

T.C
DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANA BİLİM DALI
ÖZEL HUKUK PROGRAMI
DOKTORA TEZİ

SATIŞ SÖZLEŞMESİNDE SATICININ
ZAPTTAN SORUMLULUĞU

Mertkan UÇKAN

Danışman
Prof. Dr. Demet Özdamar

İZMİR- 2021

TEZ ONAY SAYFASI



YEMİN METNİ

Doktora Tezi olarak sunduğum “Satış Sözleşmesinde Satıcının Zapıtan Sorumluluğı” adlı çalışmanın, tarafımdan, akademik kurallara ve etik değerkere uygun olarak yazıldığını ve yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

Tarih

..../...../2021

Mertkan UÇKAN

ÖZET
Doktora Tezi
Satış Sözleşmesinde Satıcının Zapttan Sorumluluğu
Mertkan UÇKAN

Dokuz Eylül Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Özel Hukuk Ana Bilim Dalı
Özel Hukuk Programı

Sözleşmeler hukukunda en çok uygulama alanı bulan sözleşmelerden biri satış sözleşmesidir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 207 vd. maddelerinde satış sözleşmesine ilişkin hükümler yer almaktadır. Türk Borçlar Kanunu’nun 214. ve 218. maddeleri arasında ise, satıcının zapttan sorumluluğu düzenlenmiştir. İlgili düzenlemelere göre, satıcının zapttan sorumluluğunun doğması için, üçüncü kişinin, satış sözleşmesinin kurulduğu sırada var olan bir hakka (üstün bir hakka) dayanarak, satılanın tamamen veya kısmen alıcının elinden alması gerekir. Bahse konu olan üstün hak; mülkiyet hakkı, sınırlı bir ayni hak ya da etkisi kuvvetlendirilmiş (şerh verilmiş) bir kişisel hak olabilir.

Roma Hukuku’ndan günümüze uygulama alanı bulan satıcının zapttan sorumluluğu, Yargıtay kararlarına da çokça konu olmuştur. Satıcının zapttan sorumluluğunun uygulama alanı, sadece satış sözleşmesi ile de sınırlı değildir. Farklı hukuki ilişkilerde de uygulama alanı bulmaktadır.

Satıcının zapttan sorumluluğu her ne kadar kanunda açıkça düzenlenmiş olsa da, hukuki niteliğinin ortaya konulması önem arz etmektedir. Özellikle de ifa ihlalleri içindeki yerinin tespit edilmesi gerekir. Öğretide bu konuda çeşitli görüşler bulunmaktadır. İfa ihlallerinin birbirine geçişken alanları bulunmasından dolayı, kesin bir ifade kullanmanın doğru olmadığı kanaatindeyiz.

Satıcının zapttan sorumluluğuna gidebilmek için maddi şartların ve şekli şartların bulunması gerekir. Bu şartların yerine gelmesi ile birlikte alacaklı bazı taleplerde bulunabilir.

Bu alışmada; mevzuattaki dzenlemeler ve Yargıtay kararları ışığında satıcının zapttan sorumluluğu eşitli ynleri ele alınarak incelenmeye alışılmıştır.

Anahtar Kelimler: Satış Szleşmesi, Zapttan Sorumluluk, Satıcının Zapttan Sorumluluğu.



ABSTRACT
Doctoral Thesis
The Quiet Enjoyment of the Seller On a Sales Contract
Mertkan UÇKAN

Dokuz Eylül University
Graduate School of Social Sciences
Department of Private Law
Private Law Program

Sales contract is one of the most used contract in the contracts law area. Turkish Code of Obligation no.6098, article 207 and the rest are regulated the sales contract. Quiet enjoyment of the seller is regulated under Articles between 214 and 218 of the Turkish Code of Obligation. Quiet enjoyment means holding responsible the seller against disposses of any sold property from buyer by raising an elder right of any third party on the goods or encumber buyer using the goods by the this elder right.

Quiet enjoyment of the seller which is used from Roma Law to until todays, has been much discussed by Court of Cassation. Quiet enjoyment of the seller is not limited by sales contract, but also can used in different legal relations.

Even it is regulated clearly in law, it is important to defined the legal character. As specially it must be defined which of the breach of the acts happen. In doctrine there are several opinions. But when we look at the breach of the acts, the differences of the opinion are not clear enough.

To apply the quiet enjoyment of the seller, there must be some formal requirement. With these requirement, debtee has a some rights to demand.

In this thesis we try to search and review from various aspects quiet enjoyment of the seller under the terms of regulations and the decissions of the Court of Cassation.

Keywords: Contract of Sale, Liability for Confinement, Liability of the Seller for Confinement.

SATIŞ SÖZLEŞMESİNDE SATICININ ZAPTTAN SORUMLULUĞU

İÇİNDEKİLER

TEZ ONAY SAYFASI	ii
YEMİN METNİ	iii
ÖZET	iv
ABSTRACT	vi
İÇİNDEKİLER	vii
KISALTMALAR	xv

GİRİŞ	1
-------	---

BİRİNCİ BÖLÜM

SATICININ ZAPTTAN SORUMLULUĞUNUN TARİHÇESİ VE ZAPTTAN SORUMLULUKLA İLGİLİ KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTAKİ YAKLAŞIMLAR

I.GENEL OLARAK	3
II. ROMA HUKUKU'NDA SATICININ ZAPTTAN SORUMLULUĞU	3
A. Genel Olarak	3
B. Satıcının Zapttan Sorumluluğu	5
C. Roma Hukuku'nda Zapttan Sorumlulukta Satıcının Sağladığı Teminat	6
1. Actio Auctoritatis İle Teminat	6
2.Stipulatio ve Stipulatio Habere Licere İle Teminat	7
D. Türk Borçlar Hukuku'ndan Farkı	8
III. İSLAM HUKUKU'NDA SATICININ ZAPTTAN SORUMLULUĞU	9
A.Genel Olarak	9
B. Satıcının Zapttan Sorumluluğu	12
C. Türk Borçlar Hukuku'ndan Farkı	13
IV. MİLLETLERARASI MAL SATIMINA İLİŞKİN SÖZLEŞMELER HAKKINDA BİRLEŞMİŞ MİLLETLER ANTLAŞMASI'NDA ZAPTTAN SORUMLULUK	14
A. Genel Olarak	14

B. Satıcının Zapttan Sorumluluğu	15
V.YABANCI ÜLKE HUKUKLARINDA SATICININ ZAPTTAN SORUMLULUĞU	19
A. İsviçre Hukuku'nda Satıcının Zapttan Sorumluluğu	19
1. Genel Olarak	19
2. İfa İhlalleri	20
a. İmkânsızlık	20
(1). Başlangıçtaki İmkânsızlık	20
(2). Sonraki İmkânsızlık	21
b. Gereği Gibi İfa Etmeme (Pozitif Sözleşme İhlali)	22
c. Temerrüt	22
d. Ayıplı İfa	23
3. Satıcının Zapttan Sorumluluğu	24
B. Alman Hukuku'nda Satıcının Zapttan Sorumluluğu	25
1. Genel Olarak	25
a. İmkânsızlık	26
(1) Genel Olarak	26
(2) Gerçek İmkânsızlık	27
(3) Fiili imkânsızlık	28
(4) Özel Kişisel Nedenlerle İmkânsızlık	29
b. Kötü İfa	29
c. Ayıplı İfa	30
C. İngiliz Hukuku'nda (Birleşik Krallık Hukuku) Satıcının Zapttan Sorumluluğu	30
1. Genel Olarak	30
2. Satıcının Zapttan Sorumluluğu	32
D. AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKUNDA SATICININ ZAPTTAN SORUMLULUĞU	33
1. Genel Olarak	33
2. Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri Açısından Satıcının Zapttan Sorumluluğu	34

3. Avrupa Ortak Satım Hukuku Tüzüğü Açısından Satıcının Zapttan Sorumluluğu	36
---	----

İKİNCİ BÖLÜM

SATICININ ZAPTTAN SORUMLULUĞU KAVRAMI, UYGULAMA ALANI VE İFA İHLALLERİ İÇİNDEKİ YERİ

I. ZAPTTAN SORUMLULUK KAVRAMI	39
A.Genel Olarak	39
B. Tanım	40
II. SATICININ ZAPTTAN SORUMLULUĞUNUN UYGULAMA ALANI	41
A. Türk Borçlar Kanunu'nda Satıcının Zapttan Sorumluluğu Hükümlerinin Uygulama Alanı	41
1. Taşınır Satışlarında İyiniyetli Alıcının Taşınıra Malik Olamadığı Durumlar	42
a. Genel Olarak	42
b. Zilyet Yardımcısının Zapttan Sorumluluğu	53
2. Üzerinde Rehin Hakkı Kurulmuş Bir Taşınırın Satışı	54
B.Türk Borçlar Kanunu'ndaki Satıcının Zapttan Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerin Kıyasen Uygulandığı Diğer Alanlar	59
1. Katılma Alacağına Dâhil Bir Taşınırın Satışı	59
2. Terekeye Eklenecek Değerin Satışı	62
3. Mülkiyeti Muhafaza Kaydı ile Satışı	66
4. Taşınmaz Satışı	68
a. Genel Olarak	68
b. Taşınmazlarda Ayni Hakkın Kazanılması	69
(1) Şekil	69
(2) İyiniyetin Etkisi	70
5. Adi Ortaklıkta Ayni Sermaye Konması	72
a. Genel Olarak	72
b. Katılım Payı Koyulmasında Zapttan Sorumluluk	73
6. Eser Sözleşmesi	74
a. Genel Olarak	74

b. Yüklenicinin Zapttan Sorumluluğu	76
7. Yayım Sözleşmesi	79
a. Genel Olarak	79
b. Yayımlatanın Zapttan Sorumluluğu	80
8. Bağışlama Sözleşmesi	81
a. Genel Olarak	81
b. Bağışlayanın Zapttan Sorumluluğu	82
9. Alacağın Devri (Temliki) Sözleşmesi	86
a. Genel Olarak	86
b. Alacağı Devir Edenin Zapttan Sorumluluğu	88
10. Açık Arttırmayla Satış	89
a. Genel Olarak	89
b. Zorla (Cebri) Arttırma	89
c. İsteğe Bağlı Arttırma	90
d. Arttırmada Zapttan Sorumluluk	91
11. Kira Sözleşmesi	92
a. Genel Olarak	92
b. Kiraya Veren Zapttan Sorumluluğu	93
C. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da Satıcının Zapttan Sorumluluğu	100
1. Genel Olarak	100
2. Tüketici İşlemi Niteliğinde Bir Satış Sözleşmesinde Satıcının Zapttan Sorumluluğa İlişkin Hükümlerinin Uygulanması	101
III. ZAPTIN İFA İHLALLERİ İÇİNDEKİ YERİ	102
A. Borçlunun Temerrüdü	104
B. Gereği Gibi İfa Etmeme	108
1. Geniş Anlamda Gereği Gibi İfa Etmeme	109
2. Dar Anlamda Gereği Gibi İfa Etmeme	110
C. Sübjektif İmkânsızlık	118
D. Görüşümüz	121

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
TÜRK BORÇLAR KANUNU'NA GÖRE SATICININ ZAPTTAN
SORUMLULUĞUNUN ŞARTLARI VE ALICININ HAKLARI

I. SATICININ ZAPTTAN SORUMLULUĞUNUN MADDİ ŞARTLARI	123
A. Geçerli Bir Sözleşme	123
B. Taşınırın Teslimi	126
C. Satıcının Zapttan Sorumluluğunu Engelleyen Bir Durumun Bulunmaması	129
D. Zapta Konu Olan Mal Üzerinde Sözleşme Kurulması Sırasında Bir Hakkın Bulunması	131
E. Zaptı Sağlayacak Bir Hakkın Bulunması	132
1. Ayni Haklar	133
a. Mülkiyet Hakkı	134
b. Sınırlı Ayni Haklar	134
2. Etkisi Kuvvetlendirilmiş Kişisel Haklar	136
3. Alacak Hakları	138
a. Genel Olarak	138
b. Nispi Alacak Haklarının Güçlenmesi	139
(1) Zilyetlik Aracılığı İle Güçlenme	140
(2) Tasarrufun İptali Davası İle Güçlenme	141
F. Üçüncü Kişinin, Zaptı Sağlayan Üstün Haklardan Birisine Dayanması ve Alicinin Satış Konusu Malı Vermesi	144
1. Mahkeme Kararı ile Satış Konusu Malın Verilmesi	144
2. Mahkeme Kararı Olmaksızın Satış Konusu Malın Verilmesi	145
II. SATICININ ZAPTTAN SORUMLULUĞUNUN ŞEKLİ ŞARTLARI	151
A. Bildirim	151
1. Bildirimin Şekli ve İçeriği	153
2. Satıcının Davaya Katılması	154
B. İspat	156
III. TÜRK BORÇLAR HUKUKUNA GÖRE ZAPT SORUMLULUĞUNDA ALICININ HAKLARI	157
A. Genel Olarak	157

B. Tam Zapt Halinde Alıcının Hakları	158
1. Genel Olarak	158
2. Satış Konusu Maldan Elde Ettiği Veya Elde Etmeyi İhmal Ettiği Ürünlerin Değeri İndirilerek, Ödemiş Olduğu Satış Bedelinin Faizi İle Birlikte Geri Verilmesinin İstenmesi	162
3. Satış Konusu Malı Zapt Eden Üçüncü Kişiden İsteyemeyeceği Giderlerin İstenmesi	166
4. Üçüncü Kişi Tarafından Aleyhine Açılmış Olan Davayı, Satıcıya Bildirmekle Kaçınılabilecek Olanlar Dışında Kalan Bütün Yargılama Giderleri İle Yargılama Dışındaki Giderlerin İstenmesi	168
5. Doğrudan Doğruya Satış Konusu Malın Zaptından Doğan Diğer Zararlar	170
a. Fiili Zarar	171
b. Yoksun Kalınan Kâr	172
c. Müspet Zarar	173
d. Menfi Zarar	174
e. Öğretide Doğrudan Zararın Kapsamını Açıklayan Görüşler	175
C. Kısmi Zapt Halinde Alıcının Hakları	177
1. Genel Olarak	177
2. Alıcının Tazminat İstemesi	178
3. Satıcının Bedelin Geri Verilmesini İstemesi	178
4. Üçüncü Kişiden İstenilemeyen Giderlerin İstenmesi	179
5. Yargılama Giderleri ile Yargılama Dışındaki Giderlerin İstenmesi	180
6. Diğer Zararların Tazmininin İstenmesi	180
7. Sözleşmenin Sona Erdirilmesinin İstenmesi	181

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM
TÜRK BORÇLAR KANUNU'NA GÖRE ZAPT SORUMLULUĞUNDA
SÖZLEŞMENİN SONA ERMESİ, ZAMANAŞIMI, USÛL VE
MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK İLE İLGİLİ BAZI SORUNLAR

I. TÜRK BORÇLAR KANUNU'NA GÖRE ZAPT SORUMLULUĞUNDA	
SÖZLEŞMENİN SONA ERMESİ	183
A. Genel Olarak	183
B. Sözleşmeden Dönme	185
C. Görüşümüz	188
II. GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME	189
A. Görevli Mahkeme	190
1. Genel Olarak	190
2. Satıcının Zapttan Sorumluluğunda Görevli Mahkeme	192
B. Yetkili Mahkeme	194
1. Genel Yetki	195
2. Özel Yetki	196
III. ZAMANAŞIMI İLE İLGİLİ SORUNLAR	196
A. Genel Olarak	196
B. Türk Borçlar Kanunu'ndaki Genel Zamanaşımı Süreleri	199
C. Zamanaşımının Kesilme Sebebi	200
D. Zamanaşımının İleri Sürülmesi	202
E. Zapt Durumunda Zamanaşımı	202
IV. MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK VE USUL HUKUKU AÇISINDAN BAZI	
SORUNLAR	204
A. Genel Olarak	204
B. Milletlerarası Özel Hukukta Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk	205
1. Genel Olarak	205
2. İrade Özgürlüğü	208
3. Sözleşme Taraflarının Hukuk Seçimi Yapmamaları Halinde Yetkili	
Hukuk	209
4. Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş	
Milletler Antlaşması	211

SONUÇ

214

KAYNAKÇA

225



KISALTMALAR

AB	Avrupa Birliği
AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
ASHİ	Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri
b.	bent
BATIDER	Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BDDK	Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
TBK	Türk Borçlar Kanunu
bkz.	bakınız
c.	cümle
C.	Cilt
CISG	United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods
dn.	Dip not
E.	Esas
e.t.	erişim tarihi
f.	fıkra
HD	Hukuk Dairesi
HGK	Hukuk Genel Kurulu
HMK	Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İBD	İstanbul Barosu Dergisi
İBK	İsviçre Borçlar Kanunu
İİK	İcra ve İflas Kanunu
İÜHFM	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	Karar
KHK	Kanun Hükmünde Kararname
Kıs.	Kısaltma
m.	madde
OR	Obligation Recht
PECL	Principles of European Contract Law

RG.	Resmi Gazete
s.	sayfa
S.	Sayı
SGA	Sale of Goods Act
TBK	Türk Borçlar Kanunu
TİRK	Ticari İşletme Rehni Kanunu
TRK	Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu
TK	Tapu Kanunu
TMK	Türk Medeni Kanunu
TKHK	Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TST	Tapu Sicil Tüzüğü
TTK	Türk Ticaret Kanunu
vd.	ve devamı

GİRİŞ

Satış sözleşmesi sözleşmeler hukukunda en çok uygulama alanı bulan sözleşmelerden biridir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 207 vd. maddelerinde satış sözleşmesine ilişkin hükümler düzenlenmiştir. Türk Borçlar Kanunu'nun 214. ve 218. maddeleri arasında zapttan sorumluluk düzenlenmiştir. İlgili düzenlemelere göre; satıcının zapttan sorumluluğunun doğması için, üçüncü kişinin, satış sözleşmesinin kurulduğu sırada var olan bir hakka (üstün bir hakka) dayanarak, satılanın tamamen veya kısmen alıcının elinden alması gerekir. Zapta konu olan üstün hak; mülkiyet hakkı, sınırlı bir ayni hak ya da etkisi kuvvetlendirilmiş (şerh verilmiş) bir kişisel hak olabilir. Roma Hukuku'ndan günümüze uygulama alanı bulan satıcının zapttan sorumluluğu, Yargıtay kararlarına da çokça konu olmuştur.

Çalışmamızın ilk bölümünde; tarihsel süreçte zapttan sorumluluğun uygulama şekillerine değineceğiz. Zapttan sorumluluk, Roma Hukuku'nda ve İslam Hukuku'nda uygulama alanı bulmuş eski bir hukuki düzenlemedir. Zapttan sorumluluğun ilgili dönemlerdeki uygulama biçimlerine, günümüz hukuku ile karşılaştırmalı şekilde yer verilecektir. Ayrıca uluslararası sözleşmeler ve uluslararası hukuk sistemleri açısından zapttan sorumluluk ele alınacaktır. Bu kapsamda Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşme Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması, İsviçre Hukuku, Alman Hukuku, İngiliz Hukuku, Avrupa Sözleşmeler Hukuku İlkeleri ve Avrupa Ortak Satım Hukuku Tüzüğü açısından da incelemelerde bulunulacaktır.

Satıcının zapttan sorumluluğu, kanunda açıkça düzenlenmiş olsa da, uygulama alanının ve hukuki niteliğinin ortaya konulması önem arz etmektedir. İkinci bölümde; satıcının zapttan sorumluluğunun uygulama alanları ele alınacaktır. Öncelikle zapttan sorumluluğun satış sözleşmesi kapsamında uygulama alanları açıklanacaktır. Bu kapsamda taşınır satışı ve taşınmaz satışı açısından incelemelerde bulunulacaktır. Bununla beraber satış sözleşmesi dışında zapttan söz konusu olabileceği bazı hukuki ilişkiler de ele alınacaktır. Bu bağlamda, adi ortaklıkta ayni sermaye konması, eser sözleşmesi, yayın sözleşmesi, bağışlama sözleşmesi, alacağın temliki sözleşmesi, kira sözleşmesi gibi hukuk ilişkiler de ele alınacaktır. Bunun yanı sıra Tüketici Hukuku açısından satıcının zapttan sorumluluğuna değinilecektir.

Üçüncü bölümde satıcının zapttan sorumluluğuna gidebilmek için, maddi şartlar ve şekli şartlar ele alınacaktır. Satıcının maddi şartlarından biri zapta konu olan mal üzerinde sözleşmenin kurulması anında başka bir hakkın varlığıdır. Bu bölümde söz konusu hakkın türleri ele alınacaktır. Özellikle etkisi kuvvetlendirilmiş kişisel haklar ve nispi alacak haklarının güçlenmesi açısından konu açıklanmaya çalışılmıştır. Zapttan sorumluluğun maddi ve şekli şartlarının gerçekleşmesi durumunda alıcının bazı talep hakları meydana gelmektedir. Alıcının hakları tam zapt ve kısmi zapt durumuna göre değişkenlik göstermektedir. Alıcının tam zapt ve kısmi zapt durumunda sahip olduğu haklar incelenmeye çalışılacaktır. Yine bu bölümde, mevzuattaki düzenlemeler ve Yargıtay kararları ışığında satıcının zapttan sorumluluğu incelenecektir.

Zapt durumunda satış sözleşmesi kendiliğinden sona ermektedir. Dördüncü bölümde, sözleşmenin sona ermesinin sonuçları ele alınacaktır. Zapt sonucu, durumun yargıya intikal etmesi halinde, görevli ve yetkili mahkemelerin tespiti yapılmaya çalışılacaktır. Bu bölümde zapt durumunda, alıcının, satıcıya karşı ileri sürebileceği taleplerin zamanaşımı açısından değerlendirmesi yapılmıştır. Yine bu bölümde milletlerarası özel hukuk açısından değerlendirilmelerde bulunulacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

SATICININ ZAPTTAN SORUMLULUĞUNUN TARİHÇESİ VE ZAPTTAN SORUMLULUKLA İLGİLİ KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTAKİ YAKLAŞIMLAR

I. GENEL OLARAK

Satış sözleşmesi, ticari hayatta paranın bulunması ile önemli bir yer teşkil etmiş olup, günümüzde en çok uygulama alanı bulan sözleşmelerden biridir. Satış sözleşmesinde, satıcının asli yükümlülüğü satılanın zilyetliğini ve mülkiyetini alıcıya devretmek iken, alıcının da asli yükümlülüğü bedel ödemektir. Bunun yanı sıra, kanun koyucu taraflara çeşitli sorumluluklar da yüklemiştir. Bunlardan biri de satıcının zapttan sorumluluğudur. Satıcının zapttan sorumluluğu Türk Hukuk Sisteminde yer bulmakla beraber, bunun tarihsel kökleri Roma Hukuku'na kadar dayanmaktadır. Roma Hukuku'ndan günümüze, satıcının zapttan sorumluluğu, hukuk sistemleri içinde bazen bağımsız olarak bazen ise ayıp hükümleri kapsamında ele alınmıştır.

II. ROMA HUKUKU'NDA SATICININ ZAPTTAN SORUMLULUĞU

A. Genel Olarak

Satış sözleşmesinde alıcının genel beklentisi, sözleşmeye konu malın maliki olmak ve o malın kullanımı sırasında herhangi bir engelle karşılaşmamaktır. Eğer satıcı satış konusu malda alıcıya sattığı malın mülkiyetini ve zilyetliğini temin edemiyorsa, Roma Hukuku'na göre; o satımda bir hukuki ayıbın olduğu söylenirdi¹.

¹Ayşe Tuba Canbaz, **Roma Hukukunda ve Türk Hukukunda Alım Satım Aktinde Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2008, s.35; Türkan Rado, **Roma Hukuku Dersleri**, Borçlar Hukuku, İstanbul, 1974, s.123-124; Rado, Türkan. "Roma Hukukunda Maldaki Ayıplardan Dolayı Satıcının Mesuliyeti", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt:10, Sayı:3-4, Ocak 1945, s.604; Ziya Umur, **Roma Hukuku Ders Notları**, 3. Baskı, Beta Yayımları, İstanbul, 1999, s.361. Sözleşmede tarafların irade beyanları birbirine uygun olmalıdır. Birbirlerine karşı belirli bir edimi yerine getirmeyi yükümlenmelidirler (bkz. Fırat Korkmaz, **Roma Hukuku'nda Stipulatio**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Eskişehir, 2014, s.3, 83). Satıcıdan, sözleşmede belirtilen özellikleri belirtilen bir malı teslim etmesi beklenmektedir. Bu yükümlülüğe aykırı davranması durumunda ayıptan sorumlu olduğu kabul edilir. Mal satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması'nda satıcı, miktarı, kalitesi ve türü sözleşmede öngörülen

Roma Hukuku'nda özellikle alıcı, üçüncü bir kişi tarafından satışa konu malın kendisine ait olduğu iddiası ile rahatsız edilirse, satıcının sorumluluğu söz konusu olabilirdi. Satış sözleşmesinin tarafları dışında bir üçüncü kişi, satım konusu malın kendisine ait olduğu veya üzerinde bir sınırlı ayni hakkının bulunduğunu öne sürerek, alıcıya karşı ayni dava açarsa, alıcının durumu satıcıya bildirmesi gerekiyordu². Alıcı bu bildirimi yapmaması nedeniyle davayı kaybederse, satıcıdan sattığı malın ayıplı olduğu gerekçesiyle tazminat talep edemezdi. Ancak, satışa konu maldan dolayı dava açıldığını bildiren alıcıya, satıcı, açılmış davada yardımcı olmazsa veya yardıma geldiği dava, alıcı aleyhine sonuçlanırsa satıcının sorumluluğu söz konusu olurdu³. Bir başka deyişle satıcının zapttan sorumluluğu söz konusu olmakta idi. Roma Hukuku'nda, bu durum temelde bir hukuki ayıp olarak değerlendirilmişti.

Roma Hukuku'nda “hiç kimse hakkından fazlasını başkasına devredemez” (*nemo plus iuris ad alium transfere potest quam ipse habet*) ilkesi mevcuttu⁴. Bu ilke gereği satıcı, üçüncü bir kişiye ait malı alıcıya satmış olsa bile, alıcı malın maliki olamazdı. Malın gerçek sahibi üçüncü kişi, açacağı bir istihkak davasıyla, her zaman malını isteyebilirdi. Burada alıcının iktisabında bir bozukluk vardı. Bu bozukluğun hukuki niteliği hukuki ayıp idi⁵.

Hukuki ayıp, sadece satışa konu olan eşyanın üzerinde, üçüncü kişinin mülkiyet hakkı sahibi olması durumunda gerçekleşmez idi. Eşya üzerinde başkasına

malları, sözleşmede belirtilen paket veya muhafaza koşulları içinde teslim etmek zorundadır (CISG.m.35/1). Taraflar malın niteliği konusunda bir anlaşması yok ise, malın objektif taşınması gereken asgari standartların belirlenmesi gerekir (CISG.m.35/2) (bkz. Pelin Baysal, “Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Çerçevesinde Satıcının Ayıptan Sorumluluğu”, **Yeni Türk Borçlar Kanunu ve CISG’e göre Satış Sözleşmeleri**, On İki Levha, İstanbul (Ayıp), ss.223, 229). Bu bakımdan ayıptan sorumluluk satıcının mülkiyeti geçirme borcunun tamamlayıcısıdır. Satıcı, alıcıya malın zilyetliğini gerçimeli ve mülkiyetini de devretmelidir. (bkz. Nalan, Kahveci, **Taşınır Satımında Ayıplı Mal Nedeniyle Tüketicinin Sözleşmeden Dönmesi**, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2012, s.5).

² Belgin Erdoğan, **Roma Borçlar Hukuku Dersleri**, İstanbul, 2005, s.76; Korkmaz, s.83. Satıcı satım konusu mal üzerinde rahat zilyetliği sağlamalıdır (bkz. Rado, s.127; Umut, s.361).

³ Erdoğan, s.76; Bülent Tahiroğlu, **Roma Borçlar Hukuku**, İstanbul, 2000, s.213; Canbaz, s.38. Satıcı malın ayıplı olduğunu bilmese bile sorumluluğu doğabilirdi (Erdoğan, s.76).

⁴ Tahiroğlu, s.175; Dimitar Stoyanov, “The Conflict Between The Legal Interests Of The Original Owner And The Good Faith Acquirer Of Movables - A Comparative Overview Of The Solutions”, **Lex ET Scientia International Journal**, LESIJ NO.XXII, VOL.1/2015, s.93 (bkz. <http://lexetscientia.univnt.ro/archive/>, e.t.19.6.2018); Bir malı ödünç olarak elinde bulunduran kimse, mülkiyetini başkasına devredemez. Buna rağmen ödünç alan malı başkasına devreder ise, hukuki ayıp ortaya çıkar. Söz konusu hukuki ayıp alım satım ile sınırlı olmayıp, mülkiyeti devir amacı güden her türlü hukuki ilişki için geçerlidir (Bkz.Umut, s.362).

⁵ Canbaz, s.35; Rado, Roma, s.124. Hukuki ayıp durumunda, üçüncü kişi hukuki işleme konu mal üzerinde bir ayni hak iddia edebilir. Maddi ayıpta malın kendisinde bir kusur vardır (bkz. Umut, s.361).

ait, başka bir aynı hak olması durumunda da söz konusu olabilmekte idi. Roma Hukuku'nda satıcının, üçüncü bir kişi lehine ipotek hakkı tesis ettiği taşınmazı, alıcıya satması bu duruma örnekti⁶. Günümüzde taşınmaz üzerinde bir ipotek olup olmadığını tapu kayıtlarından öğrenmek mümkündür. Tapunun aleniyet ilkesi gereği alıcı, tapudaki kayıtları bildiği kabul edilir. Roma Hukuku'nda ise tapu kütüğü olmadığından, alıcı taşınmaz üzerindeki üçüncü kişiye ait haktan habersiz olarak taşınmazı alabilirdi. Aynı bir hak olan ipotek hakkına dayanan üçüncü kişi, alıcıya karşı rehin hakkını koruyan “*actio Serviana veya hypothecaria in rem*” davasıyla taşınmazı geri alabilirdi⁷.

Bu gibi hallerde, aynı hak sahibi üçüncü kişi korunduğu gibi, alıcının da korunması doğru olmalıdır. Alıcının, satış konusu mal üzerinde üçüncü bir kişiye ait bir üstün hakkın olduğunu bilmeden yapmış olduğu sözleşmeden dolayı, satıcıya başvurabilmesi gerekir.

B. Satıcının Zapttan Sorumluluğu

Roma Hukuku'nda satışa konu mal üzerinde, üçüncü bir kişinin mülkiyet hakkı ya da ipotek gibi bir sınırlı aynı hakkı ileri sürmesi durumunda, ortada bir hukuki ayıp olduğu kabul edilmişti. Bu gibi hukuki ayıplardan satıcı sorumlu tutulmuştu. Alıcının bu hukuki ayıptan dolayı, satıcıya başvurabilmesi için söz konusu malın asıl hak sahibi tarafından zaptı (evictio) gerekirdi. Alıcı satın aldığı şeyin “rahat zilyedi” bulunduğu sürece satıcının sorumluluğu yoluna gidilemezdi. Satıcı aleyhine bir actio açamazdı⁸.

Roma hukukunda satıcı, satış konusu malın mülkiyetini geçirme borcu altında değildi. Satıcının esas borcu, satışa konu malın rahat zilyetliğini sağlamaktı⁹. Daha üstün bir hakka dayanarak alıcının mal üzerindeki zilyetliği rahatsız edilmedikçe,

⁶ Canbaz, s.35; Rado, Roma, s.127; Umur, s.362; Tahiroğlu, s.211. Bu durum sadece satış sözleşmesi ile sınırlı değildir. Her türlü devir sözleşmesi bu kapsamda değerlendirilir (bkz.Canbaz, s.36; Umur, s.362).

⁷ Canbaz, s.36; Rado, Roma s.124; Tahiroğlu, s.176;William Alexander Hunter, **A Systematic and Historical Exposition of Roman Law in the Order of a Code**, Londra, 1885, s.447.

⁸ Canbaz, s.37; Korkmaz, s.83; Rado, Roma, s.124. Roma Hukuku'nun ilk dönemlerinde mancipatio yoluyla devredilmiş satışlarda satıcının zapttan sorumluluğu söz konusuydu (bkz. Canbaz, s39).

⁹ Canbaz, s.37; Erdoğmuş, s.76;Rado, s.127; Umur, s.361.

satıcı yükümlüğünü yerine getirmiş sayılırdı. Başka bir ifade ile satıcı, alıcıya karşı mal üzerinde zilyetliğini sağlamakla “*habere, possidere licere*” den sorumlu idi¹⁰.

Alıcı, satış sözleşmesinden sonra, söz konusu malın başkasına ait olduğunu öğrense bile, hak sahibi tarafından kendisine karşı harekete geçilmedikçe, satıcının sorumluluğu yoluna gidemezdi. Belirtmek gerekir ki, alıcının elinden mal alınana kadar (zaptta kadar) alıcı “rahat zilyettir”¹¹.

C. Roma Hukuku’nda Zapttan Sorumlulukta Satıcının Sağladığı Teminat

1. Actio Auctoritatis İle Teminat

“*Res Mancipi*”¹²malların, alıcıya “*mancipatio*”¹³ ile devredildiği ve alıcı tarafından bedelin tamamının ödendiği bir satışta, mal üçüncü bir şahıs tarafından dava yolu ile talep edildiğinde alıcı, satıcıdan bu davada kendisini savunmasını isterdi. Satıcı, bu yardım talebini reddeder veya yardımına rağmen alıcı davayı kaybeder ise, alıcı satıcıdan “*actio auctoritatis*”¹⁴ ile ödemiş olduğu semenin iki katını isterdi¹⁵.

Bu yola başvurabilmek için, *mancipatio* ile bir *res Mancipi* devredilmesi ve semenin ödenmiş olması gerekirdi. *Mancipatio* yolu ile devirle, *ius civile* mülkiyetini geçirdiği hususunda teminat vermiş sayılırdı. Ancak bu teminat eksik bir teminatı.

¹⁰ Canbaz, s.38; W.W.Buckland, **A Text-Book of Roman Law, From Augustus to Justinian**, Cambridge University Basımevi, 3. Baskı, Edinburg 1963, s.190; Rado, Roma, s.124.

¹¹ Canbaz, s.37; Tahiroğlu, s.177; Umar, s.361.

¹² *Res Mancipi* kapsamına; İtalya arazisi, İtalya’daki tarlalar üzerindeki irtifak hakları, köleler, araba çeken ve yük taşıyan hayvanlar girmektedir (bkz. Arzu Oğuz, “Roma Hukuku’nda Mülkiyetin Devir İşlemlerinden Biri Olan Traditio’nun Sebebe Bağlılığı (Iusta Causa Traditionis)”, **A.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 47, S. 1-4, 1998, s. 49; Frederick Tomkins ve William George Lemon, **Commentaries of Gaius On The Roman Law, With An English Translation and Annotations**, Londra 1869, s.117; Hunter, s.260; Paul Koschaker ve Kudret Ayiter, **Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları**, İzmir, 1993, s.110.).

¹³ *Mancipatio*, eski roma hukuku zamanında Roma vatandaşı olan veya *iuscommerci*’ye sahip bulunan iki taraf arasında uygulanan satış şekli idi. Beş Roma vatandaşı huzurunda yapılması gerekirdi (bkz. Hunter, s.260; Koschaker ve Ayiter, s.134; Oğuz, s.49; Tomkins ve Lemon 116.).

¹⁴ *Auctoritas*; kuvvetlendirmek, korumak anlamına gelmektedir (bkz. Koschaker ve Ayiter, s.231). Canbaz, s.38.

¹⁵ Buckland, s.489; Koschaker ve Ayiter, s.231; Korkmaz, s.83; Rado, Roma, s.125; Reinhard Zimmermann, **The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition**, Oxford Basımevi, New York, 1996(Obligations), s.294; Rudolph Sohm, **Institutes of Roman Law**, Oxford Basımevi, 4. Baskı, Londra, 1892, s.229; Tahiroğlu, s.177; W.H.Buckler, **The Origin and History of Contract in Roman Law Down To The End Of The Republican Period**, Cambridge University Press, Londra, 1983, s.148.

Gerçi *mancipatio* ile birlikte *actio auctoritatis de*, Iustinianus tarafından kaynaklardan çıkarılmıştır¹⁶.

2. *Stipulatio* ve *Stipulatio Habere Licere* İle Teminat

Actio Auctoritatis ile satıcının sağladığı teminat, *res Mancipi* mallarının *mancipatio* ile devrinde söz konusuydu. İlk zamanlarda *mancipatio* yapılmamış mallar için (örneğin yabancılar *mancipatio* işlemini yapamazlardı), alıcıyı koruyucu bir teminat yoktu¹⁷. Bu eksikliği gidermek için, *res nec Mancipi* veya *res Mancipi* olmakla beraber *traditio*¹⁸ veya *in iure cessio*¹⁹ ile mal devredilmişse, malın zaptı durumunda bir *stipulatio simplae* ile bedelin aynını ve *stipulatio duplae* ile satıcının bedelinin iki katını ödeyeceği teminat altına alınmıştı²⁰.

İlerleyen dönemlerde özellikle *res nec Mancipi* malların satışında *stipulatio habere licere* ile teminat usulü uygulanmaya başlandı. Burada *stipulatio duplae* de olduğu gibi teminat miktarının belirlenmesinde malın bedelinden hareket edilmemişti. Satıcının, alıcıya malın zapt edilmesinden doğan zararı ödemesi taahhüt altına alınmıştı²¹.

Alıcı, satıcılara karşı *stipulatio*’lardan elde ettiği hakkı, hak sahibi üçüncü kişi tarafından açılan davayı kaybettiği ve bunun sonucu olarak malın zapt edilmesinden sonra kullanabilirdi. Alıcının, kendisi aleyhine açılan davayı satıcıya bildirmesi gerekmektedir²².

¹⁶Erdoğan, s.76; Rado, Roma, ss.125-126; Tahiroğlu, s.177.

¹⁷ Canbaz, s.39; Korkmaz, s.83.

¹⁸ Teslim, zilyetliğin devriyle mülkiyetin kazanılmasıdır (bkz.Koschaker ve Ayiter, s.139; Oğuz, s.50).

¹⁹Tomkins ve Lemon, 116; Zimmermann, Obligations, s.295. *In iure cessio*, alıcı ve satıcı arasında *legisactio* şeklinde, praetor önünde geçen ve bir istihkak iddiasına ait görünen bir dava tarzında bir mülkiyet kazanma şeklidir (bkz.Koschaker ve Ayiter, s.138; Oğuz, s.50.).

²⁰ Buckland, s.490; Buckler, s.148; Erdoğan, s.76; Korkmaz, s.84; Rado, Roma, s.126; Rado, Ayıp, s.610; Sohm, s.296; Zimmermann, Obligations, s.295.

²¹Rado, Roma, s.126; Zimmermann, Obligations, s.296.

²² Korkmaz, s.84; Rado, Roma, s.126.

D. Türk Borçlar Hukuku'ndan Farkı

Roma Hukuku'nda “hiç kimse hakkından fazlasını başkasına devredemez” ilkesi mevcuttu²³. Bu ilke gereği, satıcı, üçüncü bir kişiye ait malı alıcıya satmış olsa bile, alıcı malın maliki olamazdı. Türk Hukuku'nda ise, alıcının iyiniyetli olması durumuna göre, farklı hukuki sonuçlar düzenlenmiştir. Buna göre bir taşınır emin sıfatıyla zilyedinden o şey üzerinde iyiniyetli mülkiyet veya sınırlı ayni hak edinen kimsenin edinimi, zilyedin bu tür tasarruflarda bulunma yetkisi olmasa bile korunur (TMK.m.988)²⁴. Bu hükme göre, emin sıfatı ile zilyet her ne kadar malın maliki olmasa bile, kendisinden iyiniyetli yapılacak bir kazanım korunacaktır. Ayrıca zilyedin, iradesi dışında elinden çıkmış olsa bile, para ve hamile yazılı senetleri iyiniyetle edinmiş olan kimseye karşı taşınır davası açılmaz (TMK.m.990). Görüldüğü üzere Türk Hukuk sisteminde, kanun koyucu, malın asıl sahibi ve alıcı arasında bir seçim yapması gerekmiştir. Kanun koyucu, iyiniyetli alıcıyı bazı durumlarda koruma gereği görmüştür. Böylelikle, Roma Hukuku'nda hâkim olan, “hiç kimse hakkından fazlasını başkasına devredemez” ilkesi mutlak şekilde uygulanmamıştır. Bu kurala istisnalar getirilmiştir.

Ancak, taşınırı çalınan, kaybolan ya da iradesi dışında başka herhangi bir şekilde elinden çıkan zilyet, o şeyi elinde bulunduran herkese, yani iyiniyetli olan kimseye karşı da beş yıl içinde taşınır davası açabilecektir (TMK.m.989). Çalıntı bir malı iktisap edinen alıcı iyiniyetli olsa bile bu iktisabı doğrudan korunmayacaktır. Bu durumda söz konusu taşınırın gerçek maliki korunacaktır. Ancak malik, taşınır davasını beş yıllık süre içinde açması gerekmektedir. Bu durumda ise kanun koyucu iyiniyetli alıcının iktisabını Türk Medeni Kanunu'na göre korumamıştır²⁵. Çalıntı bir

²³Stoyanov, s94; Tahiroğlu, s.175. Roma hukukunda eşyaya malik olmayan mülkiyet devredemez ilkesi, iyiniyetli alıcıya karşı da uygulanırdı. Alıcı iyiniyetli olsaydı bile, malın mülkiyetini kazanamazdı (bkz. Canbaz, s.36; Umur, s.362).

²⁴ A.Lale Sirmen, **Eşya Hukuku**, Yetkin Basımevi, Ankara, 2013, s.107; Aydın Aybay ve Hüseyin Hatemi, **Eşya Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s.64; Eren, Özel, s.108; Kılıçoğlu, Eşya, s.102; Turgut Akıntürk, **Eşya Hukuku**, Beta Basım, İstanbul, 2009 (Eşya), s.171; Mehmet Ayan, **Eşya Hukuku I**, Zilyetlik ve Tapu Sicili, Mimoza Yayınları, Konya, 2012(Eşya I), s.119; M.Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2012, (Eşya), s.114; S.Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu ve Atilla Altop, **Tekinay Eşya Hukuku**, Cilt I, Filiz Kitapevi, İstanbul, 1989, s.165 vd.;T.Kemal Gürsoy, Fikret Eren ve Erol Cansel, **Türk Eşya Hukuku**, Ankara Üniversitesi Basım Evi, Ankara, 1984, s.144; Umur, s.362.

²⁵ Kanunun iyiniyete hukuki bir sonuç bağladığı durumlarda, iyiniyetin varlığı ya da yokluğu aranır. Bunun dışında birisinin iyiniyetli olması ya da olmaması başlı başlına hukuki bir sonucun doğumuna etkili olamayacaktır. Eren, Özel, s.108.

malı satın alan iyiniyetli alıcı, iyiniyet iddiasında bulunmak sureti ile söz konusu taşınırın maliki olamayacaktır. Bu durumda iyiniyetli alıcı, Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş olan zapttan sorumluluk hükümlerinden faydalanabilir (TBK.m.214 vd.)²⁶.

III. İSLAM HUKUKU'NDA SATICININ ZAPTTAN SORUMLULUĞU

A.Genel Olarak

İslam Hukuku'nda, borçlar özel hukukunun temelini satış sözleşmesi oluşturmaktadır²⁷. Mülkiyeti nakleden sözleşmelerin en yaygını olan satış sözleşmesi (bey'²⁸) geniş anlamıyla klasik fıkıh terminolojisinde yer alan selem, sarf, istisna ve trampa akitlerini de kapsamaktadır²⁹. Dar anlamıyla satım sözleşmesi mutlak satım

²⁶ Eren, Özel, s.108-109.

²⁷ Alışveriş tarih sahnesine malların karşılıklı değişimi yani trampa şeklinde çıkmıştır. İnsanoğlu tüketebilecekleri mallar dışında, sermaye olarak bulundurabileceği şeyler de arzulamıştır. Bu talep ile beraberinde kıymetli madenlerin standart şekilde basılıp, tedavüle sürülmesi ile paranın icadı sürecine yol açmıştır (bkz. Hasan Şahin, “Cayma Hakkının Satışının İslam Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, **İslam Bilimleri Araştırmaları Dergisi**, Sayı:7, Samsun, 2019, s.7; Nihat Dalgın, “İslam Hukukuna Göre Satım Sözleşmesi Açısından Mal Kavramı”, **Ondokuz Mayıs Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi**, Cilt:11, S:11, Samsun, 1999, s.97). Aslında Kur'an-ı Kerim'de satış sözleşmesi ayrıntılı olarak işlenmemiştir. Temel olarak Kuran bir hukuk kitabı olmamakla beraber, ticari işlemlere ilişkin bazı düzenlemelere yer vermiştir. Bu kapsamda, Kur'an'da ahde vefa ilkesine uyulması gerektiğini, faizin haram olmasından dolayı (buradaki faizin tefecilik kapsamında bir faiz olduğu İslam Hukuku ile uğraşan kimi araştırmacılar tarafından dile getirilmektedir.) istenmemesi gerektiği gibi kimi düzenlemelere yer verilmiştir (Ayrıntılı bilgi için bkz. İsmail Bilgili, “İslam Hukukunda Madüm'un Satışı”, **İslam Hukuku Araştırma Dergisi**, Sayı:8, Konya, 2006 (İslam), s.211). Modern dünyada sözleşme (akit) insan ile insan arasında kurulurken, İslam inancında sözleşme (akit) insan ile Allah arasında da kurulabilir (ayrıntılı bilgi için bkz. Mehmet Yuşa Solak, **İslam Borçlar Hukukunda Mekruh Satım Akitleri**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi) Necmettin Erbakan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Temel İslam Bilimleri Ana Bilim Dalı İslam Hukuku Bilim Dalı, Konya, 2015, s.31). İslam hukukunun kendine ait bir terminolojisi olup, sözleşmenin geçerli olup olmaması, sözleşme konusunun haram, mekruh, mubah olmasına göre değişmektedir (ayrıntılı bilgi için bkz. Solak, s.22 vd.).

²⁸ Bey' kelimesi satmak ve satın almak anlamında da kullanılabilmektedir (ayrıntılı bilgi için bkz. Şevket Topal, **İslam Hukukuna Göre Satım Akdinde Mülkiyetin İntikali**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ondokuz Mayıs Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Temel İslam Bilimleri Anabilim Dalı, Samsun, 1995 (Mülkiyetin İntikali), s.16).

²⁹ Selem satışta para peşin, mal veresiye olarak yapılmaktadır. Sarf altın, gümüş veya nakit paralarının kendi cinsiyiyle değiştirilmesidir (ayrıntılı bilgi için bkz. Ahmet Bayraktar, **Elektronik Ortamda Gerçekleştirilen Alım Satım İşlemlerinin İslam Hukuku Açısından Değerlendirilmesi**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi) Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Temel İslam Bilimleri (İslam Hukuku) Ana Bilim Dalı, Ankara, 2016, s.65 vd.; Dalgın, s.100; Topal, Mülkiyetin İntikali, s.48 vd.). Nitekim İslâm âlimleri Kur'an'da geçen (özellikle el-Bakara 2/275) bey' lafzının bütün mal mübâdelesi işlemlerini kapsadığı kanaatini taşıdıkları için selem, sarf gibi akitler bey'in bir alt türü olarak düşünülmüştür (Ayrıntılı bilgi için bkz. <https://islamansiklopedisi.org.tr/mebi>, e.t.

sözleşmesi olarak bir para veya onun yerini tutan değişim vasıtası karşılığı bir malın satımı sözleşmesidir.

İslam Hukuku'nda satış sözleşmesinin kuruluşu ve geçerliliği için satım konusu malın; hukuken korunmaya değer, mevcut, teslimi mümkün, satıcının tasarruf yetkisi dâhilinde, çekişmeye meydan vermeyecek derecede belirlenmiş olması gibi şartlar da aranmıştır. Zaten bu unsurların yokluğu sözleşmenin kuruluşunu veya geçerliliğini engeller³⁰. Malın hukuken korunmaya değer olması şartının açılımıyla ilgili ihtilâflar yanında İslam hukukçularının “mal” kavramına ilişkin değerlendirmelerine göre nelerin satıma konu olup olamayacağı hakkında da bazı görüş ayrılıkları vardır.

İslam hukukuna göre satış sözleşmesine konu malın mübah bir mal olması gerekmektedir³¹. İslam hukukçularına göre mal, hukukun kendisinden yararlanılmasına müsaade ettiği şeylerdir. Ayrıca maldan yararlanma yasak da olmamalıdır. İslam dinine göre yasaklanmış bir şey hukuki tasarrufun konusu olmaz³².

Belirtmek gerekir ki ma'dümun satışın caiz olmadığı İslam hukukçuları tarafından savunulmuştur. Ma'dümun; hukukun hükmen yok saydığı, tarafların anlaşılamadığı ve bu yüzden çekiştiği, teslimi garanti edilemeyen, zarara ya da ziyana uğramış olan, varlığı ihtimali şeylerdir³³. Sözleşme anında olmayan gelecekte de varlığı kesinlikle gerçekleşmeyecek olan mad'dümun mal, İslam hukukunda olduğu gibi günümüz modern hukukunda da geçerli değildir. Ma'dümun satışını geçersiz kılan İslam hukukçuları garardan uzak durulması gerektiği fikrinden hareket etmişlerdir.

23.12.2019). Klasik İslam hukukunda satım sözleşmesi olarak sayılan diğer sözleşmeler de musâveme, murabaha, tevliye, vedia, bey'u'l-vefa dır. Musâveme; pazarlık usulü satış anlamına gelmektedir. Tevliye; satış konusu malın maliyeti üzerinden satışı işlemine denir. Vedia; eşyanın emanet olarak bırakılmasıdır. İslam hukukçuları eşyanın bırakılmasını belli bir süreliğine temlik içermesinden dolayı satış sözleşmesi içinde ele almışlardır. Bey'u'l-vefa; satış bedelinin iade edilmesi durumunda, malın geri alınacağı şekilde şart koşulmuş satış sözleşmesidir (bkz. Bayraktar, s.66 vd.).

³⁰ İslam Hukukunda, satış sözleşmesine bir malın konu olabilmesi için, o malın mevcut bulunması yani madum olmaması gerekir. Aslında Kuranda bu konuda açık bir hüküm yoktur. Bu husus Hz.Muhammed'e atfedilen kimi sözlerden (hadislerden) çıkarılmaktadır (ayrıntılı bilgi için bkz. Bilgili, İslam, s.212). Madumiyette kendi içinde tam madumiyet ve kısmi madumiyet olarak ikiye ayrılır. Tam madumiyet, sözleşme sırasında satım konusunun olmamasını ifade etmektedir.

³¹Dalgın, s.100.

³² Hanefi meshebine göre mal hukuki ve hukuk yönünden kıymeti olmayan mal olarak ayırma tabi tutmuştur(ayrıntılı bilgi için bkz. Dalgın, s.100 vd.). İslam hukukuna göre yasaklanan mallar dışında kalan mallardan faydalanılması meşrudur ve bunların alım satımı caizdir. Domuz eti yemek yasak olduğu için satış sözleşmesinin konusunu oluşturamaz(bkz.Dalgın, s.116). İçmek için değil, tedavi amacı ile alkol alımı ve satımı satış sözleşmesinin konusunu oluşturabilir(bkz.Dalgın, s.118).

³³ Bilgili, İslam, s.213.

Garar satışı gerçekleşip gerçekleşmeyeceği bilinmeyen, varlığı kesin olmayan, ihtimali malların satışı olarak tanımlanmaktaydı. Garardaki belirsizlik kumardaki gibi bir risk gibi görülmekte idi. Ancak her ma'dümü satışı garar olarak görmek tüm İslam hukukçuları açısından kabul görmemiştir. Çünkü sözleşme anında var olmayıp yani ma'düm olup gelecekte varlığı meydana gelecek ürünler mevcuttur. Zaten bu kabul edilmese selem, istisna gibi sözleşmeleri de geçersiz kabul etmek gerekecektir³⁴.

Hiz. Muhammed'e atfedilen bir hadiste; sahibi olunmayan bir malın satıldıktan sonra pazardan temin edilerek müşteriye ulaştırılmasının hükmüne, Hiz. Muhammed'in yasak olduğunu söylediği rivayet edilmiştir. Buradan çıkacak sonuç mülkiyet kendine ait olmayan bir eşya satıcı tarafından satılamaz³⁵. Böyle bir sözleşmenin yapılması durumunda başlangıçtan itibaren geçersizlik söz konusudur. Burada sözleşmenin geçersizliği malın ma'düm olması değil, satıcının malik olmamasıdır. Satıcının zapttan sorumluluğunda, ortada teslim edilebilen bir mal söz konusudur. Bu durumda ma'dümun bir maldan söz etmek mümkün değildir.

İslam Hukuku'nda, Türk Borçlar Hukuku'ndan farklı olarak mülkiyetin sözleşme anından itibaren alıcıya ait olduğu kabul edilir. Bu bakımdan satış konusu malın zilyetliğinin devri esaslı bir unsur değildir, sadece tamamlayıcı bir unsurdur³⁶. İslam Hukuku'nda satım sözleşmesinin mülkiyetin devri konusundaki anlaşmayı zorunlu olarak içerdiği kabul edilmektedir. Bu yüzden ayrı bir aynî sözleşmeye gerek olmaksızın sözleşmenin kurulması ile satılan şeyin mülkiyeti karşı tarafa hemen geçer. Bu kapsamda satış konusu şeyin zilyetliğin devri ise, satış sözleşmesinin esaslı bir unsuru olarak görülmemektedir³⁷.

³⁴ Bilgili, İslam, s.222.

³⁵ Bilgili, İslam, s.223.

³⁶ Genel kural zilyet devretmeden mülkiyetin geçeceği şeklinde olmakla beraber, sözleşmenin şartlarında eksiklikler nedeniyle mülkiyetin devrine engel olan sözleşmeler sahih olmayan sözleşmeler olarak da anılmaktadır. Bunlar olmayan şeyin satışı, teslim edilemeyen şeyin satışı, aldanma riski bulunan satış, pis olan şeyin satışı, batıl satış olarak anılmaktadır (Ayrıntılar için bkz. Şevket Topal, İslam Hukuku Açısından Satış Sözleşmelerinde Mülkiyetin Devrine Yönelik Engeller", **Ondokuz Mayıs Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi**, Sayı:12-13, Samsun 2001(Engeller), s.518).

³⁷ Şevket Topal, İslam Hukuku Açısından Satış Sözleşmelerinde Mülkiyetin Devrine Yönelik Engeller", **Ondokuz Mayıs Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi**, Sayı:12-13, Samsun 2001, ss.517-538. Satış sözleşmesinin taraflarının, satıştan elde etmeyi umdukları faydanın gerçekleşebilmesi için; satıcının bedele, alıcının da mala sahip olması gerekir. Bunun içinde her ikisinin de karşılıklı teslimi gerekir. Bu gerekçeler ile İslam Hukukunda bir kimsenin teslim edemeyeceği bir malı satması durumunda satışın geçersiz olduğu da kimi yazarlar tarafından savunulmuştur. Teslim edilemeyecek mal denildiğinde ilk akla gelen durumlardan biri malın mevcut olmamasıdır. Ancak mevcut olmayan malın satışının kabul edilmemesi ticari hayatın işleyişini olumsuz etkileyecektir (bkz. Bilgili, İslam, s.212).

Buna karşılık İsviçre Hukuku'nda ve Türk Hukuku'nda satıcının, satılanın zilyetliğini ve mülkiyetini devir etmesi gerekir. Satış konusunun zilyetliğinin alıcıya devri ve mülkiyetin devri borçları birbiri ile sıkı ilişkili, çoğu zamanda aynı anda gerçekleşmektedir. Ancak birbirinden bağımsız ayrı yükümlülüklerdir. Bu bakımdan satış konusunun zilyetliği devredilmeden, mülkiyet de geçmeyecektir³⁸. Başka bir deyişle satış sözleşmesinin yapılmasıyla satılanın mülkiyeti alıcıya geçmemektedir. Satıcı sadece alıcıya satılanın teslimini ve mülkiyetini geçirmeyi taahhüt etmektedir.

B. Satıcının Zapttan Sorumluluğu

İslam Hukuku'nda satıcının zapttan sorumluluğu bakımında damân kavramının önemli bir yeri vardı. Damân kelimesi, bir şeyi üstlenme, taahhüt etme anlamına gelmektedir. İslam hukukunda kefalet sözleşmesini, geniş anlamda ise ödeme sorumluluğunu, mali yükümlülük anlamlarını karşılar³⁹. Damânla ilgili diğer bir kavram “uhde” dir. Sözlükte “taahhüt, anlaşma, güvence” gibi anlamlara gelen ahd kökünden türeyen uhde satıcının sattığı malın üçüncü bir kişiye ait olduğunun ortaya çıkması ya da kusurlu bulunması durumunda alıcının zararından sorumlu tutulmasıdır⁴⁰. İslam Hukuku'nda da “uhde” sorumluluk anlamında kullanılır ve yerine göre bu dinî ya da hukukî, sorumluluk olabilir. Uhde; malî sorumluluk ve hasar sorumluluğunun yanı sıra, özel anlamda satıcının zapttan sorumluluğu manasında da kullanılmaktadır⁴¹.

Uhde alım satım hukukunda zapttan ve ayıptan dolayı sorumluluk anlamında kullanılır. İslam Hukuku'nda zapttan sorumluluk anlamına gelen “damânü'd-derek” konusu işlenirken uhde kavramı önemli rol üstlenmekte, zapttan dolayı sorumluluk borcu için “uhdetü's-semen, uhdetü'l-mebi” gibi terkipler kullanılmaktadır⁴².

³⁸Cevdet Yavuz, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 10.Baskı, Beta Basımevi, İstanbul, 2014 (Özel), s.89.

³⁹Keziban Gurbet Kariparđu, **İslam Hukukunda Damân ve Taahhüt**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi) Necmettin Erbakan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Temel İslam Bilimleri Ana Bilim Dalı İslam Hukuku Bilim Dalı, Konya, 2016, s.12.

⁴⁰ Kariparđu, s.41. Ayrıntılı bilgi için bkz. <https://islamansiklopedisi.org.tr/uhde> , e.t. 23.12.2019.

⁴¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. <https://islamansiklopedisi.org.tr/uhde> , e.t. 23.12.2019.

⁴² Uhde, damân kavramı ile ilgili bir diğer kavramdır. Bu kapsamda uhde, satıcının malın başkasına ait olduğunun tespiti durumunda, alıcının zararının ödenmesi borcunu ihtiva eder. Uhde damân terimin kapsamında yer alıp, damânü'l-uhdedamânü'd-derek gibi kavramlar zapttan sorumluluk manasında kullanılmaktadır (ayrıntılı bilgi için bkz. Keziban Gurbet Kariparđu, **İslam Hukukunda Damân ve Taahhüt**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi) Necmettin Erbakan Üniversitesi Sosyal Bilimler

Böylelikle satış konusu malın sorumluluğunun satıcıda olduğu teminat altına alınmaktadır. Zapt durumunda alıcının uğrayacağı zararın satıcı tarafından karşılanacağı taahhüt edilmektedir⁴³.

İslam Hukuku'nda “derek”, satılan malda üçüncü bir kişinin üstün bir hak iddia etmesi durumunda satıcının almış olduğu bedeli iade edilmesinin garanti edilmesi anlamında kullanılan bir fıkıh terimidir. İslam Hukuku'nda derek, “damânü'd-derek” veya “el-kefâle bi'd-derek” şeklinde kullanılmış olup satış konusu malın üçüncü bir kişi tarafından bir hakka dayanarak zapt edilmesi durumunda, satıcının almış olduğu bedele üçüncü bir kişinin kefil olmak sureti ile sorumlu olmasını ifade eder⁴⁴.

C. Türk Borçlar Hukuku'ndan Farkı

Hanefiler dışındaki hukukçuların çoğunluğuna göre, damânü'd-derek, üçüncü bir kişinin kefil olmak sureti ile, satış sözleşmesinin kurulmasından önce var olan bir sebeple istihkak talebine karşı alıcının ödemiş olduğu bedelden sorumlu olmasını ifade eder. Bunun yanı sıra damânü'd-derek kefil olan kişinin, satış konusu malın ayıplı olması ve alıcı tarafından iade edilmesi durumunda alıcının satıcıdaki alacağından sorumlu olmasını da ifade eder. Hanefi mezhebindeki hukukçulara göre ise damânü'd-derek, sadece satış sözleşmesinin kurulmasından önceki bir sebeple istihkak taleplerine karşı teminat imkânı sağlar. Alıcının kendi özgür iradesiyle akdi sona erdirmesi durumunda ödediği satış bedelinin kendisine iadesini garanti etmez. Buna göre alıcı satış sözleşmesini ayıp sebebiyle feshetmişse, bu durumda satış bedelini kefilden talep edemez⁴⁵.

Türk Borçlar Kanunu'nda üstün bir hak nedeni ile alıcının elinden malın zapt edilmesi durumunda, satış sözleşmesi kendiliğinden sona ermektedir. İslam Hukuku'nda ise, satış sözleşmesi kendiliğinden sona ermez. Sözleşme varlığını devam ettirmektedir. Hatta bu durumda alıcı, malın elinden alınması nedeni ile sözleşmeyi sona erdirir ise, damânü'd-derek korumasından faydalanamaz.

Enstitüsü Temel İslam Bilimleri Ana Bilim Dalı İslam Hukuku Bilim Dalı, Konya, 2016, s.12). Ayrıntılı bilgi için bkz. <https://islamansiklopedisi.org.tr/uhde> , e.t. 23.12.2019.

⁴³<https://islamansiklopedisi.org.tr/uhde> , e.t. 23.12.2019.

⁴⁴<https://islamansiklopedisi.org.tr/uhde> , e.t. 23.12.2019.

⁴⁵<https://islamansiklopedisi.org.tr/uhde> , e.t. 23.12.2019.

Damânü'd-derek, Roma Hukuku'nda alıcıya sağlanan teminattan farklıdır. Şöyle ki, Roma Hukuku'nda, alıcıya “stipulatio habere licere” ile teminat usulünde, alıcı uğramış olduğu zararı satıcıdan talep etmekte idi. İslam Hukuku'nda ise, satış sözleşmesine üçüncü kişi kefil olmaktadır. Malın alıcının elinden zapt edilmesi durumunda, alıcı, zararın giderilmesi için kefile başvurmaktadır. Türk Borçlar Hukuku'nda ise, zapt durumunda, satıcının sorumluluğu kanun gereği doğmaktadır. Sorumlu tutulması için üçüncü bir kişinin kefil gösterilmesi gerekmemektedir.

IV. MİLLETLERARASI MAL SATIMINA İLİŞKİN SÖZLEŞMELER HAKKINDA BİRLEŞMİŞ MİLLETLER ANTLAŞMASI'NDA ZAPTTAN SORUMLULUK

A. Genel Olarak

1980 tarihli Viyana Konferansı'nda Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG)⁴⁶ ile uluslararası nitelik taşıyan menkul mal satımına ilişkin sözleşmelere uygulanacak maddi hukuk kuralları hüküm altına alınmıştır⁴⁷. Bakanlar Kurulu, Türkiye'nin Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'na katılması hakkında 2010/247 numaralı Kararı 11.03.2010 tarihinde vermiştir⁴⁸. Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması, 1 Ağustos 2011 tarihinde ülkemizde yürürlüğe girmiştir⁴⁹. Yürürlüğe girmesiyle, ulusal ticari mal

⁴⁶ Bundan sonra “Viyana Satım Antlaşması” olarak anılacaktır.

⁴⁷ Aziz Erman Bayram, **Türk Borçlar Kanununa ve Viyana Satım Sözleşmesine(CISG) Göre Satış Sözleşmesinde Hasarın Geçşi**, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2017, s.163; Cansu Kaya, **CISG (Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması) Gereğince Alıcının Satım Bedelini Ödeme Borcu**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012, s.1; Emre Cumalıoğlu, TBK, CISG ve Karşılaştırmalı Hukukta Öngörülebilir İhlal, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s.19.

⁴⁸ RG.7.4.2010, S.27545.

⁴⁹ Bilgehan Çetiner, “Yeni Türk Borçlar Kanunu'nda Yarar ve Hasarın İntikali İle Satıcının Ayıptan Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”, **Yeni Türk Borçlar Kanunu ve CISG'e göre Satış Sözleşmeleri**, On İki Levha, İstanbul, ss.17; Erhan Kanışlı, **CISG Uyarınca Alıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılık Halinde Satıcının Hakları**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s.4; Şebnem Akipek Öcal, “Türk Hukuku Açısından Viyana Satım Sözleşmesi”, **Viyana Satım Sözleşmesi Hukuku ve Tüketici Hukuku Sempozyum Kitabı**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve Ausburg Üniversitesi Hukuk Fakültesi Türk Hukuku Araştırma Merkezi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 97. Hayrunnisa Özdemir, **Türk Borçlar Kanununa ve Viyana Satım Sözleşmesine**

satımlarında Türk Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu hükümleri uygulanmasına karşın, uluslararası ticari mal satımlarında ise, Antlaşma hükümleri uygulanacaktır⁵⁰.

Uluslararası taşınır mal satımına uygulanacak hükümleri belirleyen Antlaşma, konu bakımından bazı sınırlamalara tabi tutulmuştur. Viyana Satım Antlaşma'nın 2. maddesinde konu itibariyle Antlaşma'nın sınırları belirtilmektedir. Hükme göre; kişisel, ailevi veya ev ihtiyacı için mal alınmasına ilişkin tüketici satımları, açık artırma yoluyla yapılan satımlar, cebri icra ve kanun gereği yapılan diğer satımlar, menkul kıymet, kambiyo senedi, para, gemi, tekne, hava yastıklı taşıt (hovercraft) veya hava taşıtı ile elektrik satımını konu alan satım sözleşmeleri Antlaşma'nın uygulama alanı dışında kalacaktır. Antlaşma, taşınır satışı bakımındanda geçerli olup yukarda değindiğimiz 2. madde kapsamında yer alan taşınırlar kapsam dışında kalmaktadır. Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan satış sözleşmesine ilişkin hükümler ise, hem taşınırları hem de taşınmazları kapsamaktadır⁵¹.

B. Satıcının Zapttan Sorumluluğu

“İfa ihlali”; Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümler kısmında imkânsızlık, gereği gibi ifa etmeme, temerrüt başlıkları altında incelenmektedir. İfa ihlali, özel hükümler kısmında ise; ayıptan sorumluluk ya da zapttan sorumluluk gibi alt başlıklar altında, özel düzenlemeler şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Viyana Satım Antlaşması'nda ifa engeline tanım olarak yer verilmemiştir⁵². Türk Borçlar

(CISG) Göre Ayıptan Doğan Sorumluluğun Şartları, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013(CISG), s.59. Kaya, CISG'in 1 Eylül 2011 tarihinde yürürlüğe gireceğini belirtmiştir. Bkz. Kaya, s.6.

⁵⁰H. Ercüment Erdem, Viyana Satım Antlaşması'nda Sözleşmeden Dönme, **Prof.Dr. Rona Serozan'a Armağan**, Cilt:I, İstanbul, 2010(Dönme), s.858. Viyana Satım Antlaşması, sadece uluslararası satışlarda doğrudan uygulanmasının yanı sıra, aynı zamanda Türkiye içi satışlarda yararlanılabilecek bir yardımcı kaynak niteliğindedir. Türk Medeni Kanunu'nun 1. maddesi, kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa hâkimin boşluk doldurmasını düzenlemiştir. Bu kapsamda Viyana Antlaşması Türk Borçlar Kanunu'nda boşlukların doldurulmasında dikkate alınmalıdır (Ayrıntılı bilgi için bkz. Rona Serozan, “CISG'a ve TBK'na Göre Alıcının Dönme Hakkının Sınırları”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt 70, Sayı 2, İstanbul, 2012 (CISG), s.208).

⁵¹ Öcal, s.101; Bayram, s.171; Kanişlı, s.8. 1989 yılında Norveç, 1990 yılında İsveç, 1988 yılında Finlandiya satım kanunlarında; 1992 yılında Hollanda, 2002 yılında Almanya medeni kanunu'nu yenilemiştir. Bu yenileme hareketlerinde Viyana Milletlerarası Mal Satımına İlişin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'nda ki hükümlerden faydalanılmıştır (bkz. Çetiner, Ayıp, s.18).

⁵² Selin Sert, “11 Nisan 1980 Tarihli Uluslar arası Taşınır Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nde (Viyana Satım Sözleşmesi) İfa Engelleri Kavramının Düzenlenişi”, **Milletlerarası Mal Satım Hukuku (CISG)**, Adalet Yayınevi, Ankara 2016, s.280.

Kanunu'nun ifa engelleri sisteminden farklı olarak, Viyana Satım Antlaşması, ifa ihlallerini tek bir kavram altında düzenlemiştir. Bunun sebebi, Viyana Satım Antlaşması'nın uluslararası bir sözleşme olması, hem Anglo Sakson (Ortak) Hukuk sisteminden, hem de Kıta Avrupası (Kara Avrupası) Hukuk sisteminden etkilenmesidir⁵³.

Antlaşmaya göre; sözleşmenin ihlal edilip edilmediği durumu önem arz etmektedir. Sözleşmeye aykırılığın temel yaptırımı ise tazminat istemidir. Aynen ifa ve sözleşmeden dönme istisnai nitelikteki yaptırımlardır. Bu yaptırımlardan hangisinin kullanılacağı ihlalin esaslı olup olmamasına göre değişir⁵⁴. Viyana Satım Antlaşması'nın 25. maddesinde, sözleşmenin esaslı ihlali düzenlenmiştir. Hükme göre; *“Taraflardan birinin sözleşme ihlâli, diğer tarafı, sözleşme uyarınca beklemekte haklı olduğu şeyden önemli ölçüde yoksun bırakacak bir olumsuzluğa sebep oluyorsa, esaslıdır; meğerki, böyle bir sonucu sözleşmeyi ihlâl eden taraf öngörmemiş ve aynı konum ve koşullar içindeki makul bir kişi de öngöremeyecek olsun”* demektedir. Esaslı ihlal için yükümlülüğe aykırı davranıştan bahsedilebilmesi için, karşı tarafın sözleşmeden beklediği faydadan önemli ölçüde yoksun kalması gerekmektedir. İlgili hüküm kusura atıf yapmamıştır. Tarafların sözleşmeden elde etmeyi umdukları menfaate ulaşamaması esas alınmıştır⁵⁵.

Viyana Satım Antlaşması'nın 45. ve devamı maddelerinde, “Sözleşmenin Satıcı Tarafından İhlâli Halinde Alıcının Sahip Olduğu Hukukî İmkânlar” başlığı altında, ifa ihlalleri hüküm altına alınmıştır⁵⁶. Antlaşma'nın 46. maddesi, alıcının aynen ifayı talep etme hakkını düzenlemiştir. Viyana Satım Antlaşması'nın 50.

⁵³ Sert, s.282.

⁵⁴ Cumalıoğlu, CISG, s.28. Sözleşme ihlali sonucu dönme hükümlerinin uygulanabilmesi için ihlalin esaslı olması gerekmektedir. Viyana Antlaşmasına göre, baştan ve sonradan objektif ve subjektif imkânsızlık, ciddi ve kesin ifa etmeme beyanı, kesin vadeli işlerde temerrüt, ortadan kaldırılamayacak düzeyde hukuki ayıp düzeltilemez maddi ayıp, ciddi eksik ifa ve alud ifa sözleşmenin esaslı ihlali niteliğindedir (bkz. Serozan, CISG, s.210).

⁵⁵ Gümrah Toker, “CISG’te Sözleşmenin Esaslı İhlali (CISG m.25): Esaslı İhlalin TBK’da Yer Alan Sözleşmeye Aykırılık Türleri İle Karşılatırılması”, **Milletlerarası Mal Satım Hukuku (CISG), Adalet Yayınevi**, Ankara 2016, s.127; Sert, s.290 vd.

⁵⁶ Türk hukuk sisteminde kullanılan temerrüt, imkânsızlık, gereği gibi ifa etmeme, aşırı ifa güçlüğü ve aynen ifa kavramları farklı şekilde ele alınmıştır (ayrıntılı bilgi için bkz. Sert, s.218). Demet Özdamar, Burcu Yağcıoğlu ve Oğuzhan Meral. **Avrupa Sözleşmeler Hukuku ve Türk Hukuku’nda İfa ve İfa Etmeme**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s.122; Erdem, Dönme, s.859; İpek, Yücer Aktürk. “Viyana Satım Sözleşmesi Kapsamında Satıcının Ayıptan Sorumluluğu”, **Ankara Barosu Dergisi**, S.1, 2015, ss.211; Yasin Büyük, “Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri”, **Milletlerarası Mal Satım Hukuku (CISG), Adalet Yayınevi**, Ankara 2016, s.189.

maddesi bedelden indirimi talep etme hakkını düzenlemiştir. Alıcının dönme hakkı da Antlaşma'nın 49. maddesinde hüküm altına alınmıştır⁵⁷. Sözleşmenin ihlali esaslı ise, karşı taraf sözleşmeden dönme veya ikame mal teslimi taleplerinde kullanabilir. İhlal esaslı değil ise, karşı taraf tamirat, semenin tenzili veya tazminat talebi haklarında bulunabilir⁵⁸.

Viyana Satım Antlaşması'nın 74. maddesi zararın tazminine ilişkin genel kuralı koyar. Bu kural, tazminatın denkleştirme amacına özgülmesidir. Bu kapsamda tazminat fiilen uğranılan zararın yanı sıra, yoksun kalınan kârı da ihtiva eder⁵⁹. Tazminat miktarının alıcının zararını aşmaması gerekir. Ancak taraflar sözleşme ile cezai şart kararlaştırabilir. Alıcının tazminat talep etmesi için, sözleşmenin ihlali, zarar ve illiyet bağı yeterlidir. Alıcının tazminat talebi için kusur aranmaz⁶⁰.

Viyana Satım Antlaşması'nın 75. ve 76. maddeleri ise sözleşmenin ortadan kaldırılması durumunda, alıcının ikame mal alımı yapmış olup olmamasına göre, karşı taraftan talep edeceği tazminatın hesaplanmasına ilişkin düzenlemeleri içermektedir.

Viyana Satım Antlaşması'nın 35. maddesi ayıp konusunu düzenlemiştir. Antlaşma kapsamına giren satış sözleşmelerinde uyumsuzluk hususu çoğunlukla ayıp konusunda meydana gelmektedir⁶¹. Antlaşma, ayıbı; subjektif ayıp ve objektif ayıp kavramları üzerinden ele almıştır. İlgili hükümdeki ayıplar maddi ayıplara ilişkindir. Hukuki ayıplar ise başka bir madde de düzenlemiştir. Viyana Satım Antlaşmasının 41. maddesi zapttan sorumluluk halini, hukuki ayıp hükmü kapsamında

⁵⁷ Aynen ifa hakkı, ikame mal talep etme şeklinde kullanılabileceği gibi, malın tamir edilmesi şeklinde de kullanılabilir. Bkz. Başak Başoğlu, "Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması Uyarınca Aynen İfa ve Bunun Tarihsel Arka Planı", **Milletlerarası Mal Satım Hukuku (CISG), Adalet Yayinevi**, Ankara 2016, s.337; Cevdet Yavuz, "CISG'e Göre Sözleşmenin Satıcı Tarafından İhlali Halinde Alıcının Sahip Olduğu Bazı Hukuki İmkânlar", **Milletlerarası Mal Satım Hukuku (CISG), Adalet Yayinevi**, Ankara 2016, s.271.

⁵⁸ Toker, s.129 ; Özdamar, Yağcıoğlu ve Meral, s.190. Viyana Satım Antlaşması'nın 45. maddesinin 2. fıkrasına göre; taraflar diğer hukuki imkânlardan yararlanmakla tazminat talep etme hakkını kaybetmez (bkz. Yavuz, CISG, s.273).

⁵⁹ Dayioğlu, s.301; Yavuz, CISG, s.273.

⁶⁰ Dayioğlu, s.304 vd. Tazminat talebi için karşı tarafın kusurlu olması şart değildir. Bir tür kusursuz sorumluluktan bahsedilebilir (bkz. Yavuz, CISG, s.273)

⁶¹ Antlaşma, gizli veya açık ayıp ayrımı yapmamaktadır. Bütün ayıplar Antlaşma'nın 35. Maddesi kapsamında değerlendirilmektedir. Uluslararası satımlar genelde mesafeli sözleşme şeklinde olduğundan, malın kendisine teslim edilmeden önce görünür ayıbı dahi fark etmesi mümkün olmayabilir. Bkz. Başoğlu, CISG, s.369; Hasan Acar, 1980 Tarihli Malların Uluslararası Satışına İlişkin Viyana Konvansiyonu'nda Ayıba Karşı Tekeffül, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:15, Sayı:2, Ocak 2007, s.27; Toker, s.152.

değerlendirilmiştir⁶². Ayıbın ve zaptın esaslı bir ihlal olması için karşı tarafın önemli bir menfaati kayba uğraması gerekir.

Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın 41. maddesine göre; *“Satıcı, üçüncü kişilerin her türlü hak ve taleplerinden ari mallar teslim etmek zorundadır, meğer ki, alıcı bu hak ve taleplere konu malları almayı kabul etmiş olsun. Bununla birlikte, bu hak veya talep sınai ya da diğer bir fikri mülkiyete dayanmaktaysa, satıcının borcu 42. maddeye tabidir”*. İlgili hüküm, her ne kadar “satıcının zapttan sorumluluğu” kavramını kullanmamış olsa da, içeriği satıcının zapttan sorumluluğunu düzenlemektedir⁶³.

Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın 42. maddesine göre; *“(1) Satıcı, üçüncü kişilere ait sınai veya diğer bir fikrî mülkiyete dayanan ve sözleşmenin akdedilmesi sırasında bildiği veya bilmemesinin mümkün olmadığı hak veya taleplerden ari mallar teslim etmek zorundadır, şu şartla ki, hak ya da talep,*

(a) malların yeniden satılacağı veya diğer bir şekilde kullanılacağı devletin hukukuna göre mevcut olan bir sınai veya fikrî mülkiyete dayansın ve taraflar sözleşmenin kurulması sırasında malların bu devlette yeniden satılacağını veya kullanılacağını hesaba katmış olsun; veya

(b) bunun dışındaki her halde, alıcının işyerinin bulunduğu devletin hukukuna göre mevcut olan bir sınai veya fikri mülkiyete dayansın.

(2) Satıcının fıkra 1 uyarınca yükümlülüğü,

(a) sözleşmenin kurulduğu anda alıcının hakkı ya da talebi bildiği veya bilmemesinin mümkün olmadığı halleri; veya

(b) hak ya da talebin, alıcının, satıcının kullanımına sunduğu teknik çizim, tasarım, veya başkaca veriden kaynaklandığı halleri kapsamaz.”

⁶² Aktürk, CISG, s.214.Baysal, Ayıp, ss.223,229; Büyük, s.189; Sert, s.284. Antlaşmanın 41 ile 45. maddeleri arasında zapta karşı tekeffül hükümleri düzenlenmiştir (bkz. H. Acar, s. 26; Yavuz, CISG, s.270).

⁶³Turgut Öz, **Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) İle Türk Borçlar Kanunu'nun İlgili Hükümleri'nin Kısa Karşılaştırması**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016 (CISG), s.7.Reform öncesi ifa ihlalleri ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Dirk Looschelders, Schuldrecht, **Allgemeiner Teil**, Auflage 11, München, 2013, s.444.

Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın 43. maddesi alıcıya bildirim külfeti yüklemiştir. Buna göre, alıcı Viyana Satım Antlaşmasının 41. ve 42. maddesine dayanabilmesi için, üçüncü kişinin hakkını öğrendikten veya öğrenmesi gerektiği andan itibaren, makul bir süre içinde bu durumu satıcıya bildirmelidir. Alıcı bu hakkın varlığından önceden haberdar ise, artık satıcının sorumluluğuna gidemez.

Satıcının, üçüncü kişinin üstünde hakkı olan bir malı satması durumunda, somut duruma bakılacaktır. Öncelikle ihlalin esaslı olup olmadığına göre bir değerlendirme yapılacaktır. Bundan sonra alıcı Viyana Satım Antlaşmasının niteliğine uygun düştüğü ölçüde 46. ile 52. maddelerde öngörülen hakları satıcıya karşı kullanabilir. Yine Viyana Satım Antlaşması'nın 74. ve 77. maddelerinde belirtilen tazminat taleplerini niteliğine uygun düştüğü ölçüde talep edebilecektir⁶⁴.

Türk Borçlar Kanunu'nun, zapttan sorumluluk bakımından Viyana Satım Antlaşmasından bir farkı da sözleşmenin sona ermesi bakımındandır. Türk Borçlar Kanunu'na göre, zapt durumunda, sözleşme kendiliğinden sona ermektedir. Viyana Satım Antlaşmasında ise, Antlaşma'nın 49.maddesinde belirtilen durumlarda, alıcı tarafından sözleşme sona erdirilmektedir⁶⁵. Kendiliğinden bir sona erme mevcut değildir.

V.YABANCI ÜLKE HUKUKLARINDA SATICININ ZAPTTAN SORUMLULUĞU

A. İsviçre Hukuku'nda Satıcının Zapttan Sorumluluğu

1. Genel Olarak

İsviçre Borçlar Kanunu'nun 184. maddesine göre satış sözleşmesi, satıcıyla alıcı arasında yapılan ve malın alıcıya teslimi karşılığında bedelin alınması yoluyla gerçekleştirilen bir işlemdir. Satış konusunun teslimi ve satış bedelinin karşı tarafa

⁶⁴ Belirtmek gerekir ki, söz konusu maddelerdeki tazminat talep hakkı satıcı ve alıcının yani her iki tarafın da başvurabileceği bir haktır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Yavuz Dayıoğlu, "CISG Kapsamında Alıcının Tazminat Talep Etme Hakkı", **Milletlerarası Mal Satım Hukuku (CISG), Adalet Yayınevi**, Ankara 2016, s.299 vd.

⁶⁵ Viyana Antlaşması'nda dönemeye ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Serozan, CISG, s.208 vd.

geçiş i kural olarak aynı zamanda yerine getirilmelidir⁶⁶. Satıcının satış konusunu teslimi, satış konusunu düzgün paketlenme gibi yan edim yükümlölükleri bulunmaktadır. Alıcının da taşıma ücreti gibi yan edim yükümlölükleri bulunmaktadır⁶⁷.

2. İfa İhlalleri

Normalde bir sözleşmenin kusursuz ifa edilmesi gerekir, kusursuzluktan kasıt tarafların edimden bekledikleri menfaat bakımından tatmin olmalarıdır. Her yapılan sözleşmede edimler sözleşmedeki gibi ifa edilmeye bilir, bu durumda sözleşme gerektiği gibi yerine getirilmiş olmaz. Yerine getirilemeyen sözleşmeyi ifa etmek için hem genel hem de özel borçlar kanunu hükümleri kullanılabilir⁶⁸.

a. İmkânsızlık

(1). Başlangıçtaki İmkânsızlık

İsviçre Borçlar Kanunu'nun 20. maddesine göre, bir akdin konusu imkânsız, kanuna veya ahlaka aykırı ise geçersizdir⁶⁹. İlgili hüküm ile sözleşme özgürlüğüne

⁶⁶ OR.m.184 “Durch den Kaufvertrag verpflichtet sich der Verkäufer, dem Käufer den Kaufgegenstand zu übergeben und ihm das Eigentum daran zuverschaffen, und der Käufer, dem Verkäufer den Kaufpreis zu bezahlen”. Peter Böhringer, Roger Müller, Peter Münch ve Alex Waltensühl, **Prinzipien des Vertragsrechts**, 2. Baskı, Zürich, 2010, s.138. İsviçre Hukukunda standart bazı satış sözleşmesi çeşitleri bulunmaktadır. Bunlardan bazıları; araç satışı (Fahrniskauf), gayrimenkul satışı (Grundstückkauf), cins satışı (Gattungskauf), parça satışı (Spezieskauf), şirket hissesi satışı (Unternehmenskauf), hayvan satışıdır (Viehkauf) (ayrıntılı bilgi için bkz. Böhringer, Müller Münch ve Waltensühl, s.139).

⁶⁷ Böhringer, Müller Münch ve Waltensühl, s.143. İsviçre Borçlar Hukukunda, haksız fiilden doğan zararların giderilmesine ilişkin hükümler İsviçre Borçlar Kanunu'nun 41 ve devamında düzenlenmiştir. Kişinin hukuka aykırı olarak başkasına kasten ve ihmal ile verdiği zararı tazminle sorumludur. Meydana gelen zarara ilişkin tazminatın biçimi ve ölçüsü hâkim tarafından duruma ve kusurun derecesine göre kararlaştırılır (OR.m.43). Kusurun derecesine bakılıyor olması Türk hukukunda zararın tazmini ile paralellik göstermektedir (bkz.İbrahim Gül, **ABD ve Türk Hukukunda Medeni Ceza, Tazminat ve Tazminatın İşlevleri, Medeni Ceza ve Unsurları, Medeni Ceza Örnekleri**, Yetkin Basımevi, Ankara, 2015, s.290 vd.). İpek, s.56.

⁶⁸ Böhringer, Müller Münch ve Waltensühl, s.143. İsviçre Borçlar Kanunu Tasarısının ifa ihlalleri ile ilgili değerlendirmeler için bkz. Mehmet Akçaal, “İsviçre Borçlar Kanunu Genel Hükümler Tasarısı'nda (OR.2020) İfa Engellerinin Şartları”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:68, Sayı:3, 2019, s.532 vd.

⁶⁹ OR m.20/1: “ Ein Vertrag, der einem unmöglichen oder widerrechtlichen Inhalt hat oder gegen die guten Sitten verstösst, ist nichtig.”

konu bakımından bir sınırlama getirilmektedir. Başlangıçtaki imkânsızlık da bu sınırlamalardan biridir.

Başlangıçtaki imkânsızlıkta, sözleşme kurulduğu anda, edim yerine getirilemez niteliktedir. İmkânsızlığın objektif nitelikte olması gerekir. Bu bakımdan edimin, borçlunun yanı sıra hiç kimse tarafından yerine getirilememesi gerekir. Ayrıca imkânsızlık geçici mahiyette olmamalıdır⁷⁰. Başlangıçtaki imkânsızlığın yaptırımı sözleşmenin geçersizliğidir. Sözleşmenin geçersiz olması için borçlunun kusurunun olup olmaması fark etmemektedir. Kusur, borçlunun sorumluluğu bakımından önem arz etmektedir. Kusuru olan borçlu, alacaklının uğramış olduğu zararı tazmin etmesi gerekecektir⁷¹.

(2). Sonraki İmkânsızlık

İsviçre Borçlar Kanunu'nda sonraki imkânsızlığa ilişkin iki hüküm bulunmaktadır. Söz konusu düzenlemeler İsviçre Borçlar Kanunu'nun 97. ve 119. maddeleridir.

Geçerli şekilde kurulmuş bir sözleşmede edim ifadan önce imkânsız hale gelebilir. Eğer sonraki imkânsızlık borçluya yüklenebilecek bir sebebe dayanmıyor ise İsviçre Borçlar Kanunu'nun 119. maddesi uygulama alanı bulacaktır⁷². Borçlunun sorumluluğu söz konusu olmaz. Sonraki imkânsızlık borçluya atfedilebilecek bir sebebe dayanıyor ise, İsviçre Borçlar Kanunu'nda özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durumda İsviçre Borçlar Kanununda borca aykırılığa ilişkin genel hükümler uygulama alanı bulacaktır (İBK.m.97)⁷³.

⁷⁰Topuz ve Canbolat, s.682.

⁷¹ Akçaal, İsviçre, s.532; Topuz ve Canbolat, s.684.

⁷² OR 119 "Soweit durch Umstände, die der Schuldner nicht zu verantworten hat, seine Leistung unmöglich geworden ist, gilt die Forderung als erloschen." Buradaki imkansızlık objektif anlamdadır. Borçlunun imkânsızlığa neden olan olayda bir kusuru olmamalıdır(Topuz ve Canbolat, s.689). Sonraki imkânsızlıkta borçlanılan malın niteliğinin parça borcu mu yoksa cins borcu mu olduğu önem arz eder. Parça borcu olup da, satıcının kusurundan mal sonradan imkânsız hale geliyor ise zararın tazmini söz konusu olacaktır(bkz.Akçaal, İsviçre, s.532).

⁷³Kann die Erfüllung der Verbindlichkeit überhaupt nicht oder nicht gehörig bewirkt werden, so hat der Schuldner für den daraus entstehenden Schaden Ersatz zu leisten, sofern er nicht beweist, dass ihm keinerlei Verschulden zur Last falle.

b. Gereği Gibi İfa Etmeme (Pozitif Sözleşme İhlali)

Temerrüt ve imkânsızlığın dışında bir diğer sözleşme ihlali türü “gereği gibi ifa etmeme”dir⁷⁴. Doktrinde “gereği gibi ifa etmeme” yerine “sözleşmenin müspet ihlali” kavramı da kullanılmaktadır. İsviçrede hukukçularının bir kısmı “sözleşmenin müspet ihlali (positive Vertragsverletzung)” kavramını tercih etmektedir. Türk hukukunda ise “gereği gibi ifa etmeme (nicht gehörige Erfüllung)” kavramı, İsviçre Borçlar Kanunu’na paralel olarak Türk Borçlar Kanunu’nda açık olarak düzenlenmiştir⁷⁵. Kötü ifa olarak da anılabilecek gereği gibi ifa etmeme, eşyanın ayıplı olması şeklinde görülebileceği gibi borçlu tarafından yan edim yükümlülüklerinin yerine getirilmemesi şeklinde de görülebilir. İsviçre Borçlar Kanunu’nun 97. maddesi gereği gibi ifa etmemeyi düzenlemiştir.

c. Temerrüt

Temerrüt, İsviçre Borçlar Kanunu’nda hem genel hem de özel hükümlerde düzenlenmiştir⁷⁶. İsviçre Hukuku’nda ticari satış ve ticari olmayan satış (adi satış) arasında fark vardır. Ama satıcı, satış konusu edimi yerine getirmekte gecikir ise, hem ticari satış için, hem de adi satış için İsviçre Borçlar Kanunu madde 102 ve devamı uygulama alanı bulur. Ticari satış için özel bir düzenleme de mevcuttur. İsviçre Borçlar Kanunu 190. maddesi, ticari satışlar da kesin vadeli bir satış söz konusu ise satıcı edimi bu vade tarihinde yerine getirmez ise, alıcı teslimden vazgeçip, malın zamanında teslim edilmemesinden doğan zararını (Schadenersatz wegen Nichterfüllung) talep edebilir⁷⁷. Alıcı, ifa kesin vadede gerçekleşmemiş olsa da malın geç ifasını isteyebilir. Gecikmiş ifayı istediğini, derhal satıcıya bildirmesi gerekmektedir, yoksa alıcı sonradan ifa hakkını kaybeder.

⁷⁴ Barış Demirsatan, **Sözleşmeden Doğan Üst Hakkı Bedeli ve Bedeli ve Bedel Borcuna Aykırılığın Sonuçları**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016, s.151.

⁷⁵ O.Gökhan Antalya, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt:III, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2017 (Borçlar III), s.387; Peter Böhringer, Roger Müller, Peter Münch ve Alex Waltensühl, **Prinzipien des Vertragsrechts**, 2. Baskı, Zürich, 2010, s.146; Eren, Genel, 1043; Fahrettin Aral, **Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa**, Yetkin Basımevi, Ankara, 2011, ss.74,76.

⁷⁶ Böhringer, Müller Münch ve Waltensühl, s.147.

⁷⁷ Böhringer, Müller Münch ve Waltensühl, s.147.Bekir Akıncı, **Ticari Satımda Satıcının Temerrüdü ve Müspet Zarar**, Sayram Yayınevi, Konya, 2014, s.19 vd.

Satış sözleşmesinde bir vade tarihi kararlaştırılmış olabileceği gibi bir tarih kararlaştırılmamış da olabilir. Vade tarihi geldiğinde satıcı edimi yerine getirmez ise, alıcı satıcıya yeni bir süre verebilir. İsviçre Borçlar Kanunu madde 107'ye göre, alıcı ifayı gecikmeli de isteyebilir. Satıcı bu durumda hem malı alıcıya teslim etmeli, hem de gecikmeden doğan zararı ödemelidir.

İsviçre Borçlar Kanunu'nun 103. maddesi ve devamında temerrüt durumunda alıcının seçimlik hakları düzenlenmektedir. Satış sözleşmesinde kesin bir vadenin bulunmaması durumunda, temerrüde düşen borçluya karşı alıcının 3 tane seçim hakkı vardır. Bunlar, aynen ifa ve gecikmeden doğan zararın tazmini; ifadan ve gecikme tazminatından vazgeçip, borcun ifa edilmemesinden doğan zararın giderilmesini isteme; sözleşmeden dönmedir (İBK.m.107)⁷⁸.

d. Ayıplı İfa

Satış sözleşmesinde ayıp, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 197. maddesi ve devamında düzenlenmiştir. Maddi ayıp; alınan eşyada bir kusur, eksiklik, defo olması anlamına gelmektedir⁷⁹.

Satıcı, alıcıya satış konusu malda bulunması gereken bazı özellikleri garanti etmiş olabilir. Taahhüt edilen özelliğin teslim edilen malda bulunmaması, her ne kadar taahhüt edilen özellik olmadan da mal sorunsuz kullanılabilir olsa da, edim tam olarak yerine getirilmiş olmaz. Çünkü alıcı satıcı ile söz konusu özelliğin malda bulunması garanti edildiği için anlaşılmıştır⁸⁰.

İsviçre Borçlar Kanunu'nun 197. maddesinin uygulanabilmesi için ayıbın satış konusunu teslim ederken mevcut olması gerekir. Ayıbın sonradan ortaya çıkması durumunda, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 97. maddesi ve devamı uygulanabilir⁸¹.

İsviçre Borçlar Kanunu'nun 201. maddesine göre, alıcının malı teslim alırken muayene etmesi gerekmektedir. Alıcı bir ayıp görürse hemen satıcıya bildirmesi gerekir. Satıcı ayıbı gizlemişse, ayıp ortaya çıktığı zaman alıcı bildirimde bulunmalıdır. Alıcı ayıbı biliyorsa, satıcıya karşı bir talepte bulunamaz. Ancak alıcı

⁷⁸ Böhringer, Müller Münch ve Waltensühl, s.147.

⁷⁹ Satıcının ifasının kusurlu olması alud ifa (Nichtererfüllung) şeklinde ya da kötü ifa (Schlechterfüllung) şeklinde olabilir (bkz. Böhringer, Müller Münch ve Waltensühl, s.149).

⁸⁰ Böhringer, Müller Münch ve Waltensühl, s.149.

⁸¹ Böhringer, Müller Münch ve Waltensühl, s.150.

ayıbı bilmekle beraber, satıcı ayıbı gidereceğini taahhüt etmiş ise, bu durumda satıcının sorumluluğu söz konusu olacaktır (İBK.m.200/2)⁸². Ayıp durumunda, alıcının üç seçimlik hakkı bulunmaktadır. Bunlar sözleşmeden dönme (Wandelung), satış bedelinde indirim (Minderung), satış konusunun yenisi ile değişimidir (Ersatzlieferung)⁸³.

3. Satıcının Zapttan Sorumluluğu

İsviçre Borçlar Kanunu'nun 192. maddesi ve devamı maddeleri tekeffül yükümlülüğü kenar başlığı altında, satıcının zapttan sorumluluğunu düzenlemiştir. İsviçre Borçlar Kanunu'nun 192. maddesine göre, satıcı, sözleşmenin kurulduğu sırada üçüncü kişi tarafından alıcıya karşı ileri sürülebilecek bir hak olmadan malı alıcıya teslim etmekle yükümlüdür. Alıcı sözleşmenin kurulduğu anda zapt tehlikesiyle karşılaşabileceğini biliyorduyorsa, satıcı sorumlu olacağını açıkça taahhüt etmesi halinde sorumlu olacaktır. Satıcı, üçüncü kişinin hakkını bildiği halde sessiz kalmışsa, tekeffül yükümlülüğünü kaldırma ya da ya da sınırlama konusunda yapılan bir anlaşma geçersizdir⁸⁴.

Satıcının, üçüncü kişinin hakkı bulunan malı alıcıya teslim etmesi gerekmektedir. Teslimden önce mal, üçüncü kişi tarafından zapt edilir ise artık burada İsviçre Borçlar Kanunu'nun 192. ve devamı maddeleri değil, 97. maddede yer alan ifa etmemeye ilişkin genel hükümler uygulama alanı bulur.

Yargılama usulü kenar başlığı altında İsviçre Borçlar Kanunu'nun 193. maddesi üçüncü kişinin hak talebinin ihbarını düzenlemiştir. Hükme göre üçüncü bir kişi tarafından, satıcıyı tekeffül ile mükellef kılan bir hak ileri sürülürse, Hukuk Usulü Kanunu'na göre satıcı, alıcıya yardım eder. Satıcıya atfedilen bir sebep olmaksızın

⁸² Böhringer, Müller Münch ve Waltensühl, s.152.

⁸³ İsviçre Borçlar Kanunu madde 205, sözleşmeden dönme düzenlenmiştir. Sözleşmeden dönmeye ilişkin iki görüş vardır. Geçmişe etkili dönme ve geleceğe yönelik olarak dönme şeklindedir (ayrıntılı bilgi için bkz. Böhringer, Müller Münch ve Waltensühl, s.152).

⁸⁴ OR 192 “ (1) Der Verkäufer hat dafür Gewähr zu leisten, dass nicht ein Dritter aus Rechtsgründen, die schon zur Zeit des Vertragsabschlusses bestanden haben, den Kaufgegenstand dem Käufer ganz oder teilweise entziehe.

(2) Kannte der Käufer zur Zeit des Vertragsabschlusses die Gefahr der Entwehrung, so hat der Verkäufer nur insofern Gewähr zu leisten, als er sich ausdrücklich dazu verpflichtet hat.

(3) Eine Vereinbarung über Aufhebung oder Beschränkung der Gewährspflicht ist ungültig, wenn der Verkäufer das Recht des Dritten absichtlich verschwiegen hat.

alıcı ihbarda bulunmamış ise, satıcı dava zamanında kendisine ihbar edilmiş olsaydı daha uygun bir dava sonucunun alınabileceğini kanıtlayabildiği ölçüde, garanti yükümlülüğünden kurtulur⁸⁵. Üçüncü kişi tarafından hak talebi ile karşılaşan alıcı bu durumu, satıcıya ihbar eder. Böylece satıcının savunma ödevi doğar.

İsviçre Borçlar Kanunu'nun 192. ve 196. maddeleri arasında yer alan satıcının zapttan sorumluluğuna ilişkin hükümler, Türk Borçlar Kanunu'ndaki zapttan sorumluluğa ilişkin düzenlemelere örnek alınmıştır. Bu bakımdan düzenlemeler hemen hemen aynıdır.

B. Alman Hukuku'nda Satıcının Zapttan Sorumluluğu

2002 yılında Alman Borçlar Hukuku Reform Kanunu (Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz) önemli değişiklikler getirmiştir. Reformdan önce Alman Borçlar Kanunu'nda edimlerin ifa edilmemesi veya gereği gibi ifa edilmemesinin sonuçları hem genel kısmında (Allgemeines Leistungsrecht) hem de özel kısmında (ayıptan sorumluluk hükümleri altında) düzenlenmişti. Kötü ifa etme veya gereği gibi ifa etmeme satış sözleşmesinde ayrıntılı olarak düzenlenirken, genel olarak borcun hiç ifa edilmemesi haline ilişkin Alman Medeni Kanunu'nda (BGB) bir hüküm bulunmamakta idi⁸⁶.

1. Genel Olarak

Satış sözleşmesi asıl olarak Alman Medeni Kanunu'nda düzenlenmiştir. Alman Medeni Kanunu borçlar hukuku genel hükümlerinin yanı sıra ve satış sözleşmesine ilişkin özel hükümleri ihtiva etmektedir. Alman Medeni Kanunu'nun 433. ve devamı

⁸⁵ OR 193 "(1)Die Voraussetzungen und Wirkungen der Streitverkündung richten sich nach der ZPO. (2) Ist die Streitverkündung ohne Veranlassung des Verkäufers unterblieben, so wird dieser von der Verpflichtung zur Gewährleistung insoweit befreit, als er zu beweisen vermag, dass bei rechtzeitig erfolgter Streitverkündung ein günstigeres Ergebnis des Prozesses zu erlangen gewesen wäre.

⁸⁶Hüseyin Can Aksoy, **Impossibility in Modern Private Law, A Comparative Study of German, Swiss and Turkish Laws and the Unification Instruments of Private Law**, Switzerland, 2014, s.9; Savaş Bozbel, Alman Borçlar Hukuku Reformu ile Getirilen Değişiklik ve Yenilikler, [The Reform of German Contract Law: Changes and Renewals], (Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz), Mevzuat Dergisi, Yıl 6, Sayı 67, Temmuz 2003, s.1. Alman Medeni Kanunu'na göre, haksız fiilden doğan zararın tazmininden anlaşılması gereken, meydana gelen zarar gerçekleşmeseydi bulunulması gereken mevcut durumun tekrar sağlanmasıdır. Başka bir deyişle haksız fiilden önce bulunulan konuma tekrar ulaşılmasıdır (BGB.m.249/1) (bkz.Gül, s.272).

maddelerinde özel hükümler kısmında satış sözleşmesi düzenlenmiştir. Alman Medeni Kanunu'nun 433. maddesine göre, satıcı eşyayı alıcıya teslim etmek ve alıcıya eşyanın mülkiyetini geçirmekle yükümlüdür⁸⁷. Satıcı, alıcıya maddi ve hukuki ayıplardan arınmış olarak malı teslim etmelidir. Alman Ticaret Kanunu'nun 373. ve devamı maddelerinde ticari sözleşmeler düzenlenmiştir. Burada da satış sözleşmelerine uygulanacak hükümler bulunmaktadır. Alman Ticaret Kanunu'nun 377. maddesi alıcının malları inceleme ve ayıpları derhal satıcıya bildirme görevini düzenlemiştir.

2. İfa İhlâlleri

Alman Medeni Kanunu'nun 280. maddesinin 1. fıkrasına göre borçlu, sözleşmesel ya da kanuni olsun borç ilişkisinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmemesinden sorumludur. Asli ya da yan yükümlülüklerinden birinin yerine getirmemiş olması, borçlunun sorumlu tutulması için yeterlidir. Borcun ifa edilmemesi, imkânsızlık, temerrüt, kötü ifa veya gereği gibi ifa etmeme şeklinde görülür.

a. İmkânsızlık

(1) Genel Olarak

Alman Medeni Kanunu'nun 275. maddesinde imkânsızlık tek madde olarak düzenlenmiştir. İmkânsızlık temel ifa engellerindendir. Alman Yasa koyucunun hedefi imkânsızlığı tek başına bir kategori yapmaktır. İmkânsızlık her durumda kullanılamaz, edim yükümünün durumuna bakmak gerekir. Borçlu edimini yerine getirmezse bir borca aykırılık söz konusudur. Bu kapsamda imkânsızlık bir tür borca aykırılıktır⁸⁸.

⁸⁷ BGB 433: "Durch den Kaufvertrag wird der Verkäufer einer Sache verpflichtet, dem Käufer die Sache zu übergeben und das Eigentum an der Sache zu verschaffen. Der Verkäufer hat dem Käufer die Sache frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen."

⁸⁸ Frank Weiler, **Schuldrecht Allgemeiner Teil**, Baden 2014, s.216; Jens Petersen, **Examens-Repetitorium Allgemeines Schuldrecht**, Tübingen, 2009, s.91; Looschelders, s.163, 169. BGB 275 gerçek anlamda imkansızlığı düzenlerken, BGB 275/2 fiili (pratik) imkansızlığı, BGB 275/3 ahlaki imkansızlığı düzenlemektedir (ayrıntılı bilgi için bkz. Petersen, s.91). İmkânsızlık Roma Hukuku'ndan günümüze, borçlunun edim yükümlülüğünü sınırlayan bir durum olarak değerlendirilmiştir. BGB 275 anlamında imkânsızlıkta borçlunun edimi yerine getirme yükümlülüğünden kurtulmasını

Alman Medeni Kanunu'nun 275. maddesinin birinci fıkrasında gerçek imkânsızlık (objektif imkânsızlık) düzenlenmiştir. İkinci fıkrada fiili imkânsızlık ve üçüncü fıkrada sübjektif imkânsızlık (şahsi nedenli beklenilmezlik) düzenlenmiştir. Dördüncü fıkrada imkânsızlık durumunda uygulanacak Alman Medeni Kanunu'nun 280, 283, 284, 285, 331/a ve 326. maddelerine atıflar vardır⁸⁹.

(2) Gerçek İmkânsızlık

Alman Medeni Kanunu'nun 275. maddesinin 1. fıkrası, genel anlamda imkânsızlığı tanımlamıştır⁹⁰. İlgili hükme göre; borçlu veya herkes için, borçlanılan edim imkânsız hale gelmiş ise, söz konusu edimi talep hakkı ortadan kalkar. İlgili hüküm borçlunun gerçekten ya da hukuki sonuçlar yönünden edim yükümlülüğünü yerine getirememesini düzenlemektedir⁹¹.

Alman Medeni Kanunu'nun 275. maddesinin 1. fıkrasındaki imkânsızlığa doğal nedenler ile edim yükümlülüğünün yerine getirilememesi durumu dâhildir. Satışa konu hayvanın ölümü, teslim konu ürünlerin deprem sonucu yok olması, kiraya konu evin yanması, gibi olaylar nedeni ile edim imkânsız olabilir. Bu durumda fiziksel imkânsızlık söz konusudur⁹². Hukuki imkânsızlık da, gerçek imkânsızlık içinde yer

düzenlemektedir (bkz. Aksoy, Impossibility, s.10). Kübra Ercoşkun Şenol, **Borçlar Hukukunda Kısmi İmkânsızlık**, On İki Levha Yayıncılık, 2016, s.42 vd.

⁸⁹Seçkin Topuz ve Ferhat Canbolat, "Türk-İsviçre ve Alman Borçlar Hukukunda İmkânsızlığın Düzenlenişi", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:57, Sayı:3, 2008, s.674. Weiler, s.216. Alman Medeni Kanunu üzerinde yapılan reform çalışmalar sonucunda, 2002 yılında Alman Medeni Kanununda değişikliğe gidilmiştir. Yapılan değişiklikle birlikte farklı maddelerde düzenlenmiş olan imkânsızlığa ilişkin hükümler BGB 275 olarak tek bir madde altında toplanmıştır (Topuz ve Canbolat, s.688). Reform öncesi BGB'de imkânsızlık farklı maddelerde düzenlenmişti. Bu kapsamda eski BGB 306'da başlangıçtaki imkânsızlık hali düzenlenmişti. Eski BGB 306 "Ein auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag ist nichtig". Eski BGB 306'ya göre başlangıçtaki objektif imkânsızlık durumunda, sözleşme geçersiz olmakta idi. BGB 275'e göre, başlangıçtaki imkânsızlık durumunda, borçlu edimi yerine getirmek zorunda değildir. BGB 311a'ya göre, başlangıçtaki imkânsızlıkta sözleşme geçersiz olmamakta, BGB 275'e göre edim yükümlülüğünü yerine getirmekten kurtulmuş olan borçluya karşı tazminat talebinde bulunulabilecektir (ayrıntılı bilgi için bkz.Topuz ve Canbolat, s.705; Aksoy, Impossibility, s.16).

⁹⁰ BGB m.275/1: "Der Anspruch auf Leistung ist ausgeschlossen, soweit diese für den Schuldner oder für jedermann unmöglich ist."

⁹¹Felix Hütte ve Marlena Hütte, **Schuldrecht Allgemeiner Teil**, Bremen, 2013, s.120, 122; Looschelders, s.169.

⁹²Ercoşkun, s.49; Looschelders, s.169; Topuz ve Canbolat, s.689. Edimin yerine getirilmesi gerçekten de mümkün olmamaktadır. Gerçekten yerine getirilememesinin nedeni, kanuna uygun olmaması, bilime aykırılık ya da teknik sebeplerden kaynaklanabilir (Ayrıntılı bilgi için bkz.Hütte ve Hütte, s.122). Kazasız olduğu iddia edilen belli bir model ikinci el arabanın satın alındıktan sonra kazalı çıkması durumunda da imkânsızlık söz konusudur. Burada parça borcu söz konusu olduğu için, cins borcundan

almaktadır. İnşaat firmasının bir binanın inşaatını borçlanması, ancak söz konusu binanın yapımının inşaat mevzuatına uygun olmaması hukuki imkânsızlıktır⁹³. Sözleşme konusu, hiç kimse tarafından yerine getirilememesi de (objektive Unmöglichkeit) gerçek imkânsızlık olarak değerlendirilir⁹⁴.

Alman Hukuku'nda, edim sonucu önemlidir. Bu kapsamda edim fiili gerçekleşmekle beraber edim sonucu gerçekleşmiyorsa, gerçek imkânsızlık söz konusu olacaktır. Bu kapsamda “amaca ulaşılması” (Zweckerreichung) ve “amacın çökmesi” (Zweckfortfall) gerçek imkânsızlık olarak değerlendirilmektedir. Sözleşmeden beklenen sonuç, borçlunun bir eylemde bulunmamasına rağmen meydana gelmektedir. Bir hastanın doktor gelene kadar kendiliğinden iyileşmesi bu duruma örnektir. “Amacın çökmesi” ise taraflara yüklenemeyen bir sebepten ötürü, alacaklının asıl amacının imkânsız hale gelmesidir. Bir hastanın doktor gelene kadar ölmesi de bu duruma örnektir⁹⁵.

(3) Fiili imkânsızlık

Alman Medeni Kanunu'nun 275. maddesinin 2. fıkrasında teorik olarak ifa mümkün olmakla beraber borçlunun edimi yerine getirmesi ile alacaklının ifadan doğacak menfaati karşılaştırıldığında, dürüstlük kuralına göre borçludan edimi yerine getirmesinin beklenememesi düzenlenmiştir⁹⁶. Borçlunun göstermesi gereken gayretin belirlenmesinde, borçlunun kusuru da dikkate alınır. Klasik örnek, satışa konu olan

farklı olarak aracın yenisinin temini mümkün olmayacaktır. BGB 275/2 uygulama alanı bulacaktır (Ayrıntılı bilgi için bkz.Hütte ve Hütte, s.122). Borçlunun edim yükümlülüğü, doğa kanunlarına göre yerine getirilmesi mümkün değil ise imkânsızlık söz konusu olacaktır (bkz Weiler, s.217).

⁹³Looschelders, s.172.

⁹⁴ Petersen, s.92. Objektif ve subjektif ya da önceden ve sonradan imkânsızlık olması fark etmez, BGB275/1 gerçek anlamda bütün mutlak imkânsızlığı düzenlemiştir. Satışa konu olan ikinci el aracın üzerine yıldırım düşmesi ve kullanılamaz hale gelmesi durumunda sonradan imkânsızlık söz konusu olacaktır. Satış sözleşmesinden önce araç kullanılamaz halde olsa idi bu durumda da önceki imkânsızlıktan bahetmek gerekecekti(ayrıntılı bilgi için bkz.Hütte ve Hütte, s.126).

⁹⁵Hütte ve Hütte, s.125; Looschelders, s.169; Topuz ve Canbolat, s.689.Hans Brox ve Wolf-Dietrich Walker, **Allgemeins Schuldrecht**, C.H.Beck Yayınevi, Münschen, 2014, s.150.

⁹⁶Hütte ve Hütte, s.120; Topuz ve Canbolat, s.692. BGB 275/2:“Der Schuldner kann die Leistung verweigern, soweit diese einen Aufwand erfordert, der unter Beachtung des Inhalts des Schuldverhältnisses und der Gebote von Treu und Glauben in einem groben Missverhältnis zu dem Leistungsinteresse des Gläubigers steht. Bei der Bestimmung der dem Schuldner zuzumutenden Anstrengungen ist auch zu berücksichtigen, ob der Schuldner das Leistungschindernis zu vertreten hat.” Edimin yerine getirilmesi teorik olarak mümkün olmakla beraber, borçlunun göstereceği gayret, alacaklının edim menfaatine göre ciddi anlamda yetersiz olacağı durumları ihtiva etmektedir (Hütte ve Hütte, s.135).

yüzüğün denizin derinliklerine düşmesidir. Teorik olarak, yüzüğün çıkartılması mümkündür. Günümüz teknolojisi bu imkânı sağlamaktadır. Yüzüğü çıkartmak için harcanan masraf, yüzüğün değerinden onlarca kat fazla olması durumunda, alıcının faydasına göre orantısız olacaktır. Bu durumda Alman Medeni Kanunu'nun 275. maddesinin 2. fıkrası anlamında bir imkânsızlık vardır⁹⁷. Bu durumda borçlu, bir defi olarak edimin ifasından kaçınabilir⁹⁸.

(4) Özel Kişisel Nedenlerle İmkânsızlık

Alman Medeni Kanunu'nun 275. maddesinin 3. fıkrası, borçlunun şahsen yerine getirmesi gereken edim ile ilgili, bir ifa engeli ile karşılaşılırsa ve alacaklının bu edimdeki menfaati ile borçludan şahsen edimi yerine getirmesi için göstereceği efor makul karşılanmazsa, edimi ifa etmeyebilir⁹⁹.

Alman Medeni Kanunu'nun 275. maddesinin 3. fıkrası anlamında imkânsızlıkta, edimin ifası teorik olarak mümkündür. Fiili imkânsızlıktan farklı olarak, borçlunun şahsından kaynaklanan bir beklenilmezlik söz konusudur. Alman Medeni Kanunu'nun 275. maddesinin 2. fıkrasından farklı olarak, alacaklının menfaati ile borçlunun söz konusu edimi yerine getirebilmesi için katlanması gereken masraflar arasında bir karşılaştırma yapılmamaktadır¹⁰⁰.

b. Kötü İfa

Borçlu zamanında bir edim yerine getirmekle beraber alacaklının sözleşmede kararlaştırdığı şekilde yerine getirmemiş olabilir. Bu ifa durumuna kötü ifa denir. Kötü ifa durumunda, somut duruma göre edimin sözleşmede kararlaştırıldığı şekilde yerine getirilmesi tekrar istenebilir.

⁹⁷Aksoy, Impossibility, s.18; Looschelders, s.175; Topuz ve Canbolat, s.693.

⁹⁸ Borçlunun edim yükümlülüğünden kaçınması durumunda, alacaklının durumu da BGB 326'ya göre belirlenecektir (ayrıntılı bilgi için bkz.Topuz ve Canbolat, s.699). Yetersizlik, sözleşmeden beklenen sadakat ve güven ilkelerinden beklenmeyecek düzeye ulaşmalıdır. BGB 275/2'nin sınırlandırılması da gerekmektedir, bu kapsamda borçlunun yetersizliği değerlendirilirken "pacta sunt servanda" ilkesinin koruması gerektiği de göz önüne alınmalıdır (Hütte ve Hütte, s.137).

⁹⁹ BGB m.275/3 "Der Schuldner kann die Leistung ferner verweigern, wenn er die Leistung persönlich zu erbringen hat und sie ihm unter Abwägung des seiner Leistung entgegenstehenden Hindernisses mit dem Leistungsinteresse des Gläubigers nicht zugemutet werden kann."

¹⁰⁰Topuz ve Canbolat, s.702.

c. Ayıplı İfa

Alman Medeni Kanunu'nun 437. maddesi satış konusu malda maddi veya hukuki ayıp bulunması durumunda alıcıya tanınan haklar düzenlenmiştir. Alman Medeni Kanunu'nun 437. maddesinin 1.fıkrası hükmüne göre alıcı, öncelikle aynen ifayı talep edebilir. Alman Medeni Kanunu madde 437/2'ye göre, alıcı Alman Medeni Kanunu'nun 323. ve 326/5. madde hükümlerine göre dönme hakkını seçebileceği gibi, Alman Medeni Kanunu'nun 441. maddesine göre bedelde indirim hakkını da seçebilir. Alman Medeni Kanunu'nun 437/3. maddesi uyarınca, alıcı tazminat (AMK.m.280,281,283 ve 311a'ya göre) veya masrafları (AMK.m.284'a göre) talep edebilir¹⁰¹.

3. Satıcının Zapttan Sorumluluğu

2002 yılında yapılan değişiklik ile, Alman Borçlar Hukuku Reform Kanunu ayıplı ifayı ve zapttan sorumluluğu yeniden ele almıştır. Yeni Alman Medeni Kanunu ile, sözleşmenin taraflarının anlaştığı özelliklerin satış konusu malda bulunmaması durumunda ayıp söz konusudur. Bu kapsamda Alman Medeni Kanunu'nda zapttan sorumluluk hukuki ayıp olarak değerlendirilmiştir. Bu kapsamda üçüncü kişinin üstün bir hakka dayanarak satış konusu malı zapt etmesi durumunda Medeni Kanunu'nun 437. maddesi uygulama alanı bulacaktır. İlgili hükümlere göre alıcı, ayıbın giderilmesini veya kendisine ayıpsız bir malın teslimini isteyebilir.

C. İngiliz Hukuku'nda (Birleşik Krallık Hukuku) Satıcının Zapttan Sorumluluğu

1. Genel Olarak

Birleşik krallık gelişmiş ülkeler arasında Viyana Satım Antlaşması'na taraf olmayan ender ülkelerden biridir. İngiltere'de Viyana Satım Antlaşması tartışmaları,

¹⁰¹Stöber, Michael. **Satış Sözleşmesinde Ayıptan Doğan Sorumluluk Hükümleri Çerçevesinde Bedel İndirimi Hakkının Dönme Hakkı ve Tazminat Talepleriyle İlişkisi**, çev. Kerem Öz, Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2019, Cilt:6, Sayı:11, s163.

İngiliz hukukunun göreceli değerleri üzerinden ve rekabete odaklanan analizler üzerinden yıllarca sürmüştür.

Roma Hukuku, elinden malı alınan maliki korumaya yönelik düzenlemeler geliştirmişti. İngiliz Hukukunda da, başlangıç noktası olarak “*nemo plus iuris ad alium transfere potest quam ipse habet*” ilkesi benimsenmiştir. Eğer bir mal, gerçek sahibi tarafından devredilmezse, gerçek sahibi ile malı alan üçüncü kişi arasında bir çatışma çıktığında, gerçek malın sahibi kanun önünde avantajlı durumda yer alır¹⁰².

İngiliz Mal Satım Kanunu (The Sale of Goods Act -SGA-) satış sözleşmesine ilişkin az sayıda temel yasal düzenlemeyi barındırmaktadır. İngiliz Mal Satım Kanunu, sözleşmenin varlığına veya yokluğuna ilişkin düzenlemeler içermektedir. Bu kanun, kanuni öngörülebilirliği sağlamasından dolayı Britanya İmparatorluğuna dâhil çoğu ülkede uygulama alanı bulmaktadır. İngiliz Mal Satım Kanunu satış sureti ile devredilecek ya da devredilmesi konusunda anlaşılmış mallar için uygulama alanı bulur. Malların satışı ile satıcıdaki mülkiyet alıcıya geçecektir.

Alıcının İngiliz Mal Satım Kanunu altında belli hakları ve yükümlülükleri bulunmaktadır. “*Malik olmayan tarafından satış*” kenar başlığını taşıyan İngiliz Mal Satım Kanunu’nun 21. maddesinin 1. fıkrası bu durumu düzenlemiştir. Bu hükme göre; “*Bu kanun kapsamında mallar, malik olmayan tarafından satılırsa ve satış konusunda yetkisi veya malikin bu konuda rızası yoksa alıcı satıcının o mal üzerinde sahip olduğu haktan fazlasına sahip olamaz; yeter ki, malik satıcının ret etmiş olduğu yetkisini engellemekten vazgeçmesin*” demektedir. Böylelikle, malikin korunması ön planda tutulmaktadır.

Ancak İngiliz Hukuku, Roma Hukuku’ndan farklı olarak iyiniyetli kazanımı tanımaktadır. Bu durum nemo plus iuris kuralına karşı önemli bir istisna oluşturmaktadır¹⁰³. İngiliz Mal Satım Kanunu’nun 23. maddesine göre, alıcı satış konusu malı iyiniyetli olarak ve satıcının yetkisizliğini bilmeden almış ise, alıcının iyiniyeti korunur¹⁰⁴.

¹⁰² Lurger Brigitta ve Wolfgang Faber, Acquisition and Loss of Ownership of Goods, Stampfli Basımevi, 2011, s.906 (bkz. http://www.beck-shop.de/fachbuch/leseprobe/9-783935808668_Excerpt_004.pdf, e.t.19.4.2018); Stoyanov, s.95.

¹⁰³ Brigitta ve Faber, s.906; Stoyanov, s.95.

¹⁰⁴ Satışlarda iyiniyetin korunması kıta avrupasında genel kabul görmüş bir kuraldır. Gerçektende İsviçre Hukuku’nda (İsviçre Medeni Kanunu m. 714), İspanya Hukuku’nda (İspanya Medeni Kanunu m.464), Hollanda Hukuku’nda (Hollanda Medeni Kanunu m.3:86), Polanya Hukuku’nda (Polanya Medeni Kanunu m.169), Litvanya Hukuku’nda (Litvanya Medeni Kanunu m.1.80), Yunan Hukuku’nda

2. Satıcının Zapttan Sorumluluğu

İngiliz Mal Satım Kanunu'nun 21. maddesi ile satıcının malik sıfatı olmadan bir malı satması durumunda alıcının mülkiyeti kazanamayacağı düzenlenmiştir. Ancak bu durumda gerçek malikin alıcının elinden malı alması durumunda, satıcıya karşı başvuracağı ayrı bir düzenleme bulunmamaktadır. Başka bir ifade ile İngiliz hukukunda satıcının zapttan sorumluluğu ayrıca düzenlenmemiştir. Bu bakımdan İngiliz Mal Satım Kanunu'nun 6. bölümünde yer alan sözleşmenin ihlali hükümlerine ilişkin genel hükümler uygulama alanı bulacaktır.

Satıcı yanlış malı teslim ettiğinde ya da teslim etmekten vazgeçtiğinde, alıcı satıcıya karşı malın teslim edilmemesinden doğan zararlarını talep edebilir. Bu, vermiş olduğu parayı geri almanın yanında ek bir haktır.

Mallar özellikli veya belirli olduğunda, alıcı satıcıyı sözleşmeyi belirli bir şekilde ifası için dava edebilir ve onu aynı malları teslim etmeye zorlayabilir. Mahkeme, yalnızca mallar belirli veya tespit edildiğinde ve hasar için verilen bir karar yeterli olmadığı takdirde belirli şekilde ifa için karar verir.

Satıcının teslim tarihinden önce teslimden vazgeçmesi durumunda, alıcı aşağıdaki iki işlemten herhangi birini kabul edebilir. İlk olarak sözleşmeyi feshedilmiş olarak değerlendirebilir ve satıcıya tazminat davası açabilir. Bu aynı zamanda “beklenti ihlâli için zarar” olarak da bilinir. Hasar, ihlal tarihinde geçerli olan fiyatlara göre değerlendirilir. İkinci yol olarak alıcı sözleşmeyi devam ettirir ve teslim tarihine kadar bekleyebilir. Sözleşme risk altında ve her iki tarafın yararına açık kalır. Satıcının daha sonra teslimi seçmesi durumunda, herhangi bir hasar olmayacaktır, aksi takdirde teslimat için öngörülen günde fiyatlara göre değerlendirilen hasarlardan sorumlu olacaktır.

(Yunan Medeni Kanunu m.288) iyiniyet kuralı benimsenmiştir. Ancak Portekiz Hukuku'nda bu durum farklıdır. Portekiz Hukuku nemo plus iuris kuralını sıkı uygulamaktadır(bkz.Brigitta ve Faber, s.90; Stoyanov, s.96).

D. AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKUNDA SATICININ ZAPTTAN SORUMLULUĞU

1. Genel Olarak

Avrupa Birliği'nin kuruluşundaki temel hedef, pazarların entegrasyonu idi. Bu kapsamda, malların, hizmetlerin ve sermayenin serbest dolaşımı imkânı sağlanmalı idi. Bu düzenin sağlanması için ulusal hukuktaki engelleri aşmak için ortak bir mevzuat yaratmak gerekmiştir¹⁰⁵. Avrupa Parlamentosunca, üye devletlerin medeni kanunlarının bir biri ile uyumlu olması gerektiği gibi, sözleşmeler hukukunda da uyumun sağlanması gerektiği dile getirilmiştir¹⁰⁶. Bu kapsamda birlik, çok sayıda yönerge ve tüzük düzenlemiştir¹⁰⁷.

Toplam yüz otuz bir maddeden ve dokuz bölümden oluşan Avrupa Sözleşme Hukuku İlkelerinin ilk bölümü sözleşmenin uygulanmasına ilişkin genel hükümlerdir¹⁰⁸. Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri (The Principles of European

¹⁰⁵Eylem Apaydın, "Satım Hukuku Özelinde Uluslararası Sözleşme Hukukunun Birleştirilmesi Çalışmalarının Kronolojisi", **Journal of Yaşar University**, Cilt:8,Özel Sayı, 2013, s.206; Jürgen, Basedow, **Avrupa Özel Hukuku'nun Doğuşu**, çev. Arzu Oğuz, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2003, C.52, S.3, s.8; Kemal Dayınlarlı, "Avrupa Birliği Ülkelerinde Sözleşme Hukukunu Yeknesaklaştırma Çalışmaları ve Ole Lando İlkeleri" **Prof.Dr. Fikret Eren'e Armağan**, Ankara 2006, s.328.

¹⁰⁶Dayınlarlı, s.328; Hacı Can, Avrupa Ortak Satım Hukuku Tüzüğü Önerisi, **Asomedy**, Sayı:Temmuz/Ağustos, 2013, <https://www.aso.org.tr/site/files/pdf/asomedy/2013temmuzagustos.pdf>, (30.8.2019), s.45.

Hukukçu Ole Lando önderliğinde hazırlandığından Ole Lando ilkeleri olarak da anılan Avrupa Sözleşme Hukuku İlkelerini oluşturmanın ilk fikirleri 1974 yılına kadar dayanmaktadır. Bunu izleyen yıllarda bu fikir somutlaşmaya başlamıştır. 1995 yılında birinci ve ikinci kısımlar, daha sonra da üçüncü kısımlar ele alınmak sureti ile 2003 yılına gelindiğinde Avrupa Sözleşme hukuku maddeleri somut bir hale bürünmüştür (ayrıntılı bilgi için bkz. Dayınlarlı, s.330;Meltem Ece Oba, "Anasyonel Hukuk Kuralları ve Uygulama Alanı", **Türkiye Barolar Birliği**, Sayı: Mart-Nisan, 2017, ss.302).

¹⁰⁷ Basedow, s.11. Avrupa Birliği hukukunun birincil kaynaklarını anayasal antlaşmalar oluşturmaktadır. Bunlar, Paris Antlaşması, Roma Antlaşması, Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu, Birleşme Antlaşması, Schengen Antlaşması, Avrupa Tek Senedi, Maasricht Antlaşması, Amsterdam Antlaşması, Nice Antlaşması, Lizbon Antlaşması ve diğerleridir. İkincil kaynaklar ise, anayasal antlaşmalardan sonra gelen düzenlemelerdir. Bunlardan ilki tüzüklerdir. Tüzükler, Avrupa Birliği üyesi ülkelerde doğrudan uygulanabilir. Bir diğer ikincil kaynak olan Direktifler ise, üye ülkenin mevzuatı uyumlu hale getirilmelidir. Bu konuda bakınız; Mehmet Helvacı, "Avrupa Birliği Özel Hukuku Seçimlik Dersi, Ders Notu", s.23.http://cdn.istanbul.edu.tr/FileHandle-r2.ashx?f=ab_dersnotu.pdf , (e.t.23.5.2020) ;Demet Özdamar, "Avrupa Sözleşmeler Hukuku'nda ve Türk Borçlar Hukuku'nda Örf ve Adetler İle Teamül ve Uygulamaların Yeri", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, **Prof.Dr. Şeref Ertaş'a Armağan**, Cilt 19, Özel Sayı 2017 (Teamül), s.144.

¹⁰⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz.bkz. MiklosKirály, "The Rise and Fall of Common European Sales Law", **Elta Law Journal**, Sayı:2, Budapest 2015, s.33; Oba, s.302.Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri'nin esas itibari ile bir yürürlük gücü yoktur. Bununla beraber Avrupa borçlar hukukunun oluşturulması sürecinin başlangıcı sayılmıştır(ayrıntılı bilgi için bkz. Apaydın, s.238).

Contract Law-PECL-) nin “Genel Hükümler” başlıklı 1. bölümünün, 1.kısımında “İlkelerin Kapsamı”, başlığı altında; madde 1:101’de “İlkelerin Uygulanması” düzenlenmiştir. Avrupa Birliğinde sözleşmeler hukukunun genel kuralları olarak bu düzenlemeler hazırlanmıştır. Avrupa Sözleşme Hukuku İlkelerinin uygulanabilmesi için tarafların bu ilkeleri sözleşmeye dâhil etme konusunda mutabık kalmaları gerekir (ASHİ.m.1:101/2)¹⁰⁹.

Avrupa Birliği Komisyonu, 2011 yılında Avrupa satım hukukuna ilişkin bir tüzük önerisi sunmuştur. Avrupa Ortak Satım Hukuku Tüzüğü (Common European Sales Law), olarak anılan bu metin ile Avrupa Birliği üyesi ülkelerin ulusal hukuklarındaki farklılıklardan kaynaklanan problemler azaltılmak istenmiştir¹¹⁰. Aynı sözleşme hükümlerinin kullanılması sureti ile hukuki güvenlik sağlanacaktır. Bunun yanı sıra ayrı ulusal hukuku bilen hukukçulara verilecek ücretlerden de tasarruf edilecektir¹¹¹.

2. Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri Açısından Satıcının Zapttan Sorumluluğu

Belirtmek gerekir ki, Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri genel hukuk kurallarını düzenleyen bir metindir. Niteliği gereği ayrı ayrı sözleşmeleri ele alan bir düzenleme değildir. Bu bakımdan ne satış sözleşmesine ilişkin ne de diğer isimli sözleşmeleri ayrıca düzenlememiştir. Bu nedenle satıcının zapttan sorumluluğuna ilişkin bir düzenleme içermez. Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri daha çok borçlar

¹⁰⁹ Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri (ASHİ) (İngilizce metni), Article 1:101-Application of the Principles: “(1) These Principles are intended to be applied as general rules of contract law in the European Communities.

(2) These Principles will apply when the parties have agreed to incorporate them into their contract or that their contract is to be governed by them.”

¹¹⁰ Can, s.45 vd. Viyana Satım Antlaşması var iken, böyle bir ortak düzenlemenin varlığı tartışılabilir. Ancak belirtmek gerekir ki, Viyana Satım Antlaşmasına her ne kadar Avrupa Birliği ülkelerinin büyük çoğunluğu taraf olsa da, İngiltere hala Viyana Satım Antlaşması’nı onaylamamıştır (Viyana Satım Antlaşması’na üye ülkeleri görmek için bkz. <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/countries/cntries.html> , e.t.12.2.2020). Ayrıca Viyana Satım Antlaşması satış sözleşmesinin tüm esaslı unsurlarını içerecek şekilde kapsamlı ve ayrıntılı değildir (ayrıntılı bilgi için bkz. Can, s.48). 2001 yılında Avrupa Sözleşmeler hukuku iletişimi başlamıştır. Bunu Yeşil Kitap takip etmiştir. Komisyon, Ortak Referans Çerçevesi olarak opsiyonel tarafların seçimine bağlı bir Avrupa hukuk sistemi oluşturma yönünde ilerlemiştir (ayrıntılı bilgi için bkz. Kiraly, s.33).

¹¹¹ Can, s.53. Belirtmek gerekir ki, Avrupa Ortak Satım Hukuku Tüzüğü, ulusal hukuk sistemleri içinde ikincil bir hukuk kaynağı olarak planlanmıştır(ayrıntılı bilgi için bkz.Kiraly, s.36).

hukuku genel hükümlerini derleyen bir düzenleme olarak anılabilir. Bu kapsamda Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri'nde ifaya ilişkin düzenlemeler yer almaktadır.

Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri'nin 9. bölümünde ademi ifa durumu ve yaptırımları düzenlenmiştir. Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri'nin "Ademi İfa ve Genel Olarak Başvuru Yolları" başlıklı 8. bölümünde, "Alacaklının Yararlandığı Yollar", başlığı altında madde 8:101'e göre¹¹²; "(1) Bir taraf sözleşmeden doğan bir yükümlülüğünü yerine getirmemezse ve bu yerine getirmeme madde 8:108 hükmüne göre mazur görülemezse, zarara uğrayan taraf Bölüm 9'da öngörülen yollardan herhangi birine başvurabilir".

Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri'nin "Ademi İfa Halinde Çeşitli Yollar" başlıklı 9. bölümünün, "İfa Hakkı" başlıklı 1.kısımının "Parasal Olmayan Borçlar", başlığı altında madde 9:102'ye göre ise¹¹³; "(1) Ayıplı bir ifanın düzeltilmesi dahil, mağdur taraf paradan başka bir borcun aynı ifasını isteme hakkına haizdir.

(2) Bununla birlikte:

(a) İfa hukuka aykırı veya imkansız ise; veya

(b) İfa borçlu için makul olmayan gayret ve masrafa sebep olursa; veya

(c) İfa, şahsi hizmet veya çalışmayı içeriyorsa veya şahsi ilişkilere dayanıyorsa, veya

(d) Mağdur taraf ifayı başka bir kaynaktan makul olarak temin edebilirse, aynı ifa elde edilemez".

Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri'nin "Sözleşmenin Feshi" başlıklı 3.kısımının "Sözleşmeyi Feshetme Hakkı", başlığı altında madde 9:301 uyarınca ise¹¹⁴; "(1) Bir taraf, diğer tarafın ademi ifası esaslı ise, sözleşmeyi feshedebilir.

¹¹² Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri (ASHİ) (İngilizce metni), Article 8:101-Remedies Available: "(1) Whenever a party does not perform an obligation under the contract and the non-performance is not excused under Article 8:108, the aggrieved party may resort to any of the remedies set out in Chapter 9."

¹¹³ Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri (ASHİ) (İngilizce metni), Article 9:102- Non-monetary Obligations: "(1) The aggrieved party is entitled to specific performance of an obligation other than one to pay money, including the remedying of a defective performance.

(2) Specific performance cannot, however, be obtained where:

(a) performance would be unlawful or impossible; or

(b) performance would cause the obligor unreasonable effort or expense; or

(c) the performance consists in the provision of service or work of a personal character or depends upon a personal relationship, or

(d) the aggrieved party may reasonably obtain performance from another source."

¹¹⁴ Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri (ASHİ) (İngilizce metni), Article 9:301- Right to Terminate the Contract: "(1) A party may terminate the contract if the other party's non-performance is fundamental.

(2)*Gecikme halinde, mağdur taraf da, aynı şekilde madde 8:106 (3) hükmüne göre sözleşmeyi feshedebilir*".

Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri'nin "Sözleşmenin Feshi" başlıklı 3.kısımının "Ödenen Paranın Geri Alınması", başlığı altında madde 9:307'e göre:¹¹⁵ " *Sözleşmenin feshi üzerine bir taraf, ifa için önceden ödediği parayı, ifayı almamış veya haklı olarak reddetmiş olması halinde geri alabilir*".

Görüldüğü üzere, Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri, satıcının zapttan sorumluluğuna ilişkin bir düzenleme içermemektedir. Satıcının zapttan sorumluluğunu gereği gibi ifa etmeme olarak ele alınır ise, buna ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. Bu kapsamda aynen ifanın mümkün olmaması durumu ve sözleşmenin feshi durumunda, ödenmiş olan bedelin geri alınabileceği hüküm altına alınmıştır.

3. Avrupa Ortak Satım Hukuku Tüzüğü Açısından Satıcının Zapttan Sorumluluğu

Avrupa Ortak Satım Hukuku Tüzüğü; asıl metin, sözleşme hukukuna ilişkin maddi hükümler ve standart bilgilendirme formu olmak üzere üç bölümden oluşmaktadır¹¹⁶.

Avrupa Ortak Satım Hukuku Tüzüğü'nün "Satıcının Borçları" başlıklı 10.kısımının "Genel Hükümler" başlıklı 1.bölümünün, "Satıcının Temel Borçları" kenar başlığı altında 91. maddesine göre¹¹⁷; "*Malın satıcısı veya dijital içerik sağlayıcısı bunları yapmak zorundadır*:"

(2)*In the case of delay the aggrieved party may also terminate the contract under Article 8:106 (3). "*

¹¹⁵ Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri (ASHİ) (İngilizce metni), Article 9:307-Recovery of Money Paid: "*On termination of the contract a party may recover Money paid for a performance which it did not receive or which it properly rejected.*"

¹¹⁶Asıl metin ve sözleşme hukukuna ilişkin maddi hükümler kısmından oluşan major iki kısım 2011 yılında basıldı. Asıl kısımda kapsam, tanımlar, sınırı aşan sözleşmeler, maddi uygulama alanı gibi konular yer almaktadır (ayrıntılı bilgi için bkz Can, s.53; .Kiraly, s.40).

¹¹⁷ Avrupa Ortak Satım Hukuku Tüzüğü (İngilizce metni), Article 91- Main obligations of the seller:

" *The seller of goods or the supplier of digital content (in this part referred to as "the seller") must:*

(a) *Deliver the goods or supply the digital content;*
(b) *Transfer the ownership of the goods, including the tangible medium on which the digital content is supplied;*
(c) *Ensure that the goods or the digital content are in conformity with the contract;*
(d) *Ensure that the buyer has the right to use the digital content in accordance with the contract;*
and
(e) *Deliver such documents representing or relating to the goods or documents relating to the digital content as may be required by the contract."*

- (a) Malı teslim veya dijital içeriği sağlamak
- (b) Malın mülkiyetini devretmek, dijital içeriğin sağlanması için gereken somut ortamda dahil
- (c) Malı veya dijital içeriği sözleşmeye uygun olarak sağlamak;
- (d) Alıcının dijital içeriği sözleşmede belirtilen şekilde kullanma hakkının sağlanması; ve
- (e) Sözleşme tarafında gerekli olması durumunda, malı temsil eden ya da ilgili olan belgeleri veya dijital içeriğe ilişkin belgelerin teslimi”.

Avrupa Ortak Satım Hukuku Tüzüğü’nün “Satıcının Borçları” başlıklı 10.kısımının “Genel Hükümler” başlıklı 3.bölümün, “Üçüncü kişinin hakları veya iddiaları” kenar başlığı altında 102. maddesine göre¹¹⁸;

“1.Malın ve dijital içeriğin üzerinde her hangi bir hak veya açıkça belli olmayan asılsız bir üçüncü kişinin iddiası bulunmamalıdır.

2. Fikri mülkiyete ilişkin haklar ve iddialar, 3. ve 4. bentler saklı olmak kaydı ile, malın ve dijital içeriğin üzerinde her hangi bir hak veya açıkça belli olmayan asılsız bir üçüncü kişinin iddiası bulunmamalıdır. Şu kadar ki

(a) sözleşmeye göre kullanılacağı devletin hukukuna göre malların ve dijital içeriğin üzerinde mevcut olan fikri mülkiyet haklarına dayansın, veya sözleşme yokluğunda, devlet yasalarına göre alıcının işyeri veya tacir ve tüketici arasındaki sözleşmelerde, sözleşmenin imzalandığı tarihte tüketici tarafından belirtilen

¹¹⁸ Avrupa Ortak Satım Hukuku Tüzüğü (İngilizce metni), Article 102- Third party rights or claims:
“ 1.The goods must be free from and the digital content must be cleared of any right or not obviously unfounded claim of a third party.
2.As regards rights or claims based on intellectual property, subject to paragraphs 3 and 4, the goods must be free from and the digital content must be cleared of any right or not obviously unfounded claim of a third party:
(a) under the law of the state where the goods or digital content will be used according to the contract or, in the absence of such an agreement, under the law of the state of the buyer’s place of business or in contracts between a trader and a consumer the consumer’s place of residence indicated by the consumer at the time of the conclusion of the contract; and
(b) which the seller knew of or could be expected to have known of at the time of the conclusion of the contract.
3. In contracts between businesses, paragraph 2 does not apply where the buyer knew or could be expected to have known of the rights or claims based on intellectual property at the time of the conclusion of the contract.
4.In contracts between a trader and a consumer, paragraph 2 does not apply where the consumer knew of the rights or claims based on intellectual property at the time of the conclusion of the contract.
5.In contracts between a trader and a consumer, the parties may not, to the detriment of the consumer, exclude the application of this Article or derogate from or vary its effects.”

tüketicinin ikamet ettiği yer devlet hukukuna göre mevcut fikri mülkiyet haklarına dayansın.

(b) satıcının bildiği veya sözleşmenin yapıldığı sırada bilmesi beklenebilsin.

3. Ticari işletmeler arasındaki sözleşmeye 2.bent uygulanmaz, fikri mülkiyet üzerindeki hakların veya iddiaların sözleşmenin kurulduğu anda alıcının bildiği ya da bilmesinin beklenebildiği durumda.

4.Tacir ve tüketici arasındaki sözleşmeye 2.bent uygulanmaz, fikri mülkiyet üzerindeki hakların veya iddiaların sözleşmenin kurulduğu anda alıcının bildiği ya da bilmesinin beklenebildiği durumda.

5.Tacir ve tüketici arasındaki sözleşmelerde, taraflar belki, tüketicinin aleyhine, bu maddenin uygulanmamasını veya bu maddeden farklı formlarını veya etkilerini değiştirebilir”.

Avrupa Ortak Satım Hukuku Tüzüğü 102. maddesinde, satış konusu malın üzerinde üçüncü kişinin bir iddiasının olmaması gerektiğini belirtilmiştir. Aksi halde satıcının sorumlu olduğu belirtilmiştir. Ancak Tüzük, satıcıya karşı ileri sürülebilecek yaptırımlara ilişkin özel bir hükme yer vermemiştir.

İKİNCİ BÖLÜM

SATICININ ZAPTTAN SORUMLULUĞU KAVRAMI, UYGULAMA ALANI VE İFA İHLALLERİ İÇİNDEKİ YERİ

I. ZAPTTAN SORUMLULUK KAVRAMI

A.Genel Olarak

Türk Borçlar Kanunu'nun 214. maddesinde satıcının zapttan sorumluluğu düzenlenmiştir¹¹⁹. Satıcının zapttan sorumluluğu kusurdan bağımsız, kanundan doğan bir sorumluluk türüdür¹²⁰. Türk Borçlar Kanunu'nun 214. maddesinin birinci fıkrası uyarınca, satıcının zapttan sorumluluğunun doğması için; üçüncü kişinin, satış sözleşmesinin kurulduğu sırada var olan bir hakka (üstün bir hakka) dayanarak, satılanı tamamen veya kısmen alıcının elinden alması gerekir. Bahse konu olan üstün hak; mülkiyet hakkı, sınırlı bir ayni hak ya da etkisi kuvvetlendirilmiş (şerh verilmiş) bir kişisel hak olabilir¹²¹.

Türk Borçlar Kanunu'nun 214. maddesinin birinci fıkrasında; satılanın, üçüncü kişi (üstün bir hak nedeniyle) tarafından alıcının elinden alınmasından

¹¹⁹ Yürürlükten kalkan 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 189. maddesine karşılık gelmektedir. Satış sözleşmesine dair eski hükümlerin, Türk Borçlar Kanunu'nda hangi hükümlere denk geldiğine gösteren metin için Erzan Erzurumluoğlu, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Satış Sözleşmesi", **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu**, 12-13.05.2011 (Sempozyum), s.155 vd. Sezer Çabri, "Taşınmaz Satışında Satıcının Zapttan Sorumluluğu", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt:22, 2016, s.587.

¹²⁰ Zapttan sorumluluğun kusurdan bağımsız bir sorumluluk olmasından dolayı Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerine nazaran alımı lehine olduğu söylenebilir. Bkz. Barış Demirsatan, "Satıcının Zapttan Sorumluluğunun Maddi Koşulları", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:22, Sayı:1, 2020, s.224. Gümüş' e göre, terminolojik olarak ayıp, hak ayıbı ve maddi ayıp olarak iki şekilde tanımlanmalıdır. Hak ayıbının karşılığını satıcının zapttan sorumluluğu oluşturmaktadır. Hak ayıbı, adını üçünü kişiye ait bir hak dolayısı ile alıcının hakkına müdahale edilmesinden almaktadır. Bkz. Mustafa Alper Gümüş, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre, Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Cilt I, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012 (Cilt I), s.63.

¹²¹ Aydın Zevkliler ve K.Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri**, Baskı 19, Turhan Kitapevi, Ankara, 2019, s.141; Demirsatan, s.222; Cevdet Yavuz, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 10. Baskı, Beta Basımevi, İstanbul 2014, s.109; Erzan Erzurumluoğlu, **Sözleşmeler Hukuku (Özel Borç İlişkileri)**, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015 (Özel), s.75; Fahrettin Aral ve Hasan Ayrancı, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Yetkin Basımevi, Ankara, 2012, s.95; Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2014, s.107; Haluk Tandoğan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Cilt:I/1, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008(Cilt:I/1), s.148; Murat Aydoğdu ve Nalan Kahveci, **Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri**, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s.118; Mehmet Akçaal, **Satıcının Zapttan Sorumluluğu**, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2020 (Zapt), s.62; Gümüş, (Cilt I), s.63.

bahsedilmektedir. Burada yer alan “elinden alınması” ibaresi üçüncü kişinin satılanı dava yoluyla alabileceği şeklinde olabileceği gibi, mahkeme kararı olmaksızın geri verme şeklinde de anlaşılmalıdır. Kural; üçüncü kişinin satılanı dava yoluyla alabilmesi olmakla beraber, Türk Borçlar Kanunu 216. maddesindeki şartların gerçekleşmesi ile beraber, mahkeme kararı olmaksızın, satılanın alıcı tarafından verilmesi durumunda zapttan sorumluluk hükümleri uygulama alanı bulacaktır¹²².

818 sayılı Borçlar Kanunu’nun 189. ve 193. maddeleri arasında düzenlenen satıcının zapttan sorumluluğu, dilin sadeleştirilmesi dışında önemli bir hüküm değişikliği içermemektedir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda satıcının zapttan sorumluluğu 214. ve 218. maddeleri arasında düzenlenmiştir¹²³.

B. Tanım

Yürürlükten kalkan 818 sayılı Borçlar Kanunu’nda “zapta karşı tekeffül borcu” olarak anılan bu borç, yürürlükteki Türk Borçlar Kanunu’nda “zapttan sorumluluk” olarak kısaltılmıştır. Satıcı, satmış olduğu malı üçüncü bir kişinin üstün bir hakka dayanarak alıcının elinden tamamen ya da kısmen alması durumunda alıcıya karşı sorumlu tutulmaktadır. Türk Borçlar Kanunu’nun 214. maddesinin 1. fıkrası, açıkça söz konusu malın alıcının elinden alınması ibaresini kullanmıştır¹²⁴.

Her ne kadar Türk Borçlar Kanunu’nda zapt ibaresi kullanılmış ise de, burada mal alıcının elinden zorla alınmamaktadır. Eğer üçüncü kişi hiçbir hakka dayanmayarak satılanı zorla alırsa, satıcının zapttan sorumluluğuna gidilemez¹²⁵.

¹²² Aral ve Ayrancı, s.112; Aydoğdu ve Kahveci, s.119; Eren, Özel, s.114; Erzurumluoğlu, s.156; Tandoğan, Cilt:I/1, s.153; Yavuz, s.114; Zevkliler ve Gökyayla, s.143. Satıcının zapttan sorumluluğu aslında mülkiyeti devir borcu ile ilişkilidir. Mülkiyeti devir borcunu sözleşmeye uygun şekilde yerine getirmeyen (sözleşmeyi ihlal eden) satıcıya karşı özel düzenlemeler ile hüküm altına alınmasıdır.

¹²³ M.Fadıl Yıldırım, Satıcının Zapta Karşı Tekeffül Sorumluluğu Bakımından 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 216.Maddesi Nasıl Okunmalıdır?”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 17, Sayı:1-2, 2013, s.1050.

¹²⁴ Aral ve Ayrancı, s.95; Aydoğdu ve Kahveci, s.119; Eren, Özel, s.107; Zevkliler ve Gökyayla, s.141; Yavuz, s.109. Üçüncü kişinin satış sözleşmesinin yapıldığı sırada var olan üstün hakkı ibaresinden, anlaşılması gereken, sözleşmesinin kurulmasından önce veya en geç sözleşmenin kurulduğu sırada, üstün bir hakkın varlığının bulunmasıdır (bkz. Aydoğdu ve Kahveci, s.119).

¹²⁵ Aral ve Ayrancı, s.95; Erzurumluoğlu, Özel, s.75; Tandoğan, Cilt: I/1, s.153; Yavuz, s.112. Üçüncü kişinin sadece hak sahibi olması yeterli değildir. Bu hakkın alıcıya karşı mutlaka ileri sürülmüş olması gerekir (Eren, Özel, s.112). Yargıtay Ticaret Dairesinin 25.2.1971 tarihli, E.1970/3791, K.1971/1388 sayılı kararında “...dava, davalılardan...Ticaret ve Sanayi Adi Komandit Şirketi’ne davacı E.D.’ca verildiği diğer davalı şirket ciro edilen 15.000 liralık senedin satın alınan kamyonete daha evvel icraca konan hacizler sebebi ile trafik bürosunca üzerine tescilinin yapılmaması ve böylelikle mal intikal

Başka bir deyiş ile gasp ya da hırsızlık sonucu malın alıcıdan alınması durumunda Türk Borçlar Kanunu'nun 214. maddesi anlamında bir zapttan bahsedemeyiz¹²⁶. Türk Borçlar Kanunu'nun 214. maddesi anlamında, zaptın üçüncü kişinin sahip olduğu bir hakka dayanması şarttır. Bu hakkını kural olarak dava yolu ile ileri sürmesi gerekmektedir¹²⁷. Ancak, Türk Borçlar Kanunu'nun 216. maddesinde belirtilen istisnai hallerde, hak sahibi üçüncü kişinin dava açmasına gerek kalmayacaktır¹²⁸.

Bu süreç sonunda, uyuşmazlık konusu mal alıcının elinden tamamen (tam zapt) ya da kısmen (kısmi zapt) çıkmış, ya da uyuşmazlık konusu mal üzerine sınırlı bir aynı hak yüklenmiş ise, alıcı satıcının sorumluluğu yoluna gidebilir. “*Tam zapt*” halinde alıcının talep edebileceği hakları içeren Türk Borçlar Kanunu'nun 217. maddesi uygulama alanı bulur. “*Kısmi zapt*” halinde veya satış konusu malın üzerinde sınırlı aynı bir hak yüklenilmişse alıcının talep edebileceği hakları gösteren Türk Borçlar Kanunu'nun 218. maddesi uygulama alanı bulur¹²⁹.

II. SATICININ ZAPTTAN SORUMLULUĞUNUN UYGULAMA ALANI

A. Türk Borçlar Kanunu'nda Satıcının Zapttan Sorumluluğu Hükümlerinin Uygulama Alanı

Türk Borçlar Kanunu'nda satıcının zapttan sorumluluğuna ilişkin hükümler taşınır satışlarına ilişkin olarak düzenlenmiştir. Söz konusu koruma, taşınır satışlarına

*eylemediğinden karşılıksız kaldığı için iptal ve bilahare ödenmesi sebebi ile bedelinin istirdadı istemine ilişkin bulunmaktadır...satım, tafralardan her birisi hakkında haklar ve yükümler doğuran bir akittir. Satılan şeyin teslimi ve mülkiyetin nakli borcu yanında zapta e ayıba karşı tekeffül borcu da yasa hükümleri gereğince satıcının borçları arasındadır. Tekeffül borcu esas itibariyle mülkiyet nakil borcunun bir neticesi ve müeyyidesi mahiyetindedir. Borçlar Kanunu'nun 189 ve 194. Maddesinin satıcıya tahmil ettiği bu mükellefiyet satıcının kanuni borçları arasında ve şahsi mahiyeti haizdir. Satılan şeyde mevcut olan ve tekeffül borcunu doğuran ayıplar maddi, hukuki veya iktisadi olabilirler. Eşyanın hukuki vasıflarında mevcut olup iktisadi değerine menfi yönden tesir eden amiller hukuki ayıpları teşkil ederler. ...Bu durumda satın alınan bir kamyonetin satış tarihinden evvel konan ve trafiğe de tescil ettirilen hacizlerle hukuki ve iktisadi ayıpla malül olduğu belirtilmektedir.” demektedir (bkz. **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı: 5, Yıl 1972, s.871).*

¹²⁶ Aydoğdu ve Kahveci, s.120.

¹²⁷ Aral ve Ayrancı, s.109; Aydoğdu ve Kahveci, s.119; Eren, Özel, 112; Yavuz, s.112; Zevkliler ve Gökyayla, s.142.

¹²⁸ Aral ve Ayrancı, s.112; Aydoğdu ve Kahveci, s.119; Eren, Özel, s.114; Erzurumluoğlu, s.156; Tandoğan, Cilt:I/1, s.153; Yavuz, s.114; Zevkliler ve Gökyayla, s.143.

¹²⁹ Aydoğdu ve Kahveci, s.119. Gümüş, Cilt I, s.67. Zapt durumunda, alıcı satış sözleşmesinden amaçladığı faydayı sağlayamamaktadır. bkz. Zevkliler ve Gökyayla, s.141.

ilişkin kuralların kıyas yolu ile taşınmaz satışlarına da uygulanacağına dair hüküm dolayısı ile taşınmaz satışlarına da uygulanabileceği ifade edilmektedir (TBK.m.246). Doğrudan uygulama alanı taşınır satışlarına ilişkin olduğu için bu başlık altında taşınır satışlarına ilişkin olarak bu hükümlerin uygulama alanından bahsedeceğiz. Belirtmek gerekir ki; mülkiyetin kazanımında iyiniyeti koruyan kanun maddelerinden dolayı, satıcının zapttan sorumluluğu yoluna gitmenin yolları azalmıştır¹³⁰.

1. Taşınır Satışlarında İyiniyetli Alıcının Taşınıra Malik Olamadığı Durumlar

a. Genel Olarak

Türk Medeni Kanunu'nun 988. maddesine göre emin sıfatıyla zilyetten¹³¹ taşınır bir malı iktisap eden iyiniyetli alıcı mülkiyeti kazanacaktır¹³². Bu durumda iyiniyetli alıcının iktisabı korunduğu için, malın ilk sahibi (eski malik) artık üstün hak

¹³⁰ Aydoğdu ve Kahveci, s.121; Eren, Özel, s.108; Tandoğan, Cilt:I/1, s.150.

¹³¹ Malikin elinden rızası ile çıkan, başkalarına çeşitli amaçlarla teslim edilen taşınır mala, tevdi edilen eşya denir. Bu tevdi, kullanmak, saklanmak, korumak, başkasına iletilmek üzere bir kişiye bırakılabilir. Bu şekilde kendisine tevdi edilen kişiye emin sıfatı ile zilyet denir. Kural olarak emin sıfatı ile zilyedin tevdi edilmiş eşya üzerinde tasarruflarda bulunamaz, onu başkalarına devredemez (bkz. M.Ahmet Kılıçoğlu, **Medeni Hukuk**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015, s.102; Aydın Zevkliler, M.Beşir Acabey ve K.Emre Gökyayla, **Medeni Hukuk**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2000, s.140; Şeref Ertaş, **Eşya Hukuku**, Barış Yayınları Fakülteler Kitabevi, İzmir, 2001(Eşya), s.36).

¹³² Sirmen, s.107; Aybay ve Hatemi, s.64; Eren, Özel, s.108; Kılıçoğlu, Eşya, s.102; Akıntürk, Eşya, s.171; Mehmet Ayan, Eşya I, s.119; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, Eşya, s.114; S.Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu ve Atilla Altop, **Tekinay Eşya Hukuku**, Cilt I, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1989, s.165 vd.;T.Kemal Gürsoy, Fikret Eren ve Erol Cansel, **Türk Eşya Hukuku**, Ankara Üniversitesi Basım Evi, Ankara, 1984, s.144. Ancak, iyiniyetli üçüncü kişi konumundaki alıcı, taşınır malı karşılıksız olarak iktisap etmiş ise ona karşı sebepsiz zenginleşme temelli bir iade isteminin yöneltilebileceği görüşü de savunulmaktadır (ayrıntılı bilgi için bkz. Serozan, Eşya, s.160). Haklı olarak ileri sürülmektedir ki, her hangi bir karşılık vermeden taşınırı iktisap edinen iyiniyetli üçüncü kişinin, aynı hak sahibine karşı korunması ne kadar gereklidir(bkz.Serozan, Eşya, s.164).

iddiası ile alıcıdan taşınır malı alamayacaktır¹³³. Zapt olmayacağı için, alıcıya karşı satıcının bir sorumluluğu da olmayacaktır¹³⁴.

Türk Medeni Kanunu'nun 1023. maddesine göre, tapu kütüğündeki tescile iyiniyetle dayanarak iktisapta bulunan alıcının bu kazanımı korunur. Bu hükme göre, tescil yolsuz olsa bile, tapu kaydına güven ilkesi gereği, iyiniyetli kişinin iktisabı korunacaktır. Bu durumda da üstün hak sahibi üçüncü kişinin, alıcı aleyhine mülkiyete dayalı açacağı dava reddedilecektir. Bu yüzden herhangi bir zapt olmayacağı için, alıcıya karşı satıcının bir sorumluluğu da olmayacaktır¹³⁵. Türk Medeni Kanunu'nun 712. maddesi ise tapulu taşınmazı iyiniyetli alıcının olağan zamanaşımıyla kazanma durumu düzenlenmiştir. Hükümden çıkan sonuca göre; taşınmazı devreden tam ehliyetli olması ve alıcının bu durumu bilmemesi (iyiniyetli olması) durumunda, alıcının 10 yıllık süre boyunca bu iyiniyetini koruması ve taşınmaz üzerinde kesintisiz ve çekişmesiz zilyetliğinin devam etmesi koşulu ile taşınmazın maliki olacaktır¹³⁶.

Taşınır satışında, zaptan sorumluluk hükümlerinin uygulanmasına, taşınırın maliki veya emin sıfatı ile zilyedi olmayan satıcı ile yapılan satış sözleşmesi örnek gösterilir. Satıcı, çalınmış bir taşınırı ya da kaybolmuş bir taşınırı satmalıdır. Yani satıcı malı gerçek malikin rızası olmadan elinde bulundurmalıdır. Emin sıfatıyla zilyet olmayan satıcı, bu malı alıcıya satmalıdır. Böyle bir durumda gerçek malik (taşınırı çalınan, kaybolan ya da iradesi dışında elinden çıkan), taşınırı elinde bulunduran alıcıya karşı beş yıl içinde taşınır davası açabilir (TMK.m.989/1)¹³⁷. Bu dava

¹³³ Böyle bir durumda malın ilk sahibi, malını emanet etmiş olduğu kişiden, sözleşmeye aykırılık, haksız fiil, sebepsiz zenginleşme, vekâletsiz iş görme hükümlerine dayanmak sureti ile zararını gidermeye çalışacaktır (ayrıntılı bilgi için bkz. Serozan, Eşya, s.160). Malik, malı emanet ettiği kişinin yapmış olduğu yetkisiz tasarrufa (kötü niyetli alıcı ile yapmış olduğu), icazet vermesi de söz konusu olabilir. Böylelikle tasarruf geçerli hale gelecektir. Bu durumda, malı emanet ettiği kişiye karşı sebepsiz zenginleşme iddiasına dayalı dava açabilir. Hatta “zımni icazetin” söz konusu olabileceği de söylenmektedir. Malın ilk sahibi, doğrudan, malın emanet edildiği kişiye karşı sebepsiz zenginleşme davası açması, emin sıfatı ile zilyet ile üçüncü kişi arasında yapılan yetkisiz tasarruf işlemini zımnen icazet edildiği anlamına gelebilir (ayrıntılı bilgi için bkz. Serozan, Eşya, s.161)

¹³⁴ Aral ve Ayrancı, s.96; Aydoğdu ve Kahveci, s.121; Eren, Özel, s.109; Mustafa Alper Gümüş, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Cilt I, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s.64,65; Tandoğan, Cilt:I/1, s.150.

¹³⁵ Akçaal, Zapt, s.114; Aral ve Ayrancı, s.96; Aydoğdu ve Kahveci, s.121; Eren, Özel, s.108; Gümüş, s.65; Kılıçoğlu, Eşya, s.105 vd.; Ömer Yoldaş, **Satış Sözleşmesinde Zapttan Doğan Sorumluluk**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi) Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Özel Hukuku Bilim Dalı, Kayseri, 2020, s.34; Tandoğan, Cilt:I/1, s.150 .

¹³⁶ Hatemi, Hüseyin. **Medeni Hukuka Giriş**, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017(Medeni), s.191.

¹³⁷ Akıntürk, Eşya, s.196; Aral ve Ayrancı, s.96; Ayan, Zilyetlik, s.118; Aybay ve Hatemi, s.63; Aydoğdu ve Kahveci, s.121; Eren, Özel, s.109; Gürsoy, Eren ve Cansel, s.122; Kılıçoğlu, Eşya, s.103 vd.; Tandoğan, Cilt:I/1, s.151; Tekinay, Sermet, Burcuoğlu, ve Altop, s.180 vd. .

sonucunda, taşınır alıcının elinden çıkarsa, alıcı, satıcıya gerekli bildirimleri yapmış olması şartı ile zapttan sorumluluk hükümlerine başvurabilir¹³⁸.

Türk Medeni Kanunu'nun 989. maddesinde malın, zilyedin elinden irade dışı çıkışı halleri olarak kaybolması ve çalınması gösterilmiştir. Ancak bu örnekseyici bir sayımdır, sınırlayıcı bir sayım değildir. Malın, malikin elinden irade dışı çıkmasına neden olan başka durumlar da olabilir. Örneğin; ayırt etme gücünden yoksun olan malik yaptığı hukuki işlemle, malın zilyetliğini devir edebilir. Bu durumda ayırt etme gücüne sahip olmayanın rızasından bahsedilemeyeceğine göre, aslında taşınır rızası dışında elden çıkmış sayılacaktır¹³⁹.

Ayırt etme gücüne sahip olmayan bir kişi Türk Medeni Kanunu anlamında fiil ehliyeti yönünden tam ehliyetsizdir. Türk Medeni Kanunu'nun 15. maddesine göre, tam ehliyetsiz tarafından yapılan herhangi bir hukuki işlem kesin hükümsüzdür¹⁴⁰. Bu durumda satıcının zapttan sorumluluğu açısından da önem arz edecektir. Örneğin ayırt etme gücü olmayan satıcının sattığı mal daha sonra alıcı tarafından üçüncü kişiye satılabilir. Satış işlemini yaparken satıcı tam ehliyetsiz olduğu için, alıcı ile yapmış olduğu satış işlemi kesin hükümsüzdür. Burada alıcının iyiniyetli olup olmaması, hükümsüzlüğü değiştirmez. Alıcının tam ehliyetsiz satıcıdan satın aldığı taşınırı, üçüncü kişiye devir etmesi, üçüncü kişinin iyiniyetli olup olmamasına göre önem arz edecektir. Üçüncü kişinin iyiniyetli olması durumunda, Türk Medeni Kanunu'nun 777. maddesi uygulama alanı bulacaktır. İyiniyetli üçüncü kişi, taşınırı devir aldıktan sonra beş yıllık zamanaşımı sonunda mülkiyeti kazanır. Ancak iyiniyetli üçüncü kişiye karşı, tam ehliyetsiz olan satıcının¹⁴¹, beş yıl içinde açacağı bir dava ile taşınırın

¹³⁸ Eren, Özel, s.109; Serozan, Eşya, s.161; Tandoğan, Cilt:I/1, s.151.

¹³⁹ Akıntürk, Eşya, s.194; Ayan, s.Zilyetlik, s.119; Aybay ve Hatemi, s.63, Eren, Özel, s.109; Ertaş, Eşya, s.64; Gürsoy, Eren ve Cansel, s.118.

¹⁴⁰ A.Şeref Gözübüyük, **Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları**, 20.baskı, Ankara, 2004, s.91; Hüseyin Hatemi, **Kişiler Hukuku**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017 (Kişiler), s.18; Kemal Gözler, **Hukukun Temel Kavramları**, Ekin Basımevi, Bursa, 2010, s.182; Kılıçoğlu, Eşya, s.155 vd. ; Mehmet Ayan ve Nurşen Ayan, **Kişiler Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, 8. Baskı, Ankara 2016, s.53; M.Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir, **Kişiler Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2012 (Kişiler), s.79; Mustafa Dural ve Tufan Ögüz, **Türk Özel Hukuku, Cilt II, Kişiler Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017 (Kişiler), s.69; Reisoğlu, Safa. **Türk Borçlar Hukuku**, 23.baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2012, s.292. Ayırt etme gücü, fiil ehliyetinin en önemli subjektif koşuludur. Kişi ergin ve kısıtlı olmasa da, hiçbir hak ve borç sahibi olamaz. Ayırt etme gücü kişinin hür iradesi ile hareket edebilmesidir. Bu bakımdan kişinin akla uygun hareket etmesini ifade eder (bkz. Kılıçoğlu, Medeni, s.222).

¹⁴¹ Tam ehliyetsiz adına bu dava, duruma göre vasisi ya da velisi tarafından açılacaktır.

elinden alınması mümkün olacaktır. Böyle bir durumda, iyiniyetli üçüncü kişi, alıcıya karşı satıcının zapttan sorumluluğuna gidebilir.

Üçüncü kişinin üstün hak ileri sürerek alıcının elinden taşınırı alması durumunda alıcı için bir yanılma söz konusudur. Çünkü alıcı söz konusu malı satın alırken, satıcının malik olduğunu ve sorunsuz şekilde mülkiyete hak kazanacağı saiki ile hareket etmektedir. Saikte yanılma kural olarak esaslı yanılma sayılmadığı için sözleşmenin geçerliliğini etkilemez. Bunun istisnalarından birisi Türk Borçlar Kanunu'nun 32. maddesinde düzenlenen temel yanılmasıdır¹⁴². Temel yanılması (nitelikli saik yanılması) için dört unsurun gerçekleşmesi gerekir. Bunlar, saik yanılması subjektif unsur, objektif unsur ve karşı tarafça bilinebilirlik unsurudur. Zapt durumunda alıcı, satış konusu malın elinden alınacağını bilse idi, onu satın almayacaktı diyebiliriz. İş ilişkilerinde beklenen dürüstlük kuralı da, alıcının düştüğü böyle bir yanılmanın sözleşmenin temelinde bir yanılma olduğunu kabul edecek niteliktedir.

Bu şekilde temel yanılmanın olduğu bir durumda, alıcı satıcıya karşı zapttan sorumluluk hükümlerine mi yoksa temel yanılma hükümlerine mi başvuracağı sorusu akla gelir. Böyle bir durumda normların yarışmasından bahsedebiliriz. Alıcı isterse satıcıya karşı zapttan sorumluluk hükümlerine başvurabileceği gibi Türk Borçlar Kanunu madde 36 daki temelde yanılma hükümlerine başvurabilecektir.

Diğer taraftan, emin sıfatı ile zilyetten iyiniyetle aynı hak kazanmış olan üçüncü kişinin (alıcının) temel hatasına dayanarak, taşınırı satıcısına geri vermesi durumunda, buna bağlı olarak da mal için ödemiş bulunduğu parayı satıcısından geri isteyebilip istemeyeceğidir. Bu konu tartışmalıdır. Satıcının zapttan sorumluluğu açısından konuyu ele almak gerekir ise; böyle bir durumda, alıcının sırf ahlaki kaygılarla, malı gerçek malikine iade etmesi durumunda, kural olarak satıcıya karşı zapttan sorumluluk hükümlerine başvurması mümkün değildir¹⁴³.

Türk Medeni Kanunu'nun 989. maddesinin uygulaması bakımından dikkat edilmesi gereken husus, alıcının iyiniyetli olması doğrudan mülkiyeti kazanması

¹⁴² Saik yanılmasının sözleşmenin geçerliliğine etki ettiği diğer istisnalar aldatma ve ölüme bağlı tasarruflar durumudur (bkz. Eren, Genel, s.381).

¹⁴³ Serozan, Eşya, s.161.İrade fesadı, şekil noksanlığı durumlarında da bu hüküm uygulanacak mı? T.Kemal Gürsoy, Fikret Eren ve Erol Cansel, **Türk Eşya Hukuku**, Ankara Üniversitesi Basım Evi, Ankara, 1984, s.150-151İrade fesadı durumunda taşınır davası değil istihkak davası söz konusu olmalı.

açısından yeterli değildir. Alıcı iyiniyetli olsa bile (söz konusu malın hırsızlık ya da gasp sonucu alındığını bilme), beş yıllık süre içinde olmak şartı ile alıcıya karşı taşınır davası açılabilir. Burada alıcının iyiniyetli olması, taşınırın mülkiyetini teslim ile kazanması bakımından yeterli değildir¹⁴⁴. Çünkü Türk Medeni Kanunu'nun 3. maddesine göre, kanunun iyiniyete bir sonuç bağladığı zamanlarda iyiniyet korunur¹⁴⁵.

Alıcı her ne kadar satış sözleşmesine binaen taşınırı teslim almış olsa da, söz konusu mal hırsızlık sonucu ya da kayıp malın bir yerden bulunması sureti ile satıcının elinde bulunmakta idi. Bu durumda alıcının taşınır üzerindeki fiili hâkimiyeti, aslında taşınırın malikine karşı ileri sürebileceği bir hakka dayanmamaktadır. Başka bir ifade ile eşya üzerinde aynı bir hakkı bulunmamaktadır¹⁴⁶. Bu durumda eşya üzerinde hakka dayanmayan bir zilyetlik söz konusudur. Ancak haksız zilyet, eşya üzerinde zilyetliğine esas teşkil eden aynı ya da şahsi bir hakkı olmadığını bilmiyor veya bilmesi gerekmiyorsa bu tür haksız zilyede, iyiniyetli haksız zilyet denir¹⁴⁷.

Taşınır davasında, önceki zilyet (yukardaki örneklerde gerçek malik), şimdiki zilyetten, zilyetliğe bağlı aynı ve şahsi hak karinelerine dayanarak uyuşmazlık konusu

¹⁴⁴ Aydoğdu ve Kahveci, s.121; Hüseyin, Medeni, s.190; Serap Helvacı ve Fulye Erlüle, **Medeni Hukuk**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2016, s.42; Tekinay, Sermet, Burcuoğlu ve Altop, s.180 vd. TMK.m.988'de alıcının iyiniyeti, malı iktisap bakımından doğrudan korunmamaktadır. Ancak TMK.m.990 bu duruma aykırılık oluşturmaktadır. Hükme göre, rızası dışında elinden çıkmış olsa bile, para ve hamile yazılı senetleri iyiniyetle edinilmesi mümkündür. Bu hüküm ekonomik kaygılar ile konulmuş bir hükümdür. Ticari hayatın güvenilirliği ve hızlılığı ön plana alınmaktadır (bkz.Serozan, Eşya, s.162).

¹⁴⁵ Helvacı ve Erlüle, s.49; Kılıçoğlu, Eşya, s.95; M.Kemal Oğuzman ve Nami Barlas, **Medeni Hukuk**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, s.243; Ali Yarayan, **Türk Medeni Hukuku**, Yetkin Basımevi, Ankara, 2013, s.137. Kanuni düzenlemelerde iyiniyetin korunacağına dair bir düzenleme yok ise, bir kimsenin iyiniyetli olması hukuken korunması için yeterli değildir (bkz. O.Gökhan Antalya ve Murat Topuz. **Medeni Hukuk**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2016 (Medeni), s.335). Bu bakımdan Türk Medeni Kanunu madde 2 'de yer alan dürüstlük kuralından ayrılmaktadır. Dürüstlük kuralı bütün hukuki ilişkilerde uygulama alanı bulan bir ilkedir. Türk Medeni Kanunu madde 3'de yer alan iyiniyet ise, kanun koyucunun iyiniyete sonuç bağladığı durumlarda etkisini göstermektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Antalya ve Topuz, Medeni, s.335; Oğuzman ve Barlas, s.249. 743 sayılı eski Medeni Kanunu'nda dürüstlük terimi yerine objektif hüsnüniyet, iyiniyet yerine subjektif hüsnüniyet terimi kullanılmakta idi. Artıntılı bilgi için bkz. Ayan ve Ayan, s.163.

¹⁴⁶ Aynı hakkın, nispi (alacak) hakka göre her alanda üstün olduğuna dair bir genelleme vardır. Satıcının zaptan sorumluluğu bu genellemeyi bozan istisnalardan biridir. Şöyle ki, alıcıya karşı gerçek malik taşınırı kendisine vermesini istediğinde, alıcı her hangi bir bildirim yapmadan çekişmesiz olarak malike teslim ederse, alıcı satıcıya karşı zaptan sorumluluğu yoluna gidemez. Bir başka anlatımla, aynı bir hak olan mülkiyet hakkına dayanan malike karşı, satıcıya karşı ileri sürebileceği bir alacak hakkı olan zaptan sorumluluğu da gözetir. Aynı hak karşısında, alacak hakkını hemen üstün tutmaz (bkz.Serozan, Eşya, s.26).

¹⁴⁷ Akıntürk, Eşya s.123; Ayan, Eşya I, s.58,59; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, Eşya, s.62; Rona Serozan, **TaşınırEşya Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2007; Sirmen, ss.55-56; Şeref Ertaş, **Eşya Hukuku**, Barış Yayınları Fakülteler Kitabevi, İzmir, 2014, s.34.

taşınır malın kendisine geri verilmesini ister. Taşınır davasında, önceki zilyet (davacı), davalı olan şimdiki zilyetten taşınırı daha fazla hak ettiğini ileri sürer. Bu davada, davacı “*üstün hakkını*” özel olarak kanıtlaması gerekmez, sadece mevcut zilyedin lehine işleyen zilyetlik karinesini çürütmesi yeterli olur¹⁴⁸. Bu karineyi çürütmek için davacı, taşınırın rızası dışında zilyetliğinden çıkmış olduğunu veya eşya gönül rızasıyla zilyetliğinden çıkmış olsa bile alıcının, aslında satıcının tasarruf yetkisinin olmadığını bildiğini (başka bir deyişle kötüniyetli olduğunu) kanıtlamalıdır. Bu hususlar Türk Medeni Kanunu’nun 989. maddesinin 1.fıkrası ve 991. maddesinin 1.fıkrasında düzenlenmiştir. Türk Medeni Kanunu’nun 989. maddesinin 1.fıkrası, taşınırın rızası dışında elden çıkması durumunda, üçüncü kişinin kural olarak taşınırı edinemeyeceğini düzenlerken, Türk Medeni Kanunu’nun 991. maddesinin 1.fıkrası ise taşınırı iyiniyetle edinmemiş (kötüniyetli) kimsenin, söz konusu taşınırı edinemeyeceğini düzenlemiştir¹⁴⁹.

Belirtmek gerekir ki, Türk Medeni Kanunu’nun 990. maddesine göre, sahibinin elinden rıza dışı çıkmış olan mal, para veya hamile yazılı senet ise, iyiniyetli alıcıya karşı taşınır davası açılmaz¹⁵⁰. Taşınır mal, pazardan, açık artırmadan ya da benzeri eşya satan yerlerden iyiniyetli edinilmiş ise, taşınır davası, ancak ödenen bedelin geri verilmesi koşuluyla açılabilir (TMK.m.989/2)¹⁵¹.

Taşınır davasında, davacının davayı kazanması, taşınırın elinden “rızası dışında çıktığını” veya alıcının “kötüniyetli” olduğunu kanıtlamasına bağlıdır. Davalı

¹⁴⁸ Taşınır davası, davacının durumunu ispat bakımından kolaylaştırmaktadır. Davalının zilyetlikten doğan hak karinesini çürütmek için önceki zilyet olduğunu ve zilyetliği iradesi olmadan kaybettiğini ispat etmesi yeterli olacaktır. “Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür” diyen Türk Medeni Kanunu’nun 6. maddesine göre, davacının işini kolaylaştırmaktadır. Davacının zilyetliği, davalının zilyetliğine göre daha üstün bir hakka dayanmalıdır. Bu hak mutlak bir hak olabileceği gibi, şahsi bir hakta olabilir. Bkz. Akıntürk, Eşya, s.192; Ayan, s.Zilyetlik, s.127; Ertaş, Eşya, s.63; Serozan, Eşya, s.166.

¹⁴⁹ Akıntürk, Eşya, s.194; Ayan, s.Zilyetlik, s.127; Ertaş, Eşya, s.63; Serozan, Eşya, s.166.

¹⁵⁰ Akıntürk, Eşya, s.197; Ayan, s.Zilyetlik, s.124; Aybay ve Hatemi, s.63; Gürsoy, Eren ve Cansel, s.125. İyiniyetli alıcı, mutlak şekilde korunmaktadır. Bu durumda kıymetli evrakın, devredene ait olmadığını bilen veya somut olayın özelliklerine göre objektif olarak bakıldığında kendisinden beklenen dikkat ve özeni gösterseydi bilebilecek olan kişinin iyiniyetinden bahsedilemez. Böyle bir durumda kıymetli evrakı kazanamaz. Bkz. Ayan ve Ayan, s.175.

¹⁵¹ Ayan, Zilyetlik, s.124; Aybay ve Hatemi, s.63; Gürsoy, Eren ve Cansel, s.124. Alıcı, bedel talebini kendisi dile getirmelidir. Niteliği itibari ile defî olan bu talebi, hâkim kendiliğinden dikkate almaz. Bkz. Ayan ve Ayan, s.177.

ise, davayı kazanmak için davacının iddialarının aksini ileri sürebilir. Davacının rızası ile malın elinden çıktığını veya kötüniyetli olmadığı savunmasında bulunabilir¹⁵².

Bunun yanı sıra, davalı üstün hak sahibi olduğunu da kanıtlamak sureti ile davanın reddini talep edebilir. Ayrıca davalı, davacının da zilyetliğinin, haksız zilyetlik olduğunu ileri sürerek davayı reddini sağlayabilir. Bir diğer öne sürebileceği iddia ise, Türk Medeni Kanunu'nun 989. maddesinin 1.fıkrasındaki beş yıllık hak düşürücü sürenin geçmesidir¹⁵³.

Taşınır davasında, önemli bir husus da, davalının davacıya karşı, istihkak davasında olduğu gibi, eşya üzerinde herhangi bir mevcut hakkı olmadığını ileri sürüp süremeyeceğidir¹⁵⁴. Taşınır davasında, davacı zilyetliğe bağlı ayni ve şahsi hak karinelerine dayanmaktadır (TMK.m.985-987). Eğer davacı taraf, mevcut zilyede karşı, taşınır malın rızası dışında elinden çıktığını veya mevcut zilyedin kötüniyetli olduğuna ileri sürerek, taşınırı geri alabiliyor ise, mevcut zilyet de (davalı da) davacının haksız olduğunu kanıtlamak sureti ile davacı lehine olan karineleri çürütebilir¹⁵⁵.

Önemli bir husus da, taşınır davasını sadece malikin değil, üstün nispi alacak hakkı sahibinin de açabilmesidir. Taşınır bir eşya malik tarafından kiracıya kiraya verilir. Kiracının zilyetliğindeki taşınır, bir hırsız tarafından çalınır. Hırsız tarafından çalınan taşınır daha sonra, üçüncü bir alıcıya satılır. Kiracı, alıcıya karşı taşınır davası açabilecektir. Nispi hak sahibinin taşınır davası açabilmesi, satıcının zapttan sorumluluğu bakımından da önemlidir. Şöyle ki, nispi hakka dayanmak sureti ile satış konusu malın elinden alınması durumunda, alıcının satıcıya karşı zapttan sorumluluk hükümlerine başvurabileceği kanaatindeyiz.

¹⁵² İyiniyetten bahsedebilmek için bilgisizlik olmalı ve bu bilgisizliğin hoş görülebilir olması gerekmektedir. Bilgisizliğin hoş görülebilirliği, kendisinden beklenen her türlü dikkat ve özeni göstermiş olsaydı bile gerçeği öğrenemeyecek olmasıdır. Kendisinden beklenecek özen ve dikkat ise objektif olarak değerlendirilmelidir. Kişinin, ortalama zekâ seviyesine sahip, dürüst, güvenilir ve namuslu bir kişiden beklenen özeni göstermesi beklenir. Bkz. Ayan ve Ayan, s.164-165.

¹⁵³ Akıntürk, Eşya, s.196; Ayan, Zilyetlik, s.117; Ertaş, Eşya, s.67; Serozan, Eşya, s.166. Önceki zilyedin kötüniyetli olması durumunda, sonraki zilyede karşı taşınır davası açılmaz. Her iki tarafın kötüniyetli olduğu bir vakada kanun koyucu malı fiilen elinde bulunduranı korumayı tercih etmektedir. Bkz. Ayan ve Ayan, s.177.

¹⁵⁴ İstihkak davasında davacı, davalının zilyetlik karinesini çürütmelidir. Bu kapsamda davalının dava konusu eşya üzerinde ayni hakkı bulunmadığını kanıtlamalıdır. Davacıya yüklenen bu ispat yükü yüzünden, istihkak davasında davacının durumu taşınır davasında ki davacıya göre ispat bakımında daha külfetli durumdadır. Bkz. Akıntürk, Eşya, s.206.

¹⁵⁵ Akıntürk, Eşya, s.200; Ayan, Zilyetlik, s.123; Ertaş, Eşya, s.67; Serozan, Eşya, s.169.

İyiniyetli olmak her zaman taşınırın mülkiyetini doğrudan kazandırmayı sağlamaz. İyiniyetli alıcının mülkiyeti kazanamadığı bazı durumlarda kanun koyucu iyiniyetli alıcı lehine başka hukuki menfaatler sağlamıştır. Bunlardan biri de Türk Medeni Kanunu'nun 989. maddesinin 2.fıkrasıdır. Söz konusu hükme göre, alıcı taşınır malı açık artırmadan veya pazardan ya da benzeri eşya satanlardan iyiniyetle edinmiş ise, alıcıya karşı taşınır davası açmak ancak ödenen bedelin geri verilmesi koşuluyla mümkündür¹⁵⁶. Bu düzenleme ile zilyede taşınır üzerinde bir alıkoyma hakkı tanınmaktadır. İyiniyetli alıcı, ödediği para kendisine gerçek malik tarafından geri verilinceye kadar, malı alıkoyabilecektir. Burada alıcının, satıcıdan zapttan sorumluluk yüzünden isteyebileceği satış bedelinin, gerçek malike karşı yöneltilmesi söz konusudur¹⁵⁷.

Böyle bir durumda, gerçek malikin (üçüncü kişinin) alıcının ödemiş olduğu bedeli alıcıya ödemesinin, satıcının zapttan sorumluluğunu nasıl etkileyeceğine değinmekte fayda vardır. Satıcının zapttan sorumluluğunun uygulanabilmesi için, satış sözleşmesinin kurulduğu sırada var olan bir hak dolayısı ile satılanın alıcının elinden alınması (tamamı veya bir kısmı) gerekmektedir¹⁵⁸. Bu açıklama çerçevesinde, satıcının zapttan sorumluluğu için gerekli şartlar oluşmuştur. Tabi bu alıcının satıcıya karşı gerekli usulü bildirimleri yaptığı durum için geçerli olacaktır. Taşınır malın tamamının alıcının elinden alınması durumunda, Türk Borçlar Kanunu'nun 217. maddesi uygulama alanı bulacaktır¹⁵⁹. Normalde Türk Borçlar Kanunu'nun 217. maddesine göre; alıcı, satılandan elde ettiği veya elde etmeyi ihmal ettiği ürünlerin değeri indirilerek, ödemiş olduğu satış bedelinin faizi ile birlikte geri verilmesini (TBK.m.217/1, b.1)¹⁶⁰, satılanı elinden alan üçüncü kişiden isteyemeyeceği giderleri (TBK.m.217/1, b.2)¹⁶¹, davayı satıcıya bildirmekle kaçınılabilecek olanlar dışında

¹⁵⁶ Aybay ve Hatemi, s.63; Gürsoy, Eren ve Cansel, s.147; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, Eşya, s.118; Serozan, Eşya, s.163-164; Sirmen, s.103. Zilyet taşınırı bu gibi yerlerden alırken, eşyanın satıcıya ait olduğu veya en azından sahibinin elinden iradesiyle çıktığı ya da satıcının tasarruf yetkisi bulunduğu hakkında olağan hayat deneyimlerine göre çıkarım yapmışsa, iyiniyetli olduğu kabul edilir (bkz. Akıntürk, Eşya, s.202).

¹⁵⁷ Ertaş, Eşya, s.73; Serozan, Eşya, s.164. Taşınır davasında amaç, taşınırın davacıya geri verilmesidir. Üstün hakka sahip olduğunu ispat eden davacıya taşınırın geri verilmesi kararı verilir. Ancak taşınırı TMK.m.989/2 e göre elde etmiş olan davalı eğer iyiniyetli ise, taşınırı geri vermeye zorlanamaz. Bkz.Akıntürk, Eşya, s.201.

¹⁵⁸ Aydoğdu ve Kahveci, s.122; Gümüş, s.65,66; Zevkliler ve Gökyayla, s.142; Yavuz, s.112.

¹⁵⁹ Aydoğdu ve Kahveci, s.129; Gümüş, s.72; Tandoğan, Cilt:I/1, s.158; Zevkliler ve Gökyayla, s.145.

¹⁶⁰ Aydoğdu ve Kahveci, s.129; Gümüş, s.73; Tandoğan, Cilt:I/1, s.160; Zevkliler ve Gökyayla, s.146.

¹⁶¹ Aydoğdu ve Kahveci, s.129; Tandoğan, Cilt:I/1, s.160; Zevkliler ve Gökyayla, s.146.

kalan bütün yargılama giderleri ile yargılama dışındaki giderleri (TBK.m.217/1, b.3)¹⁶² ve satılanının tamamen elinden alınması yüzünden doğrudan doğruya uğradığı diğer zararları (TBK.m.217/1,b.4), satıcıdan isteyebilir. Türk Medeni Kanunu'nun 989. maddesinin 2.fikrasının uygulandığı durumda, alıcı, gerçek malikten (üçüncü kişi), ödediği bedeli aldığı için, Türk Borçlar Kanunu'nun 217. maddesinin 1.fikrasının 1.bendinde belirtilen ödemiş olduğu bedeli, satıcıdan isteyemeyecektir¹⁶³. Ancak bunun dışındaki, belirtilen kalemleri talep edebilecektir.

Emin sıfatına sahip olmayan zilyet ile yapılan satış sözleşmesine ilişkin olarak, iyiniyetin önem arz edeceği bir başka husus da, Türk Medeni Kanunu'nun 991. maddesinin 1.fikrasındaki düzenlemedir. Söz konusu hükme göre, bir taşınırın zilyetliğini iyiniyetle edinmemiş olan kimseye karşı önceki zilyet, her zaman taşınır davası açılabilir¹⁶⁴. Bu düzenlemeyi Türk Medeni Kanunu'nun 989. maddesinin 1.fikrası ile beraber değerlendirdiğimizde, alıcının iyiniyetli olması, beş yıllık sürenin geçmesi ile birlikte önem arz edecektir. Eğer alıcı iyiniyetli ise, beş yıllık süre geçmesi ile kendisine taşınır davası açılmayacaktır. Beş yıllık süre hak düşürücü süredir¹⁶⁵. Çünkü Türk Medeni Kanunu'nun 777. maddesine göre; başkasının taşınır bir malını davasız ve aralıksız beş yıl iyiniyetle ve malik sıfatıyla zilyetliğinde bulunduran kimse, zamanaşımı yoluyla taşınırın maliki olur¹⁶⁶. Aksine, alıcı iyiniyetli değil ise, kendisine karşı her zaman taşınır davası açılabilir.

Kendisine taşınır davası açılan iyiniyetli olmayan alıcının, satıcının zapttan dolayı sorumluluğuna gidip gidemeyeceği sorusunu; Türk Borçlar Kanunu'nun 214. maddesinin 2.fikrası kapsamında değerlendirdiğimizde, cevabımız olumsuz olacaktır¹⁶⁷. Çünkü söz konusu hükme göre; alıcı, sözleşmenin kurulduğu sırada malın

¹⁶² Aydoğdu ve Kahveci, s.129; Gümüş, s.73; Zevkliler ve Gökyayla, s.146.

¹⁶³ İyiniyetli haksız zilyedin hem malikten hem de satıcıdan satış bedelini istemesi mümkün değildir (ayrıntılı bilgi için bkz.Serozan, Eşya, s.164).

¹⁶⁴ Akıntürk, Eşya, s.195; Gürsoy, Eren ve Cansel, s.14.

¹⁶⁵ Akıntürk, Eşya, s.196, 202; Aybay ve Hatemi, s.64.

¹⁶⁶ Eski malik mülkiyet hakkını kaybetmektedir. Bu hakkını kaybetmesinin nedeni beş yıl süre içinde mülkiyet hakkını kullanmamış olması sebebi ile değildir. Kanun koyucunun TMK.m.777'deki düzenlemesidir. Bu düzenlemede üçüncü bir şahıs, kanunla belirlenen kazandırıcı zamanaşımı şartlarının gerçekleşmesi ile, mülkiyeti aslen kazanmaktadır. Eski malik de mülkiyet hakkını kaybetmiş olmaktadır (bkz. Akçaal, Zapt, s.117; Akıntürk, Eşya, s.203; Aybay ve Hatemi, s.64; Ertaş, Eşya, s.20). Esas olan iyiniyetli ve malik olma iradesi ile iktisap etmektir. Bu bakımdan taşınır malın mülkiyetini sağlayan hukuki işlemin şekil eksikliği yönünden geçersiz olması durumunda bile iyiniyetli ve malik olma iradesine sahip olunduktan sonra kazandırıcı zamanaşımından faydalanılır. Bkz. S. Sulhi Tekinay, **Menkul Mülkiyet ve Sınırlı Ayni Haklar, Eşya Hukuku II/3**, Filiz Kitapevi, İstanbul, 1994, s.25.

¹⁶⁷ Tandoğan, Cilt:I/1, s.148.

elinden alınma tehlikesini biliyor idiye, satıcı ayrıca üstlenmiş olmadıkça bundan dolayı sorumlu olmayacaktır. Ancak; söz konusu fıkra, bir istisnayı da içinde barındırmaktadır. Eğer satıcı, iyiniyetli olmayan alıcıya, malın elinden alınması durumunda yine de sorumlu olacağını belirtmiş ise, bu durumda alıcı satıcının zapttan sorumluluğu yoluna gidilebilir (TBK.m.214/2)¹⁶⁸. Aslında kanunda böyle bir düzenleme olmasaydı bile, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde tarafların böyle bir düzenlemeyi satış sözleşmesine koymalarının mümkün olabileceği söylenebilirdi.

Zilyetliğin ardındaki aynı hakkın korunduğu bir diğer dava istihkak davasıdır. Aynı hak sahibi, malını haksız olarak elinde bulunduran kimseye karşı istihkak davası açabilir (TMK.m.683/2). Bu davayı doğrudan doğruya zilyet durumunda olmayan aynı hak sahibi, zilyet olup da aynı hak sahibi olmayan dolaysız zilyede karşı açar¹⁶⁹.

İstihkak davasının, taşınır davasından daha geniş bir uygulama alanı vardır. İstihkak davasının taşınır davasını kapsayan ancak ondan daha geniş bir dava olduğu söylenebilir¹⁷⁰. İstihkak davası, taşınır eşya zilyetliğine dayalı hak karinelerine dayanabileceği gibi herhangi bir zilyetlik söz konusu olmasa da açılabilir. Buna göre, mülkiyeti kazanılan ama zilyetliği henüz elde edilmemiş taşınırın devri ancak istihkak davasıyla sağlanır. Ayrıca, istihkak davası taşınmazlar için de söz konusu olabildiği için, taşınır davasına göre daha geniş bir koruma alanı sağlar¹⁷¹.

Taşınır davasının, taşınırın önceki zilyedin elinden “*rızası dışında çıkması*” ya da mevcut zilyedin “*kötüniyetli*” olması durumunda açılabilceğinden bahsetmiştik. Bu iki ögenin eksikliği durumunda taşınır davası açılmazken, istihkak davası

¹⁶⁸ Aydoğdu ve Kahveci, s.122; Gümüş, Cilt I, s.65,66; Zevkliler ve Gökyayla, s.142; Yavuz, Özel, s.112.

¹⁶⁹ Akıntürk, Eşya, s.445; Gürsoy, Eren ve Cansel, s.356; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, Eşya, s.280; Serozan, Eşya, s.172; Sirmen, s.270.

¹⁷⁰ Taşınır davasının konusunu taşınır ile tapuya kayıtlı olmayan taşınmazlar oluştururken, istihkak davası konusunu her türlü eşya, taşınır veya taşınmaz ayrımı gözetmeksizin aynı haklar oluşturabilir. Bkz. Akıntürk, Eşya, s.205.

¹⁷¹ Akıntürk, Eşya, s.446; Gürsoy, Eren ve Cansel, s.357; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, Eşya, s.283; Serozan, Eşya, s.172; Sirmen, s.270. Tapu siciline kayıtlı olmayan taşınmazlara niteliklerine uygun olduğu ölçüde taşınır haklarında hükümler kıyasen uygulanır (TBK.m.246). Bu kapsamda tapuya kayıtlı olmayan taşınmazlar da taşınır davasına konu olabilir. Bkz. Akıntürk, Eşya, s.193.

açılacaktır¹⁷². İstihkak davasında, davalı taraf, kendine açılan davayı bertaraf edebilmek için, davacının aynı hakkının olmadığını ileri sürmelidir¹⁷³.

İstihkak davasında önem arz eden bir husus da Türk Medeni Kanunu'nun 777. maddesindeki beş yıllık kazandırıcı zamanaşımı ile Türk Medeni Kanunu'nun 989/1. maddesindeki beş yıllık hak düşürücü sürenin davaya etkisidir¹⁷⁴. Türk Medeni Kanunu'nun 989. maddesinin 1.fıkrasına göre beş yıl içinde taşınır davası açılması gerekir (burada iyiniyetli olup olmamasına göre bir ayırım yapılmamıştır). Türk Medeni Kanunu'nun 777. maddesine göre ise iyiniyetli olarak beş yıllık zilyetlik gerekmektedir. Bu açıklamalar doğrultusunda, malikin elinden rızası dışında çıkan bir taşınır alıcının elinde bulunuyorsa, beş yıl içinde alıcıya karşı taşınır davası açabilir. Beş yıl geçtikten sonra, iyiniyetli olan alıcıya karşı taşınır davası açamaz. Örneğin malikin sahip olduğu taşınır mal hırsız tarafından çalınır ve hırsızın elinde iki yıl kalır, sonrasında hırsız tarafından iyiniyetli alıcıya satılır. Alıcıda ise taşınır mal dört yıl kalır. Bu durumda toplamda altı yıl geçtiği için Türk Medeni Kanunu'nun 989. maddesinin 1.fıkrasına göre alıcıya karşı taşınır davası açamaz. Çünkü beş yıllık süre dolmuştur. Bu durumda istihkak davası açmak sureti ile malikin taşınırın iadesini alıcıdan isteyip isteyemeyeceğini değerlendirmek gerekir. Doktrinde Türk Medeni Kanunu 989. maddesinin 1. fıkrasındaki hak düşümü süresinin, istihkak davasını da sınırladığı savunulmaktadır¹⁷⁵. Bu görüş savunulduğunda, davanın ileri sürülebilmesi bakımından taşınır davası ile istihkak davası arasında herhangi bir fark yoktur. Bizim kanaatimiz, Türk Medeni Kanunu'nun 989. maddesinin 1.fıkrasındaki süre ile Türk

¹⁷² İstihkak davası, eşyanın malikin zilyetliğinde hiç bulunmadığı durumda açılacağı gibi eşyanın zilyetliğinin kira sözleşmesi gibi bir hukuki işlemle devredilmesi durumunda açılabilir. Hukuki işlem ile devredildiği durumlarda özellikle sözleşme zamanaşımına uğradığı durumlarda istihkak davası önem arz edecektir. Akıntürk, Eşya, s.445.

¹⁷³ Akıntürk, Eşya, s.445; Gürsoy, Eren ve Cansel, s.356; Serozan, Eşya, s.172; Sirmen, s.270.

¹⁷⁴ TMK.m.989/1'de iyiniyetli zilyede karşı beş yıl içinde taşınır davası açılabilir. Bu süre hak düşürücü süredir. Hakim bu süreye resen dikkat eder. Bkz. Akıntürk, Eşya, s.196, 202, 450; Ayan, Zilyetlik, s.127. Taşınırın gerçek maliki taşınır ya da istihkak davalarından istediğini açmakta serbesttir. Bkz. Akıntürk, Eşya, s. 449.

¹⁷⁵ Akıntürk, Eşya, 202; Ayan, Zilyetlik, s.128; Serozan, Eşya, s.174. Zilyetliğin geriverme davasının reddedilmesi durumunda, istihkak davası açılabilir. Taşınır davasından sonra kural olarak istihkak davası açılmaz (Taşınır davasının şartlarının bulunmadığı için davanın ret edilmesi durumunda istihkak davası açılacaktır. Davanın esasına girilerek, kimin üstün hak sahibi olduğu araştırılarak sonuca bağlanmışsa, taşınır davasını kaybeden önceki zilyet istihkak davası açamaz). Akıntürk'e göre, beş yıllık sürenin geçmesinden sonra açılan taşınır davasının reddine karar verilecektir. Ret kararından sonra istihkak davası açılmayacaktır. Bkz. Akıntürk, Eşya, 203; 450. Ayan'a göre, taşınır bir eşyanın zilyetliğinin rıza dışı bir sebeple kaybedilmesi durumunda, hali hazır zilyet TMK.m.989'da belirtilen 5 yıllık sürenin geçmesi ile mülkiyet hakkını kendiliğinden kazanamaz. TMK.m.777 de zamanaşımı için belirtilen süre geçmemiş ise, istihkak davası açılabilir. Bkz. Ayan, Zilyet, s.128.

Medeni Kanunu'nun 777. maddesindeki sürelerin niteliğinin farklı olmasından dolayı aynı süreymiş gibi değerlendirilemeyeceğidir. Örneğimize geri dönecek olursak, iyiniyetli alıcı, taşınır beş yıldır zilyet olmadığı için kendisine istihkak davası açılabilir.

Satıcının zapttan sorumluluğu açısından değerlendirdiğimizde, kötüniyetli kişilerin taşınır malı edinmeleri ile zamanaşımı kesileceği için, istihkak davasının uygulama alanı genişleyecektir. İstihkak davası sonucu, taşınırı iade etmek zorunda kalan alıcı, satıcıya karşı zapttan sorumluluk hükümlerine başvurabilecektir.

b. Zilyet Yardımcısının Zapttan Sorumluluğu

Bu kısımda taşınır satışında, satıcının zapttan sorumluluğu hükümlerinin uygulanma alanını, zilyet yardımcısı açısından değerlendireceğiz.

Zilyet yardımcısı, eşya üzerinde fiili egemenliğe sahip olduğu halde zilyet sayılmama durumudur. Alman Medeni Kanunu'nda düzenlenmiş olan zilyet yardımcılığına, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda yer verilmemiştir¹⁷⁶. Zilyet yardımcısı, başkasından buyruk ve direktif alan, fabrikada işçi, odacı, bekçi gibi bağımlı kişilerdir. Bir kimse, bir başkasının evinde veya işyerinde ya da benzeri bir ilişki içinde, başkasının işini görmek için bir eşya üzerinde fiili egemenlik kuruyor ve eşya ile ilgili olarak işini gördüğü kişinin yönergelerine uyuyor ise; yönergelerine uyduğu kişiye zilyet gözüyle bakılır. Eşyayı elinde tutan zilyet değil, zilyet yardımcısıdır. Örneğin, evde temizlik hizmeti veren hizmetçinin, evdeki elektrik süpürgesi, ütü ve çamaşır makinasını kullanırken bu eşyalar üzerinde zilyet değil, zilyet yardımcısıdır. Burada dikkat edilmesi gereken, zilyet yardımcılarının mal üzerinde hâkimiyetleri vardır ancak bu başkası içindir. Zilyet yardımcısını, zilyetten özellikle dolaysız fer'i zilyetten ayırmak zordur. Zilyet yardımcısının tespiti için dört koşul aranır¹⁷⁷.

¹⁷⁶ Akıntürk, Eşya, s.138; Aybay ve Hatemi, s.41; Ayan, Eşya I, s.61; Ertaş, Eşya, s.31; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, Eşya, s.65. Alman hukukunda çocuğun, evde kullandığı ailesine ait bir eşya üzerinde zilyet yardımcılığı söz konusudur. Bkz. Akıntürk, Eşya, s.139.

¹⁷⁷ Akıntürk, Eşya, s.139 vd.; Ertaş, Eşya, s.31; Gürsoy, Eren ve Cansel, s.82; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, Eşya, s.65; Sirmen, s.60 vd.; Serozan, Eşya, s.112. Zilyet yardımcısının eşya üzerinde bir hakimiyeti vardır. Ancak bu durum geçicidir. Bkz. Ayan, Zilyetlik, s.61.

-Zilyet yardımcısı, asıl zilyedin buyruk ve direktiflerine uygun hareket eder¹⁷⁸.
-Zilyet yardımcısı ile zilyet arasında bağılılık yani altlık üstlük ilişkisi, dışarıdan açıkça görülebilir nitelikte olmalıdır¹⁷⁹.

-Zilyet yardımcısı, zilyedin bir hizmetini ifa etmek için, eşyayı kullanır.

-Zilyet yardımcısı, eşya üzerinde bir ayni veya şahsi hak iddiasında bulunmamalıdır¹⁸⁰.

Zilyet yardımcısı, kanuni anlamda zilyet olmadığı için, ondan iyiniyetle ayni hak kazanımı Türk Medeni Kanunu'nun 988. maddesine göre korunmaz. Zilyet yardımcısından devralınan bir taşınırda malikin rızası olmadan el değiştirme söz konusudur¹⁸¹.

Bu açıklamalar doğrultusunda, ev sahibinin evinde çalışan hizmetçi, kıyafetleri ütülemek için kullandığı ütü üzerinde zilyet değil, zilyet yardımcısıdır. Hizmetçi bu ütüü ev sahibinin izni ve bilgisi olmadan, üçüncü bir kişiye satar ve teslim ederse, üçüncü kişi iyiniyetli olsa bile, ütünün maliki olamaz. Çünkü Türk Medeni Kanunu'nun 988. maddesi kapsamında iyiniyetli üçüncü kişinin iktisabının korunması için, emin sıfatı ile zilyetten edinim olmalıdır. Örneğimizde ise hizmetçi, zilyet değildir. Ütünün maliki olan ev sahibi, üçüncü kişiden ütüü geri alması durumunda, ütünün mülkiyetini kazanamayan üçüncü kişi, hizmetçiye karşı satıcının zapttan sorumluluğu yoluna başvuracaktır. Aslında, hizmetçinin ütüü satmak için ev sahibinin haberi olmadan alması, ceza hukuku bakımından hırsızlık eyleminden başka bir şey değildir.

2. Üzerinde Rehin Hakkı Kurulmuş Bir Taşınırın Satışı

Türk Medeni Kanunu'na göre taşınır rehini, başkasının taşınır malına veya hakkına yüklenen ve bir borcun yerine getirilmesi amacı ile alacaklının alacağını güvence altına almayı hedefleyen, alacaklının alacağını alamaması durumunda rehin

¹⁷⁸ Akıntürk, Eşya, s.139 vd.; Ertaş, Eşya, s.31; Gürsoy, Eren ve Cansel, s.82; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, Eşya, s.65

¹⁷⁹ Akıntürk, Eşya, s.139; Ertaş, Eşya, s.31; Gürsoy, Eren ve Cansel, s.82

¹⁸⁰ Akıntürk, Eşya, s.140; Ertaş, Eşya, s.31; Gürsoy, Eren ve Cansel, s.82

¹⁸¹ Aybay ve Hatemi, s.42; Ertaş, Eşya, s.31; Serozan, Eşya, s.112. Başka bir ifade ile zilyet yardımcısı emin sıfatı ile zilyet sayılmaz. Bu yüzden zilyet yardımcısından, iyiniyetli üçüncü kişinin iktisabı korunmaz. Bkz. Ayan, Zilyet, s.62.

konusunu paraya çevirme yetkisi veren bir haktır. Türk teminat hukukunda bir taşınır üzerinde rehin, kanundaki istisnalar dışında, ancak taşınırın teslimi suretiyle kurulabilir (TMK.m.939)¹⁸². Rehın konusu taşınır eşyanın vasıtasız zilyetliğinin malik tarafından alacaklıya veya üçüncü bir şahsa devrinin şart koşulmasındaki amaç, üçüncü kişilerin iyiniyetli hak iktisaplarını ve malikin rehin konusu eşya üzerinde alacaklıyı zarara sokabilecek tasarruflarını önleyebilmektir¹⁸³. Taşınırın rehin edilmesi durumunda taşınır, rehin alacaklısının elinde bulunacaktır. Taşınırın gerçek maliki söz konusu taşınırı satsa bile, teslim edemez. Bu yüzden satış sözleşmesinde satıcının zapttan sorumluluğu hükümlerinin uygulanmaz. Çünkü zapttan söz edebilmek için taşınır eşyanın, başka bir hakka dayanan üçüncü bir kişi tarafından alıcının elinden alınması gerekir.

Satıcının zapttan sorumluluğu hükümlerinin uygulama alanıyla ilgili bir değerlendirme yapmak gerekirse, malik, taşınır bir malını rehin edip devir eder. Hırsız da söz konusu malı rehin alandan çalar. Çalınan mal, polis tarafından bulunur ve malike teslim edilir. Malik de taşınırı üçüncü kişiye geri satar ve devreder. Rehın alan da, rehin hakkı sahibi olarak, bu hakkını üçüncü kişiye karşı ileri sürer ve taşınırı üçüncü kişinin elinden almak ister. Bu durumda üçüncü kişinin elinden alınması mümkün olup olmadığı incelemeye değerdir. Böyle bir durumda üçüncü kişinin, satıcı ve malike karşı zapttan sorumluluk hükümlerine başvurup başvuramayacağını incelemek gerekir.

Rehin hakkı, tüm aynı haklar gibi, tasarruf yetkisi olmayan kişiden (kiracıdan ariyet alandan vs.) iyiniyetle kazanılabilir. Türk Medeni Kanunu’nun 939. maddesinin 2.fıkrasına göre; “*Rehnedende tasarrufta bulunma yetkisi olmasa bile, rehin konusu taşınıra iyiniyetle zilyet olan kimse, zilyetlik hükümlerine göre edinimi korunduğu*

¹⁸² Akıntürk, Eşya, s.832; Bülent Köprülü ve Selim Kaneti, **Sınırlı Aynı Haklar**, 2.baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1983, s.440; Gürsoy, Eren ve Cansel, s.1089; Hasan Seçkin Ozanoğlu, “Türk Medeni Kanunu’nun 940. Maddesinin II. Fıkrası (Motorlu Araç Rehni) Üzerine”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:5, Sayı:1-2, 2001, s.26; Nomer ve Ergüne, s.63; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, Eşya, s.986; Sirmen, s.714; Tekinay, s.135. Kanunda taşınır malın teslimi ifadesi kullanılsa da, anlaşılması gereken zilyetliğin devridir. Bu kapsamda zilyetliğin havalesi veya kısa elden teslim yolu ile de rehin hakkının kurulması mümkündür. Bkz. Aybay ve Hatemi, s.298. Rehın kurulabilmesi, tarafların rehin kurma konusunda anlaşmasına ve zilyetliğin rehin alana devrine bağlıdır. Bkz. Sirmen, s.717.

¹⁸³ Aybay ve Hatemi, s.298; Ertaş, Eşya, s.564; Nomer ve Ergüne, s.83; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, Eşya, s.992; Sirmen, s.714.

*ölçüde rehin hakkı kazanır*¹⁸⁴. Bu düzenleme Türk Medeni Kanunu'nun 988. maddesindeki düzenlemeyi vurgulamaktadır. Aslında bu kamu güveninin, taşınır eşyada rehin hakkı edinen iyiniyetli kişi yararına korunmasıdır. Ancak kamu güveni aynı zamanda malikten rehinli taşınırın mülkiyetini edinen iyiniyetli üçüncü kişi yararına da korunur (TMK.m.988)¹⁸⁵. Bu durumda rehin hakkı sahibinin lehine olan halefiyet koruması (takip yetkisi) iyiniyetli yeni malike karşı ileri sürülemeyecektir. İyiniyetli üçüncü kişi, taşınırı yüksüz olarak (üzerinde rehin hakkı olmaksızın) mülkiyetini kazanacaktır.

Bu açıklamalar doğrultusunda yukarda vermiş olduğumuz örneği değerlendirmek gerekirse, rehin alanın rehin hakkını üçüncü kişiye karşı ileri sürüp, taşınırın zilyetliğini alabilmesi üçüncü kişinin iyiniyetli olmadığı (taşınırın üzerinde rehin hakkı olduğunu bildiği) durumda söz konusu olabilir. Eğer üçüncü kişi iyiniyetli ise, taşınırın mülkiyetini, üzerinde herhangi bir ayni hak sınırlaması olmadan kazanmış olacaktır. Böyle bir durumda rehin alanın öne sürebileceği bir hak olmayacaktır. Üçüncü kişinin iyiniyetli olmaması durumunda, rehin alanın rehin hakkı halefiyet koruması altında devam edecektir¹⁸⁶. Bu hak üçüncü kişiye karşı öne sürülebilecektir. Rehlin hakkına dayanarak taşınırın kendisine iadesini isteyebilir. Taşınırı elinden çıkan kötüniyetli üçüncü kişi ise, Türk Borçlar Kanunu'nun 214. maddesinin 2. fıkrasına göre, sözleşmenin kurulduğu sırada bu durumu bildiği için, satıcı malik sorumluluğu ayrıca üstlenmiş olmadıkça, zapttan sorumluluğu yoluna gidemeyecektir.

Ancak kanun koyucu bazı özel durumlarda zilyetlik teslim edilmese de taşınır üzerinde rehni mümkün kılmaktadır (TMK.m.940)¹⁸⁷. Bu taşınır rehni, tescilli, teslim

¹⁸⁴ Akıntürk, Eşya, s.841; Rehlin kurulması tasarruf yetkisinin bulunmasına bağlıdır. Ancak kanun koyucu tasarruf yetkisi bulunmayan kişiden, iyiniyetli rehin alanı korumayı tercih etmiştir. Kamuya açıklık ilkesinin bir sonucu olarak, taşınırı elinde tutanın yarattığı görünüme güvenen üçüncü kişi korunmaktadır. Bkz. Sirmen, s.715. Rehlin ile ilgili başka bir örnek vermek gerekir ise, Malik, taşınır bir malını rehin edip devreder. Hırsız da söz konusu malı rehin alandan çalar. Çalınan mal, polis tarafından bulunur ve malike teslim edilir. Malik de taşınırı üçüncü kişiye rehnedir ve devreder. Böyle bir durumda, sonradan rehin alan üçüncü kişi iyiniyetli ise, TMK.m.939/2 uygulama alanı bulacaktır. Üçüncü kişi, taşınır üzerinde rehin hakkı kazanacaktır. Bu durumda ilk rehin alan, rehin hakkı sahibi olarak, bu hakkını üçüncü kişiye karşı ileri sürer ise taşınırı üçüncü kişinin elinden alamayacaktır.

¹⁸⁵ Nomer ve Ergüne, s.78; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, Eşya, s.994; Serozan, Eşya, ss.344-345; Sirmen, ss.714,715; Tekinay, s.136.

¹⁸⁶ Aybay ve Hatemi, s.298; Serozan, Eşya, s.23; Sirmen, s.717.

¹⁸⁷ Özellikle Türk Medeni Kanunu'nun 940 maddesinin 2. fıkrasına göre, kanun gereğince bir sicile tescili zorunlu olan taşınır mallar bakımından, zilyetliğin alacaklıya devrine gerek olmaksızın, taşınır malın kayıtlı bulunduğu sicile kaydedilmek suretiyle taşınır mal üzerinde rehin kurulabilir (bkz. Ozanoğlu, s.24). Sicile yapılacak kayıt ile taşınır rehni alenileşmiş olmaktadır. Bkz. Antalya, O.Gökhan ve Faruk Acar, **Ticari İşletmelerde Taşınır Rehni**, Aristo Yayınevi, İstanbul 2017, s.1.

şartsız taşınır rehni şeklinde olabileceği gibi kanundan doğan sicilsiz, teslim şartsız taşınır rehni şeklinde de olabilir. Başka bir ifade ile teslimsiz taşınır rehnini, sicilli taşınır rehni ve sicilsiz taşınır rehni şeklinde ayırmak mümkündür. Tescilli teslim şartsız taşınır rehnine örnek, hayvan rehni, motorlu araç ve diğer tescilli taşınır rehni, ticari işletme rehni, maden rehni, gemi ipoteği ve hava aracı ipoteğidir. Sicilsiz teslim şartsız taşınır rehnine örnek ise, ziraat bankasının çiftçi malları üzerindeki rehin hakkı, zirai donatım kurumunun rehin hakkı, tarım kredi kooperatiflerinin rehin haklarıdır¹⁸⁸.

Konumuz bakımından ticari işletme rehninin önem arz edebileceğini düşünüyoruz. 1447 sayılı Ticari İşletme Rehni Kanunu çeşitli unsurlardan oluşan ticari işletmelerin bir bütün olarak, işletmeye dâhil taşınır unsurlarının ayrıca teslimine gerek kalmaksızın, rehin edilebilmesi imkânı sağlamaktadır¹⁸⁹. Her ne kadar ilgili kanun 6750 sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu’nun 17. maddesi ile yürürlükten kalksa da, 6750 sayılı kanunun geçici 1. maddesine göre; *“bu kanun yürürlüğe girdiği tarihten önce ticari işletme veya esnaf işletmeleri üzerinde tesis edilen rehin haklarına ilişkin mevzuat hükümleri uygulanmaya devam eder”*. Buna göre 6750 sayılı kanunun yürürlük tarihi olan 1.01.2017 tarihine kadar olan ticari işletme rehinlerine 1447 sayılı Ticari İşletme Rehni Kanunu hükümleri uygulanmaya devam edecektir. Konumuz açısından önem arz eden husus, 1447 sayılı kanun kapsamında kaldığı için bu kanuna ilişkin açıklamada bulunacağız. 1447 sayılı Ticari İşletme Rehni Kanunu’nun 5. maddesinin 1.fikrasına göre, rehin hakkı, rehin sözleşmesinin, işletmenin kayıtlı bulunduğu esnaf ve sanatkâr veya ticaret siciline tescili ile doğar. Bu tescil yeterli olup, ayrıca rehine konu taşınırın teslimine gerek yoktur¹⁹⁰.

Teslim şartlı rehinde, rehin konusu mal alacaklıya verilmek sureti ile borçlunun malı kullanma imkânı elinden alınmaktadır. Borçlu rehin konusu maldan faydalanmak sureti ile gelir elde edememekte, başka bir deyişle rehin konusu malı borcun ödenmesinde aktif olarak kullanamamaktadır. Ticari işletme rehininde ise; klasik anlamda taşınır rehininden farklı olarak, işletmeye dâhil taşınır unsurlarının ayrıca

¹⁸⁸ Antalya, Acar ve Gürsoy, s.1; Eren ve Cansel, ss.1088-1090; Köprülü ve Kaneti, s.444; Nomer ve Ergüne, ss.65,67; Serozan, Eşya, ss.340-341; Sirmen, s.726.

¹⁸⁹ Tekinay, s.141. Kanun sayesinde teslimsiz taşınır rehni kullanımın yaygınlaştırılmasının sağlanmasıdır. Böylelikle tacir ve esnaf kredi ihtiyacını giderme imkânı bulacaktır. Bkz. Antalya ve Acar, s.2.

¹⁹⁰ 6750 sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu ile zilyetliği devir etmeden rehin hakkının sağlanabilmesi için aleniyet sorununu çözmeyi hedeflemiştir. Bu kapsamda rehinli taşınır sicili oluşturulacaktır. Bkz. Antalya ve Acar, s.4.

teslimine gerek kalmaksızın, rehin edilebilmesi imkânı sağlanmaktadır. Bu yüzden rehin verenin, taşınır unsurlardan faydalanma imkânı mümkündür¹⁹¹.

Ticari işletme rehni kapsamına, rehlin tescili anında mevcut ve işletmenin faaliyetine tahsis edilmiş olan makine, araç, alet ve motorlu nakil araçları girer (TİRK.m.3/1, bent c)¹⁹². Bu kapsamda, ticari işletmenin kullanımına tahsis edilmiş bir bilgisayar, ticari işletme rehni kapsamı içinde yer alacaktır.

Alacaklının rehin hakkı, ticari işletmeyi devralan herkese karşı ileri sürülebilir (TİRK.m.9/1). Bunun temelinde ticari işletme sicilinin aleni olması yatmaktadır. Bu durumda, işletmeyi devralanın işletmenin kayıtlı olduğu sicili incelemesi gerekmektedir ve dolayısı ile iyiniyet iddiasında bulunamayacaktır¹⁹³. Ancak; rehinden haberdar olmayan, ticari işletmenin sicil bölgesi dışındaki münferit unsurları üzerinde mülkiyet veya diğer aynı bir hakkı iktisap eden iyiniyet sahibinin hakkı ise korunacaktır (TİRK.m.9/2). Ticari İşletme Rehni Kanunu'nun 9. maddesinin ikinci fıkrası sicil bölgesi dışında yapılan iktisaplarda, üçüncü kişinin iyiniyetinin korunacağından bahsetmektedir. Ancak sicil bölgesi içinde, ticari işletmeye ait bir münferit unsuru, iyiniyetle iktisap edebileceği belirtilmemiştir. Bu husus doktrinde eleştirilmiştir¹⁹⁴.

Bu açıklamalar çerçevesinde, bir ticari işletme kapsamında yer alan bilgisayarı ele alalım. Ticari işletmenin rehni ile bu bilgisayar üzerinde de rehin tesis edilmiş olacaktır. Ticari işletme rehni, ticaret siciline kayıt yapılmış olmakla beraber, bilgisayarın niteliği gereği ayrıca başka bir sicile bildirimde bulunmak mümkün değildir. Örneğin ticari işletmeye ait bir otomobil için ayrıca trafik siciline de bildirim yapılmak sureti ile trafik sicilinde de rehin tescil edilecektir. Bilgisayar için ayrı bir sicil söz konusu değildir. Bilgisayarın ticaret sicili bölgesi içinde birisine satılması durumunda, bu rehinden haberi olmayan iyiniyetli alıcıya karşı dahi rehin hakkı ileri

¹⁹¹ Köprülü ve Kaneti, s.446; Nomer ve Ergüne, s.84; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, Eşya, s.994; Tekinay, s.141.

¹⁹² Gürsoy, Eren ve Cansel, s.1089; Köprülü ve Kaneti, s.447; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, Eşya, s.988; Serozan, Eşya, ss.343; Sirmen, s.708. TRK m.5'de rehine konu edilebilecek taşınır varlıklar sayılmıştır. Yeni kanun ile yürürlükten kalkmış olan TİRK'e göre rehin konusu olabilecek şeyler genişlemiştir (bkz. Antalya ve Acar, s.7).

¹⁹³ Sabih Arkan, **Ticari İşletme Hukuku**, 17.baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2012, s.58.

¹⁹⁴ Arkan, s.58. Gerçektende, ticari işletmeye tahsis edilen bir bilgisayarın satımı halinde, alıcının bu bilgisayar alırken ticaret siciline bakmasını beklenmemelidir. Bilgisayar gibi her hangi bir sicile kaydı mümkün olmayan eşyaların devrinde, sicile kayıtlı bölge içinde veya dışında bakımından ayırım yapılmasını doğru bulmuyoruz.

sürülebilecektir. Çünkü Ticari İşletme Rehni Kanunu'nun 9. maddesinin ikinci fıkrasının mefhumu muhalifinden bu sonuç çıkmaktadır.

Bu durumda, rehin hakkı, satış sözleşmesinin tarafı olan alıcıya karşıda ileri sürülebilecektir. Rehin hakkına dayanarak, bilgisayarın alıcının elinden alınması durumunda, alıcının, satıcının zapttan sorumluluğuna gidebileceği kanaatindeyiz.

B.Türk Borçlar Kanunu'ndaki Satıcının Zapttan Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerin Kıyasen Uygulandığı Diğer Alanlar

1. Katılma Alacağına Dâhil Bir Taşınırın Satışı

Satıcının zapttan sorumluluğu açısından Türk Medeni Kanunu'nun 229. maddesinin uygulanmasını değerlendirelmelidir. Türk Medeni Kanunu'nun 229. maddesi, edinilmiş mallara katılma rejiminde, mal rejiminin sona ermesi sonucu, edinilmiş mallara değer olarak eklenecek unsurları belirtmektedir¹⁹⁵. Hükme göre; eşlerden birinin mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıl içinde diğer eşin rızası olmadan, olağan hediyeler dışında yaptığı karşılıksız kazandırmalar (TMK.m.229/b.1)¹⁹⁶ ve bir eşin mal rejiminin devamı süresince diğer eşin katılma alacağını azaltmak kastıyla yaptığı devirler (TMK.m.229/b.2) edinilmiş mallara değer olarak eklenecektir¹⁹⁷. Maddenin ilk bendi bağışlama ile ilgilidir. Aşağıda bağışlama ile ilgili yaptığımız açıklamalar bu bend içinde geçerlidir¹⁹⁸. İkinci bentte mal rejiminin devamı süresince diğer eşin katılma alacağını azaltmak kastıyla yaptığı

¹⁹⁵Fatih, Karamercan, **Katkı Değer Artış Payı, Katılma Alacağı Davaları**, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015, s.394; Mustafa Dural ve Tufan Ögüz, **Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul 2012 (Aile), s.219; Öztan, Bilge, **Aile Hukuku**, 6. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2015, s.505; Şükran Şıpka, **Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012(Edinilmiş), s.231. Katılma alacağı, edinilmiş mallara katılma rejiminin varlığını sürdürdüğü sürece bir eşin edindiği mallarda, mal rejimin sona ermesi ile birlikte tasfiye sonucu diğer eşin sahip olduğu alacak hakkıdır. Bkz. Banu Fatma Günarslan, **Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Değer Artış Payı Alacağı**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017, s.

¹⁹⁶Karamercan, s.394; Dural ve Ögüz, Aile, s.219; Öztan, Bilge, s.505;Şıpka, Edinilmiş, s.231.

¹⁹⁷Karamercan, s.394; Dural ve Ögüz, Aile, s.219; Öztan, Bilge, s.505;Şıpka, Edinilmiş, s.231. Türk Medeni Kanunu'nun 225. maddesine göre, her bir eş edinilmiş malları üzerindeki tasarruf yetkisini kullanabilir. Bu kapsamda mülkiyeti kendisine ait olan eşyaları dilediği gibi devir edebilir. Ancak bazı tasarrufi işlemler diğer eşin katılma alacağını etkileyebilir. Türk Ticaret Kanunu 229. Maddesi bunu engel olmayı amaçlar (bkz. M.Ahmet Kılıçoğlu, **Aile Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015(Aile) s.422).

¹⁹⁸ Bağışlama ile ilgili ayrıntılı bilgi için İkinci Bölüm, II, B, 8, b kısmına bakınız.

devirlerden bahsetmektedir. Türk Medeni Kanunu'nun 229 maddesinin 1. bendinden farklı olarak bu devirler için 1 yıllık bir süre sınırlaması yoktur¹⁹⁹. Bu devir, satış şeklinde gerçekleşmiş olabilir. Bu durumu bu başlık altında incelemek doğru olacaktır.

Türk Borçlar Kanunu'nun 229.maddesinin 2.bendi kapsamında yapılmış satış sözleşmesi, diğer eşin katılma alacağını azaltmak kastı ile yapılmış ve iki tarafın iradeleriyle beyanları arasında istenerek meydana getirilen bir uygunsuz şekilde ise bir muvazaadan söz edilebilecektir. Muvazaanın niteliği gereği bu satış sözleşmesi diğer eş kandırmak maksadı ile yapılmalıdır²⁰⁰. Örneğin; edinilmiş mal rejimine tabi bir evlilikleri olan karı ve kocadan, koca, eşinden boşanmayı düşünmektedir. Koca, boşanma sonucu edinilmiş mal kapsamına girecek kendi üzerine kayıtlı olan arabasını eşinin katılma alacağını azaltmak kastı ile arkadaşına satmıştır. Koca ve arkadaşı bu satış sözleşmesini yaparken bu sözleşmenin kendi aralarında hüküm ifade etmeyeceğine dair bir anlaşma yapmışlardır. Bir başka anlatımla, söz konusu satış sözleşmesi muvazaalıdır (mutlak muvazaa). Karı ve kocanın boşanmaları durumunda, edinilmiş mal rejiminin tasfiyesi sırasında, karı değer olarak eklenecek bir unsur olan arabanın değerini, araba kocaya ait gözükmese bile katılma alacağına ekletebilecektir. Çünkü söz konusu satış katılma alacağını azaltmak kastı ile yapılmıştır. Edinilmiş mallara katılma rejiminde katılma payı sadece bir alacak hakkı²⁰¹dir. Katılma alacağını azaltma amacı taşıyan muvazaalı işleme konu değerler, tasfiyede aktif değere eklenecektir. Bu değer eşin tasfiyede aynı hak talebinin bulunduğu aile konutu değilse, muvazaaya ilişkin hüküm uygulanamaz. Burada Türk Medeni Kanunu'nun yasal mal rejimine ilişkin özel bir düzenleme vardır. Muvazaalı işlemin geçersizliğine dair genel hüküm uygulanması gerekmez²⁰². Bu durumda alıcının, satıcının zaptı yoluna

¹⁹⁹ Öztan, s.506; Karamercan, s.397; Kılıçoğlu, Aile, s.423. TMK.m.229/1 ve 2. bent hükümleri arasında süre açısından fark vardır. TMK.m.229/1. bent hükmünde “mal rejimin sona ermesinden önceki bir yıl” demek sureti ile süre sınırlaması bulunmaktadır. TMK.m.229/2. bent hükmünde süre sınırlaması bulunmamaktadır. Bkz.Karamercan, s. 397.

²⁰⁰ İpek Betül Aldemir, **Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Taraf İradelerinin Etkisi**, On İki Levha, İstanbul, 2018, s.164.

²⁰¹ Kılıçoğlu, Aile, s.424. HGK'nın 26.9.2012 tarihli, E.2012/8-192/K.2012/629 sayılı kararında “Yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejiminde yer alan ilkelerden biri de, bu rejimin kural olarak nispi hak tanınması ilkesidir. Başka bir deyişle, rejim süresince edinilen mallara ilişkin eşlerin bir alacak hakkı yani şahsi bir hakkı söz konusudur. Yoksa rejim süresince edinilen mallarda eşler aynı hak sahibi değildir. Mal rejimi sona erdiğimde eşlerin edinilmiş mallara ilişkin artık değerler üzerinde karşılıklı alacak hakları bulunmaktadır.” demiştir.

²⁰² Karamercan, s. 402.Mal rejimi sona erdiği anda var olan bir malvarlığı değerinin, eş tarafından muvazaalı işlem ile elinden çıkarması durumunda, diğer eş hak kaybına uğramaz. Çünkü edinilmiş

gitmesinin mümkün olup olmadığını sorduğumuz zaman. Bu soruya olumsuz cevap verilmesi gerekir.

Türk Medeni Kanunu'nun 229. maddesinin 2.bendinde belirtilen kavram "katılma alacağını azaltmak kastı"dır. Bu bakımdan eşin sözleşmeyi katılma alacağını azaltmak maksadı ile yapmış olması esaslı unsurdur. Yapılan sözleşmede tarafların diğer eş kandırma maksadı olmayabilir. Yani yapılan işlemin muvazaalı olmasına gerek yoktur²⁰³. Başka bir ifade ile "katılma alacağını azaltma kastı" geçerli bir sözleşmede de söz konusu olabilir. Örneğin; koca, sırf eş daha az katılma alacağı elde etmesi için, edinilmiş mallar arasında kalan 100.000 lira değerindeki bir tablosunu, 10.000 liraya üçüncü bir kişiye satmıştır. Tarafların sözleşmenin geçerliliği konusunda iradeleri uyushmaktadır. Böyle bir durumda, katılma alacağı hesaplanır iken, satış bedeli olan 10.000 lira değil, gerçek bedeli olan 100.000 lira değer esas alınmalıdır. Ancak kocanın malvarlığı, bu katılma alacağını karşılamaya yetmeyebilir. Böyle bir durumda, Türk Medeni Kanunu'nun 229. maddesinin 2.fıkrası (söz konusu fıkraya göre, katılma alacağını azaltma kastı ile yapılan devirler, davanın kendisine ihbar edilmiş olması koşuluyla devirden yararlanan üçüncü kişiye karşı da ileri sürülebilir) veya Türk Medeni Kanunu'nun 241. (söz konusu hükme göre, tasfiye sırasında borçlu eşin malvarlığı katılma alacağını karşılamadığı takdirde, alacaklı eş, edinilmiş mallarda hesaba katılması gereken karşılıksız kazandırmaları bunlardan yararlanan üçüncü kişilerden eksik kalan miktarla sınırlı olarak isteyebilir) maddesine dayanarak katılma alacağının karşılanmayan kısmını üçüncü kişiye karşı ileri sürebilecektir. Alacağın tahsili için söz konusu tablonun satılmak maksadı ile üçüncü kişinin elinden alınması durumunda, kanımızca üçüncü kişi, kıyasen satıcının zapttan sorumluluğu yoluna gidebilmelidir. Tabii ki, üçüncü kişi bu sözleşmenin yapıldığı sırada kocanın,

mallara katılma rejiminin sona erme anında bulunan tüm malvarlığı değerleri tasfiyede dikkate alınacaktır (TMK.m.235) (bkz. Aldemir, s.166).

²⁰³ Azaltma kastının ispatlanması TMK.m.229'un uygulanması için yeterlidir. Devir işleminin muvazaalı olması aranmaz. Devralan kişinin iyiniyetli olması da önem arz etmez. Ancak, genel hükümlere dayanmak sureti ile devir işleminin muvazaalı olduğu ileri sürülebilir. Muvazaaya ilişkin genel hükümlere dayanmak sureti ile devredilen malın eşe iadesi istenebilir. Böyle bir durumda, devralan kişinin kötüniyetinin ispat edilmesi gerekecektir. Bkz. Karamercan, s.404. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 269.2012 tarihli, 8-192/629 sayılı kararında "4721 TMK'nın 229/2. Maddesine bakıldığında ise, bir eşin mal rejiminin devamı süresince diğer eşin katılma alacağını azaltmak kastıyla yaptığı devirlerin edinilmiş mallara ekleneceği düzenlenmiştir. Burada üzerinde durulması gereken kavram "Katılma alacağını azaltmak kastı"dır. Yoksa var olan bir iradenin gizlenip görünüşte başka bir işlem yapılması hususu değildir. Taraflar arasında yapılan bir sözleşme muvazaalı olmasa bile alacağı azaltma kastı ile yapılmış olabilir. Yani geçerli sözleşmelerde de madde değinildiği anlamda alacağı azaltma kası bulunabilecektir." demektedir (Bkz. Karamercan, s.409).

eşinin katılma alacağını azaltmak kastı ile yaptığını bilmiyor olmalıdır. Çünkü üçüncü kişi, elinden alınma tehlikesini sözleşmenin kurulduğu sırada biliyor idiye koca, ayrıca üstlenmiş olmadıkça bundan sorumlu olmaz (TBK.m.214/2). Kanaatimizce her ne kadar Türk Medeni Kanunu'nun 241. maddesi, karşılıksız kazanmalardan (bağıştan) bahsetmiş ise de, örneğimizde olduğu gibi, malın gerçek bedeli ile satış bedeli arasında büyük farklar olduğu durumlarda da bu hükmün uygulanması gerektiğini düşünüyoruz.

2. Terekeye Eklenecek Değerin Satışı

Miras hukukumuzda saklı pay, mirasçılardan tereke üzerinde sahip oldukları miras paylarının kanun koyucu tarafından belirlenmiş bir kısmını oluşturan ve mirasbırakan tarafından sağlararası tasarruf ve ölüme bağlı tasarruflarla ihlal edilemeyen kısmı ifade etmektedir²⁰⁴. Tasarruf özgürlüğü ise, mirasbırakanın malvarlığında, saklı paylı mirasçılardan paylarına müdahale oluşturmeyen kısımlarında yaptığı tasarrufları ifade eder²⁰⁵.

Tasarruf özgürlüğünün sınırları içinde kalınıp kalınmadığını tespit edebilmek için, saklı pay ve tasarruf özgürlüğü miktarlarına isabet edecek tereke gerçek değerinin hesaplanması gerekir. Bunun için de terekenin hesaplanması gerekir. Tereke aktif (alacaklar, mevcut mallar) ve pasiflerden (borçlardan) oluşan bir mamelektir. Aktiflerden pasifler çıkarılmak sureti ile terekenin net mevcudu hesaplanır. Bu net mevcuda bazı değerlerinde eklenmesi kanun koyucu tarafından öngörülmüştür. Bunlar tenkise tabi kazandırmalar (TMK.m.565) ve ölüme bağlı sigortaların satın alma değeridir (TMK.m.669)²⁰⁶.

²⁰⁴ Ahmet Nar, **Türk Miras Hukukunda Tenkis**, On İki Levha, İstanbul 2016, s.11; Ali Naim İnan, Şeref Ertaş ve Hakan Albaş, **Miras Hukuku**, 9.baskı, Bilge Yayınevi, Ankara, 2015, s.298; Bilge Öztan, **Miras Hukuku**, 7. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2016; Hüseyin Hatemi, **Miras Hukuku**, On İki Levha Yayıncılık, 7.Baskı, İstanbul 2018 (Miras), s.46; Mehmet Ayan, **Miras Hukuku**, 9. Baskı, Ankara, 2016(Miras), s.173; Mustafa Dural ve Tufan Ögüz, **Miras Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2012(Miras), s.233; Ömer Arbek, **Miras Hukukunda Ölüme Bağlı İşlemlerde İrade Serbestisi Sınırları ve Müeyyidesi**, Yetkin Basımevi, Ankara 2013, s.73; Rona Serozan ve Baki İlkay Engin, **Miras Hukuku**, 4. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2014, s.216; Yaşar Karayalçın, Mirasbırakanın Muvazaası mı? Tasarruf Özgürlüğü ve Saklı Payın Korunması mı? Bir Tartışma, Turhan Kitabevi, Ankara, 2000, s.66; Zahit İmre ve Hasan Erman, **Miras Hukuku**, 12. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2016.

²⁰⁵ Nar, s. 59

²⁰⁶ İnan, Ertaş ve Albaş, ss.328-329; Nar, s.66; O.Gökhan Antalya ve İpek Sağlam, **Miras Hukuku**, 3. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul 2015, s.63; Öztan, s.96. Mirasbırakanın serbestçe tasarruf edebileceği

Kanun koyucu, mirasbırakanın sağlararası karşılıksız kazandırmalarının da, terekeye eklenmesi gerektiğini düzenlemiştir (TMK.m.508). Türk Medeni Kanunu'nun 565. maddesinde sayılan sağlararası kazandırmalar tenkise tabi tutulacaktır²⁰⁷. Bu sağlararası kazandırmaların ortak özellikleri karşılıksız (ivazsız) olmalarıdır. Karşılıksız kazandırma hukuki niteliği itibari ile bağışlamadır. Aşağıda bağışlama başlığı altında yaptığımız açıklamalar bu bend için de geçerlidir²⁰⁸. Ancak, Türk Medeni Kanunu'nun 565. maddesinde sayılan hallerden bir tanesi bu başlık altında incelememiz için özellik arz eder. Türk Medeni Kanunu'nun 565. maddesinin 4.bendine göre; mirasbırakanın saklı pay kurallarını etkisiz kılmak amacıyla yaptığı açık olan kazandırmalar tenkise tabi kazandırma olarak değerlendirilmektedir. Bu kapsamda, mirasbırakan tam bir karşılık (ivaz) değil de, malın gerçek değerinin çok altında bir karşılık almış olsa da, burada söz konusu malın tenkise tabi tutulmaması için yapılmış bir işlemin olduğu söylenebilir. Böyle bir durumda da malın gerçek değeri ile alınan bedel arasındaki fark tenkise tabi tutulmalıdır²⁰⁹. Mirasbırakan, 100.000 liralık bir malını, alıcıya 10.000 liraya satmış ise, 10.000 liralık ivazlı kısım düşüldükten sonra 90.000 liralık kısım terekeye ilave olunacak değerler arasında yer alır. Böyle bir durumda, miras bırakanın ölümü ile terekedeki mevcut mallar, mirasbırakanın saklı paylı mirasçılarının saklı pay oranlarına isabet eden değerleri karşılamadığı zaman, bu mirasçıların tenkis davası açma hakları vardır.

Tenkis davası niteliği gereği yenilik doğurucu bir davadır. Bu dava saklı payı ihlal eden ölüme bağlı olan ve olmayan kazandırmaların yasanın öngördüğü ölçülere indirilmesi yani mirasbırakan tarafından yapılan tasarrufların değiştirilmesi amacını gütmektedir²¹⁰. Örneğimize geri dönecek olursak, mirasbırakan ile alıcı arasında yapılan satış sözleşmesi sonucunda, saklı payı zarara uğrayan miras bırakanın saklı pay sahibi mirasçısı, alıcıya karşı tenkis davası açabilecektir. Açılan bu dava ile beraber davacı sadece tenkis kararı alacaktır. Tenkis davasının eda davası

kısımın belirlenebilmesi için tenkise esas terekenin bulunması gerekir. Mevcut terekeye yani aktif değerlere bazı değerlerin eklenmesi ve çıkarılmasıyla ortaya bir tereke çıkmaktadır. Aslında bu bir farazi değerdir. Çünkü mevcut malvarlığında somut bir ekleme ya da çıkarma yapılmamaktadır. Ortaya çıkan bu farazi terekeye, tenkise esas tereke denmektedir (bkz.Nar, s.60).

²⁰⁷ Nar, s.66; Öztan, s.103. Türk Medeni Kanunu madde 565'de sayılan sağlararası kazandırmalar sınırlı olarak sayılmıştır. Karşılıksız olamayan ya da karşılıksız olsa da mirasbırakanın ölümünden 1 yıldan daha önce tarihli kazandırmalar saklı paya mahsubu söz konusu olamayacaktır (bkz. Nar, s.94).

²⁰⁸ Bu konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için İkinci Bölüm, II, B, 8, b kısmına bakınız.

²⁰⁹ Ertaş, Eşya, s.337; Nar, s.182; Öztan, s.113.

²¹⁰ İnan, Ertaş ve Albaş, s.377; Nar, s.15.

olmamasından dolayı, davalı alıcının zilyetliğinde bulunan tereke mallarının onun rızası olmadan elinden alınması mümkün olmayacaktır. Söz konusu tenkis kararı kapsamında kalan malların davalının elinden alınabilmesi için, ayrıca bir eda davası açılması gerekir²¹¹.

Sağlararası kazandırmalar ile malı iktisap eden kişiler aleyhine açılması gereken eda davası, geri verme (iade) davasıdır²¹². Geri verme davası Türk Medeni Kanunu'nun 566. maddesinin 1.fıkasında düzenlenmiştir. Hükme göre, kendisine tenkise tabi bir kazandırma yapılmış olan kimse iyiniyetli ise, mirasın geçmesi anında kazandığı maldan elinde kalanı geri vermekle yükümlüdür. İyiniyetli değilse, iyiniyetli olmayan zilyedin geri verme borcuna ilişkin hükümlere göre sorumlu olur (TMK.m.566/1). Satıcının zapttan sorumluluğu açısından, alıcıya karşı özel olarak bir taahhütte bulunulmadıysa, satıcının zapttan sorumluluğuna gidilebilmesi için alıcının iyiniyetli olması gerekir. Alıcı, Türk Medeni Kanunu'nun 566. maddesinin 1. fıkrasına dayanarak açılan dava sonucu, satın almış olduğu mal elinden alındığı için, satıcıya karşı zapttan sorumluluk hükümlerine başvurabilecektir.

Burada çözümlenmesi gereken başka bir sorun daha vardır. Satıcı ölmüş olduğuna göre, alıcı bu taleplerini kime karşı ileri süreceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Alıcı, zapttan sorumluluktan doğan taleplerini, satıcının mirasçılarına karşı ileri sürebilecektir. Türk Medeni Kanunu'nun 641. maddesine göre, mirasçılar, miras bırakanın borçlarından müteselsilen sorumludur. Bu müteselsil sorumluluk, miras bırakanın sözleşmeden doğan borçlarından olabileceği gibi sebepsiz zenginleşmesinden ve haksız fiilinden doğan borçlarından da olabilir²¹³. Bu kapsamda,

²¹¹İnan, Ertaş ve Albaş, s.378. Tenkis davası ne bir tespit davası ne de bir eda davasıdır. Bu dava ile bir hukuki durumun değiştirilmesi talep edilmektedir. Tespit davası ile mirasbırakan tarafından yapılan tasarrufun değiştirilmesi veya ortadan kaldırılması talep edilmektedir (bkz.Nar, s.18).Yargıtay'ın tenkis davasının eda davasını da kapsadığına dair kararları mevcuttur. Bkz. Yargıtay 2.HGK.' nun 29.5.1996 tarih, E.2-296, K.424 sayılı kararı. "Belirtmek gerekir ki, tenkis davası, saklı pay sahiplerine, saklı paylarına miras bırakanın tecavüzünü gidermek, temlili işlemlerini tasarruf nisabı sınırı içine sokmak imkânı veren ve kişisel hakkın korunmasını amaç tutan yenilik doğurucu (inşai, ihdasi) nitelikte bir dava türüdür. (Prof.Tahir Çağa mahfuz hisseli mirasçıların vasiyeti 1950 bası sayfa 25). Genellikle, inşai her davada olduğu gibi tenkis davası da iki isteği kapsar, biri inşai hakkın tesbiti diğeri ise eda bölümüdür. Saklı payın zedelenmesinden ötürü mirasçının mal varlığında meydana gelen eksilmenin giderilmesine dair bölüm ise edaya ilişkindir (Prof.Postacıoğlu Medeni Hukuk Usul dersleri 1970 baskı sh.241, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 27.11.1991 T.2-428-596 sayılı kararı). Davanın eda bölümünü tenkis davasından ayrı mütalaa etmek korunan hakkın özüne uygun düşmez, bu sebeple Medeni Kanun'un 513. Maddesindeki zamanaşımı, tenkis davasının hem tesbit hem de eda bölümünü kapsar" (www.kazanci.com.tr , e.t.12.2.2017).

²¹² Nur, s.263.

²¹³ İnan, Ertaş ve Albaş, s.544, 545.

alıcı, satıcıya karşı ileri sürebileceği zapttan sorumluluğa ilişkin taleplerini mirasçılara karşı ileri sürebilecektir.

Miras Hukuku kapsamında artmirasçılık kurumuna da zapttan sorumluluk açısından değinmeyi faydalı görüyoruz. İradî artmirasçı atanması; mirasbırakanın ölümüne bağlı tasarrufu ile mirasçı veya vasiyet alacaklısı tayin ettiği kişiye, bunların ölümü halinde veya belli bir süre sonra veya belli şartın gerçekleşmesi ile mirası veya vasiyet ettiği şeyi üçüncü bir kişiye devretmeyi yükümlü kılmasıdır²¹⁴. Burada bir önmirasçı ve ondan sonra gelecek bir artmirasçı söz konusudur. Önmirasçı ve artmirasçı herhangi bir fark olmadan mirasçı sıfatına sahiptir. Mirasbırakan, ilerde artmirasçıya kalması niyeti ile malvarlığını önmirasçıya bırakmaktadır. Bu durumda, önmirasçıdan beklenen kendisine bırakılan malların artmirasçıya geçene kadar muhafaza etmesidir. Önmirasçı kendisine bırakılan mirasa konu malları üçüncü bir kişiye satması durumunda, artmirasçının artmirasçılık hakkına dayanarak bu malları üçüncü kişiden alıp alamayacağı incelenmelidir. Böylelikle zapt durumunun da söz konusu olup olmayacağı da ele alınmış olacaktır. Önmirasçı mirasçılık sıfatına sahiptir. Her ne kadar miras bırakılan mallar yönünden tam tasarruf ehliyetinin olup olmadığına dair bir tartışma olsa bile, satışa konu ettiği taşınırлар bakımından emin sıfatı ile zilyet konumundadır²¹⁵. Önmirasçıdan iyiniyetli yapılan iktisap sonucu, üçüncü kişi artık malik olur. Bu durumda artmirasçının üçüncü kişinin elinden malı zapt etmesi mümkün gözükmemektedir. Bu durumda zapttan sorumluluk hükümlerinin uygulanması mümkün olmaz. Üçüncü kişiden tereke konusu malı alamayan artmirasçı, önmirasçıya karşı tazminat talebinde bulunabilir.

²¹⁴ Damla Gürpınar. **Artmirasçı Atama**, Turhankitapevi, Ankara 2018, s.10 vd.; İnan, Ertaş ve Albaş, s.235.

²¹⁵ Türk öğretisinde önmirasçının tereke değerleri üzerinde tasarruf yetkisinin sınırlı olduğu görüşü hâkimdir. Bu görüşe göre, tereke konusu mallar üzerinde belli durumlarda ve belli sebeplerde tasarruf söz konusu olabilir. Bunun nedeni, önmirasçının tasarrufuna bırakılan malların, belli bir vade sonunda ya da bozucu şart ile artmirasçıya geçecek olmasıdır. Bu yüzden önmirasçının tasarruf sınırlarını aşan hukuki işlemleri geçersiz olacaktır. Bu görüşün aksi de savunulmaktadır. Aksi görüşe göre, tasarruf yetkisi kısıtlanmamaktadır. Önmirasçı, malikin yetkilerine tümü ile sahiptir. Gürpınar, bu ikinci görüşü desteklemektedir (bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Gürpınar, s.140 vd.).

3. Mülkiyeti Muhafaza Kaydı ile Satışı

Alıcı tarafından satış bedelinin tamamen ödeninceye kadar satış konusu taşınır malın mülkiyetinin, satıcıda kalmasını içeren sözleşmeye mülkiyeti saklı tutma (muhafaza) sözleşmesi denir²¹⁶. Satıcı, sözleşme bedelini alamaması durumunda, kendi malına yeniden kavuşma olanağına sahip olur. Söz konusu sözleşme Türk Medeni Kanunu'nun 764. maddesinde düzenlenmiştir. İlgili maddede mülkiyeti saklı tutma sözleşmesinin ancak resmi şekilde yapılacağı ve alıcının yerleşim yerindeki noter tarafından özel sicile kayıtlı geçerli olacağı düzenlenmiştir²¹⁷.

Mülkiyeti saklı tutma sicili kamuya açık bir sicildir. İlgili herkes sicili inceleyebilir. Türk Medeni Kanunu'nun 764. maddesine göre, noterdeki sicile tescil her ne kadar kurucu bir niteliğe sahipse de, bu sicilin tapu sicilinde olduğu gibi güven fonksiyonu yoktur. Bu yüzden üçüncü şahısların iyiniyetli tasarrufları, noterdeki sicilde satıcı adına kayıt olmasına rağmen korunur. Yani Türk Medeni Kanunu'nun 988. maddesi uygulama alanı bulur²¹⁸.

Mülkiyeti muhafaza kaydı ile satış sözleşmesi şartla yapılmış bir sözleşme mahiyetindedir. Bu şartın taliki (geciktirici) mi, yoksa infisahi (bozucu) mi olduğu konusunda farklı görüşler mevcuttur²¹⁹.

İnfisahi (bozucu) görüşte, satıcı tüm satış bedelini almamasına rağmen, malı alıcıya teslim edilmesi ile beraber mülkiyetin intikali de gerçekleşir. Taliki görüşte ise, mülkiyet zilyetliğin nakline rağmen satıcıda kalmaktadır. Mülkiyetin alıcıya geçmesi

²¹⁶ Akıntürk, Eşya, s.587; Ertaş, Eşya, s.475; Mehmet, Ayan. **Eşya Hukuku II**, Mülkiyet, Mimoza Yayınları, Konya, 2012, s.514; Remzi Demir, **Türk Borçlar Kanunu Açısından Taksitle Satış Sözleşmeleri**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s.123; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, Eşya, ss.746,747; Serozan, Eşya, s.275; Sirmen, s.535. Satıcının satış konusu şeyi alıcıya teslim etmesine rağmen, bedel ödeninceye kadar mülkiyetinin satıcıda kalması üçüncü kişiler açısından sorun yaratacaktır. Ticari hayatta aynı hakların aleniliği, ticari hayatın sağlıklı işleyebilmesi için önem arz etmektedir. Bu yüzden günümüz hukukunda, bedel ödeninceye kadar mülkiyetin satıcıda zilyetliğin alıcıda kalması genel bir kural olarak kabul edilmez. Bkz. Tekinay, s.6.

²¹⁷ Ayan, Eşya II, s.516; Demir, s.129; Ertaş, Eşya, s.475; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, Eşya, s.748; Özkan, Azzem. "Mülkiyeti Muhafaza Sözleşmesiyle Yapılan Satışlar ve Muhasebe Uygulamaları Üzerine Etkileri", **Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi**, Sayı:3, 2001, ss.93-95; Serozan, Eşya, s.278; Sirmen, s.536; S.Sulhi, s.6. Alıcının yerleşim yeri değişmesi durumunda, yeni yerleşim yerinde ki noterlikte sözleşmeyi tescil edilmesi gerektiğini savunanlar da bulunmaktadır (ayrıntılı bilgi için bkz.Ayan, Eşya II, s.517).

²¹⁸ Akıntürk, Eşya, s.589; Ayan, Eşya II, ss.517,519; Ertaş, Eşya, s.476; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, Eşya, s.748; Serozan, Eşya, s.281; Sirmen, s.537, Tekinay, s.8.

²¹⁹ Akıntürk, Eşya, s.588; Ayan, Eşya II, s.515; Ertaş, Eşya, s.476; Özkan, s.95; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, Eşya, s.749;Serozan, Eşya, ss.276, 278; Sirmen, s.536; Tekinay, s.9.

ancak satış bedelinin tamamının ödenmesi şartının gerçekleşmesiyle olur. Burada alıcı taşınırın dolaysız feri zilyedidir²²⁰.

Taliki şart görüşünde, alıcı malın tüm bedelini ödeyene kadar emin sıfatı ile zilyet durumundadır. Üçüncü şahıslar ancak iyiniyetli iseler, alıcıdan o malın mülkiyetini iktisap edebilirler²²¹. İnfisahi (bozucu) şart görüşünde ise, eşyanın mülkiyeti taşınırın teslimi ile birlikte alıcıya geçer. Malik sıfatına haiz olan alıcının satış konusu mal üzerinde tasarruf yetkisi tamdır. Böyle bir durumda mülkiyeti saklı tutma kaydına rağmen, alıcı istediği kişiye taşınırı devredebilir²²².

Bu ayrım satıcının zapttan sorumluluğu bakımından da önem arz etmektedir. Durumu somutlaştırmak gerekirse; satıcı, alıcı ile mülkiyeti muhafaza kaydı ile bir taşınır satışı yapıyor. Satıcı, satış konusu malı alıcıya teslim ediyor. Alıcı da satış bedelinin bir kısmını sözleşme sırasında ödüyor. Geri kalan kısmının da 1 ay sonra ödenmesi konusunda anlaşıyorlar. Satıcının alacaklısı olan üçüncü kişi de, alacağını tahsil etmek için, satıcı aleyhine icra takibi yapıyor ve bu kapsamda alıcının elindeki taşınır mal haczedmek istiyor.

Taliki şart görüşünün benimsendiği mülkiyeti muhafaza kayıtlı bir satış sözleşmesinde, taşınırın mülkiyeti alıcı satış bedelinin tamamını ödeyene kadar satıcıda kalmakta idi²²³. Böyle bir durumda satıcının borcundan kaynaklanan haciz sureti ile söz konusu taşınır mal, alıcının elinden alınır ise, satıcının zapttan sorumluluğu hükümleri kıyas yolu ile uygulama alanı bulur²²⁴. Örneğimize dönecek olursak, üçüncü kişi tarafından, alıcının elindeki mal haczedilmek sureti ile alınırsa, alıcı satıcının zapttan sorumluluğu hükümlerini malike karşı ileri sürebilecektir. İnfisahi (bozucu) şart görüşünde ise, eşyanın mülkiyeti taşınırın teslimi ile birlikte alıcıya geçeceği için, satıcının alacaklılarının, alıcının elindeki malı haczetmek sureti

²²⁰ Akıntürk'e göre şartın geciktirici mi yoksa bozucu mu olduğu tarafların iradesinden anlaşılamıyorsa, şüphe halinde geciktirici şart olduğu kabul edilir (bkz. Akıntürk, s.589. Aynı doğrultuda görüşler için bkz. Ayan, Eşya II, s.517). Akıntürk, Eşya, s.588; Ayan, Eşya II, s.515; Ertaş, Eşya, s.476; Özkan, s.95; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, Eşya, s.749; Serozan, Eşya, ss.276, 278; Sirmen, s.536; Tekinay, s.9.

²²¹ Ertaş, Eşya, s.476; Özkan, s.95; Serozan, Eşya, ss.281-282, Tekinay, ss.9,10.

²²² Ertaş, Eşya, s.476; Özkan, s.95; Serozan, Eşya, ss.281-282, Tekinay, ss.9,10.

²²³ Ertaş, Eşya, s.476, Özkan, s.95; Serozan, Eşya, ss.281-282, Tekinay, ss.9,10

²²⁴ Satıcının alacaklıları tarafından, alıcının elindeki mal haczedilebilmesi için alıcının satıcıya olan satış bedelinin kalanını ödememesi yani temerrüde düşmüş olması gerekir (bkz. Akıntürk, Eşya, s.590; Ayan, Eşya II, ss.515,518). Tekinay'a göre, satış bedeli ödenmeden alıcının mülkiyeti başkasına geçirmek için tasarruf yetkisi bulunmadığından, satıcı kötü niyetli alıcıya karşı menkul davası açabilmek için temerrüde düşmesi beklenmemelidir (bkz. Tekinay, s.12).

ile almaları mümkün olmayacaktır. Belirtmek gerekir ki, mülkiyeti muhafaza kaydı ile satışı, bir tür menkul rehni olarak değerlendirmek, bu kurumun işlerliği bakımından daha doğru olacaktır. Satış bedelinin tamamı ödenene kadar, malın mülkiyeti satıcıda kalmalıdır. Bu yüzden, mülkiyeti muhafaza kaydı ile satışta taliki görüşün benimsenmesi gerektiği kanaatindeyiz. Bu görüş satıcının korunması bakımından daha fazla imkân da sağlamaktadır.

4. Taşınmaz Satışı

a. Genel Olarak

Türk Borçlar Kanunu'nun taşınmaz satışına ilişkin hükümleri (TBK.m.237 vd.), tarafların borçlarına ilişkin ayrıntılı bir düzenleme içermemektedir. Bu yüzden taşınmaz satışına ilişkin doğrudan düzenleme bulunmayan hallerde taşınır satışına ilişkin hükümler kıyas yoluyla ve taşınmaz satışının niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanır (TBK.m.246)²²⁵.

Taşınmaz satışının konusu, özüne zarar vermeden bir yerden diğer bir yere taşınması mümkün olmayan taşınmaz eşyadır. Türk Medeni Kanunu taşınmaz mülkiyetinin konusunu sınırlı olarak saymış, herhangi bir tanımlama yapmamıştır (TMK.m.704)²²⁶.

Türk Medeni Kanunu'nun 704. maddesine göre; “arazi”, “tapu siciline ayrı bir sayfaya bağımsız ve sürekli olarak kayıtlı bulunan aynı haklar”, “kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümler” taşınmaz sayılır. Taşınmaza ait paylı mülkiyet payının satışı da taşınmaz satışının konusunu oluşturur²²⁷. Türk Medeni Kanunu'nun 704. maddesinde taşınmazlar sınırlı sayıda sayılmıştır. Ancak bu hüküm dışında yer alan haklar, başka kanunlarla taşınmaz olarak ele alınabilir. Örneğin, İcra İflas

²²⁵ Aral ve Ayrancı, s.185; Eren, Özel, s.204; Erzurumluoğlu, Özel, 42; Gümüş, Cilt I, s.152; Yavuz, Özel, s.227; Yoldaş, s. 34; Zevkliler ve Gökyayla, s.61.

²²⁶ Aral ve Ayrancı, s.185; Aydın Zevkliler, **Taşınmaz Malikinin Yetkileri Açısından İmar Kurallarına Aykırı ve Zarar Verici İnşaat**, Ankara 1982 (İnşaat), s.2; Eren, Özel, s.204; Ertaş, Eşya, s.281; Erzurumluoğlu, Özel, 43; Gümüş, Cilt I, s.152; Hasan Petek, **Taşınmaz Malikin Hukuka Uygun Taşkınlıklardan Sorumluluğu (TMK.m.730/II)**, Ankara, 2005, s.162; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, Eşya, s.284; Yavuz, Özel, s.227.

²²⁷ Aral ve Ayrancı, s.185; Aybay ve Hatemi, s.163; Eren, Özel, s.205; Ertaş, Eşya, s.281; Erzurumluoğlu, Özel, 43; Gümüş, Cilt I, s.152; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, Eşya, s.284; Petek, (TMK.m.730/II), s.162; Zevkliler, İnşaat, 2.

Kanunu'nun 136. maddesi gereği, gemi siciline kayıtlı gemilere, taşınmaz malların satışına ilişkin hükümler uygulanır. Aslında gemi, Türk Medeni Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu kapsamında taşınmaz değildirler²²⁸.

b. Taşınmazlarda Ayni Hakkın Kazanılması

(1) Şekil

Taşınmaz satışı resmi şekilde tapu sicil memuru tarafından düzenlenecek bir sözleşmeyle yapılır (TBK.m.237; TMK.m.706; Tapu K.m.26)²²⁹. Tapu sicil memuru tarafından düzenlenmeyen taşınmaz satış sözleşmeleri geçersizdir²³⁰. Türk Borçlar Kanunu'nun 237 maddesinin 1. fıkrası taşınmaz satışının resmi şekilde yapılması gerektiği düzenlenmişse de Yargıtay tapusuz taşınmazların satışını taşınır satışı sayan kararları da bulunmaktadır²³¹. Bu yüzden taşınmaz mülkiyetinin tescilsiz kazanıldığı durumlar da satıcının zapttan sorumluluğu söz konusu olabilir.

²²⁸ Eren, Özel, s.205; Gümüş, s.33; Yavuz, Özel, s.228; Zevkliler ve Gökyayla, s.62.

²²⁹ Taşınmaz satış sözleşmesi taraflar ve tapu sicil müdürlüğü görevlilerince imzalanır. İlgili sözleşme tapu sicil müdürü veya görevli memur tarafından onaylanır (Tapu K.m.26/V, c.1). Aral ve Ayrancı, s.186; Aybay ve Hatemi, s.163; Çabri, s.591; Eren, Özel, s.208; Ertaş, Eşya, s.281; Gümüş, Cilt I, s.152; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, Eşya, s.363.

²³⁰ Aybay ve Hatemi, s.174; Zevkliler ve Gökyayla, s.63. TBK.m.237, TMK.m.706 ve Tapu K.m.26'de ki düzenlemeler sözleşmenin resmi şekilde yapılmasının emredici nitelikte olduğunu göstermektedir. TBK.m.12'ye göre, kanun, bir sözleşmenin belli bir şekilde yapılmasını emretmişse, emredilen şekil "sıhhat şartı" dır. Bu yüzden taşınmaz satışında tapu memuru tarafından resmi şekilde yapılmaması, sözleşmenin geçersizliğine neden olur. Bu geçersizliğin hukuki niteliği mutlak butlandır. Taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yapılmış olması satıcının zapttan sorumluluğu hükümlerinin uygulanması için yeterli değildir. Tapulu bir taşınmazda zapttan sorumluluk için tasarruf işleminin yani tapuda tescil işleminin de yapılmış olması gerekir. (bkz. Çabri, s.591).

²³¹ Gümüş, s.153. **Yargıtay, 13. Hukuk Dairesi, E. 2010/10479K. 2011/12688T. 15.9.2011:** Mevcut ayıp ister subjektif bir haktan, isterse objektif bir hukuk kuralından doğmuş olsun satıcı, devrini taahhüt edip gerçekleştirdiği hakkın kendi malvarlığında mevcut olduğu yönünü de zamindir. Devredilen hak, herhangi bir nedenle devri taahhüt edilen hakka uygunluk göstermiyorsa satıcı bundan sorumludur. Bu sorumluluk da alıcının zapt nedeniyle uğradığı gerçek zarar kadardır. Somut olayda resmi şekle uygun olarak satış işlemi gerçekleştirilmiş, satış sırasında da taşınmazın tapu kaydında geçmişte orman olduğuna dair herhangi bir şerh bulunmamaktadır. Hal böyle olunca davalı belediye zapta karşı tekeffül hükümleri uyarınca davacının gerçek ve güncel müspet zararından sorumludur. **KARAR :** Davacı, 13.12.1995 tarihinde davalı üzerine kayıtlı 1923 parsel sayılı arsa niteliğindeki taşınmazı satın ve teslim aldığı, daha sonra dava dışı Hazine'nin bu yerin evveliyatının orman olduğundan bahisle kendisine karşı tapu iptali davası açtığını, davayı kazandığını, taşınmazın Hazine adına tescil edildiğini ve elinden çıktığını ileri sürerek taşınmazın tapu kaydının iptal edildiği, taşınmazın rayiç değerinin tespiti ile tespit edilen bu paradan şimdilik 10.000 TL'nin tahsiline karar verilmesini istemiştir. Birleşik dava ile de S... Turizm A.Ş. Hazine'ye dava açarak, kendisine ihale ile satılan taşınmazın orman olduğu iddiası ile Hazine'nin açtığı dava sonucu taşınmazı sattığı akidi E.'nin tapusunun iptal edilmesi nedeniyle hakkında bu kişinin tazminat davası açtığını bildirerek uğradığı zarar olarak 10.000 TL'nin faizi ile tahsiline karar verilmesini talep etmiştir (www.kazanci.com.tr , e.t.12.2.2017).

Türk Medeni Kanunu'nun 716. maddesine göre, alıcı taşınmaz satış vaadi sözleşmesini yerine getirmeyen satıcıya karşı mülkiyetin geçişi için dava açabilir. Mahkeme, alıcı adına Türk Medeni Kanunu'nun 705 maddesinin 2. fıkrası kapsamında tescilsiz hükmen kazanıma hükmedebilir. Bu durumda mahkeme kararına dayanarak alıcı taşınmazı kendi adına tescil ettirebilir. Ancak bu tescil açıklayıcı niteliktedir. Mahkeme kararından sonra, alıcının isminin tapuya tescilinden önce taşınmaz satıcı tarafından üçüncü kişiye satılabilir. Tapu sicilinde taşınmazın maliki satıcı gözüktüğü için, tapu siciline güvenen iyiniyetli üçüncü kişi taşınmazın maliki olacaktır. Üçüncü kişi taşınmazı alıcının elinden alması durumunda, alıcı satıcının zapttan sorumluluğuna gidebilir²³².

(2) İyiniyetin Etkisi

Tapu sicili, tapu memuru tarafından tutulan, devletin denetim ve gözetimi altında tutulan resmi bir sicildir. Türk Medeni Kanunu'nun 1020. maddesi tapu sicilinin aleni olduğunu belirtmiştir. Aleniyet ilkesi gereği hiç kimse tapu kütüğündeki kaydı bilmediğini ileri süremez²³³. Resmi bir sicil olan tapu sicili, belgelediği olgunun aksi kanıtlanıncaya kadar doğruluğuna karine oluşturur. Bu karineden dolayı, bu kayıtlara güvenerek, hareket eden iyiniyetli kişilerin korunması esası kabul edilmiştir²³⁴ Türk Medeni Kanunu'nun 1023. maddesine göre; “*Tapu kütüğündeki tescile iyiniyetle dayanarak mülkiyet veya bir başka aynı hak kazanan üçüncü kişinin bu kazanımı korunur*”.

Türk Medeni Kanunu'nun 1023. maddesine göre, tescil yolsuz olsa bile, tapu kaydına güven ilkesi gereği, iyiniyetli kişinin iktisabı korunacaktır. Yolsuz tapu sicilinde malik gözüken satıcı taşınmazı iyiniyetli alıcıya satabilir. Taşınmaz üzerinde üstün hak sahibi üçüncü kişinin, alıcı aleyhine mülkiyete dayalı açacağı dava tapu siciline güven ilkesi gereği ret edilecektir. Bu durumda taşınmazın alıcının elinden

²³² Çabri, s.593.

²³³ Bu yüzden tapu kütüğüne şerh edilmiş sınırlı aynı haklar ile şerh edilmiş kişisel hakları alıcıya karşı ileri sürülmesi durumunda, satıcıya karşı ayrıca bir taahhütte bulunulmadı ise satıcının sorumluluğu yoluna gidilemez (bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Çabri, s.588).

²³⁴ Devlet görevlileri tarafından tutulan kaydın doğruluğunun kabul edilmesi iktisadi hayatın düzgün işlemesi için önemlidir. Bkz. Ayan ve Ayan, s.179.

zapt edilmesi mümkün olmayacaktır. Bu yüzden satıcının, alıcıya karşı bir sorumluluğu da olmayacaktır²³⁵.

Türk Medeni Kanunu'nun 1023. maddesinin uygulanabilmesi için, yolsuz bir tescilin bulunması gerekmektedir. Bu yolsuz tescile güvenilerek alıcı tarafından bir aynı hak kazanılması, alıcının da iyiniyetli olması gerekmektedir. Bunların yanı sıra tescile konu hukuki işlemin de geçerli olması gerekmektedir²³⁶. Bu durumda tapuda işlem yapan satıcı ile iyiniyetli alıcı arasında işlemin geçerli olması gerekmektedir. Aralarındaki işlem ehliyetsizlik, genel ahlak ve adaba aykırılık gibi bir sebep ile geçersiz ise, artık yapılan satış işlemi geçerli olmayacaktır. Böyle bir durumda alıcı tarafından yapılan kazanım Türk Medeni Kanunu'nun 1023. maddesine göre korunmayacaktır. Taşınmazın gerçek maliki söz konusu kazanmanın geçersizliğini ileri sürmek sureti ile taşınmazı alıcıdan geri isteyebilir. Alıcı tarafından taşınmaz üçüncü kişiye (gerçek malike) teslim edilmesi durumunda, alıcı satıcının zapttan sorumluluğu yoluna gidemez. Çünkü satıcı ile alıcı arasındaki hukuki işlem geçersiz olması durumunda, alıcının satıcıya karşı sözleşmeye dayalı olarak bir talepte bulunması mümkün olmayacaktır.

Türk Medeni Kanunu'nun 712. maddesine göre tapulu taşınmazı devreden satıcının ehliyetsiz olması ve alıcının bu durumu bilmemesi (iyiniyetli olması) durumunda, alıcının 10 yıl boyunca bu iyiniyetini koruması ve taşınmaz üzerinde kesintisiz ve çekişmesiz zilyetliğinin devam etmesi koşulu ile alıcı taşınmazın maliki olacaktır²³⁷. Böyle bir durumda alıcı taşınmazın mülkiyetini olağan zamanaşımı ile kazanmış olur. Malın gerçek maliki, artık alıcının elinden taşınmazı alması mümkün olmaz.

²³⁵ Aral ve Ayrancı, s.96; Aydoğdu ve Kahveci, s.121; Çabri, s.594; Eren, Özel, s.108; Gümüş, s.65; Kılıçoğlu, Eşya, s.105 vd.; Tandoğan, Cilt:I/1, s.150 .

²³⁶ Aral ve Ayrancı, s.96; Ayan ve Ayan, s.180; Aydoğdu ve Kahveci, s.121; Eren, Özel, s.108; Gümüş, s.65; Kılıçoğlu, Eşya, s.105 vd.; Tandoğan, Cilt: I/1, s.150.

²³⁷ Hüseyin Hatemi, **Medeni Hukuka Giriş**, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017(Medeni), s.191.

5. Adi Ortaklıkta Ayni Sermaye Konması

a. Genel Olarak

Adi ortaklık, iki ya da daha fazla kişinin emeklerini, mallarını ortak bir amaca erişmek için birleştirmeyi üstlendikleri sözleşmedir (TBK.m.620)²³⁸. Tek kişi ile adi ortaklık kurulmaz. Hem gerçek kişiler hem de tüzel kişiler adi ortaklık kurabilir. Ortakların birbirine uygun irade beyanları gerekir. Adi ortaklık niteliği gereği bir sözleşmedir²³⁹.

Adi ortaklıkta ortaklar katılma payı taahhüdünde bulunmaktadırlar (TBK.m.620). Ortaklık amacının gerçekleşmesine yönelik edimler katılma payı olabilir²⁴⁰. Önemli olan ortakların hedeflerinin ortak olmasıdır. Ortakların kişisel bağımsız menfaatlerinin üstünde müşterek bir gaye olmalıdır²⁴¹. Ortak amacın geçici

²³⁸Fatih Bilgili, **İsviçre ve Alman Hukuku Işığında Türk Ortaklıklar Hukukunda Gizli Ortaklık İlişkileri**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003 (Adi Ortaklık), s.25; Nami Barlas, **Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016, s.12; Soysal Özenli, **Uygulamada Adi Ortaklık ve Neden Olduğu Davalar**, Ankara, 1988, s.3; Yavuz, Özel, s.1511. Oruç Hami Şener, **Adi Ortaklık**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008, s.3; Ömer Ali Girgin, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Adi Ortaklıkta Temsil ve Borçlardan Sorumluluk**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s.4. Türk Borçlar Kanunu'nun 620. Maddesinde "...emeklerini ve mallarını..." ifadesinde yer alan "ve" bağlacının, "veya" olarak anlaşılması gerekmekte olduğuna dair eleştiri için bkz. Barlas, s.13. İlgili hükmün, ortak amaç için gereken birlikte çabayı yeterince vurgulamadığı yönünde eleştirilmektedir (bkz. Barlas, s.13).

²³⁹Şener, s.11; Özenli, s.14; Yavuz, Özel, s.1512. Her ne kadar kanun koyucu en az iki kişinin varlığını zorunluluk olarak belirtse de, bu durum maddenin doğası gereğidir. Çünkü adi ortaklık bir sözleşmedir. Sözleşmenin meydana gelmesi için zaten en az iki kişi gerekmektedir. En az iki kişi olduğu belirli olmakla beraber, üst sınır bulunmamaktadır. Adi ortaklığın uygulamasında çok ortaklı bir yapıya pek rastlanmaz. Kanunda "kişi" kavramı geçtiğinden gerçek kişiler gibi, tüzel kişiler de adi ortaklıkta ortak olarak bulunabilir (bkz. Barlas, ss.18-19). Kanunda kişi ibaresi geçtiği için, tüzel kişiliğe sahip bulunmayan toplulukların bağımsız birlik halinde adi ortaklıkta yer alamaz (Bu konudaki tartışmalar için bkz. Barlas, s.21). Adi ortaklıkta kişisel özellikler ön plandadır. Adi ortaklık sözleşme odaklı bir kişi birliğidir. Bu yüzden Türk Ticaret Kanunu'nda değil, Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiştir. Bazı durumlarda, Türk Ticaret Kanunu'ndaki boşlukları doldurmak için, Türk Borçlar Kanunu'ndaki adi ortaklığa ilişkin hükümler uygulama alanı bulur (Girgin, ss.4-5).

²⁴⁰Girgin, s.16. Adi ortaklıkta, katılma payı taahhüdünde bulunmak zorunlu unsurdur. Kanunda, konulması gereken asgari bir sermaye zorunluluğu öngörülmemiştir. Katılma payı taahhüdü yeterli olup, ifa edilmiş olmasa da adi ortaklık mevcuttur (bkz. Barlas, s.46-47). Gizli ortaklıkta katılma payına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Bilgili, Adi Ortaklık, s.106.

²⁴¹Şener, s.102; Yavuz, Özel, s.1513. Önemli olan adi ortaklık sözleşmesinde yazılan ortak amaçtır. Ortakların sözleşmeden yer almayan saikleri farklı olabilir. Ortaklardan birisinin amacını gerçekleştirmek için diğer ortaklar ile bir araya gelinmesi de ortak amaç olarak değerlendirilemez (bkz. Barlas, ss.26-27). Şener'e göre, ortak amaç iktisadi bir amaçtır, bu amaç dışında diğer amaçlar ile adi ortaklık kurulması beklenemez (Şener, s.103).

ya da devamlı olması önemli değildir²⁴². Ortak amaç imkânsız, kanuna, ahlaka ve adaba aykırı olmamalıdır. Ortaklar bu ortak hedefi gerçekleştirmeye yönelik faaliyette bulunmalıdır²⁴³.

Adi ortaklıkta, para, alacak veya başka bir mal ya da emek katılma payı olarak konulabilir (TBK.m.621). Bu sayım sınırlı olmayıp, örnek kabilindendir. Ortak amacı gerçekleştirmeye yönelik her türlü değer, katılma payı olarak getirilebilir²⁴⁴. Bu kapsamda her cinsten para, taşınır veya taşınmaz mülkiyeti ya da bunları kullanmaya veya yararlanmaya yönelik hakları, her türlü alacak hakkı, fikri haklar, marka ve patent gibi sınai haklar katılma payı olarak getirilebilir. Ticari itibar, müşteri çevresi ve know how gibi soyut değerlerde katılma payı olarak getirilebilir²⁴⁵.

b. Katılım Payı Koyulmasında Zapıttan Sorumluluk

Türk Borçlar Kanunu'nun 621 maddesinin 1. fıkrası kapsamında ortaklar katılım payı koymakla yükümlüdür. Ortak, adi ortaklık sözleşmesinde taahhüt ettiğı katılım payını, sözleşmede belirttiğı zamanda, yerde ve tarzda ifa etmesi gerekir. Ortaklar ifa yükümlülüğünü zamanında yerine getirmez ise Türk Borçlar Kanunu'nun 117 vd. maddelerine göre temerrüt söz konusu olacaktır²⁴⁶.

²⁴² Barlas, s.32; Yavuz, Özel, s.1513. Ortak amaç için, ortaklar birlikte çaba sarf etme konusunda yükümlülük altına girmektedirler(bkz. Barlas, s.40). Sadece katılma payının ifa edilmiş olması ortak amacın yerine getirilmesi için çaba gösterdiği anlamına gelmez (bkz. Girgin, s.20).

²⁴³ Barlas, s.32; Yavuz, Özel, s.1513. Avukata iş bulmak karşılığı kazancın paylaşılmasına yönelik yapılan ortaklık sözleşmesi kanuna aykırı olduğu için geçersiz olacaktır. Her ne kadar tartışmalı da olsa da genelev işletmesi için bir ortaklık kurmak ahlaka aykırı olacağı için geçersiz olacaktır. İmar yasağı yasak olan bir yere inşaat yapmak için kurulacak bir adi ortaklıkta imkânsızlık nedeni ile geçersiz olacaktır (Şener, s.106 vd.).

²⁴⁴ Barlas, s.51. Ortaklardan birisinin katılım payını yerine getirmemiş olması durumunda, diğer ortaklar ödemezlik defini ileri sürerek, katılma payını ifadan kaçınamaz (bkz. Girgin, s.17).

²⁴⁵ Barlas, s.52. Katılma payı olarak, taşınmazın getirilmesi durumunda, taşınmazın devrinin resmi şekilde yapılması gerekmektedir. Tapuda tüm ortaklar adına tescilin yapılması gerekecektir. Taşınır için, ortakların mal üzerinde zilyetliğin tesis edilmesi gerekecektir (bkz. Barlas, s.53).

²⁴⁶ Barlas, s.56. Şener'e göre, temerrüt durumunda uygulanacak yaptırımlar adi ortaklığa ilişkin hükümler kısmında açıkça düzenlenmemiştir. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde uygulanacak temerrüde ilişkin yaptırımlar adi ortaklığın yapısına uygun düşmeyecektir. Türk Borçlar Kanunu'ndaki kira ve satış sözleşmesindeki kıyas yolu ile uygulanacak hükümleri, ilgili kanunda sayılan durumlar ile sınırlamamak gerekir. Bu sayılan durum dışında kalan alanlarda da, kiraya ve satışa ilişkin hükümler kıyas yolu ile uygulanabilmelidir. Emeğin katılma payı olarak konulması durumunda ise, hizmet sözleşmesine ilişkin kanun hükümlerinin niteliğine uygun düştüğü ölçüde kıyasen uygulanması gerekmektedir (bkz. Barlas, s.56). Bunun hilafı muhalifinden adi ortaklığın niteliğine uygun düşmeyen satış ve kira sözleşmesine ilişkin hükümler uygulama alanı bulmaz (Şener, s.213).

Türk Borçlar Kanunu'nun 621. maddesin 3. fıkrasına göre katılım payı olarak bir şeyin kullandırılması söz konusu ise kira sözleşmesine ilişkin hükümler; katılım payı olarak bir şeyin mülkiyeti konuluyorsa satış sözleşmesindeki hasardan, ayıptan ve zapttan sorumluluğa ilişkin hükümler uygulama alanı bulacaktır²⁴⁷. İlgili hüküm sonucu, ortaklardan birinin katılım payı olarak bir şeyin mülkiyetini getirmeyi taahhüt ettiği bir adi ortaklık sözleşmesinde, üçüncü bir kişi üstün bir hak iddia eder ise, taahhütte bulunan ortağa karşı satış sözleşmesindeki zapttan sorumluluğa ilişkin hükümler uygulama alanı bulacaktır.

Şener'e göre, satış sözleşmesindeki hasardan, ayıptan ve zapttan sorumluluğa ilişkin hükümler ortaklık hukukundaki sadakat yükümüne ve ortaklık ilişkisinin sürekli borç ilişkisi niteliği ile bağdaşacak hükümler kıyasen uygulanabilmelidir²⁴⁸. Bu kapsamda Türk Borçlar Kanunu'nun 217. maddesinin 1. fıkrasının uygulanması söz konusu olmayacaktır. Ortağın getirme alacağı karşılığı olarak bir bedel ödenmemiştir. Zapt durumunda, söz konusu ortak, satış bedelinin faizi ile birlikte geri verilmesi istenemez. Biz de yazarın bu görüşüne katılıyoruz.

6. Eser Sözleşmesi

a. Genel Olarak

Eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi ve bunu teslim etmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir (TBK.m.470)²⁴⁹.

²⁴⁷ Barlas, s.55. Barlas'a göre, katılma payına ilişkin satış sözleşmesinden ve kira sözleşmesinden kıyasen uygulanacak hükümleri, sadece ayıptan ve zapttan sorumluluk ile sınırlamamak gerekir. Niteliğine uygun düştüğü ölçüde satış ve kira sözleşmesine ilişkin bütün hükümler kıyasen uygulanabilmelidir. Hatta niteliğine uygun düşer ise hizmet sözleşmesine ilişkin hükümlerde uygulanabilmelidir (bkz. Barlas, s.56).

²⁴⁸ Şener, s.213.

²⁴⁹ Gökhan Dirican, **Eser Sözleşmesinde Temerrüde Dayalı Cezai Şart ve Yargıtay Uygulaması**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007, s.4; Güler Gümüşsoy Karakurt, **Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Borca Aykırılığının Önceden Belli Olması**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s.3; Öz Seçer, **Eser Sözleşmesinin İş Sahibinin Tam Tazminatla Feshi (TBK.m.484)**, Yetkin Basımevi, Ankara, 2016, s.25; Şahin Turan, **Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunu İfada Temerrüdü**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2012, s.25; Yusuf Büyükay, **Eser Sözleşmesi, Yetkin Yayınevi**, Ankara, 2013, s.27. 818 Sayılı kanunda 355. maddeye tekabül eden yeni düzenlemede, kullanılan terimlerde değişiklik vardır. "Semen" yerine "bedel" terimi kullanılmıştır. "İmal etme" yerine de "meydana getirme" denilmiştir. Cevdet Salih Şahin, **Teoride ve Uygulamada Eser Sözleşmelerinde**

İnsan emeğinin ürünü olup bir bütün görünümü sergileyen ve ekonomik değeri bulunan her hukuki varlık, maddi nitelikte olsun veya olmasın, eser sayılır²⁵⁰. Eserin meydana getirilmesine ilişkin faaliyet, niteliği itibarıyla bir iş görme edimidir. Meydana getirme kavramı; var olmayan bir şeyin ortaya çıkarılmasını kapsadığı gibi, var olan bir şeyin şeklinin değiştirilmesi, hatta duruma göre mevcut bir şeyin yok edilmesini de kapsar²⁵¹.

Eser sözleşmesinin bir tarafını iş sahibi diğer tarafını yüklenici oluşturmaktadır. Yüklenicinin asli edim yükümlülüğüne, eseri meydana getirmenin yanı sıra bu eseri teslim etmek de dâhildir²⁵². Yüklenici, aksine anlaşma olmadıkça, eserin meydana getirilmesi için kullanılacak olan araç ve gereçleri kendisi sağlamalıdır (TBK.m.471/4). Eseri meydana getirmek için kullanılan araç ve gereçler ile eseri meydana getirilmesinde kullanılan malzemeler farklı kavramlardır. Eseri meydana getirilmesinde kullanılan malzemelerin, yüklenici tarafından sağlanması zorunluluğu yoktur. Ancak yüklenici tarafından malzeme sağlanır ise bu malzemelerin ayıplı olması yüzünden, yüklenici, iş sahibine karşı satıcıymış gibi sorumlu olacaktır (TBK.m.472/1)²⁵³.

Yürürlükten kalkmış olan 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 357. maddesinin 1. fıkrasına göre; "*Müteahhit, imal ettiği şeyde kullandığı malzemenin iyi cinsten*

Yüklenicinin Eksik İfa (Eksik İş) ve Ayıplı İfadan Sorumluluğu, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s.3 vd.; Damla Gürpınar, **Eser Sözleşmesinde Ücretin Artırılması ve Eksiltilmesi, Güncel Hukuk Yayınları**, İzmir, 2006, s.17; Emre Gökyayla, "Eser ve Vekâlet Sözleşmeleri", **Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, Makaleler Tebliğler**, On İki Levha, İstanbul 2012, s.288. Eser, bedelsiz olarak devir ediliyorsa burada artık bir eser sözleşmesi yoktur. Burada isimsiz bir sözleşme vardır. Doktrinde genel olarak eser sözleşmesinin ani edimli bir sözleşme olduğu kabul edilmektedir (bkz. Gümüş, Cilt II, s.2).²⁵⁰ Doktrinde eser sözleşmesinin konusunun maddi varlık ile sınırlı olduğunu ileri süren görüşler olduğu gibi, fikri iş görme sonuçlarının da eser sözleşmesinin konusunu oluşturacağını savunan görüşlerde bulunmaktadır. Kimi yazarlar ise, maddi nitelik taşımayan fikri iş görme sonuçlarının bir maddi varlık üzerinde süreklilik gösterecek şekilde cisimleşmesi gerektiğini ileri sürmektedir (ayrıntılı bilgi için bkz. Dirican, s.7; Gümüş, Cilt II, s.5 vd.; Gürpınar, s.33 vd.; Seçer, s.25).

²⁵¹ Gümüş, Cilt II, s.5; Turan, s.30 vd.

²⁵² Gümüş, Cilt II, s.10. Asli edimle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Mehmet Akçaal, **Sözleşme Sonrası Sorumluluk, Sözleşme Sonrası Yükümlülüklerin İhlalinden Doğan Sorumluluk**, Sayram Yayınevi, İstanbul, 2018, s.104.

²⁵³ Türk Borçlar Kanunu gerekçesinde eserin meydana getirilmesinde malzeme ayıplı olması durumunda, eser sözleşmesinin ayıptan sorumluluğu hükümleri değil, satış sözleşmesinin ayıba karşı sorumluluk hükümleri uygulanacağını belirtilmiştir (bkz. 22.1.2008 tarihli Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, s.200. <http://www.kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamaları/Kanunlasan/2011Yılı/kanmetni/6098ss.pdf> , e.t. 21.4.2019). Şahiniz'e göre, maddede satıcının ayıptan sorumluluğuna ilişkin yollama, bu ayıp yüzünden iş sahibinin uğradığı zarar ile sınırlı olarak kabul edilmelidir. Bu kapsamda yüklenicinin sorumluluğu bakımında, malzeme seçerken yüklenici kusursuz olsaydı bile, Türk Borçlar Kanunu'nun 229/1, 3. bendine göre, doğrudan doğruya uğranılan zararların tazmini maddesi uygulama alanı bulur (bkz. Şahiniz, s.215).

olmamasından dolayı iş sahibine karşı mesul ve bu hususta bayi gibi mütekeffildir”. İlgili hükmün karşılığı olan Türk Borçlar Kanunu’nun 472. maddesinin 1. fıkrasında bu husus; “..*bu malzemenin ayıplı olması yüzünden iş sahibine karşı, satıcı gibi sorumludur*” şeklinde düzenlenmiştir. 818 sayılı kanunun yürürlükte olduğu zamanda ilgili hükümde belirtilen müteahhittin sorumluluğunun neyi kast ettiği tartışma konusu olmuştu. Kimi yazar hükümde geçen sorumluluğun zapttan sorumluluk olduğunu savunmuş, kimi yazarda ilgili hükmün ayıptan sorumluluğa tekabül ettiğini savunmuştur²⁵⁴.

b. Yüklenicinin Zapttan Sorumluluğu

Yüklenicinin eseri meydana getiren malzemeleri kendisinin sağlaması durumunda, malzeme ayıplı çıkarsa, satıcı gibi sorumlu olacağı açıkça hükme bağlanmıştır (TBK.m.472/1). Malzemelerin yüklenici tarafından sağlanacağı bir yemek masası yapılmasına dair bir eser sözleşmesi yapılabilir. Masanın yapımında kullanılan tahta parçaları üçüncü bir kişiye ait olabilir. Eserin iş sahibine tesliminden sonra, tahta parçaların sahibi, iş sahibinden mülkiyet hakkına dayanarak tahtaların iadesini istemesi söz konusu olabilir. Eserde kullanılan malzeme üçüncü bir kişiye ait olması durumunda, bu üçüncü kişinin iş sahibine başvurması durumunda, Türk Borçlar Kanunu’nun eser sözleşmelerine ilişkin kısmında zapttan sorumluluğa ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Sadece Türk Borçlar Kanunu’nun 472. maddesinin 1. fıkrasında “..*bu malzemenin ayıplı olması yüzünden iş sahibine karşı, satıcı gibi sorumludur*” şeklinde bir düzenleme bulunmaktadır. İlgili hüküm kullanılan

²⁵⁴ Gümüş, Cilt II, s.10. Yavuz’a göre, yürürlükten kalkmış olan 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun 357/1. maddesinde ki hüküm zapttan sorumluluğa ilişkin düzenlemeyi kapsamamaktadır. Her ne kadar yüklenicinin kullandığı malzeme başkasına ait olsa bile, eserin yapımında çoğu kez taşıyıcı ya da mütemmim cüz kurallarına göre yüklenici veya iş sahibinin mülkiyetine geçecektir. Bu yüzden zapt durumu ile karşılaşma olasılığı düşüktür. Böyle bir durum ile karşılaşıldığında, Borçlar Kanunu’nun eser sözleşmesine ilişkin hükümleri bulunmadığı için, Borçlar Kanunu’nun genel hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Yazar’a göre 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun 357/1. maddesindeki yollama satış sözleşmesinde ayıba karşı tekeffül hükümleri olmakla beraber, satış sözleşmesindeki bütün ayıba karşı tekeffül hükümleri kast etmemektedir. Malzemedeki ayıptan dolayı doğrudan doğruya uğranılan zararların tazminini durumunda, satış sözleşmesindeki ayıp hükümlerinin uygulanmasına yöneliktir (ayrıntılı bilgi için bkz. Yavuz, Özel, s.1017). Aral ve Ayrancı’ya göre, ilgili hükümdeki yollama zapttan sorumluluğa ilişkindir. Eğer kullanılan malzemede bir ayıp var ise, satış sözleşmesindeki ayıp hükümleri değil, eser sözleşmesindeki ayıp hükümleri kullanılmalıdır (ayrıntılı bilgi için bkz. Aral ve Ayrancı, s.235). Yoldaş’a göre ilgili hükmün geniş yorumlanması ile eser sözleşmesine zapttan doğan sorumluluk hükümleri uygulanabilir (bkz. Yoldaş s.42).

malzemenin ayıplı olması durumunda, satıcının ayıptan sorumluluğuna ilişkin hükümlere atıf yapmaktadır. Kimi yazarlar bu düzenlemeden hareket ederek, Türk Borçlar Kanunu'nun 472. maddesinin 1. fıkrasının aslında zapttan sorumluluğu düzenlediğini savunmuştur.

Aral ve Ayrancı'ya göre, ilgili hükümdeki yollama zapttan sorumluluğa ilişkindir. Çünkü eser sözleşmesinde ayıba ilişkin açık hükümler zaten bulunmaktadır. Bu durumda, Türk Borçlar Kanunu'nun 472. maddesinin 1. fıkrasındaki düzenlemenin aslında zapttan sorumluluğun düzenlediğinin kabulü gerekmektedir. Kullanılan malzemede bir ayıp var ise, satış sözleşmesindeki ayıp hükümleri değil, eser sözleşmesindeki ayıp hükümleri kullanılmalıdır²⁵⁵.

Eren'e göre, Türk Borçlar Kanunu'nda her ne kadar kullanılan malzemenin ayıplı olması durumundan bahsedilmişse de, aslında burada yüklenicinin zapttan sorumlu olduğu belirtilmiştir. Böyle bir durumda yükleniciye karşı satıcının zapttan sorumluluğuna ilişkin hükümlerin uygulanır²⁵⁶.

Erzurumluoğlu'na göre, eser konusu şey için kullanılacak malzemenin seçim ve kalitesinden yüklenici satıcı gibi sorumludur. Burada yükleniciye karşı hem satıcının ayıptan sorumluluğu hükümleri hem de satıcının zapttan sorumluluğu hükümleri uygulanır²⁵⁷.

Gümüşsoy Karakurt'a göre, eseri meydana getirilen malzemedeki ayıptan dolayı yüklenicinin sorumlu olduğuna ilişkin hükmü, satıcının zapttan sorumluluğuna ilişkin hükümlerin kullanılmasına imkân verecek şekilde yorumlamak gerekir. Çünkü eser sözleşmesinde, yüklenicinin zapttan sorumlu olacağına ilişkin ayrı bir düzenleme bulunmamaktadır²⁵⁸.

Büyükcay'a göre, ilgili hükümde kullanılan malzemenin ayıplı olması özel olarak belirtildiği için artık burada zapttan sorumluluğu kapsam dışı bırakılmıştır²⁵⁹.

Şahiniz'e göre, ilgili hüküm satıcının ayıptan sorumluluğu ile sınırlı düşünülmelidir. Yazarın açıklamalarından, söz konusu düzenleme zapttan sorumluluk ile ilişkilendirilemez²⁶⁰.

²⁵⁵ Aral ve Ayrancı, s.235.

²⁵⁶ Eren, Özel, s.613.

²⁵⁷ Erzurumluoğlu, Özel, s.179.

²⁵⁸ Gümüşsoy Karakurt, s.54.

²⁵⁹ Büyükcay, s.149.

²⁶⁰ Şahiniz, s.215.

Yavuz’a göre; ilgili hüküm açıkça ayıptan söz etmektedir. Bu durumda eserde kullanılan malzemenin üçüncü bir kişiye ait olması durumunda, satıcının zapttan dolayı sorumluluğuna ilişkin hükümlerin uygulanması mümkün değildir. Zapt durumunda, Türk Borçlar Kanunu’nun genel hükümleri uygulama alanı bulacaktır²⁶¹.

Zevkliler ve Gökyayla, yürürlükten kalkan 818 sayılı kanun zamanında zapttan sorumluluğun kapsayıp kapsamadığının tartışmalı olduğunu ifade ettikten sonra, Türk Borçlar Kanunu’nun 472. maddesinin 1. fıkrası ile bu tartışmanın ortadan kalktığını belirtmiştir. İlgili hüküm yüklenicinin sadece ayıplı malzemenin kullanımından dolayı sorumlu olduğunu belirtmektedir²⁶².

Türk Borçlar Kanunu’nun gerekçesinde 472. maddesinin 1. fıkrası için; yürürlükten kalkmış olan 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun 357. maddesinin birinci fıkrasında kullanılan “...malzemenin iyi cinsten olmamasından dolayı iş sahibine karşı mesul ve bu hususta bayi gibi mütekeffildir.” şeklindeki ibare, Türk Borçlar Kanunu Tasarısında “...bu malzemenin ayıplı olması yüzünden iş sahibine karşı, satıcı gibi sorumludur.” şeklinde değiştirildiği belirtilmiştir. Gerekçeye göre böylece yüklenicinin, kendisi tarafından sağlanan malzeme bakımından, zapttan sorumluluk söz konusu değildir. İlgili fıkra da ayıptan sorumluluğunun söz konusu olduğu, duraksamaya yer bırakmayacak biçimde belirtilmiştir. Gerekçeye göre ayıplı eserde kullanılan malzeme üzerinde bir üçüncü kişinin üstün hak ileri sürerek, bu malzemenin eserden sökülüp kendisine verilmesi istemesi, “yaratılan değer korunması ilkesi”ne aykırılık oluşturmaktadır. Ayrıca burada satış sözleşmesinde tam zapt halinde, sözleşmenin kendiliğinde sona ermesine ilişkin Türk Borçlar Kanunu’nun 216. maddesinin uygulanması, Türk Borçlar Kanunu’nun 472. maddesinin 1. fıkrasında yapılan düzenlemenin amacı ile bağdaşmayacaktır. Bu yüzden sözleşme konusu eserde kullanılan malzeme üzerinde bir üçüncü kişinin özel hukuktan doğan bir üstün hakka sahip olması durumunda, genel hükümlerin uygulanması söz konusu olmalıdır²⁶³.

²⁶¹ Yavuz, Özel, s.1017.

²⁶² Zevkliler ve Gökyayla, s.544.

²⁶³ Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/499) (22.1.2008 tarihli Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, s.200. <http://www.kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamaları/Kanunlasarı/2011Yılı/kanmetni/6098ss.pdf> , e.t. 21.4.2019).

Türk Borçlar Kanunu'nun 472. maddesinin 1. fıkrasında sadece ayıptan sorumluluktan bahsetmektedir. Türk Borçlar Kanunu gerekçesinde de bu durum vurgulanmıştır. Mevcut hali ile bir zapt durumunda Türk Borçlar Kanunu'nun 214. maddesinin uygulanması söz konusu değildir. Gerekçeden anlaşılacağı üzere, kanun koyucu, sözleşmenin kendiliğinden sona ermesini benimsememiş, tam tersine ayakta tutulması üzerinde bir irade ortaya koymuştur. Satıcının zapttan sorumluluğu hükümlerinde tam zapt durumunda sözleşme kendiliğinden sona ermekte idi. Böyle bir durum ile karşılaşıldığında zapttan sorumluluğa ilişkin hükümlerin kıyas yolu ile uygulanması da mümkün olmayacaktır. Bu durumda Türk Borçlar Kanunu'nun 112. maddesi ve devamındaki sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesine ilişkin hükümlerin uygulama alanı bulacağı kanaatindeyiz.

7. Yayım Sözleşmesi

a. Genel Olarak

Yayım sözleşmesi, bir fikir ve sanat eseri sahibinin veya halefinin, o eseri yayımlanmak üzere yayımcıya bırakmayı, yayımcının da onu çoğaltarak yayımlamayı üstlendiği sözleşmedir (TBK.m.487)²⁶⁴. Yayım sözleşmesi iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir²⁶⁵. Taraflardan birini oluşturan yayımlatan, eserin sahibini ya da halefini ifade eder. Yayım sözleşmesinin konusunu oluşturan fikir ve sanat eserini bilimsel ve edebi eser olarak anlamak gerektiği ileri sürülmüştür²⁶⁶.

Yayım sözleşmesiyle, eseri çoğaltma ve yayma gibi haklar yayımcıya devredilmektedir. Bununla beraber sözleşmeye konu mali haklarda yayımcıya ait olur²⁶⁷.

²⁶⁴ Yavuz, Özel, s.1116; Zevkliler ve Gökyayla, s.614. Ayrıntılı bilgi için bkz. Emre Cumlioğlu, **Yayım Sözleşmesi**, Onikiklevha Yayınevi, İstanbul, 2018, s.5 vd.

²⁶⁵ Azra Arkan Serim, **Yayım Sözleşmesinin Hukuki Niteliği ve Tarafların Yükümlülükleri**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2017, s.33.

²⁶⁶ Yavuz Özel, s. 119. Yayım sözleşmesinin konusu oluşturan eser kavramı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'ndaki eser kavramından daha dardır. Belirtmek gerekir ki, yayım sözleşmesine konu ürünler imal edilemez. Bu bakımdan sınai eserler bu sözleşmenin konusunu oluşturmaz (bkz. Zevkliler ve Gökyayla, s.614). Bir eserin yayım sözleşmesine konu olup olmayacağı her somut olaya göre değerlendirilmelidir. Eser tamamlanmış ve çoğaltılmaya müsait durumda olmalıdır. Bu bakımdan her bilim ve edebiyat eseri yayım sözleşmesinin konusunu oluşturmaz (Serim, s.65).

²⁶⁷ Yavuz, Özel, s.1117; Zevkliler ve Gökyayla, s.619.

Sözleşmenin diğer tarafını oluşturan yayımlatanın çeşitli hakları ve borçları bulunmaktadır. Yayımlatanın eseri düzeltme ve iyileştirme hakkı bulunmaktadır. Bunun yanı sıra eser üzerinde tercüme yapma hakkı, bedeli isteme hakkı, eserin basılı halinden ücretsiz nüsha isteme hakkı gibi hakları da bulunmaktadır²⁶⁸. Yayımlatanın borçları ise, yayım konusu eseri sözleşme içeriğine uygun şekilde yayımcıya teslimi²⁶⁹; eser üzerindeki fikri hakkı devretme ve bunun varlığını üstlenme borcudur.

b. Yayımlatanın Zapttan Sorumluluğu

Yayımlatanın, sözleşme konusu eseri yayımcıya teslim etmesi yetmez, üzerinde belli bir oranda tasarruf edebilecek duruma getirmesi de gerekir. Teslimin yanında eserin çoğaltma ve yayma haklarını da devretmektedir. Çoğaltma ve yayma hakkının güven altında olduğu gerekli ortam da sağlanmalıdır²⁷⁰. Eserin yayım hakkı başkasına devredilmemelidir. Bu bakımdan yayımlatan devrettiği eser için, yayımcıya karşı sorumludur. Türk Borçlar Kanunu'nun 489. maddesinin 2. fıkrasında, yayımlatanın, yayımcıya karşı, sözleşmenin kurulduğu anda eseri yayımlatma hakkının bulunmamasından sorumlu olduğu hüküm altına alınmıştır. İlgili hükümden yayımlatanın zapttan sorumlu olacağı sonucu çıkmaktadır. Bu durumda üç farklı görüş vardır. Bunlardan ilki Türk Borçlar Kanunu'nun 214. maddesi ve devamı

²⁶⁸ Serim, s.49; Zevkliler ve Gökyayla, s.625.

²⁶⁹ Eserin tesliminden sadece yazılı bir metnin teslimi anlaşılmamalıdır. Eserin yayımına imkan verecek CD, taşınabilir bellekte eserin teslim edildiği anlamına gelecektir (bkz. Zevkliler ve Gökyayla, s.623). Bilim veya edebi eserde bulunması gereken unsurların bulunmaması durumunda ya da tam tersi bulunmaması gereken eserlerin bulunması durumunda ayıbın varlığı söz konusudur. Eserin ayıplı olmasının sözleşmeye aykırılık oluşturacağı açık olmakla beraber, Türk Borçlar Kanunu'nda yayım sözleşmesine ilişkin hükümlerde ayrı bir düzenleme bulunmamaktadır. Eserin ayıplı olması durumunda, satış sözleşmesindeki ayıba ilişkin hükümlerin kıyas yolu ile uygulanması söz konusu olabilir. Bunun yanı sıra, bu durum gereği gibi ifa etmeme oluşturduğu için Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümler kısmında yer alan gereği gibi ifa etmeme hükmü de uygulama alanı bulacaktır (bkz. Serim, s.57).

²⁷⁰ Bilim veya edebi eserin kısmi ifası niteliği gereği mümkün değildir. Taraflar farklı şekilde karara bağlamamışsa, bir defada teslim edilmesi gerekir. Yayım sözleşmesi ile birlikte eser üzerindeki fikri haklar, sözleşme kapsamında belirtilen ölçüde ve süre ile yayımcıya geçecektir. Bunun içinde eserin tamamlanmış olması gerekir (bkz. Serim, s.52). Eserin tesliminin yeri yani ifa yerine ilişkin Türk Borçlar Kanunu'nun yayım sözleşmesine ilişkin kısmında özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Taraflar sözleşmede ifa yerini belirlediklerinde, sözleşme hükmü uygulanacaktır. Günümüzde, eseri elektronik posta ile göndermek de teslim anlamına gelebilmektedir. Eğer sözleşmede ifa yerine ilişkin bir düzenleme yok ise, Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Bu durumda ifa yeri, yayımlatanın sözleşme kurulduğu sıradaki yerleşim yeridir (bkz. Serim, s.55). Yayımlatan eseri teslim borcunu yerine getirmez ise, eserin tamamlanmış olması şartı ile yayımlatana karşı cebri icra yoluna gidilebilir. Eser henüz tamamlanmamış ise, yayımlatandan ancak tazminat talep edilebilir (Yavuz, Özel, s.1131).

hükümlerinin kıyasen uygulanması gerektiği yönündedir²⁷¹. İkinci görüş ise 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 53 ve 54. maddelerinin uygulanması gerektiği ve bu hükümlerin Türk Borçlar Kanunu'nun 191. ve 193. maddelerine atıf yapmasından dolayı alacağın devrine (temlikine) ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği yönündedir²⁷². Üçüncü görüş ise, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 53 ve 54. maddelerinin uygulanmasının yanı sıra Türk Borçlar Kanunu'nun 214. maddesi ve devamı hükümlerinin kıyasen ve tamamlayıcı olarak uygulanması gerektiği yönündedir²⁷³.

Biz ikinci ve üçüncü görüşün karmasını oluşturacak bir görüşü savunuyoruz. 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 53 ve 54. maddelerinin uygulanması gerektiği ve bu hükümlerin Türk Borçlar Kanunu'nun 191. ve 193. maddelerine atıf yapmasından dolayı alacağın devrine (temlikine) ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği yönündedir. Bu durumda da Türk Borçlar Kanunu'nun alacağı devredenin sorumluluğuna ilişkin 191. maddesinin 1. fıkrası uygulama alanı bulur. Bunun yanı sıra Türk Borçlar Kanunu'nun 214. maddesi ve devamındaki satıcının zapttan sorumluluğuna ilişkin hükümlerinin kıyasen ve tamamlayıcı olarak uygulanması gerektiği kanaatindeyiz.

8. Bağışlama Sözleşmesi

a. Genel Olarak

Bağışlama sözleşmesi, bağışlayanın sağlararası sonuç doğurmak üzere, malvarlığından bağışlanana karşılıksız olarak bir kazandırma yapmayı üstlendiği tek tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir (TBK.m.285)²⁷⁴. Bağışlama sözleşmesi niteliği

²⁷¹ Zevkliler ve Gökyayla, bu görüşü savunmaktadır (bkz. Zevkliler ve Gökyayla, s.624). Yavuz, Özel, s.1132.

²⁷² Serim, bu görüşü savunmaktadır. Serim, s.75. 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 53. maddesine göre; “Mali bir hakkı başkasına devreden veya kullanma ruhsatını veren kimse, iktisap edene karşı hakkın mevcudiyetini Borçlar Kanunu'nun 169 ve 171 inci maddeleri hükmünce zamindir”. İlgili hükümde geçen kanun maddeleri yürürlükten kalkmış olan 818 sayılı Borçlar Kanunu'na aittir. Bu kanunların Türk Borçlar Kanunu'ndaki karşılığı 191. ve 193. maddelerdir. Yavuz, Özel, s.1132.

²⁷³ Yavuz, bu görüşü savunmaktadır (bkz. Yavuz, Özel, s.1132).

²⁷⁴ Türkmen, Ahmet. **Bağışlamanın Geri Alınması**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s.5; Aral ve Ayrancı, s.235; Eren, Özel, s.302; Erzurumluoğlu, Özel, s.82; Gümüş, Cilt I, s.245; Yavuz, Özel, s.349; Bağışlama hukuki işlemler arasında sözleşme niteliğindedir. Bağışlama sözleşmesinde sadece

gereği kazandırıcı bir işlemdir. Satış sözleşmesine konu olan her şey bağışlama sözleşmesine de konu olabilir. Bağışlama malvarlığının aktifini artırılması şeklinde olabileceği gibi, pasifinin azalması şeklinde de yapılabilir. Her iki türde işlem de kazandırıcı işlem niteliğindedir²⁷⁵.

Bağışlayan, bir malvarlığı değerini bağışlanana verirken ya da verme borcu altına girerken; bağışlanan ise, bunun karşılığını oluşturan bir değer vermemekte ya da vermeyi üstlenmemektedir. Başka bir ifade ile karşılıksız bir kazandırma söz konusudur²⁷⁶.

Bağışlama tek tarafa borç yükleyen iki taraflı bir hukuki işlemdir. Sadece bağışlayana borç yüklese de iki tarafın da bağışlama konusunda anlaşmış olması gerekir. Bağışlanan, bağış konusunu kabul etmediği ya da karşılıksız olması konusunda taraflar anlaşmadığı sürece bağışlama sözleşmesinden de bahsedemeyiz²⁷⁷.

b. Bağışlayanın Zapttan Sorumluluğu

Bağışlama sözleşmesi; bağışlama sözü verme, elden bağışlama, koşullu ve yüklemeli bağışlama, yerine getirilmesi bağışlayanın ölümüne bağlı bağışlama, bağışlayana dönme koşullu bağışlama şeklinde yapılmaktadır²⁷⁸.

Zapttan sorumluluk söz konusu olabilmesi için, bağış konusunun bağışlanana teslim edilmesi gerekir. Bu kapsamda bağışlama sözü verme şeklinde yapılmış bir sözleşme, temel olarak borçlandırıcı bir işlemdir²⁷⁹. Bağışlayan bağış konusu eşyayı karşı tarafa teslim etmemiştir. Bağışlama konusu eşya, üstün hak sahibi tarafından el konulduğunda, bağışlanan açısından bir zapt söz konusu değildir. Çünkü bağışlananın

bağışlayan bir edimi yerine getirme yükümlülüğü altına girdiği için tek tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Bkz. Zevkliler ve Gökyayla, s.173.

²⁷⁵ Aral ve Ayrancı, s.238; Eren, Özel, s.302; Gümüş, Cilt I, s.245; Yavuz, Özel, 349; Türkmen, s.11; Zevkliler ve Gökyayla, s.173. Malvarlığı unsurları dışında kalan, kişilik hakları ile ilgili ya da sadece ivazsız kullanım hakkının devri ile ilgili sözleşmeler bağışlama sayılmaz. Gümüş, Cilt I, s.246.

²⁷⁶ Eren, Özel, s.303; Erzurumluoğlu, Özel, s.82; Gümüş, Cilt I, s.245; Yavuz, Özel, 349; Zevkliler ve Gökyayla, s.167.

²⁷⁷ Gümüş, Cilt I, s.246; Türkmen, s.13; Zevkliler ve Gökyayla, s.173.

²⁷⁸ Eren, Özel, s.311; Erzurumluoğlu, Özel, s.83 vd.; Gümüş, Cilt I, s.251 vd.; Türkmen, s.118 vd.; Yavuz, Özel, 355 vd.; Zevkliler ve Gökyayla, s.178.

²⁷⁹ Gümüş, Cilt I, s.254; Zevkliler ve Gökyayla, s.178. Bağışlama sözü verme sözleşmesinin şekli, bağışlanan şeyin taşınır ya da taşınmaz olmasına göre değişiklik gösterir. Sözleşmenin konusu taşınır ise yazılı olarak yapılması gerekir. Sözleşmenin konusunu taşınmaz oluşturuyor ise sözleşmenin resmi şekilde yapılması gerekir. Bkz. Zevkliler ve Gökyayla, s.179.

elinden herhangi bir eşya alınmamaktadır. Bu durumda bir zapt söz konusu olmayacaktır.

Elden bağışlama durumunda, bağışlama konusu eşya sözleşmenin yapıldığı anda bağışlanana devredilmektedir (TBK.m.289)²⁸⁰. Bağışlamanın bu çeşidinde, bağışlanan eşya, bağışlanana devredildiği için, zapt söz konusu olabilecektir.

Türk Borçlar Kanunu'nun 294. maddesi, bağışlayanın sorumluluğunu düzenlemektedir. Söz konusu hükümden çıkan sonuç; bağışlayan, bağışlanan şey hakkında garanti sözü vermişse zapttan dolayı sorumluluğu söz konusu olacaktır²⁸¹. Her ne kadar hüküm zapttan sorumluluğu açıkça ifade etmese de, zapttan sorumluluk halini de kapsayacaktır²⁸².

Türk Borçlar Kanunu'nun 294. maddesine göre bağışlayanın sorumluluğunu bir örnekle açıklayalım. Küçükbaş hayvancılıkla uğraşan çiftçinin koyunlarının arasına, komşusuna ait bir koyun, karışır. Çiftçi, komşusuna ait koyunu kendisine ait olduğunu sanarak, bu koyunu üçüncü kişiye bağışlar. Bağışlananın elinde koyununu gören çiftçinin komşusu, taşınır ya da istihkak davası ile koyununu geri alır. Bu durumda, bağışlananın, elinden alınan koyun dolayısı ile çiftçinin sorumluluğuna gidebilmesi yani zapttan sorumluluğuna gidebilmesi, çiftçinin bağış konusu hakkında bağışlanana garanti sözü vermesine bağlıdır. Eğer, bağışlayan, bağışlanılana garanti sözü vermiş ise Türk Borçlar Kanunu'nun 294. maddesine göre sorumlu olacaktır.

Türk Borçlar Kanunu'nun 294. maddesi, bağışlayanın sorumluluğunu düzenlemekle beraber bu sorumluluğun çerçevesi çizilmemiştir. Başka bir ifade ile bağışlanan tarafından istenebilecek taleplerin neler olduğu belirtilmemiştir. Bu durumda, satıcının zapttan sorumluluğuna ilişkin hükümler niteliğine uygun olduğu ölçüde kıyasen uygulama alanı bulacaktır.

Bağışlayanın zapttan sorumluluğunun uygulanabilmesi için, bağış sözleşmesinin kurulduğu sırada var olan bir hak dolayısı ile satılanın alıcının elinden alınması (tamamı veya bir kısmı) gerekmektedir. Bağışlayanın zapttan sorumluluğu için, bağışlanan şey hakkında garanti sözü vermiş olması da şarttır. Tabi burada da

²⁸⁰ Eren, Özel, s.311; Erzurumluoğlu, Özel, s.84; Gümüş, Cilt I, s.251 vd.; Türkmen, s.119; Yavuz, Özel, 357; Zevkliler ve Gökyayla, s.178.

²⁸¹ Eren, Özel, s.318; Erzurumluoğlu, Özel, s.87; Gümüş, Cilt I, s.262; Yavuz, Özel, 363; Zevkliler ve Gökyayla, s.187.

²⁸² İlgili hüküm bağışlanan şey eşya ise zapttan sorumluluğun yanı sıra, ayıba karşı tekeffülü de karşılamaktadır. Gümüş, Cilt I, s.262.

bağışlananın satıcıya karşı gerekli usulü bildirimleri yapması gerekir. Taşınır malın tamamının alıcının elinden alınması durumunda, Türk Borçlar Kanunu'nun 217. maddesi kıyasen uygulama alanı bulacaktır. Normalde Türk Borçlar Kanunu'nun 217. maddesine göre, alıcı; satılardan elde ettiği veya elde etmeyi ihmal eylediği ürünlerin değeri indirilerek, ödemiş olduğu satış bedelinin faizi ile birlikte geri verilmesini (TBK.m.217/1,b.1)²⁸³, satılanı elinden alan üçüncü kişiden isteyemeyeceği giderleri (TBK.m.217/1,b.2)²⁸⁴, davayı satıcıya bildirmekle kaçınılabilecek olanlar dışında kalan bütün yargılama giderleri ile yargılama dışındaki giderleri (TBK.m.217/1,b.3)²⁸⁵ ve satılanının tamamen elinden alınması yüzünden doğrudan doğruya uğradığı diğer zararları (TBK.m.217/1,b.4), satıcıdan isteyebilir. Bağışlama sözleşmesinin söz konusu olduğu durumda, bağışlanan, bağışlanan eşya için herhangi bir bedel ödemediği için, Türk Borçlar Kanunu'nun 217. maddesinin 1. fıkrasının 1. bendi kapsamında satış bedelinin geri verilmesini isteyemez. Ancak bunun dışındaki, belirtilen kalemleri talep edebilir.

Türk Medeni Kanunu'nun 988. maddesindeki emin sıfatı ile zilyetten iyiniyetli hak iktisabının korunmasına ilişkin düzenleme, bağışlama sözleşmesi açısından da irdelenmesi gerekir. İlgili hüküm, emin sıfatına sahip zilyetten yapılan her türlü iktisabı kapsamaktadır²⁸⁶. Hüküm, iktisap konusu işlemin ivazlı olup olmaması konusunda bir ayırım yapmamaktadır. Ancak böyle bir ayırım yapılmamış olması tartışmaya açıktır. Emin sıfatı ile zilyedin kendisine teslim edilmiş bir taşınırı bağışlaması durumunda, bu durumdan haberi olmayan iyiniyetli bağışlanan, taşınırın mülkiyetini o an kazanacaktır. Burada aslında bir hukuki dengesizlik vardır. Şöyle ki, taşınırın gerçek sahibi olan aynı hak sahibinin yerine herhangi bir bedel ödemeyen iyiniyetli kişi korunmaktadır²⁸⁷. Kanımızca, Türk Medeni Kanunu'nun 988. maddesinin, ivazsız kazandırmalar için kullanılmamalıdır.

Bu açıklamalar doğrultusunda, bir taşınırın malikinin ariyet olarak ariyet alana bıraktığı saat, ariyet alan tarafından üçüncü kişiye bağışlanır ve devir edilir ise, üçüncü

²⁸³ Aydoğdu ve Kahveci, s.129; Gümüş, s.73; Tandoğan, Cilt: I/1, s.160; Zevkliler ve Gökyayla, s.146.

²⁸⁴ Aydoğdu ve Kahveci, s.129; Tandoğan, Cilt: I/1, s.160; Zevkliler ve Gökyayla, s.146.

²⁸⁵ Aydoğdu ve Kahveci, s.129; Gümüş, s.73; Zevkliler ve Gökyayla, s.146.

²⁸⁶ Sirmen, s.107; Aybay ve Hatemi, s.64; Eren, Özel, s.108; Kılıçoğlu, Eşya, s.102; Akıntürk, Eşya, s.171; Mehmet Ayan, Eşya I, s.119; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, Eşya, s.114; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, Cilt I, s.165 vd.; Gürsoy, Eren ve Cansel, s.144.

²⁸⁷ Serozan, Eşya, s.164.

kişi iyiniyetli olsa bile saatin mülkiyetini kazanamaz. Malik, üçüncü kişiye karşı taşınır davası veya istihkak davası sonucu saati elinden geri alırsa, ariyet alan Türk Borçlar Kanunu'nun 294. maddesi anlamında garanti sözü vermiş ise, ariyet alanın (bağışlayanın) zapttan sorumluluğu yoluna gidilebilir.

Bir başka hukuki sorun bağışlayanın, bağışlama konusu eşyayı başkasından çalmış olması durumudur. Böyle bir durumda gerçek malik tarafından taşınırın, bağışlanandan geri alınması söz konusu olabilir. Bağış konusu elinden alınan bağışlanan, bağışlayana karşı Türk Borçlar Kanunu'nun 294. maddesinin 1. fıkrası doğrultusunda bağışlayanın zapttan sorumluluğu yoluna gidebilir. Çünkü bağışlayan, eşyanın çalıntı olduğunu bilmektedir ve bu bağışlayana ağır kusurlu yapar. Bu yüzden bağışlayan, bağışlamadan doğan zararlardan sorumludur (TBK.m.294/1).

Türk Medeni Kanunu'nun 508. maddesine göre, mirasbırakanın sağlararası karşılıksız kazandırmaları da, terekeye eklenmesi gerekmektedir. Türk Medeni Kanunu'nun 565. maddesinde sayılan karşılıksız sağlararası kazandırmalar tenkise tabi tutulacaktır²⁸⁸. Hükme göre, mirasbırakanın serbestçe dönme hakkını saklı tutarak yaptığı bağışlamalar ve ölümünden önceki bir yıl içinde âdet üzere verilen hediyeler dışında yapmış olduğu bağışlamalar tenkise tabi olacaktır (TMK.m.565/b.4). Böyle bir işlem sonucu bağışlananın elinden, tenkis davası sonucu bağışlanan eşya alınır ise, bağışlayanın Türk Borçlar Kanunu'nun 294. maddesi çerçevesinde zapttan sorumluluğuna gidilebilir. Bağışlanan, bağışlayanın mirasçılara karşı bu taleplerini yöneltmesi gerekir.

Türk Medeni Kanunu'nun 229. maddesi, edinilmiş mallara katılma rejiminde, mal rejiminin sona ermesi sonucu, edinilmiş mallara değer olarak eklenecek unsurları belirtmektedir²⁸⁹. Hükme göre; eşlerden birinin mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıl içinde diğer eşin rızası olmadan, olağan hediyeler dışında yaptığı karşılıksız kazandırmalar (TMK.m.229/b.1) edinilmiş değer olarak edinilmiş mallara

²⁸⁸ Nar, s.66; Öztan, s.103.

²⁸⁹Fatih, Karamercan, **Katkı Değer Artış Payı, Katılma Alacağı Davaları**, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015, s.394; Mustafa Dural ve Tufan Ögüz, **Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul 2012 (Aile), s.219; Öztan, Bilge, **Aile Hukuku**, 6. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2015, s.505; Şükran Şıpka, **Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012(Edinilmiş), s.231. Katılma alacağı, edinilmiş mallara katılma rejiminin varlığını sürdürdüğü sürece bir eşin edindiği mallarda, mal rejimin sona ermesi ile birlikte tasfiye sonucu diğer eşin sahip olduğu alacak hakkıdır. Bkz. Banu Fatma Günarlan, **Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Değer Artış Payı Alacağı**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017, s.

eklenecektir. İlgili hüküm sonucu bağışlananın elinden, bağışlanan eşya alınır ise, bağışlayan eşin Türk Borçlar Kanunu'nun 294. maddesi çerçevesinde zapttan sorumluluğuna gidilebilir.

9.Alacağın Devri (Temliki) Sözleşmesi

a. Genel Olarak

Alacağın devri, mevcut olan bir alacağın alacaklısının değişmesi işlemidir. Türk Borçlar Kanunu'na göre, alacaklının bir hukuki ilişkiden doğan alacağını borçlunun rızasına gerek olmadan bir sözleşmeye dayanarak üçüncü bir kişiye devretmesine alacağın temliki denir (TBK.m.183)²⁹⁰. Alacağı devralan, alacak üzerindeki tasarruf yetkisini elde eder. Tasarrufu bizzat kendi ad ve hesabına yapacaktır, bu kapsamda temsilci değildir²⁹¹.

Alacağın devri ile sözleşmenin devri farklı hukuki işlemlerdir. Sözleşmenin devrinde, sözleşmeye konu hak ve yükümlülükler bir bütün olarak geçmektedir. Bu kapsamda sözleşmenin feshi, sözleşmeden dönme hakları alacağın devri ile devralana geçmez²⁹².

Alacağın devri; iradi devir, kanuni devir ve yargısal devir olarak üç şekilde sınıflandırılabilir. Alacak bir kanun gereği üçüncü kişiye devrediliyor ise kanuni devir

²⁹⁰ Eren, Genel, s.1224; Kılıçoğlu, Borçlar, s.795.Özcan Günergök, Alacağın Devrinde Borçlunun Hukuki Durumu, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s.9.Alacak hakkı sahibine, borçludan kendisine bir şeyi vermesini, yapmasını veya yapmamasını isteyebilme yetkisi verir. Nispi bir hak olan alacak hakkı başkasına devredilebilir. Hak sahibinin ölümü durumunda ise mirasçılara geçer (bkz. Helvacı ve Erlüle, s.22; Antalya ve Topuz, Medeni, s.91). Genel olarak her türlü alacak devre konu olabilir. Bunun yanı sıra alacak şarta veya süreye bağlı olabilir. Devir sözleşmesinde henüz var olmayan ama gelecekte var olacak bir alacak da devrin konusu olabilir. Devir konusu alacağın kaynağını oluşturan hukuki ilişkinin türü önemli değildir. Bu kapsamda sözleşmeden, haksız fiilden, sebepsiz zenginleşmeden ya da vekaletsiz iş görmeden oluşabilir (bkz. Eren, Genel, s.1224). Roma Hukuku da, alacağın temlikine izin vermiştir. Bunun nedeni alacak hakkının alacaklının şahsına sıkı sıkıya bağlı olmasıdır. (bkz. İnan ve Yücel, s.520). Alacağın devrinin konusunu genelde para alacakları oluşturur. Ancak para alacakları ile sınırlı değildir (bkz. Kılıçoğlu, Borçlar, s.799).

²⁹¹ Eren, Genel, s.1224. Alacağın devri borç ilişkisinin bütünüdür devrini ifade etmez. Borç ilişkisinden doğan alacakların bir kısmının ya da tamamının devridir. Borç ilişkisinin bütün hak ve borçlarıyla devri için, borçlunun rıza göstermesi gerekir (bkz. İnan ve Yücel, s.520). Alacağın devredilmesi çeşitli amaçlar ile yapılabilir. Alacağın devirdeki amaç, devralana olan borçtan kurtulmak olabilir. Buna ifa amacıyla devir denir. Alacaklı, borçludan olan alacağını tahsil etmesi için, alacağı devralana devredebilir. Buna tahsil amacı ile devir denmektedir. Alacak, devralana olan borcunun teminatı olarak da devredilebilir. Buna teminat amacıyla devir denir. Devralana bağışlamak içinde devredilebilir. Buna bağış amacıyla devir denir (İnan ve Yücel, s.525; Kılıçoğlu, Borçlar, ss.796-797).

²⁹² Eren, Genel, s.1225; İnan ve Yücel, s.520.

söz konusu olacaktır. Burada alacaklının irade beyanında bulunmasına gerek olmadan alacak kendiliğinden üçüncü kişiye geçer. Kanuni devirin başında halefiyet gelir. Müteselsil borçlulardan birinin borcu ifa etmesi halinde de kanuni devir söz konusu olacaktır (TBK.m.168)²⁹³. Kefilin asıl borçluyu borçtan kurtarması durumunda, kefil de kanun gereği alacaklının haklarına halef olacaktır (TBK.m.596). Alacağın devri hâkim kararı ile de gerçekleşebilir (TBK.m.185). Buna da yargısal devir denir²⁹⁴. Diğer bir devir türü de iradi devirdir. Burada bir devir sözleşmesi ile alacak doğrudan devralana geçirilmektedir²⁹⁵.

Alacağın devrinin hukuki niteliği bir sözleşme olup aynı zamanda tasarrufi bir işlemdir²⁹⁶. Alacağın devri ile alacak hakkı sahibinin malvarlığından çıkmakta ve devralanın malvarlığına geçmektedir. Bu yüzden alacak sahibinin, alacak üzerinde tasarruf yetkisine sahip olması gerekir. Bu yetkiye, devir işleminin yapıldığı anda sahip olunması gerekir. Aynı alacak, birden çok devre konu olursa, zaman bakımından önce olan devir geçerli olur. Zaman yönünden önce yapılan devir ile alacak hakkı devredilmiş olduğundan, sonra yapılan devirler geçersiz olur²⁹⁷.

Kanunun açıkça yasakladığı alacaklar, devrin konusunu oluşturamaz. Sözleşme ile de alacağın devri yasaklanabilir. Alacağa konu asıl sözleşmede devir eden ile borçlu alacak hakkının devrini yasaklayabilir. Böyle bir durumda, borçlu alacağı devir alana karşı, devir yasağı defini ileri sürebilir. Devir yasağı olan bir alacağın devir edilmesi durumunda devir işlemi geçersizdir. Kanun açıkça alacağın devrinin yasakladığı durumlarda alacağın temliki geçersiz olur. Sözleşmeden doğan devir yasaklarında ise borçlunun onay vermesi durumunda devir baştan itibaren geçerli hale gelir. Belirtmek gerekir ki alacağı devreden ile borçlu arasında, alacağın devrini

²⁹³ Eren, Genel, s.1226; Günergök, s.19; İnan ve Yücel, s.520; Kılıçoğlu, Borçlar, s.797; Oğuzman ve Öz, Cilt II, s.544.

²⁹⁴ Oğuzman ve Öz, kanunen ve yargı kararı ile alacağın devri durumunda, devir kelimesi yerine alacağın intikali kelimesinin kullanılmasının daha doğru olacağını belirtmektedir. Yazarlar, mahkeme ve yargı kararı ile devirde bir rıza aranmadığı için burada rızayı barındıran bir devir kelimesinin kullanılmasını uygun bulmamaktadırlar (bkz.Oğuzman ve Öz, Cilt II, s.545).

²⁹⁵ Eren, Genel, s.1227; İnan ve Yücel, s.522; Kılıçoğlu, Borçlar, s.797.

²⁹⁶ Eren, Genel, s.1229; İnan ve Yücel, s.525; Kılıçoğlu, Borçlar, s.797; Oğuzman ve Öz, Cilt II, s.547.

²⁹⁷ Devreden alacak üzerinde tasarruf yetkisinin olması yeterli olduğu için, üzerinde intifa hakkı olan bir alacak hakkını da devir edebilir (bkz. Eren, Genel, s.1229). Alacağın devrinin geçerli olabilmesi için, alacak üzerinde tasarruf ehliyetinin de bulunması gerekmektedir (bkz. Kılıçoğlu, Borçlar, s.798; Oğuzman ve Öz, Cilt II, s.547). Devredilen alacağın muaccel olması zorunlu değildir. İleride doğacak bir alacakda devre konu olabilir (bkz.Kılıçoğlu, Borçlar, s.799).

yasaklayan yazılı bir sözleşme yok ise, alacağın devrinin yasak olduğunu devralana karşı ileri süremez (TBK.m.183/2)²⁹⁸.

Alacağın devrinin ivazlı olup olmamasına göre, devredene bir garanti borcu yüklenmiştir. Devreden devir bir ivaz karşılığı yapılmış ise, alacağın varlığını ve borçlunun bunu ödeme gücüne sahip olduğunu garanti etmiş olur (TBK.m.191/1)²⁹⁹. Alacak bir ivaz karşılığı olmadan devredilmiş ya da kanun gereğince başkasına geçmişse, devreden alacağın varlığından ve borçlunun ödeme gücünden sorumlu olmaz (TBK.m.191/2)³⁰⁰. Alacağının bir ivaz karşılığında devredildiği durumlarda, borçludan alacak alınamaz ise garanti kapsamında devredenin sorumluluğu olacaktır. Bu garanti kapsamında alacağı devralan, devredenden ifa etmiş olduğu karşı edimin faizi ile birlikte geri verilmesini isteyebilir. Bunun yanı sıra devir sebebi ile yapılan giderler istenebilir³⁰¹.

b. Alacağı Devir Edenin Zapttan Sorumluluğu

Alacağı devralan, borçludan alacağı almasından sonra, üçüncü bir kişi üstün bir hak iddia ederek alacak konusu şeyi devralanın elinden alabilir. Alacağın esas sahibinin, iki farklı kişiye alacak hakkını devretmesi durumunda, zaman olarak önce yapılan devir geçerli olacaktır. Zaman yönünden sonra alacağı devir alan alacaklının, bu durumu bilmeyen borçludan alacağı alması mümkün olabilir. Böyle bir durumda zaman yönünden önce alacağı devir alanın, devir işlemi geçerli olduğu için, zaman yönünden sonra alacağı devir alana karşı gerçek hak sahibi olarak başvurması sureti ile alacağı alması mümkün olacaktır. Zaman yönünden sonra alacağı devir alan, alacağı üstün hak sahibine devretmesi durumunda, alacağı devreden esas alacak

²⁹⁸ Eren, Genel, s.1237. Alacağın konusu olan esas sözleşme hukuka, ahlaka aykırı ya da ifası imkânsız ise bu durumda esas sözleşme geçersiz olacaktır. Geçersiz bir sözleşmedeki alacakda geçerli olmayacaktır. Bu yüzden geçersiz sözleşmedeki alacağın devride geçersizdir (bkz. Kılıçoğlu, Borçlar, s.799; Oğuzman ve Öz, Cilt II, s.552).

²⁹⁹ Yürürlükten kalkmış olan 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda alacaklının, borçlunun ödeme gücünden sorumlu olması için ayrıca taahhütte bulunması gerekiyor idi. Türk Borçlar Kanunu ile devreden, kural olarak borçlunun ödeme gücünden sorumludur. Bunun için ayrıca bir taahhütte bulunması gerekmemektedir (bkz. İnan ve Yücel, s.530; Kılıçoğlu, Borçlar, s.809).

³⁰⁰ Alacağın, kanun gereği bir geçmesi durumunda, alacaklı ne alacağın varlığından ne de borçlunun ödeme gücünden sorumlu değildir. Bu bakımdan alacağın ivazsız devrinde, devreden hukuki sorumluluğu ile aynıdır (bkz. Kılıçoğlu, Borçlar, s.809).

³⁰¹ Devralan, alacağın olmadığı biliyorsa ya da bilmesi gerekiyorsa, bu durumda alacağın olmaması durumunda devreden sorumluluğu ortadan kalkar (bkz. İnan ve Yücel, s.530).

sahibinin bir sorumluluğunun olup olmadığı değerlendirilmelidir. Alacağı devreden esas alacak sahibi ile alacağı zaman yönünden sonra alan arasında bir borçlandırıcı işlem söz konusudur. Bu borçlandırıcı işlemin tam olarak ifa edilmemesinden dolayı alacağı devreden sorumluluğu doğacaktır. Bu durumda Türk Borçlar Kanunu'nun alacağı devreden sorumluluğuna ilişkin 191. maddesinin 1. fıkrası uygulama alanı bulur. Bunun yanı sıra Türk Borçlar Kanunu'nun 214. maddesi ve devamındaki satıcının zapttan sorumluluğuna ilişkin hükümlerinin kıyasen ve tamamlayıcı olarak uygulanması gerektiği kanaatindeyiz. Böylelikle alacağı devredene karşı, devraldığı alaktan elde ettiği veya elde etmeyi ihmal eylediği ürünlerin değeri indirilerek, ödemiş olduğu alacağın temlik bedelinin faizi ile birlikte geri verilmesini; devredilen alacağı elinden alan üçüncü kişiden isteyemeyeceği giderleri de talep edebilir.

10. Açık Arttırmayla Satış

a. Genel Olarak

Satıcının, karşılıklı alıcı olmaya aday birden çok kişi arasından, en yüksek fiyat önerene malı satmasıdır. Açık arttırmayla satışta, satışın zamanı, yeri ve şartları önceden belirlenmiştir. En yüksek bedeli öneren kişiye malın ihale edilmesi ile satış sözleşmesi kurulur³⁰².

b. Zorla (Cebri) Arttırma

Cebri arttırma yoluyla satış gerçek anlamda bir satış sözleşmesi sayılmaz. Çünkü malikin bir borcunu ödememesi nedeniyle, malı zorla kanun gereği arttırmayla

³⁰²Aral ve Ayrancı, s.186; Eren, Özel, s.257; Erzurumluoğlu, Özel, s.65; Gümüş, Cilt I, s.228; Zevkliler ve Gökyayla, s.113. Açık arttırma ile satışta, fiyat önermenin hukuki niteliği doktrinde tartışılmıştır. Bir görüşe göre, açık arttırmaya katılanların fiyat önermesi icabın kabulüdür. Türk Borçlar Kanunu'nun benimsediği diğer görüşe göre satıcının malı satışa çıkarması ile icaba davette bulunmaktadır. Buna göre, fiyat öneren alıcı adayları ise icapta bulunmaktadır (ayrıntılı bilgi için bkz. Serozan, Borçlar, s.268; Zevkliler ve Gökyayla, s.114). Açık arttırma ile satışta malı açık arttırma yöntemi ile satmak isteyen satıcı, arttırmaya katılan alıcı ve arttırmayı yöneten kişi olmak üzere üç farklı kişi vardır. Arttırmayı yöneten kişi, satıcı hesabına iş görmektedir (bkz. Eren, Özel, s.258). Arttırmayla satışa daha çok kişinin katılımının sağlanması için, malın satılacağı yer ve zaman önceden belirlenir ve ilan edilir (bkz. Zevkliler ve Gökyayla, s.113). Açık arttırma satışlarında ihaleyi yöneten üç defa ihale konusunu satacağını sesli şekilde belirtir ve daha iyi teklif veren birisi çıkmaz ise en iyi teklifi verene satış yapılır (bkz. Yavuz, s.321).

satılmaktadır. Burada satıcının rızası aranmamaktadır³⁰³. Cebri arttırma yoluyla satışta “Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkındaki Kanun” hükümleri uygulama alanı bulur.

Cebri arttırma yoluyla satışta ihalenin kesinleşmesi ile mülkiyet alıcıya geçer. Bu kapsamda bir taşınmazın satılmasında, tapuda alıcı adına yapılacak tescil, bildirici niteliktedir³⁰⁴. Türk Borçlar Kanunu’nun 280. maddesinin 1. fıkrasına göre, cebri arttırma yoluyla satışta zapttan ve ayıptan sorumluluğa ilişkin hükümler uygulanmaz. Bu kapsamda, cebri arttırma yoluyla satış sonucunda bir zapt durumu ile karşılaşan alıcı, satıcının zapttan sorumluluğuna gidemez³⁰⁵. Ancak zapt durumunda, alıcı şartları var ise, ihalenin iptali yoluna gidebilir. İcra İflas Kanunu’nun 134. maddesine göre, ihale hukuka ve ahlaka aykırı bir şekilde gerçekleştirilmiş ise, alıcı ihalenin yapıldığı tarihten veya ihaledeki fesat sonradan öğrenilmişse, sebebini öğrendiği günden itibaren yedi günlük şikâyet süresinde İcra Mahkemesine başvurarak iptalini talep edebilir³⁰⁶.

c. İsteğe Bağlı Arttırma

İsteğe bağlı arttırmada cebri satıştan farklı olarak, malın sahibinin rızası ile yapılmaktadır³⁰⁷. Açık arttırmayla satış, arttırmayı yönetenin, en çok bedeli önerene malı ihale etmesiyle kurulmuş olur. İsteğe bağlı arttırmalarda, taşınmazın mülkiyeti ihale ile alıcıya geçer (TBK.m.279). Taşınırlarda mülkiyetin geçmesine ilişkin genel kural olan teslim gerekmemektedir. İsteğe bağlı arttırmayla yapılan taşınmaz satışında ise

³⁰³ Aral ve Ayrancı, s.186; Eren, Özel, s.258; Gümüş, Cilt I, s.229; Yavuz, s.319; Zevkliler ve Gökyayla, s.114. Zorla arttırma ile satışta, satış konusu şeyin mülkiyeti ihalenin kesinleşmesi ile alıcıya geçer. Bu kapsamda satış konusunun taşınır ya da taşınmaz olması fark etmez. Türk Medeni Kanunu’nun 705/2 maddesine göre, cebri icra yolu ile satışta, taşınmazlarda mülkiyetin tescilden önce kazanılacağı açıkça düzenlenmiştir. Bu düzenleme, taşınmaz mülkiyetinin kazanılmasının tescille olacağına dair düzenlemenin istisnasını oluşturmaktadır. Taşınmazı cebri arttırma ile alan alıcı her ne kadar mülkiyeti kazansa da, tasarruf işlemi yapabilmesi için, taşınmazı kendi adına tescil etmesi gerekecektir (ayrıntılar için bkz. Erzurumluoğlu, Özel, s.66; Zevkliler ve Gökyayla, s.114).

³⁰⁴ Serozan, Borçlar, s.269; Yavuz, s.319.

³⁰⁵ Aral ve Ayrancı, s.188; Eren, Özel, s.257; Gümüş, Cilt I, s.228; Zevkliler ve Gökyayla, s.114.

³⁰⁶ Akçaal, Zapt, s.134; Eren, Özel, s.257; Gümüş, Cilt I, s.229; Zevkliler ve Gökyayla, s.115.

³⁰⁷ Eren, Özel, s.257; Gümüş, Cilt I, s.232; Zevkliler ve Gökyayla, s.115. İsteğe bağlı arttırma da isteğe bağlı özel arttırma ve isteğe bağlı açık arttırma şeklinde iki şekilde olabilir. İsteğe bağlı özel arttırmaya sadece belirli kişiler katılabilir. Bu kişileri satıcı belirler. İsteğe bağlı özel arttırmaya Borçlar Kanunu’nun sözleşmelere ve özellikle satış sözleşmesine ilişkin hükümleri uygulanır. Türk Borçlar Kanunu’nun açık arttırmaya ilişkin madde 274 ve devamı maddeleri bu durumu düzenlememiştir. İsteğe bağlı açık arttırmaya ise isteyen herkes katılabilir (bkz. Eren, Özel, s.260; Yavuz, s.320).

genel kural geçerli olup, taşınmazın mülkiyeti tapu siciline tescil ile geçecektir³⁰⁸. İsteğe bağlı arttırmada hukuka veya ahlaka aykırı yollara başvurularak ihalenin gerçekleştirilmesi sağlanmışsa ilgili olan kişi iptal nedenini öğrendiği günden başlayarak on gün içinde ya da ihale tarihini izleyen bir yıl içinde ihalenin iptalini mahkemeye başvurarak isteyebilir (TBK.m.281)³⁰⁹.

d. Arttırmada Zapttan Sorumluluk

Türk Borçlar Kanun'unun 280. maddesi arttırmalı satışın cebri ya da isteğe bağlı olmasına göre ayırım yaparak zapttan sorumluluğa ilişkin düzenlemeye yer vermiştir. İlgili hükme göre, cebri arttırmalarda, satıcıya karşı zapttan sorumluluğa ilişkin hükümler uygulanmayacaktır (TBK.m.280/1). İsteğe bağlı arttırmada ise satıcının zapttan sorumluluğu taşınır satışında olduğu gibi bulunmaktadır (TBK.m.280/3). İsteğe bağlı arttırmada satıcının sorumlu olmasının nedeni, arttırmanın gerçekleşmesinde satıcının bu yönde olumlu iradesinin bulunmasıdır. İradesi ile meydana gelen hukuki işlemin neden olduğu zararlardan sorumlu tutulması olağandır. Cebri arttırmada, satıcının iradesine bakılmadan ihale gerçekleştiği için, satıcı zapttan sorumlu tutulmamıştır³¹⁰. Ayrıca isteğe bağlı arttırmada, satıcı aldatma durumu dışında, zapta neden olabilecek durumları belirtip duyurmak sureti ile sorumluluktan kurtulabilir³¹¹.

³⁰⁸ Cebri arttırmada, taşınmazların mülkiyeti ihale ile birlikte geçmekte idi. Tapuda yapılan tescil sadece bildirici mahiyette idi (bkz. Eren, Özel, ss.261-262; Zevkliler ve Gökyayla, s.116).

³⁰⁹ 10 günlük sürenin hesabında ihale günü sayılmaz, ihale gününden sonraki 10 gün olarak anlamak gerekir. Başkalarının açık artırmaya katılmasını engellemek ilk akla gelen ihaleye fesat işlemlerindendir (bkz. Aral ve Ayrancı, s.188; Eren, Özel, s.262; Zevkliler ve Gökyayla, s.117). Arttırmanın iptaline ilişkin Türk Borçlar Kanunu'nun 281. maddesinin yanı sıra, Türk Borçlar Kanunu'nun 30. maddesindeki genel iptal sebebi ayrıca şartların bulunması şartı ile uygulama alanı bulur (bkz. Serozan, Borçlar, s.269).

³¹⁰ Aral ve Ayrancı, s.188; Erzurumluoğlu, Özel, s.68; Yavuz, s.324.

³¹¹ Eren, Özel, s.262; Gümüş, Cilt I, s.237; Zevkliler ve Gökyayla, s.117.

11. Kira Sözleşmesi

a. Genel Olarak

Türk Borçlar Kanunu'nun 299. maddesine göre, kira sözleşmesi, kiraya verenin, bir malını ücret karşılığında kiracıya kira süresi boyunca kullandırma ve yararlandırma amacıyla bırakma borcu altına girdiği, kiracının da kira bedelini ödemeyi üstlendiği sözleşmedir³¹².

Kiraya verenin, kiralanan şeyin maliki olması gerekmez. Kiralanan üzerinde intifa hakkı sahibi olan kimse, mülkiyet hakkı sahibinin izin ve onayı olmadan intifa konusu şeyi kiralamaya yetkilidir³¹³. Hatta kiracı da, kiralananı tamamen veya kısmen başkasına kiraya verebilir (TBK.m.322/1)³¹⁴. Konut ve çatılı işyeri kiralalarında ise, kiraya verenin yazılı rızası gerekir.

Kira sözleşmesinin konusunu taşınır oluşturabileceği gibi, taşınmaz da oluşturabilir. Buna göre, kira sözleşmesi taşınır kirası olarak ya da taşınmaz kirası olarak anılır³¹⁵. Kira sözleşmesi, kira konusunun ürün getirip getirmemesine göre de sınıflandırılır. Ürün getirmeyen ve yalnızca kullanılmak üzere bir taşınır ya da taşınmaz kiralanırsa, olağan kiradan söz edilir. Ürün getiren bir taşınır, taşınmaz ya da bir hak, kullanılmak ve gelirlerinden yararlanılmak üzere kiralanırsa, ortada bir ürün kirası vardır³¹⁶.

³¹² Halit Aker, **Ticari İşletme Kirası**, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s.165; Engin Daşlı, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Kira Sözleşmesinin Feshi**, Aristo Yayınevi, Erzincan, 2017, s.51; Gümüş, Cilt I, s.279; Mehmet Murat İnceoğlu, **Kira Hukuku**, Cilt I, On İki Levha Yayınevi, İstanbul, 2014(Cilt I), s.7. İlgili tanım, ürün getiren hakları kapsam dışı bırakmaktadır. Bkz. Murat Doğan, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarına İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Sempozyum No: III, Prof.Dr.Cevdet Yavuz' Armağan**, İstanbul, 2012, (s.499-517), s.499.

³¹³ Faruk Acar, **Kira Hukuku Şerhi**, 4. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2017(Kira), s.63; Gülşah Sinem Aydın, **Kira Sözleşmesinin Genel Hükümlere Göre Sona Ermesi (TBK.m.327-333)**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s.14. Oturma hakkı başkasına devredilemez ve mirasçılara geçmez. Bu kapsamda oturma hakkı sahibi, üzerinde hakkı bulunan taşınmazı başkasına kiraya vermez. Bkz. Mustafa Kırmızı, **Açıklamalı-İçtihatlı Kira Hukuku**, Bilge Yayınevi, Ankara, 2013, s.39.

³¹⁴ Acar, Kira, s.63; Gümüş, Cilt I, s.271; Kırmızı, s.40

³¹⁵ Acar, Kira, s.69; Kırmızı, s.32; İnceoğlu, Cilt I, s.8; Nihal Ural Çınar, **Türk Borçlar Kanunu'nda Düzenlenen Kira Sözleşmelerinde Kira Bedelinin Ödenmemesi ve Hukuki Sonuçları**, On İki Levha Yayınevi, İstanbul, 2014, s.25; Nihat Yavuz, **Yeni TBK ve HMK'ya Göre Kira Hukuku**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015 (Kira), s.868.

³¹⁶ Acar, Kira, s.69; MüslimTunaboğlu, **Kira Sözleşmesinde Fesih ve Tahliye Davaları**, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2013, s.538.

Olağan kira sözleşmesine Türk Borçlar Kanunu'nun 299-338. maddeleri arasındaki hükümler uygulanır. Konut ve çatılı işyeri kiralari hakkında ise, Türk Borçlar Kanunu'nun 339-356. maddeleri uygulama alanı bulur³¹⁷.

b. Kiraya Veren Zapttan Sorumluluğu

Kiraya veren, kiralanan üzerinde üçüncü kişilerin ileri sürdükleri haklar dolayısıyla da kiracıya karşı sorumlu tutulabilir. Bu konuda kira sözleşmesinin genel hükümleri arasında, Türk Borçlar Kanunu'nun 309-312. maddelerinde düzenleme bulunur. Bu hükümler genel hükümler kısmında yer almaktadır. Konut ve çatılı işyeri kiralalarında, doğrudan uygulama alanı bulmaz³¹⁸.

Kiracının, kiralanan şeyi kullanmasının üstün bir hakka dayanılmak suretiyle engellenmesi hukuksal ayıp kavramına dâhil edilebilir³¹⁹. İsviçre Borçlar Kanunu'nun 259. maddesinde, konu hukuki ayıp kapsamında değerlendirilmiştir³²⁰. Türk Borçlar Kanunu'nun 301. maddesine göre; kiraya veren, kiralananı kira süresinde, kiracının kullanımına elverişli bir şekilde sunma borcu altındadır³²¹. Kiralananın zaptı bu borca aykırılık oluşturmaktadır. Kiralananın, kiracının kullanımına elverişli bir şekilde sunulması sözleşmenin esaslı unsuru olduğu için bunun aksine bir sözleşme sözleşmenin mahiyetine uygun düşmez. Türk Borçlar Kanunu'nun 301. maddesinde, kiralananın kullanıma elverişli bir durumda teslim edilmesi ve sözleşme süresince bu durumda bulundurulmasını bir yükümlülük olduğunu belirtilmiştir. Maddenin devamında bu hususta kiracı aleyhine değişiklik yapılamayacağı belirtilmektedir.

³¹⁷ Acar, Kira, s.69; Akçaal, Zapt, s.136; Gümüş, Cilt I, 275; Mehmet Murat İnceoğlu, **Kira Hukuku**, Cilt II, On İki Levha Yayınevi, İstanbul, 2014(Cilt II), s.4; Mustafa Kılıçoğlu, **Kira Hukuku'ndan Doğan Tahliye Tespit Uyarılama Tazminat ve Alacak Davaları (Öğreti-Açıklama-Yorum)**, Bilge Yayınevi, Ankara, 2015 (Kira), s.1.

³¹⁸ Türk Borçlar Kanunu'nun 299-338. maddeleri arasında genel hükümler düzenlenmiştir. Bu hükümler tüm kira sözleşmelerine uygulanır. Türk Borçlar Kanunu'nun 339-356. maddeleri arasında konut ve çatılı işyeri kiralalarına ilişkin hükümler düzenlenmiştir. Türk Borçlar Kanunu'nun 339-356. maddeleri özel nitelikte olmalarından dolayı, konut ve çatılı işyeri kiralalarına öncelikli olarak uygulanır. Türk Borçlar Kanunu'nun 299-338. maddeleri arasında genel hükümler ikincil uygulanır. Bkz. Kılıçoğlu, Kira, s.1.

³¹⁹ Acar, Kira, s.204.

³²⁰ İBK.m.259/f“Erhebt ein Dritter einen Anspruch auf die Sache, der sich mit den Rechten des Mieters nicht vertragt, so muss der Vermieter auf Anzeige des Mieters hin den Rechtsstreit übernehmen”.

³²¹ Kılıçoğlu, Kira, s.1; M. Lütfi Tombaloğlu, **Kira Sözleşmesinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklar**, Yetkin Basımevi, Ankara, 2015, s.173.

Kiraya verenin bu yükümlülüğünü kaldırmaya yönelik bir düzenleme hükümsüz olacaktır³²².

Kiraya verenin zapttan sorumluluğu, genel hükümler içinde düzenlendiğinden, her türlü kira ilişkisinde uygulama alanı bulacaktır³²³.

Kiraya verenin zapttan sorumluluğuna gidilebilmesi için, üçüncü bir kişi tarafından kiralanan şey üzerinde bir hak ileri sürülmesi gerekmektedir. Türk Borçlar Kanunu'nun 309. maddesinin başlığında; her ne kadar zapttan sorumluluk geçse de, hükmün içeriğinde kiralananın, kiracının elinden alınmasından ya da zapt edilmesinden bahsedilmemektedir. Halbuki; satıcının zapttan sorumluluğunu düzenleyen 214. maddede, "*satılanın tamamı veya bir kısmı...alıcının elinden alınır*" ibaresi geçmektedir.

Kira sözleşmesinde kiraya veren ve kiracı dışında başkası zapt konusu bakımından üçüncü kişiyi oluşturur³²⁴. Türk Borçlar Kanunu'nun 310. maddesinde, kiralanan şeyin mülkiyetinin devri halinde, yeni malikin kira sözleşmesinin tarafı olacağı düzenlenmiştir. Bu durumda, yeni malik sözleşmesinin tarafı olacağı için, mülkiyet hakkına dayanmak sureti ile kira konusu şeyin kullanımına engel olması durumunda, kiracı, kiraya veren sıfatı kazanmış yeni malike karşı, zapttan sorumluluk hükümlerine başvuramaz³²⁵. Kiraya verenin külli halefi de, kiraya verenin yerine geçecektir. Bu yüzden kira sözleşmesinin tarafı olacaktır. Külli halefin mülkiyet hakkına dayanarak kiracıya karşı bir talepte bulunması durumunda Türk Borçlar Kanunu'nun 309. maddesi uygulama alanı bulmaz. Bu durumda Türk Borçlar Kanunu'nun 310. maddesindeki kiralananın el değiştirmesine dair hükümler uygulama alanı bulur.

³²² Acar, Kira, s.204. Kiralananın kullanımı henüz kiracıya bırakılmamışsa, üstün hak sahibinin bu hakkını ileri sürerek kiralananı alması durumunda zapttan sorumluluk hükümleri uygulanmayacaktır. Bkz. İncoğlu, Cilt I, s.236.

³²³ Acar, Kira, s.204; Kılıçoğlu, Kira, s.1.

³²⁴ Kiralanan şey üzerinde mülkiyet hakkı bulunan kiraya verenin, mülkiyet hakkına dayanmak sureti ile herhangi bir sebeple kiralananı kiracıdan alması durumunda, zapttan sorumluluk hükümleri uygulanmayacaktır. Çünkü kiraya veren üçüncü kişi sayılmayacaktır. Bkz. Acar, Kira, s.205.

³²⁵ Acar, Kira, s.205. TBK.m.310'de üçüncü kişinin kiralanan üzerinde sonradan aynı hak kazanmasını düzenlemektedir. Aynı hak kazanan üçüncü kişi kira sözleşmesinin tarafı haline gelmektedir. İlgili hükmün kiraya verenin borçları altında düzenlenmesi tartışmaya açıktır. Bkz. İncoğlu, Cilt I, s.235.

Kira sözleşmesinde birden fazla kiracı var ise, bu kiracıların birbirlerine olan husumetinden doğacak bir uyuşmazlıkta, zapttan sorumluluk hükümlerine başvurulması mümkün olmaz³²⁶.

Kira sözleşmesinden önce, kira konusu şey üzerinde, sahip olduğu hakkı üçüncü kişi, kiracıya karşı ileri sürebilir. Bu bakımdan kiraya verenin cüzi halefi üçüncü kişidir. Cüzi halefiyet kira sözleşmesinden önce doğmalıdır. Aksi halde Türk Borçlar Kanunu'nun 310. maddesi uygulama alanı bulur³²⁷. Bir şeye malik olan kişi, o eşyanın mülkiyetine başkasına geçirdikten sonra, eşyayı kiraya verirse, yeni malikin yani cüzi halefin kiracının elindeki eşyaya el koyması durumunda, zapt durumu söz konusu olur. Bu durumda Türk Borçlar Kanunu'nun 309. maddesi uygulama alanı bulur.

Türk Borçlar Kanunu'nun 309. maddesinden çıkan anlama göre, üçüncü kişi bu hakkını dava açma şeklinde ileri sürmelidir³²⁸. Böyle bir durumla karşılaşan kiracının, açılan davayı kiraya verene ihbar etme yükümlülüğü vardır. Böyle bir ihbar ile karşılaşan kiraya veren, davanın savunmasında kiracıya yardım etmek zorundadır³²⁹. Kiracının bildirimi üzerine kiraya veren davayı üstlenmek ve kiracının uğramış olduğu zararı gidermekle yükümlüdür.

Üçüncü kişi bir hakka dayanarak, kiracının elindeki kiralanan müdahalede bulunmalıdır. Herhangi bir hakka dayanmayan müdahalede hukuki anlamda zapt söz konusu değildir. İlgili hükümde üçüncü kişinin öne sürmesi gereken hakkın ne tür bir hak olduğu belirtilmemiştir. Bu hakkın kiracının hakkı ile bağdaşmayan bir hak olması gerektiği açıktır. Kiralanan şeyin kullanımını bütünüyle ya da kısmen engelleyen haklar, kiracının hakkı ile bağdaşmayan hak kategorisinde değerlendirilir. Kiracıya karşı ileri sürülen hakkın aynı bir hak, komşuluk hukukundan doğan bir hak, üst hakkı, geçit hakkı da olabileceği de söylenmektedir³³⁰. Elbirliği ile mülkiyetin bulunduğu bir

³²⁶ Acar, Kira, s.205.

³²⁷ Kiralanan bir üçüncü kişiye iradi ya da irade dışı yoldan geçebilir. Burada kira sözleşmesinin kurulmasından sonra bir üstün hak söz konusu olmaktadır. Böyle bir durumda Türk Borçlar Kanunu'nun 310. ve 311. hükümleri uygulama alanı bulur. Kiralanan el değiştirmesi ile yeni malik kira sözleşmesinin tarafı olmaktadır.

³²⁸ Doktrinde, farklı görüşlerde vardır. Yavuz'a göre, kiralanan üzerinde aynı veya şahsi bir hak iddiasında bulunulması, kiracının hakkının ihlali için yeterlidir. Yargıtay'ın aksine kararlarına rağmen, üçüncü kişinin kiracıya karşı bir dava açması zorunlu değildir (Bkz. Yavuz, Kira, s.128).

³²⁹ Kırmızı, s.112.

³³⁰ Acar, Kira, s.207; Kırmızı, s.112. Kiralanan yerde, üçüncü kişinin geçit hakkını öne sürmesi, kullanan yerin kullanımını tamamen engelleyen bir durum oluşturmada da, kısmen engelleyen bir durum

eşyada maliklerinden sadece birisinin eşyayı kiraya vermesi durumunda, bu kira sözleşmesi Türk Medeni Kanunu'nun 702. maddesinin 2. fıkrasına göre diğer malikleri bağlamaz. Bu durumda diğer elbirliği ile maliklerin kiracının kullanımı ile bağdaşmayan bir istemde bulunmaları durumunda zapttan sorumluluk hükümleri uygulama alanı bulur³³¹. Kiracının, kiraya verene başvurabilmesi için, kira konusu şeyin zilyedi olması gerekmektedir. Yargıtay 13. HD.19.9.1190 tarihli, 1990/965 E.,1990/5339 K. sayılı kararında "Kiralayan, kiralanan şeyin zaptına karşı tekeffül ile borçludur. Üçüncü kişi sözleşmenin yapılmasından önce mevcut olan ayni ve tapu siciline şerh verilmiş şahsi bir hak dolayısıyla kiracının hakları ile bağdaştırılamayacak bir iddiada bulunduğu takdirde, kiralayan, kiracının ihbarı üzerine husumeti deruhte etmeğe ve dava sonunda kiracının kiralanda akit gereğince yararlanmasına halel gelmiş ise tazminat vermeye mecburdur." demektedir³³².

Üçüncü kişi tarafından bir hak ileri sürülmekle beraber, bu hak kiracının kiralananı kullanma hakkı ile bağdaşmayan ya da sınırlayan bir hak niteliğinde olmayabilir. Böyle bir durumda kiralananın zaptından söz edilemez. Kiralananın taşınmazla beraber içinde yer alan kurulu sobanın üçüncü kişiye ait olması ve üçüncü kişinin bu sobayı istemesi durumunda, zapttan sorumluluk hükümleri uygulama alanı bulmaz. Böyle bir durumda niteliğine uygun düştüğü ölçüde ayıptan sorumluluk hükümleri uygulama alanı bulur³³³. Oturma hakkı verilmiş bir binanın duvarı, reklam verilmesi maksadı ile kiraya verilmesi durumunda, oturma hakkı sahibi üçüncü kişi sıfatıyla duvarı kullanmaması için müdahalede bulunması durumunda, oturma hakkı ile duvarın kiralanasının birbirine engel olup olmadığına bakılmalıdır. Oturma hakkı, duvarın kullanımına engel olması durumunda, zapttan sorumluluk hükümleri uygulama alanı bulur³³⁴.

oluşturacaktır. Böyle bir durum Türk Borçlar Kanunu'nun 309. Maddesi kapsamında kiracının hakkıyla bağdaşmayan bir hak olarak değerlendirilmelidir. Bkz. Acar, Kira, s.208.

³³¹ Elbirliği mülkiyeti yanı sıra paylı mülkiyete konu bir eşyada, sadece paydaşlardan biri ya da birkaçı kira sözleşmesini yapmışsa, diğer paydaşların kiralana müdahale etmesi durumunda zapttan sorumluluk söz konusu olacaktır. Bkz. İncoğlu, Cilt I, s.236.

³³² www.kazanci.com.tr , e.t.12.2.2019.

³³³ Acar, Kira, s.209.

³³⁴ Acar, Kira, s.210. Rehin hakkı, genel olarak kiracının kullanımını sınırlayan bir durum oluşturmamaktadır. Rehinli taşınmazın satışı söz konusu ise durum değişecektir. Çünkü yeni malik kiracıyı taşınmazdan tahliyesi söz konusu olabilecektir. Böyle bir durumda zapttan sorumluluk söz konusu olabilecektir. Bkz. İncoğlu, Cilt I, s.237.

Üçüncü kişi tarafından bir hak ileri sürülmemekle beraber, kiracının, kiralananı kullanmasını engelleyen bir durum var ise, bu durumda zapttan sorumluluk söz konusu olmaz. Niteliğine göre ayıptan sorumluluk söz konusu olur³³⁵.

Türk Borçlar Kanunu'nun 309. maddesinde geçen kiraya verenin davayı üstlenmesinden anlaşılması gereken, kiracı tarafından karşılanan yargılama giderlerini üstlenmesi, delillerin toplanmasında yardımcı olmasıdır³³⁶. Yoksa Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda davayı üstlenmek adında bir kurum bulunmamaktadır.

Türk Borçlar Kanunu'nun 309. maddesine göre; kiracının, bildirim yapması yükümlülüktür. Bu bildirimin Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesi kapsamında dürüstlük kuralına uygun olması gerekmektedir. Bu kapsamda kiracının bildirimi, kiraya verenin uygun bir savunma yapmasını sağlayacak bir zaman diliminde yapması gerekir. Buna göre, kiracı bildirimi davada delillerin incelenmesine fırsat verilebilecek bir aşamada yapması gerekir³³⁷. Yargıtay 13. HD. 19.9.1190 tarihli, 1990/965 E., 1990/5339 K. sayılı kararında "Kiracı, davacının davayı hiç veya vaktinde ihbar etmemesi halinde, kiralayan kendisine zamanında haber verilmiş olsa idi ne dereceye kadar daha elverişli bir sonuç elde edilebileceğini ispat ederse sorumluluktan o derece kurtulur. Diğer bir anlatımla ihbarın yapılmaması halinde, kiracının hakları mutlaka tamamen ortadan kalkmakta, kiralayan ancak kiracı daha elverişli sonuç alınacağını ispat ettiği takdirde ve oranda bu hakları kaybetmektedir." demektedir³³⁸.

Her ne kadar Türk Borçlar Kanunu'nun 309. maddesi, hak sahibi tarafından kiracıya karşı açılmış bir davadan bahsedilmiş ise de, bunu kiraya verenin sorumluluğuna gitmek için bir zorunlu şart olarak değerlendirmemek gerekir. Somut durumun niteliğine göre Türk Borçlar Kanunu'nun 216 maddesinin 1. fıkrasındaki düzenleme kıyas yolu ile uygulanabilir. Türk Borçlar Kanunu'nun 216 maddesi, alıcının mahkeme kararı beklemeksizin üçüncü kişinin hakkını dürüstlük kurallarına uygun olarak tanımasını uyuşmazlık konusunu üstün hak iddia eden kişiye verilmesini düzenlemektedir. Kanımızca kira sözleşmelerine de bu hüküm uygulanabilir.

³³⁵ Acar, Kira, s.207.

³³⁶ Kırmızı, s.113.

³³⁷ Kırmızı, s.113. Söz konusu bildirimin şekil şartı yoktur. İlerde bildirimin yapılıp yapılmadığının ispatının yapılması bakımından noterden yapılması ya da mahkeme kanalı ile yapılması faydalı olacaktır. Bildirimin zamanında yapılması gerekir. Gerekli savunmaların yapılması geçtikten sonra (ön inceleme aşamasında cevap dilekçelerinin verilmesi için gereken sürelerden geçmesinden sonra) yapılan bildirim kanunun aradığı nitelikte bir bildirim olmayacaktır. Bkz. İncoğlu, Cilt I, s.248.

³³⁸ www.kazanci.com.tr , e.t.12.2.2019.

Kiraya veren, kiracının her türlü zararını tazmininden sorumludur. Uğramış olduğu zararın karşılanması için kiraya verende kusur aranmaz. Ancak kiraya verenin kusur derecesi, tazminatın miktarının hesaplanmasında önem arz edecektir.

Yargıtay 13. HD., 03.6.2003 tarihli, 2003/2751 E, 2003/7262 K. sayılı kararında “...davacı, mülkiyeti hazineye ait taşınmazı ihale ile otopark olarak işletmek için...kiraladığını, İstanbul Defterdarlığının bu taşınmaz için kendisinden ecrimisil talep ettiğini, hazine aleyhine bu tahakkukun iptali için açtığı davanın reddedildiğini, davanın kendi tasarrufunda olamayan taşınmazı kira ...bedelinin faizi ile davalıdan alınmasına karar verilmesini istemiştir...Bir taşınmazın kiraya verilebilmesi için kiralayanın malik olması zorunluluğu yoktur. Bu nedenle taraflar arasındaki kira sözleşmesi geçerli bir sözleşmedir. BK.249. maddesi gereğince kiralayan, kiralananı kullanma amacına uygun olarak kiracıya teslim etmek ve kira süresi boyunca bu halde bulundurmakla mükelleftir. Öte yandan aynı yasanın 253. maddesi uyarınca kiralayan belediye kiralananın üçüncü bir şahıs tarafından kira sözleşmesinin yapılmasından önce mevcut olan aynı bir hak dolayısıyla tamamen veya kısmen zapt edilmesinden, kiracı davacıyla karşı sorumludur.” demiştir³³⁹.

Yargıtay 13. HD.19.9.1190 tarihli, 1990/965 E.,1990/5339 K. sayılı kararında “...mahkemece davacının tarla maliklerine karşı mahkum olduğu tazminat ve yargılama giderleri hesap edilmeli davalıdan alınıp davacıya verilmelidir” demiştir.

Taşınmazlarda tapu siciline güven ilkesi bulunmaktadır. Buna göre tapulu taşınmazlarda iyiniyetli olan alıcının aynı hak kazanımı korunacaktır. Yolsuz tescil

³³⁹ Yargıtay 13. HD., 1.4.2003 tarihli, 2002/2419 E., 2003/3823 K. sayılı kararı “Davacı, mülkiyeti hazineye ait taşınmaz üzerinde bulunan davalı Belediye tarafından yapılan dükkânı davalıdan kiraladığını, kira bedellerini de davalıya ödediğini, Belediye’nin bu taşınmaz için mal müdürlüğüne ecrimisil ödemesini durdurması üzerine mal müdürlüğünün kendisi aleyhine ecrimisil tahakkuk ettirdiğini, tahliye baskısı ile ecrimisil ve gecikme zammını ödemek zorunda kaldığı bu nedenle mükerrer ödeme yaptığını davalı kurusu ile buna sebebiyet verdiğinden ödediği...nin faizi ile davalıdan tahsilini istemiştir...Bir taşınmazın kiraya verilebilmesi için kiralayanın malik olmak zorunluluğu yoktur. Bu nedenle taraflar arasındaki kira sözleşmesi geçerli bir sözleşmedir. BK.249. maddesi gereğince kiralayan, kiralananı kullanma amacına uygun olarak kiracıya teslim etmek ve kira süresi boyunca bu halde bulundurmakla mükelleftir. Öte yandan aynı yasanın 253. Maddesi uyarınca kiralayan belediye kiralananın üçüncü bir şahıs tarafından kira sözleşmesinin yapılmasından önce mevcut olan aynı bir hak dolayısıyla tamamen veya kısmen zapt edilmesinden, kiracı davacıya karşı sorumludur. Olayda hazine mülkiyet hakkına dayanarak davacının kiracılık hakkı ile bağdaştılamayan bir iddiada bulunmuştur. Davacı her ne kadar taşınmazı kullanmışsa da bunun karşılığında tapu maliki hazineye karşı sorumlu tutulmuş ve ecrimisil tazminatı ödemesi istenmiştir. Böylece davacı kiracının elinden kiralanan alınmış olmaktadır. Bu durumda davacı zapt dolayısıyla taraflar arasındaki kira sözleşmesinin fesih edebilir. Ödediği kira bedelini geri isteyebilir. Ne var ki davacı bu dava ile kira sözleşmesinin feshini değil, ödediği kira paranın geri verilmesini istemektedir.” (www.kazanci.com.tr , e.t.12.2.2017).

sonucu tapuda malik gözüken yeni malik (kiraya veren), taşınmazı kiracıya kiraya verebilir. Kira sözleşmesi tapuya şerh edilmiş bile olabilir. Böyle bir durumda, gerçek malik, tapuda malik gözüken yeni malike karşı tapunun düzeltilmesi davası ile tapu sicilindeki tescili kendi lehine düzeltebilir. Kiracı, bu durumda Türk Medeni Kanunu'nun 1023. maddesinden faydalanamaz. Gerçek malik, kiralanan yeri, kendisine teslim etmesini kiracıdan isteyebilir. Böyle bir durumda kiracı, kiraya verene (tapuda yolsuz tescil sahibine) karşı Türk Borçlar Kanunu'nun 309. maddesi hükümlerine başvurabilir. Böyle bir durumda kiraya veren, kiracıya karşı açılmış olan davayı üstlenmek ve kiracının uğradığı her türlü zararı gidermekle yükümlüdür. Ya da kiralanan yeri boşaltan kiracı, kiraya verenden borcunu yerine getirmemiş olması nedeniyle Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerine göre tazminat isteyebilir³⁴⁰.

Zapttan sorumluluğu alt kira sözleşmesi bakımından ele almakta fayda vardır. Malik tarafından kiracıya, kiraya verilen konut veya çatılı bir işyeri niteliğinde yer daha sonra malikin izni olmadan, alt kira sözleşmesi ile kiracı tarafından alt kiraya verilebilir. İlk kiracının, kira ücretini ödememesi söz konusu olabilir. Malik kira ödemelerinde temerrüde düşen kiracı aleyhine tahliye davası açacaktır. Tahliye davasını kazanması durumunda malik, mahkemenin tahliyesine ilişkin kararı, alt kiracıya sunar. Türk Borçlar Kanunu'nun 322. maddesine göre malik yazılı izin vermediği için alt kira sözleşmesi maliki bağlamaz. Böyle bir durumla karşılaşan alt kiracı, tahliye kararının alt kiraya verene karşı açıldığı için kendisine karşı ileri sürülemeyeceği yönünde savunması dikkate alınmaz. Şöyle ki, her ne kadar, kiracı aleyhine tahliye davası açılmış olsa da, karar konutun tahliyesine yöneliktir. İcra daireleri bu kararı uygularken, konutta başkasının oturmuş olmasına bakmamaktadır. Kararı uygulamaya geçer ve taşınmazda mevcut ikamet edeni tahliye eder. Bu uygulama karşısında, alt kiracının, alt kiraya verenin (ilk kiracının) aleyhine zapttan sorumluluğuna gidebilmesi için kendi aleyhine dava açılmasını beklemek gerçeklikten uzaktır. Kanımızca, kendisine tahliyeye ilişkin mahkeme kararı tebliğ edilen alt kiracı, konutu veya çatılı işyerini kendi isteği ile tahliye etse bile, ilk kiracıya (alt kiraya verene) karşı zapttan sorumluluk hükümlerine başvurabilir. Aynı şekilde, eşya üzerine intifa hakkı kurulurken, eşyanın başkasına kullandırılması yasaklanmış olmasın rağmen, intifa hakkı sahibi eşyayı birisine kiraya verebilir. Böyle bir durumda

³⁴⁰ Ayan ve Ayan, s.184.

malikin kiracıya başvurusu durumunda, kiralanen kiracının elinden alınır ise, kiracı kiraya verene (intifa hakkı sahibine) karşı zapttan sorumluluğa başvurabilir³⁴¹.

Kira sözleşmesi kapsamında yaptığımız açıklamalar doğrultusunda belirtmek gerekir ki kiraya verenin zapttan sorumluluğu Türk Borçlar Kanunu'nda ayrıntılı düzenlenmemiştir. Bu bakımdan, hüküm bulunmayan hallerde, Türk Borçlar Kanunu'nun satıcının zapttan sorumluluğuna ilişkin hükümleri kıyas yolu ile uygulama alanı bulur³⁴².

C. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da Satıcının Zapttan Sorumluluğu

1. Genel Olarak

Tüketici, ticari ve mesleki olmayan bir amaçla hareket eden gerçek ya da tüzel kişiyi ifade eder (TKHK.m.3/k). Satıcı ise kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye mal sunan ya da mal sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi ifade eder (TKHK.m.3/i). Tüketici işlemi ise, mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlemi ifade eder (TKHK.m.3/l).

Gerçek kişi veya tüzel kişi tüketici olabilir. Bu açıdan TKHK, Avrupa Birliği Hukukunun tüketiciye dair düzenlemesinden ayrılmaktadır. Avrupa Konseyince kabul edilen Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında 5 Nisan 1993 tarihli Konsey Direktifi'nin 2. maddesinin ikinci bendinde ve 23 Nisan 2008 tarihli Tüketici Kredi Anlaşmalarına İlişkin Olan ve Konseyin 87/102/ECC sayılı Direktifini İlgâ

³⁴¹ Acar, Kira, s.208.

³⁴² Kırmızı, s.114. Yavuz'a göre, zapt durumunda kiracının uğradığı zarar tazmin edilmelidir. Karşılansu gereken zarar kira bedelinin tamamı değildir. Zapttan sonraki ya da kullanımın engellendiğı zamanda alınan kiralar ve doğrudan elatmadan kaynaklanan zararlar karşılanmalıdır. Bu konuda Türk Borçlar Kanunu'nun 217 ve 218. Maddeleri kıyas yolu ile uygulanabilir (Bkz. Yavuz, Kira, s.128).

Eden 2008/48/ECC sayılı Konsey Direktifi'nin³⁴³ 3. maddesinin (a) bendinde, *“tüketiciden, gerçek kişilerin anlaşılacağı”* düzenlenmiştir. Üye ülkelerin iç hukuklarında genelde bu durum gözetilmiştir.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un düzenleme amacı mal ve hizmet arz eden, ekonomik ve bilgi bakımında güçlü taraf karşısında, daha zayıf konumdaki tüketiciyi korumaktır. Bu kapsamda ideal amaçlarla kurulmuş dernekler ve vakıflar da, bunu meslek edinen satıcı-sağlayıcı karşısında korumaya değer bulunmalıdır. Tüzel kişilerin de tüketici olabileceğine dair hukukumuzdaki düzenleme, özellikle ticaretle uğraşmayan, ticari işletme işletmeyen yardım ve destek gibi ideal amaçları olan dernek ve vakıfların, tüketici sıfatını haiz olmasını sağlayacaktır³⁴⁴.

2. Tüketici İşlemi Niteliğinde Bir Satış Sözleşmesinde Satıcının Zapttan Sorumluluğa İlişkin Hükümlerinin Uygulanması

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunu'nun 8. ve 9. maddelerinde ayıplı mal ve ayıplı maldan sorumluluğa ilişkin hükümler bulunmaktadır³⁴⁵. Ancak satıcının zapttan sorumluluğuna ilişkin bir özel düzenleme bulunmamaktadır. Bu bakımdan Tüketici İşlemi kapsamında yapılan satış sözleşmesinde zapt durumunda Türk Borçlar Kanunu'nun zaptta ilişkin hükümleri Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunu'na uygun olduğu ölçüde doğrudan uygulanacaktır. Uygun olduğu ölçüde kıstası, Tüketici Hukuku'nun özel niteliğinden kaynaklanmaktadır.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunu'nun 5. maddesi tüketici sözleşmelerindeki haksız şartları düzenlemektedir. Tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye dâhil edilen ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan

³⁴³ Council Directive 2008/48/ECC of 23 April 2008 on credit agreements for consumers and repealing Council Directive 87/102/EEC sayılı Üye Devletlerin Tüketici Kredisi Üzerine Hukuki ve İdari Kurallarını Aynı Seviyeye Getirmeleri Hakkında Meclis Direktifi yürürlükten kalkan 87/102/EEC sayılı direktifine ilişkin bilgiler için bkz. Ergun Özsunay, “Avrupa Birliğinde ve Türkiye’de Tüketici Kredileri”, Güncel Hukuk Aylık Hukuk Dergisi, S:4, Nisan 2006, s.11,13.

³⁴⁴ Belirtmek gerekir ki, tüketicinin tüzel kişi olması mümkündür. Ancak tüketicinin ticari ve mesleki olmayan amaçlar ile hareket etmesi gerekir. Türk Ticaret Kanunu'na göre tacir tüketici kişilerin yaptığı işlemler ticaridir ve gerçek kişi tacirlerde olduğu gibi adi sahalari yoktur. Buna göre tacir tüzel kişilerin, tüketici olarak değerlendirilmesi mümkün değildir.

³⁴⁵ Zapt durumunun bir tür hukuki ayıp olduğu savunulabilir. Bununla ilgili açıklamalarımızı, “Zaptın İfa İhlalleri İçindeki Yeri” başlıklı bölümde yapacağız.

sözleşme şartlarına haksız şart denir. Tüketici işlemi niteliğindeki bir sözleşmede yer alan haksız şartlar kesin olarak hükümsüzdür. Tacir olan satıcının önceden hazırlamış olduğu maktu formattaki sözleşmeye, zapt durumunda sorumlu olmayacağına ilişkin bir madde koymuş olabilir. Böyle bir sözleşme maddesi malın elinden alınma tehlikesinden haberi olmayan tüketici bakımından geçersiz olacaktır (TKHK.m.5/2). Aslında Türk Borçlar Kanunu'nun 214. maddesinin 3. fıkrasında da, satıcının üçüncü kişinin hakkını gizlemek sureti ile sorumluluğunu kaldıran ya da sınırlayan bir kanun maddesi koyması durumunda ilgili hükmün geçersiz olacağı düzenlenmiştir. Bu bakımdan Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun ve Türk Borçlar Kanunu arasında paralellik bulunmaktadır. Yine tüketici sözleşmesi niteliğinde konut veya tatil amaçlı konut satışlarında sözleşmeye satıcının zapttan sorumlu olmayacağına dair madde koyulması mümkün değildir³⁴⁶.

III. ZAPTIN İFA İHLALLERİ İÇİNDEKİ YERİ

İfa, genel anlamı itibari ile borçlanılan edimin tam ve doğru bir şekilde yerine getirilmesi sureti ile alacaklının tatmin edilerek borcun sona erdirilmesidir³⁴⁷. İfanın borcu sona erdirebilmesi için, yerine getirilen edimin borca uygun olması gerekir. Bu şekilde borcun tam ve doğru bir şekilde ifa edilmesine “borcun gereği gibi ifası” da denir. Eğer borçlanılan edim, gerek miktar ve nitelik bakımından gerekse yer ve zaman bakımından kararlaştırılan şekilde gerçekleşmemiş ise borcun gereği gibi ifasından bahsetmek mümkün değildir. Böyle bir duruma “borcun ifa edilmemesi” de denmektedir³⁴⁸.

³⁴⁶ Çabri, s.589.

³⁴⁷ Abdulkerim Yıldırım, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 3.baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s.250; Ali Naim İnan ve Özge Yücel, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 4.baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2014, s.573; Haluk Nomer, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 14.baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2015, s.265; Hans Brox ve Wolf-Dietrich Walker, **Allgemeins Schuldrecht**, C.H.Beck Yayınevi, München, 2014; M.Ahmet Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015(Borçlar), s.552; Erol Cansel ve Çağlar Özel, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt:1, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2014, s.218; Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yetkin Yayınevi, 18. Baskı, Ankara, 2015(Genel), s.900, 1045; Rona Serozan, **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Üçüncü Cilt, İfa, İfa Engelleri Haksız Zenginleşme**, 6.Bası, İstanbul 2014(Borçlar), s.7; Reisoğlu, s.290.

³⁴⁸ Eren, Genel, s.900; Hans Brox ve Wolf-Dietrich Walker, **Allgemeins Schuldrecht**, C.H. Beck Yayınevi, München, 2014, s.127; Kılıçoğlu, Borçlar, s.654; Serozan, Borçlar, s.8.“İfa ihlalleri” kavramı yerine “ifa engelleri” kavramı da kullanılmaktadır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.M. YeşimAtamer, “İfa Engelleri Hukukunu Yeniden Sistematize Etmeyi Düşünmek: Borca Aykırılık

Borçlanılan edimin niteliğine göre, ifadan anlaşılması gereken “*edim fiilinin yerine getirilmesi*” bazen de “*edim sonucunun yerine getirilmesi*” dir. Bu kapsamda satış sözleşmesinde ifadan anlaşılması gereken edim sonucunun yerine getirilmesidir. Örneğin; satıcının satış konusu taşınır bir malı, alıcıya göndermesi ifa anlamına gelmez. İfadan bahsedebilmemiz için, satış konusu taşınır malın zilyetliğinin devredilmesi sureti ile mülkiyetinin de alıcıya geçmesi gerekir³⁴⁹. Mevcut örnekte satıcının satış konusu taşınır malı alıcıya göndermesi bir edimin yerine getirilmesidir. Ancak söz konusu edimin, borcu sona erdirecek bir ifa mahiyetinde olması için mülkiyetin de geçmesi gerekir.

İfanın, edim sonucunun yerine getirilmesine bağlandığı durumlarda edim alacaklının beklentileri doğrultusunda gerçekleşmedikçe ifa tamamlanmış sayılmaz. Bu durumda kural olarak borçlunun borcundan kurtulduğundan bahsedilemez³⁵⁰. Başka bir deyiş ile ifadan bahsetmek mümkün değildir.

Taşınır bir malın mülkiyetinin alıcıya geçişinin engellendiği ya da daha üstün bir hak ileri sürülmek sureti ile alıcının elinden malın alındığı zapt durumunda, hangi ifa ihlali içinde yer aldığının tespiti önem arz etmektedir. Bu kapsamda ifa ihlali hallerinden; temerrütten, gereği gibi ifa etmemeden ve sübjektif imkânsızlıktan bahsedeceğiz³⁵¹. Her bir başlığı zapt durumu ile ilişkisi bakımından ayrı ayrı ele alacağız.

Türleri Yerine Yaptırımları Esas Alan Bir Sistematiği”, **Prof.Dr. Rona Serozan’a Armağan**, Cilt: I, İstanbul, 2010(İfa Engelleri), s.42 vd.

³⁴⁹ Cansel ve Özel, s.251,252; Eren, s.900; Fahrettin Aral, **Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa**, Yetkin Basımevi, Ankara, 2011, s.61; Brox ve Walker, s.127; Serozan, Borçlar, s.11. İfadan bahsedilebilmesi için edim sonucunun yerine getirilmesinin gerektiği durumlara sonuca bağlı borç da denilmektedir (bkz. Serozan, Borçlar, s.11).

³⁵⁰ Eren, Genel, s.906; Kılıçoğlu, Borçlar, s.552; Reisoğlu, s.290; Serozan, Borçlar, s.12; Yıldırım, s.254.

³⁵¹ Türk Borçlar Kanununda borca aykırılık teşkil eden ifa engellerini imkansızlık, gereği gibi ifa etmeme, temerrüt olarak ele almıştır (Ayrıntılı bilgi için bkz. Atamer, İfa Engelleri, s.319; Ayşe Havutçu, “İfa engelleri ve ifa engellerine bağlanan hukuki sonuçlar”, **Prof.Dr.Cevdet Yavuz’a Armağan**, İstanbul 2011, s. 321; Özdemir, CISG, s.70 vd.; Kübra Ercoşkun Şenol, Borçlar Hukukunda Kısmi İmkansızlık, Oniki Levha, İstanbul 2016, s.56; Tamer İnal, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre, Borca Aykırılık Dönme ve Fesih**, 4.baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2014(Dönme), s.192 vd.). Belirtilen ifa ihlallerinin yanı sıra doktrinde bir ifa ihlali türü daha sayılmaktadır. Edimin objektif ve sözleşmenin kurulmasından sonra meydana gelen bir imkansızlık nedeniyle ifa edilmemesi durumlarını da içine alan sözleşmeye aykırılığa, sözleşmenin müsbet ihlali denmektedir. Türk Borçlar Kanunu’nun 112. Ve 117. Maddelerinde yer bulamayan bütün gereği gibi olmayan haller sözleşmenin müsbet ihlali kavramı içinde yerini bulacağı savunulmaktadır (bkz. İnal, Dönme, s.217; Ercoşkun Şenol, s.58 vd.).

A. Borçlunun Temerrüdü

Borçlunun temerrüdü, borçlunun borca aykırı olarak henüz ifası mümkün olan borçlanılan edimi zamanında yerine getirmemesidir. İfa etmeme hallerinden birini oluşturan borçlunun temerrüdü, imkânsızlıktan farklı bir kavramdır³⁵². Objektif imkânsızlıkta, ifa mutlak olarak imkânsız hale gelmektedir. Temerrütte ise ifa mümkün olmakla birlikte, bunun gerçekleşmesi zaman yönünden gecikmiş bulunmaktadır³⁵³.

Borçlu temerrüdü, muaccel olmuş (ifa zamanı gelmiş), ifası olanaklı sayılan ve herhangi bir definin öne sürülmediği borcun, ihtara karşın hukuka aykırı olarak ifa edilmemesidir³⁵⁴. Borçlunun temerrüdü bir ifa ihlali olmakla beraber, borçlunun kusurunun varlığını gerektirmez³⁵⁵. Ancak borcun yerine getirilememesi hukuka aykırı olmalıdır. Bu bakımdan alacaklı temerrüdünün bulunduğu yerde borçlu temerrüdü de

³⁵² Cansel ve Özel, s.279; Eren, Genel, s.1089; İnan ve Yücel, s.618; Haluk, s.334; Kılıçoğlu, Borçlar, s.700; M.Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s.470; Havutçu, Ayşe, **Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müspet Zararın Tazmini**, İzmir 1995, s.23; Serozan, Borçlar, s.216; Yıldırım, s.306. Alıcının temerrüdü hakkında bkz. Hakan Albaş, Taşınır Satışında Alıcının Temerrüdü Hükümlerinin Değerlendirilmesi, **Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Sempozyum No:III, Prof.Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan**, İstanbul, 2011, ss.419 vd. Roma hukukunda da imkansızlık ve temerrüt kavramları dile getirilmiştir. Bu konuda bakınız Zimmermann, Obligations, s.806 vd.

³⁵³ İfa zamanının geçmiş olması, borcun ifasını da imkânsız hale getirebilir. Bir düğünde konser verme borcu altına giren müzik gurubunun düğüne katılmamasında olduğu gibi. Bu durumda artık borçlunun temerrüdü söz konusu olmaz. Artık imkânsızlık söz konusu olacaktır. Düğün artık bitmiştir (bkz. Oğuzman ve Öz, Cilt I, s.471).

³⁵⁴ Cansel ve Özel, s.208; İnan ve Yücel, ss.618, 619; Hüseyin Acun, **Eser Sözleşmesinde Ayıptan Sorumluluk Hükümleri İle Borçlar Kanunu Genel Hükümlerinin Yarışması**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s.109; Reisoğlu, s.367; Serozan, Borçlar, s.217. Borçlu özel olarak belirlenmiş ifa imkânsızlığı, alacaklının temerrüdü, ödemezlik def'i gibi durumlarda edimi ifa yükümlülüğünden kurtulur. Böyle bir durum olmadan borcunu ifa etmez ise borçlu temerrüde düşer (bkz. Fatma Zeynep Altınar, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Temerrüt İçin Gereken İhtar Hususunda Öngördüğü Değişiklikler”, **Prof.Dr. Mustafa Dural’a Armağan**, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2013, s.74).

³⁵⁵ 818 sayılı yürürlükten kalkan Borçlar Kanunu’nda olduğu gibi yerine tekabül eden Türk Borçlar Kanunu’nun 118 maddesinde de, temerrüde düşen borçlunun, gecikme zararlarından sorumluluğu temerrüde düşmede kusurlu olmasına bağlıdır. İlgili düzenlemeden, temerrüde düşmede kusurlu olan borçlunun, zararın doğmasında kusuru yok ise, gecikme zararlarından sorumlu olacak mı sorusuna net bir cevap bulunmamaktadır. Bu konuda eleştiriler için bkz. Şeref Ertaş, “Borçların İfasına İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Sempozyum No:III, Prof.Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan**, İstanbul, 2011(İfa), s.314 vd.; Eren, Genel, s.1090.

söz konusu olmaz. Çünkü ifanın yerine getirilememesi alacaklıdan kaynaklanır. Aynı şekilde borç muaccel değil ise, borçlunun temerrüdünden bahsedilemez³⁵⁶.

İfanın gecikmesi borçlunun temerrüde düşmesine yetmez, borçluya karşı ihtarda da bulunulmalıdır. İhtarda, borçlunun yükümlendiği edimi yerine getirmediği kendisine hatırlatılır³⁵⁷. Borçlunun temerrüdü geçici bir durumu ifade eder. Mütemerrit borçlu, borçlanılan edimi daha sonra ya ifa eder ya da kesin olarak ifa etmeme durumuna girer. Sonradan ifa halinde borçlu temerrüt faizi ya da gecikme tazminatı ödemek durumunda kalsa da borç ilişkisi ifa ile sona ermiş olur. Borçlanılan edimin ifa edilememesi ise iki halde söz konusu olacaktır. Bunlardan ilki borçlanılan edimin ifasının temerrüt esnasında imkânsız hale gelmesidir. Sonradan vuku bulan bu imkânsızlık, borçlunun kusurundan doğabileceği gibi, kusursuz bir imkânsızlık da olabilir. İkinci ise, alacaklının Türk Borçlar Kanunu'nun 125. Maddesinin 2. fıkrasına dayanarak ve duruma göre, seçim hakkını kullanarak ya sonraki ifadan vazgeçip, borcun ifa edilmemesinden doğan müspet zararın tazminini ya da sözleşmeden dönmek sureti ile menfi zararın giderilmesini seçmesidir³⁵⁸.

Zapttan sorumlulukta, ilk akla gelen örnek olan çalıntı bir malın, alıcının zilyetliğine geçirilmesi, “*gereği gibi ifa*” sayılmayacaktır. Her ne kadar taşınır malın alıcıya teslimi ile ifa başlamış (edim fiillerinden biri gerçekleşmiş) olsa da ifa tamamlanmamıştır. Bu durumda satıcının borcu zamanında yerine getirdiğinden bahsedilemez. Kaldı ki, teslim edilen taşınır mal, alıcının elinden zapt edilmektedir. Başka bir deyiş ile edim sonucu yerine getirilmiş olmamaktadır.

Bu durumda söz konusu ifanın mümkün olup olmadığına bakmak gerekir. Eğer ifa etmeme geçici bir süre için söz konusu ise yani ifa mümkün ise temerrüt söz konusu olacaktır. Ancak imkânsızlık söz konusu ise artık temerrütten bahsetmemiz söz konusu olmayacaktır. Oysaki somut vakada, ifa ihlalinin imkânsızlık mı yoksa temerrüt mü olduğunu anlamak her zaman kolay olmamaktadır³⁵⁹. Çalıntı bir malın satıcıya teslim

³⁵⁶ İnan ve Yücel, s.624; Kılıçoğlu, Borçlar, s.707; Serozan, Borçlar, s.217, 218.

³⁵⁷ Cansel ve Özel, s.281; İnan ve Yücel, s.619; Kılıçoğlu, Borçlar, s.701; Reisoğlu, s.368; Serozan, Borçlar, s.219. Muaccel hale gelmiş borç, alacaklı tarafından ifası istenmediği sürece yerine getirilmeyebilir. Alacaklı borcun ifasını istemesi durumunda, temerrüdün sonuçları doğmaya başlayacaktır. Bu bakımdan temerrüdün sonuçlarının doğması için kural olarak, borçluya ihtar yapılması gerekir (bkz. Altın, s.74).

³⁵⁸ Cansel ve Özel, s.294; Eren, Genel, s.1090; Kılıçoğlu, Borçlar, s.747 vd.; İnan ve Yücel, ss.605, 606, 610, 625; Haluk, ss.367,368; Yıldırım, ss.306, 307.

³⁵⁹ Reisoğlu, s.370; Serozan, Borçlar, s.216, 230.

edildiği ve gerçek sahibi tarafından mülkiyet hakkına binaen alıcının elinden alındığı bir durumda, satıcının tekrardan bu malı gerçek sahibinden devir alıp, alıcıya tekrardan vermesi teorikte mümkündür. Bu kapsamda kesin ve mutlak bir imkânsızlık olan objektif imkânsızlık kategorisinde değerlendirmemiz mümkün olamaz. Ancak çalıntı eşya satan kusurlu satıcıdan böyle bir ifayı beklemek, o kişi bakımından gerçeklikten uzaktır. Ayrıca alıcıyı da temerrüt için gereken usulü prosedürlere (temerrüt ihtarı vs.) tabi tutmak da alıcı yönünden hakkaniyetle bağdaşmayabilir.

Gerçekten de Türk Borçlar Kanunu'nun 117. maddesinin 1. fıkrasına göre; *“Muaccel bir borcun borçlusu, alacaklının ihtarıyla temerrüde düşer”*³⁶⁰. Borcun muaccel olması temerrüt için yeterli değildir. Borçluya ihtarda da bulunulması gerekmektedir. Tek taraflı varması gerekli bir irade açıklaması olan ihtarda, alacaklı borçludan borcu yerine getirmesini ister. Bu talebini açıklarken, borçlunun edimi vaktinde yerine getirmediği takdirde temerrüdün sonuçlarından sorumlu olacağını belirtmelidir³⁶¹.

Bazı durumlarda temerrüt ihtarına gerek yoktur. Edimin belirli bir gün yerine getirileceği baştan belirtilmişse, borçluya ihtarda bulunulması gerekmez. Belirli bir günden anlaşılmaması gereken mutlaka takvimde belli bir tarihin belirtilmesi şeklinde olmayabilir. Önemli olan takvimde belirlenebilir bir tarih olmasıdır. Borçlu borcunu yerine getirmeyeceğini açık bir şekilde alıcıya belirtmesi durumunda da ihtarda bulunulması gerekmez³⁶². Böyle bir durumda alıcı, temerrüt ihtarı çekmek gibi zaman ve emek isteyen usuller ile uğraşması gerekmez. Ancak temerrüde düşürmek için

³⁶⁰ 818 sayılı yürürlükten kalkan Borçlar Kanunu'nun 101. maddesine tekabül eden yeni düzenlemede bazı yenilikler bulunmaktadır. Yeni düzenlemede temerrüde düşmek için ihtarın gerekmediği istisnai durumlar artırılmıştır. Yeni düzenleme, “haksız fiilde fiilin işlendiği, sebepsiz zenginleşmede ise zenginleşmenin gerçekleştiği tarihte borçlu temerrüde düşmüş olur. Ancak sebepsiz zenginleşenin iyiniyetli olduğu hallerde temerrüt için bildirim şarttır” hükmüne yer vermiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Buz, Sempozyum, s.175; Buz, Makaleler, s.148. Alacaklının temerrüdüne ilişkin Türk Borçlar Kanunu'nun 106. Maddesinin ikinci fıkrası, 818 sayılı kanunda yer almayan yeni bir düzenleme getirmiştir. İlgili hükme göre, alacaklı müteselsil borçlulardan birine karşı temerrüde düşerse, diğer borçlular da alacaklı temerrüdü hükümlerine başvurabilecektir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Herdem Belen, **6098 Sayılı Borçlar Kanunu Genel Hükümler**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2014, s.238; Şirin Aydıncık, “Türk Borçlar Kanununda Borçların İfası (TBK.m.83-111) Hükümlerine İlişkin Olarak Getirilen Değişiklikler”, **Prof.Dr. Şener Akyol'a Armağan**, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2011, s.165.

³⁶¹ Cansel ve Özel, s.281; İnan ve Yücel, s.618; Kılıçoğlu, Borçlar, s.703; Eren, Genel, s.1093, Reisoğlu, s.368.

³⁶² Altınar, s.77; Cansel ve Özel, s.283; İnan ve Yücel, s.619; Kılıçoğlu, Borçlar, s.705; Reisoğlu, s.369, Serozan, Borçlar, s.219. İhtara gerek duyulmamasının nedeni, borçlunun ifa konusu edim hakkında bilinçli olması ve buna rağmen edimi yerine getirmemesidir. Bu bakımdan, temerrüde düşeceğinin bilincinde olan buna rağmen edimi yerine getirmeyen borçlunun daha fazla korunmasına lüzum yoktur (bkz. Altınar, s.76).

temerrüt ihtarına gerek duyulmasa bile bu seferde alacaklının seçimlik haklarını kullanabilmesi için borçluya ek süre vermesi gerekir³⁶³.

Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde borçlunun temerrüdünden dolayı seçimlik haklarını kullanabilmesi için alacaklının diğer tarafa ek süre vermesi gerekir³⁶⁴. Yukardaki çalıntı bir malın satıcıya teslimi ile ilgili örneğimize uyarladığımızda, alıcının seçimlik haklarını kullanabilmesi için, satıcının edimi ifa etmesi için ek süre verilmesi gerekir. Ayrıca ek sürenin edimin ifası için uygun bir sürede olması da gerekir. Çalınmış bir malın kendisine ifa edilmesi için satıcıya süre vermek acaba ne kadar faydacı bir davranıştır. Böyle bir durumda, edimin ifası için uygun süre nasıl belirleneceği de cevabı tartışmalı başka bir problemidir.

Tabii bazı durumlarda ek süre verilmesine gerek yoktur. Bunlardan ilki borçlunun alacaklıya edimi ifa etmeyeceğini açık ve kesin bir dilde belirtmesi durumudur. Borçluya süre verilmesinin etkisiz olacağı aşikârdır. Böyle bir durumda ek süre verilmesine gerek yoktur (TBK.m.124/b.1). İkinci durum ise borçlunun zamanında edimi yerine getirmemesi yüzünden, borcun ifası alacaklı için yararsız kalmasıdır. Böyle bir durumda da borçluya süre verilmesine gerek yoktur. Zamanında borcun yerine getirilmesi, alacaklı için önem arz etmektedir. Sonradan ifa alacaklıyı tatmin etmeyecektir (TBK.m.124/b.2). Örneğin, evlilik için sipariş edilen gelinliğin alıcıya teslim edildiğini ve düğün günü gelinliğin alıcının elinden zapt sureti ile alındığını varsayalım. Gelinlik olmadan nikâhın kıyılması durumunda borçlunun ifası alacaklı için yararsız kalacaktır³⁶⁵. Ek süre verilmesine gerek olmayan üçüncü durum da, kesin vadeli işlemlerdir (TBK.m.124/b.3) Kesin vadeli sözleşmede, ifa zamanı taraflar için esaslı unsur arz ederken, borçlu zamanında edimi yerine getirmez ise alacaklı için ifanın hiçbir anlamı kalmamaktadır³⁶⁶. Sözleşmenin kesin vadeli olduğu

³⁶³ Eren, Genel, s.1110; İnan ve Yücel, s.624; Kılıçoğlu, Borçlar, s.708;Reisoğlu, s.381.

³⁶⁴ Uygulamada, temerrüt ihtar ile birlikte borcun ifası için ek süre verildiği görülmektedir. Böylelikle, temerrüde düşürmek için ayrı, ek süre vermek için ayrı ihtarda bulunulması gerekmez (Eren, Genel, s.1111; Reisoğlu, s.381). Türk Borçlar Kanunu'nun 123. Maddesi, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, temerrüde düşen tarafa, borcun ifası için uygun bir süre verilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Bu süreye rağmen borç ifa edilmediğinde, alacaklı aynen ifa gecikme tazminatı, aynen ifaden vazgeçip müspet zararın tazmini veya sözleşmeden dönme seçimlik haklarından birini kullanabilir. Bu seçimlik hakkın kullanımı bir süre ile sınırlanmamıştır. Seçimlik hakkın derhal kullanılmaması durumunda temerrüde düşen borçlunun sorumluluğunda bir değişiklik olup olmayacağı konusunda bir düzenleme yoktur. Bu konuda eleştiriler için bkz. Ertaş, İfa, s.315.

³⁶⁵ Tabi bu durumda temerrüdünden daha çok zaman bakımından imkânsızlıktan bahsetmemiz gerekebilir.

³⁶⁶ İnan ve Yücel, s.625; Kılıçoğlu, Borçlar, s.712, 713; Serozan, Borçlar, s.231.

açık şekilde anlaşılabilirliktir. Bu bakımdan “en geç şu gün, mutlaka şu zamanda, kesin şu tarihte” gibi yoruma mahal vermeyecek şekilde ifadeler kullanılmalıdır³⁶⁷. Kesin vadeli sözleşmede alacaklı yukarıda sayılan temerrüt ihtarını yapması gerekmez. Ancak bu durumlar istisna teşkil edecek durumlardır.

Yaptığımız açıklamalardan anlaşılacağı üzere her somut zapt vakasında borçlunun temerrüde düşüp düşmediğini ayrı değerlendirmek gerekir. Ancak, yukarıda çalıntı bir mala ilişkin zapttan sorumluluk hali oluşturan örnek için hukuki nitelik olarak ifa ihlallerinden biri olan borçlunun temerrüdü olarak değerlendirmenin, alacaklı menfaati açısından pratik nedenlerden dolayı uygun olmayacağı kanaatindeyiz.

B. Gereği Gibi İfa Etmeme

Temerrüt ve imkânsızlığın dışında bir diğer sözleşme ihlali türü “gereği gibi ifa etmeme” dir³⁶⁸. Doktrinde “gereği gibi ifa etmeme” yerine “sözleşmenin müspet ihlali” kavramı da kullanılmaktadır. Alman hukukçularının büyük bir kısmı, İsviçre hukukçularının ise bir kısmı “sözleşmenin müspet ihlali (positive Vertragsverletzung)” kavramını tercih etmektedir. Türk hukukunda ise “gereği gibi ifa etmeme (nicht gehörige Erfüllung)” kavramı, İsviçre Borçlar Kanunu’na paralel olarak Türk Borçlar Kanunu’nda açık olarak düzenlenmiştir³⁶⁹.

Türk Borçlar Kanunu’nun 112. Maddesinde göre; “*hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür*”³⁷⁰.

³⁶⁷ Eren, Genel, s.1114; İnan ve Yücel, s.625; Kılıçoğlu, Borçlar, s.713.

³⁶⁸ Barış Demirsatan, **Sözleşmeden Doğan Üst Hakkı Bedeli ve Bedeli ve Bedel Borcuna Aykırılığın Sonuçları**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016, s.151.

³⁶⁹ Akçaal, Zapt, s.86; O.Gökhan Antalya, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt:III, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2017 (Borçlar III), s.387; Peter Böhringer, Roger Müller, Peter Münch ve Alex Waltensühl, **Prinzipien des Vertragsrechts**, 2. Baskı, Zürich, 2010, s.146; Eren, Genel, 1043; Fahrettin Aral, **Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa**, Yetkin Basımevi, Ankara, 2011, ss.74,76.

³⁷⁰ İlgili düzenleme 818 sayılı Borçlar Kanunu’nda 96. maddeye tekabül etmekte idi. Eski düzenlemedeki hüküm borcun gereği gibi ifa edilmemesini kapsamadığı izlenimini uyandırdığı için doktrinde eleştirilmekte idi. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 112. maddesi ile söz konusu belirsizlik giderilmiştir (Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Vedat Buz, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Borçların İfası ve İfa Edilmemesine İlişkin Değişikliklerin Değerlendirilmesi, **Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu**, 12-13.05.2011 (Sempozyum), s.171; Vedat Buz, “Yeni Türk Borçlar Kanunu’nda Borçların İfası ve İfa Edilmemesine İlişkin Değişikliklerin Değerlendirilmesi”, **Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu**, TOBB Ekonomi ve Teknoloji

Serozan'a göre; sözleşmenin müspet ihlalini, Türk Borçlar Kanunu madde 112'de belirtilen gereği gibi ifa etmeme kavramı tam olarak karşılamamaktadır. İlgili hükümdeki "gereği gibi ifa etmeme" kavramını, sözleşmenin müspet ihlali olarak değerlendirmek, maddenin kapsamı dışında geniş yorumlanmasıdır. Ayrıca Türk Borçlar Kanunu 112. maddesi, aynen ifa istemini ve sözleşmeden dönmeyi düzenlememektedir³⁷¹.

Borcun gereği gibi ifa edilmemesinde aslında borçlu bir edimde bulunmaktadır ancak bu edim sözleşmede ve kanunda tespit edilmiş şartlara uygun değildir. Nicelik, nitelik bakımından ya da ifanın zamanı veya yeri bakımından sözleşmede belirtilen ya da kanunun aradığı şartlara uygunsuzluk söz konusudur³⁷².

Gereği gibi ifa etmeme (nicht gehörig) geniş anlamda ve dar anlamda olmak üzere iki şekilde ele alınabilir.

1. Geniş Anlamda Gereği Gibi İfa Etmeme

Borçlu edimi; taraflara, ifanın yerine, zamanına, miktarına veya niteliğine gibi unsurlardan birine uygun olarak yerine getirmediği takdirde, geniş anlamda gereği gibi ifa etmemeden bahsedilir. Geniş anlamda ele aldığımızda temerrüt de, borcun zaman itibarıyla gereği gibi yerine getirilmemesi halidir. Çünkü zaman bakımından bir uygunsuzluk söz konusudur. Ancak temerrüt, kanunda ayrı olarak düzenlenmiştir³⁷³.

Türk Borçlar Kanunu'nun 112. maddesindeki gereği gibi ifa etmeme, geniş anlamda gereği gibi ifa etmeme değildir. İlgili hükümdeki gereği gibi ifa etmeme temerrüt ve imkânsızlığı kapsamaz, daha dar bir anlamı ihtiva etmektedir.

Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 2013(Yeni Türk Borçlar Kanunu), s.144; Buz, Vedat. "Borçların İfası ve İfa Edilmemesi", Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu Makaleler-Tebliğler, İstanbul, 2012(Makaleler), s.100). İlgili hükümde geçen "gereği gibi ifa etmeme" ifayı etkileyen bütün olumsuzlukları, ifa ile edim arasındaki bütün uyumsuzlukları kapsamaktadır (bkz. Herdem, s.257).

³⁷¹ Başak Başoğlu, **Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Aynen İfa Talebi**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012, s.70 vd.

Serozan, Borçlar, s.245.

³⁷² Aral, s.74; Eren, Genel, s.1045; İnal, Dönme, s.196; Kılıçoğlu, Borçlar, s.675.

³⁷³ Eren, Genel, s.1045. Temerrütte, borç ilişkisine uygun hareket etmemek söz konusudur. Temerrütte borçlu borcunu hiç ifa etmemektedir. Borcun gereği gibi ifa edilmemesinde borç yerine getirilmekle beraber ifa sözleşmeye uygun değildir (Bkz.Kılıçoğlu, Borçlar, s.688).

2. Dar Anlamda Gereği Gibi İfa Etmeme

Sözleşmeye dayalı borç ilişkilerinin içerdiği yükümlülükler, edim yükümlülükleri ve yan yükümlülüklerden oluşur. Edim yükümlülüğü asli edim yükümlülüğü ve yan edim yükümlülüğünden oluşmaktadır. Yan yükümlülükler ise ifaya yardımcı yan yükümlülükler ve koruyucu yükümlülükler olmak üzere ikiye ayrılır³⁷⁴.

Doktrinde dar anlamda gereği gibi ifa etmemeden, borçlanılan edimin niteliklerine uygun olmayan şekilde ifa edilmesi ile yan yükümlülüklerin ihlali hali anlaşılmaktadır. Borçlunun edim yükümlülüğünü tam ve doğru olarak yerine getirmemesi kötü ifadır. Burada, bir ifada veya ifa teşebbüsünde bulunmaktadır. Ancak borcun konusu edim, gerekli vasıflar bakımından eksik olması dolayısı ile kötü ifa söz konusudur³⁷⁵.

Kötü ifa durumunda Türk Borçlar Kanunu'nun 112. maddesi gereğince alacaklının borca aykırılık nedeniyle uğradığı zararın tazmini borcu doğar. Türk Borçlar Kanunu madde 112'de geçen "*borç...gereği gibi ifa edilmez*" ifadesi, kötü ifa kavramını temsil eder³⁷⁶.

Kötü ifanın bir türü olarak ayıplı ifa kavramı kullanılmaktadır. Kötü ifa, Türk Borçlar Kanunu'nun satış, kira ve eser sözleşmelerinde ayıplı ifa kavramı adı altında özel düzenlemelerde kullanılmaktadır³⁷⁷. Ayıp, sözleşme konusu malda ortaya çıkan

³⁷⁴ Brox ve Walker, s.212; Eren, Genel, ss.30, 31, 37, 39. Asli edim yükümlülüğü, sözleşmenin esaslı unsurunu oluşturmaktadır. Asli edim yükümlülüğü sözleşmeye göre değişmektedir. Satış sözleşmesinde asli edim yükümlülüğü, satıcı için malın alıcıya teslimi ve mülkiyetin geçirilmesidir. Alıcı için ise bedelin ödenmesidir. Yan edim yükümlülüğü ise sözleşmenin esaslı unsurunu oluşturmayan, sözleşmenin kurulmasını etkilemeyen edimlerdir. Bkz. Akçaal, Sözleşme, s.107; Eyüp İpek, Edime Uygun İfa Kuralı ve Bu Kuralın İhlaline Bağlanan Hukuki Sonuçlar, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016, s.48; Kılıçoğlu, borçlar, s.27.

³⁷⁵ Acun, s.108; Eren, Genel, ss.1046,1048; İnal, Dönme, s.197; Kılıçoğlu, Borçlar, s.675. Kötü ifa; ayıplı ifa, yan borçların ihlali ve koruma yükümlülüklerinin ihlali olarak alt başlıklara ayrılabilir (bkz. Aral, s.111; Demirsatan, s.150).

³⁷⁶ Demirsatan, s.151.

³⁷⁷ Akçaal, Zapt, s.90; İnal, Dönme, s.199. Satış sözleşmesinde ayıp, Türk Borçlar Kanunu madde 219/1'de "*Satıcı, alıcıya karşı herhangi bir surette bildirdiği niteliklerin satılarda bulunmaması sebebiyle sorumlu olduğu gibi, nitelik veya niteliği etkileyen niceliğine aykırı olan, kullanım amacı bakımından değerini ve alıcının ondan beklediği faydaları ortadan kaldıran veya önemli ölçüde azaltan maddi, hukuki ya da ekonomik ayıplar*" şeklinde tanımlanmıştır.

ve maldan fayda sağlayacak olanın o maldan tümüyle ya da gerektiği gibi yararlanmasını engelleyen eksiklikler ve aksaklıklar olarak anlaşılır³⁷⁸.

Ayıp, maddi olabileceği gibi, ekonomik ve hukuki de olabilir³⁷⁹. Satış sözleşmesi kapsamında ele alırsak, satılanın bozuk, yırtık, ezik, çatlak, lekeli vs. olması maddi ayıba örnektir³⁸⁰. Az miktarda yakıt tükettiği söylenen aracın çok miktarda yakıt tüketmesi, satışa konu olan malın ekonomik değerini azaltan durumlardır. Bu da ekonomik ayıba örnektir³⁸¹.

Hukuki ayıp, zapttan sorumlulukta olduğu gibi satılanın mutlaka alıcının elinden alınması sonucunu doğurmamalıdır³⁸². Doktrinde, hukuki ayıbın objektif hukukun başka bir ifade ile kamu hukukunun koyduğu sınırlamalardan doğan eksiklikler olduğu öne sürülmektedir³⁸³.

³⁷⁸ Aydoğdu ve Kahveci, s.132; Demirsatan, s.152; Eren, Genel, s.1048; İnan ve Yücel, s.604; Nomer, s.328. Ayıptan sorumluluğun olduğu bir durumda, kötü ifaya ilişkin genel hükümlerin uygulanıp uygulanamayacağı hem doktrinde, hem de İsviçre Federal Mahkemesi kararlarında tartışma konusu olmuştur. Konu ile ilgili bkz. Burcuoğlu, Haluk. “İsviçre Federal Mahkemesi’nin, Satım Sözleşmesinde Alıcının Ayıp Hükümlerine Ya da Hata Hükümlerine Başvurma Yollarından Birini Seçebileceğine İlişkin 7 Haziran 1988 Tarihli Kararının Değerlendirilmesi”, **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırması Dergisi**, S.18, 1990 (İsviçre), s.89 vd. Türk Borçlar Kanunu’nun 227. maddesinin 2. fıkrasında, alıcının genel hükümlere başvurabileceği açıkça düzenlenmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Turgut Öz. “Yeni Borçlar Kanununda Satım ve Eser Sözleşmesi Bakımından Ayıba Karşı Tekeffül Düzenlemesindeki Değişiklikler”, **Prof.Dr. Mustafa Dural’a Armağan**, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2013, s.854 vd.

³⁷⁹ Türk Borçlar Kanunu ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna göre ayıp, maddi, hukuki ve ekonomik olmak üzere üçe ayrılır. 1985 yılında Avrupa Topluluğu tarafından yürürlüğe sokulan “Ürün Sorumluluğu Direktifi” ne göre ise ayıp kavramı; tasarım ayıbı, talimat ayıbı, yapım ayıbı ve fabrika ayıbı olmak üzere dörde ayrılır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Akçaal, Zapt, s.90; M. Yeşim Atamer, Taşınır Satım Sözleşmesi, **Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, Makaleler Tebliğler**, On İki Levha, İstanbul 2012(Satım), s.198; Oğuz Sadık Aydoğdu, “Ayıplı Mal Nedeniyle Ortaya Çıkan Malvarlığı Zararları”, **Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan**, Cilt I, Ankara, 2010, s.318 vd. 818 sayılı Borçlar Kanunu’nda ise maddi ve hukuki ayıp şeklinde ikiye ayırım söz konusu idi. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Nazlı Doğan, **Tacirler Arası Ticari Satım Sözleşmelerinde Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s.25 vd.; Melek Yüce Bilgin, Satış Sözleşmesinde Ayıptan Dolayı Sorumluluğun Şartları ve Alıcının Seçimlik Hakları, **Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Sempozyum No:III, Prof.Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan**, İstanbul, 2011, s.384.

³⁸⁰ Atamer, Satım, s.189; Çağlar, Tüketici, s.90. Kadir BerkKapancı, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Açısından Satış Hukukunda Ayıptan Doğan Sorumluluk ve Sözleşmesel Garanti Taahhütleri**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012, s.10.

³⁸¹ Atamer, Satım, s.189; Bilgin, s.385; Çağlar, Tüketici, s.90.

³⁸² Yargıtay HGK., T. 25.2.2012, E.2011/19-597, K.2012/80 (www.kazanci.com.tr , e.t.12.2.2017).

³⁸³ Akçaal, Zapt, s.92 vd.; Çağlar, hukuki ayıp ile zaptın farklı hukuki kurumlar olduğunu ileri sürmektedir. Yargıtay’ın ise satılan malın hacizli olması durumunu ayıplı mal olarak nitelendirmekle beraber, ayıba ilişkin hükümlerin değil, zapta ilişkin uygulanması gerektiğine dair kararları mevcuttur. Ayrıntılı bilgi için bkz. Çağlar Özel, Tüketicinin Korunması Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016 (Tüketici), s.91; Demirsatan, s. 225; Doğan, s.29.

Aydoğdu ve Kahveci; özel hukuktan doğan üstün hak sebebiyle ortaya çıkan zapt durumu ile kamu hukukundan doğan zapt durumu arasında bir ayrıma gitmektedir. İlkinde zapttan sorumluluk söz konusu iken, diğerinde hukuki ayıptan sorumluluk söz konusu olduğunu söylemektedirler. Objektif hukukun koyduğu başka bir deyiş ile kamu hukukunun koyduğu sınırlamalardan doğan eksiklikler hukuki ayıp olarak değerlendirilmelidir. Bu kapsamda inşaat yasağı veya hakkında yıkım kararı olan bir yerin satılması, satılanın başkasının patent hakkını ihlal etmesi hukuki ayıp sayılır³⁸⁴. Yine Kahveci'ye göre hukuki ayıp, malın değerini veya ondan beklenen faydanın sağlanması konusunda kamu hukukundan kaynaklanan bir sınırlamanın olmasıdır³⁸⁵.

Yargıtay'ın kamu hukukundan doğan sınırlamaları hukuki ayıp olarak değerlendiren kararları bulunmaktadır. Yargıtay bir kararında *"Satılanın değerine ve ondan beklenen yarara etki eden ve objektif hukukun koyduğu birtakım sınırlama ve yasaklardan doğan eksiklikler "hukuki ayıp" olarak ifade edilebilir."* demiştir. Burada objektif hukuktan anlaşılan kamu hukukuna dayanan bir sınırlamadır. Örneğin; Gümrük Kanunu'nun 235. maddesi kapsamına giren ithali yasak araçlarla ilgilidir. Hükme göre, ithali yasak araçların sicillerine şerh verilmek suretiyle el konulur. İlgili düzenleme ile kamu hukukunda doğan bir yasak ve onun yaptırımını öngörölmüştür. Böyle bir aracın satılması ve alıcının elinden alınması durumunda hukuki ayıp söz konusu olacaktır.

Hukuki ayıptan bahsedebilmek için, zapttan sorumluluktan farklı olarak, satılanın mutlaka alıcının elinden alınması zorunlu değerildir. Yargıtay, davacı şirket ile davalı şirket arasında ticari satıma ve eldeki davaya konu aracın davacı şirkete satılıp adına tescilinden sonra Gümrük ve Muhafaza Başmüdürlüğü tarafından yurda girişı esnasında yurtdışı araştırmaları sonucu faturalardaki kıymet farkı gerekçesi ile başta zapt edilmesi, sonrasında belli bir miktar paranın teminat gösterilmesi ve "satılamaz ve devredilemez" şerhi ile teslim edilmesi durumunda, hukuki ayıp olduğunu belirtmektedir³⁸⁶. Söz konusu kararlardan anlaşılaçağı üzere, hukuki ayıptan bahsedebilmek için, söz konusu mala el konulması şart değerildir.

³⁸⁴ Aydoğdu ve Kahveci, s.134.

³⁸⁵ Kahveci, s.9.

³⁸⁶ Yargıtay HGK., T. 25.2.2012, E.2011/19-597, K.2012/80 Dava, ticari satış sözleşmesinin, satıma konu malda ortaya çıkan hukuki ayıp nedeniyle feshi ile satış bedelinin, zapt işleminden itibaren ticari işlere uygulanan en yüksek reeskont faizi ile birlikte, iadesi istemine ilişkindir. Davacı şirket ile davalı

Ancak belirtmek gerekir ki hukuki ayıp, sadece kamu hukukundan doğan sınırlamalar içindir demek, sınırlayıcı bir tanımlamadır. Aslında, alıcının elinden satış konusunun özel hukuktan kaynaklanan bir sebepten zapt edilmesini de, bir tür hukuki ayıp benzeri olarak değerlendirebiliriz.

Gerçekten de satıcı, satış sözleşmesine konu taşınır malın niteliği ve kullanım amacı bakımından malın değerini ve kullanım amacını azaltan veya ortadan kaldıran, mülkiyet hakkının sonucu olan tasarruf işlemleri yapmasını engelleyen bir eksikliğin bulunmamasını sağlama borcu altındadır. Bunu sağlayamadığı bir durumda da hukuki ayıp söz konusudur³⁸⁷. Satıcının zapttan sorumluluğunda da, satış konusu taşınır mal, özel hukuktan kaynaklanan bir hak nedeniyle de olsa, alıcının elinden alınmak sureti ile tasarruf işlem yapılması engellenmekte ya da sınırlamaktadır. Bu bakımdan, satıcının zapttan sorumluluğunu da bir tür hukuki ayıp benzeri olarak değerlendirebiliriz.

Yargıtay başka kararlarında ise hukuki ayıbın subjektif bir hukuk kuralından ya da objektif bir hukuk kuralından kaynaklanmasının önemli olmadığını belirtmiştir. Önemli olanın devredilen hakkın, devri taahhüt edilen hakka uygunluk gösterip göstermemesidir demiştir³⁸⁸. Yukarda yaptığımız açıklamalar çerçevesinde biz de Yargıtay'ın bu görüşüne katılmaktayız.

şirket arasında ticari satıma ve eldeki davaya konu aracın davacı şirkete satılıp adına tescilinden sonra Gümrük ve Muhafaza Başmüdürlüğü tarafından yurda girişi esnasında yurtdışı araştırmaları sonucu faturalardaki kıymet farkı gerekçesi ile zapt edilmesi, ithalatçı firma hakkında resmi evrakta sahtecilik ve teşekkül halinde kaçakçılık iddiası ile kamu davası açılması, ceza yargılaması sırasında teminat mukabilinde "satılamaz ve devredilemez" şerhi ile alıcıya teslim edilmesi satılan malın hukukten ayıplı olduğunu göstermiş olup, ayıp nedeniyle alıcının, malikin sahip olduğu haklara sahip olamadığı kuşkusuzdur. Satın alan davacı açısından, o maldan elde edeceği faydanın, dava konusu menkule resmi makamlarca kamu gücüne dayanılarak el konulması tarihinde ortadan kalktığı kabulü ile ortaya çıkan sonuçtan satıcının ayıba karşı tekeffülüne ilişkin hükümlere göre davalı şirket sorumludur. Aracı ithal eden firma yetkilileri hakkında açılan kamu davasında verilecek kararın satıcının ayıba karşı tekeffülüne dayalı eldeki davaya bir etkisi bulunmamaktadır. Mahkemece, aynı hususlara işaretle, hukuki ayıbın varlığının ve davalı satıcının bu ayıp nedeniyle, kusurlu olup olmadığına da bakılmaksızın, sorumluluğunun kabulü ile ceza davasının sonucu beklenmeden, sonuçta; satıcının ayıba karşı tekeffülü hükümleri çerçevesinde değerlendirme yapılarak, hükme varılmış olması yerindedir (www.kazanci.com.tr , e.t.12.2.2017).

³⁸⁷ Yargıtay HGK., T. 25.2.2012, E.2011/19-597, K.2012/80 (www.kazanci.com.tr , e.t.12.2.2017).

³⁸⁸ Yargıtay 13.Hukuk Dairesi, T.15.9.2011, E.2010/10479, K.2011/12688sayılı kararda "*Mevcut ayıp ister subjektif bir haktan, isterse objektif bir hukuk kuralından doğmuş olsun satıcı, devrini taahhüt edip gerçekleştirdiği hakkın kendi malvarlığında mevcut olduğu yönünü de zamindir. Devredilen hak, herhangi bir nedenle devri taahhüt edilen hakka uygunluk göstermiyorsa satıcı bundan sorumludur. Bu sorumluluk da alıcının zapt nedeniyle uğradığı gerçek zarar kadardır. Somut olayda resmi şekle uygun olarak satış işlemi gerçekleştirilmiş, satış sırasında da taşınmazın tapu kaydında geçmişte orman olduğuna dair herhangi bir şerh bulunmamaktadır. Hal böyle olunca davalı belediye zapta karşı tekeffül*

Bir yandan da kamu hukukundan doğan sınırlamalarda hukuki ayıp olduğu, özel hukuktan doğan sınırlamalarda (üstün hak nedeniyle) ise satıcının zapttan sorumluluğunun olduğu şeklinde bir ayırım yapmak her zaman kolay değildir. Bazı vakalarda hem özel hukuktan kaynaklanan üstün hak hem de kamu hukukundan doğan bir sınırlama birbiriyle neden sonuç ilişkisi içinde olabilir.

Gümrük yasağı olan bir malın satışında, mala el konulması durumunda sadece kamu hukukundan kaynaklanan bir sınırlamanın olduğu açık iken; uygulamada bu ayrımı yapmak bazen zorluk arz etmektedir. Şöyle ki, satıcının zapttan sorumluluğu için verdiğimiz klasik örneğe baktığımızda, taşınır bir malı çalınan kişinin, o mal üzerinde mülkiyet hakkı vardır. Türk Medeni Kanunu'nun 683. maddesine göre, malikin, o mal üzerinde, hukuk düzeninin sınırları içinde, dilediği gibi malı kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisine sahiptir. Taşınırın çalınması ile özel hukuk kaynaklı bu hakkı sınırlandırılmaktadır. Aynı zamanda, malikin elinden malın çalınması Türk Ceza Kanunu'nun 141. maddesine göre suçtur. Ceza Muhakemeleri Kanunu'nun 123. maddesine göre, çalınan taşınırın müsadereyi söz konusu olabilir. Malik özel hukuktan kaynaklanan bir hak ihlalinin dolayısı ile kamu otoritesine başvurabilir. Böyle bir durumda, hırsızlık konusu malın müsadereyi yöntemi ile yani kamu hukukundan kaynaklanan bir sınırlama ile alıcının elinden zapt edilmesi söz konusu olmakla beraber temelde özel hukuktan kaynaklanan bir üstün hakkın ileri sürülmesi söz konusudur.

Hukuki ayıp (ayıptan sorumluluk) ile satıcının zapttan sorumluluğu arasındaki ilişki, Yargıtay'ın kararlarına da yansımaktadır. Yargıtay bir kararında, hırsızlığa konu olan trafik tescil belgesi ve araç motor-şasi numarası değiştirilmek sureti ile satılan aracın el konulmasında baştan beri hukuki ayıp olduğunu belirtmiştir.³⁸⁹

Yargıtay benzer bir olay için; davacının, sahte belgeler kullanılmak suretiyle tescil işlemlerinin yaptırıldığı gerekçesiyle emniyet birimlerince araca el konulması

hükümleri uyarınca davacının gerçek ve güncel müspet zararından sorumludur.” demiştir.; Yargıtay 13.Hukuk Dairesi, T.27.6.2011, E.2011/2156, K.2011/10211 (www.kazanci.com.tr , e.t.12.2.2017).

³⁸⁹ Yargıtay 13.Hukuk Dairesi, T.1.7.2013, E.2013/13389, K.2013/18038 sayılı kararında, “...yarar ve hasarın geçişi anında ayıbın var olması halinde, satıcı sorumludur. Özellikle Ceza dosyası incelendiğinde, aracın hırsızlığa önceden konu olduğu, trafik tescil belgesi ve araç motor-şasi numaralarının önceden değiştirildiği dikkate alındığında, davacının uğradığını belirttiği zararlar, davalı tarafından düzenlenen rapor arasında uygun illiyet bağının kurulamayacağı açık olup, bu durumda netice olarak, baştan beri hukuki ayıplı olan ve davacı tarafından satın alınan aracın, davacı elinden temelli alınması olayında, davalının sorumlu olduğu kabul edilemez” demektedir (www.kazanci.com.tr , e.t.12.2.2017).

nedeniyle zarara uğradığını ileri sürerek alacağın tahsili için açılan bir davada; davacı ile davalı arasında Borçlar Kanunu'nun 189. ve devamı maddelerinde düzenlenen zapta karşı tekeffül hükümleri uygulanması gerektiğini belirtmiştir. Yargıtay olayda aracın halen davacının elinde olup olmadığı, başka bir deyişle aracın zapt olunup olunmadığının anlaşılmadığı tespitinde bulunulmuştur. Yargıtay'a göre ilk derece mahkemesince, öncelikle aracın zapt edilip edilmediği, davacının elinde olup olmadığı araştırılmalı, zapt edildiğinin anlaşılmaması halinde İlga olan 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 189. ve devamı maddeleri gözetilerek yani zapttan sorumluluk hükümlerine göre karar verilmesi gerekir demiştir³⁹⁰.

Yargıtay yukarda, aracın trafik tescilindeki usulsüzlükten kaynaklanan iki benzer olayda; ilkinde aracın el konulmasını hukuki ayıp olarak değerlendirirken, ikinci vakada el konulması durumu devam ediyor ise zapttan sorumluluğa ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiğini belirtmiştir.

Yargıtay bir başka kararında çalıntı bir aracın satılmasını hukuki ayıp olarak tespit ettikten sonra, bu aracın zabıta tarafından el konulması yüzünden, satıcının zapttan sorumluluğuna ilişkin hükümlerin uygulanacağını belirtmiştir³⁹¹.

Yargıtay kararlarında çıkan sonuç, kamu otoritesi tarafından satış konusu bir taşınır mal alıcının elinden alınıyor ise hukuki nitelik olarak ortada bir hukuki ayıp olduğu sabittir. Ancak satış konusu mal, alıcının elinden alınmış ise ve bu durum devam ediyor ise artık, ayıba karşı sorumluluk hükümleri değil satıcının zapttan sorumluluğuna ilişkin hükümler uygulama alanı bulacaktır. Yargıtay'ın yukardaki olaylarda hukuki nitelendirme olarak hukuki ayıp olarak belirttikten sonra, hukuki uyumsuzluklara satıcının zapttan sorumluluğuna ilişkin hükümleri uygulamıştır. Bunun nedeni satıcının zapttan sorumluluğuna ilişkin düzenlemeleri ayıba karşı

³⁹⁰ Yargıtay 13.Hukuk Dairesi, T.13.3.2013, E.2013/56, K.2013/6242 “Davacı, davalıdan satın aldığı aracın emniyet görevlilerince el konulması nedeniyle zarara uğradığını ileri sürerek şimdilik 10.000,00 TL'nin tahsili için eldeki davayı açmıştır. Davacı ile davalı arasında Borçlar Kanununun 189. ve devamı maddelerinde düzenlenen zapta karşı tekeffül hükümleri uygulanmalıdır. Borçlar Kanununun 192. maddesi uyarınca aracın tamamen zaptolunması halinde satım müfesihi addolunur ve alıcı satıcıdan bu madde uyarınca belirtilen taleplerde bulunabilir. Aracın halen davacının elinde olup olmadığı, başka bir deyişle aracın zaptolunup olunmadığı anlaşılamamaktadır. Mahkemece, öncelikle aracın zaptedilip edilmediği, davacının elinde olup olmadığı araştırılmalı, zapt edildiğinin anlaşılmaması halinde Borçlar Kanununun az yukarıda belirtilen maddeleri gözetilerek satımın feshi ile bilirkişi marifetiyle alacağın belirlenerek davacı talebi ile bağlı kalınmak suretiyle karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmiş olması, usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.” (www.kazanci.com.tr , e.t.12.2.2017).

³⁹¹ Yargıtay 13.Hukuk Dairesi, T.20.12.2011, E.2011/13524, K.2011/19637 (www.kazanci.com.tr , e.t.12.2.2017).

sorumluluğa ilişkin hükümlere göre daha özel nitelikte görmesinden kaynaklandığı kanaatindeyiz.

Gerçektende Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 2013/13-1352 E., 2015/874 K. ve 25.2.2015 tarihli kararında, satışı yapılan arsanın bir kısmının daha önceden kamulaştırmaz el atma nedeni ile yola terkin edildiğine dair mahkeme kararının bulunduğu, ancak bu durumun tapuya işlenmediği bir durumda, belediye yola terkedilen kısma tekabül eden taşınmaza el koymuştur. Hukuk Genel Kuruluna göre burada el koyma devam etmektedir ve burada satıcının zapttan dolayı sorumluluğu vardır³⁹².

Teorik olarak bakıldığında zapttan sorumlulukta, ilk akla gelen örnek olan satıcının çalıntı bir malı, alıcının zilyetliğine geçirmesinde, teslim ile ifa başlamış olsa da ifa tamamlanmamıştır. Ancak bu durumda bir ifa teşebbüsünden bahsedilir. Bu açıdan kötü bir ifa söz konusudur.

Bu kapsamda malikin mülkiyet hakkına dayanarak, alıcının elinden malı alması durumunda yani zapt halinde, satıcının zapttan sorumluluğu doğacaktır. Bu tarz bir ifa ihlali de, bir kötü ifa olduğu gibi, aynı zamanda satış konusu malın bir tür hukuki

³⁹² Yargıtay HGK., T. 25.2.2015, E.2013/13-1352, K.2015/874 K. Sayılı kararında "...arsanın bir kısmı Tuzla Asliye Hukuk Mahkemesinin 24.09.2003 tarih ve E:2002/105, K:2003/577 sayılı dosyasında; tapuda T... Bandros mevkii pafta 20, Parsel 1380'de kayıtlı taşınmazın bir kısmına fiilen el atılması nedeniyle kayıt malikleri olan davalılar tarafından dava dışı İstanbul Büyükşehir Belediyesi aleyhine 13.02.2003 tarihinde kamulaştırmaz el koyma sebebiyle tazminat davası açtıkları, yapılan yargılama sonucunda; davanın kabulü ile 345.310,040 TL kamulaştırmaz el atma nedeniyle tazminatın dava tarihinden itibaren yasal faiziyle dava dışı belediyeden tahsili ile tapu kayıt maliklerine verilmesine, 1380 parselin 2.158,19 m² yüzölçümündeki kısımların yol olarak terkinine karar verildiği, anılan hükmün 01.11.2004 tarihinde kesinleştiği; ne davanın taraflarının ne de Tuzla Asliye Hukuk Mahkemesinin 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 28. maddesi gereğince, hüküm özetinin ilgili tapu siciline şerhi için yapılması gereken işlemi yapmadıkları anlaşılmaktadır...Davanın tarafları arasında Tuzla Tapu Sicil Müdürlüğü'nde 05.01.2007 tarihinde düzenlenen resmi senetle T... Bandros mevkii pafta 20, Parsel 1380'de kayıtlı ve 19.000 m² yüzölçümüne sahip taşınmazın davalılar tarafından davacı şirkete satışının gerçekleştirildiği; bu arada satış tarihi itibarıyla az yukarıda içeriğine yer verilen kamulaştırmaz el atma nedeniyle tazminat davası sonunda yola terkinine karar verilen hüküm özetinin satışa konu taşınmazın siciline bildirilmediği için, bu konuda resmi kayıta herhangi bir bilgi veya belgenin bulunmadığı kütük içeriği ile belirgindir ...Bu aşamalardan sonra, Tuzla Asliye Hukuk Mahkemesinin 24.09.2003 tarih ve E:2002/105, K:2003/577 sayılı ilamın gereğinin yapılması bakımından tapu siciline 30.10.2007 tarihinde taşınmazın 2.158,19 m² yüzölçümüne sahip kısmının yola terkinine, satışa konu yapılan taşınmazın toplam yüzölçümünün 16.841,81 m²'ye düştüğü taraflar arasında uyuşmazlık konusu değildir...Yapılan açıklamalardan anlaşılabileceği üzere, davacının 19.000 m² olarak taşınmazı satın aldıktan sonra, satıştan önceki yukarıda açıklanan nedenlerle, taşınmazın 2158,19 m² kısmına 30.10.2007 tarihinde el konulduğuna göre, davalıların zapta karşı tekeffül hükümleri gereğince bu el konulan bölüme ilişkin satış bedelini davacı alıcıya iade etmeleri gerekir..."demıştır (www.kazanci.com.tr , e.t.12.2.2017).

ayıbı olduğunu söylemek de mümkündür. Bu ifa ihlali aslında kötü ifadır. Bu Türk Borçlar Kanunu özel hükümleri bakımından ise hukuki ayıba benzer bir durumdur.

Doktrinde zaptın, ayıp ile olan yakın ilişkisine değinilmiş ve bu kapsamda zapttan sorumluluğun hukuki niteliği hakkında çeşitli açıklamalar yapılmıştır.

Atamer’e göre, borçlar genel hukuku alanında yer alan “sözleşmeye aykırılık” ile borçlar özel hukuku alanında yer alan “ayıp” kavramı arasında doğrudan bağlantı kurulmaması bir eksikliktir. Bu eksiklik Türk Borçlar Kanunu ile de giderilememiştir. Bu kapsamda zapt hali de klasik bir sözleşmeye aykırılık halidir. Ayıp kavramından ayrı ele alınması gereksizdir³⁹³.

Gümüş’e göre, terminolojik olarak ayıp, “hak ayıbı” ve “maddi ayıp” olarak iki şekilde ortaya çıkmaktadır. Hak ayıbının karşılığını satıcının zapttan sorumluluğu oluşturmaktadır. Hak ayıbı, adını üçünü kişiye ait bir hak dolayısı ile alıcının hakkına müdahale edilmesinden almaktadır. Maddi ayıp, hukuki ayıp ve ekonomik ayıpta ise satıcının ayıptan sorumluluğu hükümleri uygulanmalıdır. Ancak yazar, hak ayıbı olarak tanımladığı zapt durumunu, hukuki ayıptan ayrılmasının zorluğunu kabul etmektedir³⁹⁴.

Kılıçoğlu’na göre, Türk Borçlar Kanunu’nda ki satış sözleşmesinde satıcının ayıplı ifadan sorumluluğu ve satıcının zapttan sorumluluğu borcun gereği gibi ifa edilmemesinin özel olarak düzenlenmiş biçimleridir³⁹⁵.

Zevkliler’e göre, zapt durumunda alıcı, ifaya olan çıkarına kavuşamamaktadır. Bu bakımdan, satılanın ayıplı olmasıyla benzerlik göstermektedir. Bu yönüyle hukuki ayıba yaklaşmaktadır. Yazara göre, kimi olaylar hem hukuki ayıba hem de zapttan sorumluluğa örnek gösterilebilmektedir³⁹⁶.

Aydoğdu ve Kahveci’ye göre, İsviçre’de zapt sorumluluğu yerine “hukuki ayıp sorumluluğu”, Alman hukukunda ise “hukuki ayıp” terimleri kullanılmaktadır. Yazarlara göre özel hukuktan doğan üstün hak iddialarında zapttan sorumluluk söz

³⁹³ Alman Borçlar Hukukunda yapılan reform ile zapt ve ayıp hükümleri bir arada düzenlenmiştir. Atamer’e göre, ayıp kavramı bir sözleşmeye aykırılık hali olarak tanımlandıktan sonra, borçlar özel kısmında ayrı bir yaptırıma tabi tutmaktansa, borçlar genel kısmında bir sözleşmeye aykırılık olarak yaptırıma tabi tutmak daha doğru olacaktır. Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz. Atamer, Tasarı, s.29.

³⁹⁴ Gümüş, (Cilt I), s.63.

³⁹⁵ Özel bir düzenleme bulunmadığı hallerde, borcun gereği gibi ifa edilmemesi durumu için Türk Borçlar Kanunu 112’ de ki genel hükümler uygulama alanı bulacaktır. Kılıçoğlu, Borçlar, s.676.

³⁹⁶ Zevkliler ve Gökyayla, s.141.

konusu iken kamu hukukundan kaynaklanan ayıplarda ise ayıptan sorumluluk hükümleri uygulanmalıdır³⁹⁷.

C. Sübjektif İmkânsızlık

İmkânsızlık denilince akla objektif imkânsızlık gelmektedir. Bu da herkes için geçerli nesnel (objektif), mutlak imkânsızlığı ifade etmektedir. Objektif imkânsızlığın yaptırımı da butlandır³⁹⁸. Sübjektif imkânsızlık ise, sadece borçlunun kişisel dünyasından kaynaklanan (sağlığı, tasarruf yetkisi, yetenekleri vs.), öznel nedenlerle edimin aynen yerine getirilememesi demektir. Sübjektif imkânsızlıkta objektif imkânsızlıktan farklı olarak, edimi borçlu yerine getiremezken, başkası yerine getirebilir. Hatta teorik olarak, sübjektif imkânsızlıkta bile borçlunun edimi sonradan yerine getirmesi mümkün olabilir³⁹⁹.

Sübjektif imkânsızlıkta, borçlunun edimi yerine getirmesi aşırı güçleşmektedir. Örneğin, yurt dışına limon ihraç etmek için, kilo başına bir birime anlaşılan satıcının, o yıl beklenmedik şekilde fiyatların beş kat artması sonucu, limonları iç piyasada beş birime alıp, yurt dışına bir birime satması firmanın iflasına neden olacak ise, bu durumda söz konusu ifayı gerçekleştirememesi sübjektif imkânsızlık olarak değerlendirilir. Aynı şekilde bir şarkıcının konser öncesi eşinin vefatını öğrenmesi durumunda, kişisel, manevi etmenlerden kaynaklanan bir sübjektif imkânsızlıktan bahsetmek gerekir. Şarkıcı için, konser edimi manen imkânsızlaşmıştır.

³⁹⁷ Aydoğdu ve Kahveci, s.120.

³⁹⁸ Sözleşmenin kurulmasından önceki imkânsızlık, “borcun konusundaki imkânsızlık” olarak da tanımlanmaktadır. Türk Borçlar Kanunu’nun 27. maddesine göre sözleşmenin butlanı (geçersizliği) yaptırımına tabi dir bkz. Başoğlu, Borcun İfasındaki İmkânsızlık, **Prof.Dr. Mustafa Dural’a Armağan**, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2013(İmkânsızlık), s.307). Sözleşmenin ifasındaki imkânsızlık ise ifa engellerine ilişkin sonuçlara tabidir (bkz. Başak Başoğlu, “Sözleşmenin Konusundaki İmkânsızlık”, **Prof.Dr. Belgin Erdoğan’a Armağan**, İstanbul, 2011(Sözleşme), s.489). Roma hukukunda da imkânsızlık kavramı üzerinde durulmuştur. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Zimmermann, Obligations, s.686. Türk Borçlar Kanunu’nun 27 maddesi sözleşmenin konusunun imkânsız olmasını, Türk Borçlar Kanunu’nun 136 ve 137. maddeleri borcun sona ermesi sebebi olarak ifa imkânsızlığını düzenlemektedir (bkz. Gündoğdu, İmkânsızlık, s.44).

³⁹⁹ Brox ve Walker, ss.218-219; Cansel ve Özel, s.272; Eren, s.1300; İnan ve Yücel, ss.639-640; Kılıçoğlu, Borçlar, s.684; Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan ve Arpacı, s.168; Nomer, ss.307-309; Reisoğlu, s.347.Alman hukukçu Mommsen, objektif imkânsızlık, sübjektif imkânsızlık gibi imkânsızlığın farklı türlerinin ayrımını yapmıştır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Atamer, İfa Engelleri, s.319; Friedrich Mommsen, **Beitrag zum Obligationrecht, Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluss auf obligatorische Verhältnisse**, Braunschweig, 1853, s.112 vd.

Sübjektif imkânsızlık ve işlem temeliniin çökmesi kavramı arasındaki sınır çoğu olayda belirsizleşmektedir⁴⁰⁰. Alman hukukunda, kişisel nedenlere bağlı ifa ihlalleri imkânsızlık olarak değerlendirilirken, ekonomik nedenli ifa ihlalleri işlem temeliniin çökmesi alanında değerlendirilmektedir (BGB.m.275)⁴⁰¹.

Sübjektif imkânsızlık, başlangıçtaki sübjektif imkânsızlık ve sonraki sübjektif imkânsızlık olarak iki farklı şekilde görülebilir⁴⁰². Satıcının çalıntı bir malı sattığı ve gerçek malikin alıcının elinden bu malı aldığı örneğimizde, söz konusu malın mülkiyetinin alıcıya geçirilmesi başlangıçtaki sübjektif imkânsızlığa yakındır. Satıcının zapttan sorumluluğunun tipik örneği olan bu durumda, satıcı her ne kadar taşınırın zilyetliğini alıcıya geçirmişse de, tasarruf ehliyeti bulunmadığı için söz konusu malın mülkiyetini alıcıya geçirememektedir. Teorik olarak söz konusu ifanın gerçekleşmesi mümkündür. Şöyle ki satıcı, çalıntı malın gerçek sahibini bulmak ve söz konusu malın mülkiyetini devralmak sureti ile üçüncü kişi olan alıcıya karşı ifayı gerçekleştirebilir. Yani alıcıya bu suretle mülkiyeti geçirmesi, mümkündür. Ancak teorikte mümkün olan bu ihtimalin pratikte yerine getirilmesi zor görünmektedir.

Çalıntı bir malın satılması örneğinde aslında teorikte de olsa bir ifa mümkün olduğu için, bu durum ifa ihlalleri içinde borçlunun temerrüdüne de yaklaşmaktadır. Ancak böyle zorlama bir ifanın satıcıdan istenmesi mantıklı olmadığı gibi, alacaklıdan da bu ifayı beklemesini istemek, alacaklı açısından da fayda sağlamaktan çok uzak

⁴⁰⁰ Kocayusufoğlu, Hatemi, Serozan ve Arpacı, s.169.

⁴⁰¹ Kocayusufoğlu, Hatemi, Serozan ve Arpacı, s.169. Türk Borçlar Kanunu'nun 138. maddesi ile "işlem temeliniin çökmesi" yasal boyut kazanmıştır. Ahde vefa ilkesinin istisnasını oluşturan işlem temeliniin çökmesi, temelini dürüstlük kuralından almaktadır. Türk Borçlar Kanunu'nun 138. Maddesinde yer alan 4 koşulun birden bulunması durumunda, borçlu hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanması talep edebilecektir (Bkz. Badur, s.136).

⁴⁰² Kılıçoğlu, Borçlar, ss.684,685. Objektif imkânsızlıkta başlangıçtaki imkânsızlığın sözleşme serbestliğinin sınırları ve sözleşmenin hükümsüzlüğü nedenleri arasında düzenlenmesi Roma hukukundan kalma bir ayrımdır ve bu durum İsviçreli hukukçular tarafından eleştirilmektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Rona Serozan, "BK Tasarısı'nın Eksiklik ve Aksaklıklarının, İfa ve İfa Engelleri Hukuku Alanından Örneklerle Sergilenmesi" **Hukuki Perspektif Dergisi**, 2006, Sayı:6,(Tasarı), s.47. Atamer, Türk Borçlar Kanunu Tasarısında, önceki imkânsızlığın butlan yaptırımına tabi tutulmasını eleştirmektedir (bkz. Atamer, İfa Engelleri, s.321). Atamer'in Türk Borlar Kanunu Tasarı aşamasında iken eleştiri ve önerileri için bkz.M. Yeşim Atamer, "Revize Edilmiş Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirme ve Teklifler" **Hukuki Perspektif Dergisi**, 2006, Sayı:6,(Tasarı), ss.8 vd. Türk Borçlar Kanunu 136. ve 137. maddeleri "tam ifa imkânsızlığını ve "kısmi ifa imkânsızlığını" düzenlemiştir. Kanunu'nun 136. maddesinde, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 117. Maddesinde yer almayan üçüncü bir fıkra yer almaktadır. Hükme göre "Borçlu ifanın imkânsızlaştığını alacaklıya gecikmeksizn bildirmez ve zararın artmaması için gerekli önlemleri almazsa, bundan doğan zararları gidermekle yükümlüdür." denilmiştir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun imkânsızlık ile ilgili yeni düzenlemeleri ile ilgil açıklamaları için bkz. Emel Badur, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Genel Hükümler Açısından İncelenmesi, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu**,12-13.05.2011, ss.127-139.

olacaktır. Şöyle ki çalıntı bir malın satılması örneğinde satıcının durumu borçlunun temerrüdü kapsamında değerlendirildiğinde alıcı, satıcıyı önce temerrüde düşürmek için ihtarda bulunacak sonrasında seçimlik haklarını kullanabilmek içinde ayrı bir ihtarda bulunması gerekecektir. Bu da elinden malın alınması ile karşılaşan alıcı için daha fazla vakit kaybı ve mağduriyet demektir. Kaldı ki, alıcının aynen ifayı talep etmesi halinde bunun gerçekleşme ihtimali de gerçeklikten uzak olacaktır.

Yukarda yaptığımız açıklamalar doğrultusunda tekrar belirtmek gerekir ki, satıcının zapttan sorumluluğunda, her ne kadar bir ifa teşebbüsü olsa da tamamlanmış bir ifa yoktur. Bu bakımdan kesin bir tanımlama yapmak zor olmakla beraber, satıcının zapttan sorumluluğunu sübjektif imkânsızlık olarak değerlendirmek mümkündür.

İfa ihlalleri içinde yer alan başlangıçtaki sübjektif imkânsızlık için uygulanması gereken hukuki yaptırım, sonraki objektif imkânsızlık ile aynı değerlendirilmelidir. Başka bir deyiş ile sonraki objektif imkânsızlık ile ilgili hukuki yaptırımlar kıyas yolu ile başlangıçtaki sübjektif imkânsızlık için de uygulama alanı bulmalıdır⁴⁰³. Bu bilgi doğrultusunda, satıcının zapttan sorumluluğuna dair Türk Borçlar Kanunu'ndaki özel düzenlemelerin yanı sıra, borçluya karşı Türk Borçlar Kanunu'nun 112. maddesi uygulama alanı bulur. Hükme göre, borçlu kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, borcunu hiç veya gereği gibi ifa edilmemesinden doğan, alacaklının zararını gidermekle yükümlüdür⁴⁰⁴. Satış sözleşmesi yapılması sırasında, satış konusu malın mülkiyetinin başkasına ait olduğunu bilen ya da satış konusu malın üzerinde alıcının kullanımını engelleyecek daha üstün bir hakkın olduğunu bilen satıcıyı, Türk Borçlar Kanunu'nun 112. maddesi kapsamında, kusurlu saymak gerekir.

Bu açıklamalar doğrultusunda, satıcının zapttan sorumluluğuna ilişkin, Türk Borçlar Kanunu'nun özel hükümlerinde düzenleme olmasaydı dahi Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerinde yer alan Türk Borçlar Kanunu'nun 112. maddesi

⁴⁰³Cansel ve Özel, s.276; Kılıçoğlu, Borçlar, ss.685-686; Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan ve Arpacı, s.173.

⁴⁰⁴ Başoğlu, İmkânsızlık, s.307; Nomer, s.309; Reisoğlu, s.347. Borçlunun sorumlu olduğu ifa imkânsızlığının borçlunun borcuna olan etkisi, diğer bir ifade ile borçlunun borcunu sona erdiren erdirmeyeceği öğretide tartışmalıdır. Öğretide borçlunun sorumlu olduğu ifa imkânsızlığının borç ilişkisine olan etkisini açıklayan iki farklı görüş vardır. Öğretide hâkim görüş borçlu ifa imkânsızlığından sorumlu değilse, Türk Borçlar Kanununun 136. Maddesi uyarınca borç sona erecektir. Buna karşılık, borçlu imkânsızlıktan sorumlu ise borcun içeriği değişerek Türk Borçlar Kanunun 112. Maddesi uyarınca ifası imkânsızlaşan edimin yerini tazminat borcu alacaktır. Fatih Gündoğdu, **Borca Aykırılık Hallerinden Kusurlu İfa İmkânsızlığı ve Hukuki Sonuçları**, Oniki Levha, İstanbul, 2014, s.41 vd.

hükümünün uygulanması sureti ile alıcının uğramış olduğu zararın giderilmesi mümkün olacaktı⁴⁰⁵.

D. Görüşümüz

Satıcının zapttan sorumluluğunu oluşturan fiili durumlar, farklı şekillerde karşımıza çıkabilmektedir. Bu kapsamda, kimi durumda alıcının elinden mal mülkiyet hakkına dayanmak sureti ile alınabildiği gibi kimi durumda da mülkiyet hakkına dayanmayan başka bir üstün hakka dayanmak sureti ile alınabilmektedir. Bu farklılık ifa engelleri içinde yer alacakları kategoriyi de değiştirmektedir. Bu durumda, somut vakaya göre değerlendirme yapmak ve zapt durumunun ifa ihlalleri arasında hangisinde yer aldığını tespit etmek gerekecektir. Fiili duruma göre, ifa ihlalinin hukuki niteliği, gereği gibi ifa etmeme ya da kötü ifa⁴⁰⁶ olarak bir nevi hukuki ayıp benzeri bir durum olarak değerlendirilebileceği gibi, başlangıçtaki subjektif imkânsızlık⁴⁰⁷ olarak değerlendirilmesi de mümkündür.

Satıcının zapttan sorumluluğunun Türk Borçlar Kanunu'nda özel olarak düzenlenmesi karşısında, uygulanacak hükümlerin belirli olmasından dolayı bu kategorize etme çalışması daha çok teorik olarak önem arz etmektedir. Yapmış olduğumuz bu kategorize etme çalışması eğer özel bir düzenleme olmasa idi alacaklının hangi hükümlere başvurabileceğinin belirlenmesini açısından önem arz etmektedir. Bu kapsamda, mevcut hukuki uyumsuzluğun kaynağı ayıplı ifa (hukuki

⁴⁰⁵ Türk Medeni Kanunu'nun ve Borçlar Kanunun genel nitelikli hükümleri uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanacaktır (TMK.m.5). Hükme göre Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri, tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanacaktır. Borçlar Kanunu'nun genel nitelikli hükümlerini mutlaka Borçlar Kanunu'nun "genel hükümler" kısmında düzenlenmesi zorunluluğu şeklinde anlamamak gerekir. Genel nitelikte olup "özel hükümler" kısmında da düzenlenmiş olabilir. Vekâletsiz iş görme buna örnektir (Bkz. Antalya ve Topuz, Medeni, s.78). Ayrıca belirtmek gerekir ki, Türk Borçlar Kanunu'nu, Türk Medeni Kanunu ile bir bütünlük arz etmektedir. Türk Borçlar Kanunu'nun 646. Maddesine göre; "*Bu kanun, 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun Beşinci Kitabı olup, onun tamamlayıcısıdır*". Türk Borçlar Kanunu'nun 646. maddesi ile Türk Medeni Kanunu'nun 5. Maddesinde Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerine yaptığı atıf anlam bütünlüğü oluşturmaktadır (Ayrıntılı bilgi için bkz. Antalya, Borçlar I, s.7).

⁴⁰⁶ Aral, s.111; Demirsatan, s.150; Eren, Genel, ss.1046,1048; İnal, Dönme, s.197; Kılıçoğlu, Borçlar, s.675.

⁴⁰⁷ Atamer, İfa Engelleri, s.319; Brox ve Walker, ss.218-219; Cansel ve Özel, s.272; Eren, s.1300; İnan ve Yücel, ss.639-640; Kılıçoğlu, Borçlar, s.684; Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan ve Arpacı, s.168; Nomer, ss.307-309; Reisoğlu, s.347; Mommsen, s.112 vd.

ayıp) ise⁴⁰⁸, Türk Borçlar Kanunu'nun 219. maddesi ve devamında düzenlenen ayıptan sorumluluğa ilişkin ilgili hükümler uygulama alanı bulacaktı. Ayıplı ifa niteliği itibari ile borcun gereği gibi ifa edilmemesi kategorisinde yer aldığı için, özel hükümlerinin yanı sıra, genel hüküm niteliğindeki Türk Borçlar Kanunu'nun 112. maddesi uygulama alanı bulacaktı⁴⁰⁹. Eğer hukuki uyuşmazlığın kaynağı, başlangıçtaki subjektif imkânsızlık ise, bu sefer Türk Borçlar Kanunu'nun 112. maddesi uygulama alanı bulacak idi.

Satıcının zapttan sorumluluğunun Türk Borçlar Kanunu'nda özel olarak düzenlenmesi karşısında, Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerinin uygulama alanı bulup bulamayacağı da doktrinde tartışılmıştır. Bizim de katıldığımız görüşe göre, Türk Borçlar Kanunu'nun 112. maddesi, özel hüküm niteliğindeki zapttan sorumluluk hükümleri ile yarışmak sureti ile uygulama alanı bulacaktır⁴¹⁰. Türk Borçlar Kanunu'nun 112. maddesi uygulanması durumunda zapttan sorumluluktan farklı olarak satıcının kusuru önem arz edecektir. Çünkü her ne kadar Türk Borçlar Kanunu satış sözleşmesinde borçlu tarafı oluşturan satıcıyı baştan kusurlu olarak kabul etse de, satıcının kendisinin kusursuzluğunu ispatladığı ölçüde sorumluluktan kurtulma fırsatı tanımaktadır. Bir başka ifade ile satıcı kusurlu olduğu için gereği gibi ifa etmemeden sorumludur. Oysaki; Türk Borçlar Kanunu'nun 214. maddesi anlamında satıcının sorumluluğunda satıcı kusurlu olmasa da, sorumluluğu yoluna gidilebilmektedir⁴¹¹.

⁴⁰⁸ Aydoğdu ve Kahveci, s.132; Burcuoğlu, İsviçre, s.89 vd.; Demirsatan, s.152; Eren, Genel, s.1048; İnan ve Yücel, s.604; Nomer, s.328.; Öz, Ayıp, s.854 vd.

⁴⁰⁹ Yavuz, s.110.

⁴¹⁰ Çabri, s.590; Gümüş, Cilt I, s.64. Satış sözleşmesinde satıcının asli borcu olan mülkiyeti devretme borcunu hiç veya gereği gibi yerine getirmemiş olması halinde Türk Borçlar Kanunu'nun 122. maddesi ve devamının uygulanması mümkündür. Kanun koyucu pratik bazı düşünceler ile satıcının zapttan sorumluluğunu özel olarak düzenleme gereği duymuştur (bkz. Tandoğan, Cilt: I/1, s.148). Yıldırım, M, s.1050.

⁴¹¹ Çabri, s.590.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TÜRK BORÇLAR KANUNU'NA GÖRE SATICININ ZAPTTAN SORUMLULUĞUNUN ŞARTLARI VE ALICININ HAKLARI

I. SATICININ ZAPTTAN SORUMLULUĞUNUN MADDİ ŞARTLARI

A. Geçerli Bir Sözleşme

Satıcının zapttan sorumluluğundan bahsedebilmemiz için, ortada geçerli bir satış sözleşmesinin bulunması gerekir. Kanunun açıkça bir şekil şartı öngörmediği hallerde, alıcı ve satıcının, satış sözleşmesini kurmaya yönelik karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamaları bulunmalıdır⁴¹². Bunun yanı sıra tarafların irade açıklamalarının şekli de önem arz etmektedir. Türk Borçlar Kanunu'nun 12. maddesinin 1. fıkrasına göre, sözleşmelerin kurulmasında genel ilke, şekil serbestisi ilkesidir. Şekil serbestisi, sözleşme özgürlüğünün bir uzantısı olarak karşımıza çıkmaktadır⁴¹³. Türk Borçlar Kanunu'nda taşınır satışı, kural olarak taşınmaz satışından farklı olarak özel bir şekle bağlanmamıştır. Bu kapsamda taşınır satışında şekil serbestisi bulunmaktadır⁴¹⁴.

Bazı taşınır için çeşitli kanunlarda şekil şartı getirilmiştir. Örneğin tescil edilmiş taşitlara ilişkin satış sözleşmesinin noterde düzenleme biçiminde resmi şekilde

⁴¹² Akçaal, Zapt, s.139; Aydoğdu ve Kahveci, s.121; Cansel ve Özel, s.96; Gökhan Antalya, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt: I, 1.baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2012 (Borçlar I), s.62 vd.; Gümüş, s.65; İnan, ve Yücel, s.167; Kılıçoğlu, Borçlar, ss.53,54; Yıldırım, s.62. Sözleşmenin kurulmasına dair irade beyanı çeşitli şekillerde ve araçlarla açıklanabilir. İrade beyanının içeriğinin, karşılıklı olarak açıklanmasına yarayan araçlara şekil denmektedir. Hukuki işlemin hüküm ve sonuç doğurabilmesi belli araçların kullanılması yöntemine bağlanmış ise, şekil şartı söz konusudur. Ayrıntılı bilgi için bkz. Turhan Esener, **Borçlar Hukuku I, Akitlerin Kuruluş ve Geçerliliği**, Ankara, 1969(Akit), s.167.

⁴¹³ Kanun koyucu koruma amacı ile şekil zorunluluğu getirmektedir. Koruma ile amaçlanan kurulmak istenen hukuki işleme taraf olanların korunması, kamu menfaati veya üçüncü kişilerin menfaatlerinin korunmasıdır. Şekil, taraflara çeşitli faydalar sağlamaktadır. Öncelikle tarafları hukuki işleminin doğuracağı sorumluluklar bakımından düşünmeye sevk etmektedir. Hukuki işlemin varlığını ispat kolaylığı sağlamaktadır. Üçüncü kişilerin, hukuki işlemin varlığını kolayca öğrenilmesini sağlar (taşınmaz satışının tapu siciline tescili gibi). Bunun yanı sıra bazı sakıncalar da bulunmaktadır. Hukuki işlemin yapılmasını güçleştirir. Masraf doğmasına sebep olur. Şekildeki eksiklik, hukuki işlemin geçersizliği gibi bir sonucu doğurabilir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Esener, Akit, s.168.

⁴¹⁴ Taşınır satışı kural olarak şekle bağlı olmamakla beraber, taraflar kendi aralarında bir şekil öngörebilirler (bkz. Eren, Özel, s.69; Gümüş, Cilt I, s.32;Zevkliler ve Gökyayla, s.59). Satış konusu mal arazi, tapu kütüğünün ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli bir hak ve kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölüm dışında kalan bir başka anlatım ile taşınmaz olmayan satış taşınır satışındır (bkz. Gümüş, Cilt I, s.32).

yapılmak zorundadır (KTK.m.20/b.(d)). Marka hakkının, Endüstriyel tasarımların ve patent hakkının devri sözleşmeleri noter tarafından onaylanmış şekilde yapılmak zorundadır (SMK.m.148). Yine ticari işletmenin devri de (satışı), ticari işletmeyi bir bütün olarak kapsıyorsa adi yazılı şekilde yapılır, ticaret siciline tescil ve ilan edilir (TTK.m.11/3)⁴¹⁵.

Tarafların iradelerinin uyuşması satış sözleşmesini kurulması için gerekli olsa da, sözleşmenin içeriği de önem arz etmektedir. Taraflar, satış sözleşmesinin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler. Ancak, kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan bir satış sözleşmesi kesin olarak geçersizdir (TBK.m.27/1)⁴¹⁶.

Sözleşmenin kesin hükümsüz (geçersiz) olduğu bir durumda satış sözleşmesine ilişkin hükümler uygulama alanı bulamayacaktır. Çünkü kesin hükümsüz bir sözleşme, başlangıçtan itibaren geçersiz bir hukuki işlem olup, hiçbir zaman geçerlilik kazanmayacağı gibi, hiçbir hukuki sonuç da doğuramaz⁴¹⁷. Bu durumda satıcının

⁴¹⁵ Taksitle satış (TBK.m.253), ön ödemeli satış (TBK.m.264/2), Devlet İhale Kanununa uygun olarak, ihale yoluyla Devlet tarafından yapılan satışlar (2886 sayılı Kanun m.57), Kamu İhale Kanununa uygun olarak ihale yoluyla Devlet tarafından yapılan taşınır satışlar (KİK.m.46) özel şekle tebidir (Bkz. Eren, Özel, s.69; Gümüş, Cilt I, s.32; Zevkliler ve Gökyayla, s.59 vd.).Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 14.1.2015 tarihli, 2014/3-8 E. ve 2015/10 K. sayılı kararında “...*şekil zorumluluğunun öngörüldüğü sözleşmelerde; kanunun öngördüğü şeklin bir geçerlilik (sıhhat) şartı olarak düzenlendiğini, buna uyulmadan yapılan sözleşmelere “geçersizlik” müeyyidesinin bağlandığını, bunun hukuki mahiyet olarak emredici nitelikte olduğunu, bu nedenle de geçersizlik müeyyidesine bağlanan şekil eksikliğinin hakim tarafından, taraflar ileri sürmeseler dahi, yargılamanın her aşamasında resen göz önüne alınması gerektiğini belirtmekte yarar vardır.*” demektedir(www.kazanci.com.tr , e.t.12.2.2017).

⁴¹⁶ Antalya, Borçlar I, s.96 vd.; İnan ve Yücel, s.232; Kılıçoğlu, Borçlar, s.92; Oğuzman ve Öz, Cilt I, s. 83; Reisoğlu, s.145; Yıldırım, s.105 vd. Aşırı yararlanma da sözleşme özgürlüğünün sınırını oluşturmaktadır (bkz. Eren, Özel, s67). Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 15.12.2010 tarihli, 2010/13-618 E. ve 2010/668 K. sayılı kararında “*Taşınmazın davacıya satıldığı tarihte evveliyatının orman olduğunun bilinmesi alan ve satan için yasa hükmü gereğidir. Orman alanlarının özel mülkiyete konu olması, devir ve temlik hukuki sonuç doğurmaz. Yani taraflar arasında yapılmış bulunan satım akdi B.K.19-20 maddeleri gereğince mutlak butlanla batıl olup, baştan beri geçersizdir. Geçersiz sözleşmelerde, taşınmazın hukuka uygun yollarla tescil edilmiş olması B.K.192 maddesindeki satıcının zapta karşı tekeffül borcunu doğurmaz. Çünkü bu madde, sadece hukuken geçerli sözleşmelerde ileri sürülebilir.*” demektedir (www.kazanci.com.tr , e.t.12.2.2017). Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 14.1.2015 tarihli, 2014/3-8 E. ve 2015/10 K. sayılı kararında “ *...Hazine adına tescil edildiğini ileri sürerek taşınmazın rayiç değerinin tahsiline karar verilmesini istemiş; mahkemece, taşınmazın evveliyatının orman olması nedeniyle taraflar arasındaki sözleşmenin geçersiz olduğunu ve bu nedenle davacının taşınmazın rayiç değerini isteyemeyeceği, ancak ödediği satış bedelinin akdin ifasının imkansız hale geldiğinin anlaşıldığı....tarihi itibarıyla denkleştirici adalet ilkelerine göre ulaştığı değerini isteyebileceği gerekçe gösterilerek davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.*” demektedir (www.kazanci.com.tr , e.t.12.2.2017).

⁴¹⁷ Antalya, Borçlar I, s.96vd.; Eren, s.334; Demirsatan, s.228; İnan ve Yücel, s.232; Kılıçoğlu, Borçlar, s.92; Oğuzman ve Öz, Cilt I, s. 83; Yıldırım, s.113. Satış sözleşmesinin geçerli olmaması durumunda satıcı için satılanı zilyetliğini ve mülkiyetini devir, alıcı içinde satış bedelini ödeme borcu doğmaz. Bkz. Eren, Özel, s.80).

zapttan sorumluluğuna ilişkin özel düzenlemelere gitmeye imkân yoktur. Alıcı, sebepsiz zenginleşme davası (TBK.m.77) ile verdiğini bedeli geri isteyebilir⁴¹⁸.

Bir diğer geçersizlik yaptırımı da iptal edilebilirlik (nispi geçersizlik) tir. İptal edilebilir bir sözleşme, kurulmuş meydana gelmiş bir sözleşmedir. Kesin hükümsüzlükten farklı olarak kurulduğu andan, başlangıçtan itibaren geçerli olup, hüküm ve sonuçlarını doğurur. İptal edilebilirlikte, sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kaldırılır⁴¹⁹. Kesin hükümsüzlükten farklı olarak, iptal nedeniyle geçersizlik her zaman ileri sürmek mümkün değildir. İrade bozukluğu gibi durumlarda bir yıllık hak düşürücü süreye tabidir. Bir yıllık hak düşürücü süre içinde ileri sürülmez ise, sözleşme geçerli bir şekilde yapılmış gibi hüküm ve sonuç doğurmaya devam eder. Alıcı tarafından sözleşmenin nispi geçersizliğinin süresinde usulüne uygun şartlarla öne sürüldüğü durumlarda da, iptale ilişkin hükümler uygulama alanı bulacaktır. Yani aşırı yararlanma, irade bozukluğu halleri gibi nispi geçersizlik sebeplerinin bulunduğu durumlarda alıcının bunu öne sürmesi durumunda artık geçersizliklere ilişkin hükümler uygulama alanı bulacaktır⁴²⁰. Sözleşmenin irade bozukluğu nedeniyle iptal olduğu bir durumda, sözleşme başlangıçtan itibaren geçersiz olacak ve zapt sorumluluğuna ilişkin özel hükümlerin uygulanması mümkün olmayacaktır.

İptalin ileri sürülmesi hak düşürücü süreye bağlıdır. Hak düşürücü süre içinde, bu hak kullanılmazsa, bir daha ileri sürülemez⁴²¹. İptal hak düşürücü süre içinde kullanılmaz ya da bu haktan feragat edilirse, artık sözleşmenin geçersizliğinden

⁴¹⁸ Sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanacağı bir durum da Türk Borçlar Kanunu'nun 136. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen durumlardır. Hükme göre karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde imkânsızlık sebebiyle borçtan kurtulan borçlu, karşı taraftan almış olduğu edimi sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca geri vermekle yükümlüdür (Bkz. Eren, Özel, s.76). Pakize Ezgi Akbulut, **Borçlar Hukukunda Kesin Hükümsüzlük Yaptırımının Amaca Uygun Sınırlama (Teleolojik Redüksiyon) Yöntemi ile Daraltılması**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s.23 vd.; Veysel Başpınar, **Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı**, Adalet Matbacılık, Ankara, 1998, s.21 vd.

⁴¹⁹ Antalya, Borçlar I, s.112vd.; Başpınar, s.22; Oğuzman ve Öz, Cilt I, s. 120; Yıldırım, s.324. İptal kavramı yerine, nispi butlan, nispi geçersizlik terimleri de kullanılmaktadır. Türk Borçlar Kanunu'nda "iptal" yerine "bağlı olmama" kavramı kullanılmıştır (Bkz. Kılıçoğlu, Borçlar, s.93). Akbulut, s.41.

⁴²⁰ Ayrıntılı açıklama için bkz. Antalya, Borçlar Temel I, s.320; Oğuzman ve Öz, Cilt I, s. 119 vd.; Kılıçoğlu, Borçlar, s.93. İrade bozukluğu durumunda korunan taraf sözleşmeyi onama ya da onun geçersizliğini devam ettirme hakkı bulunmaktadır. Bu hak kullanılana kadar, sözleşme belirsiz bir durum içindedir. Doktrinde irade bozukluğu hallerinde, Türk Borçlar Kanunu 27. maddesine göre kesin geçersizliğin bulunmadığı savunulmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Antalya, Borçlar Temel I, s.332).

⁴²¹O. Gökhan Antalya, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt: I, 1.baskı, Legal Yayınevi, İstanbul, 2015 (Borçlar Temel I), s. 145 vd; Oğuzman ve Öz, Cilt I, s. 121; Kılıçoğlu, Borçlar, s.93.

bahsedilemez. Bu durumda sözleşme başlangıçtan itibaren geçerli olur⁴²². Böyle bir durumda satış sözleşmesine ilişkin hükümler uygulama alanı bulur.

B. Taşınırın Teslimi

Satış sözleşmesi satıcının taşınır bir malın mülkiyetini karşı tarafa geçirdiği, alıcının da karşılığında bir bedel ödediği iki taraflı bir sözleşmedir. Satıcı, satılanın zilyetliğini ve mülkiyetini alıcıya devretme borcu yüklenmektedir (TBK.m.207/1)⁴²³.

Taşınırın teslimi, malın aynen veya hukuken alıcının egemenlik alanına geçirilmesiyle ifa edilmiş olur⁴²⁴. Çoğu zaman zilyetliğin geçirilmesi, teslimi kapsamaktadır. Ancak zilyetliğin devri her zaman taşınırın fiziken teslimi şeklinde olmamaktadır.⁴²⁵ Zilyetliğin devri, satıcının alıcıya bizzat satılan şeyi teslim etmesi şeklinde olabilir ya da satış konusu şey üzerinde hâkimiyeti sağlayacak araçların

⁴²² Antalya, Borçlar Temel I, s. 145 vd.; Oğuzman ve Öz, Cilt I, s. 121; Kılıçoğlu, Borçlar, s.93.

⁴²³ Akcaal, Zapt, s.144; Aydoğdu ve Kahveci, s.121; Tandoğan, Cilt: I/1, s.149; Demirsatan, s. 235; Gümüş, s.65; Zevkliler ve Gökyayla, s.142; Yavuz, Özel, s.112. Satıcının asli borcu, taşınır malın zilyetliğini alıcıya devretmesidir. Satılan taşınırın teslimi ile alıcı, mal üzerinde doğrudan fiili hâkimiyet kazanır (Bkz. Eren, Özel, s.89). Yargıtay 19. Hukuk Dairesi 26.5.2016 tarihli, 2015/17864 E. ve 2016/9463 K. sayılı kararında “*Davacı, davalılara büyükbaş hayvanlar satıp teslim ettiğini, ancak bedelini alamadığını iddia etmiş, davalılar ise davacı ile aralarında satış ilişkisi bulunmadığını savunmuş, bir davalı da sadece aracılık yaptığını bildirmiştir. Bu durumda somut olay bakımından ispat külfeti davacıda olup, davacı, davalılara mal satıp teslim ettiğini kesin delillerle ispatla yükümlüdür. Dosyaya bu anlamda yazılı delil veya kesin delil niteliğinde bir delil sunulamamıştır. Dosyaya sunulan kantar teslim fişlerinde davalının imzaları bulunmadığından bu belgeler davalıları bağlayıcı nitelikte kabul edilemez.*” demektedir (www.kazanci.com.tr , e.t.12.2.2017).

⁴²⁴ 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun 182. maddesinde satıcının “teslim borcundan” bahsedilmekte idi. Türk Borçlar Kanunu’nun 207. maddesinde “zilyetliğin devri borcundan” bahsedilmektedir. Bu değişiklik, zilyetliğin teslimsiz devrinin önerildiği durumlarda önemli farklar doğuracaktır(Ayrıntılı bilgi için bkz. Gümüş, Cilt I, s.59). Yargıtay 19. Hukuk Dairesi 26.5.2016 tarihli, 2015/17864 E. ve 2016/9463 K. sayılı kararında “*Davacı, davalılara büyükbaş hayvanlar satıp teslim ettiğini, ancak bedelini alamadığını iddia etmiş, davalılar ise davacı ile aralarında satış ilişkisi bulunmadığını savunmuş, bir davalı da sadece aracılık yaptığını bildirmiştir. Bu durumda somut olay bakımından ispat külfeti davacıda olup, davacı, davalılara mal satıp teslim ettiğini kesin delillerle ispatla yükümlüdür. Dosyaya bu anlamda yazılı delil veya kesin delil niteliğinde bir delil sunulamamıştır. Dosyaya sunulan kantar teslim fişlerinde davalının imzaları bulunmadığından bu belgeler davalıları bağlayıcı nitelikte kabul edilemez.*” demektedir (www.kazanci.com.tr , e.t.12.2.2017).

⁴²⁵ Akıntürk, Eşya, s.148 vd.; Aybay ve Hatemi, s.46; Antalya, O. Gökhan. Eşya Hukuku Cilt II, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2017 (Eşya II), s. 71 vd.; Mehmet Serkan Ergüne, **Taşınır Mülkiyeti**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s.92 vd.; Zevkliler ve Gökyayla, s.114. Taşınır için zilyetliğin devri aynı zamanda mülkiyetin devri anlamına da gelmektedir. Taşınmazlar için ise zilyetliğin teslimi ile mülkiyetin devri farklı eylemler ile gerçekleşir. Taşınmazlar için zilyetliğin devri, fiili hâkimiyetin sağlanmasını sağlayan aracın (örneğin anahtarın) verilmesiyle gerçekleşirken; mülkiyetin devri tapuya tescil ile gerçekleşir (Eren, Özel, s.91; Erzurumluoğlu, Özel, s.69). Yine mülkiyeti muhafaza kaydı ile yapılan satışlarda, mal satıcıya teslim edilmekle beraber, mülkiyet alıcıya geçmez. Beğenme koşuluyla satışlarda, satış konusu alıcının zilyetliğine geçmiş olsa bile, satış konusu mal beğenme koşulu gerçekleşene kadar satıcıda kalır (Erzurumluoğlu, Özel, s.50)

teslimi suretiyle gerçekleştirilebilir. Hükmen teslim, kısa elden teslim ve havale yoluyla teslim, zilyetliğin teslimsiz devrinin çeşitleridir. Hükmen teslimde satıcı (zilyetliği devreden), özel bir hukuki ilişkiye dayanarak zilyet olmaya devam eder. Zilyetlik teslim gerçekleşmeksizin kazanılmış olur (TMK.m.979/1). Havale yoluyla teslimde ise, üçüncü kişi özel bir hukuki ilişki nedeniyle satış konusu mala zilyet olmaya devam eder (TMK.m.979/2)⁴²⁶. Satıcının zapttan sorumluluğu hükümlerinin uygulanması için sözleşme konusu taşınır malın, alıcının elinden alınması gerekmektedir. Taşınırın zilyetliğinin hükmen tesliminde ya da havale yoluyla tesliminde, taşınır alıcının eline geçmemektedir⁴²⁷. Türk Borçlar Kanunu'nun 214. maddesinin lafzından taşınır alıcıya teslimi gerektiği anlaşılmakla beraber; hükmen teslim, kısa elden teslim ve havale yoluyla teslim gibi zilyetliğin teslimsiz devirlerini de teslim kapsamında değerlendirmek, satıcının zapttan sorumluluk hükümlerinin uygulama alanını genişletecektir.

Satış sözleşmesi yapılmış olmakla beraber, taşınır mal satıcıda iken, üstün bir hak sahibi üçüncü kişi tarafından mal satıcının elinden alınır ise, alıcı satıcının zapttan sorumluluğu hükümlerine dayanamaz⁴²⁸. Satılanın borcu bir cins borcu ise satıcının zilyetliği devretmede temerrüdünden bahsedilebilir. Böyle bir durumda alıcı, satıcıya karşı Türk Borçlar Kanunu'nun 117. vd. hükümlerine başvurabilir⁴²⁹. Örneğin; alıcı, satıcıyı temerrüde düşürmek sureti ile Türk Borçlar Kanunu'nun 117. maddesi ve

⁴²⁶ Eren, Özel, s.90; Ergüne, s.97 vd.; Gümüş, Cilt I, s.59.

⁴²⁷ Gümüş, Türk Borçlar Kanunu'nun 207. maddesinde taşınırın teslimi yerine zilyetliğin devri kavramının kullanılmasını hatalı bulmaktadır. Yazara göre, satış sözleşmesinin temel amacı, satılan üzerinde denetim ve serbest tasarruf imkânının sağlanmasıdır. Teslimsiz zilyetliğin devri ile bu temel amaçtan sapılmaktadır. Taşınırın teslimi yerine zilyetliğin devri, satış sözleşmesinin ayıba karşı sorumluluk ve zaptta karşı sorumluluk kurumları ile çelişmektedir. Çünkü ayıba karşı sorumluluk ve zaptta karşı sorumluluk hükümleri taşınırın teslimi üzerine kurulmuşlardır (Bkz. Gümüş, Cilt I, s.60). Gümüş'e göre, önemli olan mülkiyetin devredilip devredilmediğidir. Sözleşme kurulmakla beraber mülkiyet devredilmeden önce üçüncü kişi hak iddiasında bulunur ise, satıcı alıcıya karşı Türk Borçlar Kanunu'nun 112. Maddesine göre sorumlu olur (Gümüş, Cilt I, s.66).

⁴²⁸ Tandoğan, Cilt: I/1, s.148,149; Yavuz, Özel, s.111, Zevklilerve Gökyayla, s.142. Satış sözleşmesinde satıcının asli borcu olan mülkiyeti devretme borcunu hiç veya gereği gibi yerine getirmemiş olması halinde Türk Borçlar Kanunu'nun 122. maddesi ve devamının uygulanması mümkündür. Kanun koyucu pratik bazı düşünceler ile satıcının zapttan sorumluluğunu özel olarak düzenleme gereği duymuştur. Satış konusu taşınırın alıcıya tesliminden önce zapt edilmesi durumunda alıcı genel hükümlere dayanabilir (bkz. Tandoğan, Cilt: I/1, s.148).

⁴²⁹ Yavuz, Özel, s.112. Ticari olmayan satışlar ile belirli süreli olmayan ticari satışlarda satıcının temerrüdü halinde borcunun temerrüdüne ilişkin genel hükümler uygulanır (TBK.m.212/1). Bu duruma Türk Borçlar Kanunu'nun 117. maddesi ile 123. ve 125. maddeleri arasında ki hükümlerde uygulama alanı bulacaktır. Belirli süreli ticari taşınır satışlarında ise özel hüküm niteliğinde Türk Borçlar Kanunu'nun 212.maddesi uygulama alanı bulacaktır. İlgili hükümde bahsedilen belirli süre, Türk Borçlar Kanunu'nun 117/2. maddesinde geçen belirli vade ile aynıdır (Eren, Özel, s.98). Ayrıntılı bilgi için bkz. Bekir, s.85 vd.

devamındaki seçimlik haklardan birini kullanmak sureti ile bir hak talebinde bulunabilir ya da Türk Borçlar Kanunu'nun 213. maddesine dayanmak sureti ile zararının giderilmesini isteyebilir⁴³⁰. Satıcının elinden satılanın alınması durumunda ifanın imkânsız hale geldiği de söylenebilir (özellikle satış konusu mal parça borcu niteliğinde ise). İmkânsızlığın kabulü durumunda satıcı kusurlu ise Türk Borçlar Kanunu'nun 112. maddesi uygulama alanı bulur. Satıcı kusursuz ise satıcının sorumluluğu bulunmaz ve borç sona erer⁴³¹.

Zapttan sorumluluk bakımından taşınırın alıcıya teslimi gerekli ve yeterlidir. Mülkiyetin devredilmiş olması aranmamaktadır. Taşınır satışları bakımından, görünürde taşınırın teslimi ve mülkiyetin devri aynı zamanda gerçekleştiği için, pratikte bir fark yaratmamaktadır⁴³². Bu ayrım teorik bir ayrımı ifade etmektedir. Taşınmazlarda ise zilyetliğin devri ile mülkiyetin devri farklı hukuki işlemlerdir. Taşınmazın mülkiyetinin alıcıya geçmesinden sonra taşınmazın zilyetliği alıcıya geçmemiş olsa da satıcının zapttan sorumluluğuna ilişkin hükümlerin uygulanacağı kanaatindeyiz. Somutlaştırmak gerekir ise, bir evin mülkiyeti alıcıya geçmekle beraber, evin anahtarları alıcıya devredilmediğinde, fiili anlamda zilyetlik tesis edilmemiştir. Bu durumda da taşınmazın alıcının elinden alınmasına neden olacak bir durum ile karşılaşılması durumunda alıcının her ne kadar fiili hâkimiyeti henüz kazanmamış olsa da satıcının zapttan sorumluluğu hükümlerine dayanabileceği kanaatindeyiz.

Satıcı sözleşme konusu mal yerine başka bir malı alıcıya devreder ise; mülkiyeti devretme borcunu yerine getirmiş olmaz. Burada yanlış mal teslimi söz

⁴³⁰ Eren, Özel, s.98.

⁴³¹ Eren, Özel, s.111. Doktrinde satıcının zapttan sorumluluğunun kusura dayanmayan bir sebep sorumluluğu olarak gören görüş, Türk Borçlar Kanunu'nun 112. maddesinin, Türk Borçlar Kanunundaki satıcının zapttan sorumluluğuna ilişkin hükümleriyle yarışmak suretiyle uygulanamayacağını savunmaktadır (ayrıntılı bilgi için bkz. Gümüş, Cilt I, s.64).

⁴³² Doktrinde taşınır satışında mülkiyetin devri için, zilyetliğin devri yanında aynı bir sözleşme yapmaları gerektiğini savunan yazarlar bulunmaktadır. Kimi yazarlar ise zilyetliğin devrinin mülkiyetin devri için yeterli olduğunu ayrıca aynı bir sözleşme yapmanın gerekmediğini savunmaktadır. Bu yazarlara göre borçlandırıcı işlem niteliğinde bir sözleşmenin varlığı ve zilyedin devri mülkiyetin devri için yeterlidir. Tasarruf işlemi niteliğinde zilyetliğin devrinde, ayrıca aynı bir sözleşme adı altında yeni bir işlem yapmaya gerek yoktur (ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, Özel, ss.91-92). Yargıtay 19. Hukuk Dairesi 26.5.2016 tarihli, 2014/14716 E. ve 2015/553 K. sayılı kararında “ *Dava, icra takibine konu fatura nedeniyle borçlu olmadığı ve faturaya konu malların teslim alınmadığı iddialarına dayanmaktadır. Satım sözleşmesi hükümleri gereğince satıcının malın teslimini kanıtlaması gerekir. İspat yükü satıcı konumunda bulunan davalıdadır. Davalının iddiasını yazılı belge ile ispat etmesi gerekir. Faturanın sadece davalı satıcının defterinde kayıtlı olması malın teslimine karine teşkil etmez*” demektedir (www.kazanci.com.tr , e.t.12.2.2017).

konusudur⁴³³. Böyle bir teslimde borcun ifa edilmemesine ilişkin hükümler uygulanır. Yanlış teslim edilen mal üçüncü kişi tarafından alıcının elinden zapt edilmesi durumunda, alıcı satıcıya karşı zapttan sorumluluk hükümlerine başvuramaz. Alıcı, satıcıya karşı ifa etmeme, yanılma, aldatma hükümlerine başvurabilir.

C. Satıcının Zapttan Sorumluluğunu Engelleyen Bir Durumun Bulunmaması

Sözleşme serbestisi kapsamında, satıcı, zapttan sorumlu olmayacağına dair ya da sınırlı sorumlu olacağına dair bir düzenlemeyi sözleşmeye dâhil edebilir. Bu tarz bir düzenleme taraflar kabul ettiği sürece geçerlidir⁴³⁴. Böyle bir sözleşmeyi kabul etmiş olan alıcı, taşınırın elinden alınması durumunda kural olarak satıcının zapttan sorumluluğu yoluna gidemez. Ancak, satıcı taşınır üzerindeki üçüncü kişinin hakkını gizlemişse, sorumluluğunu kaldırma veya sınırlama konusunda yapılmış olan hükümler geçersiz olacaktır (TBK.m.214/3)⁴³⁵. Gizlemeden anlaşılması gereken, satıcının sözleşmenin yapılması sırasında üçüncü kişinin hakkını biliyor olmasıdır. Satıcı gerekli dikkat ve özeni göstermiş olsa idi, bilebilirdi denebiliyor ise, bu da gizleme kapsamında değerlendirilir⁴³⁶. Burada kısmi bir geçersizlik vardır. Sadece ilgili hüküm geçersiz olacaktır. Türk Borçlar Kanunu'nun 214. maddesinin 3.

⁴³³ Eren, Özel, s.93. Sözleşmede anlaşılandan başka bir şey teslim edilmesine aliud ifa da denmektedir. Parça satışlarında şahsileştirilmiş mal borçlanılmaktadır. Parça satımında malın önemli ve cinse ait özelliklerinin eksikliği yanlış ifa olduğu kadar kötü ifa olarak da tanımlanır. Parça satımında satış konusundan başka bir mal teslim edilmesi durumunda Türk Borçlar Kanunun 123. maddesi ve devamı hükümleri uygulama alanı bulur. Çeşit satışında, satış konusu maldan başka bir cinse ait mal teslim edilirse yine yanlış ifa söz konusudur (Ayrıntılı bilgi için bkz. Kahveci, s.39).

⁴³⁴ Aral ve Ayrancı, s.98; Aydoğdu ve Kahveci, s.121; Tandoğan, Cilt: I/1, s.149; Zevkliler ve Gökyayla, s.142. Satıcının zapttan sorumluluğunu düzenleyen Türk Borçlar Kanunu'nun 217 ve 218 maddeleri emredici nitelikte hukuki düzenlemeler değildir. Satıcı ve alıcı aralarında yapacakları sözleşme ile satıcının zapttan sorumluluğunu sınırlayabilecekleri gibi tamamen ortadan da kaldırabilirler. Taşınır satışları herhangi bir şekle bağlı olmadığı için bu tarz bir sorumsuzluk anlaşması şekle bağlı değildir (Eren, Özel, s.126). Sorumsuzluk antlaşması sözleşmenin kurulması sırasında yapılabileceği gibi satış sözleşmesinin kurulmasından sonra da yapılabilir. Sözleşme kurulduktan sonra yapılacak bir sorumsuzluk antlaşması sözleşmenin tadili anlamına gelecektir. Zapttan sonra yapılacak bir sorumsuzluk antlaşması, her ne kadar adı sorumsuzluk antlaşması olsa bile nitelik itibari ile sorumsuzluk antlaşması olmaz. Böyle bir durumda, aslında bir ibra ya da sulh sözleşmesi söz konusu olur (ayrıntılı bilgi için Demirsatan, s.229).

⁴³⁵ Aral ve Ayrancı, s.98; Aydoğdu ve Kahveci, s.121; Demirsatan, s.230; Eren, Özel, s.127; Tandoğan, Cilt: I/1, s.149; Zevkliler ve Gökyayla, s.142. 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 189. maddesinin 3. fıkrasında benzer bir düzenleme bulunmakta idi (bkz. Tandoğan, Cilt: I/1, s.149).

⁴³⁶ Satıcının sorumluluğunun sınırlandırıldığı anlaşma, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı ise de anlaşma geçersizdir (TBK.m.27/1). Eren, Özel, s.127.

fikrasında ki düzenleme, Türk Borçlar Kanunu’nun 115. maddesi ile paralellik göstermektedir. İlgili hükme göre; “*Borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür*”. Türk Borçlar Kanunu’nun 214. maddesinin 3. fıkrasında düzenleme olmasaydı bile, satıcının üçüncü kişinin hakkını gizlemesi durumunda, sorumluluğunu kaldırma veya sınırlama konusunda yapmış olduğu hükümler Türk Borçlar Kanunu’nun 115. maddesinin 1. fıkrası gereği yine geçersiz olacaktı.

Bununla beraber satış sözleşmesi yapıldığı sırada, alıcı, üçüncü kişi tarafından, satış konusu taşınırın elinden alınma tehlikesi olduğunu biliyordu ise ve buna rağmen sözleşmeyi yapmış ise artık satıcının zapttan sorumluluğu yoluna başvuramaz (TBK.m.214/2). Bu tarz bir durumda alıcı, satıcının zapttan sorumluluğuna gidebilmesi için, satıcının her halükarda sorumlu olduğuna dair bir güvenceye sözleşmede yer vermesine bağlıdır⁴³⁷.

Türk Borçlar Kanunu’nun 214. maddesinin 2. fıkrasında alıcının taşınırın elinden alınma tehlikesini “bilmesi” terimini kullanmaktadır. Doktrinde, “bilme” kelimesinin geniş yorumlanması gerektiği savunulmaktadır. Bu kapsamda, alıcının ihmali davranışı yüzünden bilmediği durumlarda, alıcının bildiği varsayılmaktadır ve satıcının zapttan sorumluluğu doğmamaktadır⁴³⁸.

⁴³⁷ Aral ve Ayrancı, s.98; Tandoğan, Cilt: I/1, s.148; Zevkliler ve Gökyayla, s.142. Demirsatan’a göre Alıcının bilgisi belli bir kişinin hak sahibi olduğuna ilişkin ise, bu kişi dışında başka bir kişinin hak iddiasında bulunması ve satış konusunu zapt etmesi durumunda kanunun belirttiği anlamda zapt durumunu bildiğinden bahsedemeyiz. Böyle bir durumda alıcı, satıcının sorumluluğu yoluna gidebilecektir (bkz. Demirsatan, s.232).

⁴³⁸ Gümüş, Cilt I, s.67. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 25.2.2015 tarihli, 2013/13-1352 E. ve 2015/874 K. sayılı kararında “...zapta karşı tekeffülün şartlarından birisi de “sözleşmenin kurulduğu anda alıcının zapt tehlikesini bilmemesidir”. Satıcının sorumluluğu için alıcının satış sözleşmesinin kurulduğu anda zapt tehlikesinin mevcut olduğunu bilmemesi gerekir. Alıcı zapt tehlikesini biliyorsa, satıcı ancak açıkça taahhüt ettiği takdirde zapta karşı tekeffül hükümleri uyarınca sorumlu olur. Bu sonuç, TBK.m.214/2’de...ifade edilmiştir. Kanunun ifadesi sadece “bilme” üzerinedir. Ancak öğreti, alıcının sadece zapt tehlikesini bildiği değil, “ihmalî olarak bilmediği” yani bilmesi gerektiği hallerde de satıcının zapta karşı tekeffül sorumluluğunun ortadan kalktığı görüşündedir. Hatta EBK’nın yürürlük dönemi öğretisi bir adım daha ileri giderek alıcının dürüstlük kuralı ihlali oluşturacak şekilde kasıtlı olarak bilgi sahibi olmaktan kaçındığı, hallerde de, satıcının zapta karşı tekeffül sorumluluğunun kalktığını kabul etmektedir” demektedir (www.kazanci.com.tr , e.t.12.2.2017). Aksi görüşte olan Demirsatan; “bilmeyi”, bilmesi gerektiği gibi ihmali davranışları kapsayacak şekilde geniş yorumlanması, satıcının zapttan sorumluluğuna ilişkin hükümlerin uygulanma alanını daha da daraltacaktır (bkz. Demirsatan, s.233).

D. Zapta Konu Olan Mal Üzerinde Sözleşme Kurulması Sırasında Bir Hakkın Bulunması

Üçüncü kişinin alıcıya karşı ileri sürdüğü üstün hakkı, kural olarak satış sözleşmesinin kurulmasından önce var olması gerekir⁴³⁹. Üçüncü kişinin sözleşmenin kurulmasından sonra, satış konusu taşınır mal üzerinde hak kazanması durumunda, artık satıcının zapttan sorumluluğuna değil, satıcının borca aykırı davranışından dolayı sorumluluğunu düzenleyen hükümlere başvurulması gerekir⁴⁴⁰.

Zapt durumunda ana kural üçüncü kişiye ait hakkın sözleşmeden önce var olması iken, saklı paylı mirasçının hakkı bu durumun istisnasını oluşturur. Başka bir deyişle satış konusu taşınır mal, terekeye eklenmesi gereken bir değer ise satıcının ölmesi durumunda satıcının saklı pay sahibi mirasçısı bu hakkını alıcıya karşı ileri sürebilir. Saklı pay sahibi mirasçı satış sözleşmesine konu malın, satıcının ölümü ile birlikte, tereke davası ile bu değer terekenin hesaplanmasına dâhil edilmesini isteyebilir. Saklı paylı mirasçıların tenkis davası açması ve sonrasında iade davası açması durumunda, taşınır mal alıcının elinden alınacaktır. Böyle bir durumda, malın alıcının elinden alınmasını doğuran hak, satış sözleşmesinin yapıldıktan sonra ortaya çıkmaktadır. Söz konusu hak satıcının ölümü ile kazanılmaktadır (TMK.m.584). Başka bir deyişle, satış konusu mal üzerindeki üçüncü kişiye ait hak, satış sözleşmesinin yapılmasından sonra doğmaktadır.

⁴³⁹ Aral ve Ayrancı, s.97; Gümüş, Cilt I, s.65; Tandoğan, Cilt: I/1, s.153; Zevkliler ve Gökyayla, s.142; Yavuz, s.112.

Hak, cismani olmadığı için eşya kavramı içinde değerlendirilmez. Buna rağmen kanun, bazı haklar üzerinde aynı hak kurulabileceğini düzenlemiştir. Bağımsız ve sürekli nitelikte üst hakkı bunlardan biridir. Cismani varlığı bulunmayan bu tarzda hakların üzerinde aynı hak kurulabilmesi, beraberinde bir takım zorlukları da beraberinde getirmektedir (bkz. Sanem Aksoy Dursun, **Eşya Kavramı**, Oniki Levha Yayınevi, İstanbul, 2012, s.97).

⁴⁴⁰ Akçaal, Zapt, s.156; Aral ve Ayrancı, s.95; Aydoğdu ve Kahveci, s.122; Gümüş, Cilt I, ss.65,66; Tandoğan, Cilt: I/1, s. 148; Zevkliler ve Gökyayla, s.142; Yavuz, s.112. Sözleşme kurulmakla beraber, teslimden önce satış konusu üzerinde üçüncü kişi lehine üstün bir hak tesis edilecek olursa Türk Borçlar Kanunu'nun 112. maddesine göre sorumluluk söz konusu olur. Böyle bir durumda alıcının elinden satış konusu mal zapt edilirse, satıcı kusuru olmadığı ispat etmek sureti ile sorumluluktan kurtulabilir (bkz. Tandoğan, Cilt: I/1, s. 153).

E. Zaptı Sağlayacak Bir Hakkın Bulunması

Üçüncü kişinin, satış konusu malı alıcının elinden alabilmesi için, bir hakkı olduğunu öne sürmesi gerekmektedir. Bu hakkın zaptı sağlayacak nitelikte olması gerekmektedir. Eğer üçüncü kişi hiçbir hakka dayanmayarak satılanı zorla alırsa, satıcının zapttan sorumluluğuna gidilemez⁴⁴¹.

Aynı haklar zaptı sağlayacak nitelikte haklardır⁴⁴². Şerh verilmemiş şahsi hakların (alacak hakları) zapta yetki vermeyeceği öğretide dile getirilmektedir⁴⁴³. Kanımızca mevcut durumun özelliğine göre, alacak hakkı da zaptın konusunu oluşturabilir. Nispiyet ilkesinin istisnasını oluşturan durumlarda, alıcının elindeki taşınır malın zaptı gerçekleşebilir. Böyle bir durumda da satıcının zapttan sorumluluğuna başvurulabilir.

Hukuki ayıbı açıklarken belirttiğimiz üzere, kamu hukukundan kaynaklanan sınırlamalar yüzünden satış konusunun alıcının elinden alınması zapt kapsamında yer almaz. Örneğin, deli dana hastalığı yüzünden, büyükbaş hayvanların toplanması; kuş gribi yüzünden tavukların toplanması durumunda; inşaat yasağı kararı olan bir yerin satılmasında alıcı satıcının zapttan sorumluluğu yoluna gidemez. Böyle bir durumda

⁴⁴¹ Aral ve Ayrancı, s.95; Erzurumluoğlu, Özel, s.75; Tandoğan, Cilt: I/1, s.153; Yavuz, s.112. Üçüncü kişinin sadece hak sahibi olması yeterli değildir. Bu hakkın alıcıya karşı mutlaka ileri sürülmüş olması gerekir (Eren, Özel, s.112). Yargıtay Ticaret Dairesinin 25.2.1971 tarihli, E.1970/3791, K.1971/1388 sayılı kararında “...dava, davalılardan...Ticaret ve Sanayi Adi Komandit Şirketi’ne davacı E.D.’ca verildiği diğer davalı şirket ciro edilen 15.000 liralık senedin satın alınan kamyonete daha evvel icraca konan hacizler sebebi ile trafik bürosunca üzerine tescilinin yapılmaması ve böylelikle mal intikal etmediğinden karşılıksız kaldığı için iptal ve bilahare ödenmesi sebebi ile bedelinin istirdadı istemine ilişkin bulunmaktadır...satım, tafralardan her birisi hakkında haklar ve yükümler doğuran bir akittir. Satılan şeyin teslimi ve mülkiyetin nakli borcu yanında zapta e ayıba karşı tekeffül borcu da yasa hükümleri gereğince satıcının borçları arasındadır. Tekeffül borcu esas itibariyle mülkiyet nakil borcunun bir neticesi ve müeyyidesi mahiyetindedir. Borçlar Kanunu’nun 189 ve 194. Maddesinin satıcıya tahmil ettiği bu mükellefiyet satıcının kanuni borçları arasında ve şahsi mahiyeti haizdir. Satılan şeyde mevcut olan ve tekeffül borcunu doğuran ayıplar maddi, hukuki veya iktisadi olabilirler. Eşyanın hukuki vasıflarında mevcut olup iktisadi değerine menfi yönden tesir eden amiller hukuki ayıpları teşkil ederler. ...Bu durumda satın alınan bir kamyonetin satış tarihinden evvel konan ve trafiğe de tescil ettirilen hacizlerle hukuki ve iktisadi ayıpla malül olduğu belirtilmektedir.” demektedir (bkz. **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı: 5, Yıl 1972, s.871).

⁴⁴² Aral ve Ayrancı, s.95; Aydoğdu ve Kahveci, s.122; Eren, Özel, s.112; Tandoğan, Cilt: I/1, ss.151,152; Zevkililer ve Gökyayla, s.142.

⁴⁴³ Eren, Özel, s.112; Tandoğan, Cilt:I/1, s.152. Doktrinde hâkim görüş, üçüncü kişinin ileri sürdüğü kişisel hak tapu kütüğüne şerh edilmiş ise satıcının zapttan sorumluluğu hükümleri uygulama alanı bulur (Bkz. Gümüş, Cilt I, s.66). Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 15.12.2010 tarihli, 2010/13-618 E. ve 2010/688 K sayılı kararında “ Şeyin tamamı veya bir kısmı üzerinde mülkiyet, rehin hakkı, intifa veya taşınmazlarda öteki irtifak hakları, tapu siciline şerh verilen şahsi haklar zaptı sağlayacak haklardandır.” demiştir (www.kazanci.com.tr et. 10.11.2017).

ayıptan dolayı sorumluluk söz konusu olabilir⁴⁴⁴. Yargıtay bu ayrıma dikkat etmeden hukuki ayıp kapsamında yer alan bazı hukuki aykırılıklarda satıcıyı zapttan sorumlu tutmuştur. Yargıtay bir kararında⁴⁴⁵, şehir planı gereğince ferağdan önce taşınmaz malın bir kısmının yol için ayrılmış olduğunun satıcı tarafından alıcıdan gizlenmesi halinde, kısmi zapta ilişkin İlga olan Borçlar Kanunu'nun 193. maddesi uyarınca satıcının zapttan sorumlu olacağını belirtmiştir.

1. Ayni Haklar

Ayni haklar herkese karşı ileri sürülebilen, hak sahibine eşya üzerinde doğrudan doğruya hâkimiyet sağlayan mutlak haklardır. Herkese karşı ileri sürülebilmesi beraberinde herkes tarafından ihlal edilebileceği sonucunu da çıkarmaktadır⁴⁴⁶. Başka bir ifade ile bir ayni haktan bahsedebilmemiz için üç öge gerekir. Ayni hak için üzerinde oluşacağı bir eşya mevcut olmalı, sahibine bu eşya üzerinde doğrudan hâkimiyet sağlamalı ve herkese karşı ileri sürülebilir olmalıdır⁴⁴⁷.

Ayni hak sahibi, eşyaya hâkimiyetin bir sonucu olarak, hâkimiyet hakkına engel olan herkese karşı, bu hakkını savunabilir. Bu kapsamda, hakkının ihlaline son verilmesini isteyebilir ya da üzerinde hakkı bulunan eşya gasp edilmiş ise, takip edip kendisine iade edilmesini sağlayabilir veya istihkak davası açmak sureti ile eşyanın kendisine iadesini isteyebilir⁴⁴⁸.

⁴⁴⁴ Aral ve Ayrancı, s.106; Demirsatan, s. 238; Tandoğan, Cilt: I/1, s.152; Zevkiler ve Gökyayla, s.124. Objektif hukukun koyduğu sınırlamalar olarak da tanımlanmaktadır (Bkz. Gümüş, Cilt I, s.86).

⁴⁴⁵Yargıtay 4.HD. T:2.2.1945, E:811, K:320 (bkzTandoğan, Cilt: I/1, s. 152).Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun, 2013/13-1352 E., 2015/874 K, 25.2.2015 tarihli kararında, satış sözleşmesine konu taşınmazın bir kısmının, satımından önce kamulaştırmaz el atma davası sonucu dava dışı Büyükşehir Belediyesi lehine terkin edildiği olayda, terkin edilen kısma tekabül eden bedelin satıcının kısmen zapttan dolayı sorumluluk hükümlerine göre satıcı tarafından iade edilmesi gerektiği belirtilmiştir (bkz. www.kazanci.com.tr et. 11.1.2018). Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ilgili kararda, kamulaştırmaz el atma sureti ile terkininde satıcının zapttan sorumluluğuna ilişkin hükümlerinin uygulanacağından bahsetmiştir. Belirtmek gerekir ilgili kararda kamulaştırmaz el atma söz konusudur. Kamulaştırmaz el koyma Yargıtay kararlarının da belirttiği üzere idarenin yasalara aykırı eyleminden kaynaklanan davalar olarak tanımlanmaktadır. Burada kamu hukukundan kaynaklanan bir sınırlama söz konusu değildir. Bu yüzden satıcının zapttan sorumluluğuna ilişkin hükümlerinin uygulanması kanaatimizce uygundur. Söz konusu olayda, yasalara uygun şekilde yapılmış bir kamulaştırma söz konusu olsa idi, bu durumda hukuki ayıptan ve dolayısı ile satıcının ayıptan sorumluluğundan bahsedebilecektik.

⁴⁴⁶ Antalya, Eşya, Eşya II, s.62; Ayan, Zilyetlik, s.32; Aybay ve Hatemi, s.11; Akıntürk, Eşya, ss.7, 12; Köprülü ve Kaneti, s.3; Sirmen, s.29; Serozan, Eşya, s.40.

⁴⁴⁷ Antalya, Eşya, Eşya II, s.63; Akıntürk, s.11; Ayan, Zilyetlik, s.32; Sirmen, s.28.

⁴⁴⁸ Ertaş, Eşya, s.4; Gözler, s.158; Sirmen, ss.28-30.

Ayni haklar, sınırlı sayıda ve kanun tarafından tipleri belirlenmiştir. Bu kapsamda kişiler, istedikleri çeşit ve kapsamda ayni hak yaratamaz. Ayni hakların kullanılması kural olarak bir zamanaşımına ya da hak düşürücü süreye tabi değildir⁴⁴⁹. Ayni haklar, kişilere sağladığı yetkilere göre mülkiyet hakkı ve sınırlı ayni haklar olarak ikiye ayrılır⁴⁵⁰.

a. Mülkiyet Hakkı

Mülkiyet hakkı, sahibine bir şeyi (her türlü taşınır ve taşınmaz eşya) dilediği gibi kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisi veren bir haktır (TMK.m.683). Malik eşya üzerindeki yetkilerini başka bir aracıya ihtiyaç duymadan doğrudan doğruya kullanabilir⁴⁵¹. Mülkiyet hakkı, temel bir anayasal hak olmakla beraber, toplum yararı ve kamu yararı amacıyla sınırlandırılabilir (Anayasa m.35).

Mülkiyet hakkı hak sahibine; eşyayı kanuni sınırlar içinde dilediği gibi kullanma, yararlanma, tasarruf etme yetkisinin yanı sıra geniş kapsamlı bir koruma yetkisi (istihkak davası, el atmanın önlenmesi davası, kuvvet kullanma, zilyetlik koruması, haksız fiil, haksız zenginleşme, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme, miras sebebi ile istihkak davası, tapu sicilinin düzeltilmesi davası) vermektedir⁴⁵².

b. Sınırlı Ayni Haklar

Sınırlı ayni haklar, sahibine mülkiyet hakkından farklı olarak daha sınırlı yetkiler sağlamaktadır. Sınırlı ayni hakkın kurulmasıyla, mülkiyet hakkı, sınırlı ayni hakkın sağladığı yetkiler ölçüsünde sınırlandırılmış olur. Burada sınırlandırılan mülkiyetin içeriğindeki yetkilere yoksa “aynılık” sınırlandırılmamaktadır. Sınırlı ayni haklar; irtifak

⁴⁴⁹ Akıntürk, Eşya, ss.13,14; Antalya, Eşya, Eşya II, s.66; Ertaş, Eşya, s.12; Sirmen, s.40; Esener, Turhan ve Kudret Güven, **Eşya Hukuku**, 6. Baskı, Ankara 2015, s.52.

⁴⁵⁰ Akıntürk, Eşya, s.18; Antalya, Eşya, Eşya II, s.77; Ayan, Zilyetlik, s.50; Sirmen, s.33.

⁴⁵¹ Akıntürk, Eşya, s.19; Ertaş, Eşya, s.206; Esener ve Güven, s.52; Sirmen, s.33; Serozan, Eşya, s.40. Türk Medeni Kanunu 704. maddesinde, Tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar taşınmaz mülkiyetinin konusunu oluşturur. Ancak üzerinde mülkiyet hakkı kurulamaz. Üzerinde ipotek hakkı, irtifak hakkı, taşınmaz yükü gibi sınırlı ayni haklar kurulabilir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Dursun, s.99.

⁴⁵² Serozan, Eşya, s.41.

hakları, taşınmaz yükü ve rehin haklarından oluşmaktadır. Bu sayılanlar dışında, yeni bir sınırlı ayni hak yaratmak mümkün değildir⁴⁵³.

Sınırlı ayni hak sahibi de istihkak ve el atmanın önlenmesi davalarının koruması altındadır. Mülkiyet devir olsa bile, sınırlı ayni hak eşya üzerinde varlığını sürdürür. Başka bir deyişle sınırlı ayni hak halefiyet koruması bağlamında sonraki maliklere karşı ileri sürülebilir⁴⁵⁴.

İrtifak hakları, malik tarafından başkalarına tanınan, hak sahibine bir maldan faydalanma, yararlanma yetkileri veren veya malike, mülkiyet hakkının sağladığı yetkileri kullanmaktan çekinme borcu yükleyen ayni haklardır. İrtifak hakkı sahibinin maldan yararlanması aktif bir biçimde olursa olumlu irtifak hakkı, yararlanma malikin yetkilerini kullanmasına engel olma biçiminde ise olumsuz irtifak hakkı söz konusudur. İrtifak hakları, şahsa bağlı irtifak hakları, eşyaya bağlı irtifak hakları şeklinde kurulabilir⁴⁵⁵.

Taşınmaz yükü; taşınmaz sahibinin, bu taşınmazdan dolayı ve bu taşınmazın değeri karşılık olarak ortaya konması suretiyle bir kimse lehine bir verme-yapma borcu altına girmesidir. Taşınmaz yükü, taşınmazla güvence altına alınan bir eşyaya bağlı borç ilişkisi doğurur (TMK.m.839)⁴⁵⁶. Türk Medeni Kanunu'nun 840. maddesine göre, taşınmaz yükü tapuya tescil ile kurulur. Tescilde, taşınmaz yükünün değeri olarak Türk Lirası veya yabancı para ile belirlenmiş bir miktar gösterilir. Taşınmaz yükü taşınmaz olmadığı için kat mülkiyetinde olduğu gibi tapuda ayrı bir sayfada düzenlenmez⁴⁵⁷.

Rehin hakkı; borcun ifa edilmemesi halinde alacaklıya rehin konusu olan eşyayı icra vasıtasıyla paraya çevirterek, alacağını, satım bedelinden tahsil yetkisi veren sınırlı bir ayni haktır. Malın değerinden yararlanma yetkisi veren rehin hakkı, rehin verenin aracılığına ihtiyaç duyulmaksızın eşyayı paraya çevirme ve getirisinden

⁴⁵³ Akıntürk, Eşya, s.19; Ayan, Zilyetlik, s.51; Ertaş, Eşya, s.14; Gözler, s.158,159; Köprülü ve Kaneti, ss.3,4; Sirmen, s.34; Serozan, Eşya, s.41.

⁴⁵⁴ Serozan, Eşya, s.42.

⁴⁵⁵ Akıntürk, Eşya, s.19; Ayan, Zilyetlik, s.52; Aybay ve Hatemi, s.14; Ertaş, Eşya, s.14; Köprülü ve Kaneti, s.6; Sirmen, s.34.

⁴⁵⁶ Akıntürk, Eşya, s.20; Aybay ve Hatemi, s.15; Ertaş, Eşya, s.14; Köprülü ve Kaneti, s.6; Sirmen, s.35. Taşınmaz yükünde, taşınmaz sahibine yükümlülük yüklenmektedir. Bu yükümlülük, taşınmaz aracılığı ile teminat altına alınmaktadır (bkz. Faruk Acar, **Rehin Hukuku Dersleri**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015, s.50).

⁴⁵⁷ Acar F., s.50.

alacağını tahsil etme yetkisi verir. Taşınır rehni ve taşınmaz rehni olarak ikiye ayrılır⁴⁵⁸.

2. Etkisi Kuvvetlendirilmiş Kişisel Haklar

Etkisi kuvvetlendirilmiş kişisel haklar (nispi haklar), hak sahibine, üçüncü kişilere karşı bu hakkını ileri sürebilme olanağı sağlarken, eşya sahibini ise bir borç yükümlülüğü altına sokmaktadır⁴⁵⁹. Kişisel hak, tapu kütüğüne şerh edilmekle sadece taraflar arasında sonuç doğuran bir hak olmaktan çıkar. Şerh tarihinden itibaren üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilir bir hal kazanır. Söz konusu şerh edilmiş kişisel hak, tescilden sonra aynı taşınmaz üzerinde aynı hak kazanan sahiplerine ve kişisel hakkını şerh eden hak sahiplerine karşı ileri sürülebilir⁴⁶⁰. Başka bir deyiş ile eşyanın sahibi değiştikçe, borcun yükümlüsü de değişmekte olup, hak sahibi hakkını yeni malike karşı ileri sürebilmektedir. Özü itibari ile kişisel bir hak olan bu haklar, sadece borçlandırıcı işlemin diğer tarafına karşı ileri sürülebilecek iken, tapuya şerh verilmek sureti ile taşınmazın sonraki maliklerine karşı da ileri sürülebilir hale gelmiştir. Kira, alım (işтира)⁴⁶¹, geri alım (vefa)⁴⁶², sözleşmeden doğan önalım (şufa)⁴⁶³ gibi haklar

⁴⁵⁸ Akıntürk, Eşya, s.20; Aybay ve Hatemi, s.13; Ertaş, Eşya, s.14; Köprülü ve Kaneti, s.6; Sirmen, s.35.

⁴⁵⁹ Akıntürk, Eşya, ss.17,18; Eren, Borçlar, s.57. Aybay ve Hatemi'ye göre, kişisel hak terimi yerine, nisbi nitelikte haklar denmesi daha uygundur (bkz. Aybay ve Hatemi, s.98).

⁴⁶⁰ Şerh edilebilecek kişisel hakkın şerh edilebilmesi için tarafların bu konuda anlaşmış olması ve ayrıca bu anlaşmanın da tapu kütüğünün şerhler sütununa yazılmış olması gerekir. Şerh için iki hukuki işlem yapılması gerekir. İlki "esas sözleşme" denebilecek ve tarafların önalım, geri alım, alım kira gibi hukuki işlemler üzerine yaptıkları sözleşmedir. İkinci hukuki işlem ise, "şerh anlaşması" denebilecek ve tarafların "esas sözleşme"de doğan hakkın şerh edileceği konusunda anlaşmalarıdır (ayrıntılı bilgi için bkz. Akıntürk, Eşya, ss.315-316). Türk

⁴⁶¹ İştiraa (alım) hakkı, hak sahibine tek taraflı irade açıklaması ile bir malı satın alabilme hakkı veren kurucu yenilik doğuran bir haktır. Alım hakkı tapu siciline şerh verilmemişse, sadece şahsi hak doğurur. Alım hakkı tapu siciline şerh edilmişse, şerhte gösterilen süre içerisinde malik değişikliği halinde bu hak, taşınmazın sonraki herhangi bir malikine karşı ileri sürülebilir. Böylelikle etkisi kuvvetlendirilmiş kişisel hak niteliği kazanmış olur (TMK.m.736). Ayrıntılı bilgi için bkz. Zevkliler ve Gökyayla, Borçlar, s.66-67.

⁴⁶² Vefa (geri alım) hakkı, bir malını başkasına devretmiş olan kişiye, tek taraflı irade açıklaması ile o taşınmazı geri alabilme hakkı sağlayan, kurucu yenilik doğuran bir haktır. Tapu kütüğüne şerh verilen geri alım hakkı, şerhte belirtilen süre için her malike karşı kullanılabilir (TMK.m.736). Ayrıntılı bilgi için bkz. Haluk Nami, Nomer ve Mehmet Serkan Ergüne, **Eşya Hukuku**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s.130; Zevkliler ve Gökyayla, Borçlar, ss.67-68.

⁴⁶³ Şufa (önalım) hakkı, taşınmaz malikinin (önalım yükümlüsünün), taşınmazını üçüncü bir kişiye satması ya da eşdeğer bir işlem yapması halinde, ön alıcıya açılacak dava ile taşınmazın alıcısı olabilme hakkı veren, kurucu yenilik doğuran bir haktır. Sözleşmeden doğan önalım hakkı tapu siciline şerh verilmemiş, sadece şahsi hak doğurur ve bu hak önalım yükümlüsüne veya külli haleflerine karşı ileri sürülebilir. Sözleşmeden doğan önalım hakkı tapu siciline şerh edilmişse, etkisi kuvvetlendirilmiş kişisel hak doğar. Bu durumda, bu hak şerh süresi içerisinde taşınmazı satın alan herkese karşı ileri

tapuya şerh edilmek sureti ile etkisi kuvvetlendirilmiş kişisel hak haline getirilebilir⁴⁶⁴. Şerh kişisel hakları kuvvetlendirmekle beraber aynı hak haline dönüştürmez. Şerh yapılmış olması, taşınmaz malikinin mülkiyet hakkından doğan tasarruf yetkisini sınırlamaz (TMK.m.735). Başka bir deyiş ile üzerinde şerh yapılmış taşınmaza ilişkin kütükte işlem yapılabilir⁴⁶⁵.

Tapu kütüğüne şerh verilebilecek kişisel haklar sınırlı sayıdadır. Kanunda şerh edilebileceği açıkça belirtilmiş olan alacak hakları şerh verilebilir (TMK.m.1009)⁴⁶⁶. Bu hükmün karşısından anlaşılabileceği üzere kanunda açıkça belirtilmemiş alacak hakları tapuya şerh verilemez⁴⁶⁷. Şerh verilme anı, üçüncü kişilere karşı alacak hakkının öne sürülebilmesi için önem arz etmektedir. Şerh verilme anını, şerh talebinin yevmiye defterine kayıt anı olarak kabul etmek gerekir⁴⁶⁸. Şerh verilme anı, taşınmaz üzerinde birden fazla aynı nitelikte etkisi kuvvetlendirilmiş hak olması durumunda da önem arz eder. Böyle bir durumda daha eski tarihli olan hak sahibi, kendisinden sonra yapılmış olan şerhin terkinini isteyebilir⁴⁶⁹.

Kişisel hak şerh edilmiş olsa bile, aynı bir hak gibi herkese karşı ileri sürülemez. Örneğin taşınmaz üzerine şerh edilmiş bir önalım hakkı sahibi, taşınmazı haksız şekilde kullanan kişiye karşı ecrimisil davası açamaz. Ancak şerh edilmiş bir

sürülebilir (TMK.m.735).Ayrıntılı bilgi için bkz. Nomer ve Ergüne, s.132; Zevkliler ve Gökyayla, Borçlar, ss.69-70.

⁴⁶⁴ Akıntürk, Eşya, s.18; Eren, Borçlar, s.57; Nomer ve Ergüne, s.132; Serozan, Eşya, s.37.

⁴⁶⁵ Akıntürk, Eşya, s.317. Taşınmaz üzerinde ki şerh malikin tasarruf etkisini etkilememekle beraber, şerhin etkisi yeni malike karşı ileri sürülebilecektir. Özellikle önalım hakkında bu durum görülmektedir. Yasal önalım hakkının bulunduğu bir taşınmaz üçüncü bir kişiye satılması bu duruma örnektir. Yasal önalım hakkı, alıcıya karşı dava açılarak kullanılır (TMK.m.734). Şerh, malikin taşınmaz üzerinde tasarruf ehliyetine bir etkisi olmasa da, şerh tarihinden sonra kurulan bütün aynı hak sahiplerinin, aynı haklarını şerh ile çatıştığı ölçüde sınırlar (ayrıntılı bilgi için bkz. Akıntürk, Eşya, s.318). Medeni Kanunu'nun 1009/son maddesi, "bunlar şerh verilmekle o taşınmaz üzerinde sonradan kazanılan hakların sahiplerine karşı ileri sürülebilir." demektedir.

⁴⁶⁶ Antalya, Eşya I, s.75; Şerhin amacı kişisel hakların kuvvetlendirilmesidir. Kanunda kütüğe şerh edilebilecek kişisel hakları sınırlı sayı (numerus clausus) olarak belirtilmiştir (ayrıntılı bilgi için bkz. Akıntürk, Eşya, ss.313-314). Bu sınırlı sayı ilkesi Türk Medeni Kanunu ile sınırlılık olarak anlaşılmamalıdır. Kanun ile sınırlılık anlaşılmalıdır. Bu kapsamdan Türk Borçlar Kanununda belirtilen bir kişisel hakta şerh verilmek suretiyle yeni malike karşı ileri sürülebilir (ayrıntılı bilgi için bkz. Aybay ve Hatemi, s.99).

⁴⁶⁷ Akıntürk, Eşya, s.314.

⁴⁶⁸ Tapu Sicil Tüzüğü madde 51'e göre "Şerhler, kütük sayfasındaki özel sütuna, konusu, süresi, tarih ve yevmiye numarası ile varsa değeri gösterilerek yazılır, terkin için sonraki ilk satır boş bırakılır. Geçici tescil şerhleri "G.T.Ş." harfleriyle gösterilir. Kesin tescil, terkin olunacak geçici tescil şerhinin tarih ve yevmiye numarası ile yapılır. Şerhle yükümlü taşınmaz devre konu olursa, varsa şerhler sütunundaki eski malikin adı çizilip, şerhin tarih ve yevmiye numarası değiştirilmeksizin, devir işlemine ilişkin tarih ve yevmiye numarası ile yeni malikin adı yazılır."

⁴⁶⁹ Aybay ve Hatemi, s.99; Eren, Borçlar, s.58; Nomer ve Ergüne, s.132.

kira sözleşmesi, taşınmaz üzerinde sonradan kurulan oturma hakkı sahibine karşı ileri sürülebilir. Bu durumda oturma hakkı sahibi kira sözleşmesine katlanmak zorunda kalacaktır⁴⁷⁰. Şerhin etki süresi alım, önalım ve geri alım hakları bakımından on yıllık süre için olabilir (TMK.m.735/2; m.736/2).

Şerhin etkisini açıklayan eşyaya bağlı borç görüşüne göre, taşınmaz devir edilse de, şerh edilmiş hak, yeni malike karşı da ileri sürülebilir. Böylece hakkı tanıyan kimse, taşınmazı üçüncü bir kimseye devretse de, şerh edilmiş hak yeni malike karşı ileri sürülebilir⁴⁷¹.

Türk Borçlar Kanunu'nun gerekçesinde etkisi kuvvetlendirilmiş (tapu siciline şerh verilerek üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilecek hale getirilmiş) kişisel haklar da zaptı sağlayacak nitelikte haklar arasında sayılmıştır⁴⁷². Ancak taşınır mal için etkisi kuvvetlendirilmiş hak söz konusu olmayacağı için, bu hakkı taşınır satışı içine dâhil etmek mümkün değildir. Tapu siciline kayıtlı bir taşınmaz üzerinde etkisi kuvvetlendirilmiş bir haktan bahsedilebilir. Satış konusu taşınmaz olduğunda, üçüncü kişinin, alacaklıya karşı ileri sürebileceği hak kapsamına, aynı ve sınırlı aynı hak yanında etkisi kuvvetlendirilmiş kişisel hak da girmektedir.

3. Alacak Hakları

a. Genel Olarak

Borç ilişkisi, yalnız bu ilişkinin tarafları arasında hüküm ve sonuç doğurur. Alacak hakkı sahibi, sadece borçlu sıfatını taşıyan kimliği belli kişilerden verme, yapma ya da yapmama edimi istemektedir. Alacak hakkı üçüncü bir kişiye karşı ileri

⁴⁷⁰ Aybay ve Hatemi, s.99; Akıntürk, Eşya, s.316.

⁴⁷¹ Akıntürk, Eşya, s.317; Nomer ve Ergüne, s.133. Eşyaya bağlı borç, bir kişinin bir eşya üzerinde sahip bulunduğu aynı hak ve zilyetlik dolayısı ile borçlu olmasıdır. Eşyaya bağlı borçta aynı ve kişisel hak birbirine bağlanmaktadır. Eşyaya bağlı borç ilişkisinde, kişi borç ilişkisinin tarafı olmasa da, eşya üzerinde aynı hak sahibi olması nedeniyle borçlu olmaktadır. Eşyaya bağlı borç ilişkisinde borçlunun aynı hak sahibi olması, ilişkiyi aynı ilişki haline getirmez. Niteliği itibari ile bir kişisel haktır (ayrıntılı bilgi için bkz. O. Gökhan Antalya, Eşya Hukuku – Cilt I, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2017(Eşya I), ss.69-71).

⁴⁷² Gümüş, s.66; Demirsatan, s.238; Zevkliler ve Gökyayla, s.142. Türk Borçlar Kanunu'nun gerekçesinde zapttan sorumluluğu doğuracak üstün haklar sayılmıştır. Gerekçede bu üstün hak; mülkiyet hakkı, sınırlı bir aynı hak ya da etkisi kuvvetlendirilmiş (şerh verilmiş) bir kişisel hak olarak sayılmıştır. Tapuya şerh edilmiş bir hakkı, tapunun aleniyet ilkesi gereği alıcının bildiği kabul edilir. Bu durumda satıcı, alıcıya karşı Türk Borçlar Kanunu'nun 214/2. maddesini öne sürmesi söz konusu olacaktır (bkz. Demirsatan, s.238).

sürülemez. Sadece belirli kişilere karşı ileri sürülebilen bu haklara “nispi haklar” da denmektedir⁴⁷³. Ayni haklar ise herkese karşı ileri sürülebilen, hak sahibine eşya üzerinde doğrudan doğruya hâkimiyet sağlayan mutlak haklardır. Baştan belli bir yükümlü yoktur, herkese karşı ileri sürülebilir başka bir ifade ile herkes tarafından ihlal edilebilir⁴⁷⁴.

Alacak hakları, Türk Borçlar Kanunu’nun 26. maddesi hükmünde düzenlenmiş bulunan sözleşme özgürlüğü sınırları kapsamında kaldığı sürece, sayısız tip ve türde kurulabilir. Ayni haklarda ise sınırlı sayı (numerus clausus) ilkesi geçerlidir⁴⁷⁵. Alacak hakları, mutlak haklardan farklı olarak nitelik olarak devamlılık göstermez. Borç ilişkisi zamanla sınırlıdır. Amaçlanan edim gerçekleştiği zaman borç ilişkisi sona erer⁴⁷⁶.

b. Nispi Alacak Haklarının Güçlenmesi

Alacak hakkını borçlu ihlal edebilir, üçüncü bir kişi ihlal edemez. Bu bakımdan alacak hakkı sahibi tarafından, üçüncü kişilere karşı (alacak hakkına konu şey üzerinde zilyet değil ise) haksız fiil ve sebepsiz zenginleşme kuralları uygulanamaz. Kural olarak alacak hakkında tecavüzü önleme koruması eksiktir⁴⁷⁷. Ancak alacak hakkı sahibi, alacak konusu şeye zilyetse, zilyetliğin özel koruyucu etkisinden dolayı haksız fiil ve sebepsiz zenginleşme koruması söz konusu olabilir. Bir başka anlatımla, genel

⁴⁷³ Eren, Borçlar, s.48, 52. Alacak hakkının belirli bir kişiye karşı ileri sürülebilmesinden dolayı “kişisel hak”da denilmektedir (bkz. Eren, Borçlar, s.53.). Bu durumu anlatan klasik örnek; satıcı, alıcı ile bir saatin satımı konusunda anlaşıyor, ancak saati alıcıya teslim etmiyor. Satıcı, bu sözleşmeden sonra, başka bir alıcı ile yeni bir satış sözleşmesi yapıyor ve saati ikinci alıcıya teslim ediyor. Taşınır satışlarında mülkiyet devirle geçeceği için, ilk satış sözleşmesinde saati teslim almayan ilk alıcı saatin mülkiyetini kazanamaz. Ancak ikinci satış sözleşmesinde, saati teslim alan ikinci alıcı mülkiyeti kazanır. Bu durumda, ilk satış sözleşmesinde alacak hakkına sahip olan ilk alıcı, ikinci alıcıya karşı bu hakkını ileri süremez. Çünkü ikinci alıcı, satıcı ve ilk alıcı arasında yapılan satış sözleşmesinde üçüncü kişi durumundadır. Alacak hakkının nispi niteliğinden dolayı sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü kişiye karşı bu hakkını ikinci alıcıya karşı ileri süremez. Bu tür satışlara doktrinde çift satış denmektedir (bkz. Eren, Borçlar, s.54.).

⁴⁷⁴ Aybay ve Hatemi, s.11; Akıntürk, Eşya, ss.7, 12; Eren, Borçlar, s.48, 52; Köprülü ve Kaneti, s.3; Serozan, Eşya, s.25; Sirmen, s.29.

⁴⁷⁵ Eren, Borçlar, s.56. Tipe bağıllık ilkesinde yeni yaklaşımlar gözlenmektedir. Bu yeni yaklaşımlar ticari hayattaki ihtiyaçlardan kaynaklanmaktadır (ayrıntılı bilgi için bkz. Antalya, Eşya I, s.128).

⁴⁷⁶ Eren, Borçlar, s.56.

⁴⁷⁷ Örneğin, alıcı, satıcıdan satın almış olduğu saati henüz teslim almadan, üçüncü kişi tarafından kırılırsa, alıcı, üçüncü kişiden herhangi bir talepte bulunamaz. Çünkü alıcının sadece satıcıya karşı ileri sürebileceği bir alacak hakkı vardır. Alacak hakkının üçüncü kişi tarafından ihlali ise, Türk Borçlar Kanunu anlamında haksız fiil teşkil etmediği için, alıcı, üçüncü kişiye karşı tazminat talebinde de bulunamaz (bkz. Akıntürk, Eşya, s.204; Eren, Borçlar, s.54.).

olarak alıcı, alacak konusu şeye zilyet değil ise satıcısının malına saldıran üçüncü kişinin haksız fiiline karşı bir şey yapamaz⁴⁷⁸. Ancak alacak hakkı sahibi, alacak konusu şeye zilyetse, zilyetliğin özel koruyucu etkisinden faydalanır. Bu tarz alacak hakkının güçlenmesine “aynileşme” denmektedir. Bu ifadeden anlaşılması gereken, alacak hakkının üçüncü kişilere etkisinin artmasıdır. Bu etki haksız saldırıya, yetkisiz tasarrufa, cebri icrada el koymaya karşı koruma bakımındandır. Bu aynı etki, iç ilişkide, eşyada dolaysız, aracısız egemenlik anlamında söz konusu değildir⁴⁷⁹. Bu aynı etki, satıcının zapttan sorumluluğu bakımından da değerlendirilmelidir.

(1) Zilyetlik Aracılığı İle Güçlenme

Zilyetlik, nispi alacak hakkını dolaylı olsa da güçlendiren fiili durumlardan biridir. Şöyle ki, zilyetlik sayesinde alacak hakkının, kişisel borç ilişkisinin dışında kalan üçüncü kişilere karşı da korunması sağlanmaktadır⁴⁸⁰. Nispi alacak hakkı sahibi, taşınır bir eşya üzerinde zilyetlik elde ettiği anda, o eşyaya yönelik tüm gasp ve tecavüz eylemlerine karşı kuvvet kullanabilir ya da gasp edilmiş eşyanın geri verilmesini sağlayabilir (TMK.m.981)⁴⁸¹.

Nispi alacak hakkının üçüncü kişilere karşı zilyetlik yolu ile ileri sürülmesini sağlayan diğer bir etkili yöntemde “taşınır davası” dır (TMK.m.989). Taşınır bir eşya üzerinde alacak hakkına sahip olan zilyetin elinden taşınır eşya rızası dışında haksız bir şekilde alınabilir. Böyle bir durumda alacak hakkı sahibi olan eski zilyet haksız zilyede karşı “taşınır davası” ile taşınırı geri isteyebilir (TMK.m.989,991)⁴⁸².

⁴⁷⁸ Akıntürk, Eşya, s.204; Eren, Borçlar, s.54; Serozan, Eşya, s.25. Kanun koyucu bazı hallerde zilyet olmayan alacak hakkı sahibine de üçüncü kişilere karşı tazminat davası açmasını kabul etmiştir. TBK.m.49/2’ye göre üçüncü bir kişi alacaklıya kasten ve ahlaka aykırı bir fiille zarar vermişse, alacaklı o kişiden bu zararın tazminini isteyebilir. Burada dikkat edilmesi gereken husus; üçüncü kişinin haksız fiili kasten işlemesi yeterli değildir. Bu haksız fiilin ahlaka aykırı bir nitelikte taşıması gerekmektedir. Örneğin; alıcı satıcıdan bir saat satın alır. Saatin kendisine tesliminden önce, sırf alıcının almaması için üçüncü kişi tarafından kırılması durumu bu kapsama girmektedir. Böyle bir durumda, alıcı, üçüncü kişiye karşı TBK.m.49/2’ye göre uğramış olduğu zararın tazminini dava yolu ile isteyebilir (Eren, Borçlar, s.55.).

⁴⁷⁹ Serozan, Eşya, s.32.

⁴⁸⁰ Akıntürk, Eşya, s.203; Antalya, Borçlar I, s.20; Serozan, Eşya, s.32.

⁴⁸¹ Akıntürk, Eşya, s.179, 203; Ertaş, Eşya, s.46; Serozan, Eşya, s.32.

⁴⁸² Akıntürk, Eşya, s.206; Aral ve Ayrancı, s.96; Aydoğdu ve Kahveci, s.121; Eren, Özel, s.109; Kılıçoğlu, Eşya, s.103 vd.; Tandoğan, Cilt: I/1, s.151; Tekinay, Sermet, Burcuoğlu, ve Altop, s.180 vd.; Serozan, Eşya, s.33.

Bu durum satıcının zapttan sorumluluğu açısından da önem arz eder. Örneğin; bir bisikleti sahibinden kiralayan, kiracı, evinin önüne bisikleti kilitlemek sureti ile park eder. Hırsız tarafından, kilitli bir şekilde park edilmiş, bisiklet çalınır. Hırsız söz konusu bisikleti, durumdan haberi olan kötünietli alıcıya satar ve teslim eder. Böyle bir durumda, nispi bir alacak hakkı olan kiracı, kötünietli alıcıya karşı Türk Medeni Kanunu’nun 989. ve 991. maddelerine göre “taşınır davası” açabilir. Bu suretle bisikletin kendisine iadesini talep edebilir. Kendisi aleyhine açılan taşınır davası sonucu bisiklet elinden alınır ise, alıcı, malı satın aldığı hırsıza karşı ancak, Türk Borçlar Kanunu’nun 214. maddesinin 2. fıkrası kapsamında hırsızın ayrıca sorumluluğu üstlenmiş olması şartıyla zapttan sorumluluğu yoluna gidebilir. Görüldüğü gibi, kiracı bisiklet üzerinde sadece nispi bir alacak hakkı olmasına rağmen, bu hakkını zilyetliğe dayanmak sureti ile kira sözleşmesinin tarafı olmayan alıcıya karşı ileri sürebilmektedir.

Aynı örnekte, hırsız, bisikleti çalıntı olduğunu bilmeyen iyiniyetli alıcıya satmış olsun, kiracı, bisikleti alıcıdan taşınır davası ile isteyebilir. Burada kiracı, zilyetlik karinelerine dayanmak sureti ile üstün hakkı olduğunu ve malın elinden rızasız çıktığını kanıtlaması yeterli olacaktır⁴⁸³. Bisikletin elinden çıkması ile alıcı, hırsıza karşı satıcının zapttan sorumluluğu yoluna gidebilir. Bu örnekte, kiracı, alıcıya karşı istihkak davası açamaz, çünkü malın maliki değildir.

(2) Tasarrufun İptali Davası İle Güçlenme

Nispi alacak hakkını güçlendiren bir diğer durum İcra ve İflas Kanunu’nun 277. maddesindeki düzenlemedir. İlgili hüküm alacaklıya, borçlusunun mal kaçıрма amacıyla gerçekleştirdiği hileli tasarruflarla üçüncü kişiye kazandırdığı eşyayı, “iptal davası” ile üçüncü kişinin elinden alınmasını düzenlemektedir. Alacaklı iptal davası ile üçüncü kişinin elinden alınan eşyayı, doğrudan kendi zilyetliğine geçmesini sağlayamaz. Ancak alacaklı eşyayı cebri icra sürecine katma olanağı bulunur. Bu kapsamda nispi alacağın dolaylı yoldan güçlenmesi söz konusu olacaktır⁴⁸⁴.

⁴⁸³ Taşınır davası ile ilgili ayrıntılı bilgi için İkinci Bölüm, I, C, 1, a kısmına bakınız.

⁴⁸⁴ Serozan, Eşya, s.33; Talih Uyar, “Tasarrufun İptali Davalarının Konusu” **TBB Dergisi**, S.78, 2008(İptal), s.287; Talih Uyar, “İcra ve İflas Hukukunda Tasarrufun İptali Davasının Konusu” **Ankara Barosu Dergisi**, S.1, 2011(Tasarrufun İptali), s.211; Talih Uyar, “İİK.’nun 280. Maddesi Uyarınca İptale Tabi Kimi Tasarruflar” **Ankara Barosu Dergisi**, S.3, 2014(İİK), s.415.

İcra ve İflas Kanunu'nun 277. maddesindeki iptal davasından maksat yine İcra ve İflas Kanunu'nun 278. 279. ve 280. maddelerinde belirtilen tasarruf işlemlerinin butlanına hükmettirmeye yönelik bir davadır⁴⁸⁵.

İcra ve İflas Kanunu'nun 280. maddesindeki düzenlemede belirtilen tasarruf sebebi, iptal sebepleri bakımından genel hüküm niteliğine haizdir. Bu hüküm borçlunun alacaklılara zarar verme kastıyla yaptığı bütün tasarruflara karşı iptal davası açma imkânı tanımaktadır⁴⁸⁶. Genel hüküm niteliğinde olan İcra ve İflas Kanunu'nun 280. maddesi iki farklı durumda uygulanabilir. İlki İcra ve İflas Kanunu'nun 280. maddesinde ve İcra ve İflas Kanunu'nun 279. maddesi hükümlerinde tahdidi biçimde sayılan hallerin dışında kalan bir durumun var olmasıdır. İkincisi de İcra ve İflas Kanunu'nun 278. veya İcra ve İflas Kanunu'nun 279. maddesinde sayılan durumlardan birine girmekle beraber, İcra ve İflas Kanunu'nun 278. maddesi için iki yıllık ve İcra ve İflas Kanunu'nun 279. maddesi için bir yıllık sürelerin geçmiş olmasıdır⁴⁸⁷.

İcra ve İflas Kanunu'nun 280. maddesine dayanarak açılacak bir davada, alacaklı borçlunun zarar verme kastının ve bu kastın üçüncü kişi tarafından bilindiğini ispat etmesi gerekmektedir.

İcra ve İflas Kanunu'nun 278. maddesinin 1. fıkrasına göre; “*mutat hediyeler müstesna olmak üzere, hacizden veya haczedilecek mal bulunmaması sebebiyle acizden yahut iflasın açılmasından haczin veya aciz verilmesinin sebebi olan yahut masaya kabul olunan alacaklardan en eskisinin tesis edilmiş olduğu tarihe kadar geriye doğru olan müddet içinde yapılan bütün bağışlamalar ve ivazsız tasarruflar batıldır*”. İlgili hükümde, borçlunun gerçekleştirdiği hukuki fiilin alacaklıları zarara uğratmak amacıyla yapıldığı karine olarak kabul edilmektedir⁴⁸⁸. Düzenlemede her ne kadar ivazsız kazandırmalardan bahsetse de İcra ve İflas Kanunu'nun 278 maddesinin

⁴⁸⁵ Uyar, İptal, s.287 vd. Yargıtay 17. Hukuk Dairesinin 7.6.2010 tarihli, 4656 Esas, 5233 Karar sayılı kararında “*borçlunun iptale tabi tasarruflarının üç grup altında ve İİK.nın 289, 279 ve 280. maddelerinde düzenlenmiş olduğunu, ancak bu maddelerde iptal edilebilecek bütün tasarrufların sınırlı olarak sayılmamış olduğunu, kanunun iptale tabi bazı tasarruflar için genel bir tanımlama yaparak, hangi tasarrufların iptale tabi olduğu hususunun tayinini hakimnin takdirine bırakmış (İİK.md.281) olduğunu, bu yasal nedenle de, davacı tarafından İK.nın 278,279 ve 280. Maddelerden birine dayanılmış olsa dahi mahkemenin bununla bağlı olmayıp, diğer maddelerden birine göre iptal kararı verebileceğini*” belirtmiştir (bkz. Uyar, Tasarrufun İptali, s.213).

⁴⁸⁶ Güray Erdönmez, **Alacaklılara Zarar Verme Kastıyla Yapılan Tasarrufların İptali**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s.7.

⁴⁸⁷ Erdönmez, s.11.

⁴⁸⁸ Erdönmez, s.1,10.

3. fıkrasında üç bent halinde sayılmış ivazlı tasarruflar da bu kapsamda sayılır. İcra ve İflas Kanunu'nun 278 maddesinin 3. fıkrasında, 1.ve 2. bentte belirtilen ivazlı tasarruflar satış sözleşmesi şeklinde olsa bile iptal davasının konusu olabilecektir⁴⁸⁹. Bu bent kapsamına giren satış sözleşmelerini satıcının zapttan sorumluluğu bakımından incelemek gerekir.

İcra ve İflas Kanunu'nun 278. maddesinin, 3. fıkrasının 2. bendine göre; satış sözleşmesinin yapıldığı sırada, kendi verdiği şeyin değerine göre borçlunun ivaz olarak pek aşağı bir fiyat kabul ettiği durumda alacaklı iptal davası açabilir. Bu kapsamda 100 bin liralık bir arabanın maliki, üçüncü bir kişiye arabayı 10 bin liraya satarsa, malikin alacaklısı olan ve aciz belgesi almış olan alacaklı tarafından açılacak iptal davası ile malik ve üçüncü kişi arasında yapılan tasarruf işlemi (satış sözleşmesi) batıl olacaktır. Bu kapsamda, üçüncü kişinin elinden tasarrufa konu olan eşya cebri icra yolu ile alınacaktır. Başka bir ifade ile üçüncü kişinin elinden eşya zapt edilmiş olacaktır. Bu bakımdan satıcının zapttan sorumluluğundaki zapt durumu gerçekleşmektedir. Ancak, üçüncü kişi ile borçlu arasındaki satış işlemi “iptal davası” sonucunda geçersiz olmuştur. Artık ortada bir satış sözleşmesi olmadığına göre, satış sözleşmesine ilişkin hükümlerinde uygulama imkânı bulunmamaktadır. Bu

⁴⁸⁹ İcra ve İflas Kanunu'nun 278. Maddesinin 1. bendinde “*Karı ve koca ile usul ve fîru, neseben veya sıhren üçüncü dereceye kadar (bu derece dahil) hısımlar, evlat edinenle evlatlık arasında yapılan ivazlı tasarruflar*” denmekte idi. İlgili hükümde “neseben veya” kısmı Anayasa Mahkemesine konu olmuştur. Anayasa Mahkemesinin 11.7.2018 tarihli, 2018/9 E. ve 2018/84 K. sayılı kararında “*Borçlunun mal varlığı üzerindeki tasarruf yetkisinin henüz kısıtlanmadığı bir dönemde mülkiyet hakkının kapsamında olduğuna kuşku bulunmayan mal varlığı değerleri üzerinde ivazlı veya ivazsız olarak istediği gibi tasarrufta bulunması mülkiyet hakkının bir gereğidir. Ancak borçlunun haciz, aciz hâli ve iflastan önceki yakın süreçte gerçekleştirmesi mümkün şüpheli tasarrufların önlenmesi, alacaklıların korunması ile ispat yönünden yaşanacak güçlüklerin giderilmesi bakımından borçlunun haciz, aciz hâli ve iflastan kısa bir süre öncesine denk gelen zamanda gerçekleştirdiği ivazlı tasarruflardan, akdin yapıldığı sırada ivaz olarak pek aşağı bir fiyat kabul ettiği tasarruflar bağışlama olarak kabul edilmiştir. Bu kapsamda itiraz konusu kural sonuçları ve amacı itibarıyla 2004 sayılı Kanun'un 278. maddesinin üçüncü fıkrasının (1) numaralı bendinin “... neseben veya ...” ibaresiyle sınırlı olarak Anayasa'ya aykırılık sorununun incelendiği bölümde açıklanan aynı gerekçelerle mülkiyet hakkına müdahale teşkil etmekte olup ivazlı olmasına rağmen ivaz olarak pek aşağı bir fiyat kabul edilen tasarruf işlemlerini bağışlama sonucuna bağlayan düzenlemenin mülkiyet hakkının kullanımının düzenlenmesine yönelik olduğu ve kamu yararı amacı taşıdığı anlaşılmaktadır. Bununla birlikte düzenlemenin ölçülü bir sınırlama niteliğinde olup olmadığının da ayrıca incelenmesi gerekir....9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun, 18/2/1965 tarihli ve 538 sayılı Kanun'un 114. maddesiyle değiştirilen 278. maddesinin üçüncü fıkrasının; A. 9/11/1988 tarihli ve 3494 sayılı Kanun'un 53. maddesiyle değiştirilen (1) numaralı bendinde yer alan “...neseben veya...” ibaresinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve iptaline” hükmetmiştir (www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr et.11.1.2018).*

açıklamalar doğrultusunda, üçüncü kişinin, satıcıya karşı satıcının zapttan dolayı sorumluluğuna başvurması mümkün değildir⁴⁹⁰.

F. Üçüncü Kişinin, Zaptı Sağlayan Üstün Haklardan Birisine Dayanması ve Alıcının Satış Konusu Malı Vermesi

Alıcının, satıcıyı zapttan dolayı sorumlu tutabilmesi için, malın elinden üstün bir hakka dayanarak alınmış olması gerekir⁴⁹¹. Üçüncü kişi, alıcının elinden malı üstün bir hakka dayanmadan alması durumunda, alıcı satıcının sorumluluğu yoluna gidemez. Örneğin, üçüncü kişi, alıcının elinden malı gasp etmek sureti ile alması durumunda, alıcı satıcının sorumluluğu yoluna gidemez⁴⁹².

Üçüncü kişinin üstün bir hakkının var olması tek başına alıcının satış konusu malı iade etmesi için yeterli değildir. Bu üstün hakkın alıcıya karşı ileri sürülmesi de gerekir. Üçüncü kişinin üstün hakkını ileri sürmesi kural olarak açılmış bir davanın öne sürülmesi şeklinde olmalıdır⁴⁹³. Ancak bazı şartların var olması durumunda, herhangi bir dava açılmadan da üstün hakkın varlığı kabul edilir ve alıcı tarafından malın iadesi gerçekleşir. Bu bakımdan, satış konusu malın iadesi mahkeme kararı olup olmamasına göre ikiye ayırıp incelemek gerekir⁴⁹⁴.

1. Mahkeme Kararı ile Satış Konusu Malın Verilmesi

Alıcının satış konusunu iade ettikten sonra satıcıyı sorumlu tutabilmesi için, üçüncü kişinin hakkını ispat etmiş olması gerekir. Hakkının varlığını mahkeme başvurmak sureti ile ileri süren ve mahkemenin olumlu karar vermesi ile bu hakkını

⁴⁹⁰ Yavuz'a göre; satıcının zapttan sorumluluğu, satıcının satılanı teslim etme ve mülkiyetini geçirme borçlarının bir tamamlayıcısıdır. Eğer satılan teslim edilmemiş ise ya da satılan teslim edilse bile irade sakatlığı sonucu ya da temerrüt gibi sebeplerle hükümsüz ise satıcının zapttan sorumluluğu söz konusu olmaz (Yavuz, Özel, s.111).

⁴⁹¹ Aral ve Ayrancı, s.95; Aydoğdu ve Kahveci, s.122 Erzurumluoğlu, Özel, s.75; Gümüş, s.66; Yavuz, s.112; Zevkiler ve Gökyayla, s.150.

⁴⁹² Aydoğdu ve Kahveci, s.122; Zevkiler ve Gökyayla, s.150.

⁴⁹³ Aral ve Ayrancı, s.99; Aydoğdu ve Kahveci, s.122; Erzurumluoğlu, Özel, s.76; Zevkiler ve Gökyayla, s.150. Üçüncü kişi malın üzerinde hakkı olduğunu ileri sürmesi gerekir. Bu ileri sürme mahkemede dava şeklinde olabileceği gibi, dava dışı bir yol da olabilir. Sadece bir irade beyanı ile de bu hakkını ileri sürebilir. Ancak söz konusu irade beyanı, hakkın var olduğuna dair güçlü emareleri taşıması gerekir (Eren, Özel, s.112).

⁴⁹⁴ Aral ve Ayrancı, s.99; Aydoğdu ve Kahveci, s.122; Erzurumluoğlu, Özel, s.76; Gümüş, s.67; Zevkiler ve Gökyayla, s.150; Yıldırım, M, s.1050.

ispat eden üçüncü kişiye alıcı malı iade edebilir. Bu şartlar altında iadenin gerçekleşmesi ile alıcı, satıcının zapttan dolayı sorumluluğu yoluna gidebilir⁴⁹⁵.

Burada dikkat edilmesi gereken husus, üçüncü kişinin üstün bir hak sahibi olduğu konusunda mahkemeye başvurmuş olması yetmemektedir. Hakkı mahkeme tarafından da karar altına alınmış olmalıdır. Bu mahkeme kararına binaen, satış konusu mal alıcı tarafından iade edilmelidir⁴⁹⁶. Mahkemenin hakkın tespitine ilişkin kararı, iade için yeterlidir. Alıcıdan iade için, mahkeme kararına dayanan bir icra yolu ile takibi zorunlu tutmak dürüstlük kuralı ile bağdaşmaz⁴⁹⁷.

2. Mahkeme Kararı Olmaksızın Satış Konusu Malın Verilmesi

Türk Hukuk Sisteminde kural olarak ihkak-ı hak yasak olduğu için, üstün hak sahibi üçüncü kişinin, alıcının elindeki taşınır malı alabilmesi için bunu kamu otoritesi eli ile (mahkeme kararı vs.) talep etmesi gerekir. Ancak alıcının, satış konusu malı, üstün hak sahibi üçüncü kişiye sadece mahkeme kararıyla verebileceği sonucu çıkarılmamalıdır. Mahkeme kararı olmaksızın da bu mümkündür⁴⁹⁸. Türk Borçlar Kanunu'nun 216. maddesi; alıcının mahkeme kararı olmaksızın satılanı üstün hak iddiasında bulunan üçüncü kişiye hangi şartlarda verebileceğini düzenlemektedir⁴⁹⁹.

Türk Borçlar Kanunu'nun 216. maddesinin 1. bendine göre; alıcı, bir mahkeme kararı olmaksızın dürüstlük kuralları gereği üçüncü kişinin üstün hakkını kabul edip satılanı ona verebilir. Örneğin, üçüncü kişi, alıcının satın aldığı bir taşınır malı gerçek

⁴⁹⁵ Akçaal, Zapt, s.204 vd.; Aral ve Ayrancı, s.99; Aydoğdu ve Kahveci, s.122; Eren, Özel, s.114; Erzurumluoğlu, Özel, s.76; Gümüş, Cilt I, s.67; Zevkliler ve Gökyayla, s.150.

⁴⁹⁶ Aral ve Ayrancı, s.99; Aydoğdu ve Kahveci, s.122; Erzurumluoğlu, Özel, s.76; Gümüş, Cilt I s.67; Zevkliler ve Gökyayla, s.150.

⁴⁹⁷ Zapt durumunda, satıcı alıcıya karşı tazminat ödeme durumu ile karşılaşırken, alıcı da kendisine karşı açılan davayı satıcıya ihbar etmek külfeti altındadır. Bu külfetin yerine getirilmesi durumunda, bu kez satıcı, alıcıya karşı açılan davada alıcıya yardımcı olma külfeti altındadır (ayrıntılı bilgi için bkz.Gümüş, Cilt I s.69).

⁴⁹⁸ Aral ve Ayrancı, s.99; Aydoğdu ve Kahveci, s.126; Erzurumluoğlu, Özel, s.77; Gümüş, Cilt I s.67; Zevkliler ve Gökyayla, s.143; Yavuz, Özel, s.114.

⁴⁹⁹ Akçaal, Zapt, s.205 vd.; Demirsatan, s.244; Yıldırım, M, s.1052. 818 sayılı Borçlar Kanunun 191. maddesini karşılamaktadır. Türk Borçlar Kanunu Tasarı aşamasındayken maddenin yan başlığı "Mahkeme kararı olmaksızın geri verme" olarak düzenlenmişti. Atamer tarafından yan başlıkta geçen "geri verme" ifadesi eleştirilmiştir. Çünkü "geri verme" ifadesi, zapta konu malın satıcıya iade edilmesini çağırılmaktadır. Halbuki ilgili düzenleme alıcının malı, üstün hak sahibi olduğunu iddia eden üçüncü kişiye vermesini düzenlemektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Atamer, Tasarı, s.30. İlgili yan başlık kanunlaşma aşamasında "Mahkeme kararı olmaksızın satılanı verme" şeklinde kanunlaşmıştır. Böylelikle başlık ile içerik arasında uyumsuzluk giderilmiştir.

sahibinin kendisi olduğunu, aslında satıcının taşınırı kendisinden çaldığını ve suçunu kolluk kuvvetlerinde ikrar ettiğini iddia edebilir. Böyle bir durumda üçüncü kişi, satıcının hem kolluk kuvvetlerinde suçu ikrar ettiğine dair tutanağı gösterir hem de malın kendisine ait olduğuna dair fatura gösterirse hakkını ispat etmiş sayılmalıdır. Alıcı, dürüstlük kuralı gereği herhangi bir mahkeme kararı olmaksızın taşınır üçüncü kişiye iade edilebilir⁵⁰⁰.

Türk Borçlar Kanunu'nun 216. maddesinin 2.bendine göre; alıcı üçüncü kişinin dava açmasını beklemeden satıcıyı satılan üzerindeki hak iddiasına ilişkin uyuşmazlığı dava yoluyla çözümlemesi, aksi takdirde tahkim yoluna başvuracağı konusunda gecikmeksizin uyarmasına rağmen bundan sonuç alamamış ise tahkime başvurabilir⁵⁰¹. Türk Borçlar Kanunu'nun 216. maddesinin 1. bendinde ise, alıcıya bir ihbar külfeti yüklenmemiştir. İlgili hükümde dürüstlük kuralları gereği satılanı üçüncü kişiye vermeden önce satıcıya bu durumun ihbar edilmesi aranmamıştır (TBK.m.216/1,b.1) Oysaki Türk Borçlar Kanunu'nun 216. maddesinin 2.bendinde, alıcıya, satıcıyı satılan üzerindeki hak iddiasına ilişkin uyuşmazlığı dava yoluyla çözümlemesi, aksi takdirde tahkim yoluna başvuracağı konusunda satıcıyı gecikmeksizin uyarması yani ihbar etmesi külfeti yüklenmiştir⁵⁰².

Tahkim, tarafların, sözleşme veya sözleşme dışı bir hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tamamı veya bir kısmının çözümünün hakem veya

⁵⁰⁰ Aral ve Ayrancı, s.99; Aydoğdu ve Kahveci, s.126; Gümüş, Cilt I, s.70; Eren, Özel, s.114; Erzurumluoğlu, Özel, s.77; Yavuz, s.111; Zevkliler ve Gökyayla, s.143.

⁵⁰¹ Aral ve Ayrancı, s.99; Aydoğdu ve Kahveci, s.126; Gümüş, Cilt I, s.70; Zevkliler ve Gökyayla, s.143; Yavuz, Özel, ss.115,116. Tahkimi ikiye ayırmak gerekir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 407-444. maddelerinde düzenlenen tahkime iç tahkim denir. 4868 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda düzenlenen tahkime de milletlerarası tahkim denir. Ülkemizde kurumsal olarak tahkim işlerini yapan Türkiye Odalar ve Borsalar Birliğinde TOBB Tahkimi bulunmaktadır (ayrıntılı bilgi için bkz. Kuru, Arslan ve Yılmaz, s.779). 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 191.maddesinde "sulh akdetmiş" ifadesi Türk Borçlar Kanunun 216. Maddesinde "tahkim yoluna başvurmak" olarak düzenlenmiştir (ayrıntılı bilgi için bkz. Gümüş, Cilt I, s.70).

⁵⁰² Bu durum Gümüş tarafından eleştirilmiştir. Yazara göre, Türk Borçlar Kanunu 216. maddesinin 1.bendinde alıcının satılanı üçüncü kişiye vermekle yükümlü olduğunu ispat etmek zorunda kalmadan sadece dürüstlük kuralı gereği üçüncü kişinin satılan üzerindeki üstün hakkını tanıma imkânı verilmesi ve bu suretle satış konusunu üçüncü kişiye verilmesi menfaatler dengesine uygun düşmemektedir. Böyle bir durumda ihtar çekerek satıcının uyarılması ve harekete geçmesinin sağlanması menfaatler dengesini daha uygun düşecektir. Yazara göre burada bir kanun boşluğu vardır ve bu boşluk satıcıya da ihtar yapılmasının kabulü ile doldurulmak zorundadır (ayrıntılı bilgi için bkz. Gümüş, Cilt I, ss.69-70). Erzurumluoğlu'da Türk Borçlar Kanunu 216. maddesinin 1. bendini, alıcı tarafından yapılan bildirimin dinlenmemesi durumu olarak değerlendirmiştir. Zamanında ihbarda bulunan alıcı, üçüncü kişinin satılan üzerindeki hakkını, dürüstlük kuralları gereği tanıması durumu olarak ele almıştır. Böyle bir durumda mahkeme kararı olmasa da, üçüncü kişiye satış konusu mal iade edilir (bkz. Erzurumluoğlu, Özel, s.77). Ayrıca bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Yıldırım, M, s.1055 vd.).

hakem kuruluna bırakıldığı bir yargılama sistemidir (HMK.m.412/1)⁵⁰³. Üstün bir hak iddiasında bulunan üçüncü kişi ile birlikte alıcı bu sorunun çözülmesi için tahkim yoluna başvurabilir. Tahkim sonucunda malın üçüncü kişiye iadesi sonucu çıkması durumunda, tahkim kararına dayanarak satış konusu mal üçüncü kişiye verilebilir. Böyle bir durumda, satıcının alıcıya karşı sorumluluğu devam edecektir⁵⁰⁴.

Alıcının tahkime başvurabilmesi için iki durum mevcut olmalıdır. Alıcıya karşı satış konusunun elinden alınmasına ilişkin açılmış bir dava bulunmamalıdır. Gerçekten de alıcıya karşı açılmış bir dava söz konusu ise artık tahkime başvurmak söz konusu değildir. Zaten böyle bir durumda Türk Borçlar Kanunu'nun 215. maddesi uygulama alanı bulacaktır. İkincisi ise, alıcının tahkime gideceği konusunda satıcıyı uyarmış olmasıdır. Her ne kadar hükümde “uyarma” eyleminden bahsedilmiş ise de aslında bu bir bildirimdir. İlgili hüküm alıcıya tahkime gideceğini satıcıya ihbar etme külfeti yüklemiştir. Bu bakımdan Türk Borçlar Kanunu'nun 216. maddesinin 1.bendinden farklıdır⁵⁰⁵. Alıcının tahkime gideceğine ilişkin yapacağı ihtarın şekli konusunda bir düzenleme bulunmamakla beraber ileride doğacak ihtilafların önüne geçebilmek adına yazılı olması ispat bakımından uygun olur. Kanımızca ilgili ihtarda, satıcıya satış konusu mal üzerinde bulunan uyuşmazlığı dava yolu ile çözmesi için uygun bir süre verilmelidir. Bu süre içinde dava açılmaz ise tahkim yolun başvurulacağı bildirilmelidir.

Tahkime başvurulması durumunda, satıcının, alıcının yanında tahkim yargılamasına katılması zorunlu değildir. Bu bakımdan, Türk Borçlar Kanunu'nun 215. maddesindeki alıcı aleyhine açılan davada satıcının alıcının yanında davaya katılma zorunluluğundan farklıdır (TBK.m.215/1). Tahkimde taraflar iddiasını dayandırdığı vakıaları hakem veya hakem heyetine sunması gerekir (HMK.m.428/1)⁵⁰⁶. Bu bakımdan satıcının tahkimin olumlu sonuçlanmasına yönelik

⁵⁰³ Alangoya, H. Yavuz, M. Kamil Yıldırım ve Nevhis Deren-Yıldırım, s.595. Ekşi, Nuray. **Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim**, Beta Basım, İstanbul, 2013, s.99. Hakemlerin baktıkları dava üzerinde devlet tarafından tanınmış resmi bir sıfatları yoktur. Bu bakımdan kamu görevlisi değildirler. Taraflar kendi hür iradeleri ile hakemlerin verecekleri karara razı olurlar. Hakemler bir mahkeme gibi yargılama yaparlar (ayrıntılı bilgi için bkz. Kuru, Arslan ve Yılmaz, s.779).

⁵⁰⁴ Aydoğdu ve Kahveci, s.126; Eren, Özel, s.115; Erzurumluoğlu, Özel, s.77; Gümüş, Cilt I, s.70; Yavuz, Özel, ss.115,116; Zevkliler ve Gökyayla, s.143.

⁵⁰⁵ Aral ve Ayrancı, s.99; Aydoğdu ve Kahveci, s.126; Erzurumluoğlu, Özel, s.77; Gümüş, Cilt I, s.70; Zevkliler ve Gökyayla, s.143; Yavuz, Özel, ss.115,116.

⁵⁰⁶ Tahkim ihtiyari ve zorunlu olmak üzere iki türüdür. Zorunlu tahkim özel bazı kanunlarda düzenlenmiştir. Satıcının zapttan sorumluluğunda sözü geçen tahkim ihtiyari tahkimdir. Alıcı, tahkime başvurmaya zorunlu değildir. Alıcı, üstün hak sahibi üçüncü kişi ile anlaşarak, aralarındaki uyuşmazlığı

elindeki delilleri alıcıya vermesine engel yoktur. Kanımızca, tahkim aşamasında satıcı elindeki delilleri alıcıya ibraz ettiği zaman, bu delilleri alıcının kullanması zorunludur. Aksi halde tahkimin olumsuz sonuçlanması durumunda alıcının kusurundan bahsedilebilir.

Tahkim yoluna başvurmayı her ne kadar satıcının davranışı sebep olmuşsa da, alıcı tahkim aşamasını düzgün takip etmelidir. Alıcı, tahkimin aleyhine sonuçlanmasına neden olacak ağır kusur olarak değerlendirilecek hareketlerde bulunmamalıdır. Örneğin dava dilekçesini süresi içinde vermelidir (HMK.m.430/a)), geçerli bir nedeni olmadan duruşmalara katılmamalık yapmamalıdır ya da elindeki delilleri ibraz etmekten kaçınmamalıdır (HMK.m.430/c)).

Tahkim yargılamasında taraflara sulh olma imkânı tanınmıştır (HMK.m.434)⁵⁰⁷. Tahkim yoluna giden alıcının sulh olabilmesi dürüstlük kuralı ile bağdaşmalıdır. Sırf tahkimin bir an önce sonuçlanması sureti ile satıcının sorumluluğuna gidebilmek için yapılan bir sulh, dürüstlük kuralı ile bağdaşmaz. Alıcının ağır kusurundan bahsedilebilir. Böyle bir durumda Türk Borçlar Kanunu'nun 215/2. maddesinin kıyasen uygulanması sureti ile satıcı, zapttan sorumluluktan kurtulabilir⁵⁰⁸.

Tahkim satıcının aleyhine olarak sonuçlanması durumunda, alıcı satış konusunu üçüncü kişiye teslim edebilir. Artık herhangi bir mahkeme kararı ya da başka bir ispat aracı aranmaz. Böyle bir durumda da, satıcının alıcıya karşı zapttan sorumluluğu olacaktır⁵⁰⁹.

Türk Borçlar Kanunu'nun 216. maddesinin, 1. bendindeki alıcının dürüstlük kuralı gereği satış konusunu teslimi ve 216. maddesinin 2.bendindeki tahkim yoluna başvurmak sureti ile satış konusunu teslim etmesi durumları örnekseyici olarak sayılmıştır. Alıcının satış konusunu üçüncü kişiye vermekle yükümlü olduğunu ispat

hakeme götürebilir. Tahkimde, tahkime başvurulacağı konusunda tarafların anlaşması gerekmektedir. Buna tahkim sözleşmesi denmektedir. Bu anlaşma ile taraflar aralarındaki anlaşmazlığı hakem vasıtası ile çözecekleri konusunda anlaşır. Tarafların, söz konusu uyuşmazlığı çözümünü hakem ile yaptığı bir sözleşme daha vardır bu da hakem sözleşmesidir. Bu da tahkimin bir parçasıdır. Bu sözleşmede hakem uyuşmazlığa bakmayı kabul eder. (ayrıntılı bilgi için bkz. Kuru, Arslan ve Yılmaz, s.780).

⁵⁰⁷Alangoya, H. Yavuz, M. Kamil Yıldırım ve Nevhis Deren-Yıldırım, s.595vd. ; Kuru, Arslan ve Yılmaz, s.788

⁵⁰⁸ Aydoğdu ve Kahveci, s.124; Gümüş, s.70; Zevkliler ve Gökyayla, s.144.

⁵⁰⁹Aral ve Ayrancı, s.99; Aydoğdu ve Kahveci s.127; Eren, Özel, s.115; Gümüş, Cilt I, s.70; Zevkliler ve Gökyayla, s.143.

etmesi durumunda da satıcının sorumluluğu doğacaktır (TBK.m.216/2). Başka bir deyişle, alıcı satılanı üçüncü kişiye geri vermekle yükümlü olduğunu ispat ederse, satış konusu malı mahkeme veya hakem kararı olmadan vermesi durumunda da, satıcının zapttan sorumluluğu söz konusu olacaktır⁵¹⁰.

818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 191.maddesinde mahkeme kararı olmaksızın satış konusu malı verme alt başlığı altında bu konuyu düzenlemiştir⁵¹¹. Eski düzenlemede, alıcı kendisine karşı bir dava açıldığını satıcıya bildirmesine ve kendi yanında savunma yapmasını istemesine rağmen satıcının davaya müdahil olmaması durumunda, satılan üzerinde üçüncü kişinin hakkının mahkeme kararını beklemeksizin dürüstlük kuralı gereği tanıyabileceğini veya tahkim yoluna gidebileceğini düzenlemiştir. Bu gibi durumlarda satıcı, üçüncü kişinin üstün hakkını zımnen kabul etmiş sayılırdı ve satıcının zapttan dolayı sorumluluğuna gidilebilirdi. Burada dikkat edilmesi gereken husus, üçüncü kişi tarafından alıcıya karşı açılmış bir davanın bulunması gerekmesi idi. 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun zapta ilişkin genel kuralından farklı olarak davanın sonuçlanması beklenmeden, satış konusu mal üçüncü kişiye iade edilmekte idi⁵¹². Ancak dava sonuçlanmasa da alıcıya karşı açılmış bir dava bulunmalı idi.

Eski Borçlar Kanunu zamanında da doktrin alıcının kendisine dava açılmadan da üçüncü kişinin satış konusu üzerinde üstün hakkı tanıyabileceği ve malı üçüncü kişiye verebileceği dile getirilmiştir⁵¹³. Böyle bir durumda, alıcı, üçüncü kişinin üstün hak sahibi olduğunu kanıtlamalıdır. Böyle bir durumda, satıcının hangi kanun hükmüne göre sorumlu olacağı tartışma konusu olmuştur ve iki görüş ileri sürülmüştür⁵¹⁴.

⁵¹⁰ Aral ve Ayrancı, s.99; Aydoğdu ve Kahveci s.126; Gümüş, Cilt I, s.70; Yavuz, Özel, s.114; Zevkliler ve Gökyayla, s.143.

⁵¹¹ İsviçre Borçlar Kanunu madde 194'ün ikinci fıkrası, satılanın üçüncü kişiye mahkeme kararı olmaksızın satıcının zapttan sorumlu olacağı durumları düzenlemekte idi. Hükme göre alıcı, üçüncü kişinin haklı olduğunu ispat etmesi durumunda, mahkeme kararı olmaksızın, satış konusu üçüncü kişiye verilebilecektir (Aral ve Ayrancı, s.99; Aydoğdu ve Kahveci s.126; Gümüş, Cilt I, s.70; Yavuz, Özel, s.114; Zevkliler ve Gökyayla, s.143).

⁵¹² Gümüş, Cilt I, s.70.

⁵¹³ Aydoğdu ve Kahveci s.122; Gümüş, Cilt I, s.69; Tandoğan, Cilt: I/1, s.154; Yavuz, Özel, s.114; Zevkliler ve Gökyayla, s.151.

⁵¹⁴ Aydoğdu ve Kahveci s.122; Gümüş, Cilt I, s.69; Tandoğan, Cilt: I/1, s.154; Yavuz, Özel, s.114; Zevkliler ve Gökyayla, s.151.

İlk görüşe göre dava dışı malın üçüncü kişiye verilmesi durumunda satıcının zapttan sorumluluğu yoluna gidilebileceği ileri sürülmüştür⁵¹⁵. İkinci görüşe göre, alıcı, satıcının zapttan sorumluluğu hükümlerine değil, borca aykırılığı düzenleyen 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 96. maddesi (yeni kanuna göre Türk Borçlar Kanunu'nun 112. maddesi) hükmünün uygulanması gerektiği ileri sürülmüştür⁵¹⁶. Türk Borçlar Kanunu'nun 216. maddesi bu konuda ilk görüşü benimsemiştir. Satıcının sorumluluğu, alıcının satılanı üçüncü kişiye vermesi gerektiğini ispat etmesi durumunda da devam eder (TBK.m.216/3).

Eski Borçlar Kanunu zamanında, Yargıtay başta, üçüncü kişinin alıcıya karşı mahkeme yoluna başvurmuş olması şartını aramıştır⁵¹⁷. Daha sonra Yargıtay da, üçüncü kişinin mutlaka dava açarak zaptı sağlamasını beklemenin dürüstlük kuralı ile bağdaşmayacağını belirten kararlar vermiştir. Yargıtay'a göre, alıcı üçüncü kişinin üstün hakkını ispat edebilirse, dava açılmasını beklemeden satış konusunu iade edebilirdi, bu surette satıcıya karşı zapttan sorumluluk hükümlerinin uygulanması mümkündür⁵¹⁸.

Yeni düzenleme ile birlikte, alıcının tahkime gidebilmesi için kendisine dava açılmasını beklemesine gerek olmadığı açıkça hüküm altına alınmıştır. Alıcı, satıcıyı dava açması konusunda uyarmasına rağmen sonuç alamaması durumunda doğrudan tahkim yoluna gidebilir⁵¹⁹.

⁵¹⁵ Aydoğdu ve Kahveci s.122; Tandoğan, Cilt: I/1, s.154; Yavuz, Özel, s.114; Zevkliler ve Gökyayla, s.151.

⁵¹⁶ Aydoğdu ve Kahveci s.122; Zevkliler ve Gökyayla, s.151.

⁵¹⁷ Yargıtay 3.HD. T.16.2.1961, E.1622, K.1191; Yargıtay 3.HD. 26.12.1961, E. 9548, K.7532 (ilgili karar için bkz. Lütfü Dalamanlı, **Borçlar Kanunu Şerhi, Cilt 2**, Ankara 1977, s.54). Yargıtay 3. HD. T.21.2.1958, E.1961/1410, K.1961/1218 (ilgili karar için bkz. Kenan Tunçomağ, **Türk Borçlar Hukuku 2. Cilt, Özel Borç İlişkileri**, İstanbul, 1977(Özel), s.88). Aydoğdu ve Kahveci s.122; Yavuz, Özel, s.113; Tandoğan, Cilt: I/1, s.154; Zevkliler ve Gökyayla, s.151.

⁵¹⁸ İsviçre Borçlar Kanunu madde 194'ün ikinci fıkrası düzenlemesinin 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 191. hükmünde yer verilmemiş olması bilinçli bir eylem olarak görmeyen yazarlarda bulunmakta idi. Bu yazarlara göre ilgili hüküm unutma eseri Borçlar Kanunu'na alınmamıştı. Üçüncü kişinin dava açmasını beklemek dürüstlük kuralı ile de bağdaşmamakta idi (Ayrıntılı bilgi için bkz. Tandoğan, Cilt: I/1, s.154; Yavuz, Özel, s.114; Zevkliler ve Gökyayla, s.151). Yargıtay 13.HD. T.26.3.1986, E.1812, K.1811; Yargıtay 13.HD., 4.6.1987, E.2975, K.3303 (www.kazanci.com.tr , e.t.12.2.2017).

⁵¹⁹ Aydoğdu ve Kahveci, s.126; Gümüş, Cilt I, s.71. 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun yürürlükte olduğu zamanlarda, Yargıtay mahkeme kararı olmadığı durumlarda satıcının zapttan sorumluluğuna ilişkin hükümlerinin uygulanabileceğini belirten kararları bulunmaktadır. Yargıtay 13. HD., 21.11.1988 tarihli, 3920 E. ve 5535 K. sayılı kararında “Üçüncü kişinin üstün hakkını ne dava yoluyla ne de dava dışında ileri sürmediği durumlarda, alıcının üçüncü kişinin üstün bir hakka sahip olduğunu ileri sürerek satıcısını zapttan ötürü sorumlu tutması mümkün değildir.” demiştir (www.kazanci.com.tr et. 11.6.2017). Yargıtay 13. HD., 4.3.1983 tarihli, 8041 E. ve 1510 K. sayılı kararında “Satıcının zapta karşı tekeffül sebebiyle alıcıya sorumlu olması için satılanın, alıcıya zapttan önce teslim edilmiş bulunması, satılana üçüncü kişinin el koymuş veya alıcının onun hakkını tanımış olması ve zabıt

II. SATICININ ZAPTTAN SORUMLULUĞUNUN ŞEKLİ ŞARTLARI

A. Bildirim

Satış konusu malın elinden alınması amacıyla açılmış bir dava ile karşılaşan alıcı bu durumu satıcıya bildirmekle yükümlüdür (TBK.m.215). 818 sayılı Borçlar Kanunu da benzer düzenleme içermekte idi (BK.m.190). Farklı olarak 818 sayılı Borçlar Kanunu “bildirim” yerine “ihbar” kavramını kullanmıştır⁵²⁰. Şekli bir şart olan bildirim, alıcıya yüklenmiş bir borç değil bir külfettir. Alıcı bunu yerine getirmediği için, satıcıya bir tazminat ödemek zorunda kalmaz. Ancak, satıcıya karşı ileri sürebileceği talepler konusunda sınırlamalar ile karşılaşır⁵²¹.

Alıcı bakımından bildiriminin doğum anı, üçüncü kişi tarafından bir hakkın varlığının dava yolu ile ileri sürülmesidir. Başka bir ifadeyle, üçüncü kişinin alıcıya bir hakkın varlığını ileri sürülmesi yeterli değildir. Bunu bir dava yolu ile ileri sürmelidir. Alıcıya karşı açılan davanın mutlaka, taşınırı alıcının elinden almaya yönelik icrai nitelikte bir eda davası olması gerekmez. Üçüncü kişi tarafından, satış konusu malın üzerinde üstün bir hakkı olduğuna dair açılacak tespit davası da bildirimi gereken bir davadır⁵²².

Bildirim davanın her aşamasında yapılabilir ancak bildirimin, satıcının davaya katılmasına ve savunma yapmasına elverişli bir zamanda yapılması gerekir⁵²³. Zamanında yapılan bildirimle rağmen, alıcı aleyhine bir hüküm çıkması durumunda, bu hüküm satıcı için de sonuç doğuracaktır. Bu durumda, alıcı satış konusunu üçüncü kişiye teslim ettikten sonra, satıcıya karşı zapttan sorumluluk hükümlerine başvurabilir (TBK.m.215/2). Burada dikkat edilmesi gereken husus, sadece bildirimin yapılması

nedeninin de, akdin kuruluşu sırasında mevcut bulunması koşullarına bağlıdır” demiştir(www.kazanci.com.tr et. 11.6.2017).

⁵²⁰ Aydoğdu ve Kahveci, s.124; Erzurumluoğlu, Özel, s.77; Gümüş, Cilt I, s.69; Tandoğan, Cilt: I/1, s.155; Yavuz, Özel, s.115; Zevkliler ve Gökyayla, s.144.

⁵²¹ Akçaal, Zapt, s.187 vd.; Aydoğdu ve Kahveci, s.125; Gümüş, Cilt I, s.69; Yavuz, Özel, s.115. Alıcının bildirim külfeti bir borç değildir. Alıcının, satıcının sorumluluğuna gidebilmesinin bir şartıdır. Alıcının bildirim yapmakta ki menfaati sadece satıcının sorumluluğuna gidebilecek olması ile sınırlı değildir. Satıcının, üçüncü kişinin açmış olduğu davaya sunabileceği deliller sayesinde, dava daha kısa sürede sonuçlanabilir (ayrıntılı bilgi için bkz. Tandoğan, Cilt: I/1, s.154).

⁵²² Tandoğan’a göre, üçüncü kişinin satış konusu üzerinde sadece bir hak iddia etmesi üzerine, alıcının bu hakkın var olup olmadığının anlaşılması için tespit davası açar ise, alıcının açmış tespit davasını da satıcıya bildirmesi gerekir (ayrıntılı bilgi için Tandoğan, Cilt: I/1, s.156).

⁵²³ Aydoğdu ve Kahveci, s.124; Erzurumluoğlu, Özel, s.77; Gümüş, Cilt I, s.69; Tandoğan, Cilt: I/1, s.155; Yavuz, Özel, s.115; Zevkliler ve Gökyayla, s.152.

yeterli değildir. Bildirimin, savunmaya elverişli zamanda yapılması da gerekmektedir⁵²⁴.

Zamanında yapılmış bir bildirimde rağmen, aleyhe çıkan sonuca karşı, satıcının öne sürebileceği tek defî, alıcının ağır kusurudur. Satıcı, alıcının ağır kusuru nedeni ile alıcıya karşı açılan davanın aleyhe sonuçlandığını ispat ederse, alıcı aleyhe sonucu satıcıya karşı ileri süremez (TBK.m.215/2)⁵²⁵. 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda alıcının "hilesi" ve "ağır hatasından" bahsedilmişti (EBK.m.190/2). Türk Borçlar Kanunu'nda bu iki kavramı kapsayacak şekilde alıcının "ağır kusurundan" bahsedilmiştir.

Türk Borçlar Kanunu'nun 215. maddesinden çıkan sonuca göre, bildirimde bulunan alıcı, aleyhine açılan davayı usulüne uygun olarak takip etmelidir. Alıcı, davayı takip sürecinde ağır kusur oluşturacak davranışlarda bulunmamalıdır. Alıcının, ağır kusur olarak anılacak davranışı maddi hukuktan kaynaklanabileceği gibi usul hukukundan da kaynaklanabilir. Örneğin, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre, davalı cevap dilekçesinde savunmanın dayanağı olarak ileri sürülen vakıanın hangi delil ile ispat edileceğini bildirmesi gerekir (HMK.m.129/e). Eğer davalı alıcı, elinde hukuki uyuşmazlığı çözebilecek nitelikte deliller olmasına rağmen, bu delilleri mahkemeye bildirmez ya da bildirmekle beraber mahkemeye ibraz etmez ve bunun sonucunda dava aleyhe sonuçlanır ise, burada alıcının ağır kusurundan bahsetmemiz gerekir⁵²⁶.

Ayrıca bildirimin, satıcıya yapılmaması durumunda, satıcının sorumluluğu kendiliğinden kalkmaz. Böyle bir durumda, satıcı davanın kendisine bildirimde bulunulsa idi, davanın aleyhe sonuçlanmasını engelleyeceğini kanıtladığı oranda

⁵²⁴ Gümüş, Cilt I, ss.68,69; Zevkliler ve Gökyayla, s.114; Yavuz, s.115. Uluslararası Ticari Satım Sözleşmelerine İlişkin Viyana Sözleşmesinin 43/1. Maddesine göre "Alıcı, üçüncü kişinin hakkını ya da talebini öğrendikten veya öğrenmesi gerektiği andan itibaren, makul bir süre içinde satıcıya bu hak veya talebin mahiyetini bildiren bir bildirimde bulunmazsa 41 ve 42. madde hükümlerine dayanma hakkını kaybeder". İlgili hükme göre bildirimde bulunmamak, satıcı için, üçüncü kişilerin her türlü hak ve taleplerinden ari mal teslim etme yükümlülüğünün ortadan kalkması anlamına gelir. Bir başka anlatımla, alıcı bildirim külfetini yerine getirmeze, satıcının zapttan doğan sorumluluğu ortadan kalkar. CISG.m.41/1'deki düzenleme Türk Borçlar Kanunu'nun 215/3. maddesinden daha katı bir düzenlemedir. Çünkü Türk Borçlar Kanunu'nun 215/3. maddesine göre, alıcının bildirim külfetini yerine getirmemesi durumunda satıcının sorumluluğu kendiliğinden kalkmaz.

⁵²⁵ Aydoğdu ve Kahveci, s.124; Erzurumluoğlu, Özel, s.77; Gümüş, Cilt I, s.69; Tandoğan, Cilt: I/1, s.155; Yavuz, Özel, s.115; Zevkliler ve Gökyayla, s.152.

⁵²⁶ Aydoğdu ve Kahveci, s.124; Erzurumluoğlu, Özel, s.77; Gümüş, Cilt I, s.69; Tandoğan, Cilt: I/1, s.158; Yavuz, Özel, s.115; Zevkliler ve Gökyayla, s.152.

sorumluluktan kurtulur (TBK.m.215/3)⁵²⁷. Belirtmek gerekir ki satıcıya bildirim yapılamaması, alıcıdan kaynaklanmayan bir nedenle mümkün olmamışsa, satıcı daha elverişli bir hüküm elde edebileceğini ispatlamadığı sürece alıcıya karşı sorumlu olacaktır (TBK.m.215/3, BK.m.190/3)⁵²⁸. Alıcının, satıcıya yazılı bir ihtar göndermesi bildirim yapıldığı anlamına gelmeyecektir. Söz konusu ihtarın satıcıya ulaşması da gerekmektedir. Bu bakımdan, satıcıya noter kanalı ile bir ihtar gönderilmiş olsa bile, satıcıya ulaşmaması durumunda bildirimin yapıldığı anlamına gelmeyecektir. Geri dönen noter ihtarının, tekrardan noter kanalı ile satıcının kayıtlı ikametgâh adresine (mernise) gönderilmesi gerekir. Resmi ikâmetgah adresine yapılan ikinci ihtar satıcıya yine de ulaşmaması durumunda bildirimin yapılmamasından alıcı sorumlu tutulamaz.

1. Bildirimin Şekli ve İçeriği

Alıcı tarafından yapılan bildirimin şekli ve içeriği ile ilgili olarak Türk Borçlar Kanunu'nun zapttan sorumluluk hükümlerinde herhangi bir açıklama bulunmamaktadır⁵²⁹. Bu durumda yazılı ya da sözlü olması bakımından herhangi bir geçerlilik şekli yoktur. Ancak davanın ihbarı, davanın görülmekte olduğu mahkeme tarafından yapılması durumunda, bildirim Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 61. maddesi kapsamında bir ihbar niteliğindedir⁵³⁰. Bu durumda şekil söz konusu olacaktır. Hukuk Muhakemeleri Kanunun 62. maddesinde belirtildiği gibi bildirimin yazılı şekilde yapılması gerekir⁵³¹. Davanın ihbarı, davanın görülmekte olduğu mahkeme

⁵²⁷ Aydoğdu ve Kahveci, s.124; Erzurumluoğlu, Özel, s.77; Gümüş, Cilt I, s.69; Tandoğan, Cilt: I/1, s.158;Yavuz, Özel, s.115; Zevkliler ve Gökyayla, s.152.

⁵²⁸ Aydoğdu ve Kahveci, s.124; Erzurumluoğlu, Özel, s.77; Gümüş, Cilt I, s.69; Tandoğan, Cilt: I/1, s.158;Yavuz, Özel, s.115; Zevkliler ve Gökyayla, s.152.

⁵²⁹ Aydoğdu ve Kahveci, s.124; Gümüş, s.70; Zevkliler ve Gökyayla, s.144.

⁵³⁰ Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 61/1. Maddesine göre; “*Taraflardan biri davayı kaybettiği takdirde, üçüncü kişiye veya üçüncü kişinin kendisine rücu edeceğini düşünüyorsa, tahkikat sonuçlanıncaya kadar davayı üçüncü kişiye ihbar edebilir*”. Derdest olan bir davada, taraflardan birinin, üçüncü bir kişiye, derdest olan davayı haber vermesi ve bu davada kendisine yardım etmesini istemesine davanın ihbarı denir. Davada aleyhe bir karar verilmesi durumunda, davanın iyi yürütülmüş olmadığı iddiası ile karşılaşmamak için ihbar yapılmaktadır (ayrıntılı bilgi için bkz. Alangoya, H.Yavuz, M.Kamil Yıldırım ve Nevhis Deren-Yıldırım, s.158vd.; Kuru, Arslan ve Yılmaz, s.501; Umar, Özel, s.233).

⁵³¹ Alıcının, üçüncü kişinin üstün hak ileri sürmek sureti ile kendisine açılan davayı satıcıya ihbar etmesi klasik bir örnektir. Davanın ihbar edilmesi başka şekillerde de karşılaşılabılır. Alacaklının müteselsil borçlulardan sadece birisine dava açması durumunda, davalının diğer müteselsil borçlulara, kendisine karşı açılan davayı ihbar etmesi bir başka örnektir. Ya da davanın kaybedilmesi durumunda, üçüncü bir kişinin davalıdan bir hak istenmesi ile karşılaşılabileceği durumlarda, davanın üçüncü kişiye ihbarına örnektir (ayrıntılı bilgi için bkz. Alangoya, H.Yavuz, M.Kamil Yıldırım ve Nevhis Deren-Yıldırım, s.158 vd.; Kuru, Arslan ve Yılmaz, s.501; Umar, Usul, s.235).

tarafından yapılabilir, ancak mahkeme tarafından yapılması zorunlu değildir. Alıcı, kendisinde noter aracılığı ile veya mektupla ihbar da bulunabilir⁵³².

Bildirimin içeriği bakımından da Türk Borçlar Kanunu'nun 215. maddesinde herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. İçerik bakımından da Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 62. maddesi dikkate alınmalıdır. Hükme göre bildirim sebebinin gerekçeleriyle birlikte açıklanması ve yargılamanın hangi aşamada bulunduğu belirtilmesi gerekir (HMK.m.62/1)⁵³³. Böyle bir içerik, satıcıya davaya katılıp, gerçek anlamda bir savunma yapma imkânı sağlayacaktır.

2. Satıcının Davaya Katılması

Bildirimden sonra satıcı alıcı lehine davaya katılmak ve gerekli savunmaları yapmak zorundadır (TBK.m.215/1). Her ne kadar kanunda satıcının davaya katılması ve savunma yapma zorunluluğundan bahsedilmiş ise de, satıcı iki şekilde davranabilir. Davaya katılmak sureti ile alıcıya savunmada yardımcı olabilir ya da davaya hiçbir müdahalede bulunmaz⁵³⁴.

Satıcı, alıcı lehine davaya katılmayı seçmesi durumunda Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na ilişkin hükümler uygulama alanı bulacaktır. Usul Hukuku'na göre, dava kendisine ihbar edilen kişi, davanın hukuki yararı olan taraf yanında davaya katılabilir (HMK.m.63). Satıcının davaya katılması Hukuk Muhakemeleri Kanunu kapsamında bir feri müdahaledir (HMK.m.66)⁵³⁵. Satıcı feri müdahil sıfatıyla, davayı kazanmasında hukuki yararı bulunan alıcı yanında ve ona yardımcı olmak amacıyla, tahkikat sona erinceye kadar davada yer alır.

Satıcı feri müdahil talebi ile davanın görüldüğü mahkemeye başvuracaktır. Mahkemenin de bu talebi kabul etmesi gerekmektedir⁵³⁶. Mahkeme talebi kabul etse bile, feri müdahil olarak satıcı davayı ancak bulunduğu noktadan itibaren takip edebilir

⁵³² Alangoya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım, s.159; Kuru, Arslan ve Yılmaz, s.502; Umar, Usul, 236.

⁵³³ Alangoya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım, s.159; Kuru, Arslan ve Yılmaz, s.502.

⁵³⁴ Tandoğan, Cilt: I/1, s.157.

⁵³⁵ Üçüncü kişinin feri müdahalede bulunabilmesi için davanın ona ihbar edilmiş olması zorunlu değildir. İhbar almayan üçüncü kişi, kendi isteği ile de davaya feri müdahil olarak katılabilir. Önemli olan, davanın açılmış ve derdest olmasıdır. Alangoya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım, s.158 vd.; Kuru, Arslan ve Yılmaz, s.501.

⁵³⁶ Satıcının feri müdahale talebinde bulunmadan, sadece duruşmada hazır bulunması yeterli değildir. Mahkemeye bir başvuru yapması gerekir ve bu başvurunun da kabul edilmiş olması gerekir (bkz. Kuru, Arslan ve Yılmaz, s.503).

(HMK.m.68). Feri müdahil zamanında ihbar yapılmadığı için davaya geç katıldığını veya yanında katıldığı tarafın iddia ve savunma imkânlarını kullanmasını engellediğini ya da kendisince bilinmeyen iddia ve savunma imkânlarının, tarafın ağır kusuru sebebiyle kullanılmadığını belirterek, yanında katıldığı tarafın yargılamayı hatalı yürüttüğünü ileri sürebilir (HMK.m.69/2)⁵³⁷. Feri müdahil için olan bu düzenleme, Türk Borçlar Kanunu’nun 215. maddesinin 2. fıkrası ve 215. maddesinin 3. fıkralarındaki düzenlemeyi karşılamaktadır.

Türk Borçlar Kanunu’nun 215. maddesinde davaya katılmakla ilgili olarak yanlış bir düzenleme bulunmaktadır. Hükümde satıcının alıcının yerine geçerek üçüncü kişiye karşı davayı takip etmesinden bahsedilmektedir. Ancak mevcut Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda böyle bir kurum bulunmamaktadır. Türk Borçlar Kanunu’ndaki satıcının “alıcının yerine geçerek üçüncü kişiye karşı davayı takip etmek” ibaresinin kullanılma sebebi yürürlükten kalkmış olan Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun 49. maddesidir. Yürürlükten kalkmış olan Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunun 49. maddesinde, üçüncü kişinin davalının “makamına kaim olarak davayı takip” etme ibaresi geçmekte idi. Mevcut Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda böyle bir düzenlemeye yer verilmemiştir⁵³⁸.

Satıcının, alıcının bildirimine rağmen, davada alıcının yanında davada yer almayı seçmemesi durumunda, alıcı davayı takip etmeye devam etmek zorundadır. Satıcının, kendisine savunma konusunda yardım etmemesi, davayı takip etme zorunluluğundan kendisini kurtarmaz. Böyle bir durumda, mahkemenin vermiş olduğu karar satıcıyı da bağlayacaktır. Kararın aleyhe çıkması durumunda, satıcının sorumluluktan kurtulmak için alıcıya karşı öne sürebileceği tek itiraz, mahkemenin vermiş olduğu aleyhe hükmün alıcının ağır kusuru yüzünden verildiğini öne sürmesidir (TBK.m.215/2)⁵³⁹. Aslında satıcı, alıcının yanında davaya katılsa da katılmasa da, alıcının ağır kusurunu ispatladığı ölçüde, sorumluluktan kurtulacaktır.

⁵³⁷ Bu iddialarını ispat ettiği ölçüde, olumsuz sonuçlanan davanın aleyhine sonuç doğurmasını önleyebilir (bkz. Kuru, Arslan ve Yılmaz, s.503).

⁵³⁸ Aydoğdu ve Kahveci, s.124. Yürürlükten kalkmış olan kanunda “kaim olma” durumu, üçüncü kişiyi taraf durumuna getirmezd. Üçüncü kişi davayı ihbar edenin iradi temsilcisi olarak yürütürdü (ayrıntılı bilgi için bkz. Alangoya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım, s.159; Umar, Usul, s.231). Yürürlükten kalkan Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun 50. maddesi “*üçüncü şahıs ihbar eden kimsenin makamına kaim olarak davayı takip etmediği kabul ederse davayı kendi namına takip edemeyip yalnız ihbar eden şahsı temsil eder*” demektedir (ayrıntılı bilgi için bkz. Umar, Usul, s.231).

⁵³⁹ Tandoğan, Cilt: I/1, s.157.

B. İspat

Kural olarak alıcı, satış konusu malı, kendisine karşı açılan bir dava sonucunda üçüncü kişiye iade etmesi gerekir. Ancak kanun koyucu bazı durumlarda alıcıya, aleyhine bir dava açılmasını beklemeden de satış konusu malı hak sahibi üçüncü kişiye vermesine olanak sağlamıştır. Böyle bir durumda, satıcının sorumluluğu devam etmektedir. Ancak kanun koyucu, mahkeme kararı olmaksızın, satış konusu malın teslim edilmesi için gerekli olan şartların var olduğunun ispatını alıcıya yüklemiştir (TBK.m.216/2)⁵⁴⁰.

Alıcı bir mahkeme kararı olmaksızın, üçüncü kişinin hakkını dürüstlük kurallarına uygun olarak tanınması gerektiği bir durumda, satış konusu malı üçüncü kişiye teslim edebilir (TBK.m.216,b.1). Alıcının dürüstlük kuralı olarak değerlendirilmesi gereken bir vaka olduğunu ispat etmesi gerekmektedir. Yine alıcı, üçüncü kişinin kendisine karşı dava açmasını beklemeden, satıcıyı satılan üzerindeki hak iddiasına ilişkin uyuşmazlığı dava yoluyla çözümlemesi, aksi takdirde tahkim yoluna başvuracağı konusunda gecikmeksizin uyarılmış ve bundan sonuç alamadığı için tahkime başvurmuş ise burada da satıcının sorumluluğu yoluna gidebilir. Burada alıcı tahkim sonucunun aleyhe sonuçlandığını göstermek sureti ile ispat külfetini yerine getirmiş olacaktır⁵⁴¹.

⁵⁴⁰ Alıcının bildirimde bulunması nasıl bir külfet ise, alıcının satılanı üçüncü kişiye vermekle yükümlü olduğunu ispat yükümlülüğü de bir külfettir. Bu bakımdan alıcının ispat yükümlülüğü bir borç olmayıp, alıcının ispat külfetini getirmemesi yüzünden her hangi bir tazminat ödemesi söz konusu olmaz (ayrıntılı bilgi için bkz. Aral ve Ayrancı, s.100; Aydoğdu ve Kahveci, s.129; Eren, Özel, 115; Gümüş, Cilt I, s.72; Tandoğan, Cilt: I/1, s.158;Yavuz, Özel, s114; Zevkliler ve Gökyayla, s.145). Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun, 25.2.210 tarihli, 2013/13-1352 E. ve 2015/874 K. sayılı kararında“*Tekeffülün ihbar ve ispat külfeti olmak üzere iki şekil şartı bulunmaktadır. Satıcının zapta karşı tümüyle sorumlu tutulabilmesi için, alıcı üçüncü kişiler tarafından mala ilişkin olarak aleyhine açılan davaları satıcıya ihbar etmelidir. Eğer buna uyulmazsa, satıcı, dava kendisine ihbar edilseydi ne derece elverişli bir sonuç sağlayacak olduğunu kanıtladığı oranda sorumluluktan kurtulur (mülga 818 sayılı BK. m.190/3; 6098 sayılı TBK. m. 215). Dolayısıyla alıcının davayı hiç veya vaktinde ihbar etmemesi halinde, satıcı kendisine zamanında haber verilmiş olsa idi ne dereceye kadar daha elverişli bir sonuç elde edilebileceğini ispat ederse sorumluluktan o derecede kurtulur. Demek ki, ihbarın yapılmaması halinde, alıcının hakları mutlaka tamamen ortadan kalkmamakta, alıcı ancak satıcı daha elverişli sonuç alınacağını ispat ettiği takdirde ve oranda bu hakları kaybetmektedir.*” demektedir (www.kazanci.com.tr , e.t.12.2.2017) .

⁵⁴¹ Açılan davanın, alıcı tarafından bildirilmesine rağmen satıcının yardıma gelmemesi durumunda, Türk Borçlar Kanunu'nun 216/2'ye göre üçüncü kişinin hakkını ispat etmesi gerekmemelidir. Çünkü bu durumlarda satıcı, üçüncü kişinin hakkını kabul etmiş sayılmalıdır (ayrıntılı bilgi için bkz. Gümüş, s.71; Zevkliler ve Gökyayla, s.145).

III. TÜRK BORÇLAR HUKUKUNA GÖRE ZAPT SORUMLULUĞUNDA ALICININ HAKLARI

A. Genel Olarak

Üçüncü kişi tarafından satış konusu malın tamamı, alıcının elinden alınabileceği gibi sadece bir kısmı da elinden alınabilir. Ya da üçüncü kişi tarafından satış konusu mal üzerindeki sınırlı bir ayni hak olduğu sonradan alıcıya karşı ileri sürülebilir⁵⁴². Malın tamamının alıcının elinden alınması durumunda tam zapt, sadece bir kısmının alınması ya da mal üzerindeki sınırlı bir ayni hakkın alıcıya karşı ileri sürülmesi durumunda kısmi zapt söz konusu olacaktır⁵⁴³. Bu tespite göre, alıcının, satıcıya karşı ileri sürebileceği haklar şekillenecektir.

Tam zapt halinde Türk Borçlar Kanunu'nun 217. maddesi, kısmi zapt halinde ise Türk Borçlar Kanunu'nun 218. maddesi uygulama alanı bulacaktır. Alıcının, satış

⁵⁴² Aral ve Ayrancı, s.100; Aydoğdu ve Kahveci, s.129; Eren, Özel, 115; Gümüş, Cilt I, s.72; Tandoğan, Cilt: I/1, s.158;Yavuz, Özel, s114; Zevkliler ve Gökyayla, s.145. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun, 25.2.210 tarihli, 2013/13-1352 E. ve 2015/874 K. sayılı kararında "1.Satılan mal alıcıya teslim edilmiş bulunmalıdır. Zapta karşı tekeffül borcu ikincil (tali) nitelikte bir borç olduğundan, satılanın teslim edilmemesi durumunda, alıcı, yalnızca mülga 818 sayılı BK. m. 96 ve ardından gelen hükümlere dayanarak satıcıya başvurabilir. Üçüncü kişinin hak iddiasını alıcıya karşı ileri sürebilmesi, ancak satılanın alıcı tarafından teslim alınması durumunda söz konusu olabilir. Açıktır ki, satılan henüz satıcının elinde bulunuyorsa, üçüncü kişinin hak iddiasını alıcıya değil, satıcıya yöneltmesi gerekir. İşte böylece üçüncü kişi satılana el koymuş olursa, alıcı, zapta karşı tekeffül kurallarına dayanamaz. Satıcı, ancak borca aykırılıktan ötürü, mülga 818 sayılı BK. m. 96 ve ardından gelen hükümler uyarınca sorumlu tutulabilir. 2.Üçüncü kişinin satılan şey üzerinde zaptı sağlayacak bir hakkı bulunmalıdır. Şeyin tamamı veya bir kısmı üzerinde mülkiyet, rehin hakkı, intifa veya taşınmazlarda öteki irtifak hakları, tapu siciline şerh verilen şahsi haklar (4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m.919) zaptı sağlayacak haklardandır. Üçüncü kişinin satım konusu mal üzerinde ileri sürdüğü hakkın zaptı sağlayacak çeşitten, yani nesnel (aynı) bir hak ya da tapu siciline şerh verilerek üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilecek hale getirilmiş bir kişisel hak olması gerekir. Bu nedenle yalın kişisel haklara dayanılarak ya da hiç bir hakka dayanılmaksızın yapılan zaptlardan satıcı sorumlu değildir. Ancak sözleşmenin kurulması sırasında var olan nesnel haklarla, tapu siciline şerh edilmiş kişisel haklar yönünden bu sorumluluk söz konusudur. 3.Satıcının zapta karşı sorumlu olabilmesi için, satım konusu mal üzerinde üçüncü kişilerin ileri sürdükleri haklar, satım sözleşmesinin kurulmasından önce kazanılmış ve sözleşmenin yapılması sırasında da mevcut olmalıdır (mülga 818 sayılı BK. m. 189/1). Sözleşmenin kurulmasından sonra, üçüncü kişilerin satım konusu mal üzerinde hak kazanmaları karşısında, artık zapta karşı yükümlenme dolayısıyla değil, satıcının borca aykırı davranışı dolayısıyla (mülga 818 sayılı BK. m. 96 vd.; 6098 sayılı TBK.m.112 vd.) sorumluluğu yoluna başvurulabilir. 4.Üçüncü kişinin hakkının varlığı, alıcı tarafından akdin kurulması zamanında bilinmemelidir. Biliniyorsa satıcının ayrıca tekeffül taahhüdünde bulunmuş olması şarttır. 5.Üçüncü kişinin zapt girişimi dava yoluyla olmalıdır. " demektedir.

⁵⁴³ Aral ve Ayrancı, s.100; Aydoğdu ve Kahveci, s.129; Eren, Özel, 115; Gümüş, Cilt I, s.72; Tandoğan, Cilt:I/1, s.158;Yavuz, Özel, s114; Zevkliler ve Gökyayla, s.145.

konusu malı mahkeme kararı ile ya da mahkeme kararı olmaksızın iade etmesinin uygulanacak hükümlere bir etkisi yoktur⁵⁴⁴.

B. Tam Zapt Halinde Alıcının Hakları

1. Genel Olarak

Satılanın tamamı alıcının elinden alınmışsa, satış sözleşmesi kendiliğinden sona ermiş sayılır (TBK.m.217/1)⁵⁴⁵. Bu durumda alıcı, satıcıya karşı kanunda sayılan alacakları isteyebilir. Alıcının talep edebileceği haklar şunlardır⁵⁴⁶:

a) Alıcı, satış konusu maldan elde ettiği veya elde etmeyi ihmal ettiği ürünlerin değeri indirilerek, ödemiş olduğu satış bedelinin faizi ile birlikte geri verilmesini isteyebilir (TBK.m.217/1,b.1)⁵⁴⁷.

b) Alıcı, satış konusu mala yapmış olduğu ancak malı zapt eden üçüncü kişiden isteyemeyeceği giderleri isteyebilir (TBK.m.217/1,b.2)⁵⁴⁸.

⁵⁴⁴ Aral ve Ayrancı, s.100; Aydoğdu ve Kahveci, s.129; Eren, Özel, 115; Gümüş, Cilt I, s.72; Tandoğan, Cilt: I/1, s.158; Yavuz, Özel, s114; Zevkliler ve Gökyayla, s.145.

⁵⁴⁵ Kanun koyucu satıcının zapttan sorumluluğunda hiçbir tereddütte mahal bırakmayacak şekilde, sözleşmenin kendiliğinden sona ereceğini belirtmektedir. Ancak bu sona ermenin geriye dönük etkili mi yoksa ileriye dönük etkili mi olduğu konusunda hükümde bir açıklama yoktur. Aral ve Ayrancı, s.100; Aydoğdu ve Kahveci, s.129; Eren, Özel, 115; Gümüş, Cilt I, s.72; Tandoğan, Cilt: I/1, s.158; Yavuz, Özel, s114; Zevkliler ve Gökyayla, s.145.

⁵⁴⁶ İlgili talepler incelendiğinde, Türk Borçlar Kanunu madde 217'deki 4 bent halinde sayılan kalemlerin, ayıptan sorumlulukta alıcının sözleşmeden dönmesi durumunda talep edebileceği istemlere benzer olduğu görülmektedir. Alıcı ilgili bentlerde sayılan kalemleri istediğinde satıcının kusuru olup olmadığına bakılmaz. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 13.3.2013 tarihli, 2013/56 E. ve 2013/6242 K. sayılı kararında "Davacı, davalıdan satın aldığı aracın emniyet görevlilerince el konulması nedeniyle zarara uğradığını ileri sürerek şimdilik 10.000,00 TL'nin tahsili için eldeki davayı açmıştır. Davacı ile davalı arasında Borçlar Kanununun 189. ve devamı maddelerinde düzenlenen zapta karşı tekeffül hükümleri uygulanmalıdır. Borçlar Kanununun 192. maddesi uyarınca aracın tamamen zapt olunması halinde satım münfesi addolunur ve alıcı satıcıdan bu madde uyarınca belirtilen taleplerde bulunabilir. Aracın halen davacının elinde olup olmadığı, başka bir deyişle aracın zapt olup olunmadığı anlaşılammaktadır. Mahkemece, öncelikle aracın zapt edilip edilmediği, davacının elinde olup olmadığı araştırılmalı, zapt edildiğinin anlaşılması halinde Borçlar Kanununun az yukarıda belirtilen maddeleri gözetilerek satımın feshi ile bilirkşi marifetiyle alacağın belirlenerek davacı talebi ile bağlı kalmak suretiyle karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmiş olması, usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir." demiştir (www.kazanci.com.tr , e.t.12.2.2017). Akçaal, Zapt, s.236 vd.

⁵⁴⁷ Aral ve Ayrancı, s.100; Aydoğdu ve Kahveci, s.129; Eren, Özel, 115; Gümüş, Cilt I, s.72; Tandoğan, Cilt: I/1, s.158; Yavuz, Özel, s114; Zevkliler ve Gökyayla, s.146.

⁵⁴⁸ Aral ve Ayrancı, s.100; Aydoğdu ve Kahveci, s.129; Eren, Özel, 115; Gümüş, Cilt I, s.72; Tandoğan, Cilt: I/1, s.158; Yavuz, Özel, s114; Zevkliler ve Gökyayla, s.146.

c) Alıcı, üçüncü kişi tarafından aleyhine açılmış olan davayı, satıcıya bildirmekle kaçınılabileceği dışında kalan bütün yargılama giderleri ile yargılama dışındaki giderleri isteyebilir (TBK.m.217/1,b.3)⁵⁴⁹.

d) Alıcı, satış konusu malın zaptından dolayı doğrudan doğruya uğradığı diğer zararları da isteyebilir (TBK.m.217/1,b.4)⁵⁵⁰.

Satıcı ister kusurlu olsun, ister kusursuz olsun, zapt için gerekli şartlar gerçekleştiği takdirde zapttan sorumlu olacaktır. Alıcı yukarıda sayılan kalemleri istediğinde satıcının kusuru olup olmadığına bakılmaz⁵⁵¹. Bu bakımdan borçlunun temerrüde düşmesine benzemektedir. Borçlunun temerrüde düşmesi için de kusurlu olması şart değildir⁵⁵². Burada objektif (kusursuz) sorumluluk vardır. Aynı şekilde Türk Borçlar Kanunu'nun 214. maddesine göre; *“satış sözleşmesinin kurulduğu sırada var olan bir hak dolayısıyla, satılanın tamamı veya bir kısmı bir üçüncü kişi tarafından alıcının elinden alınırsa satıcı, bundan dolayı alıcıya karşı sorumlu olur”*. İlgili hüküm incelendiğinde, satıcının zapttan sorumlu tutulması için kusur aranmadığı görülmektedir⁵⁵³.

Aslında sözleşmeden doğan sorumlulukta, sorumluluk sebebi ilke olarak kusur sorumluluğudur. Satıcının zapttan sorumluluğu, bu genel ilkeden ayrılmıştır. Ancak satıcının zapttan sorumluluğunda kanun koyucu satıcının kusurlu olmasına da bazı sonuçlar bağlamıştır. Satıcı, kendisine hiçbir kusur yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alıcının satılanın elinden alınması yüzünden uğramış olduğu diğer zararları da gidermekle yükümlüdür (TBK.m.217/2)⁵⁵⁴. Hükümde satıcının, kusur sorumluluğu düzenlenmekle beraber ispat yükü ters çevrilmiştir. Aslında bu düzenleme Türk Borçlar Kanunu'nun 112. maddesi ile paralel bir düzenleme içermektedir. Genel kural

⁵⁴⁹ Aral ve Ayrancı, s.100; Aydoğdu ve Kahveci, s.129; Eren, Özel, 115; Gümüş, Cilt I, s.72; Tandoğan, Cilt: I/1, s.158; Yavuz, Özel, s114; Zevkliler ve Gökyayla, s.146.

⁵⁵⁰ Aydoğdu ve Kahveci, s.129; Zevkliler ve Gökyayla, s.146.

⁵⁵¹ Aral ve Ayrancı, s.100; Aydoğdu ve Kahveci, s.129; Eren, Özel, 115; Gümüş, Cilt I, s.64; Tandoğan, Cilt: I/1, s.160; Yavuz, Özel, s114; Zevkliler ve Gökyayla, s.146. Alıcının yukarıda sayılan bentlerdeki talepleri isterken, satıcının kusurunun aranmayacağını, TBK.m.217/2'nin karşıt kavramından çıkmaktadır.

⁵⁵² Borçlunun temerrüde düşmesi için kusurlu olması gerekmesi de, kaza sonucu ortaya çıkan zarardan dolayı borçlunun sorumluluğuna gidebilmek için kusurlu olması gerekecektir (ayrıntılı bilgi için bkz. Altınar, s.77; Cansel ve Özel, s.293; Eren, Borçlar, s.1067; Ertaş, İfa, 314 vd.; İnan ve Yücel, s.620; Kılıçoğlu, Borçlar, s.705; Reisoğlu, s.371, Serozan, Borçlar, s.219).

⁵⁵³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Aral ve Ayrancı, s.100; Aydoğdu ve Kahveci, s.129; Eren, Özel, 115; Gümüş, Cilt I, s.64; Tandoğan, Cilt: I/1, s.160; Yavuz, Özel, s114; Zevkliler ve Gökyayla, s.146.

⁵⁵⁴ Aydoğdu ve Kahveci, s.129; Gümüş, Cilt I, s.72; Tandoğan, Cilt: I/1, s.160; Zevkliler ve Gökyayla, s.145.

herkes hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispat etmek zorundadır şeklindedir (TMK.m.6)⁵⁵⁵. Kanun koyucu Türk Borçlar Kanunu’nun 112. maddesi ile bu kuraldan ayrılmıştır. Sözleşmeden doğan sorumlulukta kusuru ispat yükü ters çevrilmiştir. Böylece alacaklının durumu borçlunun kusurunu ispat yükümlülüğünden kurtarılmak suretiyle rahatlatılmıştır (TBK.m.112). Satıcının zapttan sorumluluğunda da, satıcı doğrudan zararlar dışındaki diğer zararları kusursuzluğunu ispatlayamadıkça tazmin etmek zorundadır⁵⁵⁶.

Başka bir deyişle, satıcıdan Türk Borçlar Kanunu’nun 217. maddesinde 4 bent halinde sayılan kalemleri talep ederken, satıcının kusurlu olup olmadığına bakılmaz. Satıcıdan diğer zararlar talep edilebilmesi ise satıcının kusurlu olması gerekmektedir (TBK.m.217/2). Ancak, bu durumda da kanun koyucu baştan satıcının kusurlu olduğunu karine olarak kabul etmektedir⁵⁵⁷.

Karine olarak satıcının kusurlu olduğu kabul edilmekle beraber, bu aksi her zaman ispat edilebilecek bir hukuki karinedir. Satıcı, kusursuz olduğunu ispat ederse, dolaylı zararlardan sorumlu olmayacaktır. Belirtmek gerekir ki, satıcının sözleşmenin ihlali yönünden kusursuzluğunu ispatlaması veya kurtuluş kanıtı getirebilmesi son derece zordur. Satıcı, kusursuzluk kanıtını ancak olağanüstü nitelikteki dış olayların sözleşmenin ihlaline sebep olduğunu ispat etmek suretiyle getirebilir. Yani satıcı illiyet bağıını kesen mücbir sebep, alacaklı ve üçüncü kişinin ağır kusuru gibi olayların varlığını kanıtlamalıdır⁵⁵⁸.

Belirtilmesi gereken önemli bir husus da, Türk Borçlar Kanunu’nun 217. maddesinde 4 bent halinde sayılan kalemlerin, ayıptan sorumlulukta alıcının

⁵⁵⁵ İlgili hüküm genel ispat yükünü düzenlemiştir. Bir hukuki ilişkide kendi lehine hak çıkaran taraf, dayandığı hukuki ilişkinin varlığını ispatla yükümlüdür. Genel kural bu olmakla beraber kanun koyucu aksini de öngörebilir. Bu durum Türk Medeni Kanunu’nun 6. Maddesinde “*kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça*” demek sureti ile belirtilmiştir (ayrıntılı bilgi için bkz. Yarayan, s.169). Bu hükme göre sözleşmeden doğan sorumlulukta borçlunun kusurunun da alacaklı tarafından ispat edilmesi gerekir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Zevkliler, Acabey ve Gökyayla, s.174.

⁵⁵⁶ Aydoğdu ve Kahveci, s.129; Zevkliler ve Gökyayla, s.146.

⁵⁵⁷ Aral ve Ayrancı, s.100; Aydoğdu ve Kahveci, s.129; Eren, Özel, 115; Gümüş, Cilt I, s.64; Tandoğan, Cilt:I/1, s.160; Yavuz, Özel, s114; Zevkliler ve Gökyayla, s.146.

⁵⁵⁸ Sözleşmede alacaklının uğramış olduğu zarar ile borçlunun borca aykırı eylemi arasında nedensellik bağı bulunmalıdır. Zarar, borçludan değil de, başka bir sebepten kaynaklanmış ise, borçlunun sorumluluğu söz konusu olmaz. Bu bakımdan sorumluluktan kurutulmak isteyen borçlu, illiyet bağıını kesen sebepleri kanıtlamalıdır. İlliyyeti kesen sebepler mücbir sebepler, üçüncü kişinin ağır kusuru, zarar görenin ağır kusurudur (ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, Borçlar, s.1066; Kılıçoğlu, Genel, s.650).

sözleşmeden dönmesi durumunda talep edebileceği istemlerle hemen hemen aynı olmasıdır⁵⁵⁹.

Türk Borçlar Kanunu “dönmenin sonuçları” kenar başlıklı madde 229’a göre; *“Satış sözleşmesinden dönen alıcı, satılanı, ondan elde ettiği yararları ile birlikte satıcıya geri vermekle yükümlüdür. Buna karşılık alıcı da, satıcıdan aşağıdaki istemlerde bulunabilir:*

1. Ödemiş olduğu satış bedelinin, faiziyle birlikte geri verilmesi.

2. Satılanın tamamen zaptında olduğu gibi, yargılama giderleri ile satılan için yapmış olduğu giderlerin ödenmesi.

3. Ayıplı maldan doğan doğrudan zararının giderilmesi.

Satıcı, kendisine hiçbir kusur yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alıcının diğer zararlarını da gidermekle yükümlüdür”⁵⁶⁰.

Temel olarak düzenleme, zapttan sorumlulukla aynı olmakla birlikte bazı farklılıklar vardır. Öncelikle ayıptan sorumlulukta, sözleşmeden dönmeyi seçen alıcı, sözleşme konusu malı satıcıya iade etmesi gerekir. Zapttan sorumlulukta, alıcıya böyle bir seçimlik hak tanınmamıştır. Sözleşme kendiliğinden sona ermektedir⁵⁶¹. Zaten satış konusu mal alıcıda olmadığı için kendisinden satış konusunu iade etmesi beklenemez. Ayıptan sorumlulukta, alıcının satış konusu maldan elde ettiği yararlar bakımından sorumluluğu var iken zapttan sorumlulukta alıcı elde etmeyi ihmal ettiği yararlarından da sorumludur.

⁵⁵⁹ Aral ve Ayrancı, s.100; Aydoğdu ve Kahveci, s.129; Eren, Özel, 115; Gümüş, Cilt I, s.72; Tandoğan, Cilt:I/1, s.158;Yavuz, Özel, s114; Zevkliler ve Gökyayla, s.145. Ayıba karşı sorumlulukta, alıcı dönme seçimlik hakkını kullanması ile sözleşme sona ermektedir. Satıcının zapttan sorumluluğunda tam zapt durumunda ise sözleşme kendiliğinden sona ermektedir.

⁵⁶⁰ Aral ve Ayrancı, s.123; Eren, Özel, 161; Gümüş, Cilt I, s.117; Kapancı, s.42; Tandoğan, Cilt: I/1, s.190;Yavuz, Özel, s181; Zevkliler ve Gökyayla, s.134. Türk Borçlar Kanunu’nun 229. maddesinin ikinci fıkrası, Türk Borçlar Kanunu’nun 217. maddesinin 2. fıkrası gibi satıcı, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alıcının uğramış olduğu diğer zararlardan sorumludur. Burada satıcı aleyhine kusur karinesi bulunmaktadır. Zapttan sorumlulukta olduğu gibi satıcı ancak kusursuz olduğunu ispat ederse sorumluluktan kurtulabilir. Diğer zararlar, dolaylızararlar anlamına gelmekle beraber, bu zararın menfi zarar ile müspet zarar arasında hangisini gösterdiği tartışmalıdır (ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, Özel, s.176;Gümüş, Cilt I, s.121).

⁵⁶¹ Aral ve Ayrancı, s.100; Aydoğdu ve Kahveci, s.129; Eren, Özel, s.115; Gümüş, Cilt I, s.64; Tandoğan, Cilt: I/1, s.160; Yavuz, Özel, s114; Zevkliler ve Gökyayla, s.146.

2.Satış Konusu Maldan Elde Ettiği Veya Elde Etmeyi İhmal Ettiği Ürünlerin Değeri İndirilerek, Ödemiş Olduğu Satış Bedelinin Faizi İle Birlikte Geri Verilmesinin İstenmesi

Kanun koyucu tam zapt durumunda, alıcıya satış konusu malın aynen ifasını talep etme hakkı vermemiştir. Bunun temelinde yatan düşünce, satıcının satış konusu edimi yerine getirmesinin genelde sübjektif imkânsız olmasıdır. Başka bir ifade ile bunun aynen yerine getirilmesinin mümkün olmaması ya da çok güç olmasıdır. Bundan dolayı aynen ifayı talep hakkı satıcıya tanınmamıştır⁵⁶². Bunun yerine alıcı, satış konusu maldan elde ettiği veya elde etmeyi ihmal eylediği ürünlerin değerini, satış bedelinden indirmek sureti ile kalan satış bedelini faizi ile birlikte isteyebilir⁵⁶³.

Ayıptan sorumlulukta alıcı, sözleşmeden dönmesi durumunda, teslim aldığı malı elde ettiği yararlarla birlikte satıcıya geri vermekle yükümlüdür (TBK.m.229/1)⁵⁶⁴. Zapttan sorumlulukta farklı olarak, alıcı elde etmeyi ihmal ettiği semerelerden de sorumludur⁵⁶⁵. Ayrıca belirtmek gerekir ki; ayıptan sorumlulukta, dönme hakkını kullanan alıcı, satış konusu malı elinde bulundurmaktadır. Alıcı hem satış konusu malı hem de ondan elde ettiği yararları satıcıya geri vermesi gerekir⁵⁶⁶. Satıcının zapttan sorumluluğunda ise, zaten satış konusu mal alıcıda değildir. Bu bakımdan alıcının satış konusu malı satıcıya geri vermesi söz konusu olmayacaktır.

⁵⁶² Aynen ifadan bahsedebilmemiz için muaccel ve yerine getirilmesi mümkün olan bir edim olmalıdır. Aynen ifada edimin imkânsız hale gelmemiş bulunması gerekir (Aynen ifa ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, Genel, s.1028 vd.). Başoğlu, s.126.

⁵⁶³ Aral ve Ayrancı, s.100; Aydoğdu ve Kahveci, s.129; Eren, Özel, 115; Gümüş, Cilt I, s.64; Tandoğan, Cilt: I/1, s.160; Yavuz, Özel, s114; Zevkliler ve Gökyayla, s.146.

⁵⁶⁴ Akçaal, Zapt, s.244; Aral ve Ayrancı, s.123; Eren, Özel, 161; Gümüş, Cilt I, s.117; Tandoğan, Cilt: I/1, s.190; Yavuz, Özel, s181; Zevkliler ve Gökyayla, s.134. Ayıptan sorumlulukta alıcının elde etmeyi ihmal ettiği yararları iade etmekle yükümlü tutulmamıştır. Alıcıyı elde etmeyi ihmal edilen yararlarından sorumlu tutulsaydı, alıcı maldan yararlanma zorlanması anlamına gelecekti. Zaten malın ayıplı olduğu bir durumda, maldaki ayıbın artmasına neden olunacaktı (ayrıntılı bilgi için bkz. Zevkliler ve Gökyayla, s.134; Tandoğan, Cilt: I/1, s.190).

⁵⁶⁵ Aral ve Ayrancı, s.100; Aydoğdu ve Kahveci, s.129; Eren, Özel, 115; Gümüş, Cilt I, s.64; Tandoğan, Cilt: I/1, s.160; Yavuz, Özel, s114; Zevkliler ve Gökyayla, s.146.

⁵⁶⁶ Türk Borçlar Kanunu'nun 229. maddesinin 1.fıkrası, dönme hakkını kullanan alıcının, elde ettiği yararlarla birlikte satış konusu malı satıcıya geri vermesini düzenler. Dönme hakkının kullanılması ile satış konusu mal kendiliğinden satıcıya geçmez. Alıcı, zilyetliği tekrardan satıcıya devretmelidir. Alıcı ayrıca, satış konusu malı devraldığı zamandan itibaren elde ettiği yararları da geri vermekle yükümlüdür. Satıcının zapttan sorumluluğunda, elde ettiği yararları ek olarak, elde etmeyi ihmal ettiği yararları da geri vermek zorundadır. Bu bakımdan da ayıba karşı sorumluluktan ayrılmaktadır. Alıcının kusurlu olması durumunda, satıcının zapttan sorumluluğunda elde etmeyi ihmal ettiği yararların geri verilmesine ilişkin Türk Borçlar Kanunu'nun 217. maddesindeki hükmün ayıptan sorumlulukta alıcı içinde uygulanabileceğini ileri sürmektedir (ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, Özel, 168).

Alıcının elde ettiği veya elde etmeyi ihmal ettiği ürünlerin değerine katlanma külfeti, iyiniyetli olmayan zilyedin durumuna benzemektedir. Türk Medeni Kanunu'nun 995. maddesine göre, iyiniyetli olmayan zilyet, geri vermekle yükümlü olduğu şeyi alıkoymuş olması yüzünden hak sahibine elde ettiği veya elde etmeyi ihmal ettiği ürünler karşılığında tazminat ödemek zorundadır⁵⁶⁷.

Kanun koyucu, satıcının zapttan sorumluluğunda ise alıcının örtülü olarak iyiniyetli olmasını aramıştır. Türk Borçlar Kanunu'nun 214. maddesinin 2. fıkrasından çıkan sonuç bu yöndedir⁵⁶⁸. Hükme göre; alıcı, satış konusunun elinden alınma tehlikesini sözleşmenin kurulduğu sırada biliyor idiye satıcı, ayrıca üstlenmiş olmadıkça bundan dolayı sorumlu olmaz. Başka bir ifade ile satıcının zapttan sorumluluğu, alıcının iyiniyetine bağlıdır. Ancak kanun koyucu, alıcının iyiniyetli olmasına rağmen, satış konusu maldan ürün elde edilmesini ihmal etmişse, bu ihmal sonucu kazanılamayan değer miktarına, alıcının katlanması gerektiğini düzenlemiştir.

Bu durumda iyiniyetli alıcının neden elde etmeyi ihmal ettiği ürün değerine katlanmak zorunda kaldığı düşünülebilir. Kanımızca böyle bir düzenleme yapmasının haklı bir gerekçesi yoktur. Satışın ticari ya da adi bir satış olup olmamasına göre bir ayırım yapılabilirdi. Ya da Türk Borçlar Kanunu'nun 325. maddesinde kira sözleşmesinde kiralananın sözleşmenin bitiminden önce verilmesi durumunda olduğu gibi alıcıya da kasten elde etmekten kaçındığı ürünlerin değerine katlanma külfeti yüklenebilirdi. Bunun yanı sıra satıcıya almış olduğu bedeli faizi ile iade etmesi hüküm altına alınmıştır. Burada sözü geçen faiz anapara faizidir. Ancak faizin hangi andan itibaren işletilmeye başlanacağı hususunda kanunda bir hüküm yoktur⁵⁶⁹.

⁵⁶⁷ Akıntürk, Eşya, s.217; Aybay ve Hatemi, s.68; Antalya, Eşya II, s. 227. İyiniyetli olmayan zilyedin, eşyadan yararlanma yetkisi yoktur. İyiniyetli olmayan zilyet, bu durumu bilmektedir ya da bilmesi gerekir. Bu yüzden iyiniyetli olmayan zilyet, eşyanın kendi zilyetliği altına girdiği andaki durumu ile geri vermek zorundadır. Eğer zilyetliği altında eşya herhangi bir hasar ve zarara uğrar ise bunları tazmin etmekle yükümlüdür (ayrıntılı bilgi için bkz. Akıntürk, Eşya, s.217; Aybay ve Hatemi, s.68). Zilyetin iyiniyetli olması durumunda, eşyanın üzerinde sahip olduğu hakla uyumlu olarak kullanmasından dolayı elde ettiği ürünlerden ve yararlarından sorumlu değildir. İyiniyetli zilyet elde ettiği ürünleri geri vermeyecektir (ayrıntılı bilgi için bkz Akıntürk, Eşya, s.213).

⁵⁶⁸ Aydoğdu ve Kahveci, s.122; Gümüş, Cilt I, s.65,66; Zevkliler ve Gökyayla, s.142; Yavuz, Özel, s.112.

⁵⁶⁹ Her para borcu için faiz ödemek zorunlu değildir. Hukuki işlem ya da kanuni bir düzenleme faiz borcu doğuruyorsa, para borçlusu faiz ödemekle yükümlüdür (ayrıntılı bilgi için bkz. M. Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt I, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014 (Borçlar I), s.312).

Viyana Satım Antlaşması satıcının, bedeli geri ödeme borcu altında olduğu hallerde, satış bedelinin satıcıya ödendiği tarihten itibaren faizi de ödemesi gerektiği hükme bağlanmıştır (CISG.m.84/1)⁵⁷⁰. Satış bedelinin satıcıya ödendiği tarihten itibaren faizin ödenmesi ile satıcının elinde bulundurduğu bedelden elde edebileceği faydanın iadesi öngörülmektedir⁵⁷¹.

Satıcının zapttan sorumluluğunda, elde ettiği veya elde etmeyi ihmal ettiği ürünlerin değerinin düşülmesi sureti ile kalan satış bedelini isteyebildiğine göre, satıcının da satış bedelini aldığı tarihten itibaren faiz ödemesi gerekmektedir. Satıcının zapttan sorumluluğunda satış bedeline ödenecek faiz, kanuni anapara faizidir⁵⁷².

Normalde taraflar anlaşarak anapara faizinin oranını belirleyebilir. Bu kapsamda satış sözleşmesi tarafları, sözleşmenin yerine getirilmemesi durumunda satış bedelinin iadesinde uygulanacak faizi de belirleyebilirler. Ancak tarafların belirleyeceği yıllık faiz oranı, faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte olan mevzuat hükümlerine göre belirlenen yıllık faiz oranının yüzde elli fazlasını aşamaz (TBK.m.88)⁵⁷³. Borçlar Kanunu, tarafların faiz oranını serbestçe belirlemesine bir üst

⁵⁷⁰ Viyana Satım Antlaşmasına göre sözleşmenin sona ermesi ile taraflar için Viyana Satım Antlaşmasının 81-84. maddeleri arasında sayılan birtakım sonuçlar doğmaktadır. 81. maddesine göre, sözleşmenin ortadan kalkması ile bazı istisnalar dışında tarafların sözleşme ile üstlendikleri yükümlülükler ortadan kalkar (ayrıntılı bilgi için bkz. Kanışlı, s.80 vd.); Satıcının faiz ödeme borcu, alıcının zarara uğramış olması ya da olmamasına bağlı değildir. Satıcının tazminat sorumluluğundan kurtulduğu durumda dahi, satış bedelini aldığı tarihten itibaren işleyen faizi ödenmesi gerekir. Faiz ile satıcının, satış bedelini elinde bulundurduğu süre boyunca, elde edebileceği farazi yararları anlaşılır (bkz. Işıl Yelkenci, **Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Alıcının Sözleşmeden Dönmesi**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014, s.189).

⁵⁷¹ Kutluhan Erkan, **CISG Gereğince Alıcının Sözleşmeden Dönmesi**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s.160.

⁵⁷² Asıl alacak hakkının doğumu ile faiz hakkı da doğar. Faiz yan hak olduğu için asıl alacak sona ermesi ile birlikte faiz de sona erer. Bu yüzden asıl alacak sona ererken, faiz alacaklarını isteme hakkının saklı tutulması gerekmektedir. Doğmuş bir faiz alacağı ise artık asıl alaktan bağımsız bir nitelik taşıyacaktır. Bu durumda faiz alacağı borçludan asıl alaktan bağımsız olarak talep ve dava edilebilir. Faizin yan hak olması nedeni ile sözleşmenin geçersiz olması durumunda, geçersiz bir sözleşmeye dayanarak faiz de istenemez. Yine asıl borcun zamanaşımına uğraması durumunda, asıl borca bağlı faiz borçları da son bulur (ayrıntılı bilgi için bkz. Antalya, Borçlar III, s.119; Eren, Genel, s.979; Kılıçoğlu, Borçlar, s.623). Sadece sözleşmenin konusunun para olduğu hukuki ilişkilerde anapara faizi söz konusu olur. Temerrüt faizi ise, konusu para olan sözleşmeler yanı sıra, haksız fiil ve sebepsiz zenginleşmeden de kaynaklanabilir (ayrıntılı bilgi için Kılıçoğlu, Borçlar, s.623; Oğuzman ve Öz, Borçlar I, s.313). Sözleşmede para borçları için faiz kararlaştırıp kararlaştırmamaları, taraflara bağlıdır. Faiz kararlaştırmaları durumunda, borçlu anapara ile birlikte sözleşmede belirtilen faizi de ödemelidir (ayrıntılı bilgi için bkz. Antalya, Borçlar III, s.121).

⁵⁷³ Aslında Türk Borçlar Kanunu'nun 88. maddesi, faiz ödeme borcunun doğması durumunda sözleşmede taraflar kararlaştırmamış ise, uygulanacak yıllık faiz oranına ilişkin başka bir mevzuata yapılan bir atıftan ibarettir. Aslında kanun koyucu faiz oranlarında ki değişkenliği göz önüne alarak, Türk borçlar Kanunu'nda sabit bir faiz oranı belirlemek istememiştir (ayrıntılı bilgi için bkz. Antalya, Borçlar III, s.121).

sınır getirmiştir. Türk Ticaret Kanunu'nda ise ticari işlerde faiz oranının serbestçe belirlenebileceği hükme bağlanmıştır (TTK.m.8/1). Böylelikle ticari işlerde, taraflar herhangi bir üst limitle bağlanmadan istedikleri gibi yıllık faiz oranını belirleyebileceklerdir⁵⁷⁴. Buna göre satışın ticari olup olmamasına göre faiz değişmektedir⁵⁷⁵.

Ticari olmayan bir satışta Türk Borçlar Kanunu'nun 88. maddesinin 1. fıkrasına göre; faiz ödeme borcunda uygulanacak yıllık faiz oranı, sözleşmede kararlaştırılmamışsa, faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte olan mevzuat hükümlerine göre belirlenir⁵⁷⁶. Şu an yürürlükte olan mevzuat 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanundur. 3095 sayılı Kanunu'nun 1. maddesinin 1. fıkrasına göre, Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu'na göre faiz ödenmesi gereken hallerde, miktarı sözleşme ile tespit edilmemişse bu ödeme yıllık yüzde oniki oranı üzerinde yapılır. 3095 sayılı Kanunun 1. maddesinin 2. fıkrasına göre, Bakanlar Kurulu, bu oranı aylık olarak belirlemeye, yüzde onuna kadar indirmeye veya bir katına kadar artırmaya yetkilidir⁵⁷⁷.

Ticari olan bir satışta Türk Ticaret Kanunu'nun 9. maddesinin 1.fıkrasına göre, ticari işlerde kanuni faiz hakkında ilgili mevzuat hükümleri uygulanır. Buna göre ticari bir satışta da 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun uygulama alanı bulacaktır⁵⁷⁸.

⁵⁷⁴ Kılıçoğlu, Borçlar, ss.625-626. Faizi kanuni ve sözleşme faizi olarak türlerine ayırabiliriz. Sözleşme faizi tarafların kendi özgür iradeleri ile belirledikleri faizdir. Türk Borçlar Kanunu'nun 217. maddesinin 1. fıkrasında bahse konu düzenleme kanuni faizdir (ayrıntılı bilgi için bkz. Cansel ve Özel, s.250).

⁵⁷⁵ Taraflardan en az birinin ticari işletmesiyle ilgili işlerden kaynaklanan alacağa ilişkin faizdir (TTK.m.3, 19). Ticari işlemlerde taraflar sözleşmede faiz öngörmeseler bile faiz istenebilir. Adi faiz ise, ticari faiz dışında kalan işlemlerden kaynaklanan alacaklar için talep edilen faizdir (Cansel ve Özel, s.250).

⁵⁷⁶ Antalya, Borçlar III, s.119 vd.; Cansel ve Özel, s.250; Eren, Genel, s.980; Kılıçoğlu, Borçlar, ss.625-626. Faiz alacağı hesaplanırken, faiz oranı tek başına yeterli değildir. Faiz uygulanacak sürede bilinmelidir. Faiz oranının yanı sıra, faiz borcunun miktarı ve faiz uygulanacak sürede bilinmelidir (ayrıntılı bilgi için bkz. Antalya, Borçlar III, s.123).

⁵⁷⁷ Antalya, Borçlar III, s.119 vd.; Cansel ve Özel, s.250; Eren, Genel, s.980; Kılıçoğlu, Borçlar, s. 627; Oğuzman ve Öz, Borçlar I, s.317. 3095 sayılı Kanunu'nun 3/1'e göre kanuni faiz hesaplanırken faize faiz yürütülemez. Buna faize faiz yürütülemez yasağı denir. Bu ilkenin istinası, Ticaret Kanununda ki bazı düzenlemelerdir. Türk Ticaret Kanunu'nda tarafları tacir olması şartı ile üç aydan aşağı olmamak üzere faizin anaparaya eklenerek birlikte tekrar faiz yürütülmesi şartı, yalnız cari hesaplarla her iki taraf bakımından da ticari iş niteliğinde olan ödünç sözleşmelerinde geçerlidir (TTK.m.8/2).

⁵⁷⁸ Antalya, Borçlar III, s.119 vd.; Cansel ve Özel, s.251; Eren, Genel, s.981. Ticari işlerde uygulanacak faiz hakkında her ne kadar 3095 sayılı Kanuna gönderme yapılmış olsa da (TTK.m.9), Ticari işlerde faiz oranı serbestçe belirleneceği için (TTK.m.8), Türk Borçlar Kanununun 88/2. maddesinde olduğu gibi üst sınır söz konusu olmaz (ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman ve Öz, Borçlar I, s.317).

Taşınır satışlarında, genel olarak malın teslimi ile bedelin ödenmesi aynı anda gerçekleşir. Ancak alıcı tarafından, bedel satıcıya ödenmemiş de olabilir. Böyle bir durumda, satış konusu malın alıcının elinden alınması ile birlikte, sözleşme kendiliğinden sona ereceği için, alıcının bedeli ödeme borcu da ortadan kalkmaktadır. Artık satıcı, satış bedelinin ödenmesini alıcıdan isteyemez. Doğal olarak böyle bir durumda, alıcının Türk Borçlar Kanunu'nun 217. maddesinin 1.fıkrasının 1. bendine göre satış bedelini iadesi de söz konusu olmaz. Eren'e göre böyle bir durumda; satıcı, alıcıdan satılardan elde ettiği veya elde etmeyi ihmal eylediği ürünlerin değerini isteyebilir⁵⁷⁹. Yazar; satıcının, elde etmesi ihmal edilen ürünlerin değerini istemesinin hangi hukuki nedene dayanacağını belirtmemiştir. Belirtmek gerekir ki satıcı tarafından istenecek ürün değeri, Türk Borçlar Kanunu'nun 217. maddesinin 1. fıkrasının 1. bendine göre olmayacaktır. Çünkü ilgili hüküm, alıcının satıcıya karşı ileri sürebileceği istemleri içermektedir. Bu bakımdan satıcı, alıcının elde etmeyi ihmal ettiği ürünleri değerini sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre isteyebilir.

3. Satış Konusu Malı Zapt Eden Üçüncü Kişiden İsteyemeyeceği Giderlerin İstenmesi

Türk Borçlar Kanunu'nun 217. maddesinin 1. fıkrasının 2. bendinde, alıcının satış konusu malı elinden alan üçüncü kişiden isteyemeyeceği giderleri satıcıdan isteyebileceği belirtilmiştir⁵⁸⁰. Her ne kadar hükümde, hangi giderler olduğu belirtilmemiş ise de, bunları satış konusuna yapılan giderler (masraflar) olarak anlamak gerekir. Ayıplı satışlarda, dönmenin sonuçlarını düzenleyen Türk Borçlar Kanunu'nun 229. maddesinde bu durum açıkça düzenlenmiştir⁵⁸¹. Hükümde alıcının, “yargılama giderleri ile satılan için yapmış olduğu giderlerin ödenmesi” isteminde bulunabilir demektir (TBK.m.229/b.2). Türk Borçlar Kanunu'nun 217. maddesinin 2. bendindeki düzenlemede ise bu durum açıkça düzenlenmemiştir⁵⁸². Hükümde,

⁵⁷⁹ Eren, Özel, s.117.

⁵⁸⁰ Akçaal, Zapt, s.251 vd.; Aral ve Ayrancı, s.100; Aydoğdu ve Kahveci, s.129; Eren, Özel, 115; Gümüş, Cilt I, s.72; Tandoğan, Cilt: I/1, s.158;Yavuz, Özel, s.114; Zevkliler ve Gökyayla, s.146.

⁵⁸¹ Aral ve Ayrancı, s.100; Aydoğdu ve Kahveci, s.129; Eren, Özel, 115; Gümüş, Cilt I, s.121; Tandoğan, Cilt:I/1, s.158;Yavuz, Özel, s.114; Zevkliler ve Gökyayla, s.135.

⁵⁸² Aral ve Ayrancı, s.100; Aydoğdu ve Kahveci, s.129; Eren, Özel, s.115; Gümüş, Cilt I, s.72; Tandoğan, Cilt:I/1, s.158;Yavuz, Özel, s.114; Zevkliler ve Gökyayla, s.146. İlga olan 818 sayılı Borçlar

üçüncü kişiden isteyemeyeceği giderlerden bahsetmektedir. Bu durumda alıcının üçüncü kişiden isteyebileceği giderlerden yola çıkarak da tanımlama yapılabilir. Üçüncü kişiden istenebilecek giderler, sözleşmenin nispiyeti gereği, satıcıdan istenemeyecek giderler olacağına göre bunlar satış konusu mala yapılan masraflarla ilgili olması gerekir⁵⁸³. Zaten yargılama giderleri ile yargılama dışındaki giderler 217/b.3'e göre istenebilmektedir. Türk Borçlar Kanunu'nun 217. maddesinin 2. bendinde istenebilecek giderler bu giderler dışında olmalıdır.

Alıcının iyiniyetli olup olmaması, üçüncü kişiden isteyebileceği masrafları belirleyecektir. Satıcının zapttan sorumluluğundan bahsedebilmemiz için alıcının iyiniyetli olması gerektiğinden daha önce bahsetmiştik⁵⁸⁴. Bu durumda Türk Medeni Kanunu'nun 994. maddesi uygulama alanı bulacaktır. Hükme göre iyiniyetli zilyet, hak sahibi üçüncü kişiden yapmış olduğu zorunlu ve yararlı giderlerin tazminini isteyebilir. Zorunlu ve yararlı masraf kavramı içine satış konusu mala ilişkin yapılan bakım ve koruma giderleri girer. Gümrük ve nakil masrafları, depolama giderleri, satış konusunun muayenesi için yapılan masraflar bu kapsamdadır. Bu durumda satıcıdan talep edilebilecek masraf olarak lüks masrafları göstermek gerekir⁵⁸⁵.

Bunun yanı sıra satış sözleşmesinin somut durumuna göre; eğer satış sözleşmesi noterde yapılmış ve bunun ücretini alıcı ödemişse, alıcı ödenen parayı isteyebilir. Alıcı zapttan dolayı satıcıyı bilgilendirmek için, noter aracılığı ile yapılan ihtarların ücretini isteyebilir. Satış konusu malı teslim almak için satıcının yanına gitmek için yapmış olduğu seyahat giderleri istenebilir.

Kanunu'nun 192. maddesinin 1.fıkrasının 2.bendinden yapılan masrafın satılan için yapılması gerektiği açıkça anlaşılmamaktadır(ayrıntılı bilgi için bkz. Gümüş, Cilt I, s.73).

⁵⁸³ Aral ve Ayrancı, s.101.

⁵⁸⁴ Bkz. 3.Bölüm, III, B, 3

⁵⁸⁵ Aral, satılan üzerinde yapılan zorunlu ve faydalı masraflar iyiniyetli üçüncü kişiden istenmesi gerektiğini belirttikten sonra bu masrafların üçüncü kişiden tahsil edilemeyen kısmının da satıcıdan talep edilebileceğini belirtmektedir. Yazar böylelikle satıcının sorumluluk alanını genişletmektedir. Türk Borçlar Kanunu'nun 217/1. maddesinin 2. bendini daha geniş yorumlamaktadır (bkz. Aral ve Ayrancı, s.101). Başka bir görüş ise, ilgili hüküm herhangi bir ayırım yapmamıştır. Bu yüzden iyiniyetli alıcı her türlü gideri buna lüks giderlerde dahil olmak üzere satıcıdan isteyebilir (bkz. Tandoğan, Cilt: I/1, s.160). Belirtmek gerekir ki, iyiniyetli alıcı, üçüncü kişiye satış konusunu vermeden önce yapmış olduğu giderler için bir tazminat verilmezse, eşyaya yapmış olduğu ve zararsızsa ayrılması mümkün bulunan eklemeleri ayırarak kendi alabilir (bkz. Eren, Özel, s.118).

4.Üçüncü Kişi Tarafından Aleyhine Açılmış Olan Davayı, Satıcıya Bildirmekle Kaçınılabilecek Olanlar Dışında Kalan Bütün Yargılama Giderleri İle Yargılama Dışındaki Giderlerin İstenmesi

Türk Borçlar Kanunu'nun 217. maddesinin 1. fıkrasının 3.bendine göre alıcı, satıcıya bildirmekle kaçınılabileceği dışında kalan bütün yargılama giderlerini, satıcıdan isteyebilir⁵⁸⁶. Burada söz konusu olan yargılama masrafları, alıcı ve üçüncü kişi arasındaki mahkeme masraflarıdır. Üçüncü kişinin, üstün hak iddiasını kanıtlamak ve/veya malı alıcının elinden almak için açmış olduğu davadır. Bu davada, alıcının davalı olarak yapmış olduğu yargılama masrafları satıcıdan talep edilebilir⁵⁸⁷.

Geniş anlamda yargılama giderinin içine harçlarda dâhildir. Devletin sağladığı kamu hizmetlerinin çoğunun karşılığı olarak para alınmaz. Ancak mahkemelerde verdiği kamu hizmetinin giderlerinin bir kısmı, mahkemeye başvuranlardan harç olarak alınır⁵⁸⁸. Mahkemeye başvuranlardan makbuz karşılığı alınan bu paraya yargılama harcı denir⁵⁸⁹. Davacı dava açarken yargılama harçlarını ve tarifeye göre belirlenen gider avansını dava şartı olarak mahkeme veznesine yatırmak zorundadır⁵⁹⁰.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 323. maddesine göre yargılama giderleri; dava nedeniyle yapılan tebliğ ve posta giderleri (HMK.m.323/b. b)); dosya ve sair evrak giderleri (HMK.m.323/b. c)); geçici hukuki koruma tedbirleri ve protesto, ihbar, ihtarname ve vekâletname düzenlenmesine ilişkin giderler (HMK.m.323/b. ç)); keşif giderleri (HMK.m.323/b. d)); tanık ile bilirkişiye ödenen ücret ve giderler

⁵⁸⁶ Aral ve Ayrancı, s.100; Aydoğdu ve Kahveci, s.129; Eren, Özel, 115; Gümüş, Cilt I, s.72; Tandoğan, Cilt: I/1, s.158; Yavuz, Özel, s114; Zevkliler ve Gökyayla, s.146.

⁵⁸⁷ Aral ve Ayrancı, s.100; Aydoğdu ve Kahveci, s.129; Eren, Özel, 115; Gümüş, Cilt I, s.72; Tandoğan, Cilt: I/1, s.158; Yavuz, Özel, s114; Zevkliler ve Gökyayla, s.146.

⁵⁸⁸ Kuru, Arslan ve Yılmaz, s.695.

⁵⁸⁹ Yargılama harçlarından birisi duruşma harcıdır. Diğer bir yargılama harcı da karar ve ilam harcıdır. Bu harçta "maktu karar ve ilam harcı" ve "nispi karar ve ilam harcı" olarak ikiye ayrılır. Maktu karar ve ilam harcı, konusu para ile değerlendirilemeyen bir şey olan davalar için söz konusu iken, nispi karar ve ilam harcı konusu para ile değerlendirilebilen bir şey olan davalarda söz konusudur (ayrıntılı bilgi için bkz. Kuru, Arslan ve Yılmaz, s.695).

⁵⁹⁰ Kuru, Arslan ve Yılmaz, s.248. Gider avansı tebligat ve posta ücretleri, keşif giderleri, bilirkişi ve tanık ücretleri gibi giderler kapsamaktadır. Dava açılırken yatırılan gider avansı yeterli olmaması durumunda, bu eksikliğin tamamlanması için davacıya iki haftalık kesin süre verilir. Gider avansı dava şartı olup, tamamlanmaması halinde, dava, dava şartı yokluğundan reddedilir (ayrıntılı bilgi için bkz. Kuru, Arslan ve Yılmaz, s.698). Ayrıca taraflardan her biri ikamesini talep ettiği delil için mahkemece belirlenen avansı, verilen kesin süre içinde yatırmak zorundadır. Taraflar birlikte aynı delilin ikamesini talep etmişlerse, gereken gideri yarı yarıya avans olarak öderler. Kesin süre içinde delil avansının yerine getirilmemesinin sonucu, talep olunan delilin ikamesinden vazgeçilmiş sayılmasıdır (HMK.m.324).

(HMK.m.323/b. e)); resmi dairelerden alınan belgeler için ödenen harç, vergi, ücret ve sair giderler (HMK.m.323/ b. f)); vekil ile takip edilmeyen davalarda tarafların hazır bulundukları günlere ait gündelik, seyahat ve konaklama giderlerine karşılık hâkimin takdir edeceği miktar; vekili bulunduğu halde mahkemece bizzat dinlenmek, isticvap olunmak veya yemin etmek üzere çağrılan taraf için takdir edilecek gündelik, yol ve konaklama giderleri (HMK.m.323/b. g)); vekille takip edilen davalarda kanun gereğince takdir olunacak vekâlet ücret (HMK.m.323/b. ğ)); yargılama sırasında yapılan diğer giderler (HMK.m.323/b. h)) kapsamaktadır.

Satıcının zapttan sorumluluğunda alıcıya karşı bir dava açılmaktadır. Bu bakımdan kendisi yargılama harcı yatırmamaktadır. Ancak alıcı tarafından ödenmesi gerekebilecek bazı giderler vardır. Bu kapsamda, alıcı tarafından ödenen, davada tanıklara ödenen ücret ve giderler (HMK.m.265)⁵⁹¹, bilirkişi gider ve ücreti (HMK.m.283)⁵⁹², dava nedeniyle yapılan tebliğ ve posta giderleri, keşif giderleri, vekil ile takip edilmeyen davalarda tarafların hazır bulundukları günlere ait gündelik seyahat ve konaklama giderleri, vekille takip edilen davalarda kanun gereğince takdir olunacak vekâlet ücreti vd. yargılama giderleri (HMK.m.323) satıcıdan talep edilebilir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre yargılama giderleri, davada haksız çıkan yani aleyhine hüküm verilen tarafa yükletilir. Yine davayı kazanan taraf davasını bir vekil vasıtasıyla takip etmiş ise, davayı kaybeden taraf yargılama giderleri olarak vekâlet ücretinden de sorumlu tutulur⁵⁹³. Üstün bir hakka dayanan üçüncü kişinin davayı kazanması durumunda, davayı kaybeden alıcı bu giderlerden sorumlu olur.

⁵⁹¹ Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 265. maddesine göre; “Mahkeme tarafından çağrılan tanığa, her yıl Adalet Bakanlığınca hazırlanan tarifeye göre, kaybettiği zaman ile orantılı bir ücret verilir”. Adalet Bakanlığınca hazırlanan Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tanık Ücret Tarifesinin 3. Maddesine göre, tanığa, tanıklık nedeniyle kaybettiği zamanla orantılı olarak 20.00 ila 40.00 TL arasında ücret ödenir (RG. 30.9.2017, S.30196).

⁵⁹² Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 283. maddesine göre; “Bilirkişiye, sarf etmiş olduğu emek ve mesaiyle orantılı bir ücret ile inceleme, ulaşım, konaklama ve diğer giderleri ödenir. Bu konuda, Adalet Bakanlığınca çıkarılacak ve her yıl güncellenecek olan tarife esas alınır”. 2018 Yılı Bilirkişilik Asgari Ücret Tarife'sinin 4. maddesi “Bilirkişi ücreti, bilirkişiye sarf etmiş olduğu emek ve zaman karşılığında ödenen ücrettir.” demektedir (RG.14.4.2018, S.30391).

⁵⁹³ Kuru, Arslan ve Yılmaz, s.700 vd. Ana kural yargılama giderlerinin davada haksız çıkan tarafa yükletilmesi olmakla beraber bunun istisnaları da vardır. Bunlardan biri davalının, davanın açılmasına kendi hal ve davranışıyla sebebiyet vermemiş ve yargılamanın ilk duruşmasında da davacının talep sonucunu kabul etmesi durumudur. Bu durumda davalı yargılama giderlerini ödemeye mahkûm edilemeyeceğidir (HMK.m.312/2). Satıcının zapttan sorumluluğunda, iyiniyetli alıcıya karşı üçüncü kişinin üstün hak sahibi olduğunu ileri sürmek sureti ile dava açması durumunda, alıcı aleyhine açılan davaya kendi hal ve davranışı sebep olmamıştır. Eğer mevcut durumda, alıcının mahkeme kararı beklemeksizin üçüncü kişinin hakkını dürüstlük kurallarına uygun olarak tanınması gerektiriyor ise (TBK.m.216, bent 1), üçüncü kişinin talebini yani satış konusunun iadesini kabul edebilir. Bu kabul

Satıcının zapttan sorumluluğunda alıcıya dava açılması durumunda, satıcı alıcının yanında ferî müdahil olarak davada yer alabilir. Ferî müdahil olarak davaya katılmasına rağmen, alıcı haksız çıkarsa, satıcı müdahale giderlerinden sorumlu tutulur⁵⁹⁴. Satıcı, sadece müdahale giderlerinden sorumlu olacağı için, alıcı sorumlu tutulduğu yargılama giderlerini zapttan sorumluluk hükümlerine dayanmak sureti ile satıcıdan isteyebilecektir.

Alıcının Türk Borçlar Kanunu'nun 216. maddesinin 2. fıkrasına göre tahkime başvurması durumunda, tahkim yargılaması sırasında yapmış olduğu giderler de bu hüküm kapsamında istenebilir. Buna göre, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 441. maddesinde belirtilen, hakemlerin ve hakemlerce belirlenen hakem sekreterliği ücreti, hakemlerin seyahat giderleri gibi yargılama giderleri, bilirkişi ücretleri, keşif giderleri, tanık masrafları, davayı kazanan tarafın varsa vekili için avukatlık asgari ücret tarifesine göre takdir ettiği vekâlet ücreti, tahkim yargılamasına ilişkin tebligat giderleri satıcıdan istenebilir⁵⁹⁵.

5. Doğrudan Doğruya Satış Konusu Malın Zaptından Doğan Diğer Zararlar

Türk Borçlar Kanunu'nun 217. maddesinin 1.fıkrasının 4.bendine göre, alıcı, satılanın elinden tamamen alınması yüzünden doğrudan doğruya uğradığı diğer

yargılamanın ilk duruşmasında olursa, davalı konumunda ki alıcı yargılama giderlerini ödemeye mahkûm edilmez. Bu durumda yargılama gideri çıkmayacaktır. Yargılama gideri olmadığı için, alıcının satıcıdan isteyeceği yargılama gideri de bulunmayacaktır.

⁵⁹⁴ Kuru, Arslan ve Yılmaz, s.701.

⁵⁹⁵ Kuru, Arslan ve Yılmaz, s.787 vd. Hakemler, tahkim de aldıkları görev karşılığı olarak bir ücret alırlar. Tahkimin tarafları aksi kararlaştırmamış ise, hakemlerin ücreti, dava konusu alacağın miktarı, uyuşmazlığın niteliği ve tahkim yargılamasının süresi dikkate alınarak, hakem veya hakem kurulu ile taraflar arasında kararlaştırılır (HMK.m.440). Hakem ücreti konusunda anlaşma sağlanamaz ise, ücret Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 440. maddesinin 3. fıkrasında atıf yapılan ücret tarifesine göre belirlenir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hakem Ücret Tarifesi madde 1'e göre; *"Bu tarifenin amacı, 12.1.2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununa göre tahkim yoluyla görülen dava ve işlerde, taraflarla hakem veya hakem kurulları arasında ücretin belirlenmesi konusunda anlaşmaya varılamaması veya tahkim anlaşmasında bir hüküm bulunmaması ya da taraflarca bu konuda yerleşmiş kurallara veya kurumsal tahkim kurallarına yollama yapılmaması hallerinde hakem veya hakem kuruluna ödenecek ücretin miktarı ile ödenmesine ilişkin usul ve esasları belirlemektir"* (RG. 2.10.2012, S.28429). Böylelikle taraflar ve hakemler herhangi bir ücret anlaşması yapılmadan hakemlik görevi yürütülmüş ise ve sonrasında da taraflar ücret konusunda bir anlaşmaya varamamış ise, ücret Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan tarifeye göre belirlenir (ayrıntılı bilgi için bkz. Umar, Usul, s.1256).

zararları satıcıdan isteyebilir⁵⁹⁶. Satıcının zapt nedeni ile alıcının uğradığı zararı tazmin etme borcu, kusura dayanmayan bir sorumluluk türüdür. Türk Borçlar Kanunu'nun 112. maddesinde yer alan kusura dayanan sorumluluktan farklı bir düzenleme ortaya çıkmaktadır. İlgili hükümde doğrudan zararların neyi ifade ettiği öğretide tartışmalıdır. Bu kapsamda bazı kavramları açıklamak gerekmektedir.

Öncelikle şu hususu belirtmekte fayda vardır. Alacaklı zarara uğradığını ispat etmesinin yanı sıra, zararın miktarını da ispat etmesi gerekir. Zararın gerçek miktarının ispatının zorluğundan dolayı, zararın tespiti konusunda hâkime takdir yetkisi tanınmıştır. Türk Borçlar Kanunu'nun 114. maddesinin 2.fıkrası, haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümlerin, kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hallerine de uygulanabileceği yönünde haksız fiil hükümlerine bir yollama yapmıştır. Bu yollama ile Türk Borçlar Kanunu'nun 50. maddesinin 2. fıkrasına göre, zararın miktarı tam olarak ispat edilemiyorsa hâkime bir takdir yetkisi tanınmıştır. Hâkim, olayların olağan akışına ve zarar görenin aldığı önlemlere bakarak zararın, miktarını hakkaniyete uygun olarak belirler. Hâkimin zararın miktarını belirlemesi, alacaklının zararın varlığını ispat etme yükümlülüğünden kurtulduğu anlamına gelmemektedir. Alacaklı, zararın varlığını ispat ettikten sonra, hâkim zararın miktarını belirlemek için takdir yetkisini kullanabilir⁵⁹⁷.

a. Fiili Zarar

Fiili zarar, zarar görenin malvarlığının mevcut net durumunda meydana gelen fiili azalmadır. Zarar verici olay sonunda malvarlığının mevcut miktar ve değeri azalmaktadır. Malvarlığında azalma, malvarlığının aktif kısmının eksilmesi şeklinde olabileceği gibi, pasif kısmının artması şeklinde de olabilir. Fiili zarara, olumlu zarar (müspet zarar) adı da verilmektedir⁵⁹⁸. Malvarlığının aktif kısmının eksilmesi; gasp,

⁵⁹⁶ Akçaal, Zapt, s.256 vd.; Aral ve Ayrancı, s.100; Aydoğdu ve Kahveci, s.129; Eren, Özel, s.115; Gümüş, Cilt I, s.72; Tandoğan, Cilt: I/1, s.158; Yavuz, Özel, s114; Zevkliler ve Gökyayla, s.145. İlgili hükmün uygulanabilmesi için ortada bir zarar olması gerekmektedir. Alıcının elinden satış konusu mal alınmış olsa da, alacaklı bir zarara uğramamış da olabilir. Örneğin, alıcının 1000 Türk lirasına almış olduğu saat, üçüncü kişi tarafından üstün hk nedeniyle elinden alınmış olması durumunda, satıcının zapttan sorumluluğu bulunmaktadır. Alıcı, aynı saati 800 Türk lirasına başka birinden alması durumunda alıcının zararı söz konusu olmayacaktır.

⁵⁹⁷ Kılıçoğlu, Borçlar, s.648; Oğuzman ve Öz, Borçlar I, s.404.

⁵⁹⁸ Antalya, Borçlar I, s.453; Eren, Genel, s.526; İnan ve Yücel, s.400; Kılıçoğlu, Borçlar, s.311. Müspet zarar kavramı doktrinde daha çok sözleşme sorumluluğunda kullanılmaktadır. Bu yüzden Eren'e göre,

hırsızlık gibi suçlar şeklinde ya da bir malın yanması, kırılması, yok olması gibi fiili bir olgu şeklinde de gerçekleşebilir. Pasif kısmının artması ise borç altına girmek şeklinde gerçekleşebilir⁵⁹⁹.

b. Yoksun Kalınan Kâr

Yoksun kalınan kâr, olayların normal akışına, genel hayat tecrübelerine göre malvarlığında meydana gelebilecek artışların sözleşmenin ihlal edilmesi sureti ile önlenmesi sonucu meydana gelen azalmayı ifade eder⁶⁰⁰. Malvarlığının mevcut durumu artış veya eksilme göstermemektedir. Meydana gelen olay malvarlığının muhtemel artışına engel olmaktadır. Fiili zararda, zarar görenin mevcut durumunda sahip olduğu şeyler azalırken, yoksun kalınan kârda sahip olabileceği şeyler azalmaktadır. Bu iki zararın meydana gelmesi aynı olaydan kaynaklanabilir⁶⁰¹. Yoksun kalınan kâr ilerde gerçekleşmesi muhtemel olan bir kazancın elde edilememesi olduğu için, her şey yolunda gitse idi bir gelirin elde edileceğini, sonra da söz konusu olayın bu gelirin elde edilmesini engellediğini ispat etmesi gerekir. Burada, olayların normal akışı ve hayat tecrübeleri muhtemel bir kazancın olup olmayacağını tespitinde önem arz eder⁶⁰².

Yoksun kalınan kâr, varsayımsal bir değerlendirmeye dayandığı için, olayların farazi olarak ele alınması zararın belirlenmesini zorlaştırmaktadır. Özellikle varsayımlardan kaynaklanan zararların, varlığının kabulü için illiyet bağının kurulabilmesi önem arz etmektedir. Zarar verici fiil ile yoksun kalınan kâr arasında

fiili zarar yerine, müspet zararın kullanılması doğru değildir (bkz. Eren, Genel, s.526). Oğuzman ve Öz'e göre, müspet zarar, borçlunun borcunu gereği gibi ifa edilse idi alacaklının elde edeceği çıkara denk gelmektedir. Bu zararın kapsamına alacaklının malvarlığında gelen fiili zarar ile yoksun kaldığı kar girer (bkz. Oğuzman ve Öz, Borçlar I, s.395).

⁵⁹⁹ Antalya, Borçlar I, s.453; İnan ve Yücel, s.400. Alacaklının malvarlığının aktifinin azalmasının yanı sıra pasifinin artması şeklinde de gerçekleşebilir. Borçlunun sözleşmeden doğan edim yükümlülüğünü yerine getirmemesi yüzünden sözleşmede belirtilen cezai şart ödeme zorunluluğu altına girmesi, alacaklının malvarlığının pasifini artıracak niteliktedir (bkz. Oğuzman ve Öz, Borçlar I, s.401).

⁶⁰⁰ İnan ve Yücel, s.400. Yoksun kalınan kârda, alacaklının malvarlığında meydana gelecek artışın yanı sıra aktifinin artmasının yanı sıra, pasifinin de azalması imkânının önlenmesidir (bkz. Oğuzman ve Öz, Borçlar I, s.401).

⁶⁰¹ Eren, Özel, s.527; İnan ve Yücel, s.400; Kılıçoğlu, Borçlar, ss.311,312. Yoksun kalınan kârda malvarlığı fiilen aynı kalmaktadır. Ancak malvarlığındaki artışın engellenmesi söz konusudur. Mevcut malvarlığında bir artış olmamakla beraber, hukuka aykırı olay gerçekleşmemiş olsaydı malvarlığında kesin veya büyük bir olasılıkla meydana gelecek artış engellenmiştir (Ayrıntılı bilgi için bkz. Antalya, Borçlar I, s.460).

⁶⁰² Eren, s.527; İnan ve Yücel s.400; Kılıçoğlu, Borçlar, ss.311,312.

hayatın olağan akışına göre illiyet bağı kurulabilmelidir. Hayatın olağan akışına göre değerlendirme her somut olaya göre ayrı bir değerlendirme gerektirir. Zararın gerçekleşmesinin kesin, muhtemel veya en azından kuvvetle muhtemel olduğunun belirlenmesi gerekir⁶⁰³. Zararın miktarı tam olarak ispat edilemiyorsa hâkime bir takdir yetkisi tanınmıştır. Hâkim, olayların olağan akışına ve zarar görenin aldığı önlemlere bakarak zararın, miktarını hakkaniyete uygun olarak belirleneceğinden bahsetmiştir (TBK.m.50/2)⁶⁰⁴. Yoksun kalınan zararın hâkim tarafından belirlenmesi, fiili zararın belirlenmesine göre zorluk içermektedir. Fiili zararda, borca aykırı davranış ile nedensellik bağı daha açık ortaya konulabilmektedir. Bu bakımdan fiili zararın tespiti daha kolaydır. Yoksun kalınan kârda, tahmini bir nedensellik bağı kurulmakta ve beraberinde varsayımsal bir hesaba dayanmaktadır. Hâkim yoksun kalınan kâr yüzünden uğranılan zararı hesaplarken, olayların olağan durumuna ve alacaklının aldığı önlemlere göre elde edilmesi kuvvetle muhtemel görünen kârı göz önünde almalıdır. Normalin üstündeki kâr iddiasını alacaklı tarafından ispat edilmesi gerekir iken; normalin altında elde edilecek karı borçlu ispat etmelidir⁶⁰⁵.

c. Müspet Zarar

Müspet zarar, sözleşmenin hiç veya gereği gibi ya da vaktinde ifa edilmemesinden doğan zarardır. Borçlu tarafından edimin tam ve gereği gibi ifa edilmiş olsaydı, alacaklının malvarlığının göstereceği durum (elde edeceği menfaat) ile hali hazırda gösterdiği durum arasındaki farktır⁶⁰⁶. Müspet zarar; fiili zarar ve yoksun kalınan kârı da içinde barındırır⁶⁰⁷. Yukarda bahsettiğimiz üzere fiili zarar, borçlanılan

⁶⁰³ Antalya, Borçlar I, s.460.

⁶⁰⁴ İkinci Bölüm, III, B, 5, kısmına bakınız.

⁶⁰⁵ Oğuzman ve Öz, Borçlar I, s.404.

⁶⁰⁶ İnan ve Yücel, s.404; Kılıçoğlu, Borçlar, s.737; Oğuzman ve Öz, Borçlar I, s.395; Serozan, Dönme, s.637. Alacaklının müspet zararın tazmininden beklentisi, sadece edimin yerine getirilmemesinden doğan zararların tazmini değildir. Edim yerine getirilmiş olmakla beraber, gereği gibi yerine getirilmemiş ise, sözleşmeye uygun yerine getirilmemesinden doğan zararların da tazmini menfaatini de kapsar. Bu kapsamda sözleşmeden doğan edimin gereği gibi yerine getirilmemesi ile uygun nedensellik bağı içinde olan zararlar da girer (Antalya, Borçlar III, s.495). Müspet zarar, ifa menfaatinden doğmakla beraber, menfi zarar ise sözleşmenin geçerliliğine olan güvenin boşa çıkmasından doğan zararı kapsamaktadır. Bu bakımdan müspet zararda, ifanın gerçekleşeceği ya da sözleşmenin geçerliliğine ilişkin güvenden bağımsızdır. Sözleşmede edimin yerine getirilmemesinin neden olduğu fiili zararlar ve sözleşmenin gereği gibi ifa edilmiş olsa idi alacaklının elde edeceği kazanç (yoksun kalınan kar) dikkate alınarak zarar belirlenir (Antalya, Borçlar III, s.324).

⁶⁰⁷ Aydoğdu, s.321; Kılıçoğlu, Borçlar, s. 735; İnan ve Yücel, s.625; Oğuzman ve Öz, Borçlar I, s.395.

edimin ifa edilmemesi nedeniyle alacaklının malvarlığının aktif kısmının azalmasına veya pasif kısmının çoğalmasına denir. Borç ifa edilmediği için, malı bir başkasından daha yüksek fiyata satın almaya veya kiralamaya mecbur olan alacaklı aradaki farkı da sözleşmeyi ihlal eden taraftan isteyebilir⁶⁰⁸. Fiili zarar kavramına, alacaklının, borçlunun edimi ifa edeceğine güvenerek üçüncü kişilerle yaptığı sözleşme ile borçlandığı edimi yerine getirememekten dolayı ödeyeceği tazminat ve ceza koşulları da girer⁶⁰⁹.

Müspet zarar kapsamında yer alan yoksun kalınan kârda, borca aykırı davranış olmasaydı, alacaklının malvarlığının göstereceği artışı ifade etmektedir. Yoksun kalınan kâr ya malvarlığının aktif kısmının azalmasından ya da pasif kısmının artmasından meydana gelir⁶¹⁰.

d. Menfi Zarar

Menfi zarar, sözleşmenin kurulamamasından veya geçersiz olmasından doğan zarardır. Sözleşme yapılmamış olsaydı, uğranılmayacak olan zarardır⁶¹¹. Menfi zarar, malvarlığında meydana gelen olumsuz yarar kaybının karşılanmasına hizmet etmektedir. Zarara uğrayan açısından, sözleşmenin kurulması veya geçerliliği ya da ifasına ilişkin yaratılan güvenin boşa çıkmasıdır. Bu beklentinin boşa çıkması, diğer zarar türlerinden ayırıcı özelliğidir⁶¹². Bu bakımdan alacaklının malvarlığının mevcut durumu ile sözleşme yapılmamış olsaydı bulunacağı durum arasındaki fark, menfi zararı meydana getirir⁶¹³. Sözleşmenin kurulması için yapılan noter harcamaları, yol paraları gibi masrafların yanı sıra sözleşmenin ifası sırasında yapılan havale ücreti gibi

⁶⁰⁸ Kılıçoğlu, Borçlar, s.737.

⁶⁰⁹ Eren, Genel, s.1056; İnan ve Yücel s.610, 625; Reisoğlu, s.353.

⁶¹⁰ Eren, Genel, s.1056; İnan ve Yücel s.400; Kılıçoğlu, Borçlar, s. 735; Reisoğlu, s.353.

⁶¹¹ Antalya, Borçlar III, s.324; İnan ve Yücel, s.404; Kılıçoğlu, Borçlar, s. 735; Reisoğlu, s.353; Oğuzman ve Öz, Borçlar I, s.396; Serozan, Dönme, s.636.

⁶¹² Ergüne'ye göre: "olumsuz zararı "bir sözleşmenin kurulacağına veya geçerli olacağına yahut geçersizliğe rağmen ifa edileceğine dair kendisinde güven uyandırılan kimsenin malvarlığında, bu sözleşmenin kurulmaması veya geçerli olmaması nedeniyle meydana gelen rıza dışı azalımdır" (bkz. Ergüne, Mehmet Serkan. **Olumsuz Zarar**, Beta Basım, İstanbul 2008 (Zarar), s.38).

⁶¹³ Antalya, Borçlar III, s.324; Eren, Genel, s.1057; Kılıçoğlu, Borçlar, s. 735; İnan ve Yücel, s.625; Reisoğlu, s.353. Menfi zararın tazmini Türk Borçlar Kanunu'nun çeşitli hükümlerinde kendini göstermektedir. Yanılanın, yanılmasında kusurlu ise, sözleşmenin hükümsüzlüğünden doğan zararı menfi zarardır (TBK.m.35). Yetkisiz temsilcinin, yapmış olduğu işlemin onanmaması yüzünden, geçersiz olan işlemten doğan zarar menfi zarardır (TBK.m.47).

masraflar menfi zarar içinde yer almaktadır⁶¹⁴. Fırsat kaybı zararı da menfi zarar kalemlerinin içinde yer almakla beraber, bir nevi müspet zarardaki yoksun kalınan kârın yerine tekabül etmektedir. Fırsat kaybı zararında, alacaklı geçersiz olan sözleşmeyi yapmamış olsa idi, daha elverişli koşullarla yapacağı başka bir sözleşme fırsatını kaçırmamasından doğan zarardır⁶¹⁵.

Müspet zararda sözleşmenin tarafı, diğer tarafın borcunu ifa etmemesi halinde ifadaki çıkarının tazminini isteyebilir. Eğer bu sözleşme hükümsüz ise, ifadaki çıkarın değil, sözleşmeye güvenmesi yüzünden uğradığı zararın tazminini isteyebilir. Bu durumda menfi zararın tazmini söz konusudur⁶¹⁶.

Müspet zararın ve menfi zararın tazmini beraber istenemez. Normalde borç tam ve doğru ifa edilmiş olsa idi, borçludan herhangi bir talepte bulunulamayacaktı. Borç ifa ile sona erecekti. Böyle bir durumda müspet zarar kapsamına giren kalemlerde istenemeyecekti. Gereği gibi ifa edilmeme ya da hiç ifa etmeme yüzünden müspet zarar kapsamına giren zararların giderilir ise bu durumda menfi zarar kapsamına giren zararların tazmini istenemez⁶¹⁷.

e. Öğretide Doğrudan Zararın Kapsamını Açıklayan Görüşler

Sözleşmenin kurulması için yapılan giderler menfi zarar kapsamında yer almaktadır. Alacaklının borçlu tarafında yapılacak ifayı kabul için yaptığı giderler de

⁶¹⁴ Antalya, Borçlar III, s.325; Kılıçoğlu, Borçlar, s. 737; Oğuzman ve Öz, Borçlar I, s.398.

⁶¹⁵ Örneğin, alıcı on ton kömür için 10 bin TL fiyat üzerinden satıcı ile anlaşma yapmıştır. Aynı tarihte alıcı on ton kömürü aynı fiyattan bir başka satıcıdan da alma imkanı vardır (kaçan fırsat). İlk satıcı ile yapılan sözleşme bir nedenle geçersiz olması nedeniyle, alıcının üçüncü bir satıcı ile on ton kömür için 15 bin TL ye anlaşmak zorunda kalması durumu fırsat kaybı açısından değerlendirilebilir. Alıcı ilk sözleşmeyi yapmamış olsa idi, ikinci satıcıdan 10 bin TL ye kömürleri alabilecek idi. Bu durumda, alıcının 5 bin TL lik fırsat kaybı söz konusudur (ayrıntılı bilgi için bkz. Kılıçoğlu, Borçlar, s. 737).

⁶¹⁶ Oğuzman ve Öz, Borçlar I, s.397. Serozan, menfi zararın anlaşılmasının ve hesaplanmasının zorluklarını dile getirmek sureti ile menfi zararın uygulamada yarattığı sorunları dile getirmiştir (ayrıntılı bilgi için bkz. Serozan, Dönme, s.639).

⁶¹⁷ Oğuzman ve Öz, Borçlar I, s.399. Bazı zarar kalemlerini menfi zarar ve müspet zarar olarak ayırmak her zaman kolay değildir. Araç kiralama işi yapan bir işletmenin, sipariş ettiği araç satıcı tarafından kararlaştırıldığı tarihte teslim edilse idi hemen üçüncü kişilere kiralaması halinde kazanç elde edecek iken gecikme nedeniyle yoksun kalınan kazanç müspet zarar çerçevesinde istenebilecekti. Aynı durumda araç kiralama işi yapan işletmenin sözleşmeden dönmesi durumunda, bu satıcı yerine o sıra hazır bulunan başka bir satıcı ile aynı şartlarda sözleşme yapılırsa idi, bu (sözleşme fırsatı kaçan) satıcının aracı teslim edebileceği tarihten, sözleşmeden dönme üzerine ilk fırsatta bulunacak başka satıcının aracı teslim edebileceği tarihe kadar geçen süreye göre hesaplanacak kiralar, olumsuz zarar kapsamında istenebilecektir. Örnekte yoksun kalınan kar hem müspet zarar kapsamına hem de menfi zarar kapsamına girebilmektedir (ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman ve Öz, Borçlar I, s.400).

menfi zarara dâhildir. Yapılmış olan sözleşmeye güvenerek başka bir sözleşme yapmamak suretiyle kaçırılan fırsatlar da menfi zararın bir türünü oluşturur. Aslında kaçırılan fırsat, müspet zararda yoksun kalınan kâra benzemektedir. Kaçırılan fırsat, geçersiz sözleşme yüzünden yapmadığı sözleşmeyi yapmış olsaydı bundan elde edeceği ekonomik menfaattir. Kaçırılan fırsatın yanı sıra, geçersiz sözleşmenin geçerli olacağını varsayarak başka bir sözleşme yapılması durumunda, sözleşmenin geçersizliği yüzünden ikinci sözleşmeyi de yerine getiremeyen tarafın, bu yüzden ödemek zorunda kaldığı bir cezai şart olabilir. Ödemiş olduğu bu cezai şart da menfi zarar kapsamında yer alacaktır⁶¹⁸.

Bir görüşe göre, doğrudan zarar menfi zarara, dolaylı zarar ise müspet zarara karşılık gelir⁶¹⁹. Diğer bir görüşe göre, doğrudan zararı fiili zarar şeklindeki müspet zarara, dolaylı zararı ise kaçırılan fırsatlara bağlı kazanç kaybı şeklindeki menfi zarara özgülemektedir⁶²⁰.

Bir başka görüşe göre ise, doğrudan zarar üçüncü kişinin satılanı zaptıyla en yakın nedensellik içinde bulunan zararları; dolaylı zarar ise, zapt ile daha uzak nedensellik ilişkisindeki zararları kapsar. Uygun illiyet bağına göre ayıplı teslimin ilk ve yakın sonucu ortaya çıkan menfi zararlar, doğrudan zarar niteliğindedir. Uzak menfi zararlar ve müspet zararlar ise dolaylı zarar niteliğindedir. Bu görüşü savunan yazarlardan bir kısmı, yoksun kalınan kârı her zaman için bir dolaylı zarar olarak görürken; bazı yazarlar bu katı tutuma karşı çıkmakta ve kazanç kaybının mutlak olarak dolaylı zarar olarak kabul edilemeyeceğini, aynı şekilde her müspet zararın da mutlak olarak doğrudan zarar oluşturmayacağını savunmaktadır⁶²¹.

Buz, Türk Borçlar Kanunu'nun zaptta karşı tekeffüle ilişkin düzenlemelerin gerekçe kısmında yazan “doğrudan doğruya zarar-dolaylı zarar” kavramlarının “menfi zarar- müspet zarar” kavramları ile özdeşleştirilmesini eleştirmektedir. İlgili kavramların karşıladıkları anlamlarının henüz netleşmediğini dile getiren yazar, İsviçre Federal Mahkemesinin ünlü “Papağan Kararı” ile bu kavramların içeriğinin daha tartışılmaya devam edeceğini vurgulamaktadır⁶²².

⁶¹⁸ Eren, Genel, s.1057; Kılıçoğlu, Borçlar, s. 735.

⁶¹⁹ Aral ve Ayrancı, s.102; Kenan Tunçomağ, **Türk Borçlar Hukuku 2. Cilt, Özel Borç İlişkileri**, İstanbul, 1977(Özel), ss.171-172; Kahveci, s.246.

⁶²⁰ Aral ve Ayrancı, s.101.

⁶²¹ Aral ve Ayrancı, s.102.

⁶²² Buz, Makaleler, s.96, dp.12 vd.

Yavuz’a göre, doğrudan ve dolaylı zarar ayrımı, müspet ve menfi zarar ayrımına tekabül etmektedir. Doğrudan zarar, fiili zarar şeklindeki menfi zararı, dolaylı zarar ise fiili zarar ve kazanç kaybı anlamında müspet zararı ifade etmektedir⁶²³.

Kılıçoğlu, alıcının, satılanın elinden zapt edilmesi halinde satıcıdan doğrudan doğruya uğradığı diğer zararların istenebileceğine ilişkin Türk Borçlar Kanunu’nun 217. maddesinin 4.bendinden bahsederken şu örneği vermiştir.

*“Satıcının sattığı otomobil alıcının elinden çalıntı mal olması nedeniyle alındığında, alıcı bu otomobil ile tatilcilere bir tur düzenlemiş otomobilin zaptı üzerine bir araç kiralamak zorunda kalmışsa, ödediği kira bedelinden doğan zarar doğrudan doğruya zarardır. Buna karşılık aynı örnekte otomobiliyle planladığı bir ihaleye katılamadığı ve ihaleyi kaçırmış olduğu için uğradığı zarar dolaylı zarardır.”*⁶²⁴.

Kılıçoğlu’nun vermiş olduğu örnekten, dolaylı zararın yoksun kalınan kâr ya da kaçırılan fırsatlar bağlı kazanç kaybı kapsamında ele alındığı anlaşılmaktadır.

C. Kısmi Zapt Halinde Alıcının Hakları

1. Genel Olarak

Türk Borçlar Kanunu’nun 218. Maddesi kısmi zaptı düzenlemiştir⁶²⁵. Kısmi zapttan anlaşılması gereken, üçüncü kişi tarafından, satılanın bir kısmının alıcının elinden alınması veya üçüncü kişinin satış konusu mal üzerinde sınırlı bir ayni hakkı olmasından dolayı taşınır üzerinde tam bir hâkimiyet kuramamasıdır (TBK.m.218/1)⁶²⁶.

Kısmi zapt durumunda, tam zapttan farklı olarak, sözleşme kendiliğinden sona ermez. Kanun koyucu kısmi zapt bakımından sözleşmenin geçerliliğinin korunmasını esas almıştır. Kısmi zapt bakımından kural, kendiliğinden sona erme değil, tazminattır. Bu yüzden kısmi zapta, kural olarak alıcı sözleşmenin sona ermesini isteyemez.

⁶²³ Aydoğdu, s.322, dp.14.

⁶²⁴ Kılıçoğlu, Borçlar, s. 301.

⁶²⁵ Aral ve Ayrancı, s.100; Aydoğdu ve Kahveci, s.129; Eren, Özel, 115; Gümüş, Cilt I, s.72; Tandoğan, Cilt: I/1, s.158; Yavuz, Özel, s114; Zevkliler ve Gökyayla, s.146.

⁶²⁶ Aral ve Ayrancı, s.102; Aydoğdu ve Kahveci, s.128; Gümüş, s.74; Zevkliler ve Gökyayla, s.146.

Serozan’a göre; kısmi zapt durumunda sözleşme sadece el konulmayan kısım için geçerliliğini sürdürür. Zapt edilen kısım için sözleşme sona erer⁶²⁷. Yavuz’a göre ise, sözleşmenin kısmen sona ermesi söz konusu değildir. Gerçekten de Türk Borçlar Kanunu’nun 218.maddesinin lafzına bakıldığında, esas kuralın sözleşmenin tamamen geçerli olması yönünde olduğu açıktır.

Kısmi zapt, sona erme bakımından tam zapttan farklı olduğu gibi ayıptan sorumluluktan da farklıdır. Kısmi zapta, ayıptan sorumlulukta olduğu gibi alıcıya sözleşmeden dönmeye yönelik bir seçim hakkını doğrudan kullanma yetkisi verilmemiştir⁶²⁸.

2. Alıcının Tazminat İstemesi

Türk Borçlar Kanunu’nun 218. maddesine göre, kısmi zapt durumunda, alıcı uğradığı zararın tazminini isteyebilir. Eğer satılanın bir kısmı alıcının elinden alınmış ise, alıcı elinden alınan kısım miktarında tazminat isteyebilir. Üçüncü kişi üstün nitelikteki sınırlı ayni hakkının varlığını ileri sürer ise, alıcı bu hak dolayısıyla satış konusunu kullanamamasından kaynaklanan zararın tazmini isteyebilir⁶²⁹.

Türk Borçlar Kanunu’nun 218. maddesi, kısmi zapt durumunda tazminat isteneceğini belirtmiş olmakla beraber, tam zapta olduğu gibi istenebilecek tazminatları kalem kalem belirtmemiştir. Bu durumda tam zapta alıcının talep edebileceği tazminata ilişkin düzenlemelerin, kısmi zapta da kıyasen uygulanacağını düşünmekteyiz⁶³⁰. Buna göre alıcının, Türk Borçlar Kanunu’nun 217. maddesinde tam zapt durumunda isteyebildiği kalemleri kısmi zapt açısından ele alacağız.

3. Satıcının Bedelin Geri Verilmesini İstemesi

Tam zapt durumunda alıcının haklarının düzenleyen Türk Borçlar Kanunu’nun 217. Maddesine göre, alıcı “ödemiş olduğu satış bedelinin faizi ile birlikte geri

⁶²⁷ Serozan, Rona, Başak Baysal ve Kerem Cem Sanlı, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, Oniki levha, İstanbul, 2018 (Özel), s.104.

⁶²⁸ Akçaal, yerinde olarak bu farklılığı haklı gösterecek bir hukuki mantık olmadığını dile getirmiştir. (bkz Akçaal, s.268).

⁶²⁹ Akçaal, s.269.

⁶³⁰ Akçaal, s.268; Gümüş, Cilt I, s.112.

verilmesini” isteyebilir. Bu hükmün düzenlenmesindeki temel mantık, tam zapt durumunda sözleşmenin kendiliğinden sona ermesidir. Ancak kısmi zapt halinde amaç sözleşmenin tamamen geçerli kalmasıdır. Bu durumda, sözleşme bedelinin istenmesi, sözleşmenin geçerliliği karşısında mümkün görülmemektedir.

Yargıtay’ın aksi yönde, kısmi zapta, zapt edilen kısım oranında satış bedelinin iade edilmesi gerektiğine dair kararı da bulunmaktadır. Yargıtay HGK., T. 25.2.2015, E.2013/13-1352, K.2015/874 K. Sayılı kararında “*Davanın tarafları arasında Tuzla Tapu Sicil Müdürlüğü’nde 05.01.2007 tarihinde düzenlenen resmi senetle T... Bandros mevkii pafta 20, Parsel 1380’de kayıtlı ve 19.000 m² yüzölçümüne sahip taşınmazın davalılar tarafından davacı şirkete satışının gerçekleştirildiği; bu arada satış tarihi itibarıyla az yukarıda içeriğine yer verilen kamulaştırmasız el atma nedeniyle tazminat davası sonunda yola terkinine karar verilen hüküm özetinin satışa konu taşınmazın siciline bildirilmediği için, bu konuda resmi kayıta herhangi bir bilgi veya belgenin bulunmadığı kütük içeriği ile belirgindir ...Bu aşamalardan sonra, Tuzla Asliye Hukuk Mahkemesinin 24.09.2003 tarih ve E:2002/105, K:2003/577 sayılı ilamın gereğinin yapılması bakımından tapu siciline 30.10.2007 tarihinde taşınmazın 2.158,19 m² yüzölçümüne sahip kısmının yola terkinine, satışa konu yapılan taşınmazın toplam yüzölçümünün 16.841,81 m²’ye düştüğü taraflar arasında uyuşmazlık konusu değildir...Yapılan açıklamalardan anlaşılacağı üzere, davacının 19.000 m² olarak taşınmazı satın aldıktan sonra, satıştan önceki yukarıda açıklanan nedenlerle, taşınmazın 2158,19 m² kısmına 30.10.2007 tarihinde el konulduğuna göre, davalıların zapta karşı tekeffül hükümleri gereğince bu el konulan bölüme ilişkin satış bedelini davacı alıcıya iade etmeleri gerekir...*”⁶³¹.

Yargıtay’ın bu kararına katılmıyoruz. Zira; yukarıda yaptığımız açıklamalar doğrultusunda Türk Borçlar Kanunu’nun 217. maddesinin 1.bendindeki bedel iadesine ilişkin hükmün, kısmi zapta kıyasen uygulanması mümkün değildir. Böyle bir durumda alıcı, ödemiş olduğu kısmen zapt edilen miktarın karşılığı olan bedeli, doğrudan zarar kalemi olarak isteyebilir.

4. Üçüncü Kişiden İstenilemeyen Giderlerin İstenmesi

Türk Borçlar Kanunu’nun 217. maddesinin 2.bendinde, tam zapt durumunda alıcı “satılanı elinden alan üçüncü kişiden isteyemeyeceği giderleri” satıcıdan isteyebilir. Kısmi zapt durumunda da alıcı, üçüncü kişiden isteyemediği giderleri satılanın kısmi

⁶³¹ (www.kazanci.com.tr , e.t.12.2.2017).

zaptı oranında isteyebilir. Alıcının yapmış olduğu giderlerin ne kadarını isteyebileceğinin ele alınması gerekir. Bu hususda Türk Medeni Kanunu’nun 994. maddesi uygulama alanı bulacaktır. Hükme göre iyiniyetli zilyet, hak sahibi üçüncü kişiden yapmış olduğu zorunlu ve yararlı giderlerin tazminini isteyebilir. Zorunlu ve yararlı masraf kavramı içine satış konusu mala ilişkin yapılan bakım ve koruma giderleri girer. Gümrük ve nakil masrafları, depolama giderleri, satış konusunun muayenesi için yapılan masraflar bu kapsamdadır. Bu durumda satıcıdan talep edilebilecek masraf olarak lüks masrafları göstermek gerekir⁶³².

5.Yargılama Giderleri ile Yargılama Dışındaki Giderlerin İstenmesi

Türk Borçlar Kanunu’nun 217. maddesinin 2.bendinde, tam zapt durumunda alıcı “yargılama giderleri ile yargılama dışındaki giderleri” satıcıdan isteyebilir. Kısmi zapt durumunda, yargılama giderleri de satıcıdan kısmi zapt oranında tazmini istenebilir. Burada da alıcı, davayı satıcıya bildirmek sureti ile kaçınabileceği giderleri isteyemez.

6. Diğer Zararların Tazmininin İstenmesi

Türk Borçlar Kanunu’nun 217. maddesinde tam zapt durumunda, alıcının uğramış olduğu doğrudan zarar ile dolaylı zararları isteyebileceği düzenlenmiştir. İlgili hükmün kısmi zapt için de kıyasen uygulanması mümkündür. Buna göre, alıcının uğramış olduğu doğrudan zararları istemesi için, satıcının kusurlu olması aranmayacaktır. Alıcının uğramış olduğu dolaylı zararlar için ise, satıcının kusurlu olması gerekecektir⁶³³.

Akçaal ve Yoldaş’ın yerinde olarak belirttiği gibi, kısmi zapt durumunda sözleşme geçerliliği devam etmektedir. Bu yüzden, alıcının isteyebileceği zarar menfi zarar değildir. Alıcı müsbet zararını isteyebilir⁶³⁴. Müspet zarar, ifa menfaatinden doğmakla

⁶³² Aral ve Ayrancı, s.101; Tandoğan, Cilt: I/1, s.160; Eren, Özel, s.118). Akçaal’a göre makûl kabul edilebilecek masraflar istenebilmelidir. Bu bakımdan, lûx niteliğindeki masraflar satıcıdan istenemez (bkz.Akçaal, s.268).

⁶³³ Kısmi zaptta doğrudan zararlar için satıcının kusurunun aranmayacağı, dolaylı zararlar için kusurun aranacağını savunan görüşler olduğu gibi, kısmi zaptta alıcının zararlarını talep edilebilmesi satıcının kusuru ile orantılı değişeceğini savunan görüşte bulunmaktadır. Diğer bir görüşte kısmi zaptta, alıcının talebinin müspet zararlarla sınırlı olduğu yönündedir. Müspet zarar görüşünün temelinde, sözleşmenin sona ermemesi yatmaktadır (bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Yoldaş, s.96).

⁶³⁴ Akçaal, s.272; Yoldaş, s.96.

beraber, menfi zarar ise sözleşmenin geçerliliğine olan güvenin boşa çıkmasından doğan zararı kapsamaktadır. Bu bakımdan müspet zarar, ifanın gerçekleşeceği ya da sözleşmenin geçerliliğine ilişkin güvenden bağımsızdır. Sözleşmede edimin yerine getirilmemesinin neden olduğu fiili zararlar ve sözleşmenin gereği gibi ifa edilmiş olsa idi alacaklının elde edeceği kazanç (yoksun kalınan kâr) dikkate alınarak zarar belirlenir⁶³⁵. Bu kapsamda alıcı, satıcı tarafından edimin tam ve gereği gibi ifa edilmiş olsaydı, alıcının malvarlığının göstereceği durum (elde edeceği menfaat) ile hali hazırda gösterdiği durum arasındaki farkı isteyebilir⁶³⁶. Müspet zarar kapsamında, alıcı fiili zarar ve yoksun kalınan kârı da isteyebilecektir⁶³⁷.

7. Sözleşmenin Sona Erdirilmesinin İstenmesi

Kısmi zapta alıcı sözleşmenin geçerliliğine dayanarak uğramış olduğu zararların tazminini isteyebileceği gibi, sözleşmeyi sona da erdirebilir. Tam zapttan farklı olarak, kısmi zapta sözleşme kendiliğinden sona ermemektedir. Türk Borçlar Kanunu'nun 218. maddesinin 2.fikrasında kısmi zapta alıcının sözleşmeyi sona erdirmeyi isteme hakkı düzenlenmektedir. Kısmi zapta alıcı, tek taraflı bir irade beyanı ile sözleşmeyi kendiliğinden sona erdiremez. Alıcının sözleşmeyi sona erdimesi için hâkimden sözleşmenin sona erdirilmesini istemesi gerekir. Hükümde "*hâkimden sözleşmenin sona ermesine karar vermesini isteyebilir*" ifadesi geçmektedir. Alıcının bu hakkını kullanabilmesi için, kısmi zapt durumunu bilse idi bu sözleşmeyi yapmayacağı durum ve koşullardan anlaşılmalıdır⁶³⁸.

Türk Borçlar Kanunu'nun 218. maddesinin 2.fikrasında hâkimin karar vermesi dendiğine göre, alıcı tarafından bir dava açılması gerekir. Bu dava sonucu sözleşme sona ereceği için davanın hukuki niteliğini yenilik doğurucu ve bozucu nitelikte olarak tanımlamak gerekir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 105. maddesi ve devamı dava çeşitlerini düzenlemiştir. Dava çeşitleri; eda davası, tespit davası, belirsiz alacak davası, inşai dava, kısmi dava, terditli dava, seçimlik dava, topluluk davası şeklindedir. Kısmi zapta alıcı tarafından açılan dava sonucu, sözleşmenin sona erdirilmesi istenmektedir.

⁶³⁵ Antalya, Borçlar III, s.324

⁶³⁶ Antalya, Borçlar III, s.495; İnan ve Yücel, s.404; Kılıçoğlu, Borçlar, s.737; Oğuzman ve Öz, Borçlar I, s.395; Serozan, Dönme, s.637.

⁶³⁷ Aydoğ, s.321; Kılıçoğlu, Borçlar, s. 735; İnan ve Yücel, s.625; Oğuzman ve Öz, Borçlar I, s.395.

⁶³⁸ Akçaal, s.275; Yoldaş, s.97.

Sona erdirilmiş bir davanın tespiti yapılmamaktadır. Bu bakımdan bu dava niteliği itibari ile bir tespit davası değildir. Kanun koyucu, sözleşmenin sona erdirilebilmesi için hâkime başvuru şartı getirmiştir. Bu bakımdan inşai dava söz konusudur. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 105. maddesinde “*inşai dava yoluyla mahkemeden, yeni bir hukuki durum yaratılması veya mevcut bir hukuki durumun içeriğinin değiştirilmesi yahut onun ortadan kaldırılması talep edilir*”. Alıcı tarafında açılan inşai dava ile sözleşmenin ortadan kaldırılması talep edilmektedir.

Mahkeme kararı ile sözleşmenin sona ermesi durumunda, alıcının isteyebileceği taleplere de değinmek gerekir. Kısmi zapt durumunda, kural olarak sözleşme geçerliliği devam etmekte idi. Bu yüzden tam zapt durumunda alıcının haklarının düzenleyen Türk Borçlar Kanunu’nun 217. maddesinde alıcının “ödemış olduğu satış bedelinin faizi ile birlikte geri verilmesini” hükmünün uygulanamayacağını belirtmiştik⁶³⁹. Mahkeme kararı ile sözleşmenin sona erdirilmesi durumunda, alıcı artık ödemış olduğu satış bedelinin faizi ile birlikte iadesini isteyebilir. Bunun için alıcı, satış konusu malın elinde kalan kısmını da satıcıya iade etmesi gerekecektir.

⁶³⁹ Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz. Üçüncü Bölüm, III, C, 3 kısmına bakınız.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM
TÜRK BORÇLAR KANUNU'NA GÖRE ZAPT SORUMLULUĞUNDA
SÖZLEŞMENİN SONA ERMESİ, ZAMANAŞIMI,
USÛL VE MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK İLE İLGİLİ BAZI
SORUNLAR

I. TÜRK BORÇLAR KANUNU'NA GÖRE ZAPT SORUMLULUĞUNDA
SÖZLEŞMENİN SONA ERMESİ

A. Genel Olarak

Türk Borçlar Kanunu'nun 217. maddesi, satılanın tamamının alıcının elinden alınması durumunda, satış sözleşmesinin kendiliğinden sona ereceğini belirtmiştir⁶⁴⁰.

İlgili hükümdeki sözleşmenin sona ermesinden, borcu sona erdiren sebeplerden hangisini ihtiva ettiğini bilmek gerekir. Böylelikle sona eren sözleşmeden sonra satıcıdan istenebilecek taleplerin hukuki niteliğini belirleyebiliriz. Bu tespit sadece teorik açıdan değil, pratik açıdan da önem arz etmektedir. Şöyle ki, bu tespit doğrultusunda bu taleplerin hangi hukuki gerekçe ile isteneceği, hangi zamanaşımı sürelerine tabi olduğunu belirlemek mümkün olacaktır.

Sözleşmeyi sona erdiren sebepler deyince; ifa, bozma sözleşmesi, fesih, dönme, geri alma ve iptal akla gelmektedir⁶⁴¹.

Bu sebeplerden ifa; sözleşmeye konu edimlerin yerine getirilerek tarafların tatmin edilmesi sureti ile sözleşmenin sona ermesidir⁶⁴².

İkale (bozma sözleşmesi), tarafların karşılıklı olarak anlaşmak sureti ile daha önce yapmış oldukları sözleşmeden vazgeçtikleri konusunda anlaşmalarıdır. Sözleşme özgürlüğü çerçevesinde tarafların böyle bir sözleşme yapması mümkündür. İkaleda tek taraflı irade beyanı ile değil tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile

⁶⁴⁰ Aral ve Ayrancı, s.100; Aydoğdu ve Kahveci, s.129; Gümüş, Cilt I, s.74; Zevkliler ve Gökyayla, s.145.

⁶⁴¹ Eren, Genel, s.1257; Kılıçoğlu, Borçlar, s.841; Reisoğlu, s.402. Türk Borçlar Kanunu'nun 132. maddesi borcun sona erme hallerinden ibrayı düzenlemektedir. Borcu doğuran işlem şekle bağlı olsa bile, tarafların iradesi ile herhangi bir şekle bağlı olmaksızın yapacakları ibra sözleşmesiyle borcun sonu erdirebilecekleri düzenlenmiştir (bkz. Badur, s.134).

⁶⁴² İnan ve Yücel, s.573; Eren, s.900; Nomer, s.265; Kılıçoğlu, Borçlar, s.552; Cansel ve Özel, s.218; Serozan, s.7; Reisoğlu, s.290; Yıldırım, s.250.

borç ilişkisi sona ermektedir. Asıl sözleşmenin geçerliği şekle bağlı olsa bile bozma sözleşmesi şekle bağlı değildir⁶⁴³.

Fesih sürekli bir sözleşme ilişkisini (kira gibi) kanunda ya da sözleşmede öngörülen nedenlerin ortaya çıkması durumunda kanunda ya da sözleşmede tanınan süreler içinde ya da haklı hallerde süre vermeksizin sözleşmeden doğan borç ilişkisini ileriye etkili olmak üzere sona erdiren bozucu yenilik doğuran bir haktır⁶⁴⁴.

Dönmenin, tanımı konusunda doktrinde farklı tanımlar bulunmaktadır. “Klasik görüşe” göre dönme, geriye dönük olarak sözleşmeyi ortadan kaldıran bir sebeptir⁶⁴⁵. “Yeni dönme” görüşüne göre ise, sözleşme geriye etkili olarak değil, geleceğe etkili olarak sona erer⁶⁴⁶. Geleceğe etkili olarak sona ermesinden anlaşılması gereken, henüz ifa edilmemiş edimler sona erer. Yeni dönme görüşünde, aslında sözleşmenin içeriği değişmekte yeni bir hukuki ilişki kurulmaktadır. Bir nevi tasfiye ilişkisi söz konusu olmaktadır. Buna göre, ifa edilmiş (teslim edilmiş) edimler, geri iade edilir⁶⁴⁷. Dönme ile feshin farkı, ani edimli ve sürekli borç ilişkisi ayrımında temel bulmaktadır. Dönme, ani edimli borç ilişkisinde sözleşmeyi sona erdiren hukuki işlemdir. Fesihten farklı olarak, sözleşme kurulmadan önceki duruma geri dönmek istenir.

Geri alma ise, hukuki niteliği bakımından kısmen feshe ve kısmen de dönmeye benzer.

İptal ise, tek taraflı varması gereken irade beyanıyla sözleşme ilişkisini geriye etkili olarak ortadan kaldıran bir sebeptir. Kanun koyucu, sözleşmelerde bazı geçerlilik unsurlarını tarafları korumak için aramışsa da, bunun eksikliğini ileri sürme hakkını sadece taraflara belirli bir süre ile sınırlandırarak vermiştir⁶⁴⁸.

Yukarda bahsedilen sözleşmeyi sona erdiren sebeplere bakıldığında, tarafların ya olumlu eylemi ile (edimi ifa) ya tarafların anlaşması ile (ikale) ya da tarafların irade beyanı ile (dönme, fesih, iptal) sözleşmeyi sona erdirmede etken olduklarını görüyoruz. Ancak tam zapttan sorumlulukta sözleşme kendiliğinden sona ermektedir. Kanun koyucu taraflara bu konuda bir seçme hakkı tanınmamaktadır⁶⁴⁹.

⁶⁴³ Eren, s.1258; İnan ve Yücel, s.654; Yıldırım, s.323.

⁶⁴⁴ Eren, 1259; İnan ve Yücel, s.655; Kılıçoğlu, Borçlar, s.96; Yıldırım, s.324.

⁶⁴⁵ Eren, Genel, s. 1260; Antalya, Borçlar III, s.510.

⁶⁴⁶ Antalya, Borçlar III, s.512; Eren, Genel, s. 1261.

⁶⁴⁷ Eren, s.1260; İnan ve Yücel, s.655; Kılıçoğlu, Borçlar, s.96; Yıldırım, s.324.

⁶⁴⁸ Eren, Genel, s.1262; İnan ve Yücel, s.655,656; Kılıçoğlu, s.95; Yıldırım, s.324.

⁶⁴⁹ Aral ve Ayrancı, s.100; Aydoğdu ve Kahveci, s.129; Gümüş, Cilt I, s.74; Zevkliler ve Gökyayla, s.145.

Kanun koyucu satıcının zapttan sorumluluğunda hiçbir tereddüte mahal bırakmayacak şekilde, sözleşmenin kendiliğinden sona ereceğini belirtmektedir. Ancak bu sona ermenin geriye dönük etkili mi yoksa ileriye dönük etkili mi olduğu konusunda hükümde bir açıklama yoktur. Ayrıca ilgili hükmün devamındaki alıcının talep edebileceği kalemlere baktığımızda da her ne kadar sözleşme sona erdiği söylene de taraflar arasında hukuki ilişkinin devam ettiği görülmektedir. Hükümün devamında, alıcının satış bedelinin geri verilmesini isteyebileceği (TBK.m.217/1,b.1)⁶⁵⁰ ya da satılanın tamamen elinden alınması yüzünden doğrudan doğruya uğradığı diğer zararları isteyebileceği belirtilmektedir (TBK.m.217/1,b.4)⁶⁵¹.

Hatırlatmak gerekir ki; tam zapt durumunda, satış konusu mal, alıcının elinde değildir. Alıcının, almış olduğu malı satıcıya iadesi gibi bir durum söz konusu olmayacaktır. Ancak alıcı tarafından geri verilmesi istenebilen bir sözleşme bedeli vardır.

B. Sözleşmeden Dönme

Eren'e göre, tam zapta, satış sözleşmesi kendiliğinden sona ereceğine ilişkin düzenleme gereği, alıcının herhangi bir irade beyanına gerek yoktur. Bu kapsamda sözleşmeden dönme veya dönmenin bir türü söz konusu değildir. Bu kapsamda Türk Borçlar Kanunu'nun 123. maddesi ve devamına göre, dönme iradesinin açıklanması da gerekmez⁶⁵².

Aslında sözleşmeden dönme hakkı, sözleşmelerde, ifa edilmemiş edim yükümlülüklerini sona erdiren, ifa edilmiş edimlerin de iadesini gerektiren, karşı tarafa varması gereken yenilik doğuran bir hak niteliğindedir⁶⁵³. Satıcının zapttan sorumluluğunda ise, sözleşmenin kendiliğinden sona ereceği düzenlenmiştir. Bu kapsamda dönmeden bahsetmek mümkün olmamakla beraber, doğurduğu etki bakımından dönmeye benzerlik gösterdiği dile getirilebilir. Bu kapsamda sözleşmenin kendiliğinden geriye etkili olarak sona erdiğini söylemek gerekir.

⁶⁵⁰ Aydoğdu ve Kahveci, s.129; Zevkliler ve Gökyayla, s.146.

⁶⁵¹ Aral ve Ayrancı, s.100; Aydoğdu ve Kahveci, s.129; Gümüş, Cilt I, s.74; Zevkliler ve Gökyayla, s.145.

⁶⁵² Eren, Özel, s.116.

⁶⁵³ Antalya, Borçlar III, s.503; Aral ve Ayrancı, s.100; Buz, s.65; Eren, Genel, s.1260; Kahveci, s.149; Serozan, Dönme, s.43 vd.

Sözleşmenin sona ermesi ile ilgili dört farklı görüş ortaya konabilir⁶⁵⁴.

Bunlardan ilki “klasik dönme” teorisini andırmaktadır⁶⁵⁵. Bu söylemde sözleşme geçmişe etkili olarak sanki hiç yapılmamış gibi ortadan kalkacaktır. İfa edilmemiş edim yükümleri kendiliğinden sona erecektir. Bu kapsamda satıcının, satış konusu malı ifa yükümlülüğü sona ermektedir⁶⁵⁶. Ancak alıcı tarafından ödenmiş bir satış bedeli söz konusudur. Sözleşmenin geriye etkili olması alıcının talep edeceği kalemler bakımında önem arz edecektir. Şöyle ki, alıcı tarafından ifa edilen satış bedeli sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre istenebileceği ileri sürülebilir. İade borcunun kapsamı, Türk Borçlar Kanunu’nun 79. maddesine göre belirlenir. İade talebinin tabi olduğu zamanaşımı da Türk Borçlar Kanunu’nun 82. maddesine göre, istem hakkı olduğunu öğrendiği tarihten başlayarak iki yıldır. Aslında burada alıcının talep edebileceği bedel bakımından tam bir sebepsiz zenginleşme de söz konusu değildir. Çünkü Türk Borçlar Kanunu’nun 217. maddesinin 1. fıkrasında satıcının geri verme borcu, zenginleşme miktarıyla sınırlanmış değildir. Bu yüzden alıcının istemi daha çok sebepsiz zenginleşme istemine benzer nitelikte olduğu ileri sürülebilir.

İkinci bir görüşe göre; sözleşme ilişkisinin geçmişe etkili olarak ortadan kaldırıldığı kabulü durumunda, alıcının talep edebileceği kalemlerin hukuki dayanağını sebepsiz zenginleşme dışında da açıklamak mümkün olabilir. Şöyle ki, Türk Borçlar Kanunu’nun 217. maddesinin 1. fıkrasında sözleşmenin kendiliğinden sona ermesi durumunda, alıcının isteyebileceği kalemler ayrı ayrı düzenlenmiştir. Burada doğrudan kanundan doğan özel bir iade borcu söz konusudur. Bu iade borcu kapsamında, satıcı almış olduğu bedeli Türk Borçlar Kanunu’nun 217. maddesinin 1. bendi kapsamında iade edecektir⁶⁵⁷. Artık burada alıcı tarafından istenecek olan

⁶⁵⁴ Bu üç görüşte, sözleşmeden “dönme” için ileri sürülmüş teoremlerin, satıcının zapttan sorumluluğuna uygun olduğu ölçüde uyarlanmasıdır.

⁶⁵⁵ Dönme teoremlerinden farklı olarak burada sözleşme kendiliğinden sona ermektedir. Tarafların iradesi önem arz etmemektedir.

⁶⁵⁶ Eren, Genel, s. 1261; Serozan, Dönme, s.544; Yavuz, Özel, s. 133; Kahveci, s.157. Sözleşme bütün sonuçları ile geçmişe etkili olarak ortadan kalkar. Sözleşmenin borçlandırıcı niteliği direkt olarak etkilenmektedir. Her hangi bir ek bir eyleme gerek kalmadan kendiliğinden sona erer. Bu yüzden yerine getirilmemiş edimlerin talep edilemesi mümkün olmaz. Yerine getirilmiş edimlerin de hukuksal nedenleri ortadan kalmış olacaktır. Bu yüzden yerine getirilen edimlerin haksız zenginleşme sureti ile geri istenmesi söz konusu olacaktır (ayrıntılı bilgi için bkz. Serozan, Dönme, s.60 vd.).

⁶⁵⁷ Aydoğdu ve Kahveci, s.129; Zevkliler ve Gökyayla, s.146. Serozan’a göre, klasik dönme teoreminin, geçmişe etkili olarak sözleşmeyi direk kaldıran durumu karşısında, sadece sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanmak istemeyen kimi yazarlar bu teoremi ortaya atmışlardır. Böylelikle sebepsiz zenginleşme hükümlerinde kullanılan 2 yıllık zamanaşımı ile bağlı kalmayacaklardır. Kanuni bir borcun artık ortaya çıktığını söylemek sureti ile 10 yıllık zamanaşımına dayanmaları da mümkündür.

bedelin iadesinin hukuki dayanağını sebepsiz zenginleşme değil, yasal borç ilişkisi oluşturmaktadır. Bu tespit, alacak kalemlerinin zamanaşımı süreleri bakımından hangi hükmün uygulanacağını belirlenmesi bakımından önem arz etmektedir. Burada kanunda aksine bir hüküm bulunmadığı için, on yıllık zamanaşımı süresi uygulanmalıdır (TBK.m.146).

Üçüncü görüş; dönmeyi açıklayan “ayni etkili dönme” teorisini andırmaktadır⁶⁵⁸. Sözleşmenin geçmişe yönelik olarak kendiliğinden sona ermesi, paranın devrini içeren tasarruf işlemini de geçersiz kılmalıdır. Başka bir ifade ile sözleşmenin sona ermesi sadece borçlandırıcı işlem olan satış işlemini değil, onunla beraber tasarruf işlemini de geçersiz kılmalıdır⁶⁵⁹. Çünkü tasarrufa bağlı satış sözleşmesi sebebe bağlıdır. Bu durumda alıcı satış bedelini istihkak davası ile talep edebilir⁶⁶⁰. İstihkak davasında, zamanaşımı süresi söz konusu olmaz. Tabi satış konusu bedeli taşınır davası ile talep edilebilmesi için, satıcının iyiniyetli olmaması da gerekir (TMK.m.991).

Dördüncü görüş ise, Serozan’ın ayrıntılı bir şekilde ele aldığı yeni dönme teorisidir. Bu teoride sözleşmeden dönmenin, sözleşmeye dolaylı bir etkisi vardır. Dönme ile sözleşme ortadan kalkmamaktadır. Sadece sözleşmenin konusu değişmektedir⁶⁶¹. Sözleşmeden dönmenin hukuksal etkisini, sadece kanuna dayandırmak uygun olmayacaktır. Çünkü sözleşmeden dönme, aslında hukuki bir iradenin sonucudur, yine hukuki bir işleme dayanmaktadır. Klasik dönme teorisinin ileri sürdüğü şekilde, geçmişe etkili olarak sözleşmenin sona erdiğini söylemek ile somut olarak bunu gerçekleştirmek farklı şeylerdir. Geçmişe dönük kendiliğinden sona erdiğini söylemek ile fiilen tarafların durumları, sözleşme öncesi duruma gelmemektedir. Temel olarak dönme iradesiyle, sözleşme çözülme aşamasına geçmektedir. Bu teoriye göre, sözleşmeden dönme iradesi kullanıldığında, Türk Borçlar Kanunu’nun 112. maddesindeki gereği gibi ifa etmeme, 136. maddesindeki

Serozana göre bu durum alıcının menfaatini korumak adına, hukuk teori yaratmaktan farksızdır (bkz. Serozan, Dönme, s.63 vd.).

⁶⁵⁸ Antalya, Borçlar III, s.511; Vedat Buz, **Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme**, Ankara 1998, s.120; Kahveci, s.161.

⁶⁵⁹ Antalya, Borçlar III, s.511

⁶⁶⁰ Antalya, Borçlar III, s.511

⁶⁶¹ Klasik dönme teoreminde sözleşmenin geçmişe etkili olarak olarak kalktığı ileri sürüldüğü için, dönem hakkı ile ortaya çıkan hukuksal sonuçları giderebilmek için sözleşmenin yeniden kurulması gerekecektir. Şekle bağlı bir sözleşme söz konusu ise, bu şekil şartlarının terkardan yerine getirilmesi gerekliliğini ortaya çıkaracaktır (ayrıntılı bilgi için bkz. Serzon, Dönme Yeni, s.87).

imkânsızlık ve 146. maddesindeki zamanaşımına ilişkin hükümler uygulama alanı bulacaktır⁶⁶². Bu bakış açısı ile Türk Borçlar Kanunu'nun 217. maddesinin 1. fıkrasında sözleşmenin kendiliğinden sona ermesinden bahsetse de sözleşme ortadan kalkmayacaktır. Sözleşmeyi bir tür tasfiye ilişkisine girecektir. İlgili hükmün sözleşmenin sona ereceğini belirttikten sonra alıcının isteyebileceği kalemler ayrı ayrı düzenlenmiş olması, aradaki sözleşmesel ilişkinin devam ettiğinin kanıtı olarak ileri sürülebilir.

Federal Mahkeme, borçlunun temerrüde düşmesi sebebiyle sözleşmeden dönme durumunda, daha önce ifa edilen edimlerin iadesine ilişkin talepleri, 10 yıllık genel zamanaşımına tabi tutmaktadır⁶⁶³.

C. Görüşümüz

Kanun koyucu alıcının, satış bedelini isteyebileceğini Türk Borçlar Kanunu'nun 217. maddesinin 1. bendinde hüküm altına almıştır⁶⁶⁴. Kanun koyucu, satış sözleşmesini sona erdirmekle beraber, bedel konusunda sessiz kalmamıştır. Bu konuda hüküm düzenlemiştir. Aslında doğrudan kanundan doğan bir borç ilişkisinin olduğunu söylemek mümkündür. Yani sözleşme sona ermekle beraber, kanun koyucu taraflar arasında bazı taleplerde bulunmasını sağlayan bir hukuki ilişkinin devamını sağlamaktadır denebilir. Ancak bu sona ermeyi, yeni dönme teoremi açısından değerlendirmek, zapt durumunda alıcı bakımından daha olumlu olacaktır. Kanun koyucunun sözleşmeyi sona erdirmesi ile birlikte, sözleşmenin artık tasfiye ilişkisine girdiğini kabul etmek gerekir. Bu durumda alıcı zapttan sorumluluk hükümlerine başvurabileceği gibi, Türk Borçlar Kanunu'nun 112. maddesindeki gereği gibi ifa etmeme, 136. maddesindeki imkânsızlık ve 146. maddesindeki zamanaşımına ilişkin hükümlerine de başvurabilir. Bu açıklamalardan anlaşılaçağı üzere, Türk Borçlar

⁶⁶² Serozan'a göre; klasik dönme teoreminde, Türk Borçlar Kanunu'nun 112.,136. Ve 146. Maddelerine dyanmak mümkün değildir. Alıcı, sadece sebepsiz zenginleşme hükümlerine başvurmaya mahkûm bırakılmaktadır (ayrıntılı bilgi için bkz. Serozan, Dönme, s.83).

⁶⁶³ Peter Gauch, Wirkung des Rücktritts und Verjährung des Rückforderungsanspruchs bei Schuldnerverzug (anerkennung der Umwandlungstheorie), Recht, 1984/4, s.124

⁶⁶⁴ Aral ve Ayrancı, s.100; Aydoğdu ve Kahveci, s.129; Gümüş, Cilt I, s.74; Zevkliler ve Gökyayla, s.145.

Kanunu'nun 214. maddesindeki sözleşmenin sona ermesinin yukarda açıkladığımız 4. görüşte yer alan hukuki nitelikte olduğu kanaatindeyiz.

II. GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME

Belirli bir davaya aynı yargı kolundaki ilk derece mahkemelerinden hangisinin bakacağını düzenleyen kurallara görev ve yetki kuralları denir⁶⁶⁵.

Bir davanın adli yargıda mı yoksa idari yargıda mı görüleceği hususu yargı kolu ayrımına girmekte olup, bu husus görev değil yargı kolu ilişkisi içinde değerlendirilmektedir⁶⁶⁶. Adli yargı kolu ise kendi içinde ceza yargısı ve medeni yargı olmak üzere ikiye ayrılır. Özel hukuk konuları medeni yargı kapsamına girmektedir⁶⁶⁷.

Bir özel hukuk ilişkisi olan satış sözleşmesinden kaynaklanan ve Türk Borçlar Kanunu'ndan kaynağını alan talepler hukuk mahkemelerinin görev ve yetki alanına girmektedir. Görev, bir davaya o il veya ilçedeki hukuk mahkemelerinden hangisi tarafından bakılacağını gösterir. Yetki ise, davaya hangi yerdeki görevli mahkeme tarafından bakılacağını belirtir⁶⁶⁸.

Anayasa'nın 142. maddesine göre, mahkemelerin görev ve yetkileri kanunla düzenlenir. Bu husus “tabii hâkim” ilkesinin sonucudur⁶⁶⁹. Burada kanundan anlaşılması gereken, öncelikle mahkemelerin kuruluş ve görevlerini düzenleyen kanunlardır. Bu konuda temel kanun, 5235 sayılı “Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun” dur. Bu kanun yanı sıra, İş Mahkemesi Kanunu, Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanunun gibi özel kanunlarda da düzenlemeler

⁶⁶⁵ Baki Kuru, Ramazan Arslan ve Ejder Yılmaz, **Medeni Usul Hukuku**, Yetkin Yayın Evi, Ankara 2013, s.115

⁶⁶⁶ Alangoya, Yıldırım ve Nevhis, s.21; Kuru, Arslan ve Yılmaz, s.115.

⁶⁶⁷ H. Yavuz Alangoya, M. Kamil Yıldırım ve Nevhis Deren-Yıldırım, **Medeni Usul Hukuku Esasları**, Beta Basımevi, İstanbul 2009, s.21; Ali Cem Budak ve Karaaslan Varol, **Medeni Usul Hukuku**, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s.25.

⁶⁶⁸ Alangoya, Yıldırım ve Nevhis, s.56; Kuru, Arslan ve Yılmaz, s.115.

⁶⁶⁹ Tabii hâkim, bir davanın hangi mahkemede yapılacağını, uyumsuzluğun yargıya intikalinden önce belirlenmiş olması, başka bir ifade ile biliniyor olmasıdır (Ayrıntılı bilgi için bkz. Ejder Yılmaz, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, Yetkin Basımevi, Ankara, 2013, s.42; Budak ve Karaaslan, s.41). Anayasa yer alan yargılama ilişkin temel ilkeler bulunmaktadır. Bunlardan bir kısmı, adil yargılanma hakkı, hukuki dinlenilme hakkı, hâkimin tarafsızlığı ilkesi, usul ekonomisi ilkesi, sosyal devlet ilkesi, tasarruf ilkesi, taraflarca getirilme ilkesi dir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Varol Karaaslan, **Medeni Usul Hukukunda Hakimin Davayı Aydınlatma Ödevi**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2013, s.65 vd.

bulunmaktadır. Genel mahkemelerin görev ve yetkileri esas olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlenmiştir⁶⁷⁰.

A. Görevli Mahkeme

1. Genel Olarak

Görevli mahkemeyi tespit ederken, ilk önce, o davanın genel mahkemelerin mi, yoksa özel mahkemelerin mi görev alanına girdiği araştırılır. Özel mahkemelerin görevi, genel mahkemelerin görevinden önce gelir. Açık kanun hükmü ile özel mahkemelerde görüleceği belirtilmemiş olan bütün davalar, genel mahkemelerin görevine girer⁶⁷¹.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 1. maddesine göre, kamu düzeni niteliğinde olan genel mahkemelerin görevi kanunla belirlenir. Özel hukuk alanında esas görevli mahkeme adından da anlaşılacağı gibi asliye hukuk mahkemesidir⁶⁷². Asliye hukuk mahkemelerinin görevi, esas olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 2. maddesinde gösterilmiştir. Hükme göre; aksine bir düzenleme bulunmadıkça, dava konusunun değer ve miktarına bakılmaksızın malvarlığı haklarına ilişkin davalarla, şahıs varlığına ilişkin davalarda görevli mahkeme asliye hukuk mahkemesidir. Bunun yanı sıra Türk Medeni Kanunu, Türk Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu'nda da genel mahkemelerin görevine ilişkin hükümler bulunmaktadır⁶⁷³.

Esas görevli asliye hukuk mahkemesinin yanı sıra, kanunlarda sayılan belli dava ve işlerde sulh hukuk mahkemesi görevlidir. Yürürlüğe giren Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki değişiklik ile sulh hukuk mahkemeleri kanunda ismen sayılan dava ve işlere bakan bir mahkeme halinde gelmiştir⁶⁷⁴.

⁶⁷⁰ Alangoya, Yıldırım ve Nevhis, s.21; Kuru, Arslan ve Yılmaz, s.116; Yılmaz, Şerh s.42.

⁶⁷¹ Alangoya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım, s.56; Kuru, Arslan ve Yılmaz, s.117.

⁶⁷² Bilge Umar, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, Yetkin Basımevi, Ankara, 2014, s.10; Kuru, Arslan ve Yılmaz, s.116; Yılmaz, Şerh, s.79; Budak ve Karaaslan, s.42.

⁶⁷³ Kuru, Arslan ve Yılmaz, s.116; Umar, Usul, ss.3,4; Yılmaz, s.50. Yürürlükten kalkmış olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda dava konusu uyuşmazlığın değerine göre görevli mahkeme belirlenmekte idi. İflas davalarıyla vakfa ilişkin davalar hariç olmak üzere, malvarlığı hukukundan doğan değer ve miktarı beş milyar lirayı geçmeyen davalarda sulh hukuk mahkemeleri görevli idi (ayrıntılı bilgi için bkz. E.İlhan Postacıoğlu. **Medeni Usul Hukuku Dersleri**, Sulhi Garan Matbaası Varisleri Kol.Şti, İstanbul, 1975, s.112).

⁶⁷⁴ Alangoya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım, s.58; Kuru, Arslan ve Yılmaz, s.116; Yılmaz, Şerh s.67.

Genel mahkemelerde görev, davanın konusuna göre belirlenir. Dava konusunun para ile ölçülebilen hususta olup olmamasına göre görevli mahkeme tespit edilecektir.

Konusu para ya da para ile ölçülebilen bir değer içeren davalara malvarlığı hukukundan doğan davalar denmektedir. Malvarlığı haklarına ilişkin davalarda görevli mahkeme, aksine bir düzenleme bulunmadıkça, asliye hukuk mahkemesidir (HMK.m.2/1)⁶⁷⁵.

Malvarlığı davalarında asıl kural görevli mahkemenin asliye hukuk mahkemesi olduğu yönündedir. Bununla beraber, kanunda bazı dava ve işlerin sulh hukuk mahkemesinde görevli olacağı ayrıca düzenlenmiştir⁶⁷⁶.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 4. maddesinin 1.fıkrasının a bendine göre; kira ilişkisinden doğan tüm uyuşmazlıklar sulh hukuk mahkemesinde görülür⁶⁷⁷. Bu bakımdan kira sözleşmesinde kaynaklanan her türlü tahliye, akdin feshi yahut tespit davaları, bu davalarla birlikte açılmış kira alacağı ve tazminat davaları ve bunlara karşılık olarak açılan davalar sulh hukuk mahkemesi görevlidir. Bu hususlar yanı sıra kira ilişkisinden kaynaklanan bütün dava ve işlerde genel görevli mahkeme sulh hukuk mahkemesi olduğu için kira alacağı ve tazminat davaları ile buna benzeyen davalar da sulh hukuk mahkemesi görevine girmektedir⁶⁷⁸. Bu açıdan kira sözleşmesinden kaynaklanan kiraya verenin zapttan sorumlu olması durumunda kiraya verene karşı açılacak davada görevli mahkeme sulh hukuk mahkemesi olacaktır.

Kamu düzenine ilişkin olan doğru görevli mahkemenin belirlenmesi aynı zamanda bir dava şartıdır (HMK.m.114). Hâkim, açılan davada görevli olup olmadığını kendiliğinden inceler ve görevsiz olduğunu düşünürse kendiliğinden görevsizlik kararı verir⁶⁷⁹.

⁶⁷⁵ Kuru, Arslan ve Yılmaz, s.117; Umar, Usul, s.3,4.

⁶⁷⁶Budak ve Karaaslan, s.42 vd.; Kuru, Arslan ve Yılmaz, s.118.

⁶⁷⁷Budak ve Karaaslan, s.42 vd.; Kuru, Arslan ve Yılmaz, s.118.

⁶⁷⁸Budak ve Karaaslan, s.42 vd.; Kuru, Arslan ve Yılmaz, s.118; Yılmaz, Şerh s.69.

⁶⁷⁹Alangoya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım, s.69; Budak ve Karaaslan, s.42 vd.; Kuru, Arslan ve Yılmaz, s.123; Umar, Usul, s.3; Postacıoğlu, s.133 vd.. Hakim, açılan davada görevli olup olmadığını kendiliğinden dikkate alması gerekir, bunun yanı sıra hakimin çeşitli görevleri vardır bunlardan biri de hakimin aydınlatma ödevidir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Karaaslan, s.19.

Kamu düzenine ilişkin olan görev konusu ile ilgili, taraflar sözleşme ile görevli mahkemeyi değiştiremezler. Başka bir deyişle yetki sözleşmesinde olduğu gibi bir görev sözleşmesi yapamazlar⁶⁸⁰.

Taraflar davanın her safhasında görev itirazında bulunabilirler⁶⁸¹. Her ne kadar davalı tarafından görev itirazında bulunulacağı düşünülse de davacı da görev itirazında bulunabilir. Görev itirazı yapıldığında mahkeme ilk önce görevli olup olmadığını inceleyip karara bağlamalıdır⁶⁸².

Görevsizlik kararı ön inceleme duruşmasında tarafları dinledikten sonra verilebileceği gibi (HMK.m.137), dosya üzerinden de karar verilebilir (HMK.m.138). Kanun koyucu acele karar verilmesi gerektiren bir durumda, ön inceleme duruşmasını beklemeden hâkime görevsizlik konusunda karar verme yetkisi tanınmıştır⁶⁸³.

Hâkim, görevsiz olduğunu ön inceleme duruşmasında fark etmese bile yargılamanın devamı sırasında bunu fark etmesi durumunda, dava taraflarının herhangi bir beyanı olmadan görevsizlik kararı verir. Hatta dosyanın üst mahkemeye intikal etmesi durumunda bile, ilk derece mahkemesinin görevli olup olmadığını üst mahkeme kendiliğinden inceleyecektir. Tarafların üst mahkemeye başvururken bunu talep etmelerine gerek yoktur. Ancak belirtmek gerekir ki, görevsizlik kararı hüküm kesinleşinceye kadar ileri sürülebilir⁶⁸⁴.

Mahkeme görevsizlik kararı verdiğinde, görevli mahkemeyi de bildirmelidir. Ayrıca görevli mahkemeye de gönderilmesine karar vermelidir. Görevsizlik kararı ile mahkeme davadan elini çeker bu bakımdan görevsizlik kararı nihai karardır⁶⁸⁵.

2. Satıcının Zapttan Sorumluluğunda Görevli Mahkeme

Konusu para ya da para ile ölçülebilen bir değer içeren davalara malvarlığı hukukundan doğan davalar denmektedir. Malvarlığı haklarına ilişkin davalarda görevli

⁶⁸⁰Budak ve Karaaslan, s.42 vd.; Kuru, Arslan ve Yılmaz, s.123; Yılmaz, Şerh s.45.

⁶⁸¹Alangoya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım, s.69; Postacıoğlu, s.133 vd.. Görev itirazı teknik anlamda bir itiraz değildir. Buradaki görev itirazı dava şartı eksikliğinin açıklanması niteliğindedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Umar, s.16.

⁶⁸²Alangoya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım, s.69; Kuru, Arslan ve Yılmaz, s.123; Postacıoğlu, s.133 vd.; Umar, Usul, s.16.

⁶⁸³Alangoya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım, s.70; Budak ve Karaaslan, s.42 vd.; Kuru, Arslan ve Yılmaz, s.124; Umar, Usul,s.3.

⁶⁸⁴Alangoya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım, s.70; Kuru, Arslan ve Yılmaz, s.124.

⁶⁸⁵Alangoya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım, s.71; Kuru, Arslan ve Yılmaz, s.124.

mahkeme, aksine bir düzenleme bulunmadıkça, asliye hukuk mahkemesidir (HMK.m.2/1). Satış sözleşmesinin konusunu bir malvarlığının devri oluşturmaktadır. Satış konusu eşyanın zapt edilmesi durumunda, satış sözleşmesinin tarafları arasında konusu para ile ölçülebilen bir malvarlığı hakkında bir hukuki anlaşmazlık ortaya çıkmaktadır. Bu bakımdan satıcının zapttan sorumluluğuna ilişkin olarak satıcıya karşı açılacak davalarda kural olarak görevli mahkeme asliye hukuk mahkemesidir⁶⁸⁶.

Çeşitli kanunlarda, malvarlığı hukukundan doğan bazı davaları özel mahkemelerde görüleceği düzenlenmiştir.

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un⁶⁸⁷ 73. maddesine göre, tüketici işlemleri ile tüketiciye yönelik uygulamalardan doğabilecek uyuşmazlıklara ilişkin davalarda görevli mahkeme tüketici mahkemeleridir. Bazı adliye bölgelerinde ayrı tüketici mahkemeleri kurulmuştur. Bu tüketici mahkemeleri tek hâkimli olarak görev yapmaktadır. Bu mahkemeler, tüketici davaları için, dava konusunun değer ya da miktarına bakılmaksızın görevlidir. Tüketici mahkemesi kurulmayan yerlerde, tüketici davalarına bakmakla görevli mahkeme aynı yargı çevresindeki asliye hukuk mahkemesidir⁶⁸⁸.

Tüketici mahkemeleri tüketici işlemleri ile tüketiciye yönelik uygulamalardan kaynaklanan davalara bakmaktadır. Tüketici işlemi, mal veya hizmet piyasalarında ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, her türlü sözleşme ve hukuki işlemlerdir (TKHKm.3/1)⁶⁸⁹. Ticari bir faaliyet kapsamında satış yapan kişi ile bir tüketici arasında yapılan satış sözleşmesinde zapt söz konusu olduğunda görevli mahkeme tüketici mahkemesi olacaktır.

Dar anlamda hukuk davalarından, sulh hukuk mahkemelerinde ve asliye hukuk mahkemelerinde görülen davalar anlaşılmaktadır. Türk Ticaret Kanunu'nun 4. maddesinde sayılan ticari davalara ve özel kanunlarda sayılan bazı davalara asliye

⁶⁸⁶ Kuru, Arslan ve Yılmaz, s.117; Umar, Usul, s.3,4.

⁶⁸⁷ RG.28.11.2013, S.8835.

⁶⁸⁸ Kuru, Arslan ve Yılmaz, s.755; Umar, s.4. Her yıl parasal sınırları belirlenen limitler altında kalan Tüketicinin Korunması Kanunu kapsamına giren uyuşmazlıklarda öncelikle Tüketici Hakem Heyetine başvuru zorunluluğu vardır. Her yıl belirlenen asgari limitler altında uyuşmazlık konularında doğrudan tüketici mahkemesine başvuru yapılamaz. Belirlenen parasal sınırların üstünde kalan uyuşmazlık konularında doğrudan tüketici mahkemeleri görevli olacaktır (bkz. Kuru, Arslan ve Yılmaz, s.757).

⁶⁸⁹ Tacirler, ticari faaliyetleri için satın aldıkları mallar ve hizmetler bakımında tüketici sayılmazlar. Bu yüzden tacirin ticari işletmesi için satın aldığı bir maldan dolayı doğan uyuşmazlıkta, tüketici işlemi söz konusu değildir ve tüketici mahkemelerinin görev alanına girmez (bkz. Kuru, Arslan ve Yılmaz, s.756).

ticaret mahkemelerinde bakılacağı belirtilmiştir (TTK.m.5/1). Türk Ticaret Kanunu'nun 4 maddesinin 1.fıkrasına göre, her iki tarafın da ticari işletmesiyle ilgili hususlardan doğan uyuşmazlıklar ticari dava sayılır. Bu durumda her iki tarafın tacir olduğu ve konusunun tarafların ticari işletmesi ile ilgili olan bir satış sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklar ticari dava sayılacaktır. Satış konusu malın zapta konu olması durumunda, alıcının satıcıya karşı açacağı davada asliye ticaret mahkemesi görevlidir⁶⁹⁰.

B. Yetkili Mahkeme

Yetki bir davanın hangi yerdeki görevli mahkeme tarafından bakılacağını belirler. Yetki kavramı, uluslararası yetki ve iç yetki olmak üzere ikiye ayrılır⁶⁹¹. Uluslararası yetki, bir davaya hangi devlet mahkemelerinde bakılacağını belirler. İç yetki, bir davaya belirli bir devletin ülkesi içinde hangi yerdeki mahkemede bakılacağını belirler⁶⁹². Görevden farklı olan yetkide, dava konusunun niteliği değil, yer bakımından bir davanın hangi mahkeme tarafından görüleceği söz konusudur. Mahkemelerin yargı yetkisi, belli bir coğrafi bölge ile sınırlıdır. Buna o mahkemenin yargı çevresi denir⁶⁹³.

5235 sayılı Adli Mahkemeler Kanunu'nun 7. maddesine göre, bir hukuk mahkemesinin yargı çevresi, bulunduğu il merkezi veya ilçe ile buna adli yönden bağlanan ilçelerin idari sınırlarıdır. Büyükşehir belediyesi bulunan illerde, büyükşehir belediye sınırları içindeki il ve ilçelerin adı ile anılan sulh veya asliye hukuk mahkemelerinin yargı çevresi, il ve ilçe sınırlarına bakılmaksızın Adalet Bakanlığının önerisi üzerine Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca belirlenir.

Yetki kuralları, genel yetki ve özel yetki olarak ikiye ayrılır. Kural olarak bütün davalar için uygulanan yetki kuralına genel yetki kuralı ve bu mahkemeye de genel

⁶⁹⁰Her adli bölgede asliye ticaret mahkemesi kurulmamıştır. Aynı bir asliye ticaret mahkemesi bulunmayan yerlerde, ticari davalara asliye hukuk mahkemesi bakar. Aynı bir asliye ticaret mahkemesinin bulunduğu yerde, davanın bu mahkemede açılması gerektiği tartışma götürmez. Aynı Asliye hukuk mahkemesi ile asliye ticaret mahkemesinin bulunduğu yerlerde mahkemeler arasında görev ilişkisi vardır(ayrıntılı bilgi için bkz. Kuru, Arslan ve Yılmaz, s.172).

⁶⁹¹Budak ve Karaaslan, s.48 vd.; Kuru, Arslan ve Yılmaz, s.129.

⁶⁹²Kuru, Arslan ve Yılmaz, s.129.

⁶⁹³Budak ve Karaaslan, s.48 vd.; Kuru, Arslan ve Yılmaz, s.129; Umar, Usul,s.29.

yetkili mahkeme denir. Genel yetkili mahkeme davalının yerleşim yeri mahkemesidir. Her dava, açıldığı tarihte davalının yerleşim yeri sayılan yer mahkemesinde görülür⁶⁹⁴.

Bundan başka, bazı davalar için, davalının yerleşim yeri mahkemesi yanında yani genel yetkili mahkeme dışında, başka yer mahkemeleri de yetkili kılınmıştır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 10'a göre, sözleşmeden doğan davalarda, sözleşmenin ifa edileceği yerdeki mahkeme de yetkilidir. Bazı dava veya dava çeşitleri için kabul edilen istisnai nitelikteki yetki kurallarına özel yetki kuralları denir⁶⁹⁵.

Bazı davalar için ise kesin yetki söz konusudur. Bu durumda dava mutlaka belli bir yer mahkemesinde açılmalıdır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 12'ye göre, taşınmazın aynına ilişkin davalar, yalnız taşınmazın bulunduğu yerde açılabilir⁶⁹⁶.

1. Genel Yetki

Hukuk Muhakemeler Kanunu'nun 6. maddesine göre; genel yetkili mahkeme, davalının (gerçek veya tüzel kişi fark etmez) yerleşim yeri mahkemesidir. Her dava açıldığı tarihte davalının Türk Medeni Kanunu'na göre yerleşim yeri sayılan yer mahkemesinde görülür. Davalının yerleşim yerindeki mahkemede dava açıldıktan sonra davalı yerleşim yerini değiştirirse, bu değişiklik, mahkemenin yetkisini etkilemez⁶⁹⁷.

Türkiye'de yerleşim yeri olan gerçek kişiye karşı dava, onun dava açıldığı tarihteki ikametgâhında açılır. Yerleşim yeri Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre belirlenir. Bir kimsenin yerleşim yeri, onun sürekli kalmak niyetiyle oturduğu yerdir (TMK.m.19). Bir kimsenin aynı zamanda birden çok yerleşim yeri olamaz. Bu bakımdan gerçek kişiler için bir tane genel yetkili mahkeme vardır⁶⁹⁸.

Özel yetki halleri dışında Türkiye'de yerleşim yeri olmayanlara karşı açılacak davalarda genel yetkili mahkeme, davalının Türkiye'de mutat meskeninin bulunduğu yer mahkemesidir (HMK.m.9)⁶⁹⁹.

⁶⁹⁴Budak ve Karaaslan, s.48 vd.; Kuru, Arslan ve Yılmaz, s.130; Umar, Usul,s.31.

⁶⁹⁵ Budak ve Karaaslan, s.51 vd.; Kuru, Arslan ve Yılmaz, s.130.

⁶⁹⁶Kuru, Arslan ve Yılmaz, s.130.

⁶⁹⁷Budak ve Karaaslan, s.48 vd.; Kuru, Arslan ve Yılmaz, s.131; Umar, Usul,s.31.

⁶⁹⁸Budak ve Karaaslan, s.48 vd.; Kuru, Arslan ve Yılmaz, s.131; Umar, Usul,s.32.

⁶⁹⁹Budak ve Karaaslan, s.48 vd.; Kuru, Arslan ve Yılmaz, s.131; Umar, Usul,s.32.

Tüzel kişilerin yerleşim yeri, kuruluş belgesinde aksine hüküm bulunmadıkça, işlerinin yönetildiği yerdir. Tüzel kişilere karşı açılacak davalarda genel yetkili mahkeme tüzel kişinin yerleşim yerinin bulunduğu yer mahkemesidir⁷⁰⁰.

2.Özel Yetki

Kanun, genel yetkili mahkemeden başka, bazı davalar için özel yetki kuralları koymuştur. Bu özel yetkili mahkemeler, ilişkin oldukları davalar ile herhangi bir şekilde ilgilidir⁷⁰¹. Özel yetki kuralları, kural olarak kamu düzenine ilişkin değildir. Ancak bazı özel yetki kuralları istisnai olarak kamu düzenine ilişkindir. Kamu düzenine ilişkin yetki kuralları kesin yetkiyle ilgilidir. Dava yalnız o yerde açılabilir. Başka yerde açılmaz⁷⁰².

3. atıcının Zapttan Sorumluluğunda Yetkili Mahkeme

III. ZAMANAŞIMI İLE İLGİLİ SORUNLAR

A. Genel Olarak

Sözleşme hukukuna egemen olan en önemli ilke “ahde vefa” ilkesidir. Sözleşmenin tarafları, sözleşmeden doğan borçlarına sadık olmalı, edimlerini yerine getirmelidirler. Bu ilke gereği, alacak hakkı taraflar arasında düzenli ve sürekli bir ilişki kurar. Zamanaşımı ise bu ilkeye ve dolayısı ile düzenlilik ve süreklilik kuralına bir istisna getirir.

Zamanaşımı kurumunun düzenlenmesinin temel iki sebebi vardır. Birincisi, uzun zaman alacağını istemeyen, talep etmeyen alacaklı borçlu aleyhine dava açmamalıdır. Bunun altında yatan saik kamu yararı, hukuki güven ve sosyal barıştır. İkincisi, hukuki uyumsuzlukların önlenmesi, mahkemelerin çok eski sorunlarla işgal edilmemesidir. Böylelikle mahkemeleri içinden çıkılamayacak davalar ile uğraşması önlenmiş olacaktır. Her iki sebebe ek olarak uzun zaman hakkını aramayan bir kimsenin hukuken korunmaması, adalet duygusuna da ters düşmez⁷⁰³.

⁷⁰⁰Budak ve Karaaslan, s.54 vd.;Kuru, Arslan ve Yılmaz, s.135.

⁷⁰¹Budak ve Karaaslan, s.48 vd.; Kuru, Arslan ve Yılmaz, s.131; Umar, Usul, s.35.

⁷⁰² Kuru, Arslan ve Yılmaz, s.136.

⁷⁰³ Eren, Genel, s.1282.Taraflardan, hukuki uyumsuzluğa konu olabilecek hususlara ilişkin ispat araçlarını herhangi bir zaman sınırlaması olmaksızın saklamasını beklemek hakkaniyet ile bağdaşmaz.

Zamanaşımı, alacaklı bakımından alacağı, borçlu bakımından da borcu etkiler. Yerine getirilmesi gereken edim dışında kalan borç ilişkisini etkilemez. Bu bakımdan zamanaşımı alacak hakkını zayıflatır. Dava yolu ile alacağın talep edilebilirliğini ortadan kaldırır⁷⁰⁴.

Talep edilebilirliğinin ortadan kalkması için tarafların zamanaşımını ileri sürmesi gerekmektedir. Hâkim zamanaşımını kendiliğinden dikkate almaz. Bu bakımdan hak düşürücü süreden ayrılmaktadır⁷⁰⁵. Zamanaşımına kural olarak nispi haklar ve özellikle alacak hakları tabidir. Her alacak, ilke olarak zamanaşımına tabidir. Bu alacak, hukuki ilişkiden kaynaklanabileceği gibi, haksız fiil veya sebepsiz zenginleşmeden de doğabilir. Zamanaşımın işlemeyeceği istisnai durumlar da mevcuttur⁷⁰⁶.

Çünkü ispat araçları kaybolabileceği gibi yok da olabilir. Bu ispat araçlarına zamanın geçmesi ile ulaşmanın zorluğu taraflar için geçerli olduğu gibi yargı organları içinde geçerlidir. Zamanaşımı kurumu ile bu durum önlenmiş olmaktadır (bkz. Kılıçoğlu, Borçlar, s.873).

⁷⁰⁴Özdamar, Demet. Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri'ndeki ve Türk Borçlar Kanunu'ndaki Zamanaşımı Hükümlerinin Karşılaştırmalı Olarak Değerlendirilmesi, “**Medeni Kanun’un ve Borçlar Kanunu’nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu, 1926’dan Günümüze Türk-İsviçre Medeni Hukuku 17-18-19-20 Şubat 2016**”, Cilt:2, Yetkin Yayınevi, Ankara 2017, s.1228 (Zamanaşımı). Zamanaşımı borçlunun, borcunu sona erdirir iken, alacaklı açısından alacağı sona erdirmez. Alacaklı açısından, alacağın dava ve takip edilebilme hakkını sona erdirir. Zamanaşımı Borçlar Hukuku alanında uygulanan bir hukuki kurum olmasının yanı sıra Medeni Hukuk alanında da uygulama alanı bulmaktadır. Medeni Hukuk alanında aynı bir hakkın kazanılması, zamanaşımı sayesinde olabilmektedir. Bu şekilde zamanaşımının kazandırıcı etki yaratmasına, kazandırıcı zamanaşımı denmektedir. Burada taraflardan biri zamanaşımı sayesinde hak kazanırken diğer taraf uyuşmazlık konusu şey üzerinde hak kaybetmektedir (bkz. Kılıçoğlu, Borçlar, s.873).

⁷⁰⁵ Zamanaşımının gerçekleşmesi ile dava ve takip hakkı sona erer iken hak düşürücü sürenin gerçekleşmesi ile talep hakkı ortadan kalkar. Zamanaşımında her ne kadar dava hakkı sona ermiş olsa da, borçlu taraf edimini ifa eder ise, artık alacaklıya zamanaşımını ileri sürerek edimin iadesini isteyemez. Bunun yanı sıra hak düşürücü süre hakkın sona ermesine neden olduğu için, uyuşmazlık konusu hâkimin önüne geldiğinde, hâkim kendiliğinden hak düşürücü süreyi dikkate alacaktır (bkz. Kılıçoğlu, Borçlar, s.874). Yasa koyucu bazı hakların korunmasını belli bir süre ile sınırlamıştır. Buna yasal koruma süresi denebilir. Bu sürenin dolması ile haktan üçüncü kişilerin yararlanması mümkün hale gelmektedir. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’na göre eser üzerinde koruma süresi eser sahibinin yaşadığı müddetçe ve ölümünden itibaren 70 yıl devam eder. Eser sahibinin ölümü üzerinden 70 yıl geçmesi ile üçüncü kişiler eserden faydalanabilecektir. Sınai Mülkiyet Kanunu’na göre tescilli markanın koruma süresi başvuru tarihinden itibaren on yıldır. Bu sürenin geçmesinden itibaren üçüncü kişiler bu haktan yararlanabilir. Yasal koruma süresinin son bulması ile hak sahibinin hakkı ortadan kalkmaktadır. Bu yüzden talep edilmesi mümkün değildir. Zamanaşımında ise, hak sahibinin alacak hakkı son bulmamaktadır (bkz. Kılıçoğlu, Borçlar, s.876).

⁷⁰⁶ Eren, Genel, s.1282; Özdamar, Zamanaşımı, s.1229. Türk Medeni Kanunu’nun 864. maddesine göre bir alacak taşınmaz rehninin tescil edilmesi sureti ile aynı güvence altına alınmış ise, o alacak için zamanaşımı işlemez. Zamanaşımının işlememe durumu taşınmaz rehni için söz konusu olup, taşınır rehni için bu durum söz konusu değildir. Taşınır rehni ile koruma altına alınmış bir alacak zamanaşımına uğrar. Borcun zamanaşımına uğramasının istisnalarından bir diğeri İcra İflas Kanununa göre aciz belgesi verilmesidir. Borçlu, borcunu ödemede aciz hale düşmesi durumunda, alacaklının başvurması durumunda, alacaklıya aciz belgesi (aciz vesikası) verilir. Aciz belgesi verilmesi ile birlikte bu belgede belirtilen alacak miktarı zamanaşımına uğramaz (bkz. Kılıçoğlu, Borçlar, s.878).

Zamanaşımından bahsedebilmek için zamanaşımına elverişli bir borç bulunmalıdır⁷⁰⁷. Hukuk düzeninin öngördüğü belirli sürenin geçmesi gerekir. Bu süre kural olarak alacağın muaccel olması ile başlar. Ancak alacağın muaccel olması bir bildirim koşuluna bağlı ise, zamanaşımı bu bildirimin yapıldığı günden itibaren işlemeye başlar. Türk Borçlar Kanunu’nun 149. maddesine göre; “*zamanaşımı, alacağın muaccel olmasıyla işlemeye başlar*”. Sözleşmeden doğan ifa taleplerinde zamanaşımı, temerrüdün gerçekleştiği anda değil, borcun muaccel olduğu anda işlemeye başlar. Sözleşmeden doğan tazminat taleplerinde ise, tazminat talebi, asıl edimin yerine geçip onun devamından başka bir şey olmadığından, zamanaşımı asli edime ilişkin ifa talebinin muaccel olduğu anda işlemeye başlar. Kötü ifa nedeniyle tazminat taleplerinde de aynı kural geçerlidir⁷⁰⁸.

Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri (ASHİ), “Zamanaşımına Tabi Alacaklar” başlığını taşıyan madde 14:101 hükmüne göre⁷⁰⁹; “*bir borcun ifasını talep hakkı, bu ilkelere uygun olarak belirlenmiş olan sürenin geçmesi ile zamanaşımına uğrar*”.

İstisnai durumlarda, zamanaşımı bildirimin yapılabileceği günde işlemeye başlar. Bildirim borçlunun hâkimiyet alanına ulaştığı anda etkilerini doğurur. Bildirimde, bulunma yetkisi ilke olarak alacaklıya aittir. Bildirim şartı, bu yetkinin özellikle taraflara verilmesi, alacağın muaccel olmasını engelleyebilir. Ancak Türk Borçlar Kanunu’nun 149/2. maddesi: “*Alacağın muaccel olmasının bir bildirimle bağlı olduğu hallerde, zamanaşımı bu bildirimin yapılabileceği günden işlemeye başlar*” demek suretiyle bunu önlemiştir⁷¹⁰. Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri’nin 3. kısmında, “İhbar” başlığını taşıyan madde 1:303’de bildirimin şeklini düzenlemiştir. İlgili hükme göre, bildirim yazılı veya duruma göre, herhangi bir vasıta ile yapılabileceği; ihbarın kural olarak, muhataba ulaştığı zaman hüküm doğuracaktır⁷¹¹.

UNIDROIT’nın Uluslararası Ticari Sözleşmeler İlkeleri’nde (UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts) 10.2. maddesinin 1.paragrafına

⁷⁰⁷ Özdamar, Zamanaşımı, 1236.

⁷⁰⁸ Eren, Genel, s.1285; Kılıçoğlu, Borçlar, s.878; Özdamar, Zamanaşımı, 1236.

⁷⁰⁹ Principles of European Contract Law, Chapter 14.Prescription, Section 1- General Provision Article 14:101 Claims Subject To Prescription: “*A right to performance of an obligation (claim) is subject to prescription by the expiry of a period of time in accordance with these Principles*”.

⁷¹⁰ Özdamar, Zamanaşımı, 1237.

⁷¹¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Özdamar, Zamanaşımı, 1237.

göre, genel zamanaşımı üç yıl olarak düzenlenmiştir⁷¹². 2. paragrafına göre ise, maksimum zamanaşımı da hakkın kullanılabileceği günden sonraki günden başlayarak on yıldır⁷¹³.

Avrupa özel hukukunun ilkelerinin, tanımlarının ve model kurallarının yer aldığı “Ortak Referans Çerçevesi Taslağı”nın (Draft Common Frame of Reference-DCFR), 7:102. maddesine göre, genel zamanaşımı üç yıldır⁷¹⁴. Mahkeme veya hakem kararı benzeri olarak karara bağlanmış alacaklarda on yıldır⁷¹⁵.

B. Türk Borçlar Kanunu’ndaki Genel Zamanaşımı Süreleri

Türk Borçlar Kanunu’nda sözleşmelere en çok uygulanan iki zamanaşımı süresi vardır. Bunlardan biri Türk Borçlar Kanunu’nun 146. maddesinde düzenlenen on yıllık zamanaşımıdır⁷¹⁶. Diğeri de Türk Borçlar Kanunu 147. maddesinde düzenlenen beş yıllık zamanaşımıdır⁷¹⁷. Yine Türk Borçlar Kanunu’nda, haksız

⁷¹² Principles of European Contract Law, Chapter 10, Limitation Period, Article 10.2, paragraf 1: “The general limitation period is three years beginning on the day after the day the obligee knows or ought to know the facts as a result of which the obligee’s right can be exercised.”

⁷¹³ Principles of European Contract Law, Chapter 10, Limitation Period, Article 10.2, paragraf 2 : “In any event, the maximum limitation period is ten years beginning on the day after the day the right can be exercised.”

⁷¹⁴ Draft Common Frame of Reference-DCFR, Section 2: Periods of prescription and their commencement, General Period, Article 7:201: “Then general period of prescription is three years.”

⁷¹⁵ Draft Common Frame of Reference-DCFR, Section 2: Periods of prescription and their commencement, General Period, Article 7:202: “(1) The period of prescription for a right established by judgment is ten years. (2) The same applies to a right established by an arbitral award or other instrument which is enforceable as if it were a judgment.”

⁷¹⁶ Türk Borçlar Kanunu 146. maddesine göre: “Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, her alacak on yıllık zamanaşımına tabidir.”

⁷¹⁷ Türk Borçlar Kanunu 147. maddesine göre: “Aşağıdaki alacaklar için beş yıllık zamanaşımı uygulanır: 1. Kira bedelleri, anapara faizleri ve ücret gibi diğer dönemsel edimler. 2. Otel, motel, pansiyon ve tatil köyü gibi yerlerdeki konaklama bedelleri ile lokanta ve benzeri yerlerdeki yeme içme bedelleri. 3. Küçük sanat işlerinden ve küçük çapta perakende satışlardan doğan alacaklar. 4. Bir ortaklıkta, ortaklık sözleşmesinden doğan ve ortakların birbirleri veya kendileri ile ortaklık arasındaki; bir ortaklığın müdürleri, temsilcileri, denetçileri ile ortaklık veya ortaklar arasındaki alacaklar. 5. Vekâlet, komisyon ve acentalık sözleşmelerinden, ticari simsarlık ücreti alacağı dışında, simsarlık sözleşmesinden doğan alacaklar. 6. Yüklenicinin yükümlülüklerini ağır kusuruyla hiç ya da gereği gibi ifa etmemesi dışında, eser sözleşmesinden doğan alacaklar.” demektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kılıçoğlu, Borçlar, s.880.

fiillerde⁷¹⁸, sebepsiz zenginleşmede⁷¹⁹, satış sözleşmesinde ayıptan doğan sorumlulukta⁷²⁰, ödünç sözleşmesinde⁷²¹, eser sözleşmesinde⁷²² zamanaşımına ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır.

Asıl alacak zamanaşımına uğrayınca, ona bağlı faiz ve diğer alacaklar da zamanaşımına uğramış olur (TBK.m.152). Zapttan sorumlulukta alıcı, ödemiş olduğu satış bedelinin faizi ile birlikte geri verilmesini isteyebilirdi (TBK.m.217/1, b.1). Alıcının, ödemiş olduğu satış bedelini isteme hakkı zamanaşımına uğraması durumunda, satış bedelinin faizini isteme hakkı da zamanaşımına uğramış olacaktır.

C. Zamanaşımının Kesilme Sebebi

Türk Borçlar Kanunu'nun 154. maddesine göre, borçlu borcu ikrar etmişse, özellikle faiz ödemiş veya kısmen ifada bulunmuşsa ya da rehin vermiş veya kefil göstermişse; alacaklı, dava veya def'i yoluyla mahkemeye veya hakeme başvurmuşsa, icra takibinde bulunmuşsa ya da iflas masasına başvurmuşsa zamanaşımı kesilir. Zamanaşımının kesilmesiyle, yeni bir süre işlemeye başlar.

⁷¹⁸ Türk Borçlar Kanunu 72. maddesine göre; “Tazminat istemi, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her hâlde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar. Ancak, tazminat ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa, bu zamanaşımı uygulanır. Haksız fiil dolayısıyla zarar gören bakımından bir borç doğmuşsa zarar gören, haksız fiilden doğan tazminat istemi zamanaşımına uğramış olsa bile, her zaman bu borcu ifadan kaçınabilir”. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kılıçoğlu, Borçlar, s.880.

⁷¹⁹ Türk Borçlar Kanunu 82. maddesine göre; “Sebepsiz zenginleşmeden doğan istem hakkı, hak sahibinin geri isteme hakkı olduğunu öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her hâlde zenginleşmenin gerçekleştiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar. Zenginleşme, zenginleşenin bir alacak hakkı kazanması suretiyle gerçekleşmişse diğer taraf, istem hakkı zamanaşımına uğramış olsa bile, her zaman bu borcunu ifadan kaçınabilir”. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kılıçoğlu, Borçlar, s.880.

⁷²⁰ Türk Borçlar Kanunu 231. maddesine göre: “Satıcı daha uzun bir süre için üstlenmiş olmadıkça, satılanın ayıbından doğan sorumluluğa ilişkin her türlü dava, satılana ayıp daha sonra ortaya çıksa bile, satılanın alıcıya devrinden başlayarak iki yıl geçmekle zamanaşımına uğrar. Alıcının satılanın kendisine devrinden başlayarak iki yıl içinde bildirdiği ayıptan doğan def'i hakkı, bu sürenin geçmiş olmasıyla ortadan kalkmaz. Satıcı, satılanı ayıplı olarak devretmekte ağır kusurlu ise, iki yıllık zamanaşımı süresinden yararlanamaz.”

⁷²¹ Türk Borçlar Kanunu 389. maddesine göre: “Ödünç alanın, ödünç konusunun teslimine ve ödünç verenin de bu şeyin teslim alınmasına ilişkin istemleri, diğer tarafın bu konuda temerrüde düşmesinden başlayarak altı ayın geçmesiyle zamanaşımına uğrar.”

⁷²² Türk Borçlar Kanunu 478. maddesine göre: “Yüklenici ayıplı bir eser meydana getirmişse, bu sebeple açılacak davalar, teslim tarihinden başlayarak, taşınmaz yapılar dışındaki eserlerde iki yılın; taşınmaz yapılarda ise beş yılın ve yüklenicinin ağır kusuru varsa, ayıplı eserin niteliğine bakılmaksızın yirmi yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar.”

Borç bir senetle ikrar edilmiş veya bir mahkeme ya da hakem kararına bağlanmış ise, yeni süre her zaman on yıldır (TBK.m.156)⁷²³. Borcun bir senetle ikrar edilmiş veya bir mahkeme ya da hakem kararına bağlanmış olması durumu dışında kalan zamanaşımını kesen diğer sebeplerin olması durumunda, işleyecek yeni süre, asıl alacağın tabi olduğu süre olacaktır. Bu durumda Türk Borçlar Kanunu'nun 156. maddesindeki on yıllık süre uygulama alanı bulmayacaktır. Asıl alacağın tabi olduğu zamanaşımı süresi yeni süre olarak uygulanacaktır. Asıl alacak Türk Borçlar Kanunu'nun 149. maddesine göre on yıllık zamanaşımına tabi ise, yeni süre de on yıl olacaktır. Ya da asıl alacak Türk Borçlar Kanunu'nun 82. maddesine göre iki yıllık zamanaşımına tabi ise, yeni süre de iki yıllık zamanaşımına tabi olacaktır.

Borç bir senetle ikrar edilmiş veya bir mahkeme ya da hakem kararına bağlanmış ise, zamanaşımı süresinin on yıl olduğunu belirtmiştik (TBK.m.156). Satıcının zapttan sorumluluğunda, üçüncü kişinin, alıcının elinden malı almak için dava açabileceğinden bahsetmiştik (TBK.m.215). Söz konusu davaya, alıcının bildirimi üzerine satıcı da alıcının yanında katılabilir. Bu durumda, malın üçüncü kişiye iadesi mahkemede karara bağlanabilir. Bu mahkeme kararı, satıcının zapttan sorumluluğu açısından Türk Borçlar Kanunu'nun 156. maddesindeki mahkeme kararı yerine geçmez. Çünkü söz konusu dava üçüncü kişinin, mal üzerindeki haklılığı iddiasına ilişkin bir davadır. Satıcının, alıcıya karşı borçlu olduğuna ilişkin bir dava değildir. Her ne kadar bu dava ile satış konusu malın alıcının elinden alınması ile zapt durumu gerçekleşecek olsa da, karar üçüncü kişinin hakkını tescil etmektedir. İlgili kararda satıcının, alıcıya karşı zapttan sorumlu olduğuna ilişkin bir durum karara alınmamaktadır. Aksine görüşün kabulü halinde, yani üçüncü kişinin açmış olduğu davanın, Türk Borçlar Kanunu'nun 156. maddesindeki mahkeme kararı olarak değerlendirilmesi durumu, zamanaşımı süresini on yıl olarak kabul edilmesine yol açacaktır. Bu durumda küçük çapta perakende satışından doğan bir zapttan sorumluluk halinde zamanaşımı süresi beş yıl iken (TBK.m.147), artık zamanaşımı süresi on yıl olacaktır.

⁷²³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Kılıçoğlu, Borçlar, s.882.

D. Zamanaşımının İleri Sürülmesi

Zamanaşımının dolması ile borç kendiliğinden ortadan kalkmaz ve alacak hakkı sona ermez. Bu durumda; borç eksik borç niteliği kazanır. Borçlu, kendisine ifadan kaçınma yetkisi veren, zamanaşımı defî hakkını kullanarak borcu ifa etmekten kaçınabileceği gibi; borcu ifa da edebilir. Zamanaşımına uğramış bir borcun ifası durumunda, alacaklı sebepsiz yere zenginleşmiş sayılmaz⁷²⁴.

Zamanaşımı; itiraz olmayıp, bir defî niteliğinde olduğu için, hâkim, kendiliğinden zamanaşımını dikkate alamaz. Borçlu bu hakkını yargılamada ön inceleme safhasına kadar ileri sürebilir. Ön inceleme aşamasına gelindiğinde, karşı tarafın açık izni ile savunma genişletilebilir veya değiştirilebilir. Ön inceleme duruşmasından sonra ıslah ve karşı tarafın açık izni dışında, zamanaşımı defî artık ileri sürülemez (HMK.m.141)⁷²⁵.

E. Zapt Durumunda Zamanaşımı

Türk Borçlar Kanunu'nun 149. maddesine göre, zamanaşımı, alacağın muaccel olmasıyla işlemeye başlar. Alacağın muaccel olmasının bir bildirimle bağlı olduğu hallerde, zamanaşımı bu bildirimin yapılabileceği günden işlemeye başlar. Türk Borçlar Kanunu'nun 215. maddesi, davanın bildirimini düzenlemektedir. Hükme göre; alıcı, satılanın elinden alınması tehlikesi ile karşılaştığında, kendine karşı açılan davayı satıcıya bildirmesi gerekmektedir. Bu bildirim satıcının alıcının yanında davaya katılması ya da alıcı yerine geçerek üçüncü kişiye karşı davayı takip etmesi ve savunması içindir. Alacağın muaccel olması için yapılan bir bildirim değildir. Türk Borçlar Kanunu'nun 214. maddesine göre, satış konusu malın zapt edilmesi durumunda, satıcının alıcıya karşı sorumluluğu doğmaktadır. Bu düzenlemeye göre, zapt ile birlikte zamanaşımı işlemeye başlayacaktır.

Türk Borçlar Kanunu'nun satıcının zapttan sorumluluğunu düzenleyen 214. ve 218. maddelerinde, alıcının sahip olduğu hakları kullanabilmesi için bir zamanaşımı

⁷²⁴ Eren, Genel, s.1297; İnan ve Yücel, s.652; Kılıçoğlu Genel, s.901; Özdamar, Zamanaşımı, 1261.

⁷²⁵ Özdamar, Zamanaşımı, 1261.

süresi öngörülmemiştir⁷²⁶. Özellikle tam zapt durumunda, Türk Borçlar Kanunu 82'ye göre sebepsiz zenginleşmeye ilişkin zamanaşımı süresi mi, yoksa Türk Borçlar Kanunu 146. maddesine göre genel zamanaşımı uygulanacağı doktrinde ve yargı kararlarına konu olmuştur. Satılanın tamamen zapt edilmesi halinde sözleşme kendiliğinden ortadan kalkacaktır. Alıcının ödemiş olduğu satış bedelinin geri verilmesini istemesi söz konusudur. Sözleşme kendiliğinden sona ermiş olduğu için alıcının sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak mı talepte bulunulacağı yoksa burada sözleşmeye dayanan bir geri verme borcunun mu söz konusu olduğu hususu uygulanacak zamanaşımını da belirleyecektir. Kimi yazarlar⁷²⁷ satış bedelinin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre istenebileceğini savunmaktadır. Sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanılması durumunda iki yıllık zamanaşımı süresi söz konusu olacaktır. Bir kısım yazarlar ise⁷²⁸ satıcının satış bedelini iade borcunun, sebepsiz zenginleşme hükümlerine değil, sözleşmeden doğan borç ilişkisine dayandığını belirtmektedir. Bu yüzden TBK md. 146'da öngörülen 10 yıllık zamanaşımı süresine tabi olduğunu savunmaktadırlar. Türk Borçlar Kanunu'nun 147. maddesinin 3. bendini de değerlendirmek gerekir. İlgili maddeye göre; *"küçük sanat işlerinden ve küçük çapta perakende satışlardan doğan alacaklar 5 yıllık zamanaşımına"* tabidir⁷²⁹. Bu tarz bir yerden satın alınan ürünün, alıcının elinden zapt edilmesi durumunda, artık Türk Borçlar Kanunu'nun 146. maddesindeki on yıllık zamanaşımı süresi uygulanmaz. Alıcı, 5 yıl içinde haklarını satıcıya karşı ileri sürmezse, hakların takip edilebilirliği sona erer.

⁷²⁶ Özlem Acar, "Satıcının Zapttan Sorumluluğu", **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:13, S:1, Ocak 2014(Zapt), s.117.

⁷²⁷ Acar, Zapt, s.117; Necmettin Feyzi Feyzioğlu, **Borçlar Hukuku, İkinci Kısım, Akdin Muhtelif Nevileri**, C. I, İstanbul 1980,4. Bası(özel), s.250. Türk Borçlar Kanunu'nun 156/2. maddesine göre, borç bir mahkeme ya da hakem kararı ile hüküm altına alınmış ise, zamanaşımı süresi on yıldır. Bu hükme göre, satıcının zapttan sorumluluğunda zamanaşımı süresi sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iki yıllık süreye tabi olduğu kabul edilse bile, bu konuda satıcı aleyhine bir mahkeme ya da hakem kararı çıkması durumunda, artık zamanaşımı süresi on yıl olacaktır (Ayrıntılı bilgi için bkz. Kılıçoğlu, Borçlar, s.883).

⁷²⁸ Acar, Zapt, s.117; Demirsatan, s.246; Rona Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, İstanbul 1975 (Dönme), s.300.

⁷²⁹ Satıcının işletmesinin küçük çapta olması gerekmektedir. Küçük çapta faaliyetten esnaf ve sanatçıların işletmesini anlamak gerekir. Ticari işletmeler küçük çapı aşan niteliktedir (ayrıntılı bilgi için bkz. Kılıçoğlu, Borçlar, s.882). Gerçekten ticari işletmeler, esnaf işletmelerinin faaliyet alanını aşmaktadır. Ticari işletme ve esnaf işletmesi arasındaki ayrımı belirlemek için Bakanlar Kurulunun çıkaracağı kararname ile belirlenir (TTK.m.11/2). İlgili kararname henüz çıkarılmadığı için yürürlükte bulunan düzenleme uygulanır. Bu durumda, Bakanlar Kurulu'nun 2007/12362 sayılı kararı uygulanır (bkz. RG, 21.7.2007, S.26589) (ayrıntılı bilgi için bkz. Arkan, s.28 vd.).

Satıcının zapttan sorumluluğunda sözleşme kendiliğinden sona ermekte idi. Kendiliğinden sona ermenin hukuki niteliğini yeni dönme teoremi ile açıklanabileceğini belirtmiştik. Zapt durumunda sözleşmenin kendiliğinden sona ermesi ile birlikte, sözleşmenin artık tasfiye ilişkisine girdiğini kabul etmek gerekir. Bu durumda alıcı zapttan sorumluluk hükümlerine başvurabileceği gibi, Türk Borçlar 146. maddesindeki zamanaşımına ilişkin hükümlerine de başvurabilir⁷³⁰. Zapttan sorumlulukta Türk Borçlar Kanunu'nun 146. maddesindeki on yıllık zamanaşımı süresi uygulanır.

IV. MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK VE USUL HUKUKU AÇISINDAN BAZI SORUNLAR

A. Genel Olarak

Kanunlar ihtilafı kuralları yabancı unsurlu özel hukuk münasebetlerinde belirli hukuki kavram ve kategorilerin belirli bir hukuk sistemine bağlanması şeklinde meydana gelmektedir. Kanunlar ihtilafında, hukuki kavram ve kategoriler bağlama konusu oluşturmakta ve bağlama konuları bağlama noktaları ile belirli bir hukuka bağlanmaktadır. Bu bakımdan ilk olarak bağlama konusu, ikinci olarak da bağlama konusunun bağlandığı hukuki sebep olan bağlama noktası tespit edilmelidir⁷³¹.

Hukuki sorunlar, hâkimin önüne geldiği anda incelemeye tabi tutulmaktadır. Bu durumda ilk vasıflandırma, hukuki uyuşmazlığın hâkimin önüne gelmesi ile yapılmaktadır. Bu yüzden hâkim olayı kendi hukuk sistemine göre, kendi hukuk sisteminin tanıdığı belirli bir hukuk kategorisi içinde değerlendirecektir. Bu değerlendirmeden sonra kanunlar ihtilafı kuralları uygulama bulacak ve yetkili hukuk tayin edilecektir⁷³².

Sözleşmeden doğan borç ilişkileri tarafların açık olarak seçtikleri kanuna tabi tutulmuştur (MÖHUK.m.24/1). Tarafların iradelerinin bir bağlama noktası olarak kabulü, ulusal hukuk sistemlerinde geleneksel olarak benimsenmiştir⁷³³. Tarafların

⁷³⁰ Zapttan sorumlulukta sözleşmenin sona ermesi ile ilgili ayrıntılı bilgi için Dördüncü Bölüm, I, C, kısmına bakınız.

⁷³¹ Şanlı, s.27.

⁷³² Şanlı, s.47 vd.

⁷³³ Şanlı, s.36.

açıkça bir kanun seçmedikleri durumlarda, Anglo-Amerikan Hukuku sözleşmenin kurulduğu yer hukukunu, Almanya ve İsviçre Hukuk sistemleri ise sözleşmenin ifa yeri hukukuna göre bağlama noktasını belirlemektedir. Türk Hukuku'na göre, kanunlar arasında bir ihtilaf var ise, taraflar açıkça bir kanun seçmemişler ise borcun ifa yeri hukukuna göre ilgili hukuk uygulanır.

B. Milletlerarası Özel Hukukta Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk

1.Genel Olarak

5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun⁷³⁴, nun 24. maddesine göre; *“Sözleşmeden doğan borç ilişkileri tarafların açık olarak seçtikleri hukuka tabidir. Sözleşme hükümlerinden veya halin şartlarından tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılabilen hukuk seçimi de geçerlidir.*

Taraflar, seçilen hukukun sözleşmenin tamamına veya bir kısmına uygulanacağını kararlaştırabilirler.

Hukuk seçimi taraflarca her zaman yapılabilir veya değiştirilebilir. Sözleşmenin kurulmasından sonraki hukuk seçimi, üçüncü kişilerin hakları saklı kalmak kaydıyla, geriye etkili olarak geçerlidir.

Tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları halinde sözleşmeden doğan ilişkiye, o sözleşmeyle en sıkı ilişki olan hukuk uygulanır. Bu hukuk, karakteristik edim borçlusunun, sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutad meskeni hukuku, ticari veya mesleki faaliyetler gereği kurulan sözleşmelerde karakteristik edim borçlusunun işyeri, bulunmadığı takdirde yerleşim yeri hukuku, karakteristik edim borçlusunun birden çok işyeri varsa söz konusu sözleşmeyle en sıkı ilişki içinde bulunan işyeri hukuku olarak kabul edilir. Ancak halin bütün şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması halinde sözleşme, bu hukuka tabi olur”.

Türk Borçlar Kanunu'nun 26. maddesine göre, sözleşmenin tarafları sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler. Türk Borçlar Kanunu'nun 27. maddesi ise bunun sınırlarını çizmiştir. Hükme göre, kanunun

⁷³⁴RG, 27.11.2007, S.26728.

emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür⁷³⁵.

Ticari hayatın gereklerinden kaynaklanan sözleşme özgürlüğü, sözleşme yapma, sözleşmeyi ortadan kaldırma, sözleşmenin tarafını seçme, sözleşmenin içeriğini belirleme gibi çeşitli anlamlara gelmektedir⁷³⁶. Sözleşme özgürlüğü milletlerarası özel hukukun konusuna giren ilişkilerde de vuku bulur. Bugün milletlerarası özel hukuk kanunlarının genelinde sözleşmeden doğan borçlar konusunda taraflara uygulanacak hukuku seçme hakkı tanınmıştır. Taraflara tanınan bu hak sınırsız değildir, çeşitli koşullara ve sınırlamalara tabidir⁷³⁷.

Milletlerarası Özel Hukuk konusunda genel kural sözleşme statüsü olarak adlandırılan, sözleşmenin kuruluş ve hükümlerine uygulanacak hukuku ifade eden hukuk, ilk olarak tarafların seçtikleri hukuktur. Taraflar herhangi bir hukuk seçmemesi durumunda, uygulanacak sözleşme statüsünün ne olacağı konusunda birlik yoktur. Genelde, sözleşmenin ifa yeri, sözleşmenin kurulma yeri, borçlunun ikametgâhı hukuku, borçlunun mutad mesken hukuku en yakın bağlama noktaları olarak kabul edilmektedir⁷³⁸. Günümüzde sözleşmenin tabi olacağı hukuk seçilmemiş ise, genel yönelim sözleşme ile en sıkı ilişki içinde olan hukukun uygulanmasıdır. Sözleşme ile en sıkı ilişki içinde olan hukuk, kanunda belirtilir ya da hukukun belirlenmesi bazı kriterlere göre hâkime bırakılır. Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında

⁷³⁵ Türk Kanun koyucu, seçmiş olduğu ekonomik model doğrultusunda, sözleşme serbestisine yer vermiştir. Bu kapsamda bireyci ve liberal hukuk anlayışının etkisinde kalarak sözleşme özgürlüğü düzenlenmiştir. Özel hukukta tarafların özel ilişkilerini düzenlemek için başvurdukları araçlardan biri de sözleşmedir. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası da irade özerkliği kapsamında sözleşme özgürlüğünü bireyin temel hak ve özgürlükleri arasında saymıştır (ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, Genel, s.297 vd.). Sözleşme özgürlüğü denince ilk akla gelen sözleşme yapıp yapmama özgürlüğüdür. Kanunlara ve dürüstlük kuralı el verdiği ölçüde, şahıslar sözleşme yapmakta ve yapmamakta özgürdür. Diğer bir özgürlükte sözleşmenin konusunu belirleme konusundadır. Tabi ki konunun hukuka ve ahlaka aykırı olmaması gerekmektedir. Sözleşmenin şeklini belirlemekte de taraflar özgürdür. Şekil denince her ne kadar yazılı ya da noter onaylı olması akla gelse de sözlü olarak yapılması da bir şekil unsurudur (Kılıçoğlu, Borçlar, s.81).

⁷³⁶ Gülören Tekinalp, **Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011, s.349; Çelikel, Milletlerarası, s.249; Eren, Genel, s.300.

⁷³⁷ Cemal Şanlı, Milletlerarası Özel Hukuk, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015, s.253.

⁷³⁸ Çelikel, Milletlerarası, s.249. İkametgâh hukuk milletlerarası özel hukuk alanında bağlama noktası olarak kullanılmakla beraber çeşitli faydaları ve problemleri de taşımaktadır. Göçmen kabul eden ülkeler açısından faydası bulunmaktadır. Kişinin ikametgâhının bulunduğu yer hukuku ile yakınlığının bulunduğu da bir ön kabul olarak kabul edilebilir. Bazı kişilerin birden fazla ikametgâhının olması problem yaratacak niteliktedir (bkz. İlyas Arslan, **Milletlerarası Özel Hukukta Mutad Mesken Kavramı**, On İki Levha, İstanbul, 2014, s.17 vd.). İkametgâhın farklı hukuk sistemlerinde farklı anlamlara gelmesinden dolayı, mutad mesken kavramı kullanılmaya başlanmıştır. Ancak mutad mesken kavramının ne anlama geldiği konusunda da görüş birliği sağlanmış değildir (bkz. Arslan, s.25 vd.).

Kanunu'nun 24. maddesi ilk olarak sözleşmenin tabi olacağı hukuk konusunda taraflara serbesti tanımıştır. Eğer taraflar, böyle bir seçim yapmamış ise sözleşmeden doğan ilişkiye, o sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan hukuk uygulanır⁷³⁹. Kanun koyucu en sıkı ilişkili hukukun tayini konusunda emredici nitelikte bazı karinelere öncelik vermiştir. Sözleşmenin ticari veya mesleki faaliyet çerçevesinde kurulmadığı durumda, karakteristik edim borçlusunun mutad meskeninin bulunduğu ülke hukuku sözleşme ile en sıkı ilişkili hukuk olarak kabul edilmiştir. Sözleşmenin ticari veya mesleki faaliyet çerçevesinde kurulması durumunda ise karakteristik edim borçlusunun işyerinin bulunduğu ülke hukuku, sözleşme ile en sıkı ilişkili hukuk olarak kabul edilmiştir. Eğer iş yeri bulunmuyor ise yerleşim yeridir. Birden çok işyeri var ise de söz konusu sözleşmeye en sıkı ilişki içinde bulunan işyeri hukuku, uygulanacak hukuk olarak kabul edilir⁷⁴⁰.

Belirtmek gerekir ki, taşınmazlara ilişkin sözleşmelere uygulanacak hukukun tayini bakımında hukuk seçimine izin verilmemiştir. Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunu'nun 25. maddesine göre taşınmazlara veya onların kullanımına ilişkin sözleşmelere taşınmazın bulunduğu ülke hukuku uygulanır⁷⁴¹. Taşınmazlara ilişkin sözleşme dendiği zaman ilk akla gelen taşınmaz satışı sözleşmesi olmakla beraber, taşınmazlara ilişkin trampa, bağışlama, ölünceye kadar bakma, kira sözleşmelerinde de bulundukları ülke hukuku uygulanır⁷⁴².

⁷³⁹ İlga olan 2672 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunu'nun 24. maddesi farklı idi. İlgili maddede, eğer taraflar sözleşmeye uygulanacak hukuku seçmemişler ise, en yakın bağlama noktası olarak ifa yeri hukuku seçilmişti. Birden fazla ifa yerinin bulunması durumunda, borç ilişkisinin ağırlığını teşkil eden edimin ifa yeri hukukunu yetkili görmüştü. İfa yeri tespit edilemiyor ise, yetkili hukuk hâkim tarafından tayin edilecek idi. Hâkim tayin yetkisini kullanırken, sözleşmenin en yakın irtibat halinde olduğu hukuku uygulamalı idi (ayrıntılı bilgi için bkz. Çelikel, Milletlerarası, s.250).

⁷⁴⁰ Demirkol, s.217 vd.; Şanlı, s.269. Karakteristik edim, tek başına bir bağlama noktası değildir. Karakteristik edim ile sözleşmeye uygulanacak hukukun belirlenmesine yardımcı olunmaktadır. Sözleşme ilişkilerinde asli borçlar ve yan borçlar bulunmaktadır. Karakteristik edimi belirler iken, sözleşmenin esaslı unsurundan hareket etmek gerektiği doktrinde öne sürülmektedir (Demirkol, s.217 vd.).

⁷⁴¹ Taşınmazlara ilişkin sözleşme türlerinin çeşitlilik arz etmesinden dolayı, taşınmazlara ilişkin hukuk seçimin engellenmiş olması eleştirilmektedir (ayrıntılı bilgi için bkz. Şanlı, s.264).

⁷⁴² Şanlı, s.275.

2. İrade Özgürlüğü

Yabancılık unsuru taşıyan sözleşmeler tarafların açık olarak seçtikleri hukuka tabidir. Milletlerarası hukuk anlamında hukuk seçimi, iradeye, milletlerarası özel hukukta bir bağlama kuralı tesis etme anlamına gelmektedir⁷⁴³. Tarafların seçimi ile yabancı unsur taşıyan sözleşme bir bütün olarak seçilen hukuka tabidir. Bu hukukun emredici kuralları da buna dâhildir. Aslında Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanununun 24. maddesi sözleşmenin yabancılık unsuru taşıması gerektiği konusunda bir sınırlama da getirmemektedir⁷⁴⁴. Hukuk seçiminin açık olarak yapılması tartışma dışı olup, koşullar var ise zımni seçim kabul edilir⁷⁴⁵. Seçilen hukuk o devletin iç maddi hukukudur. Seçilen hukukun milletlerarası özel hukuk kuralları nazara alınmaz⁷⁴⁶.

Taraflar, sözleşmeye uygulanacak hukuku seçerken, sözleşme bağlama noktası olarak sözleşmenin ifa yeri hukuku, borçlunun iş yeri, ikametgâhı veya mutad mesken hukuku gibi yersel unsurlara göre hukuk tayini yapabilir. Taraflar önceden bildikleri

⁷⁴³Borçlar hukukuna ait olan sözleşme özgürlüğü ilkesi, milletlerarası özel hukukta yer alan hukuk seçiminden farklıdır. Sözleşme özgürlüğü, taraflara bağlı oldukları hukukun, iç hukukundan gelen bir özgürlük tanımaktadır. Ancak bu özgürlük, iç hukukun emredici kuralları ile sınırlanmıştır. Milletlerarası özel hukuk bakımından hukuk seçimi, tarafların tabi olacakları hukuk düzenini belirlemesi anlamına gelmektedir (Berk Demirkol, **Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011, s.24 vd.).

⁷⁴⁴Yabancılık unsuru taşımayan sözleşmelerde, tarafların seçecekleri hukuku, maddi hukuk kapsamında kalan bir serbesti olarak anlamak gerekir (ayrıntılı bilgi için bkz. Tekinalp, s.369). Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 1. Maddesine göre; “*yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerde uygulanacak hukuk...bu kanunla düzenlenmiştir*”. İlgili hükümden anlaşılacağı üzere yabancılık unsuru taşıyan sözleşmelere Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun hükümleri uygulanacaktır. Sözleşmede yabancılık unsurunun aranmasından ne anlaşılması gerektiği doktrinde tartışılmıştır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Demirkol, s.39.

⁷⁴⁵Mevut kanun ile hukuk seçimi kapalı olarak da yapılabilir. Zımni seçimin, sözleşmede, şüpheye yer vermeyecek biçimde anlaşılabilmesi gerekir. Bu görüşe göre, zımni irade beyanı, sonuç itibarı ile gerçek bir irade beyanıdır. Zımni irade beyanının tespit edilebilir olması gerekir (ayrıntı için bkz. Tekinalp, s.358). Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 24/1. maddesine göre, sözleşme hükümlerinden veya halin şartlarından tereddüt bırakmayacak biçimde anlaşılabilen hukuk seçiminin geçerli olacağı düzenlenmiştir. İlgili düzenleme ile örtülü yani zımni hukuk seçiminin kabul edileceği düzenlenmiştir. İlga olan 2672 sayılı kanunda tarafların açık bir hukuk seçimi yapması kabul edilmiş olup, zımni seçim kabul edilmemiş idi.

⁷⁴⁶Çelikel, Milletlerarası, s.252. Maddi hukuk anlamında sözleşme özgürlüğü ve irade özgürlüğü ile milletlerarası özel hukukta taraflara tanınan özgürlük birbirinden farklıdır. Maddi hukukta, sadece tamamlayıcı hükümlerde sözleşme serbestisi geçerlidir. Milletlerarası özel hukukta sözleşmeye uygulanacak hukukun belirlenmesi anlamında bir hukuk seçimi serbestisi kabul edilmektedir. Seçilen hukuk bir bütün halinde yani emredici ve tamamlayıcı hükümleri ile mevcut sözleşmeye uygulanacaktır (ayrıntılı bilgi için bkz. Tekinalp, s.351,371).

ve benimsedikleri bir hukuk seçmek sureti ile kişisel bir sebepten dolayı da bir hukuk seçebilir. Hukukun belirlenmesi hususunda, taraflar serbesttir⁷⁴⁷.

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunu'nun 24. maddesinin 2. fıkrasına göre, tarafların seçmiş oldukları hukukun, sözleşmenin tamamına uygulanacağını belirlenebileceği gibi sadece bir kısmına uygulanacağı da belirlenebilir⁷⁴⁸.

3.Sözleşme Taraflarının Hukuk Seçimi Yapmamaları Halinde Yetkili Hukuk

Yürürlükten kalkmış olan 2672 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunu'nun 24. maddesinde, tarafların yaptıkları sözleşmeye uygulanmasını istedikleri hukuku tayin etmemeleri halinde, ifa yeri hukukunun yetkisi kabul edilmişti. Borcun ifa yerinin birden fazla olması halinde borç ilişkisinin ağırlığını meydana getiren edimin ifa yeri hukuku, ifa yerinin tespit edilememesi halinde, sözleşmenin en yakın irtibat halinde bulunduğu yer hukukunun uygulanması kabul edilmişti. Yürürlükten kalkmış olan kanunda sözleşmenin en sıkı bağlantı içinde olduğu hukukun uygulanmasının (doktrinde daha çok yandaş bulan görüşün), en son ihtimalde yer verilmesi eleştirilmişti⁷⁴⁹.

Kanun koyucu en sıkı ilişkili hukukun belirlenmesi için bazı karineler belirlemiştir. Karakteristik edim borçlusunun, sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutad meskeni hukuku⁷⁵⁰, ticari veya mesleki faaliyetler gereği kurulan sözleşmelerde

⁷⁴⁷ Tekinalp, s.353.

⁷⁴⁸ Tekinalp, s.354. Kısmen hukuk seçerken, seçilen hukukun emredici kurallarından muaf olacaklarını belirleyemezler (ayrıntılı bilgi için bkz. Tekinalp, s.369). İlga olan 2672 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunu'nda kısmen hukuk seçimine imkan veren bir hüküm bulunmamakta idi. Kısmi zımni hukukun seçilip seçilemeyeceği ise, Demirkol'a göre mümkün değildir (bkz. Demirkol, s.149).

⁷⁴⁹ Çünkü sıralama bakımından sözleşmenin en sıkı şekilde bağlantı içinde bulunduğu hukukun en son sırada yer alması uygulanma şansını oldukça azaltmakta idi. Uygulanacak hukukun belirlenmesinde, sözleşmenin kurulması, sözleşmenin ifa yeri, tarafların vatandaşlığı veya ikametgahı, sözleşmenin konusu gibi hususların dikkate alınarak esnek bir kuralın kabulü hakkaniyetli sonuçlar vereceği de dile getirilmişti (ayrıntılı bilgi için bkz. Çelikel, Milletlerarası, s.253).

⁷⁵⁰ Karakteristik edim borçlusu tüzel kişi ise, mutad mesken yerine, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunu'nun 9. maddesinde düzenlendiği üzere, idare merkezi hukukuna tabi tutulacaktır. Tüzel kişi sözleşmeyi ticari veya mesleki amaçla yapması halinde sözleşmeye iş yeri hukuku uygulanacaktır (ayrıntılı bilgi için bkz. Tekinalp, s.370). Mutad meskenden bahsedebilmek için belli bir süre belirli bir yerde oturulması gerekmektedir. Belli bir süreden anlaşılması gereken, dikkate değer bir süre devam etmiş olmasıdır. Bu sürenin ne kadar olması gerektiği doktrinde tartışmalıdır. Bir

karakteristik edim borçlusunun işyeri, bulunmadığı takdirde yerleşim yeri hukuku, karakteristik edim borçlusunun birden çok işyeri varsa söz konusu sözleşmeyle en sıkı ilişki içinde bulunan işyeri hukuku olarak düzenlenmiştir⁷⁵¹. Belirtmek gerekir ki, bağlama kuralı ile belirlenen hukuk, bütün halinde uygulanır. Bu kapsamda, sözleşmenin şeklinden, ifa sürecine kadar, sözleşmeye ilişkin bütün konularda ilgili hukuk kuralı uygulama alanı bulacaktır⁷⁵².

Kanunda bahsedilen karakteristik edim borçlusu, sözleşme tiplerine göre ayrıca belirlenmesi gerekmektedir. Satış sözleşmesi için, karakteristik edim borçlusu satıcıdır. Karakteristik edim borçlusu olan satıcı ticari ve mesleki bir faaliyet kapsamında bulunuyorsa, satıcının işyeri hukuku uygulanacaktır⁷⁵³. Türk Hukuku'na göre, ticari veya mesleki faaliyetin tespiti Türk Ticaret Kanunu'na göre olacaktır. Türk Ticaret Kanunu'nun 3. maddesine göre, Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen konular ve ticari işletmeyi ilgilendiren bütün işlem ve fiiller ticari işlerdendir. Türk Ticaret Kanunu'nun 19. maddesine göre, tacirin borçlarının ticari olduğu düzenlenmiştir. Hükümde bir istisna öngörülmüştür. Buna göre, tacir gerçek kişi ise, yaptığı işlemin ticari işletmesi ile ilgili olmadığını diğer tarafa bildirmiş veya işin niteliği gibi ticari olarak değerlendirilmesi mümkün değil ise, gerçek kişi tacirin borcu ticari değildir. İstisna kapsamına giren yabancılık unsuru taşıyan bir satım sözleşmesi yapan gerçek

başka tartışmalı konu da oturma niyetinin olması gerekip gerekmediğidir (ayrıntılı bilgi için bkz. Arslan, s.46). Kanun koyucu, bağlama noktası olarak, en sıkı ilişkili hukuku bağlama noktası olarak kabul etmiştir. Kural bu olmakla beraber, en sıkı ilişkili hukukun ne anlama geldiğini tanımlamamıştır (bkz. Demirkol, s.214).

⁷⁵¹ Ticari veya mesleki faaliyetler gereği kurulan sözleşmelerde karakteristik edim borçlusu genelde bir tacirdir ve tacirler işlerinin niteliği gereği, birçok sözleşme yapmaktadırlar. Yapılan her bir sözleşmede karşı taraf farklı olabilmektedir. Doğal olarak karakteristik edimin ifa edileceği yer de değişmektedir. Bu değişkenlik karşısında, karakteristik edim borçlusunun işyerini ortak nokta olarak belirlemek daha tutarlı gözükmemektedir (bkz. Demirkol, s.283 vd.). Karakteristik edim borçlusunun, sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutad meskeni hukukunun uygulanacağı düzenlenmekle beraber, mutad meskenin sözleşmenin kurulduğu andaki yer olduğu açıkça düzenlenmiştir. Hükümün devamında ise ticari veya mesleki faaliyetler gereği kurulan sözleşmelerde, karakteristik edim borçlusunun işyerinin bulunduğu yer hukukunun uygulanacağı belirtilmekle beraber, sözleşmenin kurulduğu andaki işyeri olup olmadığı açıkça belirtilmemektedir (bkz. Demirkol, s.286 vd.).

⁷⁵² Tekinalp, s.370. Doktrinde, sözleşmenin en sıkı ilişkili hukukunun belirlenmesinde, sözleşmenin kurulduğu yer ve ifa yeri hukukuna da yer verilmesi gerektiğine dair görüşlerde mevcuttur (bkz. Demirkol, s.215).

⁷⁵³ Karakteristik edim, borç ilişkisinin ağırlık noktası olarak öne çıkan, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, diğer sözleşmelerden ayırt edici özelliğini ortaya koyan edimdir. Buna göre taşıma ve hizmet sözleşmelerinde taraflardan birinin borcu, para edimidir. Ancak esas ayırt edici özelliği olan ve sözleşmeye kimliğini veren, hizmet sözleşmesi için hizmet vermek iken, taşıma sözleşmesi için eşyanın taşınmasıdır. Ancak takas sözleşmesinde karakteristik edimin tespiti sorun teşkil etmektedir (ayrıntılı bilgi için bkz. Demirkol, s.169; Fahrettin Aral, **Türk Borçlar Hukukunda Takas**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010(Takas), s.21 vd.; Şanlı, s.271; Tekinalp, s.365).

kişi tacir için bağlama kuralı olarak, satıcının iş yeri hukuku uygulanmayacaktır. Bu durumda karakteristik edim borçlusu olan malı satan tacirin mutad meskeni hukuku uygulanacaktır. Tüzel kişi tacirler için ise durum farklıdır. Tüzel kişi tacirlerin borçlarının, adi borç sayılabilmesi için bir istisna mevcut değildir⁷⁵⁴.

Kanun koyucu en sıkı ilişkili hukukun belirlenmesi için bazı karineler belirlediğinden bahsetmiştik (MÖHUK.m.24/4,c.2). Hükmün devamında ilgili karineleri saydıktan sonra daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması halinde sözleşmenin bu hukuka tabi olacağı belirtilmiştir (MÖHUK.m.24/4). Aslında kanun koyucu, sözleşmenin en sıkı ilişki içinde olduğunu kabul ettiği karinelerin, her zaman gerçek anlamda en sıkı ilişkiyi karşılamayabileceğini kabul etmektedir. Sözleşmenin daha sıkı ilişkiye sahip bulunduğu hukukun belirlenmesinde, sözleşmenin ifa yerinin, sözleşmenin kurulduğu yerin, sözleşmenin taraflarının vatandaşlıklarının, mutad meskenin ya da yerleşim yerinin dikkate alınması gerekebilir⁷⁵⁵.

4.Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması

1980 tarihli Viyana Konferansı'nda Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) taşınır satımına ilişkin sözleşmeleri detaylı olarak düzenleyen maddi hukuk kurallarını içermektedir⁷⁵⁶. Antlaşmanın kapsamına giren satım akitleri bakımından doğrudan Viyana Satım Antlaşması hükümleri uygulanacaktır. Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunu'nun 1. maddesinin 2.cümlesine göre, Viyana Satım Antlaşması, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunu'nun uygulanması açısından istisna oluşturmaktadır. Bir başka deyişle, Viyana Satım Antlaşması kapsamına giren satış sözleşmeleri hakkında Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunu'nun 24. maddesinde yer alan kanunlar ihtilafı kuralları

⁷⁵⁴ Şanlı, s.271.

⁷⁵⁵ Şanlı, s.274. Demirkol'a göre, mutad mesken, işyeri ve yerleşim yeri kavramları ile sözleşmenin en sıkı ilişkili olduğu hukuk somutlaşmaktadır. Buna göre mutad mesken, işyeri ve yerleşim yerinin sadece birer karine olarak kabulü mümkün değildir (bkz. Demirkol, s.220).

⁷⁵⁶ Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz. Birinci Bölüm, IV, A kısmına bakınız.

uygulanmaz⁷⁵⁷. Bu nedenle Antlaşmanın kapsamının belirlenmesi önem arz etmektedir.

Bir satım akdinin Antlaşmanın kapsamına dâhil olması için aranan koşulları şöyledir:

a) Satış sözleşmesi, işyerleri farklı devletlerde bulunan taraflar arasında kurulmuş olmalıdır. Bu devletlerin Viyana Satım Antlaşmasına taraf devletlerden olması veya milletlerarası özel hukuk kurallarının Viyana Satım Antlaşmasına taraf olan bir devletin hukukuna atıf yapması gerekir (CISG.m.1)⁷⁵⁸.

b) Viyana Satım Antlaşması'nın 2. maddesinde konu itibarıyla antlaşmanın sınırları belirtilmektedir. Hükme göre; kişisel, ailevi veya ev ihtiyacı için mal alınmasına ilişkin tüketici satımları, açık artırma yoluyla yapılan satımlar, cebri icra ve kanun gereği yapılan diğer satımlar, menkul kıymet, kambiyo senedi, para, gemi, tekne, hava yastıklı taşıt (hovercraft) veya hava taşıtı ile elektrik satımını konu alan satım sözleşmeleri Antlaşmanın uygulama alanı dışında kalacaktır⁷⁵⁹.

Viyana Satım Antlaşması, taşınır satışı bakımından geçerlidir (Viyana Satım Antlaşmasının 2. maddesi kapsamında yer alan taşınırılar kapsam dışında kalmaktadır). Bu bakımdan, taşınmaz satışı söz konusu ise, Viyana Satım Antlaşması uygulama alanı bulmaz. Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunu'nun 25. maddesine göre taşınmazın bulunduğu ülke hukuku uygulanır⁷⁶⁰.

Viyana Satım Antlaşması kapsamını giren bir satış sözleşmesine Viyana Satım Antlaşması hükümleri uygulanacaktır. Ancak sözleşmenin tarafları Viyana Satım

⁷⁵⁷ Demirkol, s.357 vd.

⁷⁵⁸ Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın 100. maddesi'ne göre; "(1) Bu Antlaşma bir sözleşmenin kurulmasına ancak, sözleşmenin akdi konusundaki icabın, 1.maddenin 1.fikrasının (a) bendinde anılan taraf Devletler veya 1.fikrasının (b) bendinde anılan taraf Devlet bakımından bu Antlaşmanın, yürürlüğe girdiği tarihte veya bu tarihten sonra yapılması halinde uygulanır.

(2) Bu Antlaşma, sadece 1.maddenin 1.fikrasının (a) bendinde anılan taraf Devletler veya 1.fikrasının (b) bendinde anılan taraf Devlet bakımından Antlaşmanın yürürlüğe girdiği tarihten veya bu tarihten sonra akdedilen sözleşmelere uygulanır". Viyana Satım Antlaşmasının 100. maddesine göre; tarafların işyerlerinin bulunduğu her iki devletinde en geç satış sözleşmesinin kurulduğu tarih itibarıyla Viyana Satım Antlaşmasına taraf olmalı ya da davanın görüldüğü ülkenin milletlerarası özel hukuk kuralları en geç satış sözleşmesinin kurulduğu tarih itibarıyla Antlaşmaya taraf olan bir devletin hukukuna atıf yapmış olmalıdır. Her iki durum için, Antlaşmanın Türkiye bakımından 1 Ağustos 2011 tarihinden itibaren yürürlükte olduğunun dikkate alınması gerekmektedir (ayrıntılı bilgi için bkz. Demirkol, s.357 vd.; Tekinalp, s.293).

⁷⁵⁹ Öcal, s.101; Bayram, s.171; Kanışlı, s.8.

⁷⁶⁰ Şanlı, s.264.

Antlaşması'nın uygulanmamasını kararlaştırabilirler (CISG.m.6)⁷⁶¹. Viyana Satım Antlaşması'nın uygulanmasını istemeyen taraflar bunu açıkça belirtmeleri gerekir⁷⁶².

Viyana Satım Antlaşması'nın doğrudan uygulanması ile ilgili bir başka olasılık da vardır. Tarafların yabancılık unsuru içeren sözleşmede uygulanacak hukuk olarak, Viyana Satım Antlaşması'na üye bir ülkenin hukukunu seçmeleridir. Bu durumda artık o ülkenin maddi hukuku uygulanmaz. Viyana Satım Antlaşması uygulama alanı bulur⁷⁶³. Taraflar arasında yapılan sözleşme Viyana Satım Antlaşması'nın uygulama alanı dışında kalıyorsa, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunu'nun 24. maddesi uygulama alanı bulacaktır⁷⁶⁴.

⁷⁶¹ Viyana Satım Antlaşması'nın 12. maddesinin saklı kalması kaydı ile taraflar Antlaşmanın tamamen uygulanmamasını kararlaştırabileceği gibi, Antlaşma hükümlerine kısmen uygulanmasına yönelik sınırlamalar getirebilir. H. Ercüment Erdem, Viyana Satım Antlaşması'na Genel Bakış ve Maddi Uygulama Alanı **Yeni Türk Borçlar Kanunu ve CISG'e göre Satış Sözleşmeleri**, On İki Levha, İstanbul (Genel), s.127; Demirkol, s.398 vd.

⁷⁶² Tekinalp, s.294.

⁷⁶³ Demirkol, s.357 vd.

⁷⁶⁴ Tarafların ülkelerinin maddi hukukları içinde yer alan emredici kurallarının yanı sıra, bu ülkelerin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerinin de emredici kuralları olabilir. Örneğin Türkiye'nin de taraf olduğu Eşyaların Karayolundan Uluslararası Nakliyatı İçin Mukavele Sözleşmesi (CMR) böyle bir düzenleme bulunmaktadır (RG. 4.1.1995, S.22161). İlgili Antlaşmanın 41. maddesine göre, Antlaşma maddelerini ihlal eden her türlü koşul geçersizdir. Buna göre, tarafların yaptıkları sözleşmeye uygulanacak hukuk kuralında, Eşyaların Karayolundan Uluslararası Nakliyatı İçin Mukavele Sözleşmesi'ne aykırı bir düzenleme var ise artık bu düzenleme uygulanamaz. Bu kapsamda Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunu'nun 24.maddesinin taraflara verdiği sözleşmeye uygulanacak hukuk seçimi de sınırlanmış olmaktadır (bkz. Demirkol, s.397 vd.).

SONUÇ

Satıcının zapttan sorumluluğu, Roma Hukuku ve İslam Hukuku gibi kadim hukuk sistemlerine konu olmuştur. Günümüzde zapttan sorumluluk Kıta Avrupası ve Anglo Sakson Hukuk sistemlerinde ya ayrı bir başlık altında ya da ayıptan sorumluluk hükümleri içinde düzenlenmiştir.

Roma Hukuku'nda “hiç kimse hakkından fazlasını başkasına devredemez” (*nemo plus iuris ad alium transfere potest quam ipse habet*) ilkesi gereği, satıcı, kendine ait olmayan bir malı alıcıya satmış olsa bile, alıcı malın maliki olamazdı. Bu hukuki ilkenin doğal sonucu olarak Roma Hukuku'nda satıcının zapttan sorumluluğuna yer verilmişti. Günümüzde değişen hukuki bakış açısı ile satıcının sorumluluk kapsamı değişime uğramıştır. Şu anki Türk Hukuku'na baktığımızda, alıcının iyiniyetli olması, hukuki işlemin neticelerini değiştirmektedir. Buna göre bir taşınırın emin sıfatıyla zilyedinden o şey üzerinde iyiniyetle mülkiyet veya sınırlı ayni hak edinen kimsenin edinimi, zilyedin bu tür tasarruflarda bulunma yetkisi olmasa bile korunur (TMK.m.988). Bu hükme göre, taşınırın maliki olmayan emin sıfatı ile zilyetten, iyiniyetle yapılacak bir kazanım korunacaktır. Ayrıca zilyedin, iradesi dışında elinden çıkmış olsa bile, para ve hamile yazılı senetleri iyiniyetle edinmiş olan kimseye karşı taşınır davası açılmaz (TMK.m.990). Görüldüğü üzere Türk Hukuk'nda kanun koyucunun, malın asıl sahibi ve alıcısı arasında bir seçim yapması gerekmiştir. Kanun koyucu, bazı durumlarda iyiniyetli alıcısının haklarını malın gerçek sahibine göre, üstün tutmuştur. Bu çerçevede, Roma Hukuku'nda hâkim olan, “hiç kimse hakkından fazlasını başkasına devredemez” ilkesi katı şekilde uygulanmamıştır.

Zapt durumunda, satıcının edimini sözleşmeye uygun olarak yerine getirmemesi esas itibari ile bir ifa ihlalidir. İfa ihlali, Türk Borçlar Kanunu'nda genel hükümler bölümünde; imkânsızlık, gereği gibi ifa etmeme, temerrüt başlıkları altında ele alınmıştır. İfa ihlali Türk Borçlar Kanunu'nun özel hükümler bölümünde ise; ayıptan sorumluluk ya da zapttan sorumluluk gibi alt başlıklar altında düzenlenmiştir. Türk Hukuk sisteminde ifa ihlalleri Kıta Avrupası sisteminden etkilenerak düzenlemiştir. Günümüzde gelişen ve evrenselleşen ticari ilişkiler ile birlikte ülkeler arası alım satım ilişkileri hiç olmadığı kadar artmıştır. Bu alışveriş ilişkisinin artması ile birlikte hukuki ihtilaflar da artmıştır. Viyana Satım Antlaşması ile bu ihtilafların

ortak bir hukuki çerçevede daha kısa sürede çözümlenmesi amaçlanmıştır. Bunun için de Kıta Avrupası ve Anglo Sakson Hukuk sistemlerinden faydalanılmıştır. Antlaşma, ifa ihlallerini ayrı ayrı kategorize etmek yerine, genel olarak sözleşmenin ihlali kavramına öne çıkarmıştır. Antlaşmaya göre ihlal durumunda uygulanacak yaptırım ihlalin esaslı olup olmamasına göre belirlenecektir. Bu bakış açısına göre, üçüncü kişinin üstün hakkını ileri sürerek satılan malı alıcının elinden alması sözleşme ihlalidir. Uygulanacak yaptırımlar da somut ihlalin esaslı olup olmadığına göre değişir. Viyana Satım Antlaşmasının benimsemiş olduğu genel ihlal kavramının yerinde olduğunu düşünüyoruz. Günümüzde ifa ihlallerini belirli dar kavramların içine sokmaya çalışıp, sadece o kavrama özgülenmiş yaptırımı uygulamaya zorlamak ticari hayattaki hız ve çabuk sonuç alma isteklerine uyum sağlamamaktadır. Türk Borçlar Hukuku'nda ifa ihlallerine ilişkin kavramlarının da bu bakış açısına göre ele alınmasının faydalı olacağı kanaatindeyiz.

İfa ihlaline, ilişkin yeni görüşler Kıta Avrupası sistemine tabi olan Alman Borçlar Hukuku'na da konu olmuştur. 2002 yılında yapılan değişiklik ile Alman Borçlar Hukuku Reform Kanunu (Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz) ile Alman Borçlar Hukuku önemli değişikliklere uğramıştır. Reformdan önce Alman Borçlar Kanunu'nda edimlerin ifa edilmemesi veya gereği gibi ifa edilmemesinin sonuçları hem genel kısımda (Allgemeines Leistungsrecht) hem de özel olarak satış sözleşmesinin ayıptan sorumluluk hükümleri (Gewährleistungsrecht) altında düzenlenmişti. Mevcut Alman Borçlar Hukuku'nda, satıcının zapttan sorumluluğuna ayrı bir başlık altında yer verme gereği görülmemiştir. Satıcının zapttan sorumluluğuna ilişkin anlaşmazlıklar, ayıba ilişkin düzenlemeler kapsamında çözüme kavuşturulmaktadır. Bu yaklaşımın benimsenebileceği kanaatindeyiz.

Anglo Sakson Hukuku'nun etkisinde olan İngiliz hukukunda ise satıcının zapttan sorumluluğu özel bir hüküm olarak düzenlenmemiştir. Bu bakımdan SGA'nın 6. bölümünde yer alan sözleşmenin ihlali hükümlerine ilişkin genel hükümler uygulama alanı bulmaktadır. Aslında bakıldığında Viyana Satım Antlaşması'na benzer bir yaklaşım gözlenmektedir.

İsviçre Borçlar Hukuku'nda olduğu gibi Türk Borçlar Hukuku'nda satıcının zapttan sorumluluğu özel olarak düzenlenmiştir. Türk Hukuku'nda satıcının zapttan sorumluluğu kusurdan bağımsız, kanundan doğan bir sorumluluk olarak ele alınmıştır.

Türk Borçlar Kanunu’nun 214. maddesinin birinci fıkrası uyarınca, satıcının zapttan sorumluluğunun doğması için; üçüncü kişinin, satış sözleşmesinin kurulduğu sırada var olan bir hakka (üstün bir hakka) dayanarak, satılanı tamamen veya kısmen alıcının elinden alması gerekir. Bahse konu olan üstün hak; mülkiyet hakkı, sınırlı bir ayni hak ya da etkisi kuvvetlendirilmiş (şerh verilmiş) bir kişisel hak olabilir. Burada yer alan “elinden alınması” ibaresi üçüncü kişinin satılanı dava yoluyla alabileceği gibi, mahkeme kararı olmaksızın geri vermeyi de kapsayacak şekilde anlaşılmalıdır. Kural, üçüncü kişinin satılanı dava yoluyla almasıdır. Türk Borçlar Kanunu 216. maddesindeki şartların gerçekleşir ise mahkeme kararı olmaksızın, satılanın verilmesi durumunda da zapttan sorumluluk hükümleri uygulanır.

Türk Medeni Kanunu’nun 988. maddesine göre emin sıfatıyla zilyetten taşınır bir malın iktisabında, iyiniyetli olan alıcı mülkiyeti kazanacaktır. Bu durumda iyiniyetli alıcının iktisabı korunduğu için, malın ilk sahibi (eski malik) artık üstün hak iddiası ile alıcıdan taşınır malı alamayacaktır. Zapt olmayacağı için, alıcıya karşı satıcının bir sorumluluğu da olmayacaktır. Bu düzenleme ile Türk Borçlar Kanunu’nun zapt hükümlerinin uygulama alanı ciddi şekilde sınırlanmaktadır.

Türk Medeni Kanunu’nun 1023. maddesine göre ise, tapu kütüğündeki tescile iyiniyetle dayanarak iktisapta bulunan alıcının bu kazanımı korunur. Bu hükme göre, tescil yolsuz olsa bile, tapu kaydına güven ilkesi gereği, iyiniyetli kişinin iktisabı korunacaktır. Bu durumda da üstün hak sahibi üçüncü kişinin, alıcı aleyhine mülkiyete dayalı açacağı dava reddedilecektir. Bu yüzden herhangi bir zapt olmayacağı için, alıcıya karşı satıcının bir sorumluluğu da olmayacaktır. Satıcının zapttan sorumluluğu esas olarak taşınır satışı için düzenlenmiştir. Taşınmazlar için kıyasen uygulama mümkün olmakla beraber, tapu sicilinin aleniyeti gereği, bu uygulama çok sınırlı olacaktır.

Alıcının iyiniyetli olması her zaman mülkiyeti kazanması için yeterli değildir. Kanun koyucu alıcının iyiniyetli olmasının mülkiyeti kazanmasına yeterli görmediği kimi durumda, iyiniyetli alıcıya bazı hukuki haklar sağlamıştır. Türk Medeni Kanunu’nun 989. maddesinin 2. fıkrası böyle bir düzenlemedir. Söz konusu hükme göre, alıcı taşınır malı açık artırmadan veya pazardan ya da benzeri eşya satanlardan iyiniyetle edinmiş ise, alıcıya karşı açılacak dava ancak ödenen bedelin geri verilmesi koşuluyla mümkün olacaktır.

Normalde Türk Borçlar Kanunu'nun 217. maddesine göre; alıcı, satılanın elde ettiği veya elde etmeyi ihmal eylediği ürünlerin değeri indirilerek, ödemiş olduğu satış bedelinin faizi ile birlikte geri verilmesini satıcıdan isteyebilir. Türk Medeni Kanunu'nun 989. maddesinin 2.fıkrasının uygulandığı durumda, alıcı, gerçek malikten (üçüncü kişiden), ödediği bedeli aldığı için, Türk Borçlar Kanunu'nun 217. maddesinin 1. fıkrasının 1.bendinde belirtilen satış bedelini, satıcıdan isteyemeyecektir. Bu durumda Türk Borçlar Kanunu'nun 217. maddesinin diğer fıkralarında belirtilen kalemleri talep edebilecektir.

Alıcının iyiniyeti, Türk Borçlar Kanunu'nun 214. maddesinin 2. fıkrasının uygulanması açısından da önem arz etmektedir. Çünkü söz konusu hükme göre; alıcı, sözleşmenin kurulduğu sırada malın elinden alınma tehlikesini biliyor idiyse, satıcı ayrıca üstlenmiş olmadıkça bundan dolayı sorumlu olmayacaktır. Ancak; söz konusu fıkra, bir istisnayı da içinde barındırmaktadır. Eğer satıcı, iyiniyetli olmayan alıcıya, malın elinden alınması durumunda, yine de sorumlu olacağını belirtmiş ise, bu durumda satıcının zapttan sorumluluğu yoluna gidilebilecektir (TBK.m.214/2). Aslında kanunda böyle bir düzenleme olmasaydı bile, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde tarafların böyle bir düzenlemeyi satış sözleşmesine koymalarının mümkün olabileceği söylenebilirdi. Anlaşılabileceği üzere satıcının zapttan sorumluluğunun uygulanmasında alıcının iyiniyeti önem arz etmektedir.

Üzerinde rehin hakkı kurulmuş bir taşınırın satılmasını zapt sorumluluğu açısından ele aldığımızda da iyiniyet önem arz etmektedir. Rehin alanın rehin hakkını üçüncü kişiye karşı ileri sürüp, taşınırın zilyetliğini geri alabilmesi üçüncü kişinin iyiniyetli olmadığı (taşınırın üzerinde rehin hakkı olduğunu bildiği) durumda söz konusu olabilir. Eğer üçüncü kişi iyiniyetli ise, taşınırın mülkiyetini, üzerinde herhangi bir ayni hak sınırlaması olmadan kazanmış olacaktır. Böyle bir durumda rehin alanın öne sürebileceği bir hak olmayacaktır. Üçüncü kişinin iyiniyetli olmaması durumunda, rehin alanın rehin hakkı halefiyet koruması altında devam edecektir. Bu hak üçüncü kişiye karşı öne sürülebilecektir. Rehin alan, rehin hakkına dayanarak taşınırın kendisine iadesini isteyebilir. Taşınırı elinden çıkan kötüniyetli üçüncü kişi ise, Türk Borçlar Kanunu'nun 214. maddesinin 2. fıkrasına göre, sözleşmenin kurulduğu sırada bu durumu bildiği için, satıcı malik sorumluluğu ayrıca üstlenmiş olmadıkça, zapttan sorumluluğu yoluna gidemeyecektir.

1447 sayılı Kanun kapsamında ise, Ticari İşletme Rehni Kanunu'nun 5.maddesinin 1. fıkrasına göre, rehin hakkı, rehin sözleşmesinin, işletmenin kayıtlı bulunduğu esnaf ve sanatkâr veya ticaret siciline tescili ile doğar. Bu tescil yeterli olup, ayrıca rehine konu taşınırın teslimine gerek yoktur. Rehinden haberdar olmayan, ticari işletmenin sicil bölgesi dışındaki münferit unsurları üzerinde mülkiyet veya diğer aynı bir hakkı iktisap eden iyiniyet sahibinin hakkı ise korunacaktır (TİRK.m.9/2). Ticari İşletme Rehni Kanunu'nun 9. maddesinin ikinci fıkrası sicil bölgesi dışında yapılan iktisaplarda, alıcının iyiniyetinin korunacağından bahsetmektedir. Ancak sicil bölgesi içinde, ticari işletmeye ait bir münferit unsuru, alıcının iyiniyetle iktisap edebileceği hüküm altına alınmamıştır. Bu durumda, rehin hakkı sahibi, satış sözleşmesinin tarafı olan alıcıya karşı da rehin hakkını ileri sürülebilir. Rehin hakkına dayanarak, bilgisayarın alıcının elinden alınması durumunda, alıcının, satıcının zapt sorumluluğuna gidebileceği kanaatindeyiz. Zapt sorumluluğu taşınır rehninde bu spesifik durumda uygulama alanı bulabilir.

Satıcının zapttan sorumluluğuna ilişkin hükümler bazı hukuk ilişkilerine kıyasen uygulanabilir. Böylelikle satıcının zapttan sorumluluğu hükümlerinin uygulama alanı genişlemiş olacaktır.

Türk Medeni Kanunu'nun 229. maddesinin 2. bendinde mal rejiminin devamı süresince diğer eşin katılma alacağını azaltmak kastıyla yaptığı devirlerden bahsetmektedir. İlgili madde kapsamında eşin katılma alacağını azaltmak kastı ile yaptığı bazı işlemlerde alıcı, eşe karşı zapttan sorumluluk hükümlerine başvurabilir kanaatindeyiz.

Sağlararası kazandırmalar da satıcının zapttan sorumluluğunun konusunu oluşturabilecektir. Türk Medeni Kanunu'nun 565. maddesinin 4.bendine göre; mirasbırakanın saklı pay kurallarını etkisiz kılmak amacıyla yaptığı açık olan kazandırmalar tenkise tabi kazandırma olarak değerlendirilmektedir. Bu kapsamda, mirasbırakan tam bir karşılık (ivaz) değil de, malın gerçek değerinin çok altında bir karşılık almış olsa da, burada söz konusu malın tenkise tabi tutulmaması için yapılmış bir işlemin söz konusu olduğu söylenebilir. Böyle bir durumda gerekli şartlar da oluşmuş ise, Türk Medeni Kanunu'nun 566. maddesinin 1. fıkrasına dayanarak açılan dava sonucu, satın almış olduğu mal elinden alınan alıcı, satıcıya karşı zapttan sorumluluk hükümlerine başvurabilecektir.

Mülkiyeti muhafaza kayıtlı satışlarda taliki şart görüşünün benimsendiği durumda, mülkiyet zilyetliğin alıcıya nakline rağmen satıcıda kalmakta idi. Satıcının alacaklıları tarafından yapılan haciz sureti ile söz konusu taşınır mal, alıcının elinden alınır ise, satıcının zapttan sorumluluğu hükümleri kıyas yolu ile uygulama alanı bulur.

Türk Medeni Kanunu'nun 1023. maddesine göre, tapu kütüğündeki tescile iyiniyetle dayanarak iktisapta bulunan alıcının bu kazanımı korunur. Bu yüzden tapuya tescilli taşınmazların satışında zapttan sorumluluk hükümlerinin uygulanma durumu nadirdir. Ancak taşınmaz mülkiyetinin tescilsiz kazanıldığı durumlarda satıcının zapttan sorumluluğu söz konusu olabilir.

Adi ortaklık da zapttan sorumluluk hükümlerine konu olabilir. Türk Borçlar Kanunu'nun 612. maddesin 3. fıkrasına göre katılma payı olarak bir şeyin kullandırılması söz konusu ise kira sözleşmesine ilişkin hükümler; katılma payı olarak bir şeyin mülkiyeti konuluyorsa, hasardan dolayı ayıptan ve zapttan sorumluluğa ilişkin hükümler uygulama alanı bulacaktır. İlgili hüküm sonucu, ortaklardan birinin bir şeyin mülkiyetini getirmeyi taahhüt ettiği bir adi ortaklık sözleşmesinde, üçüncü bir kişi üstün bir hak iddia eder ise, taahhütte bulunan ortağa karşı satış sözleşmesindeki zapttan sorumluluğa ilişkin hükümler uygulama alanı bulur.

Eser sözleşmesi açısından konuyu ele aldığımızda Türk Borçlar Kanunu'nun 472. maddesinin 1. fıkrasında sadece ayıptan sorumluluktan bahsedildiği görülmektedir. İlgili hükmün zapttan sorumluluğu ihtiva etmeyeceği kanaatindeyiz. İlgili hükmün gerekçesine baktığımızda, kanun koyucu, sözleşmenin kendiliğinden sona ermesini benimsememiş, tam tersine ayakta tutulması yönünde bir irade ortaya koymuştur. Satıcının zapttan sorumluluğu hükümlerinde tam zapt durumunda sözleşme kendiliğinden sona ermekte idi. Bu yüzden eser sözleşmesinde zapttan sorumluluğa ilişkin hükümlerin kıyas yolu ile uygulanması mümkün olmadığını düşünüyoruz. Bu durumda Türk Borçlar Kanunu'nun 112. maddesi ve devamındaki sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesine ilişkin hükümlerin uygulama alanı bulacağı kanaatindeyiz.

Yayım sözleşmesine ilişkin Türk Borçlar Kanunu'nun 489. maddesinin 2. fıkrasında, yayımlatanın, yayımcıya karşı, sözleşmenin kurulduğu anda eseri yayımlatma hakkının bulunmamasından sorumlu olduğu hüküm altına alınmıştır. İlgili hükümden yayımlatanın zapttan sorumlu olacağı sonucu çıkmaktadır.

Türk Borçlar Kanunu'nun 294. maddesi, bağışlayanın sorumluluğunu düzenlemektedir. Hükme göre, bağışlayanın zapttan dolayı sorumluluğu, bağışlanan şey hakkında garanti sözü verilmişse söz konusu olacaktır. Her ne kadar hüküm zapttan sorumluluğu açıkça ifade etmese de, ilgili hüküm zapttan sorumluluk durumunu da kapsayacaktır. Türk Borçlar Kanunu'nun 294. maddesi, bağışlayanın sorumluluğunu düzenlemekle beraber bu sorumluluğun çerçevesi çizilmemiştir. Başka bir ifade ile bağışlanan tarafından istenebilecek taleplerin neler olduğu belirtilmemiştir. Bu durumda, satıcının zapttan sorumluluğuna ilişkin hükümler uygun olduğu ölçüde kıyasen uygulama alanı bulur.

Alacağı devralan, borçludan alacağı almasından sonra, üçüncü bir kişi üstün bir hak iddia ederek alacak konusu şeyi devralanın elinden alabilir. Bu borçlandırıci işlemin tam olarak ifa edilmemesinden dolayı alacağı devredenin sorumluluğu doğacaktır. Bu durumda Türk Borçlar Kanunu'nun alacağı devredenin sorumluluğuna ilişkin 191. maddesinin 1. fıkrası uygulama alanı bulur. Bunun yanı sıra Türk Borçlar Kanunu'nun 214. maddesi ve devamındaki satıcının zapttan sorumluluğuna ilişkin hükümlerinin kıyasen ve tamamlayıcı olarak uygulanması gerektiği kanaatindeyiz.

Kira sözleşmesi açısından satıcının zapttan sorumluluğu uygulama alanı bulur. Türk Borçlar Kanunu'nun 301. maddesine göre; kiraya veren, kiralananı kira süresince, kiracının kullanımına elverişli bir şekilde teslim etmelidir. Kiralananın zaptı bu borca aykırılık oluşturmaktadır. Bu kapsamda zapttan sorumluluk söz konusu olacaktır.

Satış sözleşmesi dışındaki yukarda değindiğimiz hukuki ilişkilerde de zapttan sorumluluğun uygulanması söz konusu olacaktır. Bu suret ile zapt hükümlerinin uygulama alanı genişlemektedir.

Zapttan sorumluluğun maddi olaylarda uygulama alanlarını belirlemek uygulayıcıya yol gösterici olacaktır. Bunun yanı sıra hukuki niteliğinin belirlenmesi teorik anlamda ve ilerde yapılacak düzenlemeler bakımından önem arz etmektedir. Zapt durumu özü itibari ile bir ifa ihlalidir. Bir ifa ihlali olarak, satıcının zapttan sorumluluğunu oluşturan fiili durumlar, farklı şekillerde karşımıza çıkabilmektedir. Bu kapsamda, kimi durumda alıcının elinden mal üçüncü kişinin mülkiyet hakkına dayanmak sureti ile alınabildiği gibi kimi durumda da üçüncü kişinin mülkiyet hakkına dayanmayan başka bir üstün hakkına dayanmak sureti ile alınabilmektedir. Bu farklılık

ifa engelleri içinde yer alacakları kategoriye de değiştirmektedir. Zapt durumunu somut vakıaya göre değerlendirmek ve ifa ihlalleri arasında hangisinin içinde yer aldığını tespit etmek gerekir. Somut olaya göre zapt durumu gereği gibi ifa etmeme ya da kötü ifa olarak bir nevi hukuki ayıp benzeri durum olarak değerlendirilebilir. Bunun yanı sıra başlangıçtaki sübjektif imkânsızlık olarak değerlendirilmesi de mümkündür.

Bu sınıflama eğer özel bir düzenleme olmasa idi alacaklının başvurabileceği hükümlerin belirlenmesi açısından önem arz etmektedir. Bu kapsamda, mevcut hukuki uyumsuzluğın kaynağı ayıplı ifa (hukuki ayıp) ise, Türk Borçlar Kanunu'nun 219. maddesi ve devamında düzenlenen ayıptan sorumluluğa ilişkin hükümler uygulama alanı bulacaktı. Ayıplı ifa niteliği itibari ile borcun gereği gibi ifa edilmemesi kategorisinde yer aldığını için, özel hükümlerinin yanı sıra, genel hüküm niteliğindeki Türk Borçlar Kanunu'nun 112. maddesi uygulama alanı bulur. Eğer hukuki uyumsuzluğın kaynağı, başlangıçtaki sübjektif imkânsızlık ise, bu sefer Türk Borçlar Kanunu'nun 112. maddesi uygulama alanı bulacaktı.

Türk Borçlar Kanunu'nda özel hükümler kısmında düzenlenen zapt hükümleri var iken; Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerinde düzenlenen genel ifa ihlallerinin uygulama alanı bulup bulamayacağı da değinilmesi gerekir. Doktrinde bu konu tartışmalı olmakla beraber, bizim de katıldığımız görüşe göre, Türk Borçlar Kanunu'nun 112. maddesi ile özel hüküm niteliğindeki zapttan sorumluluk hükümlerinin yarışması söz konusudur.

Satıcının zapttan sorumluluğunun uygulanması için maddi ve şekli şartlar Türk Borçlar Kanunu'nun 214. maddesinde açıkça düzenlenmiştir. Satıcının zapttan sorumluluğundan bahsedebilmemiz için, ortada geçerli bir satış sözleşmesinin bulunması gerektiği açıktır. Zapt durumunun gerçekleştiği an önem arz etmekte olup, taşınır mal satıcıda iken, üstün bir hak sahibi üçüncü kişi tarafından mal satıcının elinden alınır ise, alıcı satıcının zapttan sorumluluğu hükümlerine dayanamayacaktır.

Zapttan sorumluluk bakımından taşınırın alıcıya teslimi gerekli ve yeterlidir. Mülkiyetin devredilmiş olması aranmamaktadır. Taşınır satışları bakımından, görünürde taşınırın teslimi ve mülkiyetin devri aynı zamanda gerçekleştiği için, pratikte bir fark yaratmamaktadır. Bu ayrım teorik bir ayrımı ifade etmektedir. Taşınmazlarda ise zilyetliğin devri ile mülkiyetin devri farklı hukuki işlemlerdir. Taşınmazın mülkiyetinin alıcıya geçmesinden sonra taşınmazın zilyetliği alıcıya

geçmemiş olsa da satıcının zapttan sorumluluğuna ilişkin hükümlerin uygulanacağı kanaatindeyiz.

Sözleşme serbestisi kapsamında, satıcı, zapttan sorumlu olmayacağına dair ya da sınırlı sorumlu olacağına dair bir düzenlemeyi sözleşmeye dâhil edebilir. Bu tarz bir düzenleme taraflar kabul ettiği sürece geçerlidir. Ancak, satıcı üçüncü kişinin hakkını gizlemişse, sorumluluğu kaldırma konusunda yapılmış olan anlaşma kesin hükümsüz olur (TBK.m.214/3).

Üçüncü kişinin üstün hakkı, satış sözleşmesinin kurulmasından önce var olmalıdır. Sözleşmenin kurulmasından sonra, üçüncü kişinin satış konusu taşınır mal üzerinde hak kazanması durumunda, artık satıcının zapttan sorumluluk hükümleri uygulanmaz. Bu durumda satıcının borca aykırı davranışından dolayı sorumluluğunu düzenleyen hükümlere başvurulması gerekecektir.

Aynı haklar zaptı sağlayacak nitelikte haklardır. Şerh verilmemiş şahsi hakların (alacak hakları) zapta yetki vermeyeceği öğretide dile getirilmektedir. Kanımızca mevcut durumun özelliğine göre, alacak hakkında nispiyet ilkesinin istisnasını oluşturan durumlarda, alıcının elindeki taşınır malın zaptı gerçekleşebilir. Böyle bir durumda da satıcının zapttan sorumluluğuna başvurulabilir.

Alıcının, satıcıyı zapttan dolayı sorumlu tutabilmesi için, üçüncü kişinin malı alıcının elinden üstün bir hakka dayanarak almış olması gerekir. Üçüncü kişi, alıcının elinden malı üstün bir hakka dayanmadan alması durumunda, alıcı satıcıya karşı zapttan sorumluluk hükümlerine başvuramaz.

Türk Hukuk Sisteminde kural olarak ihkak-ı hak yasak olduğu için, üstün hak sahibinin alıcının elindeki taşınır malı alabilmesi için bunu kamu otoritesi eli ile (mahkeme kararı vs.) talep etmesi gerekir. Ancak alıcının, satış konusu malı, üstün hak sahibi üçüncü kişiye sadece mahkeme kararıyla verebileceği sonucu çıkarılmamalıdır. Mahkeme kararı olmaksızın da bu mümkündür. Türk Borçlar Kanunu'nun 216. maddesinin 1. bendine göre; alıcı, bir mahkeme kararı olmaksızın dürüstlük kuralları gereği üçüncü kişinin üstün hakkını kabul edip satılanı ona verebilir.

Satış konusu malın elinden alınması amacıyla açılmış bir dava ile karşılaşan alıcı bu durumu satıcıya bildirme kulfeti altındadır (TBK.m.215). 818 sayılı Borçlar Kanunu da benzer düzenleme içermekte idi (BK.m.190). 818 sayılı Borçlar Kanunu "bildirim" yerine "ihbar" kavramını kullanmıştır. Şekli bir şart olan bildirim, alıcıya

yüklenmiş bir borç değil bir külfettir. Alıcı bunu yerine getirmediği için, satıcıya bir tazminat ödemek zorunda kalmaz. Ancak alıcı, satıcıya karşı ileri sürebileceği talepler konusunda sınırlamalar ile karşılaşır.

Alıcının zamanında yaptığı bildirimle rağmen, aleyhe sonuç çıkarsa, satıcının öne sürebileceği tek defî, alıcının ağır kusurudur. Satıcı, alıcının ağır kusuru nedeni ile alıcıya karşı açılan davanın aleyhe sonuçlandığını ispat ederse, alıcı aleyhe sonucu satıcıya karşı ileri süremez (TBK.m.215/2).

Satılanın tamamı alıcının elinden alınmışsa, satış sözleşmesi kendiliğinden sona ermiş sayılır (TBK.m.217/1). Bu durumda alıcı, satıcıya karşı kanunda sayılan alacakları isteyebilir. Alıcının talep edebileceği haklar şunlardır:

a) Alıcı, satış konusu maldan elde ettiği veya elde etmeyi ihmal ettiği ürünlerin değeri indirilerek, ödemiş olduğu satış bedelinin faizi ile birlikte geri verilmesini isteyebilir (TBK.m.217/b.1).

b) Alıcı, satış konusu mala yapmış olduğu ancak malı zapt eden üçüncü kişiden isteyemeyeceği giderleri isteyebilir (TBK.m.217/b.2).

c) Alıcı, üçüncü kişi tarafından aleyhine açılmış olan davayı, satıcıya bildirmekle kaçınılabileceği dışında kalan bütün yargılama giderleri ile yargılama dışındaki giderleri isteyebilir (TBK.m.217/b.3).

d) Alıcı, satış konusu malın zaptından dolayı doğrudan doğruya uğradığı diğer zararları da isteyebilir (TBK.m.217/b.4).

Türk Borçlar Kanunu'nun 218. maddesinde kısmi zapt düzenlenmiştir. Kısmi zapttan anlaşılması gereken, üçüncü kişi tarafından, satılanın bir kısmının alıcının elinden alınması veya üçüncü kişinin satış konusu mal üzerinde sınırlı bir aynı hakkının olmasından dolayı taşınır üzerinde tam bir hâkimiyet kuramamasıdır (TBK.m.218/1). Kısmi zapt durumunda, tam zapttan farklı olarak, sözleşme kendiliğinden sona ermez. Kanun koyucu kısmi zapt bakımından sözleşmenin geçerli kalmasını esas almıştır. Kısmi zapta, satıcının sözleşmeyi ihlal etmesinin yaptırımını tazminattır.

Bu çalışmamızda Türk Borçlar Kanunu'nun 214. maddesi ve devamı hükümleri kapsamında, satıcının zapttan sorumluluğunun hukuki niteliğini açıklamaya çalıştık. Günümüz hukuk sistemlerince, Roma Hukuku'nda ve İslam Hukuku'nda yer almış satıcının zapttan sorumluluğu, iyiniyetin korunmasına yönelik düzenlemeler ile

uygulama alanı eskiye göre sınırlanmıştır. Kıta Avrupası Hukuk sistemi içinde yer alan Alman Borçlar Hukuku, İsviçre Borçlar Hukuku'na göre satıcının zapttan sorumluluğunu farklı şekilde düzenlemiştir. Alman Medeni Kanunu satıcının zapttan sorumluluğunu ayrı bir başlık olarak düzenlememiştir. Alman Medeni Kanunu, zapttan sorumluluğu bir tür hukuki ayıp olarak ele almış ve ayıba ilişkin hükümlerin uygulanması sureti ile uyuşmazlıkları çözme yöntemini benimsemiştir. Bizde Alman Borçlar Hukuku'nun benimsemiş olduğu sistemin uygulanabileceğini düşünüyoruz. Hatta belirtmek isteriz ki günümüzde gelişen ve globalleşen ticari hayata uyum sağlamak için hukukumuzu uluslararası sözleşmelere adapte etmenin yerinde olacağı kanaatindeyiz. Bu kapsamda biz Viyana Satım Antlaşması'nda sözleşmenin ihlali kavramı etrafında şekillenen satış sözleşmesi sistemin önemli olduğunu düşünüyoruz. Bize göre; Türk kanun koyucu Viyana Satım Antlaşmasını sadece zapttan sorumluluk bakımından değil, bilakis ifa ihlalleri bakımından da Türk Borçlar Hukuku sistemine uyarlanmasının faydalı olacağı kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

Acar, Hasan. “1980 Tarihli Malların Uluslararası Satışına İlişkin Viyana Konvansiyonu’nda Ayıba Karşı Tekeffül”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:15, Sayı:2, Ocak 2007, ss.25-49.

Acar, Faruk. **Rehin Hukuku Dersleri**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015 (Rehin).

Acar, Faruk. **Kira Hukuku Şerhi**, 4. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2017 (Kira).

Acar, Özlem. “Satıcının Zapttan Sorumluluğu”, **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:13, S:1, Ocak 2014, s.103-126 (Zapt).

Acun, Hüseyin. **Eser Sözleşmesinde Ayıptan Sorumluluk Hükümleri İle Borçlar Kanunu Genel Hükümlerinin Yarışması**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.

Akipek Öcal, Şebnem. “Türk Hukuku Açısından Viyana Satım Sözleşmesi”, **Viyana Satım Sözleşmesi Hukuku ve Tüketici Hukuku Sempozyum Kitabı**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve Ausburg Üniversitesi Hukuk Fakültesi Türk Hukuku Araştırma Merkezi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, ss.93-102.

Akbulut, Pakize Ezgi. **Borçlar Hukukunda Kesin Hükümsüzlük Yaptırımının Amaca Uygun Sınırlama (Teleolojik Redüksiyon) Yöntemi ile Daraltılması**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.

Akçaal, Mehmet. **Satıcının Zapttan Sorumluluğu**, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2020 (Zapt).

Akçaal, Mehmet. **Sözleşme Sonrası Sorumluluk**, Sözleşme Sonrası Yükümlülüklerin İhlalinden Doğan Sorumluluk, Sayram Yayınevi, İstanbul, 2018 (Sözleşme).

Akçaal, Mehmet. “İsviçre Borçlar Kanunu Genel Hükümler Tasarısı’nda (OR.2020) İfa Engellerinin Şartları”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:68, Sayı:3, 2019 (İsviçre), ss.529-550.

Akıntürk, Turgut. **Eşya Hukuku**, Beta Basım, İstanbul, 2009 (Eşya).

Aker, Halit. **Ticari İşletme Kirası**, Yetkin Yayınları, Ankara 2012.

Akıncı, Bekir. **Ticari Satımda Satıcının Temerrüdü ve Müspet Zarar**, Sayram Yayınevi, Konya, 2014.

Aksoy Dursun, Sanem. **Eşya Kavramı**, Oniki Levha Yayınevi, İstanbul, 2012.

Aksoy, Hüseyin Can. **Impossibility in Modern Private Law, A Comparative Study of German, Swiss and Turkish Laws and the Unification Instruments of Private Law**, Switzerland, 2014 (Impossibility).

Aldemir, İpek Betül. **Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Taraf İradelerinin Etkisi**, On İki Levha, İstanbul, 2018.

Alangoya, H.Yavuz, M.Kamil Yıldırım ve Nevhis Deren-Yıldırım. **Medeni Usul Hukuku Esasları**, Beta Basımevi, İstanbul, 2009.

Albaş, Hakan. “Taşınır Satışında Alıcının Temerrüdü Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Sempozyum No:III, Prof.Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan**, İstanbul, 2011, ss.419-425.

Altınar, Fatma Zeynep. “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Temerrüt İçin Gereken İhtar Hususunda Öngördüğü Değişiklikler”, **Prof.Dr. Mustafa Dural’a Armağan**, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2013, ss.74-98.

Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 5, Yıl 1972, ss.774-922.

Antalya, O.Gökhan. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt:I, 1.Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2012 (Borçlar I).

Antalya, O.Gökhan. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt:I, 1.Baskı, Legal Yayınevi, İstanbul, 2015 (Borçlar Temel I).

Antalya, O.Gökhan. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt:III, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2017 (Borçlar III).

Antalya, O. Gökhan. **Eşya Hukuku**, Cilt II, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2017 (Eşya II).

Antalya, O. Gökhan, **Eşya Hukuku**, Cilt I, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2017 (Eşya I).

Antalya, O.Gökhan ve Faruk Acar. **Ticari İşletmelerde Taşınır Rehni**, Aristo Yayınevi, İstanbul, 2017.

Antalya, O.Gökhan ve İpek Sağlam. **Miras Hukuku**, 3. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2015.

Antalya, O.Gökhan ve Murat Topuz. **Medeni Hukuk**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2016 (Medeni).

Apaydın, Eylem. “Satım Hukuku Özelinde Uluslararası Sözleşme Hukukunun Birleştirilmesi Çalışmalarının Kronolojisi”, **Journal of Yaşar University**, Cilt:8, Özel Sayı, 2013, ss.201-274.

Aral, Fahrettin. **Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa**, Yetkin Basımevi, Ankara, 2011.

Aral, Fahrettin ve Hasan Ayrancı. **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 11.Baskı, Yetkin Basımevi, Ankara, 2015.

Arkan, Sabih. **Ticari İşletme Hukuku**, 17.Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2012.

Aral, Fahrettin. **Türk Borçlar Hukukunda Takas**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010(Takas).

Arbek, Ömer. **Miras Hukukunda Ölüme Bağlı İşlemlerde İrade Serbestisi Sınırları ve Müeyyidesi**, Yetkin Basımevi, Ankara, 2013.

Arslan, İlyas. **Milletlerarası Özel Hukukta Mutad Mesken Kavramı**, On İki Levha, İstanbul, 2014.

Atamer, M. Yeşim. “İfa Engelleri Hukukunu Yeniden Sistematize Etmeyi Düşünmek: Borca Aykırılık Türleri Yerine Yaptırımları Esas Alan Bir Sistematik”, **Prof.Dr. Rona Serozan’a Armağan**, Cilt:I, İstanbul, 2010, ss.161-317 (İfa Engelleri).

Atamer, M. Yeşim. “Revize Edilmiş Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’na İlişkin Değerlendirme ve Teklifler” **Hukuki Perspektif Dergisi**, Sayı:6, 2006, ss.8-38 (Tasarı).

Atamer, M. Yeşim. “Taşınır Satımı Sözleşmesi”, **Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, Makaleler Tebliğler**, On İki Levha, İstanbul, 2012, ss.187-223 (Satım).

Ayan, Mehmet. **Eşya Hukuku I**, Zilyetlik ve Tapu Sicili, Mimoza Yayınları, Konya, 2012 (Zilyetlik).

Ayan, Mehmet. **Miras Hukuku**, 9. Baskı, Ankara, 2016 (Miras).

Ayan, Mehmet ve Nurşen Ayan. **Kişiler Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, 8. Baskı, Ankara 2016.

Aydın, Gülşah Sinem. **Kira Sözleşmesinin Genel Hükümlere Göre Sona Ermesi (TBKm.327-333)**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.

Aybay, Aydın ve Hüseyin Hatemi. **Eşya Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.

Aydıncık, Şirin. “Türk Borçlar Kanununda Borçların İfası (TBK.m.83-111) Hükümlerine İlişkin Olarak Getirilen Değişiklikler”, **Prof.Dr. Şener Akyol’a Armağan**, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2011, ss.147-167.

Aydoğdu, Murat ve Nalan Kahveci. **Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri**, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.

Aydost, Oğuz Sadık. “Ayıplı Mal Nedeniyle Ortaya Çıkan Malvarlığı Zararları”, **Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan**, Cilt I, Ankara, 2010, ss.317-335.

Badur, Emel. “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Genel Hükümler Açısından İncelenmesi”, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu**, 12-13.05.2011, ss.127-139.

Barlas, Nami. **Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016.

Basedow, Jürgen. **Avrupa Özel Hukuku’nun Doğuşu**, çev. Arzu Oğuz, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2003, Cilt:52, Sayı:3, ss.1-18.

Başpınar, Veysel. **Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı**, Adalet Matbacılık, Ankara, 1998.

Başoğlu, Başak. Borcun İfasındaki İmkansızlık, **Prof.Dr.Mustafa Dural’a Armağan**, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2013, ss.307-347 (İmkansızlık).

Başoğlu, Başak. “Sözleşmenin Konusundaki İmkansızlık”, **Prof.Dr. Belgin Erdoğan’a Armağan**, İstanbul, 2011, ss.489-519 (Sözleşme).

Başoğlu, Başak. **Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Aynen İfa Talebi**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012.

Başoğlu, Başak. “Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması Uyarınca Aynen İfa ve Bunun Tarihsel Arka Planı”, **Milletlerarası Mal Satım Hukuku (CISG)**, Adalet Yayınevi, Ankara 2016, ss.337-366 (CISG).

Bayraktar, Ahmet. **Elektronik Ortamda Gerçekleştirilen Alım Satım İşlemlerinin İslam Hukuku Açısından Değerlendirilmesi**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi) Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Temel İslam Bilimleri (İslam Hukuku) Ana Bilimdalı, Ankara, 2016.

Bayram Aziz Erman. **Türk Borçlar Kanununa ve Viyana Satım Sözleşmesine (CISG) Göre Satış Sözleşmesinde Hasarın Geçiş**, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2017.

Baysal, Pelin. “Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Çerçevesinde Satıcının Ayıptan Sorumluluğu”, **Yeni Türk Borçlar Kanunu ve CISG’e göre Satış Sözleşmeleri**, On İki Levha, İstanbul, ss.221-269(Ayıp), İstanbul, 2017.

Belen, Herdem. **6098 Sayılı Borçlar Kanunu Genel Hükümler**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2014.

Bilgili, Fatih. **İsviçre ve Alman Hukuku Işığında Türk Ortaklıklar Hukukunda Gizli Ortaklık İlişkileri**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003 (Adi Ortaklık).

Bilgili, İsmail. “İslam Hukunda Madüm’un Satışı”, **İslam Hukuku Araştırma Dergisi**, Sayı:8, Konya, 2006, ss.211-238(İslam), ss.211-238.

Bilgili, İsmail. **İslam Borçlar Hukukunda Mekruh Satım Akitleri**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi) Necmettin Erbakan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Temel İslam Bilimleri Ana Bilimdalı İslam Hukuku Bilim Dalı, Konya, 2015 (Mekruh).

Bilgin, Melek Yüce. “Satış Sözleşmesinde Ayıptan Dolayı Sorumluluğun Şartları ve Alıcının Seçimlik Hakları”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Sempozyum No:III, Prof.Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan**, İstanbul, 2011, ss.381-418.

Böhringer, Peter, Roger Müller, Peter Münch ve Alex Waltensühl. **Prinzipiendes Vertragsrechts**, 2. Baskı, Zürich, 2010.

Brox Hans ve Wolf-Dietrich Walker. **Allgemeins Schuldrecht**, C.H. Beck Yayınevi, München, 2014.

Buckland, William Warwick. **A Text-Book of Roman Law, From Augustus to Justinian**, Cambridge University Yayınevi, 3. Baskı, Edinburg, 1963.

Buckler, W.H. **The Origin and History of Contract in Roman Law Down To The End Of The Republican Period**, Cambridge University Yayınevi, Londra, 1983.

Budak Ali Cem ve Karaaslan Varol, **Medeni Usul Hukuku**, Adalet Yayınevi, Ankara 2018.

Burcuoğlu, Haluk. “İsviçre Federal Mahkemesi’nin, Satım Sözleşmesinde Alıcının Ayıp Hükümlerine Ya da Hata Hükümlerine Başvurma Yollarından Birini Seçebileceğine İlişkin 7 Haziran 1988 Tarihli Kararının Değerlendirilmesi”, **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırması Dergisi**, Sayı:18, 1990, ss.89-103(İsviçre).

Buz, Vedat. “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Borçların İfası ve İfa Edilmemesine İlişkin Değişikliklerin Değerlendirilmesi”, **Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu**, 12-13.05.2011, ss.165-177(Sempozyum).

Buz, Vedat. “Borçların İfası ve İfa Edilmemesi”, **Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu Makaleler-Tebliğler**, İstanbul, 2012, ss.91-113(Makaleler).

Buz, Vedat. “Yeni Türk Borçlar Kanunu’nda Borçların İfası ve İfa Edilmemesine İlişkin Değişikliklerin Değerlendirilmesi”, **Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu, TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi**, İstanbul, 2013, ss.139-151(Yeni Türk Borçlar Kanunu).

Büyük, Yasin. “Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri”, **Milletlerarası Mal Satım Hukuku (CISG), Adalet Yayınevi**, Ankara 2016, ss.173-203.

Büyükay, Yusuf. **Eser Sözleşmesi, Yetkin Yayınevi**, Ankara, 2013.

Can, Hacı. “Avrupa Ortak Satım Hukuku Tüzüğü Önerisi”, **Asomedy**, Sayı: Temmuz/Ağustos, 2013, ss.45-69, <https://www.aso.org.tr/site/files/pdf/asomedy/2013temmuzagustos.pdf>, (30.8.2019).

Canbaz, Ayşe Tuba. **Roma Hukukunda ve Türk Hukukunda Alım Satım Aktinde Satıcının Ayıba karşı Tekeffül Borcu**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2008.

Cansel, Erol ve Çağlar Özel. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt:1, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2014.

Çabri, Sezer. “Taşınmaz Satışında Satıcının Zapttan Sorumluluğu”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt:22, 2016, ss.581-610.

Çınar, Nihal Ural. **Türk Borçlar Kanunu’nda Düzenlenen Kira Sözleşmelerinde Kira Bedelinin Ödenmemesi ve Hukuki Sonuçları**, On İki Levha Yayınevi, İstanbul, 2014.

Çetiner, Bilgehan. “Yeni Türk Borçlar Kanunu’nda Yarar ve Hasarın İntikali İle Satıcının Ayıptan Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”, **Yeni Türk Borçlar Kanunu ve CISG’e göre Satış Sözleşmeleri**, On İki Levha, İstanbul, ss.17-43(Ayıp).

Cumlioğlu Emre. **Yayım Sözleşmesi**, Onikilevha Yayınevi, İstanbul, 2018 (Yayım).

Cumalıoğlu Emre. **TBK, CISG ve Karşılaştırmalı Hukukta Öngörülebilir İhlal**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019 (CISG).

Dalamanlı, Lütfü. **Borçlar Kanunu Şerhi**, Cilt: 2, Ankara, 1977.

Dalgın, Nihat. “İslam Hukukuna Göre Satım Sözleşmesi Açısından Mal Kavramı”, **Ondokuz Mayıs Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi**, Cilt:11, S:11, 1999, ss. 97-128.

Daşlı, Engin. **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Kira Sözleşmesinin Feshi**, Aristo Yayınevi, Erzincan, 2017.

Dayınlarlı, Kemal. “Avrupa Birliği Ülkelerinde Sözleşme Hukukunu Yeknesaklaştırma Çalışmaları ve Ole Lando İlkeleri” **Prof.Dr.Fikret Eren’e Armağan**, Ankara 2006, s.327-396.

Dayıoğlu, Yavuz. “CISG Kapsamında Alıcının Tazminat Talep Etme Hakkı”, **Milletlerarası Mal Satım Hukuku (CISG)**, Adalet Yayınevi, Ankara 2016, ss.299-336.

Demir, Remzi. **Türk Borçlar Kanunu Açısından Taksitle Satış Sözleşmeleri**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.

Demirkol, Berk. **Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011.

Demirsatan Barış. **Sözleşmeden Doğan Üst Hakkı Bedeli ve Bedeli ve Bedel Borcuna Aykırılığın Sonuçları**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016.

Demirsatan Barış. “Satıcının Zapttan Sorumluluğunun Maddi Koşulları”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:22, Sayı:1, 2020, s.219-253.

Dural, Mustafa ve Tufan Ögüz. **Türk Özel Hukuku, Cilt II, Kişiler Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017.

Dural, Mustafa ve Tufan Ögüz. **Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul 2012 (Aile).

Dural, Mustafa ve Tufan Ögüz. **Miras Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2012 (Miras).

Dirican, Gökhan. **Eser Sözleşmesinde Temerrüde Dayalı Cezai Şart ve Yargıtay Uygulaması**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007.

Doğan, Murat. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarına İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Sempozyum No:III, Prof.Dr.Cevdet Yavuz' Armağan, İstanbul, 2012, s.499-517(Kira).**

Doğan, Nazlı. **Tacirler Arası Ticari Satım Sözleşmelerinde Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.

Ercoskun Şenol, Kübra. **Borçlar Hukukunda Kısmi İmkansızlık**, Oniki Levha, İstanbul 2016.

Ekşi, Nuray. **Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim**, Beta Basım, İstanbul, 2013.

Erdem, H. Ercüment. Viyana Satım Antlaşması'nda Sözleşmeden Dönme, **Prof.Dr. Rona Serozan'a Armağan**, Cilt:I, İstanbul, 2010, ss.857-895(Dönme).

Erdem, H. Ercüment. Viyana Satım Antlaşması'na Genel Bakış ve Maddi Uygulama Alanı **Yeni Türk Borçlar Kanunu ve CISG'e göre Satış Sözleşmeleri**, On İki Levha, İstanbul, ss.117-156(Genel).

Erdoğan, Belgin.**Roma Borçlar Hukuku Dersleri**, İstanbul, 2005.

Erdönmez, Güray. **Alacaklılara Zarar Verme Kastiyla Yapılan Tasarrufların İptali**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.

Eren, Fikret. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yetkin Yayınevi, 18. Baskı, Ankara, 2015(Genel).

Eren, Fikret. **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2014(Özel).

Ertay, Œeref.**EŒya Hukuku**, Barış Yayınları Fakülteler Kitabevi, İzmır, 2014(EŒya).

Ergüne, Mehmet Serkan. **Taşınır Mülkiyeti**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.

Ergüne, Mehmet Serkan. **Olumsuz Zarar**, Beta Basım, İstanbul 2008 (Zarar).

Ercoşkun Œenol, Kübra. **Borçlar Hukukunda Kısmi İmkansızlık**, On İki Levha Yayıncılık, 2016.

Erkan, Kutluhan. **CISG Gereğince Alıcının Sözleşmeden Dönmesi**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.

Ertay, Œeref. “Borçların İfasına İlişkin Hükümlerin Değeriendirilmesi”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, zel Hukuk Sempozyumu zel Sayısı, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değeriendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Sempozyum No:III, Prof.Dr. Cevdet Yavuz’a Armağın**, İstanbul, 2011, ss.307-316(İfa).

Erzurumluoğlu, Erzan. “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Satış Sözleşmesi”, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu**, 12-13.05.2011, ss.155-165(Sempozyum).

Erzurumluoğlu, Erzan.**Türk – İsviçre Borçlar Hukuku Sistemine Göre Borçluya Yüklenemeyen Nedenlerden Dolayı Edimin Yerine Getirilememesi**, Ankara 1970 (Borçluya Yüklenemeyen Nedenler).

Erzurumluoğlu, Erzan. **Sözleşmeler Hukuku (zel Borç İlişkileri)**, Yetki Yayınları, 5.Baskı, Ankara, 2015 (zel).

Esener, Turhan. **Borçlar Hukuku I, Akitlerin Kuruluş ve Geçerliliğ**, Ankara, 1969(Akit).

Esener, Turhan ve Kudret Güven. **Eşya Hukuku**, 6. Baskı, Ankara 2015.

Feyzioğlu, Necmettin Feyzi. **Borçlar Hukuku, İkinci Kısım, Akdin Muhtelif Nevileri**, Cilt: I, ,4. Baskı İstanbul, 1980(özel).

Gauch, Peter. **Wirkung des Rücktrittsund Verjährungdes Rückforderungsanspruchbei Schuldnerverzug (anerkennung der Umwandlungstheorie)**, Recht, 1984/4, ss.122-128.

Girgin, Ömer Ali. **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Adi Ortaklıkta Temsil ve Borçlardan Sorumluluk**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.

Gökyayla, Emre. “Eser ve Vekalet Sözleşmeleri”, **Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, Makaleler Tebliğler**, On İki Levha, İstanbul 2012, ss.287-297.

Gözler, Kemal. **Hukukun Temel Kavramları**, Ekin Basımevi, Bursa, 2010.

Gül, İbrahim. **ABD ve Türk Hukukunda Medeni Ceza, Tazminat ve Tazminatın İşlevleri, Medeni Ceza ve Unsurları, Medeni Ceza Örnekleri**, Yetkin Basımevi, Ankara, 2015.

Günarslan, Banu Fatma. **Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Değer Artış Payı Alacağı**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017.

Gürpınar, Damla. **Eser Sözleşmesinde Ücretin Artırılması ve Eksiltilmesi, Güncel Hukuk Yayınları**, İzmir 2006.

Gürpınar, Damla. **Artmirasçı Atama**, Turhankitapevi, Ankara 2018.

Gözübüyük, A.Şeref. **Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları**, 20.Baskı, Ankara, 2004.

Gümüş, Mustafa Alper. **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre, Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Cilt: I, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012 (Cilt I).

Gümüşsoy Karakurt, Güler. **Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Borca Aykırılığının Önceden Belli Olması**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.

Gündoğdu, Fatih. **Borca Aykırılık Hallerinden Kusurlu İfa İmkansızlığı ve Hukuki Sonuçları**, Oniki Levha, İstanbul, 2014 (İmkansızlık).

Günergök, Özcan. **Alacağın Devrinde Borçlunun Hukuki Durumu**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.

Gürsoy, T. Kemal, Fikret Eren ve Erol Cansel. **Türk Eşya Hukuku**, Ankara Üniversitesi Basım Evi, Ankara, 1984.

Hatemi, Hüseyin. **Kişiler Hukuku**, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017(Kişiler).

Hatemi, Hüseyin. **Medeni Hukuka Girişi**, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017(Medeni).

Hatemi, Hüseyin. **Miras Hukuku**, On İki Levha Yayıncılık, 7.Baskı, İstanbul, 2018(Miras).

Havutçu, Ayşe. İfa Engelleri ve İfa Engellerine Bağlanan Hukuki Sonuçlar, **Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Sempozyum No:III, Prof.Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan**, İstanbul, 2011, ss.317-337.

Hunter, William Alexander. **A Systematicand Historical Exposition of Roman Law in theOrder of a Code**, Londra, 1885.

Helvacı, Mehmet. “Avrupa Birliği Özel Hukuku Seçimlik Dersi, Ders Notu”, http://cdn.istanbul.edu.tr/FileHandler2.ashx?f=ab_dersnotu.pdf , (e.t.23.5.2020).

Helvacı, Serap ve Fulye Erlüle. **Medeni Hukuk**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2016.

İmre Zahit ve Hasan Erman. **Miras Hukuku**, 12. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2016.

İnal, Tamer. **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre, Borca Aykırılık Dönme ve Fesih**, 4.Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2014(Dönme).

İnan, Ali Naim, Şeref Ertaş ve Hakan Albaş. **Miras Hukuku**, 9.Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara, 2015.

İnan, Ali Naim ve Özge Yücel. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 4.Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2014.

İnceoğlu, M. Murat. **Kira Hukuku**, Cilt I, On İki Levha Yayınevi, İstanbul, 2014(Cilt I).

İnceoğlu, M. Murat. **Kira Hukuku**, Cilt II, On İki Levha Yayınevi, İstanbul, 2014(Cilt II).

İpek, Eyüp. Edime Uygun İfa Kuralı ve Bu Kuralın İhlaline Bağlanan Hukuki Sonuçlar, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016.

Seçkin, Hasan. “Türk Medeni Kanunu’nun 940. Maddesinin II. Fıkrası (Motorlu Araç Rehni) Üzerine”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:5, Sayı:1-2, 2001.

Kahveci, Nalan. **Taşınır Satımında Ayıplı Mal Nedeniyle Tüketicinin Sözleşmeden Dönmesi**, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2012.

Kanışlı, Erhan. **CISG Uyarınca Alıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılık Halinde Satıcının Hakları**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.

Kapancı, Kadir Berk. **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Açısından Satış Hukukunda Ayrıtan Doğan Sorumluluk ve Sözleşmesel Garanti Taahhütleri**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012.

Karaaslan, Varol. **Medeni Usul Hukukunda Hakimin Davayı Aydınlatma Ödevi**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2013.

Karamercan, Fatih. **Katkı Değer Artış Payı, Katılma Alacağı Davaları**, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015.

Karayağın, Yaşar. **Mirasbırakanın Muvazaası Mı? Tasarruf Özgürlüğü ve Saklı Payın Korunması Mı? Bir Tartışma**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2000.

Kariparduç, Keziban Gurbet. **İslam Hukukunda Damân ve Taahhüt**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi) Necmettin Erbakan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Temel İslam Bilimleri Ana Bilimdalı İslam Hukuku Bilim Dalı, Konya, 2016.

Kaya, Cansu. **CISG (Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması) Gereğince Alıcının Satım Bedelini Ödeme Borcu**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012.

Kırmızı, Mustafa. **Açıklamalı-İçtihatlı Kira Hukuku**, Bilge Yayınevi, Ankara, 2013.

Koschaker, Paul ve Kudret Ayiter. **Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları**, İzmir, 1993.

Kılıçoğlu, Mustafa. **Kira Hukuku'ndan Doğan Tahliye Tespit Uyarlama Tazminat ve Alacak Davaları (Öğreti-Açıklama-Yorum)**, Bilge Yayınevi, Ankara, 2015(Kira).

Kılıçoğlu, M. Ahmet. **Medeni Hukuk**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016(Medeni).

Kılıçoğlu, M. Ahmet. **Aile Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015(Aile).

Kılıçoğlu, M. Ahmet. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015 (Borçlar).

Kiraly, Miklos. “The Rise and Fall of Common European Sales Law”, **Elta Law Journal**, Sayı:2, Budapest 2015, ss.31-42.

Korkmaz, Fırat. **Roma Hukuku’nda Stipulatio**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Eskişehir, 2014.

Köprülü, Bülent ve Selim Kaneti. **Sınırlı Ayni Haklar**, 2.Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1983.

Kuru, Baki, Ramazan Arslan ve Ejder Yılmaz.**Medeni Usul Hukuku**, Yetkin Yayın Evi, Ankara 2013.

Lurger Brigitta ve Wolfgang Faber. **Acquisition and Loss of Ownership of Goods**, Stampfli Basımevi,2011,http://www.beckshop.de/fachbuch/leseprobe/9783935808668_Excerpt_004.pdf, (e.t.19.4.2018).

Looschelders, Dirk. **Schuldrecht, Allgemeiner Teil**, 11.Baskı, München, 2013.

Mommsen, Friedrich. **Beitrage zum Obligationrecht, Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluss auf obligatorische Verhältnisse**, Braunschweig, 1853.

Nar, Ahmet. **Türk Miras Hukukunda Tenkis**, On İki Levha, İstanbul 2016.

Nomer, Haluk. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 14.Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2015.

Nomer, Haluk Nami ve Mehmet Serkan Ergüne. **Eşya Hukuku**, Zilyetlik ve Tapu Sicili, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.

Oba, Meltem Ece. “Anasyonel Hukuk Kuralları ve Uygulama Alanı”, **Türkiye Barolar Birliği**, Sayı: Mart-Nisan, 2017, ss.297-320.

Oğuz, Arzu. “Roma Hukuku’nda Mülkiyetin Devir İşlemlerinden Biri Olan Traditio’nun Sebebe Bağlılığı (IustaCausaTraditionis)”, **A.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 47, Sayı: 1-4, 1998, ss. 49-83.

Oğuzman, M.Kemal ve Barlas Nami. **Medeni Hukuk**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012.

Oğuzman, M.Kemal, Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir. **Eşya Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2012(Eşya).

Oğuzman, M.Kemal, Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir. **Kişiler Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2012(Kişiler).

Oğuzman, M.Kemal ve Turgut Öz. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt: I, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014 (Borçlar I).

Ozanoğlu, Hasan Seçkin. “Türk Medeni Kanunu’nun 940. Maddesinin II. Fıkrası (Motorlu Araç Rehni) Üzerine”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:5, Sayı:1-2, 2001, s.26.

Öz, Turgut. **Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) İle Türk Borçlar Kanunu’nun İlgili Hükümleri’nin Kısa Karşılaştırması**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016 (CISG).

Öz, Turgut. “Yeni Borçlar Kanununda Satım ve Eser Sözleşmesi Bakımından Ayıba Karşı Tekeffül Düzenlemesindeki Değişiklikler”, **Prof.Dr.Mustafa Dural’a Armağan**, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2013, ss.854-875 (Ayıp).

Özdamar, Demet. “Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri’ndeki ve Türk Borçlar Kanunu’ndaki Zamanaşımı Hükümlerinin Karşılaştırmalı Olarak Değerlendirilmesi”, **Medeni Kanun’un ve Borçlar Kanunu’nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu, 1926’dan Günümüze Türk-İsviçre Medeni Hukuku 17-18-19-20 Şubat 2016**, Cilt:2, Yetkin Yayınevi, Ankara 2017, ss.1217-1277 (Zamanaşımı).

Özdamar, Demet. “Avrupa Sözleşmeler Hukuku’nda ve Türk Borçlar Hukuku’nda Örf ve Adetler İle Teamül ve Uygulamaların Yeri”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof.Dr.Şeref Ertaş’a Armağan**, Cilt 19, Özel Sayı 2017, ss.109-188(Teamül).

Özdamar Demet, Burcu Yağcıoğlu ve Oğuzhan Meral. **Avrupa Sözleşmeler Hukuku ve Türk Hukuku’nda İfa ve İfa Etmeme**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.

Özdemir, Hayrunnisa. **Türk Borçlar Kanununa ve Viyana Satım Sözleşmesine (CISG) Göre Ayıptan Doğan Sorumluluğun Şartları**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013 (CISG).

Özel, Çağlar. **Tüketicinin Korunması Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016 (Tüketici).

Özenli, Soysal. **Uygulamada Adi Ortaklık ve Neden Olduğu Davalar**, Ankara, 1988.

Özkan, Azzem. “Mülkiyeti Muhafaza Sözleşmesiyle Yapılan Satışlar ve Muhasebe Uygulamaları Üzerine Etkileri”, **Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi**, Sayı:3, 2001, ss.93-106.

Özta, Bilge. **Aile Hukuku**, 6. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2015.

Özta, Bilge. **Miras Hukuku**, 7. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2016.

Paksoy, Meliha Sermin, **Zamanaşımından Feragat**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012.

Petek, Hasan. **Taşınmaz Malikin Hukuka Uygun Taşkınlıklardan Sorunluluğu (TMK.m.730/II)**, Ankara, 2005.

Petersen, Jens. **Examens-Repetitorium Allgemeines Schuldrecht**, Tübingen, 2009.

Postacıoğlu, E.İlhan. **Medeni Usul Hukuku Dersleri**, Sulhi Garan Matbaası Varisleri Kol.Şti, İstanbul, 1975.

Rado, Türkan. **Roma Hukuku Dersleri**, Borçlar Hukuku, İstanbul, 1974(Roma).

Rado, Türkan. “Roma Hukukunda Maldaki Ayıplardan Dolayı Satıcının Mesuliyeti”, İstanbul **Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt:10, Sayı:3-4, Ocak 1945, ss.604-619(Ayıp).

Reisoğlu, Safa. **Türk Borçlar Hukuku**, Genel Hükümler, 23.Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2012.

Savaş, Bozbel. “Alman Borçlar Hukuku Reformu ile Getirilen Değişiklik ve Yenilikler, [The Reform of German Contract Law: Changes and Renewals], (Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz)”, **Mevzuat Dergisi**, Yıl 6, Sayı 67, Temmuz 2003.

Seçer, Öz. **Eser Sözleşmesinin İş Sahibinin Tam Tazminatla Feshi (TBK.m.484)**, Yetkin Basımevi, Ankara, 2016.

Serim, Azra Arkan. **Yayım Sözleşmesinin Hukuki Niteliği ve Tarafların Yükümlülükleri**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2017.

Serozan, Rona. **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Üçüncü Cilt, İfa, İfa Engelleri Haksız Zenginleşme**, 6.Baskı, İstanbul, 2014 (Borçlar).

Serozan, Rona, Başak Baysal ve Kerem Cem Sanlı, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, Oniki levha, İstanbul, 2018 (Özel).

Serozan, Rona. **Sözleşmede Dönme**, İstanbul, 2007 (Dönme).

Serozan, Rona. “CISG’a ve TBK’na Göre Alıcının Dönme Hakkının Sınırları”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt 70, Sayı 2, İstanbul, 2012, ss.206-220 (CISG).

Serozan, Rona. **Taşınır Eşya Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2007 (Eşya).

Serozan, Rona. “BK Tasarısı’nın Eksiklik ve Aksaklıklarının, İfa ve İfa Engelleri Hukuku Alanından Örneklerle Sergilenmesi” **Hukuki Perspektif Dergisi**, 2006, Sayı:6, ss.38-47 (Tasarı).

Serozan, Rona ve Baki İlkay Engin, **Miras Hukuku**, 4. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2014.

Sirmen, A.Lale. **Eşya Hukuku**, Yetkin Basımevi, Ankara, 2013.

Sert, Selin. “11 Nisan 1980 Tarihli Uluslar arası Taşınır Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’nde (Viyana Satım Sözleşmesi) İfa Engelleri Kavramının Düzenlenişi”, **Milletlerarası Mal Satım Hukuku (CISG)**, Adalet Yayınevi, Ankara 2016, ss.275-299.

Sohm, Rudolph. **Institutes of Roman Law**, Oxford Basımevi, 4. Baskı, Londra, 1892.

Stöber, Michael. **Satış Sözleşmesinde Ayıptan Doğan Sorumluluk Hükümleri Çerçevesinde Bedel İndirimi Hakkının Dönme Hakkı ve Tazminat Talepleriyle İlişkisi**, çev. Kerem Öz, Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2019, Cilt:6, Sayı:11, ss.163-175.

Stoyanov, Dimitar. “The Conflict Between The Legal Interests Of The Original Owner And The Good Faith Acquirer Of Movables- A Comparative Overview Of The Solutions”, **Lex ET Scientia International Journal**, LESIJ NO.XXII, VOL.1/2015, ss.93-108, <http://lexetscientia.univnt.ro/archive/>, (e.t.19.6.2018).

Solak, Mehmet Yuşa. **İslam Borçlar Hukukunda Mekruh Satım Akitleri**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi) Necmettin Erbakan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Temel İslam Bilimleri Ana Bilimdalı İslam Hukuku Bilim Dalı, Konya, 2015.

Şahin, Hasan. “Cayma Hakkının Satışının İslam Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, **İslam Bilimleri Araştırmaları Dergisi**, Sayı:7, Samsun, 2019, ss.6-23.

Şahin, Turan. **Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunu İfade Temerrüdü**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2012.

Şahin, Cevdet Salih. **Teoride ve Uygulamada Eser Sözleşmelerinde Yüklenicinin Eksik İfa (Eksik İş) ve Ayıplı İfadan Sorumluluğu**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.

Şanlı, Cemal. **Milletlerarası Özel Hukuk**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015.

Şener, Oruç Hami. **Adi Ortaklık**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008.

Tahiroğlu, Bülent. **Roma Borçlar Hukuku**, İstanbul, 2000.

Tandoğan, Haluk. **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Cilt:I/1, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008(Cilt:I/1).

Toker, Gümrah. “CISG’te Sözleşmenin Esaslı İhlali (CISG m.25): Esaslı İhlalin TBK’da Yer Alan Sözleşmeye Aykırılık Türleri İle Karşılaştırılması”, **Milletlerarası Mal Satım Hukuku (CISG)**, Adalet Yayınevi, Ankara 2016, ss.127-173.

Topal, Şevket. İslam Hukuku Açısından Satış Sözleşmelerinde Mülkiyetin Devrine Yönelik Engeller”, **Ondokuz Mayıs Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi**, Sayı:12-13, 2001, ss.517-538.

Şıpka Şükran. **Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012 (Edinilmiş).

Tekinalp, Gülören. **Milletlerarası Öze Hukuk Bağlama Kuralları**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011.

Tekinay, S.Sulhi, Akman Sermet, Burcuoğlu Haluk ve Atilla Altop. **Tekinay Eşya Hukuku**, Cilt I, Filiz Kitapevi, İstanbul, 1989.

Tekinay, S. Sulhi. **Menkul Mülkiyet ve Sınırlı Ayni Haklar, Eşya Hukuku II/3**, Filiz Kitapevi, İstanbul, 1994.

TomkinsFrederick ve William George Lemon. **Commentaries of Gaius On The Roman Law, With An English TranslationandAnnotations**, Londra, 1869.

Tombaloğlu, M.Lütfi. **Kira Sözleşmesinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklar**, Yetkin Basımevi, Ankara,2015.

Topal, Şevket. “İslam Hukuku Açısından Satış Sözleşmelerinde Mülkiyetin Devrine Yönelik Engeller”, **Ondokuz Mayıs Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi**, Sayı:12-13, 2001 (Engeller), ss.517-538.

Topal, Şevket. **İslam Hukukuna Göre Satım Akdinde Mülkiyetin İntikali**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ondokuz Mayıs Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Temel İslam Bilimleri Anabilim Dalı, Samsun, 1995(Mülkiyetin İntikali).

Topuz, Seçkin ve Ferhat Canbolat. “Türk-İsviçre ve Alman Borçlar Hukukunda İmkansızlığın Düzenlenişi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:57, Sayı:3, 2008, ss.673-718.

Tunaboğlu, Müslim. **Kira Sözleşmesinde Fesih ve Tahliye Davaları**, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2013.

Tunçomağ, Kenan. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 6. Bası, İstanbul, 1976.

Tunçomağ, Kenan. **Türk Borçlar Hukuku 2. Cilt, Özel Borç İlişkileri**, İstanbul, 1977 (Özel).

Türkmen, Ahmet. **Bağışlamanın Geri Alınması**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.

Umar, Bilge. **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, Yetkin Basımevi, Ankara, 2014 (Usul).

Umur, Ziya. **Roma Hukuku Ders Notları**, 3. Baskı, Beta Yayımları, İstanbul, 1999 (Roma).

Uyar, Talih. “Tasarrufun İptali Davalarının Konusu” **TBB Dergisi**, S.78, 2008, ss.287-313 (İptal).

Uyar, Talih. “İcra ve İflas Hukukunda Tasarrufun İptali Davasının Konusu” **Ankara Barosu Dergisi**, S.1, 2011, ss.211-231 (Tasarufun İptali).

Uyar, Talih. “İİK.’nın 280. Maddesi Uyarınca İptale Tabi Kimi Tasarruflar” **Ankara Barosu Dergisi**, S.3, 2014, ss.415-448 (İİK).

Weiler Frank. **Schuldrecht Allgemeiner Teil**, Baden. 2014.

Yarayan, Ali. **Türk Medeni Hukuku**, Yetkin Basımevi, Ankara, 2013.

Yavuz, Cevdet. **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 10.Baskı, Beta Basımevi, İstanbul, 2014 (Özel).

Yavuz, Nihat. **Yeni TBK ve HMK'ya Göre Kira Hukuku**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015 (Kira).

Yavuz, Cevdet. "CISG'e Göre Sözleşmenin Satıcı Tarafından İhlali Halinde Alıcının Sahip Olduğu Bazı Hukuki İmkânlar", **Milletlerarası Mal Satım Hukuku (CISG)**, **Adalet Yayınevi**, Ankara 2016, ss.269-275 (CISG).

Yelkenci, Işıl. **Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Alıcının Sözleşmeden Dönmesi**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014.

Yücer Aktürk, İpek. "Viyana Satım Sözleşmesi Kapsamında Satıcının Ayıptan Sorumluluğu", **Ankara Barosu Dergisi** , Sayı:1, 2015, ss.211-238 (CISG).

Yıldırım, Abdulkerim. **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 3.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.

Yıldırım, M. Fadıl. Satıcının Zapta Karşı Tekeffül Sorumluluğu Bakımından 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 216.Maddesi Nasıl Okunmalıdır?", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 17, Sayı:1-2, 2013, ss.1049-1059.

Yılmaz, Ejder. **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, Yetkin Basımevi, Ankara, 2013 (Şerh).

Yoldaş, Ömer. **Satış Sözleşmesinde Zapttan Doğan Sorumluluk**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi) Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Özel Hukuku Bilim Dalı, Kayseri, 2020.

Zimmermann, Reinhard. **The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition**, Oxford Press, New York, 1996 (Obligations).

Zimmermann, Reinhard. **Kodifikasyon-Avrupa Ortak Satım Hukuku Arifesinde Medeni Hukuk Deneyimlerinin Yeniden Değerlendirilmesi**, çev. Ece Baş Süzel, **Meliha Sermin Paksoy**, , İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecbuası, 2015, Cilt:73, Sayı: 2, s.409-436 (Avrupa).

Zevkliler, Aydın ve K. Emre Gökyayla. **Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri**, 19.Baskı, Turhan Kitapevi, Ankara, 2019.

Zevkliler, Aydın, M. Beşir Acabey ve K.Emre Gökyayla. **Medeni Hukuk**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2000.

Zevkliler, Aydın. **Taşınmaz Malikinin Yetkileri Açısından İmar Kurallarına Aykırı ve Zarar Verici İnşaat**, Ankara 1982 (İnşaat).