

BORÇLAR KANUNU VE CISG ÇERÇEVESİNDE HASARIN İNTİKALİ

Ar. Gör. Kübra Yetiş-Şamlı *

Giriş

Hasarın intikali meselesi satım sözleşmeleri bakımından büyük önem arz eden bir konudur. Roma hukukundan beri, gerek hasarın hangi anda alıcıya intikal edeceğinin tespiti, gerekse bu intikalin sonuçları üzerinde durulmaktadır. Özellikle günümüzde gittikçe karmaşıklaşan, çoğu kez uluslararası bir mahiyet arz eden satım ilişkileri bakımından, hasarın intikali meselesinin ihtiyaçlara uygun bir çözüme kavuşturulması gerekmektedir. Bu bağlamda değişik satım türlerinin özelliklerinin ve günümüz ticaret hayatının koşullarının dikkate alınması zaruridir.

Çalışmamızın amacı, bünyesinde pek çok problem barındıran hasarın intikali meselesini Borçlar Kanunu ve Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması'ndaki (CISG)¹ düzenlemeler çerçevesinde ele almaktır. Uluslararası bir mahiyet arz eden satım sözleşmeleri bakımından, ulusal mevzuatlardaki farklılıkların yaratacağı sıkıntıların aşılması ve bu çerçevede uluslararası satım hukukunun yeknesak kurallara bağlanması amacıyla 11.4.1980 tarihinde kabul edilen ve 1.1.1988'de yürürlüğe giren Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması'na (CISG) Türkiye bugün itibarıyla hâlen katılmamıştır. Ancak dünyada çok sayıda devletin, bu arada tüm Avrupa Birliği ülkelerinin antlaşmaya taraf olduğu düşünülürse,

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Deniz Hukuku Anabilim Dalı.
1 CISG'in Türkçe çevirisi ve İngilizce metni için bkz.: Yeşim ATAMER, *Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları*, Beta, İstanbul 2005, s. 491-535.

Türkiye'nin de er geç bu antlaşmaya katılacağı söylenebilir. Ayrıca tarafların seçtiği hukuk olarak ya da kanunlar ihtilafı kuralları gereğince antlaşmanın Türkiye'de de tatbiki söz konusu olabilecektir. Gerçekten de Türk kanunlar ihtilafı kuralları gereğince hukuku tatbik edilecek olan devlet antlaşmaya taraf ise, antlaşma, bu devletin hukuku olarak Türkiye'de de uygulanabilecektir. Bu nedenle CISG hükümlerinin incelenmesinde fayda vardır.

Çalışmamızda öncelikle genel olarak hasar ve hasarın intikali kavramlarına değinilmiş; daha sonra hasarın intikal ettiği an üzerinde durulmuştur. Konu öncelikle Borçlar Kanunu çerçevesinde incelenmiştir. Gerek Borçlar Kanunu sistematığının anlaşılabilmesi için gerekli olduğunu düşündüğümüzden, gerekse satım sözleşmeleri bakımından da uygulanması gündeme gelebileceğinden, ilk olarak bu konudaki genel düzenlemeyi teşkil eden BK m. 117 hükmü ele alınmıştır. Daha sonra hükmün, aynı maddenin 3. fıkrasında sözü edilen "kanundan doğan istisnaları"ndan birini teşkil eden ve konuyu satım sözleşmeleri bakımından özel olarak düzenleyen BK m. 183 hükmü incelenmiştir. Borçlar Kanunu Tasarısı'ndaki konuya ilişkin düzenlemeye de kısaca değinildikten sonra CISG'da hasarın intikal ettiği an ele alınmıştır. Öncelikle CISG'daki düzenleme hakkında genel bazı açıklamalar yapılmış; daha sonra değişik satım türleri bakımından hasarın hangi anda intikal ettiği incelenmiştir. Çalışmamızın son bölümünde hasarın intikalinin sonuçları, Borçlar Kanunu, Borçlar Kanunu Tasarısı ve CISG çerçevesinde ele alınmıştır. CISG bakımından sözleşmenin esaslı ihlali hâlinde durumun ne olacağına da aynı bölümde değinilmiştir.

I. Hasar ve Hasarın İntikali Kavramları

Hasar kavramının biri geniş, diğeri ise dar ve teknik olmak üzere iki anlamı bulunmaktadır. Geniş manada hasar, bir sözleşme ilişkisinin mevcut olup olmadığına bakılmaksızın, malın zayi olması yahut zarar görmesi, yani mala ilişkin hasar iken; bir sözleşme ilişkisinin mevcudiyeti hâlinde, dar ve teknik manada hasar söz konusu olmaktadır². Satım muameleleri çoğunlukla

² Cevdet YAVUZ, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, yenilenmiş 6. bs., Beta, İstanbul 2002, s. 53; Yeşim ATAMER, "Satım Sözleşmesinde Hasarın İntikali Anı: Hukuk Tarihi, Karşılaştırmalı Hukuk ve Milletlerarası Hukuk Açısından BK m. 183'ün Farklı Okunması Gereği", *Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan*, İstanbul 2000, s. 132; Turgut AKINTÜRK, *Satım*

karmaşık bir mahiyet arz etmekte ve sözleşmenin kurulması ile ifası arasında bir zaman aralığı bulunmaktadır³. Bu zaman aralığında malın kazaen zayi olması yahut hasar görmesi ihtimali mevcuttur. İşte çalışmamızın konusunu teşkil eden satım sözleşmeleri bakımından hasarın intikali meselesi ile kastedilen, sözleşmenin kurulması ile ifası, özellikle malın teslim edilmesi arasında geçen sürede, tarafların herhangi bir kusuru olmaksızın, kazaen malın zayi olması yahut zarara uğraması veya değerinin düşmesi rizikosunu kimin taşıyacağı meselesidir⁴. Bu noktada bir taraftan satıcının ne zamana kadar zayi olan veya zarar gören mal yerine yeni mal tedarik etmek zorunda olduğu (edim hasarı); diğer taraftan malın zayi olmasına yahut hasara uğramasına rağmen alıcının yine de semeni ödemek zorunda olup olmadığı (semen hasarı) sorularına cevap aranmaktadır⁵. Verilen

Akdiinde Hasarın İntikali, Sevinç, Ankara 1966, s. 22, 26; Feyzi N. FEYZİ-OĞLU, *Borçlar Hukuku: İkinci Kısım, Akdin Muhtelif Nevileri (Özel Borç İlişkileri)*, C. I, yenilenmiş ve gözden geçirilmiş 4. bs., İstanbul 1980, s. 203-204.

³ Bernd von HOFFMANN, "Passing of Risk in International Sales of Goods", <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/vonhoffmann.html>, N. I.1.

⁴ Haluk TANDOĞAN, *Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri*, C. I/1, tümü yeniden işlenmiş ve genişletilmiş 5. bs., Evrim, İstanbul 1988, s. 106; Halil AKKANAT, "Gefahrtragung beim internationalen Versendungskauf nach UN-Kaufrecht", *Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul*, Vol. 35 No. 52 2003, s. 269; ATAMER, *Satıcının Yükümlülükleri*, s. 259; Peter SCHLECHTRIEM/Ingeborg SCHWENZER (hrsg), *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht -CISG-*, 4. völlig neubearbeitete Auflage, Verlag C.H. Beck, München 2004, s. 635; Fahrettin ARAL, *Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri*, genişletilmiş 5. bs., Yetkin, Ankara 2003, s. 76; FEYZİOĞLU, s. 204; Annemieke ROMEIN, "The Passing of Risk A Comparison between the Passing of Risk under the CISG and German Law", <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/romein.html>, N. 1.1.1; Christian RABL, *Die Gefahrtragung beim Kauf: Schriftenreihe des Österreichischen Notariats Band 21*, Manzsche Verlags- und Universitaetsbuchhandlung, Wien 2002, s. 3, 4; Romeo CERUTTI, *Das U.S. amerikanische Warenkaufrecht: mit rechtsvergleichenden Hinweisen auf das schweizerische und das deutsche Recht, das CISG sowie die UNIDROIT Principles*, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich 1998, s. 471 N. 868.

⁵ ARAL, s. 77; ATAMER, *Satıcının Yükümlülükleri*, s. 259-260; William-Albrecht ACHILLES, *Kommentar zum UN- Kaufrechtsübereinkommen (CISG)*, Luchterhand, Neuwied 2000, s. 195, 196; Christoph BRUNNER, *UN- Kaufrecht - CISG: Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf von 1980, unter Berücksichtigung der Schnittstellen zum internen Schweizer Recht*, Staempfli Verlag AG, Bern 2004, s. 365, 367 vd.; AKINTÜRK, *Hasarın İntikali*, s. 27-28; TANDOĞAN, s. 106 vd.; HOFFMANN, N. I.1; Zoi VALIOTI, "Passing of Risk in international sale contracts: A comparative examination of the rules on risk under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Vienna 1980) and INCO-

tanımlar ışığında belirtmek gerekir ki, semen hasarını kimin taşıyacağı sorununun doğması için ön koşul, edim hasarının alıcıya geçmesidir, zira edim hasarı borçluda olduğu sürece, semen hasarı sorunundan bahsedilemez⁶.

Durumu bir örnekle açıklamak gerekirse, satılıp da henüz teslim edilmemiş olan bir otomobil, komşu binadaki yangının sıçraması sonucunda galerinin yanması ile zayi olursa, bundan doğan zarara kimin katlanacağı, hasarın intikaline ilişkin prensiplerle belirlenir. Eğer otomobilin zayi olmasına rağmen satıcı bedeli alıcıdan talep edebiliyorsa, hasar alıcıdadır; alıcı semeni ödeme borcundan kurtulmuş ise, hasara satıcı katlanacaktır. Görüldüğü gibi verilen örnekte malın zayi olmasına sebep olan olayda taraflardan hiçbirinin kusuru bulunmamakta, olay ka-zaen meydana gelmektedir. Zira hasarın intikaline ilişkin hükümlerin uygulanabilmesi için önkoşul, zararın taraflardan birinin sorumluluğunu doğuracak şekilde gerçekleşmemesi, “tarafsız” bölgede vuku bulmasıdır⁷.

II. Hasarın İntikal Ettiği An

A. Borçlar Kanunu’ndaki Düzenleme

1. Genel Kural Olarak BK m. 117

a. Genel Olarak

Borçlar Kanunu’nun 117. maddesinde, borçlunun sorumlu olmadığı⁸ ve borcun doğumundan sonra ortaya çıkan imkânsızlık düzenlenmiştir. Buna göre borçluya isnat olunamayan hâller dolayısıyla⁹ borcun ifası mümkün olmazsa borç sakıt olur.

TERMS 2000”, <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/valioti1.html>, N. I.C.ii; RABL, s. 5, 6; CERUTTI, s. 472 N. 869.

⁶ ATAMER, *Oğuzman’a Armağan*, s. 133.

⁷ ATAMER, *Satıcının Yükümlülükleri*, s. 259.

⁸ Borçlunun, kusuru olmadığı hâlde sonraki imkânsızlıktan sorumlu olabileceği durumların varlığı nedeniyle, “borçlunun kusurunun olmadığı” ifadesine göre daha geniş kapsamlı olan bu ifade tercih edilmiştir. Anılan hâller için bkz.: Fikret EREN, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, gözden geçirilmiş 9. bs., Beta, İstanbul 2006, s. 1251.

⁹ Bizim de katıldığımız bir görüşe göre, maddedeki düzenlemenin uygulanabilmesi için, taraflardan hiçbirinin ve dolayısıyla alacaklının da borcun ifasının imkânsızlaşmasından sorumlu olmaması gerekir. Bkz.: Herman BECKER, *İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi: İkinci Bölüm, Çeşitli Sözleşme İlişkileri, Madde: 184-551*, çev. A. Suat Dura, Verlag Von Staempfli & Cie, Bern 1934, s. 23/N. 1; ATAMER, *Oğuzman’a Armağan*, s. 133; M. Kemal OĞUZMAN/M. Turgut ÖZ, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, gözden geçi-

Dolayısıyla alacaklı tarafından borcun ifası talep edilemez. Bu nedenle hasarın, tek tarafa borç yükleyen akitlerle eksik iki tarafa borç yükleyen akitler bakımından alacaklıya ait olduğu düşünülebilir¹⁰. Ancak belirtmek gerekir ki, imkânsızlaşan edimin yerini tutan herhangi bir ikame değer mevcut ise, borç sona ermez; imkânsızlaşan edimin yerini ikame değer alır¹¹.

Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre, karşılıklı taahhütleri havi akitlerde, bu suretle beri olan borçlu haksız iktisaplara ilişkin hükümler uyarınca almış olduğu şeyleri iade etmeye mecbur ve kendisine henüz tediye edilmemiş bulunan şeyi istemek hakkından mahrum olur. Dolayısıyla tam iki tarafa borç yükleyen akitlerde BK m. 117/f. 2 hasarı borçluya yüklemiştir¹². Görüldüğü gibi maddede edimleri tasfiyeye yönelik bir çözüm benimsemiştir¹³.

Maddenin son cümlesine göre, kanun veya akit ile borcun ifasından evvel vukua gelen zararın alacaklıya tahmil edilmiş olduğu hâller bundan müstesnadır. Görüldüğü gibi BK m. 117 emredici bir hüküm olmayıp, tarafların kanundaki düzenlemenin aksini sözleşme ile kararlaştırmaları mümkündür¹⁴. Kanundan doğan istisnaların en önemli örneği ise BK m. 183'tür. BK m. 183'te hasarın intikali meselesi, satım sözleşmeleri bakımından özel olarak düzenlenmiştir. Aşağıda da görüleceği üzere, mad-

rilmiş ve genişletilmiş 4. bs., Filiz, İstanbul 2005, s. 292. Ancak Borçlar Kanunu'nda, alacaklının borcun ifasının imkânsızlaşmasından sorumlu olması hâline ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. Bu boşluğun ne şekilde doldurulabileceği hususunda bkz.: OĞUZMAN/ÖZ, s. 292; Rona SEROZAN, *İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme*, gözden geçirilip genişletilmiş 4. bs., Filiz, İstanbul 2006, §13 N. 5. Eren de, edimin imkânsızlaşmasında alacaklının kusuru varsa, BK m. 117/f. 1'in burada kıyasen uygulanacağını; borcun borçlu yönünden sona ereceğini, ancak karşı edimi talep hakkının devam edeceğini ifade etmektedir. Bkz.: EREN, s. 1252. Aynı yönde: AKINTÜRK, *Hasarın İntikali*, s. 53, 56 vd.; Kenan TUNÇOMAĞ, *Türk Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri*, C. II, 3. bs., İstanbul 1977, s. 67.

¹⁰ TANDOĞAN, s. 108; YAVUZ, s. 56; AKINTÜRK, *Hasarın İntikali*, s. 65; FEYZİOĞLU, s. 205; TUNÇOMAĞ, s. 66 vd. Oğuzman/Öz de bu durumda imkânsızlığın ekonomik sonuçlarına alacaklının katlanacağını ifade etmektedir. Bkz.: OĞUZMAN/ÖZ, s. 446.

¹¹ SEROZAN, § 15 N. 6-7; AKINTÜRK, s. 185-186; a.y., *Özel Borç İlişkileri*, s. 169.

¹² TANDOĞAN, s. 108; SEROZAN, §15 N. 7a; ARAL, s. 78; EREN, s. 921; YAVUZ, s. 56; AKINTÜRK, s. 65; FEYZİOĞLU, s. 205; TUNÇOMAĞ, s. 66. Oğuzman/Öz de bu durumda imkânsızlaşmanın ekonomik etkisinin borçlu üzerinde olduğunu ifade etmektedir. Bkz.: OĞUZMAN/ÖZ, s. 446.

¹³ SEROZAN, § 15 N. 3.

¹⁴ BECKER, s. 23/N. 2; AKINTÜRK, *Özel Borç İlişkileri*, s. 169.

dede akdin kurulması ile hasarın alıcıya intikal edeceği öngörülmüştür. Böylece düzenleme, borcun ifasından evvel meydana gelen zararın alacaklıya yüklendiği, kanundan doğan bir istisnayı teşkil etmektedir.

Yukarıda da belirtildiği üzere BK m. 117'de borçluya isnat olunamayan hâller yüzünden borcun ifasının imkânsızlaşması durumunda borcun sona ereceği hususu düzenlenmiştir. Doktrinde ifade edilen bir görüşe göre¹⁵ BK m. 117'nin imkânsızlık yüzünden borcun sona ermesini *sağlayan* bir etkisi bulunmamakta; borç, imkânsızlık yüzünden, *işin mahiyeti gereği* sona ermektedir. Maddenin işlevi, borcun, borçlunun sorumlu olmadığı imkânsızlık yüzünden sona ermesinin sonuçlarını düzenlemektir. Bu nedenle, imkânsızlaşma borçlunun sorumlu olduğu bir nedenden ileri gelse dahi, işin mahiyeti gereği borç yine sona erecek; ancak bu hâlde borçlu sözleşmede kararlaştırılan edimin ifası yerine alacaklının uğradığı zararın tazmini (BK m. 96) ile mükellef olacaktır.

BK m. 117'de imkânsızlığın borçlu tarafından alacaklıya ihbar edilip edilmeyeceği hususu düzenlenmemiştir. Ancak alacaklı durumu bilmiyor ve bilebilecek durumda da bulunmuyorsa borçlunun, dürüstlük kuralı gereği durumu alacaklıya bildirmesinin gerekli olduğu doktrinde ifade edilmektedir¹⁶. Bu yükümlülüğünü yerine getirmeyen borçlu, alacaklının, borcun ifasının imkânsızlaştığını zamanında öğrenememesinden kaynaklanan zararını tazminle mükellef olacaktır¹⁷. Aşağıda da görüleceği üzere Borçlar Kanunu Tasarısı'nın 135. maddesinde konu açık olarak düzenlenmiş ve doktrinde ifade edilen bu görüşe paralel şekilde, borçlunun ifanın imkânsızlaştığını alacaklıya gecikmeksizin bildirmemesi ve zararın artmaması için gerekli önlemleri almaması durumunda bundan doğan zararları gidermekle yükümlü olacağı hüküm altına alınmıştır.

b. İmkânsızlığın Süresi ve Kapsamı

İmkânsızlığın kural olarak devamlı bir mahiyet arz etmesi gerekir¹⁸. Borcun imkânsızlaşması geçici bir mahiyet arz edi-

¹⁵ OĞUZMAN/ÖZ, s. 444-445. Serozan da ister sorumluluğu gerektirsin ister gerektirmesin her türlü imkânsızlığın borçluyu asli edim borcundan kurtaracağını ifade etmektedir. Bkz.: SEROZAN, § 15 N. 3.

¹⁶ EREN, s. 1252.

¹⁷ EREN, s. 1252.

¹⁸ EREN, s. 1250.

yorsa, bir görüşe göre¹⁹ ifa tarihinin, imkânsızlığın ortadan kalkacağı tarihe kadar ertelenmesinin tarafların farazi ortak arzularına uygun olup olmadığına göre borcun sona erip ermediğini tespit etmek gerekir. Bir başka görüşe göre²⁰ ise, imkânsızlık geçici ise borç sona ermez ve kural olarak borçlu temerrüdü hükümleri uygulanır. Ancak tek tarafa borç yükleyen sözleşmeler bakımından alacaklı için çekilmez bir durum söz konusu ise, geçici imkânsızlık sürekli imkânsızlıkla bir tutulmalıdır. Biz, tarafların ortak arzularını göz önüne alan ve hakkaniyete daha uygun olduğunu düşündüğümüz ilk görüşe katılmaktayız.

İmkânsızlığın, belirlediği an itibarıyla sürekli nitelik taşıdığı düşünülerek borcun sona erdiği sonucuna varılmış olmakla birlikte, bir süre sonra beklenmedik şekilde imkânsızlık ortadan kalkmış ise, bunu ileri sürmek dürüstlük kuralı ile bağdaştığı sürece varılan sonuç değişmeyecektir²¹.

İmkânsızlığın kapsamı bakımından ifade edilmesi gereken husus, ifanın kısmen imkânsızlaşmasının da mümkün olduğudur. Böyle bir durumda, edimin bu şekilde bölünmesi mümkünse, borç imkânsızlaşan kısım bakımından sona erecek, borçlu imkânsızlaşmayan kısmı ifaya zorunlu olmaya devam edecek; bu şekilde bir bölünme mümkün değilse tam imkânsızlık söz konusu olacaktır²².

c. Objektif ve Sübjektif İmkânsızlık

BK m. 117'nin yalnızca objektif imkânsızlık²³ hâllerini kapsadığını ileri sürenler olduğu gibi²⁴; sübjektif imkânsızlık²⁵ hâllerinin de maddenin kapsamına girdiğini savunanlar²⁶ da mevcuttur. Doktrinde, sübjektif imkânsızlık hâllerinin hükmün

¹⁹ OĞUZMAN/ÖZ, s. 444.

²⁰ EREN, s. 1250.

²¹ OĞUZMAN/ÖZ, s. 444.

²² EREN, s. 1250 vd. Aynı yönde: AKINTÜRK, *Özel Borç İlişkileri*, s. 169. Eren, kısmi imkânsızlığın söz konusu olduğu hâllerde karşı edimin de orantılı olarak indirilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Bkz.: EREN, s. 1250. Tunçomağ ise kısmi imkânsızlık hâllerinde BK m. 117'nin uygulanamayacağı görüşündedir. Bkz.: TUNÇOMAĞ, s. 68.

²³ Objektif imkânsızlığa örnek olarak, satım konusu malın ihracının bir kanun hükmüyle yasaklanması dolayısıyla satıcının teslim borcunu yerine getirmesinin imkânsızlaşması verilebilir.

²⁴ EREN, s. 1249. Objektif ve sübjektif imkânsızlık kavramları hakkında bilgi için bkz.: FEYZİOĞLU, s. 204 vd.

²⁵ Sübjektif imkânsızlığa örnek olarak, bir terziyle yapılan istisna sözleşmesinde, terzinin sonradan felç olması nedeniyle borcunu yerine getirmesinin imkânsızlaşması verilebilir.

²⁶ TUNÇOMAĞ, s. 65; AKINTÜRK, *Özel Borç İlişkileri*, s. 168.

kapsamı içinde mütalaa edilmesi durumunda dahi, ifanın gerçekleşme ihtimali hesaba katılamayacak kadar düşük olmadıkça, dürüstlük kuralı uyarınca imkânsızlığın sonuçlarının uygulanmaması gerektiği kabul edilmektedir²⁷.

d. Parça Borcu, Nevi Borcu ve Seçimlik Borçlarda Durum

Borcun imkânsızlaşması hususunda parça borcu ve nevi borcu²⁸ arasında bir ayırım yapılmaktadır. Buna göre, “nevi telef olmaz (genus non perit)” ilkesi gereğince nevi borcunun kural olarak imkânsızlığa uğramayacağı ifade edilmektedir²⁹. Örneğin 50 ton pirinç sağlama borcu altındaki kişi, pirinci kesinlikle temin edemeyecek hâle geldiğini ileri sürerek imkânsızlık hükümlerine dayanamaz; pirinç “yeryüzünde tükenmedikçe” bunu sağlama borcu devam ettiğinden, borçlu temerrüdü hükümlerine tâbi olur³⁰. Nevi borçlarının niteliği gereği hasar, ifa anına kadar borçluya aittir³¹. Borcun imkânsızlaşması bakımından nevi ve parça borcu arasında ayırım yapan bu görüşe göre, nevi borcu ile parça borcu arasında ortalama bir yer tutan sınırlı nevi borcu³² bakımından bu sonuca aynı kesinlikle varılamaz; sınırlı nevi borcunda imkânsızlık söz konusu *olabilir*³³.

²⁷ OĞUZMAN/ÖZ, s. 443.

²⁸ Parça borcu ve nevi borcu kavramları hakkında bilgi için bkz.: SEROZAN, § 7 N. 4, 5, 6; EREN, s. 103 vd.; OĞUZMAN/ÖZ, s. 6-7.

²⁹ SEROZAN, § 7 N. 7; EREN, s. 922; AKINTÜRK, *Hasarın İntikali*, s. 27; OĞUZMAN/ÖZ, s. 7. Ancak nevi borcuna konu olan malın devrinin yasaklanması gibi bazı istisnai hâllerde, nevi borcu bakımından da imkânsızlık kabul edilmektedir. Bkz.: OĞUZMAN/ÖZ, s. 444. Nitekim Serozan da borçlunun nevi borcu bakımından söz konusu olan tedarik yükümlülüğünün bir özveri sınırı bulunduğunu ifade etmekte; bu sınırı olağandışı risk olarak nitelemekte ve buna örnek olarak da bir ülkede tüm alkollü içkilerin üretiminin, ithalinin ve satışının yasaklanması durumunda şarap satıcısının şarap sağlama yükümlülüğünün kalkmasını zikretmektedir. Bkz.: SEROZAN, § 7 N. 7.

³⁰ OĞUZMAN/ÖZ, s. 7.

³¹ EREN, s. 921.

³² Sınırlı nevi borcunda nevi, belirli bir yöreyle, markayla, modelle veya benzeri bir özelliği ile sınırlanır. Bkz.: SEROZAN, § 7 N. 8b. Nevi borcunun muayyen bir stoktan sağlanacağını taahhüt edilmesinde de bir sınırlı nevi borcu söz konusudur. Bkz.: OĞUZMAN/ÖZ, s. 7. Örnekler için bkz.: EREN, s. 104.

³³ SEROZAN, § 7 N. 8b; OĞUZMAN/ÖZ, s. 7. Sınırlı nevi borcu bakımından imkânsızlık hükümlerinin uygulanacağı hâllere örnek olarak stokun tamamının telef olması verilmektedir. Bkz.: OĞUZMAN/ÖZ, s. 444.

Bizim de katıldığımız bir diğer görüşe göre ise³⁴, özellikle sınırlı nevi borcunun söz konusu olduğu yahut misli eşyanın parça borcu olarak kararlaştırıldığı hâllerde iki kavramın birbirine ne kadar yaklaştığı düşünülürse, parça borcu ve nevi borcu arasında böyle katı bir ayırım yapmak yerine taraflar arasındaki sözleşmenin özelliklerine göre bir sonuca varmak daha yerinde olacaktır. Buna göre, eğer sözleşmeden borcun konusunun yalnızca o mala hasredildiği sonucuna varılabiliyorsa satıcının bir tedarik borcu olmaz. Tarafların böyle bir niyeti yoksa, alıcıyı ifa talebinden yoksun bırakmanın bir gerekçesi de bulunmamaktadır. Dolayısıyla satım konusu mal parça borcu teşkil etmekle birlikte yerine bir başkasını koymak mümkünse ve tarafların iradesi de bu yönde ise, edim hasarı satıcıda kalmaya devam edecektir.

Seçimlik borçlar³⁵ bakımından ise, seçim hakkı kime ait olursa olsun, edimlerden birinin sonradan imkânsızlaşması hâlinde diğerinin kendiliğinden borcun konusunu oluşturacağı³⁶; ikiden fazla seçimlik edim bulunması hâlinde seçim hakkının imkânsızlaşmayan edimler bakımından devam edeceği; imkânsızlaşan edimin yerine bir ikame değer elde edilmişse ve seçim hakkı da alacaklıya ait ise, alacaklının imkânsızlaşmayan edimlerle anılan ikame değer arasında seçim yapma hakkının devam edeceği doktrinde ifade edilmektedir³⁷.

2. Konuyu Satım Sözleşmeleri Bakımından Düzenleyen BK m. 183

a. Genel Olarak

Yukarıda da ifade edildiği üzere, BK m. 117, hasarın intikali bakımından genel kuralı teşkil etmektedir. Ancak BK m. 117 emredici bir düzenleme olmayıp, tarafların aksine sözleşme yapmaları caizdir. Ayrıca maddenin son fıkrasında, hükmün kanundan doğan istisnaları da saklı tutulmuştur. Buna göre, gerek sözleşme ile gerekse bir kanun hükmü ile borcun ifasından evvel meydana gelen zararın alacaklıya yüklenmesi mümkündür. İşte kanundan doğan bu istisnaların en önemlisi BK m. 183'tür. BK

³⁴ ATAMER, *Satıcının Yükümlülükleri*, s. 261. Görüşümüz bu olmakla birlikte, doktrinde bu ayrıma dayanılarak ileri sürülen görüşlere de çalışmamızda yer verilecektir.

³⁵ Seçimlik borç kavramı hakkında bilgi için bkz.: SEROZAN, § 7 N. 11-17; OĞUZMAN/ÖZ, s. 225-229; EREN, s. 104 vd.

³⁶ SEROZAN, § 7 N. 16; EREN, s. 928.

³⁷ OĞUZMAN/ÖZ, s. 227.

m. 183'te hasarın intikali meselesi satım sözleşmeleri bakımından özel olarak düzenlenmiş ve hasarın, kural olarak, sözleşmenin kurulması ile alıcıya intikal edeceği öngörülmüştür.

BK m. 183: Hâlin icabından veya hususi şartlardan mütevellit istisnaların maadasında, satılan şeyin nefi ve hasarı akdin inikadı anından itibaren alıcıya intikal eder.

Bununla beraber yalnız nevan tayin edilmiş olan satılanın ayırt edilmiş olması da lazımdır ve başka bir yere gönderilecek ise satıcının bu maksatla satılan üzerinden yedini refetmiş bulunması da şarttır.

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

Aşağıda BK m. 183 hükmü ayrıntılı olarak incelenecek ve hasarın intikalinin şartları üzerinde durulacaktır.

b. Sözleşmenin Kurulması ve Hükümlerini Doğurmaya Başlaması

BK m. 183 uyarınca satılan şeyin nefi ve hasarı kural olarak akdin inikadı anından itibaren alıcıya intikal eder. Bunun sonucu olarak satılan malın teslimden önce zayi olması yahut zarar görmesi durumunda alıcı yine de semeni tam olarak ödeyecektir³⁸.

BK m. 183'te yer alan hasar tabiri her türlü kusursuz imkânsızlığı kapsamamakta; yalnızca malın zayi olmasını, zarara uğramasını yahut değerinin düşmesini, yani maddi imkânsızlığı ifade etmektedir³⁹. Şu durumda maddenin kapsamı dışında kalan hâllerde, örneğin hukuki imkânsızlıkta, BK m. 117'deki genel prensip uygulanacaktır⁴⁰. Maddenin tatbik edilebilmesi için ma-

³⁸ TANDOĞAN, s. 108; AKINTÜRK, *Özel Borç İlişkileri*, s. 210. Doktrinde de, BK m. 183/f. 1'de "hasar" ile semen hasarının kastedildiği ifade edilmektedir. Bkz.: ARAL, s. 77. Ancak maddenin asli düzenleme alanı semen hasarı olmakla beraber, edim hasarının intikali anını da düzenlediği belirtilmektedir. Bkz.: ATAMER, *Oğuzman'a Armağan*, s. 135, 140.

³⁹ AKINTÜRK, *Hasarın İntikali*, s. 161; TUNÇOMAĞ, s. 67; OĞUZMAN/ÖZ, s. 447. Oğuzman/Öz örnek olarak, yabancı bir ülkeye satılan malın, ihracının yasaklanması dolayısıyla teslim edilememesi hâlini zikretmekte; burada bir ifa imkânsızlığının söz konusu olduğunu, ancak BK m. 183 anlamında bir hasarın bulunmadığını belirtmektedir. Böyle bir durumda ise genel kural olan BK m. 117 uygulanacaktır.

⁴⁰ AKINTÜRK, *Hasarın İntikali*, s. 161.

lin zayi olmasından yahut zarara uğramasından tarafların hiçbirinin sorumlu olmaması gerekir⁴¹.

Belirtmek gerekir ki BK m. 183/f. 1'in getirdiği bu genel kural doktrinde haklı olarak eleştirilmekte; düzenlemenin, mülkiyetin naklini teslimle bağlayan kanunun sistematigi ile ve hasarın teslimle intikal edeceğini öngören sair hükümleriyle çeliştiği; hakkaniyete ve edimlerin karşılıklılığı ilkesine aykırı olduğu belirtilmekte, bu nedenlerle genel kuralın dar, istisnaların ise geniş yorumlanması gerektiği ifade edilmektedir⁴².

Maddenin son fıkrasına göre, geciktirici şart ile yapılan akitlerde temlik edilen şeyin nefi ve hasarı ancak şartın tahakkuku anından itibaren iktisap edene geçer. Böylece hasarın intikali bakımından sözleşmenin kurulmasının yanında, hükümlerini doğurmaya başlamış olması da aranmaktadır⁴³. Geciktirici şarta bağlı satım sözleşmesine örnek olarak tecrübe ve muayene şartıyla satış verilebilir⁴⁴. Şartın gerçekleşmesinden önce malın alıcıya teslim edilmiş olması hâlinde durumun ne olacağı tartışma konusudur. Bir görüşe göre⁴⁵ BK m. 151/f. 1'e göre bu gibi hâllerde yarar alıcıya geçtiğinden hasara da o katlanmalı; şart gerçekleşmeden, teslimle hasarın intikal ettiği kabul edilmelidir. Bizim de katıldığımız bir diğer görüşe göre⁴⁶ ise geciktirici şartın gerçekleşmemesi karşısında alacaklının elde ettiği yararları iade ile yükümlü olduğunu düzenleyen BK m. 151/f. 2 karşısında anılan gerekçeye dayanılmaz; mal şart gerçekleşmeden alıcıya teslim edilmişse, teslim zorunluluğunda olmadığı şeyi kendi isteğiyle alıcıya teslim eden satıcı hasara katlanmaya de-

⁴¹ BECKER, s. 23/N. 1; TUNÇOMAĞ, s. 67.

⁴² ATAMER, *Oğuzman'a Armağan*, s. 145-149, 166-167; ARAL, s. 79, 80; FEYZİOĞLU, s. 220 vd.; AKINTÜRK, *Özel Borç İlişkileri*, s. 210. Genel kuralın dar, istisnaların ise geniş yorumlanması gerektiği hususunda ayrıca bkz.: Peter GAUCH/Viktor AEPLI/Hugo CASANOVA, *OR Besonderer Teil mit Handels- und Wertpapierrecht: Rechtssprechung des Bundesgerichts*, 3. Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich 1993, s. 25 vd. Tandoğan da hasarın teslimle intikal etmesinin daha yerinde olacağı görüşündedir. Bkz.: TANDOĞAN, s. 111. Aynı yönde: AKINTÜRK, *Özel Borç İlişkileri*, s. 211.

⁴³ TANDOĞAN, s. 109; YAVUZ, s. 56; AKINTÜRK, *Hasarın İntikali*, s. 123; FEYZİOĞLU, s. 210 vd.

⁴⁴ AKINTÜRK, *Hasarın İntikali*, s. 124; BECKER, s. 24/N. 4; FEYZİOĞLU, s. 213; TUNÇOMAĞ, s. 72; TANDOĞAN, s. 117.

⁴⁵ TANDOĞAN, s. 117-118.

⁴⁶ ARAL, s. 86; AKINTÜRK, *Hasarın İntikali*, s. 124; BECKER, s. 24/N. 4; FEYZİOĞLU, s. 214; TUNÇOMAĞ, s. 71; ATAMER, *Oğuzman'a Armağan*, s. 145.

vam eder, şartın gerçekleştiği an hasar alıcıya intikal eder⁴⁷. Mülkiyeti muhafaza kaydıyla yapılan satışta ise, satım sözleşmesi değil mülkiyetin nakli geciktirici şarta bağlı olduğu için, burada hasarın intikali genel kural uyarınca akdin kurulması ile gerçekleşir⁴⁸.

Bozucu şarta bağlı akitlerde ise hasarın intikali meselesi bir değişiklik arz etmez⁴⁹. Bozucu şarta bağlı bir akit, kurulduğu anda hükümlerini de doğurmaya başlar. Bu itibarla hasar akdin kurulması ile alıcıya intikal eder, ancak bozucu şart gerçekleşirse bu andan itibaren hasara satıcı katlanacaktır⁵⁰.

BK m. 183'ün birinci ve son fıkraları birlikte değerlendirildiğinde, BK m. 183/f. 1'deki kuralın uygulanabilmesi için her şeyden önce bir satım akdinin kurulmuş ve hüküm doğurmaya başlamış olması gerektiği anlaşılmaktadır.

c. Ayırt Etme

İncelemekte olduğumuz maddenin ikinci fıkrasına göre hasarın alıcıya intikali için, yalnız nevan tayin edilmiş olan satılının ayırt edilmiş olması da gerekir. Şu durumda hasarın akdin kurulması ile alıcıya geçmesi yalnızca parça borcu bakımından söz konusu olacak; nevi borcu bakımından ise hasar, ancak borcun konusunun ayırt edilmesi ve sözleşmeye hasredilmesi ile intikal edecektir⁵¹. Sınırlı nevi borçları bakımından da bu kuralın uygulanacağı ve hasarın akdin kurulması ve malların ayırt edilmesi ile alıcıya geçeceği ifade edilmektedir⁵².

⁴⁷ Elbette şartın yanı sıra hasarın intikali için aranan diğer koşulların da gerçekleşmiş olması gerekir. Bkz.: ARAL, s. 86 vd.

⁴⁸ TANDOĞAN, s. 118; ARAL, s. 87; YAVUZ, s. 57; AKINTÜRK, *Hasarın İntikali*, s. 124; FEYZİOĞLU, s. 213; TUNÇOMAĞ, s. 72.

⁴⁹ BECKER, s. 24/N. 3.

⁵⁰ AKINTÜRK, *Hasarın İntikali*, s. 125; FEYZİOĞLU, s. 214; TUNÇOMAĞ, s. 72; ATAMER, *Oğuzman'a Armağan*, s. 145.

⁵¹ ARAL, s. 78; YAVUZ, s. 57; AKINTÜRK, *Hasarın İntikali*, s. 71; a.y., *Özel Borç İlişkileri*, s. 211; BECKER, s. 24/N. 3, 25/N. 5; FEYZİOĞLU, s. 216; TUNÇOMAĞ, s. 74, 75.

⁵² TUNÇOMAĞ, s. 78; EREN, s. 922; ARAL, s. 84. Aral, ayırt etmenin gerçekleşmesinden önce stokun tamamen zayi olması hâlinde hasara alıcının katlanacağını; kısmi zıya hâlinde kalan kısım ifayı tamamen karşılayabiliyorsa satıcının ifa yükümünün devam edeceğini, karşılanamayan kısma ilişkin hasara ise alıcının katlanacağını ifade etmektedir. Aynı yönde: TUNÇOMAĞ, s. 78. Aksi görüşte: TANDOĞAN, s. 116. Yazar, malın tamamı telef olsa dahi ayırt etme gerçekleşmeden hasarın alıcıya intikal etmeyeceğini haklı olarak ifade etmektedir. Gerçekten de sınırlı nevi borcu bakımından da hasarın ayırt etme ile intikal edeceği kabul edildikten

Doktrinde ifade edilen bir görüşe göre⁵³ “nevi yok olmaz” ilkesi nedeniyle nevi borçlarında, borçlunun ifa etmek zorunda olduğu şey, onun kusuru olmaksızın zayi olsa dahi, borç sona ermez. “Sağlama borcu” da denilen nevi borçlarında hasarın sözleşmenin ifasına kadar borçluya ait olduğunu ileri süren bu görüşe göre, BK m. 183 kural olarak nevi borçlarına uygulanmaz. Ancak aynı maddenin incelemekte olduğumuz 2. fıkrasında sayılan istisnai hâllerde nevi borcu somutlaştırma yolu ile parça borcu hâline dönüşmekte, bu nedenle hasar alacaklıya geçmektedir⁵⁴. Bizim de katıldığımız bir diğer görüşe göre⁵⁵ ise ayırt etme ile nevi borcu parça borcuna dönüşmemekte; ayırt etme yalnızca hasarın parça borçlarında olduğu gibi alıcıya geçmesi sonucunu doğurmaktadır.

Nevi borcunun konusu misli eşya ise, bunların ölçme, tartma, sayma, paketleme vs. yollarla alıcı için belirlenmesi ve sözleşmeye tahsis edilmesi; misli olmayan eşya ise, malların hangilerininin alıcı için belirlendiğinin gösterilmesi yolu ile ayırt etmenin gerçekleştirileceği ifade edilmektedir⁵⁶. Sonuç olarak dış dünyaya yansıyan bir ayırma gerçekleşmiş olmalıdır⁵⁷. Ayırt etme işlemini kimin yapacağı ise tartışma konusudur. Bir görüşe göre⁵⁸ alıcının menfaatlerini en iyi koruyan yol olarak, ayırt etmenin alıcının veya temsilcisinin huzurunda yapılmış olmasını aramak gerekir. Bu görüş uyarınca alıcının veya temsilcisinin huzurunda yapılmayan bir ayırt etme ile hasarın alıcıya geçebilmesi için, satıcının mal üzerindeki tasarruf yetkisinin ayırt etme sırasında kayıtlanması (örneğin malın üçüncü kişiye tevdi) gerekir. Ancak ihtarda bulunulmasına rağmen alıcı veya alıcının temsilcisi gelmediği takdirde satıcı ayırt etmeyi tek başına yapabilir. Bizim de katıldığımız bir diğer görüşe göre⁵⁹ ise ayırt etmenin hasarın alıcıya intikali sonucunu doğurabilmesi için yalnızca

sonra malın tamamen zayi olması durumu için bir istisna getirmenin gerekçesi anlaşılamamaktadır.

53 EREN, s. 922.

54 Tunçomağ da ayırt etme ile nevi borcunun parça borcuna dönüştüğünü ifade etmektedir. Bkz.: TUNÇOMAĞ, s. 77.

55 ARAL, s. 83.

56 ARAL, s. 83; YAVUZ, s. 57; FEYZİOĞLU, s. 216-217.

57 ATAMER, *Oğuzman'a Armağan*, s. 140.

58 TANDOĞAN, s. 115 vd.; FEYZİOĞLU, s. 218.

59 SEROZAN, § 7 N. 9; AKINTÜRK, *Hasarın İntikali*, s. 134; BECKER, s. 25/N. 6, 26/N. 7; TUNÇOMAĞ, s. 77 vd.; ATAMER, *Oğuzman'a Armağan*, s. 140. İsviçre hukukunda da malın alıcının katılımı söz konusu olmaksızın satıcı tarafından ayırt edilmesinin yeterli kabul edildiği ifade edilmektedir. Bkz.: GAUCH/AEPLI/CASANOVA, s. 26

satıcı tarafından gerçekleştirilmesi ve bu hususun alıcıya ihbar edilmesi yeterlidir.

Seçimlik borçlarda seçim hakkı kullanılıncaya kadar malın belirlenmiş sayılamayacağı; dolayısıyla hasarın ancak seçim hakkının kullanılmasından sonra intikal edeceği haklı olarak ifade edilmektedir⁶⁰.

d. Mesafe Satışlarında Durum

BK m. 183/f. 2 ile mesafe satışları bakımından özel hüküm getirilmiştir⁶¹. Buna göre, eğer mal başka bir yere gönderilecek ise, malın ayırt edilmiş olması yeterli değildir, ayrıca satıcının bu maksatla mal üzerindeki yedini refetmiş olması da şarttır⁶² (BK m. 183/f. 2). Bundan kasıt, malın satıcının elinden çıkması ve alıcıya gönderme amacıyla satıcının adamı olmayan bağımsız bir taşıyıcıya tevdi edilmesidir⁶³.

Çeşitli alıcılara ait malların, sözleşmeye tahsis söz konusu olmadan toplu hâlde taşımaya verilmesi durumunda, birlikte taşıma alıcıların bilgi ve isteği ile gerçekleşiyorsa ayırt etmenin gerçekleşmiş sayılacağı ve hasara payları oranında alıcıların katlanacağı ifade edilmektedir⁶⁴. Bizim de katıldığımız bir görüşe göre⁶⁵, genelgeçer bir çözümden ziyade somut olayın özelliklerini dikkate alan bir çözüm tarzı daha isabetli olacaktır. Örneğin satıcı, makul bir masrafla malı somut olarak sözleşmeye tahsis

⁶⁰ YAVUZ, s. 58.

⁶¹ GAUCH/AEPLI/CASANOVA, s. 28; YAVUZ, s. 58. Yazar, bir mesafe satımının söz konusu olabilmesi için satılan malın ifa yerinden başka yere gönderilmesinin sözleşmede şart kılınmış olması gerektiğini ifade etmektedir. Aynı yönde: AKINTÜRK, *Hasarın İntikali*, s. 135; FEYZİOĞLU, s. 218; AKKANAT, s. 274.

⁶² Bir görüşe göre düzenleme yalnızca nevi borcu bakımından hüküm getirmektedir. Bkz.: TUNÇOMAĞ, s. 79. Tandoğan da "çeşidi ile belirtilmiş şey ifa yerinden başka bir yere gönderilecek ise" demek suretiyle bu hususu ifade etmiş olmaktadır. Bkz.: TANDOĞAN, s. 116.

⁶³ TANDOĞAN, s. 116; ARAL, s. 85; YAVUZ, s. 58; FEYZİOĞLU, s. 218 vd.; TUNÇOMAĞ, s. 80; ATAMER, *Oğuzman'a Armağan*, s. 141 vd. Nitekim Becker de malın bağımsız bir taşıyıcıya verilmesinin gerekip gerekmediği ve bu bağlamda satıcının malı kendi adamları vasıtasıyla taşınması hâlinde hasarın alıcıya geçip geçmeyeceği tartışması bakımından ikinci soruya olumlu cevap vermenin madde metni karşısında mümkün olmadığını ifade etmektedir. Bkz.: BECKER, s. 27/N. 9.

⁶⁴ ARAL, s. 85.

⁶⁵ Karsten SCHMIDT (hrsg.), *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band 6, Viertes Buch, Handelsgeschäfte, Zweiter Abschnitt: Handelskauf; Dritter Abschnitt: Kommissionsgeschäfte §§ 373-406, Wiener UN-Übereinkommen über Verträge über den internationalen Warenkauf - CISG*, Verlag C.H. Beck/Verlag Franz Vahlen, München 2004, s. 625.

edebilecek durumda olmasına rağmen bunu yapmamışsa, hasarı taşımaya devam edecek; sonuç olarak alıcılar arasında bir hasar ortaklığı (Gefahrgemeinschaft) da söz konusu olmayacaktır. Uygun sayılabilecek bir masraf karşılığında malın sözleşmeye tahsisi ve somut olarak ayırt edilmesi mümkün değilse, alıcı satım sözleşmesinde malın dökme şekilde gönderilmesini kabul etmişse ve gerek malın tamamı gerekse muhtelif alıcıların payları, ihbarda yahut taşıma belgesinde belgelendirilmiş ise, ihbar ayırt etme bakımından yeterli sayılır. Böylece hasar alıcıya intikal eder ve alıcılar bakımından bir hasar ortaklığı söz konusu olur.

e. Hâlin İcabından ve Hususi Şartlardan Kaynaklanan İstisnalar

BK m. 183/f. 1'de hâlin icabından veya hususi şartlardan kaynaklanan istisnalar saklı tutulmuştur. Dolayısıyla her şeyden önce BK m. 183 emredici bir hüküm olmayıp sözleşmede aksine düzenleme yapmak mümkündür⁶⁶.

Bunun dışında hâlin icabı da genel kuralın uygulanmamasını gerektirebilir. Dolayısıyla burada somut olayın şartları dikkate alınacak ve genel kuralın uygulanması hakkaniyete aykırı neticeler doğuruyor ise hasarın sözleşmenin kurulması ile intikal etmesi prensibi uygulanmayacaktır⁶⁷.

Doktrinde⁶⁸ genel kuralın uygulanmamasını gerektiren özel durumlara örnek olarak şunlar sayılmaktadır:

- Satılan malın tesliminin satıcı lehine geciktirilmesi durumunda, hâlin icabı hasarın teslimine kadar satıcıda kalmasını gerektirir.

- Satıcı tarafından alınan önlemler nedeniyle alıcının mal üzerinde teslimine kadar tasarrufta bulunabilmesi veya muhtemel zararı önleme imkânına sahip olması engellenmiş ise, hâlin icabı hasara satıcının katlanmasını gerektirir.

⁶⁶ ARAL, s. 81; YAVUZ, s. 59; AKINTÜRK, *Hasarın İntikali*, s. 165; a.y., *Özel Borç İlişkileri*, s. 211; BECKER, s. 23/N. 2; FEYZİOĞLU, s. 220; TUNÇOMAĞ, s. 84; TANDOĞAN, s. 111; ATAMER, *Oğuzman'a Armağan*, s. 143, 144.

⁶⁷ AKINTÜRK, *Hasarın İntikali*, s. 146 vd.; FEYZİOĞLU, s. 221; TUNÇOMAĞ, s. 87; TANDOĞAN, s. 111.

⁶⁸ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: ARAL, s. 78 vd., 80-81; YAVUZ, s. 59; AKINTÜRK, *Hasarın İntikali*, s. 152-156; a.y., *Özel Borç İlişkileri*, s. 211; FEYZİOĞLU, s. 222; TUNÇOMAĞ, s. 83 vd.; TANDOĞAN, s. 111-112.

- Seçimlik borçlarda edimlerden birinin, seçim hakkının kullanılmasından önce hasara uğraması hâlinde, satıcı hasara uğrayan edimi seçtiğini bildirerek semeni talep edemez; hâlin icabı hasara satıcının katlanmasını gerektirir.

- Satıcının aynı malı birden çok kişiye satması durumunda hâlin icabı, ikinci satım sözleşmesinin kurulması ile hasarın tekrar satıcıya intikal etmesini gerektirir⁶⁹.

- Götürülecek borçlar bakımından satıcının malı ifa yerinde alıcıya ifa olarak arz ettiği anda hasarın alıcıya intikal edeceği; bu durumun "hâlin icabı"ndan doğan bir istisna (BK m. 183/f. 1) olduğu ifade edilmektedir.

Genel kurala istisna teşkil eden hâller⁷⁰ bakımından satıcının temerrüdüne değinmekte fayda vardır. BK m. 102'ye göre mütemerrit olan borçlu, temerrüt hâlinde bulunduğu devrede meydana gelen zararlardan, bunlar kazara gerçekleşse dahi, sorumludur. Buna göre malın kazaen zayi olması yahut zarara uğraması satıcının temerrüde düşmesinden sonra gerçekleşirse buna satıcı katlanacak, sözleşmenin kurulması ile alıcıya intikal etmiş olan hasar, satıcının temerrüde düşmesi ile birlikte tekrar satıcıya dönecektir⁷¹. Ancak satıcı BK m. 102/f. 2 uyarınca temerrüde düşmekte hiçbir kusuru olmadığını ya da borcunu zamanında ifa etmiş olsa idi dahi satılanın yine de alacaklının zararına olarak ziyaa veya zarara maruz kalacağını ispat ederse hasarın kendisine dönmesine engel olur⁷².

⁶⁹ Aksi görüşte: BECKER, s. 29/N. 17. Yazar, hasarın intikalinden sonra malın zayi olması durumunda satıcının artık sorumlu olmayacağını, ancak diğer bağımsız defilerin varlığını koruyacağını; ilk alıcıdan ise semenin talep edilemeyeceğini ifade etmektedir.

⁷⁰ Taşınmaz satışı (BK m. 216), gemi satışı (TTK m. 870) ve denizaşırı satışlar (TTK m. 1133, 1138, 1143) hakkında getirilen mezkûr hükümler de incelemekte olduğumuz düzenlemenin istisnasını teşkil etmektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: AKINTÜRK, *Hasarın İntikali*, s. 171-178.

⁷¹ AKINTÜRK, *Hasarın İntikali*, s. 169; a.y., *Özel Borç İlişkileri*, s. 211; FEYZİOĞLU, s. 219; TUNÇOMAĞ, s. 73; TANDOĞAN, s. 112. Nitekim Becker de satıcının temerrüdü hâlinde BK m. 183'ün uygulanamayacağını ifade etmektedir. Bkz.: BECKER, s. 23.

⁷² AKINTÜRK, *Hasarın İntikali*, s. 170; FEYZİOĞLU, s. 220; TUNÇOMAĞ, s. 73. Tandoğan, satıcının bu şekilde sorumluluktan kurtulma imkânına sahip olması dolayısıyla, bu hâlde gerçek anlamda bir hasarın intikali sorununun mevcut olmadığı görüşündedir. Bkz.: TANDOĞAN, s. 112.

B. Borçlar Kanunu Tasarısı'ndaki Düzenleme

Borçlar Kanunu Tasarısı'nın⁷³ imkânsızlık başlığı altındaki 135. maddesine göre:

Borcun ifası borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkânsızlaşırsa, borç sona erer.

Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde imkânsızlık sebebiyle borçtan kurtulan borçlu, karşı taraftan almış olduğu edimi sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca geri vermekle yükümlü olup, henüz kendisine ifa edilmemiş olan edimi isteme hakkını kaybeder. Kanun veya sözleşmeyle borcun ifasından önce doğan hasarın alacaklıya yükletilmiş olduğu durumlar, bu hükmün dışındadır.

Borçlu ifanın imkânsızlaştığını alacaklıya gecikmeksizin bildirmez ve zararın artmaması için gerekli önlemleri almazsa, bundan doğan zararları gidermekle yükümlüdür.

Görüldüğü gibi BK m. 117 hükmüne esaslı bir değişiklik getirilmemiştir.

Kısmi imkânsızlık başlığını taşıyan 136. maddeye göre:

Borcun ifası borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle kısmen imkânsızlaşırsa borçlu, borcunun sadece imkânsızlaşan kısmından kurtulur. Ancak, bu kısmî ifa imkânsızlığı önceden öngörülseydi taraflarca böyle bir sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, borcun tamamı sona erer.

Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, bir tarafın borcu kısmen imkânsızlaşır ve alacaklı kısmî ifaya razı olursa, karşı edim de o oranda ifa edilir. Alacaklının böyle bir ifaya razı olması veya karşı edimin bölünemeyen nitelikte olması durumunda, tam imkânsızlık hükümleri uygulanır.

Bu hüküm ile kısmi imkânsızlık bakımından doktrinde öne sürülen görüşlere paralel bir düzenleme getirilerek konu açıklığa kavuşturulmuş olmaktadır.

Satım sözleşmeleri bakımından konu, yarar ve hasar başlığı altındaki 207. maddede düzenlenmiştir:

⁷³ 14.06.2007 tarihi itibarıyla hâlen, 02.10.2006'da sevk edildiği Başbakanlık'ta bulunan Borçlar Kanunu Tasarısı'nın metni için bkz.: www.kgm.adalet.gov.tr.

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

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

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

Görüldüğü gibi düzenleme ile menkul satımlarında hasarın zilyedliğin devri anında intikal etmesi öngörülmektedir.

C. CISG'daki Düzenleme

1. Genel Olarak

CISG sisteminde hasarın intikaline ayrılan IV. Bölüm'ün ilk maddesinde (CISG m. 66) hasarın intikalinin temel sonucu ve bunun istisnası düzenlenmiş, devam eden maddelerde (CISG m. 67-69) ise hasarın hangi anda intikal edeceği hüküm altına alınmıştır. IV. Bölüm'ün son maddesinde (CISG m. 70) hasarın intikali meselesi ile sözleşmenin esaslı ihlali kavramı arasındaki ilişki düzenlenmiştir.

Antlaşmada hasar kavramının tanımı yapılmamıştır. CISG anlamında hasar doktrinde, sözleşmenin kurulması ile ifası arasında, taraflardan hiçbirinin sorumlu olmadığı, üçüncü bir şahıs nedeniyle yahut bir doğa olayı yüzünden meydana gelen ziya yahut zarar sonucu malın objektif olarak sözleşmeye aykırı hâle gelmesi olarak tanımlanmaktadır⁷⁴. Malın çalınması yahut taşıyıcının kusuru yüzünden zarar görmesi durumunda da CISG anlamında bir hasarın söz konusu olduğu kabul edilmektedir⁷⁵.

⁷⁴ Münchener Kommentar/BENICKE, s. 617; Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetzen und Nebengesetz: Wiener UN- Kaufrecht (CISG), Neubearbeitung 2005, Sellier – de Gruyler, Berlin, s. 648, 649; ACHILLES, s. 196; AKKANAT, s. 270 vd.; BRUNNER, s. 368; ROMEIN, N. 1.I.1.

⁷⁵ Staudingers Kommentar/MAGNUS, s. 649; Münchener Kommentar/ BENICKE, s. 617; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/HAGER, s. 636; Peter SCHLECHTRIEM, *Internationales UN- Kaufrecht*, 2. neubearbeitete Auflage, Mohr Siebeck, Tübingen 2003, s. 145; ACHILLES, s. 196; BRUNNER, s. 368; VALIOTI, N. II.A.ii.

Bizim de katıldığımız bir görüşe göre⁷⁶ CISG'in hasarın intikaline dair hükümleri eşyanın uğradığı fiili zararlara göre düzenlenmiş olup, bir malın ithalinin veya ihracının yasaklanması gibi devletin egemenlik hakkından doğan müdahaleleri ise kapsamamaktadır. Zira anılan hâller bir hasar teşkil etmediği gibi, bunların sigortalıanmasına da imkân bulunmamaktadır. Bir diğer görüşe göre⁷⁷ ise anılan hâller ve bu arada olağanın dışındaki taşıma masrafları da hasar kavramının kapsamındadır.

CISG'da esas olarak semen hasarının intikali meselesi düzenlenmiş, edim hasarına ise değinilmemiştir⁷⁸. Nitekim hasarın intikali bölümünün ilk maddesi olan CISG m. 66'ya göre "hasarın alıcıya geçmesinden sonra malların zayi olması veya zarar görmesi alıcıyı *semeni ödeme yükümlülüğünden* kurtarmaz, meğer ki ziya veya zarar satıcının bir eyleminden veya kaçınmasından kaynaklanmış olsun.". Görüldüğü gibi bu maddede hasarın intikalinin sonuçları semen hasarı bakımından düzenlenmiştir⁷⁹. Ancak doktrinde semen hasarına ilişkin düzenlemelerden, edim hasarının intikaline dair bir sonuç çıkarmanın mümkün olduğu ifade edilmektedir⁸⁰. Buna göre semen hasarının alıcıya intikal ettiği ana kadar edim hasarı satıcıdadır, bu andan itibaren ise alıcıya geçer⁸¹. Dolayısıyla CISG'in aşağıda incelenecek olan 67 ilâ 69. madde hükümlerinden hem semen hasarının hem de edim hasarının intikali anını tespit etmek mümkün olacaktır. Burada tartışma yaratan husus, satıcının ifa hareketlerini tamamlamasına rağmen semen hasarının henüz alıcıya geçmediği

⁷⁶ SCHLECHTRIEM, s. 146; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/HAGER, s. 636; *Münchener Kommentar*/BENICKE, s. 618; AKKANAT, s. 271; Sylvain BOLLÉE, "The Theory of Risks in the 1980 Vienna Sale of Goods Convention", <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/bollee.html>, N. II.I.B.1.a. Yazarlar bu tip durumlarda hasarın kime ait olacağını sözleşme ile belirleneceğini ifade etmektedirler. Romein de CISG anlamında hasarın fiziksel hasar olduğunu belirtmektedir. Bkz.: ROMEIN, N. I.I.1.

⁷⁷ *Staudingers Kommentar*/MAGNUS, s. 649; ACHILLES, s. 196; BRUNNER, s. 369.

⁷⁸ ACHILLES, s. 195, 196; BRUNNER, s. 365; *Staudingers Kommentar*/MAGNUS, s. 643, 645; ATAMER, *Satıcının Yükümlülükleri*, s. 262; a.y., *Oğuzman'a Armağan*, s. 156. Nitekim Schlechtriem/ Schwenzler/Hager de hasarın intikalini tanımlarken, hasar kavramını semen hasarı olarak ele almaktadırlar. Bkz.: SCHLECHTRIEM/ SCHWENZER/HAGER, s. 635, 637.

⁷⁹ *Münchener Kommentar*/BENICKE, s. 617; AKKANAT, s. 270.

⁸⁰ ATAMER, *Satıcının Yükümlülükleri*, s. 262.

⁸¹ *Staudingers Kommentar*/MAGNUS, s. 645; BRUNNER, s. 368, 371; ATAMER, *Satıcının Yükümlülükleri*, s. 262-263; a.y., *Oğuzman'a Armağan*, s. 160; *Münchener Kommentar*/BENICKE, s. 619; SCHLECHTRIEM/ SCHWENZER/HAGER, s. 652.

bazı hâllerde durumun ne olacağıdır⁸². Bir görüşe göre⁸³ edim hasarı alıcıya intikal edecek ve satıcı yeni mal tedarik etme yükümlülüğünden kurtulacak; ancak semen hasarı henüz alıcıya intikal etmemiş olduğu için semeni elde edemeyecektir. Bizim de katıldığımız bir diğer görüşe göre ise⁸⁴ gerek edim ve semen hasarının aynı anda intikali ilkesinden taviz vermemek için, gerekse CISG m. 36 gereği, satıcının üzerine düşen her şeyi yapmış olmasına rağmen edim hasarını bir süre daha taşımaya devam etmesi daha doğru bir çözümdür. Zira CISG m. 36 uyarınca malların sözleşmeye uygun olup olmadığını tespit anı hasarın alıcıya geçtiği andır. Antlaşmada edim hasarı kavramı hiç kullanılmamış olduğu için burada hasar ile kastedilen semen hasarıdır. Şu durumda anılan madde gereğince satıcı, hasarın alıcıya geçtiği anda mevcut olan sözleşmeye aykırılıktan sorumlu olacak; malların sözleşmeye uygunluğunun rizikosunu o ana kadar taşıyacaktır. Dolayısıyla edim ve semen hasarının aynı anda intikali CISG bakımından ilkeden öte bir anlam taşımaktadır, zira CISG m. 36 gereği zorunludur⁸⁵.

Belirtmek gerekir ki CISG'in hasarın intikaline ilişkin hükümlerinin uygulanabilmesi için tarafların sözleşme ile aksine bir düzenleme yapmamış olmaları gerekir⁸⁶. Ancak modern ticaret hayatında hasarın intikal ettiği an çoğu kez taraflar arasındaki sözleşmede belirlenmekte, istisnai olarak bu hususta bir anlaşma yoksa kanun yahut antlaşmalardaki düzenlemeler uygulanabilmektedir⁸⁷. Doktrinde, sıklıkla sözleşme ile, özellikle de INCOTERMS (International Commercial Terms)⁸⁸ ile CISG'in ilgili

⁸² Bu hâllere ilişkin örnekler için bkz.: *Staudingers Kommentar/ MAGNUS*, s. 645; ATAMER, *Satıcının Yükümlülükleri*, s. 273 dn. (802).

⁸³ *Staudingers Kommentar/MAGNUS*, s. 645; BRUNNER, s. 368.

⁸⁴ ATAMER, *Satıcının Yükümlülükleri*, s. 273 vd.

⁸⁵ Aynı yönde: SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/HAGER, s. 652.

⁸⁶ *Staudingers Kommentar/MAGNUS*, s. 648; ATAMER, *Satıcının Yükümlülükleri*, s. 264; John HONNOLD, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, second edition, Kluwer, Deventer Boston 1991, s. 455.

⁸⁷ CERUTTI, s. 471 N. 867; HONNOLD, s. 455.

⁸⁸ INCOTERMS, uluslararası alım-satımlarda tarafların yükümlülüklerine, özellikle malların sevk ve teslimine ilişkin kuralların yorumuna dair standart bir kurallar kataloğudur. Taraflar sözleşmelerinde INCOTERM'lerden birine atıf yapmak suretiyle alım-satım konusu malın sevk ve teslim şeklini, şartlarını ve malla ilgili risk ve masrafların hangi tarafa ait olacağını belirlemiş olurlar. Milletlerarası Ticaret Odası (MTO), INCOTERM'leri 560 numaralı broşüründe toplamıştır. Bkz.: Cemal ŞANLI/Nuray EKŞİ, *Uluslararası Ticaret Hukuku*, gözden geçirilmiş ve yenilenmiş 5. bs., Arıkan, İstanbul 2006, s. 113; AKKANAT, s. 274. INCOTERM'lerin ortaya çıkışı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: HOFFMANN, N. I.4.a; VALIOTI, N. I.B.

hükümlerinin değiştirildiği, somutlaştırıldığı ve böylece esnekliğin sağlandığı; dolayısıyla bu hükümlerin çok ender olarak doğrudan uygulandığı ifade edilmektedir⁸⁹. Ancak INCOTERM'lerde de CISG ile aynı çizginin izlenmiş olması dolayısıyla sonucun genelde farklı olmayacağı belirtilmektedir⁹⁰.

CISG sisteminde hasarın intikali meselesi gerek teslim kavramından⁹¹ gerekse mülkiyetin nakli⁹² sorunundan bağımsız olarak düzenlenmiştir⁹³. Bir görüşe göre⁹⁴ CISG'in hasarın intikaline dair kuralları bakımından taraflardan hangisinin mali sigorta ettirme imkânına sahip olduğu hususu esaslı bir kriter teşkil etmektedir. Bir başka görüşe göre⁹⁵ ise CISG sisteminde hasarın intikali bakımından temel kriter, mal üzerindeki fiili hakimiyettir. Hasarın intikaline ilişkin düzenlemelerde "deliver - teslim" ifadesi yerine "hand over - devretmek - vermek - tevdi etmek" ifadesinin kullanılmış olması, teslim kavramının merkezi bir konum almasının önüne geçmek bakımından dikkat çekici ise de, CISG'in teslim borcunu düzenleyen 31 maddesi hasarın intikaline ilişkin hükümlerle birlikte ele alındığında, hasarın bazı istisnalar⁹⁶ dışında kural olarak teslim ile intikal ettiği anlaşılmaktadır⁹⁷. Doktrinde de hasarın kural olarak teslimle geçeceği ifade edilmektedir⁹⁸. Bu nedenle hasarın intikali meselesini düzenleyen CISG m. 67, 68 ve 69'un incelenmesinden önce, teslimine ilişkin CISG m. 31'e değinmekte fayda görmekteyiz.

⁸⁹ *Staudingers Kommentar/MAGNUS*, s. 643; *Münchener Kommentar/BENICKE*, s. 621; NICHOLAS, "Article 67", <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/nicholas-bb67.html>, 67/N. 2.1; AKKANAT, s. 274; BOLLÉE, N. I.I.

⁹⁰ ATAMER, *Satıcının Yükümlülükleri*, s. 264. Doktrinde CISG'in INCOTERM kurallarındaki temel çözümleri benimsediği, ancak INCOTERM kuralları kadar ayrıntılı düzenlemeler getiremediği/getirmek istemediği ifade edilmektedir. Bkz.: *Staudingers Kommentar/MAGNUS*, s. 645; BRUNNER, s. 367.

⁹¹ Hasarın intikali bakımından meselenin teslim kavramı çerçevesinde çözümlenmesinin neden tercih edilmediği hakkında bkz.: ATAMER, *Satıcının Yükümlülükleri*, s. 263.

⁹² CISG m. 4 (b)de, satım sözleşmesinin satılan malların mülkiyeti üzerindeki olası etkilerinin antlaşmada düzenlenmediği belirtilmek suretiyle mülkiyetin intikali meselesi esasen CISG'in kapsamı dışında bırakılmıştır.

⁹³ ATAMER, *Satıcının Yükümlülükleri*, s. 263.

⁹⁴ *Münchener Kommentar/BENICKE*, s. 617.

⁹⁵ *Staudingers Kommentar/MAGNUS*, s. 643; BRUNNER, s. 366.

⁹⁶ İleride de görüleceği üzere hasar istisnaen teslimden önce (CISG m. 68 c. 2) ya da sonra (CISG m. 69 (3)) intikal edebilmektedir.

⁹⁷ Hasarın intikali bakımından sözleşmenin kurulduğu ya da mülkiyetin geçtiği anın neden tercih edilmediği hakkında bkz.: AKKANAT, s. 272.

⁹⁸ *Münchener Kommentar/BENICKE*, s. 621; ATAMER, *Satıcının Yükümlülükleri*, s. 263 vd.

CISG m. 31: Satıcı malları belirli başka bir yerde teslim etmek zorunda değilse teslim borcu aşağıdaki gibidir:

(a) Satım sözleşmesi malların taşınmasını gerektiriyorsa, alıcıya ulaştırılmaları için malları ilk taşıyıcıya vermek;

(b) önceki bendin kapsamına girmeyen hâllerde; sözleşmenin, ferden belirlenmiş mallara veya belirli bir stoktan karşılanacak nevan belirlenmiş mallara veya imal edilecek yahut üretilecek mallara ilişkin olması ve tarafların sözleşmenin kurulduğu sırada malların belirli bir yerde bulunduğunu veya orada imal edileceğini yahut üretileceğini bilmeleri durumunda, malları bu yerde alıcının tasarrufuna hazır bulundurmak;

(c) diğer hâllerde sözleşmenin kurulduğu sırada satıcının işyerinin bulunduğu yerde malları alıcının tasarrufuna hazır bulundurmak.

Aşağıda ayrıntılı olarak incelenecek olan CISG'in hasarın intikaline dair hükümlerinden m. 67 gönderme borcu içeren satım sözleşmeleri; m. 68 nakil hâlindeki mallara ilişkin satım sözleşmeleri; m. 69 sayılan hâllerin dışında kalan satım sözleşmeleri bakımından konuyu düzenlemekte; m. 70 ise sözleşmeye aykırı ifa hâlinde durumun ne olacağını ortaya koymaktadır.

2. Gönderme Borcu Doğuran Satım Sözleşmelerinde Hasarın İntikali (CISG m. 67)

a. Genel Olarak

Gönderme borcu doğuran satım sözleşmelerinde⁹⁹ hasarın intikali meselesi şu şekilde düzenlenmiştir:

CISG m. 67: (1) Satım sözleşmesi malların taşınmasını gerektiriyorsa ve satıcı malları belirli bir yerde vermeye mecbur değilse hasar malların, alıcıya ulaştırılması amacıyla satım sözleşmesine uygun olarak ilk taşıyıcıya verilmesi ile alıcıya geçer. Satıcının malları belirli bir yerde taşıyıcıya vermesi gerekiyorsa malların o yerde taşıyıcıya verilmesine kadar hasar alıcıya geçmez. Satıcının malları temsil eden belgeleri alıkoyma hakkı olsa bile bu, hasarın intikaline engel olmaz.

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

⁹⁹ Tanımı için bkz.: BRUNNER, s. 374; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/HAGER, s. 640.

Düzenlemenin incelenmesine geçmeden önce belirtmek gerekir ki uygulamada taraflar arasındaki sözleşme yahut CISG m. 9 gereğince uygulanacak olan teamüller çoğu kez CISG m. 67'nin yerini almakta, böylece CISG m. 67 boşluk dolduran bir düzenleme niteliğini taşımaktadır¹⁰⁰.

CISG m. 67, satım sözleşmesinin malların taşınmasını gerektirdiği hâllerde uygulanacaktır. Bizim de katıldığımız görüşe göre¹⁰¹ bu, satım sözleşmesinin ifa edilebilmesi için malın bir yerden diğer bir yere gönderilmesinin gerektiği tüm hâller için getirilmiş bir düzenleme değildir. Hükmün uygulanabilmesi için üçüncü bir kişinin taşıma işini üstlenmesi gerekmektedir. Ayrıca sözleşmede, taşıma işinin organize edilmesini gerektiren veya buna yetki veren açık ya da örtülü bir şart bulunmalıdır. Aksi hâlde hemen hemen tüm uluslararası satımlarda bu maddenin uygulanması söz konusu olur.

Yukarıda da görüldüğü gibi gönderme borcu doğuran satım sözleşmeleri bakımından hasarın intikali meselesi BK m. 183/f. 2'de de benzer şekilde düzenlenmiş; mal başka bir yere gönderilecek ise, hasarın intikali için malların ayırt edilmiş olmalarının yanı sıra satıcının mallar üzerindeki yedini refetmiş olması aranmıştır. Bundan kasıt, malın satıcının elinden çıkması ve satıcının adamı olmayan taşımayla yükümlü kişiye tevdi edilmesidir. Ancak CISG m. 67'de daha ayrıntılı bir düzenleme getirilmiştir. Satıcının malı herhangi bir üçüncü kişiye vererek mal üzerindeki yedini refetmesinin, örneğin malı bir depoya bırakmasının yeterli olmadığı; muhakkak taşıyıcıya tevdi etmesinin gerektiği açıkça düzenlenmiştir. Ayrıca BK m. 183'ten farklı olarak, malın taşıyıcıya belirli bir yerde verilmesinin gerektiği hâllerde hasarın ancak bu yerde malın taşıyıcıya verilmesi ile intikal edeceği ifade edilmiştir.

CISG m. 67'de hasarın intikali, gerek mülkiyetin nakli gerekse taşıma işini kimin organize ettiği, ücretini kimin ödediği yahut taşıma esnasında malı kimin sigorta ettirdiği sorunlarından bağımsız olarak düzenlenmiştir¹⁰².

CISG m. 67 (1)in son cümlesinde satıcının malları temsil eden belgeleri alıkoyma hakkı olsa dahi bunun hasarın intikaline

¹⁰⁰ Staudingers Kommentar/MAGNUS, s. 655; SCHLECHTRIEM, s. 147; SCHLECHTRIEM/ SCHWENZER/ HAGER, s. 640.

¹⁰¹ NICHOLAS, art. 67/N. 2.2.

¹⁰² BRUNNER, s. 374; Staudingers Kommentar/MAGNUS, s. 656; Münchener Kommentar/BENICKE, s. 621.

engel olmayacağı da açıkça tasrih edilmiş; böylece hasarın intikali meselesinin mülkiyetin intikalinden tamamen bağımsız olduğu vurgulanmıştır¹⁰³.

Tüm taşıma süresi boyunca hasarın, bunu sigorta ettirme imkânına sahip olan tek bir tarafa yüklenmesi, özellikle konteyner taşımacılığında zararın hangi anda meydana geldiğini tespit etmenin son derece güç olması dolayısıyla, yaşanan karmaşanın önüne geçilmesini sağlayacak yerinde bir düzenleme-dir¹⁰⁴. Ayrıca alıcının malı teslim aldığı anda zararı tespit ettirmesinin, taşıyıcıyı ya da sigortacıyı dava etmesinin yahut zarara uğrayan malı -tamir ettirerek veya satarak- kurtarmasının, satıcıya nazaran daha kolay olacağı; düzenlemenin bu bakımdan da uygun olduğu ifade edilmektedir¹⁰⁵.

b. Gönderme Borcu Doğuran Satım Sözleşmelerinde Hasarın İntikalinin Şartları

i. Malların taşınmasının gerekli olması

Hasarın CISG m. 67 uyarınca intikal etmesi için her şeyden önce satım sözleşmesi uyarınca malların taşınmasının gerekli olması lazımdır. "Satım sözleşmesine uygun olarak malların ilk taşıyıcıya verilmesi" ile de yalnızca bu hususun teyit edildiği; malların ilk taşıyıcıya verilmesinin sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülük olmasının arandığı doktrinde haklı olarak ifade edilmektedir¹⁰⁶. Bizim de katıldığımız bu görüş uyarınca, burada hasarın intikalinin sözleşmeden kaynaklanan diğer yükümlülüklerin yerine getirilmesi, örneğin taşıyıcıya verilen malın sözleşmeye uygun olması şartına bağlanması amaçlanmamaktadır.

CISG m. 67 uyarınca hasarın intikal edebilmesi için ayrıca bağımsız bir taşıyıcı söz konusu olmalı ve mallar bağımsız taşıyıcı-

¹⁰³ *Staudingers Kommentar/MAGNUS*, s. 659; ATAMER, *Satıcının Yükümlülükleri*, s. 265 vd; a.y., *Oğuzman'a Armağan*, s. 157; Münchener *Kommentar/BENICKE*, s. 624; SCHLECHTRIEM, s. 147 vd; BRUNNER, s. 376; AKKANAT, s. 272 vd.

¹⁰⁴ *Münchener Kommentar/BENICKE*, s. 622; *Staudingers Kommentar/ MAGNUS*, s. 657; BRUNNER, s. 374; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/ HAGER, s. 641; AKKANAT, s. 278; NICHOLAS, art. 67/N. 3.1; BOLLÉE, N. I.I.A.

¹⁰⁵ P.M. ROTH, "The Passing of Risk", <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/roth.html>, N. 1; VALIOTI, N. II.A.iii; BOLLÉE, N. I.I.A; AKKANAT, s. 273; HONNOLD, s. 458, 459.

¹⁰⁶ *Münchener Kommentar/BENICKE*, s. 622; *Staudingers Kommentar/ MAGNUS*, s. 657 vd; ACHILLES, s. 198; BRUNNER, s. 374; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/HAGER, s. 641; AKKANAT, s. 275 vd.

ciya verilmelidir¹⁰⁷. Hatırlanacağı üzere teslim borcunun ifasını düzenleyen CISG m. 31'de satım sözleşmesinin malların taşınmasını gerektirmesi durumunda, malların alıcıya ulaştırılmaları için ilk taşıyıcıya verilmesi ile teslimin de gerçekleşeceği ifade edilmiştir. Dolayısıyla CISG m. 67'nin, teslim kavramından söz etmemekle beraber, gönderilecek borçlar bakımından hasarın teslimle intikalini öngördüğü söylenebilir¹⁰⁸. Satıcının yardımcı kişisi konumundaki, bağımsız olmayan bir taşıyıcıya malların verilmesi teslim olarak nitelendirilemeyeceğinden¹⁰⁹, CISG m. 67 bakımından hasarın alıcıya intikali neticesinin doğabilmesi için malların *bağımsız* bir taşıyıcıya tevdiinin şart olduğu kabul edilmelidir¹¹⁰.

Belirtmek gerekir ki birden çok taşıyıcı tarafından gerçekleştirilecek zincirleme bir taşıma söz konusu olup da ilk taşıyıcı bağımsız olmakla birlikte, taşıma işinin daha sonraki bir safhasını gerçekleştirecek olan sonraki taşıyıcı satıcının adamı olsa dahi, malın ilk bağımsız taşıyıcıya verilmesi ile hasar alıcıya intikal etmiştir, sonuç değişmez¹¹¹. Taşıyıcının bağımsız olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği ise uygulanacak olan ulusal hukuka göre belirlenecektir¹¹².

Teslim kavramının yaratacağı sakıncalardan kaçınmak için bunun yerine kullanılan "devretme - verme - tevdi etme - hand over" ifadesi konusunda belirsizlik bulunduğu; CISG m. 67 uyarınca hasarın intikali için mal üzerindeki hakimiyetin satıcı tarafından taşıyıcıya devredilmesinin bu bağlamda yeterli olacağı ifade edilmektedir¹¹³. Bizim de katıldığımız bir başka görüşe göre ise, malın ilk bağımsız taşıyıcıya gerçekten ve fiilen verilmesi gerekir; tasarrufa hazır bulundurma yeterli değildir¹¹⁴. Mal bir üçüncü kişinin, mesela bir depo sahibinin zilyedliğinde ise, taşı-

¹⁰⁷ SCHLECHTRIEM, s. 148; BRUNNER, s. 374; SCHLECHTRIEM/ SCHWENZER/ HAGER, s. 641; RABL, s. 116 vd.

¹⁰⁸ Doktrinde CISG m. 67'nin, CISG m. 31 (a)ya paralel bir düzenleme getirdiği; gerek hasarın intikali gerekse teslim borcunun ifası açısından aynı şartların arandığı ifade edilmektedir. Bkz.: Münchener Kommentar/ BENICKE, s. 621, 622; BRUNNER, s. 374. Aynı yönde: ACHILLES, s. 198.

¹⁰⁹ Bkz.: Münchener Kommentar/BENICKE, s. 622 vd; ATAMER, *Satıcının Yükümlülükleri*, s. 155; HONNOLD, s. 460.

¹¹⁰ AKKANAT, s. 276; ATAMER, *Satıcının Yükümlülükleri*, s. 265; *Staudingers Kommentar/MAGNUS*, s. 656; *Münchener Kommentar/ BENICKE*, s. 622 vd.; CERUTTI, s. 475 N. 875.

¹¹¹ *Staudingers Kommentar/MAGNUS*, s. 657.

¹¹² *Staudingers Kommentar/MAGNUS*, s. 657.

¹¹³ NICHOLAS, art 67/N. 2.3.

¹¹⁴ *Staudingers Kommentar/MAGNUS*, s. 657; ROTH, N. 1.

yıcının malı oradan almasını sağlayacak belgelerin verilmesi hasarın intikali sonucunu doğurmayacaktır¹¹⁵. Sözleşme ile bu husus düzenlenmemişse ve bir teamül de mevcut değilse, tereddüt hâlinde ancak malın taşıma aracına yüklenmesi ile CISG m. 67 anlamında ilk taşıyıcıya verildiği ve dolayısıyla hasarın da intikal ettiği kabul edilmelidir¹¹⁶.

Hükmün açık ifadesi gereği satıcı malı alıcıya ulaştırılması amacıyla ilk taşıyıcıya vermelidir. Mal başka bir amaçla taşıyıcıya verilmişse hasar da intikal etmeyecektir¹¹⁷. Malın taşıyıcıya tesliminin satıcı tarafından bizzat veya onun talimatlarıyla hareket eden üçüncü bir kişi tarafından gerçekleştirilmesi, malın belirli bir yerde taşıyıcıya verilmesinin gerektiği hâller dahil, hasarın intikalini etkilemez¹¹⁸. Alıcının üzerine düşen bazı yükümlülükleri zamanında yerine getirmemesi, örneğin varma yerini bildirmemesi dolayısıyla satıcı malı ilk taşıyıcıya verememişse, bu durum hasarın intikalini etkilemez, hasar satıcının üzerinde kalmaya devam eder; ancak alıcının, satıcının bu nedenle uğradığı zararı tazmin etmesi gündeme gelebilir¹¹⁹.

Malın taşıyıcıya belirli bir yerde verilmesi gerekiyorsa, CISG m. 67 uyarınca malın anılan yerde taşıyıcıya teslimi anına kadar hasarı satıcı taşıyacak, bu andan sonra ise hasar alıcıya intikal edecektir. Malın belirli yere kadar taşınması da bağımsız bir başka taşıyıcı tarafından gerçekleştiriliyor olsa dahi sonucun değişmeyeceği ve hasarı satıcının taşıyacağı doktrinde ifade edilmektedir¹²⁰. Satıcının birden çok yer arasından birini seçme hakkının bulunduğu durumlarda da CISG m. 67 anlamında malın taşıyıcıya verileceği belirli bir yer mevcuttur¹²¹.

ii. Malların ayırt edilmiş olması

CISG m. 67 (2) malların taşıyıcıya teslimini yeterli görmeyecek ayrıca ayırt edilmiş olmalarını da aramakta; böylece BK m. 183 ile paralellik arz etmektedir. Burada güdülen amaç, malın

¹¹⁵ *Münchener Kommentar*/BENICKE, s. 623.

¹¹⁶ *Staudingers Kommentar*/MAGNUS, s. 657.

¹¹⁷ *Staudingers Kommentar*/MAGNUS, s. 657.

¹¹⁸ NICHOLAS, art 66/N. 2.3, 2.4, 2.5.

¹¹⁹ *Münchener Kommentar*/BENICKE, s. 625 vd; ACHILLES, s. 198; *Staudingers Kommentar*/MAGNUS, s. 661; NICHOLAS, art 67/N. 3.3. Aksi görüşte: BRUNNER, s. 375. Yazar, bu durumda hasarın alıcıya intikal edeceğini ileri sürmektedir.

¹²⁰ *Münchener Kommentar*/BENICKE, s. 623; *Staudingers Kommentar*/MAGNUS, s. 658; SCHLECHTRIEM, s. 147; ACHILLES, s. 198; BRUNNER, s. 375; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/HAGER, s. 642.

¹²¹ *Staudingers Kommentar*/MAGNUS, s. 658; ACHILLES, s. 198.

kısmen zayi olması yahut zarara uğraması durumunda satıcının, zayi olan veya zarara uğrayan malın ait olduğu alıcıyı haksız ve yanlış olarak belirlemesinin önüne geçmek ve hasarın taşınması olgusunu dışarıya yansıtarak anlaşılabilir hâle getirmek, böylece manipülasyonları engellemektir¹²². Ayırt etme parça borcu bakımından başlangıçtan itibaren söz konusu olacak, nevi borcu bakımından ise ancak bunların somut olarak sözleşmeye tahsisi ile gerçekleşecektir¹²³. Şu durumda mal henüz ayırt edilmemişse, ilk bağımsız taşıyıcıya verilmesine rağmen satıcı hasarı taşımaya devam edecek; ancak malın ayırt edilmesinden sonra hasar alıcıya intikal edecektir. Ayırt etme hasarın intikali bakımından geriye etkili bir sonuç doğurmaz¹²⁴.

CISG m. 32 (1) teslim borcunun ifası bakımından gönderme borcu doğuran satım sözleşmelerinde malların taşıyıcıya verilmesinin yanında ayırt edilmesini / sözleşmeye tahsis edilmesini de aramaktadır. Dolayısıyla CISG m. 67 (2)de de esasen gönderme borcu doğuran satım sözleşmeleri bakımından teslim borcu CISG m. 32 (1)e uygun olarak gereği gibi ifa edilmedikçe hasarın intikal etmeyeceği düzenlenmiş olmaktadır. Bu noktada hüküm, CISG m. 32 ile uyum içindedir. Düzenlemede ayırt etmenin şekli konusunda satıcı serbest bırakılmakta¹²⁵; ancak CISG m. 32 (1)de örnek kabilinden sayılan bazı ayırt etme yollarına değinilmektedir. Bu bağlamda ayırt edici işaretler konulması, taşıma belgeleri düzenlenmesi ve alıcıya yapılacak bildirim zikredilmiştir. Şu durumda ayırt etme malın herhangi bir şekilde ve açıkça sözleşmeye tahsis edilmesi ile gerçekleşir¹²⁶. Alıcıya yapılacak bildirimden bir örnek olarak bahsedildiğine göre satıcı

¹²² NICHOLAS, art. 67/N. 2.7.; ACHILLES, s. 204; BOLLÉE, N. I.I.B.1; HONNOLD, s. 464.

¹²³ *Münchener Kommentar*/BENICKE, s. 624; AKINTÜRK, *Hasarın İntikali*, s. 120.

¹²⁴ *Staudingers Kommentar*/MAGNUS, s. 659 vd; *Münchener Kommentar*/BENICKE, s. 625; BRUNNER, s. 376; ATAMER, Oğuzman'a Armağan, s. 157; AKKANAT, s. 280; NICHOLAS, art. 67/N. 3.1. Aksi görüşte: SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/HAGER, s. 642. Yazarlar hasarın geriye etkili olarak intikalinin kabul edilmesi gerektiğini, böylece zararın ne zaman meydana geldiğine ilişkin ihtilafların engelleneceğini ileri sürmektedir. Nicholas da, CISG m. 67 ile taşıma sırasında hasarı mümkün olduğunca tek bir tarafın üzerine bırakarak aksi hâlde ortaya çıkabilecek ispat problemlerini önleme amacı güdüldüğünü; hasarın geriye etkili olarak intikal etmemesinin ise bu amacı tehlikeye düşürdüğünü ifade ederek düzenlemeyi eleştirmektedir. Bkz.: NICHOLAS, art. 67/N. 3.1.

¹²⁵ ATAMER, *Satıcının Yükümlülükleri*, s. 266; *Münchener Kommentar*/BENICKE, s. 624; *Staudingers Kommentar*/MAGNUS, s. 659.

¹²⁶ *Staudingers Kommentar*/MAGNUS, s. 659; BRUNNER, s. 376; HOFFMANN, N. II.1.d.

ayırt etme işlemini başka bir yolla gerçekleştirdiği takdirde ayrıca bu hususu alıcıya bildirmesi aranmayacaktır. Belirtmek gerekir ki satıcı ayırt etme işlemini alıcıya ihbarda bulunarak gerçekleştirmiş ise, CISG m. 27 gereğince ihbarın alıcıya vardığı anda değil gönderildiği anda hasar alıcıya intikal eder¹²⁷.

c. Dökme Yüklerde Durum

Dökme yükler bakımından alıcıya ihbarda bulunmak suretiyle malın ayırt edilmesinin sözleşmeye tahsis bakımından gerekli ve yeterli olup olmadığı tartışmalıdır. Dökme yükün tamamen zayi olması yahut tamamının zarar görmesi durumunda tüm alıcılar bu zarardan etkileneceğinden, satıcının manipülasyon yapma imkânı bulunmamakta ve dolayısıyla hasarın intikali meselesi bir güçlük arz etmemektedir. Ancak kısmi ziya veya zarar hâlinde malın hangi alıcıya ait olan kısmının zayi olduğunun / zarar gördüğünün tespiti son derece güç olduğundan hasara kimin katlanacağı bir sorun teşkil etmektedir.

Bir görüşe göre¹²⁸ alıcıya ihbarda bulunmak malın ayırt edilmesi bakımından yeterlidir. Bu görüş uyarınca satıcının zararın gerçekleşmesinden önce alıcıların paylarını belirlemiş ve bunu alıcılara yaptığı ihbarla yahut taşıma belgelerine geçirmek suretiyle belgelendirmiş olması şartıyla, zararın tüm alıcılar arasında hisseleri oranında paylaşılması gerekir. Zira aksi hâlde ilk taşıyıcıya verilmesi ile teslim edilmiş olan malın, salt birden fazla alıcı tarafından birlikte taşınması nedeniyle satıcının hasarı taşınması, adil olmayan bir sonuç teşkil edecektir¹²⁹. Bizim de katıldığımız bir diğer görüşe göre¹³⁰ ise, genelgeçer bir çözümden ziyade somut olayın özelliklerini dikkate alan bir çözüm tarzı daha isabetli olacaktır. Örneğin satıcı, makul bir masrafla malı somut olarak sözleşmeye tahsis edebilecek durumda olmasına rağmen bunu yapmamışsa, hasarı taşımaya devam edecek; sonuç olarak alıcılar arasında bir hasar ortaklığı (Gefahrgemeinschaft) da söz konusu olmayacaktır. Bunun ak-

¹²⁷ Münchener Kommentar/BENICKE, s. 625; SCHLECHTRIEM, s. 148; Staudingers Kommentar/MAGNUS, s. 659; BRUNNER, s. 376; NICHOLAS, art. 67/N. 2.7.

¹²⁸ Staudingers Kommentar/MAGNUS, s. 660; SCHLECHTRIEM/ SCHWENZER/ HAGER, s. 643; BRUNNER, s. 376; ACHILLES, s. 199. Anılan yazarlar bu durumda alıcılar arasında bir hasar ortaklığı (Gefahrgemeinschaft) oluşacağını ifade etmektedir.

¹²⁹ Staudingers Kommentar/MAGNUS, s. 660.

¹³⁰ Münchener Kommentar/BENICKE, s. 625. Nitekim Tunçomağ da bu konuda genel bir kural konulamayacağından her olayı yargıcın takdirine bırakmak gerektiğini haklı olarak ifade etmektedir. Bkz.: TUNÇOMAĞ., s. 82.

sine, uygun sayılabilecek bir masraf karşılığında malın sözleşmeye tahsisi ve somut olarak ayırt edilmesi mümkün değilse; alıcının satım sözleşmesinde malın dökme şekilde gönderilmesini kabul etmiş olması ve gerek malın tamamının gerekse muhtelif alıcıların paylarının ihbarda yahut taşıma belgesinde belgelendirilmiş olması hâlinde, ihbar ayırt etme bakımından yeterli sayılır. Böylece hasar alıcıya intikal eder ve alıcılar bakımından bir hasar ortaklığı söz konusu olur. Gerçekten de somut olayın şartlarına göre ortaya çıkabilecek muhtelif hâlleri birbirinden ayırt etmeden genelgeçer bir çözüm saptamaya çalışmak menfaatler durumuna uygun düşmemektedir. Zira malın salt birden fazla alıcı tarafından birlikte taşıtılması nedeniyle satıcının hasarı taşınması kadar; olayın şartlarını göz önüne almadan hasarın alıcıya intikalini kabul de adil olmayan bir sonuç teşkil etmektedir. Şu durumda, yukarıda zikrettiğimiz son görüş paralelinde, dökme yükler bakımından ayırt etmenin gerçekleşip gerçekleşmediği; dolayısıyla hasarın alıcıya intikal edip etmediği bakımından somut olay dikkate alınarak bir sonuca varılacaktır.

Varma yerinde satıcının bir temsilcisi tarafından dökme yükün alıcılar arasında paylaşılacağına kararlaştırılması durumunda ne olacağı CISG m. 67'de öngörülmemiştir¹³¹. Böyle bir hâlde alıcıya malın gönderildiği ihbar edilmiş olsa dahi, bunu yalnızca bir bilgi vermek olarak değerlendirmek ve hasarın alıcıya intikal etmediğini kabul etmek yerinde olacaktır¹³².

3. Taşıyıcıya Teslim Edilmiş Olan Mallarda Hasarın İntikali (CISG m. 68)

a. Hasarın Sözleşmenin Kurulması İle Alıcıya İntikali

Taşıyıcıya teslim edilmiş olan mallara ilişkin satım sözleşmeleri bakımından hasarın intikali meselesi şu şekilde düzenlenmiştir:

CISG m. 68: Taşıma hâlindeyken satılan mallara ilişkin hasar, satım sözleşmesinin kurulduğu andan itibaren alıcıya geçer. Ancak koşulların haklı göstermesi durumunda, taşıma sözleşmesine ilişkin belgeleri düzenleyen taşıyıcıya malların verilmesi anında hasar alıcı tarafından üstlenilir. Buna karşılık satım sözleşmesinin akdi anında malların zayi olduğunu veya zarar gördüğünü satıcının bildiği veya bilmesi gerektiği hâllerde bu

¹³¹ Münchener Kommentar/BENICKE, s. 625.

¹³² Münchener Kommentar/BENICKE, s. 625.

bilgiyi alıcıya açıklamamışsa ziya veya zarar rizikosunu satıcı taşır.

Şu durumda taşınmakta olan mala ilişkin satım sözleşmesinin kurulduğu anda hasar da alıcıya intikal edecektir. Sözleşmenin kurulduğu an ise CISG m. 23'e göre belirlenecektir. Anılan madde uyarınca kabul beyanının CISG m. 18 gereğince hüküm doğurduğu an, sözleşmenin kurulduğu andır.

Doktrinde¹³³ de haklı olarak belirtildiği üzere, burada CISG m. 67 (1)deki kuralın uygulanması mümkün değildir. Zira "alıcıya gönderilmek maksadıyla malın taşıyıcıya verilmesi" gerçekleşmemektedir.

Taşınmakta olan maldan kasıt, malın bağımsız bir taşıyıcıya teslimidir, yoksa malın taşıma aracına yüklenmiş olması veya taşıma işinin başlamış olması gerekmez¹³⁴. Bu nedenle "taşınmakta olan" yerine "taşıyıcıya teslim edilmiş olan" ifadesini tercih etmekteyiz.

CISG m. 68'in uygulanabilmesi için tarafların malın taşıyıcıya teslim edilmiş olduğunu düşünmeleri yeterlidir; maddenin son cümlesinden de anlaşıldığı üzere, mal zayi olmuş olsa dahi, taraflar bundan haberdar olmadıkça durum değişmez¹³⁵. Ancak malın taşıyıcıya teslim edilmiş olduğuna inanılarak bir satım sözleşmesi akdedilmiş ve fakat mal henüz bağımsız taşıyıcıya verilmemiş ise, sözleşmenin kurulması anında değil, malın bağımsız taşıyıcıya verildiği anda hasar alıcıya intikal eder¹³⁶.

Hatırlanacağı üzere BK m. 183'te taşıyıcıya teslim edilmiş olan mallara ilişkin olarak hasarın intikaline dair özel bir düzenleme getirilmemiştir. Şu durumda bunlar bakımından da genel kural uyarınca hasar, akdin kurulması ile alıcıya geçecektir (BK m. 183/f. 1). Bu ise CISG'daki düzenleme ile uyum içindedir.

Madde metninde malın ayırt edilmesine değinilmemiştir. Ancak doktrinde, nevi borçları bakımından CISG m. 67 (2) ve m. 69 (3)te öngörülmüş olan bu temel kuralın CISG m. 68 bakımından

¹³³ NICHOLAS, "Article 68", <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/nicholas-bb68.html>, N. 2.1.

¹³⁴ *Staudingers Kommentar/MAGNUS*, s. 663; *Münchener Kommentar/ BENICKE*, s. 627; *BRUNNER*, s. 377; *ACHILLES*, s. 200.

¹³⁵ *Staudingers Kommentar/MAGNUS*, s. 664.

¹³⁶ *Staudingers Kommentar/MAGNUS*, s. 664.

da söz konusu olduğu ve hasarın ancak malların somut olarak sözleşmeye tahsisi ile intikal edeceği ifade edilmektedir¹³⁷.

b. Hasarın Malların Taşıyıcıya Verilmesi İle Alıcıya İntikali

CISG m. 68 c. 2'de genel kurala bir istisna getirilmiş ve koşulların haklı göstermesi durumunda, taşıma sözleşmesine ilişkin belgeleri düzenleyen taşıyıcıya malların verilmesi anından itibaren hasarı alıcının üstleneceği belirtilmiştir. Böylece hasar geriye etkili olarak intikal etmekte; satım sözleşmenin kurulmasından evvel hasarın alıcıya geçmesi şeklinde istisnai bir durum söz konusu olmaktadır. Ancak bu sonuç durumun koşullarına uygundur. Zira taşıyıcıya teslim edilmiş olan malların zincirleme olarak satılması hâlinde, bunların hangi anda zayi olduklarının veya zarar gördüklerinin, bu çerçevede ziya veya zarar riskinin kimin üzerinde olduğunun tespiti son derece güçtür¹³⁸. Bu nedenle tüm taşıma süresi boyunca hasarı tek bir tarafın taşıması uygun olacaktır¹³⁹.

Düzenlemede "taşıma sözleşmesine ilişkin belgeleri düzenleyen taşıyıcı"dan söz edilmektedir. Burada belgelerle ifade edilmek istenen, taşıma sözleşmesinin kurulduğunu ispatlayan bütün belgelerdir¹⁴⁰. Taşıma işi, her biri anılan belgeleri düzenleyen birden çok taşıyıcı tarafından icra edilecekse, hasarın intikali bakımından belgeleri düzenleyen ilk taşıyıcıya malın verilmesi anı belirleyici olacaktır¹⁴¹. Taşıma işi herhangi bir belge düzenlenmeden gerçekleştirilmişse, bir görüşe göre¹⁴² malın ilk bağımsız taşıyıcıya teslimi ile hasar alıcıya intikal eder. Bizim de katıldığımız bir diğer görüşe göre¹⁴³ ise böyle bir durumda CISG m. 68 c. 2 uygulanmaz. Maddede açıkça "taşıma sözleşmesine dair belgeleri düzenleyen" taşıyıcıdan bahsedilmiştir. İlk görüş kabul edilirse bu ifade tamamen gereksiz kalmak-

¹³⁷ BRUNNER, s. 378 vd.; *Staudingers Kommentar/MAGNUS*, s. 667; *Münchener Kommentar/BENICKE*, s. 629.

¹³⁸ *Staudingers Kommentar/MAGNUS*, s. 664; ATAMER, *Satıcının Yükümlülükleri*, s. 267.

¹³⁹ BRUNNER, s. 378.

¹⁴⁰ *Münchener Kommentar/BENICKE*, s. 628; *Staudingers Kommentar/MAGNUS*, s. 664; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/HAGER, s. 646; BRUNNER, s. 378.

¹⁴¹ *Staudingers Kommentar/MAGNUS*, s. 665; ACHILLES, s. 201. Nitekim Benicke de belgeleri düzenleyen ilk bağımsız taşıyıcıya malın verilmesi anından itibaren hasarın alıcıya ait olacağını belirtmektedir. Bkz.: *Münchener Kommentar/BENICKE*, s. 628.

¹⁴² *Staudingers Kommentar/MAGNUS*, s. 665.

¹⁴³ SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/HAGER, s. 646; ACHILLES, s. 201.

tadır. Zira bu husus özellikle aranmasa idi, CISG m. 67'de olduğu gibi, malların ilk taşıyıcıya verilmesinden bahsedilmesi yeterli olurdu.

İncelemekte olduğumuz düzenleme çerçevesinde hasarın geriye etkili olarak intikalini haklı gösteren koşulların başında taşıma rizikolarının alıcı lehine, malın bağımsız taşıyıcıya verilmesi anından itibaren, geriye etkili olarak sigortalanmış olması gelir¹⁴⁴. Gerçekten de bu durumda ikinci alıcı sigorta himayesinden faydalanabileceği için hasarın geriye etkili olarak intikali sorun yaratmayacaktır¹⁴⁵. Koşulların hasarın geriye etkili olarak intikal etmesini haklı gösterip göstermediğinin tayininde tarafların iradesinin ne yönde olduğunun dikkate alınması gerekir¹⁴⁶. Nitekim tarafların niyetlerine atıfta bulunmak yerine *koşulların* haklı göstermesinden bahsedilmesi nedeniyle, bunun taraf iradelerinden önce geleceği gibi bir yoruma imkân tanınmış olduğu; ancak bu ifade ile tarafların niyetlerinin açıklanmadığı ve fakat bunun koşullardan anlaşılabilmesi hâllerin kastedildiği doktrinde belirtilmektedir¹⁴⁷. Hasarın birden çok kişi arasında bölünmesinin engellenmesi ile sağlanacak menfaat, alıcının sözleşmenin kurulmasından önce meydana gelen ziya veya zararın rizikosunu üstlenmemesine dair menfaatine ağır basıyorsa koşulların bunu haklı gösterdiği ifade edilebilir¹⁴⁸. Ancak bu sonuçtan ayrılmayı gerektiren tarafların açık iradesi her zaman önceliklidir¹⁴⁹. Tereddüt hâlinde CISG m. 68 c. 1'deki genel kural uygulanacaktır¹⁵⁰.

¹⁴⁴ SCHLECHTRIEM/ SCHWENZER/ HAGER, s. 646; *Staudingers Kommentar*/MAGNUS, s. 664; ATAMER, *Satıcının Yükümlülükleri*, s. 268; a.y., *Oğuzman'a Armağan*, s. 158; BRUNNER, s. 378; ACHILLES, s. 201; HONNOLD, s. 468 vd.; *Münchener Kommentar*/BENICKE, s. 627. Benicke, alıcının geriye etkili bir sigorta sözleşmesi akdetmeye hazırlanmasının yeterli olacağını ifade etmektedir.

¹⁴⁵ ATAMER, *Satıcının Yükümlülükleri*, s. 268.

¹⁴⁶ *Münchener Kommentar*/BENICKE, s. 627.

¹⁴⁷ NICHOLAS, art. 68/N. 2.2. Yazar "koşulların haklı göstermesi" ile ifade edilmek istenen bundan ibaretse, CISG m. 6 ve 9 (2) zaten taraf iradelerinin önde geleceğini düzenlemiş olduğundan, CISG m. 68 c. 2'nin tamamen fuzuli olduğu eleştirisinin getirilebileceğini; ancak konvansiyon hazırlanırken yaşanan zaman darlığının ve diğer koşulların göz önünde tutulması gerektiğini ifade etmektedir. Hoffmann da, taraflar bu hususta açıkça anlaşmış olmasalar dahi, durumun koşullarından iradelerinin bu yönde olduğu anlaşılabilirse hasarın geriye etkili olarak alıcıya intikal edeceğini belirtmektedir. Bkz.: HOFFMANN, N. II.2.

¹⁴⁸ *Münchener Kommentar*/BENICKE, s. 627.

¹⁴⁹ *Staudingers Kommentar*/MAGNUS, s. 664.

¹⁵⁰ *Münchener Kommentar*/BENICKE, s. 627.

Hasarın geriye etkili olarak intikal ettiği hâllerde de, satım akdinin kurulduğu anda, sözleşmenin ayırt edilmiş mallara ilişkin olması gerekir. Ayırt etme daha sonra gerçekleşmiş ise, ancak bu andan itibaren hasar alıcıya intikal edecektir¹⁵¹.

c. Satıcının Kötüniyetli Olması Hâli

Hasarın yukarıda ifade ettiğimiz şekilde istisnai olarak geriye etkili intikali, dolayısıyla alıcının henüz satım sözleşmesini akdetmediği bir tarihte malın zayi olmuş yahut zarara uğramış olmasının riskini taşıması nedeniyle satıcının bu durumu kötüye kullanması engellenmek istenmiştir¹⁵². Bu nedenle CISG m. 68'in son cümlesinde malların zayi olduğunun yahut zarara uğradığının satıcı tarafından sözleşmenin kurulması anında bilindiği yahut bilinmesinin gerektiği hâllerde hasarın da satıcıya ait olacağı hususu düzenlenmiştir. Belirtmek gerekir ki CISG m. 68 c. 3'ün, CISG sisteminde başlangıçtaki imkânsızlığın sözleşmenin geçerliliğini etkilemediğini dolaylı olarak ortaya koyduğu ifade edilmekte; bu bağlamda CISG m. 4 c. 2 gereğince¹⁵³, başlangıçtaki imkânsızlığın sözleşmenin butlanı sonucunu doğurduğu ulusal hukukların uygulanamayacağı belirtilmektedir¹⁵⁴.

Bizim de katıldığımız görüşe göre¹⁵⁵ incelemekte olduğumuz düzenleme yalnızca CISG m. 68 c. 2'ye ilişkindir. Nitekim CISG m. 68 c. 1'e göre hasar zaten sözleşmenin kurulması ile intikal etmektedir ve doktrinde de haklı olarak belirtildiği üzere, akdin kurulmasından önce malın zayi olması veya zarar görmüş bulunması söz konusu ise, bu bir hasar sorunu teşkil etmeyecektir¹⁵⁶. Bu nedenle esasen CISG m. 68 c. 3'ün, c. 1 bakımından uygulanma kabiliyeti bulunmamaktadır. Bu düzenleme ile güdülen amaç, hasarı geriye etkili olarak taşıyan alıcının mümkün olduğunca korunmasıdır.

151 *Münchener Kommentar/BENICKE*, s. 629.

152 ATAMER, *Satıcının Yükümlülükleri*, s. 268.

153 CISG m. 4 c. 2: "...except as otherwise expressly provided in this Convention, it is not concerned with (a) the validity of the contract or of any of its provisions ... – Konvansiyonda aksi açıkça belirtilmediği sürece, satım sözleşmesinin ya da sözleşmenin bazı hükümlerinin geçerliliği ile ilgili sorunlar bu konvansiyonun kapsamı dışındadır."

154 *Staudingers Kommentar/MAGNUS*, s. 666; *Münchener Kommentar/BENICKE*, s. 629; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/HAGER, s. 646; BRUNNER, s. 378.

155 *Staudingers Kommentar/MAGNUS*, s. 665; ATAMER, *Satıcının Yükümlülükleri*, s. 269; *Münchener Kommentar/BENICKE*, s. 628; ACHILLES, s. 201; NICHOLAS, art. 68/N. 2.4.

156 ATAMER, *Satıcının Yükümlülükleri*, s. 268 vd.; NICHOLAS, art. 68/N. 2.4.

Satıcının CISG m. 68 c. 3 uyarınca taşıyacağı ziya veya zarar rizikosunu, sözleşmenin kurulması anında bildiği yahut bilmesinin gerektiği rizikolardan ibarettir¹⁵⁷. Bu hususta hafif ihmalinin bulunması dahi yeterlidir¹⁵⁸. Bu noktada, CISG m. 8 (2) uyarınca aynı koşullardaki makul bir kişiden beklenebilecek olan hareket tarzı ölçü alınacaktır¹⁵⁹.

Bir görüşe göre, sonradan ortaya çıkan, ancak satıcının bildiği / bilmesinin gerektiği başlangıçtaki zarar ile arasında illiyet bağı olan zararların rizikosunu da, incelemekte olduğumuz düzenleme uyarınca satıcıya aittir¹⁶⁰. Durumu bir örnekle açıklamak faydalı olacaktır. Satıcının sözleşmenin kurulduğu esnada satım sözleşmesinin konusunu teşkil eden buğday yükünün dörtte birinin kurtlandığını bildiğini varsayalım. Deniz aşırı yolculuk esnasında hasar, yükün dörtte birine daha sirayet eder ve böylece yükün toplam yarısı kurtlanmış olursa, yukarıda ifade ettiğimiz görüş uyarınca satıcı, malın yarısının hasar görmesinin rizikosunu taşıyacaktır. Ancak satıcının aktüel olarak bildiği husus, buğday yükünün dörtte birinin kurtlanmış olduğudur. CISG m. 68/c. 3 uyarınca bu zararın rizikosunu satıcı taşımaktadır. Fakat daha sonra malın diğer dörtte birinin de kurtlanması, sözleşmenin kurulduğu esnada satıcının bildiği zararın sonucu olarak ortaya çıkan bir durumdur. Bu nedenle, zikrettiğimiz görüşe göre, anılan ek zararın rizikosunun da satıcıya ait olması gerekmektedir. Bizim görüşümüze göre ise, maddenin açık ifadesi gereği, ancak böyle bir zararın satıcı tarafından bilinmesi gerektiği kabul edilebiliyorsa bu sonuca varılabilir. Zira

¹⁵⁷ SCHLECHTRIEM/ SCHWENZER/ HAGER, s. 647; Staudingers Kommentar/ MAGNUS, s. 666; BRUNNER, s. 379. Aksi görüşte: Münchener Kommentar/ BENICKE, s. 628. Yazar, ispat problemlerinin önüne geçmek ve hem satıcının hem de alıcının hasarı birlikte taşınması durumunda, zararın tazmini taleplerinin yöneltmesinde ortaya çıkabilecek sorunları aşmak mülahazalarıyla satıcının sözleşmenin kurulması anında mevcut olan tüm zararlar bakımından rizikoyu taşıyacağı görüşündedir. Aynı yönde: NICHOLAS, art. 68/N. 2.3;

¹⁵⁸ Staudingers Kommentar/MAGNUS, s. 666; BRUNNER, s. 380; ACHILLES, s. 201. Aksi görüşte: Münchener Kommentar/BENICKE, s. 628. Yazar, maddenin uygulanabilmesi bakımından ağır ihmalin söz konusu olması gerektiğini ifade etmektedir.

¹⁵⁹ Staudingers Kommentar/MAGNUS, s. 666.

¹⁶⁰ BOLLÉE, N. I.II. Honnold da, satıcının malın zayi olduğunu veya zarara uğradığını bildiği hâlde alıcıyı bu durumdan haberdar etmemesinin hileli bir davranış teşkil edeceğini; satıcının bilmesi gereken ziya ve zarar hâlleri bakımından ise, alıcıyı bilgilendirmeyerek yükümlülüklerini ağır şekilde ihlal etmiş olacağını; böyle bir davranışın riskin paylaşılmasının neden olacağı güçlüklerle alıcının katlanması sonucunu doğurmaması gerektiğini ifade etmektedir. Bkz.: HONNOLD, s. 470.

düzenlemede satıcının bildiği yahut bilmesinin gerektiği zararlardan söz edilmektedir. Esasen, satıcının bildiği yahut bilmesinin gerektiği zararlar aynı sebepten doğan, ancak daha sonra ortaya çıkan yahut aynı sebebin dolaylı sonucu olan bir zararın, satıcı tarafından aktüel olarak bilinmese dahi, *bilinmesinin gerektiği* çoğu kez söylenebilecektir. Gerçekten de, örnek üzerinden ifade etmek gerekirse, deniz aşırı satıma ilişkin tecrübe sahibi olan satıcı ile aynı koşullardaki makul bir kişinin, deniz aşırı yolculuk esnasında kısmi kurtlanmanın yükün geri kalanını da etkileyeceğini bilmesi beklenir.

3. Önceki Maddelerin Kapsamına Girmeyen Hâllerde Hasarın İntikali (CISG m. 69)

a. Genel Olarak

CISG m. 67 ve 68'in kapsamına girmeyen tüm diğer hâller bakımından hasarın intikali meselesi şu şekilde düzenlenmiştir:

CISG m. 69: (1) Madde 67 ve 68'in kapsamına girmeyen hâllerde hasar alıcının malları teslim aldığı (take over) anda veya malları zamanında teslim almaması durumunda malın tasarrufuna hazır bulundurulduğu ve teslim almayarak (delivery) sözleşmeye aykırı bir davranışta bulunduğu andan itibaren alıcıya geçer.

(2) Ancak alıcının, satıcının işyerinden farklı bir yerde malı teslim almasının (take over) öngörüldüğü hâllerde hasar, teslim borcunun (delivery) muaccel olduğu ve alıcının o yerde malların tasarrufuna hazır bulundurulduğundan haberdar olduğu anda intikal eder.

(3) Sözleşmenin henüz ayırt edilmemiş mallara ilişkin olması hâlinde bunların ancak açıkça sözleşmeye tahsis edilmesi ile alıcının tasarrufuna hazır bulundurulduğu kabul edilir.

CISG m. 69, esasen hasarın intikaline ilişkin genel düzenlemeyi teşkil etmektedir¹⁶¹. CISG m. 67 ve 68'in kapsamına girmeyen hâllerde, taraflar arasındaki sözleşmede hasarın intikali ayrıca düzenlenmemişse ve uygulanacak bir teamül de mevcut değilse, CISG m. 69 tatbik edilecektir¹⁶².

Görüldüğü gibi aranılacak borçlar bakımından hasarın intikali malın alıcıya verilmesine (CISG m. 69 (1)), diğer tüm hâl-

¹⁶¹ ATAMER, *Satıcının Yükümlülükleri*, s. 269.

¹⁶² *Staudingers Kommentar/MAGNUS*, s. 670; NICHOLAS, "Article 69", <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/nicholas-bb69.html>, N. 2.1.

lerde ise malın alıcının tasarrufuna hazır bulundurulmasına (CISG m. 69 (2)) bağlanmıştır. Oysa teslim borcunun ifasını düzenleyen CISG m. 31 (b) ve (c)de, her iki hâlde de tasarrufa hazır bulundurmadan söz edilmektedir. Kural olarak hasarın teslimle intikalini öngören CISG sisteminde, hasarın intikaline ilişkin düzenlemelerle teslim borcuna ilişkin m. 31 arasında bir paralellik mevcuttur. CISG m. 69 (1) ile bundan ayrılınmıştır. Doktrinde düzenlemedeki bu ayrımın suni kaldığı ve sebebinin anlaşılamadığı haklı olarak ifade edilmektedir¹⁶³.

Belirtmek gerekir ki CISG m. 69'da birden "teslim – delivery" kavramı ile karşılaşmak şaşırtıcıdır. Zira CISG m. 67 ve 68'de teslim tabirinden kaçınılmışken, incelemekte olduğumuz maddede hem teslim ifadesine hem de daha önceki maddelerde teslim (delivery) yerine kullanılmış olan "devretmek – vermek – tevdi etmek" (hand over) ifadesine karışık bir şekilde yer verilmiştir.

b. Teslim Yeri Satıcının İşyeri İse

Maddenin ilk fıkrası uyarınca teslim yerinin satıcının işyeri olduğu borçlar bakımından hasarın, malın alıcıya tevdi ile intikal etmesi kuraldır¹⁶⁴. Malın bizzat alıcı yahut adamları veya görevlileri tarafından alınması bir fark yaratmaz¹⁶⁵. Malların zamanından önce devralınması hasarın intikaline engel olmaz¹⁶⁶.

Alıcı malları zamanında teslim almazsa, CISG m. 69 (1) uyarınca malların tasarrufuna hazır bulundurulduğu ve malları teslim almayarak sözleşmeye aykırı bir davranışta bulunduğu anda hasar da kendisine intikal eder. Alıcının malları zamanında teslim almaması vakıası CISG m. 60 uyarınca belirlenecektir¹⁶⁷. Buna göre alıcı, sözleşmede kararlaştırılan zamanda, böyle bir zaman kararlaştırılmamışsa uygun bir süre içinde malı fiilen devralmamış ve satıcının teslimi gerçekleştirebilmesi için kendisinden makul olarak beklenebilecek eylemlerde bulunmamış ise, malı zamanında teslim almadığı kabul edilir. Böylece alıcının

¹⁶³ ATAMER, *Satıcının Yükümlülükleri*, s. 270; a.y., *Oğuzman'a Armağan*, s. 159. Yazar, her iki durumda da malın alıcının tasarrufuna hazır bulundurulması anının esas alınmasının daha uygun olacağını haklı olarak belirtmektedir.

¹⁶⁴ *Staudingers Kommentar/MAGNUS*, s. 670; *SCHLECTRIEM/ SCHWENZER/ HAGER*, s. 649; *BRUNNER*, s. 382.

¹⁶⁵ *Staudingers Kommentar/MAGNUS*, s. 670; *Münchener Kommentar/BENNICKE*, s. 631; *BRUNNER*, s. 382; *ACHILLES*, s. 203.

¹⁶⁶ *Staudingers Kommentar/MAGNUS*, s. 670; *NICHOLAS*, art. 69/N. 3.2.

¹⁶⁷ *ACHILLES*, s. 203.

malı teslim almaması sözleşmeye aykırılık teşkil edecek¹⁶⁸ ve hasarın intikali bakımından malın alıcının tasarrufuna hazır bulundurulduğu an esas alınacaktır. Alıcının bu hususta CISG m. 79'a dayanarak sorumluluktan kurtulmasının mümkün olması, hasarın intikalini etkilemez; alıcı yalnızca satıcının uğradığı zararı tazmin yükümlülüğünden kurtulur¹⁶⁹. Zira anılan maddede, sözleşmenin ifa edilmemesinden doğan zararı tazmin yükümlülüğünden kurtulma şartları düzenlenmiş bulunmaktadır.

Satıcının teslim borcunu yerine getirmesini engelleyen sair sözleşmeye aykırılıkların da anılan madde kapsamına girip girmediği tartışmalıdır. Bir görüşe göre¹⁷⁰ anılan hâllerde, örneğin alıcı tarafından akreditif açılmadığı veya semen ödenmediği için satıcının malı teslim edememesi durumunda, hasar alıcıya intikal edecektir. Soruya olumsuz cevap veren diğer görüşe göre¹⁷¹ ise, ayırt edilmiş olarak alıcının tasarrufuna hazır bulundurulan mallar, alıcının sözleşmeye aykırı bir davranışı nedeniyle fiilen teslim edilemiyorsa, hasarı satıcı taşımaya devam edecektir. Maddede alıcının malı zamanında teslim almaması durumunda, malların tasarrufuna hazır bulundurulduğu ve teslim almayarak sözleşmeye aykırı bir davranışta bulunduğu anda hasarın kendisine intikal edeceği düzenlenmiştir. Teslim almamak, malı fiilen devralmamak kadar, satıcının malı teslim edebilmesi için gereken eylemlerde bulunmamak anlamına da gelmektedir (CISG m. 60 (1)). Ancak dikkat edilmelidir ki CISG m. 69 (1) uyarınca alıcının malı teslim almaması durumunda, teslim almayarak sözleşmeye aykırı bir davranışta bulunduğu anda hasar otomatik olarak alıcıya intikal etmemekte, bunun için malın tasarrufuna hazır bulundurulması, bu bağlamda sözleşmeye tahsis edilmiş olması da aranmaktadır. Şu durumda bize göre, alıcının üzerine düşen bir yükümlülüğü yerine getirmemesinden dolayı satıcı tarafından teslim gerçekleştirilemiyorsa, malın ayırt edilerek sözleşmeye tahsis edildiği ve alıcının tasarrufuna hazır bulundurulduğu anda hasar CISG m. 69 (1) uyarınca alıcıya intikal eder¹⁷². Teslim borcunun ifasını imkânsız kılmayan durum-

¹⁶⁸ SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/HAGER, s. 649; BRUNNER, s. 382.

¹⁶⁹ *Staudingers Kommentar*/MAGNUS, s. 671; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/HAGER, s. 649; BRUNNER, s. 382; ACHILLES, s. 203.

¹⁷⁰ *Staudingers Kommentar*/MAGNUS, s. 671; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/HAGER, s. 649, 651; BRUNNER, s. 382; ACHILLES, s. 203.

¹⁷¹ *Münchener Kommentar*//BENICKE, s. 631.

¹⁷² Aynı yönde: SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/HAGER, s. 651 vd. Yazarlar alıcının diğer sözleşmeye aykırı davranışları bakımından sonucun ne olacağı hususunda bir boşluk bulunduğunu; bu boşluğun CISG m. 7 (2) ge-

larda, örneğin alıcı tarafından semenin ödenmemesi nedeniyle satıcının teslimden kaçınması hâlinde, hasarın intikalinin bundan etkilenmeyeceği ve hasarın satıcı üzerinde kalacağı yönündeki görüşe¹⁷³ ise katılmıyoruz. Zira bize göre anılan hâllerde de CISG m. 60 anlamında, satıcı tarafından teslimin gerçekleştirilmesi için alıcının üzerine düşen bir yükümlülüğü yerine getirmemesi söz konusudur¹⁷⁴. Nitekim anılan maddede, sözü edilen yükümlülüklerin yerine getirilmemesinin teslimi imkânsız kılması aranmamaktadır.

CISG m. 69 (1) ve (2)'de sözü edilen "tasarrufa hazır bulundurma" kavramı maddenin 3. fıkrasında hasarın intikali müessesesine uygun olarak sınırlandırılmış ve mallar ayırt edilmedikçe alıcının tasarrufuna hazır bulundurulduklarının kabul edilemeyeceği hususu düzenlenmiştir. Somut olarak sözleşmeye tahsis, malın doğal özelliği gereği mümkün değilse (bir tanktan 10.000 ton yağ, vb.) malın hazır bulundurulmasının ve alıcı tarafından teslim alınmasının mümkün olmasının yeterli olduğu doktrinde ifade edilmektedir¹⁷⁵. Bizim de katıldığımız bir görüşe göre¹⁷⁶ bu durumda malın en azından hangi stoktan tedarik edileceğinin belirlenmesi ve dolayısıyla kabaca ayırt edilmiş olması gerekir.

CISG m. 31'de teslim borcunun ifası bakımından sözleşmeye tahsis aranmamaktadır. Bu husus, m. 32'de ve yalnızca gönderme borcu doğuran satım sözleşmeleri bakımından düzenlenmiştir. Dolayısıyla satıcı tarafından teslim borcu CISG m. 31'e uygun olarak ifa edilse dahi, malların sözleşmeye tahsisi gerçekleşmedikçe hasar da intikal etmeyecektir. Böylece istisnai bir durum olarak hasarın teslimden sonra intikali söz konusu olabilecektir.

Maddede satıcının malın tasarrufuna hazır bulundurulduğundan alıcıyı haberdar etmesi aranmamaktadır. Şu durumda tasarrufa hazır bulundurma bakımından böyle genel bir ihbar

reğince doldurulabileceğini ifade etmektedir. Buna göre, alıcının sözleşmeye aykırı hareketi dolayısıyla malın teslimi ve böylece hasarın intikali gerçekleştirilemiyorsa, CISG m. 69 (1) bakımından genel ilke, hasarın alıcıya intikal etmesidir.

¹⁷³ NICHOLAS, art. 69/N. 3.4.

¹⁷⁴ Aynı yönde: ACHILLES, s. 203.

¹⁷⁵ *Staudingers Kommentar/MAGNUS*, s. 671; NICHOLAS, art. 69/N. 3.1.; ACHILLES, s. 204. Anılan son yazar bu hâlde bir hasar ortaklığı söz konusu olacağını ve malın kısmen zayi olması yahut zarar görmesi durumunda alıcıların hasara payları oranında katlanacaklarını ifade etmektedir.

¹⁷⁶ SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/HAGER, s. 651.

yükümlülüğü olmamakla birlikte somut olayın özelliklerine göre söz konusu olabilecektir. Şöyle ki, sözleşme ile teslim alma bakımından bir tarih belirlenmemiş ise satıcı alıcıyı haberdar etmekle yükümlü olacaktır¹⁷⁷. Doktrinde ifade edilen ve bizim de katıldığımız görüşe göre¹⁷⁸ aranacak borçlarda ihbar yükümlülüğünün söz konusu olduğu hâllerde, bu, teslim yükümlülüğünün kapsamında değerlendirilmek gerekir. Bu görüşe göre, taraflar sözleşmede kesin bir ifa tarihi saptamışsa ihbar zaten gerekmeyecek; vadede malın hazır bulundurulması ve sözleşmeye tahsis edilmesi durumunda hasar alıcıya intikal edecektir. Eğer ifa için kesin bir tarih değil de bir dönem belirlenmişse ve satıcıya bu dönem içindeki herhangi bir zamanda ifa etme hakkı tanınmışsa (CISG m. 33 (b)) satıcının malı hazır bulundurduğunu alıcıya ihbar etmesi, teslim borcunun bir parçasını teşkil etmektedir. Dolayısıyla bu anda, mal sözleşmeye tahsis edilmişse, hasar alıcıya intikal eder. İfa için hiçbir şekilde tarih belirlenmemişse CISG m. 33 (c) uyarınca satıcı, sözleşmenin kurulmasından itibaren makul bir süre içinde ifa ile yükümlüdür. Alıcının bu tarihi bilmesi ise mümkün olmayacaktır. Bu nedenle satıcının ihbar yükümlülüğü yine teslim borcunun bir parçasını teşkil etmektedir.

c. Teslim Yeri Satıcının İşyeri Dışında Bir Yer İse

Satıcının işyeri dışındaki tüm diğer teslim mahalleri bakımından düzenleme getiren¹⁷⁹ ikinci fıkrada ise, malın fiilen devredildiği an değil, teslim borcunun muaccel olduğu ve alıcının, malların tasarrufuna hazır bulundurulduğundan haberdar olduğu an esas alınmıştır. Teslim borcunun muaccel olup olmadığı sözleşmeye, sözleşmede bir hüküm bulunmaması hâlinde konvansiyona (CISG m. 33) göre tespit edilecektir¹⁸⁰. Görüldüğü gibi burada, malların alıcının tasarrufuna hazır bulundurulması yeterli olmamakta; ayrıca alıcının bundan haberdar olması aranmaktadır. Alıcının durumu nasıl öğrendiği önem taşımaz¹⁸¹.

¹⁷⁷ *Staudingers Kommentar/MAGNUS*, s. 671; *SCHLECTRIEM/SCHWENZER/HAGER*, s. 649; *BRUNNER*, s. 382; *ACHILLES*, s. 203.

¹⁷⁸ *ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri*, s. 271.

¹⁷⁹ *Staudingers Kommentar/MAGNUS*, s. 672.

¹⁸⁰ *Staudingers Kommentar/MAGNUS*, s. 672.

¹⁸¹ *Staudingers Kommentar/MAGNUS*, s. 673. Bir görüşe göre, alıcının malların ne zaman ve nerede tasarrufuna hazır bulundurulduğunu bilmemesi durumunda satıcının alıcıyı bundan haberdar etmesi icap eder. Bkz.: *Münchener Kommentar/BENICKE*, s. 632. Ancak belirtmek gerekir ki burada satıcının bir ihbar yükümlülüğü bulunmamaktadır. Hasarın intikali bakımından alıcının haberdar olması ek bir şart olarak arandığından, ha-

Esasen satıcı tarafından bu hususun alıcıya ihbar edilmesinden değil de alıcının bundan haberdar olmasından bahsedilmekle bu husus dolaylı olarak ifade edilmiş olmaktadır. Ancak alıcının malların tasarrufuna hazır bulundurulduğundan gerçekten haberdar olması şarttır; ağır ihmali nedeniyle öğrenememiş olması hasarın intikali sonucunu doğurmaz¹⁸².

Mal eğer üçüncü bir kişinin zilyedliğinde bulunuyorsa, malın alıcının tasarrufuna hazır bulundurulduğunun kabulü için, alıcının malı üçüncü kişiden talep edebilecek duruma getirilmesi gerekir¹⁸³.

III. Hasarın İntikalinin Sonuçları

1. Borçlar Kanunu'nda

Hasarın intikal ettiği an tespit edildikten sonra, bu intikalın sonuçları üzerinde de durmak gerekmektedir. Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, konuya ilişkin genel düzenlemeyi teşkil eden BK m. 117 uyarınca, borçluya isnat olunamayan hâller dolayısıyla borcun ifası mümkün olmazsa borç sakıt olur. Dolayısıyla alacaklı tarafından borcun ifası talep edilemez. Bu nedenle tek tarafa borç yükleyen akitlerle eksik iki tarafa borç yükleyen akitler bakımından hasarın alacaklıya ait olduğu düşünülebilir¹⁸⁴. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre, karşılıklı taahhütleri havi akitlerde, bu suretle beri olan borçlu, haksız iktisaplara ilişkin hükümler uyarınca almış olduğu şeyleri iade etmeye mecbur ve kendisine henüz tediye edilmemiş bulunan şeyi istemek hakkından mahrum olur. Dolayısıyla tam iki tarafa borç yükleyen akitlerde BK m. 117/f. 2 hasarı borçluya yüklemiştir¹⁸⁵. Buna göre hasarın intikalinin sonucu, her iki tarafın da kendi edimini ifa

sarı taşımak istemeyen satıcının alıcıyı durumdan haberdar etmekte zaten menfaati bulunmaktadır.

¹⁸² *Staudingers Kommentar/MAGNUS*, s. 673; ATAMER, *Satıcının Yükümlülükleri*, s. 270; ACHILLES, s. 204.

¹⁸³ ATAMER, *Satıcının Yükümlülükleri*, s. 271; *Münchener Kommentar/BENNICKE*, s. 632; SCHLECHTRIEM/ SCHWENZER/ HAGER, s. 650; BRUNNER, s. 383; NICHOLAS, art. 69/N. 2.3.; ACHILLES, s. 204.

¹⁸⁴ TANDOĞAN, s. 108; YAVUZ, s. 56; AKINTÜRK, *Hasarın İntikali*, s. 65; FEYZİOĞLU, s. 205; TUNÇOMAĞ, s. 66 vd. Oğuzman/Öz de bu durumda imkânsızlığın ekonomik sonuçlarına alacaklının katlanacağını ifade etmektedir. Bkz.: OĞUZMAN/ÖZ, s. 446.

¹⁸⁵ TANDOĞAN, s. 108; SEROZAN, §15 N. 7a; ARAL, s. 78; EREN, s. 921; YAVUZ, s. 56; AKINTÜRK, s. 65; FEYZİOĞLU, s. 205; TUNÇOMAĞ, s. 66. Oğuzman/Öz de bu durumda imkânsızlaşmanın ekonomik etkisinin borçlu üzerinde olduğunu ifade etmektedir. Bkz.: OĞUZMAN/ÖZ, s. 446.

zorunluluğundan kurtulması ve karşı edimi talep hakkını kaybetmesidir. Görüldüğü gibi maddede edimleri tasfiyeye yönelik bir çözüm benimsenmiştir¹⁸⁶.

Konuyu satım sözleşmeleri bakımından özel olarak düzenleyen ve BK m. 117/f. 3'te sözü edilen kanuni istisnalardan biri olan BK m. 183 hükmü uyarınca hasar, sözleşmenin kurulması ile alıcıya intikal eder. Hasarın intikalinin sonucu ise, satılan mal teslimden önce zayi olsa yahut zarar görse dahi, alıcının yine de semeni tam olarak ödeyecek olmasıdır. Buna mukabil satıcının, alıcıya yeni bir mal tedarik etme yükümlülüğü bulunmamaktadır.

2. Borçlar Kanunu Tasarısı'nda

Borçlar Kanunu Tasarısı'nın imkânsızlık başlığı altındaki 135. maddesi ile BK m. 117 hükmüne esaslı bir değişiklik getirilmemiştir. Tasarıda da edimlerin tasfiyesine yönelik çözüm benimsenmiştir.

Satım sözleşmeleri bakımından ise konu, yarar ve hasar başlığı altındaki 207. maddede düzenlenmiştir. Yukarıda da değinildiği üzere tasarıda, menkul satımları bakımından zilyedliğin devri ile hasarın alıcıya intikal etmesi kabul edilmiştir. Hasarın intikalinin sonucu, malın ziyaa uğramış yahut zarar görmüş olmasına rağmen alacaklının semeni tam olarak ödemek zorunda olması; satıcının ise yeni bir mal tedarik etmek zorunda bulunmamasıdır.

3. CISG'da

Hasarın intikalinin en önemli ve temel neticesi CISG m. 66'da düzenlenmiştir. Buna göre, hasarın alıcıya intikalinden sonra mal ziyaa uğrasa yahut zarar görse dahi alıcı semeni tam olarak ödemekle yükümlüdür. Bunun tek istisnası ziyaa veya zarara satıcının bir hareketi yahut kaçınması ile sebep olmasıdır. Bu istisna ile hasarın intikali bakımından tarafların hiçbirinin sorumluluğunu gerektirmeyen ziya ve zarar hâllerinin söz konusu olduğu hususu bir kez daha vurgulanmış olmaktadır¹⁸⁷. BK sisteminde bu husus açıkça zikredilmemiş olsa dahi bu durum bir farklılık yaratmamaktadır. Zira yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, hasarın intikaline ilişkin hükümlerin uygulanabilmesi için önkoşul, zararın taraflardan birinin sorumluluğunu doğura-

¹⁸⁶ SEROZAN, § 15 N. 3.

¹⁸⁷ *Münchener Kommentar/BENICKE*, s. 618. Nitekim hasar kavramından bu sonucun zaten çıkarılabileceği ifade edilmektedir. Bkz.: BRUNNER, s. 370.

çak şekilde gerçekleşmemesi, “tarafsız” bölgede vuku bulmasıdır¹⁸⁸. Dolayısıyla ziyaa veya zarara satıcının bir hareketi yahut kaçınması ile sebep olması durumunda, BK bakımından da hasarın intikalinin sonuçları doğmayacaktır.

Ziyaa veya zarara satıcının bir hareketi yahut kaçınması ile sebep olması durumunun daha yakından incelenmesi faydalı olacaktır. Belirtmek gerekir ki CISG m. 66’da, CISG m. 36’dan farklı olarak, sözleşmeye aykırılıktan bahsedilmemektedir. CISG m. 36’ya göre “(1) Satıcı hasarın alıcıya geçtiği anda mevcut olan sözleşmeye aykırılıktan, sözleşmeye aykırılık bu andan sonra belirgin hâle gelmiş olsa dahi, sözleşme ve antlaşma uyarınca sorumludur. (2) Satıcı bu andan sonra ortaya çıkan ve malların belirli bir süre için mutat amaca veya belirli bir amaca elverişli kalacağı yahut belirli nitelikleri veya özellikleri muhafaza edeceği konusundaki garantinin ihlali de dahil olmak üzere, herhangi bir yükümlülüğünün ihlaline dayanan sözleşmeye aykırılıktan sorumludur.” CISG m. 66’da satıcının zarara yol açan eylemi veya kaçınması bakımından böyle bir sınırlandırma yapılmamıştır. Hazırlık çalışmaları sırasında CISG m. 66’daki ifadenin bilinçli olarak bu şekilde bırakıldığı ve CISG m. 36’ya göre daha geniş kapsamlı bir ifadenin tercih edildiği; böylece satıcının zarara yol açan hareket veya kaçınmasının sözleşmeye aykırılık teşkil etmediği fakat bir yükümlülüğünün ihlali niteliğinde olduğu hâllerde de alıcının semeni ödeme borcundan kurtarılmasının amaçlandığı ifade edilmektedir¹⁸⁹. Ancak salt zarara sebep olmanın yeterli olmayacağı¹⁹⁰; aksi hâlde hasarın intikalinden öncekine göre satıcının sorumluluğunun ağırlaşacağı, bu nedenle ancak objektif özen yükümlülüklerine (objektif gebotene Sorgfaltspflichten) aykırılık hâlinde alıcının semeni ödemekten kurtulacağı haklı olarak ifade edilmektedir¹⁹¹. Belirtmek gerekir

188 ATAMER, *Satıcının Yükümlülükleri*, s. 259.

189 Staudingers Kommentar/ MAGNUS, s. 651; Münchener Kommentar/ BENNICKE, s. 618; BRUNNER, s. 371; NICHOLAS, “Article 66”, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/nicholas-bb66.html>, N. 2.2.; SCHLECTRIEM/ SCHWENZER/ HAGER, s. 637. Schlechtriem/Schwenger/Hager buna örnek olarak, hasarın yükleme limanında alıcıya intikal ettiği FOB satışlarda satıcının, yük varma limanına ulaştıktan sonra, yükün içinde bulunduğu kendisine ait konteyneri geri alırken malın zarar görmesine sebep olmasını zikretmektedirler. Böyle bir durumda CISG m. 66 alıcıyı semeni ödemekten kurtaracaktır.

190 SCHLECHTRIEM, s. 146; ACHILLES, s. 196.

191 Staudingers Kommentar/MAGNUS, s. 651. Yazar, CISG m. 66 ile satıcıya, sözleşmenin nihai olarak ifasına kadar geçecek zamanla sınırlı olmak üzere “sözleşme ile güdülen amaca ulaşılmasını tehlikeye atmamak” şeklinde ifade edilebilecek ek bir yükümlülük yüklendiğini ileri sürmektedir.

ki, hukuka uygun bir hareket, örneğin satıcının CISG m. 71 (2) uyarınca malların alıcıya verilmesini engellemesi, zararın meydana gelmesinde etken olsa dahi, CISG m. 66'daki sonucu doğurmaz¹⁹².

Hasarın intikalinin ekonomik sonuçları, malın taşıma sırasında genellikle satıcı tarafından alıcı hesabına sigorta ettirilmesi vakıası ve malın taşıma sırasında zayi olması yahut zarara uğramasının genellikle taşıyıcının sorumluluğunu doğurması nedeniyle hafiflemektedir¹⁹³. Zira bu hâllerde hasar alıcıya intikal etmekte, ancak sigorta tazminatının ödenmesi yahut zarardan sorumlu olan taşıyıcının zararı tazmin etmesi sayesinde nihai olarak onun üzerinde kalmamaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki, hasarı taşıyan taraf hâlen sigortacıya zararını tazmin ettirmek ve zarar görmüş olan malı piyasaya sürmek durumundadır. Ayrıca bazı zararlar bakımından da sigorta himayesi söz konusu olmaz¹⁹⁴.

CISG sisteminde hasarın kaideten tipik olarak (typischerweise) sigortalı olan yahut her halükârda kendi menfaatini sigorta ettirme imkânına sahip olan tarafa yöneltildiği doktrinde ifade edilmektedir¹⁹⁵. Böylece hasarın intikaline ilişkin hükümler, her şeyden önce sigortacıya yahut taşıyıcıya karşı kimin bir talepte bulunma hakkına sahip olduğunun belirlenmesi bakımından önem taşımaktadır¹⁹⁶.

İspat yükü bakımından ifade edilmesi gereken husus, genel ispat kuralları uyarınca iddia edenin iddiasını ispatla mükellef olduğudur¹⁹⁷. Hasarın intikali dolayısıyla bir hak elde ettiğini

¹⁹² *Staudingers Kommentar/MAGNUS*, s. 651; *Münchener Kommentar/BENICKE*, s. 618 vd; *SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/HAGER*, s. 637; *SCHLECHTRIEM*, s. 146; *ACHILLES*, s. 196; *BRUNNER*, s. 371.

¹⁹³ *Münchener Kommentar/BENICKE*, s. 617. Nitekim uygulamada *Hasarın İntikaline* dair ihtilafların sözleşmenin taraflarından ziyade sigortacılar arasında söz konusu olduğu doktrinde ifade edilmektedir. Bkz.: *Staudingers Kommentar/MAGNUS*, s. 643.

¹⁹⁴ *SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/HAGER*, s. 635.

¹⁹⁵ *SCHLECHTRIEM/SCHWENZER*, s. 636. Benicke de taraflardan hangisinin malı sigorta ettirme imkânına sahip olduğunun CISG'in *Hasarın İntikaline* dair kuralları bakımından esaslı bir kriter teşkil ettiğini ifade etmektedir. Bkz.: *Münchener Kommentar/BENICKE*, s. 617. Bir başka görüşe göre ise CISG sisteminde *Hasarın İntikali* bakımından temel kriter mal üzerindeki fiili hakimiyettir. Bkz.: *Staudingers Kommentar/MAGNUS*, s. 643; *BRUNNER*, s. 366.

¹⁹⁶ *Münchener Kommentar/BENICKE*, s. 617. Aynı yönde: *NICHOLAS*, art. 66 / N. 3.3.

¹⁹⁷ *Staudingers Kommentar/MAGNUS*, s. 661; *ACHILLES*, s. 199; *SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/HAGER*, s. 643.

iddia eden bunu ispat etmek durumundadır¹⁹⁸. Şu durumda malın zayi olmasına rağmen semeni talep eden satıcının, ziya yahut zararın hasarın intikalinden sonra meydana geldiğini; semeni ödemek istemeyen alıcının ise, ziya yahut zarara satıcının bir hareketinin yahut kaçınmasının sebep olduğunu kanıtlaması gerekir¹⁹⁹.

4. Satıcının Sözleşmeyi Esaslı Şekilde İhlal Etmesi Hâlinde

Borçlar Kanunu'ndan farklı olarak CISG'da, satıcının sözleşmeyi esaslı şekilde ihlal etmesi hâlinde hasarın intikali bakımından durumun ne olacağı özel olarak düzenlenmiştir.

CISG m. 70: Satıcı sözleşmeyi esaslı şekilde ihlal etmişse (fundamental breach of contract) 67, 68 ve 69. madde hükümleri, alıcının ihlal dolayısıyla sahip olduğu hukuki imkânlarla halel vermez.

Bu hüküm ile, satıcının teslim etmiş olduğu sözleşmeye aykırı malın, CISG'in ilgili hükümleri uyarınca hasarın alıcıya intikalinden sonra, kazaen zayi olmasının yahut zarar görmesinin, alıcının sözleşmeye aykırılık nedeniyle doğmuş olan haklarını kullanmasına engel olmayacağı düzenlenmiştir. Böylece CISG m. 82 (1)e aynı maddenin 2. fıkrasının (a) bendi ile getirilen istisna hükmünün hasarın intikali hâlinde de uygulanacağı açıklığa kavuşturulmuştur²⁰⁰.

Sözleşmenin esaslı ihlali niteliğini taşımayan sair sözleşmeye aykırılıklar bakımından CISG m. 70 uygulanmayacaktır²⁰¹. Belirtmek gerekir ki satıcının sözleşmeye aykırı mal teslim ettiği, ancak bu aykırılığın sözleşmenin esaslı ihlali niteliğini taşımadığı durumlarda, hasarın intikalinden sonra mal zayi olsa yahut uğradığı zarar artsa dahi, alıcı semenin indirilmesini (CISG m. 50) ve zararının tazminini (CISG m. 45 (1b)) talep edebilir. Malın tamamen zayi olması durumunda zaten CISG m. 46 (3) uyarınca onarımı talep imkânı kalmayacaktır. Bizim de katıldığımız bir

¹⁹⁸ *Staudingers Kommentar/MAGNUS*, s. 652; *ACHILLES*, s. 197.

¹⁹⁹ *Münchener Kommentar/BENICKE*, s. 620; *ACHILLES*, s. 197; *BRUNNER*, s. 372.

²⁰⁰ *Staudingers Kommentar/MAGNUS*, s. 675.

²⁰¹ *Staudingers Kommentar/MAGNUS*, s. 676; *SCHLECHTRIEM/ SCHWENZER/ HAGER*, s. 654; *BRUNNER*, s. 386; *NICHOLAS*, "Article 70", <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/nicholas-bb70.html>, N. 2.4.; *ACHILLES*, s. 206; *HONNOLD*, s. 476.

görüşe göre²⁰², böylece sözleşmenin esaslı ihlali niteliğini taşımayan aykırılıklar bakımından da CISG m. 70'in cari olup olmadığı meselesi bir fark yaratmayacak, her iki hâlde de aynı sonuç söz konusu olacaktır. Zira sözleşmenin esaslı nitelik taşımayan ihlali durumlarında, alıcının sahip olduğu haklar esasen hasarın intikalinden sonra malın zayi olmasından yahut zarara uğramasından etkilenmemektedir²⁰³. CISG m. 82 (1)e göre alıcının malı teslim aldığı ana esaslı surette yakın bir durumda teslim etmesi imkânsızlaşmışsa, sözleşmeyi ortadan kaldırma yahut satıcıdan ikame mal talep etme hakkı düşmektedir. Anılan haklar ise CISG m. 46 (2) ve CISG m. 49 (1a) uyarınca sözleşmenin esaslı olarak ihlal edilmesi hâllerine münhasır olarak tanınmıştır. CISG m. 82 (2a)ya göre malın iade edilmesinin yahut teslim alındığı ana esaslı surette yakın bir durumda iade edilmesinin imkânsızlaşması alıcının bir eyleminden yahut kaçınmasından kaynaklanmıyorsa CISG m. 82 (1) hükmü uygulanmaz. İşte CISG m. 70'te bu hükmün hasarın intikalinden sonra da uygulanacağı hususu vurgulanmış olmaktadır. Sonuç olarak, sözleşmenin satıcı tarafından esaslı surette ihlal edilmesi hâlinde, hasarın alıcıya intikalinden sonra malın iade edilmesi yahut teslim alındığı ana esaslı surette yakın bir durumda iade edilmesi imkânsızlaşmış olsa dahi, alıcı sözleşmenin *esaslı şekilde* ihlal edilmesi nedeniyle sahip olduğu hakları kullanabilecektir.

CISG m. 70'in yalnızca satıcı tarafından sözleşmenin esaslı şekilde ihlal edilmesi durumunda uygulanacağı belirlendikten sonra "esaslı ihlal" kavramına da kısaca değinmek gerekir. Sözleşmenin ihlalinin esaslı bir nitelik taşıyıp taşımadığının tespitinde başvurulacak kriter, antlaşmanın 25. maddesinde yer almaktadır. Buna göre " taraflardan birinin sözleşme ihlali, diğer tarafı, sözleşme uyarınca beklemekte haklı olduğu şeyden önemli ölçüde yoksun bırakacak bir olumsuzluğa sebep oluyorsa esaslıdır; meğer ki, böyle bir sonucu sözleşmeyi ihlal eden taraf öngörmemiş ve aynı konum ve koşullar içindeki makul bir kişi de öngöremeyecek olsun."

CISG m. 70'te alıcının hangi haklarını kullanabileceğine dair bir sınırlandırma getirilmemiştir. Bu nedenle, sözleşmenin ortadan kaldırılması ve ikame mal talep hakkının yanı sıra onarım (mümkün ve makul olduğu sürece), semenin tenzili yahut taz-

²⁰² Staudingers Kommentar/MAGNUS, s. 676; BRUNNER, s. 386; NICHOLAS, art. 70/N. 2.2.; ACHILLES, s. 206.

²⁰³ Münchener Kommentar/BENICKE, s. 634.

minat talep edilmesine de bir engel bulunmadığı; ancak pratikte yalnızca anılan ilk iki hakkın bir anlam ifade ettiği, zira yalnızca bu hâllerde hasarın yeniden satıcıya intikal ettiği doktrinde ifade edilmektedir²⁰⁴.

CISG m. 82 (2a)nın ifadesinden, malın teslim alındığı ana esaslı surette yakın bir durumda teslim edilmesinin imkânsızlaşması alıcıya isnat edilebilecek bir sebepten kaynaklanıyorsa, alıcının sözleşmeyi ortadan kaldırma ve ikame mal talep hakkına sahip olmadığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla bu durumda alıcı CISG m. 70 hükmünden yararlanamayacaktır²⁰⁵. Malın zayi olmasından yahut zarar görmesinden satıcı sorumlu ise, hasarın intikali meselesi zaten söz konusu olmayacaktır²⁰⁶.

Alıcı, incelemekte olduğumuz madde hükmüne dayanarak sözleşmenin ortadan kaldırılması yahut ikame mal talep hakkını kullanırsa, hasarın geriye etkili olarak (ex tunc) satıcıya intikal edeceği ifade edilmektedir²⁰⁷. Ancak malın alıcıda kalması veya alıcının diğer haklarını (semenin tenzili, tazminat talebi, onarım) kullanması durumunda anılan hâl söz konusu olmayacak, hasar alıcıda kalacaktır²⁰⁸.

Son olarak belirtmek gerekir ki, malın hasarın intikali sırasında esaslı şekilde zarar görmüş olup olmadığı hususu tartışmalı ise, ispat yükü satıcıdadır²⁰⁹.

²⁰⁴ Staudingers Kommentar/MAGNUS, s. 677; Münchener Kommentar/BENICKE, s. 633 vd.

²⁰⁵ Staudingers Kommentar/MAGNUS, s. 677; SCHLECHTRIEM/ SCHWENZER/ HAGER, s. 654.

²⁰⁶ BRUNNER, s. 385; ACHILLES, s. 206; AKINTÜRK, *Hasarın İntikali*, s. 121; FEYZİOĞLU, s. 219; TUNÇOMAĞ, s. 73.

²⁰⁷ Münchener Kommentar/BENICKE, s. 633; Staudingers Kommentar/MAGNUS, s. 677; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/HAGER, s. 654; ATAMER, *Satıcının Yükümlülükleri*, s. 277; a.y., *Oğuzman'a Armağan*, s. 161; ACHILLES, s. 205. Nicholas ise bu sonuca yalnızca sözleşmenin ortadan kaldırılması hakkının kullanılması bakımından varmaktadır. Bkz.: NICHOLAS, art. 70/N. 2.3.

²⁰⁸ Münchener Kommentar/ BENICKE, s. 633 vd.; Staudingers Kommentar/MAGNUS, s. 678; ATAMER, *Satıcının Yükümlülükleri*, s. 278; a.y., *Oğuzman'a Armağan*, s. 161; BRUNNER, s. 386.

²⁰⁹ Staudingers Kommentar/MAGNUS, s. 678; SCHLECHTRIEM/ SCHWENZER/ HAGER, s. 655. Aksi görüşte: ACHILLES, s. 206. Yazara göre sözleşmeye aykırılığın *Hasarın İntikali* sırasında mevcut olduğunu ispat yükü alıcıdadır.

Sonuç

Hasarın intikali, pek çok farklı problemi bünyesinde barındıran, karmaşık bir meseledir. Özellikle günümüzde satım ilişkilerinin giderek karmaşık bir mahiyet arz etmesi ve sınır aşan bir nitelik taşıması dolayısıyla sorunlar daha da artmaktadır. Bu noktada, Borçlar Kanunu'ndaki düzenlemenin günümüzün ihtiyaçlarını karşılamaktan uzak olduğu ortadadır. Doktrinde çoğunlukla, genel kuralın dar, istisnaların ise geniş yorumlanması gerektiğinin ifade edilmesi de, düzenlemenin ne kadar yetersiz kaldığını göstermektedir. Bu doğrultuda doktrinde pek çok istisna sayılmakta, bunun neticesinde adeta kuralın kendisi bir istisnaya dönüşmektedir.

CISG'da ise konu, değişik satım türleri bakımından ayrı ayrı ele alınmış ve çeşitli olasılıklar dikkate alınarak düzenlenmiş, böylece günümüzün ihtiyaçlarına ve uluslararası satımın mahiyetine uygun çözümler geliştirilmeye çalışılmıştır. Antlaşmanın yirmi seneye yakın bir zamandan beri yürürlükte bulunduğu, dolayısıyla çeşitli âkit devlet doktrin ve içtihatlarında, antlaşmadaki düzenlemelerle ilgili olarak ortaya çıkan bazı sorunların çözüme kavuşturulduğu da unutulmamalıdır. Antlaşmanın son derece yaygın bir şekilde uygulanıyor olması nedeniyle Türkiye de bu gelişmeden daha fazla uzak kalamayacaktır. Bu çerçevede Borçlar Kanunu Tasarısı'nda, temel olarak Borçlar Kanunu hükümleri ile çelişmeyen, ancak daha ayrıntılı ve günümüzün ihtiyaçlarına uygun düzenlemeler içeren CISG hükümlerine paralel düzenlemelerin benimsenmesi düşünülebilir. İleride Türkiye'nin CISG'a taraf olması hâlinde bu durum, uygulamada ortaya çıkması muhtemel sorunları da engelleyecektir.