

37267

ANKARA ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ  
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

SATIM SÖZLEŞMESİNDE SATICININ  
AYIBA KARŞI TEKEFFÜLDEN DOĞAN SORUMLULUĞU

YÜKSEK LİSANS TEZİ

İsmail ERBAY

**T.C. YÜKSEKÖĞRETİM KURULU  
DOKÜMANTASYON MERKEZİ**

Ankara-1994

A.Ü.SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

TUTANAĞI

A.Ü.Sosyal Bilimler Enstitüsü ... Özel Hukuk ...  
Anabilim Dalı yüksek lisans öğrencisi f. S. Ural ... E. r. b. o. y. l. n. ...  
Satın ... Sözleşmesinde ... Satın ... Ar. b. d. ... Karşı ... Te. keff  
başlıklı tezini değerlendirmek üzere görevlendirilen jürimiz, Prof. Dr.  
Fikret ... Eren ... N. başkanlığında, 2.8.99 günü saat 16  
... 'da ... Haburk ... (Ankara ... Üniversitesi)  
Fakültesi'nde toplandı,

Tezin;

- a) ... 90 DOKSAN puan ile başarılı sayılmasına,  
b) ~~düzeltilmek üzere iadesine,~~  
c) ~~reddine,~~

Oybirliği ile karar verildi.

~~Oyçokluğu ile karar verildi.~~

~~Çoğunluk oyu~~

Üye  
Prof. Dr. Fikret Eren  
Fikret Eren

Üye  
Prof. Dr. Biçe Öztan  
Biçe Öztan

Üye  
Prof. Dr. Mehmet Ural  
Mehmet Ural

Üye

Karşı

Üye

Zu. Kurt  
30.9.

ANKARA ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ  
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

SATIM SÖZLEŞMESİNDE SATICININ  
AYIBA KARŞI TEKEFFÜLDEN DOĞAN SORUMLULUĞU

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Fikret EREN

İsmail ERBAY

Ankara-1994

**SATIM SÖZLEŞMESİNDE, SATICININ AYIBA KARŞI**

**TEKEFFÜLDEN DOĞAN SORUMLULUĞU**

İÇİNDEKİLER.....	I
KISALTMALAR.....	XIV
KAYNAKÇA.....	XVI
GİRİŞ.....	1

**BİRİNCİ BÖLÜM**

**ROMA HUKUKUNDA SATICININ AYIBA KARŞI TEKEFFÜL  
BORCU, AYIP VE NİTELİK KAVRAMI, AYIBA KARŞI TE-  
KEFFÜL BORCUNUN TANIMI, ÇEŞİTLERİ VE  
ÖZELLİKLERİ**

§ 1- ROMA HUKUKUNDA SATICININ AYIBA KARŞI TE KEFFÜL BORCU, AYIP VE NİTELİK KAVRAMI, AYIBA KARŞI TEKEFFÜL BORCUNUN TANIMI.....	4
I- ROMA HUKUKUNDA SATICININ AYIBA KARŞI TEKEFFÜL SORUMLULUĞU.....	4
II-AYIP KAVRAMI.....	11
A- Ayıp ve Nitelik Kavramı.....	11
1) Satılndaki ayıbın objektif görüŖe göre belirlenmesi.....	13
2) Satılndaki ayıbın subjektif görüŖe göre belirlenmes....	13
a) Parça satımlarında satılan Ŗeydeki ayıbın belirlenmesi.....	14
b) Cins satımlarında satılan Ŗeydeki ayıbın belirlenmesi.....	15
III- MİKTAR EKSİKLİĞİ.....	16

A- Miktar Eksikliğinin Kural Olarak Ayıp Teşkil Etmemesi.....	16
B- Miktar Eksikliğinin İstisnaen Ayıp Teşkil Etmemesi.....	17
1- Kanundan doğan istisnalar.....	17
2- Satılanın mahiyetinden doğan istisnalar.....	20
IV- KARARLAŞTIRILAN ŞEYDEN BAŞKA BİR ŞEYİN TESLİM EDİLMESİ (ALİUD=YANLIŞ İFA).....	21
A- Parça Satımında Yanlış İfa.....	21
B- Cins Satımında Yanlış İfa.....	22
C- Yanlış İfaya Uygulanması Gereken Kanun Hükümleri.....	23
V- AYIBA KARŞI TEKEFFÜL BORCUNUN TANIMI.....	26
§ 2- AYIP ÇEŞİTLERİ.....	28
I- MADDİ AYIP.....	28
II- HUKUKİ AYIP.....	29
III- EKONOMİK AYIPLARI.....	31
§ 3- SATICININ AYIBA KARŞI TEKEFFÜL SORUMLULUĞUNUN ÖZELLİKLERİ.....	33
I- SATICININ AYIBA KARŞI TEKEFFÜL SORUMLULUĞUNUN ASLİ YADA TALİ, TAMAMLAYACI OLMA ÖZELLİĞİ.....	33
II- SATICININ AYIBA KARŞI TEKEFFÜL SORUMLULUĞUNUN KANUNİ BİR SORUMLULUK OLMA ÖZELLİĞİ.....	35
III- SATICININ AYIBA KARŞI TEKEFFÜL SORUMLULUĞUNUN KUSURLU VEYA KUSURSUZ SORUMLULUK OLMA ÖZELLİĞİ.....	35

IV- SATICININ AYIBA KARŞI TEKEFFÜL SORUMLU- LUĞUNUN EMREDİCİ OLMAMA ÖZELLİĞİ.....	37
V- SATICININ AYIBA KARŞI TEKEFFÜL SORUMLU LUĞUNUN KANUNUN BAZI MADDELERİ İLE YARIŞMALI OLARAK UYGULANMASI ÖZELLİĞİ.....	40
A- Ayıba karşı Tekeffül Hükümleri ile Culpa in Contrahendo Hükümlerinin Yarışması.....	40
B- Ayıba Karşı Tekeffül Hükümleri ile İrade Sakatlığını Düzenleyen Hata ve Hile Hükümlerinin Yarışması.....	42
1- Hata hükümleri ile ayıba karşı tekeffül hükümlerinin yarışması.....	42
2- Hile Hükümleri ile ayıba karşı tekeffül hükümlerinin yarışması.....	46
C- Ayıba Karşı Tekeffül Hükümleri ile Borcun Gereği Gibi İfa Edilmemesi (BK.md.96 vd) Hükümlerinin Yarışması .....	48
D- Ayıba Karşı Tekeffül Hükümleri ile Haksız Fiil Hükümlerinin Yarışması.....	52

**İKİNCİ BÖLÜM****AYIBA KARŞI TEKEFFÜL BORCUNUN HUKUKİ NİTELİĞİNİ  
AÇIKLAYAN GÖRÜŞLER VE UYGULAMA ALANI****§ 1- AYIBA KARŞI TEKEFFÜL BORCUNUN HUKUKİ NİTELİĞİNİ  
AÇIKLAYAN GÖRÜŞLER**

<b>I- KANUNİ TEKEFFÜL BORCUNUN HUKUKİ NİTELİĞİNİ AÇIKLAYAN GÖRÜŞLER.....</b>	<b>55</b>
A- Ayıba Karşı Tekeffül Sorumluluğunu Hata Hükümlerine Göre Açıklayan Görüş.....	55
B- Ayıba Karşı Tekeffül Sorumluluğunu Culpa in Contrahen do Hükümlerine Göre Açıklayan Görüş.....	56
C- Ayıba Karşı Tekeffül Sorumluluğunu Garanti Sözleşmesine Benzeten ve Bu Şekilde Açıklayan Görüş....	57
D- Ayıba Karşı Tekeffül Sorumluluğunun Kendisine Özgü Yapısı Olduğunu Kabul Eden Görüş.....	58
E- Ayıba Karşı Tekeffül Sorumluluğunu Faraziye Esasına Dayandıran Görüş.....	59
F- Ayıba Karşı Tekeffül Sorumluluğunu Hakkaniyet Esasına Dayandıran Görüş.....	59
G- Ayıba Karşı Tekeffül Sorumluluğunu Kötü İfa Olarak Açıklayan Görüş.....	59
1- Cins satımlarında, satıcının ayıba karşı tekeffül sorum- luluğunun hukukî niteliği.....	60
2- Parça satımlarında satıcının ayıba karşı tekeffül sorum- luluğunun hukukî niteliği.....	61

II- SATICININ ZİKİR VE VAAD NEDENİYLE AYIBA KARŞI TEKEFFÜL SORUMLULUĞUNUN HUKUKÎ NİTELİĞİNİ AÇIKLAYAN GÖRÜŞLER.....	62
A- Satıcının, Satılan Şeyin Niteliklerine İlişkin Bildirimi Sözleşme Olarak Açıklayan Görüş.....	62
B- Satıcının Satılan Şeyin Niteliklerine İlişkin Vaadini Tek Taraflı Hukukî Muamel Olarak Değerlendiren Görüş.....	63
C- Satıcının Satılan Şeyin Niteliklerine İlişkin Bildirimini Tasavvur Açıklaması Olarak Değerlendiren Görüş.....	63
§ 2- AYIBA KARŞI TEKEFFÜL SORUMLULUĞUNU DÜZENLEYEN KANUN HÜKÜMLERİNİN UYGULANMA PLANI.....	64
I- MENKUL SATIMINDA AYIBA KARŞI TEKEFFÜL SORUMLULUĞU.....	64
A- Menkul Satımının Tanımı ve Konusu.....	64
B- Menkul Satımın Hakkındaki Hükümlerin Uygulama Alanı.....	66
II- GAYRİMENKUL SATIMDA AYIBA KARŞI TEKEFFÜL SORUMLULUĞU.....	66
A- Gayrimenkul Satımının Tanımı ve Konusu.....	66
B- Gayrimenkul Satımlarında Ayıba Karşı Tekeffül Hükümlerinin Uygulanması.....	67
III- ARTIRMA SURETİYLE SATIMLARDA AYIBA KARŞI TEKEFFÜL SORUMLULUĞU .....	68
IV- HAYVAN SATIMINDA AYIBA KARŞI TEKEFFÜL SORUMLULUĞU.....	69
V- TİCARÎ SATIMLARDA SATICININ AYIBA KARŞI TEKEFFÜL SORUMLULUĞU.....	72
VI- GÖNDERME SURETİYLE SATIMLARDA (MESAFE SATIMLARINDA) AYIBA KARŞI TEKEFFÜL SORUM LULUĞU.....	74



**ÜÇÜNCÜ BÖLÜM****AYIBA KARŞI TEKEFFÜL SORUMLULUĞUNUN ŞARTLARI****§ 1- AYIBA KARŞI TEKEFFÜL SORUMLULUĞUNUN MADDİ  
ŞARTLARI****I- AYIPLI MALIN MÜLKİYETİNİN KARŞI TARAF****GEÇİRİLMESİ..... 76****A- Genel Olarak..... 76****B- Ayıplı Şey Tesliminin Teslim Borcunun İfasına****Etkisi..... 78****1- Meselenin parça ve cins satımı ayırımına göre  
çözümlemesi gerektiği görüşü..... 78****2- Meselenin parça ve cins satımında aynı şekilde  
çözümlemesi gerektiği görüşü..... 80****3- Görüşlerin değerlendirilmesi..... 80****C- Satıcının Fer'i Borçları..... 82****1- Satılanı gönderme borcu..... 82****2- Satılanı koruma borcu..... 83****3- Teslim giderlerini ödeme borcu..... 84****II-SATILAN ŞEYİN AYIPLI OLMASI ..... 85****A-Zikir ve Vaad Edilmiş Niteliklerin Yokluğu..... 85****1- Zikir ve vaad edilmiş nitelik kavramı..... 85****2- Zikir ve Vaad Hukuki Niteliği..... 87****3- Zikir ve Vaad Şekli..... 89****a- Şekilsizlik kuralı..... 89****b- Zikir ve vaad istisnai olarak yazılı şekilde****yapılması..... 91**

B- Zorunlu Niteliğin Yokluğu.....	91
1- Zorunlu nitelik kavramı.....	91
2- Zorunlu niteliğin yokluğunun belirlenmesi.....	92
a- Satılanın zorunlu nitelikleri taşımadığının (ayıplı olduğunun) objektif görüşe göre belirlenmesi.....	92
b- Satılanın ayıplı olduğunun subjektif görüşe göre belirlenmesi.....	93
aa) Parça satımında satılanın ayıplı olduğunun belirlenmesi.....	93
bb) Cins satımında satılanın ayıplı olduğunun belirlenmesi.....	93
3- Ayıbın satılan malın öngörülen kullanımını önemli ölçüde azaltılması veya ortadan kaldırması.....	94
4- Ayıbın satılan şeyin değerini önemli ölçüde azaltması veya ortadan kaldırması.....	97
III- AYIBIN GİZLİ OLMASI.....	97
A- Genel Olarak.....	97
B- Gizli Ayıp ve Görünür Ayıp Kavramı.....	99
C- Satılan Şeydeki Ayıpların Gizliliğinin Tesbiti.....	99
D- Satılan Şeydeki Ayıpların Gizli Olmasının Hüküm ve Sonuçları.....	101
IV- AYIBIN ÖNEMLİ OLMASI.....	102
A- Satılan Şeydeki Zorunlu Niteliklerin Bulunmaması Nedeniyle Tekeffülde Ayıbın Önemli Olması.....	104
V- AYIBIN HASARIN İNTİKALİNDEN ÖNCE MEVCUT OLMASI .....	107
A- Hasar Kavramı.....	107
B- Genel Olarak Hasarın İntikali.....	108

1- Parça borcunda hasarın intikali ve satıcının ayıba karşı tekeffül borcu.....	110
a- Halin icaplarından doğan istisnalar.....	112
b- Sözleşmeden doğan istinasalar.....	113
2- Cins borçlarında hasarın intikali ve satıcının ayıba karşı tekeffül borcu.....	114
a- Aynı yerde teslim edilecek şeylerin satışında .....	115
b- İfa yerinden başka yere gönderilecek şeylerin satışında (mesafe satışlarında).....	116
3- Şarta bağlı satımlarda hasarın intikali ve satıcının ayıba karşı tekeffül borcu.....	117
a) Tâliki şarta bağlı satışlarda hasarın ve ayıbın intikali.....	117
b) İnfisahî şarta bağlı satışlarda hasarın ve ayıbın intikali.....	119
4- Mülkiyeti muhafaza kaydıyla satımlarda hasarın intikali ve satıcının ayıba karşı tekeffül borcu.....	119
5- Gemi satımında hasarın intikali ve satıcının ayıba karşı tekeffül borcu.....	120
6- FOB ve SİF Satışlarda hasarın ve ayıbın intikali.....	121
a) Fob satışlarda hasarın ve ayıbın intikali.....	121
b) Sif satışlarda hasarın ve ayıbın intikali.....	122
7- Gayrimenkul satışlarında hasarın intikali ve satıcının ayıba karşı tekeffül borcu.....	123
§ 2- ŞEKLÎ ŞARTLAR.....	124
I- SATILAN ŞEYİN MUAYENESİ.....	124
A-Muayene ve Hukukî Niteliği.....	124
B-Satılan Şeyi Muayene Edecek Kişi.....	127

C- Muayenenin Şekli.....	128
D- Muayenenin Zamanı.....	130
1- Muayene süresinin başlangıcı.....	130
2- Alalade satımlarda muayene süresi.....	131
3- Hayvan satımlarında muayene süresi.....	133
4- Ticarî satımlarda muayene süresi.....	134
E- Muayene Yeri ve Muayene Masrafları.....	135
1- Muayene yeri.....	135
2- Muayene masrafları.....	136
II- İHBAR KÜLFETİ.....	137
A- İhbar ve İhbarın Hukukî Niteliği.....	137
B- İhbarın Şekli ve Muhtevası.....	138
1- İhbarın şekli.....	136
2- İhbarın muhtevası.....	140
C- İhbar Zamanı.....	142
D- İhbar Süresi Bakımından Ticarî ve Hayvan Satımı.....	144
1- İhbar süresi bakımından ticari satım.....	144
2- İhbar süresi bakımından hayvan satımı.....	145
§ 3- MESAFE SATIMINDA ALICININ MÜKELLEFİYETLERİ... 145	
I- ALICININ MÜKELLEFİYETİNİN ŞARTLARI.....	145
II- Bk.md.201'in ALICIYA YÜKLEDİĞİ	
MÜKELLEFİYETLER.....	148
A- Gönderilen Şeyin Muhafazası Mükellefiyeti.....	148
B- Zorunlu Satış.....	150
C- Gönderilen Şeyreki Ayıbı Tesbit Ettirme Borcu .....	153
III- BK.md.201'in ALICIYA YÜKLEDİĞİ MÜKELLEFİYET-	
LERİN HUKUKÎ NİTELİĞİ.....	154

**DÖRDÜNCÜ BÖLÜM****SATICININ AYIBA KARŞI TEKEFFÜL BORCUNUN HÜKÜM VE  
SONUÇLARI**

§ 1- SATILAN ŞEYİN AYIPLI OLMASI DURUMUNDA ALICI LEHİNE KANUNDAN DOĞAN HAKLAR, HAKLARIN KUL- LANILMASI VE SINIRLARI.....	155
I- SATILAN ŞEYİN AYIPLI OLMASI DURUMUNDA ALICI LEHİNE KANUNDAN DOĞAN HAKLAR.....	155
II- SEÇİM HAKKININ KULLANILMASI.....	159
III- SEÇİM HAKKININ KULLANILMA ZAMANI.....	160
IV- SEÇİM HAKKININ SINIRLARI.....	163
A- Hakim Haklı Sebeplerin Varlığı Halinde, Sözleşmeden Dönme Yerine, Satım Parasının İndirilmesine Karar Verebilir.....	163
B- Semen in İndirilmesi Miktarı, Satım Parasına Eşit ise, Alıcı Semen in İndirilmesini Talep Edemez.....	166
C- Satıcının Satılan Şeyi Değiştirme Hakkını Kullanmak Suretiyle Alıcının Seçim Hakkını Kullanmasını Engellemesi.....	167
D- Satılan Şeyin Alıcının Fiili ile Telef Olması.....	168
E- Alıcının Satılanı Bir Başkasına Temlik Etmesi.....	169
F- Alıcının Satılan Şeyin Şeklini Değiştirmiş Olması (Teğyir).....	169
G- Gayrimenkul Satımında Miktar Eksikliği.....	170
H- Satım konusunun Birden Fazla Şeyi Kapsadığı Satımlarda ve Ardarda Teslimli Satımlarda Alıcının Seçim Hakkının Sınırları.....	171

§ 2- SATILANIN AYIPLI OLMASI DOLAYISI İLE SATIM SÖZLEŞMESİNDEN DÖNME VE DÖNMENİN HUKUKİ SONUÇLARI .....	173
I- ALICININ SÖZLEŞMEDEN DÖNME VE DÖNMENİN KAPSAMI.....	173
II- SATIM SÖZLEŞMESİNDEN AYIP SEBEBİYLE DÖNMENİN HUKUKİ SONUÇLARI.....	176
A) Alıcının İade Borcu.....	178
1) Satım sözleşmesinden dönenen alıcının dönmesi ile birlikte ayıplı malı satıcıya geri verme yükümlülüğü .....	178
2) Alıcının satılandan elde ettiği menfaatleri iade borcu .....	179
B) Satıcının İade Borcu.....	180
1) Satıcının semeni faizi ile birlikte iade etme borcu....	181
2) Satıcının mahkeme masrafları ödeme borcu.....	181
3) Satıcının satılan şey için yapılan masrafları ödeme borcu.....	182
4) Satıcının alıcının uğradığı doğrudan zararı tazmin etme borcu.....	183
5) Satıcının alıcının uğradığı dolaylı zararı tazmin etme borcu.....	187
III- AYIB SEBEBİYLE SATIM SÖZLEŞMESİNDEN DÖNME- YE UMULMAYAN HALİN VE MÜCBİR SEBEBİN ETKİSİ.....	189
§ 3- ALICININ, SATILANIN AYIBINDAN DOLAYI SEMENİN İNDİRİLMESİNİ İSTEME HAKKI.....	191

I- SEMENİN İNDİRİLMESİ KAVRAMI VE HUKUKİ NİTELİĞİ.....	191
II- SEMENİN İNDİRİLMESİNDE UYGULANACAK METOD.....	193
III- SEMENİN İNDİRİLMESİ İLE BİRLİKTE TAZMİNAT TALEP EDİLMESİ.....	195
§ 4- ALICININ AYIPLI ŞEYİ AYPIL OLMAYAN MİSLİ İLE DEĞİŞTİRİLMESİNİ İSTEME HAKKI.....	197
§ 5- ALICININ SATILANI AYIPLARI NEDENİ İLE TAZMİNAT İSTEME HAKKI.....	201
§ 6- ALICININ SATILAN ŞEYİN AYIPLARININ TAMİRİNİ İSTEME HAKKI.....	206
I- TAMİR KAVRAMI.....	207
II-İSTİSNA SÖZLEŞMESİNDEKİ TAMİR HAKKININ (BK.md.360) KİYAS YOLUYLA SATIM HUKUKUNA UYGULANABİLME İMKANI.....	208
III- TAMİR HAKKININ DOĞMASI VE KULLANILMASI ŞARTLARI.....	211
IV- GENEL SÖZLEŞME ŞARTLARI İLE SATICININ AYIPTAN DOĞAĞ SORUMLULUĞUNUN SINIRLANDIRILMASI VE TAMİR GARANTİSİ.....	213
V- SATILAN ŞEYİN AYIPLARININ TAMİRİNDEN SORUMLULUĞUNUN SINIRLANDIRILMASI VE TAMİR GARANTİSİ.....	215
A- Satılan Şeyin Ayıplarının Giderilmesinden Sorumlu Kişi (Tamir Borçlusu).....	215
B- Ayıplı Şeyin Tamir Edileceği Yer (Tamir Yeri).....	216
C- Ayıplı Şeyin Tamir Masrafı.....	216

D- Ayıbın Tamir Süresi (Garanti Süresi).....	217
VI- TAMİR BORCUNUN YERİNE GETİRİLMEMESİ HALİNDE ALICININ HAKLARI.....	219
§ 7- ALICININ AYIPTAN DOĞAN HAKLARININ ZAMAN- AŞIMINA UĞRAMASI.....	221
I- ZAMANAŞIMI SÜRESİNİN BAŞLANGICI.....	223
II- TARAFLARIN SÖZLEŞME İLE ZAMANAŞIMI SÜRESİNİ DEĞİŞTİRMELERİ.....	225
III- SATICININ HİLESİNİN KANUNÎ ZAMANAŞIMI SÜRESİNE ETKİSİ.....	226
IV- DEF'Î YOLUYLA TEKEFFÛL HÜKÜMLERİNE DAYAN- MA İMKANI.....	227
S O N U Ç.....	228
ZUSAMMENFASSUNG.....	235



**KISALTMALAR CETVELİ**

ABD.	: Ankara Barosu Dergisi
AD.	: Adalet Dergisi
Art.	: Artikel (Madde)
Aufl.	: Auflage (Baskı)
b.	: Bent
Batider.	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BGB.	: Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu)
BGE.	: Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes amtliche Sammlung (İsviçre Federal Mahkemesi Kararları Resmi Külliyyatı)
BGHZ.	: Entscheidegen des deutschen Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BK.	: Borçlar Kanunu
Bkz. (bkz.)	: Bakınız
C.	: Cilt
çev.	: Çeviren
Diss.	: Dissertation
dn.	: dipnot
Fest.	: Festschrift
ff.	: und nächstfolgende
HD.	: Hukuk Dairesi
HGB.	: Handels gesetzbuch (Alman Ticaret Hukuku)
HGK.	: Hukuk Genel Kurulu
HUMK.	: Hukuk Usulü Mahkemeler Kanunu
İBD.	: İstanbul Barosu Dergisi

IÜHF.M.	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
Karş.	: Karşılaştırınız
MHAD.	: Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
md.	: Madde
MK.	: Medeni Kanun
Nr.	: Nummer (Numara)
OR.	: Bundesgesetzbuch des Obligationenrecht
RG.	: Resmi Gazete
RGZ.	: Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
SJZ.	: Schweizerische Juristen-zeitung
TCK.	: Türk Ceza Kanunu
TD.	: Ticaret Dairesi
T.E.K.	: Tarihli, Esas, Karar
TK .	: Türk Ticaret Kanunu
tOR.	: türkisches Obligationenrechts
Türk. İçt.Kül.	: Türk İçtihatlar Külliyatı
Yarg.	: Yargıtay
YHGK.	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YKD.	: Yargıtay Kararlar Dergisi
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
ZBJV.	: Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins

**KAYNAKÇA**

- Akıntürk, T. : Satım Akdinde Hasarın İntikali, Ankara 1966.
- Akipek, J. : Türk Medeni Hukuku, C.I, Başlangıç ve Şahsın Hukuku, Başlangıç Hükümleri, Ankara 1960; Şahsın Hukuku, Ankara 1961.
- Akünel, T. : Satıcının "Onarım Garantisi", İUHEM, E. XXXVIII, sayı 1-4, 547-570 (Kısaltılmışı: Satıcının "Onarım Garantisi).
- : İsviçre Federal Mahkemesinin Satıcının Aıptan Doğan Sorumluluğu ve Onarım Garantisine İlişkin 25 Mayıs 1966 tarihli Kararı Çevirisi, MHAD, 1973, sayı 10, 243-250.
- Arsebük, E : Borçlar Hukuku, C.I, 3. Bası, Ankara 1950; C.II, 2. Bası, İstanbul 1943.
- Arslanlı, H : Ticarî Bey, İstanbul 1952.
- Ataay, A. : Borçlar Hukukunun Genel Teorisi, I, 3. Bası, İstanbul 1981.
- Baldi, P : Über die Gewährleistungspflicht des Verkäufers von Aktien insbesondere beim Verkauf aller Aktien einer Gesellschaft, Diss., Zürich 1975.
- Becker, H. : Kommentar zum Obligationenrecht, II Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 1. Aufl., Bern 1934 (Çev. Dura, S., Ankara 1993).
- : İsviçre Medenî Kanunu Serhi, VI (Borçlar Kanunu), 1. Kısım Fasikül 3. (İBK md. 64-103/BK. md.63-102) Ankara 1969 (Çev. O Tolun, O.)

- Berki,Ş. : Borçlar Hukuku, c.II, Hususi Hükümler, Ankara, 1957.
- Bilge, N. : Borçlar Hukuku, Özel Borç Münasebetleri, Ankara 1971.
- Brox,H. : Besonderes Schuldrecht, 9. Aufl., München 1982.
- Bucher,E. : Skriptum zum Obligationenrecht, Besonderer Teil, z.erweit. Aufl., Zürich 1985.
- : Der benachteiligte Käufer, SJZ 1971 (67), 1 vd.
- Burlet, F. : Die sachmängelwährleistung und ihrer Verhältnis zu den Bestimmungen über Nichterfüllung und Irrtum, Diss., Zürich 1949.
- von Büren, B. : Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zurich 1964 (Kısaltılmış : von Büren I).
- : Besonderer Teil, Zürich 1972 (Kısaltılmışı: von Büren II).
- Cavin,P. : Schweizerisches Privatrecht, VIII/1 Kauf, Tausch und Schenkung, Basel 1977.
- Cuq, E. : Institutions Juridiques des Romains, Paris 1928.
- Cyprian, R. : Die aliud-Lieferung im schweizerischen Kaufrecht, Diss., Gallen 1981.
- Çaga, M.T. : Gayrimuayyen Adî İcralarda Feshi İhbara Dair,İBD., 1950, 561 vd.
- Edis,S : Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara 1963
- : Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri,

- Ankara 1979.
- : Türk/İsviçre Borçlar Hukuku Sistemine Göre Akdin Lüzumlu Vasıflarında Hata, Ankara 1973
- : Satım-Ayıba Karşı Tekeffül- Akitten Doğan Garanti-Satım Feshi- Federal Mahkeme Kararı, ABD. 1966, 1036-1040 (BGE 91 II 349, Kararı Çevirisi)
- Egli, W. : Die Gefahrtragung beim Kaufvertrag, Diss., Zürich 1926.
- Eren, F. : Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C.I, C.II, 4. Bası, C.III, 3. Bası, Ankara 1991.
- Esener, T. : Borçlar Hukuku I, Aktin Kuruluşu ve Geçerliliği, Ankara 1969.
- Esser/Weyers : Schuldrecht, Band II, Besenderer Teil, 6. Aufl., Heidelberg 1984.
- Feyzioğlu, F.N. : Borçlar Hukuku, Akdin Muhtelif Nevileri, C.I, İstanbul 1980.
- : Borçlar Hukuku, Genel Hükümler C.II, 2. Bası, İstanbul 1976. (Kısaltılmışı: Feyzioğlu II).
- Flume, W. : Eigenschaftsirrtum-und Kauf Regensburg-Münster 1948
- Furrer, R. : Beitrag zur Lehre der Gewährleistung im Vertragsrecht, Diss., Zürich 1973.
- Gautschi, G. : Kommentar zum Obligationenrecht, 2. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse., 3. Teilband, Der Werkvertrag,

- Bern 1967.
- Giger, H : Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI; Obligationenrecht, 2. Abteilung; Die einzelnen Vertragvuerhältnisse, 1. Teilband; Kauf, Tansch, Schenkung Lieferung 1; Art. 184-188 OR Bern 1973; Lieferung 2.; Art. 189-210 OR, Bern 1977; Lieferung 3: Art. 211-215 OR Bern 1979.
- Göktürk, H.A : Borçlar Hukuku, Aktin Muhtelif Nevileri, Ankara 1951.
- Götz, V. : Sachmaengelbeseitigung beim Kauf, Biefeld 1960.
- Guhl/Merz/  
Kummer : Das schweizerische Obligationenrecht, 7. Aufl., Zürich 1980.
- Hatemi/Serozan/  
Arpacı : Borçlar Hukuku, Özel Bölüm, İstanbul 1992.
- Hirş, E. : Ticaret Hukuku, Ankara 1948.
- Honsell, H. : Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, Bern 1991.
- İnan, A.N. : Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Ankara 1984.
- İnan, A.N. : "Culpa in Contrahendo", Mukavele Yaparken İşlenen Kusurdan Dolayı Mesuliyetin Hukukî Sebeblerini İzah Eden Nazariyeler Üzerinde Mukayeseli Bir Çalışma, AD., 1954. Sayı 7, 878-887; 999-1013.

- Jaeggi, P. : Die Zusicherung von Eigenschaften der Kaufsache in Fest. für Guhl, 67-86.
- Jaeger, T : Die Haftung des Verkäufers für die Mängel der Fahrniskaufsache nach schweizerischem Obligationenrecht, Diss., Zerich 1911.
- Kaneti, S. : İsviçre Federal Mahkemesinin Borçlar Hukuku Kararları, C.II, Ankara 1968.
- Kalpşüz, T. : Ticarî Satışta İfa Mahalli, Ankara 1960.
- Karahan, M.R : Eşya Hukuku, c.I, Ankara 1977
- Karayalçın, Y. : Ticaret Hukuku, Giriş-Ticari İşletme, Ankara 1968.
- Kaser, M. : Das römische Privatrecht erster Abschnitt, Das Altromische, Das vorklassische und klassische Recht, München 1955.
- Katz, H.P. : Sachmängel beim Kauf von Kunstgegenständen und Antiquitäten, Zürich 1973.
- Keller/Lörtscher, : Kaufrecht, Eine systematische Darstellung, 2. Aufl., Zürich 1986.
- Kocayusufpaşaoğlu, N.: Borçlar Hukuku Dersleri, Genel Hükümleri, I.Fasikül, İstanbul 1978  
(Kısaltılmışı: Borçlar Hukuku)
- : Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmesinde Hata Kavramı, İstanbul 1968  
(Kısaltılmışı: Hata Kavramı).
- Koschaker,P. : Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, 7. Bası, Ankara 1983 (Çev. Ayiter,K).

- Kuru/Arslan/ : Medeni Usul Hukuku, Ankara 1991.
- Yılmaz
- Larenz, K : Lehrbuch des Schuldrechts. Band I, Allgemeiner Teil, 15. Aufl., München 1987 (Kısaltılmışı: Larenz I); Band II, Besonderer Teil, 11. Aufl., München 1977.
- Medicus, D. : Schuldrecht II, Besonderer Teil, München 1983.
- Meier-Hayaz, A. : Berner Kommentar, Einleitungsband, Art.1 ZGB in; Bern 1962.
- Merz, H. : Sachgewährleistung und Irrtumsanerkennung, in Fest. für Gühl, 87-108.
- Neuenschwander : Die Schlechterfüllung im schweizerischen M. Vertargrecht, Zweite, unveränderte Aufl., Diss., Bern 1972.
- Oftinger, K. : Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band I, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. Zürich 1973.
- Oğuzman, K. : Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul 1987.  
: Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet "İş" Sözleşmesinin Feshi, İstanbul 1955 (Kısaltılmışı: İş Sözleşmesinin Feshi).
- Oğuzman/Seliçi : Eşya Hukuku, İstanbul 1992.
- Olgaç, S : Kazaî ve İlmî İçtihatlarla Borçlar Kanunu Şehri, C.III, md. 182-371, Ankara 1997.
- Osser/ : Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch Band V, Das Obligationenrecht, 2. Teil, 2. Aufl., Zürich 1936. (Çev. Arık, K.F. md. 182-212)
- Schönenberger



- : İsviçre Medeni Kanun Şerhi, C.V, (Borçlar Hukuku), 1. Kısım (İBK. md. 10-40/BK. md. 1-40), Ankara 1947 (Çev. R. Seçkin)
- : 2. Kısım, (İBK. md. 41-109/BK.md. 41-108) Ankara 1950 (Çevr.R. Seçkin) 3. Kısım. (İBK.md. 110-183/BK.md. 109-181) Ankara 1955 (Çev. F. Ayiter)
- Öz, M.T. : Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönmenin Bu Sözleşme Gereğince Kazanılmış Aynî Haklara Etkisi ve Klasik Dönme Kuramı ile Yeni Dönme Kuramının Kısa Bir Karşılaştırılması Eleştirisi, MHAD., 1979-80-81 (16), 131-172.
- Poroy, R. : Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 1987.
- Rado, T : Roma Hukuku Dersleri, Borçlar Hukuk, İstanbul 1982.
- : Roma Hukuku'ndaki Maldaki Ayıplarından Dolayı Satıcının Mesuliyeti, İÜHFİM, 1994 C.X sayı. 3-4, 604-619.
- Reisoğlu, S. : Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul 1993.
- : Garanti Mukavelisi, Ankara 1963.
- Sayman/Elbir : Türk Borçlar Hukuku, Umumi Hükümler, C.I/1, İstanbul 1985; C.I/2 İstanbul 1958.
- Schenker, O : Die Zusicherung von Eigenschaffen beim Kauf, Diss., Bern 1949.

- Schluiep. T.A : Der Nachbesserungsanspruch und seine Bedeutung innerhalb der Mangelhaftung des Schweizer Kaufrechts, Diss., Bern 1990.
- Schubiger, A : Verhältnis der Sachgewährleistung zu den Folgen der Nichterfüllung oder nicht gehörigen Erfüllung, Diss., Bern 1957.
- Schwarz, A.B : Borçlar Hukuku Dersleri, C.I, İstanbul 1948 (Çev. Davran, B).
- Schwenger, A. : Der Ersatz von Mangelschäden und Mangelfolgeschäden bei lästigen Verträgen, Bern 1977.
- Seliçi, Ö : Borçlar Kanuna Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul 1977.
- Serozan, R. : Parça Borcu- Çeşit Borcu, Aşılması Gerekli Bir Ayrım, MHAD . 1969 (3), Sayı 5, 211 vd.  
: Edim Yükümlülüğünden Bağımsız Borçlar İlişkisi, MHAD, 1968, Sayı 3, 108 vd.  
: Sözleşmeden Dönme, İstanbul 1975.
- Sirmen,L : Tapu Sicilinin Tutulmasından Doğan Zararlarından Devletin Sorumluluğu, Ankara 1976.
- Stauffer, W. : Von der Zusicherung gemäss Art. 197 OR, ZBJV, 1944 (80); 145 vd.
- Sungurbey, A.K : Yetkisiz Temsil Özellikle Culpa in Contrahendo, İstanbul 1988.
- Şenocak, Z : Borçlar Kanunu'nun 96. vd. ve 194. vd. Maddeleri Açısından Aliud'un (Başka şeyin) Teslimi, Batider 1989. C. XV. sayı 1, 133 vd.

- Tandoğan, H. : Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara 1961.  
(Kısaltılmışı: Mesuliyet Hukuku).  
: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C.I, Ankara 1985; C.II Ankara 1987
- Taşkent, S. : Satıcının Ayıplı İfasına Karşı Alıcı Yararına Doğan Haklar, İBD, 1974, 704-719.
- Tekinay/Akman/ : Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümleri,  
Burcuoğlu/Altop- İstanbul 1993.
- Tunçomağ, K : Türk Borçlar Hukuku I, Genel Hükümler, 6.  
Bası; İstanbul 1976. (Kısaltılmışı: Borçlar Genel Hukuku)  
: Türk Borçlar Hukuku II, Özel Borç İlişkileri, İstanbul 1977.
- von Tuhr/Escher : Allgemeiner Teil des Schweizerischen  
Obligationenrechts,  
Band II, Zürich 1974.
- von Tuhr/Peter : Allgemeiner Teil des Schweizerischen  
Obligationenrechts,  
Band II, Zürich 1979.
- von Tuhr/Siegwart, A.: Allgemeiner Teil des Schweizerischen  
Obligationenrechts, 1. HalbbAnd, 2. Aufl.,  
Zürich 1972; 2. Halbband, 2. Aufl., Zürich 1944.
- von Tuhr/Siegwart/  
Peter : Allgemeiner Teil des Schweizerischen  
Obligationenrechts, 3. Aufl., Zürich 1974 und  
1979.

- Ulusan,İ. : Culpa in Contrahendo Üstüne, Prof.Dr.Ü.Y. Doğanay'a Armağan, İstanbul, 1982, 275 vd.
- Umur, Z. : Roma Hukuku Lügati, İstanbul 1983.
- Uygur, T. : Açıklamalı- İctihatlı Borçlar Kanunu, Özel Borç İlişkileri, C.III, md. 182-244, Ankara 1991.
- Weniger, O : Zusicherung und Haftung nach Art. 197 ff. Obligationenrecht, Diss., Bern 1952.
- Willi. : Schweizerisches Viehwährschaftsrecht, Diss., Freiburg 1911.
- Witschi,H : Garantieklauseln und Garantie fristen im Kauf und Werkvertrag nach schweizerischem Reecht, Diss., Bern 1950.
- Yavuz, C : Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu, İstanbul 1989.
- Yavuz, C : Borçlar Hukuku Dersleri, Özel Borç İlişkileri, c.I, İstanbul, 1986.

## GİRİŞ

İnsanların, satın alma gücünün milli gelirle birlikte artması, tüketici kredisi ve taksitle satışların yaygınlaşması, tüketim toplumunun oluşmasını sağlamıştır. Tüketim toplumlarında ise, insanlar ihtiyaçlarının büyük bir çoğunluğunu satım sözleşmesinden faydalanarak giderirler. Alıcının, satım sözleşmesinden beklediği yarar, ayıpsız olarak satılan şeyin mülkiyetine sahip olmaktadır. Çalışma konumuz, satım sözleşmesinde, satıcının ayıba karşı tekeffül borcudur. Satım sözleşmesini, Borçlar Kanunu'nun 182'nci maddesinin birinci fıkrası "Satım bir akittir ki onunla satıcı, satılan malı alıcının ilzam ettiği semen mukabilinde alıcıya teslim ve mülkiyeti ona nakleylemek borcunu tahammül eder." şeklinde tanımlanmıştır. Ayıba karşı tekeffül borcunu da, BK.md.194/T'de "Satıcı alıcıya karşı satılanın zikir ve vaaddettiği bir sebeple kıymetini veya maksut olan menfaatini izale veya ehemmiyetli bir suretle tenkis eden ayıplarından salim bulunmasını da mütekeffildir." şeklinde tanımlanmıştır. Madde metnindeki "ayıp" kavramı ile satılan şeydeki bir veya daha çok niteliklerin yokluğu kastedilmiştir. Başka bir ifade ile bir malın ayıplı olmasından, ya o malın vaad edilen nitelikleri taşımadığı, ya da dürüstlük kuralı gereğince, o malda bulunması zarurî niteliklerden birinin veya birkaçının yokluğu anlaşılır.

Bir malı, diğer bir maldan ayıran tüm özellikler nitelik kavramına dahildir. Nitelik, maddî olabileceği gibi, hukukî ve ekonomik de olabilir.

Alıcı, satın aldığı şeyde ayıp bulunması halinde, ayıba karşı tekeffül borcunun şartları da gerçekleşmiş ise, kanundan doğan bazı haklara sahip olur. Satıcının ayıba karşı tekeffül borcunun gerçekleşmesinin maddî ve şeklî şartları vardır. Maddî şartlar:

1. Geçerli bir satım sözleşmesinin varlığı,

2. Satılan şeyde ayıp bulunması,
3. Satılan şeydeki ayıbın gizli olması,
4. Ayıbın önemliliği,
5. Ayıbın hasaran intikalinden önce mevcut olmasıdır.

Alıcının yerine getirmesi gerekli şekli şartları ise, satılan şeyin muayene ve ihbar külfetidir. Borçlar Kanunu satıcının ayıba karşı tekeffül borcu gerçekleştiğinde, alıcıya şu hakları tanımıştır. Alıcı ilk olarak satım sözleşmesinden dönebilir, satın aldığı şeyi iade ederek, ödediği semeni ve faizini isteyebilir. İkinci olarak, semenin indirilmesini talep edebilir. Üçüncü olarak alıcı, satım cinsî satımında, ayıpsız aynı cinse dahil başka bir şey isteyebilir. Alıcı dördüncü olarak da sözleşmede kararlaştırmış ise, ayıbın giderilmesini (tamirini) de talep edebilir. Son olarak alıcı, satın aldığı şeydeki ayıp dolayısıyla zarara uğramış ise, tazminat talebinde de bulunabilir.

Çalışmamız, bir giriş, dört bölüm, bir de sonuç bölümünden oluşmaktadır. Giriş bölümde, konunun kapsamı ve sınırları anlatılmıştır.

Birinci bölümde, ayıp kavramı ve tanımı ile ayıbın türleri, ayıba karşı tekeffül borcunun özellikleri incelenmiştir. Ayıp kavramının incelendiği bölümde, ayıp, nitelik, miktar noksanlıkları kavramları ile kararlaştırılan şeyden başka bir şeyin teslimi (aliud) anlatılmıştır. Ayıp; maddî, hukukî ve ekonomik ayıp olarak incelenmiştir.

İkinci bölümde, ayıba karşı tekeffül borcunun hukukî niteliğini açıklayan görüşler ve ayıba karşı tekeffül borcunun uygulama alanı incelenmiştir. Ayıba karşı tekeffül borcunun hukuki niteliği de, kanunî tekeffül borcunu açıklayan görüşler ve zikir ve vaad sebebiyle ayıba karşı tekeffül borcunun hukukî niteliğini açıklayan görüşler olarak incelenmiştir. Ayıba karşı tekeffül borcunun uygulama alanı ise,

- 1- Menkul satımları,
- 2- Gayrimenkul satımları,
- 3- Hayvan satımları,
- 4- Artırma sûretiyle satımlar,
- 5- Ticarî satımlar,
- 6- Mesafe satımları,

başlıkları altında incelenmiştir.

Üçüncü bölümde, ayıba karşı tekeffül borcunun şartları anlatılmıştır. Ayıba karşı tekeffül borcunun şartları maddi ve şekli şartlar olarak değerlendirilmiştir.

Dördüncü bölümde ise, ayıba karşı tekeffül borcunun hüküm ve sonuçları şu başlıklar altında incelenmiştir:

- 1- Seçim hakkının kullanılma zamanı ve seçim hakkının sınırları,
- 2- Satım sözleşmesinden dönme ve sonuçları,
- 3- Semen in indirilmesi talebi.
- 4- Cins satımlarında alıcının, ayıpsız aynı cinse dahil bir şeyi talep etme hakkı,
- 5- Alıcının tazminat hakkı,
- 6- Alıcının satılan şeyin tamirini isteme hakkı,
- 7- Ayıba karşı tekeffülden doğan hakların zamanaşımına uğramaları başlıkları altında incelenmiştir.

Sonuç bölümünde ise çalışmamızda vardığımız sonuçlar belirtilmiştir.

## BİRİNCİ BÖLÜM

### ROMA HUKUKUNDA SATICININ AYIBA KARŞI TEKEFFÜL SORUMLULUĞU, AYIP VE NİTELİK KAVRAMI AYIBA KARŞI TEKEFFÜL BORCUNUN TANIMI, ÇEŞİTLERİ VE ÖZELLİKLERİ

#### § 1-ROMA HUKUKUNDA SATICININ AYIBA KARŞI TEKEFFÜL SORUMLULUĞU AYIP VE NİTELİK KAVRAMI VE AYIBA KARŞI TEKEFFÜL BORCUNUN TANIMI

##### I- ROMA HUKUKUNDA SATICININ AYIBA KARŞI TEKEFFÜL SORUMLULUĞU

Hukuk sistemimizde yeralan, satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğuna ilişkin hükümlerin kaynağını, esas itibariyle Roma Hukuku teşkil eder. Bu nedenle öncelikle Roma Hukuku'nda satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğu üzerinde durmak isabetli olur.

Roma Hukuku'nda, ayıp kavramından; satılan şeyin tahsis edildiği doğrultuda, kullanımını imkansız hale getiren ve alıcının farkına varamadığı ayıplar anlaşılır. Satım sözleşmesinin kurulmasından sonra, satılan şeyde meydana gelen ayıplar ile önemsiz ayıplardan satıcı sorumlu değildir. Satılan şeydeki, aşikâr olan, alıcı tarafından farkına varılmaması imkânsız olan ayıplardan da, satıcı, sorumlu değildir. (1)

lus Civile öncelikle, sadece gayrimenkul satımlarında, miktara ilişkin yanlış bilgi vermesinden dolayı satıcıyı sorumlu tutmuş, alıcıya *actio de modo agri* tanımıştır.(2) Diğer yandan, *dicta in mancipatio*'da *nuncupatio* ile eşyanın ayıplı olmadığı veya nitelikleri

(1) Cuq, 467.

(2) Kaser, 464;Cuq, 468; Actio de modo agri hakkında bkz., Umur, 5.



vaad edilmiş ise, *Ius civile*'de, özel bir dava öngörmüyordu.<sup>(3)</sup>

Roma Hukuku'nda ilk başlarda, satıcının satılan şeyin ayıplarından dolayı alıcıya bir teminat vermesi zorunlu değildi. Bununla birlikte alıcı, satıcıyı bu konuda sözleşme yapmaya mecbur tutabiliyordu.<sup>(4)</sup> Bu sözleşme başlangıçta alıcının isteğine bağlı idi. Daha sonraları, yayınlanan emirname ile, köle satımında bu sözleşme zorunlu hale geldi. Sonraları hayvan satımını da kapsayan emirnamelerle pazarda yapılan satımlar özel bir düzenlemeye kavuştu<sup>(5)</sup>. Genel olarak satıcı, satılan şeyin ayıplarından sorumlu değildi. Bu konuda deniliyordu ki, alıcı, satın aldığı şeyin niteliğinde yanılmış ise, bunun sonuçlarına da kendisi katlanmalıdır. Üstün-körü bir muayene ile, ayıpları anlaşılamayan bazı şeyler de vardı. Bu durumda alıcının, semeni ödemekle birlikte, ödediğinin karşılığını alamaması riski vardı. Bu halde alıcı ahlâken şüpheli kişi olan satıcıların karşısında, bilgisizlikleri nedeniyle daha aşağı seviyede idi.<sup>(6)</sup>

Satıcı, satılan şeydeki ayıpları bilmesine rağmen alıcıya söylememiş ise, hileli hareketinden dolayı sorumlu oluyordu.<sup>(7)</sup> Ayrıca satıcı, satılan şeyin ayıplı olmadığını veya belirli niteliklere sahip olduğunu vaad etmiş ise de, sorumluydu. Şayet alıcı, eşyanın

(3) Kaser, 464; Mancipatio için, bkz., Umur, 131; Nuncupatio için de bkz., Umur, 143.

(4) Cuq, 467; Rado, Roma Hukuku Dersleri, 127; Rado, 609; Koschaker, 232; Edis, 3; Yavuz, 5-6. Mancipatio ile yapılan satımlarda satıcının bu vaadine *dicta ve promissa* denilirdi. Rado, Roma Hukuku Dersleri, 127; Ayrıca bu kavram (*Promissio*) için, bkz., Umur, 172.

(5) Cuq, 467.

(6) Örneğin Köleler ve sürülerde bir takım gizli hastalıklar vardır ki, ince bir gözlemlerle bile ayıbı anlaşılamaz. Kölenin çalınarak veya verdiği zarar tazmin edilmeyerek satılması durumunda gizli ayıplar vardır. (Cuq, 467).

(7) Kaser, 465; Rado, 609; Jullien daha ileri giderek, dürüst satıcıların da bu durumda, sorumlu olacağını kabul etmekte, ancak bu satıcıların sorumluluğunu semenin indirilmesiyle sınırlandırmaktadır (Kaser, 465).

ayıplı olduğunu bilseydi, gerçek değeri üzerinden semeni ödeyecekti. Ancak alıcı eşyanın ayıplı olduğunu bilmediği için, fazla semen ödemiştir. Öyleyse alıcı bu fazlalığı (semenin indirilmesini) talep edebilir. Alıcı, satılan şeyin ayıplı olmadığına veya belirli nitelikler taşıdığına ilişkin güveni nedeniyle, bir zarara uğramış ise, bu zararın tazminini de talep edebilir.<sup>(8)</sup> Alıcı, ayıbı bilseydi hiç sözleşme yapmayacak idiyse, satın aldığı şeyi iade ederek, ödediği tüm semeni isteyebilirdi.<sup>(9)</sup>

Bunun yanında satıcı, *stipulatio* yoluyla da taahhüt altına girebilirdi. Satıcı, eşyanın ayıplı olmadığını veya belirli nitelikleri taşıdığını taahhüt edebilirdi. Bu durumda satıcının sorumluluğunun, hukukî dayanağını dürüstlük kuralı oluştururdu.<sup>(10)</sup>

Roma'da, çarşı ve pazarları denetleyen *aediles curulisler*, alıcıları korumak için, çeşitli emirnameler yayınlıyorlardı. Buna göre, satıcı köle satımında, kölenin boynuna bir levha (titulus) asmak zorunda idi. Bu levhada, kölenin milliyetini, muhtemelen hastalıklarını, özellikle kölenin kaçmış veya serseri türünden bir köle olup olmadığını belirtmek zorundaydı. Yine kölenin işlediği suçun tazminatının (Noxalhaftung) ödenip ödenmediğinin ve ilk defa satılıp satılmadığının bu levhada belirtilmesi zorunlu idi.<sup>(11)</sup> Satıcı, sözleşmede aksine kararlaştırılmamış ise, levhaya

(8) Kaser, 465; Söz konusu zararın menfi zarar olduğu yolundaki açıklamalar için. bkz., aynı sayfada dn. 78.

(9) Kaser, 465.

(10) Kaser, 465; Rado, 610. *Stipulatio* yolu daha çok satıcı lehine idi. Satıcı, mancipatio yolunda olduğu gibi, iki misline mahkum, olmuyor, sadece meydana gelene zararları tazmin ediyordu. Rado, 610; Ayrıca, *stipulatio* kavramı için, bkz., Umur, 202.

(11) Cuq, 467; Kaser, 466; Edis, 2-4; Rado, 612. Kölenin geçici olarak hasta olması ile, beşten fazla parmaklı olması, kadınlarda da gebelik hali ayıp olarak değerlendirilmeyordu. Edis,4; Rado, 612.

yazılmamış gizli ayıptan ve de zapt halinden sorumlu olacağını, alıcıya tekeffül etmesi gerekliydi. (12) Alıcı da, satıcıdan *stipulatio* biçiminde satılan şeyin tekeffül edilmesini isteyebilirdi. Satıcı, *stipulatio* yoluyla satılan şeyin ayıplarını tekeffül etmemiş ise, alıcı, satılan şeyi iade ederek iki ay içerisinde sözleşmeden dönebilirdi. Ancak alıcının, sözleşmeden iki ay içerisinde dönebilmesi için, satıcıya önce *stipulatio* davası açması gerekirdi. Fakat daha sonraki tarihlerde alıcıya *stipulatio* yoluna başvurmaksızın da, altı ay içerisinde sözleşmeden dönme imkânı tanınmıştır. (13)

Bu denetçilerin yayınladığı başka bir emirnamede de, binek hayvanlarına ilişkin düzenleme getirilmiştir. Daha sonra, bu emirname kapsamına, inek gibi, süt veren hayvanlar da dahil edilmiştir. Bu emirnameye göre satıcı, satılan şeydeki gizli ayıpları ve hayvanın satımı sırasında çan gibi, üzerinde bulunan süsleri de teslim etmek zorundaydı. (14)

Yedinci asrın başından itibaren satıcıyı şeyin gizli ayıplarını açıklamaya zorlayan kural, mahkeme içtihatlarınca, gayrimenkul satımlarında da uygulandı. (15)

Ancak, gayrimenkul satımında iyiniyetli alıcıya istisna getirildi. (16)

(12) Cuq, 467.

(13) Kaser, 466.

(14) Cuq, 467. Esirlerin satımına ilişkin emirname, Ciceron'dan önce çıkartılmıştı. Bu emirname yedinci asrın sonunda yürürlükte bulunan emirnamenin içeriğinden farklı haklar öngörüyordu. Ayrıca, satım sözleşmesi daha şekli hale getirildi. Satıcıya, kölelerin ayıplarını yüksek sesle açıklaması yükümlülüğü y üklendi. Alıcı, bir zarar görmese bile gizli ayıp bulunması halinde satıcı cezalandırılıyordu. Satıcının iyiniyetli olması da sonucu değiştirmiyordu (Cuq, 468).

(15) Cuq, 468; Kaser, 464.

(16) Cuq, 468; Gayrimenkule ilişkin emirnamenin altıncı asırda yürürlüğe girdiği düşünülmektedir. Sürü hayvanlarının satımına ilişkin emirname Labèon'dan önce mevcuttur. Zira Labèon zamanında emirnamenin kapsamı her tür satışa uygulanmıştır. *Iumenta* kelimesine verilen dar anlamı bakarak bu emirnamenin, ineklerin Roma pazarlarında çok sık satıldığı dönemlere ait olduğu anlamı çıkarılabilir (Cuq, 468).

Köle satımına ilişkin emirnameye göre, her türlü borca aykırılık, cezayı gerektiriyordu. Hatta, yanlış bir beyan veya doğru olmayan bir vaad de ceza kapsamına giriyordu.<sup>(17)</sup> Burada öngörülen ceza hazine lehine olmadığı için, alıcı bu ceza miktarını takip edebiliyordu. Bu doğrultuda alıcı lehine iki dava tanınmıştır. Davalardan ilkinde göre, hakim satıcıyı satılan şeyin değerini iki misline mahkum ediyordu Ancak hakim bu hükmü verebilmesi için alıcının altı ay içerisinde sözleşmeden dönerek satın aldığı şeyi iade etmesi zorunluydu.<sup>(18)</sup>

Hâkim satıcıyı semeni iade etmesi durumunda daha az cezaya da mahkum edebilirdi. Gerek şeyin, gerek semenin karşılıklı iadesi hali satıcıya verilecek cezanın azaltılması nedeniydi. <sup>(19)</sup>

İkinci dava ise, semenin indirilmesi (*actio quanti minoris*) davasıdır. Bu dava ile hakim, satımdan sonra satım konusunun vaad edilen niteliklerinde ortaya çıkan ayıptan dolayı şeyin maruz kaldığı zarara hükmeder. Şayet satıcı sözleşmede zapta ve ayıba karşı teminat vermemiş ise, yukardaki süreler iki ve bir aya iner.<sup>(20)</sup>

İade davasındaki cezaî nitelik, emirnamelerin ihlâlinin suç olarak kabul edilmesine dayanır. Köle, ayıbından dolayı ölmüş veya beklenen yararı sağlamamışsa alıcı karşılıklı iade davasını açabilir.<sup>(21)</sup>

(17) Cuq, 468-469; Kaser, 466. Yazara göre satıcının sorumluluğu burda kuvvetlendirilmiştir. Satıcının vaadi açık olabileceği gibi, zimmî de olabilir. Kusur, sorumluluğun kurucu unsuru değildir. (Kaser, 466); Ancak satıcının vaadini reklamdandan ayırt etmek gerekir.

(18) Cuq, 469; Rado, 615; Hakim şayet alıcı semeni ödenmemiş ise, satıcıyı sadece satılan şeyin iki misline mahkum ederdi. Satıcının bu mahkumiyeti kefilleri kurtarmazdı ( Cuq, 469, dn. 4).

(19) Cuq, 469.

(20) Cuq, 469; Rado, 614; Edis, 4. Karş. Kaser, 467.

(21) Cuq, 469. Şayet köle, satıcının kusuru veya satıcının diğer eserleri nedeniyle ölmüş ise, durum farklıdır. Aynı şekilde köleye özgürlüğü iade edildiği takdirde de durum farklıdır. (Cuq, 469 dn. 6).

Satıcı çalınmış bir esiri satmış, hakim cezayı iki katına çıkarırdı. Bu halde, semenin indirilmesi, cezaî karakterî haizdi; dolayısıyla, satıcı, semenin tamamının ödenmesini talep etme hakkını kaybederdi. Alıcı, sözleşmeden dönme istemediği durumlarda satılan şeyi teslim almasından itibaren, altı ay içerisinde, onun niteliğine ilişkin herhangi bir itirazda bulunmazsa, ayıbın önemli olmadığı sonucu çıkarılırdı. Semen indirilmesi davası, her defasında ortaya çıkan ayıplar dolayısıyla açabilirdi. (22)

Satıcı bu emirname ile öngörülen davalardan, ancak alıcıyla anlaşmak suretiyle ve köleyi geri alarak kurtulabilirdi. Satıcının satılardaki ayıpları kabul ettiği durumlarda ise alıcı, altı aylık süreyle bağlı olmaksızın, satıcıya karşı semenin indirilmesini davası edebilirdi. (23)

Sürü satımına ilişkin emirnamelerde de satıcılar, satılan şeyin ayıbından dolayı cezalandırılmıştı. Söz konusu emirnamelere göre Satıcı hayvanlardaki gizli ayıbı açıklamamış veya hayvanları süsleriyle birlikte teslim etmemiş ise, alıcı süslerin iadesini ve semenin indirilmesini talep edebilirdi. Bu durumda alıcı, altmış gün içinde sözleşmeden de dönebilir. Çift hayvan satışı halinde ise, hayvanlardan birinin ayıbı varsa, alıcı ancak sözleşmenin tamandan dönebilirdi. (24) Başka bir ifadeyle alıcı, semenin indirilmesini talep edemezdi.

İmparatorluk döneminde, satıcının satılan şeydeki ayıpları açıklama zorunluluğu bütün satışlara teşmil edildi. Tüm alıcılar emirnamelerle verilmiş olan dönme (*actio redhibitoria*) ve semenin

(22) Jullien'e göre, alıcı satılardan dolayı iki defa mükâfatlandırılmamalıdır. Bu nedenle semenin indirilmesi davası yerine, sözleşmeden dönme hakkı verilmelidir. Satılardaki ayıp, onu tamamen değersiz hale getiriyorsa da sözleşmeden dönme yoluna gidilmelidir (Cuq, 469).

(23) Cuq, 469-470; Karş. Kaser, 469.

(24) Rado, 615; Cuq, 470; Karş. Kaser, 469.

(25) Rado, Roma Hukuku Dersleri, 128; Rado, 615.; Koschaker, 233.; Edis, 5; Bu genişleme, Labèon döneminde olmuştur. Bununla beraber bu konu tartışmalıdır. Bu konuda bkz., Cuq, 469, dn1.

indirilmesi (*actio quanti mineris*) arasında seçim hakkına sahip oldular. (25)

*Actio emti* 'de<sup>(26)</sup> şeyin iadesi davası çifte mahkumiyeti doğururdu; ancak davalı (satıcı), hakimın hükmüne uygun davrandığı takdirde, heriki mahkumiyetten de kurtulabilirdi.<sup>(27)</sup>

Satıcı, alıcının ödediği semeni, ödeme ânından itibaren faizi ile birlikte iade ederse, alıcı da satın aldığı eşyayı teferruatı ile iade etmek zorundaydı. Alıcı kendi hilesi ile hatta kusurlarıyla yahut hizmetindeki kişilerin kusurlarıyla şeye zarar vermiş ise, bunlardan da sorumluydu. Ancak alıcı, şeye masraf yapmış ise, masrafını da satıcıdan talep edebilirdi. Bu durumda iade davası (*integrum restitio*) bütün kapsamıyla iade niteliğini kazanırdı. Birden çok esir bir arada satıldığı hallerde, kölelerden birisi ayıplı çıkmış ise ve bunların değer olarak bir birinden ayrılması mümkün değilse, sözleşmeden dönme anca eşyanın tamamına ilişkindir.<sup>(28)</sup>

Alıcı, birden ziyade mirascı bırakarak ölmüş ise, iade davasını tüm mirasçılar ancak birlikte açabilirlerdi. Satıcı, geride birden çok mirascı bırakmış ise, iade davası her bir mirasçıya karşı açılabilirdi. Söz konusu iade davası altı ay içerisinde açılmalıydı. Sürenin başlangıcı, satım sözleşmesinin kurulduğu andı. Ancak alıcı ayıbı bilmiyor ise, bu süre işlemezdi. Aynı kural semenin indirilmesinde de geçerliydi. Alıcı, dönme davası için süreyi kaçırmış ise, semenin indirilmesini talep edebilirdi.<sup>(29)</sup> Zira, bu dava için gerekli olan süre henüz dolmamaktaydı.

(26) Bu kavramı için, bkz., Umur, 6.

(27) Cuq, 470.

(28) Labèon. Çift şey satımında bir tek fiyat tesbit edilmiş ise, dönmenin tamamını kapsamaması düşüncesindedir. Cuq, 471.

(29) Cuq, 471.

## II- AYIP KAVRAMI

### A- Ayıp ve Nitelik Kavramı

Borçlar Kanunumuzdaki "ayıp" kavramı, mehz İsviçre Borçlar Kanunu'nun Almanca metninde "Mangel" (Art. 197) olarak ifade edilmiştir.<sup>(30)</sup> Genel olarak ayıp kavramı, satılan şeydeki iyi niteliklerin azlığını, kötü niteliklerin ise çokluğunu ifade eder. Ayıp, normal olarak bir şeyde bulunması gereken niteliklerin mevcut olmamasıdır. (31)

BK. md. 194'e göre, bir şeyin ayıplı olmasından; zikir ve vaad edilen niteliklerin veya doğruluk ve dürüstlük kuralına göre (BK.md. 2), satılan şeyde bulunması zorunlu niteliklerin bulunmaması anlaşılır. Başka bir ifadeyle ayıp, zikir ve vaad edilen veya dürüstlük kuralı uyarınca, satılan şeyde bulunması gereken niteliklerin bulunmamasıdır.<sup>(32)</sup> Ayrıca, satılan malın normal nitelikte olmasına rağmen, bu malda bulunan leke gibi bazı kusurlar da, ayıp olarak değerlendirilmelidir.<sup>(33)</sup> Ancak bu tür ayıpları, alıcı kâfi derecede (mutad bir dikkat ile) muayane etmekle çoğu kez fark edebilir. Bu takdirde BK. md. 194/I vd.'nda düzenlenen ayıp, nitelik ayıbı (nitelik eksikliği) olduğu için, burada nitelik kavramı üzerinde durmak gerekir.<sup>(34)</sup>

Ticaret hayatındaki yaygın anlayışa göre, bir şeyin değerine etki eden tüm özellikler, o şeyin niteliğini oluşturur.<sup>(35)</sup> Nitelik, satılan

(30) Edis, 8.

(31) Katz, 29.; Arslanlı, 316; Tunçomağ, 119; Olgaç, 143. ; Keller/Lörtscher, 61; Giger, Art. 197 Nr. 52.

(32) Edis, 8; Hatemi/Serozan/Arpacı, 90; Tandoğan, 163; Keller/Lörtscher, 59.

(33) Arslanlı, 310.

(34) Edis, 8; Feyzioğlu, 270; Tunçomağ, 119; Yavuz, 61.

(35) Oser/Schönenberger, Art. 197 No.9; Schenker, 13; Tandoğan, 164.

şeyi diğer şeylerden ayırt eden, maddî özellikler olabileceği gibi, ekonomik ve hukukî özellikler de olabilir.<sup>(36)</sup> Örneğin, satılan mobilyanın cevizden olması, zeytinyağının belirli oranda asit içermesi; halının acem halısı, tablonun gerçek tablo olması halleri, maddî niteliklere örnek gösterilebilir. Buna karşılık, makinanın üretim kapasitesinin, ticarethanenin aylık net gelirinin, yüksek olması halleri de ekonomik niteliklere; satın alınan arsa üzerinde kamu hukukundan doğan bir sınırlamanın bulunmaması ise hukukî niteliklere örnek olabilir.<sup>(37)</sup>

BK. md. 194: "Satıcı alıcıya karşı satılanın zikir ve vaadettiği vasıflarını mütekeffil olduğu gibi, maddî veya hukukî bir sebeple kıymetini veya maksut olan menfaatini izale veya ehemmiyetli bir suretle tenkis eden ayıplardan salim bulunmasını da mütekeffildir". demek suretiyle iki tür ayıp kabul etmiştir. Bunlardan ilki, zikir ve vaadedilen niteliklerin olmamasından dolayı ayıp; ikincisi ise, dürüstlük (ticarî doğruluk) kuralı uyarınca bulunması zorunlu niteliklerin bulunmaması nedeniyle oluşan ayıptır.

Satıcı, satılanın bazı niteliklerinin bulunduğunu, bazı niteliklerinin de bulunmadığını zikir ve vaadetmiş olabilir. Satıcı, birinci halde bu niteliklerin bulunmaması, ikinci halde ise bulunması nedeniyle sorumlu olur. <sup>(38)</sup>

Satılанда, dürüstlük kuralı uyarınca bulunması zorunlu niteliklerin tesbitinde doktrinde objektif ve sübjektif görüş olmak üzere iki görüş ileri sürülmüştür.

(36) Tandoğan, 164; Edis 8; Schenker, 13 vd.

(37) Tandoğan, 164; Ayrıca bu konudaki örnekler için bkz., Hatemi/Serozan/Arpacı, 91 vd; Edis, 13 vd.

(38) Edis, 49; Tandoğan, 165.



### 1) Satılandaki ayıbın objektif görüşe göre belirlenmesi

Objektif görüşe göre, dürüstlük kuralı uyarınca, satılarda bulunması gereken niteliklerin mevcut olmaması durumunda, satılan şey ayıplıdır.<sup>(39)</sup> Burada alıcının şeyi satın alma amacı önemli değildir. Alıcının satın aldığı şeyde bulunması gereken zorunlu niteliklerin bulunması halinde, bu şey alıcının satın alma amacına uygun bulunmasa bile, ayıp söz konusu olmaz. Buna karşılık, satılan şeyin, alıcının kullanmak istediği amaca uygun olmasına rağmen, zorunlu niteliklerinden biri veya birkaçı eksik ise, ayıp söz konusu olur.

Cins satımlarında ise ayıp, aynı cinse dahil şeylere göre, satılan şeyin normal durumuna oranla iyi niteliklerinin daha az, kötü niteliklerinin, daha çok olmasıdır. Bu görüşü savunanların çözmesi gereken en önemli sorun cinsin belirlenmesidir. Örneğin normal bir at ile bir yarış atı, acaba aynı cinse dahil sayılabilir mi?<sup>(41)</sup>

### 2) Satılandaki ayıbın subjektif görüşe göre belirlenmesi

Ayıp, taraflar arasındaki sözleşmeye göre, satılan şeyin taşınması gereken nitelikleri taşımamasıdır.

(39) Becker, Vorbem. zu Art. 197-210, Nr. 11; Oser/Schönenberger, Art. 197 Nr. 11; Katz, 29; Willi, 19; Jaeger, 26; Bu görüşe göre satılan şeydeki normal olarak bulunması gerekli nitelikler, objektif olarak belirlenen niteliklerden ayrılmış ise, satılan şey ayıplıdır (Brox, 32). Ayrıca bu konudaki açıklamalar için bkz., Yavuz, 68. Bu görüşe çerçevesinde ayıbın tespiti sanıldığı kadar kolay değildir. Bu görüş ancak her durumda satılan şeyin taşıdığı nitelik tespit edilmiş ise, kullanılabilir. Aynı eşya, niteliği gereği farklı katagorilere ayrılabilir. Katagoriler satım sözleşmesinin içeriğine göre belirlenir (Giger, Art. 197 Nr. 57).

(40) Oser/Schönenberger, Art. 197 Nr. 11; Willi, 19; Jaeger, 26; Becker, Vorbem. zu Art. 197-210; Nr. 4; Katz, 29.

(41) Yavuz, 68; Cins kavramı için bkz., Serozon, Parça Borcu-Çeşit Borcu, Aşılması Gereken Bir Ayırım, 211 vd.; Eren C.I, 132 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, 67; Tunçomağ, Borçlar Genel Hukuku, 68; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 12 vd.; Reisoğlu, Borçlar Hukuku, 230; Oğuzman, 6.

Bizim de katıldığımız bu görüşe göre, (42) ayıp, şeyin mevcut niteliklerinin sözleşmede belirtilen niteliklere uygun olup olmamasına göre belirlenir. Ayrıca ayıbın, BK. 194 vd.nın uygulanmasına yol açması için, şeyin "Kıymetini veya maksut olan menfaatini izale veya ehemmiyetli bir suretle tenkis" etmesi gerekir.

Konu, aşağıda parça ve cins satım açısından ayrı ayrı incelenecektir.

#### a) Parça satımlarında satılan şeydeki ayıbın belirlenmesi

Subjektif görüşe göre, parça satımında satılanın sözleşmede kararlaştırılan nitelikleri taşımaması veya taraflar arasındaki mefruz kullanımına uymaması durumunda ayıp söz konusu olur.(43) Parça satımının konusunu misli olmayan bir şey oluşturmuş ise, satılarda ayıp olup olmadığı satım sözleşmesinin içeriğine göre tesbit edilir. Bu durumda, aynı cinsi başka bir şey ile mukayese etmek gibi yardımcı bir ölçüt yoktur. (44) Satılanın ayıplı olduğu, kurulmuş bulunan satım sözleşmesinin amacına göre belirlenir. Satılan şeyde bulunması gereken zorunlu niteliklerin mevcut olmasına rağmen, satım sözleşmesinden beklenen amaç bakımından bir elverişsizlik varsa, satılan şey ayıplı sayılır. (45) Parça satımının konusunu misli bir şey oluşturuyorsa; satım sözleşmesinin içeriğine göre, bu eşyanın ait olduğu cinsin normal özelliklerini taşımaması ayıp teşkil eder. (46)

(42) Giger, Art. 197 Nr. 52; Cavin, 83; Bilge, 76; Kocayusufpaşaoğlu, Hata Kavramı, 64, dn. 73. Satılan eşya tarafların sözleşmede kararlaştırdığı niteliği taşıyorsa, bu eksiklikten dolayı eşyanın değeri ve varsayılan kullanım elverişliliği ortadan kalkmış ya da önemli ölçüde azalmış ise ayıplıdır Brox, 32.

(43) Kocayusufpaşaoğlu, Hata Kavramı, 64, dn. 73; Ayrıca bu konudaki açıklamalar için bkz., Yavuz, 68.

(44) Giger, Art. 197 Nr. 58.

(45) Bilge, 76; Giger, Art. 197 Nr. 57. Yazara göre satım sözleşmesinin içeriği dikkate alınmadan objektif olarak bir ayıp tesbit edilmesi ayıba karşı tekeffül hükümlerinin gereksiz daralmasına neden olur.

(46) Giger, Art. 197 Nr. 58.

Satım sözleşmesinden beklenen amacın tesbitinde, tarafların iradelerine bakılır. Tarafların iradelerinden bu amaç tesbit edilemezse, satılan şeyin dahil olduğu ticaret kolunda hâkim fikirlere, sözleşmenin yapılmasına etki eden ekonomik sebeplere, sözleşmenin yapıldığı yere, halin icaplarına ve sözleşmenin özel şartlarına göre, tarafların amacı tesbit edilir.<sup>(47)</sup> Yine bir sonuç alınamazsa, şeyin dahil olduğu türe ait normal niteliklere sahip olup olmadığına bakılır. (48)

### b) Cins satımında satılanın ayıplı olduğunun belirlenmesi

Cins satımlarında, satılan şeydeki ayıbın tesbitinde tarafların iradelerine bakılır. Şayet taraflar, cinsi ile belirlenmiş sözleşme konusu şeylerin hangi nitelikte olacağını belirlemişler ise bu niteliklere uymama durumunda ayıp söz konusu olur. BK.md.70'e göre borçlanılan edim (şey) yalnız cinsiyle tayin edilmişse işin niteliğinden başka türlü anlaşılmadıkça, o şeyin seçimi borçluya aittir. Bununla birlikte BK. md. 70'e göre satıcı, borcunu yerine getirirken orta nitelikten daha aşağı bir şey veremez. (49) Borçlunun BK. md. 70'e göre, orta nitelikten daha aşağı bir nitelikte bir şey vermesi durumunda, gereği gibi ifa etmemeden söz edilir. (50) Satılan şeyin

(47) Edis, 59; Oser/Schönenberger Art 197 Nr: 11, Kocayusufpaşaoğlu, Hata Kavramı, 64, dn. 73.

(48) Kocayusufpaşaoğlu, 64 dn. 73.

(49) Eren, C. I, 136; Reisoğlu, Borçlar Hukuku, 230; İnan, Borçlar Hukuku, 441-442; Yavuz, 70; Giger, Art. 197 Nr. 54. Yazara göre, satım sözleşmesinde kararlaştırılan nitelikleri taşımayan satılan, "aliud=yanlış ifa" oluşturuyorsa, BK. md. 96 vd. uygulanır ( Art. 197 Nr. 54).

(50) Yavuz, 70; Giger, Art. 197 Nr. 53, Satılan bir şeyin, orta düzeyde olduğu kesin ve daimi olarak belirlenemez. Orta düzey şey kavramı, kısımdır. Bir şeyin orta düzeyde olup, olmadığı, ticarî teamüle göre belirlenir. Piyasada oluşacak ticarî teamüde, zaman içerisinde değişeceğinden orta düzey belirlemesinde değişir. Örneğin, satılan bir şey savaş zamanında orta düzeyde sayılmasına rağmen, normal bir zamanda orta düzeyde sayılmayabilir. Giger, Art. 197 Nr. 53.

orta nitelikten daha aşağı bir nitelikte olması, ayıp teşkil eder. Kısaca söylemek gerekirse, cins satımlarında ayıbın tesbiti objektif kıstaslara göre gerçekleşir. (51)

### III. MİKTAR EKSİKLİKLERİ

#### A. Miktar Eksikliğinin Kural Olarak Ayıp Teşkil Etmemesi

Miktar eksikliği satılan şeydeki ağırlık, hacim, yüzölçümü gibi eksikliklerdir. Miktar eksikliği İsviçre-Türk Hukuk Sistemi açısından ayıp kabul edilmemiştir. (52) Miktar eksikliği, niteliği itibarıyla bir kısmî ifadır. Bir borç ilişkisinden veya sözleşmeden doğan ve muaccel olan bir borç tam olarak ifa edilmediği geride ödenmesi gereken bir borç mevcut olduğu taktirde kısmî ifa sözkonusu olur. (53) Kısmî ifa yalnız ifa edilecek edimin miktarı ile ilgili olup edimin niteliği ile ilgili değildir. (54)

İfa edilen şeyin miktarı, ifa edilmesi gereken miktardan az ise, eksikliğin tamamlanması istenir. Şayet ifa edilen miktar, ifa edilmesi gereken miktardan fazla ise, fazla kısım iade edilir. Aksi halde, miktara uymama, gereği gibi ifa etmeme teşkil eder; BK. md. 96 vd. uygulanır. (55) Ancak, BK. md. 215'te ve satılan şeyin mahiyetinden kaynaklanan iki istisnai durumda, miktar eksiklikleri, ayıp teşkil eder. (56)

- 
- (51) Yavuz, 72; Giger, Art. 197 Nr. 54; Becker, objektif ayıp ile eksik nitelikleri birbirinden ayırt etmektedir. Art. 197 Nr. 1; Bizce, bu gereksizdir.
- (52) Edis, 9; Oser/Schönenberger, Art. 197 Nr. 13; Göktürk, 377; Bilge, 67; Yavuz, 52; Hatemi/Serozan/Arpacı, 3; Giger, Vorbem. zu Art. 197-210 Nr. 52; Keller/Lörtscher, 99; BGE 62 II 161 vd.; BGE 75 II 137.
- (53) Eren C. III. 96; von Turh/Escher, 14 vd.; Giger, Vorbem. zu Art. 197-210 Nr. 52; Kısmî ifa, ancak bölünebilen edimlerde söz konusu olur. İnan, Borçlar Hukuku 440; Reisoğlu, Borçlar Hukuku, 227 vd.
- (54) Eren C. III, 98; Giger, Vorbem. zu Art. 197-210 Nr 51.
- (55) Tunçomağ, 120; Yavuz, 53; Oser/Schönenberger, Art. 197 Nr. 13; Giger, Vorbem. zu Art. 197-210 Nr. 52. Yazara göre ifa edilen fazla kısmın iade edilmesi için, ayırmanın mümkün olması veya çok zor olmaması gerekir.
- (56) Edis, 9; Hatemi/Serozon/Arpacı, 93.

## B- Miktar Eksikliğinin İstisnaen Ayıp Teşkil Etmesi

### 1- Kanundan doğan istisnalar (BK.md. 215)

BK.md. 215, iki durumu düzenlemiştir. Kadastro yapılmamış veya imarca parsellenmemiş gayrimenkulün ölçüsü, resmî bir ölçüye dayanmamaktadır. BK. md. 215/I bu durumu düzenlemektedir. Bu durumda, satım sözleşmesinde yazılı miktar resmi bir ölçüye dayanmadığı için, satıcı sözleşmede yazılı ölçüden eksik kalan kısmı alıcıya tazmin etmekle yükümlüdür. Ancak, BK. md. 215/I'e göre, satıcının böyle bir halden dolayı tazminatla yükümlü olmayacağı, sözleşme ile kararlaştırılabilir.<sup>(57)</sup>

BK. md. 215/I hükmüne karşılık, Tapu Kanunu'nun 30'uncu maddesine göre, kadastro yapılmayan taşınmazlarda tapu senedinde yazılı miktar değil, mevcut hudutlar esas alınır. Eğer hudutlar, çalı, fundalık vs. gibi belirli ve sabit değilse, ancak o zaman hudutlara değil, tapu senedinde yazılı olan yüz ölçümüne itibar olunur. Yarg. HGK'nun 18.9.1968 gün ve 676/603 sayılı kararı da aynı hususu belirtmektedir: "Dava konusu taşınmazın dayandığı tapu kaydının doğu hattı olarak gösterilmiş bulunmasına göre, bu gibi değişir hatlı kayıtların muhtevasını tayinde, kayıta yazılı yüzölçümüne itibar gerekir."<sup>(58)</sup> Tapuda kaydı bulunup da, sınırları kesin olarak tesbit edilemeyen gayrimenkullerin 3402 sayılı Kanun gereğince, kadastro yapılırken, anılan kanunun 20. maddesi gereği, şu hususlara dikkat edilmelidir: "Kayıt ve belgeleri, harita, plan ve krokiye dayanmakta ve bunların yerlerine uygulanması mümkün bulunmakta ise harita, plan ve krokideki sınırlar itibar olunur.

(57) Tandoğan, 267; Uygur, 890; Keller/Lörtscher, 99; Karş. BGE 62 II 161 vd.

(58) ABD, 1969/2, 323.

Harita, plan ve krokiye dayanmayan kayıt ve belgelerde belirtilen sınırlar mahalline uygulanabiliyor ve bu sınırlar içinde kalan yer hak sahibi tarafından kullanılıyor ise, kayıt ve belgelerde gösterilen sınırlar esas alınarak tespit yapılır.

Harita, plan ve krokiye dayanmayan kayıt ve belgelerde belirtilen sınırlar, değişebilir ve genişletmeye elverişli nitelikte ise, bunlarda gösterilen miktara itibar olunur. Ancak, değişebilir ve genişletmeye elverişli sınırlardaki malların kayıtları fiziki yapıları ve konumları itibariyle belli bir yeri kapsıyorsa, o sınır esas alınarak yapılır."

Tapu Kanunu ve 3402 sayılı Kadastro Kanunu gereğince, tapu sicilinde kaydı bulunup da miktarı kesin olarak tesbit edilemeyen bir gayrimenkulün satımında, BK. md. 215'e göre, satıcının sorumlu olabilmesi için, satış senedinde gayrimenkulün yüzölçümünü açıkça tekeffül edilmiş olmalıdır. Bu durumda miktar eksikliği ayıp teşkil eder. (59)

Buna karşılık BK. md. 215/II'ye göre, satılan gayrimenkulün ölçüsü resmi bir ölçüye dayanıyorsa, gayrimenkulün gerçek yüzölçümü tapu sicilinde kaydolunan miktardan az olduğu takdirde, satıcı açıkça tekeffül etmedikçe noksan olan kısmı, tazmin etmek zorunda değildir. (60) Federal Mahkeme, (61) resmi ölçünün yanlış

(59) "Gayrimenkul satımına kıyas yoluyla uygulanan BK.md. 217 ve BK. md. 194 gereğince, satıcı vaad edilen vasıflarla, satılanın değerini ya da öngörülen kullanma amacına göre, elverişsizliğini kaldıran ya da önemli ölçüde azaltan maddi ve hukuki ayıplardan sorumludur. "BGE 87 II 244 , Kaneti, Federal Mahkeme Kararları, C. II. Nr. 19.

(60) "Satılan gayrimenkul, resmi bir mesahaya müsteniden sicilde yazılı olan ölçü miktarını ihtiva etmediği takdirde satıcı, tahsisen taahhüt altına girmemişse tazmin ile yükümlü tutulmaz." Yarg.13. HD. 20.12.1989 T., E. 4854 K. 494, Uygur, 891.

(61) BGE 106 II 341.

olması durumunda MK.md. 917'ye göre devletin sorumluluğuna gidebileceğini kabul etmiştir. Yargıtay ise aksi görüştedir.<sup>(62)</sup>

Kanaatimize göre de, arz üzerindeki sınırla, kadostradaki plan birbirini tutmasına rağmen, gayrimenkulün yüzölçümü tapu siciline fazla yazılmış ve bundan dolayı alıcı, BK.md. 215'e göre zarar görmüş ise, MK.md. 917'ye göre devletin sorumluluğuna gidilebilir.<sup>(63)</sup> Bundan başka gayrimenkulün miktar eksikliği durumunda, MK. md. 917'ye göre, devletin sorumluluğu gerçekleşmez. Kadastro işlemi yapılırken gayrimenkulün gerçek yüzölçümü belirlenmemiş ise, gayrimenkul sahibi 3402 sayılı Kadastro Kanunun'da öngörülen hukukî yollara başvurmalıdır.

Tahsisen (açıkça) tekeffülün hangi şekilde yapılabileceği tartışmalıdır. Doktrindeki bir görüş,<sup>(64)</sup> açıkça tekeffülün, âdî senetle yapılabileceğini savunmaktadır. Doktrindeki diğer bir görüş ise,<sup>(65)</sup> açıkça yapılan tekeffülün ancak resmi senetle yapılması gerektiğini savunmaktadır. Yargıtay,<sup>(66)</sup> âdî senetle böyle bir yükümlülük altına girilemeyeceği, açıkça yapılan tekeffülün resmi senette yer alması

- 
- (62) Yarg. 13.HD. 17.11.1981 T., E. 662/K. 7355, YKD. c. VII. sayı 3, 380. Yargıtayın başka bir kararı da şöyledir: "MK'nun 917. maddesi hükmü tapu sicillerinin tutulması işleminden doğan zararın ödetilmesi yükümünü Hazine'ye yüklemiştir. Kadastro tesbiti muameleleri ise, sicil kavramı içine girmez. Bu nedenle kadastro tesbitinin yanlış yapılmasından doğan zararlar hakkında MK. md. 917 uygulanmaz. Ancak kadastro sonucunun tapu siciline yanlış işlenmesi, tapu sicili tutulması faaliyetlerinden olduğundan bu hallerde MK. md. 917 uygulanır. Yanlış yapılan kadastro tesbitine karşı, davacıların başvuracakları kanunî yolları tapulama kanunları göstermiştir..." Yarg. HGK. 26.11.1980 T., E. 1978-4-624, K. 1980-2478, YKD. C. VII, 274-275.
- (63) Sirmen, 49,84; Yarg. HGK, 26.11.1980 T., E. 1978-4-624, K. 1980-2478, YKD. C. VII, 274-275
- (64) Oser/Schönenberger, Art. 219 Nr. 5.
- (65) Cavin, 139.
- (66) "Tapuda kayıtlı taşınmaza ilişkin tahsisen taahhüt altına girmenin de resmi şekilde yapılması gerekir. Sonradan adi bir senetle yük altına girmek geçerli değildir." Yarg. 13. HD. 3.5.1983, T.,E. 2189/K. 3622. Uygur, 893.

gerektiği görüşündedir. Satım sözleşmesinin zorunlu unsurunu oluşturan satılan şeyin, miktarca da sözleşmede kesin olarak belirtilmesi şart değildir. Satım konusunun tayin edilebilir olması yeterlidir. Bu açıdan, satım konusu satım sözleşmesinin objektif esaslı unsurunu teşkil ettiği halde, satım konusunun miktarı, objektif esaslı nokta teşkil etmez. Ancak bize göre, satım konusunun miktarını, satıcı açıkça tefekkür ettiği için, sübjektif esaslı nokta teşkil eder. Sübjektif esaslı nokta da aynen objektif esaslı nokta gibidir, resmi senette gösterilmesi gerekir.

Satıcı, resmi ölçünün eksikliğini satım sözleşmesinden önce biliyorsa, açıkça tefekkür etmese dahi, hilesi sebebiyle sorumlu olur. (67)

## 2- Satılanın mahiyetinden doğan istisnalar

Satılanın mahiyetinden doğan istisnalar, daha ziyade ferden belirli şeyler açısından söz konusu olur<sup>(68)</sup>.

Teslim edilen şey, kararlaştırılan şeyden eksik veya fazla ise, tarafların sözleşmede belirledikleri amaca da uygun değilse, sübjektif ayıp kriterine göre teslim edilen şey ayıplı sayılmalıdır. Buna karşılık, doktrindeki diğer bir görüşe göre,<sup>(69)</sup> kararlaştırılandan fazla kısmın tefriki mümkün değil veya çok güç ise, miktar fazlalığı

(67) Tandoğan, 268; Feyzioğlu, 290.

(68) Edis, 10; Satılan misli malın miktarı ağırlığı, sayısı dikkate alınarak belirlenmiş ve satıcı belirlenen miktardan, eksik teslim etmiş ise, BK.md.96 vd.'na göre kısmi ifa kuralına göre sorumlu olur. Ancak alıcı misli malın belirli özelliklerini belirtmiş ve bir amaç doğrultusunda bu malı satın almış ise, miktar eksikliği ayıp teşkil eder (BGE 87 II 246). Örneğin satıcı alıcıya bir masanın uzunluğunu veya duvarın belirli bir hacimde olduğunu beyan etmiş; ancak, masa belirtilen uzunluktan kısa, duvarda belirtilen hacimden az ise, miktar eksikliği ayıp teşkil eder. Bu durumda, alıcı BK.md.196 vd.'na ve BK.md. 194'e göre seçimlilik yarışmalı bir hakka sahip olur (Giger, Vorbem. zu Art. 197-210 Nr. 52).

(69) Edis, 10; Ayrıca bkz., Hatemi/Serozan/Arpacı, 93.



ayıp teşkil eder. Kanımızca, bir şeyin ayıplı sayılması için o şeyin subjektif ayıp kriterine göre de, ayıplı sayılması gerekir. Aksi takdirde, miktar fazlalığına, sadece BK. md. 96 vd. uyarınca gereği gibi ifa etmeme hükümleri uygulanabilir.

#### IV- KARARLAŞTIRILAN ŞEYDEN BAŞKA BİR ŞEYİN TESLİM EDİLMESİ (ALIUD=YANLIŞ İFA)

"*Aliud*", latince kökenli bir sözcük olup, "başka şey" anlamına gelir. Sözleşmede tarafların kararlaştırdığı şeyden başka bir şeyin teslim edilmesi durumunda, yanlış ifa (*aliud*) gerçekleşmiş olur. (70) Doktrinde hâkim olan görüşe göre, satıcının yanlış ifası, BK. md. 194 anlamında ayıplı ifa değildir. Başka bir ifadeyle yanlış ifa, ayıplı ifa değil BK.md.96 kapsamına giren hiç ifa etmemedir.(71) İncelemizde, yanlış ifayı, parça ve cins satımına göre belirledikten sonra, yanlış ifaya uygulanacak kanun hükümleri üzerinde duracağız.

##### A- Parça Satımında Yanlış İfa

Parça satımının konusu, taraflarca en geç sözleşmenin kurulduğu anda, ferdî nitelikleri ile belirlenir.(72) Satıcının, sözleşmenin kurulması zamanında, ferdî niteliği ile belirlenmiş şey dışında başka bir şeyi teslim etmesi durumunda, yanlış ifa gerçekleşir.Parça satımının konusunu mislî şeyler teşkil etmiş ise, sözleşmenin kurulması zamanında ferdileştirilen bu mislî şeyler dışında başka şeyler teslim edilmesi durumunda yanlış ifa gerçekleşir.Bu bakımdan,

(70) Giger, Vorbem. zu Art. 197-210 Nr. 42; Katz, 94.; Oser/Schönenberger, Art. 197 Nr. 14; Becker, Art. 197 Nr.2; Eren, C.III, 215; Yavuz, 46; Şenocak, 114.

(71) Oser/Schönenberger, Art. 197 Nr. 14; Becker, Art. 197 Nr.2.; Giger, Vorbem. zu Art. 197-210 Nr. 42; Katz, 94; Guhl/Merz/Kummer, 340; von Büren I, 385.

(72) Schubiger, 6 vd.; Neuenschwander, 24; Guhl/Merz/Kummer, 70; Giger, Vorbem. zu Art. 197-210 Nr. 17; Katz, 94; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 12 vd.; Oğuzman, 5; Eren, C. I, 135 vd.

parça satımının konusunun mislî veya mislî olmayan şeyler oluşturması neticeyi değiştirmez<sup>(73)</sup>. Ancak alıcı, kararlaştırılan şeyden başka bir şeyi bilerek ve isteyerek kabul etmiş ise, yanlış ifadan değil, ifa yerini tutan ödemededen söz edilir.<sup>(74)</sup>

Satıcı, sözleşmenin kurulması zamanında ferdileştirilen şeyi-ayıplı olsa bile-teslim etmiş ise, yanlış ifadan bahis edilemez. Hatta, eşyanın bu ayıpları onu başka bir cinse dahil etse bile, satıcı sözleşmenin kurulması zamanında ferdileştirilen bu şeyler; ifa etmiş ise, yanlış ifa söz konusu olmaz. Burada ayıplı ifanın varlığından söz edilir<sup>(75)</sup>.

### **B- Cins Satımlarında Yanlış İfa**

Cins satımlarının konusunu genel olarak mislî şeyler oluşturur. Mislî şeyler, nitelikleri itibariyle birbirinin aynı olan veya biri diğerinin yerine konabilen ve böylece sayılabilen, ölçülebilen veya tartılabilen şeylerdir.<sup>(76)</sup>

Cins satımlarında teslim edilen şey ile, sözleşmede kararlaştırılan şey, aynı cinse dahil değilse, yanlış ifa söz konusu olur. Teslim edilen şeyin, başka cinse dahil olması durumunda, artık satıcının ayıplı ifasından söz edilemez.<sup>(77)</sup>

(73) Katz, 95; Schubiger, 45; Flume, 114.

(74) Oser/Schönenberger, Art. 197 Nr. 14; Tandoğan, 121.; Bu durumda tarafların anlaşmasıyla geçerli bir ifa gerçekteyeceği yolundaki açıklamalar için, bkz., Katz, 95; Schubiger, 45; Flume, 114 vd.

(75) Giger, Vorbem, zu Art. 197-210 Nr. 42; Bu uygulamalar için bkz., Katz, 95; Flume, 114 ; Karş. Becker, Vorbem. zu Art. 197-210 Nr. 4.

(76) Eren, C. I, 133; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, 67 ; Tunçomağ, Borçlar Genel Hukuku, 68 ; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 12; Oğuzman, 5.

(77) Giger, Vorbem. zu Art. 197-210 Nr. 44; Katz, 96; Becker, Art. 197 Nr.2 ;Yavuz, 51 ; şenocak, 121 ; Karş. Guhl/Merz/Kummer ,341 ; Neuenschwander, 24 ; Schubiger, 120 vd.

Hangi şeyler aynı cinse dahildir? Başka bir ifadeyle, cins neye göre tesbit edilir? Cinsin belirlenmesinde, ticarî hayattaki hâkim görüşler esas alınmalıdır. Bu görüşlere göre, cins belirlenemiyorsa, sözleşmenin yorumlanmasına gidilmelidir. Sözleşme yorumlanırken tarafların hangi nitelikler yardımıyla satım konusu şeyin cinsini belirledikleri tesbit edilmelidir. (78)

Alman Hukukundaki uygulamalara göre, satılan şeydeki ayıp, onun başka bir şey olarak satın alınmasını veya sipariş verilmesini gerektiriyorsa, o şey ayrı cinse dahildir. Bu durumda satıcının ifası yanlış ifadır. (79) Biz, İsviçre-Türk Hukuku açısından da bu ölçütün kabul edilebileceği görüşündeyiz. Gerçek yerine, sahte kıymetli evrak teslim edilmesi, (80) şarap satımında "Landstrich Panad'es" şarabı yerine, "Montblanch" şarabının verilmesi (81), 1964 Jaguar araba yerine, 1963 Jaguar araba teslimi (82), Danimarka eksport karnıbahar tohumu yerine, Frankfurt karnıbahar tohumunun teslim edilmesi (83) durumu yanlış ifaya örnek gösterebilir.

Federal Mahkeme, kış meyvesi tohumunun yerine, yaz meyvesi tohumu teslim edilmesini, (84) saf şarap yerine, saf olmayan şarabın ifasını, (85) yanlış ifa olarak görmemiştir.

### **C- Yanlış İfaya Uygulanması Gereken Kanun Hükümleri**

Doktrindeki bir görüşe göre yanlış ifaya, BK. md. 194 vd.'ndeki ayıba karşı tekeffül hükümleri kıyas yoluyla uygulanmalıdır. Bu

(78) Giger, Vorbem. zu Art. 197-210 Nr. 44 ; Yavuz, 52; Şenocak, 124.

(79) Bu konudaki açıklamalar için, bkz., Giger, Vorbem. zu Art. 197-210 Nr. 44.

(80) BGE 26 II 361 vd.

(81) BGE 40 II 488.

(82) BGE 94 II 26 vd.

(83) SJZ 44 (1948), 226 vd.

(84) BGE 22 II 571.

(85) BGE 22 II 138.

görüş taraflarına göre, ayıplı ifa ile yanlış ifa arasındaki sınır belirgin değildir. Uygulamada yanlış ifanın tesbiti zordur. Alıcılar, gerek zamanaşımı süresini kaçırmaları, gerekse muayene ve ihbar külfetine riayet etmemeleri durumunda, teslim edilen şeyin ayıplı olduğunu değil, yanlış ifa olduğunu iddia ederler ve ayıba karşı tekeffül hükümlerini dolanmak isterler.<sup>(86)</sup> Yine teslim edilen şey, yanlış ifa teşkil etmesine rağmen, ayıp hükümleri uygulanırsa, alıcının satıcı aleyhine spekülasyon yapması da engellenmiş olur.<sup>(87)</sup>

Yukarıda görüşlerini belirttiğimiz yazarlar Alman Hukukundan etkilenmektedirler. Bunlar, Alman Ticaret Kanunu'nun 378. paragrafında ki "§ 377 hükümleri, kararlaştırılan şeyden başka bir şey veya kararlaştırılandan başka miktarda bir şeyin teslim edilmesi halinde de uygulanır, şu şartla ki, teslim edilen şey, satıcının, alıcıyı kabul etmiş sayamayacağı bir şekilde açık olarak sipariş edilene aykırı olsun." hükmünden etkilenmektedir.<sup>(88)</sup>

---

(86) Cyprian, 132-133; Schubiger, 120 vd.; Hatemi/Serozan/Arpacı, 95; Guhl/Merz/Kummer, 341.

(87) Schubiger, 122; Guhl/Merz/Kummer, 341; Ayrıca bu konudaki açıklamalar için bkz., Şenocak, 121 vd.; Giger Vorbem. zu Art. 197-210 Nr.47 vd.

(88) Schubiger, 124.  
HGB § 377 " Alım satım iki taraf için de ticari bir işse, alıcı, iyi bir iş düzenin normal yürüyüşüne göre gerekliyse, satıcının tesliminden vakit geçirmeksizin şeyi muayene ve eğer ayıp varsa satıcıya derhal ihbar bulunmak zorundadır.

Alıcı ihbar yapmaz ise, şey kabul edilmiş sayılır, eğer ki muayenede anlaşılamayan bir ayıp söz konusu olsun."

Doktrinde, bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre ise<sup>(89)</sup>, teslim edilen şey, borçlanmış olan şeyden başka ise, ifa etmeme söz konusu olur. Bu durumda, ayıp hükümleri uygulanmaz; BK. md. 96 vd. hükümleri uygulanır. Bu görüşe göre, yanlış ifa ve ayıp durumları birbirinden çok farklıdır. Bu nedenle farklı iki duruma aynı hükmün uygulanması doğru olmaz. İsviçre Federal Mahkemesinin, bu yönde kararları da vardır.<sup>(90)</sup> Yargıtay da yanlış şey teslimi durumunda BK. md. 96 vd. uygulanması gerektiği görüşündedir.<sup>(91)</sup>

İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre,<sup>(92)</sup> cins satımlarında satıcının yanlış ifası durumunda alıcı, hiç ifa etmeme nedeniyle BK. md.96 vd.'ndaki haklardan faydalanabileceği gibi, ayıba karşı tekeffül hükümlerinden kaynaklanan haklardan da faydalanabilir. Federal Mahkeme, ayıba karşı tekeffül hükümlerinden kaynaklanan hakların, hiç ifa etmeme nedeniyle BK.md.96 vd.'ndaki haklarla yarışabileceğini kabul etmekle birlikte, alıcının bu durumda, hiç ifa etmemeden doğan hakları kullanabilmesini, muayene ve ihbar külfetlerinin yerine getirilmesiyle bir yıllık zaman aşımı süresine uyulmasına bağlamıştır.

Giger'e göre ise cins satımında hakim somut olayın özelliklerine göre, yanlış ifa olup olmadığını belirlemelidir. Hakim somut olayda, menfaatler dengesini gözeterek hüküm vermelidir. Hakim hüküm verirken, HGB § 377 ve 378'den de faydalanabilir. Buna göre

---

(89) Oser/ Schönberger, Art. 197 Nr.14; Becker, Art. 197 Nr. 2; Eren, C.III, 215; Giger, Art. 197-210 Nr. 42-50; Tandoğan, 121; İnan, Borçlar Hukuku, 466; Yavuz, 47 vd.; Şenocak, 121 vd.; Keler/Lörtscher, 62.

(90) BGE 26 II 326; BGE 26 II 352; BGE 96 II 115.

(91) Yarg. T D. 15.2.1955 T., E1954/ 6608, K. 166 Türk. İçt. Kül, C.X. Nr. 289.

(92) BGE 94 II 26; Aynı görüşte olarak bkz.; Guhl/Merz/Kummer, 340.

ticarî satımlarda alıcıya muayene ve ihbar külfeti getirilebilir. (93)

Yargıtay,<sup>(94)</sup> İsviçre Federal Mahkemesinin yukarıdaki görüşünü benimsememektedir. Yargıtay, yanlış şey teslimi durumunda ayıba karşı tekeffülden kaynaklanan haklar ile, hiç ifa etmeden kaynaklanan hakların yarışmalı olarak uygulanamayacağı görüşündedir. Yüksek Mahkemeye göre, böyle bir halde sadece BK.md.96'vd. hükümleri uygulanır. Bize göre de, yanlış ifa ayıp teşkil etmediğinden bu durumda, sadece BK.md. 96 vd. hükümleri uygulanmalıdır.

#### V- AYIBA KARŞI TEKEFFÜL BORCUNUN TANIMI

Borçlar Kanunumuzun 194'üncü md.'sinin mehzasını teşkil eden İsviçre Borçlar Kanununun 197'nci md.'si, satıcının ayıba karşı tekeffül borcunu, şu şekilde tanımlamıştır: "Satıcı, alıcıya karşı, satılanın şeyin zikir ve vaad ettiği niteliklerinin olmasından sorumlu olduğu gibi, maddî veya hukukî bir sebeple değerini veya sözleşmeden beklenen yararı kaldıran veya önemli bir surette azaltan ayıpların bulunmasından da sorumludur."

Doktrinde de, ayıba karşı tekeffül borcunun bir çok tanımı mevcuttur:

Edis'e göre, "Satılan şeyde, satıcı tarafından zikir ve vaad edilen vasıfların bulunmamasından veya satılan şeyin değerini yahut akit gereğince ondan beklenen faydaları azaltan veya kaldıran noksanların bulunmasından satıcının sorumlu tutulmasına" satıcının ayıba karşı tekeffül borcu denir.<sup>(95)</sup>

(93) Giger, Vorbem. zu Art. 197-210 Nr. 50.

(94) Yarg. 13. HD. 26.12.1986 T., E. 2122, K.3626, yayınlanmamış kararı için, bkz., Şenocak, 125 dn. 53.

(95) Edis, 7.

Tandoğan'a göre, "Ayıba karşı tekeffül, satılan şeyin satıcının zikrettiği vasıfları taşımamasından veya bu şeyin değerini yahut akit gereğince ondan beklenen yararları azaltan veya kaldıran eksikliklerin bulunmasından satıcının sorumlu olmasıdır."<sup>(96)</sup>

Arslanlı'ya göre, "Satıcı kanunen gerek hukukî gerek maddî bakımdan mebiin kıymet veya elverişliliğinden mütekeffil olduğu gibi, temin ettiği vasıfların bulunmamasından da mesuldur."<sup>(97)</sup>

Feyzioğlu'na göre, "Satıcının maddî ayıplara karşı tekeffülünden maksat, satılanın değerini veya akit gereğince beklenen faydaları azaltan veyahut tamamen kaldıran bir takım bozuklukların, eksikliklerin veya noksanlıkların bulunmasından alıcıya karşı sorumlu sayılmasıdır." <sup>(98)</sup>

Katz'a göre, "OR.Art. 197'ye (BK.md.194) göre, satıcı alıcıya karşı, satım konusundaki sözleşmeden beklenen kullanıma yönelik değerini veya elverişliliğini kaldıran veya önemli ölçüde azaltan maddî ve hukukî ayıpların bulunmamasını tekeffül eder." <sup>(99)</sup>

Keller/Lörtscher'e göre, "Satıcı alıcıya karşı tekeffül ettiği niteliklerden veya satım konusundaki kullanıma yönelik değerini veya elverişliliğini kaldıran veya önemli ölçüde azaltan ayıplardan sorumludur."<sup>(100)</sup>

---

(96) Tandoğan, 163.

(97) Arslanlı, 259.

(98) Feyzioğlu, 270.

(99) Katz, 29.

(100) Keller/Lörtscher, 59.

Guh/Merz/Kummer'e göre, "Satıcı alıcıya karşı satılanın fayda veya elverişliliği tekeffül ettiği gibi, belirli niteliklerin bulunmamasından veya belirli ayıpların bulunmasından da sorumludur." (101)

Yazarların, satıcının ayıba karşı tekeffül borcunun tanımlamasında kanun metnini esas aldıkları görülmektedir. Bize göre, satılan şeyde, satıcı tarafından zikir ve vaad edilen niteliklerin bulunmamasından veya dürüstlük kuralı gereğince, o şeyde mevcut olması gereken niteliklerin olmaması nedeniyle, sözleşme gereğince beklenen faydaların azalmasından veya kalkmasından satıcının sorumlu tutulmasına, satıcının ayıba karşı tekeffül borcu denir.

Satıcının ayıba karşı tekeffül borcu, BK. md. 96 kapsamında gereği gibi ifa etmemenin bir türü olan kötü ifayı oluşturur. Satıcının ayıba karşı tekeffül borcu, kötü ifa teşkil etmesine rağmen, Borçlar Kanunumuzda özel olarak düzenlenmesinin nedeni, kötü ifa kavramının yeterince gelişmemesidir.<sup>(102)</sup>

## § 2- AYIP ÇEŞİTLERİ

### I- MADDİ AYIP

maddî ayıp teriminden, bir şeyin aynı cinsten normal bir şey ile karşılaştırıldığında, o şeyin değerini veya elverişliliğini kaldıran veya azaltan her türlü kötü nitelikler anlaşılır.<sup>(103)</sup> Cins satımlarında satıcı, BK. md. 70'e göre, sözleşmede belirli bir nitelik kararlaştırılmışsa, bu nitelikten daha aşağı nitelikte bir şey veremez. Sözleşmede satılan şeyin, niteliği kararlaştırılmamış ise, satıcı orta nitelikten daha aşağı bir şey teslim ederse ayıplı ifa söz konusu olur. Satılan şeydeki yırtık, kırık, lekelilik gibi, eksiklikler cins

(101) Guhl/Merz/Kummer, 331.

(102) Yavuz, 18; Edis, 2.

(103) Tunçomağ, 119; Becker, Art. 197. Nr. 11; Katz, 41; Giger, Art. 197 Nr. 62.



satımlarındaki maddî ayıpları teşkil eder. Parça satımlarında ise, satılan şeyin sözleşmenin yapıldığı anda gösterdiği her türlü bozukluklar maddî ayıp sayılır. (104)

Maddî ayıplar olumlu eksikliklerden kaynaklanabileceği gibi, eşyanın bünyesinde taşıdığı olumsuz niteliklerden de kaynaklanabilir. (105)

Satılan mobilyanın hâlis cevizden olması gerektiği halde, bu tür bir cevizden olmaması; zeytinyağın belli oranda asit ihtiva etmesi gerektiği halde, bu asiti ihtiva etmemesi; acem halısı olması gerekli halının acem halısı olmaması, bu tür ayıplara örnek teşkil eder. Keza, tablonun gerçek olması gerektiği halde, sahte olması hali de bir maddî ayıptır. (106)

Sözleşmede belirtilen sanat eseri veya antikanın sahte olması durumu da maddî ayıbı oluşturur. (107)

## II- HUKUKİ AYIP

BK.md.194 (197 OR), eski (1911 değişikliğinden önceki mehzanun) Borçlar Kanununun aksine, maddî ayıpların yanında açıkça hukukî ayıplardan da bahsetmiştir. (108) Kanun koyucu, maddî ayıplarda olduğu gibi, hukukî ayıpları da tanımlamamıştır, tanımlama işlemini öğretici ve mahkemelere bırakmıştır.

Hukukî ayıpların tesbiti maddî ayıpların tesbiti kadar kolay değildir. "Zapt" ile hukukî ayıbın birbiriyle karıştırılması tehlikesi

(104) Tandoğan, 119; Keller/Lörtsher, 62; Satılan maldaki her türlü fizikî, teknik, kimyasal eksiklikler maddî ayıptır ( Keller/Lörtsher, 62).

(105) Katz, 41; Giger, Art. 197 Nr.6.

(106) Tandoğan, 164.

(107) Katz, 41.

(108) Oser-Schönenberger, Art. 197, Nr. 10; Edis, 14.

mevcuttur. Bunun nedeni, hukukî ayıp ve zapt hallerinin, taahhüt edilen hak ile ilgili olmasından kaynaklanmaktadır. (109)

Zapt genel olarak, satılan şeyde, alıcının tasarrufta bulunma hakkının itiraza uğramasıdır. Bunun dışında kalan ve hukuk düzeninden doğan sınırlamalar, hukukî ayıp kategorisine dahildir. (110) Başka bir ifade ile, üçüncü kişinin üstün bir hakkına dayanmak suretiyle, satılan şeye kısmen veya tamamen elkoymaya kalkışması halinde, zapt durumu mevcuttur. Buna karşılık, bir hukuk kuralına dayanılarak, satılan şeye itiraz mümkün ise, hukukî ayıp söz konusu olur. Zapta, satılan şeye yönelik elkoyma, üçüncü kişi tarafından gerçekleştirildiği halde, hukukî ayıpta, eksiklik (kısıtlama) hukuk düzeni tarafından gerçekleştirilmektedir. (111) Örneğin, satılan şey bir irtifak hakkı ile sınırlandırılmış ise, zapt hali söz konusu olduğu halde, komşuluk münasebetlerinden doğan bir yapı sınırlaması durumunda, hukukî bir ayıp mevcuttur. (112)

Doktrinde, hukukî ayıp altında birbirinden farklı görüşler öne sürülmektedir. Doktrin ve yargı kararlarındaki hâkim görüşe göre, tüm kamu hukukundan doğan sınırlamalar, hukukî ayıp teşkil eder. (113) Doktrindeki karşıt görüşe göre, (114) yararlanmaya ilişkin sınırlamalar hukukî ayıp teşkil etmez.

(109) Arslanlı, 312; Giger, Art. 197 Nr. 64.

(110) Edis, 15; "Satılan, bir ihtira hakkının konusu olan nesnenin taklidiyse, alıcı zapta karşı tekeffül kurallarına değil, ayıba karşı tekeffül kuralına başvurabilir." BGE 82 II 238, Kaneti, Federal Mahkeme Kararları. C. II. Nr. 15.

(111) Tunçomağ, 121; Arslanlı, 269-271; Giger, Art. 197 Nr. 63; Keller/Lörtscher, 63.

(112) Oser-Schönenberger, Art. 192. Nr. 4; "Motersiklette şasi numaralarının bulunmaması, maddî bir ayıp olmayıp, hukukî ayıptır. Ayıp, trafiğe yapılan müracaat üzerine anlaşılacağından, sürenin bu tarihten hesaplanması gerekir." Yarg. 11. HD. 16. 11. 1984, T., E 5674/K. 5577, Uygur, 363.

(113) Keller/Lörtscher, 63; Kamu hukukunda doğan sınırlamalar mutad bir dikkat ile farkedilemez, Giger, Art. 197 Nr. 64; Katz, 41; BGE, 60 II 422; BGE 95 II 123 vd.

(114) Bkz., ayrıntılı bilgi için, Becker, Vorbem. zu Art. 197-210 Nr. 2.

Sanat eseri veya antika eşyanın satışı yapılmış, ancak ihracat yasağı nedeniyle ihraç edilememiş olması halinde de, hukukî ayıp söz konusu olur. (115)

İnşaat mevzuatından, doğan sınırlamalar, binanın mevcut yapısı nedeniyle otelcilik ruhsatının verilmemesi, alıcının sözleşmenin kurulduğu anda bilgisi olmadığı vergiden sorumluluğu ve kamulaştırılmak istenen arsa hakkında kamu yararı alınmış olması gibi, durumlar gayrimenkul satışlarında hukukî ayıba örnek teşkil eder.<sup>(116)</sup> Gayrimenkul üzerinde kullanma hakkının sınırlandırılmasını denetleyen inşaat zabıtasının hükmü de, hukukî ayıp teşkil eder. (117)

### III- EKONOMİK AYIPLAR

Satılan şeyde karşılaşılan üçüncü tür ayıplar, ekonomik ayıplardır. BK. md. 194, maddî ve hukukî ayıbı açıkca düzenlemiş olmakla birlikte, ekonomik ayıpları düzenlememiştir. Ancak, doktrin<sup>(118)</sup> ve mahkeme<sup>(119)</sup> ekonomik nitelik noksanlıklarından da, satıcıyı sorumlu tutmaktadır.

Satılan şeyin veriminin az, lokantanın ve ticarethanenin gelirinin düşük, kiraya verilen evin kira bedelinin az, işletmenin vergiden muaf olmama gibi, ekonomik nitelik eksikliği durumunda ekonomik ayıplar söz konusu olur.<sup>(120)</sup>

---

(115) Katz, 42.

(116) Edis, 16.

(117) BGE 60 II 42.

(118) Keller/Lörtscher, 63; Oser/Schönenberger, Art. 197 Nr. 9; Bilge, 94; Giger, Art. 197 Nr. 63; Edis, 17; Tandoğan, 164.

(119) BGE 63 II 78; BGE 71 II 241; BGE 45 II 443.

(120) Edis, 17; Keller/Lörtscher, 63; Giger, Art. 197 Nr. 63.

Ekonomik niteliklerden, özellikle satılanın verimi, satıcı tarafından çoğu zaman vaadedilmiştir. Maddî veya hukukî ayıplarda da, ekonomik eksiklikler vardır.<sup>(121)</sup>

Ekonomik ayıplar, satılanın ekonomik niteliklerinin çoğu zaman mevcut olmamasından kaynaklanır. Esasen maddî veya hukukî ayıplar, şeyin değerini düşürdüğü için ayıp sayılmıştır. <sup>(122)</sup>

Ticarethanenin aylık sabit kârının şu kadar lira olduğu, kullanılmış otomobilin yaptığı kilometre veya kullanılmış otomobilin kaza yapmadığı gibi nitelikler satıcı tarafından vaad edilmesine rağmen, bu nitelikler mevcut değilse, satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğu gerçekleşir. Bu tür ayıplar da, ekonomik ayıbı teşkil eder.<sup>(123)</sup>

---

(121) Edis, 17; Keller/Lörtscher, 63; Giger, Art. 197 Nr. 63.

(122) Edis, 18; BGE 45 II 445 "Bundan başka ekonomik nitelikler hukuki ve maddî nitelikler arasında esaslı bir fark mevcut değildir. Bu sorunu (maddî ve hukuki ayıplar dahi) durum bir çok halde satış konusunun ekonomik değerine zarar verdiği için ayıplar olarak değerlendirilmiştir. "Ayrıca satım konusunun hukuki nitelikleri sıkça ekonomik nitelikleri de etkiler. von Büren II, 25; Giger, Art. 197 Nr. 63. Aksi görüş için bkz., Katz, 41; Balldi, 102-103.

(123) Tandoğan, 164.

### § 3- SATICININ AYIBA KARŞI TEKEFFÜL SORUMLU LUĞUNUN ÖZELLİKLERİ

#### I- SATICININ AYIBA KARŞI TEKEFFÜL SORUMLU - LUĞUNUN ASLÎ YA DA TALÎ (TAMAMLAYICI) OLMA ÖZELLİĞİ

Satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun, aslî veya talî (tamamlayıcı) bir sorumluluk olup olmadığı tartışmalıdır. Bir görüşe göre<sup>(124)</sup>, satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğu tali ve tamamlayıcı bir sorumluluktur. Ayıba karşı tekeffül sorumluluğu, mülkiyeti nakil borcunun tamamlayıcısıdır. Çünkü, satım sözleşmesinde alıcının amacı, kullanabileceği faydalı bir şeyin mülkiyetine sahip olmaktır. Satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğu, esas itibariyle tâli ve fer'î bir borç ilişkisi meydana getirdiği için, cezaî şart ve kefalet gibi diğer tâli ve fer'î borçlarla benzerlik arzeder. Örneğin asıl borç ilişkisi ortadan kalkarsa, ayıba karşı tekeffül sorumluluğu da ortadan kalkar. Asıl borç ilişkisi, ifadan başka tecdit, ibra, alacaklı ve borçlu sıfatının birleşmesi, takas gibi sebeplerden birbiriyle sona ererse, ayıba karşı tekeffül sorumluluğu da sona erer.

Doktrindeki diğer bir görüşe göre,<sup>(125)</sup> satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğu tâli, tamamlayıcı bir sorumluluk değil, aslî sorumluluktur. Çünkü satım sözleşmesinde alıcının amacı istediği gibi bir şey; satın almaktadır. BK. md. 184'e göre satıcının aslî borcu,

(124) Tandoğan, 163; Edis, 19; Bilge, 73 vd.; Feyzioğlu, 270; Larenz, 55-56, Yazara göre ayıba karşı tekeffül borcu satılanı teslim ve mülkiyeti nakil borcunun doğrudan ve doğal bir sonucu değildir.

(125) Yavuz, 32; Giger, Vorbem. zu Art. 197-210 Nr. 13.

satılanın zilyetliğini ve mülkiyetini alıcıya nakletmektir. Satıcı bu sorumluluğunu yerine getirirken de, sözleşmede belirtilen şartlara uygun olarak davranmak zorundadır. Satıcı satılanı, nitelik, nicelik, ifa zamanı ve ifa yeri yönünden satım sözleşmesine uygun ifa etmelidir. Satılanın ayıplı olması durumunda, nitelik yönünden tam ve doğru ifa gerçekleşmez. Bu nedenle, satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğu aslî bir sorumluluktur.

Akdî borç ilişkisinden kaynaklanan yükümlülükler, bir açıdan aslî ve tâli ikiye ayrılır. <sup>(126)</sup> Aslî edim yükümü, sözleşmenin tipini belirleyen, sözleşmeden beklenen edim yükümüdür.<sup>(127)</sup> Tâlî yükümlülükler ise, aslî edim yükümlülüğü yerine getirilmediği veya getirilemediği takdirde, onun yerine geçen tazminatı ifade eder. Tâlî edim yükümü niteliğindeki tazminat yeni bir edim yükü olmayıp, asıl borç ilişkisine dayanan o ilişkinin içeriğini değiştiren veya genişleten bir edim yükümüdür. <sup>(128)</sup>

Satıcının, satılanın zilyetliğini teslim ve mülkiyeti nakletme borcu, sözleşmedeki aslî borcudur. Satıcı, satılanı tam ve doğru şekilde ifa etmek zorundadır. Satıcı, satılanı ayıplı ifa etmesi durumunda, nitelik yönünden satılanı tam ve doğru şekilde ifa etmiş olmaz. Ancak, satıcının satılanı ayıplı ifa etmesiyle, kanun yan bir borç öngörmüştür. Satıcının bu borcu, aslî bir borç değil, tâli bir borçtur. Çünkü, bu borcu kanun, satıcının sözleşmeyi ihlâl etmesinin bir müeyyidesi olarak öngörmüştür.

---

(126) Eren, C. III, 35; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, 10-11; Serozan, Edim Yükümlülüklerinden Bağımsız Borç İlişkileri, 2, 117; Edis, Medeni Hukuka Giriş, 308 vd.

(127) Eren, C. III, 35; Edis, Medeni Hukuka Giriş, 308.

(128) Eren, C. III, 35; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, 10-11

## II- SATICININ AYIBA KARŞI TEKEFFÜL SORUMLUĞUNUN AKDÎ YA DA KANUNÎ BİR SORUMLULUK OLMA ÖZELLİĞİ

Satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun, kanunî veya akdî bir sorumluluk olup olmadığı, tartışmalıdır. Bizim de katıldığımız hâkim görüşe göre,<sup>(129)</sup> satıcı, satılandaki ayıplardan sorumlu olacağını ayrıca taahhüt etmese bile, kanun gereği ayıba karşı tekeffül sorumluluğu vardır. Doktrindeki diğer bir görüşe göre<sup>(130)</sup> de; satıcının satılanı teslim ve mülkiyetini geçirme sorumluluğu hangi oranda kanunî bir sorumluluk ise, satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğu da, aynı oranda kanunî bir sorumluluktur. Satıcının, satılanı tam ve doğru bir şekilde ifa etmesi sözleşmedeki aslî sorumluluğudur. Bu özelliği nedeniyle satıcının satılanı teslim ve mülkiyetini geçirme sorumluluğu, akdî niteliktedir. Satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğu da, nitelik yönünden gereği gibi ifa kapsamına girdiğinden akdî bir sorumluluktur.

## III- SATICININ AYIBA KARŞI TEKEFFÜL SORUMLULUĞUNUN KUSURLU VEYA KUSURSUZ SORUMLULUK OLMA ÖZELLİĞİ

Satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun kusurlu veya kusursuz bir sorumluluk olma özelliği doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre,<sup>(131)</sup> satıcının ayıba karşı tekeffülden dolayı sorumlu-

---

(129) Feyzioğlu, 271; Tandoğan, 163; Cavin, 72; Arslanlı, 310; Ayrıca bkz., Yarg. TD. 25.2.1971 T.,E. 3971/K. 1388, Olgaç, 152.

(130) Yavuz, 32-33.

(131) Edis, 20-21; Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, 399.

luğu, kusursuz sorumluluktur. Kanun koyucu bunu açıkça ifade etmemiştir; ancak, BK. md. 96'da olduğu gibi, satıcıya kusursuz olduğu ispat ederek sorumluluktan kurtulma imkânı da, tanımamıştır. Kanun koyucu böyle bir imkânı tanısaydı, satıcı çoğu kez sorumluluktan kurtulurdu. Satıcıya, kusursuz olduğunu ispat ederek BK.md.96'da olduğu gibi sorumluluktan kurtulma imkânının tanınmamış olması, BK.md. 96 ile satıcının ayıba karşı tekeffül borcunun (BK.md, 194 vd.) tamamen farklı nitelikte sorumluluk olduğunu gösterir. Doktrindeki diğer bir görüşe göre, satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğu kusursuz sorumluluk değildir.<sup>(132)</sup> Satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun gerçekleşmesi için, satılardaki ayıbın, hasarın geçmesinden önce mevcut olması gerekir. BK.md. 183'e göre, satım sözleşmesinde hasar,sözleşmenin kurulması anından itibaren alıcıya geçer. Sözleşmenin kurulmasından sonra meydana gelen hasarlardan satıcı sorumlu değildir. Hasarın alıcıya geçmesinden sonraki safhada, satıcının kusuru olmaksızın satılanın uğradığı hasarlardan (dolayısıyla satılanın ayıplarından) satıcı sorumlu değildir.<sup>(133)</sup> Satım sözleşmesinden sonra satıcının kusuru sonucunda satılarda ayıp meydana gelmiş ise, satıcı BK. md. 96'ya göre sorumludur. Buna karşılık, sözleşmenin kurulmasından önce, satılardaki ayıptan satıcı, BK. md. 194'e göre sorumlu olur.

Bizce de bu görüş isabetlidir. Gerçekten satım sözleşmesinin kurulmasından önce, satıcının kusurlu davranışı söz konusu olmaz. Çünkü, kusur başkasının malvarlığı ya da şahısvarlığı değerlerine

---

(132) Yavuz, 34.

(133) Yavuz, 33; Feyzioğlu, 273; Arslanlı, 275; Becker, Art. 197 Nr 8; Oser/Schönenberger, Art. 197 Nr. 18.



yönelik bir davranış tarzının hukuk düzeni tarafından kınanmasıdır. Hal böyle olunca, satım sözleşmesinin kurulmasından önceki bir safhada satılan şey satıcının malvarlığına dahildir. Bu nedenle satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun kursesiz sorumluluk olduğu görüşünde isabet yoktur. Burada söz konusu olan, BK. md. 194/II'ye göre, satıcının ayıba karşı tekeffül hükümlerinden sorumlu olması için satılndaki ayıpları bilmesinin gerekmemesidir.

#### IV- SATICININ AYIBA KARŞI TEKEFFÜL SORUMLULUĞUNUN EMREDİCİ OLMAMA ÖZELLİĞİ

Hâkim görüşe göre<sup>(134)</sup>, satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğunu düzenleyen kanun hükümleri emredici nitelikte değil, yorumlayıcı niteliktedir. Taraflar, ayıba karşı tekeffül sorumluluğunu kısmen veya tamamen sözleşme ile kaldırabilirler. Ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun kaldırılması, sözleşmede açıkça kararlaştırılabileceği gibi, zımnen de kararlaştırılabilir. Bunun yanında taraflar, ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun kapsamını da genişletebilirler.

Satıcının satılanın ayıplarından sorumlu olmayacağına ilişkin sözleşme, iki halde kamu düzeni nedeniyle geçersizdir. Bunlardan

---

(134) Edis, 21; Oser-Schönenberger, Art. 197 Nr. 7; Berki, 25; Uygur, 347; Bilge, 78, Olgaç, 162. "Federal Mahkemenin kökleşmiş içtihadına göre, OR 197 (BK. md. 194) emredici bir kural taşımamaktadır. Satıcının ayıpları hile ile gözlediği durumlar dışında (OR.Art.199-BK.md.196), nesnenin ayıplarından dolayı sorumluluk anlaşma ile kaldırabilir. Şüphesiz, sözleşmenin tekeffül borcunu kaldıran ya da sınırlayan kaydını taraflarca istenmiş ve ayrıca açık ve seçik olması gerekir. Şüphe halinde dar yorumlanmalıdır. Çünkü, dürüstlük kurallarına göre, satıcı herhangi bir tekeffül borcu altına girmediğini tereddüte yer vermiyecek şekilde açıkça söylemelidir. "BGE 83 II 401, Kaneti, Federal Mahkeme Kararları, C. II, Nr. 16.

ilki, BK.md. 196'ya göre, satıcının hile ile satılan şeydeki ayıbı gizlemesi halinde, ayıptan sorumlu olmayacağına ilişkin sözleşmedir. Bu halde satıcı satılanın ayıbından sorumludur. Ancak, hilenin mevcut olması içinde aşağıdaki unsurların bulunması gerekir:

a) Belirli niteliklerin varlığını veya yokluğunu beyan ya da teyid etmek veyahut bu hususlarda alıcının zihninde bir hata uyandırmak veya uyanmış hatayı devam ettirmek. (135)

b) Bu hileyi satıcı, sözleşmesinin kurulması hakkında karar verirken veya sözleşmenin şartlarını tesbit ederken yahut satılanın ayıplarını ihbar ederken alıcının gerçek durumu tesbit etmesine engel olmak kastı ile yapmalıdır. (136)

Sözleşmenin geçersiz sayıldığı ikinci durum ise, satıcının satılan şeyin muayenesine engel olmasıdır. Bu durumda, satıcının, ayıba karşı tekeffülden sorumlu olmayacağına ilişkin bir sözleşme geçersizdir. (137)

Hile fiilini satıcı veya onun temsilcisinin yapması sonucu değiştirmez. (138)

(135) Oser/Schönenberger, Art, 199 Nr.3; Olgaç, 162; Uygur, 348; Tandoğan, 175.

(136) Oser/Schönenberger, Art. 199. Nr.4; Uygur, 348; Tandoğan, 175.

(137) Edis, 21-22; Yavuz, 103; Sözleşmede yer alan "üslup kaydı" tarafların aksine iradesi olmadıkça ayıba karşı tekeffülden doğan hakları kaldırmaz. İçtihat ve doktrine göre, bir kayıt, sözleşme türünün mutad formülünde yer alırsa ve taraflar, formülden yararlanarak, bu kaydı yaptıkları sözleşmeye geçirmişlerse, ancak muhtevasını ne öngörmüşler ne de istemişlerse, sonuç doğurmayan bir "üslup kaydı" söz konusudur." BGE 83 II 401, Kaneti, Federal Mahkeme Kararları, C. II Nr. 16.

(138) Edis, 22; Yavuz, 99 vd. "Satılan gayrimenkulün kira sözleşmelerindeki kira paralarının, gerekli olmasına rağmen, resmî makamca, onaylanmadığını saklamak hiledir. Satıcının hilesi halinde, tekeffül borcunu sınırlayan ya da kaldıran sözleşme kayıtları sonuç doğurmaz. (BK. md. 196)." Kaneti, Federal Mahkeme Kararları C. II. Nr. 22.

Alman Yüksek Mahkemesi, satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun gerçekleşmesi durumunda, satıcının sorumluluğunun kaldırılıp kaldırılamayacağını iki farklı ihtimale göre çözmüştür. Kullanılmış eşya satımlarında, taraflar ayıba karşı tekeffül sorumluluğunu kaldırabilirler. Sözleşmenin taraflar, kullanılmamış eşya satımında ise, ayıba karşı tekeffül sorumluluğunu, ancak alıcıya satılanı tamir ettirme hakkı tanımak şartıyla kaldırabilirler. (139)

Hukukumuzda, özellikle dayanıklı tüketim eşyası satımlarına ilişkin sözleşmelerde, genel işlem şartıyla, Borçlar Kanunu'nun tanıdığı seçimlik hakların alıcıdan alınarak, alıcıya satılanın tamirini isteme hakkı tanınmaktadır. İsviçre Federal Mahkemesi<sup>(140)</sup> de bu tür sözleşmelerdeki genel işlem şartlarını geçerli saymaktadır. Satım sözleşmesinden alıcının beklediği menfaat, ayıpsız yeni bir şeye sahip olmaktadır. Hukukçu olmayan alıcılar, çoğu kez tamir hakkı ile ek bir hak elde ettikleri kanaatindedirler. Bu nedenle tamir hakkı, alıcının kanundaki haklarına ek bir hak olarak kabul edilmelidir. Satıcının satılanın ayıplarından sorumluluğu, kamu düzenine ilişkin değildir. Taraflar, sözleşme ile sorumluluğu kaldırabilirler veya sınırlayabilirler. Ancak sorumluluğun sınırlanmasına ilişkin sözleşmeler dar tutulmalıdır. (141)

---

(139) Bu konudaki açıklamalar için, bkz., Akünal, Satıcının "Onarım Garantisi," 551; Yavuz, 192 vd.

(140) BGE 91 II 394, Çev. Edis, ABD. 1966, 1036-1040

(141) Becker, Art. 199 Nr. BGE 87 II 26.

**V- SATICININ AYIBA KARŞI TEKEFFÜL SORUMLU  
LUĞUNUN KANUNUN BAZI MADDELERİ İLE  
YARIŞMALI OLARAK UYGULANMASI ÖZELLİĞİ**

Satıcının, satılan şeyi ayıplı ifası nedeniyle ayıba karşı tekeffül sorumluluğu ile birlikte hata, hile veya gabin durumu da gerçekleşmiş olabilir. Bundan başka ayıplı ifa, gereği gibi ifa etmeme sayılarak BK. md. 96 vd.'nin uygulanması imkânı da ortaya çıkabilir.<sup>(142)</sup> Ayrıca, satıcının sözleşme görüşmesi esnasında alıcıyı aydınlatma yükümlülüğünü ve özellikle satılandaki ayıpları bildirme yükümlülüğünü ihlâl etmesi sonucu, bir zarar doğabilir. Bu durumda, satıcının culpa in contrahendo sorumluluğu gerçekleşmiş olur. Satılanın ayıplı ifası, alıcının şahısvarlığında zarar meydana getirebilir. Satıcının kusurlu olması halinde haksız fiil sorumluluğu da gerçekleşir.

İşte ayıplı ifanın, aynı zamanda hata, hile, gereği gibi ifa etmeme, culpa in contrahendo veya haksız fiil teşkil etmesi durumunda bu hükümler seçimlik yarışmalı olarak uygulanır.

**A- Ayıba Karşı Tekeffül Hükümleri ile Culpa in Contrahendo  
Hükümlerinin Yarışması**

Culpa in contrahendo (sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk), sözleşmenin kurulmasından önceki bir safhada, görüşmecilerden birinin veya yardımcılarının, diğer görüşmeciye veya onun koruma altında bulundurduğu kişilere, aralarındaki dürüstlük kuralına dayalı olarak kurulmuş bulunan sözleşme ben-

---

(142) Tandoğan, 163; Uygur, 336-337; Bilge, 74; Yavuz, 207 vd.; Tunçomağ, 182; Oser/Schönenberger, Art. 197 Nr. 5

zeri güven ilişkisine aykırı davranarak, vermiş olduğu zarardan sorumlu olmasıdır. Sözleşme görüşmeleri sırasında taraflar, BK. md.2.'ye göre sözleşmenin muhtevası ve şartları hakkında birbirlerine gerekli bilgileri vermelidir. Ayrıca birbirlerinin kişilik ve mallarlıklarını da korumalıdır. (143)

Culpa in contrahendo sorumluluğunun, hukukî mahiyeti tartışmalıdır. Bu konuda doktrinde üç görüş vardır. Bunlar haksız fiil, akdî sorumluluk ve kendine özgü sorumluluk görüşüdür.<sup>(144)</sup> Çalışma konumuzla doğrudan ilgili olmadığı için, çalışmamızda bu görüşlerin incelenmesine girilmemiştir. Biz culpa in contrahendo sorumluluğunun hukukî niteliğini akdî sorumluluk olarak kabul ediyoruz.

Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğun gerçekleşmesi için, sözleşmenin geçerli olarak kurulmuş veya kurulmamış ya da batıl veya geçerli olmasının önemi yoktur. (145)

Sözleşme görüşmeleri sırasında, satıcının culpa in contrahendo sorumluluğu gerçekleşmiş, ancak satım sözleşmesi kurulmamış veya satılan ifa edilmemiş ise, satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğu gerçekleşmez. Dolayısıyla satıcının ayıba karşı tekeffül hükümleri ile culpa in contrahendo hükümlerinin yarışması söz konusu olmaz. (146)

---

(143) Eren, C. III 306; Tekinay/Akman/Altop/Burcuoğlu, 975 vd. İnan, Borçlar Hukuku,483; Sungurbey, 99 vd, 124.; Oğuzman, 266 vd.

(144) Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., Eren,C.III, 308 vd.; Oser/Schönenberger, Art. 26 Nr. 11; İnan, Culpa in Contrahendo, 878-887, 999-1013

(145) Eren, C. III. 307.

(146) Yavuz, 212; Kocayusufpaşaoğlu, Hata Kavramı, 20; Bu konuya ilişkin çeşitli görüşler için bkz., Ulusan, 301 vd.

Culpa in contrahendo ile ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun yarışması için, sözleşme görüşmeleri sırasında culpa in contrahendo sorumluluğu gerçekleşmelidir. Geçerli bir satım sözleşmesi de kurularak satılan şey ifa edilmiş olmalıdır.

Culpa in contrahendo sorumluluğu, ayıplı satılan şeyden kaynaklanmış ise, ayıba karşı tekeffül hükümleri ile culpa in contrahendo hükümleri seçimlik olarak uygulanır.<sup>(147)</sup> Bu durumda, alıcı meydana gelen zararın tazminini culpa in contrahendo'ya göre isteyebildiği gibi, ayıba karşı tekeffül hükümlerine göre de, talep edebilir. Alıcının ayıba karşı tekeffül hükümlerine başvurabilmesi için muayene, ihbar gibi, sorumluluk şartlarını yerine getirmesi ve zaman aşımını süresini kaçırmaması gerekir. Ancak alıcının, culpa in contrahendo'ya göre tazminat isteyebilmesi için, ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun şartlarını yerine getirmesi gerekmez.

## **B- Ayıba Karşı Tekeffül Hükümleri ile İrade Sakatlığını Düzenleyen Hata ve Hile Hükümlerinin Yarışması**

### **1- Hata hükümleri ile ayıba karşı tekeffül hükümlerinin yarışması**

Hatanın biri dar, diğeri geniş olmak üzere iki anlamı vardır. Dar anlamda hata, bir durum veya olay hakkında, gerçek ve bilinçli olmayan yanlış veya eksik kanaattir.<sup>(148)</sup> Geniş anlamda hata, dar anlamda hata ile bilgisizliği de içerir.<sup>(149)</sup> BK. md. 23'deki hata, geniş anlamda hatadır. BK. md. 23'e göre sözleşme yapılırken esası bir hataya düşen kimse, sözleşmeyi iptal edebilir. Satım sözleşmesi

---

(147) Yavuz, 212-213.

(148) Eren, C. I, 445; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, 30; Oğuzman, 70; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 428.

(149) Eren, C. I 456; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, 30-31.

ani edimli bir borç ilişkisi meydana getirir. Ani edimli borç ilişkilerinde sözleşmenin iptali, geçmişe etkili sonuç doğurur. İptal beyanının, karşı tarafın hakimiyet alanına varmasıyla sözleşme, geçmişe etkili olarak ortadan kalkar. Bu durumda taraflar edimlerini yerine getirmek zorunda değildirler. Ancak, edimlerini daha önce yerine getirmişler ise, edim konusu şeyin durumuna göre istihkak davasıyla, bu mümkün olmazsa sebepsiz zenginleşme davası ile geri istenebilir.<sup>(150)</sup> Ardarda teslimli satım sözleşmesinde satıcı, satılan şeyi ardarda teslim etmeyi, alıcı da satış parasını bir defada veya her teslimde ödemeyi borçlanır.<sup>(151)</sup> Bu satım türünde, borçlanılan edim belirli aralıklarla, düzenli veya düzensiz olarak tekrarlanmaktadır. Bu nedenle, ortada dönemli bir edim vardır. Dönemli edimler birden fazla borç ilişkisi meydana getirmezler. Ortada bir tek borç ilişkisi vardır. Ancak edimler farklı zamanda yerine getirilmektedir.<sup>(152)</sup> Ortada bir tek borç ilişkisi olduğundan iptal, karşı tarafın hakimiyet alınana varmakla hüküm ve nitelerini doğurur. Satım sözleşmesi, geçmişe etkili olarak ortadan kalkar. Daha önce ifa edilen edimler ise, istihkak davasıyla, bu mümkün olmazsa sebepsiz zenginleşme davasıyla geri istenir.

Satıcının ayıplı ifası, aynı zamanda BK. md.24/I-4 anlamında temel hatası meydana getiriyorsa, bu durumda aynı olguya birden çok kanun hükümlerinin uygulanabilirliği gündeme gelir. Eski İsviçre Borçlar Kanunu'nun 19.maddesinin 3 nolu bendinin kaldırılmasıyla bir olguya birden çok hukuk normunun uygulanabilirliği ortadan kalkmıştır. Ancak BK. md. 24/I-4'ün yeniden düzenlenmesi (mevcut düzenleme) ile, birden çok kanun hükümlerinin aynı olguya

(150) Eren, C. I, 449.

(151) Eren, C. I, 449

(152) Eren, C.I, 499.

uygulanabilmesi, yani kanun hükümlerinin yarışması mümkün kılınmıştır. (153)

Satılan şeydeki ayıp, sözleşmenin zorunlu unsurlarında, alıcıyı hataya düşürmüş ise, başka bir ifade ile satılan şeydeki ayıp, işlem temelini çökertmiş ise, kanun hükümleri (BK. md. 194 vd.) ile hata hükümleri (BK. md. 23) seçimlik yarışmalı olarak uygulanır. (154)

Yine İsviçre doktrini ve Federal Mahkeme, hata hükümleri ile, ayıba karşı tekeffül hükümlerinin seçimlik yarışmalı olarak uygulanabileceğini kabul etmiştir. (155)

Doktrindeki bir görüşe göre, ayıba karşı tekeffül hükümleri ile BK. md. 23 vd. hükümleri seçimlik yarışmalı olarak uygulanamaz. Ayıba karşı tekeffül hükümleri, irade sakatlığı hükümlerine göre, özel nitelikte hükümlerdir. Bu nedenle burada sadece ayıba karşı tekeffül hükümleri uygulanır. Bu görüşe göre, alıcının irade sakatlığı (hata) hükümlerine başvurabilmesi için, muayene ve ihbar külfetini yerine getirmeden ve kısa zamanaşamı süresine bağlı olmadan irade sakatlığına dayanan davanın açılması kabul edilirse, kanun koyucunun bu konudaki koymak istediği kısıtlayıcı amacı boşa çıkar. Bu son görüş yönünde, Federal Mahkemenin yalnız hayvan satımı açısından kararları vardır. (156)

(153) Oser/Schönenberger, Art. 197 Nr. 5; Willi, 116.

(154) Keller/Lörtscher, 84; Giger Vorbem. zu Art. 197-210 Nr.6; voh Tuhr/Peter, 310; Tunoğmağ, 184; Feyzioğlu, 118; Bilge, 64; Tandoğan, 202 vd. ; Yavuz, 221; Oser/Schönenberger, Art. 197 Nr.5; Alıcı dilerse ayıplara karşı tekeffül kurallarına dayanabilir, isterse satım sözleşmenin irade bozukluğundan ötürü bağlayıcı olmadığını açıklayabilir." BGE 82 II 420 vd.; BGE 83 II 21 BGE II 517, Kaneti, Federal mahkeme Kararları, C. II Nr. 14.

(155) Merz., 100 vd.; Oser/Schönenberger, Art. 197 Nr. 5; Keller/Lörtscher, 102-103; Schubiger, 130 vd.; von Büren I, 203; Guhl/Merz/Kummer, 340; BGE 82 II 423; BGE 84 II 517; BGE 83 II 21; BGE II 82 420 vd.; BGE 114 II 33 vd.

(156) Becker, Art. 24 Nr. 2; BGE 70 II 48; BGE 81 II 213, Bu kararlar, için bkz., Giger, Vorbem. zu Art. 197-210. Nr. 67.



Bizim de katıldığımız doktrindeki hâkim görüşe göre,<sup>(157)</sup> ayıba karşı tekeffül hakkındaki hükümler, hata hükümlerine göre özel hüküm niteliğinde değildir. Her iki hükümde de alıcı için elverişli taraflar vardır. Bu nedenle alıcı, muayene ve ihbar külfetini yerine getirmese veya bir yıllık zamanaşımı süresini kaçırrsa bile, hata hükümlerine başvurabilir. Ayıba karşı tekeffül hükümleri ile hata hükümleri seçimlik yarışmalı olarak uygulanır.

Federal Mahkeme, hâkim fikre uygun olarak BK. md. 194 ile BK. md. 23'ün seçimlik yarışmalı uygulanacağını kabul etmiştir. (158) Yargıtay<sup>(159)</sup> da bir içtihadı birleştirme kararı ile, satılanın ayıplı olması durumunda, BK.md.203 uyarınca sözleşmeden dönülebileceği gibi, BK. md. 24/I-4 hükmü uyarınca sözleşmenin iptaline de gidilebileceğini kabul etmiştir.

Son zamanlarda İsviçre Federal Mahkemesinin bu (BGE 82 II 423) içtihadı bazı yazarlarca eleştirilmektedir. Bu yazarlarca, Alman doktrini ve Alman Yüksek Mahkemesinin görüşleri doğrultusunda, ayıba karşı tekeffül hükümlerinin hata hükümleri ile bağımsız olarak yarışamayacağı ifade edilmektedir. Satıcının ayıplı ifası durumunda, alıcının hata hükümlerine başvurabilmesi için, muayane ve ihbar külfeti ile kısa dava zamanaşımı süresine uyması gerektiği be-

(157) Oser/Schönenberger, Art. 197 Nr.5; Katz, 118; Keller/Lörtscher, 102-103; Yavuz, 221; Tandoğan, 203, Tunçomağ, 345; Schubiger, 130 vd.; von Büren I, 203; Guhl/Meiz/Kummer, 340.

(158) BGE 84 II 517; BGE 83 II 420 vd. Bu konudaki bir Federal Mahkeme Kararı, şu şekildedir: "Ayıba karşı tekeffül, irade sakatlığının bir, özel hali değil aksine sistematik bakımdan sözleşmenin meydana gelmesini etkileyen bir haldir. Böylece her iki kurallar grubu ve bunlara bağlı hukukî yollar farklı hukukî temellere dayanmaktadır. Her iki olgu kesişmektedir. Bunlardan hiçbiri diğerlerini tam olarak kapsamamaktadır. Aksine, bunlar öyle bazı unsurları taşımaktadırlar ki, bu unsurlar sadece biri veya diğerinde mevcuttur." BGE 82 II 423.

(159) 4.6.1958 tarihli 15/16 sayılı İçtihad Birleşme Kararı.

lirilmektedir. <sup>(160)</sup> Ancak yukarıda açıkladığımız nedenlerle , biz bu görüşü kabul etmiyoruz. İsviçre Federal Mahkemesinin görüşü doğrultusunda; muayene ve ihbar külfeti ile kısa dava zamanasını süresine uymaksızın, hata hükümleri ile ayıba karşı tekeffül hükümlerinin yarışabileceği kanaatindeyiz. <sup>(161)</sup>

Kocayusufpaşaoğlu'na göre<sup>(162)</sup> ise, iş hayatının güvenliği ve BK. md. 194'de güdülen gaye açısından, ayıp hükümleri, hata hükümleri dışında sadece borcun yerine getirilmesi hükümleri çerçevesinde değerlendirilmelidir. Kuşkusuz bu görüşe katılma imkânı yoktur.

## 2) Hile hükümleri ile ayıba karşı tekeffül hükümlerinin yarışması

İradeyi sakatlayan hallerden biri de hiledir (BK. md. 28). Hile, bir kimseyi irade beyanında bulunmaya, özellikle sözleşme yapmaya sevk etmek için onda, kasden hatalı bir kanaat uyandırma veya esasen mevcut hatalı bir kanaatı koruma veya sürdürme fiilidir.<sup>(163)</sup> BK. md. 28'e göre, taraflardan biri, diğer tarafı kasıtlı olarak aldatarak bir sözleşme yapmaya sevk etmiş ise, sözleşmede, hata esaslı ol-

(160) Larenz, 61, RGZ 62 285; 70, 429, 8-97351, 135 340, 138 354 vd. BHGZ 16 57. 34 34; Ancak Fransız doktrini hata hükümlerinin seçimlik uygulanmasına izin vermiştir. Bu konuda bkz., Giger, Vorbem. zu Art. 197-210 Nr. 63.

(161) Ancak Giger'e göre, muayene ve ihbar külfeti ile kısa dava zamanasına uyulmaksızın hata hükümlerine başvurmayı kabul etmek, ayıba karşı tekeffül hükümlerinin dolanılması anlamına gelir. Gerçekten alıcı ancak, ayıba karşı tekeffül hükümlerinin şekli şartlarını yerine getirmez ise, hata hükümlerine başvurur. Ayıba karşı tekeffülde bu özel şartların mevcudiyeti genel uygulama alanına sahip değildir. BK. md. 25 ve md. 26 satıcının temel hatasının kötü niyetle ileri sürülmesine karşı yeterli bir koruma sağlamaktadır.

(162) Kocayusufpaşaoğlu, Hata Kavramı ,80-81.

(163) Eren, C. I, 479; Oğuzman, 81; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 444; Eser, 145.

masa bile aldatılan taraf için bağlayıcı değildir. Hilenin sebep olduğu irade sakatlığı, irade beyanında değil iradenin oluşumunda meydana gelmektedir.<sup>(164)</sup>

Hatada olduğu gibi, hilede de hile sonucu sözleşme kuran taraf sözleşmeyi iptal edebilir. Satım sözleşmesi âni edimli borç ilişkisi meydana getirir. Ani edimli sözleşmelerde, iptal geçmişe etkili sonuç doğurur. İptal beyanı karşı tarafın hukuk alanına varmasıyla sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalkar. Bu durumda taraflar, edimleri yerine getirmek zorunda değildir. Ancak taraflar daha önce edimlerini yerine getirmişler ise, edim konusu şeyin durumuna göre istihkak davasıyla, bu mümkün olmazsa sebepsiz zenginleşme davası ile geri isterler.<sup>(165)</sup>

Satıcı, ayıplı ifayı, (BK.md.28) hile sonucu gerçekleştirmiş olabilir.<sup>(166)</sup> Bu durumda, bir olgu birden çok hukuk kuralını ihlâl eder. Alıcı satıcıyı dilerse ayıp hükümlerine (BK. md. 194), dilerse hile hükümlerine (BK.md. 28) göre sorumlu tutar. Alıcının seçimlik yarışan bir hakkı vardır; hile hükümleri ile ayıp hükümleri yarışır.<sup>(167)</sup>

Doktrindeki bazı yazarlara göre,<sup>(168)</sup> ayıba karşı tekeffül hükümleri, hile hükümlerine göre özel hükümlerdir. Alıcı, muayene ve ihbar külfetini yerine getirmemiş veya bir yıllık zamanaşımı süresini de kaçırmış ise, hile nedeniyle satıcının sorumluluğu yoluna gidemez. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, biz bu görüşü kabul et-

(164) Eren, C. I, 479.

(165) Eren, C. I; 499-500.

(166) Keller/Lörtscher, 84.

(167) Oser/Schönenberger, Art. 197 Nr. 5; Giger, Vorbem. zu Art. 197-210 Nr. 63; Yavuz, 225; Tandoğan, 204; Tunçomağ, 186.

(168) Cavin, 117 vd.; Guhl/Merz/Kummer, 340; Merz, 100 vd.

miyoruz. Ayıba karşı tekeffül hükümleri, hile hükümlerine göre özel hüküm niteliğinde değildir. Alıcı muayene ve ihbar külfetini yerine getirmese veya bir yıllık zamanaşımı süresini kaçırrsa bile, hile hükümlerine başvurabilir. Ayıba karşı tekeffül hükümleri ile, hile hükümleri seçimlik yarışmalı olarak uygulanır.<sup>(169)</sup>

Hile hükümleri ile ayıba karşı tekeffül hükümlerinin yarışması teorik olarak mümkün olmakla birlikte, pratik açıdan fazla önem arzetmemektedir. Çünkü, hile durumunda ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun sınırlandırılmasına ilişkin hükümler ortadan kalkmaktadır. BK.md. 207'deki, kısa zamanaşımı uygulama alanı bulmamaktadır. Alıcı hile durumunda muayene ve ihbar külfetini yerine getirmese bile, ayıba karşı tekeffül hükümlerine başvurabilir. Ayıba karşı tekeffül sorumluluğunu kısıtlayan veya kaldıran sözleşmeler, satıcının hilesi durumunda geçersizdir.<sup>(170)</sup> Hayvan satımlarında hileli davranışlarda bulunan alıcı "tahriren kefalet etmemiş bile olsa" satılanın ayıplarından sorumlu olur.

### **C- Ayıba Karşı Tekeffül Hükümleri ile Borcun Gereği Gibi İfa Edilmemesi (BK. md. 96) Hükümlerinin Yarışması**

Satıcının, satılanı ayıplı ifa etmesi, aynı zamanda BK. md. 96'ya göre gereği gibi ifa etmeme teşkil eder. BK.md. 96'ya göre "Alacaklı hakkını kısmen veya tamamen istifa edemediği takdirde borçlu, kendisine hiçbir kusurun isnat edilemeyeceğini ispat etmedikçe bundan mutevellit zararı tazmine mecburdur."Bu maddeyi mehz Borçlar Kanununun Almanca metnine göre değerlendirmek daha isabetli olur. Buna göre, "borcun ifası, hiç veya gereği gibi yapılmazsa,

(169) Oser/Schönenberger, Art. 197 Nr. 5; Giger, Vorbem. zu Art. 197-210 Nr. 63; Yavuz, 225; Tandoğan, 204; Tunçomağ, 186.

(170) Yavuz, 225.

borçlu kendisine herhangi bir kusurun yükletilemeyeceğini ispat etmedikçe bundan doğan zararı tazmin etmek zorundadır."

Gereği gibi ifa etmemenin, geniş ve dar olmak üzere iki anlamı vardır. Geniş anlamda gereği gibi ifa etmeme, ifa modalitelerine aykırılığı ifade eder. Geniş anlamda gereği gibi ifa etmeme, çok kapsamlı bir kavram olup, teknik anlamda gereği gibi ifa etmemeyi karşılamamaktadır. Dar anlamda gereği gibi ifa etmeme, ifa edilen edimin, borçlanılan edimin niteliklerine uymaması halinde söz konusu olur. Dar anlamda gereği gibi ifa etmeme, kötü ifa ile yan yükümlerin ihlâlini içerir. Ayıplı ifa, dar anlamda gereği gibi ifa etmememe türlerinden kötü ifayı teşkil eder.<sup>(171)</sup> Kötü ifa, borç ilişkisinde edimin kararlaştırılan niteliğe uygun olarak, tam ve doğru bir şekilde yerine getirilmemesidir. Kötü ifada nitelik yönünden gereği gibi ifa etmeme, başka bir deyişle, edimin niteliklerinin kötü ve ayıplı olması söz konusudur.<sup>(172)</sup>

Ayıba karşı tekeffül borcuna ilişkin hükümler, Borçlar Kanunu'nun özel borç ilişkileri kısmında ayrıca düzenlenmiştir. Satıcının bu borcu, Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerindeki, gereği gibi ifa etmemenin (kötü ifanın) özel bir düzenlemesidir. Bu nedenle, ayıba karşı tekeffül hükümleri ile kötü ifaya ilişkin hükümler arasında özel hüküm-genel hüküm ilişkisi vardır. Satıcının, satılan şeyi ayıplı ifası halinde, ayıba karşı tekeffül hükümleri ile gereği gibi ifa etme-

---

(171) Eren, C. II, 212-213.

(172) Eren, C. II, 214; Oğuzman, 264; Serozan, Sözleşmeden Dönme, 208 vd.

me (BK. md. 96. vd) hükümlerinin seçimlik yarışmalı uygulanıp uygulanmayacağı pratik bakımdan önemli bir sorundur. (173)

Doktrindeki bir görüşe göre,<sup>(174)</sup> ayıplı ifa ile kötü ifa hükümleri yarışmaz. Ayıplı ifa ile kötü ifanın yarışmasını kabul etmek, BK. md. 194'deki özel düzenleme hükümlerini boşa çıkarmak demektir.

Doktrindeki diğer bir görüşe göre ise,<sup>(175)</sup> ayıba karşı tekeffül hükümleri ile BK. md. 96 kapsamındaki kötü ifa hükümleri yarışabilir. Ancak söz konusu yarışmanın gerçekleşmesi için, ayıba karşı tekeffül hükümlerinin şartlarından muayene ve ihbar külfetinin yerine getirilmesi gerekir. Ayrıca ayıba karşı tekeffülün düzenlendiği hükümlerde öngörülen kısa zamanaşımı süresine de

---

(173) Giger, Vorbem. zu Art. 197-210 Nr. 20-21. Yazara göre; alıcı açısından ayıba karşı tekeffül hükümleri gereği gibi ifa etmeme (BK. md. 96 vd) hükümlerine göre daha avantajlıdır. BK. md. 205'in. BK. md. 192'ye yaptığı atıf dolayısıyla satıcının sorumluluğu, kusursuz sorumluluktur. Başka bir ifade ile neden sorumluluğudur. Ayrıca alıcı dönme talebini BK. md. 106'dan farklı olarak önceden bir süre vermeksizin kullanabilir.

(174) Becker, Vorbem. zu Art. 197-210 Nr. 4; Katz, 149; Kocayusufpaşaoğlu, Hata Kavramı, 81-82. Yazara göre, ayıba karşı tekeffül hükümleri ile gereği gibi ifa etmeme hükümleri yarışmaz. Ancak istisnai bazı durumlarda BK. md. 96 hükümleri ayıba karşı tekeffül hükümlerinin uygulama alanı bulmaması sebebiyle uygulanabilir. Bu görüş yanlılarına göre, ayıba karşı tekeffül hükümleri gereği gibi ifa etmeme hükümlerine göre, özel hüküm niteliğindedir. Burada da, özel hüküm genel hükmü dışlar kuralı uygulanır. Satıcının ayıplı ifası halinde münhasıran ayıba karşı tekeffül hükümleri uygulanır Becker, Vorbem. zu Art. 197-210 Nr.4.

(175) Schubiger, 108 vd.; Cavin, 109 vd.; von Tuhr/Escher, 97 vd.; Furrer, 35; Jäger, 74; Guhl/Merz/Kummer, 352.

uymak gerekir. İsviçre Federal Mahkemenin görüşü de bu yöndedir.<sup>(176)</sup>

Doktrinde savunulan bizim de katıldığımız hâkim görüşe göre,<sup>(177)</sup> alıcının BK. md. 96 vd. hükümleri çerçevesinde tazminat isteyebilmesi için, satılan şeyi muayene ve ihbar külfetlerini yerine getirmesi gerekmez. Hatta, BK. md. 96 anlamında tazminat isteyebilmesi için, alıcının BK. md. 207'deki kısa zamanaşımı süresine uyması da gerekmez. Yargıtayın görüşü de aynı yöndedir.<sup>(178)</sup> Böylece her durumda, BK. md. 96 vd. hükümleri ile BK. md. 194 vd. hükümleri seçimlik yarışmalı olarak uygulanabilir.

Alıcı, satılan şeyin ayıplarından dolayı her zaman bir seçimlik imkâna sahiptir. Alıcı isterse ayıba karşı tekeffül hükümlerine göre, isterse BK. md. 96 vd. na göre tazminat talebinde bulunabilir.<sup>(179)</sup>

(176) BGE 63 II 407; BGE 63 II 253; BGE 26 II 558; BGE 41 II 736; BGE 58 II 210 vd.; BGE 603 II 401 vd.; BGE 77 II 249; BGE 90 II 88; BGE 96 II 117; Fakat İsviçre Federal Mahkemesi istisna akdine ilişkin farklı bir kararı benimsemiştir. Bu konuda bkz., ( BGE 100 II 33). İsviçre Federal Mahkemesinin bu konudaki kararlarından biri de şu şekildedir: "Ayıpta muayene ve ihbar külfeti satıcının korunmasını hedef almıştır. Satıcı mümkün olduğu kadar belirli bir süre içerisinde ayıptan bilgilendirilmelidir ki, kendisi bizzat zamanında bu husus hakkında (alıcıya) hesap verebilsin. Kendisi bakımından faydalı tasarruflar yapabilsin. Bundan başka alıcının keyfi olarak beklemek suretiyle ekonomik konjektürdeki değişiklikleri satıcının zararına kullanmasına engel olunmalıdır. Satıcının bu şekilde korunması ihtiyacı, dar anlamda tekeffül (satıcının dönme ve semenin indirilmesi talebi) bakımından değil, ayrıca, her türlü tazminat talebi bakımından mevcuttur. Bu ihtiyaç burada daha da büyüktür. Çünkü satıcının sadece bizzatihî ayıbı değil, ayrıca zarar ihtimalini ve gerekirse yerine göre önceden ortaya çıkan zarar ile bir nedensellik bağımlı ister şahsen ister ekspreslerin yardımıyla veya mahkemede ön tedbir koydurarak zamanında açıklayabilme menfaati vardır. Bu yüzden satıcının sorumlu olup olmadığının derhal tesbiti çok önemli bir anlama sahip olabilir. BGE 63 II 406.

(177) Giger Vorbem. zu Art. 197-210 Nr.26 vd.; Keler/Lörtsher, 86; Oser/Schönenberger, Art. 197 Nr. 67; Yavuz, 230 ; Tunçomağ, 187.

(178) Yarg. 13 HD. 4.4.1974 T.,E. 1974/492, K-1974/755 sayılı kararı, YKD 1975 sayı 2, 89-90.

(179) Yavuz, 232; Keller/Lörtscher, 86; Oser/Schönenberger, Art. 197 Nr. 67.

Ancak bunu için alıcı her iki düzenlemenin (BK.md.96 ve BK. md. 194) şartlarını da ayrı ayrı yerine getirmiş olmalıdır.

Ayıplı ifa, hukuki niteliği gereği gibi ifa etmemenin bir alt türü olan kötü ifadır. Kötü ifa (ayıplı ifa), gereği gibi ifa etmeme olarak BK. md. 96'da düzenlenmiştir. Durum böyle iken kanun koyucu satım, kira ve istisna sözleşmelerinde ayıplı ifayı ayrıca neden düzenlemiştir? Bu sorunun cevabını şu şekilde açıklayabiliriz: Me-hazımızı teşkil eden İsviçre Kanun Koyucu, satım hukukundaki ayıp hükümlerini, ayıbın hukukî niteliğini gözönüne almaksızın Roma Hukuku'nun etkisinde kalarak düzenlenmiştir. Ayrıca kanun koyucu, özellikle satım hukukuna verdiği önemden dolayı genel hükümlerde kötü ifanın düzenlenmesini yeterli görmemiş, ayrıca ayıba karşı tekeffül hükümlerini düzenlemiştir. Son olarak kanun hazırlanırken, kötü ifa kavramı yeterince gelişmediği için ayıba karşı tekeffül hükümlerinin ayrıca düzenlediğini de söyleyebiliriz.<sup>(180)</sup>

#### **D- Ayıba Karşı Tekeffül Hükümleri ile Haksız Fiil Hükümlerinin Yarışması**

Dar anlamda haksız fiil, bir kimsenin hukuka aykırı ve kusurlu bir fiili ile başkasına zarar vermesidir.<sup>(181)</sup>

Haksız fiil sorumluluğuna, doktrinde kusur sorumluluğu da denmektedir. Keza aynı anlamda olmak üzere, sorumluluk bir kişiye bağlandığı için "sübjektif sorumluluk" deyimi de kullanılmaktadır.<sup>(182)</sup> Haksız fiil sorumluluğu akitdışı sorumluluktur. Haksız fiil so-

---

(180) Edis, 2; Yavuz, 18.

(181) İnan, Borçlar Hukuku, 253; Eren, C. II, 1 vd.; Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, 9-10.

(182) Eren, C. II, 29; Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, 11.



rumluluğun kurucu unsurları, davranış, zarar, illiyet bağı, kusur ve hukuka aykırılıktır.<sup>(183)</sup>

Satıcının ayıplı ifası, aynı zamanda BK. md. 41'e göre bir haksız fiil de teşkil edebilir. Bunun için, haksız fiil sorumluluğunun şartları gerçekleşmiş olmalıdır. Yani, ayıplı ifa (davranış), kişinin malvarlığına veya şahısvarlığına zarar vermiş ve zarar ile ayıplı ifa arasında uygun illiyet bağı var ve ayıplı ifa hukuka aykırıysa, satıcının haksız fiil sorumluluğu gerçekleşir. Çoğu kere, satıcının ayıplı ifası suç teşkil eder. Halkın sıhhatine aykırı yenilecek ve içilecek şeyleri satmaya ilişkin cürümler (TCK. md. 395, md. 398, md. 399) buna örnek teşkil eder. Satıcının ayıplı ifası, aynı zamanda haksız fiil sorumluluğu da teşkil ediyorsa, alıcı isterse ayıba karşı tekeffül hükümlerine, isterse haksız fiil hükümlerine başvurabilir. Bu durumda, ayıba karşı tekeffül hükümleri ile, haksız fiil hükümleri seçmelik yarışmalı olarak uygulanır.<sup>(184)</sup> Alıcının, BK. md. 41'e göre tazminat talebinde bulunabilmesi için, muayene ve ihbar külfeti ile BK.md.207'deki zamanaşımına uyması gerekli midir? İsviçre Federal Mahkemesinin bu konuda yerleşmiş bir içtihadı yoktur. Federal Mahkeme bir kararında<sup>(185)</sup> muayene ve ihbar külfeti ile BK. md. 207'deki kısa zamanaşımı süresine uyulması gerekmediği görüşündedir. Yüksek mahkeme başka bir kararında<sup>(186)</sup> muayene

(183) Eren, C. II, 29; Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, 12. vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 476 vd.

(184) Keller/Lörtscher, 87; Giger, Vorbem. zu Art. 197-210 Nr. 53 vd. Ayıplı ifanın haksız fiil teşkil edeceği yolunda şu İsviçre Federal Mahkmesi kararlarını örnek gösterebiliriz, BGE 90 II 88; BGE 77 II 151; BGE 71 II 14; BGE 67 II 136.

(185) BGE 67 II 132 vd.

(186) BGE 64 II 254 vd.; BGE 90 II 88.

ve ihbar külfetiyle BK.md.207'deki kısa zamanaşımı süresine uyulması gerektiği görüşündedir. Federal mahkeme diğer bir kararında ise, sorunu çözümsüz bırakmıştır. Yargıtay<sup>(187)</sup> doğru olarak, BK. md. 41'e göre tazminat talebinde bulunabilmek için, muayene ve ihbar külfeti ile BK. md. 207'deki kısa zaman aşımı süresine uymak gerekmediği görüşündedir.

Bizim görüşümüze göre, satıcının ayıplı ifası, alıcının, şahısvarlığı veya malvarlığında zarar meydana getirebilir. BK. md. 41'deki haksız fiil sorumluluğunun diğer şartları da gerçekleşmiş ise, satıcı, ayıplı ifası nedeniyle haksız fiil hükümlerine göre sorumlu tutulabileceği gibi, ayıba karşı tekeffül hükümlerine göre de sorumlu tutulabilir. Alıcının, seçimlik yarışmalı bir hakkı vardır. Alıcının satıcıyı haksız fiil hükümlerine göre sorumlu tutabilmesi için, muayene ve ihbar külfeti ile BK, md. 207'deki zamanaşımı süresine uyması gerekmez.

---

(187) Yarg. 11. HD. 20.9.1978 T., E. 79/3393 K 79/4059 sayılı kararı, Batider 1979. C. X. 515-518.

## İKİNCİ BÖLÜM

### AYIBA KARŞI TEKEFFÜL BORCUNUN HUKUKİ NİTELİĞİNİ

#### AÇIKLAYAN GÖRÜŞLER VE UYGULAMA ALANI

### § 1- AYIBA KARŞI TEKEFFÜL BORCUNUN HUKUKİ NİTELİĞİNİ

#### AÇIKLAYAN GÖRÜŞLER

#### I- KANUNİ TEKEFFÜL BORCUNUN HUKUKİ NİTELİĞİNİ

#### AÇIKLAYAN GÖRÜŞLER

#### A- Ayıba Karşı Tekeffül Sorumluluğunu Hata Hükümlerine Göre Açıklayan Görüş

Hata, irade beyanının istenmeyerek gerçek arzuya uygun olmaması veya iradenin oluşmasına etken olan bir hususta düşüncenin gerçek duruma uygun olmamasıdır. <sup>(1)</sup> BK. md. 23'e göre, "Akit yapılırken esaslı bir hataya düşen taraf, o akit ile ilzam olunmaz". BK. md.24'de de esaslı hata halleri sayılmıştır. Esaslı hata hallerinden sayılan, BK. md. 24/I-2'deki eşyanın aynında hata ile BK. md. 24/I-4'deki temel hatası, satım sözleşmesinin ifasında ortaya çıkabilir. Bu nedenle doktrindeki bazı yazarlar, satıcının ayıba karşı tekeffül borcunun hukukî niteliği ile hatanın hukukî niteliğinin aynı olduğu görüşündedirler.

Bu görüşe göre, <sup>(2)</sup> satıcının satılan şeyin ayıplarından sorumluluğunun esasını, alıcının düşmüş olduğu hatta oluşturur. Satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğu, felsefî olarak eşyanın aynında

(1) Hata kavramı için. bkz., Eren. C.I. 456 vd.; Oğuzman, 70 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 434 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, Hata Kavramı, 152 vd.; Edis, Aktin Lüzumlu Vasıflarında Hata, 80 vd.

(2) Demolambe, Cours de Code Napoléon, Nr. 107, Paris, 1868.; Laurent., Principes de Droit civil français t. 24. 2. ed. Bruxelles, 1877; Yavuz, 20 dn 28'den naklen. Ayrıca bu konudaki açıklamalar için, bkz., Edis, 22.; Tunçomağ, 118.

hata ile, aynı temele dayanır. Çünkü ayıp kavramı gibi, eşyanın aynında hata kavramı da yalnız fizikî özelliklere göre belirlenmez. Eşyanın özgülendiği amaca göre belirlenir. Aynı mahiyetteki hükümlerin ayrı ayrı yerlerde düzenlenmesinin nedeni, tarihidir. Hata hükümleri ile, ayıba karşı tekeffül hükümlerinin yarışması da, bu düşünceye dayanır. Yargatay'ın bu konudaki bir kararı da şöyledir: "Esasen bu durum için kanunda ayrıca hüküm konulmuş olması, o durum karşısındaki hükmün kabul ettiği neticeleri doğuracak olan başka hükümlerin dahi o durumda tatbik olunmasına engel sayılmamaktadır. Nitekim, satılan malın ayıplı olması halinde BK.'nun 203'üncü maddesi uyarınca akdin feshi istenebileceği gibi, BK.'nun 24'üncü maddesinin 4'üncü bendi hükmünce vasıfta yanılma esasına dayanılarak da akdin feshi cihe-tine gidebilir." (3)

#### **B- Ayıba Karşı Tekeffül Sorumluluğunu Culpa in Contrahendo Hükümlerine Göre Açıklayan Görüş**

Culpa in contrahendo, sözleşmesinin kurulmasından önceki safhada, görüşmecilerden birini veya yardımcıların, diğer görüşmeciye veya onun koruma alanında bulunan kişilere, aralarındaki dürüstlük kuralına dayalı olarak kurulmuş bulunan sözleşme benzeri güven ilişkisine aykırı davranarak vermiş olduğu zarardan sorumluluktur.<sup>(4)</sup> Taraflar, sözleşme görüşmeleri sırasında, sözleşmenin konusu ve şartları hakkında birbirlerine bilgi vermekle yükümlüdürler. Bu mükellefiyete aykırı davranılması

(3) Yarg. 4.6.1958 T.,E. 1958/15, K. 1958/6 Sayılı İçt. Bir. Kar, RG. Nr. 10021.

(4) Eren, C.III, 306; Oğuzman, 62-63; Reisoğlu, Borçlar Hukuku 266; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 975; Sungurbey, A., 99 vd.; İnan, Borçlar Hukuku, 483; İnan Culpa in Contrahendo, 999-1013; Serozan, Edim Yükümlülüklerinden Bağımsız, Borç İlişkisi, 110-111.

nedeniyle, karşı âkite zarar verilmiş ise, dürüstlük kuralı gereği satıcının sorumluluğu doğar.<sup>(5)</sup>

Bu görüşe göre,<sup>(6)</sup> satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun esası, culpa in contrahenda sorumluluğuna dayanır. Buna göre satıcı, sözleşme kurulması esnasında veya sözleşmenin kurulmasına engel olan ayıbı bildirmemek suretiyle kusurlu davranmıştır. Alıcı, satıcının bu kusurlu hareketi yüzünden, dürüstlük kuralına göre, tazmin edilmesi gereken bir zarara uğramıştır. Sözleşmenin kurulması sırasında, satıcının, ayıba vâkif olmayışının mazur görülebilir olması bile, satıcıyı sorumluluktan kurtarmaz. Zira, satıcının sorumluluğu, bizatihî ayıplı şeyi satma olgusuna dayanmaktadır.

### **C- Ayıba Karşı Tekeffül Sorumluluğunu Garanti Sözleşmesine Benzeten ve Bu Şekilde Açıklayan Görüş**

Garanti sözleşmesi fer'î nitelikte olmayan öyle bir sözleşmedir ki, onunla garanti veren, başkasını belli bir hareket tarzına sevk etmek amacı ile, o hareket tarzından o şahıs için doğacak tehlikeleri kısmen veya tamamen üzerine alır.<sup>(7)</sup>

Doktrinde savunulan bu görüşe göre, satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğu, özellikle satıcının zikir ve vaadinden garanti sözleşmesi niteliğindedir. Burada kanundan doğan bir garanti sözleşmesi vardır. O halde satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğu kanun gereği veya satıcının kendi iradesi ile satılanın nitelikleri yönünden bir garanti taahhüdüdür.<sup>(8)</sup>

(5) Serozan, Edim Yükümlülüklerinden Bağımsız Borç İlişkisi, 110-111.

(6) Guhl/Merz/Kummer, 87

(7) Edis, 26; Reisoğlu, Garanti Mukavelesi, 6 vd.; Ankara, 1963.; Tandoğan, C.III, 804; Yavuz, 21-22.

(8) Magnin, L., Concurrence de l'action en garantie avec l'action en nullité pour cause de reneur, 15 vd., Friburg, 1932; Edis, 26 dn 81'den naklen. Ayrıca bu konudaki açıklamalar için bkz., Yavuz, 21-22 .

### D- Ayıba Karşı Tekeffül Sorumluluğunun Kendine Özgü Yapısı Olduğunu Kabul Ederek Açıklayan Görüş

Bu görüşe göre,<sup>(9)</sup> esas itibariyle, cins satımında satıcının ayıplı ifası kötü ifa teşkil etmektedir. Cins satımlarında, satıcının satılan şeyi ayıplı ifa etmesi durumunda, BK.md. 96 anlamında kötü ifa mevcuttur. Bu nedenle satıcı, BK.md.96'ya göre de sorumludur. Ancak parça satımında, yazarlar farklı bir görüş benimseyerek, satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun hukukî niteliğinin kendine özgü bir nitelikte olduğunu kabul etmektedirler.

Bu görüşe göre, parça satımında satıcının borcu sadece kararlaştırılan şeyin zilliyetliğini ve mülkiyetini nakletmektedir. Parça satımında satıcının ferdi niteliği ile belirlenmiş şey dışında, ayıpsız bir mal teslim etme borcu yoktur. Satılan şeyin niteliği sözleşmenin muhtevasına dahil değildir. Satıcı, satılan şey ayıplı olsa bile satılan şeyi ifa etmekle borcundan kurtulur. Ancak kanun gereği, ifa borcu sona ermekle birlikte satıcının ayıba karşı tekeffül borcu doğar, satıcının ayıplı ifası sözleşmenin müsbet ihlali değildir.<sup>(10)</sup>

Satıcı, eşyayı sonradan kötüleştirmiş ise veya kararlaştırılan maldan başka bir mal teslim etmiş ise, satıcının sözleşmeyi ihlal ettiği söylenebilir.<sup>(11)</sup> Ayıplı ifa, satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun doğumuna yol açmış ise, satım sözleşmesinin ihlali gerçekleşir. Ayıplı parça ifasını, sözleşmenin müsbet ihlalinden ayırt ederek değerlendirmek gerekir.

(9) von Büren I, 384.

(10) von Büren I, 384; von Tuhr/Siegwart, 438

(11) von Büren I, 384; von Tuhr/Siegwart, 438. von Büren'e göre cins satımlarında satıcının sorumluluğu parça satımından daha ağırdır. Satıcı, parça satımında olduğu gibi, belirli bir eşyadan sorumlu değildir. Cins dahil bir eşyadan sorumludur. Aynı cins eşya da her zaman vardır. Satıcı, BK. md.203/I'e göre ayıpsız cins malı yerine getirmek zorundadır. Bunun yanında alıcının ayıba karşı tekeffülden kaynaklanan diğer hakları da vardır. Ancak alıcı, kötü ifaya dayanmak için ayıba karşı tekeffül şekli şartlarını yerine getirmek zorunda değildir. von Büren I, 385.

### **E- Ayıba Karşı Tekeffül Sorumluluğunu Faraziye Esasına Dayandıran Görüş**

Bu görüşe göre, satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun esası, alıcının, satım konusundaki bazı niteliklerin varlığını varsaymasıdır. Alıcı, satılan şeyin bazı nitelikleri taşıdığını varsaymaktadır. Sözleşmeden beklenen amaç gözönüne alınarak, satılan şeyin, sözleşme ile ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirecek nitelikte olması gerekir. Aksi durumda satıcı, satılanın ayıplarından sorumlu olur. (12)

### **F- Ayıba Karşı Tekeffül Sorumluluğunu Hakkaniyet Esasına Dayandıran Görüş**

Bu görüşe göre, satıcının ayıba karşı tekeffül borcu, satılan şeyin teslim ve mülkiyetini geçirme borcunun doğrudan ve doğal bir sonucu değildir. Aksine, ayıba karşı tekeffül borcu, satılanın taşıdığı ayıplar dolayısıyla, satım sözleşmesinin taraflarını sözleşmeyi yaparken kurdukları dengenin bozulmasını gidermek amacıyla, bu dengenin yeniden kurulmasını sağlayan hukukî bir araç niteliğindedir. Ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun esası hakkaniyettir. (13)

### **G- Ayıba Karşı Tekeffül Sorumluluğunu Gereği Gibi İfa Etmeme (Kötü İfa) Olarak Açıklayan Görüş**

BK. md. 182'ye göre satıcı, alıcıya satım sözleşmesinin kurulmasıyla birlikte satılan şeyin zilliyetliğini ve mülkiyetini geçirmekle mükellef olur. Satıcı alıcıya sözleşmesinin muhtevasına uygun nite-

(12) Fubini, R., Nature juridique de la responsabilité du vendeur pour les vices cachés, 279 vd., Rev. tirm dr. civ. 1903., Yavuz, 26 dn. 48'den naklen.

(13) Larenz, 55-56

likteki şeyi, karşılaştırılan yer ve zamanda teslim etmek zorundadır. Karşılaştırılan nitelikte olmayan bir şeyi satıcı alıcıya teslim ederse ifa ya hiç ifa gerçekleşmez, ya da gereği gibi olmayan ifa (kötü ifa) gerçekleşir. Yani satıcının satılan şeyi ayıplı ifası söz konusu olur.<sup>(14)</sup>

Bu başlık altında, satıcının ayıplı ifasının kötü ifa niteliğinde olup olmadığı incelenecektir. Bu incelemede de, satılan şeyin niteliğinin sözleşmenin muhtevasını teşkil edip etmediği dikkate alınarak neticeye varılacaktır. Konuyu cins ve parça satımı açısından değerlendirmek, incelememiz için faydalı olur.

#### **1- Cins satımlarında, satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun hukuki niteliği**

Cins satımında satıcı, alıcıya ferdî niteliği ile belirlenmiş bir eşya borçlanmaz; aksine cins kapsamında bir eşya borçlanır.<sup>(15)</sup> Satıcı, cins sınırları içinde, borçlandığı şeyi ifa eder. Sözleşmede, taraflar edimin niteliğini belirlememişler ise, BK. md. 70/II'ye göre satıcı, orta nitelikten aşağı bir mal teslim edemez. Cins satımlarında eşyanın niteliği, sözleşmenin muhtevasına dahildir. Cins kapsamına uymayan veya orta nitelikten daha aşağı nitelikte bir şey teslim edilmesi durumunda satıcının ifası, BK. md. 96 anlamında kötü ifa (veya ifa etmeme) teşkil eder. Satıcının, satılan şeyi orta nitelikten daha aşağı nitelikte ifa etmesi durumunda, aynı zamanda ayıba karşı tekeffül sorumluluğu da gerçekleşir.<sup>(16)</sup>

(14) Giger, Vorbem. zu Art. 197-210 Nr. 13.

(15) Schubiger, 6 vd.; Neuenschwander, 24; Guhl/Merz/Kummer, 70; Giger Vorbem. zu Art. 197-210 Nr. 14; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 12 vd.; Oğuzman5.; Eren, C.I, 135 vd.

(16) Neuenschwander, 24; Schubiger, 6 vd.; Flume, 17; Giger, Vorbem. zu 197-210 Nr. 14; von Büren I, 385; von Tuhr/Siegwart, 438 ; Furrer, 34; Weniger, 57.; Becker, Vorbem. zu Art. 197-210 Nr. 1.



Doktrinde cins satımlarının hukuki niteliği konusunda bir tartışma yoktur. Esasen biz de genel görüş doğrultusunda, cins satımlarında satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun hukukî niteliğini, kötü ifa olarak kabul ediyoruz.

## **2- Parça satımında, satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun hukukî niteliği**

Parça satımı, satılan şeyin bireysel nitelikleri ile belirlendiği satımdır.<sup>(17)</sup> Doktrinde parça satımında, satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun hukukî niteliği konusunda bir görüş birliği yoktur. Bir kısım yazarlara göre <sup>(18)</sup>, parça satımında satıcının borcu sadece kararlaştırılan şeyin zilliyetliğini ve mülkiyetini nakletmek. Parça satımında satıcının ferdi niteliği ile belirlenmiş şey dışında, ayıpsız bir şeyi teslim etme borcu yoktur. Satılan şeyin niteliği sözleşmenin muhtevasına dahil değildir.

Satıcı, ferdi nitelikleriyle belirlenmiş şeyi, ayıpla olsa bile ifa etmek suretiyle borcundan kurtulabilir. Bu durumda, satıcının sadece ayıba karşı tekeffül sorumluluğu vardır. Yoksa ayıplı ifa, BK. md. 96'ya göre sözleşmenin müsbet ihlali değildir. Ayıpsız misli eşyanın sonradan ifa edilmesi veya ayıbın tamir edilmesi halinde, satıcının kusurundan sözedilemez. Satıcının, BK. md.96'ya göre sözleşmeyi ihlâli ancak satılan şeyi sonradan kötüleştirilmesi veya satılardan başka bir şey teslim etmesi durumunda söz konusu olur.<sup>(19)</sup>

---

(17) Bkz., dn. 16'da anılan yazarlara.

(18) Becker, Vorbem. zu Art. 197-210 Nr.1; von Tuhr/Siegwart, 438; von Büren I, 384; Burllet, 47; Furrer, 34; Weniger, 57; Larenz, 58.

(19) von Büren I, 384; von Tuhr/Siegwart, 438.

Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre,<sup>(20)</sup> parça satımında satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun hukuki niteliği kötü ifadır. Satılan şeyin niteliği sözleşmenin muhtevasına dahildir. Satıcı, kararlaştırılan şeyi ifa etmekle ifa borcundan kurtulamaz. Zira alıcı, ayıplı ifayı, reddederek ve bir süre tanıyarak satıcıyı mütemerrit duruma soktuktan sonra, BK. md.106'ya göre sözleşmeden dönebileceği gibi, ayıplı ifayı kabul ettikten sonra ayıp nedeniyle BK. md.205'e göre de sözleşmeden dönebilir. Satıcı, şeyi ayıplı ifa ederek ifa borcundan kurtulamaz. Satıcının ifa borcundan kurtulması, sözleşmenin, tam ve doğru ifasına bağlıdır. Ayıplı ifa , satılan şeyin nitelik yönünden sözleşmeye uymamasıdır.

## II- SATICININ ZİKİR VE VAAD NEDENİYLE AYIBA KARŞI TEKEFFÜL SORUMLULUĞUNUN HUKUKİ NİTELİĞİNİ AÇIKLAYAN GÖRÜŞLER

### A- Satıcının Satılan Şeyin Niteliklerine İlişkin Vaadini, Sözleşme Olarak Açıklayan Görüş

Satıcının zikir ve vaadinin hukukî niteliğini açıklamak için ileri sürülen bu görüş, Roma Hukuku'na kadar dayanmaktadır. Roma Hukuku'nun ilk devirlerinde, satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun gerçekleşmesi için, satılan şeyde ayıbın bulunmadığının taahhüt edilmesi gerekmektedir.<sup>(21)</sup> Günümüzde de satıcının özel nitelik vaadini, sözleşme olarak değerlendiren yazarlar vardır.<sup>(22)</sup>

(20) Giger, Vorbem. zu Art. 197-210 Nr. 17; Katz, 147; Neuenschwander, 25; Schubiger, 9; Oser/Schönenberger, Art. 184 Nr. 43, Art. 192 Nr. 1; Jaeger, 12; Kocayusufpaşaoğlu, Hata Kavramı, 68 dn. 84; Arslanlı, 65; Kaneti, Akdin İfa Edilmediği Def'i, 308 vd.; Tandoğan, 118 vd.; Keller/Lörtscher, 68-70; Yavuz, 24; Eren, C.III, 214 vd.

(21) Yavuz, 27; Rado, Roma Hukuku Dersleri, 127 vd.; Rado, 609; Koschaker, 232.; Edis, 3.

Bu görüşe göre satıcı, satılarda bazı olumlu niteliklerin bulunduğunu veya bazı olumsuz niteliklerin bulunmadığını vaad eder. Alıcı da buna uygun irade açıklamasında bulunur. Böylece özel nitelik vaadi, sözleşmenin esaslı unsurları arasında yer alır. Satıcının sorumluluğunun esası da bu sözleşmedir.

### **B- Satıcının Satılan Şeyin Niteliklerine İlişkin Vaadini Tek Taraflı Hukuki Muamele Olarak Değerlendiren Görüş**

Bu görüşe göre, satıcının vaad edilen niteliklerden dolayı sorumlu tutulabilmesi için, alıcı ile karşılıklı anlaşmaları gerekmez. Satıcının nitelik vaadi zımî de olabilir. Örneğin, şu veya bu niteliğin bulunduğunu taahhüt etmesi, satıcının sorumluluğunun doğması için yeterlidir. Satıcının satılan şeyin vaad edilen niteliğinden sorumlu olması için, bu konudaki tek taraflı irade açıklaması yeterlidir. Ancak, bu nitelik vaadinin reklamdan ayırt edilmesi gerekir.<sup>(23)</sup>

### **C- Satıcının Satılan Şeyin Niteliklerine İlişkin Bildirimini Tasavvur Açıklaması Olarak Değerlendiren Görüş**

Bizim de katıldığımız doktrindeki hâkim görüşe göre, satıcının satılanın niteliklerine ilişkin zikir ve vaadinin hukukî niteliği kanuna dayanmaktadır. Satıcı, satılanın niteliklerini zikir ve vaad etmek suretiyle, bir tasavvur açıklamasında bulunur. Hukukî fiillerden sayılan tasavvur açıklamasına da kanun hukukî sonuç bağlamıştır.

(22) Olgaç, 146; Giger, Vorbem. zu Art. 197-210 Nr. 15-17; Merz, 96; Honsell, 160; Becker, Art. 197 Nr. 9-11.

(23) Oser/Schönenberger, Art. 197 Nr.8; Bilge, 65; Ayrıca bkz., Edis, 51; Yavuz 28 ; Katz, 45 vd.; Schubiger, 6 vd.; Jaeger, 35.; Larenz, 38 vd.

(24) Bundan dolayı zikir ve vaad neticesinde satıcının sorumluluğu, kanunî bir sorumluluk ve borçtur. Örneğin bir köpeğin, aslında iki yaşında olduğu halde, üç yaşında olduğu zikir ve vaad edilerek satışı yapılmış ise, bu zikir ve vaadin hukukî niteliğinin sözleşme olarak kabul edilmesi durumunda, sözleşme, başlangıçtaki imkânsızlık nedeniyle geçersizdir. Oysa burada bir tasavvur açıklaması vardır. Bu görüşü mahkeme kararları da desteklemektedir.<sup>(25)</sup>

## §2- AYIBA KARŞI TEKEFFÜL SORUMLULUĞUNU DÜZENLEYEN KANUN HÜKÜMLERİNİN UYGULAMA ALANI

### I- MENKUL SATIMINDA AYIBA KARŞI TEKEFFÜL SORUMLULUĞU

#### A- Menkul Satımının Tanımı ve Konusu

BK. md. 184/T'e göre "Menkul satımı, araziden veya gayrimenkul olmak üzere tapu siciline kaydedilen haklardan başka her türlü şeyin satımıdır." Bu tanım eksiktir. Madde kapsamında sadece arazi ve tapu siciline kaydedilen haklar gayrimenkul olarak sayılmıştır. Oysa, MK. md. 911'e göre madenler de gayrimenkul sayılır. Bu nedenle, BK. md.184'deki menkul satımını, gayrimenkul kapsamına girmeyen, her şeyin satımı şeklinde anlamak gerekir. Kanun

(24) von Tuhr/Peter, § 23, dn 18; Stauffer, Art 197 Nr. 26; Schenker, 39-46; Edis, 51; Yavuz, 28; Tunçomağ, 147; Cavin, 80-81; Jaeggi'de esas itibariyle bu görüşü benimsemektedir. Ancak tarafların satan şeyin zikredilen niteliklerinin bulunmamasının mümkün olduğu gözönüne aldıkları halde, satıcının tekeffülünün sözleşmeye dayandığı fikrindedir. Jaeggi, P. Fest. für Guhl, 66 vd.

(25) BGE 71 II 241; BGE 73 II 220 vd.; BGE 88 II 416; İsviçre Federal Mahkemesine göre, satıcının ayba karşı tekeffül borcunun hukukî dayanağı, MK. md. 2'dir.

hükümleri gözönüne alındığında, menkul satımının konusu şu şekilde sıralanabilir:<sup>(26)</sup>

a) Bir yerden diğer bir yere taşınabilen maddi eşya (MK. md.686),

b) Mülk edinmeye elverişli tabii kuvvetler; havagazı, elektrik ceryanı, buhar gibi (MK. md.686),

c) Daimi kalma maksadı olmaksızın bir arsa üzerine yapılan kulübe ve baraka gibi hafif binalar (MK. md. 654).

d) Yargıtay'ın kökleşmiş kararları gereği,<sup>(27)</sup> tapuya kayıtlı olmayan gayrimenkullerin zilliyetliğinin satımı,

e) Gayrimenkulden ayrılan mütemmim cüzler (bütünleyici parçalar),

f) Tapu siciline taşınmaz olarak kaydedilen inşaat ve kaynak hakları dışındaki mâmelekî mahiyetteki diğer haklar da menkul satımının konusunu oluşturabilirler. Bu hakların kıymetli evraka bağlı olup olmaması, önem taşımaz. Ancak, alacak haklarının satımında satıcının, ayıba karşı tekeffül sorumluluğu, BK. md. 169/ I-II' ve BK. md. 171'e tabidir.

---

(26) Tandoğan, 100; Olgaç, 73 vd.; Tunçomağ, 45; Uygur, 209 vd.; Feyzioğlu, 77 vd.; Oser/Schönenberger, Art. 187 Nr. 2-11; Edis, 30.

(27) "Tapuda kayıtlı olmayan gayrimenkullerin zilyetliklerinin haricen satışları geçerlidir. MK'nun 678. md. uyarınca teslim ile mülkiyet alıcaya geçer. Tapuda kayıtlı olmayan gayrimenkullerin satışında BK. 'nun 184 ve onu kovalayan maddelerinde menküllerin satışına ilişkin hükümler uygulanır. Yarg. 3 .HD. Haziran 1964 T., E. 56, K. 15 Olgaç, 75. Gecekondu satışı da Yargıtay tarafından menkul satımı kabul edilmektedir. Yarg. 13. HD. 7.7.1988 T., E 2366, K. 3774. Uygur, 221.

### **B- Menkul Satımı Hakkındaki Hükümlerin Uygulama Alanı**

BK. md. 194 vd.'nda düzenlenmiş olan ayıba karşı tekeffül hükümleri, menkul satımı için öngörülmüştür. Menkul satımının bu hükümleri, genel nitelik taşımaktadır. Bu hükümler BK. md. 217'de de belirttiği gibi, gayrimenkul satımının da bünyesine uyduğu ölçüde kıyasen uygulanır. (28)

Satıcının ayıba karşı tekeffül borcunu düzenleyen BK. md. 194-207'deki hükümler diğer menkul satımlarında da, uygulama alanı bulur. Ancak, hayvan satımında ve ticarî satımda, kanun özel bir düzenleme getirmiştir. Bu özel düzenlemeler dışında, menkul satımına ilişkin ayıba karşı tekeffül hükümleri, hayvan satımına ve ticarî satıma da uygulanır. (29)

## **II- GAYRİMENKUL SATIMINDA AYIBA KARŞI TEKEFFÜL SORUMLULUĞU**

### **A- Gayrimenkul Satımının Tanımı ve Konusu**

Arazi veya gayrimenkul olarak tapu siciline kaydedilen haklarla, madenlerin satımı gayrimenkul satımıdır. Gayrimenkul kapsamına şunlar girer: (30)

a) Arazi; Tapu Sicili Nizamnamesi md. 3/2'ye göre: "Arazi hudutları tefrike kafi vasıtalar ile tahdit ve tayin edilmiş bilûmum sathı zemindir." Başka bir ifade ile, kapalı bir çizgiyle sınırları belli edil-

(28) Yavuz, 39; Feyzioğlu, 84, 288; Tandoğan, 265-266; Olgaç, 369; Uygur, 901; Tunçomağ, 275.

(29) Yavuz, 39; Ayrıca bkz. Edis, 33 vd.; Tandoğan, 181.; Feyzioğlu, 223-271.

(30) Tandoğan, 221.; Uygur, 475-476; Edis, 32; Feyzioğlu, 85 vd. Tunçomağ, 250 vd.; Oğuzman/Seliçi, 168; Sayman/Elbir, 291.

miş toprak parçasıdır. Bu toprak parçasının üzerindeki binalar ve ağaçlar gibi, bütünleyici parçalar da gayrimenkul hükmündedir. Bütünleyici parçalar aslın kaderine tâbîdir. Sınırın işaretleme ve ölçme ile tesbit edilmiş olması şart değildir; tesbiti mümkün olması bile yeterlidir,

b) Tapu siciline gayrimenkul olarak kaydedilen bağımsız ve devamlı haklar,

c) Madenler; MK. md. 632/I.b. 3 ve MK. md. 911/Ib.3 madenleri de gayrimenkul kapsamında saymaktadır.

d) MK. md. 632'de sözü geçen gayrimenkullerden başka 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 2814 sayılı kanunla değişik 13. md'si uyarınca, kat mülkiyeti kütüğüne tescil edilen her bağımsız bölüm gayrimenkul niteliğini kazanır,

e) Öte yandan Ticaret Kanunu gemileri bu kanun bakımından gayrimenkul saydığı halde, gemiler MK. ve BK. bakımından gayrimenkul hükümlerine tabi değildir. Ticaret Kanunu gemiler için gayrimenkullere benzer özel bir sicil öngörmektedir (TK.md.816 vd.). Bu sicile kayıtlı bulunmayan gemilerin satışı, menkul satımı hükümlerine tabidir (TK.md. 867).

### **B- Gayrimenkul Satımlarında Ayıba Karşı Tekeffül Hükümlerinin Uygulanması**

BK.md. 217'ye göre menkul satımına ilişkin, ayıba karşı tekeffül hükümleri gayrimenkul satımının bünyesine uygun düştüğü ölçüde, kıyasen uygulanır.

BK.md. 215/II'ye göre ise, satılan gayrimenkulün ölçüsü resmî bir ölçmeye dayanıyorsa, gerçek yüzölçümü tapu siciline kaydolunan miktardan az olduğu takdirde, satıcı açıkça taahhüt etmiş

olmadıkça noksanı tazmin ile mükellef değildir. Arazinin kadastronunun yapılmış veya imarca parsellenmiş olması sicildeki kaydın resmî ölçüye dayandığını gösterir. (31)

BK. md. 215/III'e göre: de "Bir binanın ayıplı olmasından mütevellit ve tekeffüle müstenit davalar mülkiyetin devrinden beş sene geçmekle sâkıt olur." Diğer durumlarda, ayıba karşı tekeffülden doğan talep hakları menkul satımında belirlenen süreler içinde zamanaşımına uğrar. (32)

### III- ARTIRMA SURETİYLE SATIMLARDA AYIBA KARŞI TEKEFFÜL SORUMLULUĞU

Artırma suretiyle satım, önceden tesbit edilen zaman ve yerde, önceden tesbit edilen şartlarda, en yüksek teklifte bulunan kişi ile yapılan satımdır. (33)

Hukukumuzda üç çeşit artırma yolu ile satım vardır. Bunlar cebrî, ihtiyarî alenî ve ihtiyarî özel artırmalı satımlardır. (34) Cebrî artırma suretiyle yapılan satışlarda, mal sahibinin iradesi olmadığı için, satılndaki ayıptan mal sahibi sorumlu olmaz.

(31) Yavuz, 40; Tunçomağ, 273; Feyzioğlu, 289; Tandoğan, 267; Yargıtay bir kararında, taşınmazın yüzölçümünü garanti eden üçüncü kişinin de sorumlu olacağını belirtmiştir. Yarg. 4. HD 18/12/1961 T., E 1176, K. 10587. Tunçomağ, 273-274.; Satıcının resmi ölçüsü yapılmış gayrimenkulün yüzölçümünü ayrıca taahhüt etmesini Yargıtay geçerli saymıştır. Yargıtay satıcının bu taahhüdünden sorumlu olabilmesi için, bu taahhüdün resmî senette olmasını aramıştır. Yarg. 3.HD. 7.4.1959 T., E., 2527, K. 2046, Karahasan, 375.

(32) Yavuz, 40; Tandoğan, 266; Feyzioğlu, 292; Tunçomağ, 274; Yargıtay bir kararında, gayrimenkul satımında, gayrimenkule ilişkin ayıplara, BK. md. 207'deki zamanaşımı süresini yanlış olarak uygulamıştır. Yarg. 3. HD. 10.10.1969 T., E. 4980, K. 4046 karar için, bkz., Tunçomağ, 275

(33) Feyzioğlu, 172; Schwarz, 212; Tandoğan, 315-316; Tunçomağ, 342; Olgaç, 396.

(34) Feyzioğlu, 174; Edis, 35; Tandoğan, 316 vd.; Tunçomağ, 343 vd.



İhtiyarî açık artırmalı satış, satıcı ile hazır bulunan kişiler arasında, en iyi teklif verenle yapılan satım sözleşmesidir. Bu çeşit satımda da sözleşme, satıcının ihalesi ile kurulur (BK.md.225/II). Menkul mülkiyeti ihale anında karşı tarafa intikal eder. Gayrimenkullerde mülkiyet ancak tescil ile karşı tarafa geçer.<sup>(35)</sup> BK. md. 230'un son fıkrasına göre: "İhtiyarî ve alenî müzayedelerde satıcı, adi satımda olduğu gibi satılanı tekeffül ile mükelleftir." İhtiyarî açık artırmada da ayıba karşı tekeffül hükümleri uygulanır.<sup>(36)</sup>

Özel ihtiyarî artırmalı satışlar kanunda düzenlenmemiştir. Bu tür satımların ihtiyarî alenî satışlardan farkı, artırmaya sınırlı ve belirli kimselerin girebilmesidir. Söz konusu satımlarda da ayıba karşı tekeffül hükümleri uygulanabilir.<sup>(37)</sup>

#### IV- HAYVAN SATIMINDA AYIBA KARŞI TEKEFFÜL SORUMLULUĞU

Hayvan satımında, ayıba karşı tekeffülden dolayı, satıcıya karşı daha fazla dava açılmasını önlemek, hukukî güvenliği sağlamak ve alıcının hayvanı ayıplı kullanmasından doğacak zarara karşı satıcıyı korumak düşünceleriyle bazı özel hükümler getirilmiştir (BK. md. 195 ve 199).<sup>(38)</sup>

Hayvan satımının konusuna hangi hayvanların girdiği tartışmalıdır.<sup>(39)</sup><sup>(40)</sup>

(35) Edis, 35.

(36) Edis, 35; Yavuz, 42; Tandoğan, 327.

(37) Edis, 36; Yavuz, 42; Tandoğan, 327.

(38) Tandoğan, 181. Yavuz, 40-41.

(39) Bir görüşe göre, Borçlar Kanunu, herhangi bir sınırlama getirmemiştir. Bütün hayvan satımlarına, BK. md. 195 ve 199 § daki hayvan satımlarına ilişkin, özel ayıba karşı tekeffül hükümleri uygulanmalıdır. Bilge, 68; Feyzioğlu, 283.

(40) İkinci görüşe göre, BK. md. 195 İsviçre'deki aslı gibi anlaşılmalıdır. Özel tekeffül hükümleri ancak at, eşek, sığır, koyun, keçi ve domuza uygulanmalıdır. Bunun dışında kalan hayvanların satışında genel hükümlere başvurulmalıdır. Göktürk, 402.

Bizim de katıldığımız görüşe göre <sup>(41)</sup>, ortalama bir yol izlenmelidir. Memleketimizde İsviçre'de bulunmayan deve, manda gibi hayvanlar da vardır. Bu hayvanlar da Borçlar Kanunu'ndaki hayvan satımlarına ilişkin özel ayıba karşı tekeffül hükümleri uygulanmalıdır. Hayvan satımlarındaki, ayıba karşı tekeffül kapsamına giren hayvanların tesbitinde, Hayvan Hırsızlığı'nın Men'î Hakkındaki 5617 sayılı Kanun'un 3'üncü maddesi gözönüne alınmalıdır. Ancak, kümes hayvanları gibi değeri az hayvanların satışına, BK'daki genel ayıba karşı tekeffül hükümleri uygulanır.

Hayvan satımlarında satıcı, yazılı olarak tekeffül etmedikçe, satılan şeyin ayıplarından sorumlu olmaz. Ancak satıcı, satılan şeyin ayıplarından yazılı tekeffül etmese bile alıcıyı kandırmış ise, satılanın ayıplarından sorumludur. (BK.md. 195) <sup>(42)</sup>.

Hayvan satımlarında , hayvanın ayıplarının tesbitinde başlıca üç sistem vardır. Birinci sisteme göre, Borçlar Kanunu'ndaki ayıp esasları ile hayvanda ayıp olup olmadığı belirlenir. İkinci sisteme göre, yalnız sözleşmede belirtilen özelliklerin olmaması ayıp teşkil eder. Ayrıca "tekeffül müddeti" zarfında ayıp ortaya çıkarsa, satıcı onlardan da sorumlu olur. Üçüncü sisteme göre ise, yalnız sözleşmede zikir ve vaad edilen özelliklerin bulunmaması ayıp teşkil eder. Bugün İsviçre'de kantonların çoğunluğu üçüncü sistemi benimsemiştir.<sup>(43)</sup> Kanaatimize göre, ikinci sistem daha uygundur. Çünkü, BK.md.195, hayvan satımlarında satıcının ayıba karşı te-

(41) Tandoğan, 182; Yavuz, 41.

(42) Tandoğan, 182; Yavuz, 41.; Oser/Schönenberger, Art. 198. Nr. 6. "Hayvan alım ve satımında hayvanın ayıbından satıcının sorumlu tutulabilmesi için, BK. md. 195 uyarınca satıcı yazılı olarak kefalet etmiş veya alıcıyı iğfal etmiş bulunması gerekir." Yarg. 3. HD. 16.12.1960 T., E. 8177, K. 6680, Olgaç, 161.

(43) Oser/Schönenberger, Art. 198. Nr.2.

keffülden sorumlu olması için, açıkca tekeffül şartı aramıştır. Satıcı, satılan hayvanın niteliklerini açıkca tekeffül etmiş ise, bu niteliklerin olmaması durumunda satılan ayıplı sayılır. Ayrıca BK. md. 199'a göre taraflar belirli bir süre içinde, hayvanın bazı nitelikleri taşıdığını yazılı olarak kararlaştırılabilir. Kararlaştırılan süre içerisinde hayvanın bu nitelikleri taşımadığı ortaya çıkarsa, satıcı ayıba karşı tekeffülden sorumlu olur. Bu durumda hayvan yine ayıplı sayılır.

Hayvan satımındaki tekeffülün yazılı olacağı şartından, hayvan satımının yazılı olacağı anlamı çıkartılmamalıdır.<sup>(44)</sup> Tekeffüle ilişkin yazılı şekil hakkında BK. md. 11 ve md. 12'ye müracaat etmek gerekir. Teminat ile borç altına giren yalnız satıcı olduğu için, BK.md. 13'e göre borçlunun (satıcının) imzası yeterlidir.<sup>(45)</sup>

Hayvan satımında, satıcının ayıptan sorumlu olması için, teslimden veya alıcının hayvanı teslim almakta temerrüde düşmesinden itibaren dokuz gün içinde satıcının, ayıbın satıcıya ihbar etmesi gerekir. Satıcının söz konusu sorumluluğunun gerçekleşmesi için de iki şart gereklidir.<sup>(46)</sup>

a) Ayıp, hayvanın gebeliğine ilişkin olmamalıdır. Hayvanın gebeliği, her durumda dokuz gün içinde anlaşılabilir. Hayvanın gebe olduğu tekeffül edilmiş ise, dokuz günlük süre teslim tarihinden itibaren başlamaz. İhbar, hayvanın gebe olmadığı kesin olarak anlaşıldığı andan itibaren, dokuz gün içinde yapılmalıdır.

b) İhbar için taraflar, sözleşmede özel bir hüküm kararlaştırmamış olmalıdırlar. İhbar için bir süre kararlaştırılmış ise,

(44) Tandoğan, 182; Uygur, 345.

(45) Oser/Schönenberger, Art. 198. Nr. 5; Olgaç, 160.

(46) Tandoğan, 183; Oser/Schönenberger, Art. 202 Nr. 11. BK.'nın 199. maddesindeki "kefalet hayvanın bir vasfına müteallik değilse "ibaresi mehz İsviçre Borçlar Kanunu'ndaki gibi, "Ayıp, hayvanın gebeliğine ilişkin olmamalıdır." şeklinde anlamalıyız (OR 202).

bu süreye uyulmalıdır.

Bir diğer görüşe göre (47) de, hayvanın gebe olmadığı anlaşıldığı zaman ihbar dokuz günlük süre dikkate alınmaksızın derhal yapılmalıdır. Bu sonuncu çözüm şekli, İsviçre Federal Hükümetin Hayvan Satımında Ayıba Karşı Tekeffülde Uygulanacak Usul Hakkındaki 14 Kasım 1911 tarihli Tüzüğü'nün 2'inci maddesine de uygundur. (48)

#### V- TİCARİ SATIMLARDA AYIBA KARŞI TEKEFFÜL SORUMULUĞU

Ticaret Kanunu'nda düzenlenen (TK.md.1133-1137 gibi) satış çeşitleri ile ticarî işletme ile ilgili ya da tacirler arasında yapılmış olan satımlar ticarî satım niteliğindedir. (49)

TK. md. 25/I.b.3-4'de ticarî satımlarda ayıba karşı tekeffül borcuna ilişkin özel bir düzenleme getirilmiştir. Buna göre: "Emtianın ayıplı olduğu teslim sırasında açıkça belli ise, alıcı iki gün içinde keyfiyeti satıcıya bildirmeye mecburdur. Açıkça belli değil ise, alıcı emtiayı teslim aldıktan sonra sekiz gün içinde muayene etmeye veya ettirmeye ve bu muayene neticesinde emtianın ayıplı olduğu ortaya çıkarsa haklarını muhafaza için keyfiyeti bu müddet zarfında satıcıya bildirmeye mecburidir. Diğer hallerde Borçlar Kanununun 198 inci maddesinin ikinci ve üçüncü fıkraları tatbik olunur."

(47) Becker, Art. 202 Nr. 7.

(48) Md.2 "Hayvanın gebeliği hakkında yazı ile teminat veren satıcının alıcıya karşı sorumlu olması için, hayvanın gebe olmadığını gösteren kat'i deliller tesbit edildikten sonra veya hayvanın doğurma müddeti olarak gösterilen zaman geçtikten sonra ayıbın gecikmeksiz kendisine ihbar edilmiş ve derhal yetkili makama müracaatla hayvanın bilirkişi tarafından muayenesi istenmiş olmalıdır."

(49) Poroy, 115; Karayalçın, 544.

TK. md.25/I.b.3'ün metninden anlaşılacağı gibi, kanun koyucu görünür ayıp, gizli ayıp ayrımı yapmıştır. BK. md. 197'e göre: "Satıcı, alıcının satım zamanında muayene etmekle fark etmiş olacağı ayıptan da ancak bunun mevcut olmadığını temin etmiş ise mesul olur." BK. md. 197'nin sonucu olarak alıcı, satılanın ayıbını bilerek almış ise, satıcının sorumluluğu söz konusu olmaz. Ticarî satımlarda ise alıcı, ayıbı iki gün içinde satıcıya ihbar etmez ise, satıcı ayıptan sorumlu değildir.

BK. md. 197'ye göre, alıcı mutad bir muayeneyle fark edeceği ayıptan dolayı satıcıyı sorumlu tutamaz. Ancak, alıcının, gerçek muayene yükümlülüğü satım sözleşmesinden önce değil, satım sözleşmesinden sonradır. BK. md. 197'deki alıcının muayene yükümlülüğü, sözleşme ile kararlaştırılmış veya örf ve adet gereğince böyle bir mecburiyeti varsa söz konusu olur. Alıcının esas muayene yükümlülüğü, satım sözleşmesinden sonra başladığı için, BK. md. 197'ye ilişkin yukarıda bahsettiğimiz muayene yükümlülüğü, görünür ayıplar için geçerlidir.<sup>(50)</sup>

TK. md. 25/I-3, "Emtianın ayıplı olduğu teslim sırasında açıkça belli ise, iki gün içinde alıcı durumu satıcıya bildirmelidir." demektedir. Maddenin devamında da gizli ayıp ve hangi süre içinde muayene edilmesi gerektiği düzenlenmektedir. Maddede muayene, gizli ayıba özgülenmiş durumdadır. Görünür ayıbın muayenesine ilişkin bir hüküm yoktur. Bu nedenle genel hükümlere başvurmak gerekmektedir. BK. md. 197'de görünür ayıba ilişkin muayene kuralı, TK. md. 25/I.b.3'ün ilk cümlesi açısından da uygulanır.

---

(50) Becker, Art. 200 Nr. 1-2.

Ticarî satımlarda emtianın ayıplı olduğu teslim sırasında açıkça belli değil ise, alıcı teslimden itibaren sekiz gün içinde şeyi muayene ettirmekle yükümlüdür (TK. md.25/I.b.3). Bu süre mutad bir muayene ile meydana çıkmayacak ayıplar için yeterli gelmeyebilir. Bu durumda, TK. md. 25/I.b.3'ün son cümlesinin BK. md. 198/II-III saklı tutması nedeniyle adi satımlarda olduğu gibi süre uzatılabilir.<sup>(51)</sup>

Görünür ayıplarda, alıcı ayıbı iki gün içinde satıcıya bildirmelidir (TK. md. 25/I.b.3'ün ilk cümlesi). Muayene sırasında çıkan ayıplar teslimden itibaren sekiz gün içinde muayene edilerek satıcıya bildirilmelidir.<sup>(52)</sup> Kanaatimizce, sekiz günlük muayene süresi sonunda ayıbın ihbarı genel hükümlere göre yapılmalıdır. Sekiz günlük muayene süresi sonunda ayıp, satıcıya derhal bildirilmelidir. Esasen TK.md.25/I.b.3'teki "bu müddet içinde" sözcüğünden bu de anlaşılmalıdır.

TK. md. 25/I.b.4'e göre, BK. md. 207'deki ayıba karşı tekeffül hükümlerindeki zamanaşımı süresi ticarî satışlara uygulanmaz. Ticarî satışlarda zamanaşımı süresi altı aydır.

## **VI- GÖNDERME SURETİYLE YAPILAN SATIMLARDA (MESAFE SATIMLARINDA) AYIBA KARŞI TEKEFFÜL SORUMLULUĞU**

BK. md. 201'e göre, ifa yerinden başka bir yerde teslim edilmek üzere gönderilen malın ayıplı olduğunu iddia eden alıcının, yükümlülükleri vardır. Alıcının, ayıplı şeyi, muhafaza, sattırma ve

(51) Karayalçın, 437; Tandoğan, 175.

(52) Tandoğan, 180; Karayalçın'a göre ise, sekiz günlük muayene süresinden sonra sekiz günlük ihbar süresi kabul edilmelidir. Karayalçın, 547.

şeyin durumunu vakit kaybetmeksizin mahkemeye müracaat ederek tesbit ettirme yükümlülüğü vardır.<sup>(53)</sup>

Alıcının yukarıdaki yükümlülüğünün söz konusu olabilmesi için de;<sup>(54)</sup>

a) Satımın ifa yerinden başka yere gönderilmesi şartıyla bir satış yapılmış olmalıdır.

b) Alıcı gönderileni kabul etmek niyetinde olmamalıdır.

c) Şeyin gönderildiği yerde, satıcının temsilcisi bulunmamalıdır.

Gönderme suretiyle yapılan satımlarda da ayıba karşı tekeffül hükümleri (BK. md. 194-207) uygulanır.

---

(53) Tandoğan, 184; Uygur, 381 vd.; Edis, 92; Yavuz, 118; Feyzioğlu, 282.

(54) Tandoğan, 184; Oser/Schönenberger, Art.204 Nr.3; Becker, Art. 204 Nr. 3; Uygur, 380; Tunçomağ, 141.; Bu konuda daha fazla bilgi için, bkz.; III. Bölüm § 2, III.

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### AYIBA KARŞI TEKEFFÜL SORUMLULUĞUNUN ŞARTLARI

#### § 1- AYIBA KARŞI TEKEFFÜL SORUMLULUĞUNUN MADDİ ŞARTLARI

#### I- AYIPLI MALIN MÜLKİYETİNİN KARŞI TARAF GEÇİRİLMESİ

##### A- Genel Olarak

Satıcının ayıba karşı tekeffül borcunun doğumunun ön şartı, satımdan doğan aslî borcun ifası maksadı ile satılan şeyin teslimi ve mülkiyetinin karşı tarafa geçirilmiş olmasıdır. BK. md.194 vd'nda böyle bir şart düzenlenmemiştir. Ancak bu şart, ayıba karşı tekeffül hükümlerinin düzenleme amacından (ratio legisinden) çıkarılabilir.<sup>(1)</sup>

Satıcı, menkul satımında, satılan şeyi alıcıya fiilen vermek; satılan şey üzerinde alıcının hakimiyetini sağlamak zorundadır. BK. md. 182 satıcıya, satılan şeyi teslim ve mülkiyeti alıcıya geçirme borcu yüklemiştir. Bu iki borç birbirine çok sıkı şekilde bağlanmıştır. Teslim borcu, mülkiyeti geçirme borcunun maddi unsurudur. Mülkiyeti geçirme borcu, kural olarak teslim borcu gerçekleşmezsin yerine getirilmiş olmaz. Teslim borcunun yerine getirildiği her durumda, mülkiyeti geçirme borcu yerine getirilmiş olmaz.<sup>(2)</sup>

Teslim borcu, satılan şeyin alıcının hakimiyet alanına geçmesiyle ifa edilmiş olur. Doktrindeki bir görüşe göre,<sup>(3)</sup> BK. md.

- 
- (1) Edis, 47; Olgaç, 143; Yavuz, 43. Satıcının satılan şeyin mülkiyetini karşı tarafa geçirmemesi ve üçüncü kişinin üstün hak iddiası ileri sürmesi durumunda, satıcının zapta karşı tekeffül sorumluluğu gerçekleşir. Bu konudaki açıklamalar için bkz, Giger, Art. 192 Nr. 192; Tandoğan, 147 vd.; Feyzioğlu, 249 vd.; Guhl/Merz/Kummer, 339 vd.
- (2) Tunçomağ, 94; Becker, Art. 184 Nr.1; Oser/Schönenberger, Art. 184 Nr. 41.
- (3) Yavuz, 44; Guhl/Merz/Kummer, 328; Giger, Art. 192.



182'deki teslim sözcüğü geniş anlamda anlaşılmalı ve zilyetliğin nakli olarak yorumlanmalıdır. Bizim de katıldığımız doktrindeki hâkim görüşe göre,<sup>(4)</sup> BK. md. 182'deki teslim dar olarak anlaşılmalı, satılanın teslimi esas itibariyle fiili teslimi gerçekleşeceği kabul edilir. Ancak, vasıtaların zilyetliğinin teslimi veya hükmen teslim suretiyle de teslim gerçekleşir. Hükmen teslim suretiyle teslim gerçekleşmiş ise, tarafların bu konuda anlaşmış olmaları gerekir.

Satılan şeyler üzerinde bulunan sınırlı bir aynî hak varsa ve satılan şeyin teslimi, sınırlı aynî hakka aykırılık teşkil etmiyorsa, satılan şey fiilen teslim edilir.<sup>(5)</sup>

Teslim ve mülkiyeti nakil borçları, daha ziyade maddi mallar için söz konusu olur. Hakların satımı söz konusu olduğunda, teslimin yerini temlik alır. Kıymetli evrak satımında, senet nama yazılı ise temlik, emre yazılı ise ciro ve senedin teslimi, hamiline yazılı ise sadece teslim edilerek satış gerçekleştirilir.<sup>(6)</sup>

Gayrimenkullerde satımdan doğan aslî borçların ifası, tapu siciline tescil ile yerine getirilir (MK. md. 633). Ancak, ihtiyarî artırmalı satışlarda, BK'nun 216'ncı maddesinde belirtildiği üzere "satılan alıcı tarafın kabzedilmesi için mukavele ile bir müddet tayin edilmesi mümkündür." Böyle bir sözleşmenin varlığı halinde, satılan şeyin alıcı tarafından kabz edildiği an, satımdan doğan aslî borçların ifası amacı ile, şeyin devredilmiş olması halinde, temlik gerçekleşmiş olur.<sup>(7)</sup>

(4) Hırş, 461, 719; Edis, 48; Tandoğan, 115; Arslanlı, 48; Kalpsüz, 144; Tunçomağ, 55; Oser/Schönenberger, Art. 184 Nr. 41.

(5) Oser/Schönenberger, Art. 184 Nr. 41; Tunçomağ, 95.

(6) Oser/Schönenberger, Art. 184 Nr. 41.

(7) Edis, 48-49; Ayrıca bu konuda bkz., Feyzioğlu, 223 vd.; Tunçomağ, 353; Olguç, 367.

### **B- Ayıplı Şey Tesliminin Teslim Borcunun İfasına Etkisi**

Satıcı, satım sözleşmesinin kendisine yüklediği teslim borcunu yerine getirirken, ayıplı bir mal teslim etmiş olabilir. Acaba bu durumda satıcı, teslim borcunu yerine getirmiş olur mu? Bu konuda doktrinde iki görüş vardır. Birinci görüşe göre, teslim borcunun yerine getirilmesi için satılan şeyin ayıpsız olması gerekir. Doktrindeki diğer görüşe göre ise, satılan şeyin parça ve cins satımı olmasına göre bir sonuca varmak gerekir. Şimdi görüşleri ayrı ayrı inceleyelim.

#### **1) Meselenin parça ve cins satımı ayırımına göre çözümlenmesi gerektiği görüşü**

Bu görüşe göre, <sup>(8)</sup> parça satımlarında satıcının borcu, satılan şeyi bulunduğu haliyle teslim etmektir. Gerçi satıcı satılanın kıymetini veya ondan beklenen menfaati kaldıran veya önemli ölçüde azaltan ayıplardan sorumludur. Ancak, bu sorumluluk ayıba karşı tekeffül borcunun bir sonucudur. Tekeffül borcu, tazminat borcu gibi bizatihi sözleşmeden doğmayıp, sonradan taraflar arasındaki hukukî ilişkinin ifa tarzından doğmaktadır. Diğer taraftan satıcının satılan şeyi ayıpsız teslim edeceğine dair kanunda bir hüküm yoktur. Böyle bir yükümlülüğün varlığı kabul edilse bile, buna uymamanın sonuçları, kanunun diğer durumlarda kabul ettiği sonuçlardan farklı olmamalıdır.

---

(8) Becker, Vorbem. zu Art. 197-210 Nr.1; Cavin, 107 vd.; Larenz, 59-60; von Tuhr/Peter, 176 dn. 18; Tunçomağ, 97. Ayrıca bu konudaki açıklamalar için bkz., Arslanlı, 61-64; Yavuz, 55.

Satım sözleşmesinde, satıcının satılan şeyi gereği gibi ifa etmesi durumunda, alıcıya kanundan doğan bir tamir (onarım) hakkı tanınmamıştır. Halbuki istisna sözleşmesinde tamir borcu açıkça öngörülmüştür (BK.md.360). Satıcı satım sözleşmesinde, kusurlu olması halinde ifa etmemekten ileri gelen zararı tazmin ile yükümlü tutulmuştur (BK.md.205/III). Bu kuralın mefhumu muhalifinden, diğer hallerde sorumluluğun semenin indirilmesi veya sözleşmeden dönmeden ibaret olduğu sonucu çıkarılır. Satıcının ayıplı şeyi teslim etmesi üzerine alıcının, bu şeyi reddederek borçluyu mütemerrit duruma sokarak, BK.md. 106'daki hakları kullanacağı iddiası, pozitif hukuka uygun değildir. Sözleşmeden dönme ve semenin indirilmesi talepleriyle, alıcının menfaatleri yeteri derecede korunmuştur.

Satıcı, satılan şeyin bazı niteliklerini zikir ve vaad etse bile, bu ifa yükümlülüğünü etkilemez; sadece tekeffül borcunu artırır. Bununla birlikte, bazı hallerde satılan şeyin niteliklerinin zikir ve vaad edilmesinin daha geniş anlam taşıdığı kabul edilebilir.

Cins satımlarında ise, durum farklıdır. Tarafların sözleşmeden bekledikleri yarar ve sözleşmenin objektif amacına göre, ancak ayıpsız bir şey teslimi, ifa borcunu sona erdirir. Kanunda bu düşünceye uygun tarzda düzenleme getirilmiştir. Satıcı ayıplı şeyi teslim etmiş ise, alıcı bunların ayıpsız misli ile değiştirilmesini talep edebilir (BK.md. 203). Fakat alıcı, teslim edilen şeyi, parça satımında olduğu gibi, ifa kabul ederek, tekeffül hükümlerinden yararlanabilir.

## 2) Meselenin parça ve cins satımında aynı şekilde çözümlenmesi gerektiği görüşü

Bu görüşe göre<sup>(9)</sup> satıcı, cins satımlarında olduğu gibi parça satımlarında da ayıplı ifada bulunmuş ise, ifa borcunu yerine getirmiş sayılmaz. Satıcı, teslim borcunu sözleşmeye uygun yerine getirmemişse, alıcı şeyi kabule mecbur değildir. Alıcının ayıplı şeyi reddetmesi halinde teslim borcu yerine getirilmiş olmaz. Bu durumda alıcı, BK. md. 106'ya göre mehil tayini suretiyle ifa talebinde bulunur. Tam ve doğru ifa gerçekleşmez ise, sözleşmeden dönerek tazminat talebinde bulunabilir. Bu uygulama pratik açıdan da fayda sağlar. Zira alıcının, ayıplı ifayı kabul edip, sonradan sözleşmeden dönerek şeyi geri vereceği yerde, ayıplı şeyi başta reddetmesi menfaatine daha uygun olur.

Satıcının dürüstlük kuralı gereğince, ayıplı bir ifa ile ifa borcunu yerine getirdiğini savunmak, şekli bir ifa kavramı ile yetinmek olur. (10)

## 3) Görüşlerin Değerlendirilmesi

Borçlar Kanunu'muzun 96'ncı maddesi, mehz İsviçre Borçlar Kanunu'nun 97'nci maddesinin Almanca metnindeki gibi anlaşılmalıdır (Art.97 OR); "Borcun ifası, hiç veya gereği gibi yapılmazsa, borçlu kendisine herhangi bir kusurun yükletilemeyeceğini ispat etmedikçe bundan doğan zararı tazmin zorundadır."

---

(9) Arslanlı, 64-65; Tandoğan, 122; Kocayusufpaşaoğlu, Hata Kavramı, 68 dn. 84; Edis, Aktin Lüzumlu Vasıflarında Hata, 112 vd; Giger, Vorbem zu. Art. 197-210 Nr. 17 vd.; Katz, 148-149.

(10) Kocayusufpaşaoğlu, Hata Kavramı, 68 dn. 84.

Kötü ifa, ancak ayıplı şeyin alacaklı tarafından kabul edilmesi durumunda söz konusu olur. İfadan bahsedebilmek için borçlanılan şeyin tam ve doğru olarak yerine getirilmesi gerekir. Kötü ifa, ifa sayılamayacağından, borç ilişkisi de sona ermiş olmaz.<sup>(11)</sup>

BK. md. 197'ye göre "Satıcı alıcının satım zamanında malûmu olan ayıptan mes'ul olmadığı gibi satılanı kâfi derecede muayene etmekle farketmiş olacağı ayıptan da ancak bunu mevcut olmadığını temin etmiş ise, mes'ul olur". Anılan maddeden yola çıkarak; Yavuz<sup>(12)</sup> şu sonuca varmaktadır: Satıcı, ister parça, ister cins satımı söz konusu olsun, bu maddenin uygulama alanına giren durumlarda, ayıplı bir şey teslimi ile teslim borcundan ve dolayısıyla sorumluluktan kurtulabilir. Başka bir ifade ile satıcı, ayıplı şey teslim etmek suretiyle, ifa borcunu geçerli bir şekilde yerine getirmiş olur. Bu nedenle ayıplı şey teslimi, satıcıyı ifa borcundan kurtarır. Biz bu görüşe katılmıyoruz. Çünkü satıcının ifa borcundan kurtulması, borçlandığı şeyi tam ve doğru şekilde yerine getirmesine bağlıdır. Alıcı satım sözleşmesinin yapıldığı anda, satılan şeydeki ayıbı biliyor veya bilmesi gerekiyorsa, ve satılanı bu durumla teslim almış ise, ayıplı haliyle kabul ediyor demektir. Bu durumda alıcının satım sözleşmesinden beklediği yarar, ayıplı bir şeye sahip olmaktır. Bu hallerde kanun koyucu, BK. md. 197'de ayıplı ifanın geçerli bir ifa sayılacağını kabul etmiştir. Ancak, bu madde hükmü alıcının satım sözleşmesinden beklediği yararın, ayıplı olmayan bir şeye sahip olmak olduğu durumlarda uygulanmaz. Başka bir ifadeyle, alıcının satım sözleşmesinden beklediği yararın, ayıplı olmayan bir şeye sahip olmak olduğu durumlarda BK. md. 197'den hareketle,

---

(11) Eren, C. III, 215

(12) Yavuz, 57.

ayıplı bir şeyin tesliminin, ifa borcunu sona erdireceği söylenemez. Bu nedenle Yavuz'un görüşüne katılmıyoruz.

Sonuç olarak, gerek parça satımlarında gerek cins satımlarında ayıplı şey teslimi, ifa borcunu sona erdirmez. Alıcının ayıplı şeyi kabu etmemek hakkı vardır. Alıcı satılndaki ayıbı satım sözleşmesinin kurulması anında biliyorsa, ifayı reddedebileceği gibi, ayıplı ifadan doğan haklarını saklı tutmak şartı ile de kabul edebilir. Bu durumda, şekli açıdan ifa gerçekleşmiş olur. Maddi açıdan ifa gerçekleşmiş sayılmaz. Alıcı, ayıba karşı tekeffül hükümlerinden doğan haklarını kullanabileceği gibi, BK. md. 96 vd. dan doğan haklarını da kullanabilir.<sup>(13)</sup>

### **C- Satıcının Fer'i Borçları**

BK.md. 182'ye göre, satıcının borçları, satılan şeyin teslimi ve mülkiyetini devretmektir. Bundan başka satıcı, sözleşmenin ifası için gerekli her şeyi yapmak ve ifaya engel olabilecek şeyleri de yapmaktan kaçınmak zorundadır. Bu nedenle, satıcının satılanı gönderme, satılanı koruma ve teslim giderlerini ödeme gibi yan borçları da vardır.

#### **1) Satılanı gönderme borcu**

Satıcının bu borcu, satılan şeyin, ifa zamanında akdî veya kanunî ifa yerinden başka bir yerde bulunması halinde, aslî borç niteliğindedir. Alıcı ifa yerinden başka bir yerde de bulunabilir. Bu durumda da, satıcı ile alıcı arasında açık veya zımnî bir anlaşmaya

---

(13) Kocayusufpaşaoğlu, Hata Kavramı, 68 dn. 84; Giger, Vorbem. zu Art. 197-210 Nr. 17; Katz, 147-148; Tandoğan, 122.

yada teamül gereğince şeyi gönderme borcu doğabilir. Satıcının bundaki gönderme borcu bir yan borçtur. (14)

Satıcıya, satılan şeyi gönderme borcu doğrudan doğruya yüklenemez. Uygulamada, özellikle ticarî satışlarda, teamül gereği satıcıdan bu mükellefiyet istenebiliyorsa, taraflar arasında zımnî bir anlaşmanın varlığı kabul edilebilir. Bu durumda satıcı, satılan şeyi gönderme borcu altındadır.(15) Alelâde satımlarda, satıcıya satılanı gönderme mükellefiyeti yüklenemez.(16)

Satıcıya gönderme mükellefiyeti yüklendiği durumlarda; satıcı, basiretli bir işadamı gibi davranarak gereken tedbirleri almak zorundadır.(17) Satıcının gönderme borcuna, vekaletle ilişkin hükümler kıyas yoluyla uygulanır. Satıcı ancak sözleşmede kararlaştırılmış veya iyi iş idaresi gereği bir zorunluk varsa satılan şeyi sigorta ettirmek. Satıcı, uygun taşıma aracını ve uygun taşıma türünü seçmedeki kusuru dolayısıyla alıcıyı zarara uğratmış ise, bundan da sorumludur(18). Ancak, şeyin normal taşınması ve oluşturulması sırasında meydana gelen tehlike, hasar ve masraflar kural olarak alacaklıya aittir. (19)

## 2) Satılanı koruma borcu

Satım sözleşmesinin kurulmasından sonra satıcı, satılanı teslim zamanına kadar korumakla yükümlüdür. (20) Bu yükümlülük,

(14) Yavuz, Özel Borç İlişkileri, C.I, 65; Tunçomağ, 98; Tandoğan, 128. Ayrıca bkz., Kalpsüz, 94.

(15) Egli, 98-99; Oser/Schönenberger, Art. 184 Nr. 37; Tunçomağ, 79.

(16) Tunçomağ, 98; Arslanlı, 283; Akıntürk, 138-139.

(17) Becker, Art. 189 Nr.3; Tunçomağ, 98.

(18) Tunçomağ, 98; Yavuz, 59; Becker, Art. 189 Nr.

(19) Eren,C. III, 127. Ayrıca yazarın aynı sayfada dn. 162'de anılan yazarlara bakınız.

(20) Arslanlı, 102-103; Tandoğan, 122; Tunçomağ, 99.

kanunda açıkça düzenlenmemiştir. Satıcının koruma borcu, esasen teslim borcunun muhtevassından kaynaklanmaktadır. Koruma borcu, teslimin yapılabilmesi için gerekli hazırlık çalışmasını ifade eder.<sup>(21)</sup> Bu yükümlülüğü iyiniyet kurallarından da çıkarmak mümkündür. Satıcının koruma yükümlülüğüne, vekaletle ilişkin hükümler kıyas yoluyla uygulanır. <sup>(22)</sup> Eğer satıcı satılanı, özel bir sebebe dayanarak elinde tutuyorsa, yani hükmen teslim gerçekleşmiş ise, koruma borcunun kapsamı, satıcı ile alıcı arasındaki özel anlaşmaya göre belirlenir.<sup>(23)</sup>

### 3) Teslim giderlerini ödeme borcu

BK. md. 185'e göre: "Hilafına adet veya mukavele mevcut değil ise, ölçmek ve tartmak gibi teslim masrafları satıcıya aittir." Madde- de sözü edilen ölçme ve tartma giderleri, satılanın veya semenin tes- bitine yönelik masraflardır. Şayet satılan şeyin ağırlığının çok olması yüzünden resmî tartı zorunlu ise, o zaman alıcı resmî tartı senedi istemeye yetkilidir. <sup>(24)</sup>

Ambalaja ilişkin masrafların satıcıdan istenebilmesi için, söz konusu şeyin ambalajların satımının, onun niteliğini değiştirmesi gerekir.<sup>(25)</sup>

BK. md. 185 emredici bir hüküm değildir. Taraflar, satım sözleşmesinde aksini kararlaştırabilirler. Örf ve âdet kurallarına göre de, teslim masrafını alıcı ödemek zorunda olabilir. Örneğin, kullanılan su, gaz ve elektrik miktarlarını ölçmek için, satış bedeline eklenen bir kira bedeli alınır. Burada teslim giderlerini ödeyen alıcıdır. Götürü bedelle yapılan satımlarda, satılan şeyin bir kantara

(22) Tandoğan, 122; Tunçomağ, 99; Arslanlı, 102-103.

(23) Tandoğan, 122.

(24) Becker, Art. 188 Nr. 2; Tunçomağ, 99.

(25) Oser/Schönenberger, Art. 188 Nr.1.



yüklenmesi fiyatın tesbiti için değil, ölçme ve tartma amacıyla yapılır. (26)

## II) SATILAN ŞEYİN AYIPLI OLMASI

Satıcının ayıba karşı tekeffül borcunun doğumu için aranılan ikinci şart, satılanın ayıplı olmasıdır. Bir şeyin ayıplı olmasından zikir ve vaad edilen niteliklerin veya dürüstlük (MK. md.2) kuralına göre satılan şeyde bulunması zarurî niteliklerin bulunmaması anlaşılır. En genel manada ayıp ise, satılan maldaki iyi niteliklerin azlığı veya kötü niteliklerin çokluğunu ifade eder (27). Satılan şeydeki ayıplar iki şekilde tezahür edebilir;

1) Zikir ve vaad edilmiş niteliklerin bulunmamasından dolayı ortaya çıkan ayıp,

2) Zorunlu niteliklerin bulunmamasından dolayı ortaya çıkan ayıp.

Her iki durumda da satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğu doğmakla birlikte, birbirinden ayırdıkları noktalar da vardır. Aralarındaki en belirgin farklılık, zorunlu niteliklerin bulunmamasından dolayı ayıba karşı tekeffül, sorumluluğunun sınırlı bir sorumluluk olmasıdır. (28)

### I- Zikir ve Vaad Edilmiş Niteliklerin Yokluğunu

#### 1) Zikir ve vaad edilmiş nitelik kavramı

Satıcı, satılan şeyde bazı niteliklerin bulunduğunu veya bazı niteliklerin bulunmadığını vaad etmiş ise, bu vaadinden dolayı sorum-

(26) Oser/Schönenberger, Art. 188 Nr.3; Tunçomağ, 99.

(27) Katz, 29; Bu konudaki açıklamalar için, bkz.; 2 vd.

(28) Edis, 49.

ludur. Satıcının vaadi olumlu olabileceği gibi, olumsuz niteliklerin yokluğu şeklinde de olabilir. (29)

BK. md. 194'te düzenlenen zikir ve vaad kavramından, satılan şeye ilişkin, objektif olarak tesbit edilebilir nitelik anlaşılmalıdır. (30) Zikir ve vaad kavramı, açıkça reklam amacıyla yapılan övgülerden ayrılır. (31) Sözleşme görüşmeleri sırasında yapılan açıklamaların reklam amacıyla mı yapıldığı, yoksa zikir ve vaad amacıyla mı yapıldığı iradelerin yorumundan anlaşılır. (32)

Zikir ve vaad, sarf ve zımnî olarak yapılabilir. Ancak her durumda yapılan zikir ve vaadin inandırıcı olması lâzım. Örneğin, bir

- (29) Tandoğan, 165; Edis, 49; Giger, Art. 197 Nr.6; Keller/Lörtscher, 60". "Dürüstlük kuralına göre, yapı hacmi konusunda yapılan açıklama, BK. md.194 anlamında bir nitelik vaadi sayılabilir. Böyle bir açıklama satılan şeyin değerinin tartılmasına etkili olmaya elverişli niteliktedir. Alıcının evi gezmiş ve durumunu beğenmiş olması, sonucu değiştirmez. Satıcı, yaptığı açıklamalarla alıcının değer verdiği ve kendisini bundan sorumlu tutacağını bilecek durumda olduğu kabul edilir. Bu itibarla, BK. md. 194 vd'ndeki ayıba karşı tekeffül kararları olaya uygulanacaktır. "Kaneti Federal Mahkeme Kararları, C.III Nr. 14; Guhl/Merz/Kummer, 332.
- (30) Keller/Lörtscher, 60; Karş. Giger, Art. 197 Nr 15; BGE 88 II 416. "Satıcının satılanı değerlendirilmesine ilişkin sözlerinin alıcıda uyandırdığı bütün ümitlerin gerçekleşmesini tekeffül etmiş sayılmaz. Satıcı yalnız "vaad edilen niteliklerin" diğer bir deyişle, belirli biçimde tanımlanmış, objektif olarak tesbit edilebilen ve varlığını bildirmiş olduğu olguların eksikliğinden sorumludur. Salt bir tezgâhtarlık övgüsünü aşmadığı alıcı tarafından da anlaşılabilen genel sözler bu anlamda bir "nitelik vaadi" olarak değerlendirilemez." Kaneti, Federal Mahkeme Kararları.C. II Nr. 17.
- (31) Honsell, 60; Giger, Art. 197. Nr. 15; Keller/Lörtscher, 60; Katz, 44; Becker, Art. 197 Nr. 16; Guhl/Merz/Kummer, 332 ; Jaeger, 35; Schenker, 21 vd.; Jaeggi, 73; Weniger, 97; BGE 88 II 416.
- (32) Keller/Lörtscher, 60. Nitelik açıklanmasının zikir ve vaad olduğunun tesbitinde sübjektif değil objektif ölçü kabul edilmelidir. Zikir ve vaad alıcıyı etkilemelidir. Ancak alıcının bu nedenle sözleşmeyi kurmuş olması şart değildir. Keller/Lörtscher, 60; Karş. Giger, Art. 197 Nr. 3; von Tuhr/Siegwart/Peter, 321 Nr. 13; Furrer, 46 vd. Zikir ve vaad, reklâmdan farklıdır. Reklâmda sadece övgü ve satma isteği vardır. Katz, 44; Becker, Art. 197 Nr. 16; Guhl/Merz/Kummer, 332; Jaeger, 35; Schenker, 21; Weniger, 97.

vazo yüksek fiyatla satılmışsa onun antika olduğu karine olarak kabul edilebilir.<sup>(33)</sup> Satıcı, satılan şeydeki maddî, hukukî veya ekonomik nitelikleri zikir ve vaad edebilir.<sup>(34)</sup> Örneğin, işletmenin geliri, satılan arabanın şu kadar yaptığı gibi nitelikler vaad edilebilir.<sup>(35)</sup> Bazı niteliklerden satıcının sorumlu olabilmesi için zikir ve vaad edilmiş olması gerekir. Hayvan satımlarında hayvanın gebelik niteliği ile bunun dışında kalan niteliklerden satıcının sorumlu kalması için yazılı olarak tekeffül edilmesi gerekir. BK. md. 215/II'ye göre de, gayrimenkul satımlarında miktar eksiklikleri resmî ölçüye rağmen mevcut ise satıcı, açıkça tekeffül etmedikçe sorumlu olmaz.<sup>(36)</sup>

Zikir ve vaad edilen niteliklerden eşyanın değerine etki eden tüm nitelikler anlaşılmalıdır. Zikir ve vaad edilmiş niteliklerden satıcının sorumlu olması için, ayıbın satılan şeyin kıymetini azaltması şart değildir.<sup>(37)</sup>

## 2. Zikir ve vaadin hukukî niteliği

Zikir ve vaadin hukukî niteliği hakkında, doktrinde farklı görüşler savunulmaktadır. Doktrindeki eski bir görüşe göre, satıcının satılan şeyin niteliklerini zikir ve vaad etmesi bir garanti taahhüdüdür. Satıcının bu yöndeki açıklaması, satılan şeyi nasıl ifa edeceğine ilişkin irade açıklamasıdır. Bu açıklama sözleşmenin bir parçasını (muhtevasını) oluşturur.<sup>(38)</sup>

(33) Keller/Lörtscher, 60; BGE 102 II 100.

(34) BGE 45 II 4444

(35) BGE 63 II 78 vd.; BGE 71 II 240 vd.

(36) Edis, 49-50; Yavuz, 40; Tunçomağ, 273; Feyzioğlu, 289; Tandoğan, 267.

(37) Edis, 59; Tandoğan, 164; BGE 45 II 444 vd.; Katz, 49-50; Keller/Lörtscher, 60; Oser/Schönenberger, Art. 197 Nr.9.

(38) Jaeger, 35. 15; Oser/Schönenberger, Art. 197. Nr.8.

Doktrindeki diğerk bazı yazarlar ve Federal Mahkeme, söz konusu görüşe karşı çıkararak parça satımlarında satıcının satılan şeyin niteliklerini zikir ve vaad etmesini, tasavvur izharı veya alıcının bilgilendirmesi olarak değerlendirmektedirler. Satıcının sorumluluğunun nedenini de akdî değil, MK. md.2'ye dayanan kanunî bir sorumluluk olarak görmektedirler.<sup>(39)</sup> Cins satımlarında ise, eşyadaki tekeffül edilmiş nitelikler, borçlanılan ifa konusunun dahil olduğu cins alanında tesbit edilir. Zira, burada tekeffül, ifanın belirlenmesi fonksiyonuna sahiptir ve tekeffül edilmiş nitelikler sözleşmenin muhtevasını teşkil eder.<sup>(40)</sup>

Parça satımında da alıcı, doğruluk ve dürüstlük kuralına göre satıcının iradesine verdiği anlam çerçevesinde, güven teorisi uyarınca satıcının irade açıklaması sözleşmenin bir parçası (muhtevası) olmuş ise, satıcı akid gereğince sorumlu olur.<sup>(41)</sup> Burada satıcının sözleşmeye dayanan mükellefiyeti, satılanı, ferdf özellikleri ile belirleyip ifa etmek değil, aksine satılanı dahil olduğu cinse uygun ifa etmektir. Zira tekeffül, ifa mükellefiyetinin içereğini belirlediği için, cins satımlarında bir irade izharı vardır.<sup>(42)</sup>

Doktrindeki hâkim görüşe ve Federal Mahkemenin görüşüne uygun olarak biz de, zikir ve vaadin hukukî niteliğini prensip olarak irade izharı kabul ediyoruz. Buradaki sorumluluğun nedeni MK. md. 2'ye dayanan kanunî bir sorumluluktur. Ancak güven ilkesi gereği satıcının zikir ve vaadi sözleşmenin muhtevasını oluşturmuş ise, bu durumda satıcı, MK. md.2'ye göre sorumlu değil, sözleşmeye göre sorumlu olur.

(39) von Tuhr/Siegwart. § 23 Nr. 18, 167; Stauffer, 149; Schenker, 43 vd.; BGE 71 II 241; BGE 73 II 220; BGE 88 II 426; Keller/Lörtscher, 60; Cavin, 82; Guhl/Merz/Kummer, 352; Furrer, 44 vd; Jaeggi, 73-74;

(40) Katz, 45; Schenker, 24, Keller/Lörtscher, 60; Cavin.80; Giğerk Art. 197 Nr.7; Furrer, 44 vd.; Stauffer, 145 vd.; Jäggi, 73-74. Honsell'e göre buradaki zikir ve vaadin hukukî niteliğini sözleşmeye ve kanuna dayandığı kesin değildir. Zikir ve vaad sözleşmenin sorumluluk sözleşmeye dayanır. Bununla birlikte tartışma akademiktir. Honsell, 59; BGE 87 II 245; 59; BGE 81 II 209; BGE 88 II 416; BGE 71 II 240 Karş. Giğerk Art. 197 Nr. 7 vd.

(41) Katz, 45-46; Merz. 96-97 dn. 15.

(42) Katz, 45-46.

### C. Zikir ve Vaadin Şekli

#### A) Şekilsizlik kuralı

Borçlar Kanunu'nda, zikir ve vaadin hangi şekilde yapılacağına ilişkin bir hüküm yoktur. Kanun koyucu, taraflara sözleşmenin şeklini seçebilme imkânı tanımıştır. <sup>(43)</sup> Buradaki şekilden maksat satıcının, zikir ve vaadi dolayısıyla sorumlu olabilmesi için, zikir ve vaadini açıklanmasındaki usüldür.

Borçlar Kanunu'nun zikir ve vaadin şekline ilişkin bir hüküm ihtiva etmemesi özellikle gayrimenkul satımlarında önem arz etmektedir. Gerçekten, geçerliliği şekle bağlı satımlardan olan gayrimenkul satımında, niteliklerin zikir ve vaadinin sözleşmenin şekline tabi olması gerekip gerekmediği konusu büyük önem taşımaktadır. <sup>(44)</sup>

İsviçre ve Türk doktrinde hâkim görüşe göre, sözleşmenin şekli ile zikir ve vaadin arasında bir bağlantı yoktur. Sözleşme resmî şekilde yapılsa bile, zikir ve vaad şekilsiz olarak yapılabilir. <sup>(45)</sup> İsviçre Federal mahkemesi de çok kararlarında zikir ve vaadin şekle bağlı olmaksızın yapılabileceğini belirtmiştir <sup>(46)</sup>.

Doktrinde zikir ve vaadin resmî şekilde yapılması gerektiğini savunan görüşler de vardır. <sup>(47)</sup> Ayrıca yargıtay, gayrimenkul

---

(43) Oser/Schönenberger, Art. 197 Nr. 8; Becker, Art. 197 Nr. 12; Jaeger, 36; Schubiger, 5; Katz, 46; BGE 63 II 79; BGE 73 II 220 vd; Karşıt görüş için bkz.; von Tuhr/Siegwart. 230 dn. 15, 285.

(44) Edis, 52; Tandoğan, 165.

(45) Becker, Art. 197 Nr. 12; Bilge, 65; Oser/Schönenberger, Art. 197 Nr. 1-a; Schubiger, 5; Arslanlı, 323; Tandoğan, 165-166; Keller/Lörtscher, 60; Katz, 46; Jaeger, 36.

(46) BGE 63 II 77; BGE II 220; BGE 63 II 79.

(47) von Tuhr/Siegwart. 230 dn. 78; Arsebük, 332-33 dn. 125.

satımına ilişkin bir kararında zikir ve vaadin resmî şekilde yapılması gerektiğine savunmuştur (48).

Kanımızca satım sözleşmesinin, şekle bağlı olarak yapılması gerektiği durumlarda zikir ve vaadin de şekle bağlı olarak yapılması gerekip gerekmeyeceği onun hukukî niteliği ile doğrudan ilgilidir. Zikir ve vaadin hukukî niteliğini sözleşme olarak kabul edersek, satıcının satılanın niteliklerini zikir ve vaad etmesi sözleşmenin sübjektif esaslı unsurunu oluşturacağından, resmî şekilde yapılması gerekir. Bu nedenle Becker, (49) zikir ve vaadin hukukî niteliğini, sözleşme olarak kabul etmesine rağmen, şekle bağlı olmadan yapılabileceğini kabul etmiştir. Bizce, bu bir çelişkidir. Zikir ve vaadin hukukî niteliğini tasavvur açıklaması olarak nitelersek şekle bağlı olmaksızın yapılabileceğini, kabul etmemiz gerekir. Durum böyle iken von Tuhr/Siegwart, (50) zikir ve vaadin hukukî niteliğini tasavvur açıklaması olarak kabul etmesine rağmen, satıcının zikir ve vaad ile daha fazla sorumluluk altına girdiğini belirterek, resmî şekilde yapılması gerektiğini savunmuştur. Bizde bu da bir çelişkidir. Biz zikir ve vaadin hukukî niteliğini, tasavvur açıklaması kabul ediyoruz. Bu nedenle zikir ve vaadin, yapılan satım sözleşmesi şekle bağlı olsa bile, şekle bağlı olmaksızın yapılabileceği kanaatindeyiz. Bu düşüncemiz, BK. md. 195'çe de desteklenmektedir. Hayvan satıcısının ayıba karşı tekeffül sorumluluğunu düzenleyen anılan madde, genel ayıba karşı tekeffül hükümlerine göre, özel nitelikte-

(48) "Taşınmaz satımı, ancak tapu memurunca düzenlenecek bir resmî sened ile geçerli olarak doğar. Satıcının özel olarak yüklendiği garanti borcunun geçerli olabilmesi için bu yüklenmenin resmî senette yer alması gereklidir, aksi halde satıcının sorumluluğu cihetine gidilmez." Yarg. 4. HD. 31.10.1951 E. 70, K. 33, Karahasan, 371-372.

(49) Becker, Art. 197 Nr. 12.

(50) von Tuhr/Siegwart 230 dn. 78.

dir. Kanun koyucu, hayvan satımlarındaki ayıba karşı tekeffül hükümlerinde, genel ayıba karşı tekeffül hükümlerinden ayrıldığı noktaları düzenlemiştir. BK. md. 195'e göre, hayvan satıcısının, ayıba karşı tekeffül sorumluluğu gerçekleşmesi için, satılanın zorunlu veya zikir ve vaad edilen niteliklerinin yazılı olarak tekeffül edilmesi gerekir. Bu hükmün mefhumun muhalifinden çıkardığımız sonuç, satıcı, diğer satım türlerinde satılanın niteliklerini yazılı şekilde zikir ve vaad etmese bile, ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun gerçekleşeceği'dir.

#### **b) Zikir ve vaadin istisnaı olarak yazılı şekilde yapılması**

BK. md. 195' göre, "Hayvan alım-satımında satıcı tahriren tekeffül etmedikçe tekeffül etmiş addolunmaz". Maddeden de anlaşılacağı üzere, hayvan satımlarında, tekeffül yazılı şekilde yapılmalıdır. Satıcı, satılan hayvanın ayıbını hile ile gizlemiş ise, yazılı şekilde tekeffül etmese bile, ayıptan sorumlu olur.

#### **B. Zorunlu Niteliklerin Yokluğu**

##### **1) Zorunlu niteliklerin kavramı**

Satıcı, sadece zikir ve vaad ettiği niteliklerin bulunmamasından dolayı değil, aynı zamanda dürüstlük kuralı icabı satılan şeyde bulunması gerekli zorunlu niteliklerin bulunmamasından da sorumludur. BK. md. 194/I "Satıcı alıcıya karşı satılan malın kıymetini izale veya ehemmiyetli bir surette tenkis eden ayıplardan salim bulunmasını mütekeffildir" demek suretiyle "zorunlu niteliklere" işaret etmiştir.

Zorunlu nitelikler, muhtevası itibari ile BK. md. 24/I b.4'de düzenlenen nitelik hatası ile aynı mahiyettedir. (51)

Satıcı, satılan şeydeki ayıbın varlığını bilmese bile, bundan sorumludur (BK. md. 194). Zorunlu niteliklerin yokluğunun satıcı tarafından bilinip bilinmemesi sadece hükmedilecek tazminat bakımından önem taşır.

Satıcı zorunlu niteliklerin bulunmaması nedeniyle sorumlu olabilmesi için ayıbın satılan şeyin kullanımını veya değerini önemli ölçüde azaltması yada kaldırması gerekir. Başka bir ifade ile satıcı, ancak satılan şeyin öngörülen kullanımını veya değerini önemli ölçüde azaltan veya ortadan kaldıran ayıplardan sorumludur. (52)

## 2) Zorunlu niteliklerin yokluğunun belirlenmesi

Doktrinde, dürüstlük kuralı gereğince, zorunlu niteliklerin bulunmaması nedeniyle satılndaki ayıbın tesbitinde, objektif ve subjektif olmak üzere iki görüş savunulmaktadır.

### a) Satılanın zorunlu nitelikleri taşımadığının (ayıplı olduğunun) objektif görüşe göre belirlenmesi:

Objektif görüşe göre, parça satımlarında dürüstlük kuralı gereğince satılan şeyde bulunması gereken zorunlu niteliklerin bulunmaması durumunda, satılan şey ayıplıdır. Burada alıcının şeyi satın alma amacı önemli değildir. Örneğin alıcı, bir sürahiyi antika olduğu için almış olsa bile, su sızdırıyorsa ayıplı sayılır. Oysa alıcı bu sürahiyi su koyma için değil, antika olduğu için almıştır. Cins satımlarında aynı cinse ait normal nitelikteki şeylere göre, satılan şeyin iyi niteliklerinin daha az, kötü niteliklerinin ise daha çok olması ayıp teşkil eder (53). Bu görüş taraftarlarının çözmesi gereken

(51) Oser/Schönenberger, Art. 24 Nr. 6, Nr.5; Edis, 57; Bilge, 64.

(52) Giger, Art. 197 Nr. 70; Katz, 70; Keller/Lörtscher, 59.

(53) Oser/Schönenberger, Art. 27 Nr. 11; Willi, 19; Jaeger, 26 Becker, Vorbem. zu Art. 197-210 Nr.1; Katz, 29.



en önemli sorun, cinsin neye göre tesbit edileceğidir. <sup>(54)</sup>

**b) Satılanın ayıplı olduğunun sübjektif görüşe göre belirlenmesi**

Ayıp, satılan şeyin satış sözleşmesine göre beklenen niteliklerinin olmamasıdır. Bir eşyanın ayıplı olup olmadığının tesbiti, eşyanın mevcut niteliklerinin sözleşmede belirtilen niteliklere uygun olup olmadığına göre belirlenir. Ayrıca bu ayıbın satılanın "değerini ve akitten beklenen amacı kaldırması veya önemli ölçüde azaltılması" gerekir <sup>(55)</sup>. Konuyu parça ve cins satımı açısından ayrı ayrı değerlendirmemiz, incelememiz için yararlı olur.

**aa) Parça satımlarında satılanın ayıplı olduğunun belirlenmesi**

Parça satımında satılan şeyin sözleşmeden beklenen amaca uymaması durumunda ayıp sözkonusu olur <sup>(56)</sup>. Satılan şeyin ayıplı olup olmadığı sözleşmenin amacına göre belli olur. Satılan şeyde bulunması gereken zorunlu nitelikler olmasına rağmen, sözleşmede güdülen amaca göre, bir elverişsizlik varsa satılan şey ayıplı sayılır. <sup>(57)</sup> Alıcı bir sürahiye antika olması nedeniyle almış ise, bu sürahi bu sızdırsa bile, ayıplı sayılmaz. Çünkü alıcının su sürahiye alma amacı, su koymak değil, antika olmasıdır. Bu sürahi ancak antika değilse, ayıplı sayılır.

**bb) Cins satımında satılanın ayıplı olduğunun belirlenmesi**

Cins satımlarında, satılan şeydeki ayıbın tesbitinde, tarafların iradelerine bakılır. Taraflar sözleşme konusu cinsi ile belirlenmiş şeylerin hangi nitelikte olacağını kararlaştırmışlarsa, satılanın bu

(54) Yavuz, 68.

(55) Kocayusufpaşaoğlu, Hata Kavramı, 64 dn. 73; Yavuz, 69.

(56) Yavuz, 68; Kocayusufpaşaoğlu, Hata Kavramı, 67 dn. 73; Giger, Art. 197 Nr. 58-59.

(57) Yavuz, 68; Bilge, 76; Kocayusufpaşaoğlu, Hata Kavramı, 64 dn. 73.

nitelikleri taşımaması durumunda, ayıp söz konusu olur. Taraflar satım sözleşmesinde satılanın hangi nitelikte olacağını kararlaştırmışlarsa, satılanın bu nitelikleri taşımaması durumunda ayıp söz konusu olur. Taraflar satım sözleşmesinde satılanın hangi nitelikte olacağını tesbit etmeyebilirler. Bu durumda, BK.md. 70 uygulanır. BK. md. 70'e göre borçlanılan edim, yalnızca cinsi ile tayin edilmişse, işin niteliğinden başka türlü anlaşılmadıkça o şeyin seçimi borçluya aittir. Bununla birlikte borçlu, alacaklıya orta nitelikten aşağıda bir şey veremez. Borçlu borcunu yerine getirirken orta nitelikten aşağı bir şey teslim etmiş ise, satılan şeyin ayıbından sözedilir.<sup>(58)</sup> Bu durumda da objektif kıstaslara göre tesbit edilmiş olur<sup>(59)</sup>.

### **3- Ayıbın satılan malın öngürülen kullanımın önemli ölçüde azaltması veya ortadan kaldırması**

Satılan şeyin mefruz kullanımından, alıcının sözleşmenin kurulması zamanında tek taraflı belirlediği amaç anlaşılmaz; aksine tarafların müşterek iradesine veya ticarî hayattaki hâkim anlayışa göre şeyin satın alınma amacı belirlenir<sup>(60)</sup>.

Buna göre söz konusu kullanım, sözleşmenin doğru olarak ifasını belirlemek için sözleşmenin yorumlanmasıyla tespit edilir. Alıcı, satın aldığı şeyi hangi amaç için aldığını satıcıya bildirmiş ise, mefruz kullanım sözleşmenin bir parçası olmuştur. Buna karşılık alıcı, sarîh veya zımnî bir irade açıklamasıyla eşyanın kullanım

(58) Yavuz, 71-72; Giger, Art. 197 Nr. 54; Becker, eksik nitelikler ile objektif ayıbı ayırt etmektedir. Becker, Art. 197. Nr. 1.

(59) Keller/Lörtscher, 64; Giger, Art. 197 Nr. 54; Yavuz, 72.

(60) Giger, Art. 197 Nr. 70; Oser/Schönenberger, Art. Nr. 11; BGE 26 II 747 vd.;

amacını işlem temeli yapmamışsa, buna rağmen satıcı eşyanın kullanım amacını bilse bile alıcının öngördüğü kullanımı tekeffül etmiş olmaz. Satıcının susmasını güven ilkesine göre değerlendirmek gerekir<sup>(61)</sup>. Şayet satıcı genel bir aydınlatma yükümlülüğünü reddederse şeydeki ayıplar alıcının kullanım amacından ayrıldığını ifade eder.

Eşyanın kullanım yönünden elverişli olduğunun belirlenmesinde, objektif elverişlilik esas alınmalıdır. Eşyanın elverişliliği yönünden, olağan kullanımı somut olayın hal ve şartları gözönüne alınarak mahallî ilişkiler de dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Elverişlilik derecesini satıcı belirlemek durumundadır. Tereddüt halinde işlerdeki yaygın görüş göre elverişlilik derecesi belirlenir. Bu durumda, örneğin satıcı, sadece iplik nedeniyle değil aynı zamanda dokuma kusuru nedeniyle de sorumlu tutulabilir<sup>(62)</sup>.

Satılan şeylerdeki öngörülen kullanım, şeyin kullanımı yanında markasından da anlaşılabilir.<sup>(63)</sup> Bir ibrik satımında hakim görüşe göre, bu ibriğin su sızdırmaması öngörülen kullanım amacı için zorunludur. Cins satımında objektif olarak orta nitelikte bir şey ifa edilmiş ise ayıba karşı tekeffül sorumluluğu yoktur. Ancak satıcı satılan şeyi açık caddelerdeki ilan ve reklamlara uygun ifayı

(61) Giger, Art. 197 Nr. 70; von Büren II, aksi fikirdedir. Yazara göre, şayet alıcı öngörülen kullanım için niyetini açıklamış ise, burada sorumluluk yoktur. Satıcının bir defa aydınlatım yükümlülüğü mevcut değildir. Zira, satıcı alıcının korucusu değildir. Satıcı, bir makinayı onlara karşı daima uygun olarak tanıtmışsa ve alıcının istek ve arzusu üzerine sözleşme gerçekleşmiş ise, bu durum tamamen diğerlerinden farklıdır. Burada uyandırılan güven duygusu nedeniyle özel bir tekeffül vardır. Ciddi olmayan, düşünce açıklaması, olduğu bilinen övgü ve ifadeler nedeniyle haklı bir ayıba karşı tekeffül yoktur. Ancak tereddüt halinde hangi insanın hayat deneyimine ciddi olmayan övgü tesbit edilecektir. von Büren II 23.

(62) Giger, Art. 197 Nr. 71.

(63) Katz, 37; Giger, Art. 197 Nr. 72.

gerçekleştirdiği zaman, cins satımında alıcı tek taraflı olarak şeyin niteliğini belirleyemez.<sup>(64)</sup> Eşyadaki öngörülen kullanım elverişliliği esasen devredilebilir eşyalar için söz konusudur.<sup>(65)</sup>

Antika satışında tarafların anlaşmasına veya işlerdeki hâkim görüşe göre öngörülen kullanımın tesbiti güçlük arzedebilir. Eski bir kalay ibriğin satımında-antika olduğu için- bu ibrik su sızdırsa bile, BK. md. 194 anlamında bir ayıp yoktur.<sup>(66)</sup> Alman Kraliyet Mahkemesince kabul edilmiş bir görüşe göre sözleşmeye göre öngörülen kullanım elverişliliği şu durumda mevcuttur; satıcı çok yüksek değerdeki tanınmış bir ressam tarafından yapılan sanat eserini evinde eserin zilliyeti olarak yararlanmış ve bu eseri bir ekspertize muayene ettirerek niteliğini tespit ettirmiş ise şeyin kullanım elverişliliği vardır.<sup>(67)</sup> Antika konusu şeyler genellikle bir diğeri ile mukayese edilemez; ferdî niteliği ile belirlenmiş şeylerdendir. Buradaki ayıplılık objektif kriterlere göre belirlenemez. Ancak mevcut sözleşmeye göre hüküm verilebilir. Eşyanın genel kullanışlı olup olmadığı işlerdeki yaygın görüşe göre tesbit edilir. Antika ve sanat eseri, kullanım konusu olarak veya estetik ihtiyacını temin için değil, aksine çoğu defa kıymetli şeylerin satımındaki gibi, örneğin kıymetli evrak gibi değerlendirilmektedir<sup>(68)</sup>.

---

(64) Giger, Art. 197. Nr. 72.

(65) Furrer, 46.

(66) Giger, Art. 197 Nr. 74.

(67) RGZ 115 286 vd.; Giger, Art. 197 Nr. 74'ten naklen Katz, bu görüşü doğrudan kabul etmemekle ve değerlendirmeyi kısmen yetersiz bulmaktadır. Yüksek Mahkeme tarafından koleksiyoncu estetik saikinden mahrum edilmek istenmektedir. Katz, 38-39.

(68) Katz, 39.

#### 4- Ayıbın satılan malın değerini önemli ölçüde düşürmesi veya ortadan kaldırması

Satıcı satılan şeyin değerini önemli ölçüde düşüren ve ortadan kaldıran ayıplardan sorumludur. Diğer bir deyimle, satıcı genellikle sözleşmede öngörülen kullanım elverişsizliğinin bulunması nedeniyle sorumludur. Şeyin değerinin azalmasından, ticarî hayattaki hâkim görüşe göre satılabilir eşyaya getirilen kısıtlamalar anlaşılır. Ticarî mallar aracı tacir için, sadece satılabilir ise değer taşır. Eşyanın, sadece çabuk satılamayan eşya olması onu ayıplı kılmaz. Eşyadaki ayıp, işlerdeki hâkim görüşe göre, ona modadan ayrılma gibi bir kısıtlama getirmiş ise, buna dayanılarak satıcı sorumlu tutulabilir. Satılabilir eşyaların niteliği tekeffülün içeriğini oluştururlar. Örneğin, satıcı sarîh veya zımnî olarak eşyanın moda-ya uygunluğu tekeffül edebilir. (69)

BK. md. 194'teki değerden objektif olarak işlerdeki yaygın değişim değeri anlaşılmalıdır. (70) Efektif sübjektif değer in ihlâli nazarı dikkate alınmaz (71) . Ticari hayattaki yaygın anlayışa göre, ayıbın varlığı şeyi satın alma kararına veya satış bedelinin yüksekliğine etki etmiş ise, ayıp önemlidir. (72)

### III-AYIBIN GİZLİ OLMASI

#### I) Genel Olarak

BK. md. 197'ye göre: "Satıcı alıcının satım zamanında malûmu olan ayıptan mes'ul olmadığı gibi, satılanı kâfi derecede muayene et-

(69) Giger, Art Nr. 75.

(70) Katz, 39; Giger, Art. 197 Nr. 77.

(71) Katz, 39; Giger, Art. 197 Nr. 77; Jaeger, 29; Guhl/Merz/Kummer, 332.

(72) Katz, 39; Becker, Art. Nr. 6.

mekle fark etmiş olacağı ayıptan ancak bunun mevcut olmadığını temin etmiş ise mes'ul olur." Anılan maddede geçen "kâfi derecede muayene etmek" sözünü, mehzaz kanunun Almanca metnine uygun olarak "mutad dikkat" şeklinde anlamak gerekir.

BK. md. 197'de sözü geçen ayıptan, sadece zorunlu niteliklerin olmamasından dolayı meydana gelen ayıp değil, aynı zamanda zikir ve vaad edilmiş niteliklerin bulunmaması dolayısıyla meydana gelen ayıp da anlaşılmalıdır.<sup>(73)</sup>

BK. md. 197 iki hüküm içermektedir. Bunlardan birincisi, alıcı, satılanın ayıbını biliyor ise veya mutad dikkat gösterdiği takdirde ayıbı farkedebilecek durumda ise, satıcı bundan sorumlu olmaz. Alıcının bu hareketi (veya hareketsizliği) ayıbı kabul ettiği anlamına gelir. Bu durumda ancak, satım sözleşmesinde ayıba karşı tekeffülden doğan hakkını saklı tutmuş ise, satıcı satılanın ayıbından sorumlu olur.<sup>(74)</sup>

BK. md. 197'nin içerdiği ikinci hüküm, alıcıya satılanı muayene yükümlülüğü getirmektedir. Ancak, bilindiği gibi bu, gerçek bir muayene yükümlülüğü değildir.<sup>(75)</sup> Gerçek muayene yükümlülüğü, satım sözleşmesinin kurulmasından sonra doğar. Maddede geçen muayene yükümlülüğü, ancak taraflar arasında bir anlaşma veya örf ve âdet kuralı varsa söz konusu olur.<sup>(76)</sup>

---

(73) Keller/Lörtscher, 64; Giger, Art. 197 Nr. 54; Yavuz, 72.

(74) Keller/Lörtscher, 65.

(75) Oser/Schönenberger, Art. 200. Nr. 3-a; Becker, Art. 200 Nr.2; Katz, 60.

(76) Katz, 60; Becker, Art. 200 Nr. 2; Keller/Lörtscher'e göre, BK. md. 197 alıcıya sadece mutad bir dikkat yüklemektedir. Alıcının mutad bir dikkat dışında bir araştırma yükümlülüğü yoktur. Keller/Lörtscher, 65.

### **B) Gizli Ayıp ve Görünür Ayıp Kavramı**

Hukukumuz açıkça gizli ve görünür ayıp ayırımını düzenlememiştir. Ancak, gerek BK. md. 197'de alıcının mutad dikkatle fark edebileceği ayıptan satıcının sorumlu tutulmaması, gerek TK. md. 25/I.b.3 "Emtianın ayıplı olduğu teslim sırasında açıkça belli ise" ifadesi hukukumuzda gizli ve görünür ayıbın varlığına işaret etmiştir<sup>(77)</sup>.

Görünür ve gizli ayıp kavramına Federal mahkeme<sup>(78)</sup> ve Yargıtay<sup>(79)</sup> kararlarında da rastlanmaktadır.

Gizli ayıplar, sözleşmenin kurulması sırasında veya ifası esnasında alıcının bilmediği ve satılan şey üzerinde mutad dikkat gösterilse bile farkedilmeyen nitelik eksiklikleridir. Görünür ayıplar ise, gizli ayıp teşkil eden hallerin dışında kalan ve derin, kapsamlı bir muayeneye gerek olmaksızın, ilk bakışta tesbit edilebilen nitelik eksiklikleridir<sup>(80)</sup>.

### **C) Satılan Şeydeki Ayıpların Gizliliğinin Tesbiti**

Satılan şeydeki ayıbın, görünür ayıp mı yoksa gizli ayıp mı olduğu sorunu maddî bir sorundur. Bu nedenle hakim, MK. md. 4'e göre, kendisine verilen yetki çerçevesinde, her somut olayda durum ayrı ayrı değerlendirir<sup>(81)</sup>.

---

(77) Tandoğan 180 dn. 65. Yazara göre, TK md. 25/I.3'te sözleşmenin kurulması sırasında bilinen ayıplar söz konusu değildir.

(78) BGE 76 II 221.

(79) Yarg. HGK. 1.2.1956 E.14. K. 14.

(80) Edis, 60; Yavuz, 81-82.

(81) Edis, 61.

Alıcının bozuklukları bildiğini ya da bilmesi gerektiğini satıcının ispat etmesi gerekir. Çünkü satıcı, kanunen kendisine düşen bir sorumluluğu kabul etmemektedir. Bir iddiadan kendi lehine haklar çıkaran kişi iddasını ispat etmelidir.<sup>(82)</sup>

Alıcı, kendisine düşen bu mükellefiyeti ancak ağır surette ihlâl ettiği zaman, bilgisizliği mazur görülmez ise mutad dikkati göstermediği kabul edilir<sup>(83)</sup>. Alıcının mutad dikkati gösterip göstermediği her somut olayın özellikleri dikkate alınarak belirlenmelidir. Mutad dikkatin gösterilip gösterilmediğinin tesbitinde şunlara da dikkat edilir<sup>(84)</sup>.

İlk olarak alıcının teknik bilgi ve yeteneği gözönünde tutulur. Alıcının mesleği, teknik bilgi ve yeteneğini değerlendirmek bakımından önemlidir. Burada, dikkat edilmesi gereken, alıcının bu alanda uzman satıcı veya imalatçı olup olmadığıdır. Alıcının, satılan şey hakkında teknik bilgi ve yetenek sahibi olmaksızın, sadece meslekî faaliyet olarak bu alanda ticaret yapması, onun uzman olduğunu göstermez. Önemli olan alıcının, satılan şeyi meslekî kullanma tarzı değil, mesleğin gereği sahip olduğu teknik bilgi sonucu, onu değerlendirebilme yeteneğidir. Ayıbın niteliği ve teslim alma ortamı da alıcının, mutad dikkati gösterip göstermediğinin tesbitinde rol oynar. Uzman bir alıcının, her zaman satılan şeyin ayıbını ortaya çıkaracağı savunulamaz. Uzman olmayan bir alıcının da her zaman ayıbın varlığını bilmediği iddia edilemez. Teslim sırasında ortaya çıkmayan ayıplar da, uzman alıcılar için gizli ayıp niteliğindedir.

(82) Becker, Art. 200 Nr. 7; Jaeger, 58.

(83) Oser/Schönenberger, Art. 200 Nr. 3-a; Becker, Art. 200 Nr.3; Katz, 59.

(84) Yavuz, 84-85; Oser/Schönenberger, Art. 200 Nr. 3-a.



Ayrıca ayıbın gizliliğinin tesbitinde, satılan şeyin mahiyeti de gözönünde tutulmalıdır. Örneğin alıcının, teslim sırasında satılan şeyin mahiyetine göre ayıplı olduğunu tahmin edilebileceği durumlarda satıcı, alıcının satın alırken gerekli özeni gösterdiğini ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir. Özellikle kullanılmış (elden düşme) eşya satımında, varılan bu sonucun önemi oldukça fazladır.

#### **D. Satılan Şeydeki Ayıpların Gizli Olmasının Hüküm Ve Sonuçları**

BK. md. 197'ye göre, satıcı görünür ayıplardan sorumlu değildir. Kanunî düzenlemenin temel esprisi, alıcının ayıbı bilmesine rağmen bu durumyla şeyi kabul etmesi halinde, onu bu hali ile kabul ettiği karinesidir. Ancak sözleşmede alıcı, kanundan doğan haklarını saklı tutmuş ise, satıcı satılanın ayıbından sorumlu olur. (85)

Burada alıcının sadece ayıbı bilmesi yetmez. Alıcının ayıbın içeriğini ve doğuracağı zararı da bilmesi gerekir. Ayıbın varlığı yönünde bir karinenin mevcut olması da satıcının sorumlu olmaması için yeterli değildir. (86)

Ayıbın tesbiti bakımından esas itibariyle sözleşmenin yapıldığı an veya en geç teslim zamanı dikkate alınır. Alıcı ayıbın varlığını sonradan öğrenmişse, bu bilgisi dolayısıyla ayıba karşı tekeffülden kaynaklanan haklarını kaybetmiş olmaz. (87)

Satım sözleşmesinin yapılması anında, alıcı satılan şeydeki ayıbı biliyorsa ve bu şekliyle kabul ediyorsa, satıcının ayıba karşı te-

(85) Keller/Lörtscher, 65; Edis, 62; Kartz, 59; Jaeger, 54-58.

(86) Tandoğan, 173; Keller/Lörtscher, 64.

(87) Tandoğan, 173; Oser/Schönenberger, Art. 200 Nr. 4.

keffül sorumluluğu yoktur. Alıcı, satılan şeydeki ayıbı en geç sözleşmenin kurulması anında bilmesine rağmen şeyi alıkoymuş ise ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kaybeder. Zira alıcının sonradan hak talep etmesi MK. md. 2. anlamında hakkın kötüye kullanımını teşkil eder. Ancak, satıcı satım sözleşmesinde özellikle satılan şeydeki ayıp olmadığını tekeffül etmiş ise, ayıba karşı tekeffül sorumluluğu gerçekleşir<sup>(88)</sup>. Satıcı, görünür ayıpları tekeffül etmemiş ancak görünür ayıbın alıcı tarafından fark edilmesini hile ile önlemiş ise, satılanın ayıbından yine sorumludur<sup>(89)</sup>.

Satıcının satılan şeydeki görünür ayıbı hile ile gizlemesine rağmen, alıcının biraz dikkat etseydi bu ayıbı farkedebileceği durumlarda, satılan şeyin ayıbından sorumluluğu söz konusu olmaz. Burada alıcı, dürüstlük kuralına (MK. md.2'ye) aykırı davranmak suretiyle hakkını kötüye kullanmıştır.<sup>(90)</sup>

#### IV. AYIBIN ÖNEMLİ OLMASI

BK. md. 194'te "Satıcı alıcıya karşı kıymetini veya maksut olan menfaatini izale veya ehemmiyetli bir surette tenkis eden ayıplardan salim bulunmasını da mütekeffildir." denerek, ayıbın önemli olması gerektiği belirtilmiştir.<sup>(91)</sup> Satıcının tekeffül ettiği niteliklerdeki sorumluluğunun aksine, zorunlu niteliklerde her ayıptan satıcı sorumlu olmayıp, satıcı ancak eşyanın mefruz kullanımını veya değerini önemli ölçüde azaltan veya ortadan kaldıran ayıptan so-

(88) Keller/Lörtscher, 65.

(89) Keller/Lörtscher, 66.

(90) Keller/Lörtscher, 66 "Kumaşı görüp o haliyle satın almış olan kimsenin satıcının kumaşın kabarmayacağı hususunda bir tekeffülü yoksa, kumaş kabarıyor diye tazminat istemeye hakkı yoktur" Yarg. 3. HT.,D. 2.7.1968 E. 4589 K. 3699. Tandoğan, 173 dn. 40a'dan naklen.

(91) BGB § 459'a göre "... şeyin değerini yada faydasını zedeleyici olmayan önemsiz, bir ayıp dikkate alınmaz."

rumludur.<sup>(92)</sup> Satılan şeyin değerinin veya elverişliliğinin azalması, işlerdeki yaygın anlayışa göre, sözleşmenin yapılmamasını veya fiyatın daha az tesbit edilmesini gerektirir. BK. md. 194'te sözü geçen kıymet kavramından satılan malın mübadale değeri anlaşılmalıdır.  
(93)

Zikir ve vaad nedeniyle satıcının ayıba karşı tekeffül borcunda, esas itibariyle alıcı için önem taşıyan nitelikler tekeffül edilmiştir. Bu nedenle, zikir ve vaad edilmiş niteliklerin bulunmamasında ayrıca ayıbın önemli olması şartı aranmamalıdır.

---

(92) Giger, Art. 197 Nr. 68. Karşıt, görüş için, bkz., Yavuz, 74; Edis; 72.

(93) Giger, Art. 197. Nr. 77; Becker, Art. 197 Nr. 6 Efektif subjektif değer ihlali nazarı dikkate alınmaz. Katz, 39; Guhl/Merz/Kummer, 332.

### A. Satılan Şeydeki Zorunlu Niteliklerin Bulunmaması Nedeniyle Tekeffülde Ayıbın Önemli Olması

Satılan şeyin, ayıp nedeniyle kullanımı veya değeri önemli ölçüde azaldığı durumlarda, ayıba karşı tekeffülün diğer şartları da gerçekleşmiş ise, satıcının sorumluluğu söz konusu olur.<sup>(94)</sup> Ayıplar, satılan şeyi tamamen değersiz hale getirebilirler. Ayıp nedeniyle tamamen değersiz hale gelmiş bir şeyin ifa edilmesi durumunda, satılan şeyin hiç ifa edilmemesi söz konusu olur. Satılan şeyin değersiz olması ticarî bakımdan hiç bir iktisadî değerinin bulunmaması demektir. Bunun için satılan şeyden ticarî bakımdan yararlanma imkânının bulunmaması gerekir.<sup>(95)</sup>

Zikir ve vaad edilen nitelikler dışında, satılan şeyin ayıplı olması durumunda satıcının sorumluluğu sınırlıdır. Çünkü, satıcının sorumluluğu, satılan şeydeki ayıpların alıcı için belirli bir önem taşımasına bağlıdır.<sup>(96)</sup>

Satılan eşyanın değerinin azalmasından, ticarî hayattaki hâkim anlayışa göre satılabilir şeylere getirilen kısıtlamalar anlaşılır. Ticarî mallar, satılabilirse tacir için değer taşır. Eşyanın sürümünün az olması ayıba tesir edecek bir eksiklik değildir.<sup>(97)</sup>

Ayıbın önemli olmasının tesbitinde, ayıbın bulunma süresi de gözönüne alınmalıdır. Ayıp, sözleşmenin önemi bakımından ciddi

(94) Yavuz, 74.

(95) Yavuz, 74; Alman Hukukunda hakim olan görüşe göre, tamamen değersiz bir mal teslim edilmiş ise, ayıp hükümleri uygulanmaz. Alıcı temerrüd hükümlerine başvurabilir. Türk Hukukunda ise, bu durumda ayıp hükümlerine başvurmak gerekiyor. Arslanlı, 319 dn. 39. 32 dn. 51'den naklen.

(96) Bilege, 67; Becker, Art. 197 Nr. 5 vd.; Oser/Schönenberger, Art. 197 Nr. 15; Edis, 74.

(97) Giger, Art. 197 Nr. 75.

olarak dikkate alınmayan bir dönemde ortaya çıkmış ise, önemli sayılmamalıdır. Örneğin, hayvanın hastalığının geçmiş olması veya inşaat yasağının kalkmış olması durumunda olduğu gibi. Alıcı, küçük ve önemsiz ayıplara karşı da korunmak isterse, satıcıyla bu yönde bir anlaşma yapmalıdır.<sup>(98)</sup>

Eşya topluluğu satımında, ayıbın önemli olma şartı, şeylerin ayrı ayrı değerleri dikkate alınarak tesbit edilemez. Ayıbın, bütün olarak eşyanın değerini ya da elverişliliğini etkilemesine göre sonuçta varılmalıdır.<sup>(99)</sup>

Önemsiz ayıplardan dolayı satıcı sorumlu olmaz. Önlenemeyecek derecede küçük ölçüde kalite eksiklikleri (örneğin çok miktarda satılan doğal ürünlerde olduğu gibi) veya kolaylıkla giderilebilen ayıplar (makinenin bazı vidalarının eksik olması gibi) konusunda durum böyledir. Satıcı, bunları özel olarak vaad etmedikçe sorumlu değildir.<sup>(100)</sup>

Ayıp, başlangıçta önemsiz olmasına rağmen, hasarın geçmesinden sonra önemli hale gelebilir. Bu durumda, satılan şeyin ayıbının daha başlangıçta önemli olduğu kabul edilerek, satıcı ayıba karşı tekeffülden sorumlu tutulmalıdır.<sup>(101)</sup>

Satılan şeyin ayıbının önemli olup olmamasında, satılan şeyin normal veya mefruz kullanılma amacı dikkate alınmalıdır. Bu bakımdan önemli olan ayıplar, satıcının sorumluluğuna yol açar.<sup>(102)</sup> Mefruz kullanım amacı, satım sözleşmesine göre belirlenir.

(98) Oser/Schönenbeger, Art. 198. Nr. 15; Tandoğan, 173; Yavuz, 75.

(99) Giger, Art. 197 Nr. 68; Katz, 39; Yavuz, 75.

(100) Tandoğan, 173; Yavuz, 75; Oser/Schönenberger, Art. 197 Nr. 15.

(101) Edis, 74; Yavuz, 75; Oser/Schönenberger, Art. 197 Nr. 15.

(102) Yavuz, 74; Edis, 74; Tunçomağ, 123.

Satım sözleşmesinden bu amaç çıkarılmıyorsa, alış-veriş hayatındaki yaygın anlayışa göre, mefruz kullanım amacı tesbit edilir. Örneğin, kullanılmak üzere bir sürahi satın alan kimse, ticarî hayattaki yaygın görüşlere göre, sürahinin su akıtmadığını farzetmek hakkına sahiptir. Ancak, bu sürahi süs olarak alınmış ise, sürahinin altında bir delik olması onu ayıplı kılmaz<sup>(103)</sup>.

Mefruz kullanım amacı açısından önemli olan ayıp, aynı zamanda satılan şeyin değerini ve elverişliliğini de büyük ölçüde etkilemiş olmalıdır. Genellikle elverişliliğe etki eden ayıp, değere de tesir eder. Ancak normal ya da mefruz kullanma amacına göre değere etkili olabilecek bir ayıbın, satılan şeyin elverişliliğini etkilememesi ihtimali de gerçekleşebilir. Örneğin bir tablonun başka bir ressama ait olması onun değerini etkileyebilir, ancak elverişliliğine tesir etmez.<sup>(104)</sup>

(103) Becker, Art. 197 Nr. 41; Yavuz, 74; Oser/Schönenberger, Art. 197 Nr. 11; Tunçomağ, 123; Giger, Art. 197 Nr. 70. Yazara göre, söz konusu kullanım satım sözleşmesinin doğru olarak ifasını belirlemek için, sözleşmenin yorumlanmasıyla tesbit edilir. Alıcı, satın aldığı şeyi hangi amaç için aldığını satıcıya bildirmiş ise, mefruz kullanım sözleşmenin bir parçası olur. Buna karşılık alıcı, sarih veya zımnî bir irade açıklamasıyla eşyanın kullanım amacını işlem temeli yapmış ise ve satıcı eşyanın kullanım amacını bilse bile alıcının öngördüğü kullanımı tekeffül etmiş olmaz. Satıcının susmasını güven ilkesine göre değerlendirilmelidir.

(104) Yavuz, 76; Arslanlı, 319; Eşyanın kullanım yönünden elverişli olduğunun belirlenmesinde, objektif elverişlilik esas alınmalıdır. Eşyanın elverişliliği yönünden olağan kullanımı somut olayın hal ve şartları gözönüne alınarak mahallî ilişkiler de dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Elverişlilik derecesini satıcı belirler. Tereddüt halinde işlerdeki yaygın anlayışa göre elverişlilik belirlenir. Giger, Art. 197 Nr. 11.

## V) AYIBIN, HASARIN İNTİKALİNDEN ÖNCE MEVCUT OLMASI

### I. Hasar Kavramı

Hasar kavramının biri, geniş diğeri de dar olmak üzere iki anlamı vardır. Geniş anlamda hasar satılan şeyde meydana gelen ve onun kırılması, bozulması, kötüleşmesi, telef olması gibi sonuçlar doğuran zararlı halleri ifade eder. Bu anlamıyla hasar, satılan şeyin aynına ilişkindir ve satılanın, hasara uğramadan önceki haline göre değerce ve biçimce daha kötü bir duruma düşmüş olduğunu gösterir.<sup>(105)</sup>

Dar anlamda hasar kavramı ise, sadece borç ilişkileri açısından kullanılır. Borcun doğumu ile ifası arasında geçen devrede, edimin borçluya isnat edilemeyen bir nedenle imkânsızlaşması durumunda ortaya çıkan ve taraflardan birini ya da her ikisini tehdit eden bir tehlikeyi ifade eder. Satım sözleşmesinde bu tehlike, satıcı yönünden, kendi borcundan kurtulmakla birlikte "semeni talep etme hakkını kaybetmek"; alıcı yönünden ise, satılanı hiç veya sözleşmeye uygun surette elde etmemesine rağmen, semenini ödemek ve dolayısıyla "satılan şeyden veya karşı edimden yoksun kalmak" şeklinde belirir. Bu nedenle, dar anlamda hasara, borca ilişkin hasar da denir.<sup>(106)</sup>

(105) Feyzioğlu, 204; Yavuz, 86; Hasardan eşyanın beklenmeyen şekilde kötüleşmesi anlaşılır. Honsell, 37. Geniş manada hasar kavramında bir tesadüfîlik vardır. "Geniş mânada hasar kavramı ile daha ziyade, herhangi bir şeyin borç münasebetine konu olup olmaksızın telef ve zayi olması veya kötüleşmesi vakası ifa edilmektedir. Diğer bir deyimle hasar bir ayn'a arız olan zararı tazammun etmektedir. Bu sebeptendir ki, geniş mânada hasara aynı hasar veya ayn'a müteallik hasar'da denir." Akıntürk, 22.

(106) Feyzioğlu, 204; Yavuz, 86; Hirsch, 694; Tandoğan, 106. Satış sözleşmesinin kurulması ile ifası arasında geçen dönemde, satılanın kaza sonucu bozulması ve değerinin düşmesine hasar denir. Dar anlamda hasara borca ilişkin hasar da denir. Akıntürk, 24.

Satım sözleşmesinin kurulmasından sonra, ancak ifasından önce satılan şeyde meydana gelen hasara kim katlanacaktır? Borçlar Kanunumuz bu sorun ile ilgili değişik çözüm şekilleri öngörmüştür.

Başka bir sorun da, satıcının ayıba karşı tekeffülden sorumlu olması için satılan şeyden ayıbın hangi anda mevcut olması gerektiğidir. Borçlar Kanunu'nda bu konuya ilişkin bir düzenleme yoktur. Bu konuda şu ihtimaller düşünülebilir.<sup>(107)</sup>

a) Satılan şeydeki ayıbın, satılanın alıcıya teslim anında mevcut olması,

b) Satılan şeydeki ayıbın, hasarın intikalinden önce mevcut olması,

c) Satılan şeydeki ayıbın, sözleşmenin kurulması anında mevcut olması,

Hasarın ve ayıbın intikali bakımından satım konusuna ve satım şekline göre değişik sonuçlar söz konusudur. Bu nedenle, hasarın ve ayıbın intikalini bir ayırım yaparak incelemek faydalı olur. Konuyu, parça ve cins satımları açısından hasarın intikali ile birlikte inceleyeceğiz.

### **B. Genel Olarak Hasarın İntikali Kuralı**

Kusurlu ifa imkânsızlığı, sözleşmenin geçerli olarak kurulmasından sonra, borçlunun kusurlu bir davranışı yüzünden edimin, sürekli ve kesin olarak yerine getirmesinin mümkün olmasındır.<sup>(108)</sup>

(107) Edis, 63-64.

(108) Becker, Art. 97 Nr.11; Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, 395; İnan, Borçlar Hukuku, 466; Feyzioğlu, C.II, 175; Tekinay/Akman/Buncuoğlu/Altop, 926 vd; Oğuzman, 256 vd; Serozan, Sözleşmeden Dönme, 277; Eren, C.III. 201.



İmkânsızlık, tabiî, fiilî, hukukî sebeplere dayanabilir. Tabiî imkânsızlık, tabiat kurallarına göre, edimin kesin olarak ifasının mümkün olmamasıdır. Fiilî imkânsızlıkta edim konusu şey yok olmamakla birlikte, bunun ifası fiilî ve pratik nedenlerle mümkün olmamakta veya çok zor olmaktadır. Hukukî imkânsızlıkta da, edim konusu mevcut olmakla birlikte bunun yerine getirilmesi, emredici bir hukuk normuyla yasaklanmaktadır.<sup>(109)</sup>

İmkânsızlık, objektif imkânsızlık ve sübjektif imkânsızlık olmak üzere ikiye ayrılır. Objektif imkânsızlık edim, borçlu da dahil hiç kimse tarafından ifa edilemiyorsa söz konusu olur. Sübjektif imkânsızlıkta ise, yalnız borçlu tarafından ifa edilememe söz konusudur.<sup>(110)</sup>

İmkânsızlık, başlangıçtaki ve sonraki imkânsızlık olmak üzere de ikiye ayrılır. Başlangıçtaki imkânsızlık, sözleşmenin hükümsüzlüğü neticesini doğurur (BK.md.20). Sonraki imkânsızlık kusurlu ise, ifa etmeme söz konusu olur. Borçlu BK. md. 96' vd. na göre sorumlu olur. İmkânsızlık, borçlunun veya yardımcı şahsın kusuruna dayanmıyorsa, BK. md. 117'ye göre borç sona erer. <sup>(111)</sup>

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde imkânsızlık borç ilişkisini sona erdirmekle beraber, borçlu da, sebepsiz zenginleşme kurallarına göre almış olduğu şeyleri iade eder. Henüz bir şey verilmemiş ise, alacaklı onları isteme hakkından yoksun olur. BK. md. 117/II'deki bu kurala göre, hasar borçluda kalır.<sup>(112)</sup> Ancak BK. md. 117'nin son cümlesi de şöyledir:

(109) Eren, C.III 201-202; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 1212 vd.; Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, 396; Dural, 8 vd.

(110) Eren, C.III, 203; Becker, Art 20 Nr. ; Art.1 97 Nr. 13; Oğuzman, 257; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 908; Guzh/ Merz/ Kummer, 39.

(111) Feyzioğlu, 205; Eren c.III, 208.

(112) Feyzioğlu, 205; Tandoğan, 108.

"Kanun veya akit ile borcun ifasından evvel bile vukua gelen zararın alacaklıya yükletilmiş olduğu haller bundan müstesnadır." Bu istisnalardan biri de, satım sözleşmesinde BK.md. 183'te yer almaktadır. BK. md. 183/T'e göre: "Halin icabından veya hususî şartlardan mütevellit istisnaların maadasında satılan şeyin nefî ve hasarı akdin in'ikadı anından itibaren alıcıya intikal eder." Görüldüğü gibi kanun sözleşmenin kuruluşundan itibaren hasara alıcının katlanması gerektiğini belirtmektedir.<sup>(113)</sup>

### 1. Parça borçlarında hasarın inkitali ve satıcının ayıba karşı tekeffül borcu

Parça borçlarında<sup>(114)</sup> ferdî nitelikleriyle belirlenmiş edim, henüz ifa edilmeden borçlunun kusuru dışında yok olmuşsa, sonraki kusursuz ifa imkânsızlığı söz konusu olur ve borçlu borcundan kurtulur (BK.md.117/I). Karşılıklı borçları ihtiva eden sözleşmelerde borcundan kurtulan borçlu, karşı taraftan edimi ifa etmesini isteyemez. Almış olduğu şeyleri de sebepsiz zenginleşme kuralına uygun olarak iade etmek zorundadır (BK. md. 117/II). Yalnız BK. md. 117/II son cümlesi bir istisna içermektedir. Bu istisna özellikle BK. md. 183/T'de satış sözleşmesinde düzenlenmiştir. Parça borcunu ihtiva eden satım sözleşmesinde hasar, sözleşmenin kurulmasıyla alıcıya intikal eder.<sup>(115)</sup>

(113) Keller/Lörtscher, 19; Honsell, 37-39; Oser/Schönenberger, Art. 185 Nr.4; Tandoğan, 108; Feyzioğlu, 208; Tunçomağ, 74; Eren, C.I. 137; Yavuz, 88; Edis, 64.

(114) Ticaret hayatındaki yaygın anlayışa göre, ferdî nitelikleri ile diğer şeylerden ayrılan ve birbirinin yerine konamayan eşya, misli olmayan eşyadır. Misli olmayan şeyler genel olarak parça satımının konusunu oluştururlar. Eger, C.I, 134; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, 67; Tunçomağ, Borçlar Genel Hukuku, 68.

(115) Tunçomağ, 74; Eren. C.I, 137; Yavuz,88; Edis,64; Tandoğan, 109; Oser/Schönenberger, Art. 185 Nr. 2.

Satım sözleşmesinin kurulmasıyla, satılan şeyin hasarına alıcının katlanmasının ön şartı, herşeyden önce geçerli bir sözleşmenin kurulması, hüküm ve neticelerini doğurmasıdır<sup>(116)</sup>. İkinci şart ise, satılanın ferdiyle belirlenmiş olmasıdır. Bu şartı, BK. md. 183/II. fıkrasında "bununla beraber yalnız nev'an tayin edilmiş olan satılanın ayırt edilmiş olması da lazımdır." ibaresinden zımnen çıkartıyoruz.<sup>(117)</sup> Üçüncü şart ise, hasara borçlunun kusurlu davranışının neden olmamasıdır. Hasar borçlunun (satıcının) kusurlu davranışı dışında, örneğin bir zelzele veya yıldırım düşmesi sonucu meydana gelmiş ise, hasar alacaklıya aittir. Bu sebeple satıcı, kendi edimini ifa etmeden borçtan kurtulduğu halde, alıcı satış semeni ödemek zorundadır; bu parayı daha önce ödemiş ise bunu geri isteyemez.<sup>(118)</sup>

Şeydeki hasara, satıcının (borçlunun) kusurlu davranışı neden olmuş ise, alıcı katlanmaz. Bu durumda, satıcının kusurlu ifa imkânsızlığı vardır. Satıcı BK md 96 vd'na göre sorumludur. Borçlar Kanunu'nun ilgili hükümlerine göre, temerrüde düşme hasarın satıcıda kalması için yeterlidir.<sup>(119)</sup> BK. md. 183/I'e göre "halin icabından veya hususî şartlardan mütevellit istisnaların" dışında hasarın alıcıya geçmesi için yukarıda belirtilen şartların gerçekleşmesi yeterlidir. Şimdi BK. md183/I'in öngördüğü istisnaları inceleyelim:

(116) Yavuz,89; Tandoğan, 109; Keller/Lörtscher, aynı durumu "sözleşmenin kurulmasıyla birlikte" diyerek ifade etmiştir. Keller/Lörtscher,19; Aynı manada ifade için, bkz.; Hansell, 39.

(117) Tunçomağ, 74; Tandoğan, 109; Oser/Schönenberger, Art. 185 Nr.5; Akıntürk, 71; Keller/Lörtscher, 19.

(118) Yavuz, 90, Eren, C.I. 138 ve aynı sayfada dn. 34 c'de anılan yazarlar. Keller/Lörtscher, 19.

(119) Yavuz, 90.

### a) Halin icaplarından doğan istisnalar

Halin icabından kastedilen, somut olayın taşıdığı özellikleri ve tarafların menfaat dengesi gözönüne alındığında hakimın kuralı aynen uygulamaktan kaçınması ve böylece hakkaniyete aykırı bir sonucun doğmasına engel olmasıdır.<sup>(120)</sup>

Satım sözleşmesindeki, özel şartlar, hak ve nesafet kuralları, sözleşmenin kurulması ile hasara alıcının katlanmasını gerektirmiyorsa, hasara satıcı katlanır. Genellikle aşağıdaki ihtimaller halin icabına birer örnek teşkil eder:<sup>(121)</sup>

- i) Satılanın tesliminin, satıcı lehine ertelenmiş bulunması,
- ii) Satıcının aynı şeyi iki ayrı şahsa satmış olması,
- iii) Seçimlik borçlarda, seçim hakkının satıcıya bırakılmış olması,
- iv) Satılan şeyin, satıcı tarafından masrafı kendisine ait olmak üzere, ifa mahalline taşınmasının kararlaştırılmış olması,
- v) Şufa hakkını kullanan paydaşın, satılan hissenin bedelini ve sair giderlerini henüz depo etmemiş olması,
- vi) Satım sözleşmesinin peşin para karşılığında yapılmamış olması.

İsviçre Federal Mahkemesi<sup>(122)</sup> bir kararında, satılanın, satıcı tarafından masrafı kendisine ait olmak üzere ifa mahalline

(120) Feyzioğlu, 221; Tandoğan, 111; Akıntürk, 152-153; Uygur, 200; Olgaç, 62. BK.md. 183'teki düzenleme daha ziyade kabul edilmeyen bir durum olarak gözükmekte. Bu kural halin icapları (özel ilişkiler) nedeniyle uygulanabilir bir duruma gelmektedir. Keller/Lörtscher, 20; Giger, Art. 185 Nr. 74.

(121) Feyzioğlu, 221; Akıntürk, 147-164; Tandoğan, 111 vd.; Edis, 65; Uygur, 200; Olgaç, 62.

(122) BGE 84 II 158. Bu kararlar ilgili açıklamalar için bkz.; Tandoğan, 114.

taşınmasının kararlaştırılmış olmasında, satıcının hasarı kendi üzerine aldığını kabul etmiştir. Bu içtihat, satılanın üzerinde sadece satıcı tasarrufta bulunabilecek ise, uygulanmalıdır. Satıcı, sadece objektif olarak önleyebileceği hasardan sorumlu olmalıdır. Satıcının mücbir sebepten dolayı hasardan sorumluluğu söz konusu olmalıdır.<sup>(123)</sup>

#### b) Sözleşmeden doğan istisnalar

BK. md. 183/T'deki kural emredici değildir, taraflar satım sözleşmesinde aksini kararlaştırabilirler. Bu taktirde, satım sözleşmesinin kurulması ile hasara satıcı katlanır.<sup>(124)</sup>

Bu istisnaî haller dışında, satım sözleşmesinin kurulmasıyla hasar alıcıya geçer. Satıcının satılan şeyin ayıbından dolayı, ayıba karşı tekeffül hükümlerine göre sorumlu olması için, satılandaki ayıp en geç sözleşmenin kurulması anında mevcut olmalıdır. Ayıplar giderilebilir olsalar bile, sözleşmenin kurulmasında satılанда mevcut ise, satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğu gerçekleşmiş olur.<sup>(125)</sup>

Hasarın geçmesinden sonra ortaya çıkan ayıplar, evvelce mevcut sebeplerden meydana geliyorsa, satıcı sorumlu olur. Örneğin, hayvan daha önce hastalanmış ve bu hastalık sonucu sakat kalmış ise, satıcı bundan sorumlu olur. Ancak, örneğin meyveler hasarın geçmesinden sonra normal olarak çürümüş ise, satıcı bundan so-

(123) Cavin, 85.

(124) Edis, 65; Tandoğan, 111; Feyzioğlu, 221; Yavuz, 91; Oser/Schönenbenrger, Art. 185 Nr. 13; Uygur, 200 vd; Olgaç, 60 vd. Hasarın geçmesinden önce taraflar açıkca masrafsızlık şartı kararlaştırabilirler. Bu şart yegâne olarak nakliye masrafları ile ilgilidir. (BGE 52 II 365) Keller/Lörtscher, 20. Karş, Giger, Art. 185 Nr. 87 vd.

(125) Edis, 65.

rumlu olamaz.<sup>(126)</sup> Geleceğe ilişkin bir durumun garanti edilmesi halinde, bu garanti taahhüdüne ayıba karşı tekeffül hükümleri kıyas yoluyla uygulanır.<sup>(127)</sup>

## 2. Cins Borçlarında Hasarın İntikali ve Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu

Cins borçlarında<sup>(128)</sup> sonraki kusursuz imkânsızlık yani hasar, satım sözleşmesinin ifasına kadar, başka bir ifade ile cinsin miktar ve niteliklerine uygun eşyanın fiilen teslimi anına kadar borçluya aittir<sup>(129)</sup>. Cins borçlarında, borçlunun borçlandığı edim, ferdî nitelikleri ile ilgili değildir. Sadece bir cinse ait olarak bellidir. Bu nedenle, borçlunun teslim etmek zorunda olduğu şey, kusurlu olarak yok olsa bile, alacaklı buna yabancısıdır. Zira, cins yok olmaz.<sup>(130)</sup>

Cins borçlarında hasar, satılanın parça borcu haline gelmesine kadar alıcıya intikal etmez. Konuyu, aynı mahallede ifa edilecek cins borçları ve aynı yerde ifa edilecek cins borçları açısından incelemek gerekir.

### a) Aynı yerde teslim edilecek şeylerin satışında

Aynı yerde teslim edilecek misli şeylerin satışında, hasar satılan şeyin ayırt edilmesi ile alıcıya geçer (BK. md. 183/II).<sup>(131)</sup>

(126) Yavuz, 92; Tandoğan, 166 vd.; Oser/Schönenberger, Art. 197 Nr. 17; Becker, Art. 197 Nr. 8.

(127) Yavuz, 92.

(128) Nitelikleri itibariyle birbirinin aynı olan veya biri diğerinin yerine konabilen ve böylece, sayılabilen, ölçülebilen ve tartılabilen taşınır şeylere misli şeyler denir. Genel olarak misli şeyler cins borçlarının konusunu oluşturur. Eren, C.I, 133-134; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, 67; Tunçomağ, Borçlar Genel Hukuku, 68.

(129) Eren, C.I, 138; von Tuhr/Peter, 56; Akıntürk, 129; Oser/Schönenberger, Art. 185 Nr. 7.

(130) Eren, C.I, 138; Tunçomağ, Borçlar Genel Hukuku, 71; von Tuhr/Peter, 65.

(131) Edis, 66; Tandoğan, 114; Tunçomağ, 75; Feyzioğlu, 216; Oser/Schönenberger, Art. 185. Nr. 10 a.

Aynı yerdeki satım, satıcı ve alıcı, ayrı ayrı yerlerde bulunsalar dahi satılanın, ifa yerinden başka yere gönderilmesi gerekmeyen satımdır.<sup>(132)</sup>

Ayırt etme kavramından ne anlaşılması gerektiği hakkında doktrinde görüş birliği yoktur. (133) (134) (135)

Bizim de katıldığımız hâkim görüş göre,<sup>(136)</sup> hasara alıcının katlanması için, satıcının tek taraflı olarak mislî şeyi ayırt etmesi yeterli değildir. Bu ayırdetmede alıcı veya temsilci de bulunmalıdır. Satıcı ancak, ayırdetme için alıcıyı veya temsilcisini davet etmesine rağmen her ikisi de gelmez ise, tek başına ayırdetme işlemi yapabilir.

Cins borçlarında hasarın alıcıya geçmesi için, mislî şeylerin ayrılmış olması gerekir. Bizim de kabul ettiğimiz hâkim görüş çerçevesinde, satılan alıcının veya temsilcisinin katılımıyla ayrılmalıdır. Satıcının satılanın ayıbından dolayı sorumlu olması için de, satınlandaki ayıp en geç ayrılma anında mevcut olmalıdır.

(132) Tandoğan, 114.

(133) Bir görüşe göre, satılan şeyin satıcının tek taraflı olarak ayırt etmesi yeterlidir. Satıcının satılan şeyi ayrı bir paket yapması, ölçmesi, tartması bir kenara yerleştirmesi veya üzerine ayırt edici işaretler koyması yeterlidir. Becker, Art. 185 Nr.6.

(134) Doktrinde savunulan başka bir görüşe göre de, ayırt etmenin tek taraflı olarak yapılması yetmez. Bunun alıcıya veya temsilcisine de bildirilmesi gerekir. İhbarın gönderilmesi ile hasar alıcıya geçer. Ancak ayırt etmeyi ispat etmesi gerekir. Yarg. 13. HD. 15.12.1985, E. 1984, 7828 K. 1985/1010 YKD. C.XI (1985) sayı.10, 1508 vd.; Akıntürk, 133-134.

(135) Doktrinde savunulan başka bir görüşe göre de, cins satımlarında hasarın alıcıya geçmesi için satılanın teslimi gerekir. Buna teslim görüşü (Lieferungstheorie) denir. Hasar, tarafların niyetine göre satıcının yapması gereken şeyi yaptıktan sonra alıcıya geçer. Egli, 93.

(136) Tandoğan, 115; Oser/Schönenberger, Art. 185 Nr. 9; Serozan, Parça-Borcu Çeşit Borcu Aşılması Gereken Bir Ayrım, 32.

Sınırlı cins borçlarında hasara, parça borçlarında olduğu gibi alıcı katlanır. Örneğin bir çiftliğin belirli bir yıldaki ürünün tamamı taahhüt edilmiş, ancak bu ürünler tamamen yok olmuş ise ve satıcı kusurlu değil ise, bundan sorumlu olmaz. Hasara alıcı katlanır.<sup>(137)</sup> Satıcı piyasadaki aynı tür ürünü temin ederek, borcunu ifa etmek zorunda değildir. Zira sınırlı cins borçları genel cins borçlarında olduğu gibi bir sağlama borcu (Beschaffungsschuld) değildir.<sup>(138)</sup> Ancak sınırlı cins borçlarında, bir bağın bir yıldaki ürünün tamamı taahhüt edilmeksizin, bu yıldaki sadece belli bir miktar ürün taahhüt edilmiş ise, bu ürün ayırılmazca hasara alacaklı katlanamaz.<sup>(139)</sup>

Sınırlı cins borçlarında da, satıcının satılanın ayıbından sorumlu olması için, satılana ayıp hasarın geçmesinden önce mevcut olmalıdır.

## 2) İfa yerinden başka yere gönderilecek şeylerin satışından

### (Mesafe satışlarında)

Mislî şeylerin satışında, satılan mal başka yere gönderilecek ise, sadece ayırtetme yeterli değildir. Aynı zamanda gönderme amacıyla satılan üzerindeki zilyetliğin de kaldırılması gerekir (BK. md. 183/II). Buradaki zilyetliğin kaldırılmasından amaç, şeyin satıcının hakimiyet alanından çıkmış olmasıdır.<sup>(140)</sup>

Mesafe satımında satılanın gönderileceği yerin, mutlaka coğrafi veya idari açıdan farklı yer olması gerekmez. Aynı şehir

(137) Eren, C.I. 130.

(138) Eren, C.I. 139.

(139) Tandoğan, 115; Arslanlı, 258; Oser/Schönenberger, Art. 183 Nr.7.

(140) Edis, 67; Tandoğan, 116; Tunçomağ, 79-80; Feyzioğlu, 218; Oser/Schönenberger, Art. 185 Nr. 10.



içinde de mesafe satımı söz konusu olabilir. Önemli olan, satılan şeyin alıcının fiilî hâkimiyet alanına girebilmesi için belirli bir mesafeyi aşmak zorunda olması ve bunun için üçüncü şahsın aracılığına ihtiyaç duyulmasıdır<sup>(141)</sup>. Satıcı, satılanı, kendisi veya mahiyetinde çalıştırdığı kişilerin kontrolünde naklettiği takdirde satılanın üzerindeki zilyetliğini kaldırmış sayılmaz.<sup>(142)</sup>

Birden çok alıcıya ait mallar birarada gönderiliyor ve malların hangi alıcılara ait olduğu belli ise, hasar alıcılara geçer. Satılan malların hangi alıcıya ait olduğu belli değil ise, ancak bütün malların hasara uğraması halinde hasar alıcıya geçer.<sup>(143)</sup>

Mesafe satımlarında, satıcının satılanın ayıplarından dolayı sorumlu olabilmesi için, satılndaki ayıp zilyetliğin alıcıya gönderilmesi anında mevcut olmalıdır<sup>(144)</sup>.

### **3) Şarta bağlı satışlarında hasarın intikali ve satıcının ayıba karşı tekeffül borcu**

#### **a) Tâlikî şarta bağlı satışlarda, hasarın ve ayıbın intikali**

BK. md. 183/III'e göre, yapılan satış tâlikî şarta bağlı ise, şart gerçekleşmedikçe alıcı hasara katlanmaz. Hasara satıcı katlanır.<sup>(145)</sup>

Tâlikî şarta bağlı satımların başında tecrübe ve muayene şartıyla satış gelir.<sup>(146)</sup>

(141) Feyzioğlu, 218; Oser/Schönenberger, Art. 185 Nr. 11; Bilge, 33; Kalpstüz, 6; Akıntürk, 134 vd.; Tandoğan, 116.

(142) Oser/Schönenberger, Art. 185 Nr. 10; Becker, Art. 185 Nr. 39; Egli, 100 vd.

(143) Oser/Schönenberger, Art. 185. Nr. 12.

(144) Edis, 67.

(145) Feyzioğlu, 212; Edis, 67; Tandoğan, 117; Oser/Schönenberger, Art. 185 Nr. 16; Tunçomağ, 71 vd.

(146) Tandoğan, 117, Oser/Schönenberger, Art. 185 Nr. 14-a; Edis, 67.

Tâlikî şarta bağlı olarak yapılan satış sözleşmesinde, satıcının satılanın ayıba karşı tekeffül borcundan sorumlu olabilmesi için, satılana ayıp tâlikî şartın gerçekleşeceği ana kadar bulunmalıdır. Ancak bunun için satılanın alıcıya teslim edilmemiş olması gerekir.

Satım sözleşmesi tâlikî şarta bağlı olmasına rağmen, şartın gerçekleşmesinden önce satılan şey alıcıya teslim edilmiş ise, hasara kim katlanacaktır? Bir görüşe göre,<sup>(147)</sup> hasar şartın gerçekleşmesine kadar satıcıda kalır. Zira şart gerçekleşmedikçe, mülkiyet alıcıya geçmez. Tâlikî şart gerçekleşmeden önce tarafların hak ve borcu daha doğmamıştır. Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre,<sup>(148)</sup> tâlikî şart gerçekleşmeden satılan mal alıcıya teslim edilmiş ise, hasara alıcı katlanmalıdır. Birinci görüşün kabulü alıcının kötüniyetli olması durumunda, hak ve nesafet kurallarına aykırı sonuçlar doğurur. Aynı zamanda bu görüşün kabulü BK.md. 151/I'de kabul edilen espiyiye aykırı sonuçlar da doğurabilir. BK. md. 151/I'e göre, tâlikî şarta bağlı borçlarda satılan şey alacaklıya teslim edilmiş ise, şeyde meydana gelen menfaatler alacaklıya ait olur. Menfaatlere sahip olan kişinin, hasara da katlanması adalete daha uygundur. Zira, her nimetin bir külfeti olmalıdır.

Tâlikî şarta bağlı satışlarda, şart gerçekleşmeden satılan şey teslim edilmiş ise, satıcının ayıba karşı tekeffül borcunun gerçekleşmesi için, satılana ayıp, en geç satılan şeyin teslimi anında mevcut olmalıdır<sup>(149)</sup>.

(147) Oser/Schönenberger, Art. 185 Nr. 17; von Tuhr/Siegwart, 719; Egli, 79-81; Arslanlı, 240-242; Akıntürk, 124; Feyzioğlu, 214; Tunçomağ, 71.

(148) Edis, 67-68; Hırş, 702; Poroy, 50.

(149) Edis, 68.

**b) İnfisahî şarta bağlı satımlarda hasarın ve ayıpların intikali**

İnfisahî şarta bağlı olarak yapılmış olan bir sözleşmenin hükümleri kural olarak kurulduğu anda doğar. Şartın gerçekleşmesi ancak devam etmekte olan bu hükümlere son verir. İnfisahi şart kural olarak ileriye etkili sonuçlar doğurur (BK. md. 152).

Satım sözleşmesinin infisahî şarta bağlı olarak yapılması durumunda satılana ayıbın bulunma anı, genel kurala tâbi olur. Burada da satılanın, başka yere gönderilecek olması veya aynı yerde ifa edilecek olmasına göre sonuç değişik olur.<sup>(150)</sup>

**4) Mülkiyeti muhafaza kaydıyla satımlarda hasarın intikali ve satıcının ayıba karşı tekeffül borcu**

MK. md. 688'e göre: "Başkasına naklettiği mülkiyeti nakilin uhdesinde hıfz için yapılan mukaveleler ancak menkulü alan kimsenin ikametgâhındaki noter tarafından tasdik ve sicili mahsusuna kaydedilmiş ise muteber olur." Madde metnindeki "Başkasına naklettiği mülkiyet" ibaresi yanlıştır. Zira hem başkasına mülkiyet nakledilmesi, hem de mülkiyetin muhafaza edilmesi imkânsızdır. Madde metni İsviçre'deki mehazi gibi iktisap edene (alıcıya) nakledilen menkul bir şey üzerinde mülkiyetin muhafazası" şeklinde anlaşılmalıdır (OR.Art. 715).

Mülkiyeti muhafaza sözleşmesinde, bizzat sözleşme şarta bağlı değil; sadece mülkiyetin geçmesi şarta bağlıdır.<sup>(151)</sup>

Mülkiyeti muhafaza sözleşmesindeki şartın hukukî niteliğinin, infisahî mi, yoksa tâlikî mi olduğu tartışmalıdır. Şartın hukukî nite-

(150) Edis, 68; Feyzioğlu, 214; Tunçomağ, 72.

(151) Oser/Schönenberger, Art. 185 Nr. 14.a; Tandoğan, 118; von Tuhr/Siegwart, 85 dn. 24; Akıntürk, 124.

liğinin tesbitinde tarafların iradesi dikkate alınmalıdır. Tereddüt halinde, infisahi şart kabul edilmelidir.<sup>(152)</sup>

Mülkiyeti muhafaza kaydıyla satımlarda şart infisahi olduğu için, hasar satılan şeyin türüne göre intikal eder. Şayet mülkiyeti muhafaza sözleşmesinin konusu parça satımı ise, sözleşmenin kurulması ile hasar alıcıya ait olur. Satıcının ayıba karşı tekeffülden sorumlu olması için de, satılana ait ayıp en geç satım sözleşmesinin kurulmasından önce mevcut olmalıdır. Mülkiyeti muhafaza sözleşmesinin konusunu cins satımı oluşturuyor ise, alıcı satılanı teslim almakla hasara katlanır. Satıcının ayıba karşı tekeffülden sorumlu olması için, satılana ait ayıp en geç teslim anında bulunmalıdır.<sup>(153)</sup>

#### **E. Gemi satılarında hasarın intikali ve satıcının ayıba karşı tekeffül borcu**

Gemi satımlarında, hasarın ve ayıbın intikali gemi siciline kayıtlı olan ve olmayan gemiler açısından farklılık arzeder. Gemi siciline kayıtlı olmayan gemiler İc.İf. Kanunu'nun 42. maddesine göre menkul sayılırlar. Bu nedenle, gemi siciline kayıtlı olmayan gemilerde hasarın ve ayıbın intikali, menkullerdeki hasarın ve ayıbın intikali kurallarına tâbidir.<sup>(154)</sup>

Ticaret Kanunu Mer'iyet ve Tatbik Şekli Hakkındaki 6763 sayılı Kanunu'nun 42. maddesine göre: "Gayrimenkul" terimi "bir Türk

(152) Edis, 69; Oser/Schönenberger, Art. 185 Nr. 14; Arslanlı, 243.

(153) Edis; 69" Mülkiyeti muhafaza kaydıyla yapılan satımlarda nef'i hasar satım gününde alıcıya intikal eder. Bu bakımdan mülkiyeti muhafaza kaydıyla satım yapanın, bu tarihten sonraki hasar için dava hakkı yoktur." Yarg. 4. HD. 15.10.1979 E. 5763, K. 11355. Uygur, 203.

(154) Edis, 70; Feyzioğlu, 227.

gemi siciline kayıtlı olan gemilere de şâmil"dir. TK. md. 868'e göre "gemi siciline kayıtlı bulunan geminin temlik için mâlik ile iktisap edenin, mülkiyeti iktisap edene geçeceğine dair anlaşmaları gerekli ve yeterlidir. Taraflardan herbiri, masrafını çekmek şartıyla kendisine temlike dair resmî veya imzası noterce tasdikli bir senet verilmesini isteyebilir."

Bu suretle iktisap edilen gemiler ve TK. md. 965'e göre iktisap edilen gemi payında, hasarın ve ayıbın intikali şu şekilde olur. Satıcının ayıba karşı tekeffülden sorumlu olması için, gemideki ayıp sözleşmenin kurulmasından önce mevcut olmalıdır. Şayet gemi veya gemi payı, gemi yolculuğu sırasında temlik edilirse, temlik eden ile iktisap eden arasındaki münasebetlerde bu yolculuğun kârı veya zararı, aksine anlaşma olmadıkça iktisap edenindir.<sup>(155)</sup> Geminin iktisap eden tarafından teslim alınması için muayyen bir gün kararlaştırılmış ise, sözleşmede aksine hüküm olmadıkça neffî ve hasar (ve dolayısıyla ayıplar) ancak kararlaştırılan günden itibaren alıcıya intikal eder.<sup>(156)</sup>

## **6- FOB ve SIF satışlarda hasarın ve ayıpların intikali**

### **a) Fob satışlarında hasarın ve ayıpların intikali**

İngilizce (Free on board) kelimelerin baş harflerinden oluşan ve yükleme limanında gemide teslim anlamını taşıyan FOB satış, satıcı veya malı sevk edenin, geminin bordasına kadar şeye gelebilecek hasarlardan doğan sorumluluğu üstlendiği satış türüdür.<sup>(157)</sup>

(155) Feyzioğlu, 70, 228.

(156) Edis, 70; Feyzioğlu, 228.

(157) Feyzioğlu, 228; Göktürk, 390-391; Edis. 70.

TK. md. 1138/II'ye göre: "Satılan malların geminin küpeştesini fiilen geçtiği andan itibaren nefi ve hasar alıcıya aittir." Satıcının, satılanın ayıbından sorumlu olması için satılndaki ayıp, en geç satılanın geminin küpeştesini geçmeden önce bulunması gerekir. "Taraflarca belirlenen gemi, vaktinde hazır olmazsa, satılan mallar satıcı tarafından, alıcının kullanımına sunulduğu anda hasara alıcı katlanır. Aynı zamanda alıcı, gemiyi önceden belirlemiş veya satılan şeyi teslim almak için bir süre tesbit etmemiş var teslim yerini seçme hakkına sahip olmasına rağmen, zamanında buna ilişkin talimat göndermemiş olduğu durumlarda, kararlaştırılan müddetin sona ermesinden itibaren hasara katlanır". Bu durumda satıcının satılndaki ayıptan sorumlu olması için; satılan şeydeki ayıp en geç alıcının kullanımına sunulmasında veya kararlaştırılan sürenin bitiminden önce olması gerekir.

**b) Sif satışlarında hasarın ve ayıpların intikali**

TK. md. 1139/I'e göre: "Bir malın muayyen bir yere taşınması için gemiye yükletilmesi şartıyla mal diğerinden ve satıcı tarafından ödenecek sigorta ücreti ile navlundan ibaret maktu bir bedel karşılığında yapılan satışa "Sif" satış denir".

TK. md. 1143'e göre:"Sif satılan malların gemi küpeştesini aştığından itibaren nefî ve hasarı alıcıya aittir." Satıcının satılanın ayıplarından sorumlu olması için, satılndaki ayıplar en geç geminin küpeştesini geçene kadar mevcut olmalıdır. "Şu kadar ki, mallar yalnız nev'an tayin edilmiş ise satıcı, malların yükleme anı ile markaları ve yükletildiği gemi hakkında aldığı malumatı derhal alıcıya bildirmek suretiyle yüklettiği malları tayin ve tahsis etmiş olması şarttır."

Bu son durumda satıcının satılan şeyin ayıbından sorumlu olması için, ayıbın en geç satılanın ayırdedilmesi ve alıcıya ihbar edilmesi anında mevcut olması gerekir. (158)

### 7) Gayrimenkul satışlarında hasarın intikali ve satıcının ayıba karşı tekeffül borcu

BK. md. 183'e göre; satım sözleşmenin kurulmasıyla birlikte hasar alıcıya geçer. BK. md. 216'ya göre de, "Satılanın alıcı tarafından kabzedilmesi için mukavele ile bir müddet tayin edildiği halde onun nefî ve hasarının alıcıya intikal etmemesi asıldır." Ancak, sözleşmenin kurulmasıyla hasarın alıcıyla geçmesi için "mukavele ile bir müddet tayin" edilmemiş olması gerekir. Bu hüküm bizim hukukumuzda pratik değer taşımaz; ancak, İsviçre'de pratik değer taşıyabilir. Tapu Kanunu'nun 26'ncı maddesine göre, gayrimenkule ilişkin resmî sözleşmeler tapu memurunun huzurunda yapılır. Resmî senet ile mülkiyetin geçmesi arasında bir zaman dilimi yoktur. Sözleşmenin kurulmasıyla hasar alıcıya geçer. (159) Nitekim Yargıtay'ın da bu yöne vermiş olduğu kararlar vardır. (160)

Satılan gayrimenkul satım işlemi ile tapuya tescil edilmiş, mülkiyet alıcıya geçmiş ise, satıcının satılanın ayıbından sorumlu

(158) "... Sif satışlarda bayi malı muayyen olan zamanda esbabı mücbire yüklemiş ise müşteri akdi feshedilebilir. Akdin feshini derhal ihbar etmeyen müşteri bilâhare malın geç geldiğini ileri sürerek akdi feshedemez... Malın mümkün olduğu suretle yollanacağı kaydı muayyen bir kaidi tazammum etmez. Bu itibarla alıcı tarafından muayyen bir vade tayin ve ihbar okunarak neticesine göre hareket edilmek icab eder..." Yarg. TD. 29.05.1954. E. 1018, K. 4402. ABD., 1954, sayı. 3,269.

(159) Tandoğan, 265; Edis, 71; Feyzioğlu, 225; Bilge, 86; Uygur 900; Akıntürk, 126.

(160) "BK'nun 216'ncı maddesinde mebiin müşteri tarafından kabzedilmesi için bir müddet tayin edildiği halde arzın nefî ve hasarının müşteriye intikal etmemesi asıl olduğu vazih bulunmuş ise de, bu madde hükmü alıcı namına tapuya bağlanmış ve tapu senedi de verilmiş olan gayrimenkul satışlarına şumûlü bulunmamıştır." Yarg. 4. HD. 29.12.1942, E. 3603, K. 3261 Tepeci, 498, Yarg. 3.HD.25.5.1953 tarihli kararı da aynı yöndedir. Karar için bkz.; AD-1954/II, 1356.

olması için, satılandaki ayıbın en geç mülkiyetin alıcıya geçmesi anına kadar mevcut olması gerekir. Bununla beraber, BK.md. 216 hukukumuzda ihtiyarî açık artırmalarda uygulanabilir. Çünkü bunlarda sözleşme ihale ile tamam olur. Fakat mülkiyet tescil ile geçer. Bu arada satılan mal hasara uğrarsa ve teslim için bir süre konmuş ise, bu sürenin sonunda hasar alıcıya geçer.<sup>(161)</sup> Satıcı, teslim süresinin dolmasına rağmen, gayrimenkulü teslim etmez ise, temerrüde düşer (BK. md. 102). Bu durumda da satılanın hasarından satıcı sorumlu olur. Ancak satıcı, temerrüde düşmekte kusuru olmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir.<sup>(162)</sup>

## § 2- ŞEKLİ ŞARTLAR

### I. SATILAN ŞEYİN MUAYENESİ

#### A. Muayene ve Hukukî Niteliği

Kanun koyucu alıcıya, ayıba karşı tekeffülden doğan hakları kullanabilmesi için, bazı külfetler yüklemiştir. Bu külfetlerin başında, satılan şeyin muayenesi gelir.<sup>(163)</sup> BK. md. 198'e göre: "Alıcı kabz ettiği satılanın halini örf ve adete göre imkan hasıl olur olmaz muayene etmek borcu ile mükellef olup satılанда, satıcının tekeffülü altında olan bir ayıp gördüğü zaman bunu derhal satıcıya ihbar etmesi lâzım gelir."

Kanun metninde muayene bir borç olarak ifade edilmiştir. Borç kavramı ise kanunda tanımlanmamıştır. Kanun koyucu borç kavramının bilindiğini kabul ederek bunun tanımını yargı ve doktrine bırakmıştır. Borç, alacaklının borçludan istemeğe yetkili olduğu

(162) Edis, 71; Tandoğan, 265; Feyzioğlu, 225.

(163) Tandoğan, 265; Cavin, 138.

(164) Muayeneden maksat, satılan şeyin sözleşmeye uygunluğunun tesbitidir. Giger, Art. 201 Nr. 46.



borçlunun da yerine getirmek zorunda bulunduğu edimleri ihtiva eden hukukî bir ilişkiyi ifade eder.<sup>(164)</sup> Borç kavramından yola çıkarak, BK. md. 198'deki muayenin hukukî niteliğinin gerçek anlamda borç olmadığını söyleyebiliriz.<sup>(165)</sup> Zira, burada ayıba karşı tekeffül sorumluluğundan alıcının faydalanabilmesi için, alıcının yerine getirmesi gerekli bir külfet (Obliegenheit) vardır. Çünkü, borçlu borcunu yerine getirmediği takdirde, alacaklı borcun ifasını veya ifa etmemeden dolayı tazminat isteyebildiği halde alıcının muayene külfetini yerine getirmediği zaman satıcı bu külfetin yerine getirilmesini isteyemez. Keza satıcı, alıcının satılan şeyi muayene etmesi halinde tazminat da talep edemez.<sup>(166)</sup> Külfet, alıcının ayıptan doğan haklardan faydalanabilmesi için yerine getirmek zorunda olduğu şarttır. Alıcı satın aldığı şeyin muayenesini yaptırmaz ise, şeyi bu haliyle kabul etmiş sayılır.<sup>(167)</sup>

Muayene, alıcı için külfet olduğu kadar aynı zamanda bir haktır. Muayenenin amacından da anlaşılabilir gibi, alıcı satılan şeylerin ifasını kabul etmek veya ayıp nedeni ile doğan hukukî yolları kullanmak (bu şeylerin kabul edilebilecek olup olmadığı) hususunda

(164) Eren, C.I, 25-26; İnan, 4; Atasoy, 31; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, 5 vd.; Reisoğlu, 33; Tunçomağ, Borçlar Genel Hukuku, 28.

(165) Edis, 73; Yavuz, 106; Feyzioğlu, 277; Tunçomağ, 129-130; Oser/Schönenberger, Art. 201 Nr. 41; Tandoğan, 176; Olgaç, 351; Honsell, 60; Giger, Art. 201 Nr. 5.

(166) Edis, 75; Yavuz, 107; Tandoğan, 176; Oser/Schönenberger, Art. 201 Nr. 3-4, Giger Art. 201 Nr. 5, BGE 38 II 546. Alıcı üzerine düştün bu yükü yerine getiremez ise, hukuken avantajlı olduğu bir durumu kullanamaz. Buradaki ihbarın hukukî niteliğini, irade açıklaması gibi değerlendirilmelidir. Alıcı, muayene, külfetini yerine getirmez ise, sadece ayıba karşı tekeffülden doğan hakkını kaybetmez, aynı zamandan BK. md. 96 ve BK. md. 51'den kaynaklanan tazminat hakkını da kaybeder. Honsell, 60-61.

(167) Giger, Art. 201 Nr. 5; Honsell, 60.

bir kanaat edinebilecek kadar esaslı bir surette muayene etmek hakkına sahiptir.<sup>(168)</sup>

Muayene, satıcı lehine, alıcıya yüklenmiş bir külfettir. Zira alıcıya bu külfet yüklenmek suretiyle, satılan şeylerin ayıplı olup olmadığı alıcı tarafından kabul edilip edilemeyeceği, satıcı tarafından vaktinde öğrenilir. Böylece satıcılar, alıcılar tarafından iade edilen şeyleri tekrar başkalarına satmak imkânına sahip olurlar.<sup>(169)</sup>

Muayene yükümlülüğünün yerine getirilmesi sadece zorunlu niteliklerin bulunmaması dolayısıyla ayıba karşı tekeffül borcunda değil, aynı zamanda zikir ve vaad nedeniyle ayıba karşı tekeffül borcunda da aranır.<sup>(170)</sup>

Satılan şeydeki ayıp, muayeneye gerek bırakmayacak şekilde açıksa veya diğer bilgiler yardımı ile ayıp kolayca anlaşılabilirse etraflı bir muayeneye ihtiyaç yoktur. Alıcı, gereğinden fazla muayene ederek zaman kaybetmemeli, ayıbı derhal ihbar etmelidir.<sup>(171)</sup> Satılan şeydeki ayıp, görünür ayıp ise veya muayene neticesi tesbit edilmiş ya da alıcı muayene külfetini yerine getirmemiş ise şeyi bu haliyle kabul etmiş sayılır.<sup>(172)</sup>

(168) Oser/Schönenberger, Art. 201. Nr.6. Zira, satılan şeydeki gizli ayıplarda ancak muayene ile tesbit edilir. Giger, Art. 201 Nr. 22; Furrer, 49 vd.

(169) Oser/Schönenberger, Art. 201. Nr.3.; Becker, Art. 201 Nr.2; Edis, 75-76; Tandoğan, 176; Feyzioğlu, 278; Olgaç, 166. Ayıp muayeneye gerek bırakmayacak kadar açıksa, satılan şeyi muayene etmek alıcı için hak kaybına neden olur. Zira, ayıba muayene etmekle ihbar gecikmiş olmaktadır. Giger, Art. 20/ Nr.5.

(170) Tandoğan, 176; Edis 76; Uygur, 350; Oser/Schönenberger, Art. 201 Nr.2; Giger, Art. 201 Nr. 18. BGE 81 II 56; Eşyanın hukukî niteliğinden dolayı. BK.md. 198 olacak satımına uygulanamaz. Giger, Art. 201 Nr. 19.

(171) Giger, Art. 201 Nr. 21; Oser/Schönenberger, Art. 201. Nr.5; Furrer, 48 vd.; Katz, 63; Honsell, 60-61; BGE 38 II 546.

(172) Honsell, 61; Giger, Art. 201 Nr. 22. Ancak, alıcı, bu durumda ayıplı malın teslimini reddetebilir veya itirazî kayıt ile kabul edilebilir. Bu halde malı bu haliyle kabul etmiş sayılmaz. Giger, Art. 201 Nr. 22.

### B- Satılan Şeyi Muayene Edecek Kişi

Muayenenin kimin tarafından yapılacağı hakkında taraflar arasında bir anlaşma varsa, anlaşma gereğince kararlaştırılan kişi muayeneyi yapar. BK. md. 198/I'de "alıcı muayene etmek borcu ile mükelleftir." denmektedir. Bundan muayenenin sadece alıcı tarafından yapılması gerektiği sonucu çıkarılmalıdır.<sup>(173)</sup>

Alıcı, muayeneyi bizzat kendisi yapabileceği gibi, temsilcisi vasıtasıyla da yaptırabilir. Özellikle alıcı bu alanda ihtisas sahibi ise (Satılan şeyin dahil olduğu alanda, ticaret yapıyor ise) ayıbın tesbiti kendisi için son derece kolay olur. Örneğin bu alanda ticaret yapan alıcının tencerenin deliğini tespit etmesi gibi. <sup>(174)</sup>

Taraflar, muayenenin tarafsız bir üçüncü kişi tarafından da yaptırılmasını kararlaştırabilirler.<sup>(175)</sup> Taraflar arasında bir anlaşma olmasa bile, alıcı muayeneyi üçüncü bir kişiye yaptırabilir. Alıcının, satın aldığı şeyi üçüncü kişilere muayene ettirme zorunluluğu yoktur. Ancak, üçüncü kişilere muayene ettirmek özellikle ayıpların tesbiti açısından uzmanlık gerektiriyor ise, bir zorunluluk arzedebilir. BK. md. 199'da üçüncü kişilere muayene zorunluluğu açıkça ifade edilmiştir. Hayvan alım satımında muayene, merciinden istenmelidir.<sup>(176)</sup> Keza muayeneyi üçüncü kişilere yaptırma, ticaret hayatındaki yaygın anlayıştan da kaynaklanabilir.<sup>(177)</sup> Alıcı

(173) Edis, 77; Satılan şeydeki ayıpların alıcı tarafından hangi yolla öğrenildiği, satıcıyı ilgilendirmez. Bu itibarla satıcı, alıcının satılan malı hiçbir zaman muayene etmediğini ispat ederek sorumluluktan kurtulamaz. Becker, Art. 201 Nr.1

(174) Oser/Schönenberger, Art. 201 Nr.7; Tandoğan, 177; Yavuz, 110; Tunçomağ, 130; Edis. 77.

(175) Tandoğan, 177; Edis,77; Oser/Schönenberger, Art. 201 Nr.8; Tunçomağ, 130-131; Yavuz, 100; Feyzioğlu, 278; Giger, Art. 201 Nr. 23; BGE 88 II 366.

(176) Edis, 77; Yavuz, 110; Becker, Art. 202 Nr.5.

(177) Giger, Art. 210 Nr. 47; Antika ve sanat eseri satımında muayenenin eksperlerle yaptırılması yolunda yaygın bir anlayış yoktur. Katz, 66; Giger, Art. 201 Nr. 47.

üçüncü kişilere yaptırdığı muayeneyi, mümkün olduğu kadar çabuk yaptırmalıdır.<sup>(178)</sup>

Taşıyıcının, teslim alınan yerde teslim aldığı şeyi muayene ettirebilmesi için, alıcıdan bu yönde açıkça yetki almış olması gerekir.<sup>(179)</sup>

Başkasına satılmak üzere alınan şeylerin muayenesini üçüncü kişi alıcılar yapabilir. Örneğin bir tohumun yetiştirilme kabiliyeti olup olmadığını, perakendeci değil, onun alıcısı çiftçi tesbit edebilir.<sup>(180)</sup> Başkasına satmak için aldığı şarabın, ayıplı olup olmadığını muayenesini alıcılar yapabilir. Bu durumda alıcının müşterileri, şeyin muayenesini yapan üçüncü kişiler durumundadırlar.

### C. Muayenenin Şekli

Buna göre muayenin ne şekilde yapılacağı taraflar arasında anlaşma varsa, ona göre tesbit edilir.<sup>(181)</sup> Taraflar arasında bu yönde bir anlaşma yok ise, muayenenin şeklini alıcı tesbit eder. Ancak alıcı, muayeneyi işlerdeki yaygın görüşlere göre yaptırmalıdır.<sup>(182)</sup>

Muayene gereği satılan şey kullanılabilir, işlenebilir ve tüketilebilir. Bu kullanım (işleme ve tüketme) satılan şeyin kabul

(178) Yavuz, 110; Tandoğan, 177; Oser/Schönenberger, Art. 201 Nr.9; Giger, Art. 201 Nr. 24; BGE 26 II 794.

(179) Edis, 78; Giger, Yarg. HGK. 6.7.1961 T., E. 31, K 30 AD. 1961 sayı. 1-2, 180.

(180) Tandoğan, 177; Ayrıca bkz., Giger, Art. 201 Nr. 31.

(181) Oser/Schönenberger, Art. 201 Nr.7; Yavuz, 110; Giger, Art. 201 Nr. 50; Hon-sell, 61. Tamamlayıcı hukuk kuralı söz konusu olduğu için, taraflar muayeneyi üçüncü kişiye bırakabilirler ve kendileri için esas alabilirler. Becker, Art. 201. Nr. 4.

(182) Yavuz, 110-111; Edis, 78; Giger, Art. 201 Nr. 49. BGE 76 II 223; Furrer, 51.

edildiği anlamına gelmez. Alıcının muayene maksadıyla satılan şeyi kullanması, işlemesi ve tüketmesi için satıcıdan özel izin alması gerekmez.<sup>(183)</sup>

Satılan şey ambalajlı ise, muayene için ambalaj çıkartılabilir. Ancak ambalajın çıkartılması satılan şeyin değerine önemli ölçüde zarar vermemelidir.<sup>(184)</sup>

Kural olarak, menşey ambalajı ile satılacak şeylerde ambalajın kaldırılması, satılan şeyin değerini önemli ölçüde düşürür.<sup>(185)</sup> Ambalajın kaldırılması mümkün değil ise, birbirinin aynı olan mallardan tesadüfî olarak bir nûmune alınarak, muayene bunun üzerinde yapılabilir. Bu nûmune ile diğer şeylerin aynı nitelikte olduğu kabul edilir. Muayene edilmeyen diğer şeylerde sonradan çıkan ayıplar, BK.md. 198/III'e göre gizli ayıp sayılır. Bu gizli ayıbın varlığını alıcı ispat etmek zorundadır.<sup>(186)</sup>

Alıcının satılanı bir başkasına satması, satılan şeyi kabul ettiği anlamına gelmez. Satılanın tekrar temlik ve satış imkânı tarafların iradesinden kaynaklanabilir veya şeyin tekrar satılacağı şeyin mahiyetinden de çıkarılabilir.<sup>(187)</sup>

(183) Oser/Schönenberger, Art. 201 Nr. 11; Edis, 78-79; Yavuz, 111; Tunçomağ, 131. Alıcı bir bisiklet almış ise, bununla deneme turu atabilir. Keza, bir at iyi koştuğu için alınmışsa, bu at hareket halinde denenmelidir. Becker, Art. 201 Nr.3, Giger, Art. 201 Nr. 49. Yazara göre, ancak alıcının muayene amacıyla satılan malı kullanması, tüketmesi ve işlemesi oldukça sınırlı tutulmalıdır.

(184) Oser/Schönenberger, Art. 201 Nr. 11; Edis, 78-79; Yavuz, 11; Tandoğan, 177; Tunçomağ, 131; Becker, Art. 201 Nr.3.

(185) Oser/Schönenberger, Art. 201 Nr. 11; Giger, Art. 201 Nr. 52.

(186) Oser/Schönenberger, Art. 201 Nr.15-37; Yavuz, 112; Tandoğan, 177; Tunçomağ, 131.

(187) "Muayene için satılan mal kullanılabilir. Örneğin, makina çalıştırılabilir, kalorifer kazanı yakılabilir, satılan malın bir kısmı işlenebilir." Tandoğan, 177; Yavuz, 78,111; Oser/Schönenberger, Art. 201 Nr.12; Becker, Art. 201 Nr. 3-4; Tunçomağ, 131.

Şeyin tesliminden önce taraflar arasında sözleşme ile veya teamül gereği bir nûmune belirlenmiş olabilir. Bu durumda alıcı, bu nûmuneyi kontrol etmek zorundadır. Bu numuneden anlaşılan ayıplar kabul edilmiş sayılır. Nûmunede görülüp satıcıya bildirilen ayıplar ihbar hükmündedir. Ancak alıcı bunu yapmakla satın alınan şeyin muayenesinden de kurtulmuş olmaz. Onları da muayene ettirmek zorundadır. Alıcı nûmuneyi, anlaşma olmaksızın almış ise, nûmuneden anlaşılabilen ayıplar kabul edilmiş sayılmaz.<sup>(188)</sup>

#### **D. Muayenenin Zamanı**

##### **1. Muayene süresinin başlangıcı**

Muayene süresinin başlangıcı, satılan şeyin kabzedildiği andır. Alıcının satılan şeyi bizzat kendisi kabzetmesi şart değildir. Satılan şeyi temsilcisi veya vekili kabzetse bile muayene süresi başlar.<sup>(189)</sup> Satılan şeyin kabzı, alıcıya satılan şey üzerinde fiilen tasarruf edebilme, onun nitelik ve durumunu inceleme ve muayene etme imkânı veren hadisedir. Satıcı bakımından teslim kabza tekabül eder. Gerek teslim gerek kabz, satılan şeyin alıcının tasarruf alanına girmesini ifade eder.<sup>(190)</sup> Fakat, nakliye mektubunun veya bir makbuz senedinin, hatta bir konişmento veya bir ardiye senedinin gönderilmesi şeyin derhal muayenesi imkânını vermez. Ancak alıcı, üçüncü bir kişiye satıcıdan satılanı kabzetme yetkisi vermiş ise, muayene bu sürede başlar.<sup>(191)</sup> Satıcı tarafından nakliyeciye veya

(188) Yavuz, 112; Oser/Schönenberger, Art. 201 Nr.14.

(189) Giger, Art. 201 Nr. 33; Oser/Schönenberger, Art. 201 Nr.16-17; Hansell, 60.

(190) Oser/Schönenberger, Art. 201 Nr. 16-17; Honsell, 60. Ancak alıcı, kendisine teklif olunan şeyin teslimini sözleşmenin yapıldığı sırada satıcının beklemek zorunda olmadığı bir biçimde geciktirmeğe yetkili değildir. Örneğin, taşıma sırasında sözleşmenin yapıldığı sırada varma yerini değiştirmek gibi. Jaeger, 64; Becker, Art. 201 Nr. 11.

(191) Giger, Art. 201 Nr.3.

nakliye komisyoncusuna yapılan teslim muayene süresinin başlaması için yeterli olmaz. Keza şeyin sadece, dahil bulunduğu cinsten ayrılması muayene süresinin başlaması için yeterli değildir. Tarafların satıcının şeyi alıcı adına ve hesabına ardiyeye koymasını içeren bir anlaşması varsa muayene süresi başlar.<sup>(192)</sup>Satıcı satılan malı alıcıya teslim edeceğini ve montaj edeceğini, açıkça bildirmiş ise, muayene süresi montaj ile başlar.<sup>(193)</sup>

Alıcı tarafından satıcıya, şeyin üçüncü şahsa doğrudan doğruya gönderilmesi bildirilmiş ise, muayene süresi üçüncü şahsa teslim anında başlar.<sup>(194)</sup>

Satıcı, satılan şeyi çok erken yollamış ve alıcı buna rağmen şeyi kabul etmiş veya alıcı kabz yetkisini keyfi olarak reddetmiş ise, kabzın gerçekleştiği zaman muayenenin başlangıcı olarak kabul edilir. Bu durumlarda satılan şeyin ne zaman kabz edildiği hususu dikkate alınmaz.<sup>(195)</sup>

Satıcı satılan şeyi belli bölümler halinde belli aralıklar ile alıcıya teslim etmekle borçlanmış ise, muayene her kısmın teslimiyiyle o kısım için başlar.<sup>(196)</sup>

## 2) Alelade satımlarda muayene süresi

BK. md. 198'deki, hüküm kesin ve itirazi kayıt içermeksizin derhal kabz ile şeyin muayenesini gerektirmemektedir. HGB paragraf

(192) Oser/Schönenberger, Art. 201 Nr. 19; Feyzioğlu, 278; Tunçomağ, 133; Edis, 79. Ancak alıcı, depodaki malı sözleşmeye göre, çekmek zorunda ise, süre alıcını usulüne uygun bir davranışı ile mal üzerinde fiili tasarruf anında bir davranışı ile mal üzerinde fiili tasarruf anında başlar. Becker, Art. 201 Nr. 11.

(193) Giger, Art. 201 Nr.33.

(194) Edis, 80; Becker, Art. 201 Nr. 12.

(195) Oser/Schönenberger, Art. 201 Nr.19.

(196) Giger, Art. 201 Nr. 35.

377'de ifade edilen formüle uygun olarak, yani muayene eşyanın kabzı ile derhal gerçekleştirilmelidir. Ancak muayene süresinin başlangıcı satılan şeyin niteliğine bağlı olarak da değişebilir. (197)

BK. md. 198/I'e göre, alıcı satılanı bir kere teslim almış ise, "örf ve adete göre imkân hasıl olur olmaz" muayene etme külfeti altındadır. Ancak bu hüküm, mehz kanunumuzdaki gibi, "işlerin mutad cereyanına göre imkân hasıl olur olmaz" olarak anlaşılmalıdır. (198)

Satılan muayene süresi, satılanın niteliğine, ilgili ticaret dalına, ayıbın cinsine göre değişir. Muayene daha geniş bir süre zarfında da gerçekleşebilir. (199)

Satılan şeyde, adi muayene ile çıkmayacak ayıplar için bu süre daha uzundur (BK.md.198/II). Gizli ayıplar, tecrübeli ve dikkatli bir tacirden beklenen özen ile ortaya çıkmayan, ayıbın ortaya çıkması için daha uzun bir inceleme, özel tahlil veya muayene icap ettiren ayıplardır. (200) Bir makina muayene edilecek ise, montajı beklenmeli, şarap naklinde, nakilden sonra şarap birkaç gün dinlendirilmelidir. (201) Böylece, eşyanın mahiyetine ve ayıbın cinsine göre muayene süresi haftalarca, hatta aylarca uzayabilir. Örneğin bir binanın

(197) Giger, Art. 201 Nr. 36.

(198) Honsell, 61; Becker, Art. 201 Nr. 19. "Alıcı, satılanı teslim aldıktan sonra örf ve adete göre imkân hasıl olur olmaz muayene etmek ve ayıbı satıcıya bildirmek zorundadır..." Yarg. 13. HD. 8.4.1986 T., E. 1573, K. 2122. Uygur, 358.

(199) Honsell, 61; Yavuz, 107-108; Guhl/Merz/Kummer, 347; Tandoğan, 178; Oser/Schönenberger, Art. 201 Nr.22. "Satım akdinde muayene ve ayıp ihbarı süreleri yönünden özel bir düzenleme yapılmışsa, ona itibar edilmelidir." Yarg.11. HD. 22.1.1986 T., E. 6192, K. 79. Uygur, 363.

(200) Tandoğan, 178; Edis, 81; Yavuz, 81; Honsell, 61; Becker, Art. 201 Nr. 20. Yazara göre, alıcı gizli ayıpları, araştırmak zorunda değildir. Ancak, ayıpları meydana çıkarır çıkarmaz hemen ihbar etmelidir.

(201) Tandoğan, 178; Edis, 81; Oser/Schönenberger, Art. 201 Nr.22; Tunçomağ, 133; Yavuz, 108.



sıcaklığa karşı yeter derecede korumalı olduğunu kabul edebilmek için havaların belli bir dereceye kadar ısınmasını beklemek gerekir. (202)

Muayene süresi, alıcının şahsını ilgilendiren umulmayan hallerde uzamaz. Örneğin, alıcının yeterince personelinin bulunmaması, satınlanın muayene süresinin uzatılması için geçerli bir sebep teşkil etmez.<sup>(203)</sup>Buna karşılık, işlerin yoğun olduğu bir zamanda şeylerin teslim edilmesi muayene süresinin uzatılmasını haklı kılabilir.

Muayyen zamanlarda teslimi gerektiren satışlarda, her teslim için ayrı muayene yapılması gereği vardır.<sup>(204)</sup> Satıcının faturada bildirdiği, belirli bir süre geçtikten sonra şikayet kabul edilmeyeceği, tek taraflı süre bildirimi gibi şartlar, karşı taraf için bağlayıcı olmaz.<sup>(205)</sup>

### 3) Hayvan satımlarında muayene süresi

BK. md. 199'a göre: "hayvan alım-satımında kefalet müddeti tahriren tayin edilmemiş olup da kefalet hayvanın bir vafına mütallik değil ise, satıcının keşfedilen ayıptan mes'uliyeti, teslim vâki olduğu veya alıcının kabzında temerrüdü tahakkuk ettiği günden itibaren dokuz gün içinde satıcıya ihbar edilmekle beraber hayvanı ehli-vukuf marifetiyle, muayenesin icrası yine bu müddet

(202) Edis, 81; Tandoğan, 178; Yavuz, 108. Bir kar kürtüme makinası yazın satın alınmış ise, bunu muayenesi için her şeyden evvel kışın kar yağması gerekir. Honsell, 61.

(203) Oser/Schönenberger, Art. 201 Nr.24; Edis, 81; Tandoğan, 178.

(204) Yavuz, 108; Oser/Schönenberger, Art. 201 Nr. 26.

(205) Becker, Art. 201 Nr. 17. Ancak bu anlamda kısım kısım teslimler, yalnız sözleşme ile kararlaştırılan bu teslimler içindir. Buna karşılık sadece taşıma zorluğu nedeniyle miktarlar bölünerek tanınmış ise, muayene süresi bütün malların teslimi ile başlar. Becker, Art. 201 Nr. 11.

zarfında merciinde talep alınmasına, mütevakıftır." Bu, maddede geçen "hayvanın vasfın"dan OR.Art. 202 /I'e uygun olarak gebeliğe ilişkin bir tekeffülün bulunması anlaşılmalıdır.

Hayvan satımlarında muayene süresi, hayvanın gebeliğine ilişkin ayıplarda muayene süresi ve hayvanın gebeliği dışında ayıpların muayene süresi olmak üzere ikiye ayrılır. Hayvanın gebeliği dışında kalan ayıplarda muayene süresi, teslimden itibaren veya alıcının kabzda temerrüde düştüğü andan itibaren dokuz gündür. Hayvanın gebeliği ile ilgili ayıplarda ise, kanunda bir muayene süresi öngörülmemiştir. Dolayısıyla genel hükümlere uygun şekilde muayene yapılmalıdır.<sup>(206)</sup>

#### 4) Ticari satımlarda satılanın muayene edilme zamanı

TK. md. 25'e göre, teslim sırasında açıkça görülebilen ayıplarda, esasen muayeneye lüzum yoktur. Sorumluluğun doğması için, açıkça belli olan ayıpların satıcı tarafından bilinmemiş olması gerekir. Ticarî satımlarda, emtianın ayıplı olduğu teslim sırasında açıkça belli değil ise, alıcı tesliminden itibaren sekiz gün içinde şeyi, muayene ettirmekle yükümlüdür (TK md. 25 md. 63).<sup>(207)</sup>

Yukarıdaki süre adi bir muayene ile meydana çıkmayacak ayıplar için yeterli gelmeyebilir. Satılan şeyin muayenesi için teknik

---

(206) Becker, Art. 202 Nr.7; Edis, 82; Yavuz, 108-109; Tandoğan, 178; Tunçomağ, 134. "Hayvan satımında satıcının ayıptan sorumlu tutulabilmesi için, ayıplar teslimden veya alıcının hayvanı teslim olmaktan temerrüdünden itibaren dokuz gün içinde hem satıcıya ihbar edilmesi ve hem de yetkili yerden hayvanın bilirkişi tarafından gözden geçirilmesini istemesi gerekir." Yarg. 13. HD. 13.6.1985 T., E. 3724, K. 4210 Uygur, 375.

(207) Edis, 82-83; Tandoğan, 178-179; Yavuz, 109; Tunçomağ, 134.

ve özel muayene gerekebilir. Bu takdirde TK.md. 25/I.b.3'ün son cümlesi BK. md. 198/II-III'ü saklı tutmasından dolayı, adî satımlarda olduğu gibi muayene süresi uzatılabilir.<sup>(208)</sup>

### E. Muayene Yeri ve Muayene Masrafları

#### 1) Muayene yeri

Muayene yeri, kural olarak şeyin kabzedildiği yerdir. Bu da kural olarak ifa yeridir. Ancak başka mahalden satışta muayene yeri sözleşmenin ifa mahalli değildir. Muayene yerinin tesbitinde, şeyin niteliği, muayenenin tarzı, satımın türü rol oynar.<sup>(209)</sup> BK. md. 198'de yer alan hüküm emredici değildir. Dolayısıyla taraflar sözleşmede sarîh veya zımnî olarak muayene yeri kararlaştırabilirler. Keza örf ve adete göre teslim yerinden başka bir yerde muayene yeri tesbit edilebilir.<sup>(210)</sup>

Alıcının satın aldığı şeyin, nakliye dolayısıyla parçalara ayrılması zorunlu ise, montaj yapılan yer muayene yeridir.<sup>(211)</sup> Şayet satıcı, alıcıya, ifadan önce sözleşmeye uygun olarak şeyi ifa ettiğini ileri sürmüştür ise, alıcı satılanı muayene etmeden almalıdır.<sup>(212)</sup>

Alıcının menfaatine olarak muayene mahallinin yerinden başka bir mahal olması mümkündür. Örneğin, şeyin muayenesi

(208) Karayalçın, 437; Tandoğan, 179; Edis, 83; Yavuz, 109; Tunçomağ, 134.

(209) Oser/Schönenberger, Art. 201 Nr. 21; Yavuz, 109; Giger, Art. 201 Nr. 23; Becker, Art. 201 Nr.2; BGE 88 II 366.

(210) Giger, Art. 201 N. 21; Furrer, 53; Katz. 63.

(211) Giger, Art. 201 Nr. 29.

(212) Giger, Art. 201 Nr. 31; von Büren II, 32-33 dn. 127; BGE 88 II 367.

için laboratuvara gitmesi gerekiyorsa, muayene yeri laboratuvardır.  
(213)

Mesafe satımlarında muayene, ifa mahallinde değil, teslim mahallinde yapılır. Başka bir ifadeyle, muayene alıcının satılan şeyde tasarruf etme hususunda maddeten imkân sahibi olduğu yerde yapılır. Örneğin, SİF satışlarda gönderme mahalli varma limanıdır. Ticarî teamülleri şeyi alıcının ikametgâhına veya ticarethanesine göndermesine izin verebilir. Alıcının istasyon ve limana gönderilen şeyleri muayene ettirme mecburiyeti yoktur.<sup>(214)</sup>

## 2) Muayene Masrafları

Satılan şeyin normal muayene masrafları alıcıya aittir. Zira muayene, şeyin kabzına ilişkindir. Malın kabzına ilişkin masraflar da alıcıya aittir (BK. md. 185).

BK. md. 198'in emredici bir hüküm olmaması nedeniyle taraflar, sözleşmede muayene masraflarına satıcının üstleneceğini kararlaştırabilirler.

Ancak alıcı, satım sözleşmesinden ayıp nedeni ile dönmüş veya semenin indirilmesi ya da ayıpsız misli ile değiştirilmesini veyahut tamir talebinde bulunmuş ise masraflar satıcıya ait olur.<sup>(215)</sup>

(213) Edis, 84; Yavuz, 110; Feyzioglu, 279; Oser/Schönenberger, Art. 201 Nr 21; Giger, Art. 201 Nr. 30; Katz, 63; Furrer, 53. Muayene amaca satılan şey hakkında gerekli bilgiye sahip olmaktır. Ancak malın ifa yerinde gerekli teknik donanım eksikliği nedeniyle muayene amacına uygun bir yerde yapılmalıdır. Giger, Art. 201. Nr. 30.

(214) Edis, 84; Yavuz, 110; Becker, Art. 201 Nr.2.

(215) Oser/Schönenberger, Art. 201 Nr 27; Edis, 84; Tandoğan, 179; Yavuz, 112; Becker, Art. 201 Nr.6; Honsell, 60; Muayane külfeti alıcıya yüklendiği için kanun ifayla bağlantılı olarak alıcı yüklenir. Furrer, 53; Giger, Art. 201 Nr. 59.

## II) İHBAR KÜLFETİ

### A- İhbar ve İhbarın Niteliği

Alıcının, ayba karşı tekeffülden lehine doğan haklardan faydalanmak için, yerine getirmek zorunda olduğu ikinci şart, şeyin ayıbının satıcıya ihbar edilmesidir.<sup>(216)</sup>

BK. md. 198'e göre: "alıcının satılarda satıcının tekeffülü altında olan bir ayıp gördüğü zaman bunu derhal satıcıya ihbar etmesi lazımdır." Görüldüğü gibi kanun metninde ne "borç" ne de "mükellefiyet" kelimeleri kullanılmıştır. Bu nedenle ihbar ne bir borç ne de bir mükellefiyettir. İhbar, sadece alıcının ayıptan doğan haklardan faydalanmasının bir şartıdır. Bundan dolayı ihbar bir külfet (Obliegenheit) niteliğindedir.<sup>(217)</sup>

Alıcının, satıcıya ihbarı bildirmesi doktrindeki bir görüşe göre, <sup>(218)</sup> hukukî muamele şeklinde gerçekleşir. Bu görüşe göre; ihbar; icap, kabul vb. inşai haklar gibi varması gerekli, hukukî muamelelerdendir. Bu kabil beyanlar muhatabın hakimiyet alanına girmekle hüküm ifade ederler. Yalnız beyanın varmasından muhatabın haberdar olması şart değildir; yeter ki zamanında tasarruf sahasına girmiş bulunsun. Bu tip beyanlar varma anına kadar tamamladığından kaybolma ve gecikmeden doğan hasar gönderene aittir."

---

(216) Edis, 84-85; Yavuz, 113; Feyzioğlu, 277 vd.; Giger, Art. 201 Nr. 60-61; Guhl/Merz/Kummer, 333. Karş., Furrer, 53 dn 125.

(217) Edis, 84-85; Yavuz, 113; Keller/Lörtscher, 67; Giger, Art. 201 Nr. 5; Hon-sell, 60.

(218) Arslanlı, 332-333.

Bizim de katıldığımız, doktrindeki diğer bir görüşe göre; (219) satılanın ayıplarının satıcıya bildirilmesi bir tasavvur açıklaması niteliğindedir. Alıcı satılan şeydeki ayıbı ihbar etmek suretiyle bir irade açıklamasında bulunmuş olmaz. Kendisi için hukuken önemli olan bir noktayı, satıcıya bildirmiş olur. İhbarın hukukî niteliği tasavvur açıklaması olmasına rağmen, ihbara hukukî muamelelere ilişkin bir kısım kurallar kıyasen uygulanır. Örneğin, ihbarı zamanında yapmayan alıcı, ayıptan doğan haklarını kaybeder. İhbarın zamanında yapılıp yapılmadığının tesbitinde, ihbarın gönderilmesi anı esas alınmalıdır.(220)

İhbar, satıcının hakimiyet alanına girmekle hüküm ifade eder. Bunun en önemli sonucu, satıcının herhangi bir nedenle geçici olarak temyiz kudretini kaybetmesi halinde görülür. Bu durumda ihbar, gerekli sonucu doğurur. Satıcı, daimî tarzda müeyyiz değil ise ihbar, kanunî temsilcisine yapmalıdır.(221)

Ayıbın ihbarı, bir olaya ilişkin olduğu için her türlü delil ile ispat edilebilir.(222) Ayıp ihbarının içeriği ve ihbarın zamanında yapılıp yapılmadığı, genel prensiplere uygun olarak alıcıya düşer. (223)

(219) Katz, 67 vd; Cavin, 90; von Tuhr/Peter, 176 dn. 25; Yavuz, 113; Edis, 85; Tunçomağ, 135; Oğuzman, Borçlar Hukuku, 59; Giger, Art. 201 Nr. 61; Furrer, 54.

(220) Tunçomağ, 135-136; von Tuhr/Siegwart, 123 dn. 25; Giger, Art. 201 Nr. 61; Ayıp ihbarının hukukî niteliği, tek taraflı hukukî işlem olmadığı için, irade sakatlığına ilişkin hükümlerde doğal olarak uygulanmaz. von Tuhr/Peter, 176 dn. 25.

(221) Edis, 85; Akipek'e göre, satıcı daima tarzda müeyyiz olmasa bile, ihbar hüküm ve neticesini doğurur. Akipek, 79.

(222) Tunçomağ, 136; Yavuz, 114. "... Ayıp ihbarı, olaya ilişkin bulunduğuandan, her türlü delil ile ispat edilebilir. O halde davalının ayıbı ihbar edildiğine dair savunması hakkında deliller incelemeye dayanılarak yazılı olduğu şeklinde hüküm tesisi usul ve yasalara aykırıdır..." Yarg. TD. 1.2.1972 T., E. 4894, K. 5113 RKD. 1978/e VIII. 385.

(223) Becker, Art. 201 Nr. 29; BGE 21 II 577.

## B. İhbarın Şekli ve Muhtevası

### 1) İhbarın Şekli

Satılan şeylere ilişkin ayıpların ihbarı için kanun bir şekil şartı öngörmemiştir. Ayıp ihbarı, sözlü, yazılı, telefonla, teleks yoluyla yapılabilir.<sup>(224)</sup> Taraflar isterlerse anlaşma ile ayıbın ihbarını şekle bağlayabilirler. Ancak, ihbarın isbat açısından yazılı yapılması uygun olur. İhbar, dava veya icra takibi gibi usulî bir muamele marifetiyle de yapılabilir.<sup>(225)</sup> Ayıp ihbarı varması gerektiği tebliğ olarak zımnen yapılamaz şayet alıcı ayıbı bilse bile herşeyden evvel satıcı ihbar düzeninde ayıbı ihbar etmekten kurtulamaz.<sup>(226)</sup>

Ticari satışlarda da ihbar şekle tâbi değildir. Ayıp nedeniyle sözleşme sonradan ortadan kalksa bile, ayıpların ihbarın TK.md. 20/III'deki şekilde yapılması gerekmez.<sup>(227)</sup>

- 
- (219) Giger, Art. 201 Nr. 73; Furrer, 56. "Satılanın ayıbın ihbar yazılı yapılabileceği gibi sözlü olarak da bildirilebilir ve sözlü ihbarı tanıkla isbat edilebilir..." Yarg. 13. HD. 8.4.198 T., E. 1573, K. 2122, YKD. 1986. 1356-1358.
- (220) Oser/Schönenberger, Art. 201 Nr. 32; Giger, Art. 201 Nr. 73; Furrer, 56; Tunçomağ, 137. "Davacı satın aldığı çamaşır makinasını iki defa tamir ettirdikten sonra yaptırdığı delil tesbitinde bu çamaşır makinasında fabrikasyon hatası bulunduğunu öngörmüş ve aynı gün davalı satıcıya durumu bildirmiştir. MK. md. 198/I 'de satılarda adli bir muayene ile meydana çıkmayacak bir ayıp bulunduğu nazara alınmaksızın ve bundan derhal ihbar itibar edildiği dikkate alınmadan davanın yazılı şekilde reddi yerinde görülmemiştir." Yarg. 3. HD. 10.6.1987 T., E. 1452, K. 6083. Uygur, 366. Yargıtay başka bir kararında "Ayıplı malların satıcı tarafından geri alınmasında ayıp ihbarı gerekmez. Malların iade edildiği tanıkla isbat edilebilir." görüşünü benimsemiştir. Yarg. 11.HD. 17.10.1985 T.,E 5254, K 5351. Uygur, 366.
- (221) Giger, Art. 201. Nr. 74.
- (222) Tandoğan, 180; Yavuz, 114-115; Yarg. HGK. 9.3.1966. T., E. 585. K. 72 RKD. 1973, 9-11. Karşıt görüş için bkz., Tunçomağ, 137; Becker, Art. 201 Nr. 22-23.

İhbarı alıcı, bizzat kendisi veya temsilcisi aracılığı ile yapmalıdır.<sup>(228)</sup> İhbar satıcıya veya yetkili temsilcisine yapılmalıdır. İhbarı yapan ve kabul eden kişinin hukukî işlem ehliyetinin bulunması şart değildir. İhbarı yapan ve alan kişinin temyiz kudretinin bulunması yeterlidir.<sup>(229)</sup>

Satıcının adresi bilinmiyor ise, alıcı satıcının bilinen bir temsilcisine ayıp ihbarın yapmalı ve temsilcisini bilmiyorsa ayıp ihbarında bulunma yükümlülüğü olduğu gibi durur.<sup>(230)</sup>

## 2) İhbarın muhtevası

Alıcının, yaptığı ihbarda satılan şeyin sözleşmeye uygun olmadığı, şeyden memnun olunmadığı, şeyin ayıplı olduğu, şeyin nûmunesine uymadığı gibi genel ifadeler kullanması yeterli değildir.<sup>(231)</sup> İhbarda, satılana ayıp adlandırılmalı yani ayıp belirtilmelidir.<sup>(232)</sup> Ayıp ihbarında prensip olarak, kendisince bilinen ve önemli olan tüm ayıpları bildirmelidir.<sup>(233)</sup> İhbarda her bir ayıp belirtilmesine rağmen ayıbın ayrıntılarına da girmek gerekmemektedir.<sup>(234)</sup> Ancak ayıpların birer birer sayılması veya ayıpların sebeplerinin gösterilmesi de şart değildir. Örneğin makinaların kararlaştırılan sisteme uygun yapılmadığı, şeylerin imal edilemeye-

(228) Oser/Schönenberger, Art. 201 Nr.33-34; Yavuz, 115; Edis, 86; Tunçomağ, 137; Becker, Art. 201 Nr. 22. Alıcının, satılan şeyi teslim almaya yetkili vekili ayıbı ihbara da yetkili olduğu kabul edilir. Bununla birlikte sadece satın almaya yetkili olan kimse, ihbara yetkili değildir. Ayıp ihbarı yetkisiz bir kişi tarafından yapılmış ise, ihbar süresi içerisinde alıcı, satıcıya yapılan ihbara icazet vermelidir. Becker, Art. 201 Nr. 23.

(229) Yavuz, 115; Becker, Art. 201 Nr. 26; Oser/Schönenberger, Art. 201 Nr.34.

(230) Becker, Art. 201 Nr. 25.

(231) Oser/Schönenberger, Art. 201 Nr.28 a; Tandoğan, 177-178; Yavuz, 177; Edis, 87; Tunçomağ, 136.

(232) Oser/Schönenberger, Art. 201 Nr. 28 a; Giger, Art. 201. Nr. 64; Furrer, 35.

(233) Giger, Art. 201 Nr. 64.

(234) Giger, Art. 201 Nr. 65; BGE 21 II 577.



cek kadar kötü ve dikiş makinasının eski olduğu gibi ihbarlar yeterli olacaktır. Bizce bu son durum, ayıp ihbarını gereksiz olarak daraltmaktadır. (235)

Alıcı ihbarının kapsamında, satılan şeyi ifa olarak kabul etmeyeceğini de açıkça belirtmelidir. Alıcının yapmış olduğu ayıp ihbarından, satıcı ayıbın manasının kapsamını ve satılan şeyin bu haliyle istenmediğini anlayabilmelidir.<sup>(236)</sup> Alıcı, ihbarın kapsamında, maldaki ayıpları belirtme zorunluluğunun yanında, şimdiye kadarki şeydeki şikayetlerini de delillendirmelidir. Keza alıcı satılan şeyi bir ekspertize götürüp kontrol ettirmiş ise, bu yazışmaları da belgelemeledir. Sadece ekspertize yaptırılan kontrol neticesi kâfi değildir.<sup>(237)</sup> Ancak, alıcının ayıp dolayısıyla kanundan doğan hangi hakkı kullanacağını ihbarda belirtmesi gerekmez.<sup>(238)</sup> Fakat alıcı, yaptığı ayıp ihbarında tamamen sözleşmenin kapsamından ayrılmış ise bu durum sözleşmeden dönmek için yeterlidir. (239)

Alıcının kanunî ihbar külfetini yerine getirirken, satılan şeyi satıcının emrinde hazır bulundurduğunu bildirmesi, sözleşmeden dönüldüğü anlamına gelmez.<sup>(240)</sup>

Alıcının, ayıp ihbarını gerekli şekilde yapmadığı takdirde, ihbarı, tekrar yapabilme ve kapsamını genişletme imkânı yoktur. Bu nedenle alıcı, ihbarı yaparken özenle hareket etmelidir. Satıcıya bildirilen ayıplar, satıcının sorumluluk sınırını belirler. Ancak, ihbar

(235) Giger, Art. 201. Nr. 64.

(236) von Büren II, 36; Giger, Art. 201 Nr. 65.

(237) Giger, Art 201. Nr. 69.

(238) Oser/Schönenberger, Art. 201 Nr.29-30; Cavin, 90; Tunçomağ, 136; Edis, 87-88.

(239) Giger, Art. 201 Nr. 64.

(240) Oser/Schönenberger, Art. 201 Nr.31.

yapıldıktan sonra giderilen ayıplar, yeniden ortaya çıkarsa, bu durum ihbarın genişletilmesi anlamına gelmez.<sup>(241)</sup>

### C. İhbarın Zamanı

Alıcı, satın aldığı şeyi, muayene etmeksizin üçüncü kişi alıcılara vermiş ise, satıcıya oldukça hızlı şekilde (ifa yerinde muayene yapılması gibi) ayıp ihbarının gerçekleşeceğini temin eder. Satıcı, sözleşme konusunu doğrudan üçüncü kişi alıcıya göndermiş ise, zımnî bir sözleşmenin varlığı kabul edilmelidir. Hatta alıcı bu gibi durumlarda ihbarın zamanında yapılacağını da üstlenmiştir. Genelde bu tür sözleşmelerde ihbar süresinin uzatıldığını kabul etmek gerekir. Şayet üçüncü kişi alıcı, muayeneyi zamanında yaparak alıcıya bildirmiş, alıcıda ayıplı durumu satıcıya zaman geçirmeksizin bildirmişse, ihbar süresi olduğu gibi kalır uzamaz. Üçüncü kişi alıcı kendi haklarını ve alıcının haklarını muhafaza edebilmek için ayıp ihbarını doğrudan satıcıya yapabilir. <sup>(242)</sup>

Alıcı, bilinen ve aşikâr olarak gözüken ayıpları, ifaden sonra derhal ihbar etmelidir.<sup>(243)</sup> Alıcı, ihbar ile birlikte süresini geçirmeden gerekli muayene için ihtiyacı olan süreyi beklemelidir. <sup>(244)</sup> Alıcı, ayıbı meydana çıkardıktan sonra ihbarı derhal yapmalıdır. (BK. md. 198/I). Bu durum Fransız Medeni Kanunu 201. maddesinde "sans délai" olarak ifade edilmiştir. Kanun metnindeki derhal kelimesini vakit kaybetmeksizin (unverzöglich) olarak anlamak gerekir. Vakit kaybedilip kaybedilmediğinin tesbitinde münferit hadisenin özellikleri, işlerin mutad gidişi veya mutad medenî uygu-

(241) Edis, 87; Yarg. TD. 15.5.1955 T., E. 54, K. 8116. Türk İçt. Kıl. 188.

(242) Furrer, 58.

(243) Furrer, 57; Giger, Art. 201 Nr. 75; BGE 81 II 56.

(244) Furrer, 57; Giger, Art. 201 Nr. 75; Katz, 68.

lama rol oynar. Ayrıca, doğruluk ve dürüstlük kuralı da dikkate alınarak belirleme yapılır. Keza, bu durum HGB § 377'de vurgulanmıştır.<sup>(245)</sup> Alıcıdan bundan daha hızlı davranmasını beklemek doğru olmaz. Alıcı ayıbı aynı gün haber vermeyebilir.<sup>(246)</sup> Bu halde de muayeneden sonra ayıp derhal ihbar edilmelidir. <sup>(247)</sup>

BK. md. 198 emredici bir hüküm değildir. Bu nedenle tarafların yaptıkları bir anlaşma ile veya ticarî teamüller gereği ihbar süresi kaldırabilir veya kısaltılabilir. Keza ihbar süresinin uzatılmasın da hiç bir engel yoktur. Satıcı ihbar süresini tek taraflı uzatabilir, ancak kısaltmaz.<sup>(248)</sup>

İhbar süresine uyulup uyulmadığının tesbitinde ihbarın gönderilme zamanı dikkate alınır. Alıcı, ihbarı normal gönderme tarzından daha yavaş bir biçimde yerine getiremez. Alıcı, çekmiş olduğu bir telgrafla ihbarda bulunmuş, ancak bu telgraf satıcıya varmamış ise, ihbarı geri alabilir veya kapsamını değiştirebilir. İhbarın satıcıya varmamasından alıcı sorumludur.<sup>(249)</sup>

Ayıp ihbarı, bütün hal ve şartlarda, ayıp dolayısıyla talep edilebilecek hakların tâbi olduğu zamanaşımı süresi içinde yapılmalıdır.<sup>(250)</sup>

---

(245) Giger, Art. 201 Nr. 77; Furrer, 57-58.

(246) Giger, Art. 201 Nr. 77; Becker, Art. 201. Nr.19.

(247) Oser/Schönenberger, Art. 201 Nr. 37; Yavuz, 115-116; Edis, 88; Feyzioğlu 279.

(248) Furrer, 61; Becker, Art. 201 Nr. 17; Oser/Schönenberger, Art. 201 Nr. 43; Edis, 91; Giger, Art 201 Nr.84. "Satım aktinde muayene ve ayıp ihbarı süreleri yönünden özel bir düzenleme yapılmış ise, ona itibar edilmelidir." Yarg. 11. HD. 22.1.1986 T.,E. 6192, K. 79. Uygur 363.

(249) Oser/Schönenberger, Art. 201 Nr.39-40; Edis, 91.

(250) Oser/Schönenberger, Art. 201 Nr. 42; Edis, 91.

İhbar, zamanında yapılmamış olursa, alıcı şeyi kabul etmiş sayılır. Yalnız, satıcının hilesi bu durumun istisnasını teşkil eder (BK. md.200).<sup>(251)</sup>

Mutad bir muayene ile belirlenemeyecek ayıplara gizli ayıp denir. Alıcı gizli ayıpları uzman birisi olarak tanıyamaz.<sup>(252)</sup> Alıcı, gizli ayıpları doğrudan göremeceği için ayıpların varlığını öğrenmesinden sonra derhal ayıbı ihbar etmelidir.<sup>(253)</sup>

Alıcı, kural olarak ayıp ihbarını kendisi yapmak zorundadır. Ancak, alıcının vekalet verdiği satım konusunu muayene ettiren temsilcisi ile yetki verdiği depocu ayıp ihbarı yapabilir.<sup>(254)</sup> Ayıp ihbarını da kural olarak satıcı veya onun yetki verdiği temsilcisi alabilir. Satıcı yerine yetkili olarak ayıp ihbarını, kabul eden kişi acenta olabilir.<sup>(255)</sup>

#### a. İhbar Süresi Bakımından Ticari Satım ve Hayvan Satımı

##### 1) İhbar süresi bakımından ticarî satım

Ticarî satışlar için TK. md. 25/I.b.3'te muayene süresi düzenlendiği halde, ihbara ilişkin bir düzenleme yoktur. Bu konuda doktrinde iki görüş vardır.

---

(251) Furrer, 59; Edis, 91; "... BK. md. 198'e göre müşteri kabzettiği satılanın halini örf ve adete göre imkân hasıl olur olmaz muayene etmek borcu bir mükellefiyettir. Ayıp görüldüğü zaman derhal ihbar edilmelidir. İhbarı, yapmazsa malı kabul etmiş sayılır. Ancak bu kurala gizli ayıplar ile satıcının hilesi istisna teşkil eder." Yarg. 3. HD .15.12.1958 T., E. 7803, K. 6574, Olguç, 174.

(252) Giger, Art. 201 Nr. 80; BGE 76 II 223.

(253) Giger, Art. 201 Nr. 81; Furrer, 58; Oser/Schönenberger, Art. 201 Nr. 37; Yavuz, 91; Edis, 88; Feyzioğlu, 279.

(254) Giger, Art. 201 Nr. 81; Furrer, 56.

(255) Giger, Art. 201 Nr. 96.

Bir görüŖe göre,<sup>(256)</sup> teslim sırasında ayıp açıkça belli ise, iki günlük muayene sonucunda ayıplar çıkarsa, sekiz günlük bir ihbar süresi kabul edilmelidir. Her iki durumda da sürenin başlangıcı, satılan şeyi teslim almakla başlar. TK.md. 25. b.3 'teki süreler hem muayene süresi, hem de ihbar süresidir.

Bir doktrindeki diğ er görüŖe göre ise,<sup>(257)</sup> kanundaki sekiz günlük muayene süresinden sonra bir sekiz günlük de ihbar süresi kabul edilmelidir.

Feyzioğlu'nun da haklı olarak belirttiği gibi, sekiz günlük muayene süresinden sonra, bir de sekiz günlük ihbar süresinin tanınması yanlış olur. Burada, muayene sekiz gün içinde yaptırılmalı, ihbar ise BK. md. 198'e göre "derhal" (zaman geçirmeksizin) yapılmalıdır. Başka bir ifade ile, ticarî satımlarda ihbar süresi genel hükümlere göre (BK. md. 198) belirlenmelidir.<sup>(258)</sup>

## 2) İhbar süresi bakımından hayvan satımı

BK. md. 199'da, hayvan satımlarında ihbar için kesin bir süre öngörölmüŖtür. İhbar hayvanın gebeliği ile ilgili değil ise, alıcının hayvan teslim almasından veya teslim almada temerrüde düşmesinden itibaren dokuz gün içinde yapılmıŖ olmalıdır. İhbar hayvanın gebe olmasına iliŖkin ise, hayvanın gebe olmadığının anlaŖıldıđı andan itibaren derhal yapılmalıdır.<sup>(259)</sup>

## § 8- MESAFE SATIMINDA ALICININ MÜKELLEFİYETLERİ

### I- ALICININ MÜKELLEFİYETLERİNİN ŖARTLARI

Kanun koyucu, BK. md. 201 ile, satılan şeyin ifa yerinde satıcının veya temsilcisinin hazır bulunmaması durumunda,

(256) Edis, 89; Tandoğan, 180; Feyzioğlu, 280.

(257) Karayalçın, 574.

(258) Feyzioğlu, 280; Yavuz, 117.

(259) Yavuz, 116; Edis, 90; Tandoğan 181; Tunçomağ, 140; Feyzioğlu 283.

satıcının korunması için çeşitli imkânlar öngörmüştür.<sup>(260)</sup> Söz konusu maddeye göre alıcıya, satılan malın muhafazası, satılanın ayıplarının tesbit ettirilmesi ve resmî makamlar yoluyla sattırma mükellefiyeti yüklenmiştir.<sup>(261)</sup>

Anılan maddeden de anlaşılacağı üzere alıcıya, satılan şeyin geçici olarak muhafazası, gerekli durumlarda satılması ve satılan şeyin ayıplı olduğunun tesbiti hususunda birtakım borçlar yüklenmektedir. Mesafe satımlarında alıcıya yüklenen bu mükellefiyetler, muayene ve ihbar şartlarının yanında ek bir küllfet teşkil etmemektedir. Bu mükellefiyetlerden sözedilmek için şu şartlar gereklidir:

a) Alıcının, BK.md. 201'de mükellefiyetleri yerine getirmesi için, herşeyden önce geniş manada mesafe satımı olması gerekir. Ancak, söz konusu madde yalnız mesafe satımında uygulanmaz. Aynı zamanda taraflar, sözleşme ile satılan eşyanın alıcının nezninde ödenmesi konusunda anlaşmışlar ise de uygulanır. <sup>(262)</sup> Taraflarca, satılan şeyin ifa yerinden başka bir yere gönderilmesi sözleşmede kararlaştırılmış (kararlaştırma zımnî de olabilir) olmalıdır. Eğer satılan şey, alıcının fiilî hakimiyet alanına girebilmek için, belirli bir mesafe aşmak zorunda ise ve bunun için, üçüncü bir şahsın aracılığına ihtiyaç varsa, mesafe satışından sözedilir. Burada satılan eşya satıcının ev ve iş yeri çevresinde değil başka bir yerde ifa

---

(260) Keller/Lörtscher, 94; Giger, Art. 204 Nr. 41

(261) Keller/Lörtscher, 94.

(262) Keller/Lörtscher, 95.

edilmektedir. Burada önemli olan, fiilen şeyin başka bir mahalden gönderilmiş olmasıdır.(263)

Buna karşılık teslimin ifa yerinde olup olmadığı önemli değildir. Şayet satılan şeyin gönderilme amacı belirlenmiş ise satım konusunun ancak tevdi edilmesi konusunda BK. md. 201. uygulanamaz.(264)

b) Alıcı, satın aldığı şeyi ayıpları nedeni ile kabul etmek niyetinde olmamalıdır. Alıcı satın aldığı şeyin kendisine ifa edildiği anda veya daha sonra sözleşmeye uygun olarak ifa edilmediği düşüncesinde ise, ifayı kabul etmemelidir. Alıcı, sözleşmeden dönmek veya satılan şeylerin ayıptan arı mislî ile değiştirilmesi niyetinde ise, bu yönde açıklamada bulunmalıdır. Buna karşılık alıcı, ayıp nedeni ile sadece semenin indirilmesini talep edecek ise, şeyi istediği gibi kullanılabilir. Ancak alıcı, bu hakkı kullanabilmesi için, BK, md. 201/II hükme uyarınca satılardaki ayıbı tesbit ettirmelidir.(265)

Alıcının ifayı kabul etmemesi, satılan şeyin ayıbından kaynaklanmıyorsa, bu madde hükmü uygulanmaz.(266) Keza bu maddenin uygulanabilmesi için , alıcı satılanı kabul etmek zorunda olmalıdır.

---

(263) Cavin, 92; Feyzioğlu 218; Tunçomağ, 78-79; Yavuz, 118-119; Edis, 92; Oser/Schönenberger, Art. 184 Nr. 36-37; Keller/Lörtscher, 95; Giger, Art. 204 Nr. 6; Becker, Art. 204 Nr. 1. Yazara göre, sayısal bakımından birlik oluşturan yerleşim yerleri BK. md.201 anlamında başka yeri oluşturabilirler. Giger'e göre tarafların sözleşmenin kurulması zamanında satılan şeyin gönderilmesi konusunda anlaşış anlaşmadıkları bu yükümlülük için rol oynamaz. Giger, Art 204 Nr. 6.

(264) Giger, Art. 204 Nr. 6.

(265) Oser/Schönenberger, Art. 201 Nr. 3; Becker, Art. 204 Nr.3; Tunçomağ 142; Yavuz 119-120; Edis, 93; Tandoğan, 184; Keller/Lörtscher, 95; Giger. Art. 204 Nr. 12.

(266) Oser/Schönenberger, Art. 120. Nr.3.

Bu nedenle satıcı ısmarlanmamış bir şeyi alıcıya göndermiş ise, BK. md. 201'deki kurallar uygulanmaz.<sup>(267)</sup>

c) BK. md. 201'in uygulanabilmesinin son şartı da satıcının, satılan şeyi teslim ettiği yerde bir temsilcisinin olmamasıdır. Eğer satılanın teslim edildiği yerde satıcının bir temsilcisi, örneğin vekili veya firmasının ortağı ya da şubesi var ise, BK. md. 201'de öngörülen gerekli tedbirleri alma yükümlülüğü alıcıya değil, bizzat satıcının temsilcisine düşer. Bu durumda BK. md. 201'den alıcı aleyhine kaynaklanan mükellefiyetler uygulanmaz.<sup>(268)</sup>

## II. BK. MD. 201'İN ALICIYA YÜKLEDİĞİ MÜKELLEFİYETLER

### A) Gönderilen Şeyin Muhafaza Mükellefiyeti:

Gönderilen şeyin muhafazası, BK. md.201'in alıcıya yüklediği ilk mükellefiyettir. Alıcı, ayıplı bularak bu haliyle kabul etme niyetinde olmadığı eşyayı tekrar satıcıya gönderemez. Bunun aksine alıcı geçici olarak satılanı muhafaza etmekle yükümlüdür. Anılan bu madde, eşyayı saklama amacına hizmet etmektedir.<sup>(269)</sup> Bu muhafaza tarzını tayin ve tesbit, alıcının takdirine bırakılmıştır. Alıcı, satılan şeyi, kendi mağazasında muhafaza edileceği gibi, bir antrepoya veya nakliyeciyeye de bırakabilir. Ancak alıcı, her durumda

(267) Becker, Art. 204. Nr.3. Yazara göre satım sözleşmesinden daha önceden dönülmüş ise yine bu madde uygulanmaz. Gönderilen malın kararlaştırılan tarihten daha önce teslim edilmesi ifa amacına aykırı düşmediğinden burada BK.md.201 uygulanabilir.

(268) Yavuz, 120; Tunçomağ, 141; Oser/Schönenberger, Art. 204 Nr. 4; Becker, Art. 204 Nr.2; Giger, Art 204. Nr.9; Keller/Lörtscher, 95; Tandoğan, 184; Becker'e göre, burada bağımsız taşıyıcı ve taşıma komisyoncusu temsilci olarak kabul edilemez.

(269) Keller/Lörtscher, 95.



satılanı muhafaza için gerekli tedbirleri almaksızın onu satıcıya gönderemez.<sup>(270)</sup>

Zorunlu hazırlık işlemlerini yapma da koruma kapsamına dahildir. Örneğin, nakliye komisyoncusundan veya nakliyeciden satılanı teslim almak da alıcının borcudur. Bu halde, satılan şeyin kötü durumundan nakliyecisi veya komisyoncu sorumlu olacağı açıkça belli ise, alıcı satıcının rücu hakkıyla korunmalıdır. Satılan şeyin muhafazası borcu aynı zamanda özel bir ihtimam ve itina gerektirebilir. Örneğin, taşıma esnasında ıslanmış olan hububatın özenle kurutulması gibi.

Alıcının söz konusu mükellefiyeti onun için bir külfet değil, aksine yerine getirilmesi gereken bir kanunî mükellefiyettir. Alıcı, muhafazası altındaki şeyi hasara uğratmış ise, BK. md. 96 vd'na göre tazminat ödemek zorundadır. Ancak bu durum, alıcının ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kaybettirmez.<sup>(271)</sup>

Bu muhafaza mükellefiyeti alıcı için ancak ayıp dolayısıyla satım sözleşmesinden dönmek istemesi veya ayıpsız arî misli ile değiştirmek istemesi durumunda söz konusu olur. Alıcı semenin indirilmesini istiyorsa, esasen satılanı kabul etmiştir.<sup>(272)</sup>

Alıcının, satılanı muhafaza ödevi kanundan doğmaktadır. Taraflar arasında zımnî olarak kurulmuş bir vedia sözleşmesinin varlığından sözedilemez.<sup>(273)</sup>

(270) Oser/Schönenberger, Art. 184 Nr.5, Becker, Art. 204 Nr.2; Tunçomağ, 142; Yavuz, 121-122; Edis, 93-94; Tandoğan, 184. Becker'e göre; alıcının korumayı şahsen yapması gerekmez. Alıcı muhafaza görevini üçüncü bir kişiye de verir. Özellikle işyerinde korursa kendi ticareti engellenebilir. Bu nedenle koruma görevini üçüncü kişiye vermiş ise, üçüncü kişiyi seçmede gösterdiği özenden dolayı sorumludur. Ancak üçüncü kişinin kusurlu davranışından alıcı sorumlu değildir.

(271) Keller/Lörtscher, 95. Giger, Art. 204 Nr. 13.

(272) Keller/Lörtscher, 95-96.

(273) Oser/Schönenberger, Art. 204 Nr. 6; Edis, 94; Yavuz 122, Tunçomağ, 142.

Alıcının muhafaza yükümlülüğü geçicidir ve bu yükümlülük Satıcının şeyi bizzat muhafaza edilecek duruma gelmesine kadar devam eder. Satıcı, gerekli tedbirleri almayı veya gerekli talimat vermeyi ihmal etmesi halinde, alıcı ile bir süre tayin edip, bu süre sonunda, satılanla kendisine göndermeye yetkilidir.<sup>(274)</sup>

Muhafaza, esas itibariyle satıcının menfaatine uygun yapılmışsa ve alıcının kabul etmemesi haklı ise alıcı, muhafaza için yapmış olduğu masrafları satıcıdan talep edebilir.<sup>(275)</sup>

Alıcı, muhafaza ödevine aykırı davranmış ise satıcının zararlarını tazmin etmek zorundadır. Ancak, alıcının muhafaza ödevine aykırı davranması ayıba karşı tekeffülden doğan haklarına zarar vermez. Alıcının muhafaza ödevine aykırılıktan dolayı sorumluluğu BK. md. 96 vd'na dayanır. Zira satıcı yalnız bir vekaletsiz işgören gibi değil, satım sözleşmesi gereğince sorumludur.<sup>(276)</sup>

### B) Zorunlu Satış

Gönderilen şeyi muhafaza mükellefiyeti masraflı olabilir. Bu durumda, şeyin muhafazası yerine geçmek üzere şey satışa çıkarılır. Bazen alıcının satma yetkisi zorunluluğa dönüşür. Satılan şeyi geri gönderme veya başka yere gönderme, zaman, gider, gerekli kimlik belgeleri veya bunlara benzer şeyler bakımından imkânsız görünüyorsa ve satıcının kendisi ya da temsilci aracılığıyla tam zamanında, yerinde satılan şey üzerinde tasarrufta bulunabilmesi

(274) Tunçomağ, 142; Edis, 94; Yavuz, 122; Tandoğan, 184; Becker, Art. 204 Nr. 5.

(275) Oser/Schönenberger, Art. 204 Nr.6; Becker, Art. 204 Nr.8; Edis, 94; Yavuz, 122; Tunçomağ, 142. Becker'e göre buna karşılık satılan yalnız çok önemsiz bir miktarda ise veya alıcı eşyanın konulduğu yerleri genellikle malların depo edilmesi yoluyla kazanç için kullanmıyorsa ya da alıcı o tarihte bu yerleri başkaca kullanmamış ise tazminat isteyemez.

(276) Becker, Art. 204 Nr.9, Jaeger, 83.

kabul edilmiyorsa, alıcının zorunlu satış için yükümlülüğü vardır. (277) Satılan şeyin bozulması tehlikesi dışında fiyatı düşmesi tehlikesi varsa sadece bu durum zorunlu satış gerektirmez. Ancak satılan malın büyük oranda fiyatı düşecek ise, bu durum zorunlu satış kapsamında düşünülür.<sup>(278)</sup> Satılan şeyin sadece bir kısmının bozulması veya büyük oranda fiyatının düşmesi tehlikesi varsa sadece o kısım satılmalıdır.<sup>(279)</sup>

BK.md. 201' deki satışın, zorunluluğuna BK. md. 92'deki satış doğrudan uygulanmaz. BK. md. 201'deki zorunlu satış, BK.md. 92'nin özel bir uygulaması değildir. Bu nedenle, BK. md. 92'deki kurallar BK. md. 201'deki satışa kıyasen uygulanır.<sup>(280)</sup> BK.md. 201' deki satışın, BK. md. 92'den ayrılma nedeni, şeyin bozulması tehlikesidir. Yani BK. md. 201'e göre ancak şeyin bozulması tehlikesi varsa zorunlu satış yapılabilir.<sup>(281)</sup>

Genel olarak BK. md. 201, yalnızca hazır olmayan satıcının menfaatine konmuş bir hükümdür. Ancak, söz konusu maddenin üçüncü fıkrası, alıcının satma hakkını ve satma zorunluluğunu ayırt etmiştir. Alıcının, satma zorunluluğu olmaksızın satma hakkının olması, satıcının çıkarlarının zorunlu satışı gerektirip gerektirmediğinin şüpheli görüldüğü sınırdaki durumlar bakımından mümkündür. Alıcıya satma hakkı verilmiş ise, alıcının satılan şeyi satmasıyla bunun üzerindeki sorumluluğu sona erer. Alıcı muhafa-

---

(277) Oser/Schönenberger Art. 204. Nr.9; Becker, Art. 204. Nr.16; Edis, 95; Tandoğan, 185.

(278) Becker, Art. 204, Nr. 14.

(279) Becker, Art. 204 Nr. 14.

(280) Yavuz, 123; Tunçomağ, 144; Oser/Schönenberger Art. 204. Nr.9.

(281) Edis,95; Yavuz, 123; Tunçomağ 144; Oser/Schönenberger Art. 204 Nr. 9.

za altındaki şeyi satmakla satıcıya ödediği semene karşılık olmak üzere, bu bir para üzerinde hapis hakkı sahibi olur.<sup>(282)</sup> Ancak alıcının karşı hakları söz konusu değilse ya da bu haklar başka yoldan teminat altına almış ise, alıcı satıcının satış yasağına uymak zorundadır.<sup>(283)</sup>

Alıcı ayıplı şeyi sattırırken yetkili makamlarla işbirliği yapmalıdır. Aksi takdirde şey üzerinde, tasarruf etmiş olur. Bu durumda alıcı, sözleşmeden dönme ve arî misliyle değiştirme hakkından yoksun kalır. Yetkili makam, şeyi açık artırma ile satabileceği gibi, pazarlık suretiyle de satabilir.<sup>(284)</sup>

Zorunlu satış için önceden satıcıya ihbar yapmak gerekmez. Şayet satıcıya önceden haber vermek gerekse idi, çok zaman kaybedilirdi. Keza şeyin çabuk bozulma durumunda olması böyle bir ihbarı gereksiz kılmaktadır.<sup>(285)</sup> Ancak alıcı, şeyin satıldığını mümkün olduğu kadar çabuk satıcıya ihbar etmelidir. Bu hükme uymayan alıcıya satıcı, ancak kendisi tarafından satış yapılsa idi daha fazlaya satılacağını ispat ile tazminat isteyebilir.<sup>(286)</sup>

Ardarda teslim şartıyla satış yapılmışsa, her bir teslim için kanda öngörülen hak ve ödevler ayrı ayrı uygulanır.<sup>(287)</sup> Satış bedeli satılan şeyin yerine geçer. Sonradan satış akdinden dönülmesinde veya satılan malın ayıptan arî misli ile değiştirilmesinde, satış satıcı

---

(282) Becker, Art. 204. Nr. 15; Jaeger, 87.

(283) Becker, Art. 204. Nr. 15.

(284) Oser/Schönenberger Art. 204. Nr.10, Becker Art. 204 Nr. 17; Edis, 95.

(285) Becker, Art. 204 Nr. 20.

(286) Oser/Schönenberger Art. 204. Nr.11. Muhafaza altındaki malın satıldığını resmî memur, alıcı adına satıcıya haber verir. Satıcıya bilgi verilmemesi alıcıyı tazminatla yükümlü kılar. Becker, Art. 204 Nr. 19.

(287) Becker, Art. 204 Nr. 20.

hesabına yapılmış sayılır. Eğer satılan şeyin ayıplı olduğu iddiası yanlış olursa veya hakim semenin indirilmesine karar verirse, satış alıcı lehine yapılmış olur.<sup>(289)</sup>

### C) Gönderilen Şeydeki Ayıbı Tesbit Ettirme Borcu

BK.md. 201'in alıcıya yüklediği son mükellefiyet, gönderilen şeydeki ayıbın tesbitidir. Satılan şeydeki ayıbın tesbiti resmî makamlarca yapılabileceği gibi, tarafsız (güvenilir) üçüncü kişilerce de yapılabilir.<sup>(290)</sup> Ancak alıcı, ayıplı durumu bizzat kendisi tespit edemez.

Gönderilen şeyin muayenesi, vakit geçirmeksizin hemen yapılmalıdır. Bu nedenle muayeneye satıcı katılamıyabilir.<sup>(291)</sup>

Alıcı zaman kaybetmeksizin ayıplı durumu tesbit ettirmez ise, bu bir dava konusu olmaz. Aksine alıcı için bu külfettir. Alıcı sadece avantajlı hukukî bir durumdan faydalanamaz.<sup>(292)</sup>

Gönderilen şeyin muayenesi, BK. md. 202 vd'na göre, alıcının açacağı davanın temelini oluşturur. Gönderilen şeydeki ayıbın belirlenmesi yalnız alıcı için değil, aynı zamanda satıcı için de savunma

(288) Oser/Schönenberger, Art. 204. Nr.12; Keller/Lörtscher 96.

(289) Oser/Schönenberger, Art. 204. Nr.13; Tunçomağ, 143; Yavuz, 122. Karşıt görüş için, bkz., Edis, 98. Muhafaza altındaki malın ayıbının tesbiti resmî olarak yapılacak ise, malın bulunduğu yerdeki mahkeme yetkilidir. Delillerin toplanması üçüncü kişi tarafından yapılması gerektiği için bir kişiye verilecek numûneyi alıcı belirler. Becker, Art. 204 Nr.11.

(290) Keller/ Lörtscher, 96; Oser/Schönenberger, Art. 204 Nr.14; Becker, Art .204 Nr. 14; Becker Art .204 Nr. 12; Tunçomağ, 143.

(291) Keller/Lörtscher 96.

(292) Oser/Schönenberger, Art. 204 Nr.15; Jaeger, 85; Kanun burada alıcının satılanı ifa olarak kabulü reddettiği ve bu nedenle satıcının teklif olunan edimin sözleşmeye uygunluğu ispatla yükümlü olduğu, durumundan hareket etmektedir. Becker, Art. 204 Nr. 13.

araçlarını tesbit eder. Bundan dolayı alıcı, satılan şeyin ayıbını tesbit ettirmemezse, gönderilen şeyin ayıplı olduğunu ispat zorunda kalır<sup>(293)</sup>. Satılan malın muayenesi, yetkili merciin ihmalinden veya alıcının kusuru olmaksızın yapılamamış olsa bile, satılanın durumunu alıcı isbat etmelidir.<sup>(294)</sup>

### III. BK. MD. 201'İN ALICIYA YÜKLEDİĞİ MÜKELLEFİYETLERİN HUKUKİ NİTELİĞİ

BK.md. 201 alıcıya, gönderilen şeyin muhafazası ve ayıplarının tespiti ve de gerekli ise şeyin satışı mükellefiyetini yüklemiştir. Bu mükellefiyetlerin hukukî niteliği, BK. md. 198'deki muayene ve ihbar külfetinin hukukî niteliğinden farklıdır. Gerçekten alıcı, BK. md. 198'deki şekli şartları yerine getirmemezse ayıba karşı tekeffülden lehine doğan haklara başvuramaz. BK. md. 201'deki alıcıya yüklenen mükellefiyetin hukuki niteliği ise şöyledir:

Alıcı gönderilen şeyin muhafazasını ve satımını gereği gibi yerine getirememiş ve satıcı bundan zarara uğramış ise, alıcıdan tazminat talebinden bulunabilir.<sup>(295)</sup>

Eğer alıcı, gönderilen şeyin ayıbını vakit geçirmeksizin tesbit ettirmemiş ise, ayıba karşı tekeffülden doğan haklardan faydalanabilmesi için gönderilen şeyin ayıplı olduğunu ispat etmesi gerekir. Görüldüğü gibi, ispat yükü tersine çevrilmiş olmaktadır.<sup>(296)</sup>

(294) Oser/Schönenberger Art. 204. Nr.15. Böyle bir durumda alıcı ikinci fıkra gereği ispatı başka yoldan ileri sürmeye çalışmak zorundadır. İspat yükünü alıcı taşır. Ancak ispat etmeyi başarır ise tekeffüle ilişkin işlemleri elde eder. Becker, Art. 204 Nr. 13.

(295) Yavuz, 120; Edis,93; Tandoğan, 184; Becker, Art. 204 Nr.9; Keller/Lörscher, 95.

(296) Oser/Schönenberger, Art. 204. Nr.15; Becker, Art. 204. Nr. 13; Keller/Lörscher, 96; Yavuz, 121; Edis, 93; Tandoğan, 185.

**DÖRDÜNCÜ BÖLÜM****SATICININ AYIBA KARŞI TEKEFFÜL BORCUNUN HÜKÜM  
VE SONUÇLARI****§ 1- SATILAN ŞEYİN AYIPLI OLMASI DURUMUNDA  
ALICI LEHİNE KANUNDAN DOĞAN HAKLAR,  
HAKLARIN KULLANILMASI VE SINIRLARI****I- SATILAN ŞEYİN AYIPLI OLMASI DURUMUNDA  
ALICI LEHİNE KANUNDAN DOĞAN HAKLAR**

Alıcı, satılan şeyin ayıplı olması durumunda, ayıba karşı tekeffül borcunun şekli şartlarını da yerine getirmesi şartıyla, kanundan doğan seçimlik haklara sahip olur<sup>(1)</sup>. BK. md. 202'ye göre, "Saticının tekeffülü altındaki satılanın ayıbı anlaşıldığı zaman, alıcı muhayyerdir. Dilerse satılanı redde hazır olduğunu beyanla satımın feshedilmesini, dilerse satılanı alıkoyup kıymetin noksanı mukabilinde semenin tenzil olunmasını dava eder."

BK. md. 203'e göre de: "...satılan, miktarı muayyen misli şeylerden ise, alıcı dilerse fesih veya semenin tenzilinden hiç birini talep etmeyip satılanın ayıpları âri misliyle değiştirilmesini dava edebilir."

Alıcının kanundan doğan bir hak olarak, satılan şeyin ayıplarını tamir ettirme hakkı yoktur.<sup>(2)</sup> Halbuki istisna sözleşmesinde, BK. md. 360/II hükmü gereğince iş sahibinin, ayıpların giderilmesini isteme hakkı vardır. Satım sözleşmesinde

- 
- (1) Katz, 73; Alıcı, satın aldığı şeyi iade ederek satım sözleşmesinden dönebileceği gibi, (Wandelung=actio redhibitoria) satım parasının indirilmesini (Minderung=actio quanti minoris) de, talep edebilir. Bucher, 97.  
(2) Becker, Art. 206 Nr. 1; Keller/ Lörtscher, 77.

alıcının, satılan şeyin ayıplarını giderme (onarım) talebinde bulunabilmesi için, bu konuda satıcı ile aralarında bir anlaşma olması gerekir. Bu anlaşma, uygulamada garanti sözleşmesi olarak ortaya çıkmaktadır. Doktrindeki bir görüşe göre<sup>(3)</sup>, istisna sözleşmesinde (BK. md. 360/II'deki) iş sahibinin, eserin ayıplarının giderilmesi isteme hakkını, kıyas yoluyla satım sözleşmesinde de alıcıya tanımak gerekir.

Alıcı, bu seçimlik haklardan ayrı olarak veya bu seçimlik haklarla birlikte kullanılmak üzere, kendisine kusurlu olarak ayıplı birşey teslim edilmesi durumunda, uğradığı zararların tazminini de BK.md.41'e göre isteyebilir.<sup>(4)</sup>

Bu seçimlik haklara bir de, satıcının imalatçı<sup>(5)</sup> olması durumunda, imalatçı sıfatıyla sorumlu tutulup uğranılan zararın tazmininin istenmesi eklenebilir. Ancak incelememizde, bu konunun bağımsız bir konu olması dolayısıyla üzerinde durulmamıştır.

Satıcının çıkarları hakkaniyete aykırı olarak ağır şekilde zedelenmiyor ise alıcı, edimin bir kısmı için sözleşmeden dönme, diğer kısmını için de, semenin indirilmesini isteyebilir. Taraflar, sözleşme ile seçim hakkını da ortadan kaldıracırlar.<sup>(6)</sup>

(3) Guhl/Merz/Kummer, 351; Giger, Art. 205 Nr. 42.

(4) Yavuz, 133; Keller/Lörtscher, 87; Larenz, 58; Furrer, 64; Giger, Vorbem.zu Art 197-210 Nr. 55 vd.; Cavin, 113.

(5) İmalatçının Sorumluluğu için bkz. Öztan, İmalatçının Sorumluluğu Ankara 1982; Kaplan, Türk ve İsviçre Hukukunda İmalatçının Sorumluluğu, AD. 1977, sayı 1-2; Özsunay, Yapıcının Sorumluluğu (Sorunlar/Çözümler/Yönelimler) "Teori ve Uygulama Açısından Mesuliyet Sigortaları" III. Sigorta Semineri, İstanbul. 4-7 Nisan 1977; Özsunay, Yapıcının Sorumluluğuna İlişkin Avrupa Sözleşmesi ve AET Yönerge Önerisi Üzerine Bazı Düşünceler, İkinci Avrupa Hukuku Haftası, İstanbul 29-31 Mayıs 1978, İstanbul.

(6) Becker, Art. 205 Nr.4; Oser/Schönenberger, Art. 205 Nr.5; Tandoğan, 187.



BK. md. 202'nin lafzına baktığımız zaman, seçim hakkının dava yoluyla kullanılması gerektiği sonucu çıkmaktadır. Kanunun bu şekildeki düzenlenmesi yanlıştır. Kanun metninin böyle düzenlenmesinin nedeni tarihidir. Kanun metni Roma Hukukunun etkisi ile düzenlenmiştir.<sup>(6a)</sup> Kanun tarafından alıcıya tanınan seçim hakkının hukukî niteliği konusunda değişik görüşler bulunmaktadır. Bu görüşleri, şu şekilde açıklayabiliriz:

Doktrindeki bir görüşe göre<sup>(7)</sup>, alıcının seçim hakkı, yenilik doğrudan hak niteliğindedir. Alıcı seçim hakkını, tek taraflı varması gerekli irade açıklaması ile kullanır. Alıcının bu hakkını kullanabilmesi için, dava açmasına gerek olmadığı gibi, satıcı ile yeni bir sözleşme yapmasına da gerek yoktur. Bu hakkın kullanılması için, dava açılmış ise, mahkeme kararı kurucu nitelikte değil, bildirici niteliktedir.

Alman hukuku'ndan (BGB § 465) kaynaklanan doktrindeki diğer bir görüşe<sup>(8)</sup> göre de alıcı, seçim hakkını yalnız kullanamaz. Alıcı, kullanmak isteği hakkını, satıcıya icap olarak bildirir. Satıcı alıcının icabını kabul ederse, yeni bir sözleşme kurulmuş olur. Aynı zamanda alıcı da hakkını kullanmış olur. Bu görüşe (Vertragstheorie=sözleşme teorisi) denmektedir. Satıcı alıcının icabını kabul etmez

(6a) Giger, Art. 205 Nr.7.

(7) Cavin, 96; Schubiger, 59; Becker, Art. 205 Nr. 12; Katz, 73; Edis, 98; Tuncoğaç, 165; Feyzioğlu, 293; Furrer, 64. Yazara göre, alıcı, seçim hakkını şekle bağlı olmaksızın kullanabilir. Ancak alıcı, ispat kolaylığı açısından çoğunlukla, tahhütlü bir mektupla seçim hakkını kullanır.

(8) Larenz, 54; Oser/Schönenberger, Art. 205 Nr. 5-6; Jaeger, 92; Willi, 95. Yazara göre, bir hakkın mahkemede ileri sürmesiyle diğer haklar düşer. BGB§465 "Alıcının dönme veya semenin indirilmesi taleplerine satıcı rıza gösteriyorsa, dönme veya semenin indirilmesini talep edilmiştir" Oser/Schönenberger'e göre, alıcının dönme beyanı satıcının sözleşmenin ortadan kalmasına izin vermesi gerekir. Satıcının izininden sonra alıcı sözleşmeden dönüp dönmemekte serbesttir. Satıcının, alıcının dönme beyanına izin vermemesi durumunda, seçim hakkı mahkeme hükmü ile tamamlanır. Art. 205. Nr. 5-6.

ise, alıcı mahkemeye başvurarak, satıcının kabul iradesi yerine geçecek hüküm verilmesini ister.

Alıcının mahkemeden seçilen yolu konu edinen yeni bir sözleşme kurulması yönünde bir hüküm ile birlikte, bu yeni sözleşmenin ifasını talep etmesi imkânı da vardır.

Diğer bir kısım yazarlar<sup>(9)</sup> BGB'nin 465. paragrafında yer alan hükmü farklı yorumlamaktadırlar. Bu yazarlara göre, alıcının sözleşmeden dönme ya da semenin tenzili haklarından birisini seçmesi durumunda, satıcının bu yola izin vermesi ile alıcı seçim hakkını kaybeder. Böylece, alıcı tek taraflı iradesiyle seçim hakkı kullanır. Satıcının izni ile de alıcı seçtiği yoldan dönemez. Alıcının seçtiği yoldan lehine doğan hakları satıcı yerine getirmez ise, bunun yerine getirilmesi için alıcı dava açabilir. Bu teoriye doktrinde Herstellungstheorie denmektedir.

Doktrinde savunulan diğer bir görüşe göre (modifizierte Vertragstheorie veya Gestaltungstheorie)<sup>(10)</sup>, alıcının seçim hakkını kullanması yenilik doğuran hakkın kullanılması değildir. Mahkeme dışında alıcı, seçim hakkını satıcı ile anlaşarak kullanabilir. Alıcı ve satıcı anlaşmazlar ise, alıcı seçim hakkını mahkeme vasıtası ile kullanır. Bu durumda mahkemenin vereceği hüküm, bildirici değil kurucu niteliktedir.

Biz, alıcının seçim hakkının hukukî niteliğini, yenilik doğuran hak olarak kabul etmekteyiz. Zira, alıcı kanundan doğan istisnalar dışında, seçim hakkını tek taraflı olarak kullanabilmektedir.

(9) Bu konudaki açıklamalar için bkz., Larenz, 54; Serozan, Sözleşmeden Dönme, 317; Taşkent 706-707; Yavuz, 137.

(10) Giger, Art. 205 Nr. 12; Guhl/Merz/Kummer, 337.

BK. md. 202/II'nin lafzına bakıldığında alıcının seçim hakkını satıcı ile anlaşarak kullanması, aksi halde dava yoluyla ileri sürmesi gerektiği sonucuna varılabilmektedir.<sup>(11)</sup> Ne var ki kanunun amacı gözönüne alındığında, böyle bir sonuca varılamaz. Zira, alıcı seçim hakkını, satıcının izni olmaksızın kullanabileceği gibi, mahkeme kararı olmaksızın da kullanabilir. Alıcı, seçim hakkını tek taraflı olarak varması gerekli irade açıklaması ile kullanır. Böylece, alıcının seçim hakkını kullanmasıyla, seçilen yolun muhtevasına göre meydana gelecek değişiklik, satıcının izni ve mahkemenin kararı gerekmeksizin, alıcının yenilik doğuran hakkını kullanmasını sağlar.<sup>(12)</sup>

Alıcının sözleşmeden dönme hakkı, bozucu yenilik doğuran hak niteliğindedir. Semen in indirilmesi, mümkün ise ayıbın giderilmesi ve uğranılan zararın tazmini talebi değiştirici yenilik doğuran haklardandır. Alıcının, ayıplı malı, ayıpsız mislî ile değiştirme talebi de, aynen ifade ısrar ettiğini gösteren yenilik doğuran hak niteliğindedir.<sup>(13)</sup>

## II- SEÇİM HAKKININ KULLANILMASI

Alıcı, seçim hakkını kendi menfaatine göre kullanır. Alıcı, ayıplı şeyi elinde tutmakta menfaati yoksa, fiyatlar düşmüşse, sözleşmeden dönme yoluna başvurabilir. Şayet fiyatlar yükselmiş ise, semen in indirilmesini talep edebilir. Satılan şey, mislî şey ise ve

- 
- (11) Giger, Art. 205. Nr 7. Yazara göre ,kanunun bu şekilde düzenlenmesinin nedeni, Roma Hukukunun etkisinde kalınarak düzenlenmiş olmasıdır.  
(12) Serozan, Sözleşmeden Dönme, 320; Yavuz, 140; Schubiger, 59; Becker, Art. 205 Nr. 12; Katz, 75; Furrer, 64; Cavin, 96  
(13) Serozan, Sözleşmeden Dönme, 310; Yavuz, 140.

o şeylerin ayıpsızına ihtiyacı varsa alıcı ayıpsız misli ile değiştirilmesini talep edebilir.<sup>(14)</sup>

Satım konusunun bölünebilir olması ve satıcının menfaatlerinin büyük oranda zarar görmemesi şartı ile alıcı, satılanın bir kısmı için sözleşmeden dönme diğer kısmı için de, semenin indirilmesini talep edebilir.<sup>(15)</sup>

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, alıcının sahip olduğu seçim hakkının hukukî niteliği yenilik doğuran bir haktır. Bu nedenle yenilik doğuran hakların tâbî olduğu usûle uygun kullanılması gerekir. Alıcı, seçim hakkını tek taraflı olarak varması gerekli bir irade beyanı ile kullanır. Seçim hakkını alıcı, süresinde dava açma yoluyla da kullanabilir. Bu durumda, mahkemenin vereceği hüküm, kurucu değil bildiricidir.<sup>(16)</sup>

Satılan şeyde satım sözleşmesinden dönmeyi gerektirmeyecek kadar küçük bir ayıp olması ve alıcının semenin indirilmesini istemesi durumunda, semenin indirilmesinde mevcut olan ayıp miktarı dikkate alınır. Alıcı, emtianın bir kısmının ayıplı olduğunu belirterek itiraz etmiş ise, daha sonra talebini emtianın tamamını kapsayacak şekilde genişletemez. Buna karşılık alıcı önce dönme talebinde bulunmuş ise, daha sonra bu talebinden vazgeçerek semenin indirilmesini isteyebilir.<sup>(17)</sup>

### III- SEÇİM HAKKININ KULLANILMA ZAMANI

Alıcının BK.md. 202'de düzenlenen hakları, BK. md. 207'ye göre, satılan şeyin tesliminden itibaren bir yıl içerisinde zamana-

(14) Edis, 97; Tandoğan, 187.

(15) Oser/Schönenberger, Art. 205 Nr. 5; Becker, Art. 205 Nr. 4; Tandoğan, 187.

(16) Edis, 98; Yavuz, 141.

(17) Becker, Art. 205 Nr. 12.

şımına uğrar. Doktrindeki bir görüşe göre<sup>(18)</sup> alıcı, BK. md. 198'de düzenlenen muayene ve ihbar külfetini yerine getirdiği takdirde, kanundan doğan seçimlik haklarını zamanaşımı süresi içerisinde kullanabilir. Başka bir ifadeyle alıcı, kanunun kendisine yüklediği muayene ve ihbar külfetini yerine getirmiş ise, bir yıl içerisinde seçimlik haklarını kullanabilir.

Bu pozitif hukuk düzenlemesi, ayıba karşı tekeffül düzenine tam uymamakta, ters gelmektedir. BK. md. 207'ye dayanılarak bir yıl içinde kanundan doğan seçimlik hakları kullandırmak, alıcı için son derece uygundur. Alıcının, kanundan doğan seçim hakkını hangi süre içerisinde kullanacağını tesbit ederken, ticarî örf ve adet kuralları gözönünde bulundurulmalıdır. BK. md. 207'den daha kısa bir süreyi, ticarî örf ve adetler öngörmüş ise, bu süreye uyulmalıdır. (19)

Federal Mahkemeye göre, BK. md. 198'de alıcıya muayene ve ihbar külfeti yüklenmesindeki amaç alıcının, satıcı aleyhine ekonomik konjonktürden faydalanarak spekülasyon yapmasını önlemektedir. (20)

BK. md. 198, alıcıya muayene ve ihbar külfeti yüklediği için, hiç şüphesiz bu tür spekülasyonu önleyici güçtedir. Ancak alıcıya BK. md. 198; dönme ve semenin indirilmesi mümkün olması durumun-

(18) Guhl/Merz/Kummer, 337; Bucher, SJZ 67 (1971); 4; Edis, 99. Yazara göre, alıcı sahip olduğu seçim hakkını tanınacak uygun bir süre içerisinde kullanmak zorunda değildir. Hatta alıcı açılacak bir dava ile seçim hakkını belli bir süre içerisinde kullanmaya zorlanamaz. Alıcı zamanaşımı süresi içerisinde seçim hakkını kullanabilir. Ancak alıcının seçim hakkını, zamanaşımı süresi içinde kullanması, MK. md. 2 anlamında hakkın kötüye kullanımı teşkil etmemelidir.

(19) Giger, Art. 205. Nr. 70.

(20) BGE 88II 365. Aynı fikirde, Arslanlı 337. Yazara göre, alıcının ayıbı ihbarından sonra zamanaşımı süresi boyunca, kanundan doğan seçimlik haklara sahip olması satıcı aleyhine sonuç doğurur. Çünkü alıcı bu süre içerisinde piyasa durumuna göre satıcının menfaatleri aleyhine spekülasyon imkanına sahip olur. Kanun koyucunun böyle bir duruma da izin verdiği düşüncülemez.

da diğer seçimlik haklardan hangisini kullandığını bildirme yükümlülüğü yüklememiştir. (21)

BK. md. 202'deki seçim hakkına ilişkin kanun boşluğu, bir norm tarafından doldurulursa, Federal Mahkeme tarafından BK. md. 198 için belirtilen amaca ulaşılabilir.(22) Alıcının seçim hakkını hangi süre içerisinde kullanması gerektiği hakkında, MK. md 2/II nedeniyle gerçek olmayan bir kanun boşluğu vardır. Bu boşluğun hakim tarafından MK. md. 1/I'e göre doldurulması gerekir.(23) Bu konuda, BGB paragraf 466 (24) müspet bir düzenleme içermektedir. Alman hukuku'nda dönme için yer alan bu hükmün alıcının diğer hakları için de uygulanabileceği savunulmaktadır.(25)

Doktrinadaki diğer bir görüşe göre(26), burada kanun boşluğu mevcuttur. Bu kanun boşluğu, şu şekilde hakim tarafından doldurulmalıdır: Alıcıya kanun tarafından birden fazla hak tanındığı durumlarda satıcının, seçimlik bir borcu olduğu kabul edilebilir. Satıcı, hakime başvurarak, alıcının uygun bir süre içerisinde bu seçimlik hakkını kullanmasını talep edebilir. Uygun bir süre içerisinde seçim hakkını kullanmayan alıcı, BK. md. 90'a göre mütemerrit duruma düşer.

Kanımızca, muayene ve ihbar külfetini yerine getiren alıcıya,

(21) Giger, Art. 205 Nr. 70.

(22) Giger, Art. 205 Nr. 70; Bucher, SJZ, 67 (1971), 4 vd.

(23) Giger, Art. 205 Nr. 70; Becker, Art. 72 Nr. 7.

(24) **BGB 466 Dönme için düşürücü süre**

" Alıcı, satıcıya, seyir ayıplı olduğu iddiasında bulunmuş ise, satıcı alıcıyı dönmeye yönelik teklifte bulunmaya ve dönmeyi talep edip etmediğini kararlaştırılan sürede iradesini açıklamasını talep edebilir. Bu durumda dönme ancak zaman aşımı süresi içinde talep edilebilir."

(25) Larenz, 53

(26) Becker, Art. 72. Nr. 7. Alıcı, şayet mahkemeden lehine bir dönme hükmü çıkarmış ise, hükmün icrasını da hesaplamalıdır. Bu nedenle alıcının, satıcıyı uzun süre bu konuda bekletmesi doğru değildir. Becker, Art. 205. Nr. 12.

zamanaşımı süresince seçim hakkını kullanma imkânı vermek, İsviçre-Türk ayıba karşı tekeffül hükümlerine uymaz. BK. md. 202 hangi süre içerisinde, alıcının seçimlik hakkını kullanacağını belirtmemektedir. Bir kanun boşluğu mevcuttur. Hakim MK. md. 1'e göre bu boşluğu doldurmalıdır. Buna göre, "Hakkında kanunî bir hüküm bulunmayan meselede hâkim örf ve adete göre, örf ve âdet dahi yoksa kendisi vazı kanun olsaydı bu meseleye dair nasıl bir kaide vazedecek idiye ona göre "hükmeder. Biz, hakim örf ve âdet dahi olmayan durumlarda kanun boşluğunun BGB paragraf 466'ya uygun şekilde doldurulmasını öneriyoruz. Buna göre satıcı, alıcıya müracaat ederek, dönme veya diğer haklardan hangisini seçtiğini uygun bir sürede bildirmesini talep edebilmelidir. Böylece satıcı aleyhine, alıcı tarafından spekülasyon yapılması önlenmiş olur. Alıcının, kısa bir sürede kanunun bahsettiği haklardan birisini kullanması zorunluluğu, seçim hakkının hukukî niteliğine de uyar. Zira, alıcının seçim hakkı, yenilik doğuran bir haktır. Yenilik doğuran haklar da, sürekli haklardan olmadığı için, bu hakların kısa bir süre içerisinde kullanılması gerekir. (27)

#### IV- SEÇİM HAKKININ SINIRLARI

Alıcı, kural olarak kanunun bahsettiği haklardan dilediğini seçer. Ancak kanun, BK. md. 202/II, md. 203/II,md.205'te açıkça alıcının seçim hakkına sınırlama getirmiştir. Sınırlamaları şu şekilde değerlendirebiliriz:

##### **A- Hakim Haklı Sebeplerin Varlığı Halinde, Sözleşmeden Dönme Yerine, Satım Parasının İndirilmesine Karar Verebilir.**

BK. md. 202/II'ye göre: "hakim alıcının satılanı red davası

---

(27) Eren. C.I., 79.

üzerine hal icabı satımın feshini muhik göstermiyorsa semenin tenzili ile iktifa edebilir."<sup>(28)</sup> Bu madde ile hakime, alıcı satım sözleşmesinden dönmek isterse, haklı sebeplere dayanarak, semenin indirilmesine karar verebilme yetkisi tanınmıştır. Hakim, haklı sebeplerin olup olmadığını, BK. md. 4'e göre takdir edecektir.<sup>(29)</sup>

Söz konusu hakkaniyet kaidesi gereği hakim, tarafların menfaatlerini gözetmek zorundadır. Esasen, BK.md. 202/II'de hakime bu hakkı vermiştir. Bu nedenle hâkim, alıcının sözleşmeden dönmek için hakkın kötüye kullanımını teşkil ettiği durumlarda, hakkaniyet kuralı gereği müdahale ederek dönmeye engel olur. Satılan şey ayıplı olmasına karşın kullanılabilir durumda ve değerini koruyor ve buna rağmen alıcı, semenin indirilmesi yerine dönmeyi talep etmiş ise, hakim dönme yerine semenin indirilmesine karar verebilir. Bu son halde hakimin dönme yerine semenin indirilmesine karar verebilmesi için, dönmenin satıcıya getirdiği zararın alıcıya getireceği fayda ile mukayese edilemeyecek derece çok olması gerekir. Alıcının dönme talebine getirilen kanundan doğan diğer bir sınırlama da, MK. md. 2'dir. Satılan şeydeki ayıbı satıcı derhal tamir edeceğini bildirmiş ve ayıp zarara neden olmamış ise, alıcının bundan kaçınması hakkın kötüye kullanımını teşkil eder.<sup>(30)</sup>

Haklı sebeplere de şu örnekler verilebilir:

a) Ayıplı şeyi alıcı kullanabiliyorsa, örneğin, gönderilmiş olan

(28) Bu hüküm , komşu devletlerdeki düzenleme ve 19. yüzyılın kantonlarındaki hukuk kuralı dikkate alınarak düzenlenmiştir. Söz konusu hüküm, seçim serbesti yönündeki Fransız sisteminin, Avusturya Hukukundaki temel ayıp teorisi "Hauptmängeltheorie" yönünde düzeltilerek kabul edilmesiyle oluşmuştur. Giger, Art. 205 Nr. 50.

(29) Edis, 100; Tandoğan, 187; Yavuz, 143; Feyzioğlu, 205-206; Becker, Art. 205 Nr. 5; Oser/Schöneberger, Art. 205. Nr. 9; Giger, Art. 205 Nr. 50; Bucher, 99.

(30) Giger, Art. 205 Nr. 50-51.



un, buğday veya deriler ikinci kalite olmasına rağmen, alıcı ikinci kalite ürün olarak bunları kullanabiliyor ve bu alıcı için olağan faaliyet sayılıyorsa, hakim sözleşmeden dönülmesi yerine, semenin indirilmesine gidebilir. Buna karşılık, örneğin bira yapılamayacak kadar kötü maya gönderilmiş ise, alıcıdan bozuk bira üretilmesi istenemeyeceğinden, semenin indirilmesi yoluna gidilemeyecektir<sup>(31)</sup>. Bazı şeylerin ayıplı olmasına rağmen, alıcı tarafından kullanılabilir olduğu hakkında ticarî teamüller olabilir. Bu durumda da hakim, semenin indirilmesi yoluna gidebilir.<sup>(32)</sup>

b) Satım sözleşmesinden dönülmesi halinde, satıcının uğrayacağı zarar, alıcının sağlayacağı faydadan daha fazla olacak ise, hâkim semenin indirilmesi yoluna gidebilir.<sup>(33-34)</sup>

Alıcının, kanundan doğan seçimlik hakkı, yenilik doğurucu nitelikte bir haktır. Alıcı, hakkını tek taraflı olarak, satıcının izni ve hakim hâkim hükmü olmaksızın kullanabilir. Durum böyle olunca, hakim satım sözleşmesinden dönülmesi yerine, semenin indirilmesine nasıl karar verebilecektir? Alıcı, yenilik doğurucu hakkını tek taraflı olarak kullanarak, satım sözleşmesinden döner ve ödediği semeni ister. Satıcı, semeni ödemediği takdirde alıcı, mahkemeye müracaat ederek semenin ödenmesini talep eder. Satıcı da, mahke-

(31) Bkz., Oser/Schönenberger, Art. 205 Nr. 9; Yavuz, 143; Edis, 100; Becker, Art. 205 Nr, 6-8

(32) Oser/Schönenberger, Art. 205. Nr.10 ; Tandoğan, 187.

(33) Oser/Schönenberger, Art. 205. Nr.11 ; Yavuz, 144; Edis, 100; Tandoğan, 187; Keller/Lörtscher, 71; Giger, Art. 205 Nr. 50.

(34) Alıcının satım sözleşmesinden dönme hakkı, zikir ve vaad edilen niteliklerin bulunmaması durumunda kolaylıkla engellenmemelidir. Çünkü, alıcı, bu niteliklere özel önem vermektedir. Bundan başka, satıcının kusurunun çok olması, hakim tarafından daha az korunmasını gerektirir. Oser/Schönenberger, Art. 205 Nr. 12; Yavuz, 144.

mede defî olarak semenin indirilmesini ileri sürer. İşte bu durumda hakim, haklı sebep görür ise, semenin indirilmesine karar verebilir.<sup>(35)</sup>

### **B - Semen'in İndirilmesi Miktarı Satım Parasına Eşit İse, Alıcı Semen'in İndirilmesini Talep Edemez.**

BK. md. 202/III'e göre semenin indirilmesi, semene eşit ise, alıcı ancak satım sözleşmesinden dönebilir; semenin indirilmesini isteyemez. Semenden indirilen miktar, semene eşit olmamakla birlikte semene çok yakın ise, alıcının seçimlik hakkı, BK. md. 202/III'e göre de sınırlandırılmış mıdır? Oser/Schönenberger'e<sup>(36)</sup> göre, talep edilen indirim semene çok yakın ise, hakim yine satım sözleşmesinden dönmeye karar verecektir. Buna karşılık Jaeger'e<sup>(37)</sup> göre, kıymet eksikliğinin satış bedeline yakın olması durumunda, alıcı semenin indirilmesini istemiş ise hakim, satım sözleşmesinden dönmeye karar veremez semenin indirilmesine karar vermelidir.

Cavin'e<sup>(38)</sup> göre ise, alıcı semenin indirilmesini istemişse, hakim hiçbir zaman satım sözleşmesinden dönmeye karar veremez. Çünkü alıcı, satıcıya karşı satım sözleşmesinden dönme hakkını kullanmamıştır. Hakimin böyle bir karar vermesi, amacı aşar nitelikte olur. Böyle bir durumda, alıcı semenin indirilmesini istemiş ise hakim, sadece talebi reddetmek ile yetinmelidir.

---

(35) Yavuz, 144-145; Bu durumun, "Hakimin, iki tarafın iddia ve savunmaları ile bağlı olup talepten fazlasına veya başka bir şeye hüküm veremez. HUMK.md.74 kuralının kanunî bir istisnası" olduğu yolundaki açıklamalar için, bkz., Kuru/Arslan/Yılmaz, 423.

(36) Oser/Schönenberger, Art. 205 Nr. 13. Alıcının talebi üzerine hakim, dönme için haklı sebeplerin olup olmadığını gözden geçirir. Bucher, 99.

(37) Jaeger, 115.

(38) Cavin, 98.

Ancak unutmamak gerekir ki, semene yakın bir miktar indirilme yoluna gidilmiş ise alıcı, satılan şey ayıplı olsa bile, çok düşük bir miktara satılan şeye sahip olabilir. Bu ise, karşılıklı menfaatler dengesine aykırı sonuçlar doğurabilir. Bu nedenle, kanımızca, hakim MK. md.4'e göre olayın özelliğine bakarak karar vermelidir. Satıcının menfaati ağır şekilde ihlâl ediliyor ise, satım sözleşmesinden dönmeye karar vermeli; aksi halde hakim semenin indirilmesi yoluna gitmelidir.

Alıcının, semenin indirilmesini talep etmesi durumunda, satıcının def'i olarak indirilecek miktarın semene eşit veya yakın olduğunu ileri sürmesi gerekir. Yoksa hakim, söz konusu hususa re'sen hükmedemez.

### **C- Satıcının Satılan Şeyi Değiştirme Hakkını Kullanmak Suretiyle Alıcının Seçim Hakkını Kullanmasını Engellemesi**

BK. md. 203'e göre "Satılan başka bir yerden gönderilmiyorsa satıcının da alıcıya derhal ayıptan ârî mislini teslim ve alıcının düçâr olduğu zararı tamamen tazmin ederek aleyhine ikâme edilecek davadan kurtulmaya salâhiyeti vardı. "Cins satımlarında satılan şey başka bir yerden gönderilmiyorsa satıcı, satılan şeyi ayıpsız mislî ile değiştirmesi ve alıcının bundan dolayı uğradığı zararları tazmin etmesi halinde, alıcı diğer seçimlik haklarını kullanamaz.

Doktrinde "satımın başka bir yerden" ibaresinin lafzî yorumlanmaması gerektiği ileri sürülmektedir.<sup>(39)</sup> Bu ibarenin, "önemli külfet

(39) Giger, Art. 206 Nr. 21; Yavuz, 147; Oser/Schönenberger, Art. 206 Nr.13; Jaeger'e göre satılan şeyin ilk tesliminde hasar, alıcıya ait değildir. Zira satılan şey nakledilirken umulmayan bir teslim için talep hakkı kazanır. Jaeger, 116, Becker'e göre, bu hak ancak yerinden satımlarda "Platzgeschäft" ayıp dolayısıyla itiraz üzerine derhal kullanılmalıdır. Ayrıca bu yönde bir hak kullanmak isteyen satıcı, kusursuz olarak verdiği zararları bile, tazmin etmek zorundadır. Beckre, Art. 206. Nr. 3.

ve gecikme olmaksızın" şeklinde anlaşılması gerektiği savunulmuştur. Durum böyle olunca, başka mahalden satım dahi olsa, satıcının, satılan şeyi önemli külfet ve gecikme olmaksızın ayıpsız misliyle değiştirmesi halinde alıcı, kanundan doğan haklarını kullanamaz. Kanımızca da BK. md. 203 'teki sınırlamayı bu şekilde anlamak daha isabetli olur.

#### **D- Satılan Şeyin Alıcının Fili ile Telef Olması**

BK. md. 204/II'ye göre, "Satılan alıcının taksiri yüzünden telef olmuş..."ise alıcı satım sözleşmesinden dönmeye ilişkin seçim hakkını kullanamaz. "Ancak kıymet noksanına mukabil semenin tenzilini dava edebilir." Madde metnindeki "taksir" kelimesinin mehzaz İsviçre Borçlar Kanunu'nun Almanca metnindeki gibi, "kusur" olarak anlaşılması gerekir.<sup>(40)</sup>

Kusur kelimesi ile de, teknik anlamdaki kusur kastedilmemiştir. Alıcıya isnat edilebilen her hasar ve yokolma halinde alıcı kusurlu sayılır. Esas itibarıyla alıcı, satılanın maliki olduğundan şeyi istediği gibi kullanabilir. Bu nedenle de, şeyi kullanması sonucu telef olması durumunda kusurlu sayılmaz. Bundan dolayı alıcının kusuruyla yok olma halini, alıcının fiili ile yok olma şeklinde anlamak gerekir.<sup>(41)</sup> Satılanın, alıcı tarafından tamamen yok edilmeyip hasara uğratılması durumunda da, BK. md. 204/II kıyas yoluyla uygulanmalıdır.<sup>(42)</sup>

---

(40) OR. Art. 207/III'e göre: "Eşya, alıcının kusuru nedeniyle zarar görmüş veya alıcı eşyayı temlik ya da şeklini değiştirmiş ise, alıcı sadece semenin indirilmesini talep edebilir."

(41) Oser/Schönenberger, Art. 205 Nr.5; Edis, 101; Yavuz, 148; Tandoğan, 188; Feyzioğlu, 299; Giger, Art. 207 Nr. 14-18.

(42) Giger, Art. 207 Nr. 24-26; Yavuz, 148; Tandoğan, 188; Furrer, 66.

### **E- Alıcının Satılan Bir Başkasına Temlik Etmesi:**

Bu durum, BK. md. 204/II'de, "alıcı onu başkasına temlik etmiş ise" şeklinde ifade edilmiştir. Alıcı satılan şeyi başkasına temlik etmiş ise, artık satım sözleşmesinden dönmeye ilişkin hakkını kullanamaz. Ancak, kıymet noksanından kaynaklanan semenin indirilmesini talep edebilir.<sup>(43)</sup>

Madde metnindeki "temlik" kelimesi geniş anlaşılmalıdır. Alıcının, sadece satılan şeyi başkasına satması değil, aynı zamanda satılan şeyi sınırlı aynî veya şahsî hak konusu yapması halin de sınırlama kapsamına girer. Bu durumda alıcı, satım sözleşmesinden dönemez sadece semenin indirilmesini isteyebilir.<sup>(44)</sup>

Alıcının, satılan şeyin ayıbını bilerek başkasına temlik etmesi halinde, dönme hakkından feragat ettiği anlamı çıkarılabilir. Buna karşılık alıcı, satılan şeyin ayıbını bilmeden temlik etmiş ise, bu neticeye varılamaz.<sup>(45)</sup>

### **F- Alıcının Satılan Şeyin Şeklini Değiştirmiş Olması (Tağyir)**

Bu durum, BK. md. 204/II'de "alıcı satılanın şeklini tağyir etmiş ise" şeklinde ifade edilmiştir.

Alıcı, satılan şeyin şeklini değiştirmiş ise, satım sözleşmesinden dönemez; sadece semenin indirilmesini isteyebilir.<sup>(46)</sup> Madde

(43) Yavuz, 149; Edis, 101; Cavin, 97; Tandoğan, 188; Becker, Art. 207 Nr. 2; Giger, Art. 207 Nr. 24.

(44) Edis, 101-102; Yavuz, 149; Oser / Schönerberger, Art. 207 Nr. 7; Tandoğan, 188; Satılan şey bölünebiliyor ise, temlik de yalnız bir bölüm üzerinde gerçekleşmiş ise, sınırlama sadece o bölüme ilişkindir. Becker, Art. 207. Nr.3

(45) Giger, Art. 207. Nr. 50 vd; Aynı manada bkz., Oser / Schönerberger, Art. 207 Nr. 8; Tandoğan, 188; Becker, Art. 207 Nr.3

(46) Yavuz, 149-150; Edis., 102; Becker, Art. 207 Nr. 3; Tandoğan, 188-189. "Ayıplı mal alıcı tarafından başkasına satılmış ise, alıcı artık sözleşmeyi feshedemez. BK. md. 204/son gereğince en çok satıcıya karşı ayıp nedeniyle semenin indirilmesini talep edebilir. " Yarg. 3. HD. 9.12.1982 T., E. 7259, K. 7577. Uygur, 406.

metnindeki tağyir, malın imâlinden veya işlenmesinden başka, şeyin bir başka şeyle birleşmesi veya karışması anlamına da gelir.<sup>(47)</sup> Buna karşılık, şeyden sadece faydalanmış ve şeyde önemsiz bir değişiklik yapılmışsa, özellikle bu değişiklik satılan şeyin muayenesinden doğmuşsa, burada belki alıcı aleyhine bir tazminat borcu doğar.<sup>(48)</sup> Ancak bu durumda, şeyin esaslı değişikliğinden bahsedilemez.<sup>(49)</sup>

### 6- Gayrimenkul Satımında Miktar Eksikliği

BK. md. 215'e göre: "Hilafına mukavale mevcut değil ise, satılan gayrimenkul satım senedinde yazılı ölçü miktarını ihtiva etmediği takdirde satıcı noksanını alıcıya tazmin etmekle mükelleftir."

Satılan gayrimenkul resmî bir ölçü sonucu sicilde yazılı olan miktarı ihtiva etmediği takdirde satıcı, açıkça taahhüt altına girmemiş ise, tazmin ile mükellef değildir. Alıcı, gayrimenkulun yüzölçümünün eksik olması durumunda, sadece eksik yüzölçümü miktarının tazminini isteyebilir.<sup>(50)</sup>

(47) Oser/Schönenberger, Art. 207 Nr.9; Edis, 102; Yavuz, 150; Becker, Art. 207 Nr.3.

(48) Oser/Schönenberger, Art. 207 Nr.10; Jaeger, 101; Yavuz, 150; Satılan şey, satıcıya zarar vermeksizin bölünebilir ise, şeklini değiştirme bu bölümlerden yalnız birinin üzerinde meydana gelmiş ise, sınırlama sadece bu bölüm içindir. Becker, Art. 207 Nr. 3. "Davacının piyasadan sağladığı motor ve malzeme ile aracı, normal hale getirerek 3. kişilere satması, satılanın ayıbı dolayısıyla alıcıya karşı tekeffül hükümlerine dayanan sorumluluğuna ve alıcının bedelin indirilmesini talep etmesine etkili değildir." Yarg. 13. HD. 4.11.1986 T., E. 4397, K. 5272, Uygur, 405.

(49) Oser/Schönenberger, Art. 207 Nr.10; Yavuz, 150.

(50) Becker, Art. 219 Nr. 4; Alıcı sınırları belli bir gayrimenkulü satın alır, bu gayrimenkul, resmî sicilde gösterilen ölçüyü taşıyorsa, alıcı sınırların bu ölçüye uygun olarak genişletilmesini isteyemez. Ancak, eksik miktar için tazminat isteyebilir. Becker, Art. 219 Nr.3

## H- Satım Konusunun Birden Fazla Şeyi Kapsadığı Satımlarda ve Ardarda Teslimli Satımlarda Alıcının Seçim Hakkının Sınırları

Bu konu BK. md. 206'da düzenlenmiştir. Söz konusu maddenin birinci fıkrasına göre: "Birden ziyade şey veya parça birlikte satılmış olup da bunlardan bazısı ayıplı çıktığı halde, fesih ancak ayıplı çıkanlar hakkında dava olunabilir."

Bu madde ile kanun koyucu, mümkün olabildiğince sözleşmenin yapıldığı andaki taraf iradelerine yaklaşmak istemiştir. Buna göre taraflarının niyeti sözleşmenin geçerli olmasıdır. Birden çok şey satımında, bunların bazısının ayıplı olması durumunda diğer kısım için sözleşmenin geçerli olması yönünde tarafların iradesinin varlığını kanun koyucu kabul etmiştir. Ancak bu hüküm tamamlayıcı bir hükümdür. Taraflar her zaman aksini kararlaştırabilirler. (51)

Madde metninde geçen satılanın "bazısı" ifadesinden, satılanın fizikî olarak ayrılabilmesi değil, ticarî teamüle göre ayrılabilen mal grubu anlaşılmalıdır.<sup>(52)</sup> Bir arada satılan şeylerden (Komplexsache) birisinin veya belirli şeylerden oluşan bir heyete (Gesamtsache) dahil bir şeyin bağımsız olması halinde de bu madde uygulanır.<sup>(53)</sup>

Alıcının, ayıplı kısım için sözleşmeden dönme hakkını kullanması durumunda, ayıplı şeylerin kıymeti açıkça belli değil ise,

(51) Becrer, Art. 209 Nr. 1. Bu hüküm, alıcı ve satıcı için bağlayıcıdır. Alıcı, ancak bu sınır dahilinde satılan şeyi geri verebilir. Satıcı da alıcının böyle bir talebi karşısında sözleşmenin tamamından dönebilir. Oser/Schönenberger, Art. 209 Nr. 1.

(52) Yavuz, 151; Becker, Art. 209 Nr. 2.

(53) Oser/Schönenberger, Art. 200 Nr. 1; Yavuz, 151.

yapılacak bir hesap dökümü neticesinde, satıcı ayıplı kısım için aldığı parayı iade edecektir. BK. md. 206/I hükmü, alıcı ve satıcı için bağlayıcıdır. Alıcı, ancak bu sınır dahilinde satılan şeyi geri verebilir. Satıcı da alıcının böyle bir talebi karşısında sözleşmenin tamamından dönülmesi isteyemez.<sup>(54)</sup>

Ancak bazı durumlarda alıcı, seçim hakkını, sadece satım konusu şeylerin ayıplı olanlarını kapsayacak şekilde kullanma imkânına sahip değildir. Alıcı tüm satım konusu şeyler için seçim hakkını kullanmak zorundadır. BK. md. 206/ II'ye göre: "Şu kadar ki ayıplı kısmın diğerinden tefriki alıcıya veya satıcıya ehemmiyetli bir zarar husule gelmeksizin mümkün olmazsa, feshin bütün satılana teşmili zaruri olur." Satılan şeyi oluşturan parçalar, şeylerin diğer eşyadan ayırt edilmesi, halinde sözleşme taraflarından birine büyük ölçüde zarar verebilir. Bu parçalardan birinin diğer şeylerden ayrılmasının kendisine, önemli ölçüde zarar verdiğini iddia eden kişi, bunu ispat etmelidir. Bununla beraber, ekonomik bakımından önemli zarar, objektif bir değerlendirmeyle kendiliğinden anlaşılabilir. Örneğin, kitap alışverişinde tek başına alınıp satılmayan değişik ciltler, bir ziynet eşyasının veya bir porselelen takımının her bir parçasının satılmasında olduğu gibi.<sup>(55)</sup>

Birden fazla satılanların ya da satılanın çeşitli parçalarının, sözleşmenin kurulması sırasındaki tarafların iradesine göre aynı hukukî kaderi paylaşmakta olması ihtimali gerçekleşebilir. Tarafların muhtelif parçalar için, tek bir semen kararlaştırmaları, böyle bir iradenin varlığına karine teşkil eder.<sup>(56)</sup>

(54) Oser/Schönenberger, Art. 209. Nr. 1.

(55) Oser/Schönenberger, Art. 209 Nr. 3; Yavuz, 152; Becker'e göre; ikinci fıkranın uygulanabilmesi için, objektif olarak ayırma taraflardan birine zarar verecek ve çeşitli parçaların aynı hukukî kaderi paylaştığı sözleşmenin yapıldığı andaki tarafların iradelerinden anlaşılmalıdır. Becker, Art. 209 Nr. 4.

(56) Oser/Schönenberger, Art. 209 Nr. 2; Yavuz, 152.



BK. md. 206/ son'a göre: "Satılan aslı hakkında satımın feshi, ayrı semen beyan edilerek satılmış olsa bile fer'îlerinde de şamil olur; ama fer'îler hakkındaki fesih, satılanın aslına şamil olmaz." Kanun metnindeki fer'î şeylerden yalnızca teferruat anlaşılmalıdır. Duruma göre, asıl şey olmaksızın satılması ya da satın alınması mümkün olmayan şeylerin ile, ikincil derecedeki şeyler de anlaşılması gerekir.<sup>(57)</sup> Satılan şeyler arasında asıl şey fer'î şey ilişkisinin mevcut olup olmadığı, bir şeyin diğerine bağlılık derecesine bağlıdır. Bir şey ile diğer şey arasında hukuken bağlılık olması, her şeyden evvel ikisi arasında ekonomik bağlılığı gerekli kılar. Kanunda, asıl şey ile fer'î şey arasındaki bağlılık hukukî bakımdan açıkça belirtilmemiştir. Bu nedenle somut olayın özelliklerine bakmak gerekir. Ata nazaran başlık takımı, resme nazaran çerçeveler vb. fer'î şey mahiyetindedir.<sup>(58)</sup>

## §. 2- SATILANIN AYIPLI OLMASI DOLAYISI İLE SATIM SÖZLEŞMESİNDEN DÖNME VE DÖNMENİN HUKUKİ SONUÇLARI

### I- ALICININ SÖZLEŞMEDEN DÖNME HAKKI VE DÖNMENİN KAPSAMI

BK. md. 202'nin kenar başlığına bakıldığı zaman "Tekeffüle müstenit dava" ibaresi yer almaktadır. BK. md. 202'e göre de, "Satıcının tekeffülü altındaki satılanın ayıbı anlaşıldığı zaman, alıcı muhayyerdir. Dilerse satılanı redde hazır olduğunu beyanla satımın feshedilmesini dava eder." denilmektedir. Ancak mehaz İsviçre

(57) Yavuz, 153; Becker, Art. 209 Nr. 3; Giger, Art. 209 Nr. 6.

(58) Oser/Schönenberger, Art. 209 Nr. 4; Yavuz, 153.

Borçlar Kanunu'nun Almanca metninde "fesih" kelimesine karşılık "Wandelung" kelimesi kullanılmıştır. Bu da dönme anlamına gelmektedir. Bu nedenle burada, her ne kadar kanunda fesih denilmiş ise de fesih değil, dönme söz konusudur. Dönmeyi, tarafların dava yoluyla ileri sürmeleri gerekmez. Dönme hukukî niteliği itibariyle yenilik doğuran bir haktır.<sup>(59)</sup> Alıcının dönme iradesini açıklaması, satıcıya vardığı anda hüküm ve netice doğurur.<sup>(60)</sup>

Doktrinde dönmenin hukukî niteliğini açıklayan iki görüş vardır. Bunlar klasik dönme görüşü ile yeni dönme görüşüdür. Klasik dönme görüşüne göre, dönmenin etkisi o denli güçlüdür ki, alıcının dönme beyanı üzerine sözleşme ilişkisi bir bütün olarak kurulduğu andan itibaren ortadan kalkar. Dönme hakkı bozucu yenilik doğuran bir haktır. Dönme ile taraflar arasında, sözleşmenin kurulmasından önceki durum ortaya çıkar. Alıcı dönme hakkını dönme beyanı ile kullanır. Alıcının dönmeye beyanı, satıcının hakimiyet alanına girince hüküm ve netice doğurur.<sup>(61)</sup>

Bizim de katıldığımız yeni dönme görüşüne göre, alıcının dönme beyanı, sözleşmeyi ortadan kaldırmaz; aksine taraflar arasındaki sözleşmeyi tasfiye ilişkisine sokar. Taraflar, alıcının dönme iradesini kullanmasıyla, henüz ifa etmedikleri edimlerin ifa borcundan kurtulurlar. Daha önce ifa edilen edimler sözleşme ilişkisi gereğince geri istenir. Zira, alıcının dönme beyanı ile taraflar daha önce aldıkları şeyleri karşılıklı olarak sözleşme ilişkisine göre iade ederler. Bu anlamda dönme, değiştirici yönelik doğuran haktır.<sup>(62)</sup>

(59) Eren, C.III, 297; Serozan, Sözleşmeden Dönme, 62 .

(60) Katz, 73; Becker, Art. 205 Nr. 12; Yavuz, 166; Schubiger, 63;

(61) von Tuhr/Escher, 155 dn. 95; Oğuzman, 326; Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, 504; Tunçomağ, Borçlar Genel Hukuku, 952; Feyzioğlu II, 263 vd.; Oser/Schönenberger, Art. 109 Nr. 2; Becker, Art. 109 Nr.4; Seliçi, 115.

(62) Eren, C.III, 297-298; Serozan, Sözleşmeden Dönme, 72 vd.

Alıcı, sözleşmeden dönme hakkını kullanmasına rağmen, satıcı sözleşmeden dönmenin kanunî şartlarına uyulmadığını iddia ederse, alıcının dava yoluna başvurması gerekir. Burada hâkimin vereceği hüküm, kurucu değil bildiricidir. Ancak, doktrindeki bir görüşe göre,<sup>(63)</sup> alıcının ayıp dolayısıyla dönme veya semenin indirilmesini isteme hakkı, yenilik doğurucu bir hak değildir. Aksine, hakimın vereceği hüküm yenilik doğurucu niteliktedir. Bu görüşe göre, burada yenilik doğuran dava söz konusudur.

Fesih (Kündigung), sözleşmenin taraflarından birinin, tek taraflı varması gerekli bir irade beyanı ile sürekli borç ilişkisini ileriye etkili olarak sona erdirmesidir.<sup>(64)</sup> Dönme ise, tek taraflı bir irade beyanı ile borç ilişkisinin tasfiye ilişkisine dönüştürülmesidir. Taraflar, vermiş oldukları edimleri karşılıklı olarak geri isterler. Böylece, doğmuş fakat henüz yerine getirilmemiş borçlar ortadan kalkar. Yerine getirilmiş olan edimler ise, aradaki sözleşme ilişkisine göre geri istenir. Dönme ve fesih kavramları bu kadar farklı olmalarına rağmen, BK. md. 202 dönme<sup>(65)</sup> yerine fesih kelimesini kullanmıştır. Doktrinde bazı yazarlar da dönme yerine fesih kelimesini kullanmaktadırlar.

---

(63) Giger, Art. 205 Nr. 12.

(64) Seliçi, 115; Tunçomağ, Borçlar Genel Hukuku, 393; Oğuzman, İş Akdinin Feshi, 41; Çağa, 561 vd.; Feyzioğlu II, 342.

(65) Edis, 103 vd; Tandoğan, 189; Feyzioğlu, 270.

## II- SATIM SÖZLEŞMESİNDEN AYIP SEBEBİYLE DÖNMENİN hukukî SONUÇLARI

Alıcının sözleşmeden dönmesi halinde, taraflar daha önce ifa ettikleri edimleri, geri vermekle yükümlüdürler. Geri verme borcunun dayandığı hukukî sebep de, dönemin hukukî niteliğine bağlı olarak değişmektedir. Bu konuda doktrinde dört görüş vardır. Bunlar, sebepsiz zenginleşme, aynî istikak, kanunî ve sözleşmeye dayanan borç görüşleridir.

Sebepsiz zenginleşme görüşüne göre, taraflar ifa ettikleri edimleri aynen, mümkün değil ise, değeri üzerinden sebepsiz zenginleşme kuralına göre geri isterler. Çünkü, alıcının dönme iradesiyle sözleşme ortadan kalmakta, böylece tarafların daha önce ifa ettikleri edimler, hukukî dayanaktan yoksun hale gelmektedir. Bu edimler, sebepsiz zenginleşme kuralına göre istenir. <sup>(66)</sup>

Diğer bir görüşe göre de, alıcının satım sözleşmesinden dönme beyanı ile, taraflar arasındaki sözleşme ilişkisi ortadan kalkar. Ancak, taraflarca daha önce ifa edilen edimler sebepsiz zenginleşme kuralına göre istenemez. Tarafların geri verme borcunun hukukî dayanağını, BK. md. 108 teşkil eder. Bu görüşe göre, BK. md. 108'e dayanan özel nitelikte kanunî bir geri verme borcu vardır. Ancak, kanunî borç ilişkisi şeklinde adlandırılan bu görüşe göre de iade borcunun kapsamı sebepsiz zenginleşme kuralına göre belirlenir. <sup>(67)</sup>

(66) von Tuhr/Escher, 156; Tunçomağ, Borçlar Genel Hukuku, 564; Oğuzman, 327; Oser/Schönenberger, Art. 109 Nr.5.

"Burada, bir sorumluluk değil iade söz konusu olduğu için, sebepsiz zenginleşme durumu görmek daha uygundur. Kaldı ki, alacaklı sözleşmeden dönünce evvelce borçludan, kısmî ifa sebebiyle aldığı şeyleri iade ile mükellef olacak ve bu iade sebepsiz zenginleşme hükümlerine tabi olacaktır." Oğuzman, 327.

(67) Bu konudaki açıklamalar için, bkz., Eren.C.III, 298-299.

Aynî istihkak görüşüne göre de, alıcının dönme iradesi ile taraflar arasındaki sözleşme ortadan kalkar. Ancak tarafların daha önce ifa ettikleri edimler, aynî istihkak talebine göre istenebilir. Zira, mülkiyetin intikali sebebe bağlıdır. Mülkiyetin intikal sebebi ise, alıcının dönme beyanı ile ortadan kalkmıştır. Bu durumda alıcı, aynî istihkak, özellikle gayrimenkullerde tapu sicilinin tashihi davasıyla vermiş olduğu şeyleri geri isteyebilir.<sup>(68)</sup>

Bizim de katıldığımız yeni dönme görüşüne göre,<sup>(69)</sup> sözleşmeden dönme, sözleşme ilişkisini ortadan kaldırmaz. Sadece muhtevasını değiştirir. Bir tarafın verme borcu, satım sözleşmesinden dönülmesinden sonra diğer taraf için geri verme borcuna dönüşür. Bu anlamda sözleşmeden dönme, değiştirici yenilik doğuran bir haktır. Dönme hakkının kullanılmasıyla tarafların henüz ifa etmedikleri edimlerin ifa borcu ortadan kalkar. Buna karşılık daha önce ifa edilen edimler yönünden taraflar arasında tasfiye ilişkisi (Abwicklungsverhältnis) doğar. Bu ilişki gereğince taraflar aldıklarını geri vermekle yükümlüdürler. Bu görüşe göre, ifa edilen şeylerin geri verilme zorunluluğu sözleşmeden kaynaklanır.

Alıcının sözleşmeden dönme hakkını kullanmasının, henüz yerine getirilmemiş edimler açısından kurtarıcı, yerine getirilmiş edimler açısından ise, geri sağlayıcı etkisi vardır. Sözleşmeden dönme hakkının kullanılması, sadece yenilik doğuran hukukî işlemin ortadan kalkmasını sağlayan dolaysız bir güce sahip bulunmayıp, aynı zamanda sözleşme yükümlülüklerini tersine çevirme (verme yükümlülüklerini geri verme yükümlülüğüne çevirme) gibi

(68) Bu konudaki açıklamalar için, bkz., Eren. C.III, 299.

(69) Eren. C.III. 297 vd.; Serozan, Sözleşmeden Dönme, 78 vd.; Larenz I, 403.

bir özelliğe de sahiptir. Henüz yerine getirilmemiş ifa yükümlülüklerinde ise, taraflara sadece bu yükümlülüklerden kaçınma konusunda defî hakları vermektedir. Yerine getirilmiş ifa yükümlülüklerinde ise, taraflara doğrudan doğruya sözleşmeye dayanan geri verme yükümlülükleri yüklenmektedir.<sup>(70)</sup> Buradaki defî hakkı, sürekli, "kesin" defî hakkıdır. Bu nedenle hâkim tarafından re'sen dikkate alınmalıdır. Sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasıyla sözleşme, tasfiye ilişkisine girmektedir. Bu tasfiye işlemi iki taraflı olabileceği gibi tek taraflı da olabilir.<sup>(71)</sup>

Bu açıklamalar ışığında, dönme sonucu tarafların borçlarını şu şekilde açıklayabiliriz:

#### **A) Alıcının İade Borcu**

BK. md. 205/T'e göre : "Satım feshedilince alıcı satıcıya satılan ile beraber ondan istihsal ettiği menfaatleri iade etmekle mükelleftir." Madde metninden de anlaşılacağı gibi, alıcı satılan şeyi ve satılan şeyden elde ettiği mafaatleri iade edecektir. Konuyu, ayıplı şeyin iadesi ve ayıplı şeyden elde edilen menfaatlerin iadesi açısından inceleyelim.

#### **1) Satım sözleşmesinden dönen alıcının, dönmesi ile birlikte ayıplı malı satıcıya geri verme yükümlülüğü**

Satım sözleşmesinden dönen alıcının, dönmesi ile birlikte ayıplı şeyi satıcıya geri verme yükümlülüğü ortaya çıkar. Bu hüküm zapta karşı tekeffülde yoktur. Zira, zapta karşı tekeffülde üçüncü kişi üstün hak iddiası ile satılan şeye elkoymaktadır<sup>(72)</sup>.

(70) Serozan, Sözleşmeden Dönme, 544-546; Larrenz I, 300; Yavuz, 168; Öz, 136 vd.

(71) Serozan, Sözleşmeden Dönme, 549-553;

(72) Yavuz, 177; Edis, 110; Tunçomağ, 169; Tandoğan, 189-190.

Alıcının satılan şeyi teslim etme borcu vardır. Daha önce ifa edilen edim, bir şeyin tesliminden ibaret ise, borçlunun bu şeyi sözleşme ilişkisine göre teslim borcu vardır. Satılanın, ayıbı sebebiyle kısmen veya tamamen yokolması veya hasara uğraması durumunda alıcı, satın aldığı şeyi elinde kalan kısmı ile iade etmelidir. Alıcı bu durumda sorumluluktan kurtulur.<sup>(73)</sup>

Alıcı, geri verme yükümlülüğü doğduktan sonra, bu yükümlülüğünü, işleme karışma, birleşme gibi, nedenlerle yerine getirmediği takdirde edimin değerini borçlanır. Bu halde alıcı kendi borçları ile, naklen alacağını takas etme imkânına sahip olur.<sup>(74)</sup>

## 2) Alıcının satılardan elde ettiği menfaatleri iade borcu

Alıcı, satılan şeyden elde ettiği menfaatleri iade etme mecburiyetindedir. Elde edilen menfaatler, koyunun sütü, yünü, kuzusu tarlanın mahsülü gibi, tabii veya evin kirası gibi hukukî semereler olabilir.<sup>(75)</sup>

BK. md. 205/I'den anlaşılacağı gibi, alıcının elde etmeyi ihmal ettiği semereleri, tazmin etme yükümlülüğü yoktur. Bu, zapta karşı tekeffül sorumluluğu ile ayıba karşı tekeffül sorumluluğu arasındaki farklardan birisini oluşturmaktadır.<sup>(76)</sup> Bu durum, ayıbı daha da artırmamak ve kötüleştirmemek için, çoğunlukla alıcının şeyi kullanmayacağı ve kullanmadan dolayı onun kınanamayacağı şeklinde açıklanmaktadır.<sup>(77)</sup>

(73) Eren, C.III, 300; Edis, 110-111; Tunçomağ, 169; Yavuz, 177.

(74) Yavuz, 177; Edis, 111.

(75) Edis, 111; Yavuz, 178.

(76) Edis, 111; Bilge, 74; Tandoğan.

(77) Becker, Art. 208 Nr. 12; Yarg. 13 HD. 7.5.1981 T.,E. 1844, K. 3498, YKD, C.VIII (1982) sayı 4, 532.

Ancak Yavuz<sup>(78)</sup>, bu anlatılan görüşe karşı çıkmakta ve BK. md. 192/T'in çözüm tarzının BK. md. 205/T'de de zorunlu olarak uygulanacağını savunmaktadır. Yazara göre, sözleşmeden dönme ile alıcı kötü niyetli olacak ve alıcının MK. md. 908'e göre iade borcu doğacaktır. Yazarın bu görüşü, yukarıda da benimseyip açıkladığımız yeni dönme kuramı uyarınca isabetsizdir. Çünkü, alıcının satım sözleşmesinden dönmesi ile satım sözleşmesi tasfiye ilişkisine dönüşmektedir. Alıcının iade borcunun hukukî dayanağını MK. md. 908 değil, dönülen sözleşme oluşturmaktadır. Bu durum, iadeyi düzenleyen BK.md. 205'e aykırı olur. Kanunun öngörmediği bir sorumluluğu satıcıya yüklemiş oluruz. Kanımızca bu da kabul edilemez. BK.md. 205/T'e göre alıcının iade etmek zorunda olduğu menfaatler, malın teslimi ile iade anı arasında meydana gelen değer artışları toplamıdır.<sup>(79)</sup> Satılan şeyden elde edilen menfaatler sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre değil, dönülen sözleşme hükmüne göre iade edilmelidir.

### **B- Satıcının İade Borcu**

Satıcının iade borcu BK. md. 205' te düzenlenmiştir. BK.md. 205/II'ye göre: "Satıcının almış olduğu semeni faiziyle beraber iade ettikten başka satılanın tamamen zaptı halinde olduğu gibi, muhakeme masrafiyle alıcının satılana vâki olan masrafları ödemesi lâzımdır. Satıcı bunlardan maada alıcıya ayıplı mal teslim etmesinden doğrudan doğruya tevellüt etmiş olan zararı da ayrıca tazmin etmeğe mecburdur." Madde metninde belirtilen satıcının borçlarını şu şekilde ifade etmek mümkündür:

---

(78) Yavuz, 178.

(79) Edis, 112, Berki; 30.



### 1) Satıcının, semeni faizi ile birlikte iade etme borcu

Alıcının satım sözleşmesinden dönmesiyle birlikte, satıcı da almış olduğu semeni faiziyle birlikte iade etmek zorundadır.<sup>(80)</sup> Söz konusu faiz, taraflar sözleşmede aksine bir hüküm koymadıkları sürece, kanunî faiz oranı olan % 30'dur.<sup>(80a)</sup>

Satıcının semeni faizi ile birlikte iade borcu sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre değil, sözleşme ilişkisi çerçevesinde gerçekleşir. Bu nedenle de, zamanaşımı, BK. md. 125'te öngörülen on yıllık genel zamanaşımı süresidir.<sup>(80b)</sup>

### 2) Satıcının mahkeme masraflarını ödeme borcu

Kanun koyucu, BK. md. 205/II'de mahkeme masrafları konusunda, tam zapta ilişkin hükümlere atıf yapmıştır. BK.md. 205/II'ye göre satıcı, alıcıya üçüncü kişinin talebi nedeniyle iyi niyet kuralı gereği yapılan tüm mahkeme içi ve dışı masraflarını tazmin etmek zorundadır.<sup>(81)</sup> Alıcı, eşyanın ayıplı olduğunu tesbit ettirmeye yönelik ve üçüncü kişinin talebi nedeniyle davayı zamanında satıcıya bildirmek için, yaptığı masrafların tazminini satıcıdan talep edebilir.<sup>(82)</sup>

BK. md. 205/II'de düzenlenen mahkeme masrafları, alıcı ile üçüncü kişi arasındaki mahkeme masraflarıdır. Alıcı ile satıcı

(80) Edis, 112; Yavuz, 171; Tunçomağ, 171; Tandoğan, 191.

(80a) Bkz, 3095 sayılı kanuni faiz ve temerrüt faizine ilişkin kanun md. 1/1

(80b) Yavuz, 172.

(81) Giger, Art. 208 Nr. 41; Keller/Lörtscher, 73; Furrer, 68. Edis'e göre, BK. md.192'ye ilişkin hükme atıf yapılması isabetsizdir. Zira, BK. md. 192 uyarınca, alıcı ile üçüncü şahıs arasındaki davaya ilişkin masraflar, BK. md. 205/III'de istenemez. Edis, 113 dn. 71.

(82) Giger, Art. 208 Nr. 41; Keller/ Lörtscher, 73; Furrer, 68.

arasındaki mahkeme masrafları, bu madde kapsamına dahil değildir. İsviçre Hukukunda alıcı ile satıcı arasındaki mahkeme masrafları, konton usul hukukuna tâbidir.<sup>(83)</sup> Hukukumuz açısından da, biz aynı sonucu benimsiyoruz. Yani, BK.md. 205/II'deki mahkeme masraflarından, alıcı ile üçüncü şahıs arasındaki mahkeme masrafları anlaşılmalıdır. Alıcı ile satıcı arasındaki ayıba karşı tekeffülden kaynaklanan dava masrafları, HUMK'na tâbi olmalıdır.<sup>(84)</sup>

### 3) Satıcının, satılan şey için yapılan masrafları tazmin borcu

Satıcı, alıcıya satılan şey için yaptığı tüm masrafları ödemek zorundadır.<sup>(85)</sup> Satılan şeyin muhafazası, tamiri, sigorta primi gibi masraflar, satılan şey için yapılan masraflara örnek verilebilir.

BK. md. 205/II, açıkça tam zapt haline atıf yapmasına karşılık BK. md. 205/I'de böyle bir atıf yoktur. Bu nedenle alıcı, satılan şeyi üçüncü kişiye değil, satıcıya teslim edecektir. Bundan dolayı da, alıcı, MK. md. 907'ye göre talep edebileceği tüm kullanım masraflarını satıcıdan isteyecektir. Bu kullanım masrafları kanunda herhangi bir şekilde sınırlandırılmamıştır. Alıcı, zorunlu, faydalı ve lüks masrafları satıcıdan talep edebilir.<sup>(86)</sup>

(83) BGE 79 II 381 vd.; Giger, Art. 208 Nr. 41; Keller / Lörtscher, 73.

(84) Yavuz, 173. Ancak, Edis'e göre, alıcı ile satıcı arasındaki muhakeme masrafları, HUMK'na göre talep edilmez. Burada alıcının satım sözleşmesinden dönme için, açmış olduğu davada iyi niyetle yapmış olduğu masrafların hepsi ödenmelidir. Örneğin, avukat ile üçüncü kişi arasındaki gerçek vekalet ücreti ödenmelidir. Edis, 113.

(85) Giger, Art. 208 Nr.40; Furrer, 68; Edis, 114-115; Yavuz; 173: Taşkent, 709: Karş., Tuncomağ, 171. Yazara göre, satıcının lüks masrafları, iyi niyetli; alıcı karşısında bile ödeme yükümlülüğü yoktur. Ancak, alıcının bunları ayırıp alma hakkı vardır.

(86) Giger, Art. 208 Nr.40; Furrer, 68; Edis, 114-115. Yazara göre, ayıp ortaya çıkıncaya kadar yapılan lüks masraflar istenebilir. Ayıp ortaya çıktıktan sonraki, lüks masraflar ancak sökülüp alınabilir.

Alıcının, yapmış olduğu bu masrafları, satıcıdan isteyebilmesi için ispat etmesi gerekir.<sup>(87)</sup>

#### 4) Satıcının alıcının uğradığı doğrudan zararı tazmin etme borcu

Ayıplı ifa edilen şey, doğrudan zarara neden olmuş ise, satıcı BK.md. 205/II'ye göre, bu zararı tazmin etmek zorundadır. Satıcının sorumluluğu BK. md. 205/III'ün aksine, sebep sorumluluğudur. Satıcı, kusurlu olmasa bile meydana gelen doğrudan zararı tazmin etmek zorundadır.<sup>(88)</sup>

Doğrudan ve dolaylı zarar kavramı, 1881 tarihli eski İsviçre Borçlar Kanununun 116. maddesine dayanmaktadır. Mevcut İsviçre-Türk Borçlar Kanunu'nda, münferit maddeler (BK.md. 192-Art. 195, BK. md.205- Art. 208) dışında doğrudan ve dolaylı zarar kavramı yer almamaktadır.<sup>(89)</sup> Doktrindeki bir görüşe göre, doğrudan zarardan, menfî zarar; dolaylı zarardan ise, müsbet zarar anlaşılmalıdır.<sup>(90)</sup> Bu görüşe göre, sorumluluk genişletilmeyerek doğrudan zarar, menfî zarara hasredilmelidir. Anılan yazarlarca ileri sürülen görüşün değerlendirilmesinden önce, müsbet ve menfî zarar üzerinde durmak gerekir. Müsbet zararı sözleşmenin hiç veya

(87) Yavuz, 173.

(88) Becker, Art. 208 Nr. 5 ve (Nr.6 ters anlamından); Giger, Art. 205 Nr. 33; Furrer, 67; Keller/Lörtscher, 72-73; Honsell, 73; Edis, 116; Yavuz, 173; Tandoğan, 191. Satıcının doğrudan zarardan sorumlu olmasının şartlarını da şu şekilde sayabiliriz: a) Satılan eşya ayıplı ifa edilmiş olmalıdır, b) Ayıplı eşya, alıcıya doğrudan zarar vermiş olmalıdır. c) Doğrudan zarar ile ayıplı ifa arasında uygun illiyet bağı bulunmalıdır, d) Satıcının kusuru aranmaz. Edis, 116.

(89) Oser/Schönenberger, Art. 195 Nr.7, Art. 208 Nr.5; Yavuz, 173; Keller/Lörtscher, 51-52; Neuenschwander, 79.

(90) Oser/Schönenberger, Art. 195 Nr. 7; Cavin, 68. Aynı sınırlama kriterleri, Giger, Art 195 Nr. 32-33; Guhl/Merz/Kummer, 84; Tandoğan ,191; Feyzioğlu, 294; yazarlarca da kabul edilmektedir.

gereği gibi ya da zamanında ifa edilmemesinden doğan zarardır. Müsbet zarar, alacaklının tam ve doğru ifasındaki menfaattir.<sup>(91)</sup> Müsbet zarar, fiilî zarar ile yoksun kalınan kârdan oluşur. Fiili zarar, zarar verici olay nedeniyle, kişinin mamelekinin aktiflerinin azalması veya bu olay nedeniyle, pasiflerinin çoğalmasındır. Yoksun kalınan kâr ise, zarar verici olay meydana gelmeseydi, kişinin malvarlığında meydana gelecek artmadır. Ancak, bu zarar verici hadise nedeniyle aktiflerin artması veya pasiflerin azalması önlenmiştir.<sup>(92)</sup> Menfî zarar ise, sözleşmenin geçerli olarak kurulduğuna duyulan güvenin boşa çıkmasından doğan zarardır.<sup>(93)</sup> Menfî zarar kapsamına kaçırılan fırsatlar da dahildir. Burada alıcı, sözleşmenin geçerli olarak kurulduğu inancı ile başka bir sözleşme yapmamaktadır.<sup>(94)</sup>

Ancak, kanunun lafzına ve sistematığına baktığımız zaman, kanun koyucunun, doğrudan zarar için menfî zararı, dolaylı zarar için de müsbet zararı amaçladığı söylenemez.<sup>(95)</sup> Bu nedenle

- 
- (91) Eren, C.III, 223-224; Oğuzman, 279; Tunçomağ, Borçlar Genel Hukuku, 806; İnan, Borçlar Hukuku, 474; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 855; Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, 426; Keller/Lörtscher, 51.
- (92) Eren. C. III., 224; Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, 64-65; Oğuzman, 280-281; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 856.
- (93) Eren. C.III. 225; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 855-856. İnan, Borçlar Hukuku, 474, Tandoğan, Mesuliyet Hukuku 427. Menfî zarar kısmına şunlar girer; a) Sözleşmenin kurulma masrafları, b) Sözleşmenin ifası dolayısıyla uğranılan zararlar, c) Sözleşmenin geçerliliğine inanılarak başka bir sözleşme yapmadan dolayı kaçırılan fırsatlar. d) Sözleşmenin ifası ve karşı edanın kabulü için, yapılan masraflar. e) Mevcut sözleşmeye güvenilerek, başka bir sözleşme yüklenilmesi ve söz konusu sözleşmenin yerine getirilmesi dolayısıyla uğranılan zararlar. f) Dava masrafları. Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, 427-428; Eren C.III, 225.
- (94) Eren, C.III, 225; Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, 428 Kaçırılan fırsatlar istisnaen, menfî zarar kapsamına dahildir. Burada daha ziyade, yoksun kalınan kâr mevcuttur. Honsell, 74.
- (95) Keller/Lörtscher, 51.

doğrudan ve dolaylı zarar arasındaki farkı, müsbet ve menfi zarar ayırımına dayandıramayız. Doğrudan ve dolaylı zarar ayırımı illiyet bağı gözönünde tutularak çözümlenmelidir. Hangi zararların illiyet bağının yakın sonucu veya uzak sonucu olduğu, doğruluk ve dürüstlük kuralları çerçevesinde somut olaya göre tesbit edilmelidir.<sup>(96)</sup> Doğrudan zarar, ayıplı şeyin ifasının yol açtığı zararlardır. Burada zarar, araya başka bir neden girmeksizin ayıplı ifanın bir neticesidir.<sup>(97)</sup> Konuyu bir örnek vererek açıklamak gerekirse, su sızdıran çamaşır makinasının elektrik tesisatının yanması sonucu oluşan zarar, doğrudan zarardır. Dolaylı zarar ise, ayıplı ifanın yakın sonucu değildir. Örneğin, çamaşır makinası su akıtmaktadır. Akan su, diğer bir nedenin etkisiyle de alt kata zarar vermiştir. Alt katta meydana gelen zarar dolaylı zarardır.<sup>(98)</sup> Yoksun kalınan kâr, doğrudan zarar kapsamına girmez. Zira yoksun kalınan kâr, sözleşmenin ihlâlinin yakın bir sonucu değildir.<sup>(99)</sup>

Satıcının şeyi ayıplı ifa etmesiyle kural olarak iki tür zarar meydana gelmektedir. Ayıp ilk olarak kişinin mamelekine veya şahısvarlığına zarar vermektedir. Bu zarara, ayıp zararı (Mangelschaden) diyebiliriz. Yukardaki örneğimizi hatırlayacak olursak, çamaşır makinasının su sızdırması nedeniyle, makinanın elektrik

(96) Honsell, 74; Giger, doğrudan zara ile dolaylı zarar arasındaki farkın, fiili zarar ile yoksun kalınan kâr arasındaki farkla aynı olduğu düşüncesindedir. Giger, Art. 195. Nr. 34-35, Art. 208 Nr. 35.

(97) Furrer, 27, 67-68; Keller/Lörtscher, 52, 72-73; Honsell, 74; Karş.von Tuhr/Siegwart/ Peter, 88-89; Guhl/Merz/Kummer, 84; Oftinger, 60; Schubiger, 77.

(98) Keller/Lörtscher, 53, 73; Honsell, 74; Karş. von Tuhr/Siegwart/Peter, 88-89; Guhl/Merz/Kummer, 84; Oftinger,60; Schubiger, 77.

(99) Keller/Lörtscher, 52; Giger, Art. 208 Nr. 35, Art. 195 Nr. 34; Bucher, 105. Yoksun kalına kâr, menfi zarar kapsamında tazmin edilmelidir. Burada alıcı, sözleşmedin geçerliliğine duyulan bir güven neticesinde başka bir sözleşme yapmamaktadır. Keller/Lörtscher, 52.

tesisatı yandı. Meydana gelen zarar ayıp zararıdır (Mangelschaden). Bu zarar doğrudan zarar kapsamına dahildir. İkinci olarak, satıcının şeyi ayıplı ifa etmesi, ayıbı takip eden zarara (Mangelfogeschaden) neden olabilir. Bir örnekle açıklamak gerekirse, çamaşır makinası su sızdırması nedeniyle makinanın elektrik tesisatını yakarken, kıvılcım neticesi evdeki diğer eşyalar da yanmıştır. Evdeki çamaşır makinası dışında diğer eşyaların yanması ile oluşan zarar, ayıbı takip eden (refakat eden) zarardır. Ayıbı takip eden zararın doğrudan zarar kapsamında sayılıp sayılmacağı doktrinde tartışmalıdır. Bizim kabul ettiğimiz görüş çerçevesinde ayıbı takip eden zarar, ayıplı ifanın yakın bir sonucu ise, doğrudan zarar kapsamına girer.<sup>(100)</sup> Bu durumda satıcının sorumluluğu, BK. md. 205/II'ye göre, kusuru olmasa bile söz konusu olur. <sup>(101)</sup>

(100) Keller/Lörtscher, 73; Giger, Art. 208 Nr. 34 vd. Kanunda ayıbı takip eden zararın doğrudan veya dolaylı zarar sayılıp sayılmayacağı belirtilmemiştir. Burada bir kural içi boşluk mevcuttur. Hakim tarafından bu boşluk doldurulmalıdır. Uygulamada ise, bu konu tartışılmadan gidilmiştir. Bazen satıcının sözleşmeye aykırılıktan (BK.md.96), bazen, BK. md. 41'e aykırılıktan sorumlu olacağı belirtilmiştir. (BGE 64 II 254; BGE 41 II 732 vd.) Giger, Art. 208 Nr. 37.

(101) Keller/Lörtscher, 73; Honsell, bu görüşe karşı çıkmaktadır. Yazara göre, ayıbı takip eden zararların kısmen BK. md.205/II kapsamında değerlendirilerek, kusursuz sorumluluk sokmak son derece yanlıştır. Genel olarak, ayıbı takip eden zararların ortaya çıkması için, satılan şeyin alıcının veya üçüncü şahsın kullanması gerekir. Burada illiyet bağı gerçekleşeceği için, bu zararı, BK. md. 205/III kapsamında değerlendirilmelidir. Bu kavramsal sonuçtan, maddi olduğu daha önemlidir. Ayıba takip eden zararın, BK. md.205/III'de değerlendirilmesi, BK. md. 96 ile benzerlik arz etmektedir. Satıcının kusurluluğunun gerekli kılmasıdır. Ayıbı karşı tekeffül hükümleri dışında genel hükümlerde tazminat hakkında kusur şartı vardır. Bu esas, kira, istisna sözleşmelerinde de öngörülmüştür. Satım sözleşmesinde de, böyle olmalıdır. Ayıbı takip eden zararın, BK. md. 205/III'ün kapsamına gireceğini söz konusu maddenin uygulanmasıyla da ulaşabiliriz. İsviçre Hukukunda ayıbı takip eden zararlar, imalatçının sorumluluğunda da büyük rol oynamaktadır. İmalatçının sorumluluğunda da, sebep sorumluluğu öngörülmemiştir. Honsell, 75.

Genelde sözleşmenin ihlaliyle oluşan doğrudan zararın tesbitinde illiyet bağının yakınlığı gözönünde bulundurulmamaktadır. Yoksun kalınan kâr, doğrudan zarar kapsamına girmemektedir; diğer taraftan her müsbet zarar doğrudan zarar olarak değerlendirilemez. Diğer bir nedenin etkisiyle meydana gelen müsbet zararları sözleşmenin ihlâlinin yakın sonucu olmadığından doğrudan zarar olarak düşünemeyiz. Başka bir nedenin etkisiyle meydana gelen zararlar, dolaylı zarar olarak ifade edilir. (102) Bunun yanında tüm menfî zararlar da doğrudan zarar kapsamına girmez. Zira, alıcının satıcıya güvenerek başka bir işlem yapmaması neticesi yoksun kaldığı kâr, dolaylı zarar kapsamındadır. Bu nedenle müsbet ve menfî zararlardan ancak sözleşmenin ihlalinin yakın sonucu olan zararlar anlaşılır.(103)

##### 5) Satıcının alıcının uğradığı dolaylı zararı tazmin etme borcu

BK. md. 205/III'e göre, satıcı kusurlu olmadığını isbat etmedikçe, alıcının ayıplı ifa nedeniyle uğramış olduğu dolaylı zararları tazmin etmek zorundadır.(104) Dolaylı zarar, sözleşmenin ihlalinin yakın bir sonucu olmayan, illiyet bağını kesmeyen diğer bir nedenle meydana gelen zarardır. Daha önce de belirttiğimiz gibi, bir çamaşır makinasının su sızdırması nedeniyle ve diğer bir nedenin etkisiyle de, alt kattaki binanın zarar görmesi halinde, dolaylı zarar mevcuttur.(105)

---

(102) Keller/Lörtscher, 52.

(103) Keller/Lörtscher, 52-53.

(104) Keller/Lörtscher, 53-73; Honsell, 74; Giger, Art. 208 Nr. 44; Becker, Art. 208 Nr. 44; Oser/Schönenberger, Art. 195 Nr. 8.

(105) Keller/Lörtscher, 53-73; Honsell, 74; Karş. von Tuhr/Siegwart/Peter, 88-89; Guhl/Merz/Kummer, 84; Oftinger, 60; Schubiger, 77.

Doktrindeki bir görüşe göre<sup>(106)</sup> buradaki dolaylı zarar kavramı altında, BK. md. 106'daki fiilî zararı, menfî zarar kapsamına dahil edilerek kıyasen BK. md.205/II'nin uygulanması anlaşılmalıdır. Bu görüşe katılma imkanı yoktur. Burada böyle bir kıyas mevcut değildir. <sup>(107)</sup>

Satıcı, kusursuzluğunu ispat edemedikçe, vermiş olduğu tüm zararları tazmin etmek zorundadır. BK. md. 205/III'teki tazminatın esası, BK. md. 96'ya dayanır. Başka bir ifadeyle, BK. md. 205/III deki satıcının sorumluluğu, BK. md. 96'nın uygulaması niteliğindedir. <sup>(108)</sup> Satıcı, kusursuz olduğunu ispat edemez ise alıcı, kötü ifa dolayısıyla tüm müsbet zararın tazminini isteyebilir. Alıcı, satıcıdan ayıplı ifa dolayısıyla oluşan tüm zararları talep edebilir.<sup>(109)</sup>

Kanun koyucu, BK. md. 205/III'te kusursuzluğun isbatını satıcıya yüklemiştir. İsbat yükü ters çevrilmiş bir kusur sorumluluğu mevcuttur.<sup>(110)</sup>

BK. md. 205/III'te söz konusu olan kusur, sözleşme görüşmelerindeki kusur (culpa in contrahendo) olmayıp, sözleşmeye aykırılığı ifade eder.<sup>(111)</sup> Burada satıcının kusuru veya ihmali aranmalıdır.<sup>(112)</sup>

(106) Schubiger, 74; Furrer, 68.

(107) Keller/Lörtscher, 53,73; Giger, Art. 208 Nr. 45.

(108) Oser/Schönenberger, Art. 195 Nr. 8; Giger, Art. 208 Nr. 45; Keller/Lörtscher, 53,73.

(109) Giger, Art. 208 Nr. 45; Oser/Schönenberger, Art. 195 Nr. 8.

(110) Sorumluluğun şartlarını şu şekilde sayabiliriz; a) Satılan şey alıcıya teslim edilmiş olmalıdır. b) Satıcı, satılan şeyi ayıplı ifa etmelidir. c) Satıcı, kusurlu olmadığını ispat edememiş olmalıdır. d) Satıcının ayıplı ifası, alıcının mâmelekinde dolaylı zarar meydana getirmelidir. e) Zarar ile ayıp arasında uygun illiyet bağı olmalıdır. Edis, 116-118.

(111) Yavuz, 175; Giger, Art. 208 Nr. 46.

(112) Giger, Art. 208 Nr. 46; Karş. von Tuhr/Escher, 114 vd.; Aksi görüş için, bkz., von Büren II, 43.



Satıcı hangi halde kusurlu sayılır? Satıcı, doğruluk ve dürüstlük kuralına göre satılan şeydeki ayıbı bilmek zorunda ise ve bunu alıcıya bildirmemiş ise, kusurlu sayılır. Satıcı, satılan şeyi muayene etmek zorunda olmasına rağmen, muayene yükümlülüğünü yerine getirmemiş ise, kusurlu sayılır.<sup>(113)</sup>

### **C- Satım Sözleşmesinden Dönülmesi Durumunda Alıcının ve Satıcının Karşılıklı Geri Verme Borçlarını Yerine Getirme Tarzı ve Sırası**

Alıcının satım sözleşmesinden dönmesiyle birlikte tarafların karşılıklı iade borçlarının doğduğunu yukarıda açıkladık. Burada sadece geri verme sırasına değinilecektir.

BK. md. 81'deki ödemezlik def'i, satım sözleşmesinden dönülmesinde de uygulanmalıdır.<sup>(114)</sup> Buna göre, her iki taraf da geri verme borçlarını aynı anda ifa etmelidir. Aksi halde kendi geri verme borcunu ifa etmeyen tarafa karşı, diğer tarafın ödemezlik def'ileri sürme hakkı vardır.<sup>(115)</sup>

### **III- AYIP SEBEBİYLE SATIM SÖZLEŞMESİNDEN DÖNMEMEYE UMULMAYAN HALİN VE MÜCBİR SEBEBİN ETKİSİ**

BK. md. 204/I'e göre: "Satılanın ayıbı sebebiyle yahut kazaen telef ve ziyaa veya hasara uğraması, ayıptan dolayı feshi davaya mani olmaz. Bu takdirde alıcının red ile mükellef olduğu şey satılardan elinde kalandır." Satım sözleşmesinden dönmenin tama-

(113) Giger, Art. 208 Nr. 48-49.

(114) Feyzioğlu II, 137; Kaneti, Aktin İfa Edilmediği Def'i, 104; Yavuz, 179.

(115) Oser/Schönenberger, Art. 208 Nr. 4; Katz. 79; Giger, 17 Art. 208 Nr. 11; Becker, Art. 208 Nr. 3; Yavuz, 179.

men yerine getirebilmesi için, tarafların karşılıklı olarak aldıkları şeyleri iade etmeleri gerekir. Taraflar, sözleşme yapılmamış olsaydı hangi durumda olacak idiyse, o duruma dönmek için karşılıklı aldıkları edimleri iade etmelidirler.<sup>(116)</sup> Satıcı için bu son derece kolaydır. Zira, para mislî şeylerdendir. Mislî şey yok olmaz. Alıcı bakımından ise durum farklıdır. Bununla birlikte; satılan şeyin tamamının geri verilmesindeki imkânlık satım sözleşmesinden dönmeye her zaman engel olmaz.<sup>(117)</sup> Örneğin, şey ayıp sebebiyle telef olmuşsa, alıcının satımdan dönme hakkı daima vardır. Esasen bu hal ayıba karşı tekeffül prensibinin doğrudan doğruya bir neticesidir. Alıcı, ayıpları yüzünden bozulan şeyin elinde kalan miktarını geri vererek, satımdan dönme hakkını kullanabilir.<sup>(118)</sup>

Satılan şey, kaza sebebiyle veya üçüncü şahsın kusuru ya da bizzat satıcının kusuru ile yok olmuş yahut hasara uğramış ise alıcı, satım sözleşmesinden yine dönebilir. Bu durum hasarın satım sözleşmesinin kurulmasıyla alıcıya ait olduğu (BK. md. 183) kuralının istisnasını teşkil eder. <sup>(119)</sup> Bu halde alıcı, semenin iadesine karşılık, edim olarak almış olduğu şeyi mevcut imkân dairesinde iade eder. Bu, satıcı için kıymetsiz bir şey haline gelse bile, alıcı iade ile mükelleftir.<sup>(120)</sup>

---

(116) Yavuz, 167.

(117) Oser/Schönenberger, Art. 207 Nr. 1.

(118) Oser/Schönenberger, Art. 207 Nr. 2; Giger, Art. 207 Nr. 9; Jaeger, 98; Katz, 76; Yavuz, 167.

(119) Oser/Schönenberger, Art. 207 Nr. 2; Yavuz, 170.

(120) Oser/Schönenberger, Art. 207 Nr. 3.

### §3- ALICININ, SATILANIN AYIBINDAN DOLAYI SEMENİN İNDİRİLMESİNİ İSTEME HAKKI

#### I- SEMENİN İNDİRİLMESİ KAVRAMI VE HUKUKİ

##### NİTELİĞİ

Alıcı, satılan şeyin ayıplı olduğu durumlarda, satım sözleşmesinden dönebileceği gibi, kendi menfaatlerine uygun düşmesi halinde semenin indirilmesini (BK. md. 202/I) de talep edebilir.<sup>(121)</sup> Alıcı, semenin indirilmesi ile sözleşmeyi ortadan kaldırmak istememektedir. Ancak, semenin indirilmesiyle edimler arasında bozulan dengeyi tekrar kurmayı amaçlamaktadır. Alıcı daha önceden semeni ödemiş ise, indirilecek miktar kadar satıcıdan semenin bir kısmını talep eder. Semen in indirilmesi yan haklara tesir etmez<sup>(122)</sup>. BK. md. 202/I'de alıcı, "semenin tenzil olunmasını dava eder." denmektedir. Burada semenin indirilmesinin, yalnız dava yoluyla gerçekleştirilebileceği sonucuna varılmamalıdır. Semen in indirilmesi, bir tazminat davası değildir.<sup>(123)</sup> Alıcı, tek taraflı varması gerekli irade beyanı ile de semenin indirilmesini isteyebilir. <sup>(124)</sup> Taraflar aralarında yapacakları bir anlaşma ile semenin indirilmesi miktarında anlaşabilirler.<sup>(125)</sup> Esas itibariyle bu anlaşma değişiklik sözleşmesidir. (Abaenderungvertrag). Alman Hukukun'da BGB § 305'de düzenlenen sözleşmeyi değiştirme sözleşmesine; İsviçre- Türk Hukukunda BK.md. 12 kapsamında şekle bağlılık

---

(121) Giger, Art. 205 Nr. 16; Keller/Lörtcher, 74; Becker, Art. 205 Nr. 4; Oser/Schönenberger, Art. 205 Nr. 1; Katz, 77; Yavuz, 179; Tandoğan, 185.

(122) Giger, Art. 205 Nr. 16.

(123) Giger, Art. 205 Nr. 16; Tunçomağ, 173; Yavuz, 180; BGE 85 II 193.

(124) Tunçomağ, 173; Yavuz, 180.

(125) Edis, 122; Yavuz, 180.

sorunu dolayısıyla değinilmiştir. Değişiklik sözleşmesi, sözleşmenin "tecdidi" niteliğinde değildir.<sup>(126)</sup> Roma Hukuku'nda, bir sözleşmenin değiştirilmesi için, taraflarının sözleşmeyi kaldırıp onu "animus novandi" ile yenilemesi gerekmekte idi. Bugün ise, sözleşmeyi kaldırıp yeni bir sözleşme yapıldığı görüşü benimsenmemektedir. Modern sistemde, sözleşmenin aynen bırakılarak, sadece içeriği açısından bir değişiklik sözleşmesi yapıldığı kabul edilmektedir. <sup>(127)</sup>

Alıcı, bir gayrimenkulün ayıbı dolayısıyla semenin indirilmesi yoluna gitmiş ise, BK. md. 12'ye göre bu değişiklik sözleşmesinin resmî yazılı şekilde yapması gerekir.

Taraflar sözleşmede, indirilecek semenin miktarında anlaşamazlar ise, indirilecek semenin miktarının tesbitini mahkemenen isteyebilirler.<sup>(128)</sup>

Alıcı semenin indirilmesi yolunu seçtikten sonra, bu talebinden vazgeçerek sözleşmeden dönme yoluna gidemez.<sup>(129)</sup> Bu duruma kandan doğan sınırlamalar istisna teşkil eder.<sup>(130)</sup>

Bazı yazarlar göre<sup>(131)</sup> semenin indirilmesi, indirim oranında satım sözleşmesinin hükümsüzlüğünü sağlar ve kısmî olarak

(126) Edis, 122; Yavuz, 180; Serozan, Sözleşmeden Dönme, 158. BGB § 305'e göre "Hukukî işlem yoluyla bir borç ilişkisinin temini ve bir borç ilişkisinin muhtevasının değiştirilmesi, kanunda başka bir durum öngörülmedikçe katılanlar arasında, bir sözleşmenin yapılmasını gerektirir."

(127) Serozan, Sözleşmeden Dönme, 158 dn. 72.

(128) Edis, 122; Yavuz, 180; Tunçomağ, 173; Tandoğan, 194. Yavuz'a göre, semenin indirilmesi davası bir eda veya tesbit davası niteliğinde olabilir. (Yavuz, 180). Bizce alıcı, semenin indirilmesi iradesini açıklamak ile değiştirici yenilik doğurucu hakkının kullanmış olur. Bu açıdan mahkemenin vereceği karar bildiricidir. Ancak, indirilecek miktar kadar, alıcıya semenin bir kısmının iadesine karar verilmesi veya bu iadeyle birlikte, BK. md. 205/II-III'deki tazminata hükmedilmesi hükmü, eda davası niteliğindedir.

(129) Serozan, Sözleşmeden Dönme, 169.

(130) Edis, 122; Yavuz, 180; Tunçomağ, 173; Oser/Schönenberger, Art. 205 Nr. 15.

(131) Edis, 122; Yavuz, 180.

sözleşmeden dönme gerçekleşir. Kanımızca, bu görüşü kabul etme imkânı yoktur. Burada kanundan doğan, alıcıya tek taraflı iradesi ile sözleşmenin muhtevasına yönelik, değişiklik sözleşmesi (Abaenderungvertrag) yapma hakkı tanınmıştır. Dönme ile sözleşme, tasfiye ilişkisine girmektedir. Oysa burada bir tasfiye ilişkisi değil, sadece semenin indirilmesi söz konusudur. Bu nedenle kısmî ödeme görüşünde kanımızca isabet yoktur.

## II. SEMENİN İNDİRİLMESİNDE UYGULANACAK METOD

BK.md. 202 alıcının istemesi halinde, semenin indirilmesi yoluna gidilebileceğini belirtmiştir. Ancak, semenin nasıl indirileceğini belirtmemiştir. Doktrinde bu konuda üç görüş vardır;

1) Semenden indirilecek tutarın hesaplanmasında, mutlak metodun uygulanması gerektiğini savunan görüş<sup>(132)</sup>:

Bu görüşe göre, satılanın ayıplı ve ayıpsız olarak ayrı ayrı değeri belirlenir. Bu iki değer arasındaki fark, semenden indirilir. Örneğin, ayıplı olarak 90 milyon TL.'na alınan bir arabanın ayıplı gerçek değeri 70 milyon TL.dir. Bu arabanın ayıpsız değeri ise, 100 milyon TL. olduğunu kabul edersek;  $100-70=30$  milyon TL'si semenden indirilecektir. Alıcı, bu arabaya,  $90-30=60$  milyon TL. öder.

2) Semenden indirilecek tutarın hesaplanmasında tazminat metodunun uygulanması gerektiğini savunan görüş<sup>(133)</sup>:

Bu görüşe göre, sözleşmede kararlaştırılan semen ile satılanın ayıplı değeri arasındaki fark, sözleşmede kararlaştırılan semenden

(132) Willi, 105 vd.

(133) Rossel, V, Manuel de Droit fédéral des Obligations. Lausanne-Genève, 1920. 253 vd. Giger, Art. 205 Nr. 19'dan naklen.

indirilir. Böylece alıcı sadece satılanın ayıplı değerini ödemiş olur. Yargıtay da bir kararında<sup>(134)</sup> tazminat metodunu kabul etmiştir. Yukarıdaki örneğe göre alıcı, ayıplı arabaya 70 milyon TL. ödeyecektir.

Bu metodun sakıncası, satılan şeyin gerçek değerinden aşağı satılması durumunda kendini gösterir.<sup>(135)</sup>

Bu görüşü mehz İsviçre Borçlar Kanunu'nun Almanca metni destekler niteliktedir. Mehz kanununda "Ersatz" (tazminat) sözcüğü yer almaktadır. Ancak kanunun lafzına dayanılarak bu sonuca varılmamalıdır.<sup>(136)</sup>

3- Semenden indirilecek tutarın hesaplanmasında nisbî metodun uygulanması gerektiğini savunan görüş;<sup>(137)</sup>

Semenin indirilmesinde, indirilecek miktarın tesbitinde nisbî metodun uygulanması gerektiği doktrin ve uygulamada hâkim görüş olarak savunulmaktadır. Bu görüşe göre, satılanın ayıplı değeri ile, ayıpsız değeri arasındaki oranın sözleşmede kararlaştırılan semene uygulanması suretiyle ödenecek semen bulunur.

Satılanın ayıpsız objektif değeri		Semen
(Objektiver Wert der maangelfreien Sache)	=	(Kauf preis)
Satılanın ayıplı objektif değeri		Ödenecek miktar
(Objektiver Wert der mangelhaften Sache)		(gemindeten Preis=y)

(134) Yarg. TD. 28.5.1953, T., E. 52-3195, K. 3273. Türk İçt. Kıl.C.VIII, 1513

(135) Tandoğan, 195.

(136) Yavuz, 181; Tandoğan, 195; Giger, Art. 205 Nr. 16.

(137) Giger, Art. 205 Nr.20-21; Oser/Schönenberger, Art. 205 Nr. 18; Becker, Art. 205 Nr. 17; Guhl/Merz/Kummer, 338; Tandoğan, 195; Yavuz, 182; Edis, 123; Tunçomağ, 177; Göktürk, 407; Feyzioğlu, 295; Keller/Lörtscher, 75; Katz, 77; von Büren II, 40; Honsell, 72.

Yukarıdaki örneğimizi ele alırsak

Semen = 90 milyon

Satılanın ayıpsız değeri = 100 milyon.

Satılan ayıplı değeri = 70 milyon

$$\frac{100}{70} = \frac{90}{y}$$

$y = 90 \cdot 70 / 100 = 63$  milyon TL.'sını alıcı ödemeli, ödemiş olduğu  $90 - 63 = 27$  milyonu indirmelidir.

Nisbî metodun hakkaniyete daha uygun olması nedeniyle bizce de bu görüş isabetlidir.

### III. SEMENİN İNDİRİLMESİ İLE BİRLİKTE TAZMİNAT TALEP EDİLMESİ

Semeni indirilmesi talebi, alıcının uğramış olduğu zararı her zaman tam olarak karşılamaz. Alıcı ayrıca bir zarara uğrayabilir. Kanunda da, semenin indirilmesi seçimlik hakkını kullanan alıcının, tazminat isteyip isteyemeyeceği konusunda bir hüküm bulunmamaktadır.<sup>(138)</sup> Bu konuda savunulan bir görüşe göre,<sup>(139)</sup> satıcının kendisine teslim ettiği şey nedeniyle zarara uğrayan ve semenin indirilmesini talep eden alıcı, aynı zamanda bu zararın tazminini isteyebilir. Bu çözüm tarzı hakkaniyete uygundur. Burada BK. md. 205/II-III kıyasen uygulanmalıdır. Kanun boşluğu bu şekilde doldurularak, kusursuz da olsa bazı durumlarda satıcının sorumluluğu kabul edilmelidir. Semen indirilmesine neden olan ayıp neticesi alıcı zarara uğrayabilir. Bu ayıp zarar olgusunu

(138) Keller/Lörtscher, 75.

(139) Giger, Art. 209 Nr. 56; Cavin, 104; Guhl/Merz/Kummer, 338; von Büren II, 41; Katz, 78; Schubiger, 90 vd.

oluşturabilir. Bu durumda satıcı zarardan sorumlu olmalıdır.<sup>(140)</sup>

Doktrinde savunulan diğer bir görüş ve Federal Mahkeme içtihatlarına göre,<sup>(141)</sup> alıcı semenin indirilmesini talep etmiş ise, BK. md. 205/II-III'e dayanarak tazminat talebinde bulunamaz. Ancak, satıcının kusuru ile bir zarar meydana gelmiş ise, BK. md. 96'ya göre tazminat talep edebilir. Bu görüşe göre, BK. md. 205/II-III, istisnaî bir hükümdür. Bu hüküm genişletilerek, semenin indirilmesine uygulanamaz. Keza semenin indirilmesiyle sözleşme ortadan kalkmamaktadır. Ayıplı ifa ile satıcı sözleşmeyi müsbet olarak ihlal etmiştir. Bu nedenle burada BK.md. 96 hükmü uygulanmalıdır.

Yine bu görüşe göre, BK. md. 205/II-III'teki korunan menfaatler ile, semenin indirilmesinde söz konusu olan menfaatler farklıdır. Alıcı semenin indirilmesini talep etmekle zararını giderebilir. Bu sebeple burada BK.md.205/II-III kıyas yoluyla uygulanamaz. Sözleşmeden dönme dışında bir hak kullanan alıcı, sadece BK.md. 96'ya göre uğradığı zararın tazminini isteyebilir. Ancak, bu ihtimalde de tazminat talebi, ayıba karşı tekeffülden doğan bir taleptir. Alıcının tazminat talebinde bulunabilmesi için, muayene ve ihbar külfetini yerine getirmesi ve kısa zamanaşımı süresine uyması gerekir.<sup>(142)</sup>

Kanımızca da semenin indirilmesini talep eden alıcı, ayıp sebebiyle bir zarara uğramış ise, BK. md. 205/II-III'e kıyasen doğrudan

(140) Keller/Lörtscher, 76.

(141) Oser/Schönenberger, Art. 205 Nr. 16; Becker, Art. 205 Nr. 2-4; Edis, 124-126; BGE 82 II 139; BGE 63 II 405; BGE 58 II 211.

(142) Edis, 125; Yavuz, 189.



ve dolaylı olarak uğradığı zararı satıcıdan talep edebilmelidir. Bu çözüm tarzı, hakkaniyete daha uygundur.

#### § 4- ALICININ AYIPLI ŞEYİ AYIPLI OLMAYAN MISLİ İLE DEĞİŞTİRİLMESİNİ İSTEME HAKKI

Satılan şey mislî ve miktarı belirli bir eşya ise alıcı, satım sözleşmesinden dönebileceği gibi semenin indirilmesini de talep edebilir. Alıcı, bunlardan vazgeçerek, satılan şeyin ayıpsız mislî ile değiştirilmesini de isteyebilir (BK. md. 203). Kanun metni yanlış anlaşılabilir şekilde düzenlenmiştir. Alıcının, satılanı mislî ile değiştirme hakkı, yalnızca mislî şeylere (vertretbare Sachen=misli eşya) tanınmıştır. İşlerdeki yaygın uygulamaya göre, burada eşyanın mislî olup olmadığı rol oynamaz, aksine, burada önemli olan tarafların iradelerine göre ferdî niteliği ile belirlenmiş bir eşya olup olmadığıdır.

BK. md. 203 sınırlı cins borçlarına da uygulanmalıdır. Ferdî niteliği ile belirlenen depolanan eşyanın, yalnız bir bölümü satılmış ve ayıp bu eşyanın yalnız bir bölümünde ise, ayıplı olmayan şeylerle değiştirme imkânı olduğu için alıcı, ayıplı olmayan şeyin teslimini isteyebilir. Ancak, söz konusu depodaki şeylerin hepsi ayıplı ise, bu madde uygulanmaz.<sup>(143)</sup>

Federal Mahkeme<sup>(143a)</sup> bu davanın gerçekte ayıba karşı tekeffül davasının bir çeşidi değil, fakat bir ifa davası niteliğinde olduğunu kabul etmektedir. BK. md. 203/II'de belirtilen, alıcının ayıpsız mal talebi sözleşmeye göre sonradan yapılan bir ifadır. Buradaki alıcının talep ettiği ayıpsız ifa, BK. md. 106'daki alıcının talep ettiği gecikmiş ifaya benzer.<sup>(144)</sup>

(143) Becker, Art. 206 Nr.2; Tandoğan, 187.

(143a)BGE 82 II 139; Tandoğan, 197'den naklen.

(144) Giger, Art. 206 Nr. 13; BGE 90 II 30.

Cins satımlarında, satıcının satılanı ayıplı teslim etmesi durumunda, alıcı yukarda açıkladığımız seçim hakkına sahip olur. Alıcı, ayıpsız mislini talep ederken aynı cinse dahil şeyi talep etmelidir. Aksi takdirde, satıcının aynı cinse dahil olmayan şeyi teslim etmesi durumunda yanlış ifa gerçekleşmiş olur.<sup>(145)</sup>

Alıcının, satılanı ayıpsız misli ile değiştirme talebinde bulunabilmesi için, satım sözleşmesinden dönmenin mümkün olması gerekir. Başka bir ifade ile, alıcının ayıba karşı tekkeffülden kaynaklanan hakları kullanabilmesi için, satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğu gerçekleşmiş olmalıdır.<sup>(146)</sup> İfa edilen eşya alıcının kusuru nedeniyle yok olmuşsa veya satılan şeyin şekli değiştirilmiş ise, ya da alıcı diğer bir şekilde dönmeyi veyahut semenin indirilmesini kabul etmek zorundaydı, ayıpsız eşya ile değiştirme hakkını kullanamaz.<sup>(147)</sup> Bununla birlikte hakim BK. md. 203'teki hakkaniyet ilkesine dayanarak, alıcının ayıpsız misliyle değiştirme hakkına engel olamaz.<sup>(148)</sup>

Alıcı, satılanı ayıpsız misli ile değiştirme talebinde bulunmuş ise, hakim takdir hakkını kullanarak sözleşmeden dönmeye veya semenin indirilmesine karar veremez.<sup>(149)</sup> Alıcı, satılanın ayıpsız misli ile değiştirilmesini talep etmişse, gecikme dolayısıyla veya BK. md. 96'ya dayanarak bir tazminat da isteyebilir. Hatta BK. md. 205/II-III kıyas yoluyla uygulanarak, burada doğrudan zarar (dolaylı

(145) Giger, Art. 206 Nr. 9 Becker, Art. 206 Nr.2

(146) Oser/Schönenberger, Art. 206 Nr. 4; Jaeger, 116;Becker, Art. 206 Nr. 2; Tandoğan, 197; Giger, Art. 206 Nr. 11-13.

(147) Giger, Art. 206. Nr. 11.

(148) Giger, Art. 206 Nr. 11; Oser/Schönenberger, Art. 206 Nr. 5.

(149) Tandoğan, 197; Aksi görüş için bkz., Edis. 127.

zarar) için dönme halindeki benzer, kusura dayanmayan veya kusura dayanan bir tazminat talebinde de bulunabilir.<sup>(150)</sup>

Alıcının, ayıpsız bir şey ile değiştirme hakkı süreye tâbi tutulmamıştır. Ancak, doktrindeki bir görüşe göre<sup>(151)</sup> alıcı, ayıpsız mal isteme hakkını ayıp ihbarından sonra zaman geçirmeksizin kullanmalıdır. Fakat anılan bu görüş eksiktir. Alıcıya yüklenen, zaman geçirmeksizin hakkını kullanma külfeti kanuna dayanmamaktadır. BGB paragraf 466'taki hükmü İsviçre-Türk Hukuku'nda da uygulamak gerekir. Kanun metninde öngörülen dönmeyle ilişkin kural ayıpsız mal teslimine de kıyasen uygulanmalıdır. Satıcının zararına olarak alıcının spekülasyon yapması durumunda, alıcının ayıpsız şey ile değiştirme hakkı sınırlandırılmalıdır. Bu maksatla satıcıya durumun bir an önce netliğe kavuşması için, satılanı ayıpsız misli ile değiştirme yolunda hak tanınması, olması gereken açısından savunulmalıdır. Alıcıya ayıpsız bir şeyi talep etme hakkını BK.md. 207'de öngörülen süre içerisinde tanımamak gerekir.<sup>(152)</sup>

Alıcının ayıpsız şeyi talep etmesi durumunda, BK. md 106/I anlamında, satıcıya ek bir süre tanınması zorunludur. Bu sürenin sonunda ayıpsız şey ifa edilmemiş ise, alıcı satım sözleşmesinden dönebilir. Alıcı, ayıpsız şey talep etmesine rağmen satıcı tekrar ayıplı şeyi ifa etmiş ise, zamanında ayıbı ihbar ederek alıcı kanundan doğan seçimlik haklara sahip olur.<sup>(153)</sup>

---

(150) Tandoğan, 197; Giger, Art. 206 Nr. 13; Keller/Lörtscher, 56; Neuenschwander, 78-79; Schubiger, 56. Aksi görüş için bkz., Oser/Schanenberger, Art. 206. Nr. 7.

(151) Oser/Schanenberger, Art. 206. Nr. 6; Becker, Art. 206 Nr.2; Furrer, 77.

(152) Giger, Art. 206 Nr. 16; Ayrıca bu konuda bkz., dördüncü bölüm § 1.III.

(153) Giger, Art. 206 Nr. 18.

BK. md. 203/II'de, satılanı ayıpsız misli ile değiştirme hakkı satıcıya da tanınmıştır. Satım sözleşmesi yerinden satım ise ve satıcı alıcının zararlarını derhal ödeyerek ayıpsız şeyi teslim etmiş ise alıcı kanundan doğan seçim hakkını kullanamaz.<sup>(154)</sup> Satıcının bu hakkı kullanabilmesinin şartları şunlardır:<sup>(155)</sup>

a) İfa mahallinde teslim şartıyla satış yapılmalıdır. Mesafe satımlarında önemli gecikme olmaksızın şeyin ayıpsız mislinin gönderilmesi mümkün ise ve bunun alıcı tarafından kabul edilmesi hakkın kötüye kullanılmasını teşkil ediyorsa, mesafe satımında da satıcı ayıplı şeyi değiştirebilir.

- b) Satılanın misli veya çeşidiyle belli eşya olması,
- c) Şeyin derhal değiştirilmesi,
- d) Alıcının zararlarının ödenmesi.

BK. md. 203/II'ye göre satılanı ayıpsız misli ile değiştiren satıcının teslim ettiği yeni şey de ayıplı ise, satıcı tekrar değiştirme hakkına sahip değildir. Alıcı bu durumda, satım sözleşmesinden dönebileceği gibi, semenin indirilmesini veya ayıpsız misli ile değiştirilmesini de talep edebilir. <sup>(156)</sup> Satıcının ayıplı şey yerine teslim ettiği şey başka cinse dahil ise bu, takdirde alıcı BK.md. 96 vd. göre yanlış ifa sebebi ile haklara sahip olur. Bu durumdan satıcıyı sorumlu tutmak için ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun şartlarının yerine getirilip getirilmediğine bakılmaz; artık ayıplı ifa değil yanlış ifa söz konusudur.

(154) Keller/Lörtscher, 77; Giger, Art. 206 Nr. 19.

(155) Edis, 127; Tandoğan, 198; Oser/Schanenberger, Art. 206 Nr. 8; Becker, Art. 206 Nr. 2; Jaeger, 116; Keller/Lörtscher, 77; Giger, Art. 206 Nr. 21.

(156) Tandoğan, 198; Giger, Art. 206 Nr. 24; Becker, Art. 206 Nr.3.

## §5- ALICININ SATILANIN AYIPLARI NEDENİ İLE TAZMİNAT İSTEME HAKKI

İsviçre-Türk Hukukunun aksine, Alman Hukukunda alıcıya satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğu, gerçekleştiğinde, dönme, semenin indirilmesi, (mümkün olması durumunda, ayıpsız aynı cins şeyi isteme ve şeyin tamirini talep etme ) talebi yanında açıkça tazminat hakkı da tanınmıştır.

BGB § 463,<sup>(157)</sup> parça satımına ilişkin iki durumu düzenlemiştir. BGB § 463'ün düzenlediği ilk durum, satıcının tekeffül ettiği niteliklerin satılan şeyde satım anında mevcut olmamasıdır. Bu durumda alıcı, dönme veya semenin indirilmesini isteyebileceği gibi, ifa etmeme nedeniyle tazminat talebinde de bulunabilir.<sup>(158)</sup> Alıcının, bağımsız bir hak olarak, tazminat talebinde bulunabilmesi için, satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun şartları gerçekleşmelidir. Ayrıca, satıcının sorumluluğunun sözkonusu için, BGB § 460/I'in mefhumu mualifi gereği, alıcının satım anında ayıbı bilmesi gerekir.<sup>(159)</sup> Satıcının sorumluluğunun gerçekleşmesi için, kusur aranmaz. Kusur, burada sorumluluğun kurucu unsuru değildir.<sup>(160)</sup>

Alıcı, tazminat talebinde bulunacak ise, ayıplı şeyin ifasını talep edemez.<sup>(161)</sup> Alıcı tazminat talebinde bulunmayacak ise, ayıplı şeyi

(157) BGB § 463= İfa Etmeme Nedeniyle Tazminat Talebi=

"Satılan eşyanın, tekeffül edilen niteliği satım anında mevcut değil ise, alıcı dönme veya semenin indirilmesi talebi yerine ifa etmeme dolayısıyla tazminat talebinde de bulunabilir. Satıcının, satılan eşyanın niteliğini hile ile gizlemesi durumunda da aynı durum geçerlidir."

(158) Larenz, 58; Schwenger, 71; Brox, 44; Medicus, 26; Esser/Weyers, 37-38.

(159) Brox, 44; Medicus, 27.

(160) Larenz, 58; Schwenger, 71; Brox, 44; Esser/Weyers, 37-38.

(161) Brox, 45; Larenz, 60. Yazara göre bu durumda alıcı, satılan eşyanın tamirini ya da ayıpsız aynı cinse dahil başka bir eşya isteyemez. Ancak tazminat talebinde bulunabilir. Medicus'a göre burada alıcının giderilmesini isteyeceği zarar, müsbet zarardır. Medicus, 27.

muhafaza eder veya ifasını talep ederek, eşyanın ayıplı değeri ile gerçek değeri arasında ki farkı, semenin indirilmesi olarak talep edebilir. Hatta alıcı, ayıplı şey dolayısıyla, bir zarara uğramış ise, refakat eden bu zararını da talep edebilir.<sup>(162)</sup> Alıcı ayıplı şey nedeniyle büyük bir zarara uğramış ise, tüm ifa menfaatinin zararını da talep edebilir.<sup>(163)</sup>

BGB § 463'ün düzenlediği ikinci durum, satıcının satılan şeyin niteliğini hile ile gizleyerek alıcıyı aldatmasıdır. Satıcı, bu durumda satılan şeydeki olmayan bir niteliği varmış gibi göstermektedir.<sup>(164)</sup> Satıcının hile ile gizlediği nitelikler, tekeffül edilmiş niteliklerdir. Ancak satıcının, zorunlu nitelikleri de hile ile gizlemesi durumunda sorumlu olacağı, doktrin ve yargı kararları tarafından kabul edilmektedir.<sup>(165)</sup> Bu durumda da, kanun koyucu alıcıya, dönme ve semenin indirilmesi talebi yanında ifa etmeme nedeniyle tazminat hakkı tanımıştır.<sup>(166)</sup>

BGB § 480/II'de<sup>(167)</sup> cins satımlarında alıcıya, kanundan doğan diğer haklar yanında, ifa etmeme dolayısıyla tazminat hakkı da

(162) Brox, 45; Esser/Weyers, 45. Yazara göre, bu durum ancak tekeffül edilmiş nitelikte söz konusu olur. Larenz, 60; Medicus, 27-28.

(163) Larenz, 60; Medicus, 27; Brox, 45.

(164) Medicus, 27; Larenz, 60; Brox, 44; Schwenger, 73 Hile, satıcının satılanın ayıbını bilip tanımamasına rağmen alıcıya söylememesidir. Brox, 44; Larenz, 60.

(165) Larenz, 59; RGZ, 92, 295. Larenz aynı sayfadan naklen. Larenz'e göre satıcının hile ile satılan eşyanın zorunlu niteliğini gizlemesi durumunu kanun düzenlememiştir. Burada bir kanun boşluğu mevcuttur. Satıcının aynı fiiline aynı hukuki netice bağlanmalıdır. Bu nedenle buradaki boşluk BGB § 463'deki kuralla doldurulmalıdır.

(166) Larenz, 59; Medicus, 27; Brox, 44; Schwenger, 73.

(167) BGB § 480- Cins Satımı-

"Hasarın geçmesi anında satılan şeydeki tekeffül edilen nitelikler yoksa veya satıcı ayıbı hile ile gizlemiş ise, alıcı dönme, semenin indirilmesi ve ayıpsız aynı cins malı talep etme yerine, ifa etmeme nedeniyle tazminat talebinde de bulunur."

tanınmıştır.<sup>(168)</sup> Alıcı burada sözleşmenin müsbet ihlali (müsbet zarar) dolayısıyla tazminat talebinde bulunur.<sup>(169)</sup>

İsviçre-Türk Hukuku, dönme ve semenin indirilmesi talebi yanında, alıcıya seçimlik bir hak olarak tazminat hakkı tanımamıştır. Ancak alıcının, borçlar kanununun genel hükümlerine dayanarak, her zaman tazminat isteme hakkı vardır. Satıcının satılan şeyi ayıplı ifa etmesi, BK. md.96'ya göre gereği gibi ifa etmemenin bir alt türü olan kötü ifayı teşkil eder.<sup>(170)</sup> Satıcı, kötü ifası nedeniyle vermiş olduğu zararı ödemek zorundadır.<sup>(171)</sup> Satıcının BK. md.96'ya göre sorumlu olması için, söz konusu maddede öngörülen sorumluluğun şartları gerçekleşmiş olmalıdır.<sup>(172)</sup> BK. md. 96'da öngörülen sorumluluk kusur sorumluluğudur. Ancak, BK. md.96'da ispat yükü ters çevirilmiştir. Satıcı, kusursuz olduğunu ispat etmedikçe alıcının zararını tazmin etmek zorundadır.<sup>(173)</sup>

(168) Brox, 44; Schwenger, 75; Larenz, 79.

(169) Larenz, 79.

(170) Kötü ifa, borçlu tarafından kararlaştırılan edimin nitelik yönünden tam ve doğru şekilde yerine getirilmemesidir. Eren, C.III, 214; Oğuzman, 264.

(171) Eren, C.III, 215; Furrer, 79; Guhl/Merz/Kummer, 352; Oğuzman, 265 dn. 29; Giger Vorbem. zu Art. 197-210 Nr. 21.

(172) BK. md. 96'daki sorumluluğun şartlarını şu şekilde değerlendirebiliriz: a) Borca aykırı bir davranış olmalıdır. (Sözleşmenin ihlali). Sözleşmenin ihlal edilmesinin ön şartı, geçerli bir sözleşmenin varlığıdır. Geçerli bir sözleşme olması durumunda, satıcının ayıplı ifası, nitelik yönünden sözleşmenin ihlalidir, b) Bir zarar doğmuş olmalıdır. c) Sözleşmenin ihlali ile zarar arasında uygun illiyet bağı kurulmalıdır, d) Satıcı, kusurlu olarak sözleşmeyi ihlal etmelidir. Eren, C.III, 218-228.

(173) Eren, C.III, 236; Oğuzman, 267; Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, 421 vd.; Karşı görüş için bkz., Furrer, 80.

Satıcının ne zaman kusurlu sayılacağı, genel hükümlere göre tesbit edilir. Ancak, satıcı, ayıplı hile ile gizlemiş ise veya işlerdeki doğruluk ve dürüstlük kuralı gereği bilmesi gereken ayıpları alıcıya bildirmemiş ise, kusurlu sayılmalıdır. Bu nedenle de BK. md. 96'daki satıcıya yüklenen husursuzluğu ispat yükü burada uygulanmamalıdır. (Furrer, 79-80).

Satıcının, kötü ifasıyla, alıcı genelde iki tür zarara uğrar. Satım konusu şeyi kötü ifa edilmesiyle, alıcı önce müsbet zarara uğrar.<sup>(174)</sup> İkinci olarak, ayıplı ifa nedeniyle alıcı şahıs ve diğer mal varlığı zararın uğrayabilir. Bu tür zarara, ayıb takip eden zarar denir.<sup>(175)</sup>

Federal Mahkeme ve doktrindeki bazı yazarlar, alıcının BK. md. 96'ya göre tazminat talebinde bulunabilmesini muayene ve ihbar külfetinin yerine getirilmesiyle, bir yıllık kısa zamanaşımı süresine uyulması şartına bağlamaktadırlar.<sup>(176)</sup> Doktrinde bizim de katıldığımız diğer görüş gereği alıcı, BK. md. 96'ya dayanarak tazminat talebinde bulunabilme için, muayene ve ihbar külfeti ile kısa zaman aşımı süresine uymak zorunda değildir.<sup>(176a)</sup>

Satıcı, satılan şeydeki ayıbı hile ile gizlemiş ise, alıcıyı aydınlatma yükümlülüğünü ihlal etmiş olur. Bu durumda, satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğu gerçekleşebileceği gibi, culpa in contrahendo sorumluluğu da gerçekleşebilir. Bu halde de alıcı, sözleşme ihlaline dayanarak BK. md. 96'ya göre tazminat talebinde bulunabilir.<sup>(177)</sup> Satıcının hile ile satılndaki ayıbı gizleyerek

(174) Müsbet zarar, sözleşmenin hiç veya gereği gibi veya zamanında ifa edilmesinden doğan zarardır. Eren, C.III, 223; Oğuzman, 279.

(175) Furrer, 80; Eren, C.III, 215-216; Satılanın ayıplı ifası nedeniyle, kişinin şahıs ve mal varlığında meydana gelen zarara, ayıbı takip eden zarar denir. Giger, Art. 208 Nr. 36.

(176) Schubiger, 108 vd.; Cavin, 109 vd.; von Tuhr/Escher, 97 vd; Furrer, 35; Jaeger, 74; Guhl/Merz/Kummer, 352; BGE 100 II 30; BGE 63 II 407; BGE 63 II 235.

(176 a) Giger, Vorbem. zu, Art. 197- 210 Nr. 26 vd; Keller/Lörtscher, 86; Oser/Schönenberger, Art. 197 Nr. 67; Yavuz, 230; Tunçomağ, 187.

(177) Culpa in contrahendo sorumluluğunun hukukî niteliği tartışmalıdır. Biz culpa in contrahendo sorumluluğunun hukukî niteliğini sözleşme olarak kabul ediyoruz. Bu konudaki tartışma için, bkz, Eren. C. III. 308 vd.; Oser/Schanenberger, Art. 26 Nr. 11; İnan, Borçlar Hukuku, 483 vd.; İnan, Culpa in Contrahenda AD. 1934, sayı, 7, 878-887, 999-1013; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 978 vd.; Serozan, Edim Yükümlülüklerinden Bağımsız Borç İlişkisi, 110-111.



aydınlatma yükümlülüğünü ihlal etmesi durumu, aynı zamanda BK. md. 41 anlamında haksız fiil teşkil eder.<sup>(178)</sup> Alıcı, BK. md.41'e dayanarak da tazminat talebinde bulunabilir. Burada culpa in contrahendo hükümleri ile haksız fiil hükümlerinin yarışması söz konusudur. Alıcı talebini culpa in contrahendo'ya dayandırır ise talebi, BK. md. 125'e göre on yılda zamanaşımına uğrar.<sup>(179)</sup>

Ayrıca, satıcının kusurlu olarak satılanı ayıplı ifa etmesi durumunda, BK. md.41 anlamında haksız fiil sorumluluğu da gerçekleşir. Satıcının, satılan şeyi ayıplı ifa etmesi, kamu veya özel hukuk kurallarına aykırılık teşkil edebilir. Satıcının, kusurlu ayıplı ifası, kişinin mal varlığına veya şahıs bütünlüğüne zarar vermiş olabilir. Haksız fiil sorumluluğunun diğer şartları da gerçekleşmiş ise, satıcı BK. md.41'e göre vermiş olduğu zararı tazmin etmek zorundadır.<sup>(180)</sup> Haksız fiil sorumluluğunun şartları gerçekleştiğinde, alıcının BK. md.41'e göre tazminat talep edebilmesi için, muayene ve ihbar külfeti ile kısa zaman aşımı süresine uyması gerekmez.<sup>(181)</sup> Ayıba karşı tekeffül hükümleri ile haksız fiil hükümleri seçimlik yarışmalı olarak uygulanır.<sup>(182)</sup> Ancak geçerli bir satım sözleşmesi olmaksızın tarafların edimlerini ifa etmeleri durumunda veya sonradan alıcı, hata hükümlerine göre satım sözleşmesini iptal etmesi halinde, ayıba karşı tekeffül hükümlerine dayanamaz. BK. md.41'e dayanmak zorundadır.

(178) Eren, C.I, 483-484

(179) Eren, C.I, 484

(180) Keller/Lörtscher, 87.

(181) Yarg. 11. HD. 20.9.1978 T., E. 79-3393, K. 79-4059 Batıder, 1979 C.X 515-518. Federal Mahkemenin bu konuda farkları kararları vardır. Karş. BGE 67 II 132 vd.; BGE 64 II 25 vd.; BGE 90 II 88.

(182) Giger, Vorbem. zu Art 197-210 Nr. 53 vd.; Keller/Lörtscher, 87; BGE 90 II 88; BGE 77 II 151; BGE 71 II 114; BGE 67 II 136.

## §6- ALICININ SATILAN ŞEYİN AYIPLARININ TAMİRİNİ İSTEME HAKKI

BK. md.203, cins satımlarında alıcıya, satılan ayıplı şeyi, ayıpsız şey ile değiştirme hakkı tanımıştır. Söz konusu madde gereğince cins satımlarında, satıcı için ayıpsız şey teslimi bir yükümlülük olduğu kadar, aynı zamanda da bir haktır. Bu durumda satıcı, ayıplı şey yerine ayıpsız şey teslim etmek suretiyle aktî yükümlülüğünü yerine getirmiş olur. Parça satımında da satıcının, ayıplı şeyi teslim etmesi durumunda ayıpsız şey teslim etmek suretiyle satıcının aktî yükümlülüğünü yerine getirip getiremeyeceği hakkında, kanunda bir açıklık yoktur. Satılan şeyin ayıplı ifa edilmesi durumunda alıcı, satıcıdan satılanın tamirini isteyip istemeyeceği kanunda açık olarak düzenlenmiştir. (182a)

İsviçre-Türk Hukukunda kanun koyucu, kira ve istisna sözleşmesinde, kiralanan şeydeki ve imal edilen eserdeki aybın giderilmesini (BK. md.250/I; BK. md.360) talep etme hakkını kiracıya ve iş sahibine açıkça tanıdığı halde, satım sözleşmesinde, satılan şeydeki aybın giderilmesini talep etme hakkını alıcıya tanımamıştır. (183-184)

(182a) Giger, Art. 205 Nr. 33.

(183) Keller/Lörtscher, 77; Becker, Art. 206 Nr.5; Oser/Schönenberger, Art. 205 Nr. 2-b; Katz, 79.

(184) Bunun en önemli nedeni, satım hukukundaki ayıba karşı tekeffül hükümlerinin Roma Hukuku'nun etkisi altında kalarak düzenlenmiş olmasıdır. Roma Hukuku'nda da köle ve hayvan satımın göre, düşünülmüş bir satımda tamir düşüncesine yer verilmesi beklenemezdi. Bundan başka, kanunun yapılma zamanında ekonomik hayatta egemen olan tarımsal ürünler ve işlenmemiş tabii maden cevherlerinin satımının ön planda yer aldığı bir ekonomik ortamda da, onarım isteme hakkının varlığından söz edilemezdi. Buna karşılık, daha çok el emeğine dayanan ilkel ve alet ve makinalarda ortaya çıkabilecek bozukların giderilmesinde ise, eserin ayıbının giderilmesini isteme hakkı, İsviçre-Türk Hukukunda iş sahibine (BK.md. 360/II) tanınmıştır. Akünel, Satıcının "Onarım Garantisi", 549 dn. 4.

Doktrinde bazı yazarlar<sup>(185)</sup>, istisna sözleşmesindeki iş sahibine tanınan tamir hakkının, kıyasen satım sözleşmesinde de alıcıya tanınması gerektiği düşüncesindedirler.

Satıcı, eşyayı tamir ettirmekle mükellef ise, tamiri gerçekleştirilecek eşyayı tekrar alıcıya teslim eder. Bu durumda, satıcının ifası, ilk defa ifa edilmiş gibi hüküm ve sonuç doğurur. Alıcı, satılan eşyayı muayene ettirmek ve varsa ayıbı ihbar etmek zorundadır. Bu külfetleri yerine getiren alıcı, kanundan doğan seçimlik haklara tekrar sahip olur. Ancak bu halde alıcı, satıcıdan eşyanın tekrar tamirini isteyemez. Zira, tekrar tamir talebiyle, satıcının sözleşmede ki durumu sarsılır. İşlerdeki hâkim doğruluk ve dürüstlük kuralına göre de, satıcının sözleşmedeki durumunun sarsılması beklenemez.<sup>(186)</sup> Tamir talebi ile birlikte, sözleşmede semenin de indirilebileceği öngörülmüş ise, alıcı tamir ile birlikte semenin indirilmesini de isteyebilir.<sup>(187)</sup>

### I- TAMİR KAVRAMI

Tamir kavramı, Almanca "Nachbesserung" olarak ifade edilebilir. Bu da ansiklopedilerde, alıcının ayba karşı tekefülden kaynaklanan haklarının ileri sürülmesini engellemek için, satıcının satılan şeyin ayıbını gidermesi olarak tanımlanmıştır.<sup>(188)</sup> <sup>(189)</sup> <sup>(190)</sup>

(185) Guhl/Merz/Kummer, 351; Giger, Art. 205 Nr. 42; Furrer, 74.

(186) Furrer, 77.

(187) Furrer, 77.

(188) Schlupe, 3.

(189) Schlupe, 3. Nachbesserung, nach önceki ile Besserung kelimesinden oluşmaktadır. Besserung (iyileştirme) kavramı, genel olarak daha önce talep edilmemiş yeni talep edilen edim standardına ulaşma faaliyetini ifade eder. Bu genel standartın durumunu anlatır. Buna uygun olarak iyileştirme kavramı, satım sözleşmesi taraflarının (genellikle satıcının) karşılaştırılan edim standardına ulaşmak için, ek bir edim ifasını ifade eder.

(190) Buna karşılık "Nach" önceki ise, bu iyileştirme kavramının önceden meydana gelmiş olan, ifa denemesine dayanmayı gösterir. Schlupe, 3.

Nachbesserung kavramı, satım sözleşmesinde kararlaştırılan tekeffül edilmiş niteliklerin (satılarda ifa anında bulunmamasına rağmen) sonradan yerine getirilmesi olarak tanımlanabilir. (191)

Tamir kavramı, uygulamada da, bir şeyin bir kısmının veya tamamının ayıbın giderilmesini ifade eder. (192)

## II- İSTİSNA SÖZLEŞMESİNDEKİ TAMİR HAKKININ (BK. md. 360) KIYAS YOLUYLA SATIM HUKUKUNA UYGULANABİLME İMKANI

Satım sözleşmesinde istisna sözleşmesinin aksine alıcıya, satılan şeyin ayıbının giderilmesini talep etme hakkı tanınmıştır. (193) Doktrindeki bazı yazarlar<sup>(194)</sup> istisna sözleşmesindeki işi sahibinin tamir hakkının kıyasen, satım sözleşmesinde de alıcıya tanınması gerektiği görüşündedirler.

---

(191) Furrer, 74; Schlupe, 3. Bu durumda satıcı, ya ayıbı ortadan kaldırmak veya zorunlu ya da tekeffül edilmiş niteliği üreterek tamamlamak zorundadır. Furrer, 74.

(192) Schlupe, 3.

(193) Keller/Lörtscher, 77; Katz, 79; Becker, Art. 368 Nr. 10; Gautschi, Art 368 Nr. 4-19.

(194) Guhl/Merz/Kummer, 351; Giger, Art. 205 Nr. 42; Aynı manada, Furrer, 74.

Bu görüşe göre, MK. md. 2'ye dayanarak satıcı, alıcıdan satılan eşyanın tamirini talep edebildiği ölçüde, alıcı bu mükellefiyeti yerine getirmek zorundadır. Böyle bir durumda alıcı, satıcının tamir hakkını engelleyemez. Satım sözleşmesindeki tarafların hukukî menfaati ile, istisna sözleşmesinde tarafların hukukî menfaati aynıdır. Kanun koyucu, istisna sözleşmesinde iş sahibine açıkça tamir hakkı tanımıştır. Ancak, satım sözleşmesinde alıcıya bu hak açıkça tanınmamıştır. Bu durum, Borçlar Hukukumuzdaki bir boşluk olarak isimlendirilemez. Şayet satıcı, satılan ayıplı şeyi masraf yapmadan tamir edebiliyorsa, örneğin satıcının kendi imalathânesi varsa veya ayıplı eşyanın tamir masrafı eşyanın kendi değerini aşmıyor ise, alıcı tamir talebinde bulunabilir. Federal Mahkemenin tüm tutarsız kararlarına ve hâkim öğretiyeye rağmen, alıcının tamir hakkının tanınması ve BK. md. 360/II'nin kıyasen uygulanması zorunludur. Parça satımında satılan eşyanın niteliği sözleşmenin muhtevasına dahildir.<sup>(195)</sup>

Kanundaki bir hükmün kıyas yoluyla uygulanabilmesi için, herşeyden önce bir vakıaya uygulanmak istenen bir hükmün, kanunda bulunması gerekir. Ancak bu türden bir hüküm kanunun başka bir maddesinde düzenlenmeli ve kıyas yoluyla uygulanmak istenen vakıyla, kanuda düzenlenen hükmün öngördüğü vakıanın, amaç yönünde önemli ölçüde aynı olmalıdır.<sup>(196)</sup>

Olaya bu bakış açısından baktığımız zaman, satım sözleşmesindeki satılan şeyin ayıbının giderilmesi vakıası ile istisna

---

(195) Giger, Art, 205 Nr. 42.

(196) Meier-Hayoz, Art. 1 Nr. 346 vd.

sözleşmesindeki ayıbın giderilmesini isteme vakıası amaç yönünden aynı nitelikte değildir.<sup>(197)</sup> İstisna sözleşmesinin müteahhidin borcu bir eser meydana getirmek olduğu halde, satım sözleşmesinde satıcının borcu, satılan şeyin teslim ve mülkiyetini nakletmektir. Bundan dolayı, istisna sözleşmesinden beklenen ilk borç olan iş yapma borcu, satım sözleşmesinde yoktur. Bu açıdan, BK. md. 360/II'deki müteahhide getirilen tamir mükellefiteyinin, sadece satılanı teslim ve mülkiyetini nakletme borcu ile yükümlü olan satıcı için de kabul etmek mümkün değildir.<sup>(198)</sup>

Ayrıca, istisna sözleşmesinde öngörülen tamir talebinin kıyasen satım sözleşmesine uygulanması, satım sözleşmesinin bünyesine uygun düşmez. İstisna sözleşmesinde eserin ayıplı olmasına neden olan sorumlu kişi çoğu kez belli olduğu halde, satım sözleşmesindeki satılanın ayıbına neden olan kişi çoğu kez belli değildir. Satıcı ne satılanın niteliğine etki edebilir, ne de satılan şeyin oluşumuna ilişkin bilgi sahibi olabilir.<sup>(199)</sup>

Doktrindeki BK.md. 306/II deki hükmün kıyas yoluyla satım hukukuna da uygulaması gerektiğine ilişkin görüşe, yukarıdaki gerekçelerle katılmıyoruz. Ancak bu görüşü, olması gereken hukuk bakımından kabul etmekteyiz.

---

(197) Schluép, 11.

(198) Schluép, 12.

(199) Schluép, 12.

### III- TAMİR HAKKININ DOĞMASI VE KULLANILMASI

#### ŞARTLARI

Alıcıya, satılan şeydeki ayıbın giderilmesini talep kanundan doğan bir hak olarak tanınmamıştır. Alıcının tamir hakkına sahip olabilmesi için, tarafların satış sözleşmesinde veya ayrı bir sözleşme ile tamir hakkını kararlaştırmaları gerekir.<sup>(200)</sup> Ayrıca, satılan şeyde çıkan ayıbın taraflarının kararlaştırdıkları tamir kapsamına girmesi de gerekir. Uygulamada, tamir garantisi veren satıcının, tamir kapsamına giren ayıpları açıkça sözleşmede belirttiği görülmektedir.<sup>(201)</sup>

Böyle bir anlaşma genelde ayıba karşı tekeffülden alıcı lehine kaynaklanan seçim hakkını sınırlamak amacıyla yapılmaktadır. Bu durumda alıcı, diğer kanunî seçim haklarına başvurmadan önce, tamir talebinde bulunmak zorunludur.<sup>(202)</sup>

Taraflar arasında tamire ilişkin bir sözleşme olmaksızın, MK. md. 2 anlamında doğruluk ve dürüstlük kuralı gereği, satıcının

- 
- (200) Becker, Art. 206 Nr.5; Oser/Schönenberger, Art. 205 Nr. 2-b; Katz, 79; Furrer 74; Keller/Lörtscher, 77. Taraflar arasında yapılan bu sözleşme, açıkça kararlaştırılabileceği gibi, zımnî olarak da kararlaştırılabilir. Taraflar baştan itibaren ayıpların varlığını biliyorlar ve bunların satıcı tarafından giderilmesini düşünmüşler ise, taraflar arasında zımnî bir anlaşmanın varlığı kabul edilir. Becker, Art. 206 Nr. 5.
- (201) Akunal, Satıcının "Onarım Garantisi," 556; Yavuz, 193; Götz, 93; Witschi, 38 vd.
- (202) Furre, 74. Ancak taraflar arasında böyle bir anlaşma olsa bile, tereddüt durumunda bu sözleşme dar yorumlanır. Özellikle, taraflar tamir talebiyle diğer kanunî hakları ortadan kaldırmaları durumunda, söz konusu sözleşme dar yorumlanmalıdır. Zira, eşyanın tamiri mümkün olmayacak derecede bozursa, taraflar sözleşmede sadece tamiri kararlaştırmış olsalar bile, alıcının sözleşmeden dönme hakkı her zaman vardır. Becker, Art. 206 Nr.5.

da tamir hakkının varlığından söz edilebilir.<sup>(203)</sup> Taraflar arasında bir sözleşme olmaksızın, satıcının tamir yükümlülüğü işlerdeki örf ve adet kuralından da kaynaklanabilir.<sup>(204)</sup>

Doktrinde bazı yazarlar, alıcının tamir hakkının BK. md. 360/II'nin kıyasen uygulanması suretiyle kanundan da kaynaklanacağını belirtmektedirler.<sup>(205)</sup>

Alıcının, satılan şeylerin ayıplarının tamirini talep edebilmesi için ayıba karşı tekeffül borcunun maddî şartlarını muayene ve ihbar külfetini yerine getirmesi gerekir. Ayrıca, taraflar sözleşmede tamir talebi için bir zaman aşımı süresi kararlaştırmamışlar ise, kanunî zaman aşımı süresi içerisinde, alıcı bu hakkını talep edebilir.<sup>(206)</sup> Sözleşmeyle kararlaştırılan tamir hakkı, alıcıya kanundan doğan hakların yanında bir seçimlik hak daha vermektedir.

Genel satış şartlarında veya garanti belgelerinde çok defa "malzeme hatası", "işçilik ve imalat kusurlarından doğacak arızalar"dan sözedilmesine rağmen, satıcının onarım borcunun doğması için, satıcı veya imalatçının kusurlu olması şartı aranmamaktadır.<sup>(207)</sup> Uygulamada tamir hakkı veren belgelere, alıcının kusurundan kay-

---

(203) Becker, Art. 206 Nr. 5; Furrer, 74; Katz, 79-90; Giger, Art. 205 Nr. 43. Genelde bu durum, alıcının kanunî hakları kullanılmasının hakkın kötüye kullanımı teşkil etmesi durumunda görülür. Schlup, 137. Tamir önemli bir külfet oluşturmadan ve teslim süresi geçiktirilmeden, tamir mümkün ise ve tamirin reddi hakkın kötüye kullanımını teşkil ediyorsa, tamir hakkı, MK. md.2 gereğince var olabilir. Alıcının bir makinenin vidası iyi yerleştirilmesini reddetmesi buna örnek teşkil eder. Becker, Art. 206. Nr. 5.

(204) Giger, Art. 205 Nr. 41.

(205) Guhl/Merz/Kummer, 351; Giger, Art. 209 Nr. 42; Aynı manada, Furrer, 74.

(206) Schluep, 86-89; Furrer, 75.

(207) Akünal, Satıcının "Onarım Garantisi", 558; Götz, 95.



naklanan ayıpların tamirinden, satıcının sorumlu olmayacağı şartı konmaktadır. Satılan şeydeki ayıbın garanti kapsamına girdiğini, alıcının ispat etmesi gerekmektedir. Şayet alıcı, satılndaki bozukluğun garanti kapsamına girdiğini ispat etmiş ise, çeşitli sebeplerle garantinin kalktığını, satıcı ispat etmek zorundadır.<sup>(208)</sup>

#### IV- GENEL SÖZLEŞME ŞARTLARI İLE SATICININ AYIPTAN DOĞAN SORUMLULUĞUNUN SINIRLAN- MASI VE TAMİR GARANTİSİ

Borçlar Kanunumuzun sisteminde, satıcının ayıba karşı tekeffül borcunu düzenleyen hükümler, satılndaki ayıbın hile ile gizlenmesi durumu dışında emredici değildir. Taraflar sözleşme ile sorumluluğu kaldırabilirler veya sınırlandırabilirler.<sup>(209)</sup> Uygulamada, özellikle dayanıklı tüketim malları satımlarında, satıcının, ayıba karşı tekeffül sorumluluğu sınırlandırılarak alıcıya, sadece ortaya çıkan ayıbın tamiri talep hakkı tanınmaktadır. Başka bir ifadeyle alıcı, kanundan doğan sözleşmeden dönme, semenin indirilmesi ve satımın cins satımı, olması durumunda, ayıpsız şey ile değiştirme hakkını genel sözleşme şartları ile kaybetmekte, sadece tamir hakkı elde etmektedir.

Bu konuda Alman Yüksek Mahkemesinin bir kararı mevcuttur.<sup>(210)</sup> Yüksek mahkeme konuyu, satılanın kullanılmış veya kullanılmamış bir eşya olmasına göre ayırarak değerlendirmiştir. Yüksek Mahkemeye göre, kullanılmış eşyaların satımında, genel

---

(208) Akünel, Satıcının "Onarım Garantisi", 558; Götz, 96.

(209) Furrer, 74.

(210) BGHZ 22, 90= NSW 1957 Bu konudaki açıklamalar için, bkz., Akünel, Satıcının "Onarım Garantisi", 551.

sözleşme şartlarında satılanın ayıbından sorumlu olunmayacağı yolunda bir şart getirilmiş ise, bu şart geçerlidir. Satılanın ayıplı çıkması durumunda, ayıba alıcı katlanır. Kullanılmamış bir eşyanın satımında ise, genel sözleşme şartları ile satılanın ayıbından sorumlu olunmayacağı kararlaştırılmış ise, bu hüküm geçersiz olur. Bu durumda, satılandaki gizli ayıplardan satıcının sorumlu olmaması, karşılıklı menfaatler dengesine aykırılık teşkil eder. Kullanılmamış eşya satımında, genel sözleşme şartlarında ancak satıcının tamir garantisi vermesi durumunda alıcının kanundan doğan hakları kaldırılabilir.

İsviçre Federal Mahkemesi de bir kararında,<sup>(211)</sup> genel sözleşme şartları ile alıcının kanundan doğan hakkının kaldırılıp onun yerine tamir hakkının tanınmasını kabul etmiştir. Federal Mahkeme'ye göre, satılanın ayıbını tamir garantisi, satım sözleşmesinin yan bir kayıdır. Bu garanti ile satıcı, kural olarak alıcıya her türlü bozukluğun giderilmesini veya vaad edilen netiliklerin sağlanmasını talep etme hakkına sahiptir. Satıcının garanti vermesi, özellikle hukukçu olmayan alıcılarda, kural olarak daha emin bir duruma geldikleri inancının doğmasına yol açar. Ancak kanunî çözüm tarzından farklı bir çözüm benimsenirse, sözleşmede açıkça belirtilmelidir. Şüphe halinde bu sözleşme dar yorumlanmalıdır.<sup>(212)</sup>

Federal Mahkemenin bu isabetli tesbitine rağmen, genel sözleşme şartları ile alıcının kanundan doğan haklarının tamir garantisi verilmesi suretiyle kaldırılmasını benimsemesi bizce isabetsizdir. Zira satıcı, garanti kaydıyla Federal Mahkemenin de belirttiği gibi hukukçu olmayan kişilerde daha çok korunduğu düşüncesi

(211) BGE 91 II 344. Bu konudaki açıklamalar için, bkz., Akunal, Federal Mahkeme Kararı Çevirisi.

(212) Becker, Art. 206 Nr. 5; BGE 91 II 344.

uyandırmaktadır. Satıcının yarattığı bu güven dolayısıyla sorumlu olması gerekir. Garanti belgesi ile satıcının sorumluluğu sınırlanmış ise, sözleşmede bu açıkça belirtilmelidir. Satıcı, alıcıda garanti kaydıyla daha çok güven sağlama düşüncesi uyandırdıysa, bundan sorumlu olmalıdır.

**V- SATILAN ŞEYİN AYIPLARININ TAMİRİNDEN SORUMLU KİŞİ (TAMİR BORÇLUSU), AYIPLARIN GİDERİLECEĞİ YER (TAMİR YERİ), AYIPLARIN TAMİR MASRAFLARI (TAMİR MASRAFLARI), AYIPLARIN TAMİR SÜRESİ (GARANTİ SÜRESİ)**

**A- Satılan Şeyin Ayıplarının Giderilmesinden Sorumlu Kişi (Tamir Borçlusu)**

Tamir borçlusunun tesbiti, alıcının hakkını kime karşı kullanacağını tesbitinde önemlidir. Bu konuya ilişkin olarak, başlıca şu ihtimaller üzerinde durulması gereği vardır: (213)

i) Alıcıya, satıcı ile birlikte fabrika garantisi vermiş ise, tamir talebinin doğrudan doğruya şeyi imal eden firmaya yöneltilmesi gerekir,

ii) Garanti belgesinde hem imalatçının hem de satıcının kaşe ve imzaları varsa, tamir talebinin gerek satıcıya gerek imalatçıya karşı yöneltilmesi mümkündür,

iii) Satıcı, satılndaki ayıbı imalatçının tamir edeceğini taahhüt etmiş, ancak bu taahhüde imalatçı firmanın iştiraki yok ise, tamir borçlusu satıcıdır. Burada BK. md. 100 anlamında "başkasının fiilini taahhüt" vardır,

(213) Akünal, Satıcının "Onarım Garantisi", 559; Yavuz, 193; Götz, 55; Witschi, 42 vd.

iv) Tamir garantisi doğrudan doğruya satıcı tarafından verilmiş ve imalatçının garanti belgesinde adı hiç geçmiyorsa satıcı, kendi imkânları ile garanti sorumluluğunu yerin getirir. Satıcı ile imalatçı firma arasında bir ilişki olsa bile alıcı bu ilişkiye dayanarak imalatçı firmayı sorumlu tutamaz.

#### **B- Ayıplı Şeyin Tamir Edileceği Yer (Tamir Yeri)**

Ayıpların giderileceği yer, sözleşmede aksine bir hüküm yok ise, satılan şeyin durumuna ve sözleşmenin amacına göre belirlenir. Ayıpların giderileceği yerin, mutlaka BK. md. 73'e göre tesbit edilmesi gerekmez. Uygulamada garanti belgelerinde tamir yeri olarak genellikle "yetkili bakım ve tamir servisleri" gösterilmektedir. (214)

Çeşitli bakım ve tamir servisleri mevcutsa alıcı, dürüstlük kuralı uyarınca satıcı için en az masraflı olanı seçmelidir. Böyle bir durumda, tamir masraflarını üstlenen satıcı tamir yerini serbestçe belirleyebilir. (215)

#### **C- Ayıplı Şeyin Tamir Masrafı**

Ayıbın giderilmesi ile ilgili tüm masraflara kural olarak tamir borçlusu katlanır. Bu masraflara değiştirilecek parça veya parçanın bedeli, işçilik ücreti veya tamircinin yol parası örnek gösterilebilir. Arıza, malzeme hatası yüzünden doğmuş ise, semen ile uygun düştüğü oranda daha pahalı malzemenin kullanılmasından

(214) Akünal, Satıcının "Onarım Garantisi", 561; Yavuz, 194; Götz, 98.

(215) Akünal, Satıcının "Onarım Garantisi," 561; Yavuz, 194; Götz, 98.

Alıcı, satıcıya katlanamayacak ölçüde masraf yüklenmeksizin, tamiri gerçekleştirtmelidir. Bu nedenle en az masraf yükleyen yerde alıcı, ayıplı eşyayı tamir ettirmelidir. Alıcıya böyle bir sınırlama ancak kanda veya sözleşmede ya da uygulamadaki doğruluk ve dürüstlük kuralına dayanarak getirilebilir. Furrer, 75 .

doğacak masraflara da satıcı katlanmak zorundadır. Garanti gereğince tamir edilen malın alıcıya teslim edilmeden önce temizlenmesi ve gerekli ise, tecrübe amacıyla çalıştırılması yüzünden doğacak masraflar da satıcıya aittir. Tereddüt halinde, tamir dolayısıyla ortaya çıkan her türlü masrafın, tamir borçlusu tarafından karşılanacağı kabul edilmelidir. (216)

Yenisi ile değiştirilen eski parçaların mülkiyeti tamir borçlusuna aittir.(217)

Alıcı satılan ayıplı eşyayı, tamir ettirme yanında ayrıca bir zarara uğramış ise, BK. md. 96'ya kıyasen bu zararın tazminini de isteyebilir. Bu zarar, satıcının alıcıya eşyayı ayıplı ifa etmesi durumunda, eşyayı tamir etse bile, sözleşmeye uygun ifayı zamanında yerine getirememekten kaynaklanan zarardır. Ayrıca alıcı tamir talebini satıcıya zamanında bildirmesine rağmen satıcı, eşyanın tamirini geçiktirmiş ise, geçikmeden kaynaklanan zararı da tazmin etmek zorundadır. Bu durumda, eşyanın ayıplı kullanılmasından dolayı ayıbın büyümesi ve zararın artmasına da satıcı katlanır. Ancak alıcı, eşyanın ayıplı kullanılması neticesi ayıbın artacağını ve zararın çoğalacağını işlerdeki hakim doğruluk ve dürüstlük kuralı gereği önceden görebiliyor ise, satıcı bu zarardan ve artan ayıp miktarından sorumlu olmaz. Bu durumda alıcı sorumlu olur.(218)

#### **D- Ayıbın Tamiri Süresi (Garanti Süresi)**

Taraflar sözleşmede garanti süresini serbestçe kararlaştırabilirler. Taraflar sözleşmeyle alıcıya, satılanın ayıplarını tamir

(216) Akünel, Satıcının "Onarım Garantisi", 561; Yavuz, 194; Götz, 97; Furrer, 74.

(217) Akünel, Satıcının "Onarım Garantisi", 561.

(218) Furrer, 76.

ettirme hakkı tanımalarına rağmen, tamir hakkının süresini tesbit edilmemiş ise, BK. md. 207/I'deki (ticari satım ise TK.md. 25/I.b.3) hüküm geçerli olur. Tamir garantisi bir süreye bağlanmış ise, bu süre geçtikten sonra doğacak bozukluktan (ayıptan) dolayı, tamir yükümlüsünün sorumluluğu ortadan kalkar. Sözleşmede tamir hakkı için kabul edilen sürede alıcı tamir talebinde bulunmasına rağmen, satıcı tamiri yerine getirmemişse ve sözleşmeyle de alıcının kanundan doğan diğer hakları ortadan kaldırılmamış ise, zamanaşımı süresi içinde alıcı diğer kanunî haklarına başvurabilir.<sup>(219)</sup> Federal Mahkeme bir kararında,<sup>(220)</sup> tarafların belirli bir süre içinde garantiyi kararlaştırmalarının, kanunda öngörülen zamanaşımı süresinin bu süre geçtikten sonra işlemeye başlayacağı anlamına gelmeyeceğini belirtmiştir. Şüphe halinde zamanaşımı süresinin tarafların başladığı kabul ettikleri anda değil, teslim anında başladığı kabul edilmelidir.

Alıcı, satılan ayıplı eşyayı tamir ettirmek düşüncesinde olmasına rağmen, bu tamiri kendisi için uygun olan süre içerisinde talep edebilir. Keza alıcı, eşya için en müsait zamanda eşyayı tamir ettirmek zorundadır. Alıcının, kendisi için uygun olmayan sürede tamir talebinde bulunmaması, tamir hakkının ortadan kalkmasını gerektirmez. Örneğin bir çiftçi, biçerdöğerin tamirine hasılat zamanında izin vermeyebilir.<sup>(221)</sup>

---

(219) Akünal, Satıcının "Onarım Garantisi", 561; Götz, 98.

(220) BGE 78 II 367.

(221) Furrer, 76.

## VI- TAMİR BORCUNUN YERİNE GETİRİLMEMESİ HALİNDE ALICININ HAKLARI

Satıcı, kendisine yönetilmiş olan tamir talebini objektif olarak yerine getiremeyecek durumda ise alıcı ayıba karşı tekeffülden doğan diğer kanunî, haklara başvurmak zorundadır. Ancak bu durumda md. 96'ya göre ek bir tazminat isteyemez. Satıcının, yüklenmiş olduğu tamir yükümlülüğünü yerine getirmemesi, objektif bir acziyetten kaynaklanabileceği gibi, tamir masrafının eşyanın değerine oranla katlanılamayacak ölçüde yüksek olmasından da kaynaklanabilir<sup>(222)</sup>

Genel sözleşme şartlarıyla bir taraftan alıcıya satılanın ayıbının tamiri hakkı tanınmış, diğer taraftan alıcı lehine kanundan doğan haklar kaldırılmış olmasına rağmen, alıcı satın aldığı şeyin ayıbının tamiri hakkını kullanmayabilir. Bu durum satıcının onarım çabalarının boşa gitmesi, satıcının tamire yanaşmaması şeklinde ortaya çıkabilir. Bu halde, alıcının korunması önemli bir sorun teşkil eder.<sup>(223)</sup>

Bu sorunu Alman Yüksek Mahkemesi şu şekilde çözümlene yoluna gitmiştir:<sup>(224)</sup> Satılanın tamirinin yetersiz veya imkansız olması veya satıcının sebepsiz olarak satılanı tamir etmemesi durumunda, alıcı genel sözleşme şartları ile kanundan doğan haklarından feragat etmiş olsa bile, bu hakkından faydalanabilir. Yüksek Mahkeme bu durumda, kanundan doğan haklardan feragat edildiğine devir sözleşmesini geçersiz saymaktadır. Alıcının haklarının da yeniden canlandığını (Wiederaufleben der Gewährleistungrechte) kabul etmektedir.

(222) Furrer, 75.

(223) Akünal, Satıcının "Onarım Garantisi", 561; Yavuz, 194; Götz, 97.

(224) BGHZ. 22 90= NSW 1957. Bu konudaki açıklamalar için, bkz. Akünal, Satıcının "Onarım Garantisi", 563 vd.

İsviçre Federal Mahkemesi de bir kararında, <sup>(225)</sup> alıcının genel sözleşme şartıyla kanundan doğan haklarından feragat etse bile BK. md.96 vd.'nda özellikle BK. md. 106'ya göre satım sözleşmesinden dönebileceğini hükme bağlamıştır. Federal Mahkemeye göre, "Tamir borcu satıcının ediminin bir kısmını oluşturur. Buna rağmen tamir borcunun ifasında temerrüt, davacının tüm satım sözleşmesinden dönmesine yol açar. Zira bu kısmî edim önemlidir ve bozukluk, satılanın öngörülen kullanmaya elverişliliğini etkiler. Bu kısmî edim garanti edilmemiş olsa idi, alıcının ayıptan doğan kanunî haklarından feragat etmesi beklenemezdi. Bu nedenle, olayın özelliğine göre sözleşmeyi bir bütün olarak ele almak gerekir.

Aksine bir çözüm tarzının benimsenmesi, tamir garantisine güvenerek kanunun kendisine tanımış olduğu sözleşmeden dönme hakkından feragat eden alıcıyı, tahammül edilemeyecek kadar kötü bir duruma sokacaktır. Böyle bir durumda alıcı, tamiri önce kendi imkânları ile bir üçüncü kişiye yaptıracak, sonra da yaptığı masrafların tazminini satıcıdan talep etmek zorunda kalacaktır." Federal Mahkemenin bu çözüm tarzı bizce de çok yerindedir.

Satıcı, satılanın ayıbını tamir garantisi vermek ile, bir yapma borcu (yerine getirme borcu) altına girmektedir. Alıcı BK. md. 97'ye göre hâkimden, masrafi borçluya (satıcıya) ait olmak üzere, tamirin kendisi tarafından yapılmasına izin verilmesini talep edebilir. Ayrıca alıcı, satılanın tamir edilmemesi sebebiyle meydana gelen her türlü zararı BK. md. 96'ye göre satıcıdan talep edebilir.<sup>(226)</sup>

(225) BGE 91 II 344. Bu konudaki açıklamalar için bkz., Aktinal, Federal Mahkeme Kararı Çevirisi Alıcı, BK. md. 106 gereğince, satıcının tamir borcunu yerine getirmesi için hakimden uygun bir süre ister. Bu süre sonunda satıcı, tamir borcunun yerine getirmez ise, alıcı, BK. md. 106 uyarınca sözleşmeden dönebilir. Furrer, 74-75.

(226) Furrer, 75; Giger, Art 205 Nr. 36.



**§ 7- ALICININ AYIPTAN DOĞAN HAKLARININ  
ZAMAN AŞMINA UĞRAMASI**

BK. md. 207/I.'e göre: "Satıcı daha uzun müddet için kefalet etmemiş ise satılanı ayıba karşı tekeffülden mütevellit her türlü dava satılndaki ayıp daha sonra meydana çıksa bile alıcıya teslim vukuundan itibaren bir sene geçmekle sâkıt olur." Bu süre ticarî satımda (TK.md. 25/I.b.4) altı ay ise, gayrimenkule ilişkin ayıplarda beş yıldır (BK.md. 215/ son).

BK. md. 207 ve md. 215'de "sâkıt olur" ibareleri kullanılmasına rağmen, doktrin ve uygulamaya göre burada hak düşürücü süre değil, gerçek anlamda bir zamanaşımı süresi söz konusudur. (227)

Bu sonuca kanun metninin mantık kurallarına uygun yorumlanması sonucu da ulaşılabilir. Esasen BK.md.207/III (OR 210/III)'de söz konusu sürenin zamanaşımı süresi olduğu açıkca ifade edilmiştir. Satıcının ayıplı satılanı teslim etmesi durumunda alıcının ayıptan doğan hakları zaman aşımına uğrasa bile, satıcının talebi üzerine alıcının defî hakkı vardır. Söz konusu sürenin hak düşürücü süre olduğunun kabul edilmesi durumunda, alıcının bir defî hakkının varlığından söz edilemez.<sup>(228)</sup> Fakat hâkim bu durumu re'sen göz önüne alamaz. Alıcının bu durumu ileri sürmesi gerekir. Ancak, alıcının ayıba karşı tekeffülden doğan haklarının zaman aşımına uğraması durumunda, alıcının defî hakkını kul-

---

(227) Guhl/Merz/Kummer, 336; Giger, Art. 210 Nr. 9; BGE 94 II 36; BGE 82 II 422 vd.; BGE 81 II 143; BGE 78 II 367; BGE 72 II 414 vd.; Oser/Schönenberger, Art. 210 Nr.2; Becker, Art. 210 Nr. 1; Katz. 80; Keller/Lörtscher, 95; Yavuz, 155; Tunçomağ, 188; Tandoğan, 199; Feyzioğlu, 30.

(228) Giger, Art. 210 Nr. 11.

lanması için süresi içinde ayıbın varlığını tesbit ettirip bunu satıcıya ihbar etmesi gerekir.<sup>(229-230)</sup>

Şu halde, zamanaşımının kesilmesi ve durmasını düzenleyen kanun hükümleri (BK. md. 132-136) burada da uygulama alanı bulur. <sup>(231)</sup>

Zamanaşımı süresi, alıcı lehine kanundan doğan tüm talepler (satım sözleşmesinden dönme, semenin indirilmesi, satılanın ayıpsız mislî ile değiştirilmesi ve BK. 205'e göre açılacak tazminat davası) için geçerlidir.<sup>(232)</sup> Ayrıca BK. md. 207'de öngörülen süre, satıcının kötü ifası nedeniyle alıcının BK. md. 96. vd.'ına göre sahip olduğu genel tazminat talepleri için de geçerlidir.<sup>(233)</sup>

Federal Mahkeme eski bir kararında, <sup>(234)</sup> satılanın ayıplı ifa edilmesi durumunda alıcının haksız fiil hükümlerine göre (BK. md. 41

- (229) Giger, Art. 210 Nr. 11; von Tuhr/Peter, 32 vd.; Becker, Art. 210 Nr. 3. Buradaki defî kavramını, teknik madana defî olarak anlamamak gerekir. Bu kanun hükmünün önemi, ayıp nedeniyle semeni ödemeyi reddeden alıcının, satıcıya karşı kendisi dava açmak zorunda kalmaması, aksine ayıplı mal dolayısıyla alıcının karşı tarafın dava açmasını bekleme hakkı vardır. Becker, Art. 210 Nr. 5.
- (230) Giger, alıcının ayıba karşı tekeffülden doğan seçim hakkının hukukî niteliğini inşaf bir hak olarak görmemektedir. Yazara göre, alıcı, seçim hakkını satıcıyla anlaşarak veya hakim inşaf bir hükmü ile kullanabilir. Seçim hakkının hukukî niteliğinin sözleşme olması nedeniyle hukuk mantığı BK. md. 207'deki sürenin zaman aşımı süresi olmasını gerektirir. Şayet anılan maddedeki süre hak düşürücü süre olsaydı alıcıyla satıcının anlaşarak seçim hakkını kullanması yeni bir sözleşme olurdu. Kezâ hakim hak düşürücü süre nedeniyle mevcut bir alıcının hakkı olmadığı için hüküm veremezdi. Ancak yukarıda açıkladığımız gibi seçim hakkının hukukî niteliğini inşaf hak kabul ettiğimiz için bu görüşe katılmıyoruz. Bkz. Giger Art. 210 Nr. 2.
- (231) Giger, Art. 210 Nr 11; Oser/Schönenberger, Art 210 Nr .2; Becker, Art. 210 Nr 1; Tunçomağ, 188; Yavuz 155.
- (232) Keller/Lörtscher, 82; Oser/Schönenberger, Art 210 Nr. 3; BGE 96 II 185.
- (233) BGE 96 II 117; BGE 90 II 88; BGE 77 II 249; BGE 63 II 407; BGE 58 II 212; Becker Art. 210 Nr. 6; Oser/Schörenberger, Art 210 Nr. 3; Schubiger, 108 vd. Neuenschwander, 40; Katz, 148; Furrer 86; von Tuhr/ Escher 98; Giger, Art. 210 Nr. 22.
- (234) BGE 67 II 132 vd; Giger Art. 210 Nr 22.

vd. göre) sahip olduğu haklarını da BK. md. 207'deki zamanaşımı süresine tabi tutmuştur. Yeni İsviçre doktrini ve kanton uygulamaları alıcının BK. md. 41'e göre sahip olduğu hakları BK. md. 207'deki süreye tabi tutmamıştır.<sup>(235)</sup> Bizce de alıcının BK.md.41'den doğan haklarının, BK. md. 207'deki süreye tabi tutulmaması isabetlidir. Buna karşılık BK.md.207'deki kısa zamanaşımı süresi aktî tazminat davasına uygulanmaz. Zira, bu davada satılanın ayıplı ifa edilmesi durumunda satıcı, birinci olarak âktî yan yükümlülüğünü ihlal etmiştir.<sup>(236)</sup> Federal Mahkemenin yerleşmiş içtihatlarına ve doktrinindeki hâkim görüşe göre, alıcının temel hatası nedeniyle sahip olduğu hakkı BK. md. 207'deki zamanaşımı süresine tâbi değildir.<sup>(237)</sup> Ancak açılan dava, satılan malın ayıplı olmasına dayanmıyorsa (yanlış ifa veya miktar eksikliği gibi) genel zamanaşımı süresi geçerlidir.

### I- ZAMAN AŞIMI SÜRESİNİN BAŞLANGICI

Zamanaşımı süresi, tarafların bu kanunuda anlaşmaları mahfuz olmak kaydıyla, satılan şeyin alıcıya teslim edilmesinden itibaren başlar (BK, md. 207).<sup>(239)</sup> Yani satılan şeyin üzerinde fiilen tasarruf etmekle ve o şeyin niteliklerini kontrol ettirebilme anından itibaren zamanaşımı süresi başlar. Bir yıllık sürenin satılan şeyin teslimi ile başlamasında, ayıbın gizli veya görünür olmasının önemi yoktur. Bu yüzden gizli ayıplar, satılan şeyin tesliminden çok sonra ortaya çıksalar bile zamanaşımı süresi, teslim ile başlar.<sup>(240)</sup> BK. md. 215'e göre, gayrimenkul satımlarında zamanaşımı süresi, gay-

(235) Katz, 152; Neuenschwander, 92 vd.; Guhl/Merz/Kummer, 340; BGE 90 II 89. Karşıt fikir için bkz. Giger Art. 210 Nr. 23

(236) Giger, Art. 210 Nr. 24.

(237) Giger, Art. 210 Nr. 26.

(238) Oser/Schönenberger, Art. 210 Nr. 3; Giger, Art. 210 Nr 25 von Büren I, 385.

(239) Oser/Schönenberger, Art. 210 Nr. 4; Giger, Art. 210 Nr 36; Keller/Lörtscher, 82; Tandoğan, 199.

(240) Oser/Schönenberger, Art. 210 Nr. 4; Tandoğan, 199; Keller/Lörtscher, 82.

rimenkulün temlikinden itibaren başlar.<sup>(241)</sup> TK. md. 25/Ib-4'de öngörülen zamanaşımı süresi için, zamanaşımının başlangıç anı belirtilmemiştir. O halde, burada BK. md. 207'deki zamanaşımı başlangıç anı kabul edilmelidir.<sup>(242)</sup> Şayet alıcı, malı doğrudan üçüncü bir kişiye satmış ise, zamanaşımı süresi kurallara uygun olarak teslim anında başlar. Ancak tarafların kendi aralarında anlaşmasıyla (bir garanti anlamında) veya ticarî işlerde yaygın uygulama gereği zamanaşımı süresi teslim dışında başlayabilir. Satıcı, tarafların anlaşmasına göre şeyi alıcının müşterisine doğrudan göndermiş ise, zamanaşımı üçüncü kişiye teslim ile başlar. Ancak bu durumda alıcı satılanı kontrol etme imkânına sahip değildir. Fakat satıcı alıcının satılan şeyi üçüncü kişiye önceden devredildiğini ve amacını biliyorsa şeyi üçüncü kişiye gönderir. Satılan şey orjinal bir paket içerisinde ise, malı son müşteri muayene ettirir. Bu durumda genel olarak zamanaşımı süresinin başlangıcının son alıcıya teslimle başlayacağı kabul edilmektedir.<sup>(243)</sup>

Tâliki şarta bağlı satışlarda, satılan şey alıcıya teslim edilmiş olsa bile, ancak tâliki şart gerçekleşince zamanaşımı süresi işlemeye başlar.<sup>(244)</sup> Belirli vadelerle teslim şartıyla yapılan satışlarda, her teslim edilen ayıplı eşya için o teslim tarihinden itibaren ayrı bir zamanaşımı süresi işler. <sup>(245)</sup>

---

(241) Yavuz, 156; Tandoğan 199 .

(242) Yavuz, 156; Poroy, 117.

(243) Giger, Art. 210 Nr. 37.

(244) Edis, 131; Yavuz, 156; Tandoğan, 199; Oser/Schörenberger, Art :210 Nr. 4; Giger, Art. 210 Nr. 39; Becker, Art. 210 Nr. 3.

(245) Tandoğan, 199; Edis, 131; Yavuz, 156; Oser/Schörenberger, Art :210 Nr. 4; Giger, Art. 210 Nr. 39; Becker, Art. 210 Nr. 3.

## II- TARAFLARIN SÖZLEŞME İLE ZAMANAŞIMI SÜRESİNİ DEĞİŞTİRMELERİ

Satım sözleşmesinin tarafları, satıcının belirli süreleri kapsayacak şekilde garanti taahhütleri altına girdiği durumlar dışında, BK. md. 207'de belirtilen zamanaşımı sürelerini değiştire-bilirler. BK. md.127'deki zamanaşımı süresi doktrin ve uygulamaya göre değiştirilemez.<sup>(246)</sup> Ancak BK. md. 207/İ, bu bakımdan BK. md. 127'nin bir istisnasıdır.<sup>(247)</sup>

BK. md. 207, istisna olması nedeniyle dar yorumlanmalıdır. BK. md. 207, sadece zamanaşımının uzatılabileceğinden bahsetmektedir. Ancak, BK. md. 125, üst sınır zamanaşımı süresini içermektedir. BK. md. 207'deki boşluk, BK. md. 125 ile doldurulmalıdır. Yani taraflar zamanaşımı süresini uzatsalar dahi, on yıllık zamanaşımı süresini aşmamalıdır.<sup>(248)</sup> TK. md. 25/İ-4'e göre de, ticarî satımlarda altı aylık zamanaşımı süresi uzatılamaz.

BK. md. 207'de açıkça tarafların zamanaşımı süresini kısaltabileceklerine dair bir düzenleme yoktur. Ancak, BK. md. 196'nın zıt anlamından da anlaşılacağı gibi zamanaşımı süresi tarafların anlaşmasıyla kısaltılabilir. Fakat, bu zamanaşımı süresinin kısaltılması, fiili olarak alıcının haklarını kullanma imkânını ortadan kaldırabilir.<sup>(249)</sup>

(246) Giger, Art. 210 Nr. 42; von Tuhr/Escher, 217; BGE 99 II 188; BGE 63 II 180; Aksi görüş için bkz., von Büren I, 439.

(247) Yavuz, 159.

(248) Oser/Schönenberger, Art. 210 Nr. 6; von Tuhr/Escher, 217; BGE 99 II 189 BGE 56 II 430; Giger, Art 210 Nr. 43; Edis, 131; Tandoğan, 200; Aksi görüşte Yavuz, 159; Yazara göre, BK .md 125 hükmüne üst sınır getirdiği kabul edilmez; Taraflar zaman aşımını süresini on yıldan fazla uzatabilirler.

(249) von Tuhr/Escher, 217; Furrer, 88. Tarafların zaman aşımı süresini kısaltması kanunî zaman aşımı süresinden aşağı olamaz. Bkz., Giger, Art. 210 Nr. 46.

BK. md. 207'ye göre<sup>(250)</sup> 'de buradaki zamanaşamı kamu düzenine ilişkin olmadığı için, zamanaşamı süresi sözleşme ile kısaltılabilir. Keza. BK. md.196'nın mefhumu mualifinden çıkardığımız hüküm, satıcının hilesi olmadığı sürece, taraflar satılanın ayıbından kaynaklanan sorumluluğu tamamen ortadan kaldırabilirler. Bu nedenle, sorumluluğun tamamen ortadan kaldırılmasını kanun öngördüğüne göre, zaman aşımı sürenin kanunî süreden aşağı olabileceğini kabul ediyoruz. Bu vardığımız sonuçlar BK. md. 215 için de geçerlidir.

### III- SATICININ HİLESİNİN KANUNİ ZAMANAŞIMI SÜRESİNE ETKİSİ

BK. md. 207/ son'a göre, "...satıcı alıcıyı iğfal etmiş ise bir senelik müruruzamandan istifade edemez." Kanunda, hile durumlarında bir yıllık zamanaşımı süresinin uygulanmayacağı hükme bağlanmıştır. Buradaki hileden BK. md. 196'daki hile anlaşılmalıdır.<sup>(251)</sup> Ancak zamanaşımının hangi süreye tâbi olduğu belirtilmemiştir. BK. md. 207/III fıkrasındaki satıcının alıcıyı iğfal etmesi, sadece alıcının ayıptan kaynaklanan haklarını kullanmasını engelleyen kandırmayı kapsamaz. İğfal sonucu alıcı, satılan şeydeki ayıpları fark edememiştir.<sup>(252)</sup>

Doktrindeki bir görüşe göre,<sup>(253)</sup> satıcının hilesi BK. md.41 anlamında haksız fiil teşkil eder. Bu nedenle burada haksız fiilere ilişkin zamanaşımı süresi uygulanmalıdır. BK. md.60'a göre, hilenin öğrenilmesinden itibaren bir yıl ve herhalde hilenin vukuundan

(250) Tandoğan, 200; Edis, 131; Yavuz, 160; Oser/Schörenberger, Art 210 Nr. 6; Giger, Art. 210 Nr. 46.

(251) Giger, Art. 210 Nr. 71.

(252) Giger, Art. 210 Nr. 72.

(253) Becker, Art. 210 Nr. 4;Katz, 88.

itibaren on yıl geçmekle alıcının hakları zamanaşımına uğrar. Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre ise,<sup>(254)</sup> satıcının hilesi durumunda alıcı, haklarını BK. md. 125'de öngörülen genel zamanaşımı süresi içinde kullanılmalıdır.

Çünkü, alıcının hakları sözleşmeden doğmaktadır. Bu sebeple akdî zamanaşımı süresi uygulanmalıdır.

#### IV- DEF'İ YOLUYLA TEKEFFÜL HÜKÜMLERİNE DAYANMA İMKÂNI

Alıcı, kanunun kendisine yüklediği muayene, ihbar, muhafaza gibi külfetleri zamanında ve usulünce yerine getirmiş ancak, zamanaşımı süresini kaçırmış olsa dahi, her şeyi kaybetmiş sayılmaz. Alıcı, kendisinden satış parasının talep etmesi durumunda def'î olarak her zaman satılanın ayıplı olduğunu ileri sürebilir.<sup>(255)</sup> Ancak, alıcının zamanaşımı def'inde bulunması, doğruluk ve dürüstlük kuralına aykırı olmamalıdır.<sup>(256)</sup> Yargıtayın buna yönelik bir kararı da şöyledir: "Alıcı satılana ayıptan dolayı satıcıya karşı ileri sürebileceği def'î hakkını, bir yıl geçmiş de olsa, her zaman kullanabilir. Mühim olan, alıcının şeydeki ayıpları, teslim alma tarihinden itibaren bir yıl içinde satıcıya ihbar etmiş olmasıdır."<sup>(257)</sup>

(254) Oser/Schönenberger, Art. 210 Nr. 9; Giger, Art. 210 Nr. 73; Yavuz, 164; BGE 88 II 143 vd.; BGE 58 II 147

(255) Feyzioğlu, 303; Giger, Art 210 Nr. 62

(256) Giger, Art. 210 Nr. 63.

(257) YHGK. 1701. 1970-595/E, 38 K. Türk İç. Kül. 1970/5 Nr: 199, 148.

## SONUÇ

Borçlar Hukuku sistemimizde "Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu" üzerinde yaptığımız çalışma sonucu vardığımız sonuçları şu şekilde ifade edebiliriz:

Ayıp, satılan şeyde zikir ve vaad edilen veya dürüstlük kuralı gereğince bulunması zorunlu niteliklerin bulunmamasıdır. Başka bir ifadeyle ayıp, satılan şeydeki nitelik eksikliğidir. Ticaret hayatındaki yaygın anlayışa göre, bir şeyin değerine etki eden tüm özellikler, o şeyin niteliğidir. Nitelik, maddî olabileceği gibi, hukukî ve ekonomik de olabilir.

Satılanın ayıplı olup olmadığı, satımın parça veya cins satımı olmasına göre farklı değerlendirilmelidir. Parça satımlarında, satılan şeyin ayıplı olması için kararlaştırılan nitelikleri taşımaması ve bu durumun, tarafların sözleşmede belirledikleri kullanım amacına uygun olmaması gerekir. Örneğin satıcı, bir sürahiyi antika olduğunu vaad ederek satmışsa, sürahi antika olmaması durumunda ayıplı sayılır. Bu durumda, antika olduğu vaad edilen sürahi su sızdırsa bile, bu nitelik eksikliği sebebiyle ayıplı sayılmaz. Cins satımlarında, taraflar sözleşmede satılanın hangi nitelikte olacağını kararlaştırmış olabilirler. Bu halde satılan şeyin sözleşmede kararlaştırılan nitelikleri taşımaması, ayıp teşkil eder. Sözleşmede taraflar satılan şeyin hangi nitelikte olacağını kararlaştırmamışlarsa, BK.md.70'e göre, satıcı orta nitelikten aşağı bir şey veremez. Satıcının orta nitelikten aşağı bir şeyi teslim etmesi halinde satılan şey ayıplı sayılır.



Hukukumuzda satılan şeydeki miktar eksikliği genel olarak ayıp teşkil etmez. Alıcı, satılandaki eksik miktarı kısmi ifa hükümlerine göre talep edebilir. Bu kuralın iki istisnası vardır. İstisnalardan ilki, gayrimenkul satımında görülür. BK.md.215/I'e göre, resmî bir ölçüye dayanmayan gayrimenkul satımlarında, satıcı miktar eksikliklerinden sorumlu olmayacağını sözleşmede kararlaştırmamış ise, eksik miktardan sorumludur. BK.md.215/II'e göre de, satıcı resmi ölçüye dayanan bir gayrimenkul satımında miktar eksikliğinden sorumlu olacağını sözleşmede açıkça kararlaştırmış ise, bundan sorumludur. Bu durumlarda, miktar eksikliği ayıp teşkil eder. Miktar eksikliğinin ayıp sayılamayacağı kuralının ikinci istisnası ise, miktar eksikliğinin sözleşmeden beklenen amaca uymamasıdır.

Satıcının, sözleşmede kararlaştırılan şeyden başka bir şey teslim etmesi durumunda, ayıba karşı tekeffül sorumluluğu gerçekleşmez. Bu durum bir yanlış ifadır. Yanlış ifa durumunda satıcı satılanı ifa etmemiştir. Bu halde, BK.md.96 vd. hükümleri uygulanır.

Ayıba karşı tekeffül borcu, aslî bir boç değil; tali ve tamamlayıcı bir borçtur. Taraflar sözleşmede, satıcının satılan şeyin ayıbından sorumlu olacağını kararlaştırmaları bile, kanundan doğan bir borç olarak satıcının ayıba karşı tekeffül borcu vardır. Satıcının satılanın ayıbından sorumluluğu kusursuz bir sorumluluk değildir. Satılan şeydeki ayıp, en geç hasarın intikali (sözleşmenin yapıldığı) anında mevcut olmalıdır. Sözleşme kurulmadan önce de, satılana satıcı sahiptir. Kişinin kendi sahip olduğu şeydeki ayıplardan dolayı kusurlu

sayılmaz. Buradaki sorun satıcının, satılanın ayıbından sorumlu olması için, satılndaki ayıbı bilmesi gerekmemesidir. Ayıba karşı tekeffül hükümleri emredici değildir. Bu nedenle, tarafların sözleşmede alıcı lehine kanundan doğan hakları kaldırarak, bunun yerine alıcıya tamir hakkının tanınmakta olduğu görülmektedir. Kanunî düzenlemeden ayrılan bu sözleşmelerin, geçerli olabilmesi için, kanunî düzenlemeden ayrıldığı sözleşmede açıkça anlaşılmalıdır. Satıcı, satılanı tamir ettirme hakkı tanınmakla, alıcıda daha fazla korunduğu güveni yaratmış ise, yarattığı bu güven dolayısıyla sorumludur.

Ayıba karşı tekeffül hükümleri bazı kanun hükümleriyle birlikte yarışmalı olarak uygulanır. Satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğu gerçekleştiğinde, alıcı ayıptan doğan kanunî haklarını kullanabileceği gibi, satılanı reddederek gereği gibi ifa etmeme sayarak; özellikle BK.md.106'daki hakları kullanabilir. Keza bu durumda alıcı, irade sakatlığı hükümlerine, haksız fiil ve culpa in contrahendo sorumluluğuna da başvurabilir.

Ayıba karşı tekeffül hükümleri, menkul, gayrimenkul, hayvan satımları ile mesafe ve artırma suretiyle satımlarda uygulanır.

Satıcının, ayıba karşı tekeffül sorumluluğu gerçekleşmesi için, şu şartlar aranır:

**a) Maddi şartlar**

i) Taraflar arasında gerekli bir sözleşmenin varlığı: Bu şart kanunda düzenlenmemiştir. Ancak bu şartı, ayıba karşı tekeffül hükümlerinin amacından çıkartabiliriz,

ii) Satılan şeyin ayıplı olması

iii) Ayıbın önemli olması: hem dürüstlük kuralı güvence, hem de zikir ve vaad nedeniyle bulunması gereken niteliklerin olmaması nedeniyle ayıba karşı tekeffülde aranır,

iv) Ayıbın gizli olması: Gizli ayıplar sözleşmenin kurulması sırasında veya teslim alma sırasında alıcının bilmediği ve satılan şey üzerinde mutad dikkat gösterilse bile, farkedilemeyecek nitelik eksikliğidir,

v) Ayıbın hasarın intikalinden önce mevcut olması: Satılan şeydeki ayıp en geç hasarın intikalinden önce olmalıdır. Satım sözleşmesinin kurulmasından sonra hasara alıcı katlanacağından, hasarın intikalinden sonra meydana gelen ayıplardan alıcı sorumludur.

**b) Şekli Şartları:**

i) Satılan şeyin muayene külfeti: BK.md.198 muayeneyi bir borç olarak ifade etmiştir. Ancak, muayene bir borç değil, bir hakkın kullanılması için yerine getirilmesi gereken külfettir. Muayene, satıcı lehine alıcıya yüklenmiş bir külfettir. Alıcı muayeneyi bizzat yapabileceği gibi, üçüncü kişide yapabilir. Taraflar anlaşarak muayeneyi üçüncü kişiye de yaptırabilirler. Alıcı muayeneyi örf ve adete uygun olarak imkân nasıl olur olmaz yaptırmalıdır,

ii) İhbar külfeti: Alıcı, muayene yaptırdıktan sonra, satılarda ortaya çıkan ayıpları derhal satıcıya bildirmelidir. İhbarın hukukî niteliği bir külfettir. Alıcı, satılanın ayıplarını satıcıya bildirmekte bir tasavvur açıklamasında bulunmuş olur. İhbar, yapılan sözleşme

şekle bağılı olsa bile, şekle bağılı olmaksızın yapılabilir.

Satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğu gerçekleşince, alıcı kanundan doğan şu haklara sahip olur:

a) Satım sözleşmesinden dönme: Kanun metninde alıcının sözleşmeyi fesh edebileceği söylenmektedir. Burada fesih değil, sözleşmeden dönme söz konusudur. Alıcının sözleşmeden dönme hakkı, bozucu yenilik doğuran inşâî bir hak niteliğindedir. Alıcının, bu yöndeki iradesi satıcının hakimiyet alanına varmakla hüküm ve neticelerini doğurur. Taraflar anlaşarak sözleşmeden dönebilirler. Taraflar anlaşamaz ise, alıcı mahkemeye müracaat eder. Ancak mahkemenin hükmü kurucu değil, bildirici niteliktedir. Alıcının, sözleşmeden dönme hakkını kullanmasıyla, satım sözleşmesi tasfiye ilişkisine girer. Henüz yerine getirilmemiş edimlerde, yerine getirme borcu sona erer. Yerine getirilmiş edimler ise, sözleşme ilişkisine göre geri istenir. Satıcı da almış olduğu semeni faizi ile birlikte öder. Ayıplı ifadan meydana gelen doğrudan veya dolaylı zararları da satıcı ödemek zorundadır.

b) Semen inirilmesini isteme hakkı: Alıcı, semen inirilmesini istiyorsa bu yönde hakkını kullanır. Alıcının bu kararı, satıcının hakimiyet alanına varmakla hüküm ifade eder. Alıcının, semen inirilmesini isteme talebi değıştirici yenilik doğuran inşâî hak niteliğidir. Semen inirilmesi ile yeni bir borç sözleşmesi meydana getirilmiş olmaz, sadece değışik sözleşmesi yapılmış olunur. Taraflar anlaşarak, indirilecek semen miktarını belirleyebilirler. Taraflar anlaşamazlar ise, mahkeme indirilecek semen miktarını nisbî metoda göre tesbit etmelidir. Mahkemenin bu hükmü kurucu

değil,bildirici niteliktedir. Semen in indirilmesi dışında, ayıplı ifadan alıcı zarara uğramış ise, bu zararı BK.md.205/II-III'e hükümün kıyasen uygulanması suretiyle talep edebilir.

c) Satılan mislî bir mal ise, alıcı ayıpsız mislî ile değiştirilmesini de talep edebilir. Alıcının bu talepte bulunabilmesi için, sözleşmeden dönme hakkına sahip olması gerekir. Alıcı, satılanın ayıpsız mislî ile değiştirilmesini talep etmiş ise, gecikme dolayısıyla veya BK.md.96'ya dayanarak bir tazminat da isteyebilir. Hatta alıcı, BK.md.205/II'nin kıyasen uygulanmasını talep ederek uğradığı zararı isteyebilir.

d) Ayıplı ifa, alıcıya zarar vermiş ise haksız fiil sorumluluğunun diğer şartları da olmak şartıyla, satıcının haksız fiil sorumluluğu gerçekleşir. Satıcı, satılandaki ayıbı hile ile gizlemiş veya yanlış kanaat uyandırarak alıcıyı sözleşme yapmaya sevk etmiş ise, haksız fiil sorumluluğu ile culpa in contrahendo sorumluluğu gerçekleşmiş olur. Burada culpa in contrahendo sorumluluğu ile haksız fiil sorumluluğu yarışır.

e) Alıcını satılanı tamir ettirme konusunda, kanundan doğan bir hakkı yoktur. Alıcının bu hakkı taraflar sözleşme kararlaştırmışlar ise vardır. Doktrindeki bazı yazarlar, BK.md.360/II'yi kıyasen satım sözleşmesine uygulayarak, alıcıya tamir hakkını tanımaktadır. Bizce bu görüş olması gereken aşısından kabul edilebilir. Alıcı, sözleşmede tamir hakkına karşılık, kanundan doğan diğer haklarından feragat etmiş, ancak hakkından faydalanamamış ise, alıcının kanunundan doğan hakları yeniden canlanır.

BK.md.207'ye göre alıcının hakları satılanı teslimden itibaren bir yıl içinde zamanaşımına uğrar. BK.md.207'deki zamanaşımı kuralları, genel zamanaşımı kurallarının istisnası niteliğindedir. Taraflar sözleşmede zamanaşımı süresini uzatabilirler (BK.md.207). Aynı zamanda taraflar anlaşarak zamanaşımı süresini kısaltabilirler. BK.md.217'ye göre gayrimenkul satımlarında, binanın ayıplı olmasından kaynaklanan alıcının hakları beş yılda zamanaşımına uğrar. Zamanaşımı süresi gayrimenkulün temlik anından itibaren başlar.

Alıcının hakları zamanaşımına uğrasa bile, kendisine müracaat eden satıcıya karşı her zaman defî hakkı vardır.

### ZUSAMMUNGFASSUNG

Die Ergebnisse der von mir zum Thema "Sachmängelhaftung in unserem Obligationenrechtssystem" durchgeführten Untersuchungen lassen sich wie folgt zusammenfassen:

Ein Mangel ist das Nichtvorhandensein einer bezüglich der verkauften Sache zugesicherten Eigenschaft oder einer Eigenschaft, die nach Treu und Glauben vorhanden sein muss. Anders ausgedrückt ist ein Mangel eine ungenügende Beschaffenheit der verkauften Sache. Nach einer im Handelsleben verbreiteten Auffassung wird die Beschaffenheit einer Sache durch die Sie beim Verkauf bestimmenden Besonderheiten gebildet. Ein Mangel kann sowohl körperliche, rechtliche als auch wirtschaftliche Ursachen haben.

Der Mangel einer verkauften Sache muss danach unterschiedlich bewertet werden, ob es sich um einen Stück-oder Gattungskauf handelt. Beim Stückkauf muss, um einen Sachmangel feststellen zu können, die Sache entweder vereinbarte Eigenschaften nicht tragen oder die Sache muss nach den subjektiven Sachmangelkriterien mangelhaft sein. Bei Gattungskäufen muss, damit die Sache mangelhaft ist, entweder eine Sache ausgeliefert werden, deren Beschaffenheit unter der im Vertrag vereinbarten Beschaffenheit liegt oder es muss, wenn solch eine Vereinbarung nicht vorliegt, der Verkäufer gemäss Art. 70 t OR eine Sache, die unter mittlerer Qualität liegt, übergeben haben.

Die Lieferung einer ungenügenden Menge stellt keinen Mangel dar. Auf diese Situation werden die Regeln für die Teilleistung angewandt. Zu dieser Regel gibt es zwei Ausnahmen. Zum einen die in Art. 215 t OR vorgesehene Ausnahme bei Immobilienverkäufen. Die

zweite Ausnahme liegt dann vor, wenn die Lieferung einer ungenügenden Menge nach den subjektiven Mangelkriterien bewirkt, dass die Sache als mangelhaft zu bewerten ist.

Bei Lieferung eines aliud werden nicht die Bestimmungen der Sachmängelhaftung, sondern die Art. 96 ff. tOR (Nichterfüllung) angewandt.

Die Sachmängelhaftung des Verkäufers ist von sekundärer und ergänzender Rechtsnatur.

Die Rechtsnormen der Sachmängelhaftung sind nicht bindend, sondern dispositiv. Daher können die Vertragsparteien durch Vertrag diese Haftung sowohl abbedingen als auch beschränken oder ausweiten.

Die Regeln der Sachmängelhaftung stehen mit den Normen bezüglich der Schlechterfüllung (Art. 96 ff. tOR), Willensmängeln (Art. 23 ff. tOR), unerlaubter Handlung (Art. 41 ff. tOR) und culpa in contrahendo in kumulativer Anspruchskonkurrenz.

Die Sachmängelhaftungsnormen werden bei Fahrnis-Immobilien- und Tierkäufen, bei Distanzkäufen und Versteigerungskäufen angewandt.

Zur Auslösung der Sachmängelhaftung des Verkäufers bedarf es folgender Voraussetzungen :

- 1) Vorhandensein eines gültigen Kaufvertrages.
- 2) Mangelhaftigkeit der verkauften Sache
- 3) Erheblichkeit des Mangels.
- 4) Der Mangel muss dem Käufer unbekannt gewesen sein.



Hätte er den Mangel gewöhnlicherweise erkennen müssen, bedarf es aber einer Zusicherung des Verkäufers.

5) Der Mangel muss vor Gefahrübergang vorhanden gewesen sein.

6) Der Käufer muss seine Untersuchungs- und Anzeigepflicht erfüllt haben.

Die Untersuchungs- und Anzeigepflicht ist keine Schuld des Käufers, sondern eine Voraussetzung, um von seinen gesetzlichen Rechten profitieren zu können.

Der Käufer kann, wenn der Verkäufer wegen eines Sachmangels haftbar ist, Wandelung oder Minderung verlangen. Die Rechtsnatur des Wahlrechts des Käufers ist die eines Gestaltungsrechtes. Ausserdem kann der Käufer bei einem Gattungskauf auch Nachlieferung eines mangelfreien Gutes der gleichen Gattung verlangen.

Ein gesetzliches Nachbesserungsrecht des Käufers gibt es nicht. Wenn aber vertraglich ein Nachbesserungsrecht ausbedungen ist, nach Handelsgewohnheitsrecht ein derartiges Recht anerkannt ist oder es nach Art. 2 tZGB einen Rechtsmissbrauch darstellen würde, wenn der Käufer nicht Nachbesserung verlangen würde, kann von einem Nachbesserungsrecht des Käufers die Rede sein.

Diese Rechte kann der Käufer nach Art. 207 tOR innerhalb eines Jahres nach Übergabe verlangen. Die in Art. 207 tOR geregelte Jahresfrist ist keine Rechtsverwirkungs-, sondern eine Verjährungsfrist.