Burada alıcının, bu def'i hakkını, satıcının hangi taleplerine karşı ileri sürebileceği konusuna ilişkin olarak değişik görüşlerin savunulduğu görülmektedir. Şöyle ki :

Bir görüşe göre alıcı, def'i hakkını, ihtilaf konusu satılanı konu edinen satım sözleşmesinden doğan satıcı taleplerine karşı kullanabilecektir. Böylece satıcının satım parasının ödenmesi, bedeli ödenmemiş satılanın geri verilmesi gibi taleplerine karşı, alıcının, böyle bir def'i hakkından yararlanması sözkonusu olacaktır¹⁴³.

Bir başka görüşe göre ise, alıcı, bu def'i hakkını, satıcının başka hukukî ilişkiler sebebiyle sahip olduğu haklara karşı da ileri sürebilmelidir. Zaten BK. m. 207 f.2. «satılanın tesliminden itibaren bir sene geçmeksizin ihbar ettiği ayıptan dolayı» alıcının def'i hakkı sahibi olduğunu belirlerken; «satıcı tarafından (alıcı) aleyhine ikame edilen dâva»dan sözedilmiştir. Bu bakımdan BK. m. 207 f. 2 (OR. Art. 210 Abs. 2) metni, böyle bir geniş yorum yapılmasına müsait olmaktadır. Bu konuda BK. m. 118 (OR. Art. 120)'nin «müruruzamana uğramış bir alacak takas dermeyan edilebileceği zamanda müruruzaman ile sâkıt olmuş değilse» (f.son) şeklindeki hükmünün bir sınırlama getirdiği kabul edilebilir ve böylece alıcı, ayıba karşı tekeffülden doğan hakkı zamanaşımına uğramadan satıcının kendisine karşı muacceliyet kazanan alacak haklarına karşı def'i savunmasında bulunabilecektir¹⁴⁴. Özellikle alıcıları (tüketicileri) koruyucu nitelikte gördüğümüz bu görüşün kabul edilmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

Alıcı, def'i hakkını kullanırken, gecikmeksizin def'i suretiyle hangi seçimlik hakkını kullandığını da (sözleşmeden dönme, satım parasının indirilmesi gibi def'iler) satıcıya bildirmelidir¹⁴⁵. Def'iler, mevcut hukukî durumun korunmasını sağlamayı amaçladıklarından, zamanaşımına uğramazlar¹⁴⁶ ve bu sonucun, alıcının buradaki def'i hakkı için de kabul edilmesi lâzımdır. Bu sebeple alıcının bu def'i hakkının on yılda zamanaşımına uğrayacağı şeklindeki görüşlere¹⁴⁷ katılmamaktayız.

142) STANISLAS, s. 164 ve dn. 44'de anılan yazarlar.

142a) TANDOĞAN, §10, X ve dn. 119'da anılan Yargıtay kararları.

143) BECKER, Kommentar, Art. 210 N. 5; FURRER, a.g.t., s. 89.

144) GIGER, Kommentar, Art. 210 N. 69; CAVIN, a.g.e., s. 106; KATZ, a.g.t., s. 81; JAEGER, a.g.t., s. 81; STANISLAS, a.g.e., s. 165; TANDOĞAN, a.g.e., c. I/1, §10, X; BGE 91 II 213: JdT 1966 I 176 (çev. YAZMAN, ABD. 1966, 531).

145) SEROZAN, a.g.e., s. 323. Ayrıca bkz. ENGEL, a.g.e., s. 35.

146) TUNÇOMAĞ, a.g.e. ,c. 1, §54, III, 2 ve dn. 20'de anılan yazarlar; SEROZAN, a.g.e., s. 52 vd..

147) Başka fikirde STANISLAS, a.g.e., s. 166; FURRER, a.g.t., s. 90.

III. Alıcının satılanın ayıpları sebebiyle sözleşmeden dönmesi ve hükümleri

1. Alıcının satılanın ayıpları sebebiyle sözleşmeden dönme hakkı ve kapsamı

BK. m. 202'nin kenar başlığında¹⁴⁸ «tekeffüle müstenit dâva», «satımın feshi» ve birinci fıkrasının ikinci cümlesinde de «satımın *fesh* edilmesini ... dâva eder» denilmesine rağmen, burada bir sözleşmeden dönme durumu söz konusudur ve taraflar sözleşmeden dönme hususunda anlaşmamış olsalar bile, Fransız ve Alman hukuklarından farklı olarak, dönme hakkının mutlaka dava yoluyla ileri sürülmesine gerek yoktur. Alıcının dönme şeklindeki irade açıklaması, bozucu yenilik doğuran bir hakkın kullanılmasını teşkil eden bir irade açıklaması olarak, satıcıya vardığı anda hükümlerini doğurur ve sözleşmeyi *ex tunc* ortadan kaldırır¹⁴⁹.

Yukarıda belirtildiği gibi satıcının sözleşmeden dönmenin kanunî sınırlamalarına uyulmadığını iddia etmesi üzerine dâva yoluna gidilmek zorunda kaldığı takdirde, mahkemenin vereceği hüküm, açıklayıcı (izhari) nitelikte olup, yenilik doğurucu (inşai) nitelikte değildir¹⁵⁰. Sözleşmeden dönme hakkı, doğrudan doğruya dava açmak suretiyle de kullanılabilir. Dönme ister dava dışındaki bir irade açıklamasıyla ister dava yoluyla kullanılmış olsun sonuç aynıdır: Sözleşme, geriye etkili olarak ortadan kalkar¹⁵¹.

O halde Borçlar Kanununda bu konuyla ilgili olarak «fesh»ten söz edilmesi isabetli olmamıştır. Çünkü fesih (Kündigung, résiliation), sürekli bir sözleşme ilişkisini geriye etkili olarak değil fakat ileriye doğru (*ex nunc*) sona erdiren bir bozucu yenilik doğuran hak ya da muameledir¹⁵². Halbuki dönme durumunda, sözleşme ilişkisi geçmişe etkili (*ex tunc*) sona ermektedir¹⁵³. Aynı şekilde kanunda alıcının sözleşmeden dönme hakkını dava yoluyla kullanacağından sözedilmesi de doğru değildir. Çünkü -açıklandığı gibi- alıcının satımdan dönmesi, tek taraflı varması gerekli bir irade açıklamasıyla olmaktadır. Buradaki satımdan dönme, BK. m. 106 f.2'deki sözleşmeden dönme ile aynı niteliktedir¹⁵⁴.

148) Aslında bu kenar başlıkların, mehaza uygun olarak (almanca metin) «alıcının dâvalarının (taleplerinin) muhtevası» (*Inhalt der Klage des Käufers*), «fesh ya da satım parasının indirilmesi» (*Wanderung oder Minderung*) şeklinde anlaşılması gereği vardır.

149) CAVIN, a.g.e., s. 96.

150) Bkz. yukarıda II, 3 ve II, 1, b.

151) TANDOĞAN, a.g.e., c. I/1. §10, VII.

152) SELİÇİ, Ö., Borçlar Kanununa göre sözleşmeden doğan sürekli borç ilişkilerinin sona ermesi, İstanbul 1977, s. 115 vd..

153) SEROZAN, a.g.e., s. 63 vd..

154) STANISLAS, a.g.e., s. 117.

Burada sözleşmeden dönme kavramını ayrıntılı bir şekilde ele alacak değiliz; sadece çalışma konumuzu ilgilendiren kanun hükümlerini incelemekle yetineceğiz.

2. Satılanın alıcının fiili dışındaki bir sebeple yok olması durumunda sözleşmeden dönme hakkının kullanılması

BK. m. 204 f.1'e göre «*Satılanın ayıbı sebebiyle yahut kazaen telef ve ziyaa veya hasara uğraması, ayıptan dolayı feshi dâvaya mâni olmaz. Bu takdirde alıcının red ile mükellef olduğu şey satılandan elinde kalandır*». Aynı esasın, sözleşmeden dönmeye ilişkin bir genel kural olarak, BGB §350'de şu şekilde ifade edildiğini görmekteyiz: «*Dönme hakkı, hak sahibinin eline geçmiş edimin kaza sonucu telef olmasıyla sona ermez*».

Gerçekten sözleşme durumunda, taraflar, sözleşme yapılmamış olsaydı hangi durumda olacaklar ise, o durumu geri getirmek için karşılıklı aldıkları edimleri birbirlerine iade etme yükümlülüğündedirler¹⁵⁵; özellikle, sözleşmeden dönme hakkını başarıyla kullanabilmesi için alıcının satılanı satıcıya aldığı durumda geri vermesi sözkonusu olacaktır¹⁵⁶.

İşte BK. m. 204 f.1'de açıkça satılanın kendi ayıpları sebebiyle ya da bir kaza sonucu yok olması durumlarında da, alıcının, sözleşmeden dönme hakkını, satılanı geri vermenin imkânsızlaşmasına rağmen, kullanabilmesi imkânı kabul edilmiş olmaktadır. Böylece alıcı, elinde satılandan ne kalmışsa onu geri vererek, satıcıdan ödediği satım parasının geri ödenmesini isteyebilecek ya da henüz ödenmemişse satım parasını ödeme borcundan kurtulabilecektir.

O halde satılanın ayıpları yüzünden telef olması ile satılanın kaza sonucu telef olması durumları üzerinde kısaca durulması gereği vardır.

(i) *Satılanın ayıpları sebebiyle telef olması* (bozulması ya da yok olması) durumunda, alıcının satımdan dönme imkânına sahip bulunması, satılanın ayıplarından satıcının sorumlu olması prensibinin doğrudan bir sonucudur¹⁵⁷. Böylece alıcı, ayıpları yüzünden bozulan ya da yokolan satılanı geri verme borcunda olmaksızın ya da elinde kalan satılan miktarını geri vererek, satımdan dönme hakkını kullanabilecektir.

(ii) *Satılanın kaza (beklenmeyen hal)^{157a} sebebiyle telef olması* (bozulması ya da yok olması) durumunda, alıcı, yine satıcısına karşı sözleşmeden dön-

155) STANISLAS, a.g.e., s. 130.

156) STANISLAS, a.g.e., s. 121.

157) OSER/SCHÖNENBERGER, *Kommentar, Art. 207 N. 2*; CAVIN, a.g.e., s. 97; GIGER, *Kommentar, Art. 207 N. 9*; JAEGER, a.g.t., s. 98; STANISLAS, a.g.e., s. 121; KATZ, a.g.t., s. 76.

157a) Bu kavram için bkz. ENGEL, a.g.e., s. 98; STANISLAS, a.g.e., s. 121; JUNOD, Ch. - A., *Inexécution des obligations - IIIa, FJS. 535a, s. 4 vd.*; EREN, a.g.e., c. 2, 216; TANDOĞAN, *Türk mes'uliyet hukuku*, s. 460.

me hakkını kullanabilecektir. Burada önemli olan, satılanın telef olmasının bir kaza (beklenmeyen hal) sonucu gerçekleşmesidir. Örneği (S), (A)'ya bir araba satmış olsun; satım konusu arabanın bazı ayıpları bulunmaktadır. (A), satılanın bu ayıplarından dolayı, satım sözleşmesinin kendisine yüklediği külfetleri yerine getirmeden ya da yerine getirdikten sonra, sözleşmeden dönmeyi istemektedir. Fakat henüz bu hak kullanılmadan, satılan araba, bir yangın ya da bir kanunsuz gösteri sırasında tamamen telef olmuştur. İşte BK. m. 204 f.1 hükmü, burada (A)'ya, sözleşmeden dönme hakkını kullanma imkânını vermektedir¹⁵⁸.

Bu kural, satılanın yarar ve hasarının sözleşmenin (satımın) kurulmasıyla birlikte alıcıya geçtiği yolundaki prensibin¹⁵⁹ bir istisnası niteliğindedir^{159a}.

BK. m. 204 f.1'in, sadece kazadan sözetmesine rağmen, mücbir sebep¹⁶⁰ durumunda da uygulanacağı kabul edilmelidir¹⁶¹. Aynı şekilde bu sayılan sebepler dolayısıyla satılanın tamamen değersiz kaldığı hallerde değil aynı zamanda satılanın değerinin önemli ölçüde düştüğü durumlarda da, bu hükümlerin uygulanma imkânı vardır¹⁶².

3. Alıcının satılanın ayıpları sebebiyle sözleşmeden dönme hakkını kullanmasının hükümleri

Sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasının, sözleşmeden doğan borçların yerine getirilmesinden önce bu borçlardan kurtarıcı (libératoire), sözleşmeden doğan borçların yerine getirilmesinden sonra da bu ifa konusu edimlerin geri verilmesini sağlayıcı etkisi bulunduğu herkesçe kabul edilen bir husustur¹⁶³.

Burada tartışmalı olan husus, dönme hakkının kullanılmasının, sözleşmeden doğan (yerine getirilmiş olsun ya da olmasın) borçlara etkisidir. Şöyle ki: Sözleşmeden dönme yenilik doğurucu hukukî muamelenin, borçlandırıcı sözleşmeyi bir iptal işlemi gibi geçmişe etkili olarak (ex tunc) hiç kurulmamışçasına ortadan kaldıran bir doğrudan etkisi bulunduğu yolundaki klâsik görüşü savunan yazarlara göre, henüz yerine getirilmemiş sözleşme yükümlülükleri kendiliklerinden (ipso iure) sona erecek; bu yükümlülüklerin yerine getirilmesi ta-

158) STANISLAS, *a.g.e.*, s. 121.

159) Bu konuda bkz. yukarıda §2, VI, 2.

159a) STANISLAS, *a.g.e.*, s. 121-122.

160) Bu kavram için bkz. EREN, *a.g.e.*, c. 2, s. 215 vd. ve dn. 223'de anılan yazarlar; SELİÇİ, Ö, *Özel hukukta mücbir sebep kavramı ve uygulanış tarzı, Sorumluluk hukukunda yeni gelişmeler III. Sempozyumu, 1980, s. 61 vd.*; İNAN, *a.g.e.*, s. 476.

161) EDİS, *a.g.t.*, s. 108.

162) GIGER, *Kommentar, Art. 207 N. 39.*

163) SEROZAN, *a.g.e.*, s. 544.

lebi, bir hakkın sona erdiği (sukut ettiği, düştüğü) itirazı ile karşılaşacaktır. Dönme anına kadar yerine getirilmiş sözleşme edimlerinin de, dönme ile hukukî sebeplerini (causa) kaybetmiş olacakları için, bir sebepsiz zenginleşme talebi (condictio ob causam finitam) ile geri istenebilmesi imkânı gerçekleşecektir¹⁶⁴. Buna karşılık, sözleşmeden dönme yenilik doğurucu hukukî muamelenin, sözleşmeyi ortadan kaldıracı bir doğrudan etkisi bulunmayıp, sadece sözleşmenin konusunu tersine çeviren (yani verme yükümlülüklerini geri verme yükümlülüğüne dönüştüren) bir dolaylı etkisinin bulunduğunu kabul eden yeni dönme teorisine göre, daha yerine getirilmemiş sözleşme yükümlülükleri yönünden, sadece bu yükümlülükleri yerine getirmekten kaçınma yolunda def'i hakları, yerine getirilmiş sözleşme yükümlülükleri yönünden de, doğrudan doğruya sözleşmeye dayanan (akdî) geri verme talepleri sözkonusu olacaktır¹⁶⁵.

Bizim de katıldığımız bu iki görüşün arasında yeralan uzlaştırıcı nitelikte bir başka görüşe göre, daha yerine getirilmemiş sözleşme yükümlülükleri, hakkın sona erdiği (sukut ettiği, düştüğü) itirazı ile kendiliğinden sona ermiş sayılacak; yerine getirilmiş sözleşme edimleri bakımından ise, sözleşmeye dayanan (akdî) bir geri verme talebi ile geri verilmesinin sağlanması sözkonusu olacaktır. Böylece bu görüşte, sözleşmenin ifasına kadar ilk görüşün, ifasından sonra da ikinci görüşün benimsendiği görülmektedir¹⁶⁶. Biz de, alıcının, satılanın ayıpları sebebiyle sözleşmeden dönme hakkını kullanmasının sonuçlarını, bu görüş açısından inceleme çabasında olacağız. Bu görüşlerin ayrıntılarına girmek, bu çalışmanın amacını teşkil etmemektedir.

a. Alıcının satım parasını ödeme borcunu yerine getirmediği bir dönemde sözleşmeden dönme hakkını kullanmasının hükümleri

BK. m. 205'de, sözleşmeden dönmenin hükümleri arasında, alıcının satım parası ödeme borcunu yerine getirmediği bir dönemde sözleşmeden dönme hakkını kullanması ihtimaline ilişkin olarak, her hangi bir hüküm getirilmiş değildir. O halde bu sorunun genel hükümler çerçevesinde çözümlenmesi gereği bulunmaktadır.

164) Bu görüşün açıklanması için bkz. SEROZAN, a.g.e., s. 544-545. Bu görüşteki yazarlara örnek olarak bkz. SAYMEN/ELBİR, *Türk borçlar hukuku*, c. 1, s. 756; BİLGE, a.g.e., s. 43; ARSLANLI, a.g.e., s. 441; TANDOĞAN, *Türk mes'uliyeti*, s. 405 ve s. 504-505; KANETİ, *Akdin ifa edilmediği def'i*, s. 86-87; von TUHR/ESCHER, a.g.e., §74-IV; von BÜREN, Bd. 1, s. 380; FİKENTSCHER, a.g.e., s. 243; STANISLAS, a.g.e., s. 21 vd.. Bu konuda ayrıca bkz. ÖZ, a.g.m., s. 131-172.

165) Bu görüşte olarak bkz. SEROZAN, a.g.e., s. 545-546 ve dn. 3'de anılan yazarlar.

166) Bu görüşün açıklanması için bkz. SEROZAN, a.g.e., s. 546 ve bu görüşü savunan yazarlar olarak bkz. dn. 4-5'de anılan yazarlar.

Bir kere bu ihtimalde satıcı bakımından satılanın teslim edilmesi sözkonusudur. Çünkü yukarıda görüldüğü gibi alıcı, ancak satılanı satım sözleşmesinin ifası olarak teslim aldıktan sonra satıcıyı ayıba karşı tekeffül hükümleri çerçevesinde sorumlu tutabilmektedir. Fakat yine de satıcı bakımından, BK. m. 205 f.2 ve f.son hükümleri çerçevesinde, satım parasını geri verme borcu gerçekleşmemiş olmakla birlikte, ayıplı satılan teslim etmiş olmasına bağlı bazı sorumlulukları bulunmaktadır.

Alıcının satım parasını ödeme borcu ise, dönme ile birlikte ex tunc sona erecek ve satıcı tarafından bu borcun ifasına ilişkin yapılacak bir talep de, hakkın sona erdiği (sukut ettiği, düştüğü) itirazı ile karşılaşacaktır. Ancak alıcı, «satım feshedilince ... satılan ile beraber ondan istihsal ettiği menfaatleri iade etmekle mükelleftir» (BK. m. 205 f.1).

Gerek alıcı gerekse satıcı bakımından bu ihtimale ilişkin olarak gerçekleşen bu hükümleri, aşağıdaki ihtimal içinde ele alınması imkânı vardır. Tekrar etmekten kaçınmak amacıyla ayrıca burada da bir açıklamada bulunmayı gerekli görmemekteyiz.

b. Alıcının satım parasını ödeme borcunu yerine getirmesinden sonra dönme hakkını kullanmasının hükümleri

BK. m. 205, alıcının satım parasını ödeme borcunu ifa ettikten sonra sözleşmeden dönme hakkını kullanmasının hükümlerini düzenlemektedir. Bu hükümler, aşağıda alıcı ve satıcı bakımından ayrı ayrı ele alınacaktır.

aa. Alıcının satımdan dönmemesinin satıcıya getirdiği yükümlülükler ve açıklanması

BK. m. 205 f.2 ve f.son'da alıcının sözleşmeden dönmemesinin satıcıya getirdiği yükümlülükler düzenlenmiş bulunmaktadır.

Burada üzerinde durulması gerekli sorun şudur: Yukarıda incelenen BK. m. 207'nin ve diğer özel hükümlerin (TK. m. 25 b.4, BK. m. 215) öngördüğü zaman aşımı süreleri içinde, alıcının sadece seçimlik hakkını kullanmış olması yeterli midir; yoksa onun (alıcının), aynı süre içinde kullandığı seçimlik haktan kendisi yararına doğan hakları da kullanmak zorunda mıdır? BK. m. 207 f.1'de, «satılanı ayıba karşı tekeffülden mütevellit her türlü dâva»dan sözedilmektedir. TK. m. 25 b.4'de ise açıkça Borçlar Kanununun bu hükmüne atıfta bulunmaktadır. BK. m. 215'de de, benzer bir ifadeyle, «bir binanın ayıplı olmasından mütevellit ve tekeffüle müstenit dâvalar»ın öngörülen süre içinde kullanılması gereği düzenlenmektedir. Ele alınan bu kanun hükümleri, bize iki tarz yorum yapma imkânı vermektedir. Şöyle ki: Bir yorum şekline göre, alıcı, öngörülen bu süreler içinde sadece seçim hakkını kullanacağını açıklamakla ya da seçtiği

seçimlik hakkını kullanmakla yetinebilir; seçimlik hakkın kullanılmasından ileri gelen talepler, genel hükümlerle öngörülen zamanaşımı süreleri içinde kullanılabilir. İkinci bir yorum şekline göre ise, alıcı, kanun hükümleriyle öngörülen özel zamanaşımı süreleri içinde sadece seçim hakkını ya da seçimlik hakkını kullanmakla¹⁶⁷ yetinemez; onun (alıcının), ayrıca seçtiği seçimlik hakkı kullanmasından ileri gelen haklarını da aynı süre içinde kullanması zorunluluğu vardır. Biz burada birinci yorum şekline üstünlük tanınması gerektiğini düşünmekteyiz. Gerçekten ikinci yorum şekli benimsendiğinde, özellikle sözleşmeden dönme durumunda, hem alıcı hem de satıcı için bazı yükümlülüklerin doğması sözkonusu olacağına göre, bu ihtimale ilişkin olarak alıcının talepleri, özel hükümlerle öngörülen süreler içinde zamanaşımına uğrayacaktır. Halbuki satıcının talepleri, genel hükümler çerçevesinde (sözleşmeden dönmenin niteliğine ilişkin kabul edilen görüşe göre, BK. m. 66'daki sebepsiz zenginleşme taleplerinin tabi olduğu zamanaşımı süresi ya da BK. m. 125'deki genel zamanaşımı süresi içinde) kullanılabilir. Aynı hukukî durumdan doğan taleplerin farklı şekillerde zamanaşımına uğraması kabul edilemez. Satıcının taleplerinin de, kısa zamanaşımı süreleri içinde kullanılması gerektiğini ileri sürmenin de bir hukukî dayanağı bulunmamaktadır. Çünkü özellikle BK. m. 207'nin meharızı olan OR. Art. 209 Abs. 1'in almanca ve fransızca metinlerinde, «toute action en garantie pour les défauts de la chose», «Die Klagen auf Gewährleistung wegen Mängel der Sache» şeklinde yer alan ve türkçe metindeki «satılanı ayıba karşı tekeffülden mütevellit her türlü dâva» ibaresini karşılayan ifade ediş tarzı, bu hükümlerin sadece alıcının seçim hakkını ya da seçimlik hakkını kullanmasını kısa zamanaşımı süresine tabi tuttuğu ve hakkın kullanılmasından doğan taleplerin genel hükümler çerçevesinde zamanaşımına uğrayacağını kabul edilmesi gerektiği sonucuna varılmalıdır.

O halde şimdi de alıcının satımdan dönmesi durumunda satıcının yerine getirmekle yükümlü olduğu yükümlülüklerin ve kapsamlarının ele alınması gereği vardır.

(i) *Satıcının almış olduğu satım parasını faiziyle birlikte geri verme barcu*

Satıcı, alıcının satımdan dönmesi durumunda, «alıcıya almış olduğu semeni faiziyle beraber iade etme»lidir (BK. m. 205 f.2 c.1). Çünkü hiç kimse, dönmeden kendi lehine bir yarar sağlayamaz¹⁶⁸. Tarafların aksini kararlaştırma-

167) *Düşüncemize göre alıcı, sadece satılanın ayıplarından dolayı satıcıyı sorumlu tutacağını bildirmesi (seçim hakkını kullanacağını bildirmesi) şeklinde hareket edebileceği gibi hangi seçimlik hakkını kullandığını belirtmek suretiyle de seçim hakkını kullanabilir. Bu sebeple burada ilk durumu ifade etmek için «seçim hakkının kullanılması»ndan, ikinci durumu ifade etmek için de «seçimlik hakkın kullanılması»ndan söz etmekteyiz.*

168) STANISLAS, a.g.e., s. 130 ve s. 133; JAEGER, a.g.t., s. 103.

dıkları bir ihtimalde talep edilebilecek faiz miktarı, kanunî faiz oranı olan % 30 oranı uygulanmak suretiyle bulunacaktır¹⁶⁹.

Kabul ettiğimiz görüş çerçevesinde alıcı, satıcıdan, bu geri verme borcunun ifa edilmesini, BK. m. 125'de öngörülen on yıllık genel zamanaşımı süresi içinde isteyebilecektir¹⁷⁰.

(ii) *Satıcının alıcının satılana ilişkin olarak yaptığı masrafları ve mahkeme masraflarını ödeme borcu*

BK. m. 205 f.2 c.1'e göre «*satıcının alıcıya ... satılanın tamamen zaptı halinde olduğu gibi muhakeme masraflarıyla alıcının satılana vâki olan masraflarını ödemesi lâzımdır*».

Mahkeme masrafları konusunda, satılanın tamamen zaptı suretiyle satıcının zapta karşı tekeffül borcunun gerçekleşmesine ilişkin hükümlere atıfta bulunulmaktadır. Böylece alıcı, «bütün muhakeme masraflarıyla muhakeme haricindeki masrafları» satıcıdan talep edebilecektir (BK. m. 192 f.1 b.3). Burada sözü edilen muhakeme masrafları, alıcı ve üçüncü kişi arasındaki muhakeme masraflarıdır; yoksa alıcı ve satıcı arasındaki muhakeme masrafları konusunda, HUMK. hükümlerinin uygulanması sözkonusu olacaktır¹⁷¹. Bu durum, alıcının satılanı bir başkasına temlik etmesi halinde, sözleşmeden dönme hakkının sona ermesinin kesin olmadığını, satılanı satıcıya geri verme imkânını elde ettiğinde sözleşmeden dönme hakkına tekrar sahip olacağını göstermektedir. İşte alıcının, ayıplı satılanı kendisine sattığı kişiye karşı davalı olması durumunda, bu dava dolayısıyla ortaya çıkan muhakeme masraflarını da satıcıdan talep edebilmesi imkânı gerçekleşmektedir. Örneğin bir malı, (A). (B)'ye; (C) de, (C)'ye satmıştır. (C), teslim aldığı satılana bir ayıbın varlığını tesbit etmiş ve (B)'ye karşı sözleşmeden dönmüş olsun. Bunun üzerine (B), (A)'ya karşı sözleşmeden dönebilir. İşte burada sözleşmeden dönmüş olan (B), (A)'ya karşı kendi aralarında olan davalar sebebiyle gerçekleşen masraflarını HUMK. hükümleri çerçevesinde; (C) ile ihtilâflı olması sebebiyle gerçekleşen mahkeme masraflarını da BK. m. 205 f.2 c.1'e göre isteyebilecektir¹⁷². Bu sebeple burada BK. m. 205 f.1 c.1'in, BK. m. 192'ye atıf yapmasını eleştiren, alıcının davası bakımından da HUMK. hükümlerinin uygulanmayacağını, örneğin alıcının satıcıdan avukatına ödediği gerçek vekâlet ücretini isteyebileceğini savunan *Edis*'in görüşlerini kabul etmemekteyiz; yazara göre, iyiniyetli alıcı, dava dolayısıyla yaptığı tüm masrafların ödenmesini isteyebilmelidir¹⁷³. Bizim burada

169) *Bkz. 3095 sayılı Kanunî faiz ve temerrüt faizine ilişkin K. m. 1 f. 1.*

170) *Karş. STANISLAS, a.g.e., s. 133.*

171) *STANISLAS, s. 134; MARTIN, s. 43; BGE 79 II 376.*

172) *HEIM, a.g.e., s. 19; STANISLAS, a.g.e., s. 135.*

173) *EDİS, a.g.t., s. 113-114 ve dn. 71.*

kabul ettiğimiz yorumda, iyiniyetli alıcının, kendi satıcısına karşı olan davası sebebiyle yaptığı masrafları HUMK. hükümleri çerçevesinde talep edebilmesi mümkün olabilecektir; örneğin davacı alıcının gerçek vekâlet ücretini istemesi, HUMK. m. 421 ve m. 422 hükümlerinin öngördüğü şartlarda uygun görülebilecektir¹⁷⁴.

Aynı şekilde alıcı, satılanla ilgili olarak yaptığı tüm masraflarını satıcıdan talep edebilecektir. Burada sadece zorunlu ve faydalı masraflar değil diğer masrafların, özellikle lüks masrafların da istenebilmesi sözkonusudur¹⁷⁵. Alıcı, satılanla ilgili masraflarını ispatlamalıdır. Örnek olarak satılanın bakımı, onarımı gibi satılanın korunmasına ilişkin masraflar, gümrük ve nakil masrafları, depo masrafları, satılanın ayıplı olduğunu tesbit için yapılan muayene masrafları, satım parasının yabancı para olarak kararlaştırıldığı durumlarda¹⁷⁶ kur değişikliği sebebiyle uğranılan kayıplar gösterilebilir¹⁷⁷.

(iii) *Satıcının alıcının uğradığı doğrudan zararı tazmin etme borcu*

BK. m. 205 f.2 c.son'a göre «*satıcı bunlardan maada alıcıya ayıplı mal teslim etmesinden doğrudan doğruya tevellüt etmiş olan zararı da ayrıca tazmin etmeğe mecburdur*».

BK. m. 205 f.2 c.1'de satıcının, alıcının muhakeme masraflarını ve yaptığı tüm masrafları ödeyeceği belirtildikten sonra; alıcının doğrudan zararının tazmin edileceğinden sözedilmesi, bu sayılanların doğrudan zarar kavramı içine sokulamayacağı anlamına gelmez. Burada sadece doğrudan zararın basit olarak anılması sözkonusudur; yoksa doğrudan zararı ve masrafları ayrı ayrı mütalâa etmek sözkonusu olduğunda, doğrudan zarar olarak nitelendirilebilecek bir durum bulma imkânsızlaşacaktır¹⁷⁸.

(a) *Satıcının doğrudan zarardan sorumlu olmasının kusura dayanmaması*

Borçlar Kanunumuzda yer alan «*doğrudan zarar*» ve «*dolaylı zarar*» ayrımı, 1881 tarihli eski İsviçre Borçlar Kanununun bir kalıntısıdır. Gerçekten aCO. Art. 116'da böyle bir ayırım yapılmış; fakat bu ayırım, 1911 revizyonu sırasında Borçlar Kanununundan çıkarılmıştır. Fakat BK. m. 192 f. 1 b. 4 (OR. Art. 195 Abs. 1/4), BK. m. 205 f. 2 c.son ve f.son) (OR. Art. 208 Abs. 3 ve Abs., 4) ile BK. m. 527 f: 1 c.son (OR. Art. 537 Abs. 1) hükümlerinde, bu ayırımına hukukî so-

174) *Bu hükümlerle ilgili olarak bkz. KURU, a.g.e., s. 599-600, s. 3721.*

175) *CAVIN, a.g.e., s. 99; GIGER, Kommentar, Art. 208 N. 40; STANISLAS, a.g.e., s. 134; FURRER, a.g.t., s. 68; JAEGER, a.g.e., s. 103.*

176) *BGE 47 II 85: JdT 1921 I 366.*

177) *Bu konuda bkz. STANISLAS, a.g.e., s. 134. Karş. SCHNEIDER/FICK, a.g.e., m. 208 n. 7-8.*

178) *SCHUBIGER, s. 68.*

nuçlar bağlandığı görülmektedir¹⁷⁹. 1881 tarihli eski İsviçre Borçlar Kanununun 116. maddesine göre, doğrudan zarar, borçlanılan şeyin telef olmasından ya da edimin ayıplı olmasından sonuçlanan zarardır; dolaylı zarar ise, şey ya da edim ve alacaklının diğer malvarlığı hakları ilişkileri arasında mevcut olan durumlardan ileri gelen zarardır¹⁸⁰.

Borçlar Kanunumuzun bazı münferit hükümlerinde varlığını sürdüren doğrudan zarar ve dolaylı zarar kavramlarından ne anlaşılması gerektiği konusunda, doktrinde, ilginç bir tartışma varlığını sürdürmektedir. Doktrinde çoğunlukla ve İsviçre Federal Mahkemesince kabul edilen görüşe göre, doğrudan zarar ve dolaylı zarar ayırımının ölçütü olarak müspet zarar ve menfi zarar ayırımına başvurulmalıdır. Böylece doğrudan zararın tazmini ile «fiilî zarar» (damnum emergens) şeklindeki menfi zararın tazmini; dolaylı zararın tazmini ile «fiilî zarar» ve «kazanç kaybı» (lucrum cessans) şeklindeki müspet zararın tazmini anlaşılmalıdır¹⁸¹. *Simonius*, *Petitpierre* gibi yazarlara göre, zararın doğrudan ya da dolaylı niteliği, somut durumda hâkim tarafından serbestçe belirlenmelidir; bu ayırma ilişkin kıstaslar getirmenin imkânı yoktur¹⁸². Bu konu üzerinde ayrıntılı bir şekilde duracak değiliz ve katıldığımız görüşü de aşağıdaki açıklamalarımızda belirleme imkânını bulacağız.

BK. m. 205 f.2 c.son'un, satıcının sorumluluğu bakımından bir kusursuz sorumluluk durumu tesis ettiği ve bu bakımdan borçların ifa edilmemesinden sorumluluk konusuna ilişkin olarak bir istisnaî hüküm getirdiği kabul edilmektedir¹⁸³. Denilmektedir ki satıcı, sattığı malı tanınalıdır; o halde onun (satıcının), ayıplı mal teslim etmesinden dolayı alıcının uğradığı doğrudan zararları -kusuru olmasa bile- tazmin etmesi gereği, hem hakkaniyete hem de akla uygun düşer¹⁸⁴. Ancak bu kuralı, sadece kişiler arasındaki satım sözleşmelerinde uygulama imkânı vardır; yoksa «imal olunan şeylerden sorumluluk» alanında bu çözüm şeklini savunma imkânı yoktur¹⁸⁵.

179) Bu konuda bkz. ENGEL, s. 110; STANISLAS, s. 137-138; CUENDET, s. 68-69.

180) Bu konuda bkz. STANISLAS, a.g.e., s. 137. Bu konuda bir monografi çalışması olarak bkz. FISCHER, W., *Der unmittelbare und der mittelbare Schaden im Kaufrecht*, Diss., Zürich 1985.

181) von BÜREN, Bd. II, s. 42; CAVIN, a.g.e., s. 101; BAUR, s. 59-60; OSER /SCHÖNENBERGER, *Kommentar*, Art. 195 N. 7-8, Art. 208 N. 5-7; BGE 79 II 376.

182) SIMONIUS, a.g.m., s. 256-266; PETITPIERRE, a.g.m., s. 338. Başka görüşte olarak bkz. SCHUBIGER, s. 77; AMAUDRUZ, s. 154 vd.; GUHL/MERZ/KUMMER, s. 84-87; FURRER, s. 27; GIGER, Art. 208 N. 35; LÜTHI, s. 80; NEUENSCHWANDER, s. 79.

183) STANISLAS, a.g.e., s. 140; HEIM, a.g.t., s. 20.

184) STANISLAS, a.g.e., s. 140 ve dn. 22.

185) STANISLAS, a.g.e., s. 140 ve dn. 23.

(b) *Satıcının doğrudan zarardan sorumluluğunun kapsamı*

Burada ele alınması gereken sorun şudur: Acaba alıcı, BK. m. 205 f.2 c.son'a dayanarak, hangi çeşit zararların tazminini isteyebilecektir? Bu konuda genellikle kabul edilen görüş tarzına göre, alıcı, sadece menfi zararının tazminini isteyebilmelidir; sözleşmeden dönme ile müspet zararın tazmini, birbiriyle bağdaşır çözüm şekli değildir¹⁸⁶. Böylece BK. m. 205 f.2 c.son'un uygulanmasında müspet zararın da tazmin edilebileceğini savunan görüşlere¹⁸⁷ katılmamış olmaktadır.

Bu konuda görüşlerini paylaştığımız *Stanislas*'a göre, BK. m. 205 f.2 c.son'un (OR. Art. 208 Abs. 3) dogmatik bir yorumu, bizi, özet olarak şu sonuçlara götürecektir: Her şeyden önce, bu hüküm, sadece sözleşmede menfi zararın tazmin edilmesini öngörmektedir; yine, alıcının maruz kaldığı işlerindeki kazanç kaybı, doğrudan zarar olarak nitelendirilebileceği bir durumda bile, gözönünde tutulmayacaktır. Sonra, BK. m. 205 f.2 c.son (OR. Art. 208 Abs. 3), tazmin edilmesi gereken menfi (olumsuz) zarar konusunda, ücret kaybı dahil olmak üzere, zarar verici olayla doğrudan ilişkili olan fiilî zarar kısmının tazmin edilmesi gereğini düzenlemektedir. Aynı şekilde bir doğrudan zarar olarak daima illiyet (nedensellik) bağının kapsamında olarak gözönünde tutulan ve menfi zararın unsuru niteliğindeki diğer işlerdeki kâr mahrumiyetinin tazmin edilmesi söz konusu olmayacaktır. Böyle bir yorum tarzı, şüphesiz BK. m. 205 f.2 c.son'un uygulama alanını daraltmaktadır¹⁸⁸. Ancak aksine bir çözüm tarzının kabul edilmesi, özellikle «imal olunan şeylerden sorumluluk» konusunda, sürpriz olarak nitelendirilebilecek sonuçlara varmamıza yolaçacaktır. Örneğin 50 lira kâr elde etmek için 500 liraya konserve satan bir bakkalın, sattığı konserveleden birini alan bir aile fertlerinin tümünün zehirlenmesinden sorumlu tutulması, onun milyonlarca liraya varacak bir tazminat ödemesine yolaçacaktır. Objektif sorumluluk esasları içinde bu çözümün kabul edilmesine imkân yoktur¹⁸⁹.

(iv) *Satıcının alıcının uğradığı dolaylı zararı tazmin etme borcu*

BK. m. 205 f.son'a göre «satıcı, kendisine hiç bir kusur isnat edilemeyeceğini ispat etmedikçe, alıcının diğer her türlü zararlarını tazmin etmeğe mecburdur».

Böylece satıcı, alıcının uğradığı «diğer her türlü zararını», kusursuz olduğunu ispatlayamadıkça tazmin etme yükümlülüğünde olmaktadır. Buradaki kusur, bir culpa in contrahendo olmayıp sözleşmenin kötü ifasına ilişkin bir kusurdur. BK. m. 205 f.son gereği alıcının tazmin edilmesi gereken zararları, BK.

186) *Bkz. yukarıda 1.*

187) *Bu görüşü savunan yazarlar için bkz. STANISLAS, s. 141 dn. 24.*

188) *STANISLAS, a.g.e., s. 144.*

189) *STANISLAS, a.g.e., s. 140. Ayrıca bkz. ARAL, a.g.e., s. 175-177.*

m. 98 f.son ve BK. m. 43-44 hükümlerine göre indirilmek suretiyle; satıcının tazminat yükümlülüğü belirlenecektir¹⁹⁰. Bu konu üzerinde durulmayacaktır.

Satıcının her hangi bir tarzda gerçekleştirdiği kusuru, onun sorumluluğuna gidilebilmesi için yeterli olacaktır. Düşüncemize göre, satıcının, satılanın ayıplı olduğunu bildiği veya meslekten satıcı ya da imalâtçı olması dolayısıyla satılanın ayıbını bilmesi gerektiği durumlarda, kusurlu olduğu kabul edilmelidir. Buradaki kusur, BK. m. 98 hükümleri çerçevesinde sözleşme dışı sorumluluğu düzenleyen kurallara göre belirlenecektir. Kabul ettiğimiz yoruma göre, satıcı, satılanın ayıplı olduğunu bildiği ya da meslekten satıcı veya imalâtçı olması dolayısıyla bilmesi gerektiği durumlarda, satılanın ayıplarından sorumlu olmadığını geçerli bir şekilde kararlaştıramayacaktır. Zaten akdî sorumlulukta borçlu, BK. m. 99 f.1'e göre, sadece hafif kusurun sorumlu olmayacağını sözleşme konusu yapabilmektedir¹⁹¹. O halde BK. m. 205 f.son'un uygulanmasında da aynı esaslar gözönünde tutulacaktır¹⁹².

Doktrinde hâkim görüşe göre¹⁹³, BK. m. 205 f.son'daki dolaylı zararın müspet (olumlu) zararı da kapsadığı yolunda bir düşünce benimsenmektedir. Böylece muayene ve ihbar külfetlerini gereği gibi yerine getiren alıcı, bundan böyle, satılanın ayıplı olmasından doğan dolaylı zararının tamamını uygun illiyet bağı bulunmak kaydıyla isteyebilecektir¹⁹⁴. Özellikle *Cavin*, sözleşmeden dönme rağmen dolaylı zararın tazmin edilmesinin (özellikle müspet zararın) istenebilmesini, burada BK. 106-108'de olduğu gibi borcun yerine getirilmemesinden dolayı sözleşmeye dayanan bir sorumluluk değil fakat kanunun özel bir sorumluluk hali öngördüğü gerekçesiyle açıklamaktadır¹⁹⁵.

Ancak *Schönle*, *Stanislas*, *Schubiger*, *Furrer* gibi yazarlarca savunulan bir başka görüşe göre ise, satım sözleşmesinden dönme ile müspet zararın tazmin edilmesi gereği birbiriyle bağdaşır nitelikte değildir. O halde sözleşmeden dönme durumunda alıcı, sadece uğradığı menfi zararın tazminini isteyebilmelidir. Burada sözkonusu olan menfi zarar, BK. m. 205 f.2 c.son'un kapsamına girmeyen menfi zararlardır¹⁹⁶.

190) *Bu konuda bkz. CAVIN, a.g.e., s. 101.*

191) *Bkz. yukarıda §2, VII, 3, d, aa.*

192) *Başka görüşte olarak bkz. STANISLAS, a.g.e., s. 145.*

193) *OSER/SCHÖNENBERGER, Kommentar, Art. 208 N. 5-7; KATZ, a.g.t., s. 75; BAUR, a.g.t., s. 60-61; CAVIN, a.g.e., s. 100-101; CAVIN, a.g.m., s. 337; GIGER, Kommentar, Art. 208 N. 45; SEROZAN, a.g.e., s. 646; EDİS, a.g.t., s. 118.*

194) *CAVIN, a.g.e., s. 100-101; BGE 85 II 192; JdT 1959 I 605.*

195) *CAVIN, a.g.e., s. 101. Ayrıca bkz. SIMONIUS, a.g.m., s. 266.*

196) *SCHÖNLE, a.g.m., s. 482 vd.; STANISLAS, a.g.e., s. 146-147; SCHUBIGER, a.g.t., s. 74 vd.; FURRER, a.g.t., s. 68.*

Biz burada yukarıda sözleşmeden dönmenin niteliğine ilişkin olarak benimsemiş olduğumuz görüş çerçevesinde¹⁹⁷, alıcının, sözleşmeden dönmesine rağmen uğradığı müspet zararın tazminini isteyebileceği yolundaki düşünceleri benimsemekteyiz^{197a}. Böylece bu çözümde alıcı (genelde tüketici), daha geniş koruma görmüş olacak ve uğradığı her çeşit zararını kusurlu satıcıdan talep edebilme imkânına sahip olabilecektir.

bb. Alıcının satımdan dönmesi durumuna ilişkin yükümlülükleri

BK. m. 205 f.1'e göre «satım feshedilince alıcı satıcıya satılan ile beraber ondan istihsal ettiği menfaatleri iade etmekle mükelleftir». Bu hükümden hareket ederek sözleşmeden dönen alıcının, satıcıya karşı olan yükümlülüklerini şu şekilde belirleyebiliriz :

(i) Alıcının teslim aldığı satılanı geri verme borcu

Satımdan dönen alıcı, kendisi için hiç bir yarar sağlayamayacağına göre, satıcıdan teslim aldığı ayıplı satılanı ona (satıcıya) geri verme yükümlülüğü altındadır¹⁹⁸. Yukarıda belirlendiği gibi satılanın ayıbı sebebiyle ya da kaza sonucu hasar görmesi durumunda, alıcı, geri verme yükümlülüğünü, satılardan elinde kalanı geri vermek suretiyle yerine getirecektir¹⁹⁹.

Alıcı, geri verme yükümlülüğü doğduktan sonra, bu yükümlülüğünü işleme, karışma, birleşme gibi bir nedenle yerine getiremediği durumlarda, para ile ödemedede bulunma zorunda kalır. Bu durumda satıcı, kendi borçları ile para alacağını takas etme imkânını bulacaktır²⁰⁰.

Satıcının satılanın geri verilmesine ilişkin talebi, konusu taşınır ya da taşınmaz olsun şahsî (kişisel) niteliktedir; çünkü alıcı, başlangıçta satılanın mülkiyetini geçerli bir şekilde kazanmıştır ve onun sözleşmeden dönme talebi, bu geçerli sebebi ex nunc fakat ex tunc olarak ortadan kaldırmaktadır. Ancak doktrinde hâkim düşünceye göre, burada bir *condictio ob causam finitam* (BK. m. 62 c.2. son ihtimal) şeklinde bir sebepsiz zenginleşme durumu bulunduğu halde²⁰¹; bizim kabul ettiğimiz görüş çerçevesinde ise, geri verme yükümlülüğü de akdî niteliktedir ve bu sebeple BK. m. 125'deki genel zamanaşımı süresine tabidir²⁰². Halbuki ilk görüşte geri vermeye ilişkin talebin, BK. m. 66 hükümlerine göre zamanaşımına uğraması söz konusu olacaktır²⁰³.

197) Bkz. yukarıda (3) altındaki açıklamalar.

197a) Aynı anlamda olmak üzere bkz. ARAL, a.g.e., s. 178.

198) JAEGER, a.g.t., s. 98.

199) Bkz. yukarıda 2.

200) EDİS, a.g.e.,s. 111.

201) Örnek olarak bkz. STANISLAS, a.g.e., s. 130-131.

202) Bkz. yukarıda dn. 193'de anılan yazarlar.

203) STANISLAS, a.g.e., s. 131.

(ii) *Alıcının satılandan elde ettiği menfaatleri verme borcu*

Alıcı, satılanı elde ettiği menfaatlerle birlikte geri vermekle yükümlüdür. Elde olunan menfaatler, koyunun sütü, yünü, kuzusu gibi, tarlanın mahsulü gibi tabii veya evin kirası gibi hukukî olabilir²⁰⁴. BK. m. 205 f.1 gereği alıcının geri vermek zorunda olduğu menfaatler, malın teslim alınması ile geri verilmesi anı arasında gerçekleşen menfaatlerin toplamıdır²⁰⁵.

BK. m. 205 f.1, BK. m. 192 f.1 b.1'de olduğu gibi alıcının «satılandan ... istihsalini ihmal ettiği semereler»den de sorumlu tutulacağı şeklinde bir düzenlemeye yer vermemiştir. Doktrinde savunulan bir görüşe göre, bu durum, alıcının geri verme yükümlülüğüne ilişkin olarak, ayıba karşı tekeffül durumunun zapta karşı tekeffülden farklı şekilde hükme bağlandığı şeklinde değerlendirilmelidir²⁰⁶. Ancak bizim katıldığımız görüşe göre, BK. m. 192 f.1 b.1'in çözüm tarzı, BK. m. 205 f.1'in uygulandığı hallerde de, zorunlu olarak kendisini kabul ettirecektir. Gerçekten alıcı, genel bir şekilde iyi niyetli zilyed olarak kabul edilecektir; ancak sözleşmeden dönme hakkını sağlayan ve dolayısıyla satılanı geri verme borcunu doğuran satılana ilişkin ayıbı bildiği ya da bilmesi gerektiği andan itibaren, onun (alıcının) kötü niyetli zilyed durumuna girmesi sözkonusu olacak ve dolayısıyla MK. m. 908 hükümleri çerçevesinde satılandan elde etmeyi ihmal ettiği semereleri de²⁰⁷ geri verme yükümlülüğü sözkonusu olacaktır²⁰⁸. Fakat hiç bir zaman ayıplı satılının durumunu kötüleştirecek ya da ayıplarını artıracak bir tarzda kullanma durumunda olmayan alıcının, bu şekildeki kullanmaları gerçekleştirilmemesi sebebiyle bir sorumluluğunun sözkonusu edilmesi imkânı yoktur²⁰⁹.

Alıcının geri verme borcu, sadece satılana ve ondan elde edilen tabii ve hukukî semerelere ilişkin olmayıp, satılanı kullandığı durumlarda bu şekilde elde ettiği faydayı da tazmin etme yükümlülüğü vardır. Örneğin geri verme konusu ata binme, otomobili alıcının bazı işlerinde kullanması, bu şekilde değerlendirilebilir. Ancak geri verme konusu malı kullanmayan satıcının bu kullanmamasından dolayı her hangi bir sorumluluğu yoktur²¹⁰. Alıcının bu çeşit tazmin yükümlülüğü, bir kiradan daha düşük şekilde mülâhaza olunmalıdır; çünkü o (alıcı), satılanı satıcıyı faydalandırma amacıyla kullanmamıştır. O hal-

204) *EDİS, a.g.t., s. 111.*

205) *BERKİ, a.g.e., s. 30; EDİS, a.g.t., s. 112. Ayrıca bkz. JdT 1981 I 59.*

206) *EDİS, a.g.t., s. 111-112.*

207) *Bu konuda bkz. OĞUZMAN/SELİÇİ, a.g.e., s. 108; GÜRSOY/EREN/CANSEL, a.g.e., s. 159; TEKİNAY, a.g.e., §14, II, 2.*

208) *STANISLAS, a.g.e., s. 131-132.*

209) *BECKER, Kommentar, Art. 208 N. 2.*

210) *EDİS, a.g.t., s. 112.*

de satıcı, alıcının satılana ilişkin bakım ve koruma giderlerinden alıcıya karşı -yukarıda belirlendiği şekilde²¹¹ sorumlu olmaya devam edecektir²¹².

cc. Satımdan dönülmesi durumunda alıcının ve satıcının karşılıklı geri verme borçlarını yerine getirme tarzı ve sırası

Satımın, ayıp sebebiyle dönme ile sona erdirilmesi sonucunda doğan karşılıklı geri verme borçlarının nasıl ifa edileceği ve taraflardan her birinin diğerindeki alacağı bakımından sahip olduğu hakların neler olduğu sorunu, Borçlar Kanununun ayıba karşı tekeffüle ilişkin hükümlerinde düzenlenmemiştir²¹³ ve düzenlenmesine de gerek bulunmamaktadır. Burada sözleşmeden dönmeye ilişkin genel hükümler çerçevesinde kabul edilen çözüm şeklinin aynen benimsenmesi gereği bulunmaktadır. Şöyle ki :

Doktrinde savunulduğuna göre, BK. m. 81'de düzenlenen ödemelik (akdin ifa edilmediği) def'i, kendisinden dönülmüş olan karşılıklı sözleşmelerin geri verme borçlarında da kabul edilmelidir²¹⁴. Aynı çözümün, buradaki satım sözleşmesinden dönülmesi durumu için de benimsenmesini engelleyen hiç bir sebep bulunmamaktadır. Çünkü alıcının, satılanı ve yararlarını geri verme borcu ile satım parasını, masraflarını, mahkeme masraflarını ve doğrudan ve dolayısıyla uğradığı zararların tazminini sağlamaya yönelik alacağı için bir karşılıklı ilişki mevcuttur. Bu sebeple bu geri verme borçlarının aynı anda ifa edilmesi gereği vardır. Aksi halde kendi geri verme borcunu ifa etmeden ifa talebinde bulunan tarafa karşı, diğer tarafın ödemelik def'i savunmasında bulunarak ifadan kaçınabilme imkânı vardır²¹⁵.

IV. Alıcının satılanın ayıpları sebebiyle satım parasının indirilmesi seçimlik hakkını kullanması ve hükümleri

1. Alıcının satılanın ayıpları sebebiyle satım parasının indirilmesi seçimlik hakkının hukuki niteliği

BK. m. 202 f.1'e göre «*Satıcının tekeffülü altındaki satılanın ayıbı anlaşıldığı zaman alıcı muhayerdir. (...), dilerse satılanı alıkoyup kıymetinin noksanı mukabilinde semenin tenzil olunmasını dâva eder*».

211) Bkz. yukarıda aa, ii.

212) STANISLAS, a.g.e., s. 132.

213) Sorunun bu şekilde ortaya konulması için bkz. EDİS, a.g.e., s. 119.

214) Bkz. FEYZİOĞLU, Genel hükümler, c. 2, s. 137; KANETİ, Akdin ifa... s. 104.

215) Bu konuda bkz. GIGER, Kommentar, Art. 208 N. 11; OSER/SCHÖNENBERGER, Kommentar, Art. 208 N. 4; BECKER, Kommentar, Art. 208 N. 3; STANISLAS, a.g.e., s. 132; KATZ, a.g.t., s. 75; FURRER, a.g.e., s. 69; BGE 109 II 26.

Diğer seçimlik haklarda olduğu gibi, alıcı, satım parasının indirilmesi seçimlik hakkını da, yöneltmesi ve varması gerekli bir irade açıklamasıyla kullanı. Satım parasının indirilmesi seçimlik hakkını kullanan alıcı, bu yoldan sonradan vazgeçmek suretiyle bir başka yolu seçemez. Çünkü burada -yukarıda belirtildiği gibi- bir yenilik doğuran hakkın kullanılması sözkonusudur. Kanun hükümleriyle bu yolun kullanılmasına ilişkin getirilen sınırlamalar²¹⁶, bu kuralın uygulanması bakımından istisna teşkil edecektir.

Alıcının satım parasının indirilmesi yolunu seçtikten sonra, tarafların aralarında anlaşarak satım parasından indirilecek tutarı tesbit edebilmeleri imkânı vardır; ancak bu konuda anlaşma olmaması halinde, bu tutarın tesbiti, mahkeme kararıyla olacaktır^{216a}. Bu tutarın belirlenmesine ilişkin olarak açılacak dâva, bir edim ya da tesbit davası niteliğindedir.

Alıcının seçimlik hakkını kullanması sonucu satım parasının indirilmesi, bir borcun yenilenmesi (tecdit)²¹⁷ değildir. Çünkü burada bir eski borç yerine yeni bir borç ihdas edilmemektedir²¹⁸. Aynı şekilde satım parasının indirilmesiyle yeni bir sözleşme de yapılmış olmamaktadır. Burada sadece satım sözleşmesinin esaslı unsurlarından birinde (satım parası unsurunda) bir değişiklik meydana getirilmektedir. O halde bu yolun kullanılmasını, satım parasının indirildiği oranda satım sözleşmesinin hükümsüzleşmesini sağlayan sözleşmeden kısmen dönülmesi durumu olarak değerlendirilmesi imkânının bulunduğu zannetmekteyiz²¹⁹.

2. Satım parasından indirilecek tutarın tesbitine ilişkin görüşler ve değerlendirilmesi

Satım parasından indirilecek tutarın hesaplanmasına ilişkin olmak üzere, doktrinde ve mahkeme içtihatlarında, başlıca üç görüşün ileri sürüldüğü görülmektedir. Şöyle ki :

a. Satım parasından indirilecek tutarın hesaplanmasında mutlak metodun uygulanması gerektiğini savunan görüş

Satım parasından indirilecek tutarın hesaplanmasında mutlak metodun uygulanması gerektiğini savunan görüşe göre, satılanın ayıplı ve ayıpsız ayrı ayrı değeri takdir olunur; bu şekilde tesbit olunan ayıplı ve ayıpsız değer arasındaki fark, sözleşmede kararlaştırılan satım parasından indirilir ve böylece alıcının ödemek zorunda olduğu indirilmiş satım parası tesbit edilmiş olur. Örnek ver-

216) Bkz. yukarıda II 3.

216a) Ayrıca bkz. ve karşı. EDİS, a.g.t., s. 122.

217) Bu kavramın incelendiği eser olarak bkz. KOYUNCUOĞLU, T., *Türk ve İsviçre hukukunda borcun yenilenmesi (tecdit)*, tez, İstanbul 1972, s. 49 vd..

218) EDİS, a.g.t., s. 122.

219) Bu konuda bkz. EDİS, a.g.t., s. 122.

mek gerekirse; «bilirkişiler (bir) gayrimenkulün ayıpsız değeri olarak 80.000.— lira, ayıplı değeri olarak 50.000.— lira olarak takdir etseler, (tarafların sözleşmede kararlaştırdıkları) ayıpsız satış parası 70.000.— lira olduğuna göre, ayıplı satış parası», (80.000.— lira - 50.000.— lira) şeklinde belirlenecek (30.000.— lira) indirim tutarının sözleşmede kararlaştırılan satım parasından indirilmesi suretiyle (70.000.— lira - 30.000.— lira olmak üzere) 40.000.— lira olarak tesbit olunacaktır²²⁰.

Bu metod, İsviçre'de 14.11.1911 tarihli Hayvan ticareti konusunda tekeffül hakkında Kararnamenin 11. maddesinde kabul edilmiştir²²¹ ve yine İsviçre'de bazı yazarların bu görüşe savundukları görülmektedir²²².

b. Satım parasından indirilecek tutarın hesaplanmasında tazminat metodunun uygulanması gerektiğini savunan görüş

Satım parasından indirilecek tutarın hesaplanmasında tazminat metodunun uygulanması gerektiğini savunan görüşe göre, sözleşmede kararlaştırılan satım parası ile satılanın ayıplı değeri arasındaki fark, sözleşmede kararlaştırılan satım parasından indirilir ve böylece alıcı, sadece satılanın ayıplı değerini ödemiş olur²²³. Örnek vermek gerekirse; «bilirkişiler (bir) gayrimenkulün ... ayıplı değeri 50.000.— lira olarak takdir etseler, (tarafların sözleşmede kararlaştırdıkları) ayıpsız satış parası 70.000.— lira olduğuna göre, ayıplı satış parası», (70.000.— lira - 50.000. lira) şeklinde belirlenecek (20.000.— lira) indirim tutarının sözleşmede kararlaştırılan satım parasından indirilmesi suretiyle (70.000.— lira - 20.000.— lira olmak üzere) 50.000.— lira olarak tesbit olunacaktır ve böylece alıcı, sadece satılanın ayıplı değerini ödemek durumunda kalmaktadır²²⁴.

Doktrinde bu görüşün kanunun lâfzına uygun olduğu söylenmektedir. Gerçekten OR. Art. 205 Abs. 1'de «Ersatz, indemnité» (tazminat) sözcüğü kullanılmakta ve BK. m. 205 f.1'de ise «kıymet noksanının tazmini»nden söz edilmektedir. Diğer taraftan «kıymetinin noksanı satılanın semenine müsavi ise alıcı»nın «ancak satımın feshini talep edebile»ceğini öngören BK. m. 202 f.son hükmü de, bu görüşü destekler nitelikte bir hükümdür²²⁵.

220) Buradaki rakamlar, Yarg. 3. HD.'nin 29.11.1966 t.li ve 7873/7506 s.lı k.m.dan alınmıştır (DALMANLI, a.g.e., c. 2, s. 99-100).

221) Bu konuda bkz. CAVIN, a.g.e., s. 102 ve dn. 22; GUHL/MERZ/KUMMER, 338.

222) Örnek olarak bkz. WILLI, a.g.t., s. 105 vd..

223) Örnek olarak bkz. ROSSEL, a.g.e., s. 253. Bu şekilde açıklama için bkz. TANDOĞAN, a.g.e., §10, VIII, 2; EDİS, a.g.t., s. 123.

224) Bu rakamlar, yukarıda dn. 220'de anılan Yargıtay kararından alınmıştır. Ayrıca bu çözümü benimseyen Yargıtay kararı olarak bkz. Yarg. Tic. D., 28.5.1953 t.li, 3195/3273 s.lı k. (TİK., c. 8, n. 1513).

225) Bu açıklamalar için bkz. TANDOĞAN, a.g.e., c. I/1, §10, VIII, 2.

c. *Satım parasından indirilecek tutarın hesaplanmasında nisbî metodun uygulanması gerektiğini savunan görüş*

Satım parasının indirilmesinde nisbî metodun uygulanması gerektiğini savunan görüşe göre, satılanın ayıplı değeri ile ayıpsız değeri arasındaki oranın sözleşmede kararlaştırılan satım parasına uygulanması suretiyle ödenecek satım parası bulunur²²⁶.

Yargıtay'ın bir kararında, bu metodun, şu şekilde uygulandığını görmekteyiz: «Somut olayda ..., satım parasının indirilmesi olarak uyuşmazlık çözüme bağlanmalıdır. Şu var ki, yasada satım parasının indirilmesine uygulanacak bir ölçüye yer verilmiş değildir. Öyleyse, değer eksikliğinin hesaplanması için bir yöntem bulmak gerekir. Öğretide bu konuda kabul edilen baskın görüş (...), değer eksikliğinin orantılı bir hesap tarzına göre belirleneceğine ilişkindir ki bu yöntem, 'nisbî metod' olarak adlandırılmaktadır (...). — Öyleyse, bu yöntem uyarınca satım sözleşmesinin kurulması anında nesnenin (şeyin) ayıpsız olarak ya da vaad edilen niteliklerle birlikte taşıyacağı değer ile gerçekte bulunduğu (bozuk) durumda taşıdığı değer arasındaki orana göre, satım parasının indirilmesi gerekir. Satım parasının indirilmesi şu formülle anlatılabilir (...):

ad : satılanın ayıpsız objektif değeri.

gd : satılanın ayıplı objektif değeri.

sp : satım parası.

i : indirim tutarı.

x : indirim sonunda satım parasının ineceği miktar.

$$\frac{ad}{gd} = \frac{sp}{x} \quad x = \frac{gd \cdot sp}{ad} \quad x - ds = i \quad i = sp - \frac{gd \cdot sp}{ad}$$

226) *Bu görüşte olarak bkz. OSER/SCHÖNENBERGER, Kommentar, Art. 205 N. 18; BECKER, Kommentar, Art. 205 N. 17; GUHL/MERZ/KUMMER, a.g.e., §42, IV; GIGER, Kommentar, Art. 205 N. 21; von BÜREN, a.g.e., Bd. II, s. 40; CAVIN, a.g.e., s. 102; AMAUDRUZ, a.g.t., s. 132; STANISLAS, a.g.e., s. 115; KATZ, a.g.t., s. 77; FURRER, a.g.t., s. 71 vd.; SCHUBIGER, a.g.t., s. 65; von TUHR, a.g.m., s. 370; STAUDER/STAUDER, a.g.m., s. 182; TANDOĞAN, a.g.e., c. 1/1, §10, VIII, 3; EDİS, a.g.t., s. 123-124; BİLGE, a.g.e., s. 74-76; GÖKTÜRK, a.g.e., s. 407; FEYZİOĞLU, a.g.e., İkinci kısım, c. 1, s. 295; TUNÇOMAĞ, a.g.e., c. 2, s. 120; KANETİ, a.g.t., s. 61; ZEVKLİLER, a.g.e., s. 60; BGE 81 II 210: JdT 1956 I 106; BGE 85 II 192: JdT 1959 I 605; BGE 89 II 239; Yarg. 3. HD., 29.11.1966 t.li, 7873/7506 s.lı k. (DAL-LAMANLI, a.g.e., s. 99-100); Yarg. 13.HD., 10.11.1980 t.li, 5071/5769 s.lı k. (YKD. 1981, s. 332).*

— Örneğin, satılanın ayıpsız değeri 2400, ayıplı objektif değeri 1600 ve satım parası da 1200 olsa, ödenecek miktar:

$$\frac{1600}{2400} = \frac{x}{1200} \quad x = \frac{1200 \times 1600}{2400} = 800 \text{ TL. dir. İşte alıcının ödeyeceği miktar, 800 liradır. Satım parasından indirilecek tutarı bulmak için de satım parasından (1200'den) bunun (800'ün) çıkarılması gerekir ki, sonuç 400 lira olur. Formüle başvurursak: (i = 1200 - \frac{1200 \times 1600}{2400}) ki indirilecek tutar olarak 400 lira bulunur. — Yargıtay'ın kökleşmiş inançları ile de yukarıda anılan (nisbî metod) benimsenmiş bulunmaktadır (...). — Bu duruma göre, yukarıda verilen bilgilerin ışığı altında somut (dava konusu) olayda 'nisbî metod' uyarınca, satım parasından indirilmesi gereken tutarı belirlemek üzere uzman bilirkişi ya da bilirkişi kuruluna başvurulmalı ve gerekçeli rapor alınmalı ve böylece saptanacak bu tutar, istemle bağlı kalınarak davacı yararına ödetilmelidir»²²⁷.$$

— Aynı metodun ve aynı formulün, Alman hukukçusu *Fikentscher* tarafından şu şekilde uygulandığını görmekteyiz²²⁸:

$$\begin{array}{l} \text{satılanın ayıpsız (objektif) değeri} \\ \text{(geschuldeter Wert: Sollwert)} = 3500.— \\ \hline \text{satım parası (geschuldeter} \\ \text{Preis)} = 3000.— \\ \hline \text{satılanın (objektif) ayıplı değeri} \\ \text{(wahrer Wert)} = 2000.— \\ \hline \text{indirilmiş satım parası} \\ \text{(gemindeten Preis)} = x \\ \hline x = \frac{3000 \times 2000}{3500} = 1714, 29 \text{ DM (Alman markı).} \end{array}$$

Belirtilmelidir ki BGB §472'de, satım parasının indirilmesinde nisbî metod açıkça kabul edilmiş bulunmaktadır^{228a}.

Cavin ise, bu şekilde formülleştirmeğe yönelmeksizin, yukarıda belirlenen nisbî metodun tanımını aynen uygulamaktadır. Şöyle ki: «Böylece, bir satılan

227) *Yarg. 13. HD., 10.11.1980 gün ve 5071/5769 s.lı k. (YKD. 1981, s. 331).*

228) *FIKENTSCHER, s. 448. Ayrıca bkz. STAUDINGER/HONSELL, §472 N. 3; STAUDER, a.g.m., s. 138.*

228a) *Aynı esasın, 11.4.1980 tarihli Viyana Konvansiyonununun 50. maddesinde de benimsendiğini görmekteyiz. Bu hüküm için bkz. Les ventes, s. 428.*

şey 3000 frank, bunun yapılan bir objektif değerlendirmeye göre ayıpsız değeri 2500 frank, bu şekilde taşıdığı ayıplarla birlikte gerçek değeri 1500 franktır. Her ikisi de objektif olarak tesbit edilmiş ayıplı değer ve gerçek değer arasındaki ilişki, $3/5$ 'dir. Semen aynı oranda, yani 1800 franka indirilecektir. — Bir satılan şey 900 frank, objektif olarak değerlendirilmiş ayıpsız değeri 1200 frank, taşıdığı ayıplar sebebiyle objektif gerçek değeri sadece 800 franktır. İlişki, oran olarak $2/3$ 'dür. Semen bu oranda, yani 600 franka indirilecektir»²²⁹. Yazar, İsviçre Federal Mahkemesinin de bazı kararlarında kullandığı²³⁰ yukarıdaki formül ile indirimin hesaplanması yöntemini, cebir amatörlerine hitap ettiğini ileri sürerek küçümsemektedir²³¹.

Evvelki hukukumuz olan *Mecelle*'de de nisbî metodun daha değişik bir formülle benimsendiğini görmekteyiz. Gerçekten Mecelle'nin 346. maddesine göre «Noksan-ı semen bîgaraz ehli vukufun ihbarıyla malûm olur. — Şöyle ki, mebi'in bir kere salimen ve bir kere maîben kıymeti takvim ve takdir olunup bu iki kıymet beynindeki tefavüt salimen olan kıymetin kaçta biri ise semen-i müsemmanın ol nisbetle noksanı noksan-ı semen itibar olunur. — Mese-lâ, müşteri 60 kuruşa aldığı bir top kumaşı kesip biçtikten sonra ayb-ı kadîmine muttali oldukça ehli vukuf ol kumaşın salimen kıymeti 60 ve ayb-ı kadîmiyle kıymeti 45 kuruş olduğunu ihbar etseler noksan-ı semen 15 kuruş olmakla müşterinin anı talep ve dava etmeğe salâhiyeti vardır. — Ve eğer ol malın salimen kıymeti 80 ve maîben kıymeti 60 kuruş olduğunu ihbar etseler işbu iki kıymet beynindeki tefavüt ki 20 kuruştur. 80 kuruşun rub'u olmakla semen-i müsemmanın rub'u olan 15 kuruşu müşterinin talep ve davaya salâhiyeti olur. — Eğer o kumaşın salimen kıymeti 50 ve maîben kıymeti 40 kuruş olduğunu ihbar etseler iki kıymet beyninde tefavüt olan 10 kuruş 50 kuruşun humüsü olmakla semen-i müsemmanın humüsü olan 12 kuruş noksan-ı semen itibar olunur»^{231a} denilmektedir. Yukarıda anılan Yargıtay kararındaki işaretlerle bu çözü-mü şu şekilde formül haline getirebiliriz :

$$i = \frac{ad - gd}{ad} \cdot sp \quad x = sp - i \text{ olduğuna göre :}$$

$$x = sp - \left(\frac{ad - gd}{ad} \cdot sp \right) \text{ olur. Yukarıda verilen tüm örneklere bu formü}$$

229) CAVIN ,a.g.e. ,s. 102.

230) Bkz. yukarıda dn. 226'da anılan kararlar. Yine bkz. BGE 111 II 162.

231) Bkz. CAVIN, a.g.e., s. 102 dn. 23.

231a) Madde metni için bkz. ÖZTÜRK, O., Osmanlı hukuk tarihinde Mecelle, s. 193; BERKİ, A.H., Açıklamalı Mecelle (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye), 2. baskı, 1979 İstanbul, s. 66.

lün uygulanması suretiyle aynı sonucun elde edildiği görülecektir. Yargıtay kararındaki rakamların kullanılması durumunda:

$$x = 1200 - \left(\frac{2400 - 1600}{2400} \cdot 1200 \right) = 1200 - \left(\frac{800}{2400} \cdot 1200 \right) = 1200 - 400$$

= 800.— TL. bulunur. *Fikentscher*'in verdiği örnekte:

$$x = 3000 - \left(\frac{3500 - 2000}{3500} \cdot 3000 \right) = 3000 - \left(\frac{1500}{3500} \cdot 3000 \right) = 1714,29 \text{ DM.}$$

(alman markı) sonucu bulunur. *Cavin*'in verdiği örneklerde de ;

$$x = 3000 - \left(\frac{2500 - 1500}{2500} \cdot 3000 \right) = 3000 - \left(\frac{1000}{2500} \cdot 3000 \right) = 1800 \text{ frank;}$$

$$x = 900 - \left(\frac{1200 - 800}{1200} \cdot 900 \right) = 900 - \left(\frac{400}{1200} \cdot 900 \right) = 600 \text{ frank şeklinde}$$

aynı sonuçlara varılacaktır.

İsviçre'de hem doktrinde hem de mahkeme içtihatlarında baskın olan²³², bizde de doktrinde ittifakla kabul edilen ve Yargıtay'ın yeni kararlarında istikrarlı bir şekilde benimsenen²³³ görüş, satım parasından indirilecek tutarın hesaplanmasında nisbî metodun uygulanması gerektiği şeklindeki görüştür.

d. Görüşlerin değerlendirilmesi ve sonuç

Biz de hâkim görüşe uyarak satım parasından indirilecek tutarın hesaplanmasında nisbî metodun uygulanması gerektiği düşüncesine katılmaktayız. Gerçekten bu usul, satımın ucuz ya da pahalı olmasını indirilecek miktara da yansıtması, yani satımın sağladığı kârı gözönünde tutması bakımından adalete en uygun olanıdır²³⁴. Ancak hesaplama şekli olarak basitliğinden dolayı *Cavin*'in hesaplama tarzını benimsemekteyiz. Eğer bir formül kullanılması gerekiyorsa, yukarıda Mecelle hükmüne dayanarak bulduğumuz formülün, sadeliği nedeniyle tercih edilmesi lâzım geldiğini düşünmekteyiz.

Diğer taraftan öteki metodların uygulanması, beraberinde bazı adaletsizlikleri ve hakkaniyete aykırı sonuçları getirmektedir. Örneğin mutlak metodun

232) Bkz. yukarıda dn. 226'da anılan kararlar ve yazarlar.

233) Bkz. yukarıda dn. 226'da anılan kararlar ve yazarlar.

234) TANDOĞAN, a.g.e., c. I/1, §10, VIII, 3; EDİS, a.g.t., s. 124.

uygulanmasında, satılanın gerçek değeri ile sözleşmede kararlaştırılan satım parası arasındaki hesaba katmağa imkân bulunmamaktadır. Satılan ne kadar ucuza satılmış olursa bu usulün sonuçları satıcı için o kadar ağır olur, ne kadar pahalıya satılmışsa bu sonuçlar onun için o kadar hafif olur²³⁵. Tazminat metodunun sakıncası ise, şeyin gerçek değerinden ucuza satılması halinde kendini gösterir; bu durumda satım parasının indirilmesine imkân kalmayabilir²³⁶. *Tandoğan*'ın verdiği bir örnekte bu durum şu şekilde gösterilmiştir :

«Semen : 1000

Ayıpsız değer : 1500

Ayıplı değer : 1100 (İndirime imkân yok, halbuki kanun buna daima imkân veriyor)²³⁷.

Nisbî metodun uygulanmasında, BK. m. 202 f.son'un²³⁸ tatbik kabiliyeti bulup bulamayacağı hususu da araştırılmalıdır. Bu konuda oldukça hayali örnekler verilebilir. Gerçekten bu hüküm, ayıplı satılanın iktisadî değerinin hiç bulunmadığı ya da çok önemsiz kabul edilebileceği durumlarda uygulama alanı bulabilecektir. Bu şekildeki ihtimallerin pratik bir önemi bulunmamaktadır. Zaten tazminat metodunun uygulanmasında da indirim tutarının satım parasına eşit olabilmesi için, satım parasından, satım parasına eşit (ya da buna yakın) miktarda bir indirim yapılması gereği vardır; bu da, ancak satılanın ayıplı objektif değerinin sıfır (ya da buna yakın önemsiz bir miktar) olması ile gerçekleşebilir. Yalnızca mutlak metodun kabul edilmesi durumunda, BK. m. 202 f.son'un lafzına uygun bir uygulama alanı bulması mümkün olacaktır. Örneğin sözleşmede kararlaştırılan satım parasının 4.000.— TL., satılanın ayıpsız objektif değerinin 5.000.— TL. ve ayıplı objektif değerinin de 1.000.— TL. olduğu bir olayda, indirim tutarı, (5.000.— — 1.000.—) olmak üzere 4.000.— TL.dir; satım parası da 4.000.— TL. olduğuna göre, tümünün indirilmesi imkânı sözkonusu olacaktır. İşte BK. m. 202 f.son hükmü, bu gibi durumlarda, alıcının satım parasının indirilmesi seçimlik hakkını kullanmasını yasaklamaktadır²³⁹. Ancak hukukumuzda uygulamanın ve doktrinin ittifakla kabul ettiği gibi mutlak metodun uygulanması benimsenmemektedir.

Satım parasının indirilmesinde kıymet takdiri, hasarın geçmesi anına göre yapılır; yani hasarın geçmesi daha sonra olmadıkça kural olarak akdin kurul-

235) *TANDOĞAN, a.g.e., c. I/1, §10, VIII, 3; EDİS, a.g.t., s. 123-124.*

236) *TANDOĞAN, a.g.e., c. I/1, §10, VIII, 2; EDİS, a.g.t., s. 124; BGE 81 II 207; JdT 1956 I 107.*

237) *TANDOĞAN, a.g.e., c. I/1, §10, VIII, 2.*

238) *Ayrıca bkz. yukarıda II, 3, b.*

239) *Bu konuda bkz. yukarıda II, 3, b.*

ması anı gözönünde tutulur ve taşınmazlar için de, alıcının taşınmazın zilyedliğini fiilen elde etmesi anı dikkate alınacaktır²⁴⁰.

Satım parasının indirilmesi bir tazminat niteliği taşımaz; bu sebeple zararın tazminine ilişkin kurallar, özellikle BK. m. 42 vd. hükümleri satım parasının indirilmesine uygulanamayacaktır. Örneğin BK. m. 43-44'e dayanılarak satım parasından indirilecek tutarda indirim yapılamaz²⁴¹.

3. Satım parasının indirilmesi seçimlik hakkının kullanılması durumunda alıcının ayrıca tazminat isteyip isteyemeyeceği sorunu ve çözüm şekli

Borçlar Kanununda, satım parasının indirilmesi seçimlik hakkını kullanan alıcının tazminat isteyebileceğine dair bir hüküm bulunmamaktadır. Bu sebeple bu soruna ilişkin olarak çeşitli görüşlerin ileri sürüldüğü görülmektedir. Şöyle ki :

a. Satım parasının indirilmesi seçimlik hakkını kullanan alıcının ayrıca BK. m. 205 f.2 ve f.3'e göre tazminat isteme hakkının bulunduğu görüşü ve açıklanması

İsviçre hukuku için, 1928'de yazdığı doktora tezinde bu sorunu ele alan *Baur*'a göre, satıcının kendisine teslim ettiği ayıplı bir sandalyeyi denerken bir bacağı kırarak alıcının, bu sebeple uğradığı zararın tazminini isteyebilmesi için mutlaka satım sözleşmesinden dönme seçimlik hakkını kullanması gerektiğini savunmanın hiçbir anlamı yoktur; pekâlâ satım parasının indirilmesi seçimlik hakkını kullanan alıcı da, uğradığı zararın tazminini isteyebilmelidir ve bu çözüm şekli, hukukun ve hakkaniyetin zorunlu bir ihtiyacına cevap verecektir. Burada OR. Art. 208 Abs. 2 ve 3'ün (BK.m. 208 f.2 ve f.2 ve f.3) bir kıyasen uygulanması sözkonusu değildir; aksine bir kanun boşluğunun, satıcının kusursuz da olsa bazı durumlarda sorumluluğunun kabul edilmesi suretiyle doldurulması durumu vardır²⁴².

Lüthi ise, tezinde, açıkça OR. Art. 208/2 ve 3'ün satım parasının indirilmesi durumunda uygulanacağını kabul etmektedir; aksi halde sözleşmeden dönme seçimlik hakkının kullanılması, diğer seçimlik hakların kullanılmasına göre hiç bir hukukî nedeni olmaksızın teşvik edilmiş olacaktır²⁴³.

Schubiger de, sözleşmeden dönme seçimlik hakkının kullanılmasının kanunumuzda çok sıkı kurallara bağlandığını ve bu sebeple sözleşmeden dönen alı-

240) *CAVIN, a.g.e., s. 102; BGE 45 II 660; BGE 81 II 207; JdT 1956 I 104.*

241) *CAVIN, a.g.e., s. 101-102; TANDOĞAN, a.g.e., c. I/1, §10, VIII, 3.*

242) *BAUR, a.g.t., s. 62 vd.. Bu eserin bu şekildeki değerlendirmesi için bkz. STANISLAS, a.g.e., s. 150.*

243) *LUTHI, a.g.t., s. 82 vd..*

cının tazminat talep etmesinin ayrıca düzenlendiğini, o halde diğer seçimlik hakları kullanmış olan alıcıların da aynı şekilde tazminat istemesini engelleyecek hiç bir haklı neden bulunmadığını savunmaktadır²⁴⁴.

Aynı çözüm tarzının benzer gerekçelerle *Cavin, Guhl / Merz / Kummer, von Büren, Merz, Furrer, Katz, Giger, Petitpierre, Neuenschwander* gibi yazarlarca benimsendiği²⁴⁵ ve Türk hukukunda da savunulduğu görülmektedir²⁴⁶.

b. Satım parasının indirilmesi seçimlik hakkını kullanan alıcının BK. m. 205 f.2 ve f.son hükümlerine göre değil BK. m. 96'ya göre tazminat isteyebileceği görüşü ve açıklaması

İsviçre Federal Mahkemesi ve doktrinde bazı yazarlar, satım parasının indirilmesi seçimlik hakkını kullanan alıcının, BK. m. 205 f.2 ve f.son (OR. Art. 208 Abs. 2 ve 3) hükümlerine göre tazminat isteyemeyeceğini; ancak burada sözleşmenin aynen muhafaza edilmesi sözkonusu olduğundan sözleşmenin müspet ihlâli durumu gerçekleşeceği için, BK. m. 96 (OR. Art. 97 Abs. 1) hükmü çerçevesinde tazminat talep edebileceği görüşünü savunmaktadırlar²⁴⁷. Şöyle ki :

Bir kere BK. m. 205 f.2 c.son (OR. Art. 208 Abs. 2) hükmüne göre satıcının sorumluluğu, bir kusursuz sorumluluk halidir. Kusursuz sorumluluğun kabul edilmesi, Borçlar Kanunumuzun sistemine göre istisnai bir düzenleme tarzıdır ve bu sebeple başka durumlara yaygınlaştırılmaz. O halde BK. m. 205 f.2'de sadece sözleşmeden dönen alıcının, satıcının kusursuz sorumluluğuna gidebileceği öngörülmüştür; diğer seçimlik hakları kullanan alıcıların, kanunda açık bir hüküm bulunmadığı için bu imkândan yararlanmaları sözkonusu olmayacaktır²⁴⁸.

İkinci olarak BK. m. 205 f.2 c.son ve f.3, sözleşmeden dönmenin sonuçlarını düzenlemektedir; halbuki satım parasının indirilmesi ya da ayıpsız bir satılanın teslim edilmesinin istenmesi durumunda, satım sözleşmesi geçerli olarak muhafaza edilmektedir. Bu durumda dönülmüş bir sözleşmeye ilişkin hükümlerin, geçerli olarak mevcut bir sözleşmeye uygulanması mantiken kabul edilemez. Özellikle BK. m. 205 f.son'daki (OR. Art. 208 Abs., 3) düzenlemenin, BK. m. 96 (OR. Art. 97 Abs 1) ile bir ilgisinin bulunmadığını ve bu sebeple sa-

244) SCHUBIGER, a.g.t., s. 78 vd..

245) CAVIN, a.g.e., s. 105; CAVIN, a.g.m., s. 334 vd.; GUHL/MERZ/KUMMER, a.g.e., s. 338; von BÜREN, Bd. II, s. 41; MERZ, a.g.m., s. 82; FURRER, s. 71; GIGER, Art. 208; PETITPIERRE, s. 332; NEUENSCHWANDER, s. 78-79.

246) TANDOĞAN, a.g.e., c. 1/1, §10, VIII, 3.

247) JAEGER, s. 119-120; OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 205 N. 16 ve Art. 206 N. 7; BECKER, Art. 205 N. 2 ve Art. 206 N. 4; HEIM, s. 22; SCHÖNLE, s. 484; STAUDER/STAUDER, s. 183; EDİS, s. 124-126; BGE 58 II 207; JdT 1933 I 155; BGE 63 II 401; JdT 1938 I 306; BGE 82 II 136.

248) BGE 63 II 401; JdT 1938 I 306 vd., 310.

dece f.2'nin kapsamına girmeyen menfi zararların tazmin edilmesi imkânını getirdiğini savunan *Stanislas*'a göre, OR Art, 208 Abs. 2 (BK. m. 205 f2) hükmü gibi Abs.3 (f.3) hükmünün de sözleşmeden dönme dışındaki durumlarda uygulanması mümkün değildir²⁴⁹.

O halde sözleşmeden dönme dışında bir seçimlik hakkı kullanan alıcı, sadece BK. m. 96 (OR. Art. 97) hükümlerine göre uğradığı zararların tazminini isteyebilecektir. Ancak bu ihtimalde de bu tazminat talebi, bir ayıba karşı tekeffülden doğan talep niteliğindedir ve bu sebeple, bu talep hakkında da, diğer ayıba karşı tekeffül taleplerinde olduğu gibi kısa zamanaşımının uygulanması ve alıcının da satılanı muayene ve ayıplarını bildirme külfetlerini zamanında ve gereği gibi yerine getirmesi zorunluluğu vardır²⁵⁰.

c. Görüşlerin değerlendirilmesi ve sonuç

Kabul ettiğimiz görüşe göre, BK. m. 205 f.son hükmü, BK. m. 96 gibi alıcının satılanın ayıpları sebebiyle uğradığı müspet zararın da tazmin edilmesi imkânını getirmektedir²⁵¹; yani BK. m. 205 f.son, sözleşmeden dönme durumunda bile müspet zararın tazmin edilebileceğini öngören bir hüküm niteliğindedir ve bu sebeple, BK. m. 96 hükmüyle bu hüküm arasında bir nitelik ve uygulanma farklılığı bulunmamaktadır. O halde satım parasının indirilmesiyle birlikte müspet zararın giderilmesi de istenebilecektir. Zaten bu sonuca, yukarıda belirlenen her iki görüşü savunanlarca da, bazı noktalarda farklılıklar bulunmasına rağmen, ulaşılmaktadır. Burada istenilecek müspet zararın kapsamında, kâr yoksunluğu da (lucrum cessans) bulunmaktadır. Örneğin ayıplı şeylerin teslimi sebebiyle müşterileri artık satıcıya o şeylerin yapıldığı fabrikanın mamûllerinden ısmarlamıyorlar; halbuki böyle olmasaydı başka siparişlerin yapılacağı muhakkak idi; satıcı (burada alıcı), bu suretle ilerdeki satışlardan elde edebileceği kârdan mahrum kalmıştır²⁵².

BK. m. 205 f.2 c.son'da düzenlenen satıcının kusursuz sorumluluğuna ilişkin hükmün, sözleşmeden dönme dışında bir başka seçimlik hakkı kullanan alıcı için de uygulanması gerektiğini düşünmekteyiz. Gerçekten ayıba karşı tekeffül sistemi, bir bütün olarak, satıcının satılanın niteliklerinden sorumlu olması düşüncesine dayanır. O halde o (satıcı), satılanın ayıplarından ileri gelen doğrudan zarardan ve kusurlu olması halinde de, açıklandığı gibi, dolaylı zarardan sorumlu olmalıdır. Küçük bir ayıp, önemli bir zarara yol açabilir. Örneğin bir otomobilin, bir ev âletinin kolayca tamir edilebilecek hafif bir ayıbı, ciddi bir kazaya sebep olabilir. Böyle bir durumda kusurlu olmayan satıcıya karşı,

249) *STANISLAS, a.g.e., s. 153-154.*

250) *STANISLAS, a.g.e., s. 154.*

251) *Bkz. yukarıda III, 3b,aa, iv.*

252) *TANDOĞAN, a.g.e., §10, VIII, 3.*

alıcının tazminat isteme hakkının bulunduğu düşüncesini red etmenin hiç bir gerekçesi yoktur ve satım parasının indirilmesinin tam bir tatmin olma imkânı sağladığı hususu da doğru değildir. Hatta böyle bir tazminat istemek için alıcı, sözleşmeden dönme seçimlik hakkını kullanmış olabilir; fakat hâkim, buna rağmen -yukarıda açıklandığı gibi-²⁵³ BK. m. 202 f.2'ye göre onun (alıcının) sözleşmeden dönme hakkını kullanmasını engelleyebilir. Bu da, alıcının zararına yolaçacaktır. O halde BK. m. 205 f.son gibi BK. m. 205 f.2 c.son'un da, satım parasının indirilmesi (ya da başka seçimlik hakkın) kullanılması durumunda uygulanması gerektiği kabul edilmelidir²⁵⁴.

V. Alıcının satılanın ayıpları sebebiyle değiştirilerek ayıpsız bir mislinin teslim edilmesi seçimlik hakkını kullanması ve hükümleri

BK. m. 203'e göre (OR. Art. 206) «*satılan miktarı muayyen misli şeylerden ise alıcı dilerse fesih veya semenin tenzilinden hiçbirini talep etmeyip satılanın ayıptan âri misliyle değiştirilmesini dâva edebilir*».

Böylece bu hükümle çeşit satımında ayıplı ifa halinde, alıcıya, diğer seçimlik haklardan ayrı olarak satılanın ayıpsız bir misliyle değiştirilmesi seçimlik hakkı da tanınmış olmaktadır. Bu durumda satıcı, alıcının talebine uymazsa; o (alıcı), BK. m. 106'ya göre sözleşmeden dönme veya ifadan vazgeçerek müspet zararının tazminini isteme haklarını kullanabilecektir. Bununla beraber bu hükmün kapsamı ve bu seçimlik hakkın kullanılması şartları yeterince açık değildir. Bir kere BK. m. 203, kanundaki yeri itibarıyla alıcının, ayıba karşı tekeffül sebebiyle sahip olabileceği bir seçimlik hakkı düzenlemektedir ve bu şekilde de bir aliud'un değil fakat bir ayıplı şeyin teslim edilmesini konu edinmektedir; bu sonuç da, BK. m. 70 c.1'in değil c.2'nin hükümlerine riayet edilmesinin yaptırımını oluşturmaktadır. Diğer taraftan Borçlar Kanunumuzda ifa dâvasının (talebinin) diğer seçimlik haklarla aynı şartlar ve süre içinde kullanılacağına ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Halbuki BGB §480, bu tarz bir hüküm ihtiva etmektedir. Bu açıdan hukukumuzda alıcı, teslim konusunun bir aliud ya da bir ayıplı mal olmasına göre²⁵⁵ şartları değişik olan iki hukukî yoldan birini seçmek gibi oldukça zor bir durumdadır²⁵⁶. Şöyle ki: Alıcı, aliud durumunda, ayıba karşı tekeffülden satıcıyı sorumlu tutma şartlarını yerine getirmeksizin, BK. m. 96 vd. hükümleri çerçevesinde ifa talebinde bulunabilecektir; halbuki o (alıcı), ayıplı mal tesliminde, satıcıyı BK. m. 203'e göre ifaya zorlayabilmesi için, satılanı muayene ve ayıplarını bildirme külfetlerini, usulüne uygun ve zamanında yerine getirmiş olmalı, ayrıca bu seçimlik hakkını BK. m.

253) Bkz. yukarıda II, 3, a.

254) Bu açıklamalar için bkz. CAVIN, a.g.e., s. 103.

255) Bu konuda bkz. §2, II, 2, b, bb, bbb.

256) Bkz. yukarıda §3.

207'de öngörülen kısa zamanasını süresi içinde kullanmalıdır. BK. m. 203'de düzenlenen seçimlik hak, bir ifa talebi olmaktan başka bir hukukî niteliğe sahip değildir²⁵⁷. Ancak biz, daha önce açıklandığı gibi, BK. m. 203'ün, satılanın ayıplı olması halinde uygulanacağı düşüncesine katılmaktayız²⁵⁸. Diğer taraftan alıcı, ayıplı teslim durumunda da, BK. m. 96 vd. hükümleri çerçevesinde satıcının sorumluluğu yönüne gidebilmelidir²⁵⁹.

BK. m. 203'deki «satılan miktarı muayyen misli şeylerden ise» şeklindeki sözlerle, BK. m. 70'e uygun olarak çeşit satımının kastedildiği kolaylıkla anlaşılabilir. Ancak bu hükmün, parça satımında da güven prensibinin izin verdiği ölçüde uygulanmasının gerektiğini savunan görüşler vardır; ancak böyle bir değiştirmenin, satıcıdan beklenebilmesi lâzımdır²⁶⁰.

Satım konusunun muayyen bir stoktan teslim edilmesi gerektiği ve stokun hepsinin ayıplı olduğu durumlarda, BK. m. 203 hükmüne göre değiştirme talep edilemeyecektir²⁶¹.

Alıcının satılanın değiştirilmesini istemesi, bir süreye tâbi tutulmamıştır; ayıpların ihbarından hemen sonra da bu hakkın kullanılması gerekli değildir. Satım konusunun değiştirilmesi, zamanasını süresi doluncaya kadar talep olunabilir. Ancak spekülasyonları önlemek ve satıcının hukukî durumunun bir an önce açıklığa kavuşmasını sağlamak için, satıcıya da, satılanı ayıpsız benzeriyle değiştirme yolunda bir icapta bulunma hakkının tanınması de lege ferenda önerilmektedir²⁶².

BK. m. 203'ün uygulandığı durumlarda da, BK. m. 204 ve BK. m. 205 hükümlerinin tatbik edilmesi imkânı vardır. Böylece satılan alıcının kusuruyla telef olmuş veya onun tarafından tağyir ya da temlik edilmişse, değiştirme talebinde bulunulmasına imkân yoktur. Hâkim, değiştirme talebine rağmen, alıcının bir başka seçimlik hakkı kullanmasına karar verebilmelidir²⁶³. Alıcı, değiştirmeyi talep etmişse, gecikme dolayısıyla veya BK. m. 205 f.2 c.son ve f.son kıyasen uygulanmak suretiyle, sözleşmeden dönme haline benzer kusura dayanmayan ve kusurlu sorumluluk hükümleri çerçevesinde satıcıdan tazminat da isteyebilmelidir²⁶⁴.

257) OSER/SCHÖNENBERGER, *Ari. 206 N. 2*; STANISLAS, s. 115 dn. 55; STAUDER/STAUDER, *a.g.m.*, s. 183.

258) *Bkz. yukarıda IV, 3, c.*

259) TANDOĞAN, *a.g.e.*, c. I/1, §10, X, 1.

260) SEROZAN, *a.g.m.*, s. 15-28. *Bu görüşün eleştirilmesi için bkz. KOCAYU-SUFPAŞAOĞLU, a.g.e.*, s. 74-75 dn. 100.

261) BECKER, *Art. 206 N. 2*; TANDOĞAN, c. I/1, §10, IX, 1.

262) GIGER, *Art. 206 N. 16*; TANDOĞAN, c. I/1, §10, IX, 1.

263) EDİS, s. 127. *Başka görüşte TANDOĞAN, c. I/1, §10, IX, 1.*

264) GIGER, *Art. 206 N. 13*; TANDOĞAN, §10, IX, 1. *Karş. OSER/SCHÖNENBERGER, Kommentar, Art. 206 N. 7.*

VI. Alıcının satılandaki ayıpların giderilmesi (onarım) talebinde bulunması ve hükümleri

Borçlar Kanununda bazı sözleşmeler için sözleşme konusunun ayıplarının giderilmesi (onarım, tamir) talebinde bulunma imkânı tanındığı halde, satımı düzenleyen hükümler arasında böyle bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Gerçekten BK. m. 250 f.1 hükmü, kiralananın ayıplarının giderilmesi talebinde bulunma imkânını kiracıya²⁶⁵; BK. m. 360 f.2 hükmü, istisna (eser) sözleşmesinde sözleşme konusunun ayıplarının giderilmesi talebinde bulunma imkânını iş sahibine²⁶⁶ vermektedir. Doktrinde genellikle kabul edildiğine göre, sözleşmede ayrıca kararlaştırılmış olmadıkça, alıcının, satılandaki ayıpların giderilmesini satıcıdan talep etmeğe hakkı yoktur²⁶⁷. Ancak bazı yazarlar, özellikle BK. m. 360 f.2'nin (OR. Art. 368 Abs. 2) kıyasen uygulanması suretiyle, satım sözleşmesinde alıcıya, kanuna dayanan bir onarım talebinde bulunabilmesi imkânının kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadırlar²⁶⁸.

Satım sözleşmesinde alıcının kanundan doğan bir onarım talebinde bulunma hakkının olmadığı düşüncesi kabul edilse bile, sözleşmeler uygulamasında, özellikle tip sözleşmeler ya da genel işlem şartları olarak alıcının böyle bir talepte bulunması imkânının düzenlendiği görülmektedir; hatta bu uygulamada alıcının diğer seçimlik haklarını kullanma imkânının bertaraf edildiği ve sadece onarım talebinde bulunabileceğinin öngörüldüğü müşahede edilmektedir. Bu şekildeki düzenlemelerin aleyhine bir tutum içine girmeğe imkân yoktur. Ancak satıcının ayıba karşı tekeffül borcunun sınırlanması ya da kaldırılması konusuna ilişkin sözleşme kayıtlarının geçerli olarak yapılabilmesi konusunda daha önce varlığını tesbit ettiğimiz kuralların, bu şekildeki sözleşme hükümleri hakkında uygulanması gerektiğini düşünmekteyiz²⁶⁹. Bu konu üzerinde tekrar duracak değiliz.

Burada alıcının onarım hakkını kullanmasına ilişkin olmak üzere, çalışmamızın diğer bölümlerinde üzerinde durmadığımız bazı önemli hususları kısaca ele almayı tasarlamaktayız²⁷⁰. Şöyle ki :

265) *Bu konuda bkz. YAVUZ, c. 1, s. 231; TANDOĞAN, c. 1/2, §23, 1,2.*

266) *Bu konuda bkz. TANDOĞAN, a.g.e., c. 2, §29, VII.*

267) *CAVIN, a.g.e., s. 96; BECKER, Kommentar, Art. 206 N. 1 ve 5; LARENZ, a.g.e., Bd. II, s. 40; STAUDINGER/HONSELL, §459 N. 10 vd.; STAUDER, s. 114.*

268) *GUHL/MERZ/KUMMER, a.g.e., s. 339; GIGER, Kommetnar, Art. 205 N. 42.*

269) *Bkz. yukarıda §3, VII, 3, d.*

270) *Bkz. yukarıda §2, VII; §3, VI ve §4, II, 4, b. Bu konuda ayrıca bkz. STAUDER, a.g.m., s. 141; STAUDER, Pacta sund servanda et le droit de repentir des consommateurs, Sem. Jud. 1982, s. 481-500.*

1. Onarım hakkının doğması ve kullanılması şartları

Satılarda ortaya çıkan bir ayıbın, alıcıya onarım hakkını verebilmesi için, bu ayıbın satıcının garanti taahhüdünün kapsamına girmesi gerekir. Onarım garantisinin kapsamı dışında kalan hususları açık olarak belirtme ve bunlara alıcının dikkatini çekme endişeleri, garanti belgelerinde, bu konuların ayrıntılı bir şekilde düzenlenmesine yolaçmaktadır²⁷¹.

Ayrıca diğer seçimlik hakların kullanılmasında olduğu gibi, alıcının, onarım seçimlik hakkını kullanabilmesi için, satılarda tesbit ettiği ayıpları satıcıya ayıp ortaya çıkar çıkmaz «derhal» bildirmesi lâzımdır. Ancak burada satıcının belirli bir süreyi kapsayacak şekilde garanti taahhüdü altına girmesi sözkonusu olduğuna göre, bu süre zarfında her zaman alıcının onarım talebinde bulunabilmesi imkânının varlığı da kabul edilebilecektir.

Satıcının onarım hakkını kime karşı kullanabileceği sorunu da, çeşitli ihtimallere göre ele alınmalıdır. Satılanın imalâtçısının satım sözleşmesine taraf olması durumunda, onarım talebinin bizzat imalâtçı - satıcıya yöneltileninde hiçbir kuşku yoktur. Satılanın doğrudan imalât yerinde veya imalâtçı tarafından satıldığı durumlarla satıcı olarak araya giren ticarî işletmenin, imalâtçının (yapımcının) temsilcisi olarak hareket ettiği durumlarda hüküm böyledir. Fakat satılanın tüketiciye bağımsız ticarî işletmeler aracılığı ile aktarılması durumlarında, onarım borçlusunun belirlenmesi oldukça güçleşmektedir. *Akunal*'ın düşüncelerinden hareketle, bu konuya ilişkin olarak, başlıca şu ihtimaller üzerinde durulması gereği vardır²⁷² :

(i) Satılanla birlikte alıcıya imalâtçı firma garantisinin verildiği durumlarda, onarım talebinin doğrudan imalâtçı firmaya yöneltilmesi gerekir.

(ii) Garanti belgesinde imalâtçı firmadan ayrı olarak satıcının da kaşesinin ve imzasının bulunduğu durumlarda, alıcı, onarım talebini gerek imalâtçıya gerekse satıcıya karşı ileri sürebilecektir. Ancak satıcının onarımı gerçekleştirmek için gerekli teknik imkânlarla sahip olmadığı durumlarda, bu talebin, doğrudan imalâtçıya yöneltilmesi alıcı bakımından daha elverişli olacaktır.

(iii) Satıcının satıldaki bozuklukları imalâtçının gidereceğini taahhüt ettiği ve imalâtçının bu taahhüde iştirakinin sözkonusu olmadığı durumlarda, alıcı, onarım talebini satıcıya karşı kullanabilecektir. Genel satış şartlarında veya garanti belgesinde imalâtçının adının geçmesi, bu sonucu değiştirmez. Burada BK. m. 110 anlamında «başkasının fiilini taahhüt» sözkonusudur. Onarımın ima-

271) Bu konuda bkz. *AKÜNAL, a.g.m., s. 558. Ayrıca bir monografi çalışması olarak bkz. FRÜH, S., Die rechtliche Bedeutung des Garantiescheins beim Kauf von Konsumgütern, Diss., Zürich 1982.*

272) *AKÜNAL, a.g.m., s. 559-560.*

lâtçı tarafından hiç ya da gereği gibi yerine getirilmemesi durumunda alıcı, satıcıdan tazminat isteyebilecektir.

(iv) Onarım garantisi doğrudan satıcı tarafından verilmiş ve garanti taahhüdünde imalâtçının adına hiç bir şekilde yer verilmemişse, alıcı, satıcının kendi imkânlarıyla onarımı gerçekleştirmesine katlanmak zorundadır.

2. Satılanın ayıplarının giderileceği yerin (onarım yerinin) belirlenmesi

Onarım yeri, sözleşmede aksine bir hüküm yoksa, satılanın özelliklerine ve sözleşmede belirlenen kullanma amacına göre belirlenir. Garanti belgelerinde onarım yeri olarak genellikle «yetkili bakım ve onarım servisleri» gösterilmektedir. Bu bakımdan onarım yerinin, mutlaka BK. m. 73'e göre tesbit edilecek olan ifa yeri olması gerekmez²⁷³.

Çeşitli bakım ve onarım servisleri mevcutsa, alıcı, dürüstlük kuralına uygun davranarak, satıcı için en az masraf çıkaracak olanı seçmelidir. Böyle bir durumda, onarım masraflarını yükleneyecek olan satıcı, onarım yerini serbestçe belirleyebilmelidir²⁷⁴.

3. Onarım masraflarının kime ait olacağı sorunu ve çözümü

Yukarıda kim olduğu tesbit olunan onarım borçlusu, kural olarak, onarım ile ilgili tüm masrafları karşılamalıdır. Örneğin satılanın değiştirilecek parçalarının bedeli, işçilik ücreti, tamir için gelen kimselerin yol parası gibi giderler, onarım borçlusuna ait olacaktır. Yenisi ile değiştirilen arızalı kısım veya parçalar da garanti borçlusunundur; alıcı, bunlar üzerinde her hangi bir hak iddia edemez²⁷⁵.

Tereddüt halinde, onarım dolayısıyla ortaya çıkan her türlü masrafın, onarım borçlusuna ait olduğu kabul edilmelidir²⁷⁶.

4. Onarım borcunun yerine getirilmemesi halinde alıcının hakları

Uygulamada genel satış şartlarıyla, bir taraftan alıcının kanundan doğan hakları bertaraf ve yerine onarım garantisi kabul edilirken; diğer taraftan da satıcının ayıplı mal tesliminin yol açtığı zararlardan sorumlu olmayacağı belirtilmektedir. Satıcının, borcuna aykırı hareket ettiği durumlarda, alıcıya karşı bu kayıtları ileri sürmek suretiyle sorumluluktan kurtulma imkânı yoktur; aksi

273) AKÜNAL, a.g.m., s. 561.

274) AKÜNAL, a.g.m., s. 561.

275) AKÜNAL, a.g.m., s. 561.

276) AKÜNAL, a.g.m., s. 561.

halde alıcı, sözleşmeye aykırı davranan satıcı karşısında her türlü himayeden yoksun kalacaktır^{276a}.

Aynı şekilde onarım garantisine rağmen satılardaki ayıpların giderilmesinin imkânsızlaştığı, satıcının onarım çabalarının bir sonuç vermediği durumlar gerçekleşebilir. Bu sorunun çözümüne ilişkin olarak, bu gibi durumlarda, alıcının sözleşmeden dönebileceği kabul edilmektedir. Alman Yüksek Mahkemesi, burada, kanun tarafından alıcıya tanınmış hakların yeniden dirileceğini (Wieder-aufleben der Gewährleistungsrechte) kabul etmektedir²⁷⁷. İsviçre Federal Mahkemesinin bir kararında ise, bu sorun konusunda, şöyle denilmektedir: «Onarım borcu, satıcının ediminin sadece bir bölümünü oluşturur. Buna rağmen onarım borcunun ifasında temerrüt, davacının tüm satım sözleşmesinden dönmesine yolaçabilir. Zira bu kısmî edim önemlidir ve bozukluk satılanın öngörülen kullanılmağa elverişliliğini etkiler. Onarım garanti edilmemiş olsaydı, alıcının ayıplı mal tesliminden doğan kanunî haklarından feragat etmesi beklenemezdi»²⁷⁸.

5. Genel değerlendirme ve sonuç

Satıcının onarım garantisine ilişkin olarak, *Akınal* tarafından yapılan şu tesbiti, burada anmadan geçemeyeceğiz: «Satıcının ayıptan doğan sorumluluğunun onarım borcuna dönüşmesi, sanayi toplumunun gereklerine hiç şüphesiz uygun düşmektedir. Ancak 'onarım garantisi'nin şartlarının da, sanayinin (satıcı) olduğu kadar, tüketicinin (alıcı) de çıkarlarına uygun bir biçimde düzenlenmesinin sağlanması gerekir. Kanunların boş bıraktığı bu alanı, menfaatler dengesini doğru bir şekilde değerlendirerek doldurmak öğretisi ve içtihatlarla düşmektedir»²⁷⁹.

İşte biz, yukarıda, bu konunun belli başlı önemli sorunlarına -çalışmamızı ilgilendirdiği ölçüde- dikkat çekmeğe çalıştık²⁸⁰. Daha ayrıntılı bir inceleme yapma durumunda değiliz.

VII. Alıcının satılanın ayıpları sebebiyle tazminat isteme seçimlik hakkının varlığı sorunu ve çözümü

Alman hukukunda, BGB'nin çeşitli hükümlerinde, alıcıya, bir seçimlik hak olarak tazminat isteme hakkının tanındığı görülmektedir. Önce bu hükümleri ve doktrinde nasıl anlaşıldığı üzerinde kısaca durmak istiyoruz.

276a) *AKÜNAL*, a.g.m., s. 564-565.

277) *AKÜNAL*, a.g.m., s. 563 dn. 50'de anılan kararlar.

278) *BGE 91 II 344 (AKÜNAL, a.g.m., s. 564'den alınan tercüme)*. Ayrıca bu kararın tam tercümesi için bkz. *AKÜNAL, MHAD. 1973, sy. 10, s. 547 vd. (BGE 91 II 344'den)*; *EDİS, ABD. 1966, s. 1036 vd. (JdT 1966 I 530'dan)*.

279) *AKÜNAL*, a.g.m., s. 550.

280) Bu konuda özellikle bkz. *AKÜNAL, a.g.m., s. 565-569*.

Gerçekten BGB §459 Abs.2'ye göre «*satıcı, şeyin, hasarın geçmesi anında temin edilen nitelikleri taşıması vakiasından sorumludur*». Burada bir ayıba karşı tekeffül çeşidi olarak özel nitelik vaadinden sorumluluğun düzenlendiği görülmektedir. BGB §463'e göre «*satım esnasında garanti edilen bir niteliğin satılan şeyde bulunmaması durumunda, alıcı, sözleşmeden dönme ya da satım parasının indirilmesi yerine, ifa etmeme sebebiyle bir tazminat isteyebilir. Satıcının bir ayıbı hile ile gizlediği durumda da aynı kural uygulanır*». Bu hükümle de özel nitelik vaadi sebebiyle tekeffülde satılanın vaad konusu nitelikleri taşıması ya da satılanın ayıbının satıcı tarafından hile ile gizlenmesi durumlarında, alıcı, diğer seçimlik hakları yanında bağımsız bir seçimlik hak olarak tazminat (ifa menfaatinin, müspet zararın tazminini) isteme hakkına sahip olmaktadır. Aynı imkânın, çeşit satımında satılanın ayıplı olması durumunda da mevcut bulunduğu, BGB §480 Abs.2'de şu şekilde ifade edilmektedir: «*Hasarın alıcıya geçmesi anında, şeyin garanti edilen bir niteliği taşıması ya da satıcının hile ile bir ayıbı gizlemesi durumunda, alıcı, sözleşmeden dönme, satım parasının indirilmesi veya ayıptan âri bir başka satılanın teslimi yerine, ifa etmeme sebebiyle bir tazminat isteyebilir*». Alıcının satılanın ayıplı olduğunu bildiği ve ayıplı satılanı bilerek hiçbir ihtirazî kayıt ileri sürmeksizin teslim aldığı durumlarda ifa etmeme sebebiyle tazminat isteme seçimlik hakkını -diğer seçimlik haklarda olduğu gibi- kullanma imkânı yoktur²⁸¹.

İşte bu hükümlerden hareketle Alman doktrin ve uygulamasında, alıcının, satılanın ayıplarından dolayı bir seçimlik hak olarak tazminat isteme hakkına sahip bulunduğu kabul edilmektedir²⁸². Burada bu yol seçilerek zararın tazmininin istenmesine «*grosser Schadensersatz*» (büyük zararın tazmini) denilmektedir. *Fikentscher*, alıcının, satılanın ayıbı sebebiyle kendisince kullanılmasının mümkün olmadığını ve sonuçta sözleşmenin ifasına ilişkin menfaatini elde edemediğini ispatladığı her durumda, «*büyük zararın tazmini*» (*grosser Schadensersatz*) talebini bir seçimlik hak olarak kullanabileceğini ileri sürmektedir²⁸³. Bu konu üzerinde daha fazla duracak değiliz^{283a}.

Hukukumuzda ve İsviçre hukukunda, Borçlar Kanunu, yukarıda incelendiği gibi, sadece yukarıda görülen seçimlik haklardan birinin kullanılmasıyla birlikte, alıcının duruma göre müspet ya da menfi (olumlu veya olumsuz) zara-

281) LARENZ, *a.g.e.*, Bd. II, s. 51 vd..

282) STAUDINGER/HONSELL, *Kommentar*, §463 N. 42; LARENZ, *a.g.e.*, Bd. II, s. 53); STAUDER, *a.g.m.*, s. 140 ve dn. 2'de anılan yazarlar.

283) FIKENSTCHER, *a.g.e.*, s. 444.

283a) Böylece alıcı, ayıplı satılanı ifa olarak kabul etmeyerek ya da ifa olarak kabul ettiği satılanı daha sonra ayıpları sebebiyle geri vererek, satıcıdan ifa edilmeme yüzünden uğradığı müspet zararın tazminini (*Schandenensersatz wegen Nichterfüllung*) isteyebilmektedir. Bu konuda bkz. FIKENTSCHEER, s. 444; STAUDER, s. 140 ve dn. 1'de anılan yazarlar.

rının tazmin edilmesini isteme imkânını açıkça düzenlemiş olmasına rağmen; alıcının, tek başına bir seçimlik hak olarak tazminat istemesi imkânından söz etmemiştir. Düşüncemize göre, ayıba karşı tekeffül sorumluluğu, bir kötü ifadan sorumluluk halidir; alıcı, kötü ifasında temerrüde düşen satıcıya karşı, BK. m. 106'daki seçimlik imkânlardan biri olarak ifadan vazgeçme suretiyle ifa menfaatinin (müspet zararının) tazminini isteyebilme imkânına sahip olmalıdır. Bu konuyu aşağıda çeşitli görüşler çerçevesinde ayrıntılı olarak inceleme imkânını bulacağız. Burada alıcının ayıba karşı tekeffül durumunda bir başka seçimlik hak olarak tazminat isteme hakkına sahip olduğunu tesbit etmekle yetineceğiz²⁸⁴.

VIII. Zincirleme satışlarda (ventes en chaine) satıcının ayıba karşı tekeffül çerçevesinde sorumluluğunun özellikleri

1. Sorunun ortaya konması

Günümüz sanayi toplumunun getirdiği önemli bir sorun, malın (emtianın), nihaî tüketiciye ulaşmasına kadar el değiştirmesinde araya imalâtçıdan başlayarak bir çok kimselerin girmesidir. Şöyle ki: İmalâtçı (yapımcı), çok defa sadece mamûlün yapımı ile uğraşır; mamûlün (emtianın) sürümü, toptancı, dağıtıcı gibi ara satıcılar (vendeurs intermédiaires, Zwischenhändler) vasıtasıyla olur. Nihâî alıcı (sous-acquéreur, tüketici), malı, imalâtçının kim olduğunu bilmeden satın almaktadır. Böylece satım sözleşmesi, nihaî satıcı ile nihaî alıcı arasında kurulmaktadır. Ancak dağıtım zincirinde ara satıcıların rolü, daha çok dağıtım görevini yüklenmekten ibarettir. Diğer bir ifade ile satıcı yönünden mamûlün kontrolü ve ayıplı olup olmadığının kullanılmadan önce araştırılıp tespit edilmesi ihtimali hemen hemen yok gibidir. Günümüzün imalât sürecinde, ara satıcıların ve nihaî satıcının emtianın yapımına her hangi bir etkisi de bulunmamaktadır²⁸⁵.

Bu durumda karşımıza iki önemli sorun çıkmaktadır. Bu sorunlardan ilki, nihaî satıcının, nihaî alıcıya karşı ayıba karşı tekeffül hükümleri içinde sorumlu tutulduktan sonra bu sorumluluğunun kapsamı için, kendisinin akdî ilişkiye girdiği satıcıya başvurması (rücu etmesi) imkânının bulunup bulunmadığının araştırılmasıdır. Böylece bu imkânın varlığı kabul edildiğinde, satılanın ayıplarından sorumluluk, rücu yoluyla malın imalâtçısına kadar aktarılabilir. İkinci sorun ise, -yukarıda açıklandığı gibi- kendi satıcısından çok sınırlı ölçüde uğradığı zararın tazmin edilmesini sağlama imkânına sahip olan nihaî alıcının (tüketicinin), satış zinciri içinde dilediği ara satıcıya ve en son olarak da satılanı imal eden kişiye (imalâtçıya, yapımcıya) doğrudan kanunî haklarını ile-

284) Bkz. aşağıda §5, IV.

285) ÖZTAN, B., *İmalâtçının sorumluluğu*, Ankara 1982, s. 12-13.

ri sürüp süremeyeceği sorunudur. Bu da, nihai alıcının (tüketicinin), satış zinciri içinde, kanunî haklarını, kendi satıcısından başka satıcılara (diğer ara satıcılara ya da imalâtçıya) karşı doğrudan talep (action directe) şeklinde kullanıp kullanamayacağı konusunu beraberinde getirmektedir.

Aşağıda öncelikle bu iki sorun ele alınacak ve bu konulara ilişkin görüşlerden hareket edilerek bir sonuca varılmağa çalışılacaktır.

2. Zincirleme satışlarda ara satıcıların rücu imkânları ve özellikleri

Sözleşmeler hukuku, prensip itibarıyla ikili ilişkileri gözönünde bulundurduğundan; sözleşmenin ihlâlîne bağlı haklar, sadece sözleşmeye taraf olanlar arasında doğar. Bu sebeple burada ele aldığımız sorunda, sözleşme ilişkisi, sadece alıcı - satıcı, satıcı - imalâtçı, imalâtçı - ara satıcı arasında bulunmaktadır. Satılândaki ayıplardan dolayı alıcısına karşı sorumluluğu gerçekleştiren satıcı, bu gerçekleştiren sorumluluğunun kapsamı için kendisiyle sözleşme ilişkisi içinde olan ara satıcıya rücu eder. Ara satıcı da, daha sonra imalâtçıya, o da yedek parça satıcısına yönelir²⁸⁶.

Nihaî imalâtçı ve mamûlün nihaî satıcısı, çoğu zaman farklı kişilerdir. Mamûlün ara satıcısı, mamûlü nihaî olarak satmak üzere satın alana karşı satıcı durumunda olan kimsedir. Ara satıcı, nihaî alıcı ile sözleşme ilişkisi içine girmişse, dağıtım mekanizması (Absatzmechanismus) içinde sadece dağıtıcının görevini yüklenmiştir²⁸⁷.

Satılanın ayıplı olması dolayısıyla ortaya çıkan «satılana refakat eden zarar», çok ender olarak satıcının kusuruna dayanır. Halbuki akdî sorumluluk, kusur prensibine dayanır. Bu durumda, karşımıza iki çeşit satıcı çıkmaktadır: Satılanın ayıplı olmasından kusurlu olan satıcı ve satılanın ayıplı olmasında kusuru bulunmayan satıcı. Böylece satılanı imal eden ve onu doğrudan doğruya tüketiciye ulaştıran kusurlu satıcı (imalâtçı, yapımcı) ve satılanı imalâtçıdan satın alan kusuru olmayan satıcı mevcut olmaktadır²⁸⁸.

Nihaî satıcı, alıcının zararını ödediği takdirde, ödediği meblağın kendisine verilmesi için aralarında bir sözleşme ilişkisi bulunan genel dağıtıcıya veya imalâtçıya, yani o satılan sebebiyle sözleşme ilişkisi içinde bulunduğu kimseye rücu edebilecektir. Bu durumda taraflar arasında mevcut sözleşmede yer alan hükümler uygulanacaktır. Nihaî satıcının rücu imkânını kullanabilmesi için, yukarıda açıklanan satılanı gözden geçirme ve ayıplarını bildirme külfetlerini²⁸⁹ zamanında yerine getirmesi gerekir. Satılanı zamanında kontrol etmeyen veya

286) ÖZTAN, a.g.e., s. 40.

287) ÖZTAN, a.g.e., s. 40.

288) ÖZTAN, a.g.e., s. 40.

289) Bkz. yukarıda §3.

ettirmeyen ve bu suretle satılanın ayıplarını zamanında bildirmeyen nihaî satıcının, akdî ilişki içinde olduğu ara satıcıya veya imalâtçıya karşı tazminat talebinde bulunması imkânı yoktur. Satılanın orijinal paketinde satılması halinde, satıcının bütün mamûlleri tek tek kontrol etme külfeti bulunduğu kabul edilemez. Bu gibi durumlarda nihaî satıcının bir kaç parçayı kontrol etmesi ya da ettirmesi yeterli sayılmalıdır. Kural olarak orijinal paketlenmiş mamûllerin aynı kalitede teslim edildiği kabul edilir; aksi durumdan, yani orijinal paketlenmiş mamûllerin aynı kalitede olmamasından emtiayı teslim eden sorumlu tutulur. Bu sonuç, özellikle bir marka altında piyasaya sürülen ve orijinal paketlenmiş mamûller için geçerlidir. Seri imalâttan bir mamûlün satın alınmasında da alıcının her parçayı tek tek kontrol etmesi veya ettirmesi mümkün değildir. Bunun için nihaî satıcıya, imalâtçıya rücuu halinde, ispat yükü yönünden bir kolaylık getirilmiştir. Ayrıca, satıcı ile imalâtçı ya da toptancı arasında hemen her zaman bir yazılı sözleşme ilişkisi vardır; bu sebeple sözleşme taraflarını tespit etmede bir güçlük sözkonusu olmaz. Satıcının talep edeceği zarar, imalâtçı ya da toptancı ile yaptığı sözleşmenin ihlâl edilmesinden doğan zarardır ve bu da, nihaî alıcıya karşı ayıba karşı tekeffül hükümleri çerçevesinde sorumlu tutulmasından ileri gelen zarardan başka bir şey değildir²⁹⁰. Satıcının buradaki zararı sonuçta, dolaylı zarar niteliğindedir. Halbuki nihaî satıcı ile alıcı arasındaki satış ilişkisinden doğan zarar, genellikle doğrudan zarardır ve burada nihaî satıcının objektif sorumluluğu sözkonusudur. Satıcı ile imalâtçı arasındaki satış ilişkisinden doğan zarar ise, dolaylı zarar olduğu için, imalâtçının sorumlu tutulması, ancak kusurlu olması halinde sözkonusu olur. Bu durumda satıcı tazmin ettiği meblağı rücuu alamama tehlikesiyle karşılaşabilir. Ancak imalâtçının doğan zararı tazmin etmemesi için kusursuz olduğunu ispatlaması gerekir ki, bu husus oldukça güçtür²⁹¹.

Nihaî satıcının rücu imkânını tehlikeye düşüren başka durumlar da gerçekleşebilir. Her şeyden önce satıcı ile imalâtçı veya satıcı ile toptancı ya da satıcı ile dağıtıcı arasındaki akdî zamanaşımı süresi de bir yıldır. Buradan şöyle bir sonuç çıkarılabilir: Nihaî satıcının alıcı ile arasındaki zamanaşımı süresi sona ermeden, nihaî satıcı ile imalâtçı, toptancı ya da dağıtıcı arasındaki akit daha önceki bir tarihte yapılmış olacağı için, bunlara ilişkin zamanaşımı süresi de daha önceki bir tarihte sona ermiş olacaktır. Ayrıca satıcı ile imalâtçı ya da toptancı veya dağıtıcı arasındaki ilişki çoğu zaman yazılı bir sözleşmeye dayanmakta ve bu sözleşmelerde ise çok sık olarak sorumsuzluk (ya da kısmî sorumluluk) kayıtlarına yer verilmektedir. Bu durumda, alıcının zararını tazmin eden nihaî satıcı, kendi âkidine rücu etme imkânından yoksun kalacaktır²⁹².

290) ÖZTAN, *a.g.e.*, s. 41-42.

291) ÖZTAN, *a.g.e.*, s. 42-43.

292) ÖZTAN, *a.g.e.*, s. 43. Fransız hukukundaki durum için bkz. GHESTIN, *a.g.e.*, s. 332-338.

3. Zincirleme satışlarda nihaî alıcının (tüketicinin) kendi satıcısından başka satıcıyı (ara satıcı ya da imalâtçıyı) sorumlu tutabilmesi imkânlarının araştırılması

Hukukumuzda, Fransız hukukunun aksine olarak, nihaî alıcının, ara satıcıyı ya da imalâtçıyı sorumlu tutacak şekilde bu kişilere karşı yönelteceği doğrudan talepte bulunma imkânı, genel bir tarzda kabul edilmiş değildir. Biz, böyle bir doğrudan talep hukuk müessesesinin hukukumuzda da kabul edilmesi gerektiği yolunda düşüncelerimizi, doktora tezimizde ayrıntılı bir şekilde açıklamıştık. Burada bu müessese ile ilgili olarak sadece oradaki açıklamalarımıza atıfta bulunmakla yetineceğiz²⁹³.

Ancak çalışma konumuz bakımından, ne Alman ve Fransız hukuklarında, ne de Türk ve İsviçre hukuklarında alıcıya kendi satıcısından başka satıcılara ve imalâtçıya doğrudan talepte bulunma imkânı veren pozitif bir hüküm bulunmamaktadır. Fransız doktrininde ve uygulamasında, genel bir şekilde alıcının bir doğrudan talep yetkisinin bulunduğu kabul edilmekle sorunun çözümlendiği görülmektedir²⁹⁴. İsviçre’de ise, nihaî alıcının (tüketicinin) doğrudan talepte bulunma imkânının varlığı kabul edilmeyerek, sorunun, genel hükümler çerçevesinde çözümlenmeğe çalışıldığı görülmektedir²⁹⁵. Alman hukukunda da, borçlar hukukunun genel müesseselerine dayanılarak, Fransız hukukunda olduğu gibi alıcının doğrudan talep hakkının bulunduğu; yani nihaî alıcının, nihaî satıcıdan satın aldığı şeyin sebep olduğu zararlar için, özellikle imalâtçıya başvurabileceği yolunda görüşlerin ileri sürüldüğü görülmektedir²⁹⁶.

Biz, burada özellikle nihaî alıcıya, satılanın sebep olduğu zararlar için doğrudan imalâtçıya (ya da kendi satıcısından başka satıcılara) başvurabileceğini açıklayan görüşlerin başlıcaları üzerinde, Fransız ve Alman hukukçularının fikirlerinden yararlanarak durmağa çalışacağız. Ancak belirtilmelidir ki bu açıklamalarımız, sadece çalışma konumuzu ilgilendirdiği ölçüde ve mümkün olduğunca özet şeklinde olacaktır.

a. Nihaî alıcı ile imalâtçı arasında doğrudan bir garanti sözleşmesinin bulunduğu kabul eden görüş

İmalâtçının ya da ara satıcıların, reklâmlar yoluyla satılanı tanıtmayı, emtianın iyi çalışacağı yolunda nihaî alıcıya bir garanti kartı vermesi, oldukça sık rastlanan durumlardır. Bazı hukukçuların, bu gibi durumlarda, garanti veren ile nihaî alıcı arasında bir garanti sözleşmesinin meydana geldiğini kabul ettik-

293) YAVUZ, *a.g.t.*, s. 69-74.

294) GHESTIN, *a.g.e.*, s. 339 vd.; LE TOURNEAU, *a.g.m.*, s. 273-275.

295) STAUDER/STAUDER, *a.g.m.*, s. 191 vd...

296) *Bu konuda bkz. STAUDER, a.g.m., s. 150 vd..*

lerini görmekteyiz²⁹⁷. Ancak bu görüşü savunanlar, burada garanti verenin (imalâtçının, ara satıcının) bir icapta bulunduğu ve nihaî alıcının da bu icabı kabul ettiği varsayımına (faraziyesine, fiksiyonuna) dayanmaktadırlar. Özellikle imalâtçının mamûlü belirli marka altında piyasaya sürdüğü durumlarda, nihaî alıcı (tüketici), imalâtçı ile doğrudan ilişki içine girmiş olmaktadır; çünkü, mamûlü, satıcı değil taşıdığı marka satmaktadır²⁹⁸.

Bu görüşün bazı yönlerden eleştirilere maruz kaldığını görmekteyiz. Şöyle ki: İmalâtçının, bir satım sözleşmesi yapmasıyla, bundan ilâve bir garanti yükümlülüğü altına girdiği sonucunu çıkarmamak gerekir. Çünkü bu sonucun kabul edilebilmesi için, her şeyden önce, imalâtçının böyle bir yükümlülük altına girme iradesinin mevcut olduğunun kabul edilmesi ve tesbiti gerekir. Bir sözleşmenin kurulması, karşılıklı ve birbirine uygun açıklanmış taraf iradesine dayanır. Bu sebeple sözleşmenin muhtevasının tesbiti, bu iradenin yorumu ile yapılır ve bu konuda bu irade açıklamaları esas alınır. Bu açıklamaların yerine veya onların yanında farazi irade açıklamalarının da olduğu görüşü kabul edilemez²⁹⁹.

b. Nihaî alıcının uğradığı zararların üçüncü kişinin zararının tazmin edilmesi müessesesi çerçevesinde ödeneceğini savunan görüş

İmalâtçı ile satıcı arasında yapılmış olan sözleşmenin imalâtçı tarafından ihlâlinden zarar gören üçüncü kişilerin bu zararlarını imalâtçının tazmin etmesi için doktrinde üçüncü kişilerin zararının tazmin edilmesi müessesesinden³⁰⁰ yararlanılarak bazı çözüm yolları aranmıştır.

Bu görüş çerçevesinde, nihaî satıcı ve nihaî alıcı arasındaki sözleşme ilişkisi, satılanın sürümüyle ilgili sözleşmeler zinciri içindeki ilk akdî ilişkiye dayandırılarak, mamûlün ayıplı olmasından doğan zararların imalâtçı tarafından tazmin edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir³⁰¹. Burada mamûlün ilk satışında imalâtçı ve ilk alıcı arasında yapılan sözleşme tamamlayıcı bir yoruma^{301a} tabi tutulmaktadır. Bu yoruma göre, imalâtçı, bir sözleşme yaparken, bu sözleşmede üçüncü kişinin yararının olduğunu önceden bilmek durumundadır ve bu se-

297) *Bu görüşteki yazarlar ve görüşlerinin açıklaması için bkz. ÖZTAN, a.g.e., s. 61-63; STAUDER, a.g.m., s. 150-151.*

298) *Bu açıklama için bkz. ÖZTAN, a.g.e., s. 62.*

299) *Bu eleştiri ve açıklaması için bkz. ÖZTAN, a.g.e., s. 63. Bu sebeple STAUDER, bu görüşün çok sınırlı bir uygulama alanı bulabileceğini yazmaktadır (bkz. a.g.m., s. 151).*

300) *Bu konuda monografi olarak bkz. TANDOĞAN, H., Üçüncü şahsın zararının tazmini, Ankara 1963, s. 12 vd..*

301) *Bu görüşteki yazarlar ve görüşlerinin açıklaması için bkz. ÖZTAN, a.g.e., s. 56-59; STAUDER, a.g.m., s. 151.*

301a) *Bu kavram için bkz. OĞUZMAN, Borçlar hukuku, s. 121 vd.*

bepile de mamûlü satmak üzere alan satıcının, mamûlün ayıplı olması yüzünden nihaî alıcının bir zarara uğraması halinde, onun zararını imalâtçıdan talep etmeğe hakkı vardır. Burada zararın kaydırılması sözkonusu olmaktadır; yani nihaî alıcı bir zarara uğradığı takdirde, satıcı, sanki kendisi zarar görmüş gibi bu zararın tazminini isteyecek ve sonra da elde edilen tazminat, zarar gören (nihaî) alıcıya devredilecektir³⁰².

Doktrinde, imalâtçının (ya da ara satıcının) sorumluluğunun düzenlenmesi konusunda, üçüncü kişilerin zararının tazmin edilmesi müessesesinin elverişsiz olduğu ileri sürülmüştür. Satıcının kendisinin sorumlu olup olmadığı gözönünde tutulmadan, satılanın ayıplı olması sebebiyle, üçüncü kişinin hukuken korunan malvarlığında meydana gelen bir zarar için, malı kendisine satan satıcıya başvurmasının isabetli olmadığı görüşü bu nazariyeye yöneltilen en önemli eleştiridir. Ayrıca bir sözleşmenin yorumu keyfi olarak yapılamaz; yorum, tarafların iradelerine bağlı olarak yapılır. Eğer sözleşme tarafları ilâve bir yükümlülük istiyor, yani üçüncü kişinin zararını üstlenmeyi arzu ediyorsa, bunu sözleşmede şu veya bu şekilde belirtirler. Ayrıca bu görüş, doğrudan doğruya zarar gören nihaî alıcıya talep hakkı vermemekte, rücu ilişkisine dayanmaktadır ve rücu ilişkisi için ileri sürülen eleştiriler burada da geçerlidir³⁰³.

c. *İmalâtçının (ya da ara satıcının) nihaî alıcıya karşı dürüstlük kuralı (güven prensibi) çerçevesinde sorumlu tutulması gerektiği görüşü*

Özellikle Lorenz, Markert, Diederischen gibi Alman hukukçularının güvene dayanan sorumluluk nazariyesini³⁰⁴, imalâtçının (ya da ara satıcının) sorumluluğuna uygulamak istedikleri görülmektedir. Burada sorumluluğun dayanağı, imalâtçının ya da ara satıcının emtianın satışı için yaptığı reklâmlardır. Satıcı, reklâmlarla alıcıda bir güven uyandırmaktadır ve alıcı, bu reklâmlara, söylenen sözlere güvenmekte, yapımçının (imalâtçının) açıklamasına bir değer vermektedir. Duyulan bu güvenin zarara yolaçması halinde de, nihaî alıcıda bu güveni uyandıran kimse sorumlu olmalıdır. Burada imalâtçının ya da ara satıcının sorumluluğu pozitif hukuka dayandırılmayacağına göre, hâkimin hukuk yaratması yoluyla objektif akdî sorumluluk kavramı oluşturulmuş olmaktadır³⁰⁵.

302) Bu açıklama için bkz. ÖZTAN, a.g.e., s. 56-57.

303) Bu eleştiriler için bkz. ÖZTAN, s. 57-59; STAUDER, a.g.m., s. 151.

304) Bu kavramın açıklanması için bkz. ÖZTAN, s. 67.

305) LORENZ, W., *Rechtsvergleichendes zur Haftung des Warenhersteller und Lieferanten gegenüber Dritten in: Fest. für NOTTARP, Karlsruhe 1961, s. 59 vd.* (STAUDER, a.g.m., s. 152 dn. 1'den naklen); MARKERT, K., *Die Schadenshaftung des Warenherstellers gegenüber dem Verbraucher, BB 1964, s. 231 vd., s. 319 vd.* (STAUDER, s. 152 dn. 1'den naklen); DIEDERISCHEN, U., *Die Haftung des Warenherstellers, Köln 1967, s. 363 vd.* (STAUDER, a.g.m., s. 152 dn. 1'den naklen). Ayrıca bu görüşler için bkz. ÖZTAN, s. 67-70.

Bu görüş de, doktrinde, «güvene dayanan sorumluluk» ve «güven» kavramı çok geniş yorumlandığı ve sözleşme hukukunun alanı dışına çıkılarak kusursuz bir sorumluluk hali öngördüğü için eleştirilmektedir³⁰⁶.

d. Satılanın ayıpları sebebiyle alıcı lehine doğan kanunî hakların nihaî alıcı tarafından devralındığını (temellük edildiğini) kabul eden görüş

Nihaî alıcının ayıba karşı tekeffülden sorumlu kişiye karşı ara satıcı lehine olarak başvurabilmesinin, hakkaniyete ve teâmüle uygun olarak, satım sözleşmesinin niteliği sonucu sözleşme taraflarının istemiş farzedilmelerine dayandığını ve dolayısıyla nihaî alıcının satılanın ayıpları sebebiyle doğan kanunî hakları sözleşme ile birlikte kanunen temellük ettiğini savunan görüşler de bulunmaktadır³⁰⁷.

Bu görüşün de varsayıma dayanması sebebiyle eleştirildiği görülmektedir³⁰⁸.

e. Nihaî alıcıya doğrudan talep hakkı verilmesini başka esaslara dayanarak açıklayan görüşler

Biz burada konuya açıklık kazandırmak ve ilgili görüşlerden bazılarının yaklaşım tarzlarını tespit etmek için bu açıklamaları yapma gereğini duyduk; yoksa bu konuyla ilgili tüm görüşleri tüketircesine inceleme amacında değiliz.

Gerçekten yukarıda anılanlar dışında da nihaî alıcıya imalâtçı ya da satıcıya karşı kullanılabileceği doğrudan talep hakkı veren başka görüşler de bulunmaktadır. Örneğin bazı Fransız hukukçularınca ve Fransız Yargıtayınca kabul edildiğine göre, satılanın ayıplarına ilişkin kanunî haklar, satılanın fer'i niteliğinde ve satılana bağlı haklardır; bu sebeple satılanı takip ederler, sonuçta nihaî alıcı satılanla birlikte kendisinden önceki alıcıların bu şekildeki haklarını temellük etmiştir ve temellük edilen bu haklar, imalâtçıya ya da ara satıcıya karşı kullanılabilir³⁰⁹.

Aynı şekilde bu durumda üçüncü kişi yararına sözleşme bulunduğu varsayımına dayanan görüşler de vardır³¹⁰. Yine imalâtçının sorumluluğunu akdî esas-

306) Bu konuda bkz. ÖZTAN, s. 70-71; STAUDER, s. 152.

307) Bu görüşün açıklaması için bkz. GHESTIN, s. 351; STAUDER, s. 152.

308) Bu eleştiri ve başka eleştiriler için bkz. GHESTIN, s. 351-352. Bu görüşü savunan yazarlar olarak bkz. COZIAN, *L'action directe*, Paris 1969, s. 60 n' 94; GROSS, *La notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats*, th. Paris 1964, n. 191-193.

309) Bu görüşün açıklaması için bkz. GHESTIN, s. 341-347 ve orada anılan yazarlar ile Fransız Yargıtayı kararları. Bu görüşe yöneltilen eleştiriler için bkz. GHESTIN, a.g.e., s. 347-349.

310) Bu görüşün açıklanması ve yöneltilen eleştiriler için bkz. GHESTIN, a.g.e., s. 349 vd..

lar içinde belirlemek ve dolayısıyla nihaî alıcıya doğrudan talep bulunma imkânını sağlamak üzere, üçüncü kişiler için koruyucu etkisini beraberinde getiren görüş³¹¹, imalâtçının satıcının yardımcı şahsı olarak sorumlu tutulması gerektiği görüşü³¹², sosyal ilişkiden ya da fiilî duruma dayanan akdî ilişkiden doğan sorumluluk görüşü³¹³ gibi görüşlerin ileri sürüldüğü de görülmektedir. Bu görüşlerin, yukarıda açıklandığı şekilde çeşitli eleştirilere maruz kaldıkları ve tatmin edici olmaktan uzak oldukları kolaylıkla gözlemlenebilir. Bu konu üzerinde daha fazla duracak değiliz.

4. Genel değerlendirme ve sonuç

Yaptığımız açıklamalara göre, zincirleme satışlarda, gerek nihaî alıcının (tüketicinin) taleplerine maruz kalan satıcının bu sorumluluğunu ilk satıcıya kadar uzanan sürümler içinde kendisinden önceki satıcılara aktarması, gerekse nihaî alıcının uğradığı zararlar için doğrudan ilk satıcıya (imalâtçıya) ya da ara satıcılara karşı doğrudan talep hakkına sahip olması sorunları, mevcut pozitif düzenlemelerle çözümlenmesi imkânı sınırlı olan sorunlardır. Bu bakımdan hemen hemen tüm ülkeler hukuklarında bu konuda bir kanunî düzenleme yoluna gidilmesi gerektiği yolunda fikirler ileri sürüldüğü görülmektedir³¹⁴.

Gerçekten bu sorunlara ilişkin olarak yukarıda önerilen çözüm şekillerinden her hangi birinin kabul edilmesi, beraberinde çeşitli eleştirileri de getirmektedir. Ancak bir yasal düzenleme getirilmesi durumunda da, özellikle sanayi ve ticaret bakımından yeni yeni atılımlar ve gelişmeler gösterme durumunda olan ülkemiz açısından hukukî gelişme dondurulmuş olacaktır. O halde yeni bir yasal düzenleme getirme yerine, hem diğer ülkelerdeki yasal ve hukukî gelişmeleri dikkatle izleme, hem de ülkemizin bu bakımdan çok yeni tarzda ortaya çıkma durumunda olan problemlerini doğru şekilde tesbit etme zamanını tamamlayıncaya kadar, mevcut pozitif hükümlerle bu sorunların çözümlenmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Şöyle ki:

Borçlar Kanunumuzun satıcının ayıba karşı tekeffül borcunu düzenleyen hükümlerini, çalışmamızın bu aşamasına kadar yaptığımız şekilde değerlendirilmesi durumunda, alıcının satıcıya karşı olan kanunî hakları, olayların çoğunda BK m. 125'de düzenlenen genel zamaşımına tabi olacaktır. Çünkü biz, kanunî düzenlemede yer alan satıcının hilesi kavramını, satıcının satılanın ayıplarını bildiği durumlar yanında bu ayıpları bilmemesinin kendi ağır kusuruna

311) Bu görüşün açıklanması ve yöneltilen eleştiriler için bkz. ÖZTAN, a.g.e., s. 51-56.

312) Bu görüşün açıklanması ve yöneltilen eleştiriler için bkz. ÖZTAN, a.g.e., s. 59-61.

313) Bu görüşün açıklanması ve yöneltilen eleştiriler için bkz. ÖZTAN, a.g.e., s. 63-67.

314) Bu konuda bkz. GHESTIN, a.g.e., s. 352-354; GHESTIN, Rapport de syn-

dayandığı durumları kapsayacak şekilde yorumlamaktayız; hatta meslekten satıcıların, satılanla ilgili ayıpları bilmediği hususunu başarı ile ileri süremeyeceği yolunda düşüncelerimizi çalışmamızın ilgili bölümlerinde açıklamıştık³¹⁵. Bu görüşümüz çerçevesinde gerek satılanın ayıplarından dolayı satıcıların birbirlerine rücu etmesi, gerekse nihaî alıcının (tüketicinin) kendi satıcısından başka satıcıya ve bu arada imalâtçıya karşı doğrudan talep hakkına sahip olması önem kazanmaktadır. Bu durumda, düşüncemize göre, nihaî alıcı, yukarıda belirlediğimiz kurallar çerçevesinde kendi satıcısını (nihaî satıcıyı) sorumlu tutabilecek ve nihaî satıcı da, ara satıcıya ya da imalâtçıya bu sorumluluğunu rücu yoluyla aktarabilecektir; bu konuda BK. m. 200 hükmünün yaptığımız yoruma göre anlamı³¹⁶, satılanın ayıplarının ihbar edilmesine ilişkin hükümlerin uygulama alanını oldukça daraltacak ve bu açıdan rücu sorunu, önemli bir engelini açmış olacaktır.

Alıcının, özellikle satıcının satılanın ayıplarına ilişkin olarak kusursuz olduğunu ispatladığı durumlarda, satılanın imalâtçısını sorumlu tutabilme imkânına sahip olması gerektiği düşüncesi açıklıkla kabul edilmelidir. Bu da, imalâtçının (yapımcının) sorumluluğu problemini oluşturmaktadır. Kabul ettiğimiz görüşe göre, bu sorun, BK. m. 41'deki kusur kavramının tehlikeyi uzaklaştırma prensibi gözönünde tutularak geniş yorumlanması ve ispat yükünün ters çevrilmesi prensibinin uygulanması suretiyle çözümlenmelidir³¹⁷. Nihaî alıcı karşısında imalâtçının satıcı olarak gözüktüğü durumlarda, imalâtçının bu sorumluluğu ile satılanın ayıplarından satım hükümlerine göre sorumluluğu birbiriyle yarışacaktır. Bu konuyu aşağıda ayrıca ele alacağız³¹⁸.

thèse, s. 385 n. 33; *HONDIUS*, a.g.m., s. 331; *FORIERS*, a.g.m., s. 214-215.

315) *Bu konuda bkz. yukarıda §2, VII; §3, VI; §4, II, 4, a, cc ve b, VI.*

316) *Bkz. yukarıda §3, V.*

317) *Bu görüşün açıklanması ve bu görüşte olarak bkz. ÖZTAN, a.g.e., s. 210 vd., s. 215 vd..*

318) *Bkz. aşağıda §5, V.*

§ 5. SATICININ SATILAN AYIPLARINDAN GENEL HÜKÜMLER ÇERÇEVESİNDE SORUMLULUĞU VE AYIBA KARŞI TEKEFFÜL SORUMLULUĞU İLE YARIŞMASI SORUNU

I. Genel olarak

Çalışmamızın «Giriş» bölümünde belirlediğimiz gibi¹ satıcının, ayba karşı tekeffül hükümleri dışında ve dolayısıyla genel hükümler çerçevesinde satılan ayıplarından sorumluluğu şartları gerçekleşebilir. Gerçekten alıcının satılan sebebiyle zarara uğraması, sözleşme görüşmeleri sırasında gerektiği şekilde satıcı tarafından bilgilendirilmemesi ve aydınlatılmamasından sonuçlanabilir; bu durumda satıcının culpa in contrahendo (görüşmede kusurdan) sorumluluğu gerçekleşir. Alıcının satılan hakkında hataya düştüğü ya da satıcı tarafından hataya düşürüldüğü (hile) durumlarda, Borçlar Kanununun irade sakatlıklarını düzenleyen hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Satıcının ayıplı ifasının Borçlar Kanunu anlamında kötü ifa teşkil etmesi ve bu suretle alıcının satıcıyı kötü ifaya ilişkin hükümler çerçevesinde sorumlu tutması imkânı da sözkonusu olabilir^{1a}.

Aynı şekilde alıcının satılan sebebiyle özellikle malvarlıksal ya da cismanî (bedensel) nitelikte zarara uğraması, satıcının, Borçlar Kanunu hükümleri çerçevesinde haksız fiilden sorumluluk şartlarının varlığına bağlı olarak haksız fiil sorumluluğuna yol açabilir; bu durumda satıcının «imalâtçı» (yapımcı) sıfatıyla sorumlu tutulması konusu, ayrı bir önem ve özellikler taşımaktadır.

O halde satıcının, satılanın ayıpları sebebiyle bu tarzdaki genel hükümler çerçevesinde sorumluluğu konusunun da çalışmamızın bu aşamasında ele alınması gereği vardır. Elbette biz burada bu konuları tüketircesine inceleme amacını gütmemekteyiz; sadece satıcının satılanın ayıpları sebebiyle genel hükümler çerçevesinde sorumluluğu konusunu, ana hatlarıyla incelemek suretiyle çalışmamızı bu açıdan tamamlamayı düşünmekteyiz. Böylece çağımızın önemli hukukî sorunlarından olan tüketicinin korunması sorununa ilişkin olarak, çalışma konumuz bakımından bu açıdan da genel bir değerlendirme yapma imkânını elde etmiş olacağız.

1) Bkz. yukarıda GİRİŞ, I.

1a) Satıcının satılanın ayıplarından gabin hükümleri çerçevesinde sorumlu olup olmayacağı ve bu sorumlulukla ayba karşı tekeffül sorumluluğunun yarışıp yarışmayacağı sorunu, gerek süre gerekse gabin sebebiyle hükümsüzlüğün tabi olduğu sıkı şartlar dolayısıyla, pratik ve teorik önemi olmayan bir sorundur. Üzerinde durulmayacaktır.

Satıcının satılanın ayıplarından genel hükümler çerçevesinde sorumluluğu konusunun incelenmesi, beraberinde bu sorumluluk ile ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun yarışması sorununu da getirmektedir.

Böylece burada satıcının satılanın ayıpları sebebiyle culpa in contrahendo (görüşmede kusur) hükümlerine göre sorumluluğu, irade sakatlıklarını düzenleyen hükümler çerçevesinde sorumluluğu, ifa etmeme (özellikle kötü ifa) hükümlerine göre sorumluluğu, haksız fiil hükümlerine göre (özellikle «imalâtçı» sıfatıyla) sorumluluğu konuları genel hatlarıyla incelenecek ve her bir sorumluluk durumunun ayıba karşı tekeffül sorumluluğu ile yarışması konusu ele alınacaktır.

II. Satıcının satılanın ayıplarından culpa in contrahendo (görüşmede kusur) sebebiyle sorumluluğu ve bu sorumluluk ile ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun yarışması sorunu

1. Satıcının satılanın ayıplarından culpa in contrahendo (görüşmede kusur) sebebiyle sorumluluğu

Bilindiği gibi borç ilişkisinin doğrudan doğruya meydana getirdiği, bu ilişkiye hukukî niteliğini ve tipini veren edim yükümlülüklerine aslî edim yükümlülükleri denilmektedir². Çalışma konumuz olan satım ilişkilerinde satıcının satılanı teslim ve mülkiyetini geçirme borcu ile alıcının satım parasını ödeme borcu, bu anlamda aslî edim yükümlülüklerindedir³. Fakat borç ilişkisinin sonraki safhalarında (çok defa bu borç ilişkisinin ihlâl edilmesi sonucu), sözü edilen aslî edimlerin yerine veya yanında «tâli yükümlülük» diye adlandırılan başka yükümlülüklerin ortaya çıkması ihtimali vardır. Çalışma konumuz açısından satıcı, satılanı kusuru ile yok etmişse, onun yukarıda açıklanan aslî borcunun yerini ifada kusurlu imkânsızlık prensipleri gereğince bir tazminat yükümlülüğü alır (BK. m. 96). Satıcının satılanı teslim etmede temerrüde düştüğü ve alıcının da satılanın teslimi ile birlikte gecikme tazminatı talep ettiği bir ihtimalde, tazminat borcu, aslî edim yükümlülüğüne eklenen tâli edim yükümlülüğüdür⁴. Ancak aslî edim yükümlülükleri ihtiva etmeyen, aslî edim yükümlülüklerinden tamamen bağımsız sayılabilecek borç ilişkileri de (Schuldverhältnisse ohne Leistungspflicht) mevcuttur. Birbirleriyle sözleşme görüşmelerine veya sosyal temas ya da muamele yapma temasına girişen kişiler arasında muhteva-

2) Bu konuda bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, *Borçlar hukuku*, s. 10; EREN, *a.g.e.*, c. 1, s. 33; SEROZAN, *Edim yükümünden bağımsız borç ilişkisi*, s. 117; EDİS, *Medeni hukuka giriş*, s. 308; ARAL, *a.g.e.*, s. 7; ÖZSUNAY, *Borçlar*, s. 15.

3) Bu anlamda bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, *Borçlar hukuku*, s. 10.

4) KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, *Borçlar hukuku*, s. 10-11.

sı sadece koruma⁵ veya genel davranış yükümlerinden oluşan bir borç ilişkisi doğar. Bu ilişkiye katılanlardan biri, koruma yükümlerini ihlâl ederse, bundan diğer taraf aleyhine doğan zararı giderme zorunda kalır. Bu şekilde edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkileri, özellikle «sözleşme görüşmelerinden doğan borç ilişkileri» ile «üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmelerden doğan borç ilişkileri»nde sözkonusu olur⁶. Bizi burada yalnızca «sözleşme görüşmelerinden doğan borç ilişkileri» ve dolayısıyla culpa in contrahendo (görüşmede kusurdan)⁷ sorumluluk konusu ilgilendirmektedir.

Culpa in contrahendo sorumluluğun esası, şu şekilde açıklanabilir: «Bir kimse, başkalarıyla bir sözleşme ilişkisi kurmak için görüşmeler yaparken, kendisine muhatap olan şahsa yanlış bilgi vermemeli veya onun bilmesi gereken hususları açıklamakta kusur işlememeli, onun şahsını ve malını zarardan koruyucu önlemleri almalıdır. Diğer söyleyişle, bir kimse, daha icap veya kabul beyanını açıklarken, hatta icap veya kabulden önceki müzakereler sırasında, muhatabına esası olmayan bir güven vermekten kaçınmak, onun canını ve malını zarardan korumak zorundadır. Bu, iş hayatında hâkim olan telâkkilerin ve dürüstlük kuralının tabii gereklerinden biridir. 'Esası olmayan bir güven uyandırmaktan kaçınma ve zarardan uzak tutma' tarzında ifadesi mümkün olan bu görev, akdin kurulmasından önceki safhaya ilişkindir. -Akit yapılırken muhataba doğru söylemek, halin özelliklerinden doğan uyarıları yapmak, muhatabın aldanmasına esas olabilecek ihmallerde bulunmamak, karşılıklı olarak birbirinin kişi varlığını ve malvarlığını zarardan uzak tutacak şekilde davranmak ... bütün bunlar, sözü edilen görevin muhtevasına girerler. Taraflardan birinin, akdin hazırlık safhasında veya müzakeresi sırasında, bu görevi kusurlu olarak ihlâl etmesini ifade etmek için 'culpa in contrahendo - akdin müzakeresinde kusur' deyimini kullanılmaktadır»⁸.

Aynı şekilde satıcının satılanın ayıpları sebebiyle culpa in contrahendo sorumluluğu gerçekleşebilir. Özellikle satım sözleşmesinin geçerli olarak kurulmadığı ya da sonradan geçersizliğinin gerçekleştiği bazı durumlarda, kurulmakta olan ya da sonradan geçersiz kılınan sözleşmenin konusu şeyin ayıpları sebe-

5) Koruma yükümü kavramı için bkz. ARAL, *a.g.e.*, s. 24 vd.; KOCAYU-SUFPAŞAOĞLU, *Borçlar hukuku*, s. 22; EREN, *a.g.e.*, c. 1, s. 41; SEROZAN, *Edim yükümünden bağımsız borç ilişkisi*, s. 118 vd.; ÖZSUNAY, *Borçlar*, s. 16; EDİS, *Medeni hukuka giriş*, s. 313.

6) EREN, *a.g.e.*, c. 1, s. 44.

7) Bu şekilde ifade edilme için bkz. SUNGURBEY, *Medeni hukuk sorunları*, c. 1, s. 83-84.

8) TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, *a.g.e.*, c. 2, s. 1306. Ayrıca bkz. EDİS, *Medeni hukuka giriş*, s. 310-311; ARAL, *a.g.e.*, s. 27 vd.; EREN, *a.g.e.*, c. 1, s. 44; TUNÇOMAĞ, *a.g.e.*, c. 1, s. 210 vd.; von TUHR/PETER, *a.g.e.*, §24, VII; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, *Borçlar hukuku*, s. 19; ULUSAN, *a.g.m.*, s. 296 vd.; PİOTET, *Culpa in contrahendo*, s. 13 vd.; ENGEL, *a.g.e.*, s. 503 vd..

biyle bir zarara uğrayan alıcının, satıcıyı, culpa in contrahendo hükümleri çerçevesinde sorumlu tutabilmesi imkânı vardır. Örneğin bir yiyecek maddesi satın almak durumunda olan alıcının, almak istediği yiyecek maddesinin tadına bakması sonucu zehirlenmesi; satın almak istediği otomobili nasıl kullanacağını anlamak için denemekte iken, alıcının, otomobilin frenlerinin tutmaması sebebiyle kaza yapması ve zarara uğraması gibi olaylar meydana gelebilir. Bu gibi durumlarda sonradan satım sözleşmesi kurulmamasına rağmen, alıcı, uğradığı zararlardan satıcıyı culpa in contrahendo hükümleri çerçevesinde sorumlu tutabilecektir; satıcı da, satılanı satım sözleşmesini ifa etmek amacıyla alıcıya teslim etmediğine göre⁹, ayıba karşı tekeffül hükümleri çerçevesinde sorumlu olmayacaktır. Böylece satıcının, satılanın ayıplarından sorumluluğunu, henüz satım sözleşmesinin kurulmadığı ya da geçerli olarak kurulmadığı, hatta bir görüşe¹⁰ göre sözleşme müzakereleri başlamamış olmasına rağmen bir satım ilişkisinin kurulması hazırlığına geçildiği bir safhadan itibaren başlatabilme imkânı gerçekleşebilmektedir. Katıldığımız görüşe göre sözleşme müzakeresi sırasında bir kusur işleyen satıcı, alıcıya bir zarar verdiğinde, (söz konusu müzakereler sonradan bir sözleşmenin yapılması ile sonuçlansın veya sonuçlanmasın; yahut kurulan sözleşme geçerli olsun veya olmasın), BK. m. 41 vd.nda düzenlenen haksız fiil hükümlerine değil, kıyas yoluyla sözleşmeden doğan borca aykırılık hükümlerini düzenleyen BK. m. 96 vd.na tâbi tutulur¹¹. Böylece culpa in contrahendo sorumlulukta, akdî sorumlulukta olduğu gibi, BK. m. 60'da öngörülen bir yıllık zamanaşımı değil BK. m. 125'de düzenlenen 10 yıllık zamanaşımı uygulama alanı bulacak; yardımcı kişinin fiilinden sorumlulukta BK. m. 55 hükmü değil BK. m. 100 hükmü uygulanacak; sorumlu kişinin davranışı, BK. m. 41 vd. hükümlerine göre haksız fiil teşkil etmedikçe, onun sorumlu tutulabilmesi için kural olarak MK. m. 16 (ZGB. Art. 19) hükmüne göre medeni hakları kullanma ehliyetine sahip olması gerekir; zarar gören, zarar verenin kusurlu olduğunu ispat yükünde olmayacak, aksine zarar veren kendi kusursuzluğunu ispat yükünde olacaktır; görüşmede kusurun, kurulması söz konusu olan sözleşmeye ilişkin hükümlere göre (BK. 98/OR. Art. 99, BK. m. 243/OR. Art. 248, BK. m. 528/OR. Art. 538, vb.) değerlendirilmesi gereği vardır¹².

Müzakereye girişmeden doğan borç ilişkisine aykırı hareket eden taraf, diğer tarafın bu yüzden uğradığı zararı gidermekle yükümlüdür. Bu itibarla, o

9) *Bkz. yukarıda s. 2, II.*

10) *Bu anlamda bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar hukuku, s. 20.*

11) *Bu konuya ilişkin çeşitli görüşler için bkz. ULUSAN, a.g.m., s. 301 vd.; İNAN, Culpa in contrahendo, s. 878 vd., s. 999 vd.; ENGEL, a.g.e., s. 504-506; PIOTET, Culpa in contrahendo, s. 13 vd.; PIOTET, La culpa, SJZ. 1981 (77), s. 225 vd., s. 241 vd.; PIOTET, Nature et modalités, s. 253 vd..*

12) *Bu açıklamalar için bkz. ENGEL, a.g.e., s. 506; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar hukuku, s. 20; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, a.g.e., c. 2, s. 1311.*

kimsenin özen gösterme, koruma ve bildirme borçlarına¹³ uygun davranması halinde diğerinin içinde bulunacağı durumu sağlaması gerekir. Bu ise, sözleşmenin meydana gelmesine güvenme yüzünden diğer tarafın uğradığı zararı karşılama amacı güden bir tazminat, yani menfi tazminattır. Ancak hakkaniyetin gerekli kıldığı durumlarda müspet zararın tazmininin de istenebileceği kabul edilmektedir¹⁴.

Özellikle tüketicinin korunması sorunu bakımından, satıcının MK. m. 2 çerçevesinde yükümlendiği borçlardan biri olan ve Fransız hukukunda «sözleşme öncesi bilgi verme borcu» (l'obligation précontractuelle de renseignement)¹⁵ olarak isimlendirilen «açıklama yapma yükümlülüğü» (Aufklärungspflichten) kavramının muhtevasının ve dayandığı esasların ortaya çıkarılması zorunluğu vardır; böylece satıcının görüşmede kusurdan sorumluluğunun kapsamı da belirlenmiş olacaktır. Bu konuya ilişkin olarak *Edis*'in şu görüşünü aynen benimsemekteyiz: «Bir hukukî ilişkide karşı tarafa bir açıklama yapma yükümlülüğünün varlığı ve kapsamı bakımından yapılacak değerlendirmede, sözleşmenin niteliği ve tarafların özellikleri ... gözönünde tutulmak gerekir. Nitekim sigorta sözleşmelerinde olduğu gibi kişi unsuru önemli kişisel kapsamlı sözleşmelerde açıklama yapma yükümlülüğü daha da belirgin olarak mevcuttur. Buna karşılık, rekabet durumunda olan kimseler ile tecrübeli kimseler arasındaki sözleşmelerde açıklama yükümlülüğü bu denli zorunlu değildir. Ticarî malların mübadelesine ilişkin sözleşmelerde 'aldatma veya aldanma mümkündür' (circumvenire) özdeyişi geçerlidir. Bununla birlikte satım konusunun özelliklerine ilişkin olan yanılmayı ortadan kaldırmak için açıklama yükümlülüğü satıcıya düşer. Hataya düşen açısından yanılmanın bilinebilir olması, açıklama yapma yükümlülüğünü bertaraf eder. Karşı tarafça düşülen hatanın bilinebilir olup olmadığı meselesinde onun sahip olduğu meslekî bilgi (Fachkenntnis) ve sözleşmenin yapıldığı sıradaki görüşmelerin yürütülüş biçimi etkilidir. Muhatabın belirli konulardaki sorularına karşı tam olarak cevap teşkil edecek bir açıklama yapılmalıdır. Hatta sadece açıkça sorulan hususlar hakkında değil; o hususlarla ilgili olan başka yan konuları kapsayacak biçimde bir açıklama yapılmalıdır. Muhatapça sorulmamış olsa bile kendiliğinden yapılan açıklamalar bakımından da aynı yükümlülük sözkonusudur. - Müphem bir hukukî duruma sebebiyet vermiş olan kimse de özel bir açıklama yapmak zorundadır. Yaratılan müphem bir hukukî duruma dayanan muhatapça aleyhte bir talepte bulunulmasını istemeyen kimse, müphemiyete ve onun anlamına ilişkin olmak üzere karşı tarafın

13) MK. m. 2'deki dürüstlük kuralına dayanan bu ve benzeri yükümlülükler için bkz. EDİS, *Medeni hukuka giriş*, s. 311 vd..

14) Bu konuda bkz. TUNÇOMAĞ, *a.g.e.*, c. 1, s. 214; ENGEL, *a.g.e.*, s. 506-507; TANDOĞAN, *Türk mes'uliyet hukuku*, s. 403; KOCAYUSUPFAŞAOĞLU, *a.g.e.*, s. 19 dn. 10.

15) Bu konuda bkz. GHESTIN, *a.g.e.*, s. 103 vd..

dikkatini çekmelidir»¹⁶. Aynı esasların satıcının satılanın ayıpları sebebiyle gerçekleşen culpa in contrahendo sorumluluğu konusunda da uygulanması gerekir. Böylece tüketici (alıcı), alma kararına etkili olabilecek bütün hususlarda aydınlanmış ve bilgilendirilmiş olarak hareket edecek; aksi durumda da, o (alıcı), uğradığı menfi (bazı durumlarda müspet) zarardan satıcının sorumluluğuna gidebilecektir. Hatta satıcının bu şekildeki sorumluluğunun kabul edilmesi, tüketicinin (alıcının) aldatıcı reklâmlara karşı korunmasını sağlayan bir hukukî araç fonksiyonunu da görecektir¹⁷.

2. Satıcının culpa in contrahendo sorumluluğu ile ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun yarışması

Satıcının culpa in contrahendo sorumluluğunun gerçekleştiği bir ihtimalde, henüz sözleşme kurulmamış ya da sözleşme konusu şey alıcıya teslim edilmişse, satıcının ayıba karşı tekeffül hükümleri çerçevesinde sorumluluğunun sözkonusu olmayacağını yukarıda açıklamıştık; o halde bu durumda satıcının culpa in contrahendo sorumluluğu ile ayıba karşı tekeffül sorumluluğu arasında da bir yarışmanın gerçekleşmesi imkânı mevcut olmayacaktır¹⁸.

Ancak satıcının culpa in contrahendo sorumluluğunun sözkonusu olduğu bazı durumlarda, satım sözleşmesi geçerli olarak kurulmuş ve dolayısıyla satıcı, satım sözleşmesinin kendisine yüklediği satılanı teslim ve mülkiyeti geçirme borcunu ifa etmiş olabilir. Böylece ayıplı bir satılan teslim alan alıcının, satılanın ayıpları sebebiyle uğradığı zararın tazmin edilmesini satıcıdan ayıba karşı tekeffül hükümleri çerçevesinde de isteyebilmesi mümkün hale gelmektedir. İşte bu gibi durumlarda satıcının culpa in contrahendo sorumluluğu ile ayıba karşı tekeffül sorumluluğu arasında bir yarışmanın varlığı kabul edilebilecek ve alıcı da, satıcıyı, dilerse culpa in contrahendo hükümlerine göre dilerse ayıba karşı tekeffül hükümlerine göre sorumlu tutabilecektir.

Örneğin satım sözleşmesinin tecrübe veya muayene şartıyla yapıldığı ve alıcının beğenmesi şartının da bir bozucu şart olarak kararlaştırıldığı bir ihtimalde, satıcı satılanı alıcıya teslim etmiş olabilir¹⁹. Böylece satılanı teslim alan alıcı, sonradan satılanı beğenmezse²⁰, satım sözleşmesi kurulduğu andan itibaren hükümsüz hale gelecektir. Bu arada satılanın ayıpları sebebiyle alıcının müspet ya da menfi çeşitli zararlara uğraması durumu da gerçekleşebilir. Aynı şekilde satıcının, ayıplı bir satılan teslim etmesi, yukarıda açıklanan esaslar için-

16) EDİS, *Medeni hukuka giriş*, s. 317. Bu sorunun özellikle tüketicinin korunması bakımından ele alındığı görüş olarak bkz. GEMALMAZ, *Tüketicinin korunması*, s. 330 vd..

17) Bu konuda bkz. GÖLE, *a.g.e.*, s. 78 vd..

18) Bkz. yukarıda 1.

19) Bu konuda bkz. TANDOĞAN, *a.g.e.*, c. I/1, s. 292.

20) Bu konuda bkz. YAVUZ, *a.g.e.*, c. 1, s. 161-163.

de culpa in contrahendo sorumluluğunu gerçekleştiren bir durum olarak değerlendirilebilir. Bundan böyle alıcının, satıcıyı culpa in contrahendo ya da ayıba karşı tekeffül hükümlerine göre sorumlu tutma şeklinde bir seçimlik imkâna sahip olduğunun kabul edilmesi gerektiğini düşünmekteyiz²¹. Böyle bir ihtimal, alıcının, satılanı teslim almasına rağmen, sonradan satım sözleşmesini gabin ya da istisnaî olarak da olsa hile sebebiyle kesin hükümsüz kıldığı durumlarda da gerçekleşebilir. Bu konu üzerinde daha fazla durmayacağız.

III. Satıcının satılanın ayıplarından irade sakatlıklarını düzenleyen hükümler çerçevesinde sorumluluğu ve bu sorumluluk ile ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun yarışması sorunu

Borçlar Kanununa göre iradeyi sakatlayan sebepler hata, hile ve ikrah olmak üzere üçe ayrılır. Hata, BK. m. 23-27'de; hile, BK. m. 28'de; ikrah ise, BK. m. 29-30'da düzenlenmiştir. BK. m. 31'de de «akde icazet ile rızanın fesadı bertaraf edilmesi» konusu çözüme bağlanmıştır. Bu irade sakatlığı durumlarından ikrah'ın burada ele aldığımız konu bakımından hiçbir pratik önemi mevcut değildir²². Bu sebeple burada sadece hata ve hile kavramları üzerinde kısaca durulacak; sonra satıcının sorumluluğu bakımından ayıba karşı tekeffül durumu ile bu hükümlerin yarışmalı olarak uygulanıp uygulanamayacağı konusu ele alınacaktır.

1. Satıcının satılanın ayıplarından hata hükümleri çerçevesinde sorumluluğu ve bu sorumluluk ile ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun yarışması sorunu

a. Satıcının satılanın ayıplarından hata hükümleri çerçevesinde sorumluluğu

BK. m. 23'e göre «akit yapılırken esaslı bir hataya düşen taraf o akit ile ilzam olunamaz». Böylece her hata sözleşmenin geçerliliğini etkilemekte; sadece sözleşme yapılırken düşünülen esaslı bir hatanın böyle bir etkiye sahip olduğu belirlenmektedir. Esaslı hata sayılacak hata durumları, BK. m. 24'de «esaslı hatalar hassaten şunlardır» denilerek dört bent halinde gösterilmiştir. Bunlardan ilk üçü esaslı sayılan üç beyan hatası halini belirtmekte, dördüncü bentte ise doktrinde temel hatası adı verilen nitelikte saik hatasına ilişkin prensip yer almaktadır. Maddenin başında yer alan «hassaten» deyimini ile belirttiği gibi, maddede sayılan esaslı hata durumları sınırlayıcı (numerus clausus, tahdidî) olmayıp yol gösterici (izharî, ta'dadî) niteliktedir. Ancak hâkim, bir hatayı esaslı

21) Ayrıca bkz. ve karşı. STAUDER, s. 146; STAUDINGER/HONSELL, §459, n. 7.

22) Bu konuda bkz. GHESTIN, a.g.e., s. 51.

hata sayma konusunda, BK. m. 24'de belirtilen hallerde ifadesini bulan prensiplerle bağlıdır²³.

Biz burada önce satılandaki ayıpların Borçlar Kanunu anlamında esaslı hata teşkil etmesi, sonra da bu duruma yine hata hükümleri çerçevesinde bağlanan hukukî sonuçları -çalışma konumuzu bu bakımdan tamamlamak amacıyla çok kısa olarak- ele alacağız.

aa. Satılandaki ayıpların esaslı hata teşkil ettiği durumlar ve açıklaması

BK. m. 24'de düzenlenen «sözleşmenin niteliğinde hata», «sözleşmenin konusu olan şeyde hata», «sözleşmenin karşı tarafının kişiliğinde hata», «miktar-da hata» gibi beyan hatası durumları ile BK. m. 27'de düzenlenen «vasıtanın hatası», bunlar dışında kanunda öngörülmemekle beraber uygulamada ve doktrinde beyan hatası olarak değerlendirilen başkaca durumlar²⁴, satılarda ayıp olarak nitelendirilebilecek durumlar değildir. Örneğin «sözleşmenin konusu olan şeyde hata» hali, satılanın ayıplı olmasından çok -yukarıda incelenen- aliud kavramı ile karşılaştırılabilecek bir durum olarak ortaya çıkabilir²⁵. Aynı şekilde «miktar-da hata» durumu da, kural olarak satılana ilişkin bir ayıp olarak değerlendirilemeyecektir; ancak -daha önce incelendiği gibi- istisnaen miktarla ilgili niteliklerin satılana ilişkin bir ayıp olarak kabul edilebilmesi imkânı vardır ve bu konuyu da tekrar burada ele alacak değiliz²⁶.

Satılana ilişkin bir ayıp olarak ortaya çıkmasına en çok rastlanabilecek hata hali, BK. m. 24 f. 1 b. 4'de düzenlenen «akdin temelinde hata» (Grundlagenirrtum) hata çeşididir. Gerçekten bu hükme göre «hata ettiğini iddia eden tarafça akdin lüzumlu vasıflarından olarak nazarı itibare alınmasına ticarî doğru-

23) *Bu konuda bkz. OĞUZMAN, Borçlar hukuku, s. 70 vd.; EREN, a.g.e., s. 2, s. 38 vd.; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, a.g.e., c. 1, s. 583 vd.; İNAN, a.g.e., s. 193 vd.; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Hata kavramı, s. 133 vd.; EDİS, Akdin lüzumlu vasıflarında hata, s. 8 vd.; FEYZİOĞLU, a.g.e., Genel hükümler, c. 1, s. 126 vd.; ESENER, Borçlar hukuku, s. 122; ATAAY, Borçlar, s. 214; TUNÇOMAĞ, a.g.e., c. 1, s. 338; SAYMEN/ELBİR, Türk borçlar hukuku, c. 1, s. 260; ÖZSUNAY, Borçlar hukuku, s. 108 vd.; SCHWARZ, Borçlar hukuku dersleri, s. 229 vd.; BİRSEN, Borçlar hukuku, s. 61 vd.; REİSOĞLU, Borçlar, s. 59 vd.; GÖKTÜRK, a.g.e., Birinci kısım, s. 147; von TUHR/PETER, a.g.e., §37; GUHL/MERZ/KUMMER, a.g.e., s. 134 vd.; ENGEL, a.g.e., s. 218 vd.; GAUCH/SCHLUEP/JAEGGI, a.g.e., t. 1, n 585; BUCHER, a.g.e., s. 170; ARSEBÜK, a.g.e., s. 413; OSER/SCHÖNENBERGER, Kommentar, Art. 23 vd. na ilişkin açıklamalar; BECKER, Kommentar, Art 23 vd. na ilişkin açıklamalar; PIOTET, Culpa in contrahendo, s. 113; CAVIN, a.g.e., s. 114-118; GHESTIN, a.g.e., s. 52 vd.; GHESTIN, a.g.e., t. 2, 5. 368 vd.; GHESTIN, La notion d'erreur, s 10 vd; MAZEAUD/CHABAS, ag.e., t. 2, vol, 1, s. 141 vd.; STARK, Droit civil - Obligations, s. 412 vd..*

24) *Bkz. yukarıda dn. 23.*

25) *Bkz. yukarıda §2, II, 2, b.*

26) *Bkz. yukarıda §2, II, 2, c.*

luğun müsait olduğu şeylerde hata edilmiş olması» esaslı hatadır. Bu hükmün mehazına uygun olarak şu şekilde anlaşılması gerekir: «Eğer hata, hata eden taraf yönünden iş hayatındaki dürüstlük (doğruluk) kuralına göre, akdin zorunlu temeli olarak sayılmış belirli bir duruma ilişkinse, esaslıdır». Burada muamele iradesiyle beyan arasında bir uygunsuzluk yoktur; beyan iradeye uygundur. Fakat irade oluşum (teşekkül) safhasında sakatlanmıştır. Bu sebeple temel hatası, her şeyden önce bir saik hatası olarak kabul edilmektedir. Temel hatasının esaslı hata olarak kabul edilmesi, düşünce olarak, hakkaniyet prensibine dayanır. Böylece kanunkoyucu, bu gibi durumların yaratacağı ağır sonuçları hata eden yararına yumuşatmış olmaktadır²⁷.

Temel hatasının hukukî niteliği tartışmalıdır²⁸. İsviçre ve Türk hukuklarında hâkim görünen ve «esaslı sayılan saikte hata teorisi» ya da «mevsuf saik hatası teorisi» denilen görüşe göre, BK. m. 24 f.1 b.4, f.2'ye istisna getiren ve saik hatalarını, temel hatası niteliğini kazandıkları an esaslı sayan bir hüküm olarak değerlendirilmektedir. Özellikle bu hükmün mehazını teşkil eden almanca metinde «notwendige Grundlage des Vertrages» (akdin zorunlu temeli) deyimini kullanmak suretiyle, saik hatasının da esaslı hata olabileceğinin ifade edilmek istendiği görülmektedir. Esasen BK. m. 24 f.1 b.4'ün tarihi gelişiminin de bu görüşü doğruladığı ileri sürülmektedir. Kaldı ki ölüme bağlı tasarruflarda saik hatası, hak sahibine iptal hakkı verdiği gibi, hilede de esas itibarıyla bir saik hatası sözkonusu olmakta ve hileye düşene akdi iptal yetkisi vermektedir²⁹. Bizim de görüşlerini paylaştığımız *Kocayusufpaşaoğlu*'na göre «BK. 24/b.4'de yer alan esaslı hataya ilişkin genel hükmü, BK. 24/b.1-3'deki özel hata halleri ve BK. 24/II'deki âdi saik hatalarını düzenleyen hükümlerle bir arada ele almak ve değerlendirmek icap eder. - Buna göre, ana kural BK. 24/b.4, bir hatanın ne vakit esaslı sayılacağı konusundaki genel kriterleri veriyor. BK. 24/b.1-3'de düzenlenen beyan hatası halleri, kural olarak, anılan özel hükümlere tâbidir. Yalnız, bu hükümlerin uygulanması sırasında bir tereddütle karşılaşırsa (...), yine BK. m. 24/b.4'deki genel hüküm ve onun ihtiva ettiği kriterlerle bir sonuca varılacaktır. BK. 24/II gereğince, âdi saik hatalarının esaslı hatalar dışında kaldığı da hatırlanacak olursa, BK. 24/b.4'ün asıl öneminin kendini, BK. 24/b.1-3'de

27) Bu konuda özellikle bkz. EREN, a.g.e., c. 2, 42. Ayrıca bkz. BUCHER, a.g.e., s. 176; ESENER, a.g.e., s. 125 vd.; EDİS, a.g.e., s. 28 vd.; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, *Hata kavramı*, s. 152 vd..

28) Bu konuda bkz. EDİS, a.g.e., s. 21 vd.; EREN, a.g.e., c. 2, s. 42 vd.. Ayrıca bkz. von BÜREN, a.g.e., Bd. I, s. 198.

29) EDİS, a.g.e., s. 37 vd.; EREN, a.g.e., c. 2, s. 43; TEKİNAY/BURCUOĞLU/AKMAN/ALTOP, a.g.e., c. 1, s. 578; TUNÇOMAĞ, a.g.e., c. 1, s. 342 vd.; SCHWARZ, a.g.e., s. 304 vd.; von TUHR/PETER, a.g.e., s. 308; GAUCH/SCHLUEP/JAEGGI, a.g.e., t. 1, n. 587; BECKER, *Kommentar*, Art. 24 N. 18 vd.; OSER/SCHÖNENBERGER, *Kommentar*, Art. 24 N. 42 vd.; ENGEL, s. 224 vd.; BGE 84 II 515.

öngörülmemiş beyan hataları ile, BK. 24/II'ye istisna olarak esaslı sayılmak gereken saik hatalarında göstereceği kolaylıkla anlaşılır. Haklarında uygulanacak özel bir hüküm bulunmayan bu gibi hataların, esaslı hata teşkil edip etmedikleri genel hüküm niteliğindeki BK. 24/b.4'e göre ölçülür³⁰. Böylece BK. m. 24 f.1 b.4, bir hatanın esaslı hata sayılabilmesi için genel kriterler getiren bir hüküm niteliğine sahip olmaktadır. Ele aldığımız konuyu tamamlamak bakımından, bu hükmün unsurları üzerinde kısaca durmak istiyoruz.

BK. m. 24 f.1 b.4'e göre, bir hatanın esaslı hata teşkil edebilmesi için gerçekleşmesi gereken şartlar şunlardır :

(i) Hata edilen husus, hataya düşen bakımından sözleşmeyi yapması için bir *conditio sine qua non* teşkil eden (onsuz sözleşmeyi yapmayacağı) bir unsura ilişkin olmalıdır. Böylece hataya düşenin bu hususta yanlış olduğunu bilmesi halinde akdi hiç ya da mevcut şartlarla yapmayacağını kabul edilebileceği bir durumun gerçekleşmesinin arandığı görülmektedir. Bu husus, kanun metninde, «hata ettiğini iddia eden tarafça akdin lüzumlu vasıflarından olarak nazarı itibara alınmasına» şeklinde ifade edilmiştir. Bu şarta sübjektif olarak esaslı olma şartı denilmektedir³¹.

(ii) Belirli bir unsur veya olay hakkındaki yanlış tasavvurun, sadece hata eden taraf yönünden sözleşmenin zorunlu şartını ve temelini oluşturması yeterli değildir; ayrıca bu husus, aynı zamanda işlerde dürüstlük, ticarî doğruluk kurallarına göre, makul ve dürüst düşünen kişiler yönünden de sözleşmenin zorunlu temel ve şartını oluşturmalıdır. Bu durum, madde metninde, «nazarı itibara alınmasına ticarî doğruluğun müsait olduğu şeylerde» tarzında ifade edilmiştir. Bu şarta objektif bakımdan esaslı olma şartı denilmektedir³².

Bu şekilde hukukî niteliğini ve unsurlarını tesbit ettiğimiz esaslı hata halleri, satılana ilişkin bir ayıp olarak ortaya çıkabilirler. Bu konuya ilişkin olarak doktrinde verilen bazı örnekleri burada anmak istiyoruz: «Meselâ (A), (B)'den inşaat yapmak için bir arsa satın almış, ancak daha sonra bu arsanın inşaaata elverişli olmadığı anlaşılırsa, olayda temel hatasının, hem sübjektif hem de objektif şartı gerçekleşmiştir. Gerçekten (A), bu arsada inşaat yapılamayacağını akdin kurulması sırasında bilmiş olsaydı, onu satın almayacaktı»³³. Aynı şekilde «nişan yüzüğü olarak satın alınan altın yüzük, altın kaplama çıkmış veya

30) KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, *Hata kavramı*, s. 157-158.

31) *Bu konuda bkz. EDİS, a.g.e., s. 52 vd.; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Hata kavramı, s. 159; OĞUZMAN, Borçlar hukuku, s. 77; EREN, a.g.e., c. 2, s. 44; ESENER, a.g.e., s. 126; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, a.g.e., c. 1, s. 579; BUCHER, a.g.e., s. 178-179; ENGEL, a.g.e., s. 225; KELLER/SCHÖBİ, a.g.e., s. 131; GAUCH/SCHLUEP/JAEGGI, a.g.e., t. 1, n. 592.*

32) *Bkz. yukarıda dn. 31'de anılan yazarlar.*

33) *EREN, a.g.e., c. 2, s. 46.*

önemli bir taş olduğu zannedilen taşlı yüzükte taşın alelade renkli bir taş (kantaşı) olduğu anlaşılmış ya da Gaugen'in orijinal tablosu diye satın alınan tablonun kopya olduğu anlaşılmışsa, hata eden BK. 24/I, bent 4'e dayanabilir»³⁴. Bu gibi durumların satılana ilişkin bir ayıp olarak gerçekleşeceği konusunda daha önce durulmuştu³⁵.

Esaslı hata, geçmişteki olaylara ilişkin olabileceği gibi şimdiki (haldeki) olaylara da ilişkin olabilir. Buna karşılık, gelecekteki olayların temel hatasına konu olup olamayacağı doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre gelecekteki olaylar veya gelişmeler yalnız bir şartın veya garanti taahhüdünün konusu olabilir; bunlarda hata sözkonusu olmaz. Gelecekteki durum hakkında kesin bir bilgi değil, ancak bir tahmin sözkonusu olur. Hata ise ancak bilinebilen durumlar hakkında mevcut olabilir. Gelecekte bir beklenti, bir özlem mevcuttur³⁶. Bir başka görüşe göre ise, önceden görülebilir nitelikte olan gelecekteki olaylar da, esaslı hatanın konusunu oluşturabilir. Örneğin şehrin işlek bir yerinde ileride yapılacak bir binanın lokanta olarak işletilmesine izin verileceği düşüncesiyle kiralanması, ancak yetkili makamların daha sonra başvuru üzerine buna ruhsat vermemesi durumunda, gelecekteki bir olay hakkında esaslı hata gerçekleşmiş olur. Burada bir olayın gelecekteki olay olarak nitelendirilebilmesi için bunun sözleşmenin kurulmasından sonra gerçekleşme ya da gerçekleşmeme ihtimalini taşıması gerekir; ayrıca sözleşme, üzerinde hata edilen gelecek olay gözönünde tutularak yapılmış olmalıdır. Ancak sözleşme yapıldıktan sonra değişen durum ve ilişkilere, BK. m. 24 f.1 b.4 hükmü uygulanmaz. Aynı şekilde şüpheli durum ve olaylara da esaslı hata hükümleri tatbik olunamaz; çünkü bu durumlarda esaslı hatanın subjektif unsuru mevcut değildir³⁷. Düşüncemize göre, satılanın gelecekteki ayıplarına ilişkin olarak benimsediğimiz görüşe³⁸ paralel olarak, gelecekteki durumlar hakkında esaslı hata hükümlerinin ancak kıyas yoluyla uygulanabileceği esas kabul edilmelidir.

bb. Satılana ilişkin ayıpların esaslı hata teşkil ettiği durumlarda esaslı hatanın satım sözleşmesine etkisi

Satılana ilişkin ayıpların esaslı hata teşkil ettiği durumlarda, esaslı hatanın, Borçlar Kanununun ilgili hükümleri çerçevesinde satım sözleşmesine etkisini şu noktalar üzerinde açıklığa kavuşturma gereği vardır:

34) EREN, a.g.e., c. 2, s. 47.

35) Bu konuda bkz. yukarıda §2, II, 2, b ve III.

36) GUHL/MERZ/KUMMER, a.g.e., s. 122; GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, a.g.e., n. 559 vd.; OĞUZMAN, Borçlar hukuku, s. 77.

37) von TUHR/PETER, a.g.e., s. 313 dn. 44; von BÜREN, a.g.e., Bd. I, s. 231; BUCHER, a.g.e., s. 177; ENGEL, a.g.e., s. 132; EREN, a.g.e., c. 2, s. 47-48.

38) Bkz. yukarıda §2, III, 1, (v).

(i) *Alıcının satım sözleşmesini iptal hakkı*

BK. m. 23'e göre satım sözleşmesi yapılırken «esaslı bir hataya düşen alıcı», bu satım sözleşmesiyle «ilzam» olunamayacaktır. Burada ne tarz bir hükümsüzlüğün sözkonusu olduğu hususu doktrinde tartışmalıdır³⁹. Biz burada sadece katıldığımız görüşü belirtmekle yetineceğiz. Gerçekten bize de uygun gelen görüşe göre, burada, yapılan sözleşme başlangıçtan itibaren geçersizdir ve bağlayıcı sonuçlar doğurmaz; fakat BK. m. 31'de belirtilen süre sonunda geçerli hale dönüşebilecek bir sözleşmedir. Hataya düşen sözleşmenin geçerli hale gelmesini engellemek istiyorsa bu arzusunun açıklanmalıdır. Bu açıklama yapılmış olmadıkça hâkim hata sebebiyle hükümsüzlüğü re'sen nazara alamaz. İşte bu husustaki irade açıklamasına iptal açıklaması ve böyle bir açıklamada bulunabilme hakkına da iptal hakkı denilmektedir. İptal hakkı, sözleşmenin geçerli hale dönüşmesini önlemeye ve sözleşmeyi kesin olarak hükümsüz hale koymaya imkân veren bir yenilik doğuran haktır. Böylece burada -*Oğuzman*'ın kullandığı deyimle- bir düzelebilir hükümsüzlük olarak nitelendirilebilecek bir durumun varlığı sözkonusudur⁴⁰.

Hataya düşen alıcı, sözleşmeyi iptal etme hakkını, BK. m. 31'de öngörülen bir yıllık hak düşümü süresi içinde kullanmalıdır. İptal beyanı karşı tarafın hâkimiyet alanına ulaştığı anda istenen sonucu kendiliğinden doğurmaya yeterlidir. Ayrıca bir iptal davası açmaya ve dolayısıyla iptali dava yolu ile ileri sürmeğe gerek yoktur. İptal açıklamasının yapılması bir şekilde de tâbi değildir⁴¹.

İptal hakkının kullanılması üzerine sözleşme kesin olarak hükümsüz hale gelir ve bundan sonraki bir ihtilâfta hâkim, sözleşmenin iptal edilmiş olduğunu re'sen dikkate alır. Burada sözleşmenin iptali geriye etkilidir. İki taraf da ifa edilmemiş edimlerin ifasını talep edemeyecekleri gibi, iptal hakkının kullanılmasından önce ifa edilmiş edimleri de geri isteyebileceklerdir. Her iki tarafın iade talebi de şartların gerçekleşmesine göre ya bir istihkak davası ya da bir sebepsiz zenginleşme davasına konu teşkil edebilir⁴².

Hataya düşen, irade beyanındaki sakatlığı bilmesine rağmen sözleşmeyle bağlı kalmayı arzu ettiği için iptal hakkından feragat ederse, iptal hakkı düşer; sözleşme, geriye etkili olarak geçerli hale gelir. İptal hakkından feragate, sözleşmeye icazet verilmesi de denilmektedir. Bu konuda BK. m. 31, bir icazet faraziyesine yer vermekte ve maddede öngörülen bir yıllık sürenin iptal hakkı

39) *Bu konuya ilişkin tartışmalar ve değişik görüşler için bkz. EREN, a.g.e., c. 2, s. 66 vd..*

40) *OĞUZMAN, Borçlar hukuku, s. 87; OĞUZMAN, Medeni hukuk dersleri, s. 145.*

41) *Bu konulara ilişkin olarak bkz. EREN, a.g.e., c. 2, s. 69 vd..*

42) *Bu konulara ilişkin olarak bkz. OĞUZMAN, Borçlar hukuku, s. 88-89.*

kullanılmadan geçmesi halinde «akde icazet verilmiş nazarı ile bakıl»acağı ifade edilmektedir⁴³.

(ii) *Alıcının satım sözleşmesini iptal hakkının sınırlandırılması*

BK. m. 25'de, MK. m. 2'de düzenlenmiş olan dürüstlük kuralı ve dolayısıyla hakkın kötüye kullanılması yasağı prensibi, özel bir uygulama alanı bulmuştur. Buna göre, hata eden taraf, hataya dayalı iptal hakkını dürüstlük kuralına aykırı olarak ileri süremez. Bu sebeple, karşı taraf, hata edenin hatasını bilmiyor veya hata nedeniyle sözleşmenin iptali halinde, muhatabın uğrayacağı zarar hata edenin uğrayacağı zarardan fazla ise ya da hataya rağmen sözleşmenin ifası hataya düşeni zarara sokmayacaksa, hatayı ileri sürerek sözleşmenin iptalini istemek dürüstlük kuralına aykırı düşer; bu gibi durumlarda hakkın kötüye kullanılması söz konusu olur⁴⁴. Aynı şekilde hata edenin yapılan sözleşmeye dayanarak karşı tarafın iş sırlarını öğrenmesi durumunda da, iptali ileri sürmek, dürüstlük kuralının ihlâli niteliğindedir⁴⁵.

Diğer taraftan karşı taraf, hata eden tarafın istediği gibi sözleşmeyi ifa etmeye hazır olduğunu bildirdiği takdirde, hata eden, sözleşmenin iptalini istemeyecektir (BK. m. 25 f.son). Bu kuralın temel hatasında da uygulanmasının mümkün olduğu ileri sürülmektedir⁴⁶. Ancak Federal Mahkeme, bir kararında bu soruyu cevapsız bırakmıştır⁴⁷.

Hata edenin, kendi kusuruna dayanan hatayı ileri sürmesi, başka sebepler yoksa, dürüstlük kuralına aykırı sayılmaz⁴⁸.

(iii) *Hata sebebiyle satım sözleşmesini iptal eden alıcının satıcının uğradığı zararı tazmin yükümlülüğü*

BK. m. 25 hükmünde olduğu gibi BK. m. 26'nın da, hata sebebiyle satım sözleşmesini iptal eden alıcı hakkında uygulama alanı bulması mümkündür. Buna göre hata eden taraf (alıcı), kendi kusurundan doğan hatasını ileri sürerek akdi iptal ettiği takdirde, karşı tarafın sözleşmenin geçersiz olması yüzünden uğramış olduğu zararı tazmin etme yükümlülüğü altındadır. Ancak karşı

43) *Bu konulara ilişkin olarak bkz. OĞUZMAN, Borçlar hukuku, s. 89 vd..*

44) *Bu konulara ilişkin olarak bkz. EREN, a.g.e., c. 2, s. 50.*

45) *TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU, a.g.e., c. 1, s. 590; EREN, a.g.e. c. 2, s. 50; ENGEL, a.g.e., s. 234; BUCHER, a.g.e., s. 189-190; KELLER/SCHÖBİ, a.g.e., s. 151; BGE 96 II 106.*

46) *EREN, a.g.e., c. 2, s. 50; OĞUZMAN, Borçlar hukuku, s. 79.*

47) *BGE 96 II 106: JdT 1971 I 168.*

48) *EREN, a.g.e., c. 2, s. 50; OĞUZMAN, a.g.e., s. 78; BGE 96 II 101: JdT 1971 I 162; BGE 105 II 26.*

taraf, hatayı biliyor veya bilmesi gerekiyorsa, tazminat gerekmez (BK. m. 26 f.1 c.2)⁴⁹.

Burada sözleşme öncesi ilişkideki davranıştan sorumluluk (culpa in contrahendo) sözkonusudur. Hataya düşmede en küçük ihmâl dahi bu sorumluluğa yolaçar. Tazmin edilecek zarar, geçerliliğine güvenilen sözleşmenin hükümsüzlüğü yüzünden uğranılan zarardır (menfi zarar). Ancak hakkaniyetin gerektirdiği durumlarda, daha fazla tazminata ve dolayısıyla da müspet zararın da tazmin edilmesine hükmedilmesi imkânı mevcuttur⁵⁰.

b. Satıcının hata hükümleri çerçevesindeki sorumluluğu ile ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun yarışması

Satım sözleşmesinde gerek özel nitelik vaadi sebebiyle tekeffülde gerekse satılanın gerekli nitelikleri sebebiyle tekeffülde, satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğuna yolaçan satılana ilişkin ayıplar, aynı zamanda BK. m. 23 vd. anlamında esaslı hata niteliğinde de görünebilirler. Bu durumda karşımıza şu sorun çıkmaktadır: «Acaba satım akdinde bir malın ifa edilmesi halinde alıcı yalnız ayıba karşı tekeffül hükümlerine mi başvurabilir, yoksa şartları varsa seçimlik (alternatifli) olarak ayıba karşı tekeffül hükümlerine de başvurabilir mi? Başka bir deyişle, burada hakların ve dolayısıyla normların yarışması mümkün müdür?»⁵¹. Ayıp hükümleri uygulandığı sürece, bunlar alıcıya daha geniş bir koruma sağladıkları için, alıcının bunları üstün tutması normaldir. Problem asıl önemini, süresinde ayıp bildiriminde bulunmayan ya da bu konudaki zaman aşımını geçiren alıcı için önem kazanmaktadır. Bu durumdaki bir alıcı, bu defa BK. m. 24 f.1 b.4 gereğince sözleşmeyi iptal edebilir mi⁵²? Mesele tartışmalıdır. Şöyle ki :

Bazı yazarlar, ayıba karşı tekeffül hükümlerinin, hataya ilişkin hükümlere oranla özel hüküm niteliğinde olduğunu, bu sebeple de alıcının, böyle bir durumda sadece ayıba karşı tekeffül hükümlerinden yararlanabileceğini ileri sürmektedirler⁵³. *Kocayusufpaşaoğlu*'na göre ise, «vasıf hatası faraziyeleri, alıcı aç-

49) Bu hükümle ilgili olarak bkz. von BÜREN, a.g.e., Bd. 1, s. 237 vd.; PIOTET, *Culpa in contrahendo*, s. 102; KELLER/SCHÖBI, a.g.e., s. 152; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, *Hata kavramı*, s. 120 vd.; EREN, a.g.e., s. 51-52; OĞUZMAN, *Borçlar hukuku*, s. 81.

50) Bu konulara ilişkin olarak bkz. EREN, c. 2, s. 51; OĞUZMAN, s. 51; OĞUZMAN, s. 80.

51) Sorunun bu şekilde ortaya konması için bkz. EREN, c. 2, s. 48. Ayrıca bu konuda bkz. BÜHLER, a.g.m., s. 1 vd..

52) Bu konuda bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, *Hata kavramı*, s. 79.

53) Bu görüşte olarak bkz. BECKER, *Kommentar*, Art. 24 N. 22 vd.; GUHL/MERZ/KUMMER, a.g.e., s. 353; MERZ, a.g.m., s. 87 vd.; ENGEL, a.g.e., s. 229; CAVIN, a.g.e., s. 119-120; CAVIN, a.g.m., s. 329 vd.; von BÜREN, a.g.e., Bd. 1, s. 201 vd.; SCHUBIGER, a.g.t., s. 132 vd.; MAGNIN, a.g.t., s. 77 vd..

sından, hata dışında sadece borcun yerine getirilmemesi (satışta, ayıp) hükümleri çerçevesi içinde mütalâası gerekli farazyeler olarak karşımıza çıkmaktadır. Böylece iş hayatının güvenliğine ve BK. 194 vd. ile güdülen gayelere daha uygun bir çözüme varılmakta ve alıcı münhasıran ayıp hükümlerinin himayesine terk olunmaktadır»⁵⁴.

İsviçre Federal Mahkemesi de, hayvan satımında, alıcının BK. m. 23 vd. hükümleri çerçevesinde hata hükümlerine dayanamayacağını, sadece özel düzenleme olan ayıba karşı tekeffül hükümlerine göre hareket edebileceğini ve satıcıyı sorumlu tutabileceğini kabul etmiştir⁵⁵.

Bizim de katıldığımız diğer bazı yazarların görüşüne göre ise, ayıba karşı tekeffül hakkındaki hükümler hataya ilişkin hükümlere oranla özel hüküm niteliği taşımazlar; her iki kategori hükmün alıcı için elverişli tarafları vardır. Bu sebeple, muayene ve ayıp ihbarının zamanında yapılmış olmamasına ya da bir yıllık zamanaşımının geçmesine rağmen hata hükümlerine göre satıcının sorumlu tutulabilmesi imkânı gerçekleşebilecektir. Alıcının bu suretle satıcı aleyhine spekülasyon yapması tehlikesine karşı BK. m. 25 ve m. 26'dan yararlanmak mümkündür⁵⁶. İsviçre Federal Mahkemesinin, hayvan satımı dışındaki satımlarda, yerleşmiş içtihadı bu yöndedir⁵⁷. Hatta Federal Mahkeme, *Oftinger*'i ta-

54) KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, *Hata kavramı*, s. 80-81.

55) BGE 70 II 48; BGE 81 II 213. Böyle bir çözümün tarihi sebepleri hakkında bkz. MAGNIN, *a.g.t.*, s. 101 vd. ve bu çözümün eleştirisi için bkz. GIGER, *Kommentar*, Art. 197-210 N. 67.

56) OSER/SCHÖNENBERGER, *Kommentar*, Art. 197 N. 5; von TUHR/PETER, *a.g.e.*, s. 310; SCHÖNENBERGER, *a.g.m.*, s. 305 vd.; SIMONIUS, *a.g.m.*, s. 55 vd.; AMAUDRUZ, *a.g.t.*, s. 36-37; COMMENT, *FJS*, n. 221, s. 3; GIGER, *Kommentar*, Vorb. Art. 197-210 N. 64; KATZ, *a.g.t.*, s. 118; LÜTHI, *a.g.t.*, s. 106 vd.; GUHL, *a.g.m.*, s. 423; BURLET, *a.g.t.*, s. 113 vd.; WILLI, *a.g.t.*, s. 126; BUCHER, *a.g.e.*, s. 180 vd.; TUNÇOMAĞ, *a.g.e.*, c. 1, s. 345; EDİS, *a.g.e.*, s. 94-95; EREN, *a.g.e.*, s. 2, s. 49. Aynı anlamda bkz. yukarıda §1, dn. 31'da anılan Yargıtay kararı. Ancak bir başka Yargıtay kararında, taşınmaz satımında BK. m. 215'in uygulanması bakımından, alıcının hata hükümleri çerçevesinde satıcıyı sorumlu tutamayacağı ifade edilmiştir (Yarg. HGK.nun 15.12.1972 t. ve 971/1-103 - 918 s.l.k 1; KARAHASAN, *Eşya hukuku*, c. 1 s. 467). Yine ayıba karşı tekeffül ile hata hükümlerinin yarışacağı konusunda bkz. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, c. 1, s. 593 vd. ve dn. 13. Böyle bir yarışmanın aleyhindeki fikirlerin savunucusu olarak ayrıca bkz. ARSLANLI, *a.g.e.*, s. 263; CUENOD, *a.g.t.*, s. 80 vd.. Bütün bu görüşlerin topluca bir değerlendirilmesi ve hata ile ayıp hükümlerinin yarışacağı'nın kabul edilmesi gerektiği konusunda bkz. STANISLAS, s. 180 vd.. Aynı anlamda bkz. KELLER/LÖRTSCHER, *a.g.e.*, s. 102-103.

57) BGE 82 II 420: JdT 1957 I 187; BGE 83 II 28: JdT 1958 I 492; BGE 84 II 515: JdT 1959 I 307; BGE 88 II 412: JdT 1963 I 471; BGE 98 II 15: JdT 1972 I 547; BGE 102 II 97: JdT 1977 I 64; BGE 106 II 32: JdT 1981 I 138; BGE 107 II 421; BGE 108 II 104; BGE 109 II 322.

kip ederek⁵⁸, ayıba karşı tekeffülden sorumluluk hükümleriyle hataya ilişkin hükümlerin yarışmalı olarak uygulanması gerektiğinin kabul edilmesine ilişkin olarak bir örf ve âdet hukukunun varlığı iddiasını ileri sürmektedir⁵⁹. Böylece bu görüş çerçevesinde özellikle tüketici sıfatıyla alıcının daha iyi bir koruma elde edeceği kolaylıkla göyürebilecektir; o (tüketici), kendisine uygun gelen yolu seçerek satılanın ayıplarından satıcıyı sorumlu tutacaktır.

Bu konuda üzerinde durulması gereken bir başka sorun da şudur: Satıcının satılanın ayıplarından sorumluluğunun, sözleşme ile kaldırıldığı, sınırlandırıldığı ya da süre veya seçimlik haklar yönünden kanun hükümlerine nazaran farklı düzenlendiği durumlarda, alıcı, ayıba karşı tekeffül hükümlerinden tamamen ya da kısmen yararlanamama durumunda olmasına rağmen hata hükümleri çerçevesinde satım sözleşmesinden kurtulabilecek midir⁶⁰? Federal Mahkemeye göre, bu gibi durumlarda, alıcının hata hükümleri çerçevesinde sözleşmeden kurtulması, sözleşme ilişkisinin ayıba karşı tekeffül hükümlerinin uygulanmasına ilişkin olarak getirdiği sınırlamalara tabidir; örneğin ayıba karşı tekeffül sorumluluğu sözleşme ile kaldırılmış olan satıcıya karşı, alıcı, hata hükümlerinden yararlanamayacaktır. Ancak süre veya seçimlik haklar bakımından sözleşme ile sınırlama getirildiği durumlarda, alıcının, hataya ilişkin hükümlere dayanabilmesi imkânı vardır⁶¹. Aynı çözümün, haklı olarak doktrinde de savunulduğunu görmekteyiz⁶².

2. Satıcının satılanın ayıplarından hile hükümleri çerçevesinde sorumluluğu ve bu sorumluluk ile ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun yarışması sorunu

a. Satıcının satılanın ayıplarından hile hükümleri çerçevesinde sorumluluğu

İradeyi sakatlayan sebeplerden biri olarak hile, BK. m. 28'de düzenlenmiştir. BK. m. 28 f.1'e göre, taraflardan biri, diğer tarafın kasıtlı aldatmasıyla bir sözleşme yapmağa sevk edilmişse, sözleşme, yanılma esaslı olmasa zile aldatılan taraf için bağlayıcı değildir. Genellikle hilenin şu şekilde tanımlandığını görmekteyiz; «Hile, bir kimsenin, davranışı ile diğer şahsı irade beyanında bulunmaya sevk etmek için o şahısta hatalı bir fikrin doğumuna veya teyidinde ya

58) *OFTINGER/JEANPRETTE, a.g.e., s. 97. Aynı anlamda bkz. GIGER, Kommentar, Art. 197-210, N. 65; KELLER/LÖRTSCHER, a.g.e., s. 102.*

59) *BGE 98 II 15: JdT 1972 I 547. STANISLAS, bu durumda, bir örf ve âdet hukukunun varlığından (un droit coutumier, eine Norm des Gewohnheitsrechts) söz edilemeyeceğini savunmakta ve bu yönden Federal Mahkeme'nin görüşünü eleştirmektedir (bkz. a.g.e., s. 182).*

60) *Sorunun bu şekilde ortaya konması için bkz. ENGEL, a.g.e., s. 229.*

61) *BGE 53 II 143: JdT 1927 I 622; BGE 79 II 155: JdT 1954 I 133; BGE 83 II 18: JdT 1957 I 492; BGE 91 II 275: JdT 1967 I 37.*

62) *ENGEL, a.g.e., s. 229; CAVIN, a.g.e., s. 118.*

da devamına kasden sebebiyet verilmesidir»⁶³. Hilenin sebep olduğu irade sakatlığı, irade beyanında değil, iradenin oluşmasında meydana gelmektedir. İradenin oluşumundaki sakatlık, yani saik hatası, kasıtlı aldatma fiiliyle gerçekleşmektedir. Örneğin (A), (B)'ye gümüş kaplama bir takımı, gerçek gümüş, cam bir vazoyu, kristal bir vazo olarak tanıtip satmak istediği takdirde, hile sözkonusu olur. Bu durumda aldatılan kişinin iradesiyle irade beyanı birbirine uygundur⁶⁴.

BK. m. 28 anlamında hükümsüzlük sebebi olarak bir hilenin var olması için her şeyden önce aldatan tarafta, aldatma (hile) kasdı bulunmalıdır. Doktrin ve uygulamaya göre hilenin sözkonusu olması için muhtemel kasdın varlığı yeterlidir. Aldatan tarafın, karşı tarafı, yanlış beyan ve açıklamalarla sözleşmeyi yapmağa sevk etmeyi göze aldığı durumlarda buhtemel kast vardır. Sözleşme yapma kasdı dışındaki iddia ve övünmelerde hile sözkonusu olmaz⁶⁵. Aldatan tarafın karşı tarafa yönelik davranışı, olumlu bir davranış olabileceği gibi olumsuz hatta susma şeklindeki bir davranış tarzında da olabilir. Örneğin kullanılmış bir otomobil satın alan alıcıya, sormasına rağmen satıcının otomobilin daha önce kazaya uğradığını bildirmemesi⁶⁶, satıcının kullanılmış bir otomobili fabrikadan yeni çıkmış bir otomobil olduğunu ileri sürerek satması ya da vergiye tabi bir otomobilin vergiden muaf olduğunu ileri sürerek satması halinde⁶⁷ hile olarak nitelendirilebilecek durumlar sözkonusudur. Özellikle dürüstlük kuralına göre bilgi verilmesi gereken hususlarda susma da hile sayılır. Örneğin aldatan taraf (A), aldatılan taraf (B)'nin hatasını, onda esasen mevcut olan yanlış kanaati bildiği ve bu konuda aydınlatma ödevi olduğu halde, onu düzeltmediği, bu konuda onu aydınlatmadığı takdirde de hile fiili gerçekleşmiş olur⁶⁸. Susma suretiyle hileye bu şekilde sonuç bağlanması, hem satıcının satılanın ayıplarından sorumluluğunu ağırlaştıran bir husustur ve hem de tüketicinin bu bakımdan koruma görmesini sağlayacak bir hukukî araç niteliğindedir⁶⁹.

Hilenin hükümsüzlük sebebi olması için, aldatan tarafın hileli davranışı, aldanan tarafın sözleşmeyi yapma kararına etkili olmalıdır. Aldatılan taraf, yapmış olduğu sözleşmeyi, sözkonusu hile olmasaydı ya hiç yapmayacak ya da daha iyi şartlarla yapacak idiyse, bu şekilde aldatma ile aldanma arasında illiyet

63) OĞUZMAN, *Borçlar hukuku*, s. 81. Ayrıca bkz. ENGEL, *a.g.e.*, s. 239 vd.; von TUHR/PETER, s. 320; BUCHER, *a.g.e.*, s. 193; ESENER, *a.g.e.*, s. 145; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 599; SUNGURBEY, *a.g.e.*, c. 5, s. 442 vd.; OLGAÇ, *Gabin - hata - hile - ikrah*, s. 69 vd.; ÖZSUNAY, *Borçlar*, s. 115.

64) EREN, *a.g.e.*, c. 2, s. 54.

65) EREN, *a.g.e.*, c. 2, s. 56.

66) SELİÇİ, *Alman Federal Mahkemesinin 14 Ekim 1971 tarihli kararı*, s. 615-625.

67) EREN, *a.g.e.*, c. 2, s. 54.

68) EREN, *a.g.e.*, c. 2, s. 55.

69) Bu konuda bkz. GHESTIN, *a.g.e.*, s. 86 vd. ve dn. 69'da anılan eserler.

bağı gerçekleşmiş olur. *Eren*'in açıkladığı gibi «Aldatma fiili olmasaydı, aldatılan taraf akdi hiç yapmayacak idiyse, 'asli hile' (dolus causam dans); başka şartlarla veya daha iyi şartlarla yapacak idiyse, 'fer'i hile' (dolus incidens) söz-konusu olur. Meselâ yeni bir araba satın almak isteyen (A)'ya, (B), devrilmiş arabasını boyatarak yeni bir araba fiyatına, 10 milyon liraya satmıştır. A, arabanın devrilmiş olduğunu bilseydi, böyle bir akdi hiç yapmayacak idiyse, aslî hile; buna karşılık, B, onu aldatmasa ve A da gerçek durumu bilseydi, arabayı 5 milyona alacak idiyse, fer'i hile vardır. Her iki hile halinde de aldatılan akdi iptal edebilir»⁷⁰.

Hile, karşı âkit tarafından değil de üçüncü bir kişi tarafından yapılmış olabilir. Prensipler olarak üçüncü kişinin hilesi, sözleşmenin geçerliliğini etkilemez. Ancak üçüncü kişinin hilesini, karşı taraf sözleşmenin yapıldığı anda biliyor ya da bilmesi gerekiyorsa, aldatılan taraf sözleşmeyi hükümsüz kılabilir. Çünkü burada onun hileyi bilmesi, kendisinin susma yoluyla aldatma fiilini gerçekleştirmesi anlamına gelir⁷¹.

Bu şartların bulunması halinde, hileye maruz kalan taraf o sözleşmeyle bağlı olamaz. Ancak hileye maruz kalan hileyi öğrenmeden başlayarak bir yıl içinde akdi hükümsüz kılmak üzere -esaslı hatada olduğu gibi- bir beyanda bulunmazsa, sözleşme geçerli hale gelir⁷². Hileyi yapan âkit veya üçüncü kişi, sözleşme ister hile sebebiyle iptal edilmiş olsun, ister iptal edilmiş olmasın, hileye maruz kalanın bu yüzden uğradığı zararı tazmine mecburdur. Sözleşmeye icazet vermiş olma, tazminat istemekten feragat etme anlamına gelmez. Akidin kendi hilesinden veya yardımcılarının hilesinden sorumluluğu culpa in contrahendo, üçüncü kişinin hilesi ise haksız fiil esaslarına tâbi olur⁷³. Hileye maruz kalan kimse, kendi edimini ifa etmiş değilse, BK. m. 31'de düzenlenen bir yıllık hak düşümü süresi geçmiş olsa dahi BK. m. 60 f.3, ona, kendisine karşı açılacak ifa davasında hile def'inde bulunabilme imkânı tanımaktadır⁷⁴. Hile iddiası, her türlü delil ile ispatlanabilir ve bunu ispat yükü, hileye maruz kalan kişiye düşer⁷⁵. Hile sebebiyle iptal hakkının BK. m. 31'deki süreden başka bir üst süreye tâbi olmadığı şeklindeki düşünceye⁷⁶ katılmaktayız.

Alıcı da, bu hükümler çerçevesinde, satılanın ayıplarıyla ilişkin hile sebebiyle satım sözleşmesini hükümsüz kılma ve satıcıyı sorumlu tutma imkânına sahip olabilecektir.

70) *EREN, a.g.e., c. 2, s. 59. Bu konuda ayrıca bkz. GHESTIN, a.g.e., s. 99 vd..*

71) *EREN, a.g.e., s. 57.*

72) *Bkz. yukarıda 1, a, bb. (i).*

73) *OĞUZMAN, Borçlar hukuku, s. 84.*

74) *SUNGURBEY, a.g.e., c. 5, s. 495 vd..*

75) *SUNGURBEY, a.g.e., c. 5, s. 507.*

76) *OĞUZMAN, Borçlar hukuku, s. 90; OĞUZMAN, L'annulation d'un contrat à cause de dol, RSJ. 1963, s. 265 vd.; OĞUZMAN, a.g.m., İBD. 1953, sy. 4, s. 177.*

b. Satıcının hile hükümleri çerçevesindeki sorumluluğu ile ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun yarışması

Esaslı hatada olduğu gibi satıcının hile hükümleri çerçevesindeki sorumluluğu ile ayıp hükümleri çerçevesindeki sorumluluğu yarışabilir⁷⁷. Ancak doktrinde böyle bir yarışmanın varlığının teorik olarak kabul edilebileceği⁷⁸, yoksa bunun hiç bir pratik sonucunun bulunmayacağı ifade edilmektedir⁷⁹. Çünkü çalışmamızın ilgili bölümlerinde gösterildiği gibi satıcının hilesi durumunda, ayıba karşı tekeffül sorumluluğuna ilişkin sınırlamalar, hükümlerini kaybetmektedirler. Örneğin satıcının hilesi durumunda, BK. m. 207'deki kısa zamanaşımı süresi uygulama alanı bulmayacaktır; muayene ve ihbar külfetlerini yerine getirmemiş olsa bile, alıcı, ayıba karşı tekeffül hükümleri çerçevesinde satıcının sorumluluğu yoluna gidebilecektir; satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğunu kaldıran ya da sınırlandıran sözleşme hükümleri, satıcının hilesi durumunda geçersiz olacaktır; aynı şekilde hileli davranışta bulunan satıcının BK. m. 205 çerçevesindeki sorumluluğu, daha geniş kapsamlı olarak takdir olunacaktır; hayvan satımında, hileli davranışlarda bulunan satıcı, «tahriren kefalet etmemiş bile olsa» satılanın ayıplarından sorumlu olacaktır⁸⁰.

Ancak yine de alıcının, satıcıyı, ayıba karşı tekeffül hükümleri yanında hile hükümleri çerçevesinde de sorumlu tutabilme imkânına sahip olması, bazı durumlarda pratik sonuçlar getirebilir. Örneğin düşüncemize göre, alıcının hile hükümleri çerçevesinde satım sözleşmesini iptal hakkının bir üst sınırı yoktur⁸¹ ve o, dolayısıyla, BK. m. 125'de öngörülen genel zamanaşımı süresinin geçtiği durumlarda bile, menfaati gerektiriyorsa, satımı geçmişe etkili olarak hükümsüz kılabilir. Aynı şekilde hile hükümlerine dayanma, alıcıya, - onun ayıba karşı tekeffül hükümleri çerçevesinde bağımsız bir seçimlik hak olarak tazminat isteme hakkının bulunduğunu kabul etmeyen görüş açısından - ayıba karşı tekeffül hükümleriyle düzenlenmemiş bir imkânı vermektedir. Şöyle ki: Alıcı (hileye maruz kalan kişi), sözleşmeyi aynen muhafaza etmekle beraber hile sebebiyle uğradığı zararın giderilmesini satıcıdan isteyebilecektir (BK. m. 31 f.son)⁸². Fakat bizim kabul ettiğimiz görüşe göre, alıcının -ayıp durumunda- bir seçimlik hak olarak tazminat isteme hakkı vardır⁸³ ve bu sebeple onun hile hükümler-

77) OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 197 N. 5; BECKER, Art. 28 N. 16; GIGER, Vorb. Art. 197-210 N. 69; BGE 81 II 217.

78) STAUDER/STAUDER, a.g.m., s. 190 dn. 10.

79) STANISLAS, a.g.e., s. 184.

80) Ancak belirtilmelidir ki satıma ilişkin Borçlar Kanunu düzenlemesinde satıcının hilesine sonuç bağlandığı bu gibi durumlarda, satıcının hilesi kavramını, onun ağır hatta meslekî kusurunu kapsayacak şekilde yorumlamaktayız. Bu konuda özellikle bkz. yukarıda §2, VII ve §3, V.

81) Bkz. yukarıda dn. 76 ve ona ait metin.

82) Bkz. yukarıda a.

83) Bkz. yukarıda §4, V.

rine dayanması, ayıba karşı tekeffül hükümlerine nazaran bir avantaj sağlamaz.

IV. Satıcının satılanın ayıplarından borcun ifa edilmemesini (özellikle kötü ifayı) düzenleyen hükümler çerçevesinde sorumluluğu ve bu sorumluluk ile ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun yarışması sorunu

1. Satıcının satılanın ayıplarından borcun ifa edilmemesini (özellikle kötü ifayı) düzenleyen hükümler çerçevesinde sorumluluğu

BK. m. 96'ya göre «*alacaklı hakkını kısmen veya tamamen istifa edemediği takdirde borçlu kendisine hiç bir kusurun isnat edilemeyeceğini isbat etmedikçe bundan mütevellit zararı tazmine mecburdur*». Ancak bu hükmün, mehazı olan OR. Art. 97 Abs.1'in almanca metnine göre «borç hiç veya gereği ifa edilemezse...» (kann die Erfüllung der Verbindlichkeit überhaupt nicht oder nicht gehörig bewirkt werden ...) anlaşılması gereği vardır⁸⁴. Böylece borcun hiç ifa edilmemiş olması (*Nichterfüllung*) yanında borcun kötü ifa edilmiş olması (*Schlechterfüllung*) veya diğer bir ifade ile borcun gereği gibi ifa edilmiş olmaması da (*ungehörige Erfüllung*) hukukumuzda pozitif bir dayanak bulmuş olmaktadır⁸⁵.

Biz burada hangi durumların borcun ifa edilmemesi sayılabileceğini ve alıcının, satılanın ayıpları sebebiyle satıcıyı sorumlu tutmak için hangi ölçüde bu düzenlemeden yararlanabileceğini, çalışma konumuzu tamamlamak bakımından, doktrindeki ve uygulamadaki hâkim görüşler çerçevesinde ele alacağız; yoksa ifa etmeme kavramının, oldukça tartışmalı olan muhtevasını tesbit etmek, bu çalışmanın amacına dahil bir husus değildir⁸⁶.

a. Satıcının sorumlu olduğu sonraki imkânsızlık durumunun gerçekleşmesi

Satıcının, satım sözleşmesinin kendisini yükümlendirdiği satılanı teslim ve mülkiyetini geçirme borcunu, imkânsızlık sebebiyle yerine getirememesi ihtimali gerçekleşebilir. Böyle bir durumda satıcı, edimin sonraki objektif imkânsızlaşmasına kendi kusurlu davranışıyla sebep olduğu veya kendisinden sorumlu olduğu ifa yardımcısının davranışından ileri gelen imkânsızlaşmaya ilişkin durumlarda, bundan dolayı alıcının uğradığı zararı tazmin etmek zorunda olacaktır⁸⁷.

Bu çeşit sorumluluğun çalışma konumuz bakımından önemi şu şekilde açıklanabilir: Katıldığımız görüşe göre parça satımında, sözleşme şartlarına uygun

84) Bu konuda bkz. ATAAY/SUNGURBEY, a.g.e., m. 96'ya ilişkin açıklama.

85) Bu konuda bkz. ARAL, a.g.e., s. 46; İNAN, a.g.e., s. 479-480. OĞUZMAN, *Borçlar hukuku dersleri*, s. 111. Karş. GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, n. 1572 vd..

86) Bu konuda en yeni çalışma olarak bkz. ARAL, a.g.e., s. 44 vd..

87) Bu konuda bkz. ARAL, a.g.e., s. 47-48.

olmayan ayıplı bir satılanı ifa olarak teslim etme durumunda olan satıcının bu ifasını, alıcı kabul etmek zorunda değildir ve onun bu davranışı, alacaklı temerrüdüne düşmesine yolaçmaz⁸⁸. Böyle bir durumda edimin ayıpsız olarak ifa edilmesi, objektif olarak imkânsız bir hale gelmişse; alıcı, satıcıyı, BK. m. 96'ya göre sorumlu tutabilecektir. Örneğin alıcı (A), satıcı (S)'den Şimşek isimli bir yarış atı satın almıştır; ancak satıcı (S), binek atı olarak kullandığı bir sırada, atın ayağı burkulmuş ve bundan böyle o, iyi bir yarış atı olamayacak hale gelmiştir. Bu durum, satılanı ilişkin bir ayıptır ve hasarın alıcıya geçmesinden sonra gerçekleşmiştir. (S), kusurlu davranışıyla ayıba sebebiyet verdiği için, BK. m. 96'ya göre (A)'ya tazminat ödemekle yükümlüdür; yoksa ayıba karşı tekeffül hükümlerinin uygulanması imkânı yoktur. Alıcı, atı, ifa olarak teslim alsa bile, satıcıyı kötü ifa hükümlerine göre sorumlu tutabilecektir. Ancak atın ayağının burkulması olayı, sözleşmenin kurulmasından önce meydana gelmiş ve satıcı (S) de, bu durumu gizlemiş ise; alıcı (A), ya atı teslim almadan önce duruma vakıf olur ve atı teslim almayarak, (S)'ye, BK. m. 96 vd. hükümlerine göre başvurur ya da bu konuya ilişkin bir bilgisi olmaksızın atı teslim alır (satılanın ayıplı olduğunu bilerek fakat ayıplı teslimine ilişkin haklarını saklı tutarak teslim almasında da hüküm aynıdır) ve böylece satıcıyı ayıba karşı tekeffül hükümlerine göre sorumlu tutması mümkün hale gelir. Bu sonuncu ihtimalde, satıcının BK. m. 96 vd. hükümlerine göre sorumlu tutulup tutulamayacağı konusu, aşağıda ele alacağımız tartışmalı bir konudur⁸⁹.

b. Satıcının borçlu temerrüdüne düşmesi durumunun gerçekleşmesi

Bilindiği gibi temerrüt, ifası mümkün ve muaccel bir borcun, kanun veya taraflarca öngörülen zamanda yerine getirilmemesidir. Bu durumda ifa etmeme, borçlu için bir sorumluluk kaynağı teşkil etmektedir⁹⁰. Ancak alacaklının temerrüdü veya borçlunun ifadan kaçınmak için def'i hakkını (ödemezlik def'i) kullanması durumlarında, zamanında ifa etmeme, temerrüt sayılmaz. Edimin borçlu tarafından yerine getirilebilme imkânının bulunması, temerrüdü, sonraki imkânsızlıktan ayıran bir husustur. Temerrüt için, borçlunun kusurlu olması aranmaz; ancak alacaklının temerrüt sebebiyle tazminat talebinden, borçlu, temerrüde düşmede kusursuz olduğunu ispatlayarak kurtulabilir⁹¹. Katıldığımız görüşe göre, edim konusunun sübjektif imkânsızlığı durumlarında da temerrüt hükümleri uygulanmalıdır⁹².

88) Bu konuda bkz. yukarıda §2, II, 2, d, cc.

89) Bkz. aşağıda 2.

90) TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, a.g.e., c. 2, s. 1220 dn. 2.

91) Bu konuda bkz. ARAL, a.g.e., s. 50-51 ve orada anılan yazarlar.

92) Aynı anlamda bkz. ARAL, a.g.e., s. 50 ve dn. 24'de anılan yazarlar. Ticari satımda, BK. m. 187-188, satıcının temerrüdü bakımından özel bir düzenleme getirmektedir. Bu konu üzerinde durulmayacaktır.

Temerrüde düşen borçlu, para borçlarında temerrüt faizi ödemekle yükümlü olduğu gibi, karşılıklı sözleşmelerde alacaklının sözleşmeden dönme ve menfi zararın tazmin edilmesini isteme, ifa yerine tazminat isteme ya da borçlanılan edimin ifası ile birlikte gecikme tazminatı isteme gibi seçimlik haklarından birini kullanması ve kullanılan seçimlik hakkın muhtevasına göre borçluyu sorumlu tutması sözkonusu olur⁹³. Bu konular üzerinde burada durulmayacaktır.

Çalışma konumuz bakımından, alıcı da, kendisine ayıplı satılan teslim eden satıcının bu ifasını kabul etmeyerek, onu, bu borcunu ifa konusunda BK. m. 101 vd. hükümleri çerçevesinde sorumlu tutabilecektir. Bu suretle temerrüde düşürülen satıcı kazadan bile sorumlu olabilecek ve alıcı da, BK. m. 106 vd. hükümlerine göre seçimlik haklarından birini kullanabilecektir. Ancak kabul ettiğimiz görüşe göre, alıcı, satılanı bir kere teslim almışsa, artık BK. m. 101 vd. hükümlerine göre satıcıyı temerrüde düşürmesi sözkonusu olamayacak ve bundan böyle satıcının ayıp hükümleri çerçevesinde sorumluluğu durumu gerçekleşecektir⁹⁴. Ancak bu ihtimalde satıcının BK. m. 96 vd. hükümlerine göre alıcının zararlarından sorumlu tutulup tutulamayacağı sorunuyla karşılaşılacaktır⁹⁵.

Bunlardan ayrı olarak, kendisine ifa olarak ayıplı satılan teslim edilmek istenen alıcı, bu ifayı kabul etmemekle alacaklı temerrüdüne düşmeyeceği gibi; ayıplı ifa teklifinde bulunmak suretiyle, satıcı da, alıcıyı satım parasını ödeme borcunu ifade temerrüde düşüremeyecektir; çünkü bu sonuncu ihtimalde, alıcı, satıcıya karşı başarılı bir şekilde ödemezlik def'i savunmasında bulunabilecektir⁹⁶.

c. Satıcının satılanı teslim ve mülkiyeti geçirme borcunu gereği gibi ifa etmemesi (kötü ifa) durumunun gerçekleşmesi

Oğuzman'ın belirlediği gibi «borçlu borcunu ifa etmiş olmakla beraber, ifa gereği gibi yapılmış olmayabilir. Şüphesiz ki alacaklı, prensip itibarıyla borca uygun olmayan bir ifayı reddedebilir. Fakat ifanın kötülüğüne rağmen alacaklı ifayı red imkânına sahip olmayabilir veya red etmek istemiyebilir. Alacaklının gereği gibi yapılmayan bir ifayı kabul etmiş olması, mutlaka borçlunun sorumluluğuna dayanmaktan feragati anlamına da gelmez. Nihayet bazı hallerde ifa-

93) *Bu konulara ilişkin olarak bkz. von TUHR/ESCHER, a.g.e., §72, §73; ENGEL, a.g.e., s. 463 vd.; OĞUZMAN, Borçlar hukuku dersleri, s. 94 vd.; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, a.g.e., c. 2, s. 1219 vd.; TANDOĞAN, Türk mes'uliyet hukuku, s. 468 vd..*

94) *Bkz. yukarıda §2, II, 2, d, cc.*

95) *Bkz. aşağıda 2.*

96) *Bu konuda bkz. GHESTIN, a.g.e., s. 138 vd.; SALEILLES, a.g.e., s. 284 n. 205-206 (çev. M. VENTURA).*

nın kötülüğü ve alacaklıya zarar vermesi, ifadan sonra ortaya çıkabilir. İşte bütün bu hallerde borcun gereği gibi ifa edilmemesinden borçlunun sorumluluğu meselesi ortaya çıkar⁹⁷. Aynı şekilde «borcun kötü ifa edilmiş olduğu hallerin bazılarında temerrüt hükümleri cereyan ederse de, bir kısım kötü ifa hallerinin temerrüt veya imkânsızlık olarak vasıflandırılması mümkün değildir»⁹⁸. Örneğin borçlunun yaptığı ifanın edimde aranan vasfa uygun olmaması (ayıplı ifa); vasfa uygun olmayan edimin ifasının ayrıca alacaklıya bir zarar vermesi (satım konusu merdivenin çürük tahtadan yapılmış olması ve merdiveni teslim alan alıcının buna çıkarken, basamağın kırılması yüzünden düşüp yaralanması); bazı yan borçlara aykırı davranılmış olması (gönderilen eşyanın iyi ambalaja konulmaması yüzünden ıslanması) gibi hallerde temerrüt veya imkânsızlıktan söz edilemez⁹⁹.

Temerrüt ve imkânsızlık dışında kalan bu gibi durumlar için bir süre «sözleşmenin müspet (olumlu) ihlâli» (positive Vertragsverletzung) terimi kullanılmışsa da, bu terimin, ifanın gereği gibi yapılmadığı bütün durumları kapsayamayacağı haklı olarak ileri sürülmüştür. Çünkü borcun kötü ifası, yapılması gereken bir şeyin yapılmamış olmasından da ileri gelebilir. Örneğin teslim edilen bir makinenin işletilmesinde dikkat edilmesi gereken bir hususun açıklanması unutulduğu için makine işletilirken hasara uğrarsa, borcun kötü ifası, olumsuz (menfi) bir fiilden ileri gelmiş olur¹⁰⁰. O halde borcun müspet ihlâli hallerini de kapsayacak şekilde «borcun gereği gibi ifa edilmemiş olması» ya da «borcun kötü ifa edilmiş olması» deyimlerinin kullanılmasını tercih etme durumunda yız¹⁰¹.

BK. m. 96, yukarıda görüldüğü gibi, borçlunun sorumlu olduğu sonraki imkânsızlıkla borcun gereği gibi ifa edilmemesini aynı hükümlere tabi tutmuştur. Böylece borcunu kötü ifa eden borçlu da, kötü ifadan ileri gelen zararı, kusursuzluğunu ispat edemedikçe, alacaklıya karşı tazminle yükümlü olacaktır. Ancak borçlunun borca aykırı davranışında kusurlu olduğu karine olarak kabul edilmektedir¹⁰². Borca aykırı davranışlardan ileri gelen tazminat alacakları da, kural olarak BK. m. 125'de düzenlenen on yıllık zamanaşımına tabi olurlar¹⁰³.

97) OĞUZMAN, *Borçlar hukuku dersleri*, s. 110.

98) OĞUZMAN, *Borçlar hukuku dersleri*, s. 110.

99) OĞUZMAN, *Borçlar hukuku dersleri*, s. 111.

100) *Bu konuda bkz. OĞUZMAN, Borçlar hukuku dersleri*, s. 110-111; ARAL, *a.g.e.*, s. 88 vd.; TUNÇOMAĞ, *a.g.e.*, c. 1, s. 489; SCHWARZ, *E. Mardin'e Armağan*, s. 770; TANDOĞAN, *Türk mes'uliyet hukuku*, s. 401; TANDOĞAN, *Travaux*, s. 112-113; von TUHR/ESCHER, *a.g.e.*, §68, IV; OSER/SCHÖNENBERGER, *Kommentar, Vorb. Art. 197 N. 17*; ENGEL, s. 478 vd.; GUHL/MERZ/KUMMER, s. 216-217; CUENDET, s. 56; NEUENSCHWANDER, s. 46, 47.

101) *Aynı sonuç için bkz. OĞUZMAN, Borçlar hukuku dersleri*, s. 111.

102) *Bu konuda özellikle bkz. ENGEL, a.g.e.*, s. 480 vd..

103) *Bu konuda özellikle bkz. OĞUZMAN, Borçlar hukuku dersleri*, s. 125.

O halde ayıplı satılan teslim eden ve ayıba karşı tekeffül hükümleri çerçevesinde sorumlu tutulabilmesi imkânı mevcut olan satıcının, BK. m. 96 vd. hükümlerine göre de yarışmalı olarak sorumlu tutulup tutulamayacağına araştırılması gereği bulunmaktadır.

2. Satıcının borcun ifa edilmemesini (özellikle kötü ifayı) düzenleyen hükümler çerçevesindeki sorumluluğu ile ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun yarışması

Çalışmamızda belirlediğimiz ve benimsediğimiz görüşlere göre, alıcı, ayıplı satılanı teslim almadığı sürece, satılanın ayıplarından dolayı sadece borçlu temerrüdünü ya da borçlunun sorumlu olduğu sonraki imkânsızlığı düzenleyen hükümler çerçevesinde satıcıyı sorumlu tutabilecektir. Bu sorumluluğun esaslarını yukarıda ana hatlarıyla açıklamış olduk¹⁰⁴.

Alıcı, ayıplı satılanı, ayıbını bilmeden ya da bilebilecek durumda değilken teslim almışsa; satıcının bu ifası, bir taraftan BK. m. 194 vd. hükümleri çerçevesinde ayıplı ifa, diğer taraftan da BK. m. 96 vd. hükümlerine göre borcun gereği gibi ifa edilmemesi (yani kötü ifası) durumunu teşkil edecektir. İşte bu noktada, satıcının, ayrı esaslara tabi olan bu iki çeşit sorumluluğu arasında bir yarışma imkânının mevcut olup olmadığı, yani alıcının satıcıyı dilerse BK. m. 96 vd. hükümlerine göre dilerse de BK. m. 194 vd. hükümlerine göre sorumlu tutup tutamayacağı sorunu karşımıza çıkmaktadır.

Doktrinde savunulan bir görüşe göre, ayıplı ifa, münhasıran BK. m. 194 vd. hükümlerinin uygulama alanına giren bir hukukî durumdur. Ayıplı ifaya, BK. m. 96 vd. hükümlerinin uygulanacağını kabul etmek, bu özel düzenleme hükümlerini boşa çıkarmak olur. O halde BK. m. 194 vd. hükümlerle BK. m. 96 vd. hükümler arasında bir yarışmanın var olduğu iddiası ileri sürülemez¹⁰⁵.

Doktrinde savunulan bir diğer görüşe ve İsviçre Federal Mahkemesine göre, kötü ifadan sorumluluk (BK. m. 96 vd.) ile ayıplı ifadan sorumluluk (BK. m. 194 vd.) durumları birbiriyle yarışabilir. Ancak BK. m. 96 vd. hükümlerine göre tazminat istenebilmesi için, alıcının muayene ve ihbar külfetlerini yerine getirmesi lâzım geldiği gibi tazminat talepleri, her durumda ayıba karşı tekeffüle özgü kısa zamanaşımına tabi olacaktır¹⁰⁶.

104) *Bkz. yukarıda 1, a ve b.*

105) *BECKER, Kommentar, Art. 201 N. 27 ve Art. 210 N. 6; JAEGER, a.g.t., s. 74, s. 130 vd.; NEUENSCHWANDER, a.g.t., s. 40, s. 87 vd.; BAUR, a.g.t., s. 26, 69; SCHUBIGER, a.g.t., s. 108 vd.; KATZ, a.g.t., s. 148 vd.; CAVIN, a.g.e., s. 108-109, s. 110. OĞUZMAN'ın da, bu görüşü benimser şekilde bir ifade kullandığı görülmektedir (bkz. Borçlar hukuku dersleri, s. 111).*

106) *STANISLAS, a.g.e., s. 187; ENGEL, a.g.e., s. 479-480; BGE 17, 317; BGE 26 II 558; BGE 41 II 736; BGE 58 II 207; JdT 1933 I 155; BGE 63 II 401; JdT 1938, I 306; BGE 82 II 136; JdT 1957 I 105; BGE 77 II 243; JdT 1952 I 69; BGE 90 II 88; JdT 1964 I 550; BGE 96 II 115. Ayrıca bkz. ve karşı. BGE 110 II 239.*

Yargıtay'a ve doktrinde savunulan bir başka görüşe göre, alıcının, BK. m. 96 vd. hükümleri çerçevesinde tazminat isteyebilmesi, onun satılanı muayene ve ihbar külfetlerini yerine getirmesine ve ayıba karşı tekeffülden sorumluluğa ilişkin kısa zamanaşımı sürelerine tabi değildir. Çünkü bu şartlar, kusursuz sorumluluğunun kabul edilmesi suretiyle satıcı aleyhine bozulan dengeyi sağlamak için getirilmiştir. BK. m. 96 vd. hükümlerinin uygulanması için böyle bir zorunluluk mevcut değildir¹⁰⁷. Böylece her durumda BK. m. 96 vd. hükümler ile BK. m. 194 vd. hükümlerin yarışmalı olarak uygulanacağı kabul edilmiş olmaktadır.

Kocayusufoğlu ise, BK. m. 96 vd. hükümler ile BK. m. 194 vd. hükümlerin yarışamayacağını, fakat BK. m. 96 vd. hükümlerin, istisnai bazı durumlarda -ayıba karşı tekeffül hükümlerinin uygulama alanı bulamaması sebebiyle- uygulanacağını kabul etmektedir. Şöyle ki: «Ayıp hükümleri, muhteva itibarı ile, alıcıya genel ademi ifa hükümlerine nazaran daha geniş himaye tanıyan hükümlerdir. Bu açıdan alıcının menfaatleri korunmuştur. Buna karşı, bu hükümlerin uygulanması için zorunlu kılınan formaliteler (BK. 198'de düzenlenen muayene ve ayıp ihbarı) ve öngörülen kısa zamanaşımı süreleri satıcıyı korumakta, iş hayatının güvenliğini sağlar şekilde durumun bir an önce aydınlanıp sonuca bağlanmasını sağlamaktadırlar. Tarafların karşılıklı menfaatleri arasında bu yolda bir denge kurulduğu açıktır. (...), ihbar mükellefiyeti ve kısa zamanaşımı süresinde kendisini gösteren sınırlama, ayıp hükümlerinin genel olarak alıcıya bahsettikleri fevkalâde avantajlı durumun karşılığını teşkil etmektedir. Bu sınırlama sözkonusu ayrıcalığın mâkul hadler içinde kalması ve satıcının haklı menfaatlerinin de yeterince nazara alınması amacını gütmektedir. Bir yıllık zamanaşımı süresi geçtikten sonra meydana çıkan gizli ayıplarda, çoğunlukla birlikte, alıcının, BK. 207/I'deki açık hüküm icabı ayıp hükümlerinden yararlanamayacağı gibi, BK. 96 vd.na da dayanamayacağı kabul edilince, taraflar arasındaki denge çok ağır bir biçimde satıcı lehine ve alıcı aleyhine bozulmaktadır. Kanunun sistemi, alıcının menfaatlerini bu kadar açık olarak hiçe sayan bir sistem olamaz. Sırf bu ihtimale inhisar etmek üzere, BK. 207/I gereğince ayıp hükümlerine yararlanmak imkânını kaybeden alıcının, BK. 96 vd.da düzenlenen genel hükümlere başvurabilmesine cevaz vermek zorundayız. Genel hükümler (BK. 96 vd.) ile özel hükümler (BK. 194 vd.) arasında mevcut ilişkiler açısından, bizi, kural olarak, BK. 207/I'deki bir yıllık süre geçmeden anlaşılan ayıplarda satıcı lehine hüküm vermeğe ve bir yıllık süre kaçırılmışsa BK.

107) *Yarg. 13 HD.*, 4.4.1974 t.li, E. 1974/492 K. 1974/755 s.lı k. (YKD. 1975, sy. 2, s. 89-90); *Yarg. 13. HD.*, 16.3.1984 t.li, E. 1983/8918 K. 1984/2052 s.lı k. (YKD. 1984, s. 1406-1408; belirtmelidir ki TANDOĞAN da, bu kararı, bu şekilde yorumlamaktadır, bkz. a.g.e., c. 1/1, s. 204-205 dn. 130); GIGER, *Kommentar, Vorb.* 197-210 N. 26 vd.; OSER/SCHÖNENBERGER, *Kommentar, Art.* 197 N. 6; BURLET, a.g.t., s. 71; MENGHINI, a.g.t., s. 36; MERZ, a.g.m., s. 107; SEROZAN, a.g.e., s. 312; ARAL, a.g.e., s. 200-201.

96 vd.nın uygulanmasına engel olmağa götüren düşünceler; gizli ayıp BK. 207/I'de yazılı bir yıllık süre geçtikten sonra ortaya çıkmışsa, mutlak olarak himayeye muhtaç şekilde karşımızda duran alıcı lehine BK. 96 vd.nı açık tutmak sonucuna götürmelidir. Onun için, bundan böyle, daha geniş imkânlar tanıyan ayıp hükümlerinden, fakat sadece onlardan, yararlanamamak, BK. 207/I'in satıcı ile alıcının menfaatleri arasında bir denge kurmağa yönelmiş amacına tamamen uygun düşecektir»¹⁰⁸.

Düşüncemize göre, alıcı, satılanın ayıplarından dolayı her zaman bir seçimlik imkâna sahiptir: O, dilerse ayıba karşı tekeffül hükümlerine dilerse gereği gibi ifa etmeme hükümlerine göre satıcıyı sorumlu tutabilecektir. Bunun için de, her iki düzenlemenin gereklerini ayrı ayrı yerine getirmiş olmak yeterlidir; yani ayıba karşı tekeffül hükümlerine göre hareket etmek isteyen alıcı, örneğin satılanı muayene ve ayıplarını bildirme külfetlerini zamanında yerine getirmeli ve taleplerini de, BK. m. 207'de öngörülen zamanaşımı süresi içinde kullanmalıdır; halbuki BK. 96 vd. hükümlerine göre talepte bulunan alıcının, bu gibi zorunluluklara uyması gerekli değildir. *Kocayusuŕpaşaoğlu*'nun yukarıda açıklanan düşüncesine göre, ayıba karşı tekeffül hükümleri, alıcıya daha avantajlı bir durum sağladığı kabul edilmektedir; o halde buna bağlı olarak, alıcının, kendi yararına olan bu özel düzenleme hükümlerini tercih etmeyerek genel hükümler çerçevesinde hareket edebileceği de mümkün görülmelidir. Zaten Borçlar Kanunu hükümlerine göre satıcının hilesine verdiğimiz anlam çerçevesinde, satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğu ile ifa etmeme sebebiyle sorumluluğu, kapsam ve sonuçları itibarıyla birbirine oldukça yaklaşmaktadır.

Diğer taraftan Borçlar Kanununda hüküm bulunmadığı halde kötü ita çerçevesinde de, alacaklıya, kötü ifa sebebiyle sözleşmeden dönme yetkisi tanınmaktadır. Bu konuda, MK. m. 2'deki dürüstlük esasına dayanılarak, «bir tarafın akde aykırı bir harekette bulunduğu bütün hallerde, bu aykırılık sebebiyle diğer taraf akdi idame ettirmemekte haklı bulunduğu veya akdin idamesinde kendisinin menfaati kalmadığı takdirde, bu âkit vaziyete göre mâkable şâmil olarak fesih veyahut âti için feshi ihbar suretiyle akdi tek taraflı bozmak hakkını haizdir» şeklinde bir düşünce savunulmaktadır¹⁰⁹. Bu görüşü, aynı gerekçelerle, biz de paylaşmaktayız. Bu düşünce tarzından hareket edildiğinde karşımıza şu iki sonuç çıkmaktadır: Bir kere, yukarıda anılan *Kocayusuŕpaşaoğlu*'nun

108) *KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Hata kavramı, s. 81-82. ARAL, KOCAYUSUFPAŞAOĞLU'nun, aynı eserinin bir başka yerine atıfta bulunarak (Hata kavramı, s. 75-76 dn. 102), İsviçre Federal Mahkemesinin yukarıda açıklanan (bkz. yukarıda dn. 106 ve ona ait metin) görüşünü paylaştığı şeklinde bir açıklamada bulunmaktadır. Halbuki KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, ARAL'm atıfta bulunduğu yerde, bu konuya ilişkin hâkim fikri açıklamaktadır (bkz. ARAL, a.g.e., s. 200 dn. 35 ve ona ait metin).*

109) *SCHWARZ, E. Mardin'e Armağan, s. 786-787; ARAL, a.g.e., s. 205-206.*

görüşü kabul edildiğinde bile, alıcı, kısa zamanasını süreleri dışında ortaya çıkan satılana ilişkin ayıp sebebiyle de satım sözleşmesinden dönme imkânına sahip olabilecek ve böylece bu durumda alıcının satıcıya karşı sahip olduğu haklar bakımından, -satım parasının indirilmesi seçimlik hakkı dışında- bir fark kalmayacaktır. Diğer taraftan sözleşmeden dönme, genel hükümler çerçevesinde sadece karşılıklı sözleşmelerde borçlu temerrüdü durumunda, alacaklıya tanınmış bir seçimlik haktır; bu konuda, alacaklıya tanınan bir başka seçimlik hak da, ifadan vazgeçerek müspet zararın tazmin edilmesini isteyebilme imkânıdır. O halde aynı gerekçelerle kötü ifa ve dolayısıyla çalışma konumuz olan ayıplı ifa durumunda da, alıcı, satıcıya karşı bir seçimlik hak olarak ifadan vazgeçmek suretiyle müspet zararın (ifa menfaatinin) tazmin edilmesini isteyebilme lidir. Zaten çalışmamızın ilgili bölümünde bu yolda bir düşüncüyü benimsediğimizi açıklamıştık¹¹⁰.

Burada son olarak üzerinde durmamız gereken husus, satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğunu kaldıran ya da sınırlayan anlaşmaların, onun BK. m. 96 vd. hükümleri çerçevesindeki sorumluluğunun kapsamını ne oranda etkileyeceği sorunudur. İsviçre Federal Mahkemesi, açıkça ayıba karşı tekeffülü kaldıran şartın BK. m. 96 hükmüne göre tazminat istenebilmesi imkânını da ortadan kaldıracığını kabul etmiştir¹¹¹. Ancak yine Federal Mahkemeye göre, tekeffül sorumluluğunu kaldıran bir kayıt, sadece görünen, kolayca ortaya çıkarılabilecek ayıplar için geçerlidir; yoksa gizli ayıplar için geçerli değildir¹¹². Diğer taraftan satıcının hilesi durumunda, görünen ya da kolaylıkla ortaya çıkarılabilecek ayıplar için bile, tekeffül sorumluluğunu kaldıran ya da sınırlayan anlaşmaların geçersiz olması durumu sözkonusu olacaktır (BK. m. 196). Hatta BK. m. 196'ya getirdiğimiz yorum çerçevesinde, satıcının ağır kusuru, bazı durumlarda da mesleki kusuru, böyle bir anlaşmanın geçersiz olmasına yol açabilecektir¹¹³. İşte ancak bu sınırlar içinde kalan tekeffül borcunu kaldıran veya sınırlayan anlaşmalar, satıcının, BK. m. 96 çerçevesindeki sorumluluğunu da kaldıracak ya da aynı şekilde sınırlayacaktır.

V. Satıcının satılanın ayıplarından haksız fiil sorumluluğunu düzenleyen hükümler çerçevesinde (özellikle «imalâtçı» sıfatıyla) sorumluluğu ve bu sorumluluk ile ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun yarışması sorunu

110) *Bkz. yukarıda 1, b ve §4, VII.*

111) *BGE 107 II 161: JdT 1981 I 587.*

112) *10.5.1986 tarihli ATF., Sem. jud. 1986, s. 252. Aynı anlamda bir başka ATF. için bkz. Sem. jud. 1956, s. 457. Yine bkz. GIGER, Art. 199 N. 14.*

113) *Bkz. yukarıda §2, VII, 3, d.*

1. Satıcının satılanın ayıplarından haksız fiil sorumluluğunu düzenleyen hükümler çerçevesinde (özellikle «imalâtçı» sıfatıyla) sorumluluğu

a. Satıcının genel olarak haksız fiil sorumluluğu

Çalışmamızın ilgili yerlerinde, ayıplı bir satılanın teslim edilmesinin, bir kötü ifa durumu teşkil ettiğini, dolayısıyla ayıplı mal teslim eden satıcının akdî nitelikteki borçlarını ihlâl etmiş olacağını görmüştük¹¹⁴. Acaba ayıplı mal teslim edilmesi, BK. m. 41 f.1 anlamında bir haksız fiili oluşturacak ve dolayısıyla satıcının haksız fiil sorumluluğuna yolaçacak mıdır¹¹⁵? Bir kişinin haksız fiil sorumluluğunun gerçekleşmesi için, onun, hukuka aykırı bir fiil ile, kusurlu bir davranış sonucu bir başkasına zarar vermesi ve gerçekleşen bu zarar ile zarar verici fiil arasında uygun bir illiyet bağının bulunması gerekir¹¹⁶. Genellikle kabul edildiğine göre, zarar verici bir fiilin bu anlamda hukuka aykırı olması, hukuka uygunluk sebeplerinden birinin bulunmaması halinde, başkalarına zarar vermeyi yasaklayan ya da zararlı sonucu önlemek amacıyla belirli bir davranışı emreden hukuk kurallarına aykırı bir harekette bulunulmasını ifade etmektedir; diğer bir deyişle, kişilerin mal ve şahıs varlıklarını doğrudan doğruya veya dolaylı bir şekilde koruma amacını güden, yazılı ya da yazılı olmayan emredici davranış kurallarının ihlâline, hukuka aykırılık denir¹¹⁷. Bu durumda bir sözleşmenin ihlâl edilmesi (borca aykırılık) bir haliyle, BK. m. 41 anlamında bir haksız fiil teşkil etmeyecektir. Örneğin satıcının ayıplı mal teslim etmesi, kişilerin mal ya da şahıs varlıklarını koruma amacını güden bir davranış kuralını ihlâl etmekte ise, BK. m. 41 f.1 anlamında haksız fiil olarak nitelendirilecektir¹¹⁸. Böylece bozuk bir gıda maddesi satan ve teslim eden satıcı, bundan zehirlenen alıcıya karşı, hem satım sözleşmesinden doğan borcunu ihlâl etmiş hem de bir haksız fiil işlemiş olur¹¹⁹. Aynı şekilde satıcının teslim ettiği tehlikeli bir makinenin, ayıpları sebebiyle infilâk etmesi ve çok sayıda zarara sebebiyet vermesi durumunda, o (satıcı), başkalarına zarar verebilecek tehlikeli bir durum yaratan kimsenin zararın doğmasını önlemek için gerekli tedbirleri alma zorunda olduğunu ifade eden¹²⁰ yazılı olmayan bir hukuk kuralını ihlâl etmiş ve dolayısıyla haksız fiil işlemiştir¹²¹.

114) Özellikle bkz. yukarıda §1, III, 1, d ve 3.

115) Sorunun bu şekilde ortaya konması için bkz. STANISLAS, s. 188.

116) Bu konuda genel olarak bkz. EREN, a.g.e., c. 2, s. 152 vd.; TEKİNAY/AKMAN/BURCUO/LU/ALTOP, a.g.e., c. 1, s. 642 vd.; FEYZİOĞLU, a.g.e., Genel hükümler, c. 1, s. 455 vd.; İNAN, a.g.e., s. 264 vd.; TUNÇOMAĞ, a.g.e., c. 1, s. 430 vd.; Von TUHR/PETER, a.g.e., §46; ENGEL, a.g.e., s. 306 vd.

117) EREN, a.g.e., c. 2, s. 251 ve dn. 333'de anılan yazarlar.

118) STANISLAS, a.g.e., s. 188.

119) TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, a.g.e., c. 2, s. 1312.

120) Bu konuda bkz. EREN, a.g.e., c. 2, s. 255-256.

121) Aynı anlamda STANISLAS, a.g.e., s. 188.

Diğer taraftan, ayıplı bir malın kusurlu olarak teslim edilmesi durumunda, dolandırıcılıkta (TCK, m. 503), ticaret ve sanayie hile (ve fesat) karıştırmak cürümlerinde (özellikle TCK, m. 363), umumun sıhhatine, yenecek ve içilecek şeylere müteallik cürümlerde (özellikle TCK, m. 395, m. 396, m. 397, m. 398, m. 399) mevcut hukuka aykırılık, öncelikle BK, m. 41 anlamında bir haksız fiil sorumluluğunun gerçekleşmesine yolaçacaktır¹²². Yine İsviçre Federal Mahkemesi, gerçekte 14 ayar altın olduğu halde satıcı tarafından 18 ayar altın olduğu tekeffül ve temin edilen bir saatin satımında, satıcı, sadece satım sözleşmesini ihlâl etmiş değildir; o, bundan ayrı olarak, gerçek olmayan nitelikleri haiz kıymetli metal eşyayı ticaret konusu yapmayı yasaklayan alışveriş hayatındaki doğruluk esasını ihlâl ettiği için de bir haksız fiil işlemiştir¹²³.

Hatta bu konuda *Becker, Çağa* gibi yazarlar¹²⁴, bozuk (ayıplı) bir malın teslim edildiği her durumda, sadece bir sözleşmenin ihlâli değil, aynı zamanda hukuk düzeninin bir genel emrinin ihlâlinin bulunduğunu ileri sürmekte ve zarar görenin, sözleşmeye dayanan özel bir hukukî himayeye sahip olduğu için; genel, sözleşme dışı hukukî himayeden de yoksun olmaması gerektiği düşüncesini savunmaktadırlar. Ancak *Stanislas*, bu düşüncüyü kabul edilemeyecek kadar mutlak bulmakta ve bozuk (ayıplı) bir mal tesliminin, sadece bu durumuyla BK, m. 41 (OR, Art. 41) anlamında bir haksız fiil teşkil etmeyeceği yolunda bir düşünce açıklamaktadır¹²⁵. Düşüncemize göre de ayıplı bir mal tesliminin, bir haksız fiil teşkil edip etmediği hususu, her somut olayın özellikleri dikkate alınarak -yukarıda kısaca belirlenen- haksız fiil sorumluluğu şartlarını taşıyıp taşımadığının araştırılması suretiyle tespit edilmesi lâzımdır.

b. Satıcının «imalâtçı» (yapımcı) sıfatıyla sorumluluğu

Satım konusu malı imal eden kişi (imalâtçı), malın yapımındaki kusurlu davranışlarından dolayı, doğrudan satıcı olarak ya da bu malın ayıplarından sorumlu tutulan ara satıcının rücu talebi üzerine veya nihaî alıcının (tüketicinin) doğrudan talebi üzerine¹²⁶ sorumlu tutulabilecektir. Biz burada satıcının, satılanın aynı zamanda imalâtçı sıfatıyla sorumlu olduğu durumlar üzerinde kısaca duracağız; ancak burada tesbit edilen kurallar, malın imalâtçısının rücu talebi ya da nihaî alıcının doğrudan talebi üzerine sorumlu olduğu durumlarda da uygulama alanı bulacaktır.

122) Aynı anlamda bkz. GIGER, *Kommentar, Vorb. Art. 197-210 N. 54*; KATZ, *a.g.t.*, s. 151; STANISLAS, *a.g.e.*, s. 188.

123) BGE 67 II 132.

124) BECKER, *Kommentar, Vorb. Art. 41-60 N. 1*; ÇAĞA, *a.g.t.*, s. 166 ve 167.

125) STANISLAS, *a.g.e.*, s. 188 dn. 39.

126) Bkz. yukarıda §4, VIII.

«İmalâtçının» (yapımcının) sorumluluğu, çağımızın önemli ve önemi git-gide artan hukukî sorunlarından birisidir. Ancak biz burada sadece çalışma konumuzu tamamlamak ve böylece satıcının, satılanın imal edeni olduğu durumlarda da, bu sıfatla sorumlu olmasına ilişkin prensipler üzerinde duracağız.

Yapımcının sorumluluğu konusu, Türk doktrini olduğu kadar¹²⁷, Türk Yargıtayını da, çözümünün bulunması konusunda meşgul etmiş bir konudur.

Gerçekten doktrinde yapımcının sorumluluğuna ilişkin olarak sözleşme hukuku içinde çözümler¹²⁸ arandığı gibi haksız fiil (sözleşme dışı sorumluluk) hukuku içinde de çözümler arandığını görmekteyiz. Çalışmamızın ilgili yerinde belirlediğimiz gibi, biz, bu konuda esas itibarıyla yapımcının sorumluluğu konusunda sözleşme dışı sorumluluk hukuku kuralları çerçevesinde çözümler aranması gerektiği düşüncesindeyiz¹²⁹. Ancak bu düşüncede olanların da, yapımcının sorumluluğunu, bir kusursuz sorumluluk haline dönüştürmek için değişik fikirler ileri sürdükleri görülmektedir. Örneğin bazılarının göre BK. m. 55 hükmüyle düzenlenen sorumluluk haline ilişkin kuralların¹³⁰, bazılarının göre ise BK. m. 58'e göre tesbit olunacak prensiplerin, bu sorumluluk halinde uygulanması lâzımdır^{130a}. Ancak bizim kabul ettiğimiz görüşe göre, yapımcının sorumluluğu, BK. m. 41'e göre çözüme bağlanması gerekli bir sorumluluk halidir. *Öztaş*'ın belirlediği gibi «bugün imalâtçının sorumluluğu meselesinin hallinde, Borçlar Kanununun 41'inci maddesindeki kusur kavramının tehlikeyi uzaklaştırma prensibi gözönüne alınarak geniş yorumlanmasını ve ispat yükünün ters çevrilmesi prensibinin uygulanmasını teklif etmekteyiz»¹³¹. «Gelişen bilim ve teknik, mamûllerin imalât şekillerinde değişikliklere yol açmış ve mamûle ilişkin olarak ortaya çıkan zarar meselesinin de lege ferenda ele alınmasını zorunlu hale getirmiştir. De lege ferenda imalâtçının sorumluluğu tehlike sorumluluğu olmalıdır»¹³².

127) Bu konuda özellikle bkz. ÖZSUNAY, E., *Yapımcının sorumluluğuna ilişkin yeni gelişmeler*, s. 127-157; ÖZSUNAY, E., *Produktehaftpflicht*, s. 63-110; ÖZSUNAY, E., *Türk hukukunda gerçek bir boşluk: Yapımcının sorumluluğu*, s. 53-112; ÖZTAN, B., *İmalâtçının sorumluluğu*, Ankara 1982, özellikle 79 vd.; ÖKÇESİZ, H., *Die Haftung des Produzenten*, s. 98 vd.; ÖKÇESİZ, H., *Grundzüge der Produkthaftpflicht*, s. 134-141; KAPLAN, İ., *Türk ve İsviçre hukukunda imalâtçının sorumluluğu*, AD. 1977, sy. 1-2, s. 78 vd.. AET Hukuku içinde yapımcının sorumluluğunu düzenleyen en yeni düzenleme ve değerlendirilmesi konusunda bkz. TASCHNER, s. 15 vd..

128) Bu çözümler ve eleştirisi için bkz. ÖZTAN, a.g.e., s. 49 vd.. Ayrıca bkz. yukarıda §4, VIII, 3.

129) Bkz. yukarıda §4, VIII, 4.

130) Bu görüşlerin açıklanması için bkz. ÖZTAN, a.g.e., s. 189 vd..

130a) Bu görüşün açıklanması için bkz. ÖZTAN, a.g.e., s. 208-210.

131) ÖZTAN, a.g.e., s. 319.

132) ÖZTAN, a.g.e., s. 318.

Yargıtay ise, başlangıçta, imalâtçının sorumluluğunu, BK. m. 58'deki sorumluluk esasları içinde çözüme bağlar görünmüş ise de¹³³; daha sonraki tarihli kararlarında, bu esasın terk edilerek, sorunun, BK. m. 41'e göre çözümlendiğini görmekteyiz. Örneğin Yargıtay'ın bir kararına göre «(Bir) fabrikanın doğrudan doğruya imal veya monte ettiği bir mamul sebebiyle fabrikasyon hatasına müsteniden o malı alan herkese karşı sorumluluğunu kabul etmek iktiza eder. -Borçlar Kanununun 41. maddesi gereğince gerek kasden gerekse ihmâl ve teseyyüb yahut tedbirsizlik ile haksız bir suret de diğer bir kimseye zarar ikâ eden şahıs o zararın tazminine mecburdur. -Davalı A.Ş. umuma arzettiği malın imalinde, ihmâl ve teseyyübü sonucu mevcut hata sebebiyle haksız surette zarara uğrayanın bu zararını tazmin etmelidir. Buradaki haksızlık, objektif bir haksızlıktır. Davacı malı satın alırken, hangi fabrikanın o malı imâl ettiğini bilmekte ve bu bakımdan fabrikaya ve o mala karşı bir güven duymaktadır»¹³⁴. Yine bir başka kararda, «Davalı A.Ş. yapımçı sıfatıyla yasadan doğan (BK 41 vd) kusur sorumluluğuna sahiptir. Bu davalının imal ettiği malda saptanan yapım bozukluğu nedeniyle o malı alan herkese karşı sorumlu olacağının kabulü zorunludur. BK'nın 41. maddesi uyarınca kamuya sunduğu malın yapımında ihmâl ve kayıtsızlığı sonucu oluşan üretim hatası nedeniyle haksız biçimde zarara uğrayan kişilerin objektif nitelikli bu zararlarının yapımçı tarafından giderilmesi gerekir. -Bunun dışında davacı, malın davalı yapımçı A.Ş. tarafından üretildiğini bilecek ve ona güven duyarak satın almıştır. Bu nedenle yaratılan güvenden dolayı da davalı A.Ş. sorumluluğunun kabulü gerekir»¹³⁵ denilmektedir. Böylece Yargıtay'ın, yapımçının (imalâtçının) sorumluluğunu, BK. m. 41 hükmüne göre çözümlendiği ve dolayısıyla onun (yapımçının) üçüncü kişilerde yarattığı güveni¹³⁶, ayıplı mal imal etmek suretiyle ihlâl etmesi sebebiyle sorumlu tutulması gerektiği şeklinde bir sonuca vardığı görülmektedir. Üçüncü kişilerle bir sözleşme yapma girişimi olmaksızın, yapımçının, bu şekilde yarattığı güven sebebiyle sorumlu tutulmasını haksız fiil hükümlerine tabi tutan bu çözüm şeklini benimsemekte ve tutarlı bulmaktayız.

Satıcı da, satın konusu malın yapımçısı olduğu durumlarda, belirlenen bu kurallar çerçevesinde sorumlu tutulabilecektir.

133) Örnek olarak bkz. *Yarg. 4. HD.*, 31.1.1951 t.li ve E. 1198 K. 778 s.li k. (OĞUZMAN, *Pratik çalışmalar*, c. 2, s. 170; *TİK.* 1952, c. 5, n. 237).

134) *Yarg. 11. HD.*, 6.5.1974 t.li ve E.1974/1603 K. 1974/1537 s.li k. (YKD. 1976, s. 59-61). Aynı anlamda olmak üzere bkz. *Yarg. 4. HD.*, 5.7.1977 t.li ve E. 1977/2921 K. 1977/7745 s.li k. (YKD. 1978, s. 1801-1802); *Yarg. 4. HD.*, 2.12.1975 t.li ve E. 1976/2781 K. 10908 s.li k. (ÖKÇESİZ, a.g.t., s. 100-101); *Yarg. 4. HD.*, 24.12.1975 t.li ve E. 976/7177 K. 7899 s.li k. (ÖKÇESİZ, a.g.t., s. 101).

135) *Yarg. 11. HD.*, 20.9.1979 t.li ve E.79/3398 K. 79/4053 s.li k. (BATİDER. 1979, c. X, s. 515-518).

136) Bu konuda bkz. yukarıda §4, VIII, 3, c.

2. Satıcının haksız fiil (özellikle «imalâtçı» sıfatıyla) sorumluluğu ile ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun yarışması

Alicının, satılanın ayıpları sebebiyle zarara uğradığı durumlarda; satıcının, ona (alıcıya) karşı, hem ayıba karşı tekeffül hükümleri çerçevesinde hem de haksız fiil hükümleri çerçevesinde sorumluluğu gerçekleşmiş olacaktır. İşte böyle bir durumda alıcı, bu iki çeşit sorumluluğun herbirinin şartları tamamen gerçekleştiği için, kendi arzusuna göre, ister ayıba karşı tekeffül hükümlerine isterse haksız fiil hükümlerine göre hareket edebilecektir; kısaca böyle hallerde bir seçim imkânına sahip olmaktadır¹³⁷. Böylece borca aykırılık esasına dayanma imkânı varken haksız fiil sorumluluğuna da dayanılabileceği yolundaki doktrinin ve uygulamanın çoğunlukla benimsediği görüşü¹³⁸ benimsemiş olmalıyız. Ancak satılanın ayıplarından zarar gören alıcının, aynı zararı iki ayrı esasa dayanarak tazmin ettirme imkânı mevcut değildir. Doktrinde bazı yazarlar, alıcının, satıcının garanti sorumluluğu ile haksız fiil sorumluluğuna birlikte başvurabileceği durumların da gerçekleşebileceğini ileri sürmektedirler. Şöyle ki: Alıcı, satılanın ayıpları sebebiyle, tekeffül hükümlerine göre satıcıyı sorumlu tutmasından ayrı olarak, bir manevi zararının sözkonusu durumlarda BK. m. 47'ye ve çok ender de olsa BK. m. 49'a göre satıcıdan manevi tazminat talep edebilecektir¹³⁹. Ancak düşüncemize göre satıcının, ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun kapsamında, BK. m. 96'daki sorumluluğun özel bir uygulama alanı olan BK. m. 205 f.son hükmü dolayısıyla ve BK. m. 96'daki sorumluluğun kapsamı da, BK. m. 98 f.2'ye göre haksız fiil sorumluluğunu düzenleyen kurallara göre belirleneceği¹⁴⁰ için, alıcının satılanın ayıpları sebebiyle uğradığı manevi zararın tazmin edilmesi de bulunmaktadır. Böylece çeşitli sorumluluk durumlarının yarışmasında, kısmen bir esasa kısmen bir başka esasa dayanılmasına cevaz verilemeyeceği şeklindeki prensipten de ayrılmamış olmalıyız¹⁴¹.

Burada üzerinde durulması gereken bir başka konu da, alıcının, satıcının haksız fiil sorumluluğuna gidebilmesi için, ayıba karşı tekeffül hükümleri çerçevesinde kanun hükümlerinin kendisine yüklediği külfetleri yerine getirmiş ve taleplerini de kısa zamanasını süreleri içinde kullanmış olmasının gerekip gerekmediği sorunudur. Yargıtayımız, satıcının bu iki sorumluluğunun yarışacağını belirlediği (ayıba karşı tekeffül sorumluluğu ile «imalâtçı» sıfatıyla sorum-

137) Burada, çalışma konumuza dahil olmadığı için, genel anlamda akdi sorumlulukla haksız fiil sorumluluğunun yarışması konusu üzerinde durulmamacaktır. Bu konu hakkında bkz. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU, a.g.e., c. 2, s. 1313 ve dn 1a'da anılan eserler.

138) Bu görüş için bkz. ENGEL, a.g.e., s. 508 vd..

139) SCHUBIGER, a.g.t., s. 135; KATZ, a.g.t., s. 152; GIGER, Kommentar, Vorb. Art. 197-210 N. 58; STANISLAS, a.g.e., s. 189.

140) TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, a.g.e., c. 2, s. 1143 vd..

141) OĞUZMAN, Borçlar hukuku dersleri, s. 147.

luluk) bir kararında, haksız fiil sorumluluğuna gidilebilmesi için, alıcının, ka-
nun hükümlerine göre satılanı muayene ve ayıplarını ihbar külfetini yerine ge-
tirmiş olmasını aramamıştır¹⁴². İsviçre Federal Mahkemesinin ise, sorunu, bir
kararında olumlu yönde¹⁴³, bir başka kararında olumsuz yönde¹⁴⁴ çözdüğünü,
daha yeni tarihli bir kararında ise sorunu çözmeden bıraktığını¹⁴⁵ görmekteyiz.
Doktrinde azınlıkta kalan bir görüşe göre de, alıcının, satıcının haksız fiil so-
rumluluğuna gidebilmesi için, muayene ve ihbar külfetlerini zamanında yerine
getirmiş olmalıdır; aksi çözümün kabul edilmesi, hukukî güvenliği ve ticarî ha-
yatı zedeler. Bu görüşe göre, satılanı muayene ve ayıplarını ihbar külfetini za-
manında yerine getirmeyen alıcı, seçimlik olarak, satıcının haksız fiil sorumlu-
luğuna gidemeyecektir¹⁴⁶. Doktrinde hâkim görüşe göre ise, ayıpları ihbar kül-
fetini zamanında yerine getirmeyen alıcı da, satıcının haksız fiil sorumluluğuna
dayanabilir¹⁴⁷. Özellikle *Stanislas*'a göre, bu çözümün kabul edilmesi, hukukî gü-
venliği ve ticarî hayatı zedelemeyecektir. Çünkü, bir taraftan, satıcının kastının
gerçekleştiği durumlarda, BK. m. 198, m. 199 ve m. 207 (OR. Art. 201, Art. 202
ve Art. 210) hükümleri uygulama alanı bulamayacaktır; diğer taraftan da, hak-
sız fiil zamaşımı da, zararın öğrenilmesinden başlayarak bir yıl (BK. 60/OR.
Art. 60) ve dolayısıyla kısa bir zamaşımıdır. Aynı zamanda ayıba karşı tekef-
fül talepleriyle haksız fiil talepleri arasında, satılanın ayıplarından sorumluluk
konusunda bir özel kural - genel kural olma ilişkisi de mevcut değildir; bu iki
sorumluluk şekli tamamıyla birbirinden farklıdır ve BK. m. 198, m. 199 ve m.
207 hükümleri, sadece ayıba karşı tekeffüle ilişkin taleplerde uygulama alanı
bulacaktır. Böyle bir çözümün kabul edilmesi, hakkaniyete ve adalete de uy-
gun düşer. Ancak bu ihbar külfetini yerine getirmeden satıcının haksız fiil so-
rumluluğuna dayanan alıcı, satıcının haksız ve kusurlu bir davranışı sonucu sa-
tılanın ayıpları sebebiyle zarara uğradığını ispat etme durumundadır. Sonuç ola-
rak, alıcı ile satıcı arasında bir akdî ilişkinin bulunması, satıcının haksız fiil so-
rumluluğuna etkili olan bir husus değildir¹⁴⁸. Biz de, yukarıda incelediğimiz sa-
tıcının BK. m. 96 vd. hükümlerine göre sorumluluğu ile ayıba karşı tekeffül so-

142) Bkz. yukarıda dn. 135'de anılan Yargıtay kararı.

143) BGE 64 II 254; JdT 1939 I 42. Ancak aynı şekilde, Federal Mahkeme-
nin -yayınlanmamış olan- 3.11.1953 tarihli kararında da, hayvan satımında, BK.
m. 195'e göre (OR. Art. 198) yazılı tekeffül taahhüdü bulunmadığı halde, alıcı-
nın, BK. m. 41'e dayanan taleplerini kabul ettiği görülmektedir. Karar için bkz.
SCHUBIGER, a.g.t., s. 134 ve 137; STANISLAS, a.g.e., s. 189 ve dn. 44.

144) BGE 67 II 132.

145) BGE 90 II 86; JdT 1964 I 560.

146) SCHUBIGER, s. 138 vd.; OFTINGER, Bd. I, s. 485 dn. 35; ÇAĞA, s. 176-
177.

147) BECKER, Art. 41-61 N. 1; GIGER, Vorb. Art. 197-210 N. 57; MERZ, s.
107; GUHL/MERZ/KUMMER, s. 202 ve 340; PIOTET, a.g.e., s. 147; KATZ, s. 153;
NEUENSCHWANDER, s. 92; CUENDET, s. 217.

148) STANISLAS, a.g.e., s. 190-191.

rumluluğunun yarışmasına ilişkin olarak benimsediğimiz esaslar çerçevesinde; ayıpları bildirme külfetini yerine getirmeyen alıcının da, satıcıyı, haksız fiil hükümlerine göre sorumlu tutabileceği şeklindeki çoğunluk görüşünü benimsemekteyiz¹⁴⁹.

Son olarak belirtmelidir ki satıcının ayıba karşı tekeffül borcunun kaldırılmasına ya da sınırlandırılmasına ilişkin hükümler, onun (satıcının) haksız fiil sorumluluğu bakımından aynı sonucu meydana getirecektir. Bu durum, haksız fiil sorumluluğu ile akdî sorumluluktan birini tercih etme yetkisine sahip kişinin, bu yetkisini, karşı tarafın akdî sorumluluğunu ağırlaştırma vesilesi yapamayacağı şeklindeki kuralın¹⁵⁰ bir sonucudur. *Tekinay*'ın tesbit ettiği gibi, «davacının haksız fiil sorumluluğuna dayanması, davalıyı akitten doğan haklarından veya yetkilerinden yoksun bırakmak sonucunu veremez»^{151, 152}.

149) Bkz. yukarıda IV, 2.

150) Bu konuda bkz. AKMAN, a.g.t., s. 116 vd.; ERTEN, a.g.t., s. 138 vd.; TANDOĞAN, *Türk mes'uliyet hukuku*, s. 538; ÇAĞA, a.g.t., s. 188 vd., özellikle s. 206 vd.; OĞUZMAN, *Borçlar hukuku dersleri*, s. 148; ENGEL, a.g.e., s. 510.

151) TEKİNAY (/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP), a.g.e., c. 2, s. 1316.

152) Ayrıca belirtelim ki satıcının ve yapımcının farklı kişi olduğu durumlarda; alıcı, BK. m. 194 vd. hükümlerine göre satıcıyı, BK. m. 41 vd. hükümlerine göre de yapımcıyı sorumlu tutabilecektir. Burada alıcının, BK. m. 51 anlamında aynı zarardan farklı hukuki sebeplere dayanarak birden fazla kişinin (satıcının ve yapımcının) sorumlu olması sözkonusu olduğundan, dilerse satıcıyı dilerse yapımcıyı sorumlu tutma şeklinde seçimlik bir imkânı bulunmaktadır. Yargıtay kararlarında da, bu esasın benimsendiğini görmekteyiz (bkz. yukarıda dn. 134'de anılan kararlar). Doktrinde bir eksik teselsül hali olarak değerlendirilen bu sorun üzerinde daha fazla durmayacağız. Bu konuda bkz. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, a.g.e., c. 1, s. 940 vd..

S O N U Ç

Çalışmamızın ilgili bölümünde belirtildiği gibi, hukukumuzda çağdaş anlamda tüketicinin korunması zorunluluğu esas, 1982 tarihli Anayasamızda *tüketicilerin devletçe korunması ve aydınlatılması gerektiği* şeklinde ifade edilmiştir (m. 172)¹. Böylece Anayasamız, dolaylı da olsa, *tüketicilerin tüketim mal ve hizmetleri ile ilgili olarak aydınlatılma hakkına* sahip olduklarını kabul etmiş bulunmaktadır². İşte tüketicilerin özellikle koruma görmesi gereken ve aydınlatılma hakkına sahip olduğu hukukî ilişkilerin uygulama alanı ve kapsam yönünden en geniş olanını satım ilişkileri oluşturmaktadır. Biz de, çalışmamızda, bu sorunu göz önünde tutmak suretiyle mevzuatımızda mevcut satım hukukuna ilişkin kurallar çerçevesinde satıcının satılanın ayıplarından sorumluluğu konusunu incelemeğe gayret ettik.

Düşüncemize göre *çağdaş anlamda tüketicinin korunması*, bir hukukî bilinçlenme sorunudur ve bu sebeple, özellikle özel hukuk ilişkilerinde varlığını ve önemini kabul ettiren bu sorunun çözümü tekniklerini, idare hukuku, ceza hukuku gibi başka hukuk disiplinlerine kaydıran düşüncelere de katılmamaktayız. Elbette tüketicinin korunması sorunu bakımından idarî ve cezaî yaptırımların benimsenmesi, önemli bir aşamadır; ancak tek başına yeterli değildir. Zaten yukarıda sözünü ettiğimiz hukukî bilinçlenme olmadıkça, tüketici, yasa organı karşısında bir baskı grubu olma niteliğini kazanamayacak ve dolayısıyla tüketiciyi idarî-cezaî yaptırımlarla korumayı sağlayacak yasal tedbirler tamamlanamayacaktır. Nitekim -karşılaştırmalı hukuk açısından ender rastlanabilecek bir tutumla- Anayasamızda bir anayasa prensibi olarak tüketicinin korunması esası benimsenmiş olmasına rağmen; aradan bu sorun bakımından uzun sayılabilecek bir zaman geçtiği halde, her hangi bir yasal düzenleme getirilmemiş olması, vardığımız bu sonucun haklılığını doğrulamaktadır. Üstelik 1982 tarihli Anayasamızdan önce de bu sorunla ilgili çeşitli bilimsel ve yasal (öntasarı hazırlama gibi) hazırlıklar yapılmıştır. Böylece 1982 tarihli Anayasamızın düzenlemesiyle bu sorunun kısa bir zamanda yasal düzenlemeye kavuşacağı yolundaki düşünceler, hâlâ gerçekleşme imkânı bulamamış olmaktadır³. 1982 tarihli Anayasamızın getirdiği düzenlemenin, şimdilik tüketicinin korunması gerektiği yolundaki hukukî bilinçlenmeye tek katkısının, bu yolda faaliyetlerde

1) *Bkz. yukarıda GİRİŞ, II.*

2) *GÖLE, a.g.e., s. 205.*

3) *Nitekim GÖLE, AY. m. 172 ile ilgili olarak düşüncelerini şu şekilde açıklamaktaydı: «Bu düzenlemenin, çok kısa bir sürede, Türk hukukunda da tüketicinin korunması ile ilgili kanunların yürürlüğe girmesine yol açacağı muhakkaktır» (a.g.e., s. 1).*

bulunmak amacıyla bazı özel hukuk teşekküllerinin (dernek, vakıf gibi) kurulmasına ve kurulmuş olanların amaç ve çalışmalarını daha rahat bir ortamda kamuoyuna duyurma imkânına sahip olmalarına yol açması olduğu söylenebilecektir (m. 172 f.2). Diğer taraftan Türk Standartları Enstitüsü de, bir kamu kurumu olarak, kendi kuruluş kanunu ve diğer mevzuat hükümleri çerçevesinde dolaylı bir şekilde tüketiciyi koruma yönünde faaliyetlerde bulunmaktadır. Aynı şekilde ticaret ve sanayi odalarıyla bunların oluşturdukları birliklerin de, bu şekilde tüketiciye dolaylı koruma sağlayan faaliyetlerde bulunduğu görülmektedir⁴.

İşte biz bu monografi ile çağdaş anlamda tüketicinin korunması gerektiği yolundaki hukukî bilinçlenmeye bir katkıda bulunma çabasını göstermeğe çalıştık. Bunu yaparken bir taraftan satıcının satılanın ayıplarından sorumluluğu sorunu -genel anlamıyla- ele alındı ve bu soruna ilişkin olarak, özel ve genel hükümler çerçevesinde ne gibi çözümler getirilebileceği hususu incelendi; diğer taraftan da inceleme konusunun tüketiciyi koruma yönü vurgulanarak mevcut pozitif hükümler çerçevesinde bu açıdan ne gibi yorumlar getirilebileceği ve böylece tüketicinin mevcut pozitif düzenlemeye göre ne oranda koruma görebileceği gösterilmeğe çalışıldı. Şöyle ki :

1. Öncelikle satıcının ayıba karşı tekeffül borcunun, millî mevzuatlar ve doktrindeki görüşler çerçevesinde bir tanımı yapılmaya -daha doğrusu yapılan tanımlar gösterilmeğe- gayret edildi. Buna göre ayıba karşı tekeffül yükümlülüğünün, satıcının, alıcıya karşı, vaad edilen niteliklerin bulunmamasından ya da satılan şeyin değerini veya elverişliliğini öngörülen kullanma amacına göre önemli ölçüde azaltan ya da tamamen kaldıran ayıplarının bulunmasından sorumlu olması⁵ demek olduğu görüldü. Ancak bu konuya ilişkin yeni bir düzenleme olan Viyana Sözleşmesi'nin hükümlerinden de yararlanılarak, satıcının ayıba karşı tekeffül borcunun tanımının yapılmasının hukukî niteliğinin belirlenmesine bağlı olduğu sonucuna varıldı. Bu açıdan da satıcının satılanın ayıplarından ayıba karşı tekeffül hükümleri çerçevesinde sorumlu olmasının, bir kötü ifadan (gereği gibi ifa etmemeden) sorumluluk durumu olarak değerlendirilmesi gerektiği yolundaki düşüncüyü benimsedik. Satıcının ayıba karşı tekeffül borcunun hukukî niteliğine bağlı olarak, bu borcun genel anlamda özellikleri üzerinde duruldu; yine bu borcu düzenleyen kanun hükümlerinin uygulama alanı gösterilmeğe çalışıldı.

2. Çalışmamızda satıcının ayıba karşı tekeffülden sorumlu olmasının şartları, satıcının satılanı teslim ve mülkiyeti geçirme borcunu yerine getirmiş olması, satıcının ifa muamelesine konu olan satılanın ayıplı olması, satılanın ayıplarının önemli olması, satılanın ayıbının gizli olması, satılanın ayıbının en geç

4) *Bu konuda bkz. GÖLE, a.g.e., s. 2.*

5) *Bu tanım için özel olarak bkz. KELLER/LÖRTSCHER, a.g.e., s. 68.*

sözleşmede hasarın alıcıya geçmesi ânında mevcut olması, ayıba karşı tekeffül-den sorumluluk şartlarının sözleşme ile değiştirilmesi imkânı konuları çerçevesinde açıklandı. Bu şartların ele alındığı çalışmamızın ilgili bölümlerinde, satıcının ayıba karşı tekeffül borcunun kapsamı, bu açılardan da belirlendi. Örneğin satılanın hangi tarzdaki teslimlerinin satıcının ayıba karşı tekeffül hükümleri çerçevesinde sorumluluğuna yolaçacağı hususu, satıcının satılanın teslimi ve mülkiyetini geçirmesi borcunu yerine getirmesi konusu incelenirken gösterildi. Meselâ bu açıdan aliud tesliminin satıcının ayıba karşı tekeffülden sorumluluğunu gerçekleştiremeyeceği, bu durumda satıcının borcun hiç ifa edilmemesi sebebiyle genel hükümler çerçevesinde sorumlu olacağı görüldü. Ancak bu sonucun parça satımında ve çeşit satımında hangi ölçüde kabul edilebileceği sorununun beraberinde çok değişik görüşlerin ileri sürülmesine yol açtığı görüldü. Bu ve benzeri konularla ilgili olarak çalışmamızın ilgili yerlerinde gerekli olduğu ölçüde düşüncelerimizi açıklama imkânı bulduk⁶. Burada ayrıca tekrar etmeyeceğiz.

Özellikle satıcının sorumlu olduğu satılana ilişkin ayıpların kapsamı belirlenirken ve satıcının satılanın ayıplarından sorumluluğunu daraltan ya da kaldıran sözleşme hükümlerinin geçerliliğinin tabi olduğu şartlar açıklanırken, mevcut pozitif hükümler çerçevesinde de tüketiciyi doğrudan korumağa yönelik bazı sonuçlara varılabileceği de, çalışmamız esnasında müşahede ettiğimiz bir başka hususu teşkil etmektedir.

3. Borçlar Kanunu hükümleri çerçevesinde satıcıyı ayıba karşı tekeffül hükümlerine göre satıcıyı sorumlu tutmak isteyen alıcının, yerine getirmesi gereken kanunî külfetleri ve yükümlülükleri de çalışmamızın bir başka bölümünde inceleme konusu yaptık. Borçlar Kanunumuzun düzenlenesi, lâfız olarak, sadece satılanı zamanında muayene eden ve bu suretle satılarda tespit ettiği ayıpları derhal satıcıya bildiren alıcıya, satıcıyı, ayıba karşı tekeffül hükümlerine göre sorumlu tutma imkânını vermektedir. Ancak satıcının hilesi durumunda, bu kanunî külfetleri zamanında yerine getirmeyen alıcı da, satıcıyı, ayıba karşı tekeffül düzenlemesi içinde sorumlu tutabilecektir. Çalışmamızda, satıcının ağır kusurunun ya da meslekten satıcı bakımından meslekî kusurunun gerçekleşmesi halinde de satıcının hilesiyle eş değerde bir hukukî durumun varlığı kabul edilmek suretiyle; alıcının, muayene ve ihbar külfetlerini yerine getirmediğinden dolayı, ayıba karşı tekeffül hükümleri çerçevesinde satıcıya karşı sahip olduğu hakları kaybetmeyeceği sonucuna vardık. Böylece hem Borçlar Kanununun bu düzenlemesine yöneltile eleştirileri giderme yönünde bir hukukî çare, hem de tüketiciyi korumaya yönelik bir yorum getirmiş olduk⁷. Aynı şekilde bu konu-

6) *Bu konuda bkz. yukarıda §2.*

7) *Bkz. yukarıda §3.*

nun, mesafe satımı, hayvan satımı, ticarî satım gibi bazı özel durumlarda taşıdığı özellikleri de inceleme imkânı bulduk.

4. Alıcı (dolayısıyla tüketici), yukarıda belirli düzenleme içinde, satıcıya karşı bir seçimlik hakka sahip olmaktadır. Çalışmamızda alıcının, bu seçimlik hakkının bir yenilik doğuran hak olduğunu ve yenilik doğuran muamele yoluyla kullanılabileceğini gördük. Ayrıca alıcının bu seçimlik hakkının özellikleri ve kullanılmasının tâbi olduğu süreyi inceledik. Bu açıdan tarafların sözleşme ile getirebilecekleri düzenlemelerin özellikleri üzerinde de durduk.

Borçlar Kanunu düzenlemesi içinde, alıcının, ayıba karşı tekeffülden sorumlu tutulma şartlarını gerçekleştiren satıcıya karşı, sözleşmeden dönme veya satım parasının indirilmesi şeklinde bir seçimlik hakka sahip olduğu ifade edilmekle beraber; burada *alıcının*, bu iki seçimlik haktan ayrı olarak, satılanın ayıpsız bir misliyle değiştirilmesi, satılanın ayıplarının giderilmesi (onarılması), satılanın ayıpları sebebiyle tazminat isteme gibi başkaca seçimlik haklara da sahip olduğu ve bu sebeple alıcının seçimlik haklarının, durumun özelliklerine göre beşe kadar çıkabildiğini de müşahede ettik. Aynı şekilde tüketicinin korunması zorunluluğunun daha büyük bir önemde olmak üzere varlığını kabul ettirdiği zincirleme satışlarda, ayıba karşı tekeffülden alıcı lehine doğan hakların, ara satıcılar tarafından rücu yoluyla satılan şeyin ilk satıcısına (çoğunlukla imalâtçısına) kadar uzanan satış zinciri içinde kullanılabilmesi ile nihaî alıcının (tüketicinin), bu taleplerini doğrudan ilk satıcıya (imalâtçıya) iletmesi imkânlarına ilişkin sorunlar, çeşitli görüşler çerçevesinde çözümlenmeğe çalışıldı⁸.

5. Satılarda gerçekleşen ayıpların, görüşmede kusurdan, hata ve hile gibi irade sakatlıklarından, borcun hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesinden (kötü ifasından), haksız fiilden (özellikle imal olunan şeyden) sorumluluk gibi genel hükümler çerçevesinde de satıcının sorumluluğuna yol açabileceği ve genel hükümler çerçevesinde gerçekleşen bu sorumluluk durumlarının, ayıba karşı tekeffül sebebiyle sorumlulukla yarışmalı olarak gerçekleşebileceği konuları da, çalışmamızda üzerinde durduğumuz konulardan bir başkasını oluşturmaktadır⁹.

Sonuç olarak diyebiliriz ki gerek uygulamada gerekse doktrinde, tüketicinin mevcut pozitif hükümler çerçevesinde ne ölçüde koruma göreceğinin mevcut gelişmelere göre tespit edilmesi lâzımdır. Biz de, satım ilişkileri açısından, böyle bir tespit yapmağa çalıştık.

8) *Bkz. yukarıda §4.*

9) *Bkz. yukarıda §5.*

B İ B L İ Y O G R A F Y A

- ACEMOĞLU, K. : «Aliud» ve Federal Mahkemenin «aliud» konusundaki tutumu üzerine, MHAD. 1972, sy. 9, s. 19-29.
- ACEMOĞLU, K. : Satıldaki bozukluklar hangi süreler içinde dava edilebilirler?, İBD. 1973, sy 1-2, s. 24-36 (karar tahlili).
- AKINTÜRK, T. : Satım akdinde hasarın intikali, Ankara 1966.
- AKMAN, S. : Sorumsuzluk anlaşması, doktora tezi, İstanbul 1976.
- AKÜNAL, T. : İsviçre Federal Mahkemesinin satıcının ayıptan doğan sorumluluğu ve onarım garantisine ilişkin 25 Mayıs 1966 tarihli kararı, MHAD. 1973, sy. 10, s. 243-250.
- AKÜNAL, T. : Satıcının «onarım garantisi», İÜHF, c. XXXVIII, sy. 1-4, s. 547-570.
- AKYOL, Ş. : Medeni hukukla ilgili İsviçre Federal Mahkemesi kararları (BGE 38 II - BGE 47 II), İstanbul 1980.
- ALTUĞ, Y. : Satıcının ayıplı mal tesliminin hukukî sonuçları (Mukayeseli etüd), İTİD. 1969, sy. 27, s. 3-9.
- AMAUDRUZ, M. : 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 (Etude de droit comparé), th. Lausanne 1968.
- ANCEL, P. : La garantie conventionnelle des vices cachés dans les conditions générales de vente en matière mobilière, Rev. trim. dr. comm. 1979, s. 203-229.
- ANTAKİ, N. N. : Les défauts des conformités et les vices cachés en Droit québécois, in Les ventes internationales de marchandises, s. 340-368.
- ARAL, F. : Türk borçlar hukukuna göre kötü ifa, daktilo basım, Ankara 1985.
- ARAL, V. : Hukuk ve hukuk bilimi üzerine, 2. bası, İstanbul 1975.
- AREF, A. : De la théorie générale de la garantie pour vices cachés, à l'exclusion de la vente et échange d'animaux domestiques, th. Paris 1936.
- ARSEBÜK, E. : Borçlar hukuku, c. 1, 3. bası, Ankara 1950; c. 2, 2. bası, İstanbul 1943.
- ARSLANLI, H. : Ticari bey', 3. bası, İstanbul 1952; 4. bası, İstanbul 1955.
- ATAAY, A. : Borçlar hukukunun genel teorisi, 1. yarım, 3. bası, İstanbul 1981; 4. bası, İstanbul 1986.
- ATAAY, A./SUNGURBEY, İ. : Açıklamalı Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu, 3. bası, İstanbul 1968.
- AVUSTURYA ve TÜRKİYE'DE TÜKETİCİNİN KORUNMASI (1984) : Avusturya-Türk Hukuk Haftası I (13-15 Nisan 1982, İstanbul), Avusturya ve Türkiye'de Tüketicinin Korunması. Verbraucherschutz in Österreich und in der Türkei, İstanbul 1984.
- BALDI, P. : Über die Gewährleistungspflicht des Verkäufers von Aktien, insbesondere beim Verkauf aller Aktien einer Gesellschaft, Diss., Zürich 1975.

- BAUR, K. : Minderung und Wandelung beim Kauf nach schweizerischem Obligationenrecht, Diss., Hamburg 1928.
- BECKER, H. : Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Bd. VI: Obligationenrecht, 1. Abt.: Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183, 2. Aufl., Bern 1941; 2. Abt.: Art. 184-551, 1. Aufl., Bern 1934.
- BECKER, H. : İsviçre Medeni Kanunu Şerhi, VI. cilt (Borçlar Kanunu), 1. Kısım (Genel hükümler), Fas. 1 (İBK. 1/36-TBK. 1/36), Ankara 1967 (çev. B. OLCAY); Fas. 2 (İBK. 37-63-TBK. 37-62), Ankara 1968 (çev. K. REİSOĞLU); Fas. 3 (İBK. 64/103-TBK. 63-102), Ankara 1969 (çev. O. TULUN); Fas. 4 (İBK. 104/150-TBK. 103-148), Ankara 1972 (çev. S. ÖZKÖK); Fas. 5 (İBK. 151/183-TBK. 149-181), Ankara 1973 (çev. O. TULUN).
- BERKİ, A. H. : Açıklamalı Mecelle (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye), 2. baskı, İstanbul 1979.
- BERKİ, Ş. : Borçlar hukuku (Özel hükümler), Ankara 1973.
- BİLGE, N. : Borçlar hukuku (Özel borç münasebetleri), Ankara 1971.
- BİLMEN, Ö. N. : Hukuk-ı İslâmiyye ve Istılahat-ı Fıkhiyye Kamusu, c. 6, İstanbul (baskı tarihi yok).
- BİRSEN, K. : Borçlar hukuku dersleri, 4. bası, İstanbul 1967.
- BLOCH, K. : Zur Frage der Schlachtlieferung und Falschlieferung beim Kauf, SJZ, 1957 (53), s. 209 vd..
- BORYSEWICZ, M. : Les règles protectrices du consommateur et le Droit commun des contrats (Réflexions à propos de la Loi n. 78-23 du 10 janvier 1978 sur La protection et l'information des consommateurs de produits et de services), Etudes offertes à P. Kayser, t. 1, Aix-en-Marseille 1979, s. 91-126.
- BUCHER, E. : Der benachteiligte Käufer, SJZ. 1971 (67), s. 1 vd..
- BUCHER, E. : Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1979.
- BUCHER, E. : Skriptum zum Obligationenrecht (Besonderer Teil), 2. erweit. Aufl., Zürich 1983.
- BURLET, F. : Die Sachmängelwährleistung und ihrer Verhältnis zu den Bestimmungen über Nichterfüllung und Irrtum, Diss., Zürich 1949.
- BÜHLER, T. : Zur sog. Alternative Gewährleistung - Irrtum im Kaufrecht, SJZ. 1978 (74), s. 1 vd .
- CAPITANT, H. : De la cause des obligations (contrats, engagements unilatéraux, legs), 3. éd., Paris 1927.
- CARBONNIER, J. : Obs. sur «Cass. comm., 11.6.1954», Rev. trim. dr. civ. 1955, s. 128.
- CARMET, O. : Réflexions sur les clauses abusives au sens de la Loi n. 78-23 du 10 janvier 1978, Rev. trim. dr. comm. écon., n. 1, 1982 (35), s.1-31.
- CAVIN, P. : Considérations sur l'action en garantie des défauts de la chose vendue, Sem. jud. 1969 (91), s. 329 vd..
- CAVIN, P. : La vente - l'échange - la donation, in Traité de Droit privé suisse, vol. VII, t. I/1, Fribourg 1978.

- COMMENT, A. : Vente mobilière, Les obligations du vendeur-3, FJS. n. 221.
- CORNU, G. : Rapport sur la protection du consommateur et l'exécution du contrat en Droit français, in Trav. Ass. H. Capitant, t. 24, Paris 1975, s. 135 vd..
- COZIAN, M. : L'action directe, Paris 1969.
- CUENDET, J. : La faute contractuelle et ses effets, 2. éd., Berne 1970.
- CUENOD, B. : Délimitation du domaine de l'erreur dans les contrats en Droit suisse des obligations, th. Lausanne 1941.
- CYPRIAN, R. : Die aliud-Lieferung im schweizerischen Kaufrecht, Diss., St. Gallen 1981.
- ÇAĞA, M. T. : Konkurrenz deliktischer und vertraglicher Ersatzansprüche nach deutschem und schweizerischem Recht unter Berücksichtigung des gemeinen Rechts, Diss., Zürich 1939.
- DALAMANLI, L. : Borçlar Kanunu şerhi, c. 1-2, Ankara 1977.
- DE BERNON : Les vices réhibitoires ou cachés dans les différents contrats en Droit romain et en Droit français, th. Paris 1887.
- DEMOLOMBE : Cours de Code Napoléon, t. 2, 4. éd., Paris 1869.
- DESCHENEUX, H. : Le titre préliminaire du Code civil, Fribourg 1969.
- DOERIG, R. : Ersatz sogenannter «Mangelfolgeschäden» aus Kaufvertrag (Art. 208 OR), Diss., Zürich 1985.
- DOUCOULAUX FAVARD, C. : Conformité et garanties dans les ventes internationales d'objets mobiliers corporels. Problème de Droit italien, in Les ventes internationales de marchandises, s. 298-311.
- DURAL, M. : Borçlunun sorumlu olmadığı imkânsızlık, İstanbul 1976.
- EDİS, S. : Medeni hukuka giriş ve başlangıç hükümleri, Ankara 1979; 2. bası, Ankara 1983.
- EDİS, S. : Satım - Ayıba karşı tekeffül - Akitten doğan garanti-Satımın feshi - Federal Mahkeme kararı, ABD. 1966, s. 1036-1040 (karar çevirisi).
- EDİS, S. : Türk-İsviçre borçlar hukuku sistemine göre akdin lüzumlu vasıfların-tora tezi, Ankara 1963.
- EDİS, S. : Türk-İsviçre borçlar hukuku sistemine göre akdin lüzumlu vasıflarında hata, doçentlik tezi, Ankara 1973.
- EGEMEN, E. ve ARKADAŞLARI : Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun on yıllık emsal kararları/1975-1984 (iki cilt birarada), Ankara 1985.
- ENGEL, P. : Traité des obligations en Droit suisse, Neuchâtel 1973.
- EREN, F. : Borçlar hukuku - Genel hükümler, c. 1, Ankara 1985; c. 2, Ankara 1986.
- ERTEN, A. : Türk sorumluluk hukukunda sorumsuzluk şartları, doktora tezi, Ankara 1977.

- ESENER, T. : Borçlar hukuku, I (Akitlerin kuruluşu ve geçerliliği), Ankara 1969.
- ESENER, T. : Eşya hukuku, Ankara 1985.
- FESTSCHRIFT GUHL : Vom Kauf nach schweizerischemrecht, Festschrift zum 70. Geburtstag von Prof. Dr. T. GUHL, Zürich 1950.
- FEYZİOĞLU, F. N. : Borçlar hukuku - Genel hükümler, c. 1-2, 2. bası, İstanbul 1976.
- FEYZİOĞLU, F. N. : Borçlar hukuku, İkinci kısım, c. 1, 4. bası, İstanbul 1980.
- FIKENTSCHEER, W. : Schuldrecht, 7. Neubearb. Aufl., Berlin 1985.
- FISCHER, W. : Der unmittelbare und der mittelbare Schaden im Kaufrecht, Diss., Zürich 1985.
- FRÜH, S. : Die rechtliche Bedeutung des Garantiescheins beim Kauf von Konsumgütern, Diss., Zürich 1982.
- FORRIERS, P. - A. : Garantie et conformité dans le droit belge de la vente, in Les ventes internationales, s. 198-222.
- FOURNIER, M. : La protection des parties dans la vente d'antiquités et d'objets d'art, th. Dijon 1936.
- FUBINI, R. : Nature juridique de la responsabilité du vendeur pour les vices cachés, Rev. trim. dr. civ. 1903, c. 2, s. 279-333.
- FUNK, F. : Commentaire du Code fédéral des obligations, trad. française par M. PORRET, Neuchâtel 1930.
- FURRER, R. : Beitrag zur Lehre der Gewährleistung im Vertragsrecht, Diss., Zürich 1973.
- GAUCH/SCHLUEP/TERCIER : Partie générale du Droit des obligations, t. 1-2, 2. éd., Zürich 1982
- GAUCH/SCHLUEP/JAEGGI : Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1-2, 3. Aufl., Zürich 1983.
- GEMALMAZ, M. S. : Tüketicinin korunması, İBD. 1983 (57), sy. 7-8-9, s. 329-362.
- GHESTIN, J. : Conformité et garanties dans la vente (Produits mobiliers), Paris 1983.
- GHESTIN, J. : La notion d'erreur dans le droit positif actuel, th. Paris 1963 (préf. J. BOULANGER) ; 2. éd., Paris 1971.
- GHESTIN, J. : L'utile et le juste dans les contrats, R.D.S. 1982, chr., s. 1-10.
- GHESTIN, J. : Harmonisation des Droits nationaux en matière de conformité et de garanties (Rapport de synthèse), in Les ventes internationales de marchandises, s. 369-387.
- GHESTIN, J. : Traité de Droit civil, t. II, Les obligations - Le contrat, Paris 1980.
- GIGER, H. : Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. VI: Obligationenrecht, 2. Abt.: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 1. Teilb.: Kauf, Tausch,

- Schenkung. Lieferung 1: Art. 184-188 OR, Bern 1973; Lieferung 2: Art. 189-210 OR, Bern 1977; Lieferung 3: Art. 211-215 OR, Bern 1979.
- GÖKTÜRK, H. A. : Borçlar hukuku, 1. kısım (Borçların umumi hükümleri), Ankara 1947; 2. kısım (Akdin muhtelif neveleri), Ankara 1951.
- GÖLE, C. : Ticaret hukuku açısından aldatıcı reklâmlara karşı tüketicinin korunması, Ankara 1983.
- GROSS : La notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats, th. Paris 1964.
- GUHL, T. : Die Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1930, II. Zivilrecht - Obligationenrecht, ZBJV. 1931 (67), s. 422-434.
- GUHL/MERZ/KUMMER : Das schweizerische Obligationenrecht, 7. Aufl., Zürich 1980.
- GÜRSOY/EREN/CANSEL : Türk eşya hukuku, 2. bası, Ankara 1984.
- GÜVENÇ, F. : Taşınmaz satımı akdinde satıcının ölçüm noksanlığı nedeniyle doğacak tazminat sorumluluğu, İBD. 1985, s. 135-137.
- HAGER, G. : Die Gefahrtragung beim Kauf - Eine rechtsvergleichende Untersuchung, Frankfurt am Main 1982.
- HEGETSCHWEILER : La vente à distance, th. Genève, Bienne 1960.
- HEIM, J. - F. : La réparation de la chose défectueuse dans la vente au détail, th. Lausanne 1972.
- HONDIUS, E. : Conformité et garantie en Droit néerlandais dans les ventes internationales d'objets mobiliers corporels, in Les ventes internationales de marchandises, s. 312-339.
- İNAN, A. N. : «Culpa in contrahendo», mukavele yaparken işlenen kusurdan dolayı mesuliyetin hukukî sebeplerini izah eden nazariyeler üzerinde mukayeseli bir çalışma, AD. 1954, sy. 7, s. 878-887; sy. 8, s. 999-1013.
- İNAN, A. N. : Borçlar hukuku - Genel hükümler, 2. bası, Ankara 1979; 3. bası, Ankara 1984.
- JAEGGER, T. : Die Haftung des Verkäufers für die Mängel der Fahrniskaufsache nach schweizerischem Obligationenrecht, Diss., Zürich 1911.
- JAEGGI, P. : Die Zusicherung von Eigenschaften der Kaufsache, in Fest. GUHL, s. 67-86.
- JUNOD, Ch. - A. : Inexécution des obligations - IIIa, FJS. n 535a.
- KALPSÜZ, T. : Ticarî satışta ifa mahalli, Ankara 1960.
- KANETİ, (KANİTİ), S. : Akdin ifa edilmediği def'i, İstanbul 1962.
- KANETİ, S. : Hukukî işlemlerin çevrilmesi (tahvili), İstanbul 1972.
- KANETİ, S. : İsviçre Federal Mahkemesinin borçlar hukuku kararları (1955-1964), c. 1-2, Ankara 1968.
- KANETİ, S. : Özel borç ilişkileri, teksir, İstanbul 1969.

- KAPLAN, İ. : Türk ve İsviçre hukukunda imalâtçının sorumluluğu, AD. 1977, sy. 1-2, s. 78 vd..
- KARAHASAN, M. R. : Eşya hukuku, c. 1, Ankara 1977.
- KARAYALÇIN, Y. : Satış akdinde «satıcı» ve «ifa yardımcısı», ayıplı mal, Me-seleler ve Görüşler, Ankara 1975, s. 15-19.
- KARAYALÇIN, Y. : Ticaret hukuku dersleri, c. 1, Giriş-Ticari işletme, 3. bası, An-kara 1968.
- KATZ, H. - P. : Sachmängel beim Kauf von Kunstgegenständen und Antiqui-täten, Diss., Zürich 1973.
- KELLER/LÖRTSCHER : Kaufrecht (Eine systematische Darstellung), 2. Aufl., Zü-richt 1986.
- KELLER/SCHÖBI : Das schweizerische Schuldrecht, Bd. I. Allgemeine Lehren des Vertragsrechts, Basel/Frankfurt 1982.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, N. : Borçlar hukuku dersleri (Genel hükümler), Fas. 1, tıpkı basım, İstanbul 1985.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, N. : Türk medeni hukukunda güven nazariyesi karşı-sında borç sözleşmelerinde hata kavramı, İstanbul 1968.
- KOYUNCUOĞLU, T. : Türk ve İsviçre hukukunda borcun yenilenmesi (teddit), doktora tezi, İstanbul 1972.
- KOYUNCUOĞLU, T. : Zarar görenin fiilinin nitelenmesi, MHAD. 1969 (3), sy. 4, s. 215-221.
- KUNTALP, E. : Ard arda teslimli satım akdi, Ankara 1968.
- KURU, B. : Hukuk Muhakemeleri Usulü, c. 1, 4. bası, Ankara 1979, c. 2, 4. bası, Ankara 1980; c. 3, 4. bası, Ankara 1982; c. 4, 4. bası, Ankara 1984; c. 5, An-kara 1986.
- LARENZ, K. : Lehrbuch des Schuldrecht, Bd. I: Allgemeiner Teil, 13. Aufl., München 1982; Bd. II: Besonderer Teil, 11. Aufl., München 1977.
- LAURENT, F. : Principes de Droit civil français, t. 24, 2. éd., Bruxelles 1877.
- LE TOURNEAU, Ph. : Conformité et garanties en Droit français de la vente, in Les ventes internationales, s. 232-289.
- LES VENTES INTERNATIONALES de MANCHANDISES : Les ventes internatio-nales de marchandises (Problèmes juridique d'actualité) - Colloque de la Fondation internationale pour l'enseignement du Droit des affaires (Faculté de Droit d'Aix-en-Provence, 7 et 8 mars 1980), Avant-Propos Y. GUYON, Pa-ris 1983.
- LÖRTSCHER, T. : Vertragliche Haftungsbeschränkungen im schweizerischen Ka-ufrecht, Diss., Zürich 1977.
- LÜTHI, R. : Die Rechtsnatur und Stellung der Sachgewährleistungspflicht beim Spezieskauf im System des schweizerischen Obligationenrechts, Diss., Bern 1955.

- MAGNIN, L. : Consurrence de l'action en garantie (art. 197 CO) avec l'action en nullité pour cause d'erreur (art. 24 al. ch. 4 CO), th. Fribourg 1932.
- MALINVAUD, Ph. : La responsabilité civile du vendeur à raison des vices de la chose, J.C.P. 1968, 1, 2153.
- MALAURIE, Ph. : Vente (Obligations du vendeur), in Dalloz Enc. jur. dr. civ, t. 7, Paris 1974 (2. éd.).
- MARTIN, A. : Le Code des obligations. Des contrats de droit civil, Lausanne-Genève 1922.
- MAURY : L'erreur sur la substance et la garantie des vices dans la vente mobilière, Rev. trim. dr. civ. 1967, s. 491 vd..
- MAZEAUD, H. - L. J./CHABAS, F. : Leçons de droit civil, t. 3, vol. 1, 6. éd., Obligations - Théorie générale, Paris 1978.
- MAZEAUD, H. - L. - J./DE JUGLART, M. : Leçons de droit civil, t. 3, vol. 2, Principaux contrats, 5. éd., Paris 1980.
- MENGHINI, E. : Die Zusicherung von Eigenschaften nach Art. 197 des schweizerischen Obligationenrechts, Diss., Fribourg 1949.
- MERZ, H. : Le contrôle judiciaire des conditions générales du contrat en Droit suisse, Sem. jud. 1975 (97), s. 193 vd..
- MERZ, H. : Sachgewährleistung und Irrtumsanfechtung, in Fest. GUHL, s. 87-108.
- MONIER, R. : La garantie contre les vices cachés dans la vente romaine, th. Paris 1930.
- NANA, G. - J. : La réparation des dommages causés par les vices d'une chose, th. Paris (Préf. J. GHESTIN).
- NEUENSCHWANDER, M. : Die Schlechterfüllung im schweizerischen Vertragsrecht, Zweite, unveränderte Aufl., Diss., Bern 1972.
- OFTINGER, K. : Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Zürich 1975.
- OĞUZMAN, M. K. : Akdin hile sebebiyle iptali azami bir müddetle tahdit edilmiş midir?, İBD. 1953, sy. 4, s. 177 vd..
- OĞUZMAN, M. K. : L'annulation d'un contrat à cause de dol est-elle limitée par un délai maximum?, RSJ. 1963, s. 265-269.
- OĞUZMAN, M. K. : Borçlar hukuku dersleri, 3. bası, İstanbul 1979; Borçlar hukuku dersleri, İstanbul 1987.
- OĞUZMAN, M. K. : Medeni hukuk pratik çalışmaları, c. 2, 4. bası, İstanbul 1982.
- OĞUZMAN, M. K. : Medeni hukuk dersleri, 5. bası, İstanbul 1985.
- OĞUZMAN/SELİÇİ : Eşya hukuku, 4. bası, İstanbul 1985.
- OERTMAN, P. : Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. II, Recht der Schuldverhältnisse, 5. Aufl., Berlin 1928/1929.

- OLGAÇ, S. : Hukuk davalarında gabin-hata-hile-ikrah (izahlar-içtihatlar), Olgaç yayınları, (baskı yeri ve yılı yok).
- OLGAÇ, S. : Kazai ve ilmi içtihatlarla Borçlar Kanunu, c. 1-4, 2. bası, Ankara 1976.
- OLGAÇ, S. : Satım akdinde satılanın ayıptan salim olmasını tekeffül, AD. 1961, sy. 7-8, s. 655-663.
- OLGAÇ, S. : Satış - trampa - bağışlama, Ankara 1977.
- OSER/SCHÖNENBERGER : Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V: Das Obligationenrecht, 1. Teil (Art. 1-183), 2. Aufl., Zürich 1929; 2. Teil (Art. 184-418), 2. Aufl., Zürich 1936.
- OSER/SCHÖNENBERGER : İsviçre Medeni Kanunu Şerhi, c. 5 (Borçlar hukuku), 1. kısım (İBK. m. 1-40/TBK. m. 1-40), Ankara 1947 (çev. R. SEÇKİN); 2. kısım (İBK. m. 41-109/TBK. m. 41-108), Ankara 1950 (çev. R. SEÇKİN); 3. kısım (İBK. m. 110-183/TBK. m. 109-181), Ankara 1955 (çev. F. AYİTER).
- OSER/SCHÖNENBERGER : İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi - Akdin muhtelif nevileri, Fas. 1 (İsviçre BK. 184/215 - Türk BK. 182/212), Ankara 1966 (çev. K. F. ARIK).
- ÖKÇESİZ, H. : Die Haftung der Produzenten gegenüber dem durch des Produkt geschädigten Konsumenten im geltenden Deliktsrecht der Länder: Schweiz, Türkei und Deutschland unter Berücksichtigung des schweizerisch-türkischen Vertragsrechts, Diss., Göttingen 1983.
- ÖKÇESİZ, H. : Grundzüge der Produkthaftpflicht in der Türkei, PHI. 1986/6, s. 134-141.
- ÖNEN, E. : İnşai dâva (İnşai hak - İnşai dâva - İnşai hüküm - İnşai tesir), Ankara 1981.
- ÖZ, M. T. : Borçlu temerrüdünde sözleşmeden dönmenin bu sözleşme gereğince kazanılmış aynı haklara etkisi ve klâsik dönme kuramı ile yeni dönme kuramının kısa bir karşılaştırmalı eleştirisi, MHAD. 1979-80-81 (16), s. 131-172.
- ÖZSUNAY, E. : Borçlar hukuku (I), 2. bası, İstanbul 1983.
- ÖZSUNAY, E. : Produktehaftpflicht, Produzentenhaftung im türkischen Recht, Probleme/Lösungen/Tendenzen, in «Die Verantwortlichkeit im Recht», Bd. I, Zürich 1981, s. 63-110.
- ÖZSUNAY, E. : Kartel hukuku, İstanbul 1985.
- ÖZSUNAY, E. : Türk hukukunda gerçek bir boşluk: «Yapımcının sorumluluğu (Amerikan ve Alman çözümleri ile Strasbourg Sözleşmesi ve AET «Yönerge Önerisi»nin ışığında Türk hukukuna ilişkin düşünceler ve «Oluşacak hukumuz»un yönlendirilmesine ilişkin öneriler), MHE Sorumluluk hukukunda yeni gelişmeler II. Sempozyumu (Ankara, 15-16 Aralık 1978), İstanbul 1981, s. 53-112.
- ÖZSUNAY, E. : Yapımcının sorumluluğuna ilişkin yeni gelişmeler, Yapımcının sorumluluğuna ilişkin Avrupa Sözleşmesi ve AET Yönerge Önerisi üzerine bazı düşünceler, AHAEM İkinci Avrupa Hukuku Haftası, 29-31 Mayıs 1978, İstanbul 1978, s. 127-157.

- ÖZSUNAY, E. : «Uluslararası Ticaret Hukuku Hakkında Birleşmiş Milletler Komisyonu» (UNCITRAL) tarafından hazırlanmış bulunan «Uluslararası taşı-
nır satımı sözleşmeleri hakkında Antlaşma Tasarısı» üzerine bir inceleme,
MHAD. 1978, (12), sy. 15, s. 7-22.
- ÖZTAN, B. : İmalâtçının sorumluluğu, Ankara 1982.
- ÖZTÜRK, O. : Osmanlı hukuk tarihinde Mecelle, İstanbul 1973.
- PALANDT/PUTZO : Bürgerliches Gesetzbuch, 43. Aufl., München 1984.
- PETITPIERRE, G. : L'acheteur - revendeur et la responsabilité de l'art. 208/II du
Code des obligations, in Mélanges H. Descheneaux, Fribourg 1977, s. 329 vd..
- PIOTET, P. : Annulation pour erreur de la vente d'un immeuble dont la surface
est différente de celle qu'indique le registre foncier, JdT 1981 I 545 vd..
- PIOTET, P. : Culpa in contrahendo et responsabilité précontractuelle en Droit
privé suisse, Berne 1963.
- PIOTET, P. : La culpa in contrahendo, SJZ. 1981 (77), s. 225-233, s. 241-247.
- PIOTET, P. : Nature et modalités de la responsabilité précontractuelle, RDS.
1975, s. 253-270.
- PIZZIO, J. - P. : L'introduction de la notion de consommateur en Droit français,
R.D.S. 1982, chr., s. 91-98.
- PLANIOL/RIPERT : Traité pratique de Droit civil français, t. 10, Paris 1954.
- POROY, R. : Le transfert des risques dans le contrat de vente dans les droits
suisse et anglais et dans le projet de la Loi internationale sur la vente de
l'Institut de Rome pour l'unification de Droit privé, Montreux 1950.
- POROY, R. : Ticari işletme hukuku, 4. bası, İstanbul 1984.
- POROY, R. : Tüketicinin korunmasına ilişkin bazı özel hukuk sorunları, H. Arslan-
lı'nın anısına Armağan, İstanbul 1978, s. 513-550.
- POTHIER : Oeuvres de Pothier contenant les traités du Droit français, t. 3, Traité
du contrat de vente et des retraites, nouv. éd. par DE DUPIN, Paris 1961.
- RADO, T. : Roma hukuku dersleri (Borçlar hukuku), İstanbul 1978.
- REİSOĞLU, S. : Borçlar hukuku - Genel hükümler, 6. bası, İstanbul 1986
- REİSOĞLU, S. : Garanti mukavelesi. Mahiyeti - unsurları - benzeri müesseseler-
den tefriki - hüküm ve neticeleri, Ankara 1963.
- RIPERT/BOULANGER/ESMEIN : Traité de Droit civil, d'après le Traité de PLA-
NIOL, t. 6 ve t. 10, Paris 1958.
- ROLAND : Observations sur la vente des véhicules d'occasion, D. 1959, s. 161 vd..
- ROSSEL, V. : Manuel du Droit fédéral des obligations, t. 1-2, Lausanne-Genève
1920.
- SALEILLES, R. : Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier
Projet du Code civil pour l'Empire allemand, 3. éd., Paris 1914.
- SALEILLES, R. : Alman Kanun-ı Medenininin Birinci Tasarısına göre borcun gen-
nel teorisi hakkında etüd, İstanbul 1949 (çev. M. VENTURA).
- SAYMEN/ELBİR : Türk borçlar hukuku - Umumi hükümler, c. I/1, İstanbul 1958;
c. I/2, İstanbul 1958.

- SCHENKER, O. : Die Zusicherung von Eigenschaften beim Kauf, Diss., Bern 1949.
- SCHNEIDER/FICK : Commentaire du Code fédéral des obligations du 30 mars 1911, adap. française par M.-E. PORRET, Neuchâtel 1915.
- SCHÖNENBERGER, W. : Alternative Anwendbarkeit der Irrtumsvorschriften (OR 24) und der Bestimmungen über Gewährleistung beim Kauf (OR 197), SJZ. 1944 (40), s. 305 vd..
- SCHÖNLE, H. : Remarques sur la responsabilité causale du vendeur selon les art. 195 al. 1 et 298 du CO, Sem. jud. 1977, s. 476 vd..
- SCHUBIGER, A. : Verhältnis der Sachgewährleistung zu den Folgen der Nichterfüllung oder nicht gehörigen Erfüllung, Diss., Bern 1957.
- SCHWARZ, A.B. : Asıl edimin yerini tutan bir şeyle ifade hukuki ayıptan sorumluluk, MHAD. 1970 (4), sy. 6, s. 119-132 (çev. S. S. TEKİNAY).
- SCHWARZ, A.B. : Borçlar hukuku dersleri, c. 1, İstanbul 1948 (çev. B. DAVRAN).
- SCHWARZ, A.B. : Türk borçlar hukukuna göre akdin ihlâli sebebiyle fesih, E. Mardin'e Armağan, İstanbul, s. 770 vd. (çev. B. DAVRAN).
- SCYBOZ/GILLIERON : Code civil suisse et Code des obligations annotés, 3. éd., Lausanne 1983.
- SELİÇİ, Ö. : Alman Federal Mahkemesinin 14 Ekim 1971 tarihli kararı (BGH 257, 137), Kazaya uğradığı belirtilmeden otomobil satışı - zarar - sözleşmenin iptali, MHAD., c. 8. sy. 11 (H.N. KUBALI'ya Armağan), s. 615-625 (karar çevirisi).
- SELİÇİ, Ö. : Borçlar Kanununa göre sözleşmeden doğan sürekli borç ilişkilerinin sona ermesi, İstanbul 1977.
- SELİÇİ, Ö. : Kesin vadeli işlemler, MHAD. 1968 (2), sy. 3, s. 92-107.
- SELİÇİ, Ö. : Özel hukukta mücbir sebep kavramı ve uygulanış tarzı, Sorumluluk hukukunda yeni gelişmeler III. Sempozyumu, İstanbul 1980, s. 61 vd..
- SEROZAN, R. : Edim yükümünden bağımsız borç ilişkisi, MHAD. 1968, sy. 3, s. 108 vd..
- SEROZAN, R. : Parça borcu - çeşit borcu: aşılması gerekli bir ayırım, MHAD. 1969 (3), sy. 5, s. 211 vd..
- SEROZAN, R. : Sözleşmeden dönme, İstanbul 1975.
- SIMONIUS, A. : Über den Ersatz des «aus dem Dahinfallen des Vertrages» erwachsenen Schadens, ZSR. 1918 (37), s. 226 vd..
- SIMONIUS, A. : Der Kauf als Mittel der Übertragung und der Verletzung des Eigentums, in Fest. GUHL, s. 41-66.
- STANISLAS, G. : Le droit de réolution dans le contrat de vente (Sanction de l'inexécution des obligations contractuelle - Etude de Droit suisse), Genève 1979.
- STARK, B. : Droit civil - Obligations, Paris 1972.
- STAUDER, B. : Conformité et garanties dans les ventes internationales d'objets corporels en Droit allemand, in Les ventes internationales de marchandises, s. 123-160.
- STAUDER, B. : Pacta sunt servanda et le droit de repentir des consommateurs, Sem. jud. 1982, s. 481-500.

- STAUDER, B./STAUDER, H. : Conformité et garanties dans les ventes internationales d'objets mobiliers corporels en Droit suisse, in Les ventes internationales, s. 161-197.
- STAUFFER, W. : Von der Zusicherung gemäss Art. 197 OR, ZBJV. 1944 (80). s. 145 vd..
- STAUDINGER/HONSELL: Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch. 12. Aufl., Zweites Buch, Berlin 1978.
- STAUDINGER/OSTLER : Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch, 11. Aufl., Berlin 1955.
- SUNGURBEY, İ. : Medeni hukuk sorunları, c. 1, İstanbul 1973; c. 5, İstanbul 1984.
- TANDOĞAN, H. : Borçlar hukuku - Özel borç ilişkileri, c. I/1,4. bası, Ankara 1985; c. I/2, 3. bası, Ankara 1985; c. 2, 2. bası, Ankara 1982.
- TANDOĞAN, H. : Kaçak otomobillerin müsaderesi konusu üzerine görüşler, BA-TİDER. 1982, c. 11, s. 159-165.
- TANDOĞAN, H. : Rapport sur les différentes catégories d'inexécution des obligations conventionnelles et les sanctions qui y sont attachées en Droit turco-suisse, Trav. Ass. H. Capitant, vol. XVII (1964), Paris 1968, s. 105-138.
- TANDOĞAN, H. : Tüketicilerin korunması ve sözleşme özgürlüğünün bu açıdan sınırlanması, Ankara 1977.
- TANDOĞAN, H. : Türk mes'uliyet hukuku. Ankara 1961.
- TANDOĞAN, H. : Üçüncü şahsın zararının tazmini, Ankara 1963.
- TASCHNER, H.C. : Produkthaftung - Richtlinie des Rates vom 25. Juli. 1985 zur Angleichung der Rechts - und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Haftung für Fehlerhafte Produkte (85/374/EWG), München 1986.
- TAŞKENT, S. : Satıcının ayıplı ifasına karşı alıcı yararına doğan haklar. İBD. 1974, s. 704-719.
- TEKİNALP, Ü. : Türk bankacılık uygulamasında genel işlem şartları, Prof. Dr. E. E. HIRSCH'in hâtırasına Armağan, Ankara 1986, s. 119-160.
- TEKİNAY, S.S. : Eşya hukuku, 4. bası, İstanbul 1984.
- TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP : Tekinay Borçlar Hukuku, c. 1-2,5. bası, İstanbul 1985.
- THIEFFRY, J. : La rédaction des conditions générales de vente, in Les ventes internationales de marchandises, s. 110-120.
- TUNÇOMAĞ, K. : Borçlar hukuku, c. 1, Genel hükümler, 6. bası, İstanbul 1976; c. 2, Özel borç ilişkileri, 3. bası, İstanbul 1977.
- TÜRKER, E. : Türk ve İngiliz hukukunda satıcının zapta karşı teminat borcu, Eskişehir 1974.
- TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASASI : Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Komisyon raporları ve madde gerekçeleri, Ankara 1983.
- TÜRK MEDENİ KANUNU ÖNTASARISI : 2467 sayılı Kanun hükümlerine göre Adalet Bakanlığınca kurulan Komisyon tarafından hazırlanan Türk Medeni Kanunu Öntasarısı ve gerekçesi, İstanbul 1984.

- ULUSAN, İ. : Culpa in contrahendo üstüne, Prof. Dr. Ü.Y. Doğanay'a Armağan, c. 1'den ayribasım, İstanbul 1982, s. 275-319.
- ULUSAN, İ. : İyiniyetli sebepsiz zenginleşenin iade borcunun sınırlanması sorunu, İstanbul 1984.
- UMUR, Z. : Roma hukuku lügati, İstanbul 1983.
- ÜSTÜNDAĞ, S. : Medeni yargılama hukuku, c. 1, 3. bası, İstanbul 1984.
- VELİDEDEOĞLU/ÖZDEMİR : Türk Borçlar Kanunu Şerhi (Genel - Özel), Ankara 1987 (Yargıtay Yayını No: 19).
- VINEY, G. : Traité de Droit civil, t. IV, Les obligations - La responsabilité, conditions, Paris 1982.
- von BÜREN, B. : Schweizerisches Obligationenrecht, Bd. I, Allgemeiner Teil, Zürich 1964; Bd. II, Besonderer Teil, Zürich 1972.
- von TUHR/ESCHER : Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Bd. II, Zürich 1974.
- von TUHR/PETER : Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I, Zürich 1979.
- von TUHR, A. : Borçlar hukukunun umumî kısmı, c. 1-2, Yargıtay yayını n. 15, Ankara 1983 (çev. C. EDEGE).
- WILL, M.R. : Conflits entre conditions générales de vente, in Les ventes internationales de marchandises, s. 99-109.
- WILLI : Schwährschaftsrecht, Diss., Fribourg, 1911.
- WINIGER, O. : Zusicherung und Haftung nach Art. 197 ff. Obligationenrecht, Diss., Bern 1952.
- WITSCHI, H. : Garantieklauseln und Garantiefrieten im Kauf - und Werkvertrag nach schweizerischem Recht, Diss. Bern 1950.
- YAVUZ, C. : Borçlar hukuku dersleri - Özel borç ilişkileri, c. 1, İstanbul 1986.
- YAVUZ, C. : Fransa'da ispat külfeti ile ilgili son içtihat gelişmeleri, Yargıtay D. 1983, sy. 1, s. 31-50.
- YAVUZ, C. : Medeni hukuka ve borçlar hukukuna ilişkin mahkeme kararları kroniği (I), İÜHFİM, c. II, sy. 1-4'den ayrı basım, İstanbul 1986, s. 55 1-626; Medeni hukuka ve borçlar hukukuna ilişkin mahkeme kararları kroniği (2), Hukuk Araştırmaları D. 1986 (1), sy. 1, s. 39-50.
- YAVUZ, C. : Tapusuz gayrimenkullerin devren kazanılması, Prof. Dr. Ü.Y. Doğanay'a Armağan c. 1'den Ayribasım, İstanbul 1982, s. 383-422.
- YAVUZ, C. : Türk-İsviçre ve Fransız medeni hukuklarında dolaylı temsil, doktora tezi, İstanbul 1983.
- YAZMAN, İ. : Ayıba karşı tekeffülden doğan zamanaşımına uğramış tazminat taleplerinin takası. - İsviçre Federal Mahkemesi 1. Hukuk Dairesi, ABD. 1966, s. 531-534 (çeviri).
- ZEVKLİLER, A. : Borçlar hukuku - Özel borç ilişkileri, 2. bası, Ankara 1984.
- ZEVKLİLER, A. : Kamulaştırma, satım sözleşmesinin özel bir çeşidi midir?, Prof. Dr. O.F. Berki'ye Armağan, Ankara 1977, s. 935 vd.