

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

SATIŞ SÖZLEŞMESİNDE ALIUD TESLİM

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Emre ESEN

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Mehmet ERDEM

HAZİRAN 2019

ÖNSÖZ

Lisans öğrenimimden bu yana derslerini takip etme şerefine nail olduğum ve bana hukuk ilmini kendine has üslubu, bilim insanı ciddiyet ve hassasiyetiyle gerçekleştirdiği ve zevkle dinlenen dersleri ile sevdiren; bu çalışma konusunu öneren ve en yoğun zamanlarında bile desteğini ve ilgisini hiçbir zaman esirgemeyen kıymetli hocam Prof. Dr. Halûk Nami Nomer'e minnet ve şükranlarımı sunarım.

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı'nda asistanı olmaktan gurur ve mutluluk duyduğum, görüş ve düşüncelerinden feyzaldığım, tez danışmanım saygıdeğer hocam Prof. Dr. Mehmet Erdem'e gösterdiği destek ve anlayış için ayrıca teşekkür ederim.

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı hocalarımdan Prof. Dr. H. Murat Develioğlu, Doç. Dr. Ayşe Tuba Akçura Karaman ve Dr. Öğr. Üyesi Mehtap İpek İşleten'e de ilgi ve destekleri için müteşekkirim.

Ayrıca, bir yılı aşkın süredir bünyesinde bulunduğum Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı'nda birlikte çalışmaktan mutluluk duyduğum araştırma görevlisi arkadaşlarıma bu süre zarfında gösterdikleri yakın ilgi ve yardımlarından dolayı teşekkürü bir borç bilirim.

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı araştırma görevlisi Doğan Kara ve Deniz Hukuku Anabilim Dalı araştırma görevlisi Dilşad Kuğuoğlu'na Fransızca metinlerin çevirisi için ayrıca teşekkürlerimi sunuyorum.

Çalışmanın her aşamasında karşılıksız bir yardımseverlik ve anlayış örneğiyle yanımda olan Av. Gökçe Ayteş ile hayatım boyunca destek ve fedakârlıklarını hiçbir zaman esirgemeyen, başarılarımdaki paylarını asla unutmayacağım, babam İmdat Esen ve annem Gülten Esen'e duyduğum minnet ve şükran duygularını biraz olsun ifade edebilmek umuduyla sonsuz teşekkür ederim.

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ.....	ii
İÇİNDEKİLER	iii
KISALTMALAR	vi
ABSTRACT	ix
RÉSUMÉ.....	xiii
ÖZET.....	xvii
GİRİŞ	1
§ 1. Aliud Teslimin İfa Engelleri Arasındaki Konumu	4
I. İsviçre-Türk Hukukunda	4
A. Genel Olarak	4
B. Çeşit Satışında İfa Engelleri	6
1. Ayıplı İfa	6
2. Aliud Teslim	10
3. Kısmi İfa	18
C. Parça Satışında İfa Engelleri	20
1. Ayıplı İfa ve Nitelik Aliudu (<i>Qualifikationsaliud</i>)	20
2. Özdeşlik Aliudu (<i>Identitätsaliud</i>)	26
II. Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması (CISG) ve Bazı Ulusal Düzenlemelerde	28
A. Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması (CISG)'de.....	28
B. Bazı Ulusal Düzenlemelerde.....	31
1. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da	31
2. Alman Hukukunda	33
III. Değerlendirmemiz.....	35
§ 2. Ayıp Teorilerinin Aliud Teslimin Hukuki Niteliğine Etkileri ve Subjektif Ayıp Teorisinin Ayıptan Doğan Sorumluluk (TBK m.219 vd.) Hükümleriyle İlişkisi	38
I. Ayıp Teorilerinin Aliud Teslimin Hukuki Niteliğine Etkileri	38

A. Objektif Ayıp Teorisinin Etkisi	38
B. Subjektif Ayıp Teorisinin Etkisi	40
1. Subjektif Ayıp Teorisi	40
2. Parça Satışında Nitelik Aliuduna Etkisi	41
3. Çeşit Satışında Aliud Teslime Etkisi	42
4. Parça Satışında Özdeşlik Aliuduna Etkisi	45
II. Subjektif Ayıp Teorisinin Ayıptan Doğan Sorumluluk (TBK m. 219 vd.) Hükümleriyle İlişkisi	47
A. Genel Olarak	47
B. Bildirilen Nitelikler Bakımından	48
C. Bulunması Gereken Nitelikler Bakımından	50
1. Genel Olarak	50
2. Ayıp Kavramının Tarihi Gelişimi	53
3. <i>Error in Substantia</i> Öğretisi ve Aliud Teslimin Hukuki Niteliğine Etkisi ..	57
a. <i>Error in Substantia</i> Öğretisi	57
b. Aliud Teslimin Hukuki Niteliğine Etkisi	60
(1). Parça Satışında Nitelik Aliuduna Etkisi	60
(2). Çeşit Satışında Aliud Teslime Etkisi	61
(3). Parça Satışında Özdeşlik Aliuduna Etkisi	63
III. Değerlendirmemiz	65
§ 3. Hiç İfa Etmeme ve Ayıptan Sorumluluk Hükümlerinde Alıcının Aynen İfa Talebi ve Satıcının Sonradan İfa Hakkı	67
I. Çeşit Satışında Ayıplı İfa ve Aliud Teslim Hâlinde	67
II. Parça Satışında	70
A. Ayıplı İfa Hâlinde	70
B. Aliud Teslim Hâlinde	72
1. Nitelik Aliudunda	72
2. Özdeşlik Aliudunda	73
III. Değerlendirmemiz	75
§ 4. Aliud Teslim Çerçevesinde Sözleşmeden Dönme Hakkı, Bedelde İndirim Hakkı ve Satıcının Doğrudan Zararlar Bakımından Kusursuz Sorumluluğu ...	76
I. Aliud Teslim ve Sözleşmeden Dönme Hakkı	76
II. Aliud Teslim ve Bedelde İndirim Hakkı	80
III. Aliud Teslim ve Satıcının Doğrudan Zararlar Bakımından Sorumluluğu	82
IV. Değerlendirmemiz	87

§ 5. Ayıptan Doğan Sorumluluğun Şekli Şartları ile Ayıptan Doğan Sorumluluk Çerçevesinde Alıcının Sahip Olduğu Hakların Tabi Olduğu Sürenin Aliud Teslimin Hukuki Niteliğine Etkileri 88

I. Genel Olarak 88

A. Ayıptan Sorumluluk Hükümlerinin Genel Sözleşmeye Aykırılık Hükümleri ile İlişkisi..... 88

B. Ayıptan Sorumluluk Hükümlerinin İrade Bozukluklarını Düzenleyen Hükümler ile İlişkisi 91

1. Nitelikte Yanılma Halinde 92

II. Gözden Geçirme ve Ayıbı Bildirme Külfeti ile Kısa Zamanaşımı Süresine İlişkin Hükümlerin Düzenlenme Amacı..... 97

A. Gözden Geçirme ve Ayıbı Bildirme Külfetine İlişkin Hükümün Düzenlenme Amacı..... 97

B. Kısa Zamanaşımına İlişkin Hükümün Düzenlenme Amacı..... 104

III. Değerlendirmemiz..... 110

SONUÇ..... 112

KAYNAKÇA 114

ÖZGEÇMİŞ..... 134

KISALTMALAR

a.g.e.	: Adı geçen eser
a.g.m.	: Adı geçen makale
Art.	: Artikel (madde)
AT	: Allgemeiner Teil
Aufl.	: Auflage (baskı)
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
b.	: Bent
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
Bd.	: Band (cilt)
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu)
BGE	: Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (İsviçre Federal Mahkemesi Kararları)
bkz.	: Bakınız
BT	: Besonderer Teil
CISG	: Milletlerarası Mal Satışına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması
Çev.	: Çeviren
E.	: Esas numarası
eBK	: 818 sayılı Borçlar Kanunu (07.07.2012 tarihinde yürürlükten kalkmıştır)
Ed.	: Editör
eOR	: Bundesgesetz über das Obligationenrecht. (Vom 14. Juni 1881)

	(14 Haziran 1881 tarihli Borçlar Hukuku hakkında Federal Kanun)
f.	: Fıkra
FS	: Festschrift
GÜHFD	: Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD	: (Yargıtay) Hukuk Dairesi
HGK	: (Yargıtay) Hukuk Genel Kurulu
Hrgs.	: Herausgeber (editör)
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İBGK	: İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu
İÜHFEM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar sayısı
Kıs.	: Kısaltma
krş.	: Karşılaştırınız
m.	: Madde
MÜHF-HAD	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
N.	: Paragraf/Kenar Numarası
NJW	: Neue Juristische Wochenschrift
OR	: İsviçre Borçlar Kanunu, Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (İsviçre Medeni Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına İlişkin 30 Mart 1911 tarihli Federal Kanun (Beşinci Kısım: İsviçre Borçlar Kanunu)
recht	: Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis
RG	: Resmi Gazete

s.	: Sayfa
S.	: Sayı
SJZ	: Schweizerische Juristen-Zeitung
T.	: Tarih
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir)
TKHK	: 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (28.05.2014 tarihinde yürürlüğe girmiştir)
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
vb.	: Ve benzeri
vd.	: Ve devamı
Yarg.	: Yargıtay
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi (Yıl/Sayı, sayfa)

ABSTRACT

In the Swiss-Turkish law of obligations system, there is no specific regulation addressing the concept of aliud delivery. In particular, this situation makes it difficult to limit the distinction between the delivery of aliud and other situations that the seller does not perform properly in terms of quality or quantity. In doctrine and practice, the most compared concepts are aliud delivery and defective performance; the relationship between both concepts is considered in different ways, especially considering the distinction between the sale of piece and genus. On the other hand, common point of the opinion that represents the idea of a certain distinction between aliud delivery and defective performance in the sale of both piece and genus is the opinion that the seller performs his obligation as bad in case of defective performance, and in the case of aliud delivery, the seller shall be deemed to have failed to fulfill the obligation. However, this approach creates inextricable discussions about when the goods delivered to the buyer in many cases will lead to the concept of aliud deliver or defective performance.

On the other hand, in some national and international regulations, the legal implications of aliud delivery are explicitly equated to the legal consequences of defective performance or the concept of lack of conformity of contract is considered as a general concept and is adopted that they do not lead to different legal consequences. Therefore, in this study, it was rejected to accept and disclose the dogma in the manner of not exercising the legal quality of aliud delivery in the Swiss-Turkish law of obligation system. Instead, the idea that the provisions envisaging the most appropriate solution to the situation should be investigated, taking into account the balance of interests between the parties.

In the first part of our study, we tried to determine the position of aliud delivery among the obstacles of fulfillment. In this respect, firstly the obstacles of fulfillment in Swiss-Turkish law were examined in terms of sales of piece and genus; and secondly some information about these of obstacles and their relations with the concept of aliud delivery was given according to different approaches in doctrine and practice. Then, the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) and some national regulations on the appearance of the obstacles of fulfillment in the sale of piece and genus and their relationship to the concept of aliud delivery was tried to explain in accordance with the approaches in doctrine and practice.

As a result of this examination, in the context of the sale of piece, it has been determined that the approach in the doctrine and practice within the framework of the CISG system evaluates the concept of aliud delivery in the concept of lack of conformity, such as defective performance. It was concluded that the concept of aliud delivery was adopted by the majority of the CISG teaching in terms of sales, not by the fact that the contract was not fulfilled, but by the notion that aliud delivery would lead to the concept of lack of conformity.

According to the Law on Protection of Consumers No. 6502, it is accepted that the delivery of defective goods constitutes lack of conformity. In the law's preamble, it was stated that the harmonization process was taken into consideration in the regulation of the provisions regarding defective performance with the Directive 99/44/EC. CISG art. 35 is the referenced act of the regulation of 99/44/EC. In this respect, it has been determined that the new tendency of the doctrine in the framework

of the consumer transactions is to evaluate the concepts such as aliud delivery, incomplete performance, late performance and defective performance in terms of lack of conformity. However, it was accepted in BGB § 434/III that aliud delivery and incomplete performance would lead to the legal consequences of the defective performance.

On the other hand, it has been determined that the acceptance of implementation of the non-fulfillment provisions in the case of aliud delivery in the Swiss-Turkish law of obligations system brings along the controversies that cannot be easily removed from both the piece and genus sales. As a matter of fact, the Swiss Federal Court and Supreme Court decisions examined under this study confirm this result. Different approaches were presented in these decisions and it has been conducted that they have not based on legal and satisfactory arguments regarding the limitation of aliud delivery and defective performance within the scope of the sale of both piece and genus. In this respect, it has been emphasized that the qualification regarding the legal quality of aliud delivery should be carried out by taking into account the balance of interests between the parties and other similar legal institutions.

In the second part of the study, first of all, information has been given about the objective and subjective defective theories about the concept of defective performance which is the most compared with aliud delivery in the Swiss-Turkish law of obligation system. Then, the effects of these theories on the legal qualification of aliud delivery has been tried to be determined. Afterwards, the relationship between the subjective defective theory and Turkish Code of obligations article 219 et. has been examined within the scope of historical development of the concept of defective performance and the meaning of doctrine of *error in substantia* on the legal qualification of aliud delivery. As a result of this examination, it was found out that the approach which envisages a limitation between aliud delivery and defective performance is partly based on the common law (*Ius Commune*) and partly on the *Justianus* law and in spite of the fact that the definition of historical shame refers to the concept of objective defectiveness, this approach does not need to be continued in the current law.

In the second part of our study, the main principles that should be accepted in order to evaluate the delivery of aliud within the scope of defective performance has been given as intermediate result. In this respect, it is emphasized that the concept of an aliud delivery which can be evaluated within the framework of the provisions of the defective performance with the help of the subjective defectiveness and the effect of these provisions to be applied on the subject matter can only be determined after examining benefits balance between the parties by comparing with the provisions of non-performance rather than adopting a dogma. The second part ended with a brief introduction of the other sections, which we will examine in detail, in order to determine which provisions should be applied in case of aliud delivery.

The third part of our study has been shaped around the question of whether the buyer will be subject to a change in the right of specific performance and in the right of performance of the seller subsequently according to the implementation of the provisions of defective performance or non performance. In this context, firstly, it was examined whether the buyer's demand for specific performance and the seller's right of performance subsequently in the sale of genus will make any difference according to the implementation of the provisions of defective performance or non performance. Afterwards, information has been given on how the parties' mutual rights and interests will be shaped in order to deliver the piece free from defects in the sale of piece. As a

result of the review of this chapter, the following conclusions are reached: It is not important that the buyer's demand for specific performance be based on the defective performance provisions or the non-performance provisions. The right of performance of seller subsequently stipulated in the provisions of defective performance shall not be undermined by a limitation between the aliud delivery and the defective performance. As far as possible to deliver of the piece free from defects, the mutual rights and benefits of both the buyer and the seller in terms of the delivery in the sale of the piece are not different from the sales of the different genus.

In the fourth chapter, it is tried to determine how the balance of interests of the parties will change if the buyer's right to return from the contract is based on one of the provisions of defective performance or non-performance. As a result of the investigation, it has been concluded that the right of the buyer to return from the contract is formative right within the framework of the Turkish-Swiss law. In this respect, in the case of the aliud delivery, the buyer's right to return from the contract based on the provisions of the defective performance or seller's default shall not make any difference in terms of the legal nature of buyer's right to return from the contract. On the other hand, it is emphasized that the buyer's right to return from contract and its possibility of being limited by the judge within the framework of TBK art. 227/IV should not be considered as an arrangement that has negative consequences as it does not have a negative effect on the interests of the parties.

Subsequently, information has been given on how the buyer and the seller's interests could be shaped in the event that the provisions of the defective performance granted with the recognition of the right to reduction or the provision of general contract breach in the case of aliud delivery. As a result of the evaluation of these information, it is concluded that when the balance of interests among the parties is taken into consideration, it is appropriate to apply the provisions of defective performance and for the buyer to use the right of reduction.

Finally, it is emphasized the question of whether the buyer can claim the damages incurred by return of the contract under the provisions of the defective performance or the general agreement. Although it can be said that a narrowing solution should be adopted in terms of TBK m 229/I b.3, it is stated that the direct losses of buyer incurred by the case of aliud delivery should be accepted with the scope of TBK m. 229/I b.3. With regard to direct damages, the possibility of compensation of damages has to be determined according to the density of the appropriate causal link mentioned only from the negative damages the buyer has suffered.

In the fifth chapter, it is discussed that if the first case of aliud is considered within the scope of defective performance, the issue of whether the provisions of defective performance will compete with the liability for breach of general contract or the provisions of defect intention. In order to evaluate the doctrine and practical approaches related to the competition of the mentioned provisions, the arguments on the purpose of burden of reviewing and reporting of defect and the the short duration of limitation in the provisions of defect performance has been relayed. Subsequently, it is concluded that the arguments for the purpose of reviewing and reporting of defects and the purpose of arranging the short duration of the limitation were mainly based on the idea of limiting the opportunities available to the buyer to a certain area and time, irrespective of the seller's culpa. In this respect, the buyer who would not to wish to use facilities provided in provisions of defective performance and apply to the provisions conducted in TBK m. 112 et. does not mean that the finding a way around

provisions of defective performance protected by accepting these burdens such as reviewing and reporting of defects. In this direction, it has been agreed that the referring to the general provisions in TBK m. In 227 / II should be understood as follows: In TBK m. 227/II, it is not accepted that buyer in comply with the burden of reviewing and reporting of defect and the the short duration of limitation could demand damages with his rights in the provisions of defective performance but he could apply to TBK m.112 et. to compensate his positive damages.

In the fifth chapter, the purpose of the burden of reviewing and reporting defects and has been investigated. In addition to this, the arguments for the purpose of editing and historical interpretation of the provision of TBK m. 223 are explained. In this respect, the idea of limiting implementation of the burden of reviewing and reporting of defects to commercial sales is acknowledged in the study.

In the conclusion chapter, our opinions about the issues examined in our study are listed in the summary form.



RÉSUMÉ

Dans le système du droit suisse et turc des obligations, il n'existe pas de réglementation spécifique concernant le concept de livraison d'une chose différente (livraison d'un aliud). En particulier, cette situation rend difficile la limitation de la distinction entre la livraison d'un aliud et d'autres situations dans lesquelles le vendeur n'exécute pas correctement sa dette en termes de qualité ou de quantité du contrat. Dans la doctrine et la pratique, les concepts les plus comparés sont les suivants : la livraison s'un aliud et l'exécution défectueuse ; la relation entre les deux concepts est considérée de différentes manières, notamment en ce qui concerne la distinction entre la vente d'une chose déterminée ou indéterminée. D'une part, le point commun qui représente l'idée d'une certaine distinction entre la livraison d'une aliud et l'exécution d'une chose défectueuse lors de la vente d'une chose déterminée ou indéterminée consiste sur l'opinion que le vendeur exécute son obligation de manière irréprochable, et en cas de livraison d'un aliud, le vendeur est réputé avoir manqué à son obligation. Cependant, cette approche crée des discussions inextricables sur le moment où les marchandises livrées à l'acheteur conduiront dans de nombreux cas à la notion de livraison d'une chose différente ou de l'exécution défectueuses.

D'autre part, dans certaines réglementations nationales et internationales, les conséquences juridiques de la livraison d'un aliud sont explicitement assimilés aux conséquences juridiques de l'exécution défectueuse ou le concept de l'inexécution du contrat est considéré comme un concept général adopté afin qu'ils ne font pas entraîner des conséquences juridiques différentes. Par conséquent, dans cette étude, il a été refusé d'accepter et de divulguer le dogme de manière à ne pas exercer la qualité juridique de livraison d'aliud dans le système de droit suisse-turc des obligations. Au lieu de cela, l'idée d'appliquer les dispositions prévoyant la solution la plus appropriée à la situation devrait être étudiée en tenant compte de l'équilibre des intérêts entre les parties.

Dans la première partie de notre étude, nous avons essayé de déterminer la position de la livraison d'un aliud parmi des types de l'inexécution contractuelles. À cet égard, les types d'inexécution en droit suisse et turc ont tout d'abord été examinés en termes de la vente d'une chose déterminée ou indéterminée ; et deuxièmement, quelques informations sur les types d'inexécution et leurs relations avec le concept de livraison d'un aliud ont été traitée selon différentes approches de la doctrine et de la pratique. Ensuite, la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (CVIM) et certaines réglementations nationales relatives à l'apparition de l'inexécution en vente d'une chose déterminée ou indéterminée et leur relation avec le concept de livraison d'un aliud ont été expliquées conformément aux approches en doctrine et en pratique.

A la suite de cet examen, dans le cadre de la vente d'une chose déterminée, l'approche de la doctrine et de la pratique dans le cadre du système CVIM évalue le concept de la livraison d'un aliud dans le concept de la garantie en raison des défauts comme une livraison défectueuse. Il est accepté que le concept de livraison d'un aliud

avait été adopté par la majorité des auteurs de la CVIM en termes de vente, non pas par le fait que le contrat n'était pas exécuté, mais par l'idée que la livraison d'un aliud conduirait à la notion de défaut de conformité et le manque de qualité.

Selon la loi n ° 6502 sur la protection des consommateurs, il est admis que la livraison de produits défectueux constitue un défaut de conformité. Dans le préambule de la loi, il était indiqué que le processus d'harmonisation avait été pris en compte dans la réglementation des dispositions relatives concernant des livraisons défectueuses de la directive 99/44/CE. L'art. 35 de la CVIM est le point de départ du règlement 99/44/CE. À cet égard, il a été déterminé que la nouvelle tendance de la doctrine dans le cadre des transactions avec les consommateurs consiste à évaluer les concepts tels que la livraison d'un aliud, l'exécution incomplète, l'exécution tardive et l'exécution défectueuse en termes de défaut de conformité. Toutefois, il est admis par l'article 434/III du BGB que toute livraison ou exécution incomplète entraînerait les conséquences juridiques de l'exécution défectueuse.

Il est probable que l'acceptation de la mise en œuvre des dispositions relatives à l'inexécution des obligations dans le système de droit des obligations suisse et turc entraîne des controverses qui ne peuvent pas être facilement écartées en vente d'une chose déterminée ou indéterminée. En fait, les décisions du Tribunal fédéral suisse et de la Cour de cassation turque examinées dans le cadre de cette étude confirment et prouvent ce résultat. Les différentes approches ont été présentées dans ces décisions et il a été considéré qu'elles ne s'appuyaient pas sur des arguments légaux et satisfaisants concernant la limitation de la livraison d'un aliud et l'exécution défectueuse dans le cadre de la vente à la fois du genre et de la chose déterminée. À cet égard, il a été souligné que la qualification en ce qui concerne la qualité juridique de livraison d'un aliud doit être effectuée en tenant compte de l'équilibre des intérêts entre les parties et d'autres institutions juridiques similaires.

Dans la deuxième partie de l'étude, tout d'abord, les informations ont été présentées au sujet des théories des défauts objectifs et subjectifs sur la notion de la livraison défectueuse qui est le plus comparable à la livraison d'un aliud dans les système de Codes turco-suisse des obligations. Ensuite, on a tenté de déterminer les effets de ces théories sur la qualification juridique de la livraison d'aliud. Puis, la relation entre la théorie des défauts subjectifs et le Code des obligations turc article 219 et suivants a été examinée dans le cadre de l'évolution historique de la notion d'exécution défectueuse, au sens de la doctrine de l'erreur in substantia quant à la qualification juridique de la livraison d'un aliud. À la suite de cet examen, il s'est avéré que l'approche qui envisage une limitation entre la livraison d'aliud et l'exécution défectueuse repose sur le droit commun et en même temps sur le droit justinien. En ce qui concerne le concept de la théorie des défauts objectifs, cette approche n'a pas besoin d'être poursuivie dans le droit actuel.

Dans la deuxième partie de notre étude, les principes qui devraient être acceptés afin d'évaluer la livraison d'un aliud dans le cadre de l'exécution défectueuse ont été présentées comme un résultat intermédiaire. À cet égard, il est souligné que le concept de la livraison d'un aliud qui peut être évaluée dans le cadre des dispositions de la mauvaise exécution avec l'aide de la théorie des défauts subjectifs et l'effet de ces dispositions à appliquer sur la matière ne peut être déterminé après avoir examiné le bilan des avantages entre les parties en le comparant aux dispositions relatives à l'inexécution au lieu d'adopter un dogme. La troisième partie se termine par une brève

introduction des autres sections, que nous examinerons en détail, afin de déterminer les dispositions à appliquer en cas de livraison d'aliud.

La troisième partie de notre étude s'articule autour de la question de savoir si l'acheteur sera soumis à une modification résultant du droit d'exécution en nature et du droit d'exécution du vendeur en fonction de la mise en œuvre des dispositions relatives à l'exécution défectueuse ou à la non-exécution. Dans ce contexte, tout d'abord, il a été examiné si la demande de l'acheteur en matière de performance en nature et le droit du vendeur à exécuter ultérieurement lors de la vente du genre feraient une différence en fonction de la mise en œuvre des dispositions relatives à la performance défectueuse ou à la non-exécution. Par la suite, des informations ont été fournies sur la manière dont les droits et les intérêts mutuels des parties seront façonnés afin de livrer la pièce sans défaut dans la vente de la pièce. À la suite de l'examen de ce chapitre, les conclusions suivantes sont tirées: Il n'est pas important que la demande de performance en nature de l'acheteur soit fondée sur les dispositions relatives aux performances défectueuses ou aux dispositions en cas de non-exécution. Le droit d'exécution du vendeur, stipulé ultérieurement dans les dispositions relatives à l'exécution défectueuse, ne doit pas être compromis par une limitation entre la livraison de l'aliud et l'exécution défectueuse. Dans la mesure du possible, pour que la pièce soit livrée exempte de tout vice apparent, les droits et avantages mutuels de l'acheteur et du vendeur en ce qui concerne la livraison lors de la vente de la pièce ne sont pas différents des ventes du genre différent.

Dans le quatrième chapitre, c'est essayé de déterminer comment l'équilibre des intérêts des parties changera si le droit de l'acheteur de revenir du contrat est fondé sur l'une des dispositions relatives à l'exécution défectueuse ou à l'inexécution. À la suite de l'enquête, il a été conclu que le droit de l'acheteur de revenir du contrat est un droit formatif dans le cadre du droit turco-suisse. À cet égard, dans le cas de la livraison d'un aliud, le droit de l'acheteur de revenir du contrat résultant des dispositions de l'exécution défectueuse ou de la défaillance du vendeur ne fera aucune différence en comparaison de la nature juridique du droit de l'acheteur de retourner du contrat. D'autre part, il est souligné que le droit de l'acheteur de revenir du contrat et sa possibilité d'être limité par le juge dans le cadre de TBK art. 227 / IV ne doit pas être considéré comme un arrangement ayant des conséquences négatives puisqu'il n'a pas d'effet négatif sur les intérêts des parties.

Par la suite, des informations ont été données sur la manière dont les intérêts de l'acheteur et du vendeur pourraient être formés selon les provisions de l'exécution défectueuse allouée à la reconnaissance du droit à la réduction ou bien selon les provisions générales de rupture de contrat en cas de livraison d'un aliud. À la suite de l'évaluation de ces informations, il est conclu que, lorsque l'équilibre des intérêts entre les parties est pris en compte, il est convenable d'appliquer les dispositions relatives à l'exécution défectueuse et de permettre à l'acheteur d'utiliser le droit à la réduction.

Enfin, la question de savoir si l'acheteur peut réclamer les dommages résultant du retour du contrat en vertu des dispositions de l'exécution défectueuse ou des règlements du contrat, est soulignée. Bien que l'on puisse dire qu'une solution restrictive devrait être adoptée en terme de TBK m 229 / I b.3, il est indiqué que les pertes directes de l'acheteur subies par le cas de la livraison d'un aliud doivent être traitées dans le champ d'application de TBK m. 229 / I b.3. En ce qui concerne les dommages directs, la possibilité de les indemniser doit être déterminée en fonction de

la densité du lien de causalité approprié mentionné uniquement à partir des dommages négatifs subis par l'acheteur.

Dans le cinquième chapitre, il est discuté que, si le premier cas d'*aliud* est considéré comme constituant une exécution défectueuse, il convient de déterminer si les dispositions relatives à l'exécution défectueuse entreront en concurrence avec la responsabilité pour non-respect du contrat général ou les dispositions relatives à une intention défectueuse. Afin d'évaluer la doctrine et les approches pratiques liées à la concurrence des dispositions susmentionnées, les arguments invoqués pour alléger le fardeau de la révision et de la communication des défauts et de la courte durée de limitation des dispositions relatives à l'exécution des défauts ont été relayés. Par la suite, il est conclu que les arguments invoqués aux fins de la révision et de la notification des défauts et de la réduction de la durée de la limitation reposaient principalement sur l'idée de limiter les possibilités offertes à l'acheteur à un certain domaine et à *du culpa du commercial sales is acknowledged in the study*.

Dans le cinquième chapitre, l'objectif de la charge d'examiner et de la signalisation des défauts ont été examinés. De plus, les arguments aux fins de l'édition et de l'interprétation historique de la disposition de TBK m. 223 sont expliqués. À cet égard, l'idée de limiter la mise en œuvre du fardeau de la révision et du signalement des défauts aux ventes commerciales est reconnue dans l'étude.

Dans le chapitre de conclusion, nos opinions sur les questions examinées dans notre étude sont énumérées en résumé.

ÖZET

İsviçre-Türk borçlar hukuku sisteminde aliud teslim kavramını ele alan açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durum özellikle aliud teslim ile satıcının edimini nitelik veya nicelik bakımından gereği gibi yerine getirmediği diğer hâller arasında sınırlandırma yapılmasını zorlaştırmaktadır. Öğreti ve uygulamadaysa en çok aliud teslim ile ayıplı ifa kavramları karşılaştırılmakta; özellikle parça ve çeşit satışı ayrımı göz önünde bulundurularak her iki kavram arasındaki ilişki farklı şekillerde ele alınmaktadır. Bununla birlikte, gerek parça gerek çeşit satışında aliud teslim ile ayıplı ifa arasında belirli bir sınırlandırma öngören görüşlerin ortak noktasını ayıplı ifa hâlinde satıcının kötü de olsa borcunu ifa ettiği, aliud teslim hâlinde ise satıcının borcunu (hiç) ifa etmemiş sayılacağı fikri oluşturmaktadır. Ancak söz konusu bu yaklaşım, satış hukukunda birçok durumda alıcıya teslim edilen malın ne zaman ayıplı ifa ne zaman aliud teslim kavramına yol açacağı hususunda içinden çıkılmaz tartışmalar yaratmaktadır.

Öte yandan, bazı ulusal ve uluslararası düzenlemelerde ya açıkça aliud teslimin hukuki sonuçları ayıplı ifanın hukuki sonuçlarına eş tutulmakta ya da “sözleşmeye aykırılık” gibi genel bir kavram içerisinde değerlendirilerek birbirinden farklı hukuki sonuçlara yol açmadıkları anlayışı benimsenmektedir. Bu bakımdan bu çalışmada, İsviçre-Türk borçlar hukuku sisteminde aliud teslimin hukuki niteliğinin (hiç) ifa etmeme şeklindeki dogmanın kabul edilerek açıklanması yöntemi yerine, duruma en uygun çözümü öngören hükümlerin taraflar arasındaki menfaat dengeleri göz önünde bulundurularak araştırılması gerektiği fikri savunulmaktadır.

Çalışmamızın ilk bölümünde, aliud teslimin ifa engelleri arasındaki konumu tespit edilmeye çalışılmıştır. Bu bakımdan, ilk olarak İsviçre-Türk hukukundaki ifa engellerinin parça ve çeşit satışındaki görünümleri incelenmiş; öğreti ve uygulamadaki birbirinden farklı yaklaşımlara göre aliud teslim kavramıyla ilişkileri hakkında bilgi verilmiştir. Daha sonra Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması (CISG) ve bazı ulusal düzenlemelerde ifa engellerinin parça ve çeşit satışındaki görünümleri ve aliud teslim kavramıyla ilişkileri hakkında öğreti ve uygulamadaki yaklaşımlar açıklanmaya çalışılmıştır.

Bu inceleme neticesinde parça satışı söz konusu olduğu zaman, CISG sistemi çerçevesinde öğreti ve uygulamadaki yaklaşımın aliud teslim kavramını tıpkı ayıplı ifa gibi sözleşmeye aykırılık kavramı içerisinde değerlendirdiği tespit edilmiştir. Yine, her ne kadar tartışmalı olsa da CISG öğretisinin çoğunluğu tarafından çeşit satışı bakımından da aliud teslim kavramının sözleşmenin (hiç) ifa edilmediği olgusuna değil, sözleşmeye aykırılık kavramına sebebiyet vereceği anlayışının benimsendiği sonucuna ulaşılmıştır.

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun çerçevesinde ise ayıplı mal tesliminin sözleşmeye aykırı mal teslimi oluşturduğu kabul edilmektedir. Kanunun gerekçesinde ayıplı ifaya ilişkin hükümlerin düzenlenmesinde 99/44/AT sayılı Yönerge ile uyum sürecinin göz önünde bulundurulduğu belirtilmiştir. 99/44/AT sayılı Yönerge'nin mehzaz düzenlemesi CISG m. 35 hükmüdür. Bu bakımdan

öğretideki yeni eğilimin tüketici işlemleri çerçevesinde aliud teslim, eksik ifa, geç ifa ve ayıplı ifa gibi kavramların sözleşmeye aykırılık kapsamında değerlendirilmesi yönünde olduğu tespit edilmiştir. Bununla birlikte, BGB § 434/III hükmünde aliud teslim ve eksik ifa hâllerinin ayıplı ifanın hukukî sonuçlarını doğuracağı kabul edilmiştir. Bu bakımdan, eski düzenleme dönemindeki aliud teslimin sınırlandırılmasına ilişkin tartışmaların özel bir düzenleme yapılarak ortadan kaldırıldığı kabul edilmektedir.

Öte yandan, İsviçre-Türk borçlar hukuku sisteminde öğreti ve uygulamadaki aliud teslim hâlinde hiç ifa etmeme hükümlerinin uygulanacağı yönündeki kabulün gerek parça gerek çeşit satışında çoğu zaman içinden kolay kolay çıkılamayan tartışmaları beraberinde getirdiği tespit edilmiştir. Bu bakımdan, çalışma boyunca aliud teslimin hukuki niteliğine ilişkin nitelendirmenin taraflar arasındaki menfaat dengesi ve mevcut diğer benzer hukuki kurumlar göz önünde bulundurularak yapılması gerekliliği üzerinde durulmuştur.

Bu doğrultuda çalışmanın ikinci bölümünde öncelikle İsviçre-Türk borçlar hukuku sisteminde aliud teslimle en çok karşılaştırılan ayıp kavramına ilişkin ileri sürülmüş objektif ve subjektif ayıp teorileri hakkında bilgi verilmiş olup; bu teorilerin gerek parça gerek çeşit satışında aliud teslimin hukuki niteliğine etkileri tespit edilmeye çalışılmıştır. Daha sonra özellikle ayıp kavramının tarihsel gelişimi ve *error in substantia* öğretisinin aliud teslimin hukuki niteliğine etkileri çerçevesinde subjektif ayıp teorisinin ayıptan doğan sorumluluk (TBK m. 219 vd.) hükümleriyle ilişkisi incelenmiştir. Yapılan inceleme neticesindeyse aliud teslim ile ayıplı ifa arasında sınırlandırma öngören yaklaşımın kısmen *Justianus* kısmen ortak hukuk dönemine dayandığı; tarihsel ayıp tanımının “objektif” ayıp kavramına işaret ettiği, ancak söz konusu bu yaklaşımın yürürlükteki hukuk bakımından daha fazla devam ettirilmesine gerek olmadığı tespit edilmiştir.

Buna ek olarak, aliud teslimin ayıplı ifa kapsamında değerlendirilebilmesi bakımından kabul edilmesi gereken başlıca esaslar ikinci bölüm içerisinde değerlendirmemiz başlığı altında aktarılmıştır. Bu bakımdan esasen, subjektif ayıp kavramı yardımıyla ayıptan sorumluluk hükümleri çerçevesinde değerlendirilebilecek bir aliud teslim kavramı ve uygulanacak ayıptan sorumluluk hükümlerinin fonksiyonunun, bir dogmanın benimsenmesinden ziyade hiç ifa etmeme hükümleri ile karşılaştırma yapılarak taraflar arasındaki menfaat dengelerine etkisi incelendikten sonra bir sonuca ulaşılması gerekliliği vurgulanmıştır. Ayrıca, aliud teslim hâlinde hangi hükümlerin uygulanması gerektiğinin tespit edilebilmesi için benimsediğimiz bu yöntemle ilişkin ayrıntılı inceleme yapacağımız diğer bölümlerin kısaca tanıtılmasıyla ikinci bölüm sona ermiştir.

Çalışmamızın üçüncü bölümü aliud teslim hâlinde hiç ifa etmeme ya da ayıptan sorumluluk hükümlerinin uygulanmasına göre alıcının aynen ifa talebi ve satıcının sonradan ifa hakkının herhangi bir değişikliğe uğrayıp uğramayacağı sorusu etrafında şekillenmiştir. Bu kapsamda öncelikle çeşit satışında alıcının aynen ifa talebinin ve satıcının sonradan ifa hakkının ayıptan sorumluluk hükümleri veya hiç ifa etmeme hükümlerine dayandırılmasının herhangi bir farklılık yaratıp yaratmadığı incelenmiştir. Daha sonra ise parça satışında ayıpsız parçanın teslim edilmesi bakımından tarafların karşılıklı hak ve menfaatlerinin nasıl şekilleneceğine ilişkin bilgi verilmiştir. Bu bölüme ilişkin inceleme neticesinde şu sonuçlara ulaşılmıştır: Çeşit satışında alıcının aynen ifa talebinin ayıptan sorumluluk hükümleri (ki burada artık “yenisi ile değiştirme hakkı” olarak anılacak) ya da hiç ifa etmeme hükümlerinden

herhangi birine dayandırılmasının önemli değildir. Satıcının ayıptan sorumluluk hükümlerinde öngörülen “ikinci servis şansı” aliud teslim ve ayıplı ifa arasında öngörülecek bir sınırlandırma ile zayıflatılmamalıdır. Parça satışında ayıpsız parçanın teslim edilmesi bakımından hem alıcının hem de satıcının sahip olduğu karşılıklı hak ve menfaatler, ayıpsız parçanın teslim edilmesi mümkün oldukça çeşit satışından farklı değildir.

Dördüncü bölümde ise öncelikle alıcının sözleşmeden dönme hakkının hiç ifa etmeme ya da ayıptan sorumluluk hükümlerinden birine dayandırılması hâlinde tarafların menfaat dengelerinin nasıl değişiklik göstereceği tespit edilmeye çalışılmıştır. Gerçekleştirilen inceleme neticesinde İsviçre-Türk hukukunda ayıptan sorumluluk hükümleri çerçevesinde alıcının sözleşmeden dönme hakkının yenilik doğuran hak niteliğinde olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Bu bakımdan, aliud teslim halinde alıcının sözleşmeden dönme hakkını borçlu temerrüdü hükümleri ya da ayıptan sorumluluk hükümlerinden hangisine dayandırdığı söz konusu hakkın hukuki niteliği bakımından bir farklılık yaratmayacağı belirtilmiştir. Öte yandan, ayıplı ifa sebebiyle alıcının sahip olduğu dönme hakkının TBK m. 227/IV çerçevesinde hâkim tarafından sınırlandırılması ihtimaliyse tarafların menfaatlerine olumsuz bir etki yapmadığından olumsuz sonuçlar doğuran bir düzenleme olarak değerlendirilmemesi gerektiği vurgulanmıştır.

Akabinde aliud teslim hâlinde ayıptan sorumluluk hükümlerindeki bedelde indirim hakkının tanınması ile genel sözleşmeye aykırılık hükümlerinin uygulanması durumunda alıcının ve satıcının menfaatlerinin nasıl şekillenebileceğine ilişkin bilgiler verilmiştir. Aktarılan bilgilerin değerlendirilmesi neticesinde ise taraflar arasındaki menfaat dengeleri göz önünde bulundurulduğu vakit aliud teslim halinde ayıptan sorumluluk hükümlerinin uygulanmasının ve alıcının bedelde indirim hakkını kullanabilmesinin uygun olacağı sonucuna ulaşılmıştır.

Dördüncü bölümde son olarak aliud teslim hâlinde alıcının sözleşmeden dönmesi üzerine uğramış olduğu zararları ayıptan sorumluluk hükümleri mi, yoksa genel sözleşmeye aykırılık hükümleri kapsamında mı talep edebileceği sorusu üzerinde durulmuştur. Satıcının TBK m 229/I b.3 çerçevesindeki kusursuz sorumluluk esası bakımından her ne kadar daraltıcı bir çözümün benimsenmesi gerektiği söylenebilirse de aliud teslim halinde alıcının uğramış olduğu doğrudan zararların bu esasa dahil olduğunun kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Doğrudan–dolaylı zarar ayrımı bakımından ise sözleşmeden dönme olgusu da göz önünde bulundurularak sadece alıcının uğramış olduğu olumsuz zararlar içerisinden uygun nedensellik bağının yoğunluğuna göre tespit edilecek zararların tazmini imkânından söz edilebileceği sonucuna ulaşılmıştır.

Beşinci bölümde ilk olarak aliud teslimin ayıplı ifa kapsamında değerlendirilmesi durumunda ayıptan sorumluluk hükümlerinin genel sözleşmeye aykırılık hükümleri ya da irade bozukluklarına ilişkin hükümlerle yarışmasının gündeme gelip gelmeyeceği meselesi incelenmiştir. Söz konusu hükümlerin yarışması esasına ilişkin öğreti ve uygulamadaki yaklaşımların değerlendirilebilmesi için gözden geçirme ve ayıbı bildirme külfeti ile ayıptan sorumluluk hükümlerindeki kısa zamanaşımı süresinin düzenlenme amaçlarına ilişkin argümanlar aktarılmıştır. Ardından, gözden geçirme ve ayıbı bildirme külfeti ile kısa zamanaşımı süresinin düzenlenme amacına ilişkin argümanların esasen, satıcının kusurundan bağımsız olarak alıcıya tanınan oldukça elverişli imkânların belirli bir alan ve süreyle

sınırlandırılması fikrine dayandığı sonucuna ulaşılmıştır. Bu bakımdan, ayıptan sorumluluk hükümlerinde kendisine tanınan elverişli imkânları kullanmak istemeyen alıcının kusurlu sorumluluk öngören TBK m. 112 vd. hükümlerine başvurmak istemesinin, söz konusu külfetlerin düzenlenmesiyle korunmak istenen ayıptan sorumluluk hükümlerinin dolanılması anlamına gelmeyeceği belirtilmiştir. Bu doğrultuda, TBK m. 227/II'de genel hükümlere yapılan yollamanın şu şekilde anlaşılması gerektiği kabul edilmiştir: TBK m. 227/II'de alıcının gözden geçirme ve ayıbı bildirme külfeti ile kısa zamanaşımı süresine uyması ve TBK m. 227'deki seçimlik haklardan birini kullanılmasıyla birlikte ayrıca uğramış olduğu zararlar bakımından TBK m. 112 vd. hükümlerine başvurması imkânı değil, söz konusu sınırlamalara uymasa dahi ayıplı ifa sebebiyle uğramış olduğu (olumlu) zararları TBK m. 112 vd. hükümlerine dayanarak tazmin edebileceği düzenlenmiştir.

Beşinci bölümde ayrıca gözden geçirme ve bildirim külfetinin düzenlenme amacı araştırılmış; TBK m. 223 hükmünün düzenlenme amacı ve tarihsel yorumuna ilişkin argümanlar açıklanmıştır. Bu bakımdan çalışmada gözden geçirme ve ayıbı bildirme külfetinin sadece ticari satışlarla sınırlandırılması fikrine üstünlük tanınmıştır. Son olarak, kısa zamanaşımı süresinin düzenlenme amaçlarından biri olan ispat güçlüğü argümanının önemini kaybettiği parça satışında nitelik aliudu hâllerinde taraf menfaatleri de göz önünde bulundurularak iki yıllık kısa zamanaşımı süresinin değil, on yıllık genel zamanaşımı süresinin uygulanması gerektiği savunulmuştur.

Sonuç bölümünde ise çalışmamız boyunca incelenmiş hususlara ilişkin görüşlerimiz özet hâlinde sıralanmıştır.

GİRİŞ

İsviçre-Türk borçlar hukuku sisteminde aliud teslim kavramını ele alan açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durum özellikle aliud teslim ile satıcının edimini nitelik veya nicelik bakımından gereği gibi yerine getirmediği diğer hâller arasında sınırlandırma yapılmasını zorlaştırmaktadır. Öğreti ve uygulamadaysa en çok aliud teslim ile ayıplı ifa kavramları karşılaştırılmakta; özellikle parça ve çeşit satışı ayrımı göz önünde bulundurularak her iki kavram arasındaki ilişki farklı şekillerde ele alınmaktadır. Bununla birlikte, gerek parça gerek çeşit satışında aliud teslim ile ayıplı ifa arasında belirli bir sınırlandırma öngören görüşlerin ortak noktasını ayıplı ifa hâlinde satıcının kötü de olsa borcunu ifa ettiği, aliud teslim hâlinde ise satıcının borcunu (hiç) ifa etmemiş sayılacağı fikri oluşturmaktadır. Ancak söz konusu bu yaklaşım, satış hukukunda bir çok durumda alıcıya teslim edilen malın ne zaman ayıplı ifa ne zaman aliud teslim kavramına yol açacağı hususunda içinden çıkılmaz tartışmalar yaratmaktadır.

Öte yandan, bazı ulusal ve uluslararası düzenlemelerde ya açıkça aliud teslimin hukuki sonuçları ayıplı ifanın hukuki sonuçlarına eş tutulmakta ya da “sözleşmeye aykırılık” gibi genel bir kavram içerisinde değerlendirilerek birbirinden farklı hukuki sonuçlara yol açmadıkları anlayışı benimsenmektedir. Bu bakımdan bu çalışmada, İsviçre-Türk borçlar hukuku sisteminde aliud teslimin hukuki niteliğinin (hiç) ifa etmeme şeklindeki dogmanın kabul edilerek açıklanması yöntemi yerine, duruma en uygun çözümü öngören hükümlerin taraflar arasındaki menfaat dengeleri göz önünde bulundurularak araştırılması gerektiği fikri savunulmaktadır.

Çalışmamızın ilk bölümünde, aliud teslimin ifa engelleri arasındaki konumu tespit edilmeye çalışılmıştır. Bu bakımdan, ilk olarak İsviçre-Türk hukukundaki ifa engellerinin parça ve çeşit satışındaki görünümleri incelenmiş; öğreti ve uygulamadaki birbirinden farklı yaklaşımlara göre aliud teslim kavramıyla ilişkileri hakkında bilgi verilmiştir. Daha sonra Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması (CISG¹) ve bazı ulusal düzenlemelerde ifa engellerinin

¹ Türkiye'nin anlaşmaya katılmasının uygun bulunduğu dair 5870 sayılı Kanun RG. 14.04.2009, Sayı: 27200. Bakanlar Kurulu'nun 2010/247 sayılı katılma kararı RG. 07.04.2010, Sayı:27545.

parça ve çeşit satışındaki görünümüleri ve aliud teslim kavramıyla ilişkileri hakkında öğreti ve uygulamadaki yaklaşımlar açıklanmaya çalışılmıştır. Çalışmamızın ilk bölümü gerek İsviçre-Türk hukukunda gerek CISG ve bazı ulusal düzenlemelerde aliud teslimin ifa engelleri arasındaki konumuna ilişkin öğreti ve uygulamadaki yaklaşımların değerlendirilmesiyle bitirilmiştir.

İkinci bölümde öncelikle İsviçre-Türk borçlar hukuku sisteminde aliud teslimle en çok karşılaştırılan ayıp kavramına ilişkin ileri sürülmüş objektif ve subjektif ayıp teorileri hakkında bilgi verilmiş olup; bu teorilerin gerek parça gerek çeşit satışında aliud teslimin hukuki niteliğine etkileri tespit edilmeye çalışılmıştır. Daha sonra özellikle ayıp kavramının tarihsel gelişimi ve *error in substantia* öğretisinin aliud teslimin hukuki niteliğine etkileri çerçevesinde subjektif ayıp teorisinin ayıptan doğan sorumluluk (TBK m. 219 vd.) hükümleriyle ilişkisi incelenmiştir.

Buna ek olarak, aliud teslimin ayıplı ifa kapsamında değerlendirilebilmesi bakımından kabul edilmesi gereken başlıca esaslar ikinci bölüm içerisinde değerlendirmemiz başlığı altında aktarılmıştır. Ayrıca, aliud teslim hâlinde hangi hükümlerin uygulanması gerektiğinin tespit edilebilmesi için benimsenmesi gereken yöntemle ilişkin kanaatimiz sunulmuş; bu kapsamda ayrıntılı inceleme yapacağımız diğer bölümler kısaca tanıtılmıştır.

Çalışmamızın üçüncü bölümü aliud teslim hâlinde hiç ifa etmeme ya da ayıptan sorumluluk hükümlerinin uygulanmasına göre alıcının aynen ifa talebi ve satıcının sonradan ifa hakkının herhangi bir değişikliğe uğrayıp uğramayacağı sorusu etrafında şekillenmiştir. Bu kapsamda öncelikle çeşit satışında alıcının aynen ifa talebinin ve satıcının sonradan ifa hakkının ayıptan sorumluluk hükümleri veya hiç ifa etmeme hükümlerine dayandırılmasının herhangi bir farklılık yaratıp yaratmadığı incelenmiştir. Daha sonra aynı yöntem kullanılarak parça satışında ayıpsız parçanın teslim edilmesi bakımından tarafların karşılıklı hak ve menfaatlerinin nasıl şekilleneceğine ilişkin bilgi verilmiştir.

Dördüncü bölümde ise öncelikle alıcının sözleşmeden dönme hakkının hiç ifa etmeme ya da ayıptan sorumluluk hükümlerinden birine dayandırılması hâlinde tarafların menfaat dengelerinin nasıl değişiklik göstereceği tespit edilmeye çalışılmıştır. Daha sonra aliud teslim hâlinde ayıptan sorumluluk hükümlerindeki bedelde indirim hakkının tanınması ile genel sözleşmeye aykırılık hükümlerinin

uygulanması durumunda alıcının ve satıcının menfaatlerinin nasıl şekillenebileceğine ilişkin bilgiler verilmiştir. Dördüncü bölüm aliud teslim hâlinde alıcının sözleşmeden dönmesi üzerine uğramış olduğu zararları ayıptan sorumluluk hükümleri mi, yoksa genel sözleşmeye aykırılık hükümleri kapsamında mı talep edebileceği sorusunun cevaplandırılması ve değerlendirmelerimizin aktarılmasıyla bitirilmiştir.

Beşinci bölümünde ilk olarak aliud teslimin ayıplı ifa kapsamında değerlendirilmesi durumunda ayıptan sorumluluk hükümlerinin genel sözleşmeye aykırılık hükümleri ya da irade bozukluklarına ilişkin hükümlerle yarışmasının gündeme gelip gelmeyeceği meselesi incelenmiştir. Daha sonra söz konusu hükümlerin yarışması esasına ilişkin öğreti ve uygulamadaki yaklaşımların değerlendirilebilmesi için gözden geçirme ve ayıbı bildirme külfeti ile ayıptan sorumluluk hükümlerindeki kısa zamanaşımı süresinin düzenlenme amaçlarına ilişkin argümanlar aktarılmıştır. Beşinci bölüm ayıptan sorumluluk hükümleri ile genel sözleşmeye aykırılık ya da irade bozukluklarına ilişkin hükümlerin yarışmasına; gözden geçirme ve ayıbı bildirme külfeti ile kısa zamanaşımı sürelerine ilişkin değerlendirmelerimizle bitirilmiştir.

Sonuç bölümünde ise çalışmamız boyunca incelenmiş hususlara ilişkin görüşlerimiz özet hâlinde sıralanmıştır.

§ 1. Aliud Teslimin İfa Engelleri² Arasındaki Konumu

I. İsviçre-Türk Hukukunda

A. Genel Olarak

Aliud kelimesi Latince kökenli olup “başka şey” anlamına gelmektedir³. Gerek öğreti gerek uygulamada teslim borcu doğuran sözleşmeler çerçevesinde borçlanılan edimden başka bir şeyin teslim edilmesi aliud teslim olarak tanımlanmaktadır⁴. Bu bakımdan satış sözleşmesinde aliud teslim satıcının, satılardan başka bir şeyi teslim

² Serozan, ifa sürecinde yaşanan aksilikleri “ifa engeli” kavramıyla ifade etmektedir. Yazar “ifa engeli” kavramını, borç ilişkisinden beklenen amaca ulaşılmasını engelleyen bütün olguları kapsayıcı anlamda kullanmaktadır. Bu bakımdan ifa engellerini sürekli-geçici olmasına; ortaya çıktığı zamana, ifa engelinin kaynaklandığı sebep ve etki alanına göre kategorize etmiştir. İfa engelleri ve hukuki sonuçları hakkında açıklamalar için bkz. Rona Serozan, “Yürürlükteki İfa Engelleri ve Haksız Fiiller Hukukunun Yetersizlikleri ve Bu Yetersizliklerin Aşılmasında Giderek Önemi Artan Kavramlar “ Sözleşmenin Müspet İhlâli” ve “Culpa in Contrahendo” MHAD., C.15, Sayı 18, Yıl 1990, s.34 vd.; Rona Serozan/Necip Kocayusufoğlu/Hüseyin Hatemi/Abdülkadir Arpacı, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Üçüncü Cilt, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, Gözden Geçirilmiş 7.Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016, s.130 vd. Ayrıca bu konuda detaylı açıklamalar için bkz. Ayşe Havutçu, “İfa Engelleri ve İfa Engellerine Bağlanan Hukuki Sonuçlar (Tebliğ)”, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu, (3, 4 Haziran 2011), MÜHFHAD 2011, 317 vd.; M. Yeşim Atamer, “İfa Engelleri Hukukunu Yeniden Sistemize Etmeyi Düşünmek: Borca Aykırılık Türleri Yerine Yaptırımları Esas Alan Bir Sistematik”, Rona Serozan’a Armağan, On İki Levha Yayıncılık, 2010, s. 217-260. Bazı yazarlarsa ifa sürecinde yaşanan aksaklıkları “ifa arızaları” şeklinde adlandırmaktadır. Hüseyin Hatemi/Kadir Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, 4.Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, s.246 vd. Ancak hemen ifade edelim ki, biz burada ifa engelleri kavramını kullanarak ifa sürecinde yaşanan tüm aksilikleri değil, sadece satış sözleşmesi çerçevesinde satıcının edimini nitelik veya nicelik bakımından usulüne uygun şekilde (gereği gibi) yerine getirmediği bazı hâlleri kastediyoruz.

³ Kevork Acemoğlu, “Aliud” ve Federal Mahkemenin “Aliud” Konusundaki Tutumu Üzerine”, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 6, Sayı 9, 1972, s. 46 vd.; Zarife Şenocak, “Borçlar Kanunu’nun 96. Vd. ve 194. vd. Maddeleri Açısından Aliud’un (Başka Şeyin) Teslimi”, Batider, C. XV, S. 1, 1989, s. 113- 135.

⁴ HâlukTandoğan, **Boçlar Hukuku: Özel Borç ilişkileri: Kendisine Özgü Yapısı Olan ve Karma Sözleşmeler, Satış ve Çeşitleri Trampa, Bağışlama, C.I/1**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008, s. 172; Ceydet Yavuz, **Satıcının Satılan (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu: Özellikle Tüketicinin Korunması Sorunu Bakımından**, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 1989, s. 46-58 ; Fahrettin Aral/ Hasan Ayrancı, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 11. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 119; M.Kemal Oğuzman/ M.Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş 16.Bası, Cilt.1, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018, s.274; Pierre Tercier/ Pascal Pichonnaz/ H. Murat Develioğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, On İki Levha, İstanbul, 2016, N. 983.

etmesini ifade etmektedir⁵. Bununla birlikte öğretideki klasik anlayışa göre parça ve çeşit satışlarında aliud teslim, satışın niteliğine göre farklı şekillerde tanımlanmaktadır.

Çeşit (nevi, cins) satışında satışın konusu, genel olarak belli bir miktarda dahil bulunduğu eşya türü düşünülerek borçlanılır (40 ton flamura buğdayı, 2 adet Denizli horozu gibi). Taraflar satış konusu malı, dahil olması gereken çeşidi belirleyen (ayırıcı) nitelikler üzerinde anlaşarak belirlemişlerdir⁶. Alıcıya teslim edilen malın, bu çeşitten farklı olması hâlinde aliud teslim söz konusu olur⁷.

Diğer taraftan, parça satışında satıcının borcunun konusunu, tarafların şahsi niteliklerini göz önünde bulundurarak ferdan belirlediği mal oluşturur⁸. Bu bakımdan parça satışında aliud teslim, taraflarca kararlaştırılmış bu maldan başka bir şeyin teslim edilmesiyle gerçekleşir⁹.

Öyleyse, satışın niteliğine göre değişen ve ilk bakışta basit gibi görünen aliud teslim tanımlarının varlığından söz edilebilir. Ancak belirtmek gerekirse, bu tanımlar ilk olarak özellikle çeşit satışında aliud teslim ve satıcının edimini nitelik veya nicelik bakımından uygun ifa etmediği diğer hâller arasında bir sınırlama problemine sebep

⁵ Rona Serozan, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, (Yayına Hazırlayanlar: Başak Baysal, Kerem Cem Sanlı), Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 4.Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2019, s. 204-207; Alfred Schubiger, **Verhältnis der Sachgewarleistung zu den Folgen der Nichterfüllung oder nicht gehörigen Erfüllung**, OR. 197, Bern, 1957, s. 36; Roberto Cyprian, **Die Aliud- Lieferung im schweizerischen Kaufvertragsrecht**, St. Gallen, 1981, s.3; E. Rabel, **Das Recht des Warenkaufs. Eine rechtsvergleichende Darstellung**, Bd. II, Berlin/Tübingen, 1958, s. 124; Markus Neuenschwander, **Die Schlechterfüllung Im Schweizerischen Vertragsrecht**, Bern, 1971, s. 24 vd.; Karl Larenz, **Lehrbuch des Schuldrechts**, Band II, Besonderer Teil, Halbband 1, München, 1986, s. 36 vd.; Rona Serozan, “**Parça Borcu- Çeşit Borcu, Aşılması Gereken Ayrım**” MHAD, 1969, S. 5, s. 230 vd.; Acemoğlu, **a.g.m.**, s. 46 vd.; Şenocak, **a.g.m.**, s. 113- 135. Öğretide “aliud teslim” yerine “yanlış ifa” ya da “yanlış teslim” (*Falschlieferung*) ifadeleri de kullanılmaktadır, bkz. Gümüş, **Özel Hükümler C.I**, s. 71; Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 6.Bası, Ankara, 2018, s.103; Heinrich Honsell, **Schweizerisches Obligationenrecht** Besonderer Teil, Stämpfli Verlag, Bern, 2017, § 13, s. 144-147; Heinrich Honsell/ Nedim Peter Vogt/ Wolfgang Wiegand, **Obligationenrecht I**, Art. 1-529 OR, 4.Auflage, 2007, Art. 197, N.2; BeckOK BGB-**Faust**, § 434, Rn.104-110; Jauernig BGB-**Berger**, § 434, Rn. 20-23; MüKoBGB-**Westermann**, § 434, Rn. 43-46. BSK OR-**Honsell**, Art. 206, N.2.

⁶ Eugen Bucher, **Obligationenrecht**, Besonderer Teil, 3.Auflage, Zurich, 1988, s.115; von Tuhr, **Borçlar Hukukunun Umumi Kısım**, Cilt:1-2, Çeviren: Cevat Edege, Yargıtay Yayınları No:15, s.53; Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukukî İşlem, Sözleşme**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017, § 6, n. 2.

⁷ Raphael Lanz, “**Die Abgrenzung zwischen Falschlieferung (aliud) und Schlechtlieferung (peius) und ihre Relevanz**”, Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis, 1996, s. 248-253; Ekkehart Laupicher, **Die Aliud Lieferung beim Kauf**, Köln, 1964, s. 3 vd. Cyprian, **a.g.e.**, s. 3.

⁸ Bucher, **Obligationenrecht**, s.115. Bir şey tarafların sözleşmeyle kararlaştırmalarına yani iradelerine göre parça ya da çeşit satışına konu olabilir. Bu bakımdan parça-çeşit satışı ayrımı subjektiftir. Oysa misli şey- misli olmayan şey arasındaki ayrım objektif kıstaslara, yani iş hayatındaki genel anlayışa göre belirlenir. von Tuhr, **Borçlar Hukuku**, s.53-54.

⁹ BSK OR- **Honsell**, Art. 197, N. 2; Lanz, **a.g.m.**, s. 248-251; Laupicher, **a.g.e.**, s. 3 vd. Cyprian, **a.g.e.**, s. 3.

olmaktadır. İkincisi, aliud teslimine ilişkin kanunda herhangi özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte uygulama ve öğreti, genellikle aliud teslimin hukuki nitelendirilmesi açısından yukarıdaki tanımlara bağlı kalarak hareket etmektedir. Bu ise aliud teslim hâlinde satıcının edimini hiç ifa etmediği şeklinde kökü Roma hukukuna uzanan bir dogmanın benimsenmesi anlamına gelmektedir. Oysa, aliud teslim kavramının hukuki niteliği bir dogmaya bağlı kalınarak değil, kanunda düzenlenen benzer kurumlara ilişkin hükümlerin ve hiç ifa etmeme hükümlerinin uygulanması hâlinde taraflar arasındaki menfaat dengesinin hangi hükümlerin uygulanmasını haklı göstereceği araştırılarak tespit edilmelidir. Bu bakımdan çalışmamızda ilk olarak, İsviçre-Türk hukuk sisteminde çeşit ve parça satışında nitelik veya nicelik bakımından meydana gelen diğer ifa engelleri ve bunların aliud teslim ile olan ilişkileri üzerinde durulacaktır. Bu konu hakkındaki açıklamalarımızdan sonra ise kısaca aliud teslimin diğer bazı ulusal ve uluslararası düzenlemelerde ele alınış biçimlerine değinilecek ve konu hakkındaki tartışmalı meseleler yansıtılmaya çalışılacaktır.

B. Çeşit Satışında İfa Engelleri

1. Ayıplı İfa

Çeşit satışında ayıplı ifa (*peius*) hâlinde, aliud teslimin aksine borçlanılan çeşitten malın teslim edildiği kabul edilmekle birlikte teslim edilen malın, sözleşme ile kararlaştırılan ya da TBK¹⁰ m. 86 (OR¹¹ Art. 71/II)'ye göre satıcının teslim etmesi gereken (en azından) orta kalite nitelikleri haiz olmadığı belirtilmektedir¹². Tanımdan da anlaşılacağı üzere çeşit satışında ayıplı ifa halinde satıcı, borçlandığı asli edimini nitelik bakımından gereği gibi ifa etmemektedir. Bununla birlikte, satıcının ayıptan

¹⁰ 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, RG. 04.02.2011, Sayı: 27836.

¹¹ İsviçre Borçlar Kanunu (OR), Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (İsviçre Medeni Kanunu'nun Tamamlanmasına İlişkin 30 Mart 1911 tarihli Federal Kanun (Beşinci Kısım: Borçlar Hukuku) (çevrimiçi, <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19110009/index.html>, 06.08.2018).

¹² Cyprian, **a.g.e.**, s. 6; Lanz, **a.g.m.**, s. 253. Bu durum İsviçre öğretisinde “*Qualitätsmangel*” (kalite eksikliği) olarak adlandırılmakta ve çeşit satışında gerek satıcı tarafından bildirilen gerekse malda bulunması beklenen niteliklerin eksikliği olarak beliren ayıp kavramını karşılamak için kullanılmaktadır. Schubiger, **a.g.e.**, s. 37. “*Qualitätsmangel*” kavramının Türk öğretisinde “*nitelik (vasıf) ayıbı*” şeklinde kullanımı için bkz. Şenocak, **a.g.m.**, s.124.

sorumluluk esasını, Türk Borçlar Kanunu'nun 112. maddesi anlamında “gereği gibi ifa etmeme”¹³ kavramının teşkil edip etmediği öğretide tartışmalıdır.

¹³ Belirtmek gerekir ki öğretide imkânsızlık ve borçlu temerrüdü dışındaki borca aykırılık hâllerini ifade etmek üzere borcu “gereği gibi ifa etmeme”, “sözleşmenin müspet ihlâli” ve “kötü ifa” gibi farklı kavramlar kullanılmaktadır. Bu bakımdan öğretide esasen bir terim problemi söz konusudur (Eyüp İpek, **Edime Uygun İfa Kuralı ve Bu Kuralın İhlaline Bağlı Hukuki Sonuçlar**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016, s. 254-255). Bazı yazarlar gereği gibi ifa etmeme kavramını, imkânsızlık ve borçlu temerrüdü dışındaki borca aykırılıkları ifade etmek için kullanmaktadır. Bu yazarlara göre kötü ifa ve sözleşmenin müspet ihlâli, gereği gibi ifa etmemenin bir alt türünü oluşturmaktadır. Bu yönde bkz. Fikret Eren, **Borçlar Hukuk Genel Hükümler**, Yetkin, Ankara, 2018, s.1069-1078; Hâluk Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet)**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s.398; Neuenschwander, **a.g.e.**, s.45. Söz konusu yazarların tutumunu anlayabilmek için “gereği gibi ifa etmeme”, “sözleşmenin müspet ihlâli” ve “kötü ifa” kavramları üzerinde durulmalıdır. İsviçre-Türk borçlar hukukunda sözleşmeye aykırılık hâllerinden biri olarak ifade edilen “gereği gibi ifa etmeme” kavramı, dogmatik temelini İsviçre Borçlar Kanunu (OR) nin 97.maddesinin Almanca metnindeki “*nicht gehörig*” ifadesinde bulur. Türk hukukunda ise kanuni dayanağını TBK m.112’ de bulmaktadır (Fahrettin Aral, **Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011, s. 73-74). Aslında gereği gibi ifa etmeme kavramı iki anlam içermektedir. “Geniş anlamda” gereği gibi ifa etmeme kavramı, ifa edilen şeyin sözleşme veya kanunda öngörülen şartlara uygun olmamasını ifade eder. Bu bakımdan geniş anlamda gereği gibi ifa etmeme; taraflara, edimin muhtevasına (nitelik ve miktarına), ifanın yer ve zamanına ilişkin yükümlerin ihlâli, kısacası tüm ifa unsurlarına aykırılık olarak ele alınmaktadır. “Dar anlamda” gereği gibi ifa etmeme ise iki şekilde meydana gelebilir. İlk olarak, ifa edilen şeyin sözleşme veya kanunla öngörülen nitelikleri (vasıfları) taşınamaması dar anlamda ifa etmemedir (ayıplı ifa). İkinci olarak, borçlunun yan yükümleri ihlâl etmesi hâlinde de dar anlamda gereği gibi ifa etmeme söz konusu olur. Diğer yandan, borçlunun gerçekleştirdiği ifanın, borçlanılan edimin niteliklerine uygun olmaması sebebiyle veya yapılaş tarzıyla kendiliğinden alacaklıya zarar verdiği hâller “kötü ifa” olarak adlandırılmaktadır. Kötü ifa, sözleşmeden doğan asli ve yan edim yükümlerine aykırılık şeklinde olabileceği gibi edim dışı yan yükümlerin ihlâl edilmesi şeklinde de meydana gelebilir. (Zitelmann, “**Nichterfüllung und Schlechterfüllung, Selbstmahnung des Schuldners**”, Festschrift für P. Krüger, Bonn, 1911, s.265-281 (naklen) Aral, **Kötü İfa**, s.93). Son olarak “sözleşmenin müspet ihlâli” kavramının da, imkânsızlık ve borçlu temerrüdü dışındaki tüm sözleşmeye aykırılık hâllerini kapsadığı belirtilmektedir. İfa engelleri ve haksız fiiller sisteminin düzenlenmesi ve uygulanmasındaki birçok eksiklik ve aksaklık (meselâ, doktorun yanlış teşhis koymasın, avukatın davayı kötü takibi veya borcun ifa edilmeyeceğinin muacceliyetten önce belirtilmesi hâllerinde imkânsızlık ya da borçlu temerrüdü yoktur), bu yönde bir nitelemenin yapılmasında önemli rol oynamaktadır. Sözleşmenin müspet ihlâli en çok yan edim yükümlerine ve koruma yükümlerine aykırılıklarda gündeme gelmektedir. Bu bakımdan ayıplı ifa, ayıplı ifa sayılamayacak yan edim yükümleri ve davranış yükümlerine aykırılıklar, sözleşmenin müspet ihlâli kavramı altında toplanabilir. Sözleşmenin müspet ihlâli İsviçre ve Türk Borçlar Kanunu’nda düzenlenmemiştir. Ancak TMK m. 2, TBK m.112 ve m.117 hükümleri ile ayıplı ifaya ilişkin özel hükümlerin kıyasen uygulanmasıyla oluşturulan bir borca aykırılık türü olduğu kabul edilmektedir (Serozan, **Sözleşmenin Müspet İhlâli**, s. 36; Serozan, **İfa, İfa Engelleri**, § 18, n. 6-7). Kanaatimizce buraya kadar yapılan açıklamalar karşısında kanun koyucu tarafından benimsenen terminolojiden ayrılmanın bir gereği yoktur. Gereği gibi ifa edilmeme kavramına üstünlük tanıyan hukukçuların da haklı olarak belirttiği gibi TBK m. 112’ de geçen “*Borç... gereği gibi ifa edilmezse*” ibaresi karşısında, İsviçre-Türk hukuku bakımından imkânsızlık ve temerrüt dışındaki sözleşmeye aykırılık hâllerini ifade etmek için sözleşmenin müspet ihlâli kavramının kullanılması gerekli değildir. Zira, borcun gereği gibi ifa edilmemesi kavramı anlam bütünlüğü bakımından ifanın unsurlarına uygun olmayan bütün ifa aksaklıklarını kapsamaktadır. İfanın konusu olan edime ilişkin nitelik ve nicelik eksiklikleri bu kavram kapsamında değerlendirilebileceği gibi borç ilişkisinden doğan yan edim yükümleri ile yan yükümlere aykırılıklar da bu kapsamda değerlendirilmektedir (von Tuhr/Escher, **a.g.e.**, s.107; Neuenschwander, **a.g.e.**, s.46; Oğuzman/Öz, **Cilt-1**, s.474; Tandoğan, **Mes’uliyet**, s.401). Öte yandan, gereği gibi ifa etmeme ve kötü ifa kavramları arasında da bir ayrıma gidilmemesi gerektiğini düşünmekteyiz. Zira, kötü ifa hâlinde de nicelik ve nitelik bakımından edime uygun olmayan bir ifa veya ifa esnasında yan yükümlerin ihlâl edilmesi söz konusudur. Bu bakımdan, kötü ifa kavramı ile dar anlamda gereği gibi ifa etmeme kavramlarının örtüştüğü söylenebilir. İşte bu

Gereği gibi ifa, borçlunun borçlandığı edimi tam ve sözleşmeye uygun bir şekilde yerine getirmesidir¹⁴. Borçlunun borçlandığı edimi tam ve sözleşmeye uygun bir şekilde yerine getirmesi ise borçlunun edimini ifa ederken ifanın bütün unsurlarına (taraf, nitelik, nicelik, yer ve zaman gibi) riayet etmesi anlamına gelir. Söz konusu ifa unsurlarına uygun olmayan bir edimi ifa eden borçlunun, kural olarak alacaklının bu sebeple meydana gelen zararlarını gidermesi gerektiği TBK m. 112’de şu şekilde ifade edilmiştir: “*Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararlarını gidermekle yükümlüdür*”.

Satış sözleşmesi çerçevesinde ise satıcı, alıcıya karşı satılan şeyi teslim ve mülkiyetini devir borcu altına girer (TBK m.207/I). Satıcının teslim borcunu tam anlamıyla yerine getirdiğinin kabul edilebilmesi için teslimin yukarıda sayılan ifa unsurları (nitelik, nicelik, yer ve zaman) açısından uygun olması gerekir. Söz konusu unsurlardan her sapma ifayı gereği gibi ifa etmeme haline dönüştürür¹⁵.

Çeşit satışında edim konusu, belirli bir çeşidin ayırıcı nitelikleri ve miktarı göz önünde bulundurularak belirlenir. Taraflar arasındaki sözleşmeden ve işin özelliğinden aksi anlaşılmadıkça TBK m.86 (OR Art.71/II) göre satıcı, kural olarak ilgili çeşide ait mallar içerisinden orta kalitede, ayıpsız malı teslim etmek hak ve borcu altındadır. Bizim de katıldığımız öğretideki hakim görüşe göre, bu bakımdan çeşit satışlarında edim konusunun niteliklerinin, sözleşmenin ve edim yükümünün muhtevasına dahil olduğu kabul edilmelidir¹⁶. Öyleyse, satıcının borçlanılan çeşide dahil ancak ortalama nitelikten daha düşük bir şey teslim etmesi, yani ayıplı ifası genel olarak teslim borcuna aykırılık oluşturur ve TBK m. 112 kapsamında (dar anlamda) gereği gibi ifa etmeme kavramını meydana getirir¹⁷. Zira, teslim edilen şey satış sözleşmesinde borçlanılan şeyin ifasına elverişli değildir.

Yine, satıcının satılana ilişkin nitelik vaaadinin bulunduğu hâllerde de yukarıdaki esas geçerlidir. Başka bir deyiş ile satıcı, orta kaliteden düşük olmayan ancak TBK m.

sebeplerden dolayı mevcut terim problemini aşmak için TBK m.112’de belirtilen “*gereği gibi ifa etmeme*” kavramının kullanılmasını tercih ediyoruz.

¹⁴ Oğuzman/Öz, *Cilt-1*, s. 472-474; Eren, *Genel Hükümler*, s.1053-1054; İpek, *a.g.e.*, s. 255

¹⁵ Tandoğan, *Mes’uliyet*, s. 398.

¹⁶ Aral, *Kötü İfa*, s. 113; Petra Ginter, *Verhältnis der Sachgewährleistung nach Art. 197 ff. OR zu den Rechtsbehelfen in Art. 97 ff. OR: Lösungsvorschlag für die geltende Rechtslage und kritische Würdigung*, Schulthess, 2005, s. 70-71; Alfred Schubiger, *a.g.e.*, s. 6; Kenan Tunçomağ, *Türk Borçlar Hukuku Cilt II Özel Borç İlişkileri*, İstanbul, Sermet Matbaası, 1977, s.97.

¹⁷ Aral, *Kötü İfa*, s. 114.

219/I kapsamında bildirilen nitelikleri taşımayan mal teslim ettiğinde de edimini gereği gibi ifa etmiş olmaz¹⁸.

Belirtmek gerekir ki, çeşit satışında ayıplı ifanın aynı zamanda gereği gibi ifa etmeme olgusuna yol açtığı kabul edilince, TBK m. 219 vd. hükümleri ile TBK m. 112 vd. hükümlerinin yarışma imkânının olup olmadığı, yani alıcının dilerse TBK m. 219 vd. hükümlerine dilerse de TBK m. 112 vd. hükümlerine başvurup başvuramayacağı meselesi gündeme gelir. Çalışmamızın başka bir bölümünde detaylı bir şekilde üzerinde durulacak bu konu hakkında şimdilik kısaca¹⁹ şu açıklamalar yapılabilir:

Mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde oldukça tartışılan bu mesele hakkında ileri sürülen görüşler genel olarak iki gruba ayrılabilir. Birinci grupta bulunan yazarlara²⁰ göre, gereği gibi ifa etmemeden sorumluluk ile ayıplı ifadan sorumluluk hükümleri yarışabilir. Ancak bu yarışma sınırlı bir yarışmadır (*beschränkte Alternativität*). Zira, alıcının TBK m. 112 (eski BK m. 96) vd. hükümlerine başvurabilmesi için ayıp hükümlerinde düzenlenen gözden geçirme (muayene) ve ayıbı bildirme (ihbar) külfetlerini yerine getirmesi gerektiği gibi, tazminat talebini de her durumda ayıptan sorumluluk hükümlerinde düzenlenen kısa zamanaşımı süreleri içerisinde ileri gerekir²¹. Aksi takdirde, söz konusu hükümlerle korunmak istenen satıcının menfaati ve ticari işlem güvenliği boşa çıkarılmış olur.

Buna karşılık ikinci gruptaki yazarlara²² göre, alıcının TBK m. 112 vd. hükümlerine başvurabilmesi için, onun satılanı gözden geçirme ve ayıbı bildirme külfetlerini yerine getirmesi ve ayıptan sorumluluk hükümlerinde düzenlenen kısa zamanaşımı sürelerine riayet etmesi gerekmez. Zira, bu şartlar, kusursuz sorumluluğun

¹⁸ Ginter, **a.g.e.**, s. 71; Neuenschwander, **a.g.e.**, s. 24, 34.

¹⁹ Bu konuda detaylı açıklamalar için bkz. § 5.

²⁰ Neuenschwander, **a.g.e.**, s. 87.; Schubiger, **a.g.e.**, s. 108.

²¹ Öyle ki *Çetiner*'e göre, eski Borçlar Kanunu dönemindeki ayıplı ifa durumunda genel hükümlere göre tazminat isteme hakkı, ayıp sorumluluğunun şartlarına (gözden geçirme ve ihbar külfeti, ayıp zamanaşımı) tabi olmalıdır. Zira, dönme hakkının kullanıldığı hallerde tazminat istenebilmesi için ayıp sorumluluğunun şartlarının yerine getirilmesi gerektiğinden, dönme hakkı ile benzer ağırlıkta sonuçlara sahip olan ifadan vazgeçip müspet zararın tazmininin istenmesinin de aynı koşullara tabi olunması gerekir. Bkz. Bilgehan Çetiner, “Yeni Türk Borçlar Kanunu’nda Yarar ve Hasarın İntikali ile Satıcının Ayıptan Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”, Yeni Türk Borçlar Kanunu ve CISG’e Göre Satış Sözleşmeleri, Editörler: Şükran Şıpka/Ahmet Cemil Yıldırım, İstanbul, 2012, s. 17-41.

²² Serozan, **Özel Bölüm**, s. 196-197; Hans Giger, **Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band VI: Das Obligationen Recht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 1. Teilband: Kauf und Tausch- Die Schenkung, 1. Abschnitt: Allgemeine Bestimmungen- Der Fahrniskauf, Kommentar zu Art. 184-215**, 2. Auflage, Bern: Stämpfli, 1980, Art. 201, N. 27, Art. 210, N. 6 ve orada anılan yazarlar.

kabul edilmesi neticesinde satıcı aleyhine bozulan dengeyi sağlamak için getirilmiştir. Kusur sorumluluğu öngören TBK m. 112 vd. hükümlerinin uygulanması için bu külfetlerin yerine getirmesi zorunluluğu söz konusu değildir. Aksi bir sonucun kabul edilmesi, tek taraflı biçimde satıcının menfaatini korumak ve alıcının mağdur edilmesi anlamına gelir²³. Böylece bu görüşü savunan yazarlar TBK m. 219 vd. ile TBK m. 112 vd. hükümleri arasında sınırsız yarışma (*unbeschränkte Alternativität*) esasını benimsemiş olmaktadır. Öte yandan, mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'ndan farklı olarak TBK m. 227/II'de “*alıcının genel hükümlere göre tazminat isteme hakkının saklı olduğu*” hükme bağlanmıştır. Bu düzenlemeyle birlikte, TBK m. 219 vd. ile TBK m. 112 vd. hükümleri arasında sınırsız bir yarışmanın mümkün olduğu fikri daha fazla taraftar toplamıştır²⁴.

2. Aliud Teslim

İsviçre-Türk hukukunda öğretideki hakim görüş ve uygulama çeşit satışında aliud teslim ile ayıplı ifa arasında aşılması güç bir sınır olduğunu kabul etmektedir²⁵. Bu anlayışa göre, çeşit satışında edimin niteliğinde meydana gelen sapma bazen borçlanılandan başka bir çeşide dahil şeyin teslim edilmesi, yani aliud teslim yol açar. Teslim edilen mal karşılaştırılan çeşitten farklı olduğu için artık “satılanın” teslim

²³ Türk-İsviçre Borçlar Kanunu çerçevesinde ayıptan sorumluluk hükümlerinde düzenlenen gözden geçirme ve ihbar külfetine ilişkin açıklama ve eleştiriler için bkz. Eugen Bucher/Vedat Buz, “Mağdur Edilen Alıcı, Türk/İsviçre Borçlar Kanununun İki Özelliğinin Eleştirisi: Muayene ve İhbar Külfeti (Art. 201 OR; BK. m. 198), BK. 202/II (Art. 205/II OR)’ye göre Dönme Yerine Bedel İndirime Karar Verilmesinin Masraflara İlişkin Sonuçları”, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, Ankara, 2004, s.146-178. Alıcının uyması gereken gözden geçirme ve ihbar külfeti hakkında detaylı açıklamalar için ayrıca bkz. § 5, II, A.

²⁴ Sınırsız yarışma esasını benimseyen yazarlar için bkz. Gümüş, **Özel Hükümler C.I**, s. 65; Nalan Kahveci, **Taşınır Satımında Ayıplı Mal Nedeniyle Tüketicinin Sözleşmeden Dönmesi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 59-63.

²⁵ Andreas von Tuhr / Alfred Siegwart, **Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts**, 2. Auflage, Zürich: Polygraphischer Verlag, 1944, s. 276 vd.; BSK OR-Honsell, Art. 206, N.2-3; Hugo Oser/Wilhelm Schönenberger, **İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi: Akdin Muhtelif Nevileri, çev. Kemal Fikret Arık, Ankara, Adalet Bakanlığı Yayınları**, Art.197, N. 14; Oğuzman / Öz, **Cilt-1**, s. 100, dn. 193; Aydın Zevkliler/K. Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 17. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017, s. 117; Yavuz, **Satıcının Sorumluluğu**, s. 51-52; Salih Şahin, **Tacirler Arası Ticari Satımlarda Satıcının Ayıplı İfadan Sorumluluğu**, Seçkin, Ankara, 2008, s. 32; İpek, **a.g.e.**, s. 248; Raphael Lanz, **a.g.m.**, s. 248-259. Ayrıca krş. Ernst A. Kramer, “**Noch einmal zur aliud-Lieferung beim Gattungskauf**”, *Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis*, 1997, s. 78-83.

edilmesinden de söz edilemez²⁶. Öyleyse, ayıptan sorumluluk hükümlerinin değil, hiç ifa etmemeye ilişkin TBK m. 112 vd. hükümlerinin uygulanması gerekir²⁷.

Buna karşılık diğer bir görüş, çeşit satışında bu durumu eleştirmekte, ayıplı ifa ile aliud teslimin birbirinden ayırt edilmesinin kolay olmamasından hareketle ayıptan sorumluluk hükümlerinin uygulanması gerektiğini savunmaktadır²⁸. Bu anlayışa göre, uygulamada bir aliud teslimin mevcut olup olmadığını tespit etmek çoğu zaman oldukça güçtür. Bu sebeple hakimler, böyle bir durum karşısında sık sık alıcılar tarafından ayıptan sorumluluk hükümlerinin dolanılması tehlikesi ile karşı karşıyadırlar. Zira, ayıptan sorumluluk hükümleri çerçevesinde gözden geçirme ve ayıbı bildirme külfetlerini yerine getirmeyen veya kısa zamanaşımı süresini kaçıran ve bu nedenle ayıptan sorumluluk hükümlerine dayanabilmek imkânını kaybeden alıcılar, iddialarını TBK m.112 vd. hükümlerine dayandırabilmek için kendilerine teslim edilen malın aliud teslimi meydana getirdiğini belirtmektedir²⁹. Bu sebeple ayıptan sorumluluk hükümlerinin dolanılmasına yol açan ve çoklukla tespiti kesin olmayan bir aliud teslim kavramı karşısında TBK m. 112 vd hükümlerinin uygulanmasının mümkün olmadığı söylenmelidir.

Gerçekten de çeşit satışında aliud teslim ve ayıplı ifa arasındaki sınırlama problemi hiç de küçümsenecek gibi değildir³⁰. Zira, ilk görüşte olan yazarlar teslim

²⁶ Nitekim, İsviçre öğretisinde bu durum aynı çeşitten ayıpsız malın teslim edilmesi imkânını tanıyan ve böylece kararlaştırılan çeşide dahil malın teslim edildiğinin öngördüğü düşünülen OR Art. 206 hükmüne atıfta bulunarak da desteklenmektedir. Kramer, **a.g.m.**, s. 78-83.

²⁷ Halûk Nami Nomer, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş 16. Bası, Beta, İstanbul, 2018, s. 307, N. 155.1.

²⁸ Hans-Peter Katz, **Sachmängel beim Kauf von Kunstgegenständen und Antiquitäten**, Zürich, 1973, s.96; Neuenschwander, **a.g.e.**, s. 24; Schubiger, **a.g.e.**, s. 122 vd.; Cyprian, **a.g.e.**, s. 121 vd. Serozan'a göre ise aliud teslim hâlinde ayıplı ifa en başından dışlanacağı için ayıptan sorumluluk hükümlerinin ancak kıyasen uygulanması söz konusu olabilir. Serozan, **Özel Bölüm**, s. 206, N. 701.

²⁹ Nitekim Yargıtay ayıptan sorumluluk hükümleri çerçevesinde gözden geçirme ve ayıbı bildirme sürelerinin kaçırılması üzerine aliud teslimin gerçekleştiği iddia edilen birçok olayda aliud teslim kavramının hukukî niteliği hakkında herhangi bir inceleme yapmaksızın ilk derece mahkemesince teslim edilen malın aliud teslim kavramını oluşturup oluşturulmadığı incelenmeden karara varılmasını bozma sebebi olarak kabul etmiştir. Bu yönde kararlar için bkz. **Yargıtay 19. HD., E. 2015/8010 K. 2015/11010 T. 15.9.2015 (www.lexpera.com.tr); Yargıtay 19. HD., E. 2014/7975 K. 2014/11661 T. 24.6.2014 (www.lexpera.com.tr); Yargıtay 19. HD., E. 2010/4848 K. 2010/8617 T. 07.07.2010 (www.lexpera.com.tr).**

³⁰ Nomer'in belirttiği gibi edimin niteliğinde meydana gelen sapmanın, aliud teslimi mi yoksa ayıplı ifayı mı meydana getirdiği her zaman kolay tespit edilemez. Örneğin zeytinyağı satışında, teslim edilen zeytinyağındaki asit oranı, kararlaştırılanın üzerindeyse bu durumun çeşit farkına mı yol açtığı, yoksa zeytinyağının kalitesini mi olumsuz yönde etkilediği aynı kolaylıkla belirlenemez (Nomer, **Genel Hükümler**, s. 308, N. 155.2). Öte yandan Serozan'ın da belirttiği öyle bazı olgular vardır ki kimilerine göre aliud teslim olarak kabul edilirken diğerlerine göre ayıplı ifa olarak ele alınır. Örneğin, "*borçlar hukukunun özel bölüm notları yerine genel bölüm notlarının, 2002 model yerine 2001 model otonun, süper benzin yerine normal benzinin*" teslim edilmesi gibi olgular bazı

edilen şeyin “borçlanılan çeşide dahil fakat ayıplı” mı yoksa “farklı çeşitten, yani aliud” mu olduğunu her somut olayda dikkatlice belirlemelidir. Bu da ilk olarak, “borçlanılan çeşit” kavramının tanımlanmasını gerektirir³¹.

Ne var ki, günümüz uygulamasında karşılaşılan kararların birçoğunda “borçlanılan çeşit” kavramının herhangi bir tanımının yapılmaya çalışıldığı söylenemez³². Bununla birlikte, öğretinin bir kısmı borçlanılan çeşit tanımının

yazarlara göre aliud teslimi bazılarında göre ise ayıplı ifayı meydana getirir. Bu bakımdan çeşit satışında aliud teslim ile ayıplı ifa arasındaki sınır durumlarda oldukça “gridir”. Açıklamalar ve örnekler için bkz. Serozan, **Özel Bölüm**, s. 204-205.

³¹ Borçlanılan çeşidin tanımlanması meselesi ise *Justianus* döneminden itibaren *error in substantia* öğretisi altında incelenen satılanın özünün ne olduğuna ilişkin üzerinde kolay kolay görüş birliğine varılamayan bir soruya kadar indirgenebilir. Romalı hukukçular bu meseleyi ilk olarak parça satışı çerçevesinde “*error in substantia*” başlığı altında incelemişlerdir. Roma hukukunda “*error in substantia*”, bir şeyin özüne ilişkin yanılma olarak kabul edilmiştir. “*Error in substantia*” kavramından ne anlaşılması gerektiği Roma hukukunun ilk dönemlerinden *Justianus* dönemine kadar tartışılmış ve hukuki düzenlemeleri etkilemiştir. Son olarak *Justianus* döneminde borçlanılan çeşidin sınırları, hakim olan dünya görüşüne (*massgebende Weltanschauung*), yani halk tarafından üstün tutulan ticari teâmüle (genel anlayışa) (*Verkehrsauffassung*) göre çizilmiştir. Açıklamalar için bkz. Theo Mayer-Mally, **Römisches Privatrecht**, Springer-Verlag, New York, 1991, s.91 vd.; Erdal Özsunar, **Roma ve Türk Hukukunda Hata**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005, s.56. Ayrıca “*Error in substantia*” öğretisinin aliud teslimin hukuki nitelendirilmesine etkisi bakımından yapılan açıklamalar için bkz. § 2, II, C, 3.

³² Nitekim, Yargıtay birçok kararında “aliud teslim” kavramından söz etmesine rağmen, borçlanılan çeşitten ne anlaşılması gerektiğine hiç değinmemiştir: “*Davacı vekili, fabrikasındaki makinenin bozulan parçası olan, silindir kapak ... marka ürünü davalıdan 10/08/2012 tarihinde 7.100-TL bedelli fatura ile satın aldığını, ancak parçanın orjinal olmayıp ayıplı olması sebebiyle sürekli arıza verdiğini, yenisıyla değiştirilmesi için müvekkilinin davalıyla irtibata geçtiğini, ancak davalının ayıplı ürünü değiştirmedikçe ve müvekkilini oyaladığını belirterek, 7.100-TL bedelin ticari temerrüt faiziyle ve ayrıca parçanın arızalı olması nedeniyle makinesini kullanamamasından kaynaklanan 40 günlük iş kaybı bedelinin hesaplanarak davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir... Mahkemece yapılan yargılama ve bilirkişi raporuna göre, davalının davacıya ayıplı ürün sattığı, bunun da sürekli arızaya sebep olduğu, arıza sebebiyle davacının iş ve güçten geri kaldığı, ayıplı parça bedelinin 7.100-TL, ayıplı maldan dolayı yoksun kalan iş bedelinin ise 6.240-TL olduğu gerekçeleriyle, davanın kabulüne, ... nolu silindir üst kapağının davalıya iadesi ile, 7.100-TL bedelin ürünün davalıya teslim tarihinden itibaren işleyecek faizi ve yoksun kalan 6.240-TL iş kaybının dava tarihi olan 19/10/2012' den itibaren işleyecek faizi ile davalıdan alınarak davacıya ödenmesine karar verilmiş, hüküm davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir... Davacı, davalıya sipariş verdiği makine yedek parçası yerine başka bir parça gönderildiğini, parça takıldığında makinesinin çalışmadığını belirterek, mal bedelini ve iş kaybından doğan zararının tazminini istemiştir. Anlaşmaya konu maldan başka bir malın teslim edilmesi halinde aliud ifadan bahsedilir. Somut olayda, davacının, sipariş ettiği makine parçasından farklı bir parçanın kendisine gönderildiğini, yani aliud mal teslimini iddia ettiğine göre, gönderilen malın sipariş dışı olduğunu kanıtlaması gerekir. Bu durumda mahkemece, davacıdan bu yöndeki delilleri istenerek ve davalının savunması da dikkate alınmak suretiyle araştırma yapılarak, sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiş, hükmün bu nedenle bozulması gerekmektedir...” Yargıtay 19. HD., E. 2015/8010 K. 2015/11010 T. 15.9.2015 (www.lexpera.com.tr); “*Davacı vekili, müvekkilinin makina parçası üretiminde kullanmak üzere davalıdan 23/12/2009 tarihli fatura ile 1040 kalitede lama çeliği satın aldığını, alınan malzeme ile imal edilen makina parçalarının yurt dışı firmasına ihraç edildiğini, yurt dışı firmasının kendi ülkesinde yaptırdığı analiz sonucuna göre lama çeliğinin 1020 kalitede olduğunu müvekkiline bildirdiğini, durumun davalı şirkete 31/12/2009 tarihinde yazılı olarak iletiliğini ve davalı şirket yetkilisince onaylandığını, ayrıca KOSGEB 'e yaptırılan analizlerde malın 1045 kalitede olduğunu tespit edildiğini, durumun 12/01/2010 tarihli ihtarname ile davalıya bildirildiğini belirterek yurt dışı firmasının ödeme yapmaması nedeniyle müvekkilinin uğradığı zarara karşılık**

yapılması açısından “ticari örf ve âdet” kurallarından, yani esas olarak objektif kriterlerden hareket edilmesi gerektiğini savunmaktadır³³. Bu anlayış İsviçre Federal Mahkemesinin bazı kararlarında da kendine yer bulmuştur³⁴. Buna karşılık diğer bir

şimdilik 39.000 Euro ile bu siparişin imalatı için yapılan makine, malzeme, işçilik vb yatırımlar nedeniyle uğranılan zararlara karşılık 1.000 Euro olmak üzere toplam 40.000 Euro'nun tahsil tarihindeki kur üzerinden TL karşılığının davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir... Taraflar arasındaki anlaşmaya göre davalının davacıya 1040 kalitede lama çeliği teslim edeceği taahhüt edilmiş, davacı ise davalının 1020, 1045 kalitede lama çeliği teslim ettiği iddiasıyla işbu davayı açmıştır. Mahkemece ayıp ihbar sürelerine uyulmadığından bahisle dava red edilmiştir. Hükme dayanak yapılan bilirkişi raporunda davacının sunduğu örneklerin 1050 kalitede olduğu ve sipariş verilen malzeme ile aynı olmadığı belirtilmekle malın gizli ayıplı olduğundan bahsedilmiştir. Gerek kök rapor gerek itiraz üzerine alınan ek raporda teslim edilen malın ayıplı mal mı yoksa başka bir mal mı olduğu hususu dayanakları ile açıklanmamıştır. Anlaşmaya konu maldan başka bir malın teslim edilmesi halinde aliud ifadan bahsedilir ve bu halde ayıp ihbar ve zamanaşımı süreleri uygulanamayacağından işin esasının incelenmesi gerekir. Ayıplı ifanın olduğunun tespit edilmesi halinde ise, davalı tarafından davanın süresinde açılmadığına dair süresinde yapılan dava zamanaşımı itirazı da bulunduğundan davanın öncelikle zamanaşımı itirazı yönünden değerlendirilmesi lazımdır. Sonuç olarak tarafların iddia ve savunmaları da dikkate alınarak yeni bir bilirkişi kurulundan yargıtay denetimine açık rapor alınıp yukarıda açıklanan hususlar da birlikte değerlendirilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir”. **Yargıtay 19. HD., E. 2014/7975 K. 2014/11661 T. 24.6.2014 (www.lexpera.com.tr);** “...Taraflar arasında düzenlenen sözleşmede ikinci sınıf kereste teslim edileceği öngörüldüğü halde satıcı (davalı) tarafından davacı (alıcı) ya üçüncü sınıf kereste teslim edildiği ileri sürülmüştür. Başka bir anlatımla somut olayda aliud teslim iddiası mevcuttur. HUMK.nun 76. maddesi uyarınca olayların açıklanması taraflara, hukuki nitelendirmesi hakime ait bir görevdir. Bu durumda mahkemece uyumsuzluğun ayıp hükümlerine göre değil, sözleşmede teslimi kararlaştırılan 2.sınıf kereste yerine 3.sınıf kereste teslim edildiği iddiası nedeniyle bu yönden araştırma ve inceleme yapılarak iddia ve savunma çerçevesinde tüm deliller birlikte değerlendirilip varılacak uygun sonuç dairesinde bir karar verilmesi gerekirken, bu hususlar bakımından yeterli inceleme ve araştırma yapılmaksızın ve hukuki nitelendirmede hataya düşülerek yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir”. **Yargıtay 19. HD., E. 2010/4848 K. 2010/8617 T. 07.07.2010 (www.lexpera.com.tr);** “...Davalı, sipariş formunda davacıdan cam lablı Emniyet Folyosu talep etmiş, sipariş formu davacı tarafca da teyit edildiği halde, davalıya sipariş formunda istenen mal yerine, başka bir mal (alüminyum folyo termolak) gönderilmiştir. Uyumsuzluk, ayıplı mal satışından değil, sipariş edilenden başka bir malın gönderilmiş olmasından (aliud teslim) kaynaklanmaktadır. Olayların açıklanması taraflara, hukuki nitelendirme ise hakime aittir (HUMK m. 76). Mahkemece, uyumsuzluğun yukarıda belirtildiği şekilde nitelendirilip toplanan deliller bu çerçevede değerlendirilerek uygun sonuç dairesinde bir karar verilmesi gerekirken somut olayda uygulama yeri bulunmayan TTK.'nun 25/3. maddesinde öngörülen ayıplı mal satışı nedeni ile ayıp süreleri yönünden değerlendirme yapılarak süresinde ayıp ihbarında bulunulmadığı gerekçesiyle yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir”. **Yargıtay 19. HD., E. 2008/6320 K. 2009/2456 T. 30.03.2009 (www.lexpera.com.tr).**

³³ BSK OR- **Honsell**, Art. 206, N. 2; BK OR-**Giger**, Art. 197-210, N. 44, 50. Belirtmek gerekir ki **Honsell**'e göre özellikle çeşit satışında aliud teslim ile ayıplı ifa arasındaki sınırı tespit etmek çok zordur. Zira, çeşit kavramı tesadüfi olarak çok geniş ya da dar belirlenebilir. Bu durumu daha iyi izah etmek için yazar şu örneği paylaşmaktadır: Eğer hayvan-at-binek atı-koşum atı şeklinde bir çeşit piramidi düşünülürse; at kavramının çeşit olarak kabul edildiği hâllerde binek atı tanımı veya koşum atı tanımı birer nitelik olarak kabul edilecektir. Buna karşılık, binek atı kavramı borçlanılan çeşit olarak kabul edilirse koşum atının teslimi aliud teslimi meydana getirecektir. Oysa, alıcının hukuki konumu kendisine teslim edilen yapay ipek elbisenin, “hakiki ipek elbise” çeşidine dahil olmadığı için “aliud” ya da elbise çeşidine dahil ancak “ipek” niteliğini taşımadığı için “ayıplı” kabul edilme olasılığına göre farklı olmamalıdır. Çeşidin belirlenmesi, hiç ifa etmeme ya da ayıplı ifa kavramlarından bağımsızdır. Bu sebeple, borçlanılan çeşidin tespitinde objektif kriter olan ticari yaşamda hâkim olan genel ilkeler geçerli olmalıdır; bkz. **Honsell, OR BT**, s. 144- 145.

³⁴ BGE 69 II 97, 100 vd.; BGE 22 II 571.

görüŖe göre, borçlanılan çeŖidin sınırının bu yolla çizilmesi pek mümkün değildir³⁵. Zira, her somut olayda borçlanılan çeŖidin sınırının çok geniş ya da dar tutulması bizzat tarafların ellerindedir.

İsviçre Federal Mahkemesi de önceleri soyut ve genel bir borçlanılan çeŖit tanımını benimserken daha sonraki kararlarında borçlanılan çeŖidin tanımlanmasına ilişkin “ticari örf ve âdet kurallarının” ve bazı olaylarda ise “kararlaŖtırılan kullanım amacının” göz önüne alınması gerektiğini kabul etmiştir³⁶. Son olarak Federal Mahkeme, borçlanılan çeŖitten başka bir çeŖide dahil olduğu iddia edilen aracın (kaldırmalı *forklift*) teslim edilmesine ilişkin bir uyuŖmazlıkta borçlanılan çeŖit kavramını tartıŖma imkânı bulmuŖ ve “tarafların borçlanılana ilişkin somut tanımlamalarının” üstün tutulduğu “nispi çeŖit tanımının” kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir³⁷.

Mahkemeye göre tarafların kararlaŖtırdıkları çeŖidin niteliklerinden en az birini taşımayan Ŗeyin teslim edilmesi, “borçlanılan çeŖitte malın” değıl, borçlanılandan başka malın yani bir aliudun teslim edilmesi anlamına gelir. Nitekim, uyuŖmazlık konusu olayda teslim edilen düz vites (elle çalışan) TCM tipi forkliftin sözleşmede kararlaŖtırılan otomatik vites çeŖidine dahil olmadığı kabul edilmiştir. Zira, taraflar satıŖ sözleşmesinde TCM tipi otomatik vites bir forkliftin teslim edilmesini kararlaŖtırmıŖlar ve bu Ŗekilde somut olarak borçlanılan çeŖidi belirlemiŖlerdir (nispi çeŖit tanımı). Düz vites TCM tipi bir forklift, otomatik vites TCM tipi forklift çeŖidine

³⁵ Schubiger, **a.g.e.**, s. 37; Lanz, **a.g.m.**, s. 251 vd.; Bucher, **OR BT**, s. 118.

³⁶ Federal Mahkeme’ye göre “...satıcının alıcıya borçlandığı Helene Umalie maden işletmesinin kömürü yerine başka bir madenin kömürünü teslim etmesi, bir aliud’un teslim edilmesi değildir...”. Zira, taraflar ticarete yaygın olan görüşlere uygun Ŗekilde, teslim edilecek kömürün Helene Umalie maden işletmesinin kömürü olması hususunu, sadece bir nitelik olarak kararlaŖtırmıştır (BGE 20 II 976, aktaran Ŗenocak, **a.g.m.**, s. 125). Federal Mahkemenenin diğeri bir kararına konu olan olayda ise taraflar kış bezelyesi tohumunun teslimini kararlaŖtırmıŖlar ancak satıcı yaz bezelyesi tohumu teslim etmiştir. Mahkemeye göre burada satıcı, kararlaŖtırılan Ŗeyden farklı bir Ŗey (aliud teslim) değıl, satıŖa konu Ŗey, yani bezelye tohumu teslim edilmiştir. Zira, ticaret hayatındaki genel anlayıŖa göre tohumun dayanıklılığı onun niteliğini teŖkil eder. Bu nitelikten sapma, teslim edilen Ŗeyin aliud teslim olduğunu değıl, ayıplı olduğunu gösterir. Görüldüğü gibi Federal Mahkeme bu kararda da sözleşmeyi yorumlamıŖ ve tarafların “kış bezelyesi” kavramı altında, “bezelyenin kışa dayanıklı olması niteliğini” kararlaŖtırdıkları sonucuna varmıştır (BGE 22 II 571 aktaran Ŗenocak, **a.g.m.**, s. 126).

³⁷ Federal Mahkeme gerekçesinde Ŗu ifadelere yer vermiştir: “...Soyut çeŖit tanımı reddedilmelidir. Zira, satıŖ sözleşmesinin tarafları satılan Ŗeyi bağımsız olarak belirleyebilir ve belirli tanımlamalara verdikleri öneme göre teslim edilecek malın hangi nitelikleri taşıyacağına az ya da çok kendileri karar verebilir. Genel, soyut bir borçlanılan çeŖit tanımı özellikle bu sebeple kabul edilebilir değildir...Bu bakımdan, tarafların satılanın niteliklerine ilişkin satıŖ sözleşmesinde yapmıŖ olduğu tanımlamaları ifade eden nispi çeŖit tanımından vazgeçilmemelidir...”. BGE 121 III 453, 456 vd.

dahil değildir. Bu sebeple olayda ayıplı ifa değil, aliud teslim meydana geldiği kabul edilmelidir³⁸.

Öte yandan Yargıtay'ın da verdiği bazı kararlarda Federal Mahkemenin verdiği bu sonuca paralel hareket ettiği söylenebilir. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 1987 model Mercedes 500 SEL tipi bir otomobilin satışında, 1986 model Mercedes 500 SEL tipi bir otomobilin teslim edilmesini aliud teslim olarak nitelendirmiştir. Mahkemeye göre çeşit satışında borçlanılan çeşidi belirlemek için tarafların sözleşmede öngördükleri niteliklerden hareket edilmelidir. Bu bakımdan, taraflarca sözleşmede öngörülen niteliklerden biri dahi teslim edilen malda bulunmazsa ayıplı ifanın değil, aliud teslimin gerçekleştiği kabul edilmelidir³⁹.

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin satış sözleşmesi ve faturada ön ve arka üflemleri klimaya sahip olduğu belirtilen araç yerine sadece ön üflemleri klimaya sahip bir aracın teslim edildiği uyuşmazlığa ilişkin kararı da İsviçre Federal Mahkemesi'nin yukarıda incelenen son kararı ile uyum içerisindedir. 19. Hukuk Dairesi ilk derece mahkemesinin arkadan üfleme klimanın eksikliğini açık ayıp olarak nitelemesini hukuka uygun bulmayarak kararında şu ifadelere yer vermiştir: “...Davacı vekili, müvekkili tarafından satın alınan ticari araçta aracın proforma faturasında ve mali faturasında araçta arka ve ön üflemleri klima olduğunun belirtildiği halde, müvekkiline teslim edilen araçta arka üfürme özelliğinin bulunmadığını, bu nedenle

³⁸ BGE 121 III 453. Ayrıca bkz. Lanz, a.g.m., s. 249.

³⁹ “(...)Davalı-satıcının davacı-alıcıya hitaben düzenlediği 27.11.1986 tarihli faturada satılan otomobilin Mercedes 500 SEL tipi ve 1987 modeli olduğu belirtildiğine ve davacı da bu faturaya itiraz etmediğine göre taraflar arasında 1987 modeli bir otomobilin alım-satımına ilişkin bir sözleşmenin kurulduğu sabittir. Öğretide ve jurisprudansta egemen olan görüşe nazaran çeşidiyle belirlenen bir menkulün satımında sözleşenlerin çeşidi belirlemek için sözleşmede öngördükleri yasılardan biri teslim edilen şeyde bulunmazsa artık ayıplı teslim değil satılardan başka bir şeyin teslimi (aliud teslimi) söz konusu olur (Prof. Dr. Haluk TANDOĞAN / Borçlar Hukuku Özel Borç ilişkileri, C: U1, 4. Bası, 1985, sh: 171 vd.; Dr. Seyfullah EDİS / Satıcının Ayıba Karşı tekeffül Borcu, 1963, sh: 11 vd.; Doç. Dr. Cevdet YAVUZ / Satıcının Satılanın Ayıplarından Sorumluluğu, 1989, sh: 46 vd.). Nitekim, İsviçre Federal Mahkemesi benzer bir olayda “bir çeşit borcunun ifasında o çeşidi belirleyen her unsurun teslim edilen şeyde mevcut olması gerektiğini, bu unsurlardan biri dahi eksikse o şeyin üzerinde uyuşulan şey değil başka bir şey olduğu” gerekçesiyle satımı sözleşilen 1964 modeli Jaguar otomobili yerine 1963 model Jaguar teslimi halinde bu görüşü doğrulamıştır(...)” Yargıtay 11. HD., E. 1988/9372 K. 1990/1085 T. 20.02.1990. Bununla birlikte Yargıtay 11. Hukuk Dairesi. kararının gerekçesinde her ne kadar aliud teslimin gerçekleştiğini kabul etse de alıcının satıcı tarafından “iğfal” edilmesi ile ilgili ayıp hükümlerinin uygulanması gerektiğine karar vermiştir. Gerekçenin değerlendirilmesi için ayrıca bkz. İsmail Doğanay, **Ticari Alım Satım Akdi ve Nevileri**, 2.Baskı, Ankara, 2003, s.139 vd. 11. Hukuk Dairesi'nin ulaştığı sonuca benzer diğer kararlar için bkz. Yargıtay 19. HD., E. 2012/13458 K. 2013/3079 T. 18.02.2013 (www.lexpera.com.tr); Yargıtay 19. HD., E. 2015/14605 K. 2016/6137 T. 8.4.2016 (www.lexpera.com.tr); Yargıtay 19. HD., E. 2016/3980 K. 2016/10632 T. 14.6.2016 (www.lexpera.com.tr); Yargıtay 19. HD., E. 2016/11823 K. 2017/265 T. 19.1.2017 (www.lexpera.com).

faturaya konu araçtaki eksikliğin aracın orjinallliği bozulmadan giderilemeyeceğini, öncelikle aracın proforma ve mali faturasına uygun yeni bir araç ile değiştirilmesini... bunun mümkün olmaması halinde aracın iade alınması ve faizi ile birlikte taraflarına ödenmesine veya ayıp nedeniyle araç bedelinden indirim talep etme konusundaki seçimlik haklarının saklı tutulmasını talep ve dava etmiştir... Dava, satın alınan aracın faturada belirtilen özelliklere uygun olmaması nedeniyle değiştirilmesi, mümkün olmadığı takdirde bedelin yada araca yapılan masrafin tahsili istemine ilişkindir. Dosya içinde bulunan davalı tarafından düzenlenen proforma fatura ve 16/11/2011 tarihli faturada **araçta ön-arka üflemleri klima özelliğinin bulunacağı açıkça belirtilmiştir**. Davacıya teslim edilen araçta ise sadece önde klimanın bulunduğu, arka klimanın bulunmadığı dosya içerisindeki delillerden anlaşılmaktadır. **Her ne kadar mahkemece aracın arkasında klima bulunmaması açık ayıp olarak kabul edilmiş ise de; taşınır satımında sözleşmede öngörülen vasıflardan biri teslim edilen şeyde bulunmazsa artık ayıplı teslimden değil, satılandan başka birşeyin teslimi (aliud teslimi) söz konusu olup; 818 sayılı Borçlar Kanunu 96. (TBK 112) maddesi uyarınca borç hiç veya gereği gibi ifa edilmediği takdirde borçlu kendisine hiçbir kusur yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür...**⁴⁰.

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin spot aydınlatma ve ampul satışına ilişkin diğer bir uyuşmazlıkta ulaştığı sonuç da yukarıda açıklanan kararlara benzer gerekçelere dayandırılmıştır; "(...)Davacı vekili, taraflar arasındaki spot aydınlatma ve ampullerin tedarik edilmesine ilişkin sözleşme uyarınca davacının teslim ettiği lamba bedelinin ödenmeyen kısmının tahsili için başlatılan icra takibine davalı tarafından itiraz edildiği, itirazın iptali ile icra inkar tazminatına hükmedilmesini talep ve dava etmiştir... Davalı vekili, taraflar arasındaki sözleşmede **teslim edilecek ürünlerin seramik ya da aliminyum gövdeli olmasının kararlaştırıldığı halde davacı tarafça plastik gövdeli kısa ömürlü ve az tasarruflu lambaların teslim edildiğini, anlaşılmaya tamamen aykırı ürünlerin teslim edildiğini savunarak davanın reddini istemiştir...** Davalının davacıya **sipariş ettiği malların niteliği açıkça belirtilmiş olup, davacının davalıya bu mallar dışında başka mallar teslim ettiği anlaşılmaktadır. Buradaki teslim aliud teslimdir(...)**⁴¹. 19. Hukuk Dairesi bu kararında borçlanılan çeşidin

⁴⁰ Yargıtay 19. HD., E. 2014/5653 K. 2014/9696 T. 22.5.2014 (www.lexpera.com.tr).

⁴¹ Yargıtay 19. HD., E. 2017/4118 K. 2018/635 T. 14.2.2018. (www.lexpera.com.tr). Sözleşmede 25m3/h kapasitede olması kararlaştırılan dekantörlerin, 18m3/h kapasitede olduğunun anlaşıldığı bir

sınırının nasıl çizilmesi gerektiğini açıkça tartışmamasına rağmen borçlanılan çeşit tanımını tarafların satış sözleşmesindeki tanımlamalarına göre yapmış ve bu çeşide dahil olmayan bir şeyin teslim edilmesini aliud teslim olarak kabul etmiştir.

Bununla birlikte, gerek Federal Mahkeme'nin gerek Yargıtay'ın en azından yukarıda vermiş olduğumuz kararlar bakımından “nispi çeşit tanımını” kabul ettiği söylenebilse de, bu kabulün aliud teslim ile ayıplı ifa arasındaki sınırın çizilmesine kesin bir çözüm getirdiği söylenemez. Zira, bizzat Federal Mahkeme satılana ilişkin somut tanımlamaların tarafların irade beyanlarından açıkça anlaşılamadığı hâllerde söz konusu irade beyanlarının güven teorisi çerçevesinde yorumlanması gerektiğini belirtmiştir⁴². Tarafların irade beyanlarının yorumlanması bakımından ise tekrar ticari hayattaki genel anlayışa, yani objektif kriterlere başvurulacağı açıktır⁴³.

Belirtmek gerekir ki, çeşit satışında satılan, tarafların çeşidi ayırt edici nitelik ve nicelikleri belirlemelerine göre kararlaştırılır. Aliud teslim ile ayıplı ifa arasındaki sınırın tespit edilmesindeki problem de çeşit satışının bu oldukça basit gibi gözükken özelliğinde yatmaktadır. Öyle ki, tarafların bu nitelik-nicelik kararlaştırmalarının bir “çeşit tanımı” oluşturmak mı yoksa sadece satılanın nitelikleri hakkında TBK m. 86 çerçevesinde gerçekleştirdikleri bir anlaşma anlamına mı geldiğinin tespit edilmesi bazı olgularda oldukça zordur. Somut olay bakımından ikinci ihtimale üstünlük tanınırsa, söz konusu niteliklerin eksikliği hâlinde ayıplı ifadan, birinci ihtimale üstünlük tanınırsa ise söz konusu niteliklerin eksikliği hâlinde başka çeşitten bir mal, yani aliud teslimden söz edilecektir.

Yukarıdaki açıklamalar ve kararlardan da anlaşıldığı gibi çeşit satışında aliud teslim ve ayıplı ifanın farklı hukuki kurumlar olduğu öncülü benimsendiğinde, aliud teslimin ayıplı ifadan ayırt edilebilmesi için her somut olayda ilk olarak borçlanılan çeşit tanımının yapılması zorunluluğu ile karşılaşılacaktır. Buna karşılık, gerek öğreti gerek uygulamada bu konuda bir görüş birliği söz konusu değildir (Örneğin, kimilerine göre süper benzin yerine normal benzin tesliminin ayıp, kimileri göreyse

olayda borçlanılan çeşitten farklı bir malın, yani aliud teslimin gerçekleştiğinin kabul edildiği bir karar için bkz. **Yargıtay 19. HD., E. 2016/11823 K. 2017/265 T. 19.1.2017 (www.lexpera.com.tr)**. Tarafların satış sözleşmesinde “SN8” kalitesinde “Pilsa” marka boru tesliminin kararlaştırıldığı ancak teslim edilen boruların “SN8” kalitesine sahip olmadığı bu sebeple başka bir çeşide dahil olduğunun kabul edildiği karar için bkz. **Yargıtay 19. HD., E. 2015/10775 K. 2016/2651 T. 22.2.2016. (www.lexpera.com.tr)**.

⁴² BGE 121 III 453, 456 vd.

⁴³ Zevkililer/Gökyayla, **a.g.e.**, s. 117; Ginter, **a.g.e.**, s. 112.

aliud teslim sayıldığını anımsayalım⁴⁴). Bu durumda aliud teslim ve ayıplı ifa arasındaki sınır, sıklıkla belirsiz kalmakta ve ancak her somut olayda nihai olarak hakim tarafından dürüstlük kuralları göz önünde bulundurularak çizilebilmektedir⁴⁵.

Bu noktada bazı yazarlar⁴⁶, niteliklerden sapılma ölçüsüne (*Mass der Abweichung*) göre hareket etmektedir. Bu bakımdan teslim edilen malın niteliklerinin, satış konusu maldan önemli derecede farklı olduğu durumlarda, aliud teslim söz konusu olacaktır⁴⁷. Örneğin, kuğu satışında kaz teslim edilmesi durumunda teslim edilen malın niteliklerinin, satış konusu maldan önemli derecede sapması sebebiyle aliud teslim söz konusudur⁴⁸.

Gerçekten de armut yerine elma, bisiklet yerine tır tesliminde borçlanılandan farklı bir çeşide ait malın teslim edildiğinin açık olduğu, bu bakımdan aliud teslim ve ayıplı ifa arasında bir sınırlandırma probleminin olmadığı söylenebilir. Özellikle bu hâllerde aliud teslim ve ayıplı ifayı, sadece sınırlandırma zorluğu argümanı ile aynı potada toplama fikri önemini kaybetmektedir. Ne var ki, bu hâllerde dahi aliud teslim ve ayıplı ifanın birbirinden farklı hukuki kurumlar olarak ele alınmasının gerekip gerekmediğine ancak aliud teslim hâlinde ayıptan sorumluluk hükümlerinin uygulanması üzerine taraflar arasındaki menfaat dengelerinin nasıl şekilleneceği incelendikten sonra karar verilmelidir.

3. Kısmi İfa

Teslim edilen malın, miktar olarak sözleşmede kararlaştırılandan az olması /geri kalması kural olarak ayıplı ifanın değil, kısmi ifanın söz konusu olmasına sebep olur⁴⁹. Diğer bir deyişle gereği gibi ifa etmemeden değil, satıcının edimini kısmen ifa etmemesinden söz edilir. Bu sebeple satılanın sadece bir kısmının ifa edildiği kısmi (eksik) ifa hallerinde TBK m.84 uyarınca kısmi ifaya ilişkin hükümler uygulama alanı

⁴⁴ Benzer daha fazla örnek için bkz. Serozan, **Özel Bölüm**, s. 205.

⁴⁵ BK OR- **Giger**, Vorbemerkungen zu Art. 197- 210, N. 44, 50; Bucher, **OR BT**, s. 118.

⁴⁶ Serozan, **Özel Bölüm**, s. 205; Yavuz, **Satıcının Sorumluluğu**, s. 52; Bucher, **OR BT**, s. 118. Bu yaklaşımın, hukukî dayanaktan yoksun olduğu yönünde bkz. Petra Ginter/Vito Roberto, **“Abgrenzung OR- BT im Kaufrecht”**, in: ius. Full, 1/2003, s. 19.

⁴⁷ Serozan bu durumu şu şekilde ifade etmektedir *“Alıcıyı isyan ettirecek, “artık bu kadarı olmaz” dedirtecek ölçüde belirgin ve çarpıcı türdeşlik sapmalarında “yanlış ifa”dan (aliud ifasından), buna karşılık, bu ölçüyü bulmayan sapmalarda ayıplı ifadan söz edilir”*. Serozan, **Özel Bölüm**, s. 205.

⁴⁸ Bucher, **OR BT**, s. 118-119.

⁴⁹ Kısmi ifa kavramı hakkında detaylı açıklamalar için bkz. Feride Demirbaş, **Kısmi İfa**, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2018, s. 133-136; Tandoğan, **C.I/1.**, s. 172.

bulur⁵⁰. Esasen bu durumda satıcı satılanı gereği gibi ifa olarak arz etmediği için alıcı kısmi ifayı reddederek borcun tamamı için temerrüt hükümlerine başvurabilir. Bununla birlikte alıcı, kısmi ifayı kabul edebilir ve geri kalan kısmın ifa edilmesini de talep edebilir⁵¹.

Öte yandan, öğretide “nicelik eksikliği” ile ayıp kavramı arasındaki sınırlamayı kaldırma yönünde bir eğilim de söz konusudur⁵². Nitekim, TBK m.219/I’de “*niteliği etkileyen niceliğe aykırı olan*” eksiklikler ayıp olarak kabul edilmiştir⁵³. 2002 reformu sonrası BGB § 434 III’de de nicelik bakımından eksik ifa ile ayıplı ifanın, aynı hukuki sonucu doğuracağı düzenlenmiştir⁵⁴. Ayrıca, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun “*Ayıplı maldan sorumluluk*” başlıklı 9.maddesinin 1.fıkrası “*Satıcı, malı satış sözleşmesine uygun olarak tüketiciye teslim etmekle yükümlüdür.*” hükmünü ihtiva etmektedir. Bu bakımdan satıcının nicelik bakımından eksik ya da fazla ifasının TKHK m.9/I düzenlemesi ışığında artık ayıplı ifa olarak değerlendirilmesi gerektiği belirtilmektedir⁵⁵.

Son olarak, çeşit satışında nicelik eksikliğinin/sapmasının malın niteliğini etkilemenin ötesinde, onun borçlanılandan farklı bir çeşide dahil olmasına yol açtığı durumlarda artık ayıplı ifadan değil, aliud teslimden söz edilmesi gerektiği üzerinde durulmaktadır⁵⁶. Bu anlayışa göre örneğin, satıcının 5.000 paket DIN A 4 daktilo

⁵⁰ Aral/ Ayrancı, **a.g.e.**, s. 118.

⁵¹ Aral/Ayrancı, **a.g.e.**, s. 120.

⁵² Serozan, **Özel Bölüm**, s. 203, n. 692. Nitekim, 2002 reformu sonrası BGB 280/I-III, 281 ve 282 hükümlerinde “yüküm ihlali” kavramı ifa engellerinin merkezini oluşturan kavram olarak kabul edilmiş ve 2002 reformu öncesi imkânsızlık ve temerrüt odaklı ifa engelleri sistemi terkedilmiştir. Açıklamalar için bkz. Şahin Akıncı, “**Kötü İfa- Eksik İfa- Ayıplı İfa Ayrımı ve Bu Ayrımın Hukuki Sonuçları**”, 1926’dan Günümüze Türk-İsviçre Medeni Hukuku, Medeni Kanun’un ve Borçlar Kanunu’nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu, C.II, İstanbul, 2016, s. 1392 vd.

⁵³ Niteliği etkileyen nicelik kavramı İsviçreli kimi yazarlar tarafından “*Quantitätsmangel*” (nicelik eksiklikleri) olarak ifade edilmektedir. BSK OR-**Honsell**, Art.197, N.9; Eugen Bucher, **Obligationenrecht**, Besonderer Teil, 3.Auflage, Zurich, 1988, s.117. Türk Hukukunda Serozan bu kavramı “*nicelik ayıbı*” olarak kullanmaktadır. Serozan **Özel Bölüm**, s. 203, N. 690-694. Öğretide bir başka görüşe göre ise nicelik ayıbı gibi ayrı bir ayıp türü bulunmamaktadır. Niteliği etkileyen nicelik eksikliğinde de aslında ya satıcının bildirdiği bir niteliğe aykırılık vardır ya da bulunması gereken nitelik bakımından bir eksiklik söz konusudur. Mesela satılan yün işinde belli sayıda örgünün bulunmaması ayrı bir nicelik ayıbı formu yaratmaz. Zira, belli sayıda örgünün bulunmaması ancak tarafların belli örgü sayısını en azından “sübjektif esaslı unsur” olarak tartıştıkları ve bu sebeple satıcının bildirdiği bir nitelik eksikliği olarak kabul edilmesini gerektirir. Bu yönde bir kabul yapılmıyorsa, belli sayıda örgü en azından bulunması beklenen nitelik şeklinde algılanmalıdır. Melek Bilgin Yüce, “**Satış Sözleşmesinde Ayıptan Sorumluluğun Şartları Ve Alıcının Seçimlik Hakları**”, **MÜHFAD**, 2011, s.383-384.

⁵⁴ Serozan, **Özel Bölüm**, s. 203, n. 690. BGB § 434 III: “*Satıcı başka bir şeyi veya nicelikçe eksik şeyi teslim ederse, ayıplı ifa hükümlerine tabidir*”.

⁵⁵ Aydoğdu, **Madde 8/Aydoğdu Şerhi**, s. 206- 209.

⁵⁶ Cyprian, **a.g.e.**, s.7.

kağıdı yerine 5.000 paket DIN A 5 daktilo kağıdı teslim etmesi hâlinde ayıplı ifa değil, aliud teslim söz konusudur. Zira, 148x210 mm. boyutları yerine 210x297 mm. boyutlarında olan kağıtların teslimi büsbütün borçlanılandan farklı bir şeydir.

C. Parça Satışında İfa Engelleri

1. Ayıplı İfa ve Nitelik Aliudu (*Qualifikationsaliud*)

Günümüzde satış sözleşmesinin akdedildiği birçok olayda, tarafların bireyselleştirmek suretiyle belirledikleri parçayla, alıcıya teslim edilen parçanın uyuşması söz konusuysen bu parça tarafların ona ilişkin belirledikleri niteliklerden sapmaktadır. Alman öğretisinde ilk defa *Brueggemann* tarafından teslim edilen parçanın, tarafların kendisine yüklediği belirli niteliklerden genel olarak dört şekilde sapabileceği belirtilmiş ve söz konusu bu hâlleri ifade etmek için nitelik aliudu (*Qualifikationsaliud*) kavramı kullanılmıştır⁵⁷. *Brueggemann* tarafından ifade edilen dört hâl şu şekilde gruplandırılabilir:

- Somut Birey Sapmaları (*Konkrete Individualabweichungen*)

Özgün bir parçanın bireyselleştirilmiş niteliğini taşıması hâlinde söz konusu olur. Parçayı diğer parçalardan ayırıcı şahsi niteliğinin göz önüne alındığı satışlarda, alıcıya teslim edilen parçanın, gerçekte ilgili şahsi niteliğini taşıması hâlidir. Örneğin, Bismarck'ın Frankfurt Anlaşmasını imzaladığı kalemin veya *van Gogh*'un tablosunun satılması ancak sahtelerinin teslim edilmesinde, somut şahsi nitelik sapması söz konusudur⁵⁸.

- Somut Çeşit Sapmaları (*Konkrete Gattungsabweichungen*)

Parçanın dâhil olduğu çeşidin niteliklerini taşımasıdır. Örneğin, tarafların ferdiyle belirlediği altın yüzüğün satışında yüzüğün altın kaplama olduğunun anlaşılması hâlinde borçlanılan çeşitten sapma söz konusudur⁵⁹.

- Somut Durum Sapmaları (*Konkrete Umstandsabweichungen*)

Parçanın satış sözleşmesine göre sahip olması gereken ve onun değerini belirleyen durumdan sapmasıdır. Bu hâldeki sapma, yalnızca parçanın niteliğini değil,

⁵⁷ Bruggemann, in: Großkomm. z. HGB, 3. Aufl., § 378 Anm. 34 (naklen), Cyprian, **a.g.e.**, s.11-12.

⁵⁸ Werner Flume, **Eigenschaftsirrthum und Kauf**, Münster, 1948, s. 118.

⁵⁹ Flume, **a.g.e.**, s.118.

çevresi ile ilişkisini de etkilemekte ve taşınmaz satışlarında söz konusu olmaktadır. Örneğin, satış sözleşmesine konu olan taşınmazın komşu parselindeki arazinin üzerinde yapı inşaat sınırlaması olduğu sözleşmede belirtilmesine rağmen, gerçekte böyle bir inşaat sınırlamasının söz konusu olmaması hâlinde somut bir durum sapması söz konusudur⁶⁰.

- Somut Nicelik Sapmaları (*Konkrete Quantitätsabweichungen*)

Teslim edilen parçanın, sözleşmede kararlaştırılan niceliğe (ağırlık, miktar ve ölçü gibi) sahip olmaması hâlinde söz konusu olur. Örneğin, tarafların somut olarak seçtikleri buzdolabının teslim edildikten sonra satış sözleşmesinde belirtilen uzunluğa veya ağırlığa uygun olmadığı tespit edilmesi hâlinde somut nicelik sapması söz konusudur⁶¹.

Nitekim İsviçre Federal Mahkemenin de Şah Abbas halısı kararında⁶², nitelik aliudu kavramını benimsediği söylenebilir. Karara konu olayda, antika Şah Abbas İran halısı olarak satılan halının aslında gerçeğinin modern bir taklidi olduğu anlaşılmış ve Federal Mahkeme bir aliud teslimin gerçekleştiği sonucuna varmıştır. Federal Mahkeme bu kararında parça satışında dış ayniyetin yanında aynı zamanda iç ayniyetin (yani somut bireyselleştirilmiş niteliğin) de olması gerektiğini kabul etmiş ve dış ayniyet söz konusu olmasına rağmen iç ayniyetin bulunmadığı durumlarda da aliud teslimin gerçekleşebileceğini vurgulamıştır⁶³.

Buna karşılık öğretideki hakim görüşe göre, parça satışında aliud teslim kavramı çoğunlukla tarafların ferden belirlediği parçadan farklı bir parçanın teslim edilmesi hâlinde söz konusu olur⁶⁴. Satılan (tarafların ferden tayin ettikleri) parçanın, alıcıya teslim edildiği durumlarda nitelik aliudu kavramına ihtiyaç yoktur⁶⁵. Nitelik aliudu olarak adlandırılan hâllerde aslında ayıplı ifa söz konusudur ve ayıptan sorumluluk

⁶⁰ 2002 Alman Borçlar Hukuku reformundan önce, kamu hukukuna ilişkin sınırlamalar hukuki ayıp olarak nitelendirilirken, inşaat sınırlamaları maddi ayıp olarak dikkate alınmıyordu. Bu durum gerek uygulamada gerek öğretide kamu sınırlamalarının ne zaman hukuki ayıp ne zaman maddi ayıp olarak kabul edileceğine ilişkin tartışmalara sebep oluyordu. Yeni kanunda bu konu doğrudan bir düzenleme ile çözüme kavuşturulmamış, maddi ayıp ile hukuki ayıp neticesinde aynı sonuçlar öngörülerek, bu sorun giderilmeye çalışılmıştır. Kahveci, **a.g.e.**, s. 13.

⁶¹ BGE 87 II 244 vd.

⁶² Karar için bkz. Şenocak, **a.g.m.**, s. 133.

⁶³ Karar için bkz. Kanışlı, **a.g.e.**, s. 478, dn. 1224. Parça satışı bakımından aynı görüşte bkz. Kevork Acemoğlu, **a.g.m.**, s. 29; Serozan, **Parça Borcu-Çeşit Borcu**, s. 235, dp. 45. Ancak Serozan daha sonra bu görüşünden kısmen vazgeçmiştir (Serozan, **Özel Bölüm**, s. 204 vd.).

⁶⁴ Bu görüş hakkında açıklamalar için bkz. § 1, I, C, 2.

⁶⁵ Becker, Art. 197 N. 2.

hükümlerinin uygulanması gerekir. Nitekim, Federal Mahkeme'nin daha sonraki kararlarında bu anlayışı benimsediği söylenebilir. Federal Mahkeme *Léopold Robert*'in tablosu olarak satılan bir tablonun bu ressama ait olmadığına anlaşıldığı bir olayda ayıplı ifanın söz konusu olduğunu belirtmiştir. Mahkeme'ye göre taraflarca ferden tayin edilen tablo alıcıya teslim edilmiştir. Burada taraflarca ferden tayin edilmiş tablonun vaadedilen (bildirilen) nitelikleri taşımaması sebebiyle ayıplı sayılması söz konusudur⁶⁶.

Federal Mahkeme, *van Gogh*'un tablosu kararında da satılan tablonun onun bir kopyası çıkması hâlinde aliud teslimin değil, ayıplı ifanın gerçekleştiğini belirtmiştir. Federal Mahkeme kararını şu şekilde gerekçelendirmektedir: “...Gerçekten davacı, tablonun hakiki olmadığı kabul edilirse, fiilen ya da iktisaden beklediğini, yani hakiki bir *van Gogh* tablosu alamamıştır. Ancak tarafların 1948 yılı Haziran ayında yapmış oldukları sözleşmenin konusunu, davalının bir bankanın kasa dairesinde sakladığı ve **davacıya gösterdiği çeşitli tablolar arasında, davacının seçtiği, satın aldığı ve götürdüğü tablodur.** Davacının satın aldığı tablo *van Gogh*'un otoportresi sayılan, banker (M) 'nin koleksiyonunda uzun süre durmuş olan, sanatkârın eserleri listesinde yer alan ve birkaç kez röpredüksiyonu yapılan tablodur; davacı bu tabloyu teslim almıştır... **Satılan tablo ile teslim edilen tablo aynıdır. Satım sözleşmesi ifa edilmiştir; Zira, başka bir nesnenin (aliud) teslimi yoktur**”⁶⁷.

Belirtmek gerekir ki, Federal Mahkeme'nin nitelik aliuduna ilişkin bu görüşü kabul edilecek olursa parça satışında ayıplı ifanın aynı zamanda gereği gibi ifa etmeme kavramını meydana getirip getirmeyeceği meselesi gündeme gelir. Parça satışında gereği gibi ifa etmeme kavramının söz konusu olabilmesi için de satılanın niteliklerinin, satış sözleşmesi ve dolayısıyla satıcının yükümlülüğüne dâhil olduğu kabul edilmelidir.

Tekeffül teorisi (*Gewährleistunstheorie*) olarak nitelendirilen bir görüşe dahil yazarlara⁶⁸ göre; parça satışında satıcının yükümlülüğü, yalnızca alıcı ile üzerinde anlaştıkları malın mülkiyetini alıcıya geçirmektir. Satılan şey ferden belirlenmiştir ve

⁶⁶ BGE 56 II 124 vd. Kararın açıklaması için ayrıca bkz. Schubiger, *a.g.e.*, s. 43.

⁶⁷ BGE 82 II 411. Kararın çevirisi için bkz. Selim Kaneti, **İsviçre Federal Mahkemesi'nin Borçlar Hukuku Kararları (1955-1964)**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1968, s. 43 vd. Ayrıca bu kararın incelenmesi için bkz. Acemoğlu, *a.g.m.*, 21-22.

⁶⁸ Bu görüşteki yazarlar için bkz. Becker, Art.197-210, N.1; Larenz, **Schuldrecht II**, s.66-67; von Tuhr, **Borçlar Hukuku**, s.97,98; Kenan Tunçomağ, **Türk Borçlar Hukuku, Cilt II, Özel Borç İlişkileri, Akdin Muhtelif Nevileri**, Sermet Matbaası, 1977, s.97.

olduğu gibi teslim edilmesi ile satıcının satılanı teslim borcu sona erer⁶⁹. Bu bakımdan parça satışında satılana ilişkin nitelikler satış sözleşmesi kapsamına girmez; bunlar sözleşmenin kurulması bakımından taraflar için olsa olsa birer saik konumundadır. Alıcı, ferden belirlenmiş parça kendisine ifa edilmek istendiği zaman teslim almaktan kaçınmaz. Bu durumda; alıcının sadece ayıptan sorumluluk hükümlerine başvurması mümkündür. Öyleyse, satış sözleşmesi ile belirlenen parça teslim edilirse, alıcının gereği gibi ifa etmemeye ilişkin hükümlere başvurması mümkün olmaz⁷⁰. Bu görüş çerçevesinde satıcının ayıplı ifası, sözleşmeden doğan teslim borcu kapsamında değerlendirilmemekte, ayrı bir borç olduğu kabul edilmektedir⁷¹.

İfa teorisini (*Erfüllungstheorie*) savunan yazarlara⁷² göreyse, parça satışında malın ayıpsız teslimi satıcının teslim borcu kapsamındadır. Zira, parça satışında da satılanın nitelikleri sözleşmenin ve satıcının edim borcunun içeriğine dâhildir⁷³. Bu bakımdan satıcı, ayıplı ifada bulunmuşsa alıcıya karşı üstlenmiş olduğu borcu gereği gibi ifa etmemiş olacaktır. Parça satışlarında satılanın belirlenmesi ferden gerçekleşmekte ve sadece bu açıdan çeşit satışından ayrılmaktadır. Alıcı tıpkı çeşit satışında olduğu gibi parça satışlarında da satılanı, niteliklerini göz önünde bulundurarak satış sözleşmesine konu etmektedir. Dürüstlük kuralına göre alıcı, satışa konu parçanın sahip olması beklenen ya da bildirilen niteliklere sahip olduğuna güvenebilmelidir. Bu bakımdan parça satışlarında da satıcının ayıpsız ifada bulunma

⁶⁹ Becker, Art.197-210, N.1; Larenz, **Schuldrechts II**, s.66-67; von Tuhr, **Borçlar Hukuku**, s.97,98. Bu görüş dayanaklarını Roma hukukunda savunulan şu prensipte bulmaktadır: “Satıcının parça satışının doğasına uygun olarak yükümlülüğü parçanın mülkiyetini olduğu gibi devretmektir (vermektir/dare). Satıcının bir sonuç yaratma, ortaya koyma yükümlülüğü bulunmamaktadır”. Bu görüş hakkında detaylı açıklamalar için bkz. Yavuz, **Satıcının Sorumluluğu**, s. 55 vd.

⁷⁰ Açıklamalar için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s.75; Tunçomağ, **a.g.e.**, s.97.

⁷¹ Larenz, **Schuldrecht II**, s.66-67

⁷² İfa teorisi ve bu teori yönünde görüş bildiren yazarlar hakkında bkz. Tandoğan , **C. I/1**, s.43; Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s.60, dp.84; Fahrettin Aral, **Kötü İfa**, s.115; Halil Arslanlı, **Ticari Bey**, 4.Bası, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1955, s.61-62; Seyfullah Edis, **Türk Borçlar Hukukuna Göre Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu**, Ankara, 1963, s. 130.; M.Alper Gümüş, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Kısa Ders Kitabı**, 2.Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017, s.59. İsviçre hukukunda aynı görüşte bkz. Schubiger, **a.g.e.**, s. 9; Neuenschwander, **a.g.e.**, s. 25; Ginter, **a.g.e.**, s. 75.

⁷³ Parça satışında satılanın niteliklerinin sözleşmenin ve satıcının yükümlülüğünün muhtevasına dahil olduğu yönünde detaylı açıklamalar için bkz. Flume, **a.g.e.**, s. 17 vd., 80-81, 91-92. Aral’a göre alıcının ayıpsız parçanın aynen ifasını talep edebilip edemeyeceği, satıcının edim yükümlülüğünün kapsamının belirlenmesinde önemli değildir. Satıcının edim yükümlülüğünün kapsamı, alıcı tarafından ayıpsız parçanın talep edilebilirliğine göre değil; güven teorisi çerçevesinde tespit edilmelidir. Aral, **Kötü İfa**, s.115; Kocayusufpaşaoğlu da satıcının tarafların üzerinde anlaştıkları parçayı teslim ile borcundan kurtulmasının kabul edilemeyeceğini düşünmektedir. Nitekim yazara göre bu yönde bir kabul dürüstlük kurallarına göre değerlendirilmesi gereken satış sözleşmesinin amacına uygun olmaz. Bu bakımdan satıcının edim yükümünün kapsamı satışa konu parçanın niteliklerini de içermelidir. Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s.68, dn.84.

yükümlülüğünün, teslim borcunun kapsamında olduğu kabul edilmelidir⁷⁴. Nitekim, 2002 reformu sonrası BGB § 433/I'de gerek parça gerek çeşit satışında ayıptan ari mal tesliminin satıcının edim yükümü kapsamında olduğu düzenlenmiştir. Bu bakımdan yeni Alman hukukunda da ifa teorisi benimsenmiş ve parça satışında ayıplı mal teslimi, genel ifa engelleri kuralları ile uyumlu hâle getirilmiştir⁷⁵.

Söz konusu teorilerin sonuçları açıktır. Tekeffül teorisi kabul edilirse satıcının gereği gibi ifa etmemesinden söz edilemeyeceği için TBK m. 112 vd. hükümleri ile ayıptan sorumluluk hükümleri arasında yarışma mümkün olmaz⁷⁶. Buna karşılık, ifa

⁷⁴ Detaylı açıklamalar için bkz. Kocayusufoğlu, **Hata**, s.60 vd.; Arslanlı, **Ticari Bey**, s.63 vd. Parça satışında şeye ilişkin niteliklerin sözleşmenin ve satıcının yükümlülüğünün muhtevasına dahil olduğu kabul edilince, şeyin sözleşmenin yapıldığı sırada gerçekte anılan nitelikleri taşıması durumunda sözleşmenin TBK m.27/I gereğince imkânsızlık sebebiyle kesin hükümsüz olduğu ileri sürülebilir. Flume, imkânsızlık sebebiyle sözleşmenin kesin hükümsüzlük yaptırımına bağlanamayacağı görüşündedir. Zira kanunda öngörülen imkânsızlık kavramı, doğrudan doğruya şeyin kendisinin hiç mevcut olmamasını göz önüne almaktadır. Ölü bir atın satılması gibi. Yoksa parçanın sözleşme konusu nitelikleri ile birlikte teslim imkânının olmaması hâlleri (at sağ ancak kararlaştırılmış nitelikleri taşıyor) söz konusu imkânsızlık kavramı içerisinde değildir. Flume, **a.g.e.**, s.108. Kocayusufoğlu da İsviçre ve Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen imkânsızlık kavramının Zitelmann'ın görüşünden (hukuki işlem iradesinin hiç bir zaman hukuki işleme konu olan şeyin niteliklerini içine alamayacağı esasına dayanan görüş) hareket edilerek hazırlandığını belirterek, kanunda yer alan imkânsızlık kavramının şeyin niteliklerine ilişkin imkânsızlık hâllerine ilişkin olmadığını belirtmektedir. Ayrıca yazara göre kanun koyucunun satış sözleşmesinde ayıp hükümlerini düzenlemesi de düşüncesinin bu yönde olduğuna bir kanıt oluşturur. Zira şeyin anılan nitelikleri taşıması sebebiyle sözleşmenin kesin hükümsüzlük yaptırımına uğradığı kabul edilirse, geçerli bir satış sözleşmesinin varlığını gerektiren ayıp hükümlerinin varlığına lüzum kalmazdı. Öyleyse kanunun, sözleşmeye, kesin hükümsüzlük yaptırımını düzenleyen normun amacı ile çatışma halinde olmayan başka hukuki sonuçlar bağlayabileceğini kabul etmek gerekir. Bu bakımdan incelenmesi gereken en önemli nokta kesin hükümsüzlük yaptırımını düzenleyen hükmün amacıdır. Kocayusufoğlu, **Hata**, s.66 vd. Nitekim kanun koyucu kendisi de, konusu imkânsız bazı sözleşmelere, TBK m.27/I'deki kesin hükümsüzlük yaptırımını uygulamaktan açık hükümle kaçınmaktadır. Bu duruma "*Alacak, bir edim karşılığında devredilmişse devreden, devir sırasında alacağın varlığını ve borçlunun ödeme gücüne sahip olduğunu garanti etmiş olur.*" hükmünü ihtiva eden TBK m.191/I (OR 171/I) örnek gösterilebilir. Mevcut olmayan bir alacağın satışı imkânsız olmakla birlikte, kanun koyucu bu sözleşmeye kesin hükümsüzlük yaptırımının uygulanmasını açık hükümle engellemektedir. Larenz, **Schuldrecht II**, s.94-95. Ayrıca Serozan da imkânsızlık sorununun, borcun parça veya çeşit borcu olmasından bağımsız olarak ele alınması ve sözleşmenin kurulması aşamasından ifa aşamasına kaydırılması gerektiğini belirtmektedir. Zira ifa aşamasına kaydırılan imkânsızlık sorunu güven ilkesinin yardımıyla somut koşullara ve menfaatler durumuna uygun olarak çözülebilecektir. Bu sayede borçludan, borçlandığı ve sözde ifası mümkün olmayan edimin yerine başkasını vermesi beklenebildikçe ve alacaklının başka bir nesnenin verilmesinde çıkarı da var oldukça, hem konuda imkânsızlık hem de ifa imkânsızlığı sorunu aşılabilecektir. Açıklamalar için bkz. Serozan, **Parça Borcu- Çeşit Borcu**, s.218-220. Son olarak belirtmek gerekirse 2002 reformu sonrası Alman hukukunda tüm imkânsızlık hâlleri genel bir hüküm (BGB § 275) altında toplanmış ve sözleşmenin konusundaki imkânsızlığın sözleşmenin geçersizliğine yol açmadığı kabul edilmiştir. BGB § 275 hükmü imkânsızlık hâllerinde borçlunun, kanun uyarınca kendiliğinden veya def'i yoluyla edimi yerine getirmekten kurtulduğu birbirinden farklı üç durum öngörmüş ve bunların ikincil sonuçlarını ayrı bentler hâlinde düzenlemiştir. Açıklamalar için bkz. Serkan Ergüne, "**Reform Sonrası Alman Medenî Kanununda İmkânsızlık Hâlleri Ve Sonuçları**", İÜHFM, C. LXII, 2004, s. 351-380.

⁷⁵ Lothar Haas/Dieter Medicus/Walter Rolland/Carsten Schaefer, **Das neue Schuldrecht**, München, 2002, V, N. 37; Kahveci, **a.g.e.**, s. 35.

⁷⁶ Ayrıca bkz. Ginter, **a.g.e.**, s. 71-77.

teorisine üstünlük tanınırsa söz konusu hükümlerin birlikte uygulanması mümkün olur. TBK m. 207/I ve 210'a göre satıcı, satılanın zilyetliğini ve mülkiyetini alıcıya devretmekle yükümlüdür. Kanaatimizce bu yükümlülüğün doğru bir şekilde yerine getirilebilmesi için parça satışında da satılanın niteliklerinin satış sözleşmesi ve dolayısıyla satıcının edim borcunun içeriğine dâhil olduğu kabul edilmelidir. Gerçekten de satıcının TBK m. 207/I ve m. 210 çerçevesindeki yükümlülüğünün anlamı, alıcının satılan şey üzerinde tam hak ve yararlanma sağlamasıdır. Bu sonucun gerçekleşmesi de, satılan şeyin beklenen ve bildirilen niteliklere sahip olmasıyla mümkün olur⁷⁷. Parça satışında satılanın niteliklerinin sözleşme içeriğine dahil olmadığı görüşü ise bu durumu daha en başından dışlamaktadır.

Bu bakımdan gerek çeşit gerek parça satışında, beklenen nitelikleri taşımayan ayıplı mal teslimi satıcının satılanı teslim ve mülkiyetini geçirme (asli⁷⁸) borcunun ihlâl edilmesine yol açar ve gereği gibi ifa etmeme kavramını gündeme getirir⁷⁹. Öyleyse, alıcı malı ayıplı olduğu için teslim almaktan kaçınarak genel hükümlere göre satıcıyı temerrüde düşürebilir⁸⁰. Bununla birlikte malı teslim aldıysa alıcının, özel olarak düzenlenmiş ayıptan sorumluluk hükümleri (TBK m.219 vd.) ile gereği gibi ifa etmeme genel hükümlerinden (TBK m.112 vd.) hangilerine dayanabileceği, yani söz

⁷⁷ Satıcının ayıptan sorumluluğu onun asli edimi olan satılanın zilyetliğini ve mülkiyetini alıcıya geçirme borcunun tamamlayıcısıdır. YHGK , E. 2014/13-678, K.2017/963, T.24.5.2017 (www.kazanci.com); YHGK. E. 2014/ 13-1401, K.2016/1060, T.16.11.2016 (www.kazanci.com).

⁷⁸ Belirlemek gerekir ki Serozan'a göre burada "yan edim yükümlülüğüne" aykırılık vardır: Asli edim yükümleri sözleşmenin tipini belirler ve bu bakımdan mutlak karakterdedirler. Yan edim yükümleri ise her somut olayda sözleşmenin amacına uygun ifa edilmesine hizmet ederler ve bu bakımdan değişkendirler. Satılanın nitelikleri de her somut olaya göre farklılık gösterebilir. Bu bakımdan satılanın ayıplı olup olmadığı her sözleşmeye göre ayrı ayrı tespit edilmelidir. Öyleyse, satılanın ayıplı ifa edilmesi her satış sözleşmesinde mutlak nitelikteki asli edim değil sübjektif olan yan edim yükümlülüklerine aykırılık şeklinde gerçekleşir. Serozan, **Parça Borcu-Çeşit Borcu**, s.230, dn.41; Rona Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, Gözden Geçirilmiş 2.Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007, s.287.

⁷⁹ Aral, **Kötü İfa**, s.115; Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s.60; Şahin, **a.g.e.**, s.28-29. Farklı görüşler için bkz. Yavuz, **Satıcının Sorumluluğu**, s.19 vd. BGB § 433 I'de satıcının maddi ve hukuki ayıplardan ari mal teslim yükümlülüğü açıkça düzenlendiği için satıcının ayıpsız mal teslimi borcu, asli edim yükümlülüğü kapsamında değerlendirilmektedir. Beckmann Michael Roland, **Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebensetzen: Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, § 433-480, Kaufrecht**, 15. Neubearbeitung, Berlin, 2014, Nr. 89.

⁸⁰ Tandoğan, **C.I/1**, s.122; Arslanlı, **Ticari Bey**, s.67.

konusu hükümlerin yarışması da gündeme gelebilir⁸¹. Bu hükümler arasındaki yarışmanın koşulları ileride ayrıntılı şekilde ele alınacaktır⁸².

2. Özdeşlik Aliudu (*Identitätsaliud*)

Öğretideki hâkim görüşe göre, çeşit satışına oranla parça satışlarında aliud teslim ve ayıplı ifa arasındaki sınırlama esasen çok daha sorunsuz yapılabilir⁸³. Bu anlayışa göre, parça satışında satıcının ediminin konusunu tarafların ferdiyle belirledikleri şey oluşturur ve ancak tarafların ferdiyle belirledikleri şeyden başka bir şeyin teslim edilmesi hâlinde aliud teslim meydana gelir. Öyle ki, borçlanılan ve teslim edilen parça arasındaki özdeşlik sapması (*Identitätsabweichung*) sebebiyle, söz konusu durum özdeşlik aliudu (*Identitätsaliud*) şeklinde tanımlanmaktadır⁸⁴. Bu görüşteki yazarlara göre, özdeşlik aliudu hâllerinde satıcının edimini hiç ifa etmediği kabul edileceği için ayıptan sorumluluk hükümlerinin değil, borçlunun (satıcının) temerrüdü yahut TBK m. 112 vd. hükümlerinin uygulanması söz konusu olur⁸⁵.

Bununla birlikte sözleşme konusu parçanın alıcıya teslim edildiği durumlarda artık aliud teslim kavramından söz edilmemelidir. Hatta, alıcıya teslim edilen parçanın niteliklerinin, sözleşmeye göre bulunması gerekli niteliklerden şu veya bu şekilde sapması parçanın ticaret hayatındaki anlayışa göre başka bir çeşit mal kategorisine dâhil sayılmasına yol açsa dahi, nitelik aliudunun değil, ayıplı ifanın meydana geldiği kabul edilmelidir⁸⁶. Zira, bu durumda taraflarca ferdin tayin edilmiş parça alıcıya teslim edilmekte ancak satılanın sahip olması gereken niteliklerden sapılmaktadır.

⁸¹ İsviçre Federal Mahkemesi'nin tekeffül ya da ifa teorilerinden hangisini benimsediğine yönelik açık bir kararı bulunmamaktadır. Bununla birlikte Federal Mahkeme, ünlü *van Gogh* ve *Picasso* kararlarında tekeffül teorisine uygun sonuca vardığı söylenebilir. Zira, Federal Mahkeme anılan kararlar çerçevesinde OR Art. 97 (TBK m. 112) vd. hükümlerinin OR Art. 197 (TBK m. 219) vd. hükümleri yanında uygulanamayacağını belirtmiştir. BGE 114 II 131, 133 (*Picasso* kararı); BGE 82 II 411, 416 vd. (*van Gogh* kararı).

⁸² Bkz. § 5.

⁸³ BSK OR- **Honsell**, Art. 197, N. 2; Yavuz, **Satıcının Sorumluluğu**, s. 47-49; Schubiger, **a.g.e.**, s. 41 vd.; Lanz, **a.g.m.**, s. 250.

⁸⁴ BSK OR- **Honsell**, Art. 197, N. 2; Lanz, **a.g.m.**, s. 248, 251; Schubiger, **a.g.e.**, s. 41; Cyprian, **a.g.e.**, s.15-16; BGE 82 II 411, 416. Bununla birlikte, *Şenocak* çalışmasında "*Identitätsaliud*" kavramını "aynıyet aliudu" şeklinde ifade etmektedir. *Şenocak*, **a.g.m.**, s.131.

⁸⁵ BSK OR- **Honsell**, Art. 197, N. 2, Art. 206, N. 2 vd.; BK OR- **Giger**, Art. 197-210, N. 42; von Bueren, **AT**, s. 385; Larenz, **Schuldrecht II**, s. 37; Flume, **a.g.e.**, s. 109 vd. Türk hukukunda parça satışlarında aliud teslimin, özdeşlik aliudu şeklinde gerçekleştiği yönünde bkz. Yavuz, **Satıcının Sorumluluğu**, s. 47; *Şenocak*, **a.g.m.**, s. 124 vd.; İpek, **a.g.e.**, s. 273; Kanışlı, **a.g.e.**, s. 482.

⁸⁶ Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 74 vd.; Yavuz, **Satıcın Sorumluluğu**, s. 49; Edis, **Tekeffül**, s. 12; Lanz, **a.g.m.**, s. 251.

İsviçre Federal Mahkemesi ve kanton mahkemelerinin verdiği çeşitli kararlarda da özdeşlik aliudu kavramına üstünlük tanındığı görülmektedir. Federal Mahkeme, satıcının deposunda bulunan şarabın satılması halinde, sözleşmeye göre hakiki olması gereken bu şarabın hakiki Türk şarabı olmamasını nitelik aliudu değil, ayıplı ifa olarak değerlendirmiştir. Zira, Federal Mahkeme’ye göre parça satışında ancak teslim edilen parça ile taraflarca ferden belirlenmiş parça arasında bir özdeşlik bulunmaması halinde aliud teslim söz konusu olur. Olayda teslim edilen Türk şarabı ile ferden satıcının deposunda belirlenen şarap arasında özdeşlik reddedilmediği için aliud teslimden değil, ayıplı ifadan söz edilir⁸⁷.

Federal Mahkeme diğer bir kararındaysa satış sözleşmesine göre *Antwerpen* limanına henüz varmış olan *Quenn* adlı İngiliz gemisinden “*boneless hams*” adlı ürünün teslim edilmesi gerekiyorken, *Antwerpen* limanına çok uzun zaman önce varmış *Trader* adlı İngiliz gemisinden “*boneless hams*” teslim edilmesini aliud teslim olarak nitelendirmiştir. Federal Mahkeme’ye göre ferden tayin edilmiş parça ile teslim edilen arasında özdeşlik ortadan kalkmış ve dolayısıyla özdeşlik aliudu meydana gelmiştir⁸⁸.

Bununla birlikte *Acemoğlu*’na göre, parça satışlarında aliud teslim sadece özdeşlik aliudu olarak adlandırılan tarafların ferden tayin ettiklerinden başka bir parçanın teslim edildiği hâlleri değil, nitelik aliudu hâllerini de içerecek genişlikte anlaşılmalıdır. Zira, parça satışında nitelik aliudu hâlleri ayıp kavramı altında toplanırsa ayıptan sorumluluk hükümleri uygulanacak ve bu hükümlerde düzenlenen kısa zamanaşımı süresinin geçirildiği durumlardaysa alıcı mağdur olacaktır⁸⁹. Öyle ki, yazara göre alıcı ayıptan sorumluluk hükümlerinde düzenlenen gözden geçirme ve ihbar külfetini yerine getir(e)mez ya da zamanaşımı süresini geçirirse başvurabileceği tek yol, yanılma ya da aldatma hükümleridir. Bununla birlikte, alıcının yanılma hükümlerine başvurması çoğu zaman yanılmanın üzerinden çok uzun bir süre geçtiği için TBK m. 34 (eski BK m. 25) çerçevesinde dürüstlük kuralına aykırılık oluşturduğu gerekçesiyle engellenme tehlikesiyle karşı karşıyadır⁹⁰. Aldatma hükümlerinde ise

⁸⁷ Karar için bkz. Şenocak, **a.g.m.**, s. 133.

⁸⁸ Karar için bkz. Şenocak, **a.g.m.**, s. 133.

⁸⁹ Acemoğlu, **a.g.m.**, s. 26 vd.

⁹⁰ Buna karşılık, *Kanışlı* burada *Acemoğlu*’nın vardığı bu sonucun yanılma kurumu bakımından yerinde olmadığını belirtmektedir. Zira, güven ilkesi tam da bu gibi durumlarda TBK m. 34’ün uygulanmasını engelleyecektir. Bu bakımdan alıcının korunacağı ve yanılma hükümlerine başvurabileceği rahatlıkla söylenmelidir, *Kanışlı*, **a.g.e.**, s. 482.

kendisine aynen ifa talebi tanınmadığı için alıcı, beklediği menfaati elde edemeyecektir. Bu olumsuz sonuçlardan kaçınmak için alıcıya aynen ifa talebi tanınmalıdır. Bu ise ancak nitelik aliudu hâllerinde de hiç ifa etmemenin gerçekleştiği kabul edilirse mümkün olacaktır⁹¹.

II. Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması (CISG) ve Bazı Ulusal Düzenlemelerde

A. Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması (CISG)’de

Kıta Avrupası hukuk sisteminde benimsenen ifa engelleri ayrımı, bu sisteme dahil olan İsviçre-Türk hukukunda da varlığını korumaktadır. Bununla birlikte, CISG m. 35 çerçevesinde ise malın sözleşmeye aykırılığı/malın sözleşmeye uygun olmaması (*lack of conformity*) kavramına üstünlük tanınmıştır⁹². Bu sistemde önemli olan sözleşmenin ihlal edilip edilmediğidir. Yoksa, sözleşmeyle borçlanılan edimin, hangi sebeple yerine getirilmediği, yani hangi ifa engeli tipinin gerçekleştiğinin belirlenmesi

⁹¹ Belirtmek gerekir ki, bu görüşteki yazarlar özellikle eski Borçlar Kanunu döneminde benimsenen parça borçlarında alıcının ayıptan sorumluluk hükümleri çerçevesinde yenisi ile değiştirme hakkına sahip olmadığı fikrinden yola çıkarak bu sonuca varmaktadır. Nitekim *Acemoğlu*, aliud teslim hâlinde kıyasen ayıptan sorumluluk hükümlerinin uygulanacağını belirten *Serozan*’ın açıklamalarına ilişkin “*aliudu yaratmanın amacı, alıcıya, ayıp hükümleri dışında bir aynen ifa talebi sağlamak değil miydi?*” sorusunu yöneltirken bu fikri açıkça ifade etmiştir (*Acemoğlu*, **a.g.m.**, s. 26, dn. 29. Ayrıca bkz. *Serozan*, **Özel Bölüm**, s. 204). Buna karşılık *Kanışlı*, özellikle sanat eserleri bakımından alıcının satıcıdan aynen ifa talep etmesinin, pratikte bir sonuç doğurmayacağını belirterek asıl bu durumda aliud kavramına üstünlük tanınmasının yanılma kurumu bakımından çözümü güç problemleri doğuracağına işaret etmektedir. Yazara göre, örneğin sahte *van Gogh* tablosu teslim edilse ve bu durum aliud teslim olarak nitelendirilirse sözleşme kurulurken tablonun niteliğinde yanılan alıcının yanılma hükümlerine başvurmak istemesi, sözleşmede kararlaştırılan başka bir şeyin teslim edildiği gerekçesiyle engellenebilme tehlikesiyle karşı karşıya kalabilir. Oysa, söz konusu hâllerde ayıplı ifanın gerçekleştiğini kabul etmek tabloyu kendi elleriyle seçmiş alıcıya bu durumda yanılma hükümlerine de başvurabilme imkânı tanınmasına yardımcı olur. Açıklamalar için bkz. *Kanışlı*, **a.g.e.**, s. 482, dn. 1234.

⁹² CISG. m. 35: “(1) Satıcı, miktarı, kalitesi ve türü sözleşmede öngörülen malları, sözleşmede belirtilen paket veya muhafaza içinde teslim etmek zorundadır. (2) Taraflarca aksi kararlaştırılmadığı takdirde, mallar ancak aşağıdaki hallerde sözleşmeye uygun sayılırlar: (a) aynı türden malların mutad olarak tahsis edildiği kullanım amacına uygun iseler; (b) sözleşmenin kurulması esnasında açıkça veya zımnen satıcıya bildirilen her türlü özel kullanım amacına uygun iseler; meğerki koşullardan, alıcının, satıcının bilgisine ve değerlendirmesine güvenmediği veya güvenmesinin makul olmadığı anlaşılın; (c) satıcının alıcıya örnek veya model olarak sunduğu malların kalitesine sahip iseler; (d) ilgili türden mallar için mutad sayılan şekilde veya böyle mutad bir şeklin var olmadığı hallerde, malın muhafazası ve korunmasına uygun olan şekilde paketlenmiş iseler. (3) Alıcının sözleşmenin kurulması anında bildiği veya bilmemesinin mümkün olmadığı sözleşmeye aykırılıklardan satıcı, fıkra 2’nin (a) ilâ (d) bendleri çerçevesinde sorumlu değildir”.

uygulanacak hükmün tespiti için birincil derecede önemli değildir⁹³. Sözleşmede yerine getirilmesi öngörülen edim, yerine getirilmez ise “sözleşmeye aykırılık” söz konusudur. Sözleşmeye aykırılık olgusu, malın kalitesindeki farklılıklar, miktara ilişkin eksiklikler, paketlemeye ilişkin ayıplar ve aliud teslimi kapsayacak genişliktedir. Bu bakımdan CISG sisteminin, İsviçre-Türk hukukunda benimsenen ifa engelleri ayırımından önemli ölçüde ayrıldığı söylenebilir⁹⁴.

Öte yandan, CISG öğretisinde aliud teslim halinde satıcının borcunu hiç ifa etmediği mi yoksa sözleşmeye aykırılığın mı söz konusu olduğu tartışmalıdır. CISG kapsamında aliud teslim halinde hiç ifa etmemenin mi yoksa sözleşmeye aykırılığın mı gerçekleştiği tartışması İsviçre-Türk hukukundaki gibi çeşit borcu-parça borcu ayırımı indirgenmemektedir. Bu sistemde genellikle tartışmalar misli eşya niteliğindeki mallar üzerinde yoğunlaşmaktadır⁹⁵. Bununla birlikte, İsviçre-Türk hukukuna ilişkin yaptığımız açıklamalarımız ile paralellik sağlamak amacıyla mesele parça borcu ve çeşit borcu ayırımı göz önünde bulundurularak ele alınacaktır.

CISG öğretisinde hâkim görüşe göre, gerek özdeşlik aliudu gerek nitelik aliudu hâlinde “sözleşmeye aykırı mal” teslimi gerçekleşmektedir⁹⁶. Bu bakımdan, her iki durumda satıcının edimini hiç ifa etmediği görüşü dışlanmaktadır. CISG sisteminde özdeşlik aliudu ve nitelik aliudu arasındaki tek fark özdeşlik aliudu hâlinde alıcının malın yenisi ile değiştirilmesini talep edebileceği kabul edilirken nitelik aliudu hâlinde bu hakka sahip olmadığının kabul edilmesidir⁹⁷.

⁹³ M. Yeşim Atamer, **Uluslararası Satım Sözleşmesine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları**, Beta Yayınları, İstanbul, 2005, s. 292 vd.; Hayrunnisa Özdemir, **Türk Borçlar Kanununa ve Viyana Satım Sözleşmesine Göre Ayrıptan Doğan Sorumluluğun Şartları**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 81vd.; M. Yeşim Atamer, **“İfa Engelleri”**, s. 217- 260. Işıl Yelkenci, **“Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Sözleşmenin Esaslı İhlali”**, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2013, s. 1338-1339. CISG’de temel kural, bütün sözleşme ihlallerine karşı aynı hükmün uygulanmasıdır. Ancak sözleşmeye aykırılığın tipine ve aykırılığın yoğunluğuna göre alacaklının kullanabileceği haklar değişmektedir. Diana Akikol, **Die Voraussetzungen der Sachmangelhaftung beim Warenkauf (Obligationenrecht und UN-Kaufrecht)**, Zurich, 2008, N. 125,46.

⁹⁴ Ingeborg Schwenzer, **Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (Viyana Satım Sözleşmesi) Şerhi**, İstanbul, On İki Levha, 2015, Mad. 35, N.4; Ingeborg Schwenzer/Christiana Fountoulakis, **International Sales Law**, Routledge-Cavendish, 2007, s. 247; Serozan, **BK Tasarısı**, s. 44-45; Atamer, **CISG**, s. 182, 287; Murat Aydoğdu, **Tüketici Hukuku**, s. 131.

⁹⁵ Nafiye Yücedağ, **Sözleşmeye Aykırı Mal Tesliminde Yenisiyle Değiştirme Hakkı- TBK ve CISG Uyarınca-**, 1. Baskı, On İki Levha, İstanbul, s.14 vd.

⁹⁶ Oberster Gerichtoft (Avusturya), 29 Haziran 1999, CISG Online Nr. 483.

⁹⁷ Yücedağ, **a.g.e.**, s. 16-17.

Öte yandan, CISG öğretisinde çeşit satışında aliud teslimin sözleşmeye aykırılık kavramına mı yoksa hiç ifa etmemeye mi sebep olacağı daha çok tartışılmıştır. Öğretideki azınlık görüşüne göre, satılardan tamamen farklı bir şeyin teslim edilmesi durumunda satıcı teslim borcunu ifa etmemiş kabul edilmelidir⁹⁸. Bu görüşün kaynağını esasen, Sekretarya Şerhi’nde yer alan sözleşme ile belirlenen malın teslim edilmesi gerektiği, sözleşmede belirtilen maldan “çarpıcı şekilde” (*krass*) farklı bir mal teslim (örneğin, mısır yerine patates teslim) edildiyse satıcının teslim borcunu ifa etmiş kabul edilmeyeceği ifadesi oluşturmuştur⁹⁹.

Buna karşılık öğretideki hakim görüşe göre, aliud teslim halinde CISG kapsamında sözleşmeye aykırı mal teslimi gerçekleşmiş olur¹⁰⁰. CISG m.35’te aliud teslimine ilişkin bir ayırım yapılmamıştır. Bu durum sözleşmede belirlenen maldan tamamen farklı mal tesliminin, söz konusu farklılığın az ya da çok olmasından bağımsız ifa etmemeye değil, aksine sözleşmeye aykırı mal teslimine ilişkin kurallara tabi olmasını gerektirir¹⁰¹. Ayrıca, öğretide haklı olarak belirtildiği gibi teslim edilen mal çarpıcı şekilde sözleşmede kararlaştırılan maldan farklı olsa bile alıcının menfaati, ifa etmemeye ilişkin hükümlerin uygulanacağı kabul edildiğinde sözleşmeye aykırı mal teslimine ilişkin hükümlerin uygulanmasına nazaran daha iyi korunmuş da olmaz. Öyle ki, teslim edilen malın sözleşmeyle kararlaştırılardan tamamen farklı olduğu hallerde, satıcıya borcunu ifa etmesi için ek süre vermeye ya da alıcının gözden geçirme ve bildirim külfetlerini ortadan kaldırmaya gerek yoktur. Zira, açıkça aliudun teslim edilmesi durumunda satıcının, CISG m.40 hükmüne göre sözleşmeye aykırılığı bildiği veya bilmesi gerektiği için CISG m.39 hükmüne dayanarak alıcının bildirimde bulunmadığını ileri sürmesi mümkün olmayacaktır¹⁰². Bu nedenle de çoğu zaman alıcı sözleşmeye aykırılığı bildirim külfeti altında bulunmayacaktır¹⁰³. Buna ek olarak, teslim edilen mal sözleşmede kararlaştırılan maldan farklı olduğu ölçüde esaslı ihlalin

⁹⁸ C. Massimo Bianca/ Micheal Joachim Bonell, **Commentary on the International Sales Law: The 1980 Vienna Sales Convention**, Giuffré Milan, 1987, Art. 35, Nr. 2.4.

⁹⁹ Yücedağ, **a.g.e.**, s.36.

¹⁰⁰ Peter Schlechtriem, **Uniform Sales Law, The UN Convention of Contracts for the International Sale of Goods**, Vienna, 1986, s.67; Fritz Enderlein/ Dietrich Maskow, **International Sales Law: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods-Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods**, Oceana, New York, 1992, Art.35, N.5.

¹⁰¹ Peter Schlechtriem/ Ingeborg Schwenzer, **Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)**, ed. Ingeborg Schwenzer, Oxford University Press, Thirth Edition, 2010, Art. 35, N.10. Ayrıca İsviçre hukukundan farklı olarak CISG sisteminde aliud teslim ile ayıplı ifa arasındaki ayırma yer verilmediği yönünde bir karar için bkz. Handelsgericht Zürich (İsviçre), 30 Kasım 1998, CISG Online Nr. 145, 5 (b).

¹⁰² Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer, Art.35, N.10.

¹⁰³ Açıklamalar için bkz. Yücedağ, **a.g.e.**, s. 20.

varlığı belirgin hale gelecek ve alıcının, yenisi ile değiştirme ya da sözleşmeden dönme hakkını kullanması kabul edilecektir¹⁰⁴. Nitekim, CISG yargılamasında aliud teslim sebebiyle sözleşmenin hiç ifa edilip edilmediğinin incelendiği bir kararda, CISG m. 35 kapsamında sözleşmede kararlaştırılardan farklı bir mal teslimi ile sözleşmeye uygun olmayan mal teslimi arasında herhangi bir ayrımın yapılmadığı açıkça belirtilmiştir¹⁰⁵.

B. Bazı Ulusal Düzenlemelerde

1. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun¹⁰⁶'dan önce, borçlar hukuku çerçevesinde yukarıda vermiş olduğumuz tartışmalar tüketici satışları bakımından da geçerliydi. Bununla birlikte, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'unun ayıplı ifa kavramını tanımlama biçimi çerçevesinde aliud teslimin ele alınmasının da bazı değişikliklere uğradığı söylenebilir. Öyle ki, TKHK. m. 9/I'de yapılan düzenleme ile satıcıya, malı satış "sözleşmesine uygun" olarak tüketiciye teslim etme yükümlülüğü yüklenmiş, ayrıca, ilgili kanunun birçok yerinde ayıplı ifa ile ilgili maddeler içinde "sözleşmeye aykırılıktan" söz edilmiştir. Örneğin, TKHK. m. 8/I düzenlemesinde "*ayıplı mal tüketiciye teslimi anında, taraflarca kararlaştırılmış olan örnek ya da modele uygun olmaması ya da objektif olarak sahip olması gereken özellikleri taşımaması nedeniyle sözleşmeye aykırı maldır*" ifadesine yer verilmiştir¹⁰⁷.

¹⁰⁴ Yücadağ, **a.g.e.**, s.20.

¹⁰⁵ İlgili kararda Hollanda menşeli bir şirket, Alman menşeli bir şirkete dört farklı kalitede kobalt sülfat satmıştır. Tarafların arasındaki sözleşmeye göre Hollanda menşeli şirketin teslim ettiği ürünler İngiliz üretimi olacak ve ilgili ürünlerin menşe belgeleri ve kalitelerini gösteren belgeler Hollanda menşeli şirket tarafından sağlanacaktır. Alman şirketi, Hollanda menşeli şirketin temin ettiği belgeleri teslim aldıktan sonra malların Güney Afrika'da üretildiğini ve kalitelerinin de sözleşmede belirtilenden düşük olduğunu tespit etmiştir. Bunun üzerine satış sözleşmesi çerçevesinde ödediği bedeli karşı taraftan talep etmiştir. Yapılan yargılama sonucu Hollanda menşeli şirketin teslim ettiği malların hukuki niteliği aliud teslim olarak kabul edilse dahi CISG sisteminde aliud teslim ve diğer ifa engelleri arasında ayrım yapılmadığı gerekçesiyle söz konusu teslimin hiç ifa etmeme kavramını değil, sözleşmeye aykırı ifa kavramını gerçekleştirdiği belirtilmiştir. Ayrıca alıcıya teslim edilen malların incelenmesi sonucu, sözleşmenin esaslı ihlâline yol açacak derecede aykırılığa yol açmadığına karar verilmiştir. Karar için bkz. Bundesgerichtshof (Almanya) CISG-online 135 (<http://www.cisg-online.ch/content/api/cisg/display.cfm?test=135>).

¹⁰⁶ RG. 28.11.2013, Sayı:28895.

¹⁰⁷ Bu düzenlemenin, 99/44/AT sayılı Yönerge'nin 2. maddesi 1. fıkrasındaki düzenlemeyle uyumu göz önünde bulundurularak kaleme alındığı belirtilmektedir, Murat Aydoğdu, "**Madde 8/Aydoğdu Şerhi**" **Milli Şerh**, Ed. Hakan Tokbaş, Özlem Tüzüner, 1. Bası, Aristo Hukuk Yayınevi, İstanbul, 2016, s. 185; M. Yeşim Atamer/Ece Baş, "**Avrupa Birliği Hukuku İle Karşılaştırmalı Olarak 6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Satım Sözleşmesinde Ayrıntı Doğan Sorumluluk**", İstanbul Barosu Dergisi, Tüketici Hakları ve Rekabet Hukuku Özel

Belirtmek gerekir ki söz konusu hükümlerin düzenlenmesinde özellikle Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'nin 07.07.1999 tarihli Tüketim Mallarının Satımı ve Bu Mallara İlişkin Olarak Verilen Garantilerin Belirli Yönlerine İlişkin 99/44/AT sayılı Yönerge¹⁰⁸'si ile uyum esas alınmıştır¹⁰⁹. 99/44/AT sayılı Yönerge hazırlanırken ise CISG. m. 35 hükmünden yararlanılmış ve tüm üye ülkelerin Yönerge'ye uyum sağlaması amaçlanmıştır¹¹⁰. Yönergenin düzenlediği konu tüketim mallarında ayıp olmasına rağmen, Yönerge'de tıpkı CISG'de olduğu gibi “sözleşmeye uygunluk” kavramından hareket edilmiştir¹¹¹. Yönergenin Sözleşmeye Uygunluk başlıklı 2.maddesinde, “ (1) *Satıcı malları tüketiciye, sözleşmeye uygun olarak teslim etmekle yükümlüdür.*” düzenlemesi bu durumu açıkça ortaya koymaktadır.

Öğretideki bir görüş TKHK. m. 8 kapsamında 99/44/AT sayılı Yönerge ve bu yönerge bakımından ise CISG sistemi benimsendiği için tüketici sözleşmelerinde aliud teslim kavramının da ayıplı ifa gibi “sözleşmeye aykırılık” kapsamında değerlendirilmesi ve ayıptan sorumluluk hükümleriyle hiç ifa etmeme hükümlerinin yarışmalı uygulamasına izin verilmesi gerektiğini belirtmektedir¹¹². Ayrıca, somut olayda bir aliud teslimin mi yoksa ayıplı ifanın mı gerçekleştiğine şüphe edildiği durumlarda tüketicinin tercihinin değer vermenin, eski sistemde hangi hükümlere başvuracağını bilmeyen tüketici lehine bir çözüm olacağı üzerinde durulmaktadır¹¹³.

Sayısı, C.88, S.1, 2014, s.19 vd.; Alper Gümüş, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Kısa Ders Kitabı**, 3.Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2018, s.97 vd.

¹⁰⁸ Directive 1999/44/EC Of The European Parliament And Of The Council Of 25 May 1999 On Certain Aspects Of The Sale Of Consumer Goods And Associated Guarantees (<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1999:171:0012:0016:EN:PDF>).

¹⁰⁹ TKHK. m. 8'in gerekçesinde şu ifadeler yer verilmiştir: “*Birinci fıkrada yer verilen tanım, 99/44/AT sayılı Yönergenin 2 nci maddesinin ikinci paragrafındaki tanıma uyum da gözönünde bulundurularak yeniden yapılmıştır. Tanımda öncelikle ayıplı ifanın, sözleşmeye aykırı ifa olduğu vurgulanmış; dolayısıyla malın teslim edildiği anda sözleşmede kararlaştırılmış olan özellikleri taşımaması veya taraflarca kararlaştırılmış örnek veya modele uygun olmaması halinde, ayıplı bir ifanın var olacağı kabul edilmiştir. Bu açıdan sözleşme içeriğine hangi hususların dâhil olduğunun tespit edilmesi özel önem taşır. Tarafların mala ilişkin olarak üzerinde açıkça anlaşmış oldukları hususların sözleşme içeriği olacağı tartışmasızdır. Bunun yanı sıra, bir malın objektif olarak sahip olması gereken asgari özellikleri taşıması gerektiği de taraflar arasında zımnen kararlaştırılmış sayılır...*”.

¹¹⁰ Murat Aydoğdu, **Tüketici Hukuku**, s. 129; Aydoğdu, **Madde 8/Aydoğdu Şerhi**, s. 205.

¹¹¹ Yönerge hakkında detaylı bilgi için bkz. Fulya Erlüle, “**Tüketim Mallarının Satımı Sözleşmesi ve Bu Mallara İlişkin Olarak Verilen Garantiler Hakkında Yönerge**”, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, Ankara, 2004, s. 419-434.

¹¹² Aydoğdu, **Madde 8/Aydoğdu Şerhi**, s.210-211; Ayşe Havutçu, “**6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Konu Bakımından Uygulama Alanı: Özellikle Tüketici İşlemleri Bakımından Kanun'un Kapsamı**”, Yaşar Üniversitesi I. Tüketici Hukuku Sempozyumu, Terazi HD., Kasım, 2014, C. 9, s. 8-19.

¹¹³ Aydoğdu, **Madde 8/Aydoğdu Şerhi**, s.210-211. Yazar, ayıplı ifa ile aliud teslim arasındaki sınırlandırma zorluklarının göz önüne alındığında, yargılama sırasında aliud teslimin gerçekleştiğinin tespit edilmesi hâlinde dahi tüketicinin söz konusu ayrımı yapmasının güç olduğu

Buna karşılık diğer bir görüş, aliud teslim ile ayıplı ifa arasındaki klâsik sınırlandırmayı devam ettirmekte, aliud teslim hâlinde TBK m. 112 vd. hükümlerinin uygulanması gerektiğini savunmaktadır¹¹⁴.

2. Alman Hukukunda

BGB § 434'e göre;

“(1) Mal, hasarın intikali anında kararlaştırılmış nitelikleri haizse ayıpsızdır. Nitelik kararlaştırılmamışsa, mal şu hallerde ayıpsızdır:

1. Sözleşmeye göre şart koşulmuş kullanıma uygunsu,

2. Mutad kullanıma uygunsu ve benzer tür eşyalarda mutad olan niteliğe sahipse ve alıcının eşyanın türüne göre bekleyebileceği niteliğe sahipse,

S¹¹⁵. 2 N¹¹⁶. 2'deki niteliğe, satıcının, üreticinin veya onların yardımcılarının özellikle reklamlarda veya eşyanın belirli özelliklerine ilişkin tanıtıcı işaretlerde kamuya yaptıkları açıklamalar sebebiyle alıcının beklemekte haklı olduğu özellikler de dahildir; ancak satıcı açıklamayı bilmiyorsa ve bilmesi de gerekmiyorsa, açıklama sözleşmenin akdedilmesi anında aynı yolla düzeltilmişse veya açıklamanın satın alma kararı üzerinde etkisi yoksa bu hüküm uygulanmaz.

(2) Montajın, satıcı veya onun yardımcısı tarafından uygun olmayan bir şekilde yapılması halinde de maddi ayıp söz konusudur. Bundan başka, montaj kılavuzunun ayıplı olduğu hallerde, eşyanın montajında da maddi ayıp mevcut olur. Ancak mal ayıpsız olarak monte edilmişse bu hüküm uygulanmaz.

(3) Satıcının başka bir mal veya eksik miktarda mal teslim etmesi de maddi ayıp teşkil eder”¹¹⁷.

Yukarıda da görüldüğü gibi BGB § 434'de ayıp kavramı tanımlanmayıp, malın hangi hâllerde ayıpsız kabul edileceği hüküm içinde belirli bir sıra öngörülerek

düşünülerek ayıptan sorumluluk ve hiç ifa etmeme hükümlerinin yarışmalı uygulanmasına izin verilmesi gerektiğini belirtmektedir.

¹¹⁴ Emre Cumalıoğlu, “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Satıcının Ayıplı Maldan Sorumluluğu”, Yaşar Üniversitesi I. Tüketici Hukuku Sempozyumu, Terazi HD., Kasım, 2014, C. 9, s. 20-29.

¹¹⁵ “Satz”, Cümle.

¹¹⁶ “Nr”, Numara.

¹¹⁷ Maddenin çevirisi için bkz. Kahveci, **a.g.e.**, s. 25-26.

belirtilmiştir. Alman hukukunda bu tür bir düzenleme şeklinin seçilmiş olmasının başlıca sebebi 99/44/AT sayılı Yönerge ile uyum sürecidir¹¹⁸. Bu düzenlemeye göre malın ayıplı olduğu, öncelikle taraflarca sözleşmede kararlaştırılmış bir nitelik olup olmadığına göre tespit edilecektir (BGB § 434 Abs. 1 S. 1). Bunun anlamı, Alman hukukunda açıkça subjektif ayıp kavramının kabul edildiğidir¹¹⁹. Subjektif ayıp kavramına göre, tarafların anlaşmalarının içeriğine bakılır. Bu bakımdan objektif kriterler ilk aşamada sözleşmenin içeriğinde yer almazlar. Bunlar sadece, sözleşmeyle bir kararlaştırma olmadığı zaman bir anlam kazanır. BGB § 434 Abs. 1 S. 1'e göre mal, kararlaştırılan niteliği taşııyorsa ayıplıdır. Kararlaştırılan nitelikten sapmanın derecesi veya türü malın ayıplı olması bakımından önemli değildir¹²⁰. Bu bakımdan parça satışında kararlaştırılan niteliklerden her sapma parçanın ayıplı ifa edilmesine yol açar. Örneğin, *Jakop Isaakssohn*'un tablosunun satılması ancak daha sonra teslim edilen tablonun kuzeni *Jakop Salomonssohn* tarafından resmedildiği anlaşılırsa, ayıplı ifa söz konusudur. Zira, satılan parça kararlaştırılan nitelikten sapmaktadır (BGB § 434 Abs. 1 S. 1'e)¹²¹.

Taraflar mala ilişkin nitelik anlaşması yapmamalarına rağmen malın hangi kullanım amacına hizmet edeceğini belirlemiş olabilirler¹²². BGB § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 1'e göre mal sözleşmeyle şart koşulan kullanıma uygun değilse ayıplıdır. Öyleyse, kullanma amacı bakımından da subjektif ayıp kavramının kabul edildiği söylenebilir. Başka bir ifade ile mal kararlaştırılan kullanım amacına uygunsa, normal kullanım amacına aykırı veya normal olarak sahip olması gereken nitelikleri haiz olmasa dahi ayıpsızdır. Bu düzenleme kapsamında alıcı, istediği amacı satıcının bilgisine sunar ve satıcı da bunu kabul eder. Bu bakımdan, kararlaştırılan kullanımda alıcının tek taraflı bir tasavvuru değil, bir anlaşma söz konusu olur¹²³.

¹¹⁸ Kanun koyucunun bu şekilde bir düzenleme şeklini tercih etmesinin doğru olduğu yönünde bkz. BeckOnline Kommentar, § 434, N.10. Belirtmek gerekirse, 99/44/AT sayılı Yönerge'ye uyum süreci kapsamında Alman Medeni Kanununda tüm satışları kapsayacak şekilde genel satış hukuku kuralları değiştirilmiştir. Türk hukuku kapsamındaysa sadece TKHK'na ekleme yapılması tercih edilmiştir. Açıklamalar için bkz. Atamer/Baş, **a.g.m.**, s. 19-60.

¹¹⁹ Kahveci, **a.g.e.**, s. 26.

¹²⁰ BeckOK BGB, Bamber/Roth/Hau/Poseck, § 434, Rn. 38-46.1.

¹²¹ Ayrıca bkz. § 2, I, B, 2.

¹²² Tarafların hem nitelik hem de kullanım amacını kararlaştırmış olmaları durumunda mal her iki kararlaştırmaya da uygun olmalıdır. BGB § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 nitelik anlaşması bulunmadığı ancak kullanım amacının kararlaştırıldığı haller için düzenlenmiştir. Eğer kararlaştırılan nitelik ve kullanım amacı birbiriyle çelişiyorsa, her ne kadar BGB § 434 Abs. 1 S. 2'nin lafzı nitelik anlaşmasına öncelik verilmesi gerektiği şeklinde anlaşılrsa da nitelik anlaşmasına öncelik verilemez. BeckOK BGB, § 434, Rn. 49.

¹²³ Hass, **Das neue Schuldrecht**, V, N. 101.

Taraflarca nitelik anlaşması ve kullanım amacı kararlaştırılmadığı zaman zorunlu olarak objektif ölçüt söz konusu olur. BGB § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2’de üç hal sayılmıştır: “Mutat kullanıma uygunluk”, “aynı tür eşyalarda alışılmış olan nitelik” ve “alıcının eşyanın türüne göre beklemekte haklı olduğu nitelik”. Söz konusu üç hal de tarafların kararlaştırmalarından ve tasavvurlarından bağımsızdır¹²⁴. Mutat kullanım bakımından eşyanın ortalama, pratik kullanımı dikkate alınır. Alışılmış olan nitelik bakımından o tür mallarda normal olarak bulunması beklenen nitelikler anlaşılır.

Bununla birlikte, BGB § 434 Abs.3’de aliud teslim ve eksik ifa hâllerinin de ayıplı ifanın hukukî sonuçlarını doğuracağı kabul edilmiştir. Bu bakımdan artık özdeşlik aliudu ve çeşit satışında aliud hâllerinde BGB § 434 Abs.3 hükmünün uygulanması gerektiği belirtilmektedir¹²⁵. Öte yandan, kararlaştırılan nitelikten sapmanın derecesi veya türü malın ayıplı olması bakımından önemli olmadığı için nitelik aliudu hâllerinin BGB § 434 Abs.1 kapsamında her zaman ayıplı ifa olarak nitelendirileceği kabul edilmektedir¹²⁶.

III. Değerlendirmemiz

Buraya kadar yapılan açıklamalar çerçevesinde aliud teslimin ifa engelleri arasındaki yerine ilişkin ortaya çıkan sonuçları şu şekilde ifade edebiliriz:

- CISG sisteminde parça satışında aliud teslim kavramının ayıplı ifa gibi sözleşmeye aykırılığa sebebiyet vereceği kabul edilirken, sadece nitelik aliudu ve özdeşlik aliudu hâlinde alıcının yenisi ile değiştirme hakkı bakımından farklı sonuçlar öngörülmektedir. Öte yandan her ne kadar tartışmalı olsa da CISG öğretisinin çoğunluğu tarafından çeşit satışı bakımından da aliud teslim kavramının sözleşmenin hiç ifa edilmediği olgusuna değil, sözleşmeye aykırılık kavramına sebebiyet vereceği kabul edilmektedir.
- 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun çerçevesinde ise ayıplı mal tesliminin sözleşmeye aykırı mal teslimi oluşturduğu kabul edilmektedir. Kanunun gerekçesinde ayıplı ifaya ilişkin hükümlerin düzenlenmesinde

¹²⁴ Kahveci, **a.g.e.**, s. 28.

¹²⁵ Hatta bu yönde bir uygulamanın 99/44/AT sayılı Yönerge ile uyum çerçevesinde benimsenmesi gerekliliğinden söz edilmektedir, bkz. BeckOK BGB/Faust BGB § 434 Rn. 107.

¹²⁶ BeckOK BGB/Faust BGB § 434 Rn. 38.

99/44/AT sayılı Yönerge ile uyum sürecinin göz önünde bulundurulduğu belirtilmiştir. 99/44/AT sayılı Yönerge'nin mehzaz düzenlemesi CISG m. 35 hükmüdür. Bu bakımdan öğretideki yeni eğilim tüketici işlemleri çerçevesinde aliud teslim, eksik ifa, geç ifa ve ayıplı ifa gibi kavramların sözleşmeye aykırılık kapsamında değerlendirilmesi yönündedir.

- İsviçre-Türk borçlar hukuku sisteminde ise aliud teslim kavramını ele alan açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durum özellikle aliud teslim ile satıcının edimini nitelik veya nicelik bakımından gereği gibi yerine getirmediği diğer hâllerle arasında bir sınırlandırma yapılmasını zorlaştırmaktadır. Ayrıca, öğreti ve uygulamada aliud teslim ile ayıplı ifa arasındaki ilişki parça ve çeşit satışı ayrımı göz önünde bulundurularak çeşitli şekillerde ele alınmaktadır. Bununla birlikte, gerek çeşit satışı gerek parça satışında aliud teslimin hukuki niteliğine ilişkin görüşlerin ortak noktasını aliud teslim hâlinde satıcının borcunu (hiç) ifa etmemiş sayılacağı fikri oluşturmaktadır.

Kanaatimizce mevcut durum karşısında aliud teslim kavramının hukuki niteliğine ilişkin hangi hükümlerin belirleyici olması gerektiğine dogmatik bir öncül kabul edilerek karar verilmemelidir. Öyle ki, İsviçre-Türk hukuk sisteminde öğreti ve uygulamadaki aliud teslim hâlinde (hiç) ifa etmeme hükümlerinin uygulanacağı yönündeki kabul yukarıda da işaret ettiğimiz gibi çoğu zaman içinden kolay kolay çıkılamayan tartışmaları beraberinde getirmektedir.

Bu bakımdan bizce aliud teslimin hukuki niteliğine ilişkin nitelendirme taraflar arasındaki menfaat dengesi ve mevcut diğer benzer hukuki kurumlar göz önünde bulundurularak yapılmalıdır. İsviçre-Türk borçlar hukuku sisteminde aliud teslimle en çok karşılaştırılan hukuki kurum ayıplı ifadır. Öyle ki, öğretideki birçok yazar¹²⁷ aliud teslim hâlinde ayıptan sorumluluk hükümlerinin uygulanabileceğine işaret etmektedir. Diğer yandan, Alman hukukunda aliud teslimin ayıplı ifa ile aynı hukuki sonuçları doğuracağı açıkça düzenlenmiştir.

Öyleyse, taraflar arasındaki menfaat dengelerinin hiç ifa etmeme ya da ayıptan sorumluluk hükümlerinin uygulanması hâlinde alacağı duruma göre aliud teslimin hukuki niteliğini belirlemek yukarıda işaret ettiğimiz aliud teslimin hukuki niteliğine ilişkin tartışmaların cevaplandırılmasına yardım edebilecektir.

¹²⁷ Schubiger, **a.g.e.**, s. 41; Neuenschwander, **a.g.e.**, s. 24; Serozan, **Özel Hükümler**, s. 204 vd.

Bu bakımdan ilk olarak yapılması gereken ise aliud teslimin ayıp kavramı içerisinde mevcut düzenlemeler çerçevesinde değerlendirilebilir olup olmadığının araştırılmasıdır. Çalışmamızın ikinci bölümünde bu sebeple aliud teslimin hukuki nitelendirilmesine etki eden ayıp teorileri ve özellikle subjektif ayıp teorisinin mevcut ayıptan sorumluluk hükümleri ile ilişkisi incelenecektir.



§ 2. Ayıp Teorilerinin Aliud Teslimin Hukuki Niteliğine Etkileri ve Subjektif Ayıp Teorisinin Ayıptan Doğan Sorumluluk (TBK m.219 vd.) Hükümleriyle İlişkisi

I. Ayıp Teorilerinin Aliud Teslimin Hukuki Niteliğine Etkileri

Aliud teslim hâlinde ayıptan sorumluluk hükümlerinin uygulanabilirliği her şeyden önce her somut olayda TBK m.219/I hükmünün maddi şartlarının sağlanmış olmasını gerektirir. Bir başka ifade ile alıcıya teslim edilen malın ayıplı olması koşulu gerçekleşmelidir. Bu sebeple, teslim edilen malın hangi şartlar altında aliud kavramını da kapsayacak şekilde ayıplı sayılabileceği açıklığa kavuşturulmalıdır. Alıcıya teslim edilen malın ayıplı olup olmadığının belirlenmesi bakımından öğretide objektif ve subjektif ayıp teorileri ileri sürülmüştür. Aşağıda bu teorilerin aliud teslimin ayıplı ifa çerçevesinde ele alınmasına etkileri incelenecektir.

A. Objektif Ayıp Teorisinin Etkisi

Objektif ayıp teorisine göre satılanın nitelikleri, ait olduğu çeşitteki diğer malların tipik nitelikleriyle karşılaştırıldığı zaman alışlagelmişin dışında ise mal ayıplı kabul edilmelidir. Başka bir ifade ile satılan, tipik olarak sahip olması gereken niteliklerden sapıyorsa ayıplıdır¹²⁸. Söz konusu sapma, satılanın ait olduğu çeşidin normal bir parçasının sahip olduğu niteliklerle karşılaştırıldığında iyi niteliklerin az, kötü niteliklerin daha fazla olması şeklinde meydana gelebilir. Öyle ki satılan maldaki sapmanın, ayıp niteliğinde kabul edilebilmesi için satılanın değerini ya da varsayılan normal kullanım amacına elverişliliğini önemli ölçüde azaltması veya ortadan kaldırması gerekir¹²⁹.

Örneğin, alıcı A satıcı S'den kitaplarını taşımak amacıyla bir düzine karton koli satın almıştır. A'nın satın aldığı kolileri kitaplarını taşıma işinde kullanacağı, satış sözleşmesi yapılırken satıcı tarafından da bilinmektedir. Buna rağmen objektif görüşe göre, S'nin A'ya teslim ettiği koliler, A'nın kitaplarını taşımak için yeterli dayanıklılığa sahip olmasa bile ayıplı olarak kabul edilmez. Zira, karton kolilerin

¹²⁸ Becker, Art. 197, N. 1; Yavuz, **Satıcının Sorumluluğu**, s. 68.

¹²⁹ Becker, Art. 197, N. 1.

taşıma kapasitesi, kitap taşıma kapasitesine sahip diğer kolilerin niteliklerine normal olarak sahip değildir ve kitap taşıma kapasitesine sahip kolilerin niteliklerden saptığı da söylenemez¹³⁰.

Aliud teslimin hukuki sonuçlarının ele alınması bakımından objektif ayıp görüşünün sonuçları açıktır¹³¹. Çeşit satışında ayıptan sorumluluk hükümlerinin uygulanması borçlanılan çeşidin sınırları içerisinde objektif ayıplı malın teslim edilmesi hâli ile sınırlandırılır. Buna karşılık, çeşit satışında aliud teslim borçlanılandan başka çeşitten bir malın teslim edilmesi şeklinde meydana gelir. Bu bakımdan köpek balığı eti, balina eti olarak satın alınırsa ayıplı olarak nitelendirilemez. Zira, normal olarak köpek balığı etinin, balina eti olmaması onun bir ayıbı değildir. Bu durum, çeşit satışında aliud teslim ve ayıplı ifanın sınırlandırılması meselesinde süregelen dogmatik tartışmaları¹³² tekrar canlandırır.

Parça satışında ayıptan sorumluluk hükümlerinin uygulanması ise objektif ayıplı olan borçlanılmış (taraflarca ferden tayin edilmiş) parçanın teslim edilmesiyle sınırlandırılır. Bu bakımdan, ayıptan sorumluluk hükümleri özdeşlik ve kural olarak nitelik aliudu hâllerinde uygulama alanı bulmaz. Ancak hemen ifade etmek gerekirse, nitelik aliudu bakımından üzerinde durulması gereken özel bir mesele vardır. Parça satışında bir yandan satıcının edim yükümünün kapsamına satılana ilişkin niteliklerin dâhil olmadığı diğer yandan nitelik aliudu kavramı kabul edilmek istenirse, nitelik aliudu hâllerinin ne gereği gibi ifa etmeme ne de (hiç) ifa etmeme kapsamında değerlendirilmesi mümkün olur. Zira, bir defa satılanın niteliklerinin satıcının edim yükümüne dahil olmadığı kabul edilince, satıcının taraflarca ferden belirlenen parçayı olduğu gibi teslim ederek edimini ifa ettiği kabul edilmelidir. Bu bakımdan söz konusu hâllerde aslında ne (dar anlamda) gereği gibi ifa etmeme ne de ne de hiç ifa etmeme (eş deyişle aliud teslim) kavramından söz edilebilir¹³³. Bununla birlikte, satılan parçaya ilişkin niteliklerin satış sözleşmesi ve satıcının edim borcunun içeriğine dâhil olduğu öncülünü kabul eden subjektif ayıp teorisi çerçevesinde nitelik aliudu bakımından bu sakıncalı durum giderilmiş gözükmektedir.

¹³⁰ Örnek için bkz. Larenz, **Schuldrecht II**, s. 33 vd.

¹³¹ Cyprian, **a.g.e.**, s. 21-22.

¹³² § 1, I, C, 1.

¹³³ Cyprian, **a.g.e.**, s. 22.

B. Subjektif Ayıp Teorisinin Etkisi

1. Subjektif Ayıp Teorisi

Flume tarafından parça satışı göz önünde bulundurularak ileri sürülen subjektif ayıp teorisine göre taraflarca ferden belirlenmiş olan parça, “satış sözleşmesiyle kararlaştırılan niteliklerden” sapıyorsa ayıplı kabul edilmelidir¹³⁴. Sözleşmeyle kararlaştırılan niteliklerin belirlenmesi bakımından ise öncelikle tarafların bu konuda bir anlaşmalarının söz konusu olup olmadığına bakılmalıdır. Zira, taraflar arasında satılana ilişkin herhangi bir nitelik anlaşması bulunmadığı durumlarda tarafların parçanın dahil olduğu kategoriye ait normal niteliklere sahip bir eşyanın satıldığı varsayılacaktır. Bu bakımdan örneğin, bir çalar saat satışında herhangi bir açık nitelik anlaşması söz konusu olmasa bile alıcıya teslim edilen çalar saat o kategorideki diğer çalar saatlerin normal niteliklerine sahip değilse (yelkovanının ya da saat aksamının düzgün çalışmaması gibi) bizzat sözleşmeyle kararlaştırılan, daha doğrusu kararlaştırıldığı varsayılan niteliklerden saptığı için ayıplı sayılacaktır¹³⁵. Dikkat edilsin ki, bu durumda da alıcıya teslim edilen parçanın ayıplı olarak nitelendirilmesine yol açan niteliklerden sapma hâli sözleşmesel temele dayandırılmaktadır.

Gerçekten de Türk hukukunda subjektif ayıp kavramı taraftarlarından *Kocayusufpaşaoğlu* bu teoriyi şu şekilde açıklamaktadır: “Buna göre, ayıp satılan şeyin satış sözleşmesine uygun vasıflardan yoksun bulunmasıdır. Şu halde bir eşyanın ayıplı olup olmadığını anlamak için onun haiz olduğu vasıfları satış sözleşmesine göre haiz olması gereken vasıflarla mukayese etmek gerekecektir. Sözleşmeye nazaran bulunması gerekli vasıflar noksansa, şey ayıplıdır. Şüphesiz bu ayıbın BK. 194 vd. nın uygulanmasına yol açması için ayrıca şeyin “kıymetini veya maksut olan menfaatini izale veya ehemmiyetli bir suretle tenkis” etmesi gerekir. Sözleşme, şeyde bulunması icap eden vasıflar hakkında hiç bir bilgi vermiyorsa, şeyin dahil olduğu kategoriye ait normal vasıfları haiz bir eşyanın satıldığı kabul edilecektir. Yani objektif ayıp kriteri, gerçekte taraflarca zımnen kabul edilmiş sayılacak, yine subjektif bir temele (sözleşmeye) dayandırılacaktır...”¹³⁶.

¹³⁴ *Flume*, a.g.e., s.109 vd., 128 vd.

¹³⁵ Örnek ve açıklamalar için bkz. *Flume*, a.g.e., s. 128-129.

¹³⁶ *Kocayusufpaşaoğlu*, *Hata*, s. 64, dn. 73. Ayrıca *Yavuz* parça satışında subjektif ayıp teorisini ifade etmek için şu açıklamalara yer vermektedir: “Subjektif görüşe göre, parça satımında, satılanın, - mevcut durumu itibarıyla- sözleşme hükümleri ya da taraflar arasındaki mefruz normal tahsis yönü

2. Parça Satışında Nitelik Aliuduna Etkisi

Belirtmek gerekir ki *Flume*, özellikle parça satışı bakımından subjektif ayıp teorisinin kabul edilmesi gerekliliğini genel olarak iki argüman ile açıklamıştır¹³⁷. Söz konusu bu argümanların nitelik aliudu hâllerinin ayıp kavramı içerisinde değerlendirilmesine etkisi ise oldukça önemlidir.

Flume'in ilk argümanına göre, objektif ayıp teorisi nitelik aliudu hâllerinde ayıptan sorumluluk hükümlerinin uygulanması için uygun değildir. Zira, ayıp kavramı normal niteliklerinden sapma olarak kabul edilirse, teslim edilen parça ancak ait olduğu çeşidin tipik niteliklerinden aşağı kalitede olduğu zaman ayıplı kabul edilecektir. Bu tür bir kabul ise öncelikle satın alınan parçanın misli eşya olmasını gerektirir¹³⁸. Aksi hâlde karşılaştırma yapılabilmesi için gerekli normal nitelikte bir parça söz konusu olmaz. Buna karşılık, somut bireysellik ve durum sapması olarak adlandırılan nitelik aliudu hâllerinde¹³⁹ misli eşya satışı söz konusu değildir. Buna ek olarak, nitelik aliudunun meydana geldiği somut çeşit sapması hâlinde de objektif ayıp teorisi uygulama alanı bulmaz. Zira, objektif ayıp teorisine göre bu durumda ayıplı ifadan değil, tamamen farklı çeşitten bir mal teslim edilmektedir. Öyleyse, ilk olarak objektif ayıp teorisinin nitelik aliudu hâllerinde ayıptan sorumluluk hükümlerinin uygulanmasını engelleyen veya en azından oldukça sınırlayan bir kurum olduğu belirtilmelidir.

İkincisi, subjektif ayıp teorisi çerçevesinde tarafların menfaat durumlarının değerlendirilmesi de nitelik aliudu ve objektif ayıp kriterine göre ayıplı kabul edilen bir malın farklı hukuki kurallara tabi olmasını haklı çıkarmaz. Zira, gerek nitelik aliudu gerekse de (objektif) ayıplı malın teslimi hâlinde kararlaştırılan niteliklerden sapma söz konusudur ve subjektif ayıp teorisi çerçevesinde her iki kavram da aslında tamamen aynı durumu ifade etmektedir. Öyle ki, nitelik aliudu hâllerinde kararlaştırılan niteliklerden “tamamen” sapılmaktayken satılanın objektif ayıp teorisine göre ayıplı kabul edildiği hâllerde kararlaştırılan niteliklerden kısmen sapılmaktadır. Bu bakımdan her iki durum arasındaki tek fark bir “aşamadan”

bakımından bulunması gereken duruma nazaran alıcı için aleyhe bir fark bulunduğu durumlarda, ayıplı olması söz konusudur” bkz. Yavuz, **Satıcının Sorumluluğu**, s. 68.

¹³⁷ *Flume*, **a.g.e.**, s.114 vd.

¹³⁸ *Flume*, **a.g.e.**, s. 112, 117.

¹³⁹ § 1, I, C, 1.

ibarettir¹⁴⁰. Yazar bu durum için şu örneği vermektedir: Köpek balığı eti satışında, alıcıya teslim edilen etin bozuk olması hâlinde sözleşmeyle kararlaştırılan niteliklerden kısmen sapılıyorken, balina etinin teslim edilmesi durumunda tamamen sapılmaktadır. Subjektif ayıp kavramı kapsamında ise söz konusu aşama farkı her iki kurumun farklı ele alınmasını gerektirmemektedir. Zira, her iki durumda kararlaştırılan niteliklerden sapma, yani ayıplı ifa söz konusudur.

Flume'in ikinci argümanına göre, parça satışında satıcının edim yükümlülüğünün kapsamına satılana ilişkin nitelikler de dâhildir. Bu bakımdan da *Flume*, alıcıya teslim edilen parçanın kararlaştırılan niteliklerden sapması üzerine ayıplı kabul edilebilmesi için subjektif ayıp teorisinin üstün tutulmasının bir "gereklilik" olduğu sonucuna ulaşmaktadır¹⁴¹. Ancak *Fabricus*, *Flume*'in vardığı bu sonucun "*petitio principii*"¹⁴² (döngüsel kanıtlama) niteliğinde olduğunu belirtmektedir. Zira, *Zitelmann*'ın tekeffül teorisinin reddedilmesi, nitelik aliudu durumunda sadece genel hükümlerin (TBK m.112/OR art.97) uygulanmasını engellemekte yoksa satılanın kararlaştırılan niteliklerden sapması sebebiyle mutlaka ayıplı sayılması zorunluluğunu ortaya koymamaktadır¹⁴³.

Flume'in ikinci olarak öne sürdüğü argüman her ne kadar tartışılabilir olsa da nitelik aliudu çerçevesinde subjektif ayıp teorisinin uygulanabilmesi, yani teslim edilen parçanın ayıplı sayılması açısından gerekli hukuki yapıyı ortaya koyduğu söylenebilir. Ayrıca, parça satışında hemen hemen benzer kavramlar olan nitelik aliudu ve objektif ayıplı malın ifa edilmesinin subjektif ayıp kavramıyla aynı potada toplanması hukuk güvenliği açısından da uygundur.

3. Çeşit Satışında Aliud Teslime Etkisi

Flume, subjektif ayıp teorisini parça satışında özellikle nitelik aliudu hâllerini göz önünde bulundurarak oluşturmuştur. Gerçekten de 2002 reformundan önce Alman hukukunda çeşit satışında borçlanılan niteliklerden farklı nitelikleri haiz malın teslim edilmesinin ayıplı ifaya mı yoksa aliud teslime mi yol açtığı meselesi tartışma konusu

¹⁴⁰ *Flume*, a.g.e., s.114.

¹⁴¹ *Flume*, a.g.e., s.109.

¹⁴² "*Petitio principii*", *Serozan*'ın deyimiyle hukukçuların içine düşebilecekleri "yanlış çıkarımlardan" bir tanesi olup, kanıtlanması gereken bir öncülü kanıtlanmış sayma anlamına gelmektedir. Açıklama için bkz. *Serozan*, **Hukukta Yöntem**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015, s. 15.

¹⁴³ *Fabricius*, **JuS 4**, s. 5.

olmuştur. Bu dönemde dahi öğretinin çoğunluğu gerek ticari gerek adi çeşit satışında aliud teslimin ayıptan sorumluluk hükümleri çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğini savunmuştur¹⁴⁴. Öyle ki bazı yazarlara göre, subjektif ayıp teorisinin kabul edilmesinden sonra çeşit satışında aliud teslim ve ayıplı ifanın eş tutulması bakımından eski HGB § 378¹⁴⁵ hükmünün yorumlanmasına gerek kalmamıştır. Zira, *Flume* ayıp teorisini her ne kadar parça satışında nitelik aliudunu göz önünde bulundurarak oluşturmuş olsa da çeşit satışında borçlanılan niteliklerden farklı nitelikleri haiz malın teslim edilmesi, o şeyi borçlanılandan farklı bir çeşitte saymayı gerektirse bile bu durumda aslında sadece kararlaştırılan niteliklerden sapma söz konusu olacaktır¹⁴⁶. Bu bakımdan, subjektif ayıp teorisinin çeşit satışında aliud teslim hâlini de kapsayan bir uygulamasından söz edilmelidir. Nitekim Serozan, subjektif ayıp kavramının bu etkisini şu sözlerle açıklamaktadır: “*Gerçi çeşit satımında da subjektif ayıp kavramının geniş kolları hemen hemen her sapmayı ayıp diye kucaklar (Enjeksiyon iğnesi diye dikiş iğnesi, yarış atı yerine çeki atının, gazlı kalem yerine tebeşirin yollanmasının ayıplı ifa sayıldığını anımsayalım!)*”¹⁴⁷.

Bununla birlikte, *Knöpfle*’ye göre çeşit satışında subjektif ayıp kavramının uygulanması bakımından ulaşılan bu sonuç yerinde değildir. Zira *Flume*, subjektif ayıp teorisini “borçlanılan (satılan) parçanın” alıcıya teslim edilmesi ve bu parçanın kararlaştırılan niteliklerden sapması şeklinde formüle etmiştir. Oysa, çeşit satışında aliud teslim hâlinde borçlanılan (satılan) malın değil, farklı çeşitten malın teslim edilmesi ve bu malın kararlaştırılan niteliklerden sapması söz konusu olmaktadır¹⁴⁸.

¹⁴⁴ BeckOK BGB/Faust BGB § 434 Rn. 38.

¹⁴⁵ Her iki taraf için ticari satışın söz konusu olduğu hallerde eski HGB § 378 hükmü “*alıcının tasvip edemeyeceği kadar satıcının sipariştan ayrılmış olması hariç, kararlaştırılan mal veya miktardan başka bir mal teslim edilmesi halinde*” HGB § 377 hükmüne yollama yapıyordu. HGB § 377 hükmü ise her iki taraf için de ticari satış olan işlerde, gözden geçirme ve ihbar külfetini, kabul edilebilir aliud teslim ve eksik ifaya teşmil ediyordu. Bu hüküm kapsamında kabul edilebilir ve kabul edilemez aliud teslim arasındaki ayırım, hemen hemen hiçbir zaman net bir şekilde belirlenemediği için sık sık tartışmalara sebep oluyordu. Alman hukukunda aliud teslim ve eksik ifa, adi satışta da artık ayıp olarak değerlendirildiği için bu düzenleme gereksiz hale gelmiştir. Öyle ki, BGB § 377’deki gözden geçirme ve ayıbı bildirim külfeti, her iki hale de teşmil edilmiştir. Bu nedenle, HGB § 378 hükmü de kaldırılmıştır. Haas, **Das neue Schuldrecht**, V, N.128.

¹⁴⁶ Schubiger, **a.g.e.**, s. 128 vd.

¹⁴⁷ Bununla birlikte yazarın, subjektif ayıp kavramını benimsemesine rağmen çeşit satışında ayıplı ifa ile aliud teslim arasında belirli bir ayırım öngördüğünü tekrar belirtelim. Nitekim yazara göre, alıcıyı isyan ettirecek, artık bu kadar da olmaz dedirtecek ölçüde belirgin tür sapmalarında aliud teslimden değil, ayıplı ifadan söz edilmelidir, bkz. Serozan, **Özel Bölüm**, s. 204-205.

¹⁴⁸ Belirmek gerekir ki yazar bu sonuca özellikle ayıptan sorumluluk hükümlerine ilişkin kısa zamanasını süresi sebebiyle varmaktadır. Robert Knöpfle, “**Subjektiver Fehlerbegriff und Gleichbehandlung von Schlecht-lieferung und Falschliefereung beim Gattungskauf**”, *Juristen Zeitung*, 1979, S.1, s. 11-16.

Gerçekten de subjektif ayıp teorisinin kapsam alanı sadece “satılan (borçlanılan) malın” alıcıya teslim edilmesi ve teslim edilen bu malın kararlaştırılan niteliklerden sapması hâliyle sınırlandırılırsa, bir tek nitelik aliudu hâllerinde ayıptan sorumluluk hükümlerinin uygulanması ihtimali gündeme gelir. Buna karşılık, alıcıya teslim edilen mal kavramının sadece borçlanılan malın teslim edilmesini değil, “farklı çeşitten” ya da “ tarafların ferdan kararlaştırdığı parçadan farklı bir parçanın” teslim edilmesi hâlini de kapsadığı kabul edilirse, ayıptan sorumluluk hükümleri çeşit satışında aliud teslim, parça satışında nitelik aliudu ve hatta özdeşlik aliudu hâllerinde dahi uygulanabilecektir. Ancak, *Flume*’in subjektif ayıp teorisinin bu denli geniş bir yelpazesinin bulunmadığı, sayılan hâllerde ayıptan sorumluluk hükümlerinin uygulaması açısından gerekli hukuki formülü ifade etmediği de savunulabilir¹⁴⁹. Bununla birlikte, 2002 reformu sonrası Alman hukukunda öğretildeki bu tartışmaları sona erdirmek amacıyla bir düzenlemeye yer verilmiştir. Subjektif ayıp kavramının çeşit satışında aliud teslim ile ayıplı ifa arasındaki sınırlandırmaya son verecek genişlikte olmadığı kabul edilse dahi BGB § 434 III hükmüne göre satıcının aliud tesliminin ayıplı ifa ile aynı hukuki sonuçları doğuracağı kabul edilecektir.

Kanaatimizce subjektif ayıp teorisinin dogmatik temellerinin atıldığı Alman hukukundaki bu yöndeki bir gelişme karşısında İsviçre-Türk hukuku çerçevesinde her ne kadar BGB § 434 III hükmüne benzer bir hukuki düzenleme bulunmasa da subjektif ayıp teorisinin aliud teslimin hukuki nitelendirilmesine etkileri hemen reddedilmemelidir. Teslim edilen (farklı çeşitten) malın kararlaştırılan niteliklerden saptığı her hâli ayıp kavramı altında toplayan geniş bir subjektif ayıp kavramının mümkün olup olmadığına ancak aliud teslim hâlinde ayıptan sorumluluk hükümlerinin uygulanmasının taraflar arasındaki menfaat dengeleri bakımından uygun olup olmadığı araştırıldıktan sonra karar verilmelidir. Öyle ki, tarafların menfaat dengelerine göre aliud teslim ve ayıplı ifanın farklı ele alınmasının uygun olmadığı söylenebilirse çeşit satışında aliud teslim hâlini de kapsayacak genişlikte bir subjektif ayıp teorisinin uygulanması gerektiği kabul edilmelidir.

¹⁴⁹ Cyprian, **a.g.e.**, s.30.

4. Parça Satışında Özdeşlik Aliuduna Etkisi

Parça satışında subjektif ayıp kavramı, borçlanılan (satılan) parçanın değil, alıcıya teslim edilen parçanın kararlaştırılan niteliklerden sapması olarak tanımlanırsa, özdeşlik aliudu hâli pekâlâ ayıp kavramı içerisinde değerlendirilebilir. Buna karşılık, subjektif ayıp kavramının bu denli genişletilmesi hemen hemen öğretinin çoğunlu¹⁵⁰ ve uygulama¹⁵¹ tarafından, taraflarca ferden tayin edilmiş parçanın alıcıya teslim edilmemesi durumunda hiç ifa etmemenin söz konusu olacağı ve alıcının aynen ifa talebinin devam etmesi gerektiği gerekçesiyle reddedilmektedir¹⁵².

Nitekim von Caemmerer'e göre ayniyet aliud'u hâllerinde hiç ifa etmeme kavramından söz edilmez ve alıcıdan ayıptan sorumluluk hükümlerine başvurusu beklenirse, taraflarca ferden tayin edilmiş parçanın ifası mümkün olmasına rağmen o haksız bir şekilde ancak ayıptan sorumluluk hükümlerine ilişkin külfetleri yerine getirerek diğer seçimlik haklarını kullanmak zorunda bırakılacaktır. Söz konusu seçimlik haklarda kendisine yenisi ile değiştirme imkânı tanınmaması ise tamamen haksız bir duruma işaret etmektedir. Oysa, özdeşlik aliudu hâlinde alıcının, ifası

¹⁵⁰ Öyle ki, subjektif ayıp kavramı taraftarlarından olan ve aliud teslim hâlinde ayıptan sorumluluk hükümlerinin kıyasen uygulanabileceğini savunan Serozan' dahi parça satışında özdeşlik sapmaları (özdeşlik aliudu) hâlinde aliud teslim kavramının gerçekleşeceğini belirtmektedir.

¹⁵¹ “**Davacı vekili, müvekkili ile davalı arasında yapılan 22.07.2008 tarihli anlaşma uyarınca 1988 yapımı geminin müvekkili tarafından satın alındığını, davalı satıcı tarafından düzenlenen 25.07.2008 tarihli faturada geminin 1988 yapımı olduğunu belirtildiğini, müvekkilin satış bedeli olan 2.300.000 USD'den 1.240.000 USD'lik kısmını davalıya ödedikten sonra geminin 1972 yılından beri deniz ticaretinde kullanıldığını öğrendiğini, aslında geminin değerinin 800.000 USD olduğunu, davalının edimini doğru olarak yerine getirmediğini ileri sürerek, teslim edilen geminin bedelinin iade alınarak davalıya ödediklerinin iadesine, bu talep yerinde görülmez ise geminin bedelinin 800.000 USD olduğunu tesbitine, fazla ödenen 440.000 USD'nin davalıdan tahsiline, protokol uyarınca davalıya verilen 25.08.2007 keşide tarihli 141.667 USD bedelli 12 adet bonodan satıcı elinde halen olan 9 adet toplam 1.060.002 USD bedelli senetlerin iadesine, protokolün 3.maddesi uyarınca gemi üzerinde tesis edilen gemi ipoteginin fekkine, senetler üzerine tedbir konulmasına karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Davalı vekili, satışa konu geminin omurgasının 1972 yılında Danimarka'da kazığa konulduğunu ve 1988 yılında Fas'ta yapımının tamamlandığını, geminin piyasa değerinin altında davacıya satıldığını, davanın zamanaşımına uğradığını, davanın TTK'nun 20., MK 2. ve TTK 842. Maddeleri uyarınca dinlenme olanağının bulunmadığını savunarak davanın reddini talep etmiştir(...)**Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına ve somut uyuşmazlıkta **alıcı tarafından istendiği bildirilmiş eşyadan bambaşka bir eşya teslimi edilmesi suretiyle basit bir nitelik sapması değilde apaçık bir özdeşlik veya türdeşlik sapması gerçekleştiğinden artık ayıplı ifa değil, başka şeyle yanlış ifa (aliud ifası) bulunması nedeniyle davalının zamanaşımı definin yerinde olmamasına göre** davalı vekilinin aşağıdaki bent dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddine karar vermek gerekmiştir(...)” Yargıtay 11. HD., E. 2011/1719 K. 2013/2598 T. 14.02.2013 (www.lexpera.com.tr).

¹⁵² § 1, I, C, 2.

mümkün olan ve hâlâ ifa edilmemiş olan parçanın kendisine teslim edilmesini talep etme menfaati devam etmektedir¹⁵³.

Belirtmek gerekir ki, özdeşlik aliudu hâlinde ayıptan sorumluluk hükümlerinin uygulanması neticesinde alıcının yenisi ile değiştirme hakkına sahip olamayacağı için ona bir aynen ifa hakkı tanınması yönündeki bu eğilim günümüz hukuku bakımından pek savunulabilir değildir. Öyle ki, söz konusu yaklaşım 2002 reformu öncesi Alman öğretisindeki eski BGB § 480 hükmünün kıyasen parça satışlarında da uygulanabileceği ve alıcıya yenisi ile değiştirme hakkının tanınabileceği yönündeki görüş bakımından dahi çürütülmüştür¹⁵⁴. Buna ek olarak, Türk öğretisindeyse eski Borçlar Kanunu döneminde Serozan tarafından ifade edilen fikre göre, güven ilkesi çerçevesinde parça borcunda da ayıplı malın değiştirilmesi mümkün kabul edilmeliydi¹⁵⁵. Nitekim, öğretideki birçok yazara göre, TBK m. 227/I (4)'ün “*imkân varsa, satılanın ayıpsız bir benzeri ile değiştirilmesini isteme*” şeklindeki ifadesinden sonra Serozan tarafından ifade edilen bu fikir çok daha fazla desteklenmiştir¹⁵⁶.

Öyleyse, özdeşlik aliudunu kapsayan bir subjektif ayıp kavramının mümkün olup olmadığına tıpkı çeşit satışında aliud teslim hâlinde olduğu gibi ancak ayıptan sorumluluk hükümlerinin uygulanmasının taraflar arasındaki menfaat dengelerini nasıl etkilediği araştırıldıktan sonra karar verilmelidir. Ancak bu araştırmanın yapılmasından önce subjektif ayıp kavramının kanuni düzenlemeyle ilişkisi incelenmelidir.

¹⁵³ Ernst von Caemmerer, “**Falschlieferung**”, Festschrift für Martin Wolff, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1952, s. 3-23.

¹⁵⁴ Kramer, *NJZ* 32 (1979), s. 2023 vd. 2002 reformu öncesinde eski BGB § 480 hükmünde tıpkı OR Art. 206'da olduğu gibi ayıpsız mal teslimi sadece çeşit borcu için tanınmıştı. Reformdan sonra bu hükme yer verilmemiştir. Kanun koyucu yeni düzenlemede parça ve çeşit borcu ayrımı yapmaksızın BGB § 433 I'de satıcının malı ayıplarından ari şekilde teslim borcuyla yükümlü olduğunu belirtmiştir. Bu bakımdan satıcının ayıpsız mal teslim borcu, asli edim yükümlülüğü olarak kabul edilmektedir. Satıcının bu yükümlülüğüne aykırı davranması durumundaysa alıcıya BGB § 437'de sayılan haklar parça ya da çeşit borcu ayrımı yapılmaksızın tanınmıştır. Beckmann Micheal Roland/Staudinger, Kaufrecht § 433, N. 89.

¹⁵⁵ Serozan, **Parça Borcu-Çeşit Borcu**, s. 233-234.

¹⁵⁶ Atamer, **Tebliğ**, s. 207; Atamer/Baş, **a.g.m.**, s. 38; Kahveci, **a.g.e.**, s. 110-111; Yücedağ, **a.g.e.**, s. 173. Ayrıca bkz. § 3, II, B, 2.

II. Subjektif Ayıp Teorisinin Ayıptan Doğan Sorumluluk (TBK m. 219 vd.) Hükümleriyle İlişkisi

A. Genel Olarak

Buraya kadar yapmış olduğumuz açıklamalar aliud teslimin hukuki niteliğinin, subjektif ayıp kavramının kabul edilecek tanımına göre değişebileceğini göstermektedir. Maddi ayıbın tanımı, normal niteliklerden sapma şeklinde objektif teoriye göre yapılmak istenirse ayıptan sorumluluk hükümlerinin uygulanması hem parça hem de çeşit satışında objektif ayıplı malın teslimiyle kısıtlanmış olur. Bu bakımdan, gerek çeşit satışında aliud teslim gerek de parça satışında özdeşlik aliudu hâllerinde ayıptan sorumluluk hükümlerinin uygulanabilmesi için gerekli olan malın ayıplı olması şartı sağlanamaz.

Öte yandan, ayıp kavramının tanımı “*teslim edilen*” malın kararlaştırılan niteliklerden sapması şeklinde yapılırsa, ayıptan sorumluluk hükümleri çeşit satışında aliud teslim ve parça satışında özdeşlik aliudu hâllerinde de uygulama alanı bulabilir. Bu bakımdan çeşit satışında aliud teslim kavramı; satılardan farklı çeşitte malın teslim edilmesi ve teslim edilen malın kararlaştırılan niteliklerden sapması formülüyle; özdeşlik aliudu tarafların ferdan tayin ettiklerinden farklı bir parçanın teslim edilmesi ve teslim edilen malın kararlaştırılan niteliklerden sapması formülüyle ayıp kavramı içerisinde değerlendirilebilir¹⁵⁷. Bu durum söz konusu bu ayıp tanımlarının kanunda yapılan ayıp tanımıyla ne kadar uyumlu olduğu ve dolayısıyla gerek çeşit satışında aliud teslim gerek özdeşlik aliudunun ayıp kavramı çerçevesinde değerlendirilebilip değerlendirilemeyeceği meselesini gündeme getirir.

Türk hukukunda satıcının ayıptan sorumluluğu TBK m. 219 hükmünde şu şekilde düzenlenmiştir: “*Satıcı, alıcıya karşı herhangi bir surette bildirdiği niteliklerin satılarda bulunmaması sebebiyle sorumlu olduğu gibi, nitelik veya niteliği etkileyen niceliğine aykırı olan, kullanım amacı bakımından satılanın değeri ve alıcının ondan beklediği faydaları ortadan kaldıran veya önemli ölçüde azaltan maddi, hukuki ya da ekonomik ayıpların bulunmasından da sorumlu olur*”.

Her ne kadar söz konusu hükümde satıcının hangi tür ayıplardan sorumlu olacağı düzenlenmişse de “ayıp” kavramından ne anlaşılması gerektiği ifade edilmemiştir.

¹⁵⁷ § 2, I, B.

Bununla birlikte öğretide ayıp kavramı, “*satılanın*” alıcıya bildirilen (vaad edilen) nitelikleri veya herhangi bir nitelik bildirimi söz konusu olmasa dahi kendisinde bulunması gerekli nitelikleri taşıyamaması olarak tanımlanmaktadır¹⁵⁸. Öyleyse subjektif ayıp tanımının TBK m. 219 hükmüne uygunluğu, söz konusu bu tanımlar çerçevesinde iki farklı şekilde incelenmelidir.

B. Bildirilen Nitelikler Bakımından

Satıcının, satılana ilişkin bildirdiği niteliklerin eksikliği sebebiyle sorumlu olacağı TBK m. 219’da açıkça belirtilmiştir: “*Satıcı, alıcıya karşı herhangi bir surette bildirdiği niteliklerin satılarda bulunmaması sebebiyle... sorumlu olur*”. Satıcının eksikliği hâlinde sorumluluğuna yol açacak niteliklerin konusu genel olarak satılanın maddi, hukuki ya da ekonomik özelliklerine ilişkin olabilir¹⁵⁹. Örneğin, satıcı tarafından bir makinanın verimi, sağladığı kâr ya da sahip olduğu doğal (maddi) nitelikleri bildirimin konusu olabilir¹⁶⁰. Ayrıca, satıcının nitelik bildirimi iki yanlı olabilir. Bundan satıcının nitelik bildiriminin, satılanın olumlu bazı niteliklere sahip olduğu veya olumsuz bazı nitelikleri taşımadığı şeklinde yapılabileceği anlaşılmaktadır¹⁶¹. Bu bakımdan satıcı, satılan aracın kazasız olduğunu bildirebileceği gibi yüzüğün saf altından yapıldığını da bildirebilir¹⁶².

Bununla birlikte, satıcının sapmış olduğu bu nitelik bildiriminin hukuki niteliği öğretide tartışmalıdır. Hâkim görüşe¹⁶³ göre, nitelik bildirimi bir düşünce (tasavvur) açıklaması (*Wissenserklärung*) niteliğindedir. Satıcının bildirdiği nitelikler sözleşmenin içeriğine dahil olmayıp, eksikliği hâlinde kanunî bir sorumluluğa yol

¹⁵⁸ Tandoğan, C. I/1, s. 163; Eren, *Özel Hükümler*, s. 100; Fahrettin Aral/ Hasan Ayrancı, *a.g.e.*, s.116; Edis, *Tekeffül*, s. 8; Murat Aydoğdu/Nalan Kahveci, *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku)*, 6098 Sayılı Borçlar Kanunu ve 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Gözönüne alınarak Şema ve Tablolarla Açıklamalı Ders Kitabı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017,s.137; “*Ayıp; yasa ya da sözleşmede öngörülen unsurlardan birinin veya birkaçının eksikliği ya da olmaması gereken vasıfların olmasıdır*” YHGK., E. 2012/13-152 K. 2012/381 T. 13.6.2012 (www.lexpera.com.tr). Benzer yönde kararlar için ayrıca bkz. Yargıtay 14. HD., E.2011/11457, K2011/13044, T. 31.10.2011 (www.lexpera.com.tr); YHGK., E. E. 2013/19-1696 K. 2015/1109 T. 27.3.2015 (www.lexpera.com.tr).

¹⁵⁹ Şahiniz, *a.g.e.*, s. 52; Kenan Tunçomağ, *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Akdin Muhtelif Nev’ileri*, II. Cilt, Üzerinde Çalışılmış Üçüncü Bası, Sermet Matbaası, İstanbul, 1977, s. 150 vd.

¹⁶⁰ Tandoğan, C.I/1, s. 166.

¹⁶¹ Aral/Ayrancı, *a.g.e.*, s. 119.

¹⁶² Gümüş, *Özel Hükümler C.I*, s. 81.

¹⁶³ von Tuhr, *Borçlar Hukuku*, s. 179; Tandoğan, C.I/1, s. 165-166; Şahiniz, *a.g.e.*, s. 54; Yavuz, *Satıcının Sorumluluğu*, s. 28- 29.

açmaktadır¹⁶⁴. Bununla birlikte, satıcının tüm nitelik bildirimlerinden sorumlu olmayacağı söylenmelidir. Bu bakımdan, satıcının bildirdiği nitelikler, alıcının sözleşmeyi kurması ya da sözleşmeyi bu şartlarla kurması kararını etkilemelidir¹⁶⁵.

Diğer bir görüşe göreyse, satıcının irade açıklaması (*Willenserklärung*) söz konusu olup, satıcı bildirdiği niteliklere ilişkin kusursuz bir sorumluluk altına girmektedir¹⁶⁶. Bu bakımdan satıcının beyanının alıcının sözleşmeyi kurma kararını etkileyip etkilemediği dikkate alınmaz. Ancak, alıcının bu beyana verdiği anlamın güven teorisi uyarınca tespit edilmesi gerekir¹⁶⁷. Bu görüşteki yazarlara göre, alıcının sözleşmeyi kurma kararının etkilenip etkilenmediği yönünde subjektif ve tespiti zor bir ölçüt yerine, objektif bir ölçütten yararlanılması çok daha yerindedir¹⁶⁸.

Kanaatimizce bu son görüş gerekçeleri bakımından çok daha savunulabilir. Zira, bu yöntem satıcının nitelik bildiriminin, alıcının sözleşmeyi kurma kararını etkileyip etkilemediği yönünde subjektif ve tespiti zor bir ölçütten çok daha elverişli ve kolaydır. Burada asıl önemli olan alıcının, satıcının beyanına verdiği anlamın güven teorisi uyarınca tespit edilmesidir¹⁶⁹. Bu bakımdan belirtmek gerekir ki, satıcının

¹⁶⁴ Bu görüşteki yazarlar görüşlerini özellikle şu argümanlara dayandırmaktadır: Satış sözleşmesinin geçerliliğinin şekle tabi olduğu hâllerde dahi nitelik bildirimi söz konusu şekle uyulmadan yapılabilir. Bu bakımdan, nitelik bildiriminin bir düşünce açıklaması olduğu kabul edilirse, sözleşmenin şekle tabi olduğu hâllerde aksi kararlaştırılmadıkça satıcı tarafından nitelik bildiriminin bu şekle uygun yapılmasına gerek kalmaz. Bununla birlikte, Roma hukukunda *dictum*, kendisine kanun tarafından hukuki sonuç bağlanan bir bilgi açıklamasıyken, *promissum* söz konusu olduğunda sözleşmesel nitelikte bir taahhüdün gerçekleştirildiği kabul edilmiştir. Roma hukukundaki *dictum* ve *promissum* kurumları arasındaki fark göz önünde bulundurulunca, TBK m. 219/I'deki ifade tarzının *promissum*'un aksine *dictum*'a daha çok uyduğu kabul edilmelidir. Açıklamalar için bkz. Edis, **Tekeffül**, s. 64; Yavuz, **Satıcının Sorumluluğu**, s. 28-29; Kadir Berk Kapancı, **Satış Hukukunda Ayıptan Doğan Sorumluluk ve Sözleşmesel Garanti Taahhütleri**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 15, dn. 56.

¹⁶⁵ Bu husus öğretide satıcının yaptığı bildirimin ciddi olması gerekliliği şeklinde izah edilmektedir. Gümüş, **Özel Hükümler C.I**, s. 80.

¹⁶⁶ Saibe Oktay-Özdemir, “**Yargıtay Kararları Işığında Ticari Satış Sözleşmesinde Ayıp Kavramı ve Ayıba Bağlı Hakları Kullanmak İçin Uyulması Gereken Külfetler**”, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan, C.I, İstanbul, 2007, s. 39-58, s. 41-42; Aral/Ayrancı, **a.g.e.**, s. 119-120; Schubiger, **a.g.e.**, s. 6 vd.

¹⁶⁷ Yücedağ, **a.g.e.**, s. 12; Max Keller/ Kurt Siehr, **Kaufrecht**, Zürich, s. 74-75.

¹⁶⁸ Yücedağ'ın belirttiği gibi alıcının sözleşmeyi kurma kararının hiç etkilenmemiş olmasına rağmen, satıcının bildirdiği niteliğin malda bulunmamasından sorumlu olması gerekir. Bu konuda şu örnek verilebilir: Sağanak yağmur altında kalan alıcı yeni bir takım elbise almak durumunda kalmışsa, satıcı tarafından elbisenin kırımayan kumaştan yapıldığının bildirilmesi onun satın alma kararını etkilemeyecektir. Ancak elbisenin daha sonra kırışması hâlinde bildirilen niteliklerin eksikliği sebebiyle alıcı, satıcının ayıptan sorumluluğuna başvurabilmelidir. Açıklamalar ve örnek için bkz. Yücedağ, **a.g.e.**, s.13.

¹⁶⁹ Bilgehan Çetiner, “**Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ile Birleşmiş Milletler Satım Hukukunun Sorumluluğu Bakımından Karşılaştırmalı İncelemesi**” Legal Hukuk Dergisi, S. 58, 2007, s. 3142. Ayrıca bkz. Schubiger, **a.g.e.**, s. 7.

nitelik bildirimi (vaadi) çoğu zaman subjektif ayıp kavramı çerçevesinde tarafların zımnen kabul ettiği varsayılan nitelik kavramı içerisinde değerlendirilebilir¹⁷⁰.

Bununla birlikte, satıcının açık ve özel bir nitelik bildiriminin söz konusu olduğu hâller ile varsayıli (tarafların zımnen kararlaştırıldığı kabul edilen) nitelik eksikliği sebebiyle ayıptan sorumluluk hâli birbirinden farklı düzenlemelere tabidir. İlk olarak, nitelik bildiriminde satıcının sorumluluğu, bulunduğu veya bulunmadığı bildirilen nitelikle sınırlandırılmıştır (TBK m. 219/I). Oysa, subjektif ayıp kavramı sebebiyle satıcı, satılanın değer ve kullanım amacı bakımından elverişliliğini ortadan kaldıran tüm ayıplardan sorumludur¹⁷¹. İkincisi, satıcının bildirdiği nitelikler bakımından sorumluluğunun gündeme gelmesi için bildirdiği niteliklerden sapmanın önemli olması gerekmez. Diğer yandan varsayılan niteliklerden sapma bakımından satıcının sorumluluğunun gündeme gelebilmesi için söz konusu ayıbın, satılanın değerini ya da kullanım amacı bakımından elverişliliğini önemli ölçüde azaltması veya ortadan kaldırması gerekir¹⁷². Son olarak satıcı, nitelik bildirmede alıcının satılndaki nitelik eksikliğini bildiğini ileri sürerek de sorumluluktan kaçınamaz¹⁷³. Öyleyse, ancak alıcının satıcıya karşı özel olarak korunması gerektiği hâllerde, satıcının satılanın niteliğini bildirmiş olduğu kabul edilmelidir¹⁷⁴.

C. Bulunması Gereken Nitelikler Bakımından

1. Genel Olarak

TBK m. 219/I hükmü satıcının, herhangi bir nitelik bildirimi bulunmasa dahi “*kullanım amacı bakımından satılanın değeri ve alıcının ondan beklediği faydaları ortadan kaldıran veya önemli ölçüde azaltan maddi, hukuki ya da ekonomik ayıpların bulunmasından da...*” sorumlu olacağını düzenlemiştir. Öğretide söz konusu hükümde düzenlenen ve eksikliği ayıp kabul edilen niteliklerin, “bulunması gereken nitelikleri” bildirilen niteliklerden ayırmak amacıyla belirtildiği kabul edilmektedir¹⁷⁵.

¹⁷⁰ Serozan, **Özel Bölüm**, s. 207, N.705.

¹⁷¹ Tunçomağ, **Özel Borç İlişkileri II. Cilt**, s. 145 vd.

¹⁷² Serozan, **Özel Bölüm**, s. 207, N. 705.

¹⁷³ Tunçomağ, **Özel Borç İlişkileri II. Cilt**, s. 145 vd.

¹⁷⁴ Serozan, **Özel Bölüm**, s. 207, N. 705.

¹⁷⁵ Aral/Ayrancı, **a.g.e.**, s. 124; Schubiger, **a.g.e.**, s. 3 vd.

Satılarda bulunması gerekli niteliklerden ne anlaşılması gerektiğini tespit etmek için nitelik ve gereklilik unsurları üzerinde durulmalıdır¹⁷⁶. Öğretide belirtildiği gibi nitelik; şeyi diğer şeylerden ayıran doğal özellikler ile ticari hayattaki anlayışa göre satılan malın değerini ya da kullanma amacına elverişliliğini etkileyen her türlü ekonomik ve hukuki ilişkileri ifade eder¹⁷⁷.

Öte yandan öğretide gereklilik unsurunun tespit edilebilmesi için kademeli bir yol izlenmesi gerektiği belirtilmektedir¹⁷⁸. İlk olarak taraflar arasında satılanın hangi nitelikleri bulundurması gerektiğine ilişkin açık veya örtülü bir anlaşmanın mevcut olup olmadığı araştırılır. Taraflar arasında böyle bir anlaşma varsa, satılarda yer alan mevcut nitelikler ile anlaşmada belirlenen nitelikler karşılaştırılır. Satılanın anlaşmada belirlenen nitelikleri taşımadığı hâllerde ayıplı olmasından söz edilir¹⁷⁹.

Taraflar arasında herhangi bir nitelik anlaşması yoksa, satılanın “varsayılan kullanım amacı”¹⁸⁰ tespit edilmelidir. Satılanın varsayılan kullanım amacı ise alışveriş hayatındaki genel anlayışa, işin niteliğine ve hâlin icabına göre belirlenmelidir¹⁸¹. Satılan kullanım amacına uygun, işlevsel nitelikleri barındırması gerekir. Örneğin, bir buzdolabı soğutmaya, bir ütü kırışıklıkları düzeltmeye, bir televizyon izlenmeye elverişli olmalıdır¹⁸².

Öte yandan TBK m. 219/I hükmü gereğince bulunması gereken niteliklerin eksikliğinin her zaman satıcının ayıptan sorumluluk hükümlerinin uygulanmasına sebebiyet vermez. Söz konusu ayıpların satıcının sorumluluğuna yol açabilmesi için için “satılanın değerini” ya da “kullanım amacına elverişliliğini” ortadan kaldırması veya önemli ölçüde azaltması gerekir¹⁸³. Satılanın değerinin veya kullanım amacına elverişliliğinin tamamen ortadan kaldırılması, satılanın objektif piyasa (mübadele) değerinden yoksun hale getirilmesi veya tamamen kullanılmaz olmasını ifade

¹⁷⁶ Çelik, **a.g.e.**, s. 10- 11.

¹⁷⁷ Tandoğan, **C.I/1**, s. 164; Yavuz, **Satıcının Sorumluluğu**, s. 45; Şahiniz, **a.g.e.**, s. 45.

¹⁷⁸ Şahiniz, **a.g.e.**, s. 45; Çelik, **a.g.e.**, s. 10.

¹⁷⁹ Şahiniz, **a.g.e.**, s. 45.

¹⁸⁰ TBK m. 219/I’de belirtilen “kullanım amacı bakımından değeri” ifadesinin, OR Art. 197’ye uygun olarak, “satılanın değeri” ve “varsayılan kullanma amacına elverişlilik” şeklinde anlaşılması gerektiği yönünde bkz. Aral/Ayrancı, **a.g.e.**, s. 124, dn. 32.; Gümüş, **Özel Hükümler C.I.**, s. 82; Yücedağ, **a.g.e.**, s. 55.

¹⁸¹ Gümüş, **Özel Hükümler C.I**, **a.g.e.**, s. 69.

¹⁸² Örnekler için bkz. Şahiniz, **a.g.e.**, s. 46; Çelik, **a.g.e.**, s. 11-12.

¹⁸³ Yavuz, **Satıcının Sorumluluğu**, s. 71vd.

etmektedir¹⁸⁴. Bununla birlikte, satılanın değerinin ya da kullanım amacına elverişliliğinin önemli ölçüde azalması ile neyin kast edildiği tartışmalıdır.

Öğretideki hâkim görüşe göre, alıcının satılanın ayıplarını bilseydi satış sözleşmesini hiç veya aynı şartlar altında yapmayacağı kabul edilebiliyorsa söz konusu ayıbın satılanın değerini ya da kullanım amacı bakımından elverişliliğini önemli ölçüde azalttığı kabul edilmelidir¹⁸⁵. Diğer bir görüş ise TBK m.219 hükmünün yorum yoluyla önemsiz ayıpları da kapsayacak şekilde uygulanmasının hakkaniyete uygun olacağını belirtmektedir¹⁸⁶.

Buraya kadar yaptığımız açıklamalardan da anlaşılacağı üzere TBK m. 219 hükmü çerçevesinde bulunması gerekli ayıplar bakımından Alman hukukunda *Flume*'in parça satışını göz önünde bulundurarak öne sürdüğü subjektif ayıp kavramı benimsenmiştir. Öyle ki, TBK m. 219'da düzenlenen bulunması gerekli niteliklerin eksikliği sebebiyle satıcının ayıptan sorumluluğu kanunun lafzına uygun bir şekilde “satılan” şeyin teslim edilmesi hâline indirgenmektedir. Bu durumun aliud teslimin ayıp kavramı içerisinde değerlendirilmesine etkisi açıktır. İlk olarak çeşit satışında aliud teslim ve özdeşlik aliudu hâllerinin, bulunması gereken niteliklerin eksikliği sebebiyle meydana gelen ayıp kavramı çerçevesinde değerlendirilmesi imkânı ortadan

¹⁸⁴ Aral/Ayrancı, **a.g.e.**, s. 125; Şahiniz, **a.g.e.**, s. 46; Çelik, **a.g.e.**, s. 13-14.

¹⁸⁵ Gümüş, **Özel Hükümler C.I.**, s. 70; Şahiniz, **a.g.e.**, s. 47. Yavuz, önemlilik ölçütünün esasen “küçük vakıalar hâkimin önene getirilmez” prensibini yansıtan “*de minimis non curat praetor*” ilkesinin uzantısı olduğunu belirtmektedir, bkz. Yavuz, **Satıcının Sorumluluğu**, s. 75.

¹⁸⁶ Öyle ki birçok güncel hukuk metninde önemli ayıp-önemsiz ayıp ayrımı satıcının sorumluluğunun doğumuna ilişkin belirleyici faktör olarak kabul edilmemektedir. Buna karşılık söz konusu ayırımı, alıcının belirli haklara başvurabilmesi hususunda önem arz edeceği esası benimsenmiştir. Meselâ, BGB § 323/V'e göre satıcının ayıptan dolayı sözleşmeden dönebilmesi ve BGB § 281/I'e göre ifa yerine tazminat talep edilebilmesinde söz konusu ayırım dikkate alınmıştır. Türk hukukunda TKHK m.8 ve m.9 kapsamında da önemli-önemsiz ayıp ayrımı gibi bir sınırlama yapılmamıştır, bkz. Çetiner, **“Yeni Türk Borçlar Kanunu'nda Yarar ve Hasarın İntikali”**, s.97-114. Öte yandan CISG kapsamında da önemli-önemsiz ayıp ayrımı satıcının sorumlu tutulması bakımından değil, alıcının ayıp sebebiyle başvurabileceği seçimlik hakların belirlenmesinde bir ölçüt olarak kabul edilmiştir. Örneğin, CISG m. 25 ve m. 49 gereği alıcı ancak sözleşmenin esaslı olarak ihlâl edildiği durumlarda sözleşmeden dönebilecektir. Atamer'e göre benzer bir yaklaşım Türk Borçlar Kanunu bakımından da kabul edilebilir. Başka bir deyiş ile önemli önemsiz ayıp ayırımına sadece seçimlik hakların kullanılması bakımından önem verilip, önemsiz ayıplarda sözleşmeden dönme hakkının kullanımı engellenebilir, bkz. Yeşim Atamer, **“Yeni Türk Borçlar Kanununda Taşınır Satımı Sözleşmesi”**, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, ed. Mehmet M. İnceoğlu, XII Levha Yayınları, 2012, s.206; Başak Başoğlu, **Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Aynen İfa Talebi**, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 187- 221. Çelik'e göreyse TBK m. 219 hükmünün mülga 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un m. 4 hükmüne yollama yapan gerekçesi göz önünde bulundurulunca, kanun koyucunun “önemli” ayıp kavramını bilinçli olarak tercih ettiği kabul edilmelidir. Zira, mülga 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un m. 4'de önemli ayıp kavramı zikredilmemesine rağmen, kanun koyucu bu kavramı benimsemek istemiştir. Bu bakımdan önemsiz ayıplar bakımından satıcının sorumlu tutulması ancak olması gereken (*de lege ferenda*) bakımından söz konusu olabilir, bkz. Çelik, **a.g.e.**, s. 15-16.

kaldırılmaktadır. Zira, gerek çeşit satışında aliud teslim gerek özdeşlik aliudu hâlinde “satılanın” teslimi değil, satılardan başka bir malın teslimi söz konusudur. İkincisi, nitelik aliudu olarak adlandırılan hâllerin TBK m. 219 vd. hükümleri çerçevesinde değerlendirilmesi nitelik eksikliğinin satılanın değerini ya da kullanım amacına elverişliliğini ortadan kaldırması veya önemli ölçüde azaltması şartıyla ayıp kavramı içerisinde değerlendirilmesi imkânı vardır.

İsviçre-Türk hukuk sisteminde asıl şaşırtıcı olan ise gerek borçlanılan çeşitten farklı bir malın teslim edilmesi gerek borçlanılan parçadan tamamen başka bir parçanın teslim edilmesi hâlinin çoğu durumda satılanın değerini ya da varsayılan kullanma amacına elverişliliği önemli ölçüde azaltması veya ortadan kaldırması söz konusuysa bu durumların kanunun lafzının takip edilerek, yani “satılardan” başka bir şeyin teslim edildiği öncülüyle ayıptan sorumluluk hükümlerinin uygulama alanından dışlanmasıdır.

Belirtmek gerekir ki ayıptan sorumluluk hükümlerinin uygulanmasını çeşit satışında sadece borçlanılan çeşitten bir malın teslim edilmesi, parça satışlarında ise sadece ferdin tayin edilen parçanın teslim edilmesi hâliyle sınırlandırmasına sebep olan etmenler ayıp kavramının tarihi süreçteki gelişimi ve esasen kökü Roma hukukuna dayanan *error in substantia* öğretisine dayanmaktadır. Çalışmamızda esasen aliud teslim hâlinde mutlak bir öncülü kabul etmememiz ve taraflar arasındaki menfaat dengelerinin gerek hiç ifa etmeme gerek ayıptan sorumluluk hükümlerinin uygulanması durumunda alacakları duruma göre hareket edilmesi gerektiği görüşünü savunduğumuz için, çeşit satışında aliud teslim ve özdeşlik aliudunun ayıptan sorumluluk hükümleri çerçevesinde uygulanmasını dışlayan eğilime sebep olan süreçlerin incelenmesine devam edilmelidir.

2. Ayıp Kavramının Tarihi Gelişimi

TBK m. 219/I’de tanımlanan ayıp kavramının mehzaz düzenlemesi OR Art. 197/I’dir. OR Art. 197 vd. hükümleri ise eski İsviçre Borçlar Kanunu (eski OR) düzenlemesinden neredeyse hiç değiştirilmeden alınmıştır. Bu bakımdan, ilk olarak eski OR’nin meydana gelmesine az ya da çok etki eden sebepler araştırılmalıdır.

Eski Alman hukukunda satıcının satılanın ayıplarından sorumluluğunun oldukça hafif düzenlenmesi¹⁸⁷, Pandekt hukukunun¹⁸⁸ benimsenmesiyle belirli oranda ağırlaştırılmıştır¹⁸⁹. Bununla beraber, Pandekt hukuku eski OR'deki ayıptan sorumluluk hükümlerinin düzenlenmesini de dolaylı yoldan etkilemiştir. Pandekt hukukuyla uyum içerisinde olan *Dresden* tasarısı madde 172'de satıcının, vadettiği niteliklerin satılarda bulunmamasının yanında malın varsayılan kullanılabilirliğine elverişliliğini önemli ölçüde azaltan ya da ortadan kaldıran ayıpların bulunmasından da sorumlu olacağı düzenlenmiştir¹⁹⁰. Söz konusu tasarının 172. maddesinde belirtilen esas ise hemen hemen hiçbir değişikliğe uğramadan eski OR Art. 243¹⁹¹, de kendisine

¹⁸⁷ Eski İsviçre kanununun başlıca tarihi temellerinden birini teşkil eden eski Alman hukukunda satıcının satılanın ayıplarından sorumluluğu sadece satıcı tarafından vâdedilen niteliklerin satılarda mevcut olmaması ve satıcının malda ayıp olduğunu bilerek susması, bunları gizlemesi halinde söz konusu oluyordu. Buna karşılık, müşteri aldığı şeyi açıkça, aydınlıkta görmüşse, sonradan ortaya çıkan ayıplara dayanarak sözleşmeden dönemiyordu. Hatta, “Gözünü aç, satış satıştır” (*Augen auf, Kauf ist Kauf*) ve “Gözünü açmayan kesesini açar” gibi deyimler eski Alman hukukunun alıcı aleyhindeki eğilimini göstermekteydi. Nitekim, bu prensip İngiliz hukukunda da “*caveat emptor*” müşteri dikkat etsin, gözünü açsın şeklinde ifade edilmiştir. Açıklamalar için bkz. Rado, **Satıcının Mesuliyeti**, s. 606.

¹⁸⁸ Eski Alman hukuku, halktan doğmuş, halk içinde gelişmiş, yani örf ve âdet hukuku kurallarını ifade etmektedir. Bununla birlikte, Roma hukuku Roma İmparatorluğu'nun yıkılmasından sonra da bu bölgede uygulanma alanı bulmuştur. Roma hukuku kaynaklarının zamanın ihtiyaçlarına uygun şekilde kavramsallaştırılması ve sistemleştirilmesiyle meydana getirilen kurallar bütünü Kutsal Roma Germen İmparatorluğu'nun egemenlik sürdüğü ülkelerin yerel hukuklarının (*Landrecht* ve *Stadtrecht*) yanında uygulanmış ve “Ortak Hukuk” (*Ius Commune*) adını almıştır. Ortak hukukun Alman devletlerinde zamanın gereklerine uygun olarak uygulanması ise aynı zamanda “*Pandekt hukuku*” (*ius pandectarum* veya *usus modernus pandectarum*) olarak adlandırılmıştır (Andreas B. Schwarz, **Roma Hukuku Dersleri, I. Cilt**, Çev. Türkân Rado, Yedinci Bası, Doğan Kardeş Matbaacılık, İstanbul, 1965, s. 166-167; Paul Koschaker, **Modern Hususî Hukuka Giriş Olarak Roma Hususî Hukukunun Ana Hatları**, çev. Kudret Ayiter, Sevinç Matbaası, Ankara, 1975, s. 40 vd.). Belirtmek gerekir ki, Ortak hukuk denilince akla hem özel hem de kamu hukuku gelirken, Pandekt hukukunun konusu ise tamamen özel hukuktur. Pandekt hukuku 1495 yılında Alman İmparatorluk Mahkemeleri'nin Roma hukukuna göre karar verileceğini resmi olarak kabul etmesi ile başlayıp, 19. yy'daki ulusal kodifikasyonlara kadar yürürlükte kalmış ve kendisinden sonraki düzenlemeleri de etkilemiştir. Diğer yandan, 19. yy. Tarihçi Hukuk Okulu'nun Roma hukukuna ilişkin incelemeleri ve çalışmaları da dar anlamda Pandekt hukuk bilimi olarak adlandırılmaktadır. Bu dönem içerisinde Roma hukuku kurallarını sistematik olarak zamanın gereklerine göre inceleyen ve düzenleyen hukukçulara da “*Pandektçi*” hukukçular denmektedir. Roma ve Pandekt hukukunun çeşitli tanımları, aralarındaki benzerlik ve farklılıklara ilişkin açıklamalar için bkz. Dr. Eşref Küçük, “**XII Yüzyıl Rönesansı ve “Yeniden Doğan” Roma’yı Günümüze Bağlayan Son Halka: Pandekt Hukuku**”, AÜHFD, C. 56, S. 4, 2007, s. 111- 122; Seldağ Güneş Ceylan, “**Roma hukukunun Günümüz Hukuk Düzenlerine Etkisi**”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2004, S. VIII, No. 1-2, s. 75-93; Erhan Kanişlı, **İsviçre-Türk Borçlar Hukukuna Göre Sözleşmenin Kurulmasında Yanılma**, On İki Levha, İstanbul, 2018, s. 15, dn. 18.

¹⁸⁹ Bernhard Windscheid/ Theodor Kipp, **Lehrbuch des Pandektenrechts C. II**, 9. Auflage, Grientia Verlag Malen, 1963, s. 1 vd. naklen Cyprian, **a.g.e.**, s. 50.

¹⁹⁰ 1015 maddeden ve 5000 sayfalık protokol taslağından oluşan 1866 tarihli *Dresden* Tasarısı hiçbir zaman yürürlüğe girmemiş olsa da BGB'nin hazırlanması aşamasında etkili olmuştur. Bununla birlikte *Munzinger*, eski OR'nin özel hükümler bölümünün hazırlanmasında da *Dresden* Tasarısı'ndan etkilenmiştir. Bu konuda açıklamalar için bkz. Cyprian, **a.g.e.**, s. 50, dn. 7.

¹⁹¹ Eski OR Art. 243'nin Almanca metni şu şekildedir: “*Der Verkäufer haftet dem Käufer sowohl für die zugesicherten Eigenschaften als auch dafür, daß die Sache nicht Mängel habe, welche ihren Wert oder ihre Tauglichkeit zu dem vorausgesetzten Gebrauche aufheben oder erheblich mindern.*”

yer bulmuştur. Bu bakımdan, ayıptan sorumluluk hükümlerinin düzenlenmesinde *Dresden* tasarısını etkilemiş olan Pandekt hukuku incelenmeye devam edilmelidir.

Pandekt hukukunda benimsenen ayıp tanımının izlerine Roma hukuku kaynaklarında rastlanabilir. Zira, Pandekt (ortak) hukuk döneminin hukukçuları ayıp kavramına ilişkin fikirlerini Roma hukuku kaynaklarından edinmişlerdir. Şöyle ki, Pandekt hukuku döneminde ayıp kavramı üzerinde etraflıca tartışmalar yapılmamış, *aedilis curulis*¹⁹² denilen *majistra*’ların satıcının ayıptan sorumluluğu ile ilgili beyannamelerine (*edictum*) atıfta bulunulmuş ve bu beyannameler zamanın gereklerine göre çeşitli eklemeler yapılarak kanunlaştırılmıştır¹⁹³.

Justianus döneminde ayıp kavramının tanımlanmasını büyük ölçüde etkilemiş olan *aedilis curulis*lerin ayıp kavramını ele alma biçimleri ise çoğunlukla köle ve hayvan satışları özelinde, yani parça satışında gelişmiştir. Bu durumu, köle ya da hayvandaki hastalık ve fiziksel sakatlıkların ayıp olarak ele alındığını belirten beyannameler de desteklemektedir¹⁹⁴. *Aedilis curulis*lerin parça satışı özelinde satıcının ayıptan sorumluluğuna ilişkin alıcıya tanıdıkları haklar daha sonraları *Justianus* döneminde tüm satış sözleşmelerine teşmil edilmiştir¹⁹⁵. Bu durum esasen önemli bir etki yaratmıştır. Öyle ki, *aedilis curulis*lerin beyannamelerinde özellikle parça satışları bakımından kazuistik metotla ifade edilen ayıp kavramı *Corpus Iuris Civilis* bünyesinde yorumlanmayı gerektiren bir hukuk kavramı haline gelmiştir¹⁹⁶. Bununla birlikte, ayıp kavramının tarihsel gelişimi ve *error in substantia* öğretisi *Justianus* döneminde “satılanın” normal niteliklerden sapması şeklinde anlaşılan

¹⁹² *Aedilis curulis* denilen *majistralar* cumhuriyet döneminden itibaren şehrin zabıta vazifesini ifa ediyor ve bu arada çarşı pazarın kontrolü ile meşgul oluyorlardı. Bunlar özellikle Roma’nın savaşılarından sonra büyük önem kazanan köle ve hayvan pazarlarını denetliyor, genellikle yabancı ve şüpheli köle satıcılarının hilelerini engellemek amacıyla önlemler alıyordu. Nitekim, *aedilis curulis*’lerin satıcının ayıptan sorumluluğu üzerine alıcıya tanıdıkları “*actio redhibitoria*”, “*actio quanti minoris*” ve “*actio empti*” dava hakları, günümüz ayıptan sorumluluk hükümlerinde tanınan hakların temelini oluşturmuştur. “*Actio redhibitoria*” davası ile alıcı, ayıp sebebiyle sözleşmeden dönebiliyordu. “*Actio quanti minoris*” davası ile alıcı, satılarda bulunan ayıplardan dolayı semenin indirilmesini talep ederdi. “*Actio empti*” davasıysa, alıcının satıcıya karşı ayıptan doğan zararlarının giderilmesi için açtığı dava türüydü. Rado, **Satıcının Mesuliyeti**, s. 604-619.

¹⁹³ Bernhard Windscheid/ Theodor Kipp, **a.g.e.**, s. 481 vd., naklen Cyprian, **a.g.e.**, s. 51.

¹⁹⁴ *Ulpianus*, *aedilis curulis*’lerin beyannamesine ilişkin bir şerhinde köle satışına dair “*de mancipiis vendundis*”, hayvan satışına dair ise “*de iumentis vendus*” isimli beyannameleri incelemiş ve bu durumu şu şekilde özetlemiştir: “Köle satanlar köledeki hastalık ve sakatlıkları (*morbi vitiive*)...müşteriye bildirmek mecburiyetindedir. Bütün bu hususlar köle satılırken bildirilmeli ve doğru olarak ilân edilmelidir. Eğer köle bunlar yapılmadan satılırsa...yahut söylenen sözlere veya yapılan taahhütlere muhalif olarak satılmışsa... müşteriye ve müşterinin haleflerine, 6 ay içinde, kölenin iadesi maksadıyla bir *actio* vereceğiz” Rado, **Satıcının Mesuliyeti**, s. 612- 614.

¹⁹⁵ Rado, **Satıcının Mesuliyeti**, s. 610.

¹⁹⁶ Cyprian, **a.g.e.**, s. 51.

objektif ayıp kavramının üstün tutulduğu varsayımını doğrulamaktadır¹⁹⁷. Nitekim, objektif ayıp tanımını daha sonra Pandektçi hukukçular tarafından da benimsenmiştir¹⁹⁸.

Öte yandan ayıp kavramının tarihsel yorumunun önemi, mevcut kanun metninin öncelikle bu yoruma göre mi, yoksa çağdaş taraf menfaatlerinin incelenmesi ve değerlendirilmesine hizmet eden objektif güncel yorum metodunun mu tercih edileceğine göre değişir. Günümüzde bir kanun metninin yorumlanması için çeşitli yorum metodlarından yararlanılmaktadır¹⁹⁹. Bu bakımdan kanun koyucunun iradesi araştırılırken başvuru tarihi yorum metodu her ne kadar anlamlı sonuçlar ortaya koysa da başvurulacak yegâne metod olarak kabul edilmemektedir. Bir başka deyiş ile tarihsel yorum, yorumun sonu değil, başlangıcı olarak görülmektedir. Serozan'ın da belirttiği gibi *“Tarihsel ve genetik yorum, uygulamada olsa olsa bir tutamak oluşturabilir; salt yönlendirebilir ama belirleyici olamaz. Bu yolda bir adım daha atılmalıdır. Bu adım da şudur: Yasanın yürürlüğe girdiği günden bu güne kadar gerçekleşen tüm gelişmelerle birlikte, toplumda değişen değer yargılarına da ayak uydurulmalıdır”*²⁰⁰.

Öyleyse tarihsel yorum sonucu elde ettiğimiz bilgiler, günümüzde geçerli hukuk kurallarının amaca göre yorumlanması için oldukça değerli bir kaynak olarak görülebilir. Nitekim, menfaat hukukçuluğu açısından yorum metodu vasıtasıyla elde edilen değerli bilgileri kullanarak taraflar arasındaki menfaat dengesi ve modern gelişmelere uygun yorumu tercih etmek aynı zamanda bir gerekliliktir. Bu bakımdan özdeşlik aliudu ve çeşit satışında aliud teslim hâlini kapsayan bir subjektif ayıp kavramının kabulü için TBK m. 219 vd. hükümlerinin amaca göre yorumlanabilip yorumlanamayacağı meselesi gündeme gelir²⁰¹. Böyle bir yorumun yapıp yapılamayacağı sorusu şüphesiz TBK m. 219 vd. hükümleri ile hiç ifa etmeme hükümlerinin uygulanması hâlinde taraflar arasındaki menfaat dengelerinin alacağı durum karşılaştırılarak cevaplandırılmalıdır. Ancak, bu aşamadan da önce çeşit

¹⁹⁷ Cyprian, **a.g.e.**, s. 52.

¹⁹⁸ Laupichler, **a.g.e.**, s. 46 vd.

¹⁹⁹ Kanun metninin yorumlanmasına ilişkin çeşitli yorum metotları hakkında bkz. Halûk Nami Nomer/P. Ezgi Akbulut, **Medeni Hukuka Giriş Dersleri, Bölüm I**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016, s.14 vd.

²⁰⁰ Rona Serozan, **Medeni Hukuk**, 8.Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018, s.138.

²⁰¹ Belirtmek gerekir ki nitelik aliudunun ayıp kavramı içerisinde değerlendirilmesi bakımından subjektif ayıp kavramı TBK m. 219 hükmünün lafzına aykırılık oluşturmamaktadır. Zira, nitelik aliudu hâlinde de taraflarca ferden belirlenmiş parça alıcıya teslim edilmektedir. Bu durum ise TBK m. 219'un lafzıyla konuşursak, “satılanın” alıcıya teslim edilmesi anlamına gelmektedir. Ne var ki, alıcıya teslim edilen “satılan” kararlaştırılan nitelikleri taşımamaktadır. § 2, II, B.

satışında aliud teslim ve parça satışında özdeşlik aliudu hâllerinde ayıptan sorumluluk hükümlerinin uygulamasını mutlak olarak reddeden *error in substantia* öğretisi ve bu öğretinin aliud teslimin hukuki niteliğine etkisi yakından incelenmelidir.

3. *Error in Substantia* Öğretisi ve Aliud Teslimin Hukuki Niteliğine Etkisi

a. *Error in Substantia* Öğretisi

“*Error in substantia*” kavramının çok daha iyi anlaşılması için “*error in materia*” kavramı ile birlikte değerlendirilmesi gerekir. *Error in substantia* ve *error in materia* kavramları, günümüz hukuki düzenlemeleri ile karşılaştırıldığında parça borcunda niteliğe ilişkin saikte yanılma hali olarak adlandırılabilir²⁰². Roma hukunda *error in substantia* hâlinde nitelikte yanılmanın konusunun, satılanın maddi özüne ilişkin “bireysel bir nitelik” olup o şeyin türünü ve çeşidini değiştirdiği, yani başka bir şey olması sonucunu doğurduğu kabul edilmiştir. Buna karşılık, nitelikte yanılmanın konusunun gerçekte o şeyde var olması durumunda, o şeyi başka bir çeşide sokmadığı, aynı çeşit içinde kalite farkına yol açtığı hâllerde ise *error in materia* kavramından söz edilmiştir. Ayrıca, *error in materia*’nın sözleşmenin geçerliliğini etkilemeyen, yani esaslı olmayan bir yanılma hâli olduğu benimsenmiştir²⁰³.

Bununla birlikte gerek Klasik Roma hukuku gerek de *Justianus* döneminde esaslı yanılmaların, kendiliğinden sözleşmenin geçersizliğine yol açacağı kabul edilmiştir²⁰⁴. *Justianus* döneminde ise malın özüne ilişkin yanılmalar (*error in*

²⁰² Reinhard Zimmerman, *The Law of Obligations- Roman Foundations of Civilian Tradition*, Oxford, Clarendon Press, 1996, s. 593, dn. 39; Yusuf Büyükay, “**Roma Hukukunda Error in Materia ve Error in Substantia**”, AÜEH, C., V, S. 1-4, s. 349- 350; Kanışlı, **a.g.e.**, s. 34-35.

²⁰³ Flume, **a.g.e.**, s. 67, 68; Zimmerman, **a.g.e.**, s. 593-594; Büyükay, **a.g.m.**, s. 351; Kanışlı, **a.g.e.**, s. 35. Belirtmek gerekir ki, *Iulianus*’a ait Iul. D. 18. 1. 41. 1’de “*Saf gümüşten olduğu zannedilerek, gümüş kaplama masanın satın alınması halinde satım hükümsüzdür*” ifadesine yer verilmiştir (Büyükay, **a.g.m.**, s. 353). *Iulianus*’un tarafların sözleşmenin konusu üzerinde anlaşmalarına rağmen, niteliklerdeki yanılma (*error in materia*) sebebiyle sözleşmenin hükümsüz olduğunu belirtmesinin, dönemin diğer hukukçularının fikirleri ile bağdaştırılamadığı belirtilmektedir. Flume, **a.g.e.**, s. 63-64.

²⁰⁴ Salvatore Di Marzo, **Roma Hukuku**, Çev. Ziya Umut, İstanbul, 1954, s. 79; Belgin Erdoğan, **Roma Hukuku: Tarihi Giriş, Hukuk Tarihi- Genel Kavramlar**, İstanbul, 1992, s. 168. Belirtmek gerekir ki, Klasik Hukuk Dönemi’nden itibaren Roma hukukunda yanılma, iradelerin uyuşmasını ortadan kaldıran “*dissensus*”a yol açan ve böylelikle işlemi kendiliğinden geçersiz kılan hukuki bir olgu olarak kabul edilmiştir. Diğer bir deyiş ile, Roma hukukunda yanılma, irade ile açıklama arasındaki uygunluk ya da uygunsuzluk olgusu olarak değil, tarafların iradelerinin uyuşmasını engelleyen bir sebep olarak görülmüştür. Bu bakımdan esaslı yanılma (*dissensus*) sebebiyle tarafların akdetmek istedikleri sözleşmenin hukuken hiçbir zaman varlık kazanmadığı kabul edilmektedir. Erhan Kanışlı, **a.g.e.**, s. 22-23.

substantia) ile satış sözleşmesinin konusundaki yanlışların (*error in corpore*²⁰⁵) aynı hukuki sonucu doğurduğu kabul edilmiştir:

“Bundan başka, satım sözleşmesinin konusunda hata yapılmadığı, ancak bunun özünde bir hata yapılması durumunda geçerli bir satım sözleşmesinin olup olmadığı sorulmaktadır. Buna örnek şarap yerine sirke, altın yerine bakır, gümüş yerine kurşun (ya da gümüşe benzeyen başka bir şey) satılması durumudur. Marcellus 6. kitabında, burada satım sözleşmesinin geçerli olduğunu, çünkü satım sözleşmesi konusu hakkında iradelerin uyuştuğunu, özde yapılan hatanın önemli olmadığını yazmaktadır. Bu görüşü, şarap açısından onaylıyorum. Çünkü eğer şarap ekşidi ise aynı madde söz konusudur. Ancak, şarap ekşimedi ise, baştan beri ortada sirke varsa, **bir şey yerine başka bir şey** satılmış demektir (...)”²⁰⁶.

Ulpianus’un bu metnine göre Marcellus, niteliklerde yanlışmanın malın özüne ilişkin olduğu durumlarda (*error in substantia*), tarafların sözleşme konusu üzerinde anlaştıklarını ve satış sözleşmesinin geçerli olduğu fikrini savunmaktadır. Buna karşılık, Ulpianus şekli bakımından satış konusu şeye ilişkin uyuşmanın yeterli olmadığını, maddenin özünü etkileyen nitelikler üzerinde de tarafların iradelerinin uyuşması gerektiğini ve *error in substantia* durumunda da tıpkı *error in corpore* hâlinde olduğu gibi satış sözleşmesinin geçersiz olduğunu belirtmektedir.

²⁰⁵ TBK m. 31/I’de esaslı yanlışma hâli olarak da kabul edilen “*error in corpore*”, sözleşmenin konusunda yanlışma anlamına gelmektedir. Bu durumda irade açıklamasında belirtilen şey ile açıklamada bulunan tarafın gerçek iradesine dahil olan şey birbiriyle uyuşmamaktadır. Ziya Umur, **Roma Hukuku Ders Notları**, 3. Tıpkı Basım, İstanbul, Beta, 2010, s. 206. *Error in substantia* hâlinde ise nitelik yanlışması söz konusu olup *error in corpore* hâlinde farklı bir durum gerçekleşmektedir. *Error in substantia* hâlinde gerçek iradenin içeriğinde bulunan şey ile açıklamanın içeriğindeki şey uyuşmakta ancak o şeyin niteliklerine ilişkin yanlış saik, iradenin oluşumunu sakatlamaktadır. Açıklamalar için bkz. Kanışlı, **a.g.e.**, s. 34 vd.

²⁰⁶ Ulp.D.18.1.9.2., aktaran Erdal Özsunar, **a.g.e.**, s. 56. Aynı metnin diğer bir çeviri ise şu şekildedir: “Yalnız, eğer satımın konusunda yanlışma yoksa fakat nitelikte bir hata varsa, örneğin, sirke şarap olarak, bronz altın olarak, kurşun ya da gümüşe benzeyen başkası gümüş olarak satıldığında, satımın geçerli olup olmayacağı sorunu vardır. Marcellus, *Digesta*’nın altıncı kitabında, satımın geçerli olduğunu yazıyor, çünkü satımın konusunda uyuşulmuştur, madde (niteliği) üzerinde yanlışmış olduğu halde. Şarap bakımından gerçi ben tamamen aynı düşüncedeyim, çünkü o (sirke), hemen hemen aynı öz (esas-cevher)’dür, şarap tamamıyla ekşi olduğunda. Eğer, şarap ekşitilmez, aksine başlangıçta sirkede varsa, sirkenin imalinde olduğu gibi, **kasdedilenden tamamen başkası satılmış kabul edilirse (aliud pro alio)**, bu son durumda ben satımın hükümsüz olduğunu kabul ederim, çünkü öz’de bir hata vardır”, bkz. Büyükkay, **a.g.m.**, s. 354. Roma hukuku kaynaklarında *error in materia* kavramına ilişkin verilen bazı örnekler ise şu şekilde sıralanabilir: “satılan masanın limon ağacından yapıldığı belirtilmesine rağmen başka bir ağaçtan yapılmış olması, altının alıcının tahmininden düşük değerde çıkması, altın olarak satılan vazanın altın suyuna batırılmış olması, bakire olarak satılan kölenin bakire çıkmaması”. Örneklerle ilişkin açıklamalar için bkz. Büyükkay, **a.g.m.**, s. 351-353.

Başka bir ifade ile yazarlar somut olayda satılan parçaya ilişkin niteliklerden sapılması hâlinde, günümüz terminolojisiyle bir ayıplı ifanın mı yoksa *error in substantia* sebebiyle kendiliğinden geçersiz bir sözleşmenin mi bulunduğunu tartışmışlardır. Nitekim, *Ulpianus*'un yukarıda zikredilen metninde *error in substantia* kavramıyla her zaman için kolay yapılamayacak bu ayrımı sürdürdüğü söylenebilir²⁰⁷. Bunun başlıca sebebi, *error in materia* hâllerinde sözleşmenin geçerliliğinin bundan etkilenmediği kabul edildiği için alıcının bu durumdan zarar görmesi ihtimâlinde ayıptan sorumluluk hükümlerine başvurarak yeterli hukuki korumayı elde edebileceği söylenebilirken *error in substantia* hâlinde sözleşmenin kendiliğinden geçersiz olacağı kabul edildiği için bu imkânın mümkün olmamasıdır. Bu bakımdan, ayıptan sorumluluk sebebiyle tanınan dava haklarına da başvuramayan alıcıyı korumak için *error in substantia* kavramına ihtiyaç duyulmuştur²⁰⁸.

Ortak hukuk dönemindeyse *Ulpianus*'un benimsediği *error in substantia* öğretisi, ünlü Pandekt hukukçusu *Savigny* referans alınarak şöyle yorumlanmıştır: Satılan parçanın ticari örf ve adete göre ait olduğundan farklı bir çeşide dahil olduğu kabul edilirse bu, sözleşmenin geçersizliğine yol açar²⁰⁹. Nitekim, bu yorum tarzı 1804 tarihli Code Civil²¹⁰ ve 1863 tarihli BGB²¹¹, de kendine yer bulmuştur.

Ayrıca bu dönemde de *aedilis curilis*'lerin satıcının ayıptan sorumlu olması üzerine alıcıya tanıdığı hakların geçerli bir sözleşme hâlinde söz konusu olduğu fikri

²⁰⁷ Ayrım yapmanın zorluğuna ilişkin şu farklı görüşler örnek olarak belirtilebilir: *Lenel* ve *Zitelmann*'a göre, nitelik yanılması bir saik hatasıdır ve bu yüzden dikkate alınmaz. Bir diğer görüşe göre ise satış konusunun niteliklerine ilişkin bir yanılma burada söz konusu değildir. Zira, bakırı altın olarak satmanın, sözleşmenin her iki tarafına mı, yoksa sadece alıcıya mı ilişkin olduğu hususu metinden anlaşılmamaktadır. *Flume*'ye göre ise klâsik hukukçuların hükümsüzlük kararlarının temelinde, satış konusunun niteliklerine ilişkin tarafların birlikte hatası değil, satış konusu üzerinde tarafların anlaşamaması, yani satış konusunun belirlenememesi bulunmaktadır. Bu bakımdan, Roma hukukçuları, parça satışında uzlaşmanın, satış konusunun belirlenmesine etki eden satılana ilişkin nitelikleri de kapsamı gerektiğini kabul eder. Açıklamalar için bkz. Büyükcay, **a.g.m.**, s. 356.

²⁰⁸ Öyle ki, *error in substantia* sebebiyle sözleşme hükümsüz kabul edileceği için alıcı ayıptan sorumluluk hükümlerine başvuramayacak olsa da, sözleşmenin hükümsüzlüğü sebebiyle bedel ödeme edimi yerine getirmek zorunda kalmayacak, bedel ödeme edimini ifa etmişse satıcıdan talep edebilecektir. Zimmerman, **a.g.e.**, s. 593- 594; Kanışlı, **a.g.e.**, s. 37- 38.

²⁰⁹ Her ne kadar *Savigny* parça satışında satılanın niteliklerine ilişkin yanılmayı, esaslı yanılma olarak görmese de nitelik sapması satılan parçanın ait olduğundan farklı bir çeşide dahil olmasına yol açıyorsa istisnai olarak bu durumun sözleşmeyi geçersiz kılacağını kabul etmiştir, Laupichler, **a.g.e.**, s. 46-47.

²¹⁰ Art. 1110: “Sözleşme konusunu oluşturan şeyin özüne ilişkin olmadıkça yanılma, sözleşmenin geçersizlik sebebi yapılamaz”.

²¹¹ § 842: “Irrt sich der eine Teil über die Identität der Sache oder über deren ausdrücklich von ihm vorausgesetzten Stoff, ohne welchen dieselbe zu einer anderen Gattung oder Art von Sachen zu rechnen sein würde und welcher für sie wesentlich ist, so ist der Vertrag nichtig”.

üstün tutulduğu için *error in substantia* sebebiyle sözleşmenin geçersiz olduğu durumlarda bu hakların alıcıya tanınması fikri reddedilmiştir²¹².

b. Aliud Teslimin Hukuki Niteliğine Etkisi

(1). Parça Satışında Nitelik Aliuduna Etkisi

Eski OR Art. 19/III²¹³’de *error in substantia* kavramı açıkça esaslı yanılma hâli olarak düzenlenmiştir. Bununla birlikte eski OR Art. 18’de esaslı (nitelik) yanılmasının sözleşmeyi kendiliğinden “geçersiz” kıldığı prensibi terkedilerek yanılmanın kararına bağlı “iptal edilebilirlik” yaptırımı benimsenmiştir²¹⁴. Bununla birlikte sözleşme konusu şeyin, nitelik eksikliği sebebiyle ticaret (alışveriş) hayatında başka bir mal grubuna girmesi (*error in substantia*) söz konusu olduğunda, meseleye ayıptan sorumluluk hükümlerinin uygulanamayacağı görüşü varlığını sürdürmüştür²¹⁵.

OR Art. 24/IV (TBK m.32) düzenlenirken eski OR Art. 19/III hükmü yürürlükten kaldırılmış ve saik yanılması (hata) kavramı meydana getirilmiştir²¹⁶. OR Art. 23 (TBK m. 30)’da ise, sözleşme kurulurken esaslı yanılmaya düşen tarafın sözleşme ile bağlı olmadığı düzenlenmiştir. Bu bakımdan saikte yanılmanın alıcıya sözleşmeyi iptal etme hakkı tanınması için öncelikle alıcının satılana ilişkin nitelikteki yanılmasının ticari örf ve adete göre esaslı bir niteliğe ilişkin olması gerekir²¹⁷. *von Tuhr*’a göre ticari örf ve adete göre esaslı bir nitelikten kast edilen Roma hukunda satılanın özüne (cevherine) ilişkin niteliklerdir. Söz konusu niteliklerdeki eksiklikler ise satılanın ait olduğundan başka bir çeşide dahil olmasına yol açar²¹⁸. Bu bakımdan, ayıplı ifanın ancak satılanın özünü etkilemeyen nitelik eksikliği (yanılması) hâllerinde mümkün olduğu kabul edilir. Bu durum ise, nitelik aliudu hâllerinde alıcıya yanılma

²¹² Cyprian, **a.g.e.**, s. 59.

²¹³ Eski OR Art. 19/III’de: “Sözleşme konusu şeyin niteliğinde yanılma, şey bu niteliği haiz olduğu veya olmadığı surette ticaret hayatında tamamıyla başka bir mal kategorisine girecek kadar önemli olduğu takdirde” iptale imkân verir şeklinde bir ifadeye yer verilmişti. Bununla birlikte, eski OR Art. 18’de ise sözleşmenin, sözleşmenin kurulması anında esaslı bir yanılmaya düşen taraf bakımından bağlayıcı olmadığı düzenlenmişti.

²¹⁴ Belirtmek gerekir ki aslında eski OR Art. 18’de açıkça sözleşmenin iptal edilebilirliğinden değil, kurulma anında esaslı bir yanılmaya düşen taraf bakımından “bağlayıcı olmadığı” ifadesine yer verilmiştir.

²¹⁵ Bu görüşün en önde gelen savunucularından biri ünlü Pandekt hukukçusu *von Tuhr*’dur. *von Tuhr*, **Borçlar Hukuku**, s. 286.

²¹⁶ *von Tuhr*, **Borçlar Hukuku**, s.285.

²¹⁷ Başka bir ifade ile alıcının, satılanın niteliklerine ilişkin yanılması ticari örf ve âdet kurallarına göre esaslı sayılmalıdır (Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Genel Hükümler**, s. 431, n. 3). Ayrıca krş. BGB § 119/II.

²¹⁸ *von Tuhr*, **Borçlar Hukuku**, s. 286.

sebebiyle sözleşmeyi iptal edebilme imkânı sağlarken, onun ayıptan sorumluluk hükümlerine başvurmasını engeller²¹⁹.

Bu yaklaşım, TBK m. 32’de belirtilen esaslılık şartlarını sağlayan bir saikte yanılmanın varlığı hâlinde sözleşmenin iptal edilebilir nitelikte olduğunu benimsemiş İsviçre-Türk Borçlar Kanunu sistemi ile uyumlu değildir²²⁰. Zira, Roma hukunda *aedilis curilis*’lerin ayıptan sorumluluk sebebiyle öngördükleri dava haklarının uygulanması, sözleşmenin *error in substantia* sebebiyle kendiliğinden geçersiz olduğu kabul edildiği için dışlanıyordu. Oysa, günümüz İsviçre-Türk hukuk sisteminde esaslı saik yanılması kendiliğinden sözleşmenin hükümsüzlüğüne yol açmamakta; sözleşmenin sona erdirilmesi bakımından yanılana bir iptal hakkı tanınmasına sebep olmaktadır²²¹. TBK m. 39 hükmüne göreyse yanılan taraf, yanılmayı öğrendiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde ya sözleşmeyi iptal edecek ya da iptal hakkını kullanmaz ise sözleşmeyi onamış sayılacaktır.

Öte yandan, günümüz İsviçre-Türk hukukunda nitelikte yanılmanın esaslı olabilmesi için mutlaka *error in substantia* şeklinde gerçekleşmesi gerektiği fikri de aşılmıştır. Satılanın (özüne ilişkin olsun veya olmasın) tüm niteliklerine ilişkin yanılmalar, TBK m. 32’de belirtilen esaslılık şartlarını gerçekleştirdiği zaman esaslı saik yanılması olarak dikkate alınmaktadır²²².

Öyleyse, parça satışı bakımından *error in substantia* öğretisinin artık aşıldığı ve subjektif ayıp kavramıyla birlikte nitelik aliudu hâllerinin ayıp kavramı altında toplanabileceği söylenebilir. Hatta bu durumda uygulanması söz konusu olan ayıptan sorumluluk hükümlerinin, yanılma hükümleri ile yarışması gündeme gelir²²³.

(2). Çeşit Satışında Aliud Teslime Etkisi

Roma hukuna göre alıcının, çeşit satışında da ayıplı ifa sebebiyle dava hakkına sahip olup olmadığı, kesin olarak belirlenememekle birlikte ortak hukuk döneminde

²¹⁹ Cyprian, **a.g.e.**, s. 60.

²²⁰ Aslında “iptal edilebilirlik” kavramının hangi hükümsüzlük türünü ifade ettiği öğretilerde tartışmalıdır. Bu konu hakkındaki tartışmalara ilişkin açıklamalar için bkz. Vedat Buz, “**İrade Sakatlığı ile Malûl Bir Satım Sözleşmesinde Alıcının Ayıba Karşı Tekeffül Hükümlerine Başvurmasının Satım Sözleşmesine İcazet Verme Anlamına Gelip Gelmeyeceği Sorunu**”, Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan, Ankara, Yetkin Yayınları, 2006, s.312 vd.

²²¹ Bu konuda detaylı açıklamalar için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, **Genel Bölüm**, s. 393 vd.

²²² Nitelik yanılmasının hukuki niteliğine yönelik doyurucu açıklamalar için bkz. Kanışlı, **a.g.e.**, s. 271-290.

²²³ Flume, **a.g.e.**, s. 132 vd.; Schubiger, **a.g.e.**, s. 130 vd.

bu konu hakkında ileri sürülen görüşler mesele hakkında aydınlatıcı bilgiler içermektedir.

Ortak hukuk döneminde çeşit satışında ayıptan sorumluluk hükümlerinin uygulanabileceği benimsenmesine rağmen ayıptan sorumluluk hükümlerinin gerçekleşme şartları ile hiç ifa etmeme hükümlerinin gerçekleşme şartları arasındaki ayrım varlığını korumuştur. Öyle ki, ayıptan sorumluluk hükümlerinin genel olarak satıcının (ayıplı da olsa) edimini ifa ettiği zaman uygulanabileceği kabul edildiği için satıcının çeşit satışında gereği gibi yerine getirmediği edimin ayıplı ifanın mı yoksa hiç ifa etmeme hükümlerinin mi şartlarını oluşturduğu her somut olayda incelenmek zorunda kalınmıştır²²⁴.

Bir görüşe göre, çeşit satışında teslim edilen mal kararlaştırılan niteliklerden birini dahi taşııyorsa borçlanılan edimin ifası söz konusu değildir. Esasen bu görüşe göre, çeşit satışında ayıplı malın teslim edilmesi de hiç bir zaman borçlanılan edimin ifası sayılamazdı. Zira, ayıplı ifa hâlinde belirli bir dereceye kadar da olsa kararlaştırılan niteliklerden sapma söz konusuydu. Diğer bir ifade ile bu görüşe göre, ayıplı ifa da her zaman için aliud kavramı içerisinde değerlendirilmeli ve ayıplı ifa hâlinde de hiç ifa etmeme hükümleri uygulanmalıydı²²⁵.

Öte yandan, günümüzde öğretinin çoğunluğu tarafından da kabul edilen ve ortak hukukta *Goldschmidt* tarafından belirtilen bir diğer görüşe göre, çeşit satışında ayıplı mal teslimi borçlanılan çeşidin sınırları içerisinde kalındığı sürece satılanın teslimi ve borçlanılan edimin ifası olarak kabul edilmelidir. Buna karşılık, borçlanılandan farklı bir çeşide dahil malın teslimi ayıplı ifayı değil, aliud teslimi meydana getirir. *Goldschmidt* borçlanılan çeşidin belirlenmesi bakımındansa ticari uygulamanın belirleyici olacağını şu şekilde ifade etmektedir: “*Hepsinden önemlisi belirleyici faktör ticari dildeki kullanıma göre belirlenen, değişken ve yerel olarak farklı ticari uygulamalardır. Ticari uygulamada belirli bir isimlendirmeye öncülük eden şeyin, özel bir çeşit olduğu kabul edilir*”²²⁶.

Belirtmek gerekir ki *Goldschmidt*’in çeşit satışında ayıplı ifa bakımından vardığı bu sonuç, parça satışı bakımından *error in substantia* öğretisi ve onun ortak hukukta

²²⁴ Laupichler, **a.g.e.**, s. 67 vd.

²²⁵ Bu görüşe ilişkin açıklamalar için bkz. Cyprian, **a.g.e.**, s. 61 vd.

²²⁶ Levin Goldschmidt, “**Über die Statthaftigkeit der adilizischen Rechtsmittel beim Gattungskauf**”, Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht, 1874, s. 98 vd.

Pandekt hukukçularınca yorumlanmasından başka bir şey değildir. *Error in substantia* öğretisi parça satışında ayıplı ifa ile sözleşmenin esaslı yanılma sebebiyle kendiliğinden geçersiz sayıldığı hâllerin birbirinden ayrılmasına hizmet etmiş; şimdiyse bu ayrılığa ilişkin kurallar çeşit satışına kıyasen yansıtılmıştır. *Goldschmidt* çeşit satışında ayıptan sorumluluk hükümlerinin uygulanmasını satıcının ediminin ifa ettiği kabul edilen hâllerle sınırladığı söylenebilir. Bu bakımdan, satıcının ediminin ifa edildiğini tespit etmek amacıyla da yaklaşık bin yıl önceki *Ulpianus*'un parça satışında ayıplı ifa ile *error in substantia* kavramlarından hangisinin söz konusu olduğunu tespit etmek amacıyla kullandığı prensiplere başvurmuştur²²⁷. Başka bir ifade ile durum şu şekilde özetlenebilir: Çeşit satışında borçlanılandan başka çeşide dahil bir mal ile satıcının borcunu ifa edemeyeceği, parça satışında sözleşmenin kendiliğinden geçersizliğine yol açan *error in substantia* kavramı ile ifade edilmiştir.

Günümüzde çeşit satışı çerçevesinde ayıplı mal teslimi hâlinde, satıcının kötü de olsa edimini ifa ettiği neredeyse tartışmasız bir şekilde kabul edilmektedir²²⁸. Bu bakımdan, ayıplı ifa hükümlerinin çeşit satışında uygulanmasını öngören ancak mutlak bir şekilde aliud teslim ile ayıplı ifa arasında ayrım yapan *Goldschmidt*'in görüşünün savunulmasına gerek kalmamıştır. Şöyle ki, satıcının ayıplı ifasının (dar anlamda) gereği gibi ifa etmeme kavramını oluşturduğu belirtildikten sonra aliud teslim ile ayıplı ifa arasında sınırları belirli olmayan bir ayrım öngören dogmatik görüşleri savunmak ihtiyacı kalmaz. Zira, yukarıda da belirtildiği gibi bu dogmatik görüşlerin altında yatan sebep aliud teslim ile ayıplı ifa arasında bir sınır öngörmek değil, çeşit satışında ayıptan sorumluluk hükümlerinin uygulanmasına imkân sağlamaktır. Bu bakımdan söz konusu görüşler aliud teslim ile ayıplı ifa arasında sınırları belirli olmayan bir ayrım oluşturmak için kullanılamaz.

(3). Parça Satışında Özdeşlik Aliuduna Etkisi

Çeşit satışında olduğu gibi parça satışında da aliud teslim ve ayıplı ifa arasındaki ayrım büyük oranda ortak hukuk geleneğine dayanmaktadır. Özdeşlik aliudu hâlinde ayıptan sorumluluk hükümlerinin uygulanmaması gerekliliği sadece bir dogmaya

²²⁷ Cyprian, *a.g.e.*, s. 63.

²²⁸ Neuenschwander, *a.g.e.*, s. 24; Schubiger, *a.g.e.*, s. 6 vd.

bağlı kalınarak tatmin edici bir şekilde açıklanamaz. Bu, Klasik Roma hukukuna kadar uzanan ve günümüzde terk edilmiş parça satışında satılanın niteliklerinin satış sözleşmesi kapsamına dahil olmadığı görüşüne dayanır: Borçlanılan parçanın (ki ayıplı olsa dahi) teslim edilmesi hâlinde satıcının borçlandığı edimi ifa ettiği, buna karşılık özdeşlik aliudu hâlinde her zaman için hiç ifa etmeme kavramının söz konusu olduğu kabul edilir.

Buna karşılık bizim de üstün tuttuğumuz ifa teorisi benimsenirse, parça satışında ayıplı mal teslimi aynı zamanda gereği gibi ifa etmeme olarak kabul edileceği için özdeşlik aliudu ve ayıplı ifa arasında “sözleşmenin hiç ifa edilmemesi” ya da “sözleşmenin ifa edilmesi” şeklinde bir ayrım öngören klasik anlayış aşılabılır. Zira, ayıplı da olsa borçlanılan parçanın mı yoksa borçlanılandan tamamen başka bir parçanın mı teslim edildiği genel sözleşmeye aykırılık kavramı bakımından hiçbir fark yaratmaz. Özdeşlik aliudu sözleşmenin hiç ifa edilmemesine, ayıplı ifa gereği gibi ifa edilmemesine etki eder. Bununla birlikte, bir taraftan parçanın niteliklerinin sözleşmenin ve satıcının edim yükümü kapsamına dahil olduğunu kabul edip diğer taraftan ayıptan sorumluluk hükümlerinin hiç ifa etmeme hâlinde değil, ancak gereği gibi ifa etmeme hâlinde uygulanacağını ileri sürerek özdeşlik aliudunun ayıp kavramı içerisinde ele alınmasına karşı çıkmanın hukuki bir gerekçesi de yoktur²²⁹. Zira, bizzat kanun koyucu TBK m. 112 (OR Art. 97) vd. hükümlerinde hiç ifa etmeme ve gereği gibi ifa etmeme olgularına aynı hukuki sonuçları bağlamıştır.

Sonuç olarak, özdeşlik aliudunun TBK m. 219/I’de belirtilen ayıp kavramı çerçevesinde değerlendirilebilip değerlendirilemeyeceği (ki bu şekilde bir gereği gibi ifa etmeme olgusunun söz konusu olup olmadığı) kökleri Roma hukukuna dayanan bir dogmaya bağlı kalınarak açıklanmamalıdır. Bu bakımdan özdeşlik aliudunun ayıp kavramı içerisinde değerlendirilebilip değerlendirilemeyeceği sorunu TBK m. 219 vd. hükümlerinin amaca göre yorumlanmasının uygun olup olmayacağının araştırılması gereken bir mesele olarak görülmelidir.

²²⁹ İfade edelim ki, burada belirttiğimiz açıklamalar bakımından çoğunlukla *Cyprian*’ın görüşlerinden hareket ettik. Bu konuda detaylı açıklamalar için bkz. *Cyprian*, **a.g.e.**, s. 65- 66.

III. Değerlendirmemiz

Buraya kadar yapılan açıklamalar neticesinde aşağıda sayılacak hususların özellikle belirtilmesi gerektiğini düşünüyoruz. Aliud teslimin hukuki niteliğinin ayıptan sorumluluk hükümleri çerçevesinde tanımlanabilirliği esas olarak:

- Tarihsel ayıp tanımı objektif ayıp kavramını işaret etmesine rağmen, alıcıya teslim edilen malın kararlaştırılan nitelikten sapması hâlinde ayıplı sayılmasını mümkün kılan ve kanun metni ile uyumlu olan subjektif ayıp tanımının kabul edilmesine,
- Kısmen *Justianus* kısmen ortak hukuk zamanında temelleri atılan ve dogmatik varsayımları (koşulları) günümüze kadar uzanan aliud teslim ve ayıplı ifa arasındaki ayrımın günümüzde yürürlükte olan hukuk bakımından daha fazla devam ettirilmemek istenmesine,
- *Error in substantia* öğretisinin hem parça hem çeşit satışında aliud teslim ve ayıplı ifanın farklı hukuki kurumlar olarak ele alınmasına yönelik etkilerinin yürürlükteki hukuk açısından uygun olmadığının kabul edilmesine,
- Subjektif ayıp kavramı yardımıyla ayıptan sorumluluk hükümleri çerçevesinde değerlendirilebilecek bir aliud teslim kavramı ve uygulanacak ayıptan sorumluluk hükümlerinin fonksiyonunun, bir dogmanın benimsenmesinde ısrar edilmesinden ziyade hiç ifa etmeme hükümleri ile karşılaştırma yapılarak taraflar arasındaki menfaat dengelerine etkisi incelendikten sonra bir sonuca ulaşılması gerekliliğinin benimsenmesine, bağlıdır.

Tezimizde aliud teslimin hukuki niteliğinin (hiç) ifa etmeme gibi bir öncülün kabul edilerek açıklanması yöntemine taraftar olmadığımız için duruma en uygun çözümü öngören hükümlerin araştırılması gerektiği fikrini savunuyoruz. Bu nedenle, çalışmamızın geri kalan bölümünde aliud teslim hâlinde gerek hiç ifa etmeme gerek ayıptan sorumluluk hükümlerinin uygulanmasının taraflar arasındaki menfaat dengelerine etkileri inceleyecektir.

Bu doğrultuda ilk olarak, hiç ifa etmeme ve ayıptan sorumluluk hükümlerinde alıcının aynen ifa talebi ve satıcının sonradan ifa hakkı (§ 3), daha sonra satış sözleşmesi çerçevesinde öngörülen hukuki imkânlardan özellikle sözleşmeden dönme,

bedelde indirim hakkı ve satıcının doğrudan zararlar bakımından sorumluluğu çerçevesinde taraflar arasındaki menfaat dengeleri (§ 4), son olarak ise ayıptan doğan sorumluluğun şekli şartları ile ayıptan doğan sorumluluk çerçevesinde alıcının sahip olduğu hakların tabi olduğu sürenin aliud teslimin hukuki niteliğine etkileri (§ 5) incelenecektir.



§ 3. Hiç İfa Etmeme ve Ayıptan Sorumluluk Hükümlerinde Alıcının Aynen İfa Talebi ve Satıcının Sonradan İfa Hakkı

I. Çeşit Satışında Ayıplı İfa ve Aliud Teslim Hâlinde

Ayıplı ifa hâlinde gereği gibi bir ifa gerçekleşmemiş, dolayısıyla alıcı satış sözleşmesiyle elde etmeyi beklediği menfaati tam olarak elde edememiştir. Kanun koyucu, bu durum sebebiyle menfaati olumsuz etkilenmiş alıcıya bazı seçimlik haklar tanımıştır. TBK m. 227 hükmü altında alıcıya tanınmış olan bu seçimlik haklar; “sözleşmeden dönme”, “satış bedelinde indirim”, “satılanın ücretsiz onarılması”²³⁰ ve “satılanın ayıpsız benzeri ile değiştirilmesini isteme” haklarıdır²³¹. Gözden geçirme

²³⁰ Eski BK m. 202’de alıcıya onarım hakkı tanınmamıştı. Bununla birlikte eski BK döneminde dahi alıcının onarım hakkına sahip olduğu kabul ediliyordu. Öğretideki bir görüşe göre, eserdeki ayıbın giderilmesine ilişkin alıcıya tanınan onarım hakkı (BK m.360/II) kıyasen özellikle parça satışlarında uygulanabilirdi (Tandoğan, **C.I/1.**, s. 187, dn.81; Serozan, **Özel Bölüm**, s. 147). Bununla birlikte, satıcının sadece ayıbı giderebileceği ve alıcı için de bunun kabul edilebilir olduğu hâllerde onarım hakkının dürüstlük kuralına dayandırılması söz konusu olabiliyordu. Bu konuda öğretide bulunan görüşlere ilişkin açıklamalar için bkz. Ömer Faruk Çelik, **Türk Borçlar Kanunu Bakımından Taşınır Satışında Alıcının Ücretsiz Onarım (Ayıbın Giderilmesini) İsteme Hakkı**, On İki Levha, 1. Baskı, İstanbul, 2019, s. 65-67.

²³¹ Belirtmek gerekir ki, alıcının sahip olduğu seçimlik hakların hukuki niteliği öğretide tartışmalıdır. Bir görüşe göre, alıcının bütün seçimlik hakları yenilik doğuran hak niteliğindedir. Zira, alıcı ayıptan sorumluluk hükümlerinde belirtilen haklarından birini tercih etmeden önce satıcının ayıpları giderme borcu doğmamıştır. Aksi kabul edilecek olursa, alıcının herhangi bir talebi bulunmasa dahi borçlunun ayıpları gidermekle yükümlü olması gibi bir sonuç kabul edilmelidir. Oysa, bu alıcıya seçimlik haklar tanınan ayıptan sorumluluk hükümleriyle uyumlu değildir (Edis, **Tekeffül**, s.98; Yavuz, **Satıcının Sorumluluğu**, s.140. Ayrıca bu görüşün açıklanması için bkz. Vedat Buz, **Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2005, s. 171). Bu görüşün savunucularından Yavuz’a göre, alıcının kullandığı seçimlik hak sözleşme ilişkisine farklı şekillerde tesir eder. “Sözleşmeden dönme hakkı” sözleşme ilişkisini sona erdiren bozucu yenilik doğuran bir hak; “yenisi ile değiştirme hakkı” aynen ifade ısrar ettiğini gösteren bir yenilik doğuran hak; “satılanın onarımı” ve “satış bedelinin indirilmesinin talep edilmesi” ise değiştirici yenilik doğuran hak niteliğindedir (Yavuz, **Satıcının Sorumluluğu**, s. 140. Onarım hakkı bakımından aynı yönde bkz. Çelik, **a.g.e.**, s. 84-88.). Öğretideki diğer bir görüş ise, alıcının özellikle satılanın onarılması ve satılanı ayıpsız bir benzeri ile değiştirilmesini isteme hakları ayıpların giderilmesine, yani asli ifaya yönelik bir alacak hakkı niteliğindedir (Buz, **Yenilik Doğuran Haklar**, s. 171 vd.; Atamer, **Taşınır Satımı Sözleşmesi**, s.206; Başoğlu, **a.g.e.**, s. 117 vd.). Borçlu temerrüdü halinde, alacaklının aynen ifayı talep etmesi ile ayıplı ifa hâlinde ayıpsız teslimi talep etmesi aynı niteliktedir. Bu bakımdan, alıcının aynen ifanın bir görünümü niteliğinde olan onarım ve yenisi ile değiştirme hakları bir alacak hakkı niteliğinde, ancak sözleşmeden dönme ve satış bedelinden indirim hakkı yenilik doğuran hak niteliğindedir (Buz, **Yenilik Doğuran Haklar**, s.172). Öte yandan Çelik’e göre her ne kadar onarım hakkı kullanıldığı vakit alıcının, satıcıdan satılanın ayıplarından ari bir şekilde teslim edilmesini (yani aynen ifayı) talep ettiği kabul edilse de bu hakkın kullanımıyla satıcı bakımından borç ilişkisi değişmektedir. Zira, satış sözleşmesinin kurulduğu aşamada satıcının borcu, satılanın ayıpsız bir şekilde teslim edilmesiyken onarım hakkı kullanıldığında satıcının borcu mevcut olan ayıbın onarımının gerçekleştirilmesidir. Bu bakımdan edim sonucu olmasa da edimin içeriği değişikliğe

(muayene) ve ayıbı bildirim (ihbar) külfetini yerine getiren alıcı, TBK m. 227/IV ve V hükümlerine uygun düştüğü sürece söz konusu bu seçimlik haklardan dilediğini seçebilecektir. Buna karşılık satıcıya, TBK m.227/III hükmü uyarınca alıcıya derhal satılanın ayıpsız bir benzerini teslim etmek ve uğradığı zararın tamamını tazmin koşuluyla alıcının söz konusu seçimlik haklarını kullanmayı engelleme hakkı tanınmıştır²³². Satıcı TBK m. 227/III hükmünde belirtilen şartları yerine getirerek bir telafi etme imkânı, yani ayıplı mal tesliminden sonra bir ifa hakkı kazanmaktadır. Satıcının sonradan kazandığı bu ifa hakkı öğretide “*ikinci servis şansı*” olarak adlandırılmaktadır²³³.

Satıcıya sonradan ifa imkânı tanıyan TBK m. 227/III hükmü eski BK m.203/II’de şu şekilde düzenlenmişti: “*Satılan, başka bir yerden gönderilmiyorsa satıcının da alıcıya derhal ayıptan âri mislini teslim ve alıcının düçar olduğu zararı tamamen tazmin ederek aleyhine ikame edilecek davadan kurtulmağa salâhiyeti vardır*”. Bu dönemde hükmün lafzına paralel şekilde satıcının ikinci servis şansına ancak yerinde satışlar (*Platzkauf*) bakımından sahip olduğu kabul ediliyordu²³⁴. Ayrıca öğretide bu hükmün amacının alıcıyı malın ikinci defa gönderilmesi masrafları ve hasarlanması ihtimâline karşı korumak olduğu ifade edilmekteydi²³⁵. Bundan dolayı yerinde satış ile mesafe satışı arasında belirli bir ayrım öngören eski BK m.203/II’nin

uğramıştır (Çelik, **a.g.e.**, s. 88.). Kanaatimizce alıcının yenisi ile değiştirme ya da onarım hakkı, alıcının ifaya olan menfaatine kavuşmasını sağlaması bakımından aynen ifanın bir görünümü niteliğinde birer alacak hakkıdır. Bu hakların kullanılması yeni bir hukuki durum yaratmaz, sona erdirmez ya da değiştirmez. Alıcı tarafından onarım hakkının tercih edildiği durumlarda her ne kadar satıcının edim içeriğinin değişeceği söylenebilse de satıcının edim yükümlülüğü değişmemektedir. Satıcı, satılanın ayıpsız teslimini ifa etmekle yükümlü kalmakta ve bu edim yükümlülüğü hâlâ tarafların arasındaki sözleşmeye dayanmaktadır. Oysa bu durum, kullanılması ile hukuki ilişkide değişikliğe yol açtığı kabul edilen “değiştirici yenilik doğuran hak” kavramıyla bağdaşmamaktadır. Diğer yandan *Buz*’un da belirttiği gibi yenisi ile değiştirme ve onarım hakları ile alacaklının borçlu temerrüdü hâlinde aynen ifayı talep etme hakkı oldukça benzerdir. Alacaklı borçlu temerrüdü üzerine aynen ifayı talep ederken, alıcı ise yenisi ile değiştirme ya da onarım hakkını kullanırken aynı sonucu hedeflemektedir. Sözleşmeye uygun ifa. Bu bakımdan borçlu temerrüdünde aynen ifanın talep edilmesi halinde kabul edildiği gibi “yenisi ile değiştirme hakkı” ve “onarım hakkının” yenilik doğuran hak niteliğinde olmadığı sonucuna ulaşılmalıdır (*Buz*, **Yenilik Doğuran Haklar**, s.173,179).

²³² Ancak belirtmek gerekirse satıcı, alıcının seçimlik haklarını kullanmasını ancak kayıtsız koşulsuz malın ayıpsız bir benzerini tedarik ederek veya en azından malı onararak engelleyebilir. Yoksa, alıcının yenisi ile değiştirme ya da onarım haklarını kullanmasına karşılık malın parasını iade etmek veya indirim yapmak suretiyle alıcının söz konusu seçimlik haklarını kullanması engellenemez, Serozan, **Özel Bölüm**, s.228, n.780.

²³³ Rona Serozan, “**CISG’a ve TBK’na Göre Alıcının Dönme Hakkının Sınırları**”, İÜHFİM, C. LXX, S. 2, 2012, s. 207- 220; Çelik, **a.g.e.**, s. 113- 115.

²³⁴ Aral/Ayrancı, **a.g.e.**, s. 153-154.

²³⁵ Burada teknik bazı düşünceler ile kast edilen gecikme, taşıma sırasında mala gelebilecek hasarlar gibi alıcı için tehlike yaratabilecek durumlardır. Oser/Schönenberger, Art.206, N.8.

çeşit satışının niteliği ile ilgili olmayıp, teknik bazı düşünceler sebebiyle düzenlendiği kabul edilmekteydi²³⁶.

Öte yandan, günümüzde çabuk ve güvenli taşıma araçlarının bulunması göz önüne alınarak, değiştirmenin önemli külfet getirmediği ve teslim süresinin fazla aşılmasına yol açmayacağı hallerde, mesafe satışlarında da satıcıya değiştirme hakkının tanınması gerektiği kabul edilmektedir²³⁷. Öyleyse, alıcının seçimlik hakları kullanmasını önleyebilmesi açısından satıcının değiştirme hakkı ile ilgili olarak hiç ifa etmeme ve ayıplı ifa hâlleri arasında yapılan kıyaslama önemini kaybeder. Zira, satıcı, tıpkı borçlunun temerrüdü hâlinde olduğu gibi borçlandığı edimi, alıcının temerrüt sebebiyle uğradığı zararların tamamını tazmin etmek koşuluyla yerine getirerek, alıcının seçimlik haklarını kullanmasını engellediği gibi TBK m. 227/III'de belirtilen koşulları yerine getirerek alıcının ayıptan sorumluluk hükümlerinde kendisine tanınan seçimlik hakları kullanamamasına sebep olabilir²³⁸. Bununla birlikte, her iki durum arasındaki bazı farklılıklara dikkat edilmelidir. Alacaklı, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde borçlunun temerrüdü sebebiyle öngörülen seçimlik haklarını kullanabilmesi için kural olarak borçluya uygun bir süre vermekle yükümlüdür²³⁹. Hâlbuki, alıcının TBK m. 227/I'de belirtilen seçimlik hakları kullanabilmesi açısından satıcıya bir süre öngörmesi gerekmemektedir. Buna ek olarak satıcı, alıcının seçimlik haklarını kullanmasını engellemek istiyorsa, satılanın ayıpsız bir benzerini “*hemen*” alıcıya teslim etmelidir. Ayrıca, kanunda her ne kadar “*hemen*”²⁴⁰ ibaresi kullanılsa da satıcının değiştirme hakkını borçlanılan edimin yerine getirilmesinin zorluğuna göre tespit edilecek “*uygun süre*” içerisinde kullanması gerektiği kabul edilmektedir²⁴¹. Öyleyse, satılanı hiç ifa etmeyen ya da satılandan başka bir şey (aliud) teslim eden

²³⁶ Schubiger, **a.g.e.**, s.52-53.; Bucher, **a.g.m.**, s. 14 vd.

²³⁷ Nitekim, Bucher bu durumu şu şekilde açıklamaktadır: “*Kanun koyucunun, zaman itibariyle çok geç gerçekleşen yeni bir teslimatı kabul etmesi alıcıdan beklenemeyeceği için buna engel olma amacına, satıcının değiştirme hakkının, artık yer itibariyle değil, zaman itibariyle bir sınırlamaya tabi tutulması suretiyle ulaşılabilir*” Bucher/Buz, **a.g.m.**, s.154., dn.14. Ayrıca İsviçre'deki hâkim öğreti de satıcıya mesafe satışlarında değiştirme hakkının tanınması gerektiği yönündedir, bkz.Theo Gohl/Alfred Koller, **Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrecht**, 9. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, 2000, § 42, N. 47.

²³⁸ Schubiger, **a.g.e.**, s.52.

²³⁹ Belirtmek gerekir ki alacaklının, aynen ifa ve gecikme tazminatı seçimlik hakkını talep edebilmesi için borçluya uygun bir süre vermesine gerek yoktur. Bununla birlikte alacaklının, borcun muaccel olmasından sonra söz konusu bu seçimlik hakkı kullanabilmesi için kural olarak yine de borcun ifasını isteyen bir ihtarda bulunması gerektiği unutulmamalıdır. Öte yandan, alıcının aynen ifa ve gecikme tazminatı dışındaki diğer seçimlik haklarını kullanabilmek için borçluya süre vermesini gerektirmeyen bazı hâller ise TBK m. 124'de düzenlenmiştir.

²⁴⁰ Eski BK m. 203/II'de “*hemen*” ifadesi yerine “*derhal*” ifadesi kullanılmıştır.

²⁴¹ von Tuhr/Escher, **a.g.e.**, s.149.

satıcının hukuki durumu ile karşılaştırıldığında, edimini ayıplı da olsa ifa eden satıcının hukuki durumunun bu şekilde zayıflatılmasının yerinde olmadığı belirtilebilir²⁴².

Buna ek olarak yukarıdaki açıklamalarımızın kabul edilmesi koşuluyla, alıcının sahip olacağı seçimlik hakların ve buna bağlı olarak satıcının hukuki durumunun gerek hiç ifa etmeme gerek ayıptan sorumluluk hükümleri çerçevesinde herhangi bir farklılık göstermediği söylenebilir. Nitekim, İsviçre Federal Mahkemesi de 1968 tarihli bir kararında²⁴³, çeşit satışında aliud teslim hâlinde TBK m. 125/I-II gerek de OR Art. 206/e BK 203 (TBK m. 227/I-II) hükmünün uygulanabileceğini kabul etmiştir.

II. Parça Satışında

A. Ayıplı İfa Hâlinde

Eski BK m. 203/I (OR Art. 206) şu şekilde düzenlenmişti: “*Satılan miktarı muayyen misli şeylerden ise alıcı dilerse fesih veya semenin tenzilinden hiçbirini talep etmeyip satılanın ayıptan âri mislile değiştirilmesini dâva edebilir*”. Öğretideki hâkim görüş, hükümde geçen “*muayyen misli şeyler*” ifadesini en geniş anlamda “çeşidi ile belirtilmiş mal satışı” olarak kabul ediyordu²⁴⁴. Zira, eski BK m.203’ün uygulanması açısından getirilen ölçü, satılanın ticari anlayışa göre misli mal sayılması değil, tarafların anlaşmasına göre parça satışının söz konusu olmamasıydı²⁴⁵. Bu anlayış, hükmün uygulanma alanının parça satışları bakımından sınırlandırılması anlamına geliyordu. Bununla birlikte, hükmün misli eşyayı konu edinen parça borçlarında da uygulanması gerektiği ifade edilmekteydi²⁴⁶.

Nitekim, seri olarak üretilen modern endüstri ürünlerine ilişkin satış sözleşmelerinin günümüzde taşıdığı önem karşısında yenisi ile değiştirme hakkının çeşit satışıyla sınırlı tutulmaması gerektiği ve parça satışlarında özellikle satılanın tesadüfî şekilde somutlaştırıldığı ve yenisi ile değiştirmenin satıcı tarafından da

²⁴² Cyprian, **a.g.e.**, s.70.

²⁴³ BGE 94 II 34, aktaran Aral/Ayrancı, **a.g.e.**, s. 152. Benzer yönde bir karar için bkz. BGE 94 II 26, aktaran Cyprian, **a.g.e.**, s.71, dn. 10. Bununla birlikte, Federal Mahkeme yeni tarihli bir kararında bu görüşünden vazgeçmiştir BGE 121 III 453.

²⁴⁴ Tandoğan, **C.I/1.**, s.198; Yavuz, **Satıcının Sorumluluğu.**, s.191; Şahin, **a.g.e.**, s.162.

²⁴⁵ Yavuz, **Satıcının Sorumluluğu**, s.212; Tandoğan, **C.I/1.**, s.198.

²⁴⁶ Cyprian, **a.g.e.**, s.72-73.

mümkün olduğu hâllerde alıcıya tanınmasının daha isabetli olacağı ifade edilmiştir²⁴⁷. Buna göre, parça satışında güven ilkesi izin verdiği ölçüde ve satıcıdan ayıpsız bir benzeriyle değiştirme beklenebildiği sürece tamamlayıcı yorum yardımıyla alıcı, ayıplı malın değiştirilmesini satıcıdan talep edebilmeliydi²⁴⁸.

Nitekim, bu görüş TBK m. 227/I (4)'de kendisine yer bulmuştur. TBK m. 227/I (4)'e göre alıcı “*imkân varsa, satılanın ayıpsız bir benzeri ile değiştirilmesini isteme*” hakkını kullanabilecektir. Ayrıca, söz konusu hükümde alıcının ayıplı malın ayıpsızıyla değiştirilmesini talep etme hakkı parça-çeşit borcu ayrımı yapılmaksızın düzenlenmiştir²⁴⁹. Alıcının yenisi ile değiştirme hakkının çeşit satışıyla sınırlandırılması herhangi bir somut gerekçeye sahip olmadığı gibi artık TBK m. 227/I (4)'ün lafzıyla da uyumlu değildir. Zira, TBK m. 227/I (4)'de “*imkan varsa*”²⁵⁰ denilmek suretiyle bu seçimlik hakkın kullanılabilmesi durumlar genişletilmiştir. Ayrıca belirtmek gerekir ki parça satışında satıcının, fiziksel ve işlevsel nitelikleri ile birlikte satılanla aynı değerde olan ayıpsız malı sonradan ifa etme imkânı söz konusuyken alıcı tarafından ileri sürülen satış bedelinin indirilmesi ya da sözleşmeden dönme talebine boyun eğmesini beklemek TBK m. 227/III hükmünde satıcıya tanınan “ikinci servis şansı” hakkına da aykırılık oluşturmaktadır²⁵¹. Bu sebeple alıcının, parça satışlarında da satılanın ayıpsız bir benzeri ile değiştirilmesini isteme hakkına sadece *de lege feranda* olarak değil, *de lege lata* (geçerli hukuk) bakımından da sahip olduğu

²⁴⁷ Cyprian, **a.g.e.**, s.72-73; Bucher/Buz, **a.g.m.**, s.154, dn.15: Yazara göre, teknolojik gelişmeler ışığında parça borcuna konu olan misli eşyaların da yenisi ile değiştirilmesinin mümkün olması de lege feranda olarak arzu edilmektedir.

²⁴⁸ Serozan, **Parça Borcu- Çeşit Borcu**, s.212-213.

²⁴⁹ Serozan, **Özel Bölüm**, s. 227. CISG m.46/II çerçevesinde alıcının sahip olduğu yenisi ile değiştirme hakkının sadece çeşit borcu ile sınırlandırıldığı yönünde bkz. Yücedağ, **a.g.e.**, s.170 vd.; Bilgehan Çetiner, **Die Sachmängelhaftung der Verkäufers im UN-Kaufrecht und im neuen deutschen Schuldrecht: Eine rechtsvergleichende Studie**, Peter Lang, 2006, s. 148-149.

²⁵⁰ Burada “*imkan varsa*” ifadesinden satıcının, alıcının yenisi ile değiştirme hakkını kullandığı her zaman satılanın ayıpsız bir benzerini teslim ile yükümlü olmayacağı, ancak edimin önemli bir güçlüğü sebep olmadan ifa edilebilecek olduğu durumlarda ayıpsız malı tedarik etme yükümlülüğü altında olacağı anlaşılmaktadır. Bu bakımdan, alıcının yenisi ile değiştirme hakkını kullanabilmesinin sınırını ise satıcının ayıpsız malı tedarik imkânının imkânsızlaşmamış ya da aşırı derecede güçleşmemiş olması çizecektir (Yücedağ, **a.g.e.**, s. 182-186; Başoğlu, **a.g.e.**, s. 118-119). Başka bir deyiş ile TBK m. 227/I (4) hükmündeki “*imkan varsa*” ibaresi öncelikle edimin ifasının imkânsızlaşmaması ya da satıcı bakımından aşırı ifa güçlüğü yaratmamasını ifade etmektedir. Öte yandan, Yargıtay bazı kararlarında ayıpsız mal tesliminin imkânsız olduğu ya da satıcı için aşırı ifa güçlüğü yaratacağı hallerde dahi alıcının yenisi ile değiştirme hakkının kullanılabilmesini kabul etmektedir. Söz konusu kararlar için bkz. **YHGK, E. 4-309, K. 309, T. 22.06.2005 (www.kazanci.com.tr); Yargıtay 13. HD. E. 2007/11592, K. 2008/1274, T. 04.02.2008 (www.kazanci.com.tr)**. Yargıtay'ın bu konu hakkında farklı yönde kararları için bkz. Nomer, **Genel Hükümler**, s. 366-367, n. 185.10.

²⁵¹ TBK m. 227/III'de belirtilen düzenlemenin sadece yerinde satışlarla sınırlanması hiç şüphesiz burada da reddedilmelidir.

kabul edilmelidir²⁵². Nitekim, bu sonuç hem alıcının hem de satıcının menfaatine hizmet eden bir çözüm sunmaktadır.

Öyleyse, alıcının gerek TBK m. 125/I’de sahip olduğu aynen ifa talebi gerek TBK m. 227/I (4)’de sahip olduğu “satılanın ayıpsız bir benzeri ile değiştirilmesi” şeklindeki tali ifa talebi²⁵³ (*Nacherfüllung/Nachlieferung*) benzer bir biçimde alıcının satış sözleşmesiyle elde etmek istediği menfaatin gereği gibi yerine getirilmesine, yani satılanın ayıplarından âri olarak teslim edilmesine hizmet eder²⁵⁴.

B. Aliud Teslim Hâlinde

1. Nitelik Aliudunda

Nitelik aliudu hâlinde taraflarca ferden tayin edilen parça teslim edilmesine rağmen bu parça bildirilen veya taraflarca kararlaştırılan belirli niteliklerden olumsuz yönde sapmaktadır. Belirtmek gerekir ki nitelik aliudu hâlinde satıcı, esasen ikinci servis şansına sahip olduğu parça satışlarından farklı bir konumdadır. Zira, nitelik aliudu olarak adlandırılan hâllerde çoğunlukla satıcı tarafından bildirilen nitelikleri taşımayan kendine özgü, eşsiz, yani misli eşya olmayan parça satışı gerçekleşmektedir.

²⁵² Aynı görüşte Serozan, **Parça Borcu-Çeşit Borcu**, s. 233-234; Başoğlu, **a.g.e.**, s.118. Konusu misli eşya olan parça satışlarında, yenisi ile değiştirme hakkının mümkün olduğu yönünde bkz. Cyprian, **a.g.e.**, s.73; Kahveci, **a.g.e.**, s.110-111. Alman hukukunda da sözleşmeden aksi anlaşılmadıkça ve mal ikame edilebildiği müddetçe, aynı değer ve türde malın değiştirilmesinin talep edilebileceği yönünde bkz. Wilhelm Claus Canaris, “**Die Nacherfüllung durch Lieferung einer mangelfreien Sache beim Stückkauf**” JZ, 2003, s.831-834. Gerek Türk hukuku gerek CISG bakımından, sözleşmenin yorumundan aksi anlaşılmadıkça ve mal ikame edilebilir oldukça, alıcının aynı türde ve aynı değer ve türde bir malın yenisi ile değiştirilmesini talep edebileceği görüşünde Yücedağ, **a.g.e.**, s.174.

²⁵³ Benimsediğimiz görüşe göre alıcının yenisi ile değiştirme hakkı aynen ifa talebinin şekil değiştirmiş halidir. Mal alıcıya teslim edildikten sonra teslim edilen mal sözleşmeye aykırı ise aynen ifa talebi farklı bir şekle bürünecektir. İşte bu andan itibaren şeklen değişmiş ancak içerik olarak aynı kalan ifa talebi için “tali ifa” ibaresi kullanılmaktadır. Bu yönde açıklamalar için bkz. Buz, **Yenilik Doğuran Haklar**, s. 170 vd.; Serozan, **Özel Bölüm**, s.227-228; Alman hukuku bakımından bkz. BeckOK BGB/Faust BGB § 439 Rn. 15-16; Dirk Looschelders, **Schuldrecht Besonderer Teil**, 12., neu bearbeitete Auflage, 2017, s. 31-41; Peter Huber, “**Der Nacherfüllungsanspruch im neuen Kaufrecht**”, NJW, 2002, S.14, s.100. Yukarıda belirttiğimiz gibi satıcının ayıpsız mal teslim borcu, satış sözleşmesinden doğan teslim borcunun kapsamında değerlendirilmelidir. Bu durumda tali ifa olarak adlandırılan alıcının yenisi ile değiştirme hakkının, şekil ve isim değiştirmişse de içerik olarak aynen ifa talebine eş olduğunun söylenmesi uygundur.

²⁵⁴ Nitekim bu kabul benimsediğimiz ayıptan doğan sorumluluğun hukuki niteliği ile de uyumludur (§ 1, I, B, 1 ve § 1, I, C, 1). Satıcının teslim borcunun kapsamına malın ayıpsız tesliminin dahil olduğu ve fakat alıcının parça borcunda ayıpsız mal teslimini talep edemeyeceğini kabul etmek tutarsızdır. Bu bakımdan satıcının, alıcının malın ayıpsız teslimi talebini gerek parça gerek çeşit satışında imkân bulduğu ölçüde yerine getirmek zorundadır. Satıcının teslim borcunun içeriği tespit edilirken nasıl güven teorisine başvurulabiliyorsa, aynı şekilde bu borca aykırılık halinde, alıcının yenisi ile değiştirme hakkını kullanması açısından da güven teorisine çerçevesinde bir değerlendirilme yapılması gerektiği yönünde bkz. Serozan, **Parça Borcu-Çeşit Borcu**, s.227.

Örneğin, van Gogh'un tablosu ya da Bismark'ın kalemi olduğu belirtilen parçanın yerine sahteleri teslim edilmesi hâlinde eşsiz malların satılması söz konusudur. Bu gibi hâllerde, satıcının ayıpsız bir malı ifa etmesi çok zor veya objektif olarak mümkün olmadığı için alıcının ayıpsız bir benzeri ile değiştirme hakkı olmadığı kabul edilmektedir²⁵⁵.

Kanaatimizce de öğretilde varılan bu sonuç yerindedir. Zira, alıcının orijinal *van Gogh* tablosunu ya da *Bismark*'ın Barış Anlaşması'nı imzaladığı kalemi talep etmesi TBK m. 227/I (4) hükmüne göre “aşırı bir güçlüğü” veya bir imkânsızlığı beraberinde getirecek ve alıcı bu imkânı kullanamayacaktır. Ayrıca bu esas alıcının sahip olduğu onarım hakkı bakımından da geçerlidir. Alıcı, tıpkı yenisi ile değiştirme hakkında olduğu gibi şartları oluşmadığı için onarım hakkını da kullanamayacaktır. Buna karşılık alıcı, kendisine teslim edilen malı elinde bulundurmak istiyorsa bedelde indirim; istemiyorsa sözleşmeden dönme seçimlik hakkına başvurabilecektir²⁵⁶.

Bununla birlikte, alıcıya hiç ifa etmeme hükümleri çerçevesinde aynen ifa hakkının tanınması hâlinde de yukarıdaki prensip esasen geçerli olacaktır. Zira, satıcının ayıpsız bir benzerini teslim edemediği malı, aynen ifa talebi karşısında alıcıya teslim etmesi düşünülemez. Söz konusu malın ifası ya mümkündür ya da başvuru hâlinde hükümlerden (hiç ifa etmeme veya ayıptan sorumluluk hükümleri) bağımsız bir şekilde satıcı için imkânsızdır.

2. Özdeşlik Aliudunda

Parça satışında tarafların ferdan belirlediklerinden başka bir parçanın teslim edilmesi olarak tanımlanan özdeşlik aliudu hâlinde alıcının borçlanılan parçanın teslim edilmesi talebinde bulunup bulunamayacağı tartışmalı değildir. Öğretildeki hakim görüşe göre alıcı, borçlanılan parçanın teslim edilmesini satıcıdan talep edebilir. Bununla birlikte bu talep hakkı ayıptan sorumluluk hükümlerinden değil, hiç ifa etmeme hükümlerinden kaynaklanır²⁵⁷. Belirtmek gerekir ki özdeşlik aliudu hâlinde

²⁵⁵ Başoğlu, **a.g.e.**, s.119; Yücedağ, **a.g.e.**, s. 34-35; Kocayusufoğlu, **Hata**, s.73-74, dn. 98; Edis, **Tekeffül**, s.12.

²⁵⁶ Bedelde indirim ve sözleşmeden dönme hakkına ilişkin detaylı açıklamalar için ayrıca bkz. § 4, I ve II.

²⁵⁷ Yavuz, **Satıcının Sorumluluğu**, s.49; Şahin, **a.g.e.**, s.33; Flume, **a.g.e.**, s.109 vd.; Fabricus, **a.g.m.**, s.10 vd.

ayıptan sorumluluk hükümlerinin uygulanamayacağı görüşü özellikle şu düşüncelere dayanmaktadır:

- i. Özdeşlik aliudu hâlinde ayıplı bir malın ifası değil, borçlanılan malın hiç ifa edilmemesi söz konusudur ve bu ayıptan sorumluluk hükümlerinin uygulanmasını engeller.

Yukarıda²⁵⁸ da belirttiğimiz gibi bu açıklama şu bakımdan savunulamaz: Ayıptan sorumluluk hükümleri ile hiç ifa etmeme hükümleri arasında bir sınır çizmek için “gereği gibi ifa etmeme” ile “hiç ifa etmeme” kavramları arasındaki ayrımı ileri sürmek uygun değildir. Zira, bizzat kanun koyucu “gereği gibi ifa etmeme” ile “hiç ifa etmeme” kavramlarını aynı hükümde düzenleyerek her iki olguya aynı hukuki sonuçları bağlamıştır (TBK m. 112/ OR Art. 97)²⁵⁹. Ayıplı ifa ise gereği gibi ifa etmeme hâlleri arasında sıklıkla karşılaşılan bir sözleşme ihlâli türüdür. Bu bakımdan özdeşlik aliudu ve ayıplı ifa arasında keskin bir ayırım yapmak, esasen kanun koyucunun benimsediği anlayışa ters düşer. Öyleyse, teslim edilen malın ayıptan sorumluluk hükümleri çerçevesinde değerlendirilmesi bakımından doğrudan hiç ifa etmeme olgusuna değil, ayıp olgusunun mevcut düzenlemeler ve günümüz ihtiyaçları göz önünde bulundurularak tanımlanmasına başvurulması gerektiği kabul edilmelidir.

- ii. Özdeşlik aliudu hâlinde ayıptan sorumluluk hükümlerinin uygulanması uygun değildir. Zira, alıcının ayıplı ifa halinde yenisi ile değiştirme imkânını kullanması sadece çeşit satışları bakımından mümkündür. Alıcı, tali ifa satıcı için mümkün ve kendisinin bunda hâlâ bir menfaati olduğu sürece ancak hiç ifa etmeme hükümleri çerçevesinde aynen ifayı talep edebilir. Bu bakımdan alıcıyı ayıptan sorumluluk hükümleri çerçevesinde sadece bedel indirimi ya da sözleşmeden dönme hakkını kullanmaya zorlamak menfaatler dengesine uygun düşmez.

Bu gerekçelendirme günümüzdeki düzenleme ve gelişmeler göz önüne alınınca oldukça yüzeysel kalır. Özdeşlik aliudunun ayıptan sorumluluk hükümleri çerçevesinde ele alınmasını reddeden bu görüş, parça satışında alıcının sahip olabileceği haklar bakımından sadece *aedilis curulislerin* alıcıya tanıdığı dava

²⁵⁸ § 2, II, C, b, (3).

²⁵⁹ Cyprian, *a.g.e.*, s. 76.

haklarına işaret eder ve bunların dışında bir kabulü dışlar²⁶⁰. Buna karşılık, gerek eski BK m. 203 kapsamında gerek TBK m. 227/I (4) açısından yukarıda yaptığımız açıklamalar alıcının parça satışında da ayıpsız bir benzeriyle²⁶¹ değiştirme hakkına sahip olması gerektiğini göstermektedir. Zira, özdeşlik aliudu hâlinde de borçlanılan malın teslim edilmesi bakımından alıcının ve satıcının menfaatleri, çeşit satışında ayıplı ifa üzerine ayıpsız bir benzeriyle değiştirme hakkını kullandığı zamanki gibidir.

III. Değerlendirmemiz

Çeşit satışında alıcının satılanın ayıpsız bir benzeriyle ile değiştirilmesini talep hakkının ayıptan sorumluluk ya da hiç ifa etmeme hükümlerinden hangisine dayandırıldığı önemli değildir. Ayrıca, satıcının ayıptan sorumluluk hükümlerinde öngörülen “ikinci servis şansı” aliud teslim ve ayıplı ifa arasında öngörülecek bir sınırlandırma ile zayıflatılmamalıdır.

Parça satışında ayıpsız parçanın teslim edilmesi bakımından hem alıcının hem de satıcının sahip olduğu karşılıklı hak ve menfaatler, ayıpsız parçanın teslim edilmesi mümkün oldukça çeşit satışından farklı değildir. Özdeşlik aliudunun ayıptan sorumluluk hükümleri çerçevesinde ele alındığı durumlarda dahi aynı sonuca ulaşılmalıdır.

²⁶⁰ Kramer, *NJW* 32 (1979); Cyprian, *a.g.e.*, s. 76-77.

²⁶¹ Bu durumda da sözleşmeyle kararlaştırılan mal ikame edilebilirse ve malın ayıpsız bir benzerini tedarik etmek satıcı bakımından imkânsızlık ya da ifa güçlüğü yaratmıyorsa, alıcının yenisi ile değiştirme hakkını kullanabileceği kabul edilmelidir. Malın ikame edilebilir olup olmadığına ilişkinse ticaret hayatındaki genel anlayışa ve alıcının menfaatinin sadece sözleşmeyle kararlaştırılan “o malın” teslimiyle tatmin edilip edilemeyeceği sorusunun cevabına göre hareket edilmelidir. Bu görüş hakkında açıklamalar için bkz. Yücedağ, *a.g.e.*, s. 170-186.

§ 4. Aliud Teslim Çerçevesinde Sözleşmeden Dönme Hakkı, Bedelde İndirim Hakkı ve Satıcının Doğrudan Zararlar Bakımından Kusursuz Sorumluluğu

I. Aliud Teslim ve Sözleşmeden Dönme Hakkı

Ayıp sebebiyle alıcıya tanınan seçimlik haklardan birisi de sözleşmeden dönmedir. Gerek TBK m. 227 gerek TKHK m. 11’de 99/44/AT sayılı Yönerge²⁶²’deki düzenlemenin aksine seçimlik haklar arasında bir kademelendirme yapılmamıştır²⁶³. Bu bakımdan kendisine teslim edilen malı alıkoymak istemeyen alıcı, satıcının ikinci servis şansını kullanmadığı ve TBK m. 227/IV’de belirtilen sınırlamaya da takılmadığı müddetçe öncelikle diğer seçimlik haklarını kullanmak zorunda kalmadan sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir²⁶⁴.

Reformdan önceki Alman hukukundaki düzenlemelerden²⁶⁵ etkilenen İsviçre hukukunda dönme hakkına sebep teşkil eden ifa ihlaline göre, kullanılan terminolojide farklılık mevcuttu. Borçlu temerrüdü sebebiyle sözleşmeden dönme “*Rücktritt*” kavramıyla, ayıplı ifa durumunda sözleşmeden dönme “*Wandelung*” kavramıyla ifade edilmekteydi²⁶⁶. Terminoloji farklılığına paralel şekilde öğretilde kendisine ayıplı mal teslim edilen alıcının ayıptan sorumluluk hükümleri çerçevesinde sahip olduğu dönme hakkının, borçlu temerrüdü hükümlerinde kendisine tanınan dönme hakkı gibi yenilik doğuran bir hak niteliğinde olup olmadığı tartışılmaktaydı²⁶⁷. 2002 reformu öncesi BGB § 465 düzenlemesine göre alıcı, ayıplı ifa sebebiyle sözleşmeden dönme ve bedelde indirim haklarını ancak satıcının bu hakları kullanma teklifini kabul etmesiyle kullanabiliyordu²⁶⁸. Alıcının ayıptan sorumluluk hükümlerinde sahip olduğu seçimlik hakları belirten eski BK m. 202 (OR Art. 205) düzenlemesinde ise sözleşmeden dönme ya da bedel indirimi haklarının kullanımı için tarafların anlaşmasından söz

²⁶² Bkz. § 1, II, B, 1.

²⁶³ Atamer/Baş, **a.g.m.**, s. 36-37.

²⁶⁴ Serozan, **Özel Bölüm**, s. 219-221.

²⁶⁵ Eski BGB § 465 hükmünde alıcının ayıplı ifa sebebiyle sözleşmeden dönme hakkı “*Wandelung*” kavramıyla, borçlu temerrüdü sebebiyle sözleşmeden dönme hakkı ise BGB § 349 hükmünde “*Rücktritt*” kavramıyla ifade edilmekteydi.

²⁶⁶ Kahveci, **a.g.e.**, s. 170.

²⁶⁷ Buz, **Sözleşmeden Dönme**, s. 95, dn.135.

²⁶⁸ Eski BGB § 465 hükmünün kabul edilmesinin altında yatan sebeplerin açıklanması bakımından bkz. Buz, **Yenilik Doğuran Haklar**, s. 174, dn. 126; Yavuz, **Özel Hükümler**, s. 149-150.

edilmiyordu²⁶⁹. Buna rağmen, BGB § 465 hükmü her iki ülkedeki hukukçuların görüşlerini etkilemişti.

Nitekim öğretideki bir görüş, alıcının ayıplı ifa sebebiyle sözleşmeden dönme hakkının bir yenilik doğuran hak niteliğinde olmadığını belirtmekteydi²⁷⁰. Bu görüşteki hukukçulardan bazıları²⁷¹ sözleşmeden dönme hakkının bir yenilik doğuran hak niteliğinde olmadığını, sözleşmeden dönme hakkının hükümlerini doğurabilmesi için alıcı ile satıcının anlaşması gerektiği esasına; bazıları²⁷² ise hâkimin yenilik doğuran bir kararı gerektiği esasına dayandırmaktaydı. Bu bakımdan her iki gruptaki hukukçular aslında eski BGB § 465 düzenlemesinden hareketle dönme ve bedel indirimi hakkının hukuki niteliği konusunda ortaya atılmış, sözleşme teorisi²⁷³ (*Vertragstheorie*) ya da değiştirilmiş sözleşme teorisini²⁷⁴ (*modifizierte Vertragstheorie*) ifade etmekteydi²⁷⁵.

Buna karşılık 2002 reformu sonrası BGB § 437’de alıcının ayıplı ifa sebebiyle sözleşmeden dönme hakkı “*Wandelung*” kavramı yerine “sözleşmeden dönme”

²⁶⁹ Eski BK m. 202/I şu şekilde düzenlenmişti: “*Bayiin tekeffülü altındaki mebiin ayıbı anlaşıldığı zaman müşteri muhayyerdir. Dilerse mebi reddde hazır olduğunu beyanla bey’in fesh edilmesini, dilerse mebi alıkoyup kıymetinin noksanı mukabilinde semenin tenzil olunmasını dava eder*”.

²⁷⁰ Hâlâ aynı görüşte olan Aral/Ayrancı alıcının dönme hakkının, bir yenilik doğuran bir hak niteliğinde olmadığını belirtmektedir. Söz konusu yazarlara göre dönme hakkının hüküm doğurabilmesi için tarafların anlaşması veya mahkemenin inşaî bir karar vermesi gerekir. Zira, TBK m. 227/IV’de hâkime dönme yerine bedelin indirilmesi ya da TBK m. 227/V’de bedelin indirilmesi yerine dönme hakkının tanınması, ancak bu şekilde bir anlam kazanmaktadır, bkz. Aral/Ayrancı, **Özel Hükümler**, s. 139, 145. Ayrıca bu görüşte bkz. BK-OR, Giger, Art. 205, N.12; Oser/Schönenberger, Art. 205, N.5.

²⁷¹ Oser/Schönenberger, Art. 205, N.5.

²⁷² BK-OR, Giger, Art. 205, N.12.

²⁷³ Eski BGB § 465 düzenlemesinde de kabul edildiği belirtilen sözleşme teorisine göre alıcının sözleşmeden dönme ve bedel indirim haklarından birini kullanması, satıcıya yönelmiş bir teklif niteliğindedir. Dönme ve indirim hakkının sonuçları ancak satıcının bu teklifi kabul etmesiyle doğabilir. Diğer bir ifade ile bu durumda alıcının seçimlik hakkını kullanılabilmesi tarafların bu konuda anlaşmaları, yani taraflar arasında konusu seçimlik hakkın kullanılması olan bir sözleşmenin kurulması gerektirir. Satıcının herhangi bir beyanda bulunmaktan kaçınırsa alıcı, ancak mahkemeye başvurarak satıcının kaçındığı beyanda bulunmaya mahkum edilmesini talep edebilecektir. Bununla birlikte mahkemenin verdiği karar satıcının, kaçındığı kabul beyanında bulunmaya mahkum edilmesine ilişkin olacaktır. Yoksa, daha önce verilmiş edimlerin iadesi için alıcının ayrıca bir dava açması gerekir. Açıklamalar için bkz. Yavuz, **Özel Hükümler**, s. 149-150; Nalan Kahveci, **a.g.e.**, s.171, dn. 401.

²⁷⁴ Değiştirilmiş sözleşme teorisine göreyse, sözleşmeden dönme ve indirim haklarının kullanılması bakımından sözleşme teorisi terk edilmemelidir. Bununla beraber satıcı anlaşmadan kaçınıyorsa ve alıcı bu sebeple mahkemeye başvurmuşsa, mahkemece verilecek yenilik doğuran karar yalnızca seçimlik hakkın kullanılmasını sağlayan sözleşmenin kurulmasına yönelik olmayıp, tasfiye sonucuna bağlı iade talebinin de ifasına yönelik olmalıdır. Bu sayede alıcı sözleşme teorisinin pratik olmayan yapısı, uygulamanın ihtiyaçlarına cevap veren bir niteliğe kavuşmuş olacaktır. Kahveci, **a.g.e.**, s.171, dn. 402. Ayrıca bkz. Buz, **Yenilik Doğuran Haklar**, s. 177.

²⁷⁵ Yavuz, **Özel Hükümler**, s. 150-151; Buz, **Yenilik Doğuran Haklar**, s. 178, dn. 142, 143.

kavramıyla ifade edilmiş ve sözleşmeden dönme ile bedelde indirim hakları bakımından, yenilik doğuran hak niteliğine haiz tek bir dönme hakkı düzenlenmiştir²⁷⁶. Öte yandan dönme hakkının hukuki niteliğine ilişkin İsviçre hukukunda hakim görüş de ayıplı ifa sebebiyle sözleşmeden dönme hakkının yenilik doğuran hak niteliğinde olduğudur²⁷⁷. Bu bakımdan kanunda seçimlik hakların dava olarak anılması da sözleşmeden dönme hakkının yenilik doğuran hak niteliğine etki etmez²⁷⁸. Kanaatimizce de bu görüş isabetlidir. Zira, TBK m.227/I, b.1-b.2’de alıcının “*dilerse...satımın fesh edilmesini, dilerse satılanı alıkoyup kıymetin noksanı mukabilinde semenin tenzil olunmasını dava eder*” şeklindeki eski BK .m 202/I hükmündeki ifade, alıcının “dönme” ve “*satış bedelinde indirim isteme*” hakları şeklinde düzenlenmiştir. Bu bakımdan Türk hukukunda dönme ve satış bedelinin indirilmesi haklarına ilişkin tartışmalara son verildiği ve bu hakların yenilik doğuran hak niteliğinde düzenlendiği kabul edilmelidir.

Öyleyse, aliud teslim halinde alıcının sözleşmeden dönme hakkını borçlunun temerrüdü hükümleri ya da ayıptan sorumluluk hükümlerinden hangisine dayandığı söz konusu hakkın hukuki niteliğinin tespiti bakımından önemli değildir. Zira, her iki kurum çerçevesinde alıcının sahip olduğu hakkın yenilik doğuran bir hak niteliğinde olduğu kabul edilmektedir. Aliud teslim halinde alıcının sözleşmeden dönme hakkını hangi hukuki kuruma dayandıracağı ancak sözleşmeden dönülmesi neticesinde talep edilebilecek tazminatın farklılaştığı söylenebilirse önem taşır. Bu konu ise ileride ayrıca incelenecektir²⁷⁹.

Son olarak ayıplı ifa sebebiyle alıcının sahip olduğu dönme hakkının TBK m. 227/IV çerçevesinde hâkim tarafından sınırlandırılma tehlikesi üzerinde durulmalıdır.

²⁷⁶ Buz, **Yenilik Doğuran Haklar**, s. 177-178; MüKoBGB-Westermann, BGB § 437, N.4. Ayrıca açıklamalar için bkz. Yavuz, **Özel Hükümler**, s. 149, dn. 82. Gerçekten de BGB § 438 hükmünde aynen ifaya yönelik hakların tabi olduğu zamanaşımı düzenlendikten sonra, BGB § 438 (4) ve (5) bentlerinde sözleşmeden dönme ve bedelde indirim haklarının tabi olduğu zamanaşımı süresini belirlemek üzere BGB § 218 hükmüne atıfta bulunulmuştur. Bu düzenlemeye göre ise sözleşmeden dönme ve bedelde indirim hakları tali ifa talebinin tabi olduğu zamanaşımı süresi içerisinde kullanılmalıdır. Bu düzenleme de alıcının sözleşmeden dönme ve bedelden indirim haklarının yenilik doğuran hak niteliğinde kabul edilmesi fikrini desteklemektedir. Açıklamalar için bkz. Medicus, **Jus**, 2003, s.526.

²⁷⁷ Hakim görüşün bu yönde olduğu hakkında bkz. Serozan, **Dönme**, s. 319; Buz, **Dönme**, s. 95; Tandoğan, **C.I/1**, s. 183-184;

²⁷⁸ Bu yönde açıklamalar için bkz. Schubiger, **a.g.e.**, s.59; Tandoğan, **C.I/1**, s. 190; Kahveci, **a.g.e.**, s.173 vd.; Yavuz, **Satıcının Sorumluluğu**, s. 135; Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s.319 vd.; Buz, **Yenilik Doğuran Haklar**, s.180 vd.

²⁷⁹ Bu konuda bkz. § 4, III.

Söz konusu hükme göre hâkim, alıcının sözleşmeden dönme hakkını kullanmasına rağmen somut olaydaki şartlar eğer bu dönmeyi haklı göstermiyorsa satılanın onarılmasına ya da bedelde indirimde hükmedebilecektir. Hâkim bu yöndeki değerlendirmesini hakkaniyete göre yapacaktır (TMK m. 4). Öğretide TBK m. 227/IV'de hâkime böyle bir hak tanınmasının amacının, taraflar arasındaki menfaat dengesinin tartılması suretiyle dönme hakkının kötüye kullanımını engellemek ve dolayısıyla satıcının korunmasını sağlamak olduğu belirtilmektedir²⁸⁰. Öyle ki, ayıp sebebiyle satıldaki değer kaybının çok az olduğu ve alıcının malı başka amaçla kullanabildiği hâllerde taraflar arasındaki sözleşme ilişkisini sonlandırmak çoğu zaman adaletsiz sonuçlara yol açabileceği için sözleşmeden dönülemez²⁸¹. Bu gibi hâllerde imkân varsa yenisi ile değiştirme, ücretsiz onarım ve bedelde indirim haklarının kullanılması gerekmektedir²⁸².

Aliud teslim hâlinde TBK m. 227/IV hükmünün hâkim tarafından nasıl değerlendirileceği alıcının dönme hakkına doğrudan etki ettiği için büyük önem arz etmektedir. Bununla birlikte kanaatimizce, söz konusu hükmün uygulanması yine de taraf menfaatlerine olumsuz etki etmeyecektir. Şöyle ki, ilk olarak satıcının imkânı varsa malın ayıpsız bir benzerini alıcıya teklif ederek, dönme hakkının kullanılmasını engellemesi yukarıda da açıkladığımız gibi her iki tarafın da menfaatine hizmet eden bir durumdur. İkincisi, aliud teslim hâlinde çoğu zaman ücretsiz onarıma hükmedilmesi de mümkün olmayacaktır. Zira, bu durumda borçlanılandan başka bir malın teslim edilmesi sebebiyle onarım, aşırı bir masrafı²⁸³ gerektireceği için ne satıcıya ne de alıcıya söz konusu bu hakkın kullanımı dayatılabilir. Üçüncüsü, aliud teslim hâlinde bedelde indirimde hükmedilmesi çok beklenebilecek bir durum değildir. Zira, özellikle nitelik aliudu veya özdeşlik aliudu hâllerinde alıcıya teslim edilen mal ile teslim edilmesi gereken mal arasındaki değer farklı, bedelde indirimde hükmedilmesine yöneltecek kadar küçük bir değerde olmayacaktır. Bu durumda bedelde indirim hakkına hükmedilmesi taraflar arasındaki menfaat dengesinin ve özellikle satıcının korunmasına hizmet etmez.

²⁸⁰ Aral/Ayrancı, **a.g.e.**, s. 142.

²⁸¹ Serozan, **Özel Hükümler**, s. 219.

²⁸² Aral/Ayrancı, **a.g.e.**, s. 142.

²⁸³ “Onarımın aşırı bir masrafı gerektirmesi” ifadesinden nelerin anlaşılması gerektiği hakkında detaylı açıklamalar için bkz. Çelik, **a.g.e.**, s. 104- 106.

Son olarak aliud teslim hâlinde taraflar arasındaki dengenin dönme hakkının kullanımının engellenerek korunabileceği, yani satıcı tarafından ayıpsız bir benzerinin teslim edilebileceği ya da ücretsiz onarıma veya bedelde indirim hükmüyle dönme zaman alıcının, ayıptan sorumluluk hükümleri çerçevesinde sözleşmeden dönme hakkını kullanamaması, borçlu temerrüdü hükümleri çerçevesinde kendisine tanınan dönme hakkını kullanmasından çok daha etkilidir. Zira, ayıptan sorumluluk hükümleri çerçevesinde alıcıya tanınan dönme hakkının TBK m. 227/IV hükmü vasıtasıyla sınırlandırıldığı bu hâllerde ücretsiz onarıma hükmedilirse gerek alıcı gerek de satıcı satış sözleşmesiyle elde etmek istedikleri (alıcı bakımından satılanın ayıplarından arı şekil teslim edilmesi; satıcı bakımından satış bedelinin tamamının elde edilmesi) menfaatleri elde etmiş olacaktır. Öte yandan bedelde indirim hükmüyle dönme hâlindeyse zaten önemsiz bir ayıp söz konusu olduğu için alıcının malı elinde bulundurup satış bedelinin belirli bir oranından kurtulması; satıcının ise dönmenin kötü sonuçları ile yüzleşmek zorunda kalmadan satış bedelini bedelde indirilen bölüm dışında elde edebilmesi her iki tarafın da yararına²⁸⁴.

II. Aliud Teslim ve Bedelde İndirim Hakkı

Alıcıya genel sözleşmeye aykırılık hükümleri çerçevesinde, ayıptan sorumluluk hükümlerinden farklı olarak satış bedelinin indirilmesi hakkı tanınmamıştır. Bununla birlikte alıcı, genel hükümler kapsamında talep edebileceği tazminat içerisinde bedelin indirilmesi hakkı kapsamında elde etmek istediği (nakdî) menfaati sağlayabilir. Ancak belirtmek gerekirse iki durum arasında yine de önemli farklar bulunmaktadır. İlk olarak, alıcı kendisine teslim edilen malı elinde bulundurmamak isteyip bedelde indirim hakkını kullanırsa satıcının kusursuz sorumluluğu söz konusuysa, genel sözleşmeye aykırılık hükümleri kapsamında alıcının teslim edilen malı ifa olarak kabul edip, aynı zamanda gecikme tazminatı talep edebilmesi için satıcının borçlu temerrüdüne

²⁸⁴ Yine de belirtmek gerekir ki dönme hakkının kullanımının bedelde indirim hükmüyle engellendiği bir yargılamada alıcı çoğu zaman davasını kaybetmiş sayılma tehlikesiyle karşı karşıya kalabilir. Zira, sözleşmeden dönerek ödediği bedelin tamamını geri isteyen alıcı, bedelde indirim hükmüyle dönme zaman sadece bu hükmedilen bedeli geri alabilecektir. Bu bakımdan da davanın belirli bir oranı açısından dava masraf ve giderlerine katlanmak zorunda kalabilecektir. İşte böyle bir durumda bir an için alıcının mağdur edileceği akla gelse de *Bucher*'in haklı olarak belirttiği gibi böyle bir ihtimâlde malın bir defa ayıplı olduğunun kabul edilmesiyle alıcının davayı kazandığı kabul edilmelidir. Zira, kendisine ayıplı mal teslim edilen alıcı seçimlik haklarını kullanmakta serbesttir ve alıcıya tanınan bu seçimlik yetki yargılama sırasında onun aleyhine döndürülmemelidir. Bu konuda detaylı açıklamalar için bkz. *Bucher/Buz*, **a.g.m.**, s. 175- 178. Ayrıca, yargılama giderlerine ilişkin detaylı açıklamalar için bkz. Oğuz Atalay, **Pekcanıtez Usûl Medeni Usûl Hukuku**, 15. Bası, İstanbul, 2017, s. 2403 vd.

düşmekte kusurlu olması gerekecektir. Satıcının borçlu temerrüdüne düşmekte kusuru bulunmadığını ispat etmesi hâlindeyse alıcı, her ne kadar kendisine teslim edilen malı ifa olarak kabul edebilecekse de gecikme tazminatını talep edemeyecektir²⁸⁵.

Üzerinde durulması gereken ikinci husus ise satış bedelinin indirilmesi hakkının kullanılması halinde alıcının ayrıca tazminat talep edip edemeyeceği ve tazminat talep edebileceği kabul edilirse TBK m. 229/I b.3 hükmü kapsamında doğrudan zararlar için satıcının kusursuz sorumluluğunun gündeme gelip gelmeyeceğidir²⁸⁶. Öyle ki, alıcının satış bedelinin indirilmesi hakkını kullanmasından sonra ayrıca tazminat talep edebileceği ve bu talep karşısında satıcının kusursuz sorumluluğunun gündeme geleceği kabul edilecek olursa²⁸⁷, ayıptan sorumluluk hükümlerine başvuran alıcı ile genel hükümler kapsamında tazminat talep eden alıcı arasında satıcının sorumluluk esası bakımından önemli bir fark oluşacaktır.

Öte yandan, satış bedelinin indirilmesi hakkı ayıptan sorumluluk hükümlerine ilişkin olduğu için klasik öğretiye göre alıcı, çeşit satışında aliud teslim ve parça satışında özdeşlik aliudu hallerinde satış bedelinin indirilmesi hakkını kullanamaz. O, bu hallerde genel hükümlerde düzenlenen aynen ifa ya da sözleşmeden dönme veya ifadan vazgeçerek olumlu zararların tazmini haklarından biri ile yetinmek zorundadır. Buna karşılık, aliud teslimin ayıplı ifa kapsamında ele alınması durumunda satış bedelinin indirilmesi bakımından bu kısıtlamalara yer yoktur. Başka bir deyiş ile alıcı, temerrüt hükümlerinin uygulanması halinde kullanamayacağı bedelde indirim hakkını, ayıplı ifaya ilişkin hükümler uygulandığında kullanabilecektir²⁸⁸. Aliud teslim halinde

²⁸⁵ Oğuzman/Öz, **Cilt-1**, s. 486-488 vd.

²⁸⁶ Bu konuda detaylı açıklamalar için bkz. Yavuz, **Özel Hükümler**, s. 202-205.

²⁸⁷ TBK 229/I b.3 hükmünün kıyasen uygulanabileceği yönünde bkz. Tandoğan, **C.I/1**, s. 197 vd.; Schubiger, **a.g.e.**, s. 78 vd. Aksi yönde bkz. Edis, **Tekeffül**, s. 124-126. İsviçre Federal Mahkemesi de sözleşmeden dönmeksizin, sadece bedelde indirim hakkını kullanan alıcının ayıplı mal sebebiyle uğramış olduğu zararlar için talepte bulunabileceğini; ancak bu taleplerin TBK m. 112 vd. hükümlerine dayanması gerektiğini belirtmektedir, BGE 133 III 355; BGE 63 II 401.

²⁸⁸ Nitekim, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi bir kararında çeşit satışında aliud teslimin gerçekleştiğini tespit etmekle birlikte, ayıplı ifaya ilişkin hükümleri uygulamıştır: “(...)Öğretide ve *jurisprüdansta* egemen olan görüşe nazaran çeşidiyle belirlenen birmenkulün satımında sözleşenlerin çeşidi belirlemek için sözleşmede öngördükleri vasıflardan biri teslim edilen şeyde bulunmazsa artık ayıplı teslim değil satılardan başka bir şeyin teslimi (aliud teslimi) söz konusu olur (Prof. Dr. Haluk TANDOĞAN / Borçlar Hukuku Özel Borç ilişkileri, C: U1,4. Bası, 1985, sh: 171 vd.; Dr. Seyfullah EDİS / Satıcının Ayıba Karşı tekeffül Borcu, 1963, sh: 11 vd.; Doç. Dr. Cevdet YAVUZ / Satıcının Satılanın Ayıplarından Sorumluluğu, 1989, sh: 46 vd.). Nitekim, İsviçre Federal Mahkemesi benzer bir olayda "bir çeşit borcunun ifasında o çeşidi belirleyen her unsurun teslim edilen şeyde mevcut olması gerektiğini, bu unsurlardan biri dahi eksikse o şeyin üzerinde uyushulan şey değil başka bir şey olduğu" gerekçesiyle satımı sözleşilen 1964 modeli Jaguar otomobili yerine 1963 model Jaguar

bedelde indirimi hakkının kullanılmasından sonra alıcının kendisine teslim edilen malı (aliudu) elinde bulundurmak istemesine karşı çıkmak için uygun bir sebep de yoktur. Örneğin, alıcı kendisine teslim edilen aracın satış sözleşmesiyle kararlaştırılan otomatik vites araç olmadığı bir durumda bedel indirimi hakkını kullanıp düz vites aracı elinde tutmak isteyebilir. Belirtmek gerekir ki bu halde alıcının bedelde indirim ve söz konusu aracı elinde bulundurma isteği sadece kendi menfaatine değil, satıcının menfaatine de hizmet eder. Zira, satıcı, alıcının bedelde indirim hakkını kullanmasını istemiyorsa, satılanın ayıpsız bir benzerini teslim etmek suretiyle bu hakkın kullanılmasını engelleyebilir. Buna karşılık satıcı, satılanın ayıpsız bir benzerini teslim edemiyor ya da etmek istemiyorsa da alıcının sözleşmeden dönme hakkını kullanması yerine bedelde indirim hakkını kullanması çoğu zaman kendi menfaatinedir²⁸⁹.

III. Aliud Teslim ve Satıcının Doğrudan Zararlar Bakımından Sorumluluğu

Aliud teslimin ayıptan sorumluluk hükümleri çerçevesinde değerlendirilmesi, satıcının gerçekleşen ifa engelinin aliud teslim ya da ayıplı ifa olması fark etmeksizin TBK m. 229 çerçevesinde sorumluluğunun gündeme gelmesi anlamına gelir. Kanaatimizce aliud teslim ile ayıplı ifa arasında satıcının TBK m. 229 çerçevesinde sorumluluğu bakımından bir ayırım yapmaya gerek yoktur. Zira, alıcının bir aliud teslim üzerine uğramış olduğu zararlar ile ayıplı mal teslimi üzerine uğramış olduğu zararları farklı ele almak için geçerli bir sebep yoktur. Öte yandan her ne kadar böyle bir değerlendirme çekici gibi gözüксе de esasen TBK m.229/I b.3 hükmünün uygulama alanının genişletilmesi anlamına gelebilir. Zira, TBK m.229 (OR Art. 208)'da belirtilen doğrudan zarar-dolaylı zarar ayırımına ilişkin öğretide ve uygulamada ileri sürülen birbirinden farklı görüşlerin yarattığı belirsizlik söz konusu hükmün uygulama alanının tespit edilmesini zorlaştırmaktadır.

Ortak hukuk zamanına kadar dayanan doğrudan-dolaylı zarar ayırımı²⁹⁰ ve buna bağlı olarak alıcının uğramış olduğu zararların tazmin edilmesi bakımından satıcının

teslimi halinde bu görüşü doğrulamıştır(...)" 11.HD. T.20.02.1990, E. 1988/9372, K. 1990/108 (www.kazanci.com).

²⁸⁹ Aynı yönde bkz. Cyprian, **a.g.e.**, s.85. Özellikle çeşit satışı bakımından aynı yönde bkz. Yücedağ, **a.g.e.**, s.41.

²⁹⁰ Prusya Kanunu I 6 § 2 ve 3 düzenlemelerinin ortak hukukta hakim olan öğretiye isnat edilmelerinden söz eden von Tuhr, *Dresden Tasarısı*'nın 271. maddesi ile bu ayırmadan vazgeçildiğini belirtmektedir. von Thur, **Borçlar Hukuku.**, s.82, dn.10.

kusurlu ya da kusursuz sorumluluğu, 1881 tarihli İsviçre Federal Borçlar Kanunu (eski OR)²⁹¹, de kendine yer bulmuştur. Eski OR Art.110'da, borçlunun borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi halinde kusursuzluğunu ispat etmedikçe tazminat borcu altında olduğu belirtilmiştir. Bununla beraber, Art.116/I'de borçlunun sorumluluğu, hiç veya gereği gibi ifa etmeme sebebiyle meydana gelen “doğrudan zararlar” ile sınırlandırılmıştır²⁹². Bunun dışındaki zararlardan ise borçlu, Art. 116/III hükmü gereği ancak ağır kusurluysa ve hâkim takdir ederse sorumlu tutulmuştur.

Öte yandan eski OR Art. 249 hükmü ile alıcıya satılanın ayıplı olması sebebiyle sözleşmeden dönme hakkı tanınmıştır. Sözleşmeden dönmenin sonuçları ise Art.253 hükmünde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeyle satıcıya, ayıp sebebiyle sözleşmeden dönülmesi hâlinde kusursuz olsa dahi alıcının uğradığı doğrudan zararları giderme yükümlülüğü yüklenmiştir. Alıcının uğradığı diğer (dolaylı) zararlar bakımından ise satıcı, Art. 253'ün Art. 241 hükmüne yaptığı yollama vasıtasıyla ancak kusuru varsa genel hüküm niteliğindeki Art.116 uyarınca sorumlu tutulmuştur. Bu bakımdan eski İsviçre Federal Borçlar Kanunu sisteminin hem genel hükümlerdeki sözleşmesel sorumluluk hem de ayıp sebebiyle sözleşmeden dönme halinde gündeme gelen satıcının tazminat yükümlülüğünün ve esasının belirlenmesi bakımından doğrudan-dolaylı zarar ayrımının benimsediği söylenmelidir²⁹³.

Bununla birlikte, 1911 tarihli mehzaz İsviçre Borçlar Kanunu (OR) Art. 97 vd. (TBK m.112 vd.) hükümlerinde kural olarak doğrudan-dolaylı zarar ayrımı kaldırılmış ancak TBK m. 219 kapsamında muhafaza edilmeye devam edilmiştir²⁹⁴. TBK m.229/I b.3 (OR Art.208/II)'de benimsenen esasa göre alıcı, ayıplı ifa sebebiyle sözleşmeden dönme halinde uğradığı doğrudan zararların tazmin edilmesini isteyebilir. Burada, satıcının herhangi bir kusuruna dayanmayan bir sebep sorumluluğundan söz edilmektedir²⁹⁵. Diğer taraftan TBK m. 229/II'de satıcının, alıcının ayıplı ifa sebebiyle

²⁹¹ Bundesgesetz über das Obligationenrecht. (Vom 14. Juni 1881.) (14 Haziran 1881 tarihli Borçlar Hukuku hakkında Federal Kanun) https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/1881/index_26.html.

²⁹² von Tuhr, **Borçlar Hukuku**, s.82.

²⁹³ Doğan Kara, “İsviçre-Türk Hukuk Sisteminde Ayıptan Sorumluluk Çerçevesinde Doğrudan ve Dolaylı Zarar Ayrımı”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2018/1, s. 483-530.

²⁹⁴ Aslında aynı esas OR Art. 195 hükmünde satıcının tam zapt halinde sorumluluğu bakımından da muhafaza edilmiştir. Böylece özel hüküm niteliğindeki OR Art. 195 ve 208 kapsamında, kanunun sistematigi ile tutarsız olan ve genel hükümlerde herhangi bir temeli bulunmayan doğrudan-dolaylı zarar ayrımı günümüze taşınmıştır. Cyprian, **a.g.e.**, s.86, dn.25.

²⁹⁵ Aral/Ayrancı, **a.g.e.**, s. 148.

uğramış olduğu dolaylı zararlar bakımından ancak kusurlu ise sorumlu olacağı esası benimsenmiştir. Bu doğrultuda alıcının uğramış olduğu dolaylı zararlardan sorumlu olmak istemeyen satıcının, kusursuz olduğunu ispatlaması gerekmektedir. Görüldüğü gibi kanun koyucu, ayıptan sorumluluk hükümleri çerçevesinde alıcının uğramış olduğu doğrudan zararlar bakımından istisnai olarak satıcının kusursuz sorumluluğunu öngörmüştür. Kanun koyucunun neden böyle bir tercih yoluna gittiğinin tam olarak belli olmamasının yanında, doğrudan-dolaylı zarar ayrımının da nasıl tespit edileceği tam olarak net değildir²⁹⁶. Bununla birlikte öğreti ve uygulama tarafından doğrudan-dolaylı zarar ayrımına ilişkin ileri sürülen sınırlama kriterlerinin çeşitliliği aşağıdaki gibi sınıflandırılabilir:

Öğretide doğrudan-dolaylı zarar ayrımı bakımından ileri sürülen kriterlerden biri ayıp ile zarar arasındaki uygun nedensellik bağının yoğunluğudur²⁹⁷. Bu anlayışa göre, doğrudan zarar doğrudan doğruya ayıplı malın kendisinden veya malın normal kullanım amacı çerçevesinde kullanılmasından kaynaklanan ilk zararları ifade eder. Başka bir deyiş ile doğrudan zarar kalemleri, ayıplı ifa ile uygun nedensellik bağı içinde olan ve zaman bakımından ayıplı ifanın en yakın sonucu olan zararları ifade eder. Dolaylı zarar kavramı ise nedensellik bağı kapsamında ayıplı ifa olgusuna başka zarar sebeplerinin eklenmesi neticesinde meydana gelen zararları ifade eder. Bu açıdan yüz kreminin ayıplı olması nedeniyle alıcının vücudunda çeşitli zührevi hastalıkların oluşması doğrudan zarar, teslim edilen elektronik bir aletin ayıplı olması sebebiyle elektrik tesisatını bozması sonucu yangın çıkması hâlinde meydana gelen zararlar dolaylı zarar olarak nitelendirilebilecektir²⁹⁸. Buna karşılık uygun nedensellik bağının yoğunluğu kriteri öğretide, doğrudan-dolaylı zarar kavramları açısından olukça yapay

²⁹⁶ 1911 tarihli mehz İsviçre Borçlar Kanunu ve dolayısıyla 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu döneminde “doğrudan zarar” ifadesinden sadece TBK m. 217, m. 219 ve m. 627 hükümlerinde söz edilmiştir. Bu durum eski OR döneminde kanunun bir bütün olarak değerlendirilmesi sonucunda nedensellik bağının yoğunluğu ve öngörülebilirlik kriterine göre en azından teoride kolaylıkla yapılabilecek doğrudan-dolaylı zarar ayrımının 6098 sayılı kanun döneminde kolaylıkla yapılamamasına ve konu hakkında birçok tartışmaya sebep olmuştur, detaylı açıklamalar için bkz. Kara, **a.g.m.**, s. 483- 493.

²⁹⁷ Aral/Ayrancı, **a.g.e.**, s. 148. Ayrıca Ergüne, **a.g.e.**, s.66-67’de belirtilen yazarlar. Nedensellik bağının yoğunluğu kriterini savunan Serozan ise, doğrudan zarar kavramını “*nedensellik bağıyla düğümlenmiş olan cevher zararlar*”, dolaylı zararlar kavramını ise “*nedenselliği gevşek, uzak refakat zararları yani yoksun kalınan kazanç (lucrum cessans)*” olarak tanımlamaktadır. Bu açıdan yazar, harç, vergiler, taşıma masrafları ya da onarım için ödenen bedelleri doğrudan zarar kavramı, satılan mal ile doğrudan ilişkisi olmayan ancak malın ayıplı olması sebebiyle uğranılan kişisel tedavi masrafları veya kâr kayıpları gibi bedelleri dolaylı zarar içerisinde değerlendirmektedir. Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s.220.

²⁹⁸ Örnekler için bkz. Kara, **a.g.m.**, s.508-509.

ve pratik olarak uygulanması mümkün olmayan bir ayırım getirdiği ve bu şekilde hukuk güvenliğine zarar verdiği gerekçesiyle eleştirilmiştir²⁹⁹.

Doğrudan - dolaylı zarar ayırımına ilişkin diğer bir kriter ise, olumsuz (menfi) ve olumlu (müspet) alışveriş menfaatidir. Bu kriteri benimseyen hukukçuların çoğunluğuna³⁰⁰ göre, doğrudan zarar kavramı olumsuz zararı, hatta olumsuz zararın sadece fiili zarar (*damnum emergens*) kısmını; dolaylı zarar kavramıysa yoksun kalınan kâr kaybindan (*lucrum cessans*) oluşan olumlu zararı karşılamaktadır. Zira, TBK m. 229/I b.3 hükmü ile benimsenen satıcının kusursuz sorumluluk esası, genel hükümlerde benimsenen satıcının kusurlu sorumluluk esasına istisna teşkil ettiği için dar yorumlanması gerekir. Bu açıdan satıcının ancak alıcının uğramış olduğu menfi zarar kapsamındaki fiili zararları kusuru olmasa bile tazmin yükümlülüğü altında olduğu kabul edilmelidir³⁰¹.

Bu kriter ise gerek fiili zarar (*damnum emergens*) gerekse yoksun kalınan kâr (*lucrum cessans*) kalemlerinin hem menfi hem de müspet zarar niteliğinde meydana gelebileceği ileri sürülerek eleştirilmiştir³⁰². Nitekim, *Oser/Schönenberger*'e göre, alıcının malvarlığının aktifinde artma veya pasifinde azalma imkânını kaybetmesi şeklinde tezahür eden kaçırılan sözleşme yapma fırsatları her ne kadar bir fiili zarar olmasa da menfi zarar niteliğinde olduğundan doğrudan zarar kapsamında değerlendirilmelidir³⁰³. Öğretide istisnai bir görüşe göre ise doğrudan - dolaylı zarar kavramlarının her ikisini de ifade etmek için olumlu (müspet) zarar kriteri kullanılabilir³⁰⁴. Bu görüşe göre, doğrudan zararlar müspet zarar niteliğindeki fiili zararlar; dolaylı zararlar ise yoksun kalınan kâr sebebiyle uğranılan zararlardır³⁰⁵.

²⁹⁹ BK-OR, Giger, Art. 195, N. 34 ve Art. 208, N. 34-35.

³⁰⁰ Bu kriteri benimsemiş yazarlar da aslında kendi içlerinde, sözleşme sona ermiş olduğu için müspet zararın tazminin istenip istenemeyeceği konusunda ayrışmaktadır. Müspet zararın istenebileceği yönünde bkz. *Oser/Schönenberger*, Art. 195, N.7-8, Art.208, N.5-6; von Büren, **OR BT**, s.42; Yavuz, **Satıcının Sorumluluğu**, s.175 vd.; Tunçomağ, **C.II**, s.171-172; Aral, **Kötü İfa**, s.156 vd.

³⁰¹ Tandoğan, **C.I/1**, s.192.

³⁰² Schubiger, **a.g.e.**, s.72 vd.

³⁰³ *Oser/Schönenberger*, Art. 195, N.7.

³⁰⁴ Bu görüşün detaylı bir açıklaması için ayrıca bkz. Çiğdem Kırca, “Kaldırılması Gereken Bir Ayırım: Satım Sözleşmesinde Satılanın Zaptı Ve Satılanın Ayıplı Olması Sebebiyle İstenebilecek Tazminat Açısından Yapılan Doğrudan- Dolaylı Zarar Ayrımı”, Prof. Dr. Ali Naim İnan’a Armağan, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2009, s.441.

³⁰⁵ İsviçre Federal Mahkemesi de TBK m. 229/I b.3 hükmünde satıcının kusursuz sorumluluğu düzenlendiğinden, uygulama alanının oldukça dar tutulması gerektiğine işaret etmektedir. Bu bakımdan Federal Mahkeme’ye göre, doğrudan zarar kalemleri olumlu zararlarla sınırlı fiili zararlar (*damnum emergens*) olup, yoksun kalınan kâr sebebiyle uğranılan zararları (*lucrum cessans*) içermemektedir, bkz. BGE 122 III 426.

Nihayet, *Ergüne* sözleşmesel sorumluluk çerçevesinde meydana gelen tüm zararların müspet ve menfi zarar olarak ayrılmasının yerinde olmayacağını belirtmektedir³⁰⁶. Yazara göre, alacaklının mutlak olarak korunması gereken ve “*alışveriş menfaatinin*” dışında kalan vücut bütünlüğü, mülkiyet hakkı gibi değerlerinin zarar görmesi müspet ve menfi zarar kalemlerinin konusunu oluşturmaz. Bu hâllerde müspet ve menfi zarar olarak beliren alışveriş menfaati değil, kişinin bütünlüğünü veya malvarlığı değerini koruyan “*bütünlük menfaati*” söz konusudur. Bu açıdan bütünlük menfaati, müspet ve menfi zarar kavramlarından farklı bir zarar kalemini işaret etmektedir.

Doğrudan-dolaylı zarar bakımından buraya kadar ifade edilen farklı görüşler, benimsenecek kritere bağlı olarak satıcının doğrudan zararlar bakımından kusursuz sorumluluğunu öngören TBK m. 229/I b.3 hükmünün uygulama alanının önemli derecede genişletilmesi ya da sınırlandırılması sonucunu doğurduğu için oldukça pratik bir rol oynar. Bununla birlikte TBK m.229/I b.3 hükmünün, yukarıda belirtilen görüşlerden bağımsız olarak şüphe uyandıran bir sonuç öngördüğü söylenmelidir. Zira, TBK m.229/I b.3 hükmü yorumlanmasından bağımsız bir şekilde birbirine benzer, adaletsiz iki ihtimali barındırmaktadır: Ya alıcı sözleşmeye uygun olmayan malın teslim edilmesi sebebiyle meydana gelen (doğrudan) zararı kendi başına üstlenecek ya da bu zararların giderilmesi çoğu zaman dağıtım (üretim) zincirinin son halkası olan kusursuz satıcıya yüklenecektir³⁰⁷. Kanun koyucu, ayıptan sorumluluk hükümleri çerçevesinde tercihini satıcıdan yana kullanmış ve alıcının ayıplı ifa sebebiyle sözleşmeden dönmesi halinde uğradığı doğrudan zararlar bakımından satıcının kusursuz sorumluluğunu öngörmüştür. Bu açıdan her ne kadar satıcının kusursuz sorumluluğunu daraltıcı bir kriterin benimsenmesi gerektiği söylenebilirse de aliud teslim hâlinde dahi satıcının alıcının uğramış olduğu doğrudan zararlar bakımından objektif olarak sorumlu olması gerektiği kabul edilmelidir. Zira, malı ayıplı da olsa teslim eden satıcı bakımından kusursuz sorumluluk esası kabul edildikten sonra borçlanılandan tamamen başka bir mal teslim eden satıcının sorumluluk alanını daraltmak kanun koyucunun benimsediği sisteme aykırılık oluşturur.

³⁰⁶ Serkan Ergüne, **Olumsuz Zarar**, Beta, İstanbul, 2008, s. 66-67.

³⁰⁷ Cyprian, **a.g.e.**, s.89.

IV. Değerlendirmemiz

İsviçre-Türk hukukunda ayıptan sorumluluk hükümleri çerçevesinde alıcının sözleşmeden dönme hakkının yenilik doğuran hak niteliğinde olduğu kabul edilmektedir. Bu bakımdan, aliud teslim halinde alıcının sözleşmeden dönme hakkını borçlu temerrüdü hükümleri ya da ayıptan sorumluluk hükümlerinden hangisine dayandığı söz konusu hakkın hukuki niteliği bakımından bir farklılık yaratmayacaktır. Öte yandan, ayıplı ifa sebebiyle alıcının sahip olduğu dönme hakkının TBK m. 227/IV çerçevesinde hâkim tarafından sınırlandırılması ihtimaliyle tarafların menfaatlerine olumsuz bir etki yapmadığından olumsuz bir düzenleme olarak değerlendirmemelidir.

Aliud teslim halinde ayıptan sorumluluk hükümlerinin uygulanması ve alıcının bedelde indirim hakkını kullanabilmesi taraflar arasındaki menfaat dengeleri göz önünde bulundurularak kabul edilmelidir.

Satıcının TBK m 229/I b.3 çerçevesindeki kusursuz sorumluluk esası bakımından her ne kadar daraltıcı bir çözümün benimsenmesi gerektiği söylenebilirse de aliud teslim halinde alıcının uğramış olduğu doğrudan zararların bu esasa dahil olduğu kabul edilmelidir. Doğrudan – dolaylı zarar ayrımı bakımından ise sözleşmeden dönme olgusu da göz önünde bulundurularak sadece alıcının uğramış olduğu olumsuz zararlar içerisinde uygun nedensellik bağının yoğunluğuna göre tespit edilecek zararların tazmini imkânından söz edilmelidir³⁰⁸.

³⁰⁸ Nitekim, eski OR Art 116/T'de borçlunun tazminat sorumluluğunun kapsamına sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesinin doğrudan sonucu olan zararların gireceği düzenlenmiş ve hâkime durumun gereklerine göre tazminatın belirlenmesine ilişkin takdir yetkisi tanınmıştır. ayıplı ifa sebebiyle sözleşmeden dönülmesi hâlinde ise eski OR Art 253 hükmünde satıcının kusursuz olsa dahi alıcının ayıplı ifa sebebiyle uğradığı doğrudan zararları gidermekle yükümlü olduğu düzenlenmiştir. Bu bakımdan, eski OR döneminde gerek genel gerek ayıptan sorumluluk hükümlerinde uygun nedensellik bağının yoğunluğuna göre belirlenecek, birbirine paralel ve öngörülebilir bir doğrudan-dolaylı zarar ayrımının benimsendiği belirtilmektedir. Açıklamalar için bkz. Kara, **a.g.m.**, s. 483- 530.

§ 5. Ayıptan Doğan Sorumluluğun Şekli Şartları ile Ayıptan Doğan Sorumluluk Çerçevesinde Alıcının Sahip Olduğu Hakların Tabi Olduğu Sürenin Aliud Teslimin Hukuki Niteliğine Etkileri

I. Genel Olarak

Tek bir maddi olayın iki ya da daha fazla hukuk kuralına uyması halinde kuralların birbirleriyle yarışması gündeme gelebilir³⁰⁹. Aliud teslimin ayıptan sorumluluk hükümleri kapsamında değerlendirilebileceği kabul edilirse, alıcının aliud teslim halinde ayıptan sorumluluk hükümleri dışında genel sözleşmeye aykırılık hükümlerine ya da irade bozukluklarına ilişkin hükümlere seçenekli³¹⁰ olarak başvurup başvuramayacağı ya da özel olarak sadece ayıptan sorumluluk hükümlerinin uygulanmasını mı talep edebileceği yakından incelenmelidir. Bu konuya ilişkin öğretide ileri sürülen görüşler, aliud teslimin ayıptan sorumluluk hükümleri çerçevesinde değerlendirilmesi bakımından da oldukça önemli bir mahiyet arz eder.

A. Ayıptan Sorumluluk Hükümlerinin Genel Sözleşmeye Aykırılık Hükümleri ile İlişkisi

Ayıptan sorumluluk hükümleri (TBK m. 219 vd.) ile genel sözleşmeye aykırılık hükümleri (TBK m. 112 vd.) arasında bir yarışmanın gündeme gelebilmesi için ayıplı mal teslimi aynı zamanda sözleşmeye aykırılığı da gündeme getirmelidir. Aksi takdirde tek bir maddi olgunun birden fazla hukuk kuralının uygulanma şartlarını yerine getirdiğinden söz edilemez. Kabul ettiğimiz anlayışa göre hem parça hem de çeşit satışında ayıplı ifa aynı zamanda (dar anlamda) gereği gibi ifa etmeme kavramını meydana getirir³¹¹. Bu bakımdan, ayıplı ifa kapsamında değerlendirilen aliud teslim halinde ayıptan sorumluluk hükümleri ile genel sözleşmeye aykırılık hükümlerinin yarışması gündeme gelebilir. Nitekim, İsviçre Federal Mahkemesi ve öğretinin çoğunluğu³¹² ayıptan sorumluluk hükümleri ile genel sözleşmeye aykırılık

³⁰⁹ Serozan, **Medeni Hukuk**, s.176, n.57.

³¹⁰ Seçenekli yarışma kavramı için ayrıca bkz. Serozan, **Hukukta Yöntem**, s. 142-143.

³¹¹ § 1, I, B,1 ve § 1, I, C, 1.

³¹² Serozan, **Özel Bölüm**, s. 196 vd.; Oğuzman/Öz, **Cilt-1**, s. 475; Aral, **Kötü İfa**, s. 193; Yavuz, **Satıcının Sorumluluğu**, s. 232; İpek, **a.g.e.**, s. 276.

hükümlerinin yarışabileceğini kabul etmektedir³¹³. Bununla birlikte, TBK m. 219 vd. ile TBK m. 112 vd. hükümleri arasındaki yarışmanın esasına ilişkin uygulamada ve öğretide görüş birliği bulunmamaktadır.

İsviçre Federal Mahkemesi ayıptan sorumluluk hükümleri ile genel sözleşmeye aykırılık hükümlerinin yarışabileceğini belirtmekte, ancak söz konusu hükümler arasındaki yarışmanın sınırsız bir yarışma esasına tabi olmayacağını kabul etmektedir. Başka bir ifade ile Federal Mahkeme'ye göre, alıcı genel sözleşmeye aykırılık hükümlerine başvurabilmek için ayıptan sorumluluk hükümlerinde öngörülen gözden geçirme ve ayıbı bildirme külfeti³¹⁴ ile kısa zamanaşımı süresine uygun hareket etmelidir³¹⁵. Federal Mahkeme, OR Art. 197 (TBK m. 219) vd. hükümlerinin OR Art. 97 (TBK m. 112) vd. hükümlerine göre özel hüküm niteliğinde olduğunu kabul etmektedir. Öyle ki, Federal Mahkeme'ye göre, OR 208/III (TBK m. 229/II) hükmünde dolaylı zararlar bakımından ayrıca OR Art. 97 (TBK m. 112) vd. hükümlerine gönderme yapılması, doğrudan ve dolaylı zararlar arasında zamanaşımına ilişkin bir ayırım yapılmasını haklı çıkarmamaktadır. Doğrudan

³¹³ Buna karşılık Honsell'e göre, ayıptan sorumluluk hükümleri özel bir uygulama alanına sahiptir ve kapalı bir sorumluluk rejimi getirmektedir. Bu bakımdan, OR Art. 197 (TBK m. 219) vd. hükümlerinin, OR Art. 97 (TBK m. 112) vd. hükümlerinin uygulanmasını engellediği kabul edilmelidir. Açıklamalar için bkz. Honsell, **OR BT**, 130-132.

³¹⁴ Burada külfet olarak adlandırdığımız ve alıcının yerine getirmesi gerekli olan malı gözden geçirme ve ayıpları bildirme davranışlarının, yerine getirilmediği zaman alıcının herhangi bir tazminat sorumluluğuna yol açmadığı, sadece onun seçimlik haklara başvurmasını engellediği kabul edilmektedir. Bu bakımdan söz konusu davranışların birer borç niteliğinde olmadıkları belirtilmektedir (İpek Yücer Aktürk, **Satım ve Eser Sözleşmelerinde Bildirim Külfetleri**, Yetkin, 2012, s. 67; Yavuz, **Satıcının Sorumluluğu**, s. 106-107, 114-115; Şahinaz, **a.g.e.**, s. 71). Öte yandan bizim külfet olarak ifade ettiğimiz bu davranışlar için öğretide "yükleti", "hukuki ödev", "yüküm" şeklinde farklı ifadeler de kullanılmaktadır. Öyle ki öğretideki bir görüşe göre, bu davranışları ifade etmek için külfet terimi yerine yükleti teriminin kullanılması çok daha uygun olur. Zira, Türkçe külfet kelimesi Almanca *Obliegenheit* teriminin karşılığını oluşturmaktadır. Ancak, *Obliegenheit* kavramının temeli sigorta hukukuna dayanmakta ve sigorta hukukunda gerçek anlamda bir borç olarak olmasa da çeşitli yüküm veya karşı edim taleplerinin şartı olarak kabul edilmektedir. Bu bakımdan hukuksal anlamda karışıklığa sebebiyet vermemek için "yükleti" kavramı tercih edilmelidir (Nejat Aday, **Özel Hukukta Yükleti Kavramı ve Sonuçları**, Beta, İstanbul, 1990, s. 6 vd.). Çelik'de İsviçre Borçlar Kanunu'nun Almanca metninde "*Obliegenheit*" olarak ifade edilen bu terimin, Türkçe'ye çoğunlukla "külfet" olarak çevrilmesine rağmen, külfet teriminin Almanca karşılığı "*Last*" kelimesinin, usuli külfetlerle karıştırılması tehlikesinden söz etmekte ve "yükleti" kavramının kullanılmasının daha uygun olacağını belirtmektedir (Çelik, **a.g.e.**, s. 41, dn. 192. Ayrıca "yükleti" kavramını kullanan yazarlar için bkz. Hatemi/Gökayla, **a.g.e.**, s. 24-25). Buna ek olarak öğretide kullanılan diğer ifadeler hakkında detaylı açıklamalar için bkz. Aday, **a.g.e.**, s. 6, 15-18.

³¹⁵ BGE 133 III 335, 339; BGE III 114 II 131, 134; BGE 107 II 409, 421; BGE 107 II 161, 166; BGE 96 II 115, 117.

zararların tazmini bakımından geçerli olan sınırlamalar dolaylı zararlar bakımından da geçerli olmalıdır³¹⁶.

Nitekim, öğretinin bir bölümü İsviçre Federal Mahkemesi'nin görüşüne paralel şekilde alıcının ayıptan sorumluluk hükümleri yanında genel sözleşmeye aykırılık hükümlerine başvurabilmesi için OR Art. 201 (TBK m. 223) hükmünde öngörülen gözden geçirme ve ayıbı bildirme külfetlerini yerine getirmesi ve OR Art. 210/I (TBK m. 231) hükmünde düzenlenen zamanaşımı süresine uyması gerektiğini savunmaktadır³¹⁷. Belirtmek gerekir ki, bu anlayıştaki yazarlar görüşlerini özellikle OR Art. 201 ve 210/I hükümlerindeki sınırlamaların anlam ve amacının hukuk ve işlem güvenliğinin sağlanması olduğu fikrine dayandırmaktadır³¹⁸. Üzerinde ileride³¹⁹ ayrıca durulacak bu anlayışa göre, söz konusu sınırlamalara uymaksızın alıcının ayıptan sorumluluk hükümleri yanında genel sözleşmeye aykırılık hükümlerine de başvurabileceği söylenirse, taraflar arasındaki ilişki hızlı bir şekilde açıklığa kavuşturulamayacak, yani fiili ve hukukî ilişki hemen aydınlatılamayacaktır³²⁰.

Öte yandan, öğretinin diğer bir bölümüyse alıcının OR Art. 97 (TBK m. 112) vd. hükümlerine başvurabilmesinin gözden geçirme ve ayıbı bildirme külfetlerinin yerine getirilmesine ve kısa zamanaşımı süresine tabi olmadığını savunmaktadır³²¹. Zira, bu sınırlamalar ayıptan sorumluluk çerçevesinde satıcının kusursuz sorumluluğunun hafifletilmesi amacıyla getirilmiştir. Oysa, genel sözleşmeye aykırılık hükümlerinin uygulanması için böyle sınırlamalara uyulması zorunluluğu söz konusu değildir³²². Ayrıca, *Serozan*'ın belirttiği gibi genel sözleşmeye aykırılık hükümlerine başvurmak isteyen alıcı bakımından hafif sınırlamalara karşı elverişsiz hukuki sonuçlar söz konusuyken, ayıptan sorumluluk hükümlerinde kendisine ağır sınırlamalara karşılık elverişli hukuki sonuçlar öngörülmüştür. Bu bakımdan, genel sözleşmeye aykırılık hükümlerine başvurmanın ayıptan sorumluluk hükümlerini dolanmak anlamına

³¹⁶ BGE 58 II 207; BGE 63 II 401, 405. Ayrıca açıklamalar için bkz. Ginter, **a.g.e.**, s. 92.

³¹⁷ Oğuzman/Öz, **Cilt-1**, s. 475, dn. 473; Bucher, **OR BT**, s. 95, 107; Schubiger, **a.g.e.**, s. 35, 108 vd.; Neuenschwander, **a.g.e.**, s. 40, 88 vd.

³¹⁸ Ginter, **a.g.e.**, s. 93.

³¹⁹ § 5, II, A ve B.

³²⁰ Schubiger, **a.g.e.**, s. 108 vd. Neuenschwander, **a.g.e.**, s. 88 vd.

³²¹ Aral, **Kötü İfa**, s. 193; Yavuz, **Satıcının Sorumluluğu**, s. 232-233; Şahiniz, **a.g.e.**, s. 198 vd.; Kahveci, **a.g.e.**, s. 62-63; Yücer Aktürk, **a.g.e.**, s. 87-90; Aral/Ayrancı, **a.g.e.**, s. 165; İpek, **a.g.e.**, s. 276.

³²² Yavuz, **Satıcının Sorumluluğu**, s. 232.

gelmediği, aksine “*nimet ve külfetin birbirini dengelediği*” söylenmeli ve sınırsız yarışma esası kabul edilmelidir³²³.

Öyleyse, gerek uygulama gerek öğretideki görüşler göz önünde bulundurulduğunda ayıptan sorumluluk hükümleri ile genel sözleşmeye aykırılık hükümleri arasındaki yarışma esasına ilişkin benimsenecek görüşün, OR Art. 201 (TBK m. 223) ve OR Art. 210 (TBK m. 231) hükümlerinde düzenlenen sınırlamalara uyulup uyulmayacağı sorusunun cevaplandırılmasına indirgendiği söylenebilir. Başka bir deyiş ile, söz konusu hükümler arasında sınırsız bir yarışmanın mümkün olup olmadığının tespit edilmesi, gözden geçirme ve ayıbı bildirme külfetleri ile kısa zamanaşımı süresine uyulmamasının sadece ayıptan sorumluluk hükümlerinin uygulanmasını mı, yoksa ayıptan sorumluluk hükümleri ile genel sözleşmeye aykırılık hükümlerinin yarışmasını da mı engelleyeceği sorusunun cevaplandırılmasını gerektirmektedir. Bu soruların cevaplandırılması ise gözden geçirme ve ayıbı bildirme külfetleri ve kısa zamanaşımı süresinin düzenlendiği hükümlerin getirilme amaçlarının daha yakından incelenmesini gerektirmektedir.

B. Ayıptan Sorumluluk Hükümlerinin İrade Bozukluklarını Düzenleyen Hükümler ile İlişkisi

TBK m. 30-39 arasında iradeyi sakatlayan sebepler yanılma (hata), aldatma (hile) ve korkutma (ikrah) olmak üzere üçe ayrılmıştır. Ancak belirtmek gerekir ki, satıcının aldatması durumunda aldatma hükümleri ile ayıptan sorumluluk hükümlerinin yarışabileceği teorik olarak kabul edilse bile, pratik açıdan bir önem arz etmeyecektir³²⁴. Şöyle ki, satıcı, alıcıyı aldatması, yani alıcının satılanı gözden geçirmemesi ve ayıbı bildirmemesine sebep olması hâlinde ağır kusurlu sayılacağından TBK m. 225/I ve 231/II hükümleri gereği ayıptan sorumluluk hükümlerinde öngörülen gözden geçirme ve ayıbı bildirme külfeti ile kısa zamanaşımı süresi gibi sınırlamalar hükümlerini kaybedecektir³²⁵. Bu bakımdan, satıcının aldatması hâlinde alıcının çoğu durumda kendisine TBK m. 112 vd. hükümlerinden çok daha elverişli haklar tanınan ayıptan sorumluluk hükümlerine başvurması

³²³ Serozan, **Özel Bölüm**, s. 196-198.

³²⁴ Hakim öğretinin aldatma ve ayıptan sorumluluk hükümlerinin yarışabileceği yönünde olduğuna ilişkin açıklamalar için bkz. Yavuz, **Satıcının Sorumluluğu**, s. 225-226.

³²⁵ Bu konuda detaylı açıklamalar için bkz. Mustafa Fadıl Yıldırım, “**Satım Sözleşmesindeki Ayıba Karşı Tekeffül Hükümleri İle İrade Sakatlığı Hali Olarak Hile (BK. m.28) Hükmü Arasındaki İlişki**”, Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan, 2006, s. 965 vd.

gündeme geleceğinden ayıptan sorumluluk hükümleri ile aldatma hükümlerinin yarışması pratik bir önem arz etmeyecektir³²⁶.

Ayrıca, irade sakatlıklarından korkutmanın da konumuz bakımından gerek akademik gerek pratik bir önemi söz konusu değildir³²⁷. Öte yandan, aşağıda yapacağımız açıklamalar tüm yanılma hallerine de değil, daha çok ayıplı ifa ile örtüşmesi mümkün olan satılanın niteliklerinde yanılma haline³²⁸ ilişkin olacaktır³²⁹.

1. Nitelikte Yanılma Halinde

Satılanın sözleşme kurulduğu andaki niteliklerinin, sözleşmeye göre sahip olması gereken niteliklerden farklı olması halinde, hem nitelik yanılması hem de ayıplı ifa söz konusu olabilir. Bu durumda alıcının sadece ayıptan sorumluluk (TBK m.219 vd.) hükümlerine mi, yoksa şartları olduğu takdirde saikte yanılma (TBK m.32 vd.) hükümlerine de başvurup başvuramayacağı meselesi gündeme gelir³³⁰.

Söz konusu hükümlerin yarışmasından söz edebilmek için her şeyden önce ilgili hükümlerin uygulanma şartlarının gerçekleşmesi gerekir. Satılanın niteliklerinde yanılma kural olarak alıcıya sözleşmeyi iptal etme hakkı tanıyan esaslı bir yanılma hali

³²⁶ Bununla birlikte öğretide, satıcının aldatması durumunda alıcının aldatma hükümleri çerçevesinde sözleşmeyi iptal hakkı bakımından herhangi bir üst süre sınırının söz konusu olmadığı kabul edilirse, on yıllık genel zamanaşımı süresi geçtikten sonra menfaati gerektiriyorsa sözleşmeyi iptal edebileceği belirtilmekte ve aldatma hükümlerine başvurma bu durumda pratik bir sonuç sağlayabileceğine işaret edilmektedir. Açıklamalar için bkz. Yavuz, **Satıcının Sorumluluğu**, s. 225. Ancak belirtmek gerekir ki, iptal hakkı bakımından herhangi bir üst süre sınırının bulunup bulunmadığı da oldukça tartışmalıdır. Söz konusu tartışmalar hakkında detaylı açıklamalar için bkz. Oğuzman/Öz, **Cilt-1**, s. 117 vd.

³²⁷ Bu konuda açıklamalar için bkz. Yavuz, **Satıcının Sorumluluğu**, s. 213.

³²⁸ Belirtmek gerekir ki, esaslı saikte yanılmaya yol açabilecek saikler genel olarak şu şekilde kategorize edilmektedir: “sözleşme konusu şeyin ya da kişinin niteliklerine ilişkin saikler” ve “nitelik dışında kalan fiili olgularla ilgili saikler”. İlk gruba ait saiklerin, gerçeğe uygun olmadıkları zaman nitelik yanılmasına yol açtıkları ve gerekli şartlar da mevcutsa, “esaslı nitelik yanılmasına” yol açacağı, ikinci gruba ait saiklerin ise esaslı olması durumunda “temel yanılması” kavramını oluşturacağına işaret edilmektedir. Her iki yanılma halinin kanunda açıkça belirtilmemiş olmasına rağmen, TBK m. 32 hükmünün uygulama alanına girdiği kabul edilmektedir (Kocayusufpaşaoğlu, **Genel Bölüm**, s. 400-401; Oğuzman/Öz, **Cilt-1**, s. 100-101; Kanişlı, **a.g.e.**, s. 246-247). Biz de bu bölümde yapacağımız açıklamalar bakımından nitelik yanılması kavramının TBK m. 32 kapsamında değerlendirilmesine uygun hareket edeceğiz.

³²⁹ Kanun koyucu tarafından TBK m.31’de çeşitli açıklamada yanılma halleri örnek olarak sayılmıştır. Ayrıca, TBK m.33’de iletmede yanılma hali düzenlenmiştir. Söz konusu hallerde iradenin oluşumunda bir sakatlıktan değil, iradenin açıklanmasına ilişkin bir yanılmadan söz edilir. Bu bakımdan, sayılan hallerin ancak ayıplı ifa ile örtüştüğü özel bir durum söz konusu olursa ayrıca incelenmesi çok daha uygun olacaktır.

³³⁰ Kocayusufpaşaoğlu, **Hata**, s. 79; Kanişlı, **a.g.e.**, s. 427; Peter Gauch, “**Sachgewährleistung und Willensmängel beim Kauf einer mangelhaften Sache - Alternativität der Rechtsbehelfe und Genehmigung des Vertrages BGE 127 III 83 ff. (S. 85 f.)**”, Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis, 2001, s. 184-190.

olarak kabul edilmemiştir. TBK. m.32 hükmüne göre, yanılanın yanıldığı husus (yanlış saik), sözleşmeyi yapması için bir *conditio sine qua non* teşkil eden (onsuz sözleşmeyi yapmayacağı) bir niteliğe ilişkin olmalıdır. Bir başka deyiş ile yanılanın, sözü edilen niteliğe ilişkin tasavvurunun yanlış olduğunu bilseydi, o sözleşmeyi hiç veya o şekilde yapmayacağı söylenebilmelidir (subjektif ölçüt)³³¹. Bununla birlikte, satılanın niteliğine ilişkin yanılmanın sözleşmenin içeriğine dahil olabilmesi için yanılanın yanlış saiki, karşı tarafça bilinmeli ya da en azından dürüstlük kuralı açısından bilinebilir kabul edilmelidir. Belirtmek gerekir ki burada kast edilen, satıcı tarafından alıcının satılanın niteliği hakkında yanıldığının bilinmesi değil, yanıldığı hususun alıcı açısından oynadığı karar verdirici rolün satıcı tarafından bilinmesi gerekliliğidir. Son olarak, saikte yanılma hükümlerinin uygulama alanı bulabilmesi için alıcının söz konusu nitelik yanılması alışveriş hayatında geçerli objektif anlayışa (ticari doğruluk kurallarına) göre de sözleşmenin iptalini haklı gösterecek nitelikte olmalıdır (objektif ölçüt)³³².

Alicının yukarıda unsurları sayılan nitelikte yanılma haline düştüğü durumlar aynı zamanda satılana ilişkin bir ayıp olarak da ele alınabilir³³³. Şöyle ki, özellikle subjektif ayıp kavramı kabul edildiği vakit ayıplı ifanın söz konusu olabileceğine yukarıda³³⁴ işaret ettiğimiz altın olarak satılan yüzüğün, altın kaplama; *van Gogh* ya da *Renoir*'in orjinal tablosu diye satılan tabloların, sahte olduklarının anlaşılması olaylarında alıcının nitelik yanılmasının da söz konusu olduğu rahatlıkla söylenebilir. Bununla birlikte, söz konusu durumlarda ayıptan sorumluluk ile yanılma hükümleri arasında bir yarışmanın mı, yoksa bir dışlamanın mı meydana geleceğine ilişkin öğretide görüş birliği bulunmamaktadır. Belirtmek gerekir ki, öğretideki görüş ayrılığı esas olarak ayıptan sorumluluk hükümleri ile yanılma hükümleri arasında özel hüküm-genel hüküm ilişkisinin bulunup bulunmadığına ilişkindir. Bu bakımdan yarışmayı kabul etmeyen yazarlara³³⁵ göre, ayıptan sorumluluk hükümleri ile irade

³³¹ Oğuzman/Öz, *Cilt-1*, s. 103; Tekinay/Akman/Burcuğlu/Altıop, *Genel Hükümler*, s. 431.

³³² Saikte yanılmanın, esaslı bir yanılma olarak kabul edilebilmesi için aranan şartlara ilişkin detaylı açıklamalar için ayrıca bkz. Kocayusufpaşaoğlu, *Hata*, s. 152 vd.; Kanışlı, *a.g.e.*, s. 204-234.

³³³ Özellikle subjektif ayıp kavramı kabul edildiği vakit gerek çeşit gerek parça satışında aliud teslimin ayıp kavramı çerçevesinde değerlendirilebileceğine ilişkin açıklamalar için bkz. § 2, I, B.

³³⁴ Bkz. § 1, I, C, 1. Ayrıca örnekler için bkz. Yavuz, *Satıcının Sorumluluğu*, s.216-217.

³³⁵ Schubiger, *a.g.e.*, s. 9, 108 vd.; Neuenschwander, *a.g.e.*, s. 87 vd. Aslında bu yazarlar ayıptan sorumluluk ile yanılma hükümlerinin yarışamayacağını birbirinden farklı sebeplere dayanarak açıklamaktadır. Bu yazarlarda *von Tuhr*'a göre, parça satışlarında satıcının nitelik vaadi söz konusu değilse ayıp hükümleri ile yanılma hükümlerinin yarışması gündeme gelmez (von Tuhr, *Borçlar Hukuku*, s. 581. Aynı yönde bkz. Bernand Cuénord, *Délimitation du domaine de l'erreur dans*

bozukluklarını düzenleyen hükümler arasında genel hüküm-özel hüküm ilişkisi söz konusudur. Ayıplı ifanın ve nitelikte yanılmanın birlikte gerçekleştiği durumlarda genel hüküm (*lex generalis*) niteliğindeki TBK m.32 vd. hükümleri karşısında, ayıptan sorumluluk hükümlerinin özel hüküm (*lex specialis*) niteliğinde olduğu kabul edilmelidir.

Bu yaklaşımın ileri sürülmesindeki gerekçelerse şu şekilde ifade edilmektedir: İlk olarak, kanun sistematigi göz önünde bulundurulduğunda yanılma hükümlerinin düzenlenme yeri, TBK m. 32 vd. ile TBK m. 219 vd. hükümleri arasındaki genel hüküm-özel hüküm ilişkisini açıkça ortaya koymaktadır³³⁶. İkincisi, satıcının ayıptan sorumlu tutulabilmesi için alıcının yerine getirmesi gereken gözden geçirme ve ayıbı bildirme külfetlerin sertliği ve kısa zamanaşımı süresinin düzenlenmesiyle ulaşılmak istenen, taraflar arasındaki durumun bir an önce aydınlanması ve ticaret hayatına hâkim olan hız ve güvelik ilkelerinin sağlanması amacı, yarışma esası kabul edilecek olursa yanılma hükümleri bakımından sözleşmenin kurulmasından ya da edimin ifasından itibaren işlemeye başlayacak herhangi bir mutlak süre öngörülmemiş olması nedeniyle sarsılacaktır³³⁷. Tüm bu sebeplerden dolayı özel hüküm niteliğindeki

les contrats en droit suisse des obligations, thèse Lausanne, 1941, s. 78, naklen Tandoğan, **C.I/1**, s. 203). Zira, yazara göre alıcıya teslim edilen şey ya objektif ölçüt olan ticari örf ve âdete göre ait olduğu düşünülen çeşidin sınırlarını aşmış bir maldır ve bu aliud teslim olarak adlandırılmalıdır ya da o sınırlar içerisinde kalmış olduğu için ayıplı kabul edilebilecek bir maldır. İlk olasılığın gerçekleştiği durumlarda alıcı klasik görüşe uygun olarak aliud teslim sebebiyle ayıptan sorumluluk hükümlerine başvuramayacak ancak şartları gerçekleşmişse yanılma hükümlerine başvurabilecektir. Buna karşılık, ikinci olasılığın gerçekleşmesi ihtimalinde alıcı, şartları gerçekleşmediği için yanılma hükümlerine başvuramayacak ancak malın ayıplı olması sebebiyle ayıptan sorumluluk hükümlerine başvurabilecektir. Zira, bu olasılıkta nitelikte yanılmaya yol açacak boyutta, yani malı başka bir çeşit mal kategorisine sokacak derecede nitelik eksikliği söz konusu olmaz. Bu görüşe katılmak mümkün değildir. Yazarın savunduğu görüş yaklaşık iki bin yıl önce ileri sürülen *error in substantia* öğretisinin tekrarından başka bir şey değildir. Biz daha önce *error in substantia* öğretisine ilişkin açıklamalarımızda bu anlayışın terk edilmesi gerektiğini belirtmiştik (§ 2, II, C, 3, b). Öte yandan, *Kocayusufpaşaoğlu*'na göre nitelik yanılması sebebiyle ortaya çıkabilecek durumların satış sözleşmesi bakımından ayıp hükümleri çerçevesinde değerlendirebileceği söylenebilir. Zira, ayıp hükümleri alıcıya daha geniş imkânlar sağlarken, işlem güvenliğini tehlikeye sokan yanılma hükümlerinin uygulama alanının genişlemesini de engeller. Bu şekilde alışveriş hayatının güvenliğine ve TBK. m. 219 vd. hükümleri ile güdülen amaca uygun bir çözüme ulaşılır. Bununla birlikte yazar, ayıp hükümlerinde düzenlenen zamanaşımı süresi dolduktan çok sonra ortaya çıkan gizli ayıplar bakımından alıcının TBK. m. 112 vd. hükümlerine başvuramayacağını kabul edilmesinin menfaatler dengesini çok ağır biçimde alıcı aleyhine bozacağını belirtmektedir. Yazar, sadece bu durumlarda ayıptan sorumluluk hükümlerine başvuru imkânını kaybeden alıcının, son çare olarak TBK. m. 112 vd. hükümlerine başvurabileceğini kabul etmektedir (*Kocayusufpaşaoğlu*, **Hata**, s.81-82. Yazar daha sonra bu görüşünü terk etmiştir bkz. *Kocayusufpaşaoğlu*, **Genel Bölüm**, s. 400 vd.).

³³⁶ Seyfullah Edis, **Türk-İsviçre Borçlar Hukuku Sistemine Göre Akdin Lüzumlu Vasıflarında Hata**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1973, s. 88.

³³⁷ BSK OR- **Schwenzer**, Art. 23-31, N. 10; BSK OR- **Honsell**, Art. 197-210, N. 9.

ayıptan sorumluluk hükümlerinin (TBK. m.219 vd.), genel hüküm niteliğindeki TBK. m.32 vd. hükümlerinin uygulanmasını engelleyeceği söylenmelidir³³⁸.

Buna karşılık, İsviçre Federal Mahkemesi³³⁹ ve Yargıtay³⁴⁰ uygulaması ile öğretinin çoğunluğu³⁴¹ ayıptan sorumluluk ile yanılma hükümleri arasında özel hüküm-genel hüküm ilişkisi olmadığını kabul etmektedir. Bu anlayışa paralel uygulama kararlarındaki öne çıkan gerekçe ve yazarların ileri sürdüğü argümanlarsa şu şekildedir: Yanılma ve ayıptan sorumluluk hükümlerinin koruduğu menfaatler ve öngördükleri hukuki sonuçlar göz önünde bulundurulduğunda, söz konusu hükümlerin farklı kurumlara dayandığı tespit edilebilir. Öyle ki, yanılma hükümleri sözleşmenin kurulması aşamasında gerçekleşen bir irade bozukluğu nedeniyle sözleşmenin geçerliliği sorunuyken ayıptan sorumluluk hükümlerinin düzenlediği olgu, ifa aşamasına ilişkin olup alıcının ayıplı ifaya karşı korunmasına yöneliktir³⁴². Ayrıca, söz konusu hükümlerin uygulanma şartları ve yaptırımları da birbirinden farklıdır³⁴³. Bu bakımdan, ayıptan sorumluluk hükümleri ile yanılma hükümlerinin arasında özel hüküm-genel hüküm ilişkisi bulunmamaktadır³⁴⁴. Başka bir deyiş ile, satılana ilişkin nitelik yanılması ve ayıplı ifa hallerinin kesiştiği durumlarda yanılma hükümleri ile

³³⁸ Bu gerekçelerin açıklanması için bkz. Tandoğan, C.I/1, s. 204-205.

³³⁹ BGE 127 III 81; BGE 114 II 131; BGE 109 II 319.

³⁴⁰ YİBK, E. 1958/15 K. 1958/6 T. 04.06.1958 (www.lexpera.com.tr); Yargıtay 14. HD., E. 2006/5105 K. 2006/9417 T. 19.09.2006 (www.lexpera.com.tr); Yargıtay 13. HD., E. 1992/384 K. 1992/2617 T. 19.03.1992 (www.lexpera.com.tr); Yargıtay 19. HD., E. 2006/5948 K. 2006/2198 T. 06.03.2006 (www.lexpera.com.tr); Yargıtay 13. HD., E. 1984/8918 K. 1984/2052 T. 16.03.1984 (www.lexpera.com.tr).

³⁴¹ Oğuzman/Öz, Cilt-1, s. 475, dn. 473; Aral, *Kötü İfa*, s. 193; Aral/Ayrancı, a.g.e., s. 165; Serozan, *Özel Bölüm*, s. 197-198; Yavuz, *Satıcının Sorumluluğu*, s. 232; Kanışlı, a.g.e., s.462-463; İpek, a.g.e., s. 276.

³⁴² Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıparmak, a.g.e., s. 441; Halûk Burcuoğlu, “İsviçre Federal Mahkemesi’nin, Satım Sözleşmesinde Alıcının Ayıp Hükümlerine ya da Hata Hükümlerine Başvurma Yollarından Birini Seçebileceğine İlişkin 7 Haziran 1988 Tarihli Kararının Değerlendirilmesi”, MHAD, C. 15, S. 18, 1989-1990, s. 89-103; Paul Piotet, “Picasso” Kararı Hakkında: İrade Sakatlığı Nedeniyle İptal ve Borçlu Olunmayan Şeyin Geri Alınması Davasında Zamanaşımı”, çev., Kemal Dayınlarlı, Yargıtay Dergisi, C. 16, S. 1-2, Ocak-Nisan, 1990, s. 210 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, *Genel Bölüm*, s. 411; Yavuz, *Satıcının Sorumluluğu*, s. 221.

³⁴³ Serozan, daha önce ayıptan sorumluluk hükümleri ile genel sözleşmeye aykırılık hükümleri arasındaki yarışma bakımından ifade ettiği “engelsiz kulvarda koşan kusurlu sorumluluk hamamında terlerken, engelli kulvarda koşan kusursuz sorumluluk havuzunda serinlen (nimet ve külfet birbirini dengeler)” yönündeki açıklamasının şüphesiz saikte yanılma ve ayıptan sorumluluk hükümlerinin yarışması bakımından da geçerli olduğunu belirtmektedir. Zira, ayıptan sorumluluk hükümlerine başvuran alıcı, bedelde indirim ve tazminat elde etme imkânına sahipken, saikte yanılma hükümlerine başvuran alıcı bedelde indirim ve tazminat elde etmek bir yana satıcıya tazminat ödemek tehlikesiyle karşı karşıya kalacaktır. Serozan, *Özel Bölüm*, s. 197.

³⁴⁴ BGE 114 II 131.

ayıptan sorumluluk hükümlerinin birbirini dışlamasından değil, yarışmasından söz edilmelidir³⁴⁵.

Öte yandan, İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre ayıptan sorumluluk ile yanılma hükümlerinin yarışamayacağını söylemek bazı durumlarda alıcının hakkaniyete aykırı şekilde mağdur edilmesine yol açacaktır. Bu nedenle, alıcının ayıptan sorumluluk hükümlerinin uygulanmasına ilişkin gözden geçirme ve ayıbı bildirme külfetini yerine getirmediği veya zamanaşımı süresine riayet etmediği hallerde, en azından yanılma hükümlerine başvurabileceği kabul edilmelidir. Öyle ki, sanat eserleri veya antika eşyaların satışında bu tür eşyaların sahteliği çoğu zaman ya ayıptan sorumluluk hükümlerinde öngörülen zamanaşımı geçtikten sonra anlaşılmakta ya da ayıbın tespit edilmesi, alıcıdan beklenemeyecek derecede uzmanlığı ve masrafı gerektirmektedir.

³⁴⁵ Burada üzerinde durulması gereken bir diğer konuysa ayıptan sorumluluk hükümlerine başvuran yanılanın sözleşmeye örtülü şekilde icazet verip vermediği sorunudur. Zira, alıcının öncelikle ayıptan sorumluluk hükümlerine başvurup, daha sonra yanılma veya aldatma hükümlerine dayanıp dayanamayacağı tartışmalıdır. İsviçre Federal Mahkemesi ve bazı yazarlara göre, alıcının kendisine teslim edilen malların ayıplı olduğunu belirterek seçimlik haklarını kullanması, onun sözleşmeye TBK m.39 (OR m.31) kapsamında icazet verdiği şeklinde anlaşılmalıdır (BGE 127 III 83; Zekeriya Kurşat, **Borçlar Hukuku Alanında Hile Kavramı**, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, 2003, s. 155. Ayrıca bu yaklaşıma ilişkin detaylı açıklamalar için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, **Genel Bölüm**, s. 415-418; Kanışlı, **a.g.e.**, s. 458-461). İsviçre Federal Mahkemesi'nin ulaştığı bu sonucun, düzelebilir hükümsüzlük olarak adlandırılan irade bozukluğu hallerinde sözleşmenin baştan itibaren hüküm ve sonuçlarını doğurmadığı ancak iptal hakkının bir yıllık hak düşürücü sürede kullanılmaması halinde sözleşmenin geriye etkili şekilde geçerli olacağı görüşü benimsendiği takdirde anlamlı olacağı belirtilmektedir (Buz, **İrade**, s. 312 vd.). Zira, geçerli bir sözleşmenin varlığına muhtaç olan ayıptan sorumluluk hükümleri çerçevesinde, alıcının seçimlik haklarını kullanması, onun artık sözleşmeyi geçersiz kabul etmediği anlamına gelecektir. Buna karşılık *Buz*'a göre, iptal teorisi olarak adlandırılan ve irade bozukluğu hallerinde sözleşmenin baştan itibaren geçerli şekilde hükümlerini doğurduğu ancak iptal açıklamasıyla geriye etkili olarak kesin hükümsüz olacağı şeklinde anlaşılan görüşün kabul edilmesi halinde İsviçre Federal Mahkemesi'nin ayıp hükümlerinin ancak geçerli bir sözleşme ilişkisinin varlığında uygulanabileceği, bu nedenle ayıptan sorumluluk hükümlerine başvuran alıcının sözleşmeye icazet vererek geçerli hale getirmiş olduğu argümanı önemini kaybedecektir (Buz, **İrade**, s. 312 vd.). *Kocayusufpaşaoğlu*'na göreyse, iptal teorisi kabul edilse dahi eğer alıcı iptal hakkını kullanacağına ilişkin ihtirazi bir kayıt belirtmeden ayıptan sorumluluk hükümlerindeki seçimlik haklarını kullanırsa, sözleşmeyi onamış sayılma tehlikesiyle karşı karşıya kalabilir (Kocayusufpaşaoğlu, **Genel Bölüm**, s. 416). Öte yandan öğretilde, İsviçre Federal Mahkemesi'nin akıl yürütme biçiminin taraflar arasındaki menfaat değerlerinin araştırılmasına değil, kavram hukukçuluğuna yönelik olduğu belirtilmektedir (Gauch, **a.g.m.**, s. 184-190; Kanışlı, **a.g.e.**, s. 460-463). Bu anlayıştaki yazarlara göre, alıcının ayıptan sorumluluk hükümlerindeki seçimlik haklara başvurusu tek başına o sözleşmeye icazet verdiği anlamına gelmemelidir. Gerek iptal teorisi gerek düzelebilir hükümsüzlük teorisi benimsensin, alıcının seçimlik hakları kullanmış olması nihai olarak güven ilkesi bağlamında incelenmelidir. Bu bakımdan alıcının irade bozukluklarına ilişkin hükümlere başvurabilip başvuramayacağı, satıcının dürüstlük kuralı çerçevesinde bildiği ya da bilmesi gerektiği somut olgular dikkate alınarak alıcının davranışından çıkartacağı anlama göre belirlenmelidir. Kanaatimizce de son olarak ifade edilen ve menfaat hukukçuluğuna hizmet eden bu görüşe göre hareket edilmeli ve kavram hukukçuluğu anlayışından uzak durulmalıdır. Bu bakımdan, alıcının seçimlik haklara başvurmuş olması güven ilkesi ışığında değerlendirilmeli ve bu değerlendirme neticesinde sözleşmeyi onadığı sonucuna ulaşırsa yarışma esasına göre irade bozukluklarına ilişkin hükümlere başvuramayacağı kabul edilmelidir.

Öyleyse, ayıptan sorumluluk hükümlerindeki sınırlamaları yerine getiremeyen alıcının hiç değilse yanılma hükümlerine başvurabileceği kabul edilmelidir³⁴⁶.

Öyleyse, ayıptan sorumluluk hükümleri ile nitelikte yanılma hükümlerinin yarışması esasına ilişkin yukarıda açıklamış olduğumuz görüşlerin gerekçelerinin de esasen tıpkı genel sözleşmeye aykırılık hükümleri ile yarışma esasında olduğu gibi OR Art. 201 (TBK m. 223) ve OR Art. 210 (TBK m. 231) hükümlerinde düzenlenen sınırlanmalara uyulması gerekip gerekmediği sorusuna indirgendiği söylenebilir. Bu bakımdan, gözden geçirme ve ayıbı bildirme külfeti ile kısa zamanaşımı süresinin düzenlendiği hükümlerin getiriliş amaçlarının incelenmesine devam edilmelidir.

II. Gözden Geçirme ve Ayıbı Bildirme Külfeti ile Kısa Zamanaşımı Süresine İlişkin Hükümlerin Düzenlenme Amacı

A. Gözden Geçirme ve Ayıbı Bildirme Külfetine İlişkin Hükümün Düzenlenme Amacı

TBK m. 223/I, “*Alıcı, devraldığı satılanın durumunu işlerin olağan akışına göre imkân bulunur bulunmaz gözden geçirmek ve satılarda satıcının sorumluluğunu gerektiren bir ayıp görürse, bunu uygun bir süre içinde ona bildirmek zorundadır*” hükmünü ihtiva etmektedir. Öğretideki hakim görüşe göre, söz konusu hükümde düzenlenmiş olan malın gözden geçirilmesi ve ayıbın bildirilmesi, külfet niteliğindedir. Zira, alıcı bu külfetleri yerine getirmediği takdirde, bir borcun ihlali sebebiyle tazminat talebiyle karşı karşıya kalmayacaksa da kendisine ayıptan sorumluluk hükümlerinde tanınan hakları kaybedecektir³⁴⁷.

Bununla birlikte, gözden geçirme ve ayıbı bildirme külfetlerinin düzenlendiği hükmün *ratio legis*ine (amacına) ilişkin öğretide görüş birliği bulunmamaktadır. Ayıptan sorumluluk hükümleri ile genel sözleşmeye aykırılık hükümleri ya da irade bozukluklarına ilişkin hükümler arasında sınırlı bir yarışma esasının benimsenmesi görüşünü savunan yazarlar³⁴⁸ esasen, gözden geçirme ve ayıbı bildirme külfetinin amaçlarına ilişkin İsviçre Federal Mahkemesi ve öğreti tarafından öne sürülen bazı

³⁴⁶ BGE 98 II 15. Bu konuda açıklamalar için ayrıca bkz. Kanışlı, **a.g.e.**, s. 447.

³⁴⁷ Hakim görüşün bu yönde olduğu hakkında açıklamalar için bkz. Yücer Aktürk, **a.g.e.**, s. 67; Eren, **Özel Hükümler**, s. 144-145; Yavuz, **Satıcının Sorumluluğu**, s. 106-107, 114-115; Şahiniz, **a.g.e.**, s. 71.

³⁴⁸ Bkz. dn. 317’de adı geçen yazarlar.

argümanlara dayanmaktadır. Söz konusu bu argümanlarsa³⁴⁹ aşağıdaki gibi ifade edilmektedir:

- Ticari işlem güvenliğinin sağlanması amacıyla taraflar arasındaki ilişkiyi hızlı bir şekilde açıklığa kavuşturmak.
- Alıcının piyasadaki değişiklik ve dalgalanmalardan yararlanarak satıcı aleyhine spekülasyonlarda bulunmasını engellemek.
- Satıcının kendi satıcısına veya sağlayıcısına karşı haklarını kullanabilmesini sağlamak.
- Delillerin hızlı bir biçimde elde edilmesi sayesinde, ispat gücü riskinin azaltılması ve alıcıya teslim edilmiş olan malın ayıpsız olarak teslim edildiğine ilişkin satıcı lehine ispat kolaylığı sağlamak.

Buna karşılık ayıptan sorumluluk hükümleri ile genel sözleşmeye aykırılık ya da irade bozukluklarına ilişkin hükümlerin sınırsız yarışabileceğini savunan yazarlar³⁵⁰, gözden geçirme ve ayıbı bildirme külfetlerinin bu şekilde ele alınmasına karşı çıkmaktadır. Zira, alıcı bakımından oldukça sert nitelikte olan gözden geçirme ve ayıbı bildirme külfetlerinin uygulanma alanı ayıptan sorumluluk hükümlerinin kapsamını aşarak genel sözleşmeye aykırılık hükümleri ile irade bozukluklarına ilişkin hükümlerin uygulanma şartı haline getirilmemelidir. Başka bir deyiş ile TBK m. 223 hükmünde düzenlenen bu külfetlerin getirilme amacının, sadece ayıptan sorumluluk hükümleriyle sınırlandırıldığı kabul edilmelidir.

Öte yandan öğretide alıcının, her türlü satış sözleşmesinde gözden geçirme ve ayıbı bildirme külfeti altında olması gerekip gerekmediği de tartışmalıdır. TBK m. 223 hükmünün düzenlenme amacına ilişkin öğretide ileri sürülen argümanları inceleyen bazı yazarlar³⁵¹ alıcıya yüklenen gözden geçirme ve ayıbı bildirme külfetinin tümünden

³⁴⁹ Söz konusu argümanlara ilişkin detaylı açıklamalar için bkz. Bucher/Buz, **a.g.m.**, s. 147 vd.; Yücer Aktürk, **a.g.e.**, s. 78 vd.; Yücedağ, **a.g.e.**, s. 113-117; Kahveci, **a.g.e.**, s. 57 vd.; Tandoğan, **C.I/1**, s. 117; Eren, **Özel Hükümler**, s. 114; Aral/Ayrancı, **a.g.e.**, s. 166 vd.; Yavuz, **Satıcının Sorumluluğu**, s. 105-106; Schubiger, **a.g.e.**, s. 108 vd.

³⁵⁰ Giger, Art. 197/210, N. 28, 59 vd.; Oser/Schönenberger, Art. 197, N.6; Ginter, **a.g.e.**, s. 147 vd.

³⁵¹ Bucher/Buz, **a.g.m.**, s. 147 vd.; Yücer Aktürk, **a.g.e.**, s. 75-91; Bilgehan Çetiner, “**Borçlar Kanunu Tasarısında Düzenlenen Muayene ve İhbar Külfetine İlişkin Kısa Değerlendirme**”, Legal Hukuk Dergisi, S. 85, 2010, s. 135-140; Atamer/Baş, **a.g.m.**, s. 31 vd.

kaldırılması ya da en azından ticari satışlar bakımından sınırlandırılması gerektiğini şu şekilde açıklamaktadır:

- İsviçre Federal Mahkemesi’nin bir kararında³⁵² da açıkça belirtilen “ticari işlem güvenliğinin sağlanması” argümanından ne anlaşılması gerektiği açık değildir. İşlem güvenliğinin sağlanması argümanı ile “fiili ve hukukî ilişkilerin hızlı bir şekilde açıklığa kavuşturulmasının” sağlanması amaçlanmış olabilir. Bununla birlikte, “fiili ilişkilerin hızlı bir şekilde açıklığa kavuşturulması” ile neyin ifade edilmek istendiği anlaşılmamaktadır. Öte yandan, “hukuki ilişkilerin hızlı bir biçimde açıklığa kavuşturulması” ile neyin kastedildiği açıktır. Ancak, söz konusu hukuki ilişki gerçekte mevcut olan maddi hukuki duruma uygun bir biçimde açıklığa kavuşturulmamaktadır. Şöyle ki, kendisine ayıplı mal teslim edilmesi sebebiyle mağdur edilen alıcı, gözden geçirme ve ayıbı bildirme külfetini yerine getirmede için kendisine kanunda tanınan korumayı kaybetmekte ve daha da mağdur edilmektedir. Hukuki ilişkilerin açıklığa kavuşturulması argümanı taraflar arasındaki menfaat dengesini kurmaktan çok satıcının, alıcı aleyhine kayırılmasına yol açmaktadır. Başka bir deyiş ile, hukuki durumun hızlı bir biçimde açıklığa kavuşturulmaması sebebiyle kendisine ayıplı mal teslim edilen alıcı ayıptan sorumluluk hükümlerinde kendisine tanınan hakları kaybetmekte, ancak ayıplı mal teslim eden satıcı sorumlu olmaktan kurtulmaktadır³⁵³.
- “Alıcının piyasadaki değişiklik ve dalgalanmalardan yararlanarak satıcı aleyhine spekülasyonlarda bulunmasını engellemek” argümanı da gözden geçirme ve ayıbı bildirme külfetinin düzenlenme amacına hizmet etmez. Zira, İsviçre-Türk satış hukukunda eski BGB § 466³⁵⁴ ve CISG

³⁵² BGE 88 II 364.

³⁵³ Detaylı açıklamalar için bkz. Bucher/Buz, **a.g.m.**, s. 148; Yücer Aktürk, **a.g.e.**, s. 81-81; Çetiner, **Muayene ve İhbar Külfeti**, s. 135-140; Atamer, “**Taşınır Satımı Sözleşmesi**”, s. 83 vd.

³⁵⁴ Eski BGB § 466 hükmüne göre satıcı, alıcının kendisini malın ayıplı olduğuna ilişkin bilgilendirmesinden sonra alıcıya sözleşmeden dönme hakkını kullanması için bir süre tanımakta, alıcı da bu süre içerisinde hakkını kullanmak zorunda kalmaktaydı.

m. 46/II-III³⁵⁵ ve m. 49/II³⁵⁶ hükümleri gibi bir düzenleme bulunmadığı için bildirimde bulunan alıcı, kanunda öngörülen zamanaşımı süresinin sonuna kadar ayıptan sorumluluk hükümlerinde kendisine tanınan hakları kullanmak için bekleyebilir ve bu şekilde piyasadaki dalgalanmalardan satıcı aleyhine yararlanabilir³⁵⁷. Gözden geçirme ve ayıbı bildirme külfetini yerine getiren alıcın, ayıptan sorumluluk hükümlerindeki haklarını kullanmak için beklemesi onun kötünietli olarak ele alınmasına da yol açmaz. Zira, kural olarak zaten önceden yerine getirilmesi gereken ayıbı bildirme külfeti onun haklarını kullanmasına hizmet ettiği için alıcının kötünietli hareket etmesinden söz edilemez³⁵⁸.

- “Satıcının kendi satıcısına veya sağlayıcısına karşı haklarını kullanabilmesini sağlamak” argümanı da TBK m. 223 hükmünün düzenlenme amacı olarak değerlendirilemez. Zira, hükmün amacının satıcının kendi satıcısına veya sağlayıcısına karşı haklarını kullanabilmesini sağlamak olduğu kabul edilirse, bu amaca ulaşmayı hükmün kendisi engelleyecektir. Şöyle ki, alıcının satıcıya zamanında ayıp bildiriminde bulunmuş olması halinde dahi satıcı bu kez çoğu halde

³⁵⁵ CISG m. 46/II-III hükmünde alıcının, sözleşmeye aykırılık bildirimini ile ya da bu bildirimden makul süre sonra yenisi ile değiştirme ya da onarım hakkını kullanması gerektiği düzenlenmiştir.

³⁵⁶ CISG m. 49/II hükmünde alıcının, sözleşmeye aykırılık bildirimini ile ya da bu bildirimden makul süre sonra sözleşmeden dönme hakkını kullanması gerektiği düzenlenmiştir.

³⁵⁷ Belirtmek gerekir ki, bazı yazarlar bu durumda BGB § 466 hükmünün kıyasen uygulanarak ayıbın bildirilmesinden sonra satıcının alıcıya belirli bir sürede ayıbın giderilmesini kabul edip etmediğini açıklamasını isteyen bir bildirimde bulunabileceğini kabul etmektedir (Aral/Ayrancı, **a.g.e.**, s. 127-129. Bu imkânın de lege ferenda tanınması yönünde bkz. Tandoğan, **C.I/1**, s. 199). Yine, diğer bir görüşe göre alıcının hangi seçimlik hakkı kullanacağını bilmede satıcının bir menfaati olduğundan, alıcı uygun bir süre içerisinde hangi hakkı kullandığını bildirmelidir (Arslanlı, **Ticari Bey**, s. 289-290). Bununla birlikte, diğer bazı yazarlara göre de alıcının seçimlik haklarını kullanması bakımından dürüstlük kuralı yardımıyla bir sınır çizilebileceği belirtilmektedir. Buna göre, kendisine teslim edilen malın ayıplı olduğunu çok erken bir zamanda belirlemesine rağmen alıcı, uzun bir süre seçimlik haklarını kullanmamışsa, söz konusu bu hakların uzun bir süre sonra kullanması hakkın kötüye kullanması itirazıyla engellenebilir (Detaylı açıklamalar için bkz. K. Emre Gökyayla, “**Hakkın Geç Kullanılması Dürüstlük Kuralına Aykırı Mıdır?**”, MÜHFD, 2001/1, Aydın Aybay Armağanı, s. 409 vd.; Yücedağ, **a.g.e.**, s. 115) Nihayet son bir görüşe göre, alıcının hangi seçimlik hakkı kullanacağına ilişkin herhangi özel bir süre kanunda düzenlenmediğinden, alıcı zamanaşımı süresi içinde haklarını kullanabilmelidir (Ali Paslı, “**Ticari Satımda Ayıp Hâlinde Seçimlik Hakların Kullanılma Zamanı**”, Prof. Dr. Şener Akyol’a Armağan, 2011, s. 660, 661).

³⁵⁸ Bu argümana ilişkin detaylı açıklamalar için bkz.; Bucher/Buz, **a.g.m.**, s. 150 vd.; Yücedağ, **a.g.e.**, s. 113-115; Yücer Aktürk, **a.g.e.**, s. 84.

kendi satıcısı veya sağlayıcısına karşı yapacağı bildirim ile gecikmiş olacaktır³⁵⁹.

- “Delillerin hızlı bir biçimde elde edilmesi sayesinde, ispat güçlüğü riskinin azaltılması ve alıcıya teslim edilmiş olan malın ayıpsız olarak teslim edildiğine ilişkin satıcı lehine ispat kolaylığı sağlamak” argümanı da TBK m. 223 hükmünün düzenleme amacına hizmet etmekten oldukça uzaktır. Zira, edimin teslim edilmesi sırasında herhangi bir ihtirazi kayıt ileri sürülmemesi halinde ispat yükünün alıcının üzerinde olduğu kabul edilmelidir. Bu bakımdan, teslim edilen malın ayıplı olmadığını satıcının ispat etmesi gerektiğinden söz edilemeyeceği için onun lehine ispat kolaylığının sağlanması amacından da söz edilemez³⁶⁰.

Kanaatimizce de gözden geçirme ve ayıbı bildirme külfetinin düzenlenme amacına yönelik argümanlar bir an için ticari satışlar bakımından kabul edilse dahi bunlara tüketici satışları ve adi satışlarda ihtiyaç yoktur³⁶¹. Zira, ticari satışlar bakımından geçerli olan çabukluk, belirliliğin sağlanması ve açıklık gibi sebeplerle gözden geçirme ve ayıbı bildirme külfetinin düzenlenmesi ihtiyacı gerek tüketici satışlarında gerek adi satışlarda söz konusu değildir³⁶². Bununla birlikte, ticari satışlarda alıcı da ya satıcı kadar malı gözden geçirme bakımından deneyimli ve yeteneklidir ya da çoğu zaman malın gözden geçirilmesi bakımından yetkin kişilere başvurma imkânına sahiptir. Oysa, ne tüketici satışlarında ne de adi satışta alıcı, satıcı karşısında bu denli iyi konumdadır³⁶³. Buna karşılık, gerek ticari satışlarda gerek de adi satışlarda alıcı, gözden geçirme ve bildirim külfetini yerine getir(e)mediği zaman ayıptan sorumluluk hükümlerindeki seçimlik haklarını kullanma imkânını kural olarak kaybedecektir. Görüldüğü gibi, söz konusu düzenlemeler tüketici ve adi satışlarda alıcı ve satıcı arasındaki menfaat dengesinin satıcı lehine/alıcı aleyhine bozulmasına yol açmaktadır. Oysa, ticari satışlar ile karşılaştırıldığında adi satışlarda gözden geçirme ve ayıbı bildirme külfetinin “satıcının kendi satıcısına başvurabilmesi, alıcının spekülâtif hareketlere kalkışmasının engellenmesi, satıcının ispat vasıtalarını hızlı elde

³⁵⁹ Bucher/Buz, **a.g.m.**, s. 150.

³⁶⁰ Bucher/Buz, **a.g.m.**, s. 147-148. Aynı yönde bkz. Aral/Ayrancı, **a.g.e.**, s.127; Yücer Aktürk, **a.g.e.**, s. 85.

³⁶¹ Aynı yönde bkz. Yücedağ, **a.g.e.**, s. 116.

³⁶² Atamer/Baş, **a.g.m.**, s. 31.

³⁶³ Atamer/Baş, **a.g.m.**, s.31.

edebilmesi” gibi amaçları çoğu durumda neredeyse tamamen önemini kaybedecektir³⁶⁴.

Öte yandan, bu anlayışı ulusal ve uluslararası bazı düzenlemeler ile TBK m. 223/I hükmünün tarihsel yorumu da desteklemektedir³⁶⁵. OR Art. 201 (TBK m. 223/I) hükmünde düzenlenen gözden geçirme ve ayıbı bildirme külfetinin kaynağını ve düzenlenme sebeplerini detaylı bir biçimde inceleyen *Bucher*’e göre, söz konusu külfet tamamen Ticaret hukukuna ilişkin düşünceler ve ticari satışlar göz önünde bulundurularak düzenlenmiştir. Zira, İsviçre hukukunda Borçlar hukuku ve Ticaret hukuku gibi iki ayrı kanunlaşma söz konusu olmadığından satış sözleşmesine ilişkin hükümler tek bir kanun içerisinde ticari satışın ihtiyaçları da dikkate alınarak hazırlanmıştır. Bu bakımdan, İsviçre-Türk Borçlar Kanunu sisteminin Kıta Avrupası Hukuk sistemi içerisinde adi satışlar bakımından gözden geçirme ve ayıbı bildirim külfetini öngören tek sistem olduğu belirtilebilir³⁶⁶. Nitekim, 99/44/AT sayılı Yönergede gözden geçirme külfetine yer verilmemiş, sadece ayıbın belirlenmesinden itibaren iki aylık bir bildirim süresinin öngörülmesi de üye ülkelerin takdirine bırakılmıştır. 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun ve Alman Medeni Kanunu (BGB)’de de gözden geçirme ve ayıbı bildirme külfetine ilişkin özel bir hüküm getirilmemiştir³⁶⁷. Bu bakımdan söz konusu düzenlemelerde tüketici satışı ve adi satışlarda gözden geçirme ve ayıbı bildirme külfetinin bulunmadığı söylenebilecektir³⁶⁸.

³⁶⁴ Yücedağ, **a.g.e.**, s. 116. Nitekim, Serozan bu anlayışı şu şekilde ifade etmektedir: “*Ayıplı ifa durumunda uyulması gerekli ağır hukuki ödevlerin ve bu arada oldukça kısa tutulmuş olan hak kullanma (etkisizleşme) süresinin temelinde, Roma’nın küçük çaplı satıcısını alıcının spekülatif hesaplarına, emellerine karşı koruma kaygısı yatar. Oysa bu kaygılar günümüzde geçerliliğini yitirmiştir. Satıcıya ağır ayıp sorumluluğundan kurtulma şansı vermek için alıcıya böylesine ağır ödevler yüklemeye gerek yoktur*” (Serozan, **Özel Bölüm**, s. 214).

³⁶⁵ Bazı ulusal düzenlemeler bakımından durum şu şekilde ifade edilebilir: Fransız hukukunda, Avusturya Medeni Kanunu’nda, İtalya Medeni Kanunu’nda gözden geçirme ve ayıbı bildirme külfeti düzenlenmemiştir. Avusturya hukukunda Avusturya İşletme Kanunu’nun 377. maddesinde sadece her iki tarafında tacir ve işletmeci sıfatına sahip olduğu ticari satışlar bakımından gözden geçirme külfeti öngörülmüştür. Açıklamalar için bkz. Yücer Aktürk, **a.g.e.**, s. 50, 58.

³⁶⁶ Açıklamalar için bkz. Bucher/Buz, **a.g.m.**, s. 162-169. Nitekim, ayrı bir ticaret kanunun bulunduğu Türk hukukunda İsviçre hukukundan farklı bir düzenleme yapılması ya da en azından söz konusu külfetlerin sadece ticari satışlar ile sınırlandırılması gerektiği ifade edilmektedir (Atamer, “**Taşınır Satımı Sözleşmesi**”, s. 202 vd.; Rona Serozan, “**Yeni Alman İfa Engelleri Hukuku (Türk Hukukunda Bilimsel Kaynak Olarak Yararlanılabilecek Yenilikler)**”, İÜHF, C. 58, S.1-2, Y. 2000, s. 231 vd.).

³⁶⁷ Belirtmek gerekir ki Alman hukukunda gözden geçirme ve ayıbı bildirme külfeti sadece ticari satışlar bakımından HGB § 377 hükmünde düzenlenmiştir.

³⁶⁸ Bununla birlikte, 6502 sayılı TKHK m.10’da teslim tarihinden itibaren altı ay içinde ortaya çıkan ayıpların, teslim tarihinde var olduğu düzenlenmiş, söz konusu hüküm ile ispat yükü yer değiştirmiştir. Bu bakımdan, alıcıya ispat kolaylığı sağlanmış ve bildirim külfeti kaldırılmıştır.

Son olarak, adi satışlar bakımından gözden geçirme ve ayıbı bildirme külfetlerinin uygulanmaması gerekliliği bir an için reddedilse bile, TBK m. 225/I'e göre satıcının ağır kusuru ile alıcının satılanı gözden geçirmemesi ve ayıbı bildirmemesine sebep olması hâlinde ayıbın zamanında bildirilmediğini ileri sürerek sorumluluktan kaçamayacağı belirtilmelidir. Yine, TBK m. 225/II'e göre "satıcılığı meslek edinmiş kişinin" "bilmesi gereken ayıplar" bakımından da TBK m. 225/I hükmündeki esaslar geçerlidir. Belirtmek gerekir ki, öğretide "satıcılığı meslek edinmiş kişi" kavramının tanımlanması bakımından TKHK m. 3 hükmünden yararlanılabileceği ifade edilmektedir. Buna göre, satıcılığı meslek edinmiş kişi, *"ticari veya mesleki amaçlarla mal sunan gerçek veya tüzel kişi"* olarak tanımlanabilecektir. Bu bakımdan önemli olansa satıcının, ticari ve mesleki bir faaliyeti kapsamında bir satış sözleşmesine taraf olmasıdır. Örneğin, bir halı satıcısı iş yerinde kullanmak üzere satın aldığı su ısıtıcısını bir süre sonra satarsa, bu satış tacirin faaliyeti ile ilgili olmadığı için söz konusu satış bakımından onu satıcılığı meslek edinmiş kişi olarak kabul etmemek gerekir³⁶⁹. Yine, maddenin gerekçesinde *"bilmesi gereken"* şeklindeki ifadenin satıcılığı meslek edinmiş kişilerin "her türlü ihmali" kapsadığına ilişkin açıklamalara yer verilmiştir³⁷⁰. Bununla birlikte, satıcının "bilmesi gereken ayıplar" kavramının hafif ihmali nedeniyle bilmediği ayıplar şeklinde değerlendirilmesi, satıcının ayıbı bildiği veya bilmemesinin ağır ihmalden kaynaklandığı hallerin ise TBK m. 225/I kapsamına gireceğinin kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir³⁷¹. Öyleyse, satıcı, satıcılığı meslek edinmiş kişi olarak kabul ediliyorsa ve hafif ihmali sebebiyle ayıbın varlığını anlayamamışsa, alıcı gözden geçirme ve ayıbı bildirme külfetine riayet etmeksizin ayıptan sorumluluk hükümlerindeki seçimlik haklarını kullanabilecektir. Bu bakımdan alıcının gözden geçirme ve bildirim külfetinin uygulama alanının oldukça sınırlandığı, yani sadece adi

Açıklamalar için bkz. Yeşim Atamer, "Tüketici Satım Sözleşmelerine İlişkin TKHK m. 4-Eleştiriler ve Revizyon Teklifleri-" BATİDER, C. XXIV, Ayı Bası, s. 85 vd.

³⁶⁹ Bu konuda açıklamalar ve örnek için bkz. Aslı Makaracı Başak, **Türk Borçlar Kanunu Madde 225/II Hükümünün Değerlendirilmesi**, Cevdet Yavuz'a Armağan, C.22, 2016, s. 1915-1930. Ayrıca, Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun bakımından açıklamalar için bkz. M. Alper Gümüş, **6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi**, İstanbul, 2014, s. 29.

³⁷⁰ Kanunun hazırlanma sürecinde komisyonda görev yapan Koç'a göre de "bilmesi gereken" ibaresi satıcının her türlü kusurunu ifade etmektedir. Nevzat Koç, **"Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Mülkiyetin Devri Amacıyla Kurulan Sözleşmelere İlişkin Olarak Yapılması Öngörülen Yenilik ve Değişiklikler"**, Ali Naim İnan'a Armağan Ankara, 2009, s. 466-467.

³⁷¹ Makaracı Başak, **a.g.m.**, s. 1925.

satışlar çerçevesinde tesadüfî satıcılar ile gerçekleştirilen satış sözleşmelerinde uygulanabileceği söylenebilecektir³⁷².

B. Kısa Zamanaşımına İlişkin Hükümün Düzenlenme Amacı

TBK m. 231 (OR Art. 210) hükmünde, satıcı daha uzun bir süre için taahhütte bulunmamışsa alıcının ayıptan sorumluluk hükümlerindeki seçimlik haklarının satılanın tesliminden³⁷³ başlayarak iki yıl geçmekle zamanaşımına³⁷⁴ uğrayacağı düzenlenmiştir³⁷⁵. Alıcının ayıptan sorumluluk hükümlerindeki seçimlik haklarını kullanabilmesi on yıllık genel zamanaşımı süresiyle karşılaştırıldığında oldukça kısa sayılabilecek iki yıllık süreyle sınırlandırılmıştır. Aliud teslimin ayıplı ifa çerçevesinde değerlendirilebilmesi için belirleyici faktör genellikle bu kısa zamanaşımı süresi olduğundan, TBK m. 231 hükmünün özellikle aliud teslimin ayıptan sorumluluk hükümleri çerçevesinde değerlendirilmesine etkisi yakından incelenmelidir.

TBK m. 231 hükmünde on yıl yerine iki yıl gibi kısa bir zamanaşımı süresinin öngörülmesinin, satıcının ayıptan sorumluluk hükümleri kapsamında ağır kusursuz

³⁷² Aynı görüşte bkz. Yavuz, **Satıcının Sorumluluğu**, s. 131-132; Kahveci, **a.g.e.**, s. 230.

³⁷³ Söz konusu zamanaşımı süresinin sözleşmenin kurulmasından itibaren değil, satılanın tesliminden itibaren başlayacağı yönünde bkz. Tandoğan, **C.I/1**, s. 200; Şahinöz, **a.g.e.**, s. 123; Gümüş, **C.I/1**, s. 193.

³⁷⁴ Alıcının seçimlik haklarını kullanmasının tabi olduğu sürelerin düzenlendiği Eski BK m. 207/I ve 215'de "*sâkıt olma*" ifadesi kullanılmasına rağmen öğretideki hakim görüşe göre, alıcıya teslim edilen malın ayıplı olmasından dolayı satıcının sorumluluğuna ilişkin süre hak düşürücü süre değil, zamanaşımı süresi olarak kabul ediliyordu. Nitekim, TBK m. 231 hükmünde söz konusu sürenin zamanaşımı süresi olduğu açıkça düzenlenmiştir. Bu konuda detaylı açıklamalar için bkz. Mehmet Erdem, **Özel Hukukta Zamanaşımı**, On iki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul, 2010, s. 88 vd.; Yavuz, **Satıcının Sorumluluğu**, s. 155. Sözleşmeden dönme ve bedelde indirim haklarının hak düşürücü süreye, tazminat ve diğer seçimlik haklar ise zamanaşımı süresine konu olacağı yönünde bkz. Buz, **Yenilik Doğuran Haklar**, s. 397-399.

³⁷⁵ OR Art. 210 hükmünde, alıcının ayıptan doğan hakları satılanın tesliminden başlayarak bir yıl geçmekle zamanaşımına uğramayacağı düzenlenmişti. OR Art. 210 hükmünde olduğu gibi Eski BK m. 207/I hükmünde de alıcının ayıptan doğan haklarının satılanın tesliminden başlayarak bir yıl geçmekle zamanaşımına uğrayacağı kabul edilmişti. Bununla birlikte, 1 Haziran 2013 tarihinde yürürlüğe giren İsviçre Borçlar Kanunu'nun satış ve eser sözleşmelerinde ayıp sorumluluğuna yönelik zamanaşımı hükümlerini (Art. 210 ve 371) revize eden 16 Mart 2012 tarihli İsviçre Federal Kanun ile OR Art. 210 ve 371 hükümleri değiştirilerek, ayıptan sorumluluk hükümlerinde satıcının sorumluluğuna ilişkin zamanaşımı süresi malın tesliminden itibaren iki yıla çıkartılmıştır. 16 Mart 2012 tarihli İsviçre Federal Kanunu'nun değerlendirilmesine ilişkin açıklamalar için bkz. Murat Aydoğdu/Serdar Nart, "**İsviçre Borçlar Kanunu'nun Satış Ve Eser Sözleşmelerinde Ayıp Sorumluluğuna Yönelik Zamanaşımı Hükümlerini (Art. 210 Ve 371) Revize Eden 16 Mart 2012 Tarihli İsviçre Federal Kanun'unun Değerlendirilmesi**", TBB Dergisi, 2018, (134), s. 451-486. Ayrıca, her ne kadar eski TTK m. 25/I b.4'de altı aylık süre öngörülmüşse de artık TTK'da özel bir düzenleme olmadığından ticari satışlar bakımında da TBK m. 231 hükmü uygulama alanı bulacaktır. Bu bakımdan, zamanaşımı süresi her üç tür (adi, tüketici ve ticari) satış bakımından özdeş olup iki yıldır. Açıklamalar için bkz. Kapancı, **a.g.e.**, s. 79. Öte yandan, bu iki yıllık süre taşınmaz satışlarında mülkiyetin geçmesinden başlayarak beş yıla çıkarılmıştır (TBK m. 244/III).

sorumluluğunun biraz olsun hafifletilmesi amacına hizmet ettiği belirtilmektedir. Öyle ki, iki yıl gibi kısa bir sürenin kabul edilmesiyle malın alıcıya tesliminden sonra mümkün olduğu kadar kısa bir süre içinde taraflar arasındaki hukuki duruma açıklık kazandırılıp, herhangi bir sorun varsa hızlıca çözülmesine olanak sağlanmıştır³⁷⁶. *Cyprian* da TBK m. 231 (OR Art. 210) hükmünün, teslim edilen malda gerek olağan bir gözden geçirme ile ortaya çıkabilecek gerek olağan bir gözden geçirme ile ortaya çıkarılamayacak ayıpların varlığı sebebiyle alıcının ileride sahip olabileceği ayıptan doğan haklarının belirli bir (kısa) süre ile sınırlandırılması gerektiği fikrine dayandırıldığına işaret etmektedir³⁷⁷. Öyle ki, ayıptan sorumluluk hükümlerinin gerek genel sözleşmeye aykırılık hükümleri gerek irade bozukluklarına ilişkin hükümlerle sınırsız yarışması esasını reddeden yazarların TBK m. 231 hükmünün taraflar arasındaki hukukî durumun kısa sürede açıklığa kavuşturulmasına yardımcı olan ve böylece ticari işlem güvenliğinin sağlanmasına ilişkin bir sınırlandırma hükmü niteliğinde olduğunu belirtmeleri de bu fikri desteklemektedir³⁷⁸.

Bundan başka, zamanaşımı süresinin uzun tutulması, alıcıya teslim edilen malın uzun zaman kullanılmasından sonra hasarın geçtiği anda mı, yoksa daha sonra mı ayıplı hale geldiğinin tespit edilmesinde güçlük yaratacağından kısa zamanaşımı süresi düzenlenerek bu ispat zorluğunun giderilmeye çalışıldığı belirtilmektedir³⁷⁹. Nitekim, İsviçre Federal Mahkemesi daha önce yukarıda³⁸⁰ incelemiş olduğumuz bir kararında aliud teslim hâlinde ayıptan sorumluluk hükümlerinde öngörülen kısa zamanaşımı süresinin uygulanmaması gerekliliğini ispat argümanına indirgeyerek çözümlemiştir. Mahkemeye göre, ayıplı ifa durumunda sorunun çok hızlı bir şekilde açıklığa kavuşturulması gerekirken, alıcıya teslim edilen malın aliud teslimi oluşturup oluşturmadığı mal teslim edildikten çok sonra dahi ispat edilebilir. Bu bakımdan, aliud teslim hâlinde on yıllık genel zamanaşımı süresinin uygulanması taraf menfaatlerine uygun çözümdür.

³⁷⁶ Eren, **Özel Hükümler**, s. 124. *Cyprian* da TBK m. 231 (OR Art. 210) hükmüyle, teslim edilen malda gerek olağan bir gözden geçirme ile ortaya çıkabilecek gerek de olağan bir gözden geçirme ile ortaya çıkarılamayacak ayıpların varlığı sebebiyle alıcının ileride sahip olabileceği ayıptan doğan haklarının belirli bir (kısa) süre ile sınırlandırılması gerektiği fikrine dayandığına işaret etmektedir. *Cyprian*, **a.g.e.**, s. 123.

³⁷⁷ *Cyprian*, **a.g.e.**, s. 123.

³⁷⁸ TBK m. 231 hükmünün bu yönde yorumlanması gerektiği yönünde bkz. Honsell, **OR BT**, s. 108 vd.

³⁷⁹ Honsell, **OR BT**, s. 108 vd.; Yavuz, **Özel Hükümler**, s. 170.

³⁸⁰ BGE 121 III 453. Ayrıca bkz. § 1, I, B, 2.

Federal Mahkeme'nin kısa zamanaşımının düzenlenme amacına ilişkin bu yaklaşımının aliud teslimin ayıptan sorumluluk hükümleri çerçevesinde değerlendirildiği durumlarda da önemini koruyup korumadığı incelenmelidir. Konu hakkında Federal Mahkeme'den farklı sonuca ulaşan bir görüşe göre, satıcının hukuki durumun hızlıca açıklığa kavuşturulması yönündeki menfaati, çeşit satışında aliud teslim (teslim edilen aracın otomatik vites yerine düz vites olması) hâli ile malın ayıplı teslim edilmesi (teslim edilen aracın taraflarca kararlaştırıldığı gibi otomatik vitesli olması ancak motorunun tam randımanda çalışmaması) hâline göre değişmemektedir³⁸¹.

Bununla birlikte, söz konusu bu değerlendirmenin teslim edilen malın niteliklerinin, satış konusu maldan önemli derecede farklı olduğu (10 ton şeker yerine 10 ton tuz teslim edilmesi veya kuğu yerine kaz teslim edilmesi vb.) hallerde de aynı şekilde yapılabilip yapılamayacağı incelenmelidir. *Lanz*'a göre satıcının menfaatine hizmet eden kısa zamanaşımı süresinin bu durumda uygulanması, alıcının oldukça aleyhine olacak şekilde taraflar arasındaki menfaat dengesini bozacağından reddedilmelidir³⁸². Nitekim yazara göre, satıcının bu durumlarda korunmaya değer olmadığı anlayışı eski HGB § 378 hükmünde “kabul edilemez aliud” kavramı işaret edilerek açıkça benimsenmişti. Söz konusu hükümde “*alıcının tasvip edemeyeceği kadar satıcının sipariştten ayrılmış olması hariç, kararlaştırılan mal veya miktardan başka bir mal teslim edilmesi halinde*” HGB § 377 hükmüne yollama yapıyordu. HGB § 377 hükmü ise her iki taraf için de ticari satış olan işlerde, gözden geçirme ve ihbar külfetini düzenliyordu. 2002 reformu öncesi, HGB § 378 hükmünde “*alıcının tasvip edemeyeceği kadar satıcının sipariştten ayrılmış olması*” hâli “kabul edilemez aliud” (*nicht genehmigungsfähig aliud*), bu hâllerin dışında kararlaştırılan maldan başka bir malın teslim edilmesi hâli ise “kabul edilebilir aliud” (*genehmigungsfähig aliud*) şeklinde adlandırılmaktaydı³⁸³. Bu bakımdan kabul edilebilir aliud söz konusu olduğunda ayıptan sorumluluk hükümlerinin uygulanacağı, kabul edilemez aliud (örneğin, 10 ton şeker yerine 10 ton tuz teslim edilmesi) hâlinde (hiç) ifa etmeme hükümlerinin uygulanacağı kabul ediliyordu (HGB § 378).

³⁸¹ Kramer, **a.g.m.**, s. 81.

³⁸² Lanz, **a.g.m.**, s. 254.

³⁸³ Cyprian, **a.g.e.**, s. 28.

Kanaatimizce, burada ayıptan sorumluluk hükümlerindeki kısa zamanaşımının uygulanmasını engelleyecek diğer bir durumsa TBK m. 231/II hükmüne göre satıcının söz konusu nitelik sapması hâllerinde hemen hemen her zaman ağır kusurlu (kasıtlı veya ağır ihmalli) davrandığının kabul edilebilecek olmasıdır. Nitekim, TBK m.231/II’de, satıcının satılanı ayıplı olarak devretmekte ağır kusurlu olması hâlinde iki yıllık zamanaşımı süresinden yararlanamayacağı açıkça düzenlenmiştir. Elma yerine armut, kaz yerine kuğu teslim eden satıcınınsa çoğu durumda ağır kusurlu kabul edilmesi hayatın olağan akışına uygun olan sonuçtur.

Buna rağmen, çeşit satışında kabul edilebilir aliud ile kabul edilemez aliud teslimi, uygulanacak zamanaşımı sürelerinin farklı olması gerektiği argümanı ile birbirinden farklı ele almak aliud teslim ile ayıplı ifanın hukuki sonuçlarını aynı potada toplama fikrini zedeleyebilir³⁸⁴. Bir başka deyiş ile, satıcının ayıplı ifası neticesinde TBK m. 231/II hükmü kapsamında değerlendirilebilecek olduğu bir hâl doğrudan “kabul edilemez aliud” gibi farklı bir kavram olarak ele alınmamalıdır. Alıcıya teslim edilen malın kararlaştırılan niteliklerden önemli derecede saptığı hâllerde bu yönde bir yaklaşımı kabul etmek alıcının durumunu da ağırlaştırmayacaktır. Şöyle ki, 5 kilo elma yerine armut veya 2 kaz yerine kuğu teslim edilmesi hâllerinde alıcı çoğu kez ayıptan sorumluluk hükümlerindeki iki yıllık zamanaşımı süresi içerisinde kolayca talepte bulunabilecektir.

Öte yandan, çeşit satışında alıcıya teslim edilen malın kararlaştırılan niteliklerden önemli derecede saptmadığı hâllerde Federal Mahkeme’nin yaklaşımının bir an için uygun olduğu düşünülse de tatminkâr çözümler öngörmediği söylenmelidir³⁸⁵. Şöyle ki, Federal Mahkeme’nin zamanaşımı bakımından ileri sürdüğü anlayışı uygulatabilmek için ilk olarak çeşit satışında alıcıya teslim edilen malın hangi durumlarda aliud teslim olarak adlandırılacağı sorusu cevaplandırılmalıdır. Bu sorunun cevaplandırılmasıysa üzerinde neredeyse hiçbir zaman görüş birliğine varılamamış ve tartışma konusu olmuş “borçlanılan çeşit” kavramının her somut olayda tespit edilmesini gerektirmektedir.

³⁸⁴ Nitekim, çeşit satışında “borçlanılan çeşit” kavramının tespit edilmesine ilişkin zorluklar ve bu konuda gerek öğretide gerek uygulamadaki tartışmalar bizi kabul edilebilir-kabul edilemez aliud teslim ayrımına ilişkin benzer tartışmaların doğabileceğine yönelik düşüncelere sevk etmektedir. “Borçlanılan çeşit” kavramının tespit edilmesine ilişkin tartışmalar için bkz. § 1, I, B, 2.

³⁸⁵ Aynı yönde bkz. Kramer, **a.g.m.**, s. 81.

İkincisi, Federal Mahkeme çeşit satışında aliud teslim hâlinde on yıllık zamanaşımı süresinin uygulanması gerektiği yönündeki görüşünü alıcıya teslim edilen malın aliud teslimi oluşturup oluşturmadığının teslimden uzun süre sonra dahi tespit edilebileceği argümanına bağlamaktadır. Başka bir deyiş ile, Federal Mahkeme ayıplı ifa hâlinde satıcının kusursuz sorumluluk hâlini de göz önünde bulundurarak hukuki ilişkinin hızlıca açıklığa kavuşturulması gerektiği esasını benimserken, aliud teslim hâlinde bu yönde bir gerekliliğin söz konusu olmadığını kabul etmektedir. Oysa, *Kramer*'in haklı olarak belirttiği gibi hukuki ilişkinin hızlıca açıklığa kavuşturulması gerekliliği “alıcıya teslim edilen aracın tarafların kararlaştırdığı gibi otomatik vites olmaması” ile “otomatik vites olmasına rağmen motorunun tam randımanda çalışmaması” hâllerine göre değişmemektedir. Bu bakımdan, zamanaşımı süresi her iki durumda da ayıptan sorumluluk hükümlerindeki iki yıllık süre olarak kabul edilmelidir. Nitekim, ulusal ve uluslararası bazı düzenlemeler de bu yaklaşımı destekler niteliktedir. Yukarıda³⁸⁶ belirttiğimiz gibi CISG m. 35 kapsamında “sözleşmeye aykırılık” kavramı içerisinde değerlendirilecek çeşit satışında aliud teslim hâlinde TBK m. 231 hükmündeki iki yıllık zamanaşımı süresinin uygulanması gerekecektir³⁸⁷. Ayrıca, aliud teslimin hukuki sonuçlarının ayıplı ifanın hukuki sonuçlarına eş tutulduğu Alman hukukunda da parça-çeşit satışı ayrımı yapılmaksızın aliud teslim hâlinde farklı zamanaşımı süresinin değil, ayıptan sorumluluk hükümlerinde düzenlenen zamanaşımı süresinin uygulanacağı kabul edilmiştir (BGB § 438).

Öte yandan iki yıllık kısa zamanaşımı süresinin, parça satışında özdeşlik ve nitelik aliudunun ayıptan sorumluluk hükümleri çerçevesinde değerlendirilmesi hâlinde kabul edilebilip edilemeyeceği de incelenmelidir. *Cyprian*'a göre, ayıptan sorumluluk hükümlerindeki seçimlik hakların on yıllık genel zamanaşımı süresine değil, kısa zamanaşımı süresine tabi olacağına yönelik düzenleme zamanın geçmesiyle satılanın bazı niteliklerinin fiziksel değişime konu olacağı, sonuç olarak söz konusu

³⁸⁶ § 1, II, A.

³⁸⁷ CISG’de dava zamanaşımı süreleri düzenlenmemiştir. CISG’de düzenlenmeyen bu konuya ilişkin, mahkemelerin ulusal hukukundaki milletlerarası özel hukuk kuralları uyarınca çözüme kavuşturulacağı kabul edilmektedir (Tuba Akçura Karaman, “**Borçlar Kanunu ve Viyana Satım Antlaşması (VSA) Çerçevesinde Satıcının Ayıptan Sorumluluğu ve Alıcının Hakları**”, GÜHFD, 2013/1, s. 225-258). CISG’in uygulama alanına giren sözleşmeler bakımından, Türk Borçlar Kanunundaki zamanaşımı süreleri uygulanacaksa, Türk hukukundaki ifa engelleri ayrımlarına göre değil, CISG m. 35 hükmüne göre yapılacak tanımlama ile uygulanacak zamanaşımı süresine ilişkin hükmün tespit edileceği belirtilmektedir. Açıklamalar için bkz. Yücedağ, **a.g.e.**, s. 319.

ayıbın sözleşmenin kurulduğu sırada halihazırda var olduğu ya da sözleşmenin kurulmasıyla ifa edilmesi arasında veya en geç alıcıya teslim edildikten sonra ortaya çıkacağı düşüncesine dayandırılabilir. Ayrıca, kısa zamanaşımının düzenlenmesine ilişkin ispat zorluğu argümanı, yani malın alıcıya teslim edildikten ve kullanıldıktan uzun zaman sonra ayıpların hasarın geçtiği anda mı, yoksa daha sonra mı oluştuğunun tespit edilmesinin büyük güçlük yaratacağı argümanı ancak objektif ayıp kavramı kabul edilirse bir anlam kazanır. Zira, parça satışında özellikle nitelik aliudunun subjektif ayıp kavramı kapsamında değerlendirildiği (*van Gogh* tablosunun satılması ancak sahtesinin teslim edilmesi vb.) durumlarda mal gerek hasarın geçtiği anda gerek de daha sonra nitelikleri bakımından herhangi bir değişikliğe uğramayacağından ispat argümanı önemini kaybedecektir. Bu bakımdan kısa zamanaşımı süresinin, subjektif ayıp kavramı yardımıyla ayıplı ifa kapsamında değerlendirilen çeşit satışında aliud teslim, parça satışında özdeşlik ve nitelik aliudu hâllerinde uygulanması reddedilmelidir³⁸⁸.

Cyprian'ın yaklaşımı dogmatik olarak şu esasa dayanmaktadır: Subjektif ayıp kavramı, çeşit satışında aliud teslimi alıcıya teslim edilen malın kararlaştırılan niteliklerden sapması; parça satışında özdeşlik aliudunu alıcıya teslim edilen (tarafarca ferdan tayin edilmiş parçadan farklı) parçanın kararlaştırılan niteliklerden sapması ve son olarak parça satışında nitelik aliudunu alıcıya teslim edilen (tarafarca ferdan tayin edilmiş) parçanın kararlaştırılan niteliklerden sapması şeklinde formüle ederek ayıplı ifa kapsamında değerlendirilmesine hizmet etmektedir. Bu bakımdan, her üç hâlde de alıcıya teslim edilen mal kararlaştırılan niteliklerden sapması hâlinde ayıplı kabul edileceğinden satılanın alıcıya devredilmesinden uzun zaman sonra hasarın geçtiği anda mı, yoksa daha sonra mı ayıplı olduğunun ortaya çıkarılması yönünde herhangi bir ispat zorluğu yaşanmayacaktır.

Kanaatimizce, kısa zamanaşımı süresine ilişkin bu yaklaşım taraflar arasındaki menfaat dengesinin incelenmesine göre değerlendirilmelidir. Buna göre, parça satışında özdeşlik aliudu hâlinde alıcıya tarafarca ferdan tayin edilmiş olandan farklı bir parça teslim edilmiş olacağından ve hayatın normal akışına göre iki yıllık süre içerisinde satıcıya başvurusu bekleneceğinden kusursuz sorumluluğu söz konusu olan satıcı karşısında daha uzun bir zamanaşımı süresiyle korunmasında menfaati

³⁸⁸ Açıklamalar için bkz. *Cyprian*, **a.g.e.**, s. 124-125.

olmadığı kabul edilmelidir. Yukarıdaki açıklamalarımız çerçevesinde çeşit satışında aliud teslim hâlindeyse alıcının iki yıllık zamanaşımı süresiyle korunmasının, kısa zamanaşımı süresinin düzenlenme amacı ve menfaatler dengesine daha uygun olduğu söylenmelidir. Buna karşılık, kısa zamanaşımı süresinin düzenlenme amaçlarından biri olan ispat güçlüğü argümanının önemini kaybettiği parça satışında nitelik aliudu hâllerinde sadece hukuki ilişkinin hızlıca açıklığa kavuşması argümanına dayanılarak edimini (bilerek ya da bilmeyerek) ayıplı ifa eden satıcı karşısında kendisine ayıplı mal teslim edilen alıcının on yıllık genel zamanaşımı süresiyle korunması gereklidir. Başka bir ifade ile, parça satışında nitelik aliudunun ayıptan sorumluluk hükümleri çerçevesinde değerlendirildiği durumlarda TBK m. 231/I hükmünde örtülü boşluğun söz konusu olduğu ve teleolojik redüksiyon³⁸⁹ (amaca uygun sınırlama) yöntemiyle sınırlanması gerektiği kabul edilmelidir.

III. Değerlendirmemiz

Yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde özetle şu sonuçlara varılabilir:

- Gözden geçirme ve ayıbı bildirme külfeti ile kısa zamanaşımı süresinin düzenlenme amacına ilişkin argümanlar esasen, satıcının kusurundan bağımsız olarak alıcıya tanınan oldukça elverişli imkânların³⁹⁰ belirli bir alan ve süreyle sınırlandırılması fikrine dayanmaktadır. Bu bakımdan, ayıptan sorumluluk hükümlerinde kendisine tanınan elverişli imkânları kullanmak istemeyen alıcının kusurlu sorumluluk öngören TBK m. 112 vd. hükümlerine başvurmak istemesi, söz konusu külfetlerin düzenlenmesiyle korunmak istenen ayıptan sorumluluk hükümlerinin dolanılması anlamına gelmeyecektir. Öyleyse, TBK m. 227/II'de genel hükümlere yapılan yollama şu şekilde anlaşılmalıdır: TBK m. 227/II'de alıcının gözden geçirme ve ayıbı bildirme külfeti ile kısa zamanaşımı süresine uyması ve TBK m. 227'deki seçimlik haklardan birini kullanılmasıyla birlikte ayrıca uğramış olduğu zararlar bakımından TBK m. 112 vd. hükümlerine başvurması imkânı değil, söz konusu sınırlamalara uymasa dahi ayıplı ifa sebebiyle uğramış olduğu (olumlu) zararları TBK m. 112 vd. hükümlerine dayanarak tazmin edebileceği düzenlenmiştir.

³⁸⁹ Teleolojik redüksiyon yöntemine ilişkin oldukça geniş ve doyurucu açıklamalar için bkz. Pakize Ezgi Akbulut, **Borçlar Hukukunda Kesin Hükümsüzlük Yaptırımının Amaca Uygun Sınırlama (Teleolojik Redüksiyon) ile Daraltılması**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 79-106.

³⁹⁰ Unutulmasın ki, TBK m. 229/II gereği alıcının ayıplı ifa sebebiyle sözleşmeden dönmesi hâlinde uğrayacağı dolaylı zararların tazmin edilmesi ise ancak satıcının kendisine hiç bir kusurun yüklenemeyeceğini ispat edememesi hâlinde söz konusu olur.

- TBK m. 223 hükmünün düzenlenme amacı ve tarihsel yorumu göz önünde bulundurulduğu zaman gözden geçirme ve ayıbbı bildirme külfetinin sadece ticari satışlarla sınırlandırılması fikri kabul edilmelidir.

- Kısa zamanaşımı süresinin düzenlenme amaçlarından biri olan ispat güçlüğü argümanının önemini kaybettiğı parça satışında nitelik aliudu hâllerinde taraf menfaatleri de göz önünde bulundurularak TBK m. 231/I hükmündeki iki yıllık kısa zamanaşımı süresinin uygulanması teleolojik redüksiyon yöntemiyle sınırlandırılmalıdır.



SONUÇ

Buraya kadar yapılan açıklamalar neticesinde *de lege lata* (geçerli hukuk) kapsamında aşağıda sayılan sonuçlara ulaşılmıştır:

- Aliud teslim ile ayıplı ifa arasındaki klasik ayrım kısmen *Justianus* kısmen ortak hukuk döneminde temelleri atılan, satıcının ayıplı mal teslim ettiği hâllerde satış sözleşmesinden doğan edim yükümünü ifa ettiği ancak aliud teslim hâlinde edimini (hiç) ifa etmediği şeklindeki dogmaya dayanmaktadır.

- Satış hukuku bakımından gerek öğreti gerek uygulamada içinden çıkılmaz tartışmalara yol açan bu dogma terkedilmelidir. Aliud teslimin ayıplı ifa kapsamında değerlendirilebilmesi bakımından “alıcıya teslim edilen malın kararlaştırılan niteliklerden sapması” şeklinde ifade edilen ve TBK m. 219 hükmünün amaca göre yorumlanmasıyla pozitif dayanağını bulan subjektif ayıp kavramına üstünlük tanınmalıdır.

- Bu bakımdan aliud teslim kavramının, çeşit satışında alıcıya teslim edilen malın kararlaştırılan niteliklerden sapması; parça satışında özdeşlik aliudunun alıcıya teslim edilen parçanın, tarafların ferdan tayin ettikleri parçadan sapması; parça satışında nitelik aliudunun taraflarca ferdan tayin edilen ve alıcıya teslim edilen parçanın kararlaştırılan niteliklerden sapması formülüyle ayıplı ifa kapsamında değerlendirilmesi gerekir.

- Gerek parça gerek çeşit satışında malın ayıpsız tesliminin satış sözleşmesi ve satıcının edim yükümlülüğü kapsamında olduğu kabul edilmelidir. Bu bakımdan, ayıplı ifanın aynı zamanda (dar anlamda) gereği gibi ifa etmeme kavramını meydana getirdiği benimsenmelidir.

- Buna paralel olarak ayıptan sorumluluk hükümleri ile genel sözleşmeye aykırılık ya da irade bozukluklarını düzenleyen hükümlerin yarışması bakımından sınırsız yarışma esası kabul edilmelidir.

- Parça satışında satılanın ayıpsız bir benzeri ikâme edilebilir bir malsa ve satıcı bakımından da malın tedarik edilmesi imkânsızlık ya da ifa güçlüğü yaratmıyorsa

alıcının kural olarak yenisi ile değiştirme hakkına sahip olduğu anlayışı benimsenmelidir.

- TBK m. 223 hükmünün düzenlenme amacı ve tarihsel yorumu göz önünde bulundurulduğu zaman gözden geçirme ve ayıbı bildirme külfetinin sadece ticari satışlarla sınırlandırılması fikrine üstünlük tanınmalıdır.

- Kısa zamanaşımı süresinin düzenlenme amaçlarından biri olan ispat güçlüğü argümanının önemini kaybettiği parça satışında nitelik aliudu hâllerinde taraf menfaatleri de göz önünde bulundurularak TBK m. 231/I hükmündeki iki yıllık kısa zamanaşımı süresinin uygulanması teleolojik redüksiyon yöntemiyle sınırlandırılmalı ve on yıllık genel zamanaşımı süresi uygulanmalıdır.

- Buna karşılık, parça satışında özdeşlik aliudu hâlinde alıcıya taraflarca ferden tayin edilmiş olandan farklı bir parça teslim edilmiş olacağından ve hayatın normal akışına göre iki yıllık süre içerisinde satıcıya başvurması beklenebileceğinden kusursuz sorumluluğu söz konusu olan satıcı karşısında daha uzun bir zamanaşımı süresiyle korunmasında menfaatinin olmadığı kabul edilmelidir.

- Çeşit satışında uygulanacak zamanaşımı sürelerinin farklı olması gerektiği argümanıyla kabul edilebilir-kabul edilemez aliud ayrımı yapılmamalı; kısa zamanaşımı süresinin düzenlenme amacı göz önünde bulundurularak aliud teslim hâlinde iki yıllık zamanaşımı süresi uygulanmalıdır.

KAYNAKÇA

- Acemoğlu, Kevork : “Aliud” ve Federal Mahkemenin “Aliud” Konusundaki Tutumu Üzerine”, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 6, Sayı 9, 1972, s. 46 vd.
- Aday, Nejat : Özel Hukukta Yükleni Kavramı ve Sonuçları, Beta, İstanbul, 1990.
- Akbulut, Pakize Ezgi : Borçlar Hukukunda Kesin Hükümsüzlük Yaptırımının Amaca Uygun Sınırlama (Teleolojik Redüksiyon) ile Daraltılması, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- Akçura Karaman, Tuba : “Borçlar Kanunu ve Viyana Satım Antlaşması (VSA) Çerçevesinde Satıcının Ayıptan Sorumluluğu ve Alıcının Hakları”, GÜHFD, 2013/1, s. 225-258.
- Akıncı, Şahin : “Kötü İfa- Eksik İfa- Ayıplı İfa Ayrımı ve Bu Ayrımın Hukuki Sonuçları”, 1926’dan Günümüze Türk-İsviçre Medeni Hukuku, Medeni Kanun’un ve Borçlar Kanunu’nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu, II. Cild, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 1392-1421.

- Akikol, Diana : Die Voraussetzungen der Sachmangelhaftung beim Warenkauf (Obligationenrecht und UN-Kaufrecht), Zurich, 2008.
- Aral, Fahrettin : Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa, Yetkin, Ankara, 2011.
- Aral, Fahrettin/Ayrancı, Hasan : Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 11. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.
- Arsılanlı, Halil : Ticari Bey, 4.Bası, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1955.
- Atalay, Oğuz : Pekcanıtez Usûl Medeni Usûl Hukuku, 15. Bası, İstanbul, 2017.
- Atamer, M. Yeşim : “İfa Engelleri Hukukunu Yeniden Sistemize Etmeyi Düşünmek: Borca Aykırılık Türleri Yerine Yaptırımları Esas Alan Bir Sistematiği”, Rona Serozan’a Armağan, On İki Levha Yayıncılık, 2010, s. 217-260.
- Atamer, M. Yeşim : Uluslararası Satım Sözleşmesine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, Beta Yayınları, İstanbul, 2005.
- Atamer, M. Yeşim : “Yeni Türk Borçlar Kanununda Taşınır Satımı Sözleşmesi”, Türk

- Borçlar Kanunu Sempozyumu, ed. Mehmet M. Inceoğlu, On İki Levha Yayıncılık, 2012, s. 187-221.
- Atamer, M.Yeşim : “Tüketici Satım Sözleşmelerine İlişkin TKHK m. 4- Eleştiriler ve Revizyon Teklifleri-” BATİDER, C. XXIV, Ayrı Bası, s. 81-108.
- Atamer, Yeşim/Baş, Ece : “Avrupa Birliği Hukuku İle Karşılaştırmalı Olarak 6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Satım Sözleşmesinde Ayıptan Doğan Sorumluluk”, İstanbul Barosu Dergisi, Tüketici Hakları ve Rekabet Hukuku Özel Sayısı, C.88, S.1, 2014, s. 19-60.
- Aydoğdu, Murat : Tüketici Hukuku Dersleri, Adalet Yayınevi, 2015.
- Aydoğdu, Murat : “Madde 8/Aydoğdu Şerhi” Milli Şerh, Ed. Hakan Tokbaş, Özlem Tüzüner, 1. Bası, Aristo Hukuk Yayınevi, İstanbul, 2016.
- Aydoğdu, Murat/Kahveci, Nalan : Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku), 6098 Sayılı Borçlar Kanunu ve 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Gözönüne alınarak Şema ve Tablolarla Açıklamalı Ders Kitabı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.

- Aydoğdu, Murat/Nart, Serdar : “İsviçre Borçlar Kanunu’nun Satış Ve Eser Sözleşmelerinde Ayıp Sorumluluğuna Yönelik Zamanaşımı Hükümlerini (Art. 210 Ve 371) Revize Eden 16 Mart 2012 Tarihli İsviçre Federal Kanun’nun Değerlendirilmesi”, TBB Dergisi, 2018, (134), s. 451-486.
- Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht Obligationenrecht I, Art. I-529 : Hrsg. Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim, Peter/Wiegand, Wolfgang Helbing Lichenhahn Verlag, 5. Auflage, Basel, 2011 (Kıs. BSK OR-Honsell).
- Başoğlu, Başak : Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Aynen İfa Talebi, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012.
- Beck’scher Online-Kommentar BGB : Hrsg. Bamberger/Roth/Hau/Poseck, 43. Edition, 2017, (Kıs. BeckOK BGB-Faust).
- Becker, Hermann : İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, 2. Bölüm, Çeşitli Sözleşme İlişkileri, Madde:184-551, Çev. A. Suat Dura, Yargıtay Yayınları No: 24, Ankara, 1993.
- Bianca, C. Massimo/Bonell, Micheal Joachim : Commentary on the International Sales Law: The 1980 Vienna Sales Convention, Giuffré Milan, 1987.
- Bucher, Eugen : Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3.Auflage, Zurich, 1988, (Kıs. OR BT).
- Bucher, Eugen/Buz, Vedat : “Mağdur Edilen Alıcı, Türk/İsviçre Borçlar Kanununun İki Özelliğinin

Eleştirisi: Muayene ve İhbar Külfeti(Art. 201 OR; BK. m. 198), BK. 202/II (Art. 205/II OR)’ye göre Dönme Yerine Bedel İndirimine Karar Verilmesinin Masraflara İlişkin Sonuçları”, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, Ankara, 2004, s.146-178.

- Burcuoğlu, Halûk : “İsviçre Federal Mahkemesi’nin, Satım Sözleşmesinde Alıcının Ayıp Hükümlerine ya da Hata Hükümlerine Başvurma Yollarından Birini Seçebileceğine İlişkin 7 Haziran 1988 Tarihli Kararının Değerlendirilmesi”, MHAD, C. 15, S. 18, 1989-1990, s. 89-103.
- Buz, Vedat : Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara, Yetkin Yayınları, 2005.
- Buz, Vedat : “İrade Sakatlığı ile Malûl Bir Satım Sözleşmesinde Alıcının Ayıba Karşı Tekeffül Hükümlerine Başvurmasının Satım Sözleşmesine İcazet Verme Anlamına Gelip Gelmeyeceği Sorunu”, Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan, Ankara, Yetkin Yayınları, 2006, s.312 vd.
- Büyükay, Yusuf : “Roma Hukukunda Error in Materia ve Error in Substantia”, AÜEH, C., V, S. 1-4, s. 349- 350.

- Canaris, Wilhelm Claus : “Die Nacherfüllung durch Lieferung einer mangelfreien Sache beim Stückkauf” JZ, 2003, s.831-834.
- Cumalıoğlu, Emre : ”6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Satıcının Ayıplı Maldan Sorumluluğu”, Yaşar Üniversitesi I. Tüketici Hukuku Sempozyumu, Terazî HD., Kasım, 2014, C. 9, s. 20-29.
- Cyprian, Roberto : Die Aliud- Lieferung im schweizerischen Kaufvertragsrecht, St. Gallen, 1981.
- Çelik, Ömer Faruk : Türk Borçlar Kanunu Bakımından Taşınır Satışında Alıcının Ücretsiz Onarım (Ayıbın Giderilmesini) İsteme Hakkı, On İki Levha, 1. Baskı, İstanbul, 2019.
- Çetiner, Bilgehan : “Yeni Türk Borçlar Kanunu’nda Yarar ve Hasarın İntikali ile Satıcının Ayıptan Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”, Yeni Türk Borçlar Kanunu ve CISG’e Göre Satış Sözleşmeleri, Editörler: Şükran Şıpka/Ahmet Cemil Yıldırım, İstanbul, 2012.
- Çetiner, Bilgehan : “Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ile Birleşmiş Milletler Satım Hukukunun Sorumluluğu Bakımından Karşılaştırmalı İncelemesi” Legal Hukuk Dergisi, S. 58, 2007, s. 3142 vd.

- Çetiner, Bilgehan : “Yeni Türk Borçlar Kanunu’nda Yarar ve Hasarın İntikali ile Satıcının Ayıptan Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi” İÜHFM, C.LXVII, S. 1-2, Y.2009, s.97-114.
- Çetiner, Bilgehan : Die Sachmängelhaftung der Verkäufers im UN-Kaufrecht und im neuen deutschen Schuldrecht: Eine rechtsvergleichende Studie, Peter Lang, 2006.
- Çetiner, Bilgehan : “Borçlar Kanunu Tasarısında Düzenlenen Muayene ve İhbar Külfetine İlişkin Kısa Değerlendirme”, Legal Hukuk Dergisi, S. 85, 2010, s. 135-140.
- Demirbaş, Feride : Kısmi İfa, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.
- Di Marzo, Salvatore : Roma Hukuku, Çev. Ziya Umur, İstanbul, 1954.
- Doğanay, İsmail : Ticari Alım Satım Akdi ve Nevileri, 2.Baskı, Ankara, 2003.
- Edis, Seyfullah : Türk Borçlar Hukukuna Göre Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara, 1963.
- Edis, Seyfullah : Türk-İsviçre Borçlar Hukuku Sistemine Göre Akdin Lüzumlu Vasıflarında Hata, Sevinç Matbaası, Ankara, 1973.

- Enderlein, Fritz/Maskow, Dietrich : International Sales Law: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods- Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods, Oceana, New York, 1992.
- Erdem, Mehmet : Özel Hukukta Zamanaşımı, On iki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul, 2010.
- Erdoğan, Belgin : Roma Hukuku: Tarihi Giriş, Hukuk Tarihi- Genel Kavramlar, İstanbul, 1992.
- Eren, Fikret : Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 6. Bası, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2018. (Kıs. Özel Hükümler).
- Eren, Fikret : Borçlar Hukuk Genel Hükümler, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2018. (Kıs. Genel Hükümler).
- Ergüne, Serkan : "Reform Sonrası Alman Medenî Kanununda İmkânsızlık Hâlleri Ve Sonuçları", İÜHFM, C. LXII, 2004, s. 351-380.
- Ergüne, Serkan : Olumsuz Zarar, Beta, İstanbul, 2008.
- Erlüle, Fulya : Tüketim Mallarının Satımı Sözleşmesi ve Bu Mallara İlişkin Olarak Verilen Garantiler Hakkında Yönerge”, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, Ankara, 2004, s. 419-434.
- Flume, Werner : Eigenschaftsirrthum und Kauf, Münster, 1948.

- Gauch, Peter : “Sachgewährleistung und Willensmängel beim Kauf einer mangelhaften Sache-Alternativität der Rechtsbehelfe und Genehmigung des Vertrages BGE 127 III 83 ff. (S. 85 f.)”, Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis, 2001, s. 184-190.
- Giger, Hans : Allgemeine Bestimmungen-Der Fahrniskauf, Art.184-215 OR, in; Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Band. 6, 2. Abt.: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 1.Teilband: Kauf und Tausch- Die Schenkung, 1. Abschnitt, Meier-Hayoz, Bern, 1979.
- Ginter, Petra : Verhältnis der Sachgewährleistung nach Art. 197 ff. OR zu den Rechtsbehelfen in Art. 97 ff. OR: Lösungsvorschlag für die geltende Rechtslage und kritische Würdigung, Schulthess, 2005.
- Ginter, Petra/Roberto, Vito : “Abgrenzung OR- BT im Kaufrecht”, in: ius. full, 1/2003, s. 19.
- Goldschmidt, Levin : “Über die Statthaftigkeit der adilizischen Rechtsmittel beim Gattungskauf”, Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht, 1874, s. 98 vd.
- Gökyayla, K. Emre : “Hakkın Geç Kullanılması Dürüstlük Kuralına Aykırı Mıdır?”,

- MÜHFD, 2001/1, Aydın Aybay Armağanı, s. 409 vd.
- Guhl, Theo/Koller, Alfred : Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrecht, 9. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, 2000.
- Gümüş, M. Alper : 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, İstanbul, 2014.
- Gümüş, M. Alper : Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Kısa Ders Kitabı, 3.Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2018.
- Gümüş, M. Alper : Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt-I, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013.
- Güneş Ceylan, Seldağ : “Roma hukukunun Günümüz Hukuk Düzenlerine Etkisi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2004, S. VIII, No. 1-2, s. 75-93.
- Haas, Lothar/Medicus, Das neue Schuldrecht, München, 2002, (Kıs. Haas, Das neue
Dieter/Rolland, Walter/Schaefer, Schuldrecht).
Carsten :
- Hans-Peter Katz : Sachmängel beim Kauf von Kunstgegenständen und Antiquitäten, Zürich, 1973.
- Hatemi, Hüseyin/Gökyayla, Kadir Borçlar Hukuku Genel Bölüm,
Emre : 4.Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017.

- Havutçu, Ayşe : “İfa Engelleri ve İfa Engellerine Bağlanan Hukuki Sonuçlar (Tebliğ)”, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu, (3, 4 Haziran 2011), MÜHFHAD 2011, 317 vd.
- Havutçu, Ayşe : “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Konu Bakımından Uygulama Alanı: Özellikle Tüketici İşlemleri Bakımından Kanun’un Kapsamı”, Yaşar Üniversitesi I. Tüketici Hukuku Sempozyumu, Terazi HD., Kasım, 2014, C. 9, s. 8-19.
- Honsell, Heinrich : Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 10. Bası, Bern, 2017, (Kıs. OR BT).
- Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/ Wiegang, Wolfgang : Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 4. Auflage, 2007.
- Huber, Peter : “Der Nacherfüllungsanspruch im neuen Kaufrecht”, NJW, 2002, S.14, s.100 vd.
- İpek, Eyüp : Edime Uygun İfa Kuralı ve Bu Kuralın İhlaline Bağlanan Hukuki Sonuçlar, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016.
- Jauernig Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch : 12. Aufl., 2007, (Kıs. Jauernig BGB-Berger).
- Kahveci, Nalan : Taşınır Satımında Ayıplı Mal Nedeniyle Tüketicinin Sözleşmeden

- Dönmesi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.
- Kaneti, Selim : İsviçre Federal Mahkemesi'nin Borçlar Hukuku Kararları (1955-1964), Sevinç Matbaası, Ankara, 1968.
- Kanışlı, Erhan : İsviçre-Türk Borçlar Hukukuna Göre Sözleşmenin Kurulmasında Yanılma, On İki Levha, İstanbul, 2018.
- Kapancı, Kadir Berk : Satış Hukukunda Ayıptan Doğan Sorumluluk ve Sözleşmesel Garanti Taahhütleri, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012.
- Kara, Doğan : “İsviçre-Türk Hukuk Sisteminde Ayıptan Sorumluluk Çerçevesinde Doğrudan ve Dolaylı Zarar Ayrımı”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2018/1, s. 483-530.
- Kırca, Çiğdem : “Kaldırılması Gereken Bir Ayrım: Satım Sözleşmesinde Satılanın Zaptı Ve Satılanın Ayıplı Olması Sebebiyle İstenebilecek Tazminat Açısından Yapılan Doğrudan- Dolaylı Zarar Ayrımı”, Prof. Dr. Ali Naim İnan’a Armağan, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2009, s. 433- 459.
- Knöpfle, Robert : “Subjektiver Fehlerbegriff und Gleichbehandlung von Schlechtlieferung und Falschlief erung beim Gattungskauf”, Juristen Zeitung, 1979, S.1, s. 11-16.

- Kocayusufpaşaoğlu, Necip : Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukukî İşlem, Sözleşme, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017.
- Koç, Nevzat : “Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Mülkiyetin Devri Amacıyla Kurulan Sözleşmelere İlişkin Olarak Yapılması Öngörülen Yenilik ve Değişiklikler”, Ali Naim İnan’a Armağan, Ankara 2009, s. 466-467.
- Koschaker, Paul : Modern Hususî Hukuka Giriş Olarak Roma Hususî Hukukunun Ana Hatları, Çev. Kudret Ayiter, Sevinç Matbaası, Ankara, 1975.
- Kramer, Ernst A. : “Noch einmal zur aliud-Lieferung beim Gattungskauf”, Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis, 1997, s 78-83.
- Kurşat, Zekeriya : Borçlar Hukuku Alanında Hile Kavramı, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, 2003.
- Küçük, Eşref : “XII Yüzyıl Rönesansı ve “Yeniden Doğan” Roma’yı Günümüze Bağlayan Son Halka: Pandekt Hukuku”, AÜHFD, C. 56, S. 4, 2007, s. 111- 122.
- Lanz, Raphael : “Die Abgrenzung zwischen Falschlieferung (aliud) und Schlechtlieferung (peius) und ihre Relevanz”, Zeitschrift für juristische

- Weiterbildung und Praxis, 1996, s. 248-253.
- Larenz, Karl : Lehrbuch des Schuldrechts, Band II, Besonderer Teil, Halbband 1, München, 1986.
- Laupicher, Ekkehart : Die Aliud Lieferung beim Kauf, Köln, 1964.
- Looschelders, Dirk : Schuldrecht Besonderer Teil, 12., neu bearbeitete Auflage, 2017.
- Makaracı Başak, Aslı : Türk Borçlar Kanunu Madde 225/II Hükümünün Değerlendirilmesi”, Cevdet Yavuz’a Armağan, C.22, 2016, s. 1915-1930.
- Mayer-Mally, Theo : Römisches Privatrecht, Springer-Verlag, New York, 1991.
- Michael Roland, Beckmann : Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebensetzen: Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, § 433-480, Kaufrecht, 15. Neubearbeitung, Berlin, 2014.
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch : 5. Aufl., 2008, BGB § 434, (Kıs. MüKoBGB-Westermann).
- Neuenschwander, Markus : Die Schlechterfüllung Im Schweizerischen Vertragsrecht, Bern, 1971.
- Nomer, Halûk Nami : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş 16. Bası, Beta, İstanbul, 2018.

- Nomer, Halûk Nami/Akbulut, P.Ezgi : Medeni Hukuka Giriş Dersleri, Bölüm I, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016.
- Oğuzman, M. Kemal/Öz, M. Turgut : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 16.Bası, Cilt.1, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018.
- Oser, Hugo/Schönenberger, Wilhelm : İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi: Akdin Muhtelif Nevileri, Çev. Kemal Fikret Arik, Ankara, Adalet Bakanlığı Yayınları, 1966.
- Özdemir, Hayrunnisa : Türk Borçlar Kanununa ve Viyana Satım Sözleşmesine Göre Ayıptan Doğan Sorumluluğun Şartları, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.
- Özsunar, Erdal : Roma ve Türk Hukukunda Hata, Turhan Kitapevi, Ankara, 2005.
- Paslı, Ali : “Ticari Satımda Ayıp Hâlinde Seçimlik Hakların Kullanılma Zamanı”, Prof. Dr. Şener Akyol’a Armağan, 2011, s. 660 vd.
- Peter Schlechtriem/ Ingeborg Schwenzer : Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG), ed. Ingeborg Schwenzer, Oxford University Press, Thirth Edition, 2010. (Kıs. Schlechtriem/Schwenzer/Yazar)
- Piotet, Paul : “Picasso” Kararı Hakkında: İrade Sakatlığı Nedeniyle İptal ve Borçlu Olunmayan Şeyin Geri Alınması Dâvasında Zamanaşımı”, çev., Kemal Dayınlarlı, Yargıtay Dergisi,

- C. 16, S. 1-2, Ocak-Nisan, 1990, s. 210 vd.
- Rabel, Ernst : Das Recht des Warenkaufs. Eine rechtsvergleichende Darstellung, Bd. II, Berlin/Tübingen, 1958.
- Saibe, Oktay-Özdemir : “Yargıtay Kararları Işığında Ticari Satış Sözleşmesinde Ayıp Kavramı ve Ayıba Bağlı Hakları Kullanmak İçin Uyulması Gereken Külfetler”, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan, C.I, İstanbul, 2007, s. 39-58.
- Schlechtriem, Peter : Uniform Sales Law, The UN Convention of Contracts for the International Sale of Goods, Vienna, 1986.
- Schubiger, Alfred : Verhältnis der Sachgewarleistung zu den Folgen der Nichterfüllung oder nicht gehörigen Erfüllung. OR. 197. Bern, 1957.
- Schwarz, Andreas Bertalan : Roma Hukuku Dersleri, I. Cilt, Çev. Türkân Rado, Yedinci Bası, Doğan Kardeş Matbaacılık, İstanbul, 1965.
- Schwenzer, Ingeborg : Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (Viyana Satım Sözleşmesi) Şerhi, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2015.
- Schwenzer, Ingeborg/Fountoulakis, Christiana : International Sales Law, Routledge-Cavendish, 2007.
- Serozan, Rona : Medeni Hukuk, 8. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018.

- Serozan, Rona : CISG’a ve TBK’na Göre Alıcının Dönme Hakkının Sınırları”, İÜHFM, C. LXX, S. 2, 2012, s. 207- 220.
- Serozan, Rona : “Yeni Alman İfa Engelleri Hukuku (Türk Hukukunda Bilimsel Kaynak Olarak Yararlanılabilecek Yenilikler)”, İÜHFM, C. 58, S.1-2, Y. 2000, s. 231 vd.
- Serozan, Rona : Borçlar Hukuku Özel Bölüm, (Yayına Hazırlayanlar: Başak Baysal, Kerem Cem Sanlı), Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 4.Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- Serozan, Rona : “Parça Borcu- Çeşit Borcu, Aşılması Gereken Ayrım” MHAD, 1969, S. 5, s. 230 vd.
- Serozan, Rona : Sözleşmeden Dönme, Gözden Geçirilmiş 2.Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007.
- Serozan, Rona : Hukukta Yöntem, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015.
- Serozan, Rona : Yürürlükteki İfa Engelleri ve Haksız Fiiller Hukukunun Yetersizlikleri ve Bu Yetersizliklerin Aşılmasında Giderek Önemi Artan Kavramlar “Sözleşmenin Müspet İhlâli” ve “Culpa in Contrahendo”, MHAD., C.15, Sayı 18, Yıl 1990, s. 34 vd.

- Serozan, Rona/Kocayusufpaşaoğlu, Necip/Hatemi, Hüseyin/Arpacı, Abdülkadir : Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Üçüncü Cilt, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, Gözden Geçirilmiş 7.Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016.
- Şahiniz, Salih : Tacirler Arası Ticari Satımlarda Satıcının Ayıplı İfadan Sorumluluğu, Seçkin, Ankara, 2008.
- Şenocak, Zarife : “Borçlar Kanunu’nun 96. vd. ve 194. vd. Maddeleri Açısından Aliud’un (Başka Şeyin) Teslimi”, Batider, C. XV, S. 1, 1989, s. 113- 135.
- Tandoğan, Halûk : Borçlar Hukuku: Özel Borç ilişkileri: Kendisine Özgü Yapısı Olan ve Karma Sözleşmeler, Satış ve Çeşitleri Trampa, Bağışlama, C.I/1, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008. (Kıs. C.I/1).
- Tandoğan, Halûk : Türk Mes’uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes’uliyet), Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010. (Kıs., Mes’uliyet).
- Tercier, Pierre/Pichonnaz, Pascal/ Develioğlu, H. Murat : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- Tunçomağ, Kenan : Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Akdin Muhtelif Nev’ileri, II. Cilt, Üzerinde Çalışılmış Üçüncü

- Bası, Sermet Matbaası, İstanbul, 1977.
- Umur, Ziya : Roma Hukuku Ders Notları, 3. Tıpkı Basım, İstanbul, Beta, 2010.
- von Caemmerer, Ernst : “Falschlieferung”, Festschrift für Martin Wolff, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1952, s. 3-23.
- von Tuhr, Andreas : Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, C. 1-2, Çev.: Cevat Edege, Yargıtay Yayınları, Ankara, 1983. (Kıs. Borçlar Hukuku).
- von Tuhr, Andreas/Siegwart, Alfred : Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 2. Auflage, Zürich: Polygraphischer Verlag, 1944.
- Yavuz, Cevdet : Satıcının Satılan (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu: Özellikle Tüketicinin Korunması Sorunu Bakımından, İstanbul: Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş., 1989.
- Yavuz, Cevdet/Acar, Faruk/Özen, Burak : Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Güncellenmiş ve Yenilenmiş 10. Bası, Beta Basım Yayın, İstanbul, 2014.
- Yelkenci, Işıl : “Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG)

- Uyarınca Sözleşmenin Esaslı İhlali”, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2013, s. 1338-1339.
- Yıldırım, Mustafa Fadıl : “Satım Sözleşmesindeki Ayıba Karşı Tekeffül Hükümleri İle İrade Sakatlığı Hali Olarak Hile (BK. m.28) Hükmü Arasındaki İlişki”, Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan, 2006, s. 965 vd.
- Yüce, Melek Bilgin : “Satış Sözleşmesinde Ayıptan Sorumluluğun Şartları Ve Alıcının Seçimlik Hakları”, MÜHFAD, 2011, s. 383-384.
- Yücedağ, Nafiye : Sözleşmeye Aykırı Mal Tesliminde Yenisiyle Değiştirme Hakkı- TBK ve CISG Uyarınca-, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- Yücer Aktürk, İpek : Satım ve Eser Sözleşmelerinde Bildirim Külfetleri, Yetkin, 2012.
- Zevkliler, Aydın/ Gökyayla, K. Emre : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 17. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017.
- Zimmerman, Reinhard : The Law of Obligations- Roman Foundations of Civilian Tradition, Oxford, Clarendon Press, 1996.

ÖZGEÇMİŞ

1994 yılında Kırklareli’de doğan Emre Esen, 2012’de Tekirdağ Anadolu Lisesi’nden mezun oldu. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde başladığı lisans eğitimini 2016’da tamamladı. Aynı yıl İstanbul Barosu’nda avukatlık stajına devam ettiği sırada, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuku Yüksek Lisans Programı’na başladı. 2018 yılında Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuku Anabilim Dalı’nda araştırma görevlisi olarak görevlendirildi. Bu tarihten itibaren yüksek lisans çalışmalarına Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Yüksek Lisans Programı’nda devam etmekte olan Emre Esen, İngilizce ve orta seviyede Almanca bilmektedir.

TEZ ONAY SAYFASI

Üniversite : T.C. GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
Enstitü : SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
Hazırlayanın Adı Soyadı : Emre Esen
Tez Başlığı : Satış Sözleşmesinde Aliud Teslim
Savunma Tarihi : 25 / 06 / 2019
Danışmanı : Prof. Dr. Mehmet Erdem

JÜRİ ÜYELERİ

Unvanı, Adı Soyadı

İmza

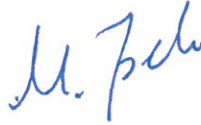
Prof. Dr. Mehmet Erdem



Prof. Dr. Halûk Nami Nomer



Dr. Öğr. Üyesi Mehtap İpek İşleten



Enstitü Müdürü

Prof. Dr. M. Yaman ÖZTEK

