

SATIMDA EDİM VE KARRİ EDİM HESABININ ALAKITA GEÇMESİ

Dr. Öğr. B. İrem Çelikkaya

ÖZEL HUKUK

SATIMDA EDİM VE KARŞI EDİM HASARININ ALICIYA GEÇMESİ

Ar. Gör. S. İrem Çakırca *

Giriş

Taşınır satımı sözleşmesinde amaç; tam mülkiyetin devri olsa da, sözleşmenin kurulması; alıcıya satıcıya karşı mülkiyetin naklini talep konusunda bir alacak hakkı sağlar. Diğer bir anlamıyla, taşınır satım sözleşmesi alıcıya mülkiyet hakkının geçmesini sağlamaz, sadece kendisinden sonra gelecek olan aynı tasarruf sözleşmesinin hazırlanmasına ilişkin nispi bir talep hakkı verir. Bu sebeple, taşınır satım sözleşmesinin kurulması ile sözleşmeye konu olan taşınır eşyanın mülkiyetinin geçirilmesi anı arasındaki zaman diliminde, satılan taşınırın yarar ve hasarının kime ait olacağı önemli bir sorun olarak ortaya çıkar.

Borçlar Kanunumuz, satım sözleşmesinde hasarın geçmesine özel bir önem vererek, diğer sözleşme türlerinden ayrı bir şekilde düzenlemiştir. Buna göre, satım sözleşmesinde satılan şeyin yarar ve hasarı, sözleşmenin kurulması anından itibaren alıcıya geçer. Oysa diğer karşılıklı sözleşmelerde durum borçlunun kusursuz imkansızlık sebebiyle borcundan kurtulmasıyla birlikte, karşı edim olarak bedeli talep etme hakkından yoksun olması şeklindeki BK.m.117/f.2 düzenlemesine paralellik gösterir. BK.m.183 hükmü ile getirilen hasarın geçiş prensibi ise, BK.m.117/f.2'deki genel kuralın bir istisnası niteliğindedir.

Bu çalışmanın amacı, ekonomik hayatta büyük öneme sahip olan satım sözleşmesinde ortaya çıkabilecek en önemli sorunlardan biri olan, yarar ve hasarın geçmesi probleminin Borçlar Ka-

* İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Kamu Yönetimi Bölümü Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı.

nunumuzdaki ele alınış biçimini analiz edip, de lege feranda önerilerde bulunmaktır. BK.m.183'de, satım sözleşmesinde hasar ve yararın geçmesi aynı prensibe tabi olarak düzenlenmişse de, çalışmada esas olarak hasar ve hasarın geçişi kavramları incelenecek; yararın geçişine ise yeri geldiği ölçüde, değinilecektir.

Çalışmanın ilk bölümünde, hasar kavramı, edim hasarı, karşı edim hasarı ayrımı çerçevesinde açıklandıktan sonra, Borçlar Kanunumuzun hasarın geçmesi prensibini ele alış biçimi, kuralın tarihsel kökenleri, diğer hukuk sistemlerindeki hasara ilişkin düzenlemeler ve uluslararası alandaki uygulamalar; Birleşmiş Milletler Satım Sözleşmesi ve Milletlerarası Ticaret Kuralları da dikkate alınarak anlatılacaktır. İkinci bölümde ise, sözleşmenin kurulması anında hasarın geçmesi prensibinin uygulanması için gerekli şartlar tek tek ele alındıktan sonra, kuralın uygulanmasının istisnalarına değinilecektir. Bu bölümün sonunda hasarın geçmesi prensibinin hükümleri ele alınacaktır. Üçüncü bölümde ise, hasarın geçmesi prensibinin eleştirisi yapılacak ve söz konusu kurala ilişkin çözüm önerilerine, Borçlar Kanunu Tasarısındaki düzenlemeyle birlikte yer verilecektir. Sonuç kısmında ise, çalışma boyunca elde edilen veriler bir araya toplanarak, hukuk mantığına ve adalete en uygun çözümün bulunulmasına çabalacaktır.

I. Hasar Ve Hasarın Geçmesi Kavramları

A. Hasar Kavramı

Borçlar Kanunu düzenlemesinde, hasar ve yarar kavramlarının tanımına yer verilmemiştir. Ancak, hasar ve yararın geçmesi prensibinin daha iyi anlaşılabilmesi için söz konusu kavramların hangi anlama geldiğinin bilinmesi gerekir.

Yarar (nefi =Nutzen) kavramı doktrinde, semere (Erzeugnis) kavramından daha geniş olarak ele alınmakta ve satım sözleşmesinin kurulmasından sonra teslim kadar geçen süre içerisinde satım konusunda kendiliğinden ya da normal bir çaba karşılığında elde edilen fazlalıklar şeklinde tanımlanır.¹ Bu duruma örnek olarak satılan tavuğun yumurtlaması, bir yarış atı-

¹ Turgut Akıntürk, *Satım Akdinde Hasarın İntikali*, Ankara, 1966, s.188; Cevdet Yavuz, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Yenilenmiş 6.bs., İstanbul, 2002, s.53; Aydın Zevkliler, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Yenilenmiş 8. bs., Ankara, 2004, s.61; Şakir Berki, *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*, Ankara, 1973.

nın yarış kazanması sonucu elde ettiği ödül, hisse senetlerinin temettü, satılan otomobilin kirası verilebilir.

Geniş anlamı ile hasar kavramı, bir borç ilişkisine konu olup olmamasına bakılmaksızın herhangi bir şeyin, telef veya zayi olması veya kötüleşmesini ifade eder.² Yani geniş anlamda hasar, hasarın gündelik dilde kullanılan anlamıyla eş değerdir.

Dar anlamda hasar ise; sadece borç ilişkisi açısından kullanılır ve teknik bir anlam içerir. Buna göre dar anlamda hasardan, borç ilişkisinin konusunun telef olması değil; ifanın, borç ilişkisinin kurulması ile ifası arasında geçen devrede, borçluya isnad olunamayan sebeplerle gerçekleştirilememesi sonucunda, taraflardan birini veya her ikisini tehdit eden tehlike anlaşılmalıdır.³ Satım sözleşmesinde bu tehlike, satıcı açısından, kendi borcundan kurtulmakla birlikte, bedeli talep hakkını kaybetmek, alıcı açısından ise satılanı hiç veya sözleşmeye uygun bir şekilde elde edememesine rağmen bedeli ödemek zorunda kalması şeklinde ortaya çıkar.

Hasarın geçmesi, borç ilişkisine konu olan eşyanın ferden veya nev'an belirlenip belirlenmemesine göre farklılık gösterir. Dolayısıyla, hasarın geçmesi konusuna ilişkin olan dar anlamda hasar halinde, iki türlü hasarla karşılaşılmaktadır: Edim hasarı (Leistungsgefahr) ve karşı edim hasarı⁴ (Gegenleistungsgefahr). Konunun daha iyi anlaşılabilmesi açısından edim hasarı ve karşı edim hasarı kavramlarını, gerçekleşme şartlarını da dikkate alarak açıklamakta yarar vardır.

1. Edim Hasarı

Çeşit borcu söz konusu olduğunda; yani sözleşmenin konusunun nev'an tayin edildiği vakit, satıcı edime yönelik hasara katlanmak ve kaybolanın, eksilenin veya bozulanın yerine yenisini koymak zorundadır.⁵ Örneğin; satım sözleşmesinin konusu

² Akıntürk, a.g.e., s.22; Yavuz, a.g.e., s.52; M.Reşit Karahasan, *Türk Borçlar Hukuku Öğreti Yargıtay Kararları İlgili Mevzuat*, Cilt I, Beta, 2002, s.78 (C.I), s.79.

³ Akıntürk, a.g.e., s.24; Yavuz, a.g.e., s.52.

⁴ Satım sözleşmelerde genellikle karşı edim bir para olarak belirlendiği için karşı edim hasarını, semen hasarı olarak da ifade edilebilir. Ancak Borçlar Kanunu Tasarısında "semen" yerine "bedel" terimi kullanıldığı için çalışmada "bedel" terimine yer verilecektir.

⁵ Necip Kocayusufpaşaoğlu / Hüseyin Hatemi / Rona Serozan / Abdülkadir Arpacı, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 3.Cilt, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, Gözden Geçirilmiş 4. bs., Filiz Kitabevi, 2006 (Serozan, İfa), s.70; Zevkliler, a.g.e., s.62, Haluk Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç*

oluşturan bir kilo muz bozulsa bile, çeşit borcu telef olamayacağı için (nev'i telef olmaz = genus non perit), satıcı, dünyadaki bütün muzlar tükenmediği sürece, bozulan bir kilo muzun yerine başka bir kilo muz koymakla yükümlüdür.

Satıcı, satılanın kaybolmasında, bozulmasında veya yok olmasında hiçbir kusuru olmasa bile, borcundan tamamen veya kısmen kurtulamaz. Yani, kaybolan, bozulan veya yok olan malın yerine aynı cinsten bir mal bularak borcunu ifa etmek zorundadır. Bu durumda, satıcı, borcundan kurtulmak için, sözleşme uyarınca ifa etmeyi taahhüt ettiği edimini, ikinci bir defa daha ifa etmek tehlikesiyle karşılaşır. Edim hasarı hem tek taraflı sözleşmelerde hem de iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde söz konusu olur. Satım sözleşmesinin niteliği icabı, edim hasarına satıcının katlanacağı açıktır.

Ancak satıcının çeşit borcunu sağlama yükümlülüğünün de zamansal bir sınırı olması gerektiği unutulmamalıdır. Kural olarak çeşit borçlarında edim hasarı ifa anına kadar borçlunun üstünde kalır; yani ifaya kadar telef olan telafi edilebilir.⁶

2. Karşı Edim Hasarı (Bedel Hasarı)

BK.m. 183/f.2'in "*Bununla beraber yalnız nevan tayin edilmiş olan mebiin ayırt edilmiş olması da lazımdır ve başka bir yere gönderilecek ise bayiin bu maksata mebi üzerinden yedini refetmiş bulunması da şarttır*" ifadesi ile çeşit borçlarına dair getirdiği kuralın, karşıt anlamından çıkarılan sonuç itibarıyla, BK.m.183/f.1 hükmünün parça borçları için getirildiği sonucuna varılabilir.

Parça borçları, bireysel özellikleriyle ve ferden tayin edilmiş borçlardır. Parça borcu doğuran satım sözleşmesinde satılan mal, alıcı tarafından özel olarak belirlenmiş ve sözleşmeye konu edilmiştir. Parça borçlarının bu özelliği sebebiyle, çeşit borçlarının aksine, sözleşmeye konu olan eşyanın kötüleşmesi, bozulması veya ortadan kalkması, satıcının teslim borcunu veya gereği gibi yerine getirmesini imkansız kılar. Söz konusu imkansızlık satıcıya isnat olunamayacak sebeplerden meydana gelmişse, satıcı borcundan tamamen veya kısmen kurtulmuş olur (BK.m.117/f.1).

İlişkileri Cilt 1/1, Tümünü Yeniden İşlenmiş ve Genişletilmiş Beşinci Bası, İstanbul, 1988, s.106,107; Hüseyin Hatemi, *Borçlar Özel Hukuku*, Filiz Kitabevi, 1999, s.77; Akıntürk, *a.g.e.*, s.27.

⁶ Serozan, *İfa*, s.71.

Çeşit borçlarında, çeşit telef olduğu vakit, onun yerine bir diğer eşini koymak mümkünken, parça borçlarında bu söz konusu değildir.⁷ Parça borçlarında sadece bedele ilişkin hasar (Preisgefahr) söz konusu olabilir. Bedel hasarı, satıcıyı kendi borcunu ifa etmek borcundan kurtarmakla beraber, karşı edimi (bedeli) talep etme hakkını kaybetmesi; alıcı için ise satılanı hiç veya sözleşmeye uygun şekilde elde edememesine rağmen bedeli ödemek mecburiyetinde kalması şeklinde ortaya çıkar. Edim hasarı satıcıda olduğu sürece, mantıksal olarak bedel hasarından bahsedilemez. Bu durumda satıcı hasara katlanır ve dolayısıyla alıcıdan bedeli talep edemez.

Yukarıda verilmeye çalışılan tanımdan çıkarılabileceği üzere, bedel hasarının oluşabilmesi için bir takım unsurların bir araya gelmesi gerekir. Bedel hasarının doğumu için gerekli olan ilk şart, geçerli bir satım sözleşmesinin varlığıdır. Dar anlamda hasardan bahsederken, hasarın ortaya çıkabilmesi için borç ilişkisinin varlığının şart olduğunun altı çizilmiştir. Dolayısıyla, ortada geçerli bir satım sözleşmesi olmaksızın, ne alıcının ne de satıcının borçlarından söz edilemeyeceğinden, hasar ve hasarın geçişinden de bahsedilemez. Geçerli bir sözleşmenin yokluğunda ancak, geniş anlamda hasar meydana gelebilir.

Bedel hasarının gerçekleşmesi için gerekli olan diğer bir unsur ise, teslim borcunun yerine getirilmesinin veya gereği gibi yerine getirilmesinin imkansızlaşmasıdır.⁸ Satıcının borcunun ifasının veya gereği gibi ifasının imkansızlaşabilmesi için, söz konusu borcun parça borcu olması gerekir.⁹ Satım sözleşmesinde, satıcının borcu satılanın teslim edilmesi, alıcının borcu ise bedelin ödenmesidir. Alıcının bedeli ödeme borcunun imkansızlaşması düşünülemeyeceği için, satım sözleşmesinde hasar satıcının teslim borcu bakımından geçerli olmalıdır.¹⁰

Bedel hasarının en önemli unsuru ise, satıcının teslim borcunun ifasının veya gereği gibi ifasının imkansızlaşmasına kendi kusuru ile sebebiyet vermemesidir. Unutulmamalıdır ki, bedel hasarı ancak kusursuz imkansızlık hallerinde söz konusu olabilir.

⁷ Heinrich Honsell / Nedim Peter Vogt / Wolfgang Wiegand, *Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art 1-529 OR*, 2. neubearbeitete Auflage, Helbing & Lichtenhahn Verlag, 1996, s.1068.

⁸ Honsell/Vogt/Wolfgang, *a.g.e.*, s.1068.

⁹ Çeşit borcu imkansızlaşamayacağı için (genus non perit) sözleşmeye konu olan borç parça borcu olmalıdır.

¹⁰ Akıntürk, *a.g.e.*, s.33.

B. Hasarın Geçmesi Kavramı ve Diğer Hukuk Sistemlerinde Hasarın Geçmesi

1. Hasarın Geçmesi Kavramı

Geniş anlamda hasarın intikalinde, ortadan kaybolan veya değeri azalan bir malın sahibi, beklenmedik şekilde meydana gelen zararları karşılamak durumundadır. Bu durum, geniş anlamda hasar kavramında da anlatıldığı üzere, ortada herhangi bir borç ilişkisinin var olmamasından kaynaklanır. Bu çalışmanın inceleme konusunu oluşturan ise, dar anlamda hasarın geçmesi kavramı ve bu kavramın getirdikleridir.

Dar anlamda hasarın geçmesi, borç ilişkisinin varlığı halinde ve özellikle iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde söz konusudur. Tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, taraflardan sadece bir tanesi borçludur. Borçlu olan tarafın taahhüt ettiği edimin karşılığında, sözleşmenin diğer tarafı herhangi bir borç altına girmez. Dolayısıyla tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde bedele yönelik hasara rastlanılmaz. BK.m.117/f.1 uyarınca borcun ifası borçlunun kusuru olmaksızın imkansızlaşır, borçlu borcundan kurtulur ve alacaklı kendisine taahhüt edilen edimin ifasını talep edemez. Bu tip sözleşmelerde alacaklının katlanacağı hasar, taahhüt edilen edimden mahrum kalmak şeklinde kendini gösterir.

İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde ise, kural olarak, hasar borçluya yüklenir. BK.m.117/f.2 uyarınca borçlu kusursuz imkansızlık sebebiyle borcundan kurtulmakla birlikte, karşı edim olarak bedeli talep etme hakkından yoksun olur. Satım sözleşmesi de iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olmakla beraber, kanun koyucu hasarın geçmesini satım sözleşmesinde BK.m.117/f.2 kuralından ayrılarak istisnai olarak düzenlemiştir. Buna göre kural olarak iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde hasar borçluya geçerken, satım sözleşmesinde hasar BK. m.183/f.1 "*Halin icabından veya hususi şartlardan mütevellit istisnaların maadasında, satılan şeyin nefi ve hasarı akdin in'ikadı anından itibaren müşteriye intikal eder*" hükmü uyarınca alıcıya geçmektedir.¹¹

Borçlar Kanunumuzdaki adil olmayan güncel düzenlemenin eleştirisini yapabilmek için söz konusu prensibin dayandığı ta-

¹¹ BK.m.183, BK.m.117'nin istisnası niteliğindedir. Heinrich Honsell, *Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil*, 6. überarbeitete Auflage, Stämpfli Verlag, Bern, 2001, s.47.

rihsel kökenleri ve konuya ilişkin diğer hukuk sistemlerindeki ve uluslararası hukuktaki düzenlemeleri bilmekte yarar vardır. Bu sebeple aşağıda satım sözleşmesinde hasarın geçmesi prensibinin, Roma Hukukundan başlayarak çeşitli hukuk sistemlerinde; Birleşmiş Milletler Satım Sözleşmesi'nde ve Milletlerarası Ticaret Kuralları'nda nasıl ele alındığı açıklanmaya çalışılacaktır.

2. Diğer Hukuk Sistemlerinde ve Uluslararası Hukukta Hasarın Geçmesi

a) Roma Hukuku

Borçlar Kanunumuzda yer alan, satım sözleşmesinin kurulması anında bedel hasarının alıcıya geçmesi prensibi kaynağını Roma Hukukundan almaktadır. Roma Hukukunda malın satımdan itibaren alıcıya teslim edileceği ana kadar geçen sürede hasar alıcıya aitti (*periculum emptoris est*).¹² Roma'da bu prensip uygulandığı zaman, yaygın olan satım türü pazarda gerçekleşen, nakit karşılığı satımdı.¹³ Dolayısıyla satım sözleşmesi yapıldıktan sonra, satıcı malı hazır bulunan alıcıya teslim etmekteydi.

Roma'daki alış-veriş sisteminin basitliği, kuralın kabul görmesinde etkili olmuştur. Ancak bu kuralın sadece parça borçları için geçerli olduğu, çeşit borçlarında "genus non perit" ilkesi sebebiyle, hasarın satıcıya ait olmadığı unutulmamalıdır.

Satıcının malın muhafazasında *custodia* (nezaret) borcu varken, alıcı ise *periculum emptoris est* kuralı uyarınca hasara katlanmak zorundaydı. Böylece satım sözleşmesinde sorumluluk iki taraf arasında dengelenmekteydi.¹⁴

Satım sözleşmesinde hasarın alıcıya geçmesi kuralının uygulanabilmesi için, satım sözleşmesinin kesin olarak kurulması, sözleşmeye konu olan malın telef veya yok olması, söz konusu hasarın satıcının kusurundan değil, beklenmedik bir hal veya

¹² Bülent Tahiroğlu, *Roma Borçlar Hukuku*, Der Yayınları, İstanbul, 2003, s.181; Herbert Hausmaninger, / Walter Selb, *Römisches Privatrecht*, 8. verbesserte Auflage, Wien, 1997, s.312; Theo Mayer-Maly, *Römisches Privatrecht*, Springer Verlag, Wien,1991, s.114; Reinhard Zimmermann, *The Law Of Obligations Roman Foundations Of The Civilian Tradition*, New York, 1996, s.281; Günter Hager, *Die Gefahrtragung beim Kauf*, Alfred Metzner Verlag, 1982, s. 38 .

¹³ Eugen Bucher, "Notizen zu Art. 185 OR (Gefahrtragung durch den Käufer)", ZSS, Band 89, 1970, s.285; Eugen Bucher, *Obligationenrecht Besonderer Teil*, 3. erweiterte Auflage, Schultess Polygraphischer Verlag, 1988, s.78.

¹⁴ Hausmaninger, /Selb, *a.g.e.*, s.312; Tahiroğlu, *a.g.e.*, s.184; Honsell, *a.g.e.*, s.49.

mücbir sebepten meydana gelmesi ve en son olarak da satıcının malın tesliminde temerrüde düşmemesi gerekirdi.¹⁵

Roma Hukukunun alıcı için oldukça ağır sonuçları olan *periculum emptoris est* ilkesi modern hukuk sistemlerinde tartışma konusu olmuştur. Bazı modern hukuklar, bu prensibi, hakkaniyete uymaması sebebiyle terk etmiştir. Bu aşamada, İsviçre/Türk hukukunun aksine, satım sözleşmesinin kurulduğu anda hasarın alıcıya geçmesi prensibini terk eden Alman Hukukundaki düzenlemeden bahsetmekte yarar vardır.

b) Alman Hukuku

Alman Hukukunun satımda hasarın geçmesi problemine bulduğu çözüm uyarınca, hasar satılanın alıcıya veya taşıyıcıya teslim edilmesiyle birlikte alıcıya geçer (BGB § 446, 447).¹⁶ BGB § 446 I 1 kuralının oluşturulmasındaki sebep, satıma konu olan eşyanın alıcıya teslim edilmesinden itibaren söz konusu eşyadan alıcının yararlanması, buna mukabil olarak eşyanın zarara uğraması haline de katlanmak zorunda olması olarak açıklanabilir.¹⁷

BGB § 447 ise mesafeli satışlarda uygulama alanı bulur. Buna göre, satılan eşya, taşıyıcı kişiye teslim edildiğinde, hukuki olarak hasar alıcıya intikal etmiş sayılır. BGB § 447 kuralının altında yatan sebep ise, satılan eşyayı göndermenin alıcının menfaatinden kaynaklanmasıdır.¹⁸

Tüketim işlemlerinde ise, BGB § 474 II uyarınca, ifa yeri tüketicinin bulunduğu yere kaydırılmış ve böylece yollanacak borç götürülecek borç olmuştur.

¹⁵ Tahiroğlu, *a.g.e.*, s.185; Hausmaninger, /Selb, *a.g.e.*, s.313, Zimmermann, *a.g.e.*, s.284.

¹⁶ Hans Brox, *Grundrisse des Rechts Besonders Schuldrecht*, 22.Auflage, München, 1997, s.24; Josef Esser /Hans-Leo. Weyers, *Schuldrecht Band II Besonderer Teil*, 7.völlig neubearbeitete Auflage, C.F.Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1991, s.94; Harm Peter Westermann, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3 Schuldrecht Besondere Teil I (§§433-606)*, 3. Auflage, München, 1995, s.115; Hans- Joachim Mertens, *Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Band 2/2 Schuldrecht I/2*, W.Kohlhammer Verlag, 1986, s.767. Avusturya Hukukunda da hasar alıcıya, satılanın zilyetliğinin devri ile geçer (ABGB § 1064) Honsell, *a.g.e.*, s.49; Bucher, *a.g.m.*, s.285.

¹⁷ Brox, *a.g.e.*, s.24; Westermann, *a.g.e.*, s.116.

¹⁸ Brox, *a.g.e.*, s.26; Westermann, *a.g.e.*, s.120;

c) Fransız Hukuku

Fransız Hukukunda (Code Civil Art.1582), Mecelle m.262'nin hükmünde olduğu gibi, mülkiyetle birlikte yarar ve hasarın da, sözleşmenin yapılması anından itibaren alıcıya geçeceği düzenlenmiştir.¹⁹

Böylece, parça satımlarında satım sözleşmesinin kurulmasıyla birlikte, çeşit satımlarında ise çeşidin sözleşmenin yerine getirilmesi için ayırt edildiği anda satılanın mülkiyeti alıcıya geçer. Dolayısıyla hasar da satılanın mülkiyetinin alıcıya geçtiği anda alıcıya geçer.²⁰

Bu hukuk sisteminde, satım sözleşmesinin kurulmasıyla birlikte alıcı satılana malik olduğu için, hasarın satım sözleşmesinin kurulması anında alıcıya geçmesi, alıcıyı ağır yükümlülükler altına sokan, hakkaniyete aykırı bir durum yaratmaz.

d) Anglo-Amerikan Hukuku

Anglo-Amerikan Hukuk sisteminde, hasar sözleşmenin kurulması anı itibariyle alıcıya geçer. Bu durumun Roma Hukukundan gelen "periculum emptoris est" kuralından ayrılan noktası, Anglo- Amerikan Hukukunda, Fransız Hukukunda olduğu gibi, sadece hasarın değil mülkiyetin de sözleşmenin kurulması anı itibariyle alıcıya geçmesidir.²¹

Buna göre, taraflarca aksi kararlaştırılmamışsa, satıma konu olan eşya alıcıya gönderilmediği sürece, hasar riskine satıcı katlanır. Satılan alıcıya göndermek üzere yola çıktığı andan itibaren, satılan alıcıya teslim edilsin veya edilmesin, hasar riskini alıcı yüklenir (Sale of Goods, sec.20(1)). Ancak teslimatta gecikmeye kusuru ile sebebiyet vermiş olan taraf, hasar riskine katlanmak zorundadır (Sale of Goods, sec.20(2)) .

e) Birleşmiş Milletler Satım Sözleşmesi (BMSS)

11.4.1980 tarihli Uluslararası Mal Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (The UN- Convention on

¹⁹ Yavuz, *a.g.e.*, s.54; Zevkliler, *a.g.e.*, s .63; Yeşim Atamer, " Satım Sözleşmesinde Hasarın İntikali Hali", *Prof.Dr. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan*, İstanbul, 2000, s.136 (Hasar); Tandoğan, *a.g.e.*, s.109.

²⁰ Hager, *a.g.e.*, s.44,45; Bucher, *a.g.m.*, s.285.

²¹ Judah Philip Benjamin / Donald Leslie Finnemore / Arthur E. James, *A Treatise On The Law Of Sale Of Personal Property With References To The French Civil Code And Civil Law*, Eighth Edition, London, 1950, s.387; Clive M. Schmitthoff, *The Sale Of Goods*, London, 1951, s.24; Hager, *a.g.e.*, s.57.

Contracts for the International Sale of Goods = CISG), 1.1.1988 yılında yürürlüğe girmiştir. Ancak Türkiye bu tarihe kadar söz konusu sözleşmeyi imzalamamıştır.²² Her ne kadar Türkiye BMSS'ne taraf olmasa da, MÖHUK²³ kuralları uyarınca, BMSS'ne taraf olan bir ülkenin hukukunun uygulanması gerektiğinde, BM satım hukuku kuralları Türkiye'de de uygulama alanı bulacaktır.²⁴

BMSS, malların uluslararası satımına ilişkin kurallar getirmektedir. BMSS' nin birinci bölümünde sözleşmenin uygulama alanına ilişkin açıklamalar ve genel hükümler yer almaktadır. İkinci bölümde ise, satım sözleşmesinin kuruluşuna dair düzenlemeler vardır. Üçüncü bölümde, satıcı ve alıcının borçları, hasarın geçişi ve satım sözleşmesinin ifa edilmemesine ilişkin kuralları içermektedir. Son bölümde ise, BMSS' nin zamansal olarak uygulanma alanı ile sözleşmeye taraf olan devletlerin kayabileceği çekinceler ele alınmıştır.

BMSS'nin hasara ilişkin kuralları, sözleşmenin 66. ve 69. maddeler arasında düzenlenmiştir.²⁵ Hasara dair düzenleme yapılırken, genel olarak bedel hasarı ele alınmış ve edim hasarının bedel hasarının geçmesi anına kadar kural olarak satıcı tarafından taşındığı kabul edilmiştir. Farklı satım türlerinden yola çıkılarak, uluslararası ticarete en çok kullanılan satım çeşitlerinin başlıkları altında hasar problemi ayrı ayrı ele alınmıştır.

Madde 66, hasarın alıcıya geçmesinden sonra, satım sözleşmesine konu olan malın yok olması veya zarar görmesi halinde, alıcının bedeli ödemek yükümlülüğünden kurtulamayacağını, alıcının bedeli ödeme yükümlülüğünün sadece malın yok olmasına veya zarar görmesine satıcının bir hareketinin veya ihmalinin sebebiyet vermesi halinde ortadan kalkacağını ifade etmek-

²² BM- Viyana sözleşmesine taraf olan ülkeler hakkında en güncel bilgiler için bkz.: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html (Çevrimiçi, 26.02.2007)

²³ MÖHUK.m.24 " Sözleşmeden doğan borç ilişkileri tarafların açık olarak seçtikleri kanuna tabiidir. Tarafların açık olarak bir kanunu seçmemiş olmaları halinde borcun ifa yeri hukuku, borcun ifa yerinin birden fazla olması halinde borç ilişkisinin ağırlığını teşkil eden edimin ifa yeri hukuku, bu yerin de tesbit edilemediği hallerde ise, sözleşmenin en yakın irtibat halinde bulunduğu yer hukuku uygulanır." hükmüyle, Türkiye'yi de BMSS'yi uygulamak zorunda bırakır.

²⁴ Atamer, *Hasar*, s.155. Viyana Sözleşmesinin uluslararası uygulama alanı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Yeşim Atamer, "Birleşmiş Milletler Satım Hukukunun Uluslararası Uygulama Alanı", *İBD.*, C.69, Y.1995, s.556 vd. (BMSS).

²⁵ BMSS'nin tam metni için bkz.: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/treaty.html> (Çevrimiçi, 26.02.2007).

tedir. Madde metninden de anlaşılacağı gibi, doğal afetler veya üçüncü kişiler (hırsızlık, yağma) tarafından verilen zararlara alıcı katlanmakta; ancak satıcının kendi kusuru ile sebebiyet verdiği zararlardan sorumlu olmamaktadır.²⁶

Madde 67/f.1 gönderme borcu doğuran sözleşmelerde hasarın geçmesi problemine yanıt getirmektedir. Buna göre, satım sözleşmesi uyarınca, satılanın ilk taşıyıcıya teslim edildiği anda, hasar alıcıya geçmiş olur.²⁷ Ancak, satılanın belirli bir yerde alıcıya teslim edilmesi gereken hallerde, söz konusu yerde satılan alıcıya teslim edildiği ana kadar hasar alıcıya geçmez (m.67/f.1,c.2). Ayrıca, gönderilen satılan çeşit borcu ise ve taşıyıcıya teslimine rağmen ayırt edilmemişse, hasar ayırım gerçekleşinceye kadar alıcıya geçmez (m.67/f.2). Ayırt etme işlemi ise, satılanı belirli şekilde işaretleme, taşıma evrakları veya alıcıya yapılacak bildirim aracılığıyla gerçekleşir.²⁸

Nakil halinde bulunan malların hemen el değiştirerek, ikinci bir alıcıya satılması halinde hasarın geçmesi anını madde 68 düzenlemektedir. Madde 68 uyarınca, ikinci satım sözleşmesinin yapılmasıyla birlikte, hasar yeni alıcıya geçer. Ancak şartların haklı kılması halinde hasar, taşıma sözleşmesine dair belgeleri düzenleyen taşıyıcıya malın teslim edilmesi anına kadar geriye etkili olarak geçebilir.²⁹ Öte yandan, satıcı (ilk alıcı = ikinci satıcı) sözleşmenin yapıldığı anda malların yok olduğunu veya zarar gördüğünü biliyor veya bilmesi gerekiyorsa ve bu durumu alıcıya bildirmemişse, hasar satıcıya geçer.³⁰

Satım sözleşmesinde kararlaştırılan edimin aranacak veya götürülecek borç olması halinde ise madde 69 devreye girer. Madde 69 uyarınca, m.67 ve 68'in uygulanmadığı hallerde borcun muaccel olması ve ilgili yerde satıcının malı hazır bulduğundan haberdar edilmesi ile hasar alıcıya geçer. Bunun kar-

²⁶ Peter Schlechtriem, "Uniform Sales Law - The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods", <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/slechtriem-66.html>, (Çevrimiçi, 26.02.2007).

²⁷ Özel durumlarda, maddenin uygulanma şekilleri için bkz.: John O. Honnold, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 3rd ed. 1999, s.402 (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/ho67.html> -Çevrimiçi, 26.02.2007).

²⁸ Ayırma işlemi için var olan seçenekler için bkz.: Honnold, *a.g.e.*, s.407.

²⁹ Atamer, *Hasar*, s.158; Honnold, *a.g.e.*, s.410.

³⁰ Genel olarak malın nakil halinde zarar gördüğünü bilen veya bilmesi gereken bir satıcının, mala ilişkin satım sözleşmesini akdettikten sonra da hasarı taşımaya devam etmemesi gerektiğine dair görüş için bkz.: Atamer, *Hasar*, s.158, dn.104.

şılığında aranacak borçlarda kural, malın teslim edildiği andan hasarın alıcıya geçmesidir.³¹

f) Milletlerarası Ticaret Kuralları (INCOTERMS)

BMSS gibi birçok ülke tarafından kabul edilip, iç hukuklara dahil edilmeseler de, tarafların aralarında anlaşmalarıyla uygulama alanı bulan, Milletlerarası Ticaret Odası tarafından kabul edilmiş kurallara Milletlerarası Ticaret Kuralları (International Commercial Terms = INCOTERMS) denilmektedir. INCOTERMS, çeşitli zamanlarda, pek çok kez revize edilmiş ve son olarak 2000 yılında değişikliğe uğramıştır.³² INCOTERMS'i dört ana grup halinde incelemek mümkündür.

E-klozu; "ex works = EXW ", alıcının malı satıcının iş yerinde veya tayin edeceği başka bir yerde teslim alacağı halleri düzenlemektedir.³³ Bu terim satıcı için minimum yükümlülük getirir. Alıcı bütün masrafları ve hasar riskini yüklenmek durumunda kalır. Taraflar masraf ve hasara satıcının katlanmasını istiyorsa sözleşmede bu durum açıkça belirtilmeli ve EXW klozunu sözleşmeye kesinlikle koymamalıdır.³⁴

F-klozları ise, "free carrier = FCA", "free alongside ship =FAS", " free on board =FOB" olmak üzere üç tanedir. FCA, malın alıcı tarafından belirlenen taşıyıcıya teslimini; FAS³⁵, malın geminin yanında teslimini; FOB ise malın gemide teslimi düzenlemektedir. Alıcının satım sözleşmesine konu olan mallara dair hasar yükümlülüğü her terimde ayrı ayrı olarak ifade edilen zaman diliminden itibaren başlar.

C-klozları ise; "cost and freight = CRF", "cost, insurance and freight =CIF", "carriage paid to = CPT, "carriage and insurance paid to = CIP" gibi malın teslimi dışında satıcının taşıma masraflarını ve halin icabına göre sigorta masraflarından hangilerini karşılayacağını düzenleyen hükümlerdir.³⁶

³¹ Atamer, *Hasar*, s.159; Honnold, *a.g.e.*, s.413.

³² INCOTERMS 2000 hakkında güncel ve ayrıntılı bilgi için bkz.: <http://www.iccwbo.org/incoterms/id3040/index.html> (Çevrimiçi, 26.02.2007).

³³ Atamer, *Hasar*, s.163.

³⁴ EXW için ayrıntılı bilgi <http://www.iccwbo.org/incoterms/preambles/pdf/EXW.pdf> (Çevrimiçi, 26.02.2007) adresinde bulunabilir.

³⁵ Önceki INCOTERMS'in tam aksine, alıcının ithal şartlarını ayarlaması değil, satıcının ithalat için malları kesinleştirmesi gerekmektedir. Bu terim sadece deniz aşırı taşıyıcılığın var olduğu satımlarda uygulanır. <http://www.iccwbo.org/incoterms/preambles/pdf/FAS.pdf> (Çevrimiçi, 26.02.2007).

³⁶ Atamer, *Hasar*, s. 163.

D-klozları ise "delivered at frontier = DAF", "delivered ex ship =DES", " delivered ex quay = DEQ", "delivered duty unpaid =DDU", "delivered duty paid = DDP" olmak üzere, alıcının belirlediği yerde teslimine kadar her türlü masrafı satıcının karşıladığı hükümlerden oluşur.

II. Türk Hukukunda Satımda Hasarın Geçmesi Kuralının Şartları Ve Hükümleri

A. Genel Olarak

Tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde " borçluya isnad olunamayan haller münasebetiyle borcun ifası mümkün olmazsa borç sakıt olur" (BK.m.117/f.1) prensibi geçerliiyken, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde "bu suretle beri olan borçlu haksız iktisaplara müteallik hükümlere tevfikan almış olduğu şeyleri iadeye mecbur ve kendisine henüz tediye edilmemiş bulunan şeyi istemek hakkından mahrum olur. Kanun veya akit ile, borcun ifasından evvel bile vukua gelen zararın, alacaklıya tahmil edilmiş olduğu haller bundan müstesnadır" (BK.m.117/f.2) hükmü uyarınca satılanın hasarına, kural olarak borçlu katlanır ³⁷. İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden olan, satım sözleşmesinde BK.m.183 ise, BK.m.117/f.2, c.son' da sayılan istisnalardan biri olarak karşımıza çıkar.³⁸

Satım sözleşmesinde hasarın geçmesi kuralı ve söz konusu kuralın uygulanabilmesi için gerekli olan şartlar;

"Halin 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 mebiin ayırt edilmiş olması da lazımdır ve başka bir yere gönderilecek ise bayin bu maksata mebi 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."

şeklindeki, BK.m.183 metninde açıkça ortaya koyulmuştur.

³⁷ Mustafa Dural, *Borçlunun Sorumlu Olmadığı İmkansızlık BK.117*, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1976, s.159 vd..

³⁸ Honsell/Vogt/Wolfgang, *a.g.e.*, s.1067; Honsell, *a.g.e.*, s.47.

Buna göre, satım sözleşmesinde hasar ve yararın sözleşmenin kurulmasıyla birlikte alıcıya ait olduğu prensibinin uygulanabilmesi için, öncelikle satım sözleşmesi geçerli bir şekilde kurulmuş olmalıdır.³⁹ Bunun yanında, satılanın belirlenmiş olması; satılana gelen hasarda satıcının kusurunun bulunmaması ve kuralın uygulanmasına engel olacak bir istisnanın varolmaması, BK.m.183 hükmünün uygulanabilmesi için gerekli olan diğer şartlardır.

Yukarıda sayılan şartların ayrıntılı olarak incelenmesi, kuralın konuluş amacının ve hükümlerinin doğurduğu hakkaniyete aykırı sonuçların daha iyi anlaşılabilmesi açısından yararlıdır.

B. Satım Sözleşmesinin Kurulması

BK.m.183'ün, satım sözleşmesinin kuruluşu anı ile hasarın alıcıya geçmesi anını eş zamanlı olarak düzenlemesi, satım sözleşmesinin ne zaman kurulmuş sayılacağı problemini ortaya çıkarır.

Bir sözleşme, tarafların irade beyanlarını karşılıklı olarak açıklamaları neticesinde kurulur (BK.m.1). Dolayısıyla bir satım sözleşmesinin kurulabilmesi için, tarafların sözleşmenin esaslı unsurları üzerinde anlaşmaları; yani satıcının sözleşmeye konu olan malı satma, alıcının da bunun karşılığında bedel ödeme taahhüdünde bulduklarını, karşılıklı olarak beyan etmeleri halinde satım sözleşmesi kurulmuş olur.⁴⁰

Hazırlar arasında yapılan satım sözleşmesinde, muhatabın kabul beyanında bulunduğu an satım sözleşmesi kurulur ve hasar alıcıya geçer. Satım sözleşmesi, hazır olmayanlar arasında yapılıyor ise, kural olarak kabul beyanının icapta bulunana ulaştığı anda sözleşme kurulur⁴¹ ve hasar bu andan itibaren alıcıya geçer.

³⁹ Bucher, *a.g.e.*, s.78.

⁴⁰ Akıntürk, *a.g.e.*, s.121.

⁴¹ Akıntürk, hazır olmayanlar arasındaki sözleşmelerin kabul beyanının icapta bulunana ulaştığı anda kurulacağını kabul etmekle birlikte, sözleşmenin hükümlerini geriye etkili olarak kabul haberinin gönderildiği andan itibaren doğuracağını ve bu sebeple yarar ve hasarın kabul beyanının gönderildiği andan itibaren alıcıya geçeceğini savunur. Akıntürk, *a.g.e.*, s.122. Hazır olmayanlar arasındaki sözleşmelerin kabul beyanının icapta bulunana ulaştığı anda kurulacağı görüşü bütün irade beyanlarının varma ile hüküm ifade edeceği tarzında genişletilerek benimsenir. Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku Dersleri*, Hemen Hemen Hiç De-

Öte yandan satım sözleşmesinin geciktirici veya bozucu şarta bağlanması durumunda, hasarın alıcıya sözleşmenin kuruluş anında geçip geçmeyeceği meselesi özellik arz eder. BK.m.183/f.3'de geciktirici şarta bağlanmış sözleşmeler hakkında açık bir düzenleme olması sebebiyle, ilk olarak sözleşmenin geciktirici şarta bağlanmasını, daha sonra ise bozucu şarta bağlanmasını ele alınması daha uygun olacaktır.

1. Sözleşmenin Geciktirici Şarta Bağlanmış Olması

Geciktirici şarta bağlı satım sözleşmelerinde yarar ve hasarın geçmesi BK.m.183/f.1'de düzenlenen ana kurala bağlı değildir. BK.m.183/f.3 "*Taliki şart ile yapılan akitlerde temlik edilen şeyin nefi ve hasarı ancak şartın tahakkuku anından itibaren iktisap edene geçer.*" hükmü uyarınca, geciktirici şarta bağlı satım sözleşmelerinde, satılanın yararı ve hasarı ancak geciktirici şartın gerçekleşmesi anından itibaren alıcıya geçer.⁴²

Buna göre, sözleşmenin kuruluşu anından şart gerçekleşinceye kadar ki devrede, satılanın hasar ve yararı alıcıya geçmez, satıcıda kalır. Sadece şartın gerçekleşmesi anından sonraki hasarlar alıcıya geçer.

Vadeye bağlı sözleşmelerde ise, kural olarak, ifanın gelecekteki bir zamana bırakılmış olması, borcun doğmasını engellemez ve sözleşmenin kuruluş anından itibaren hasar alıcıya geçer.⁴³

Sözleşmenin kurulmasından sonra ve fakat şartın gerçekleşmesinden önce, satılanın alıcıya teslim edilmesi halinde, hasarın alıcıya ne zaman geçeceği meselesi ise tartışmalıdır. Bir

giştirilmemiş 2. bs., İstanbul, 1985, s.168 vd. . Bu görüşün eleştirisi için bkz.: Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku İkinci Kısım Akdin Muhelif Nevileri*, Cilt I, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 4. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1980, s. 211, dn.294.

42 Geciktirici şarta bağlı satışların en bilinen örneğini, tecrübe ve muayene şartına bağlı satışlar (BK.m.219 vd.) ve kapıdan satışlar (TKHK.m.8,9) oluşturur. Mülkiyeti saklı tutma anlaşmasında, sözleşme değil, sadece mülkiyetin geçmesi geciktirici şarta bağlandığı için BK.m.183/f.1 kuralı uygulanır ve sözleşmenin kurulduğu anda hasar alıcıya geçer. Yavuz, *a.g.e.*, s.57; Tandoğan, *a.g.e.*, s.118; Feyzioğlu, *a.g.e.*, s.213; Zevkliler, *a.g.e.*, s.68; H.Becker, Çev.: A.Suat Dura, *İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi İkinci Bölüm Çeşitli Sözleşme İlişkileri Madde:184-551*, Ankara, 1993, s.24; Honsell, *a.g.e.*, s.53.

43 Ancak bu kuralın da; BK.m.216 (taşınmaz satımı); TTK.m.870 (gemi satımı) gibi istisnaları vardır. Feyzioğlu, *a.g.e.*, s.212, dn.296; Akıntürk, *a.g.e.*, s.125 vd.; Becker, *a.g.e.*, s.25 .

görüşe göre ⁴⁴, satıcı şartın gerçekleşmesini beklemeden satılanı alıcıya teslim etmekle, şartın niteliğini değiştirir ve geciktirici şart bozucu şarta dönüşür. Böylece satılanın alıcıya teslimi ile hasar alıcıya geçer. Satılanın alıcıya teslim edilmesi sebebiyle, alıcının hasara katlanması hakkaniyete uygun bir çözümdür.

Diğer bir görüşe göre ise ⁴⁵, geciktirici şarta bağlı olan satım sözleşmesi şartın gerçekleşmesinden önce tarafların hak ve borçları doğmadığı için, alıcının satılanın teslimini satıcından talep etmek gibi bir hakkı olmadığı gibi, satıcının da satılanı teslim gibi bir mükellefiyeti de yoktur. Dolayısıyla, satıcının böyle bir mükellefiyeti olmamasına rağmen, satılanı alıcıya teslim etmesi halinde, satılarda ortaya çıkabilecek hasara katlanması gerekir.

2. Sözleşmenin Bozucu Şarta Bağlanmış Olması

BK.m.152 "*İnfisahı, meşkük bir hadisenin tahakkukuna talik edilen akit, şartın tahakkuku anından itibaren hüküm ifade etmez. Kaideten, infisah makabline şamil olmaz.*" hükmü uyarınca, bozucu şarta bağlı olarak yapılmış bir sözleşme, hükümlerini normal şekilde ve zamanında doğurur.⁴⁶ Sadece şart geriye etkili olamaz.

Bu itibarla, bozucu şarta bağlanmış bir satım sözleşmesinde, hasar ve yarar, BK.m.183/f.1 hükmünde olduğu gibi, sözleşmenin kurulduğu anda alıcıya geçer. Bozucu şartın gerçekleşmesinden sonra ortaya çıkan hasar ve yarar ise satıcıya geçer.⁴⁷

C. Satılanın Belirli Olması

BK.m.183 hükmün uygulanabilmesi için gerekli olan bir diğer şart ise, satılanın belirli olmasıdır. Satılanın belirli olması kendini, tarafların aralarında satılanın cinsi ve miktarı üzerinde anlaşmaları ve satılanın ayrılıp, sözleşmeye tahsis edilmesiyle gösterir.⁴⁸ Ayırt etme satılanın tartılması, sayılması, ölçülmesi, işaretlenmesi veya ambalajlanması suretiyle gerçekleşir.

⁴⁴ Ernst Hirsch, *Ticaret Hukuku Dersleri*, 3.bs., İstanbul, 1948, s.696; Tandoğan, *a.g.e.*, s.118; Yavuz, *a.g.e.*, s.57.

⁴⁵ Feyzioğlu, *a.g.e.*, s.214; Akıntürk, *a.g.e.*, s.124.

⁴⁶ Honsell, *a.g.e.*, s.53; Bucher, *a.g.e.*, s.78.

⁴⁷ Feyzioğlu, *a.g.e.*, s.214; Akıntürk, *a.g.e.*, s.125.

⁴⁸ Feyzioğlu, *a.g.e.*, s.215.

1. Parça Satımlarında

Parça borcu doğuran satım sözleşmelerinde satılan, yeterli derecede ayırt edici işaretlerle belirlenmiştir.⁴⁹ Parça borcu doğuran satım sözleşmelerinde, satılan çoğunlukla, kişisel olarak belirlenmiş ve özellikleri sebebiyle muadillerinden ayrılan, misli olmayan eşyalardır.

Dolayısıyla, parça borcu doğuran sözleşmelerde, sözleşmenin kurulması ve hasarın alıcıya geçmesi esasında bir değişiklik yoktur ve BK.m.183/f.1 uyarınca sözleşmenin kurulması anı itibariyle, hasar da alıcıya geçer.⁵⁰

2. Çeşit Satımlarında

Çeşit borcu doğuran satım sözleşmelerinde ise satılan, ayırt edici işaretlerle belli edilemeyen, fakat tartılıp, ölçülebilen, misli eşyalardır (Örneğin, 1 kilo portakal, 10 şişe şarap gibi). Parça borcu doğuran satım sözleşmelerinde hasarın geçişine göre, çeşit borcu doğuran satım sözleşmelerinde hasarın geçmesi daha geç gerçekleşir Bunun nedeni; bu nevi satımlarda satılanın sözleşmenin kurulduğu anda henüz ayırt edilmiş olmamasıdır.

Şöyle ki; BK.m.183/f.2 “ *Bununla beraber yalnız nevan tayin edilmiş olan mebiin ayırt edilmiş olması da lazımdır...*” düzenlemesi uyarınca, çeşit satımlarında, sözleşmenin kurulup, hükümlerini doğurabilmesi için, satılanın ayrıca ayırt edilmiş olması gerekir.⁵¹ Ayırt edilmiş olmakla anlatılmak istenen, satılanın benzerlerinden ayrılarak saklanmasıdır.⁵² Örneğin, 100 kilo buğdayın içerisinde satın alınan 20 kilo buğdayın, tartıldıktan sonra, çuvala konulup, benzerlerinden ayrı bir yere konulması gibi. Ancak satım sözleşmesine konu olan malların ayırt edilmesi, hasarın alıcıya geçmesi için tek başına yeterli değildir. Hasarın alıcıya geçmesi için satım konusu malların ayırt edildiğinin alıcıya ihbar edilmesi de gerekir.

49 Mercedes marka, X plakalı araç; A' nın kalemi gibi.

50 Serozan, *İfa*, s.73; Rona Serozan, *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*, 2. bs, İstanbul, 2006, s.112.

51 Y. 13. HD. 18.9.1994 T. 6197 E. 7587 K. (Mustafa Reşit Karahasan, *Türk Borçlar Hukuku Öğreti Yargıtay Kararları İlgili Mevzuat*, Cilt III, Beta, 2004, s.184, 185, 186 (C.III)); Y. 13. HD. 15.2.1985 T. 7828 E. 1010 K. (Karahasan, C.III s.187, 188); Y. 13. HD. E.1984/7828 K.1985/1010 T.15.2.1985 (www.kazanci.com.tr).

52 Becker, *a.g.e.*, s.25; Honsell/Vogt/Wolfgang, *a.g.e.*, s.1075 .

Çeşit satımlarında hasarın geçişi, ayırt edilen satılanın yasal ifa yerinde teslim edilmesi ve satılanın yasal ifa yerinden başka bir yere gönderilmesi hallerinde farklılık gösterir.

a) Satılan, yasal ifa yerinde teslim edilecekse

Çeşit borçlarında satılanın yasal ifa yeri kural olarak satıcının ikametgahıdır (BK.m.73/b.3). Satılanın yasal ifa yerinden başka bir yere gönderilecekse burada mesafeli satım söz konusu olur.

Kanunda ayırt etme kavramından ne anlaşılması gerektiği hakkında belirli bir açıklık yoktur. Bu hususta doktrinde farklı görüşler vardır. Bir görüşe göre ⁵³, satıcının tek taraflı olarak satım sözleşmesine konu olan eşyayı ayırt etmesi; onu ayrı bir paket yapması, ölçmesi, tartması, bir kenara koyması yeterlidir.

Başka bir görüşe göre ise ⁵⁴, satıcının tek taraflı olarak satılanı ayırt etmesi ve bunu ayrıca alıcıya ihbar etmesi gerekir. Bu ihbarın gönderilmesiyle birlikte, hasar alıcıya geçmiş olur. Diğer bir görüşe göre ise ⁵⁵, satıcının satılanı tek taraflı ayırt etmesi yeterli değildir. Ayırt etme işlemi alıcının veya temsilcisinin katılımıyla veya hiç olmazsa onun huzurunda yapılmış olması gerekir ki hasar alıcıya geçsin ⁵⁶. Borçlar Kanunumuzun kabul ettiği hasar prensibinin alıcı aleyhine olan düzenlemelerini dengeleyen ve en adil çözümü getiren, başka bir görüşe göre ise ⁵⁷, çeşit borcu doğuran satım sözleşmesinde hasar, satılanın alıcıya teslim edilmesiyle geçmelidir.

b) Satılan yasal ifa yerinden başka bir yere gönderilecekse

Satılanın yasal ifa yerinden başka bir yere gönderilmesi halinde, hasarın geçmesi için satılanın ayırt edilmiş olması yeterli değildir. BK.m.183/f.2 " ...ve başka bir yere gönderilecek ise bayün bu maksata mebi üzerinden yedini refetmiş bulunması da şarttır." hükmü uyarınca, hasarın alıcıya geçebilmesi için, satıcı-

⁵³ Becker, *a.g.e.*, s.26.

⁵⁴ İhbar kuramı, TTK.m. 1143/f.1,c.2'de CİF satışlarında açıkça benimsenmiştir. Akıntürk, *a.g.e.*, s.133,134.

⁵⁵ Tandoğan, *a.g.e.*, s.115.

⁵⁶ Serozan, ayırt etmenin satıcının tek taraflı eylemiyle yapılmasını yeterli görmemekte, bu ayırt etmeye alıcının da katılmasının, bu olmazsa hiç değilse, ayırt etmenin alıcıya bildirilmesinin şart koşulması gerektiğini savunmaktadır. Serozan, *Borçlar Özel*, s.112.

⁵⁷ Yavuz, *a.g.e.*, s.58.

nin satılanı alıcıya göndermek amacıyla elinden çıkarması gerekir.⁵⁸

Kanunda taşıma işini yapan kişinin bağımsız olup olmaması hakkında bir açıklama yoktur. Bir görüşe göre⁵⁹, taşıma işini yapan kişinin, satıcının adamı olup olmamasının bir önemi yoktur; hasar ayırt etme ve göndermeden itibaren alıcıya geçer. Borçlar Kanunumuz düzenlemesine daha uygun olan ve Yargıtay⁶⁰ tarafından da benimsenen diğer bir görüşe göre ise⁶¹, taşıma işini yapan kişi satıcının adamı olmamalıdır. Yollanacak çeşidin hatta bir görüşe göre parçanın bağımsız taşıyıcıya teslim edildiği anda hasar alıcıya geçer. Satıcının bir çalışanın satılanı taşıması halinde, satıcının satılan üzerindeki zilyetliği kalkmamış olduğu göz önüne alınarak; satım sözleşmesinin konusunu oluşturan malların bağımlı taşıyıcıya veya toplu taşıyıcıya teslim edildiği anda hasarın alıcıya geçtiğini kabul etmek zorlaşır.

D. Satılana Gelen Hasarda Satıcının Kusurunun Olmaması

Satımda hasar, ancak sorumluluğu gerektirmeyen imkansızlık hallerinde alıcıya geçer.⁶² Satıcının kendi kusuru ile doğrudan veya dolaylı olarak sebebiyet verdiği hasarlarda BK. m.183 kuralı değil, BK.m.96 kuralı uygulanır.⁶³

Buna göre, satıcının temerrüt haline düşmesi bile, hasardan sorumlu olması için yeterlidir.⁶⁴ İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, ferden belirlenmiş veya çeşit olarak belirlenip ayırt edilmiş olan satılanların yok olması veya kötüleşmesinde ve dolayısıyla satılanı alıcıya teslim borcunun gereği gibi ifa edilmesi satıcının kusuru ile imkansızlaşırsa, bedele ilişkin hasar doğmaz ve hasar sorumluluğu satıcıya ait olarak kalır.⁶⁵

⁵⁸ Y. 19. HD. E. 1996/10078 K.1997/3268 T. 28.3.1997; Y. 13. HD. E.2004/1640 K.2004/10820 T.5.7.2004 (www.kazanci.com.tr).

⁵⁹ Akıntürk, *a.g.e.*, s.140.

⁶⁰ TD.8.10.1964. E.963-5223/K.964-5015 (Tandoğan, *a.g.e.*, s.117, dn.49).

⁶¹ Serozan, *İfa*, s.40; Tandoğan, *a.g.e.*, s.116; Yavuz, *a.g.e.*, s.58; Zevkliler, *a.g.e.*, s.66; Serozan, *Borçlar Özel*, s.112; Honsell/Vogt/Wolfgang, *a.g.e.*, s.1071 .

⁶² Becker, *a.g.e.*, s.23.

⁶³ " Kural olarak doğal yıkımlar, borçluyu borcundan kurtarır. Daire fen ve tekniğe uygun yapılmışsa satıcı sorumlu olmaz; tersi durumda satıcı sorumlu olur" Y. 13. HD. 3.2.2003 T. 14548 E. 972 K. (Karahasan, C. III, s.183,184); Y. 13. HD.E. 2000/9362 K. 2001/582 T. 24.1.2001; Y. 13. HD.E. 2003/1719 K. 2003/3505 T. 25.03.2003 (www.kazanci.com.tr) .

⁶⁴ Yavuz, *a.g.e.*, s.58.

⁶⁵ Akıntürk, *a.g.e.*, s.28; Feyzioğlu, *a.g.e.*, s.219.

Örneğin, satıcı kesin bir şekilde tespit edilmiş ifa gününde edimini yerine getirneyip mütemerrit duruma düşerse, hasar kendisine ait olur. Ancak satıcının temerrüte düşmekte kusuru olmadığını ispatladığı durumlarda, hasar alıcıya geçer.

E. Kuralın Uygulanmasına Engel Olacak İstisnaların Bulunmaması

Kanun koyucu BK.m.183'de satım sözleşmesinde hasarın geçiş kuralını oluştururken, kuralın istisnalarını da belirtmiştir. Buna göre, halin icabından ve özel şartlardan doğan istisnalar haricinde BK.m.183 kuralı uygulanır. Yani taraflar aralarında anlaşarak, kanunun hasar düzeninden ayrılabilirler.

BK.m.183 kuralının getirdiği adaletsizlik, aynı kural içerisindeki istisnaların varlığı ile aşılabilir. Zaten doktrin ve Yargıtay, söz konusu istisnaları olabildiğince geniş yorumlamakta ve istisnayı kural, kuralı istisna haline getirmektedir.⁶⁶

1. Halin İcabi

Kanunda halin icabından ne anlaşılması gerektiği, kapsamının ne olduğuna dair bir açıklık yoktur.⁶⁷ Bu konudaki bulanıklık, doktrinde verilen ve uygulamada karşılaşılan örneklerle giderilmeye çalışılmaktadır. Ayrıca, bu durumda hakim de, "somut olay adaletini" gerçekleştirmek amacıyla takdir yetkisini kullanabilmeli ve somut olayda "halin icabi" istisnasını kullanarak hasarın alıcıya geçmediğine karar verebilmelidir.⁶⁸

Örneğin ⁶⁹, satılanın tesliminin satıcının yararına ertelenmesi; satıcının aynı şeyi iki kişiye satması; satılanın satıcı tarafından masrafı kendisine ait olmak üzere ifa yerine taşınmasının kararlaştırılmış olması; şufa hakkının kullanılmasına rağmen hak sahibinin şufa bedelini henüz depo etmemesi; satıcının başkasına ait bir şeyi alıcıya satması; seçimlik borçlarda seçim hakkının kullanılmasının satıcıya bırakılmış olması; satım sözleşmesinin peşin para karşılığı yapılmış olmadığı durumlarda halin icabi hasarın satıcıda kalmasına yol açar.⁷⁰

⁶⁶ Rona Serozan, *Borçlar Özel*, 2. bs, İstanbul, 2006.

⁶⁷ Bucher, *a.g.e.*, s.79.

⁶⁸ Hatemi, *a.g.e.*, s.80.

⁶⁹ Akıntürk, *a.g.e.*, s.147-164; Tandoğan, *a.g.e.*, s.111-114; Feyzioğlu, *a.g.e.*, s.221-222; Yavuz, *a.g.e.*, s.59; Karahasan, *C. I*, s.88.

⁷⁰ Fedaral Mahkemenin vermiş olduğu bir karara göre (BGE 84 II158); satılanın hasar görmesine sebebiyet veren kazanın meydana geldiği anda sadece satıcı satılan üzerinde tasarrufta bulunabilecek ve mesela satılan

2. Sözleşmeden Doğan İstisnalar

BK.m.183'ün emredici olmaması sebebiyle ⁷¹, taraflar aralarında söz konusu hükmün aksine bir anlaşmaya varabilirler ⁷². Bu anlaşma hiçbir şekil şartına tabi değildir. Tarafların BK.m.183'ün aksine yapacakları anlaşma açık olabileceği gibi sözleşmeden zimmen de anlaşılabilir.⁷³ Taraflar sözleşmelerinde, yukarıda incelenen, uluslararası ticari kuralları kullanarak da, hasarın geçmesi prensibini düzenleyebilirler.⁷⁴

3. Kanundan Doğan İstisnalar

BK.m. 183'de açık bir hüküm olmamasına rağmen ⁷⁵; bazı kanun hükümlerinin hasarın satıcı da kalmasını öngörebileceği de unutulmamalıdır.⁷⁶ Taşınmaz satımına ilişkin BK.m.216 "Satılanın alıcı tarafından kabzedilmesi için mukavele ile bir müddet tayin edildiği halde onun nefi ve hasarı alıcıya intikal etmemesi asıldır" hükmü; gemi satımına ilişkin TTK.m.870/f.2 "Geminin iktisap eden tarafından teslim alınması için muayyen bir gün kararlaştırılmışsa, mukavelede aksine hüküm olmadıkça, nefi ve hasar ancak işbu günden itibaren iktisap edene intikal eder." hükmü uyarınca hasarın alıcıya geçmesi, satılanın alıcıya teslimine kadar geciktirilebilmektedir.

4. Şarta Bağlı Satım Sözleşmesi

BK.m.183/f.3 "Taliki şart ile yapılan akitlerde temlik edilen şeyin nefi ve hasarı ancak şartın tahakkuku anından itibaren iktisap edene geçer." hükmü uyarınca, geciktirici şarta bağlı satımlarda hasar, ancak şartın gerçekleşmesiyle birlikte alıcıya geçer. Buna karşılık bozucu şarta bağlanmış satım sözleşmelerinde ise,

taşınıyor ve taşımadan doğan tehlikeleri sadece satıcı önleyebilecek durumda ise, halin icabı ile hasar satıcı da kalır.Tandoğan, *a.g.e.*, s.114; Yavuz, *a.g.e.*, s.59, dn.12.

71 BK.m.183'deki ayırık düzenleme sadece tamamlayıcı niteliğe sahiptir, bu hükme aykırı düzenleme taraflarca yapılabilir. Becker, *a.g.e.*, s.23; Honsell, *a.g.e.*, s.51; Bucher, *a.g.e.*, s.80.

72 "Satış şartnamesinde, saptanan sürede malın teslim alınmaması ve taşıttırılmaması durumunda idarenin sorumluluğunun bulunmayacağı kararlaştırıldığı için davacı alıcı hiç bir istemde bulunamaz." Y. 13. HD. 4.5.1989 T. 1072 E. 3089 K. (Karahasan, C.III, s.186) .

73 Akıntürk, *a.g.e.*, s.166. dn.1; Selim Kaneti, *Özel Borç İlişkileri Ders Notları*, İstanbul, 1969, s.39.

74 Atamer, *Hasar*, s.145.

75 Borçlar Kanunu Tasarısının, satım sözleşmesinde hasarı düzenleyen 207. maddesinde, kanundan doğan bazı durumların da, genel kurala istisna olabileceğini açıkça belirtilmiştir.

76 Bucher, *a.g.e.*, s.80.

hasarın geçmesinde herhangi bir gecikme olmaz. Şart gerçekleşmeden önce hasar meydana gelirse, daha sonra şart gerçekleşse bile alıcının satıcıdan bedeli geri isteme hakkı yoktur. Aynı şekilde, şart gerçekleştikten sonra, hasar meydana gelirse, sözleşme sona erdiği için hasara satıcı katlanır.⁷⁷

F. Satımda Hasarın Geçmesi Kuralının Hükümleri

BK.m.183, hasarın geçmesi kuralının getirdiği en önemli hüküm, hasarın geçmesi ile birlikte alıcının bedeli ödeme borcunun sona ermemesidir. Söz konusu ana hükmün yanında hem alıcının hem de satıcının bir takım hak ve borçları vardır. Ancak bu hak ve borçların çoğunlukla çift taraflı, bir tarafın hakkının diğer tarafın borcu olması, olması sebebiyle⁷⁸ gereksiz tekrarlardan kaçınılarak aşağıda alıcı ve satıcının hak ve borçları üst başlığı altında ele alınacaktır.

1. Alıcının Hak ve Borçları

Satım sözleşmesinin konusunu teşkil eden satılanın teslim borcunun gereği gibi ifa edilmesinin imkansız olduğu durumlarda, satıcı borcundan kısmen kurtulur. Yani, ifanın konusu tamamen ortadan kalkmadığı sürece, alıcının satılanın maddi olarak bakiyelerini satıcıdan talep etme hakkı vardır.⁷⁹

Öte yandan, satıcının ifasının konusunu oluşturan satılan tamamen ortadan kalkmışsa, satıcı teslim borcundan tamamen kurtulacaktır ve alıcının maddi bakiyeleri talep hakkı olmayacaktır. Ancak satıcı, yok olan satılan yerine herhangi bir tazminat veya tazminat talep hakkı kazanmışsa, alıcı bu hukuki bakiyelerden yararlanma hakkına sahip olmalı ve dolayısıyla söz konusu bakiyelerin kendisine devrini talep edebilmelidir.⁸⁰ Eğer alıcının, satıcıya karşı sigorta tazminatı gibi bir kaim değeri bulunmayıp, sadece satıcının üçüncü kişiye karşı bir haksız fiil tazminatı söz konusu ise, üçüncü kişinin zararının tazmini yine kaim değer olarak kabul edilebilir.⁸¹ Satıcı yok olan satılanın yerine hiçbir tazminat veya tazminat talep hakkı elde edememişse, borcundan tamamen kurtulacaktır.

⁷⁷ Atamer, *Hasar*, s.145.

⁷⁸ Akıntürk, *a.g.e.*, s.181.

⁷⁹ Akıntürk, *a.g.e.*, s.183.

⁸⁰ Söz konusu kaim değerlerin varlığı alıcıyı adaletsiz hasar düzeninden kurtarmaktadır. Akıntürk, *a.g.e.*, s.185; Serozan, *Borçlar Özel*, s.113.

⁸¹ Serozan, *İfa*, s.194, 195; Serozan, *Borçlar Özel*, s.113.

Alıcının sahip olduğu diğer bir hak ise, BK.m.183 hükmünden açıkça belirtilen, satılanın yararlarını talep etmek hakkıdır. Kanun koyucu hasar ve yararın geçişini aynı hükümde düzenleyerek, hasar kime ait olacaksa, yararın da ona ait olacağını öngörmüştür.

Hasarın kendisine geçmesi ile birlikte alıcının en önemli borcunun bedeli ödemek olduğu çeşitli vesilelerle vurgulanmıştı. Alıcının bedeli ödemek dışındaki borçları ise, hasarın geçmesinden sonra satıcının satılanın saklanması ve bakımı için yaptığı masrafları ödeme, satılanla ilgili mükellefiyetlere (satıcı adına tahakkuk eden vergi borcu, sigorta primi gibi) katlanmaktır.⁸²

2. Satıcının Hak ve Borçları

Satılanın hasarının alıcıya geçmesinden sonra satıcının sahip olduğu en temel hak, bedeli talep hakkıdır. Öte yandan satıcı, hasarın geçmesinden sonra satılan için yapmış olduğu masrafları da alıcıdan talep edebilir.⁸³

Buna karşılık satıcı, satım sözleşmesinin kendisine yüklediği fer' i borç niteliğinde olan, teslim kadar satılanı muhafaza; satılanın kısmen telef olması durumunda satılanın maddi bakiyelerini alıcıya teslim; satılanın yok olması sebebiyle elde ettiği tazminat veya tazminatı talep hakkını ve yararları alıcıya devretme, hasarın meydana geldiğini alıcıya bildirme borcuna sahiptir.⁸⁴

III. Satımda Hasarın Geçmesi Kuralının Eleştirisi ve Çözüm Önerileri

A. Satımda Hasarın Geçmesi Kuralının Eleştirisi

BK.m.183'ün getirdiği satım sözleşmesinde, sözleşmenin kurulduğu anda hasarın alıcıya geçmesi prensibinin eleştirilmesi için birçok sebep vardır. Kuralın tarihi kökenlerine indiğimizde, Roma Hukukundan kalma periculum emptoris est kuralı ile karşılaşırız. Roma'da hakim olan nakit karşılığı ve parça borcunu oluşturan satım sözleşmelerini esas alarak oluşturulan periculum emptoris est prensibi, o zamanın koşullarına göre savunulabilirdi. Ancak günümüzdeki alışveriş düzeninin satım ve teslim olmak üzere iki aşama halinde gerçekleşmesi ve Roma'da var olan satıcının sıkı bir nezaret yükümüne tabi tutulması düşün-

82 Akıntürk, *a.g.e.*, s.190, 191.

83 Akıntürk, *a.g.e.*, s.194.

84 Akıntürk, *a.g.e.*, s.196 vd. .

cesinin kaybolması sebebiyle, satım sözleşmesinin kurulmasıyla hasarın alıcıya geçmesi prensibi savunulabilir olmaktan uzaklaşmıştır.⁸⁵

BK.m.183'deki hasar düzeni, Fransız Hukuku gibi satım sözleşmesiyle satılanın mülkiyetinin alıcıya geçtiğinin kabul edildiği hukuk düzenlerinde kabul edilebilirse de, bizim hukukumuzda taşınır eşya mülkiyetinin devrinde var olan aynı tasarruf sözleşmesinin borçlanma sözleşmesinden ayrılığı ve soyutluğu sebebiyle⁸⁶, adaletsizdir.⁸⁷ Alman Hukukunda bu adaletsiz kural, hasarın satılanın alıcıya teslim edilmesiyle birlikte alıcıya geçeceği şeklindeki düzenleme ile aşılmaya çalışılmıştır.

BK.m.183'ün getirdiği kural uyarınca, satın aldığı eşyaya ulaşamayan alıcının, buna rağmen satılanın bedelini ödemek zorunda kalması, kişilerin hukuka güven duygusunu zedeler. Hasarın mülkiyetin geçmesiyle birlikte geçmesi ise, kişilerin adalet duygusunu tatmin eder ve ifaya kadar hasardan satıcının sorumlu olması, satıcının satılana muhafaza ve bakım çabalarını artıracaktır.

B. Satımda Hasarın Geçmesi Problemine Dair Çözüm Önerileri

BK.m.183'ün getirdiği adaletsiz düzen, madde metninde yer alan "halin icabı" ve "hususî şart" istisnalarının olabildiğince geniş uygulanması, kaim değer, üçüncü kişinin zararının tazmini kurumlarının işletilmesi suretiyle aşılmaya çalışılmaktadır. Ancak bu adaletsiz hasar düzeni, uygulamanın bulduğu geçici çözümlerle değil, hasarın teslimle geçeceği kuralını getiren⁸⁸, yeni bir yasal düzenlemeyle köklü olarak değiştirilmelidir.⁸⁹

Teslim prensibi, parça borcu doğuran sözleşmelerde olduğu kadar çeşit borcu doğuran sözleşmelerde de doğrudan doğruya uygulama alanı bulur. Dolayısıyla, çalışma içerisinde zaman zaman değinilen, çeşit borcu doğuran satılanı ayırt etmenin şekli,

⁸⁵ Serozan, *Borçlar Özel*, s.111; Atamer, *Hasar*, s.146.

⁸⁶ Taşınır eşya mülkiyetinin devrinde var olan aynı tasarruf sözleşmesinin borçlanma sözleşmesinden ayrılığı ve soyutluğu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Rona Serozan, "Taşınır Eşya Mülkiyetinin Devrinde: Aynı Tasarruf Sözleşmesinin Borçlanma Sözleşmesinden Ayrılığı ve Soyutluğu", *Prof. Dr. Tahir Çağa'nın Anısına Armağan*, İstanbul, 2000, s.397 vd. .

⁸⁷ Honsell/Vogt/Wolfgang, *a.g.e.*, s.1079.

⁸⁸ Tandoğan, *a.g.e.*, s.111.

⁸⁹ Akıntürk, ikinci bir seçenek olarak BK.m.183 hükmünün ilga edilerek kanundan çıkarılmasını önermiştir. Akıntürk, *a.g.e.*, s.207.

anı gibi durumlar hakkındaki ihtilaflar da, teslim prensibinin kabul edilmesiyle ortadan kalkar.⁹⁰

Nitekim Borçlar Kanunu Tasarısındaki düzenleme, BK.m.183 hakkında yapılan eleştirileri giderecek niteliktedir. Borçlar Kanunu Tasarısının getirdiği en önemli ve yerinde değişikliklerden biri olan, satım sözleşmesinde hasar ve yararın geçişi hakkındaki düzenleme, tasarısının 207. maddesinde;

“ 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.

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

Tasarıda hasarın geçişi satıcı açısından düzenlenmekle birlikte, genel olarak olumlu bir değişiklik yapmıştır.⁹¹

BK.m.183 hükmünden farklı olarak tasarı, “halin icabı” ve “hususî şartlar” istisnalarının yanında “kanundan doğan” istisnalara da kanun metninde yer vermiştir. Tasarının getirdiği düzen uyarınca, taşınır satımında hasarın geçişi zilyetliğin devri ile gerçekleşmektedir. Böylece kanun koyucunun BK.m.183’ün getirdiği adaletsiz düzen hakkındaki eleştirileri dikkate aldığı ve sadece parça borcu doğuran satım sözleşmeleri için değil bütün satım sözleşmeleri için adil bir düzen getirdiği görülmektedir.

Ayrıca tasarı, BK.m.183’den farklı olarak, çeşit borçları ve şarta bağlı satım sözleşmeleri için özel düzenlemeler getirmemiş, bütün satım sözleşmeleri için genel bir düzenleme yapmakla yetinmiştir.

Sonuç

Borçlar Kanunumuzun satım sözleşmesinde hasarın geçişine dair düzenlemesi, günümüz alışveriş yaşamının gereklerinden uzaktır. Bunun da ötesinde, BK.m.183 hükmü, iki taraflı hukuki işlemlerin özünde var olan karşılıklı borç altına girme

⁹⁰ Akıntürk, *a.g.e.*, s.114.

⁹¹ Erden Kuntalp / Nami Barlas / Ahu Ayanoglu-Moralı / Pelin Çavuşoğlu Işıntan/ Mehtap İpek / Mert Yaşar/ Sedef Koç, *Türk Borçlar Kanunu Tasarısına İlişkin Değerlendirmeler*, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 2005, s.107.

olgusunu kökünden zedeleyen ve hakkaniyete uymayan sonuçlar doğuran bir özelliğe sahiptir.

Roma Hukukun, *periculum emptoris est prensibi* uygulandığı zaman, yaygın olan satım sözleşmesi türü, pazarda nakit karşılığı yapılan satımdı. Dolayısıyla satım sözleşmesi yapıldıktan sonra, satıcı malı hazır bulunan alıcıya teslim etmekteydi. Roma'daki alış-veriş sisteminin basitliği, kuralın kabul görmesinde etkili olmuştu. Ancak günümüz hukukunda söz konusu prensibin halen daha uygulanıyor olması kabul edilemez.

Madde hükmünde yer alan "halin icabı" ve " sözleşmeden doğan istisnalar" kavramlarını geniş yorumlayıp, kuralı istisna, istisnayı da kural haline getirmek; soruna sadece geçici çözüm bulmak anlamını taşır. Kaim değer, üçüncü kişinin zararının tazmini gibi kurumların işletilmesi yoluyla da BK.m.183'ün getirdiği adaletsizlik aşılmaya çalışılabilir. Ancak bu koşullarda acil olarak yapılması gereken; yeni bir kanun düzenlemesiyle var olan adaletsiz düzene son vermektir. Yeni düzenlemede de Alman Hukukunda olduğu gibi, hasarın geçiş anı olarak, satılanın alıcıya teslim edildiği an kabul edilmelidir.

Borçlar Kanunu Tasarısının ilgili maddesi de, bu sisteme uygun olarak taşınır satışlarında zilyetliğin devri anını, hasarın geçiş anı olarak belirlemiştir. Borçlar Kanunu Tasarısının barındırdığı bir takım aksaklıklara rağmen, satım sözleşmelerinde hasarın geçişine dair getirdiği düzenleme mevcut duruma göre olumludur. Tasarının ilgili maddesinin, kanunlaşması, satım sözleşmelerinde hasarın geçişi problemine çözüm getirecektir.

Kaynakça

Akıntürk, Turgut: *Satım Akdinde Hasarın İntikali*, Ankara, 1966.

Atamer, Yeşim: " Satım Sözleşmesinde Hasarın İntikali Hali", *Prof. Dr. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan*, İstanbul, 2000, s.131-167 (Hasar).

Atamer, Yeşim: "Birleşmiş Milletler Satım Hukukunun Uluslararası Uygulama Alanı", *İBD.*, C.69, Y.1995, s.551-568 (BMSS).

Becker, Hermann, Çev.: A.Suat Dura: *İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi İkinci Bölüm Çeşitli Sözleşme İlişkileri Madde: 184-551*, Ankara, 1993.

Benjamin, Judah Philip/ Finnemore, Donald Leslie/ James, Arthur E.: *A Treatise On The Law Of Sale Of Personal Property With References To The French Civil Code And Civil Law*, Eighth Edition, London, 1950.

Berki, Şakir: *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*, Ankara, 1973.

Brox, Hans: *Grundrisse des Rechts Besonders Schuldrecht*, 22.Auflage, München, 1997.

Bucher, Eugen: *Obligationenrecht Besonderer Teil*, 3. erweiterte Auflage, Schultess Polygraphischer Verlag, 1988.

Bucher, Eugen: "Notizen zu Art. 185 OR (Gefahrtragung durch den Käufer)", ZSS, Band 89, 1970.

Dural, Mustafa: *Borçlunun Sorumlu Olmadığı İmkansızlık BK.117*, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1976.

Esser, Josef/ Weyers, Hans-Leo: *Schuldrecht Band II Besonderer Teil*, 7.völlig neubearbeitete Auflage, C.F.Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1991.

Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin: *Borçlar Hukuku İkinci Kısım Akdin Muhtelif Nevileri*, Cilt I, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 4. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1980.

Hager, Günther: *Die Gefahrtragung beim Kauf*, Alfred Metzner Verlag, 1982.

Hatemi, Hüseyin: *Borçlar Özel Hukuku*, Filiz Kitabevi, 1999.

Hausmaninger, Herbert / Selb, Walter: *Römisches Privatrecht*, 8. verbesserte Auflage, Wien, 1997.

Hirş, Ernst: *Ticaret Hukuku Dersleri*, 3.bs., İstanbul, 1948.

Honnold, John O.: *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 3rd ed. 1999 (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/ho67.html> -Çevrimiçi, 26.02.2007).

Honsell, Heinrich: *Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil*, 6. überarbeitete Auflage, Stämpfli Verlag, Bern, 2001.

Honsell, Heinrich/ Vogt, Nedim Peter/ Wiegand, Wolfgang: *Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art 1-529 OR*, 2. neubearbeitete Auflage, Helbing & Lichtenhahn Verlag, 1996.

Kaneti, Selim: *Özel Borç İlişkileri Ders Notları*, İstanbul, 1969.

Karahasan, Mustafa Reşit: *Türk Borçlar Hukuku Öğreti Yargıtay Kararları İlgili Mevzuat*, Cilt I, Beta, 2002 (C.I) .

Karahasan, Mustafa Reşit: *Türk Borçlar Hukuku Öğreti Yargıtay Kararları İlgili Mevzuat*, Cilt III, Beta, 2004 (C.III) .

Kocayusufpaşaoğlu, Necip: *Borçlar Hukuku Dersleri*, Hemen Hemen Hiç Değiştirilmemiş 2. bs., İstanbul, 1985.

Kocayusufpaşaoğlu, Necip/ Hatemi, Hüseyin/ Serozan, Rona/ Arpacı, Abdülkadir: *Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 3.Cilt, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme*, Gözden Geçirilmiş 4. bs., Filiz Kitabevi, 2006 (Serozan, İfa) .

Kuntalp, Erden/ Barlas, Nami/ Ayanoglu-Moralı, Ahu/ Çavuşoğlu Işintan, Pelin/ İpek, Mehtap/ Yaşar, Mert/ Koç, Sedef: *Türk Borçlar Kanunu Tasarısına İlişkin Değerlendirmeler*, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 2005.

Mayer-Maly, Theo: *Römisches Privatrecht*, Springer Verlag, Wien, 1991.

Mertens, Hans- Joachim: *Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Band 2/2 Schuldrecht I/2*, W.Kohlhammer Verlag, 1986.

Schlechtriem, Peter: "Uniform Sales Law - The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods", <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtriem-66.html>, (Çevrimiçi, 26.02.2007).

Schmitthoff, Clive M.: *The Sale Of Goods*, London, 1951.

Serozan, Rona: *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*, 2. bs, İstanbul, 2006 (Borçlar Özel).

Serozan, Rona: " Taşınır Eşya Mülkiyetinin Devrinde: Aynı Tasarruf Sözleşmesinin Borçlanma Sözleşmesinden Ayrılığı ve Soyutluğu", *Prof. Dr. Tahir Çağa'nın Anısına Armağan*, İstanbul, 2000, s.397-412.

Tahiroğlu, Bülent: *Roma Borçlar Hukuku*, Der Yayınları, İstanbul, 2003.

Tandoğan, Haluk: *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt I/1*, Tümü Yeniden İşlenmiş ve Genişletilmiş Beşinci Bası, İstanbul, 1988.

Yavuz, Cevdet: *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Yenilenmiş 6.bs., İstanbul, 2002.

Westermann, Harm Peter: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3 Schuldrecht Besondere Teil I (§§ 433-606)*, 3. Auflage, München, 1995.

Zevkliler, Aydın: *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Yenilenmiş 8. bs., Ankara, 2004.

Zimmermann, Reinhard: *The Law Of Obligations Roman Foundations Of The Civilian Tradition*, New York, 1996.

Elektronik Kaynaklar:

www.kazanci.com.tr

<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/treaty.html>

http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html

<http://www.iccwbo.org/incoterms/id3040/index.html>