

HEINONLINE

Citation:

Pinar Caglayan Aksoy, The Right to Recission of the Buyer Who Cannot Return the Defective Good, 33 Banka Huk. Dergisi (2017)

Content downloaded/printed from [HeinOnline](http://heinonline.org)

Tue Nov 28 07:56:00 2017

- Your use of this HeinOnline PDF indicates your acceptance of HeinOnline's Terms and Conditions of the license agreement available at <http://heinonline.org/HOL/License>
- The search text of this PDF is generated from uncorrected OCR text.
- To obtain permission to use this article beyond the scope of your HeinOnline license, please use:

[Copyright Information](#)



Use QR Code reader to send PDF to your smartphone or tablet device

AYIPLI MALI AYNEN İADE EDEMEYEN ALICININ SÖZLEŞMEDEN DÖNME HAKKI*

Yrd. Doç. Dr. Pınar ÇAĞLAYAN AKSOY**

ÖZET

Sözleşmeden dönme hakkını kullanmak isteyen alıcının satım konusu malı teslim aldığı günkü haliyle iade edemediği durumlarda nasıl bir yol izlenmesi gerektiği, Türk-İsviçre Hukuku'nda iade imkansızlığına yol açan sebebin ne olduğuna göre belirlenmektedir. Alıcı malda mevcut ayıp nedeniyle veya malın mücbir sebep ya da beklenmeyen hal nedeniyle malı aynen iade edemediği durumlarda dönme hakkını kullanabilmektedir. Bununla birlikte alıcı kendi kusuruyla malın aynen iadesini imkansız hale getirmiş veya malın şeklini değiştirmiş ya da üçüncü kişilere temlik etmişse sözleşmeden dönme hakkını kullanamamaktadır. Karşılaştırmalı hukukta alıcının dönme hakkını kullanıp kullanamayacağının iade imkansızlığının sebebine göre belirlenmesi eleştirilmektedir. Bunun yerine, bizim de katıldığımız, alıcının her durumda sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmesi, fakat aynen iade edemediği edimin değerini satıcıya iade etmesi gerektiği görüşü benimsenmektedir.

Anahtar Kelimeler: Satım Sözleşmesi, Ayıplı Mal, *Mortuus Redhibetur*, Sözleşmeden Dönme Hakkı, İade İmkansızlığı, Bedel Üzerinden İade.

ABSTRACT

In Turkish-Swiss law, the question of whether the buyer can rescind the sales contract if he can not restitute the goods that were delivered to him in the same conditions is dealt with according to what the grounds are for the impossibility of restitution. If the impossibility of restitution is a result of the non-conformity or if the goods have perished as a result of a *force majeure* or *cas fortuit*, the buyer can avoid the contract. However if the goods have perished because of a faulty behaviour of the buyer or if the buyer has changed the shape of the goods or transferred them to third parties, the buyer can not avoid the contract. In comparative law, the determination of

(*) Bu makale Dergi Editörlüğüne 17.03.2017 tarihinde gönderilmiş olup, 24.08.2017 tarihinde yayımlanması kabul edilmiştir. Bu makale yazarın yayımlanmamış yüksek lisans tezinden türetilmiştir.

(**) İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (pinar.caglayan@bilkent.edu.tr).

the buyer's right of avoidance according to the grounds of impossibility is criticised. Instead, it is argued that the buyer should be able to avoid the contract no matter what the reason of impossibility of restitution is, but he should make "restitution in value".

Keywords: Sales Contract, Non-Conformity of Goods, *Mortuus Redhibetur*, Right of Avoidance, Impossibility of Restitution, Compensation of Value.

I. ALICININ SATIM KONUSU MALI TESLİM ALDIĞI HALİYLE İADE EDEMEMESİ: İADE İMKÂNSIZLIĞI

1. İade İmkânsızlığı Kavramı

Bir sözleşme ilişkisinin kuruluşu veya ifası aşamasında ortaya çıkan bir durum nedeniyle sözleşmenin geçmişe etkili olarak geçersiz olması veya sona erdirilmesi halinde, borç ilişkisinin tasfiye edilmesi gerekmektedir¹. Sözleşmenin tasfiyesinin konusunu, sözleşme taraflarının bu sözleşme çerçevesinde birbirlerinden almış oldukları şeyleri karşılıklı olarak iade etmeleri oluşturmaktadır². Bu bağlamda, bozucu şartın gerçekleşmesi, borçlunun sorumlu olmadığı sonraki imkânsızlık, sözleşmenin hükümsüzlüğü, yanılma, aldatma ve korkutma nedeniyle sözleşmenin iptal edilmesi ve sözleşmeden dönülmesi gibi hallerde sözleşme geçmişe etkili olarak sona erdiğinden, tarafların sözleşmenin ifası amacıyla yerine getirilmiş edimleri karşılıklı olarak iade etmeleri gerekmektedir³.

Daha önce ifa edilmiş ve bu nedenle iade edilmesi gereken edimlerin, tasfiye sırasında sözleşme taraflarının malvarlıklarında aynen mevcut olduğu durumlarda bir sorun ortaya çıkmamaktadır. Bu ihtimalde, sözleşmenin iki tarafı da bu edimleri karşılıklı olarak iade ederek sözleşmeden nihai bir şekilde kurtulmakta ve bu sözleşmenin kurulmasından önce mevcut olan duruma

(1) Ayrıntılı bilgi için bkz. Buz, V.: Akamete Uğrayan Sözleşmelerin Tasfiyesi, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, ed. Doç. Dr. Baki İlkay Engin, İstanbul 2010, (Akamete Uğrayan Sözleşme), s. 612.

(2) Glasl, D.: Die Rückabwicklung im Obligationenrecht- Ein Beitrag zum Vertraglichen Sanktionsystem der Schweiz, Zurich 1992, s. 228; Hartmann, S.: Die Rückabwicklung von Schuldverträgen, Zürich 2005, Nr. 4 vd.; Buz, Akamete Uğrayan Sözleşme, s. 614 vd.

(3) Serozan, R.: Sözleşme İlişkisinin Çözülmesi: Sözleşme Gereğince Elde Edilmiş Edimi Geri Verme Yükümü, Kocayusufpaşaoğlu'na Armağan, Ankara 2004, s. 195 (Sözleşme İlişkisinin Çözülmesi), s. 195; Buz, V.: Borçlunun Temmerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara 1998, s. 161; Buz, Akamete Uğrayan Sözleşme, s. 613.

(*status quo ante*) geri dönülmektedir. Buna karşılık, tarafların sözleşmenin geçerli olduğuna güvenerek ifa etmiş oldukları edimlerin, tasfiye anında aynen iade edilemeyecek durumda olması da mümkündür. Tasfiyesi gereken bir sözleşmede, taraflardan birinin iade etmesi gereken edimi, kendi davranışından veya kusurundan kaynaklanan bir sebeple ya da kendi davranışlarıyla hiçbir bağlantısı olmayan bir nedenle (kaza, mücbir sebep, üçüncü kişinin kusuru vs.) aldığı sıradaki halinde şekilde iade etmesinin mümkün olmaması halinde bir *iade imkânsızlığı* söz konusudur⁴.

İade imkânsızlığının ortaya çıktığı bu gibi durumlarda, sözleşmenin nasıl tasfiye edileceği sorusu ortaya çıkmaktadır. Türk-İsviçre Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerinde sözleşmelerin tasfiyesinin hangi esaslara tabi olması gerektiği ve kapsamının ne olacağı konusunda genel nitelikli bir hüküm bulunmamaktadır⁵. Bu nedenle, sözleşmenin tasfiyesi esnasında tarafların birbirinden almış oldukları edimleri iade edebilecek durumda olmamalarının, onların iade borçları üzerinde nasıl bir etki meydana getireceği sorunu doktrin tarafından çözülmeye çalışılmıştır. Doktrinde bu hallerde tarafların iade borcunun kapsamının sözleşme hukuku kuralları, sebepsiz zenginleşme ve haksız zilyedin iade yükümlülüğü hükümleri çerçevesinde belirlenmeye çalışıldığı görülmektedir⁶.

Türk-İsviçre Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerinde iade imkânsızlığı halinde sözleşmenin nasıl tasfiye edileceğine ilişkin bir hüküm bulunmamakla birlikte, özel hükümlerde satım sözleşmesinin tasfiyesine ilişkin bir düzenleme mevcuttur. Çalışmamızın konusunu işte bu hüküm oluşturmaktadır: Malda mevcut ayıp nedeniyle sözleşmeden dönmek isteyen alıcı, malı teslim aldığı haliyle satıcıya iade edemediği durumlarda, sözleşmeden dönebilecek midir? Bu iade imkansızlığı, alıcının malı geri verme yükümlülüğü üzerinde nasıl bir etki meydana getirecektir?

(4) İnceleme konumuzun dışında kalmakla birlikte, sözleşme çerçevesinde yerine getirilmiş olan edimlerin aynen iade edilememesinin sebebi kimi zaman da edimin niteliğinden kaynaklanmaktadır. Bu konuda bkz. *Buz, Akamete Uğrayan Sözleşme*, s. 617; *BeckOK-Schmidt*, § 346 BGB, Rdnr. 31.

(5) *Buz, Sözleşmeden Dönme*, s. 174.

(6) *Glasl*, s. 134; *Buz'a göre dönme hakkının kullanılmasının sözleşmenin geçerliliğine etkisiyle ilgili doktrinde ileri sürülen görüşlerden hiçbiri, ifa edilmiş olan edimlerin iadesi talebinin kapsamını belirlemek yönünde bir çözüm getirememektedir. Buz, Sözleşmeden Dönme*, s. 161; *Buz, Akamete Uğrayan Sözleşme*, s. 619 vd.

Esas itibariyle, alıcının dönme hakkını kullandığı durumlarda, sözleşme geçmişe etkili olarak sona ereceği için tarafların ifa edilmiş olan edimleri karşılıklı olarak iade etmeleri gerekmektedir⁷. Zira dönme hakkının asıl işlevi sözleşme öncesi duruma dönülmesi, diğer bir ifadeyle *status quo antea* sağlanmasıdır. Bu çerçevede, ayıba karşı tekeffül hükümlerine başvuru şartlarının sağlandığı hallerde kendisine tanınan dönme hakkını kullanmayı seçen alıcı ayıplı satım konusu malı satıcıya iade etmek zorundadır. Böylece alıcı da satıcıdan satım bedelini geri isteyebilecektir. Ancak çoğunlukla alıcı ayıplı satım konusu malı satıcıya teslim aldığı günkü haliyle iade edecek durumda olamayacaktır. Zira alıcı satım sözleşmesi ile malın mülkiyetini iktisap etmiştir. Bu nedenle alıcının malın üzerinde mülkiyet hakkının kendisine verdiği yetkileri kullanması, yani malı üçüncü kişiye satması, üzerinde değişiklikler yapması tahrip etmesi veya yok etmesi önünde bir engel yoktur. Malın alıcının kontrolünün tümüyle dışında olan sebeplerden ötürü teslim alındığı güne nazaran farklılaşmış olması da ihtimal dâhilindedir. İşte bu hallerde alıcı bakımından bir iade imkânsızlığı ortaya çıkmaktadır. Bu durum dönme hakkının kullanılması bakımından bazı sorunların doğumuna yol açacaktır. Ayıplı satım konusu malı aynen aldığı günkü gibi değil, elinde kaldığı kadarıyla iade edebilen veya hiç iade edemeyen alıcı yine de sözleşmeden dönerek satım bedelinin tümünü satıcıdan geri isteyebilecek midir? TBK md. 228'e göre: *Alıcıya ayıplı olarak devredilmiş olan satılanın ayıptan, beklenmedik hâlden veya mücbir sebepten dolayı yok olması veya ağır biçimde zarara uğraması, alıcının sözleşmeden dönme hakkını kullanmasını engellemez. Bu durumda alıcı, satılardan elinde ne kalmışsa onu geri vermekle yükümlüdür. Satılan alıcıya yüklenebilen bir sebep yüzünden yok olmuşsa veya alıcı onu başkasına devretmişse ya da biçimini değiştirmişse alıcı, ancak değerindeki eksiklik karşılığının satış bedelinden indirilmesini isteyebilir.*

(7) Buz, Akamete Uğrayan Sözleşme, s. 616 vd; Buz, Sözleşmeden Dönme, s. 67; Hellwege, P.: Die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge, Hamburg 2004, s. 521; Buz, V.: Rückabwicklung gescheiterter Verträge, SJZ 111/2015, s. 565 vd. (Buz, Rückabwicklung), s. 566; Honsell, H.: Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil (Besonderer Teil), Zurich 2006, s. 104; Serozan, R.: Sözleşmeden Dönme, İstanbul 2007 (Serozan, Dönme), s. 502 vd; BeckOK-Schmidt, § 346 BGB, Rdnr. 1, 30; Kahveci, N.: Taşınır Satımında Ayıplı Mal Nedeniyle Tüketicinin Sözleşmeden Dönmesi, Ankara 2014, s. 169; Köroğlu, E.: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Taşınır Satış Sözleşmesinin Sona Ermesi, Ankara 2016, s. 205.

Çalışmamızın konusunu oluşturan TBK md. 228 hükmünde, dönme hakkının kullanıp kullanılmayacağı belirlenirken iade imkânsızlığına yol açan sebeplere göre bir ayırım yapılmıştır. Anılan hükme göre, iade imkânsızlığına yol açan durumlardan bazıları iade imkânsızlığına rağmen dönme hakkının kullanılmasını engellememekte, diğer bazı durumlar ise alıcının dönme hakkını kullanamamasına neden olmaktadır. Kanun koyucunun iade imkânsızlığına neden olan halleri bir ayrıma tutarak bunların dönme hakkının kullanılmasındaki etkilerini farklı şekillerde düzenlemesindeki iradesini anlayabilmek için öncelikle iade imkânsızlığına yol açan durumların tespit edilmesi yerinde olacaktır.

2. İade İmkânsızlığına Yol Açan Haller

Caemmerer’e göre iade imkânsızlığı kavramından, sözleşmenin tasfiyesinden önce yerine getirilmiş olan edimlerin, “*iade borçlusunun malvarlığında uğradığı hukuki veya fiili değişiklikler nedeniyle, iade borçlusunun iadeyle yükümlü olduğu bu edimleri elde ettiği durumlarıyla iade edebilmesinin mümkün olmaması*” anlaşılmalıdır⁸. Bu tanımdan anlaşılacağı üzere, iade imkânsızlığı TBK md. 136’daki gibi klasik ve teknik anlamda bir imkânsızlığı değil, fiili bir engeli ifade etmektedir⁹. Yazara göre iade imkânsızlığına yol açan halleri şu şekilde sıralamak mümkündür: 1) İade imkânsızlığına iade konusu malda mevcut bir ayıbın yol açması, 2) İade konusu edimin bir kaza sonucu yok olması veya kötüleşmesi, 3) İade imkânsızlığına borçlunun kusur teşkil etmeyen bir davranışının yol açması ve 4) İade konusu edimin iade borçlusunun kusurlu bir davranışı sonucu yok olması ve kötüleşmesi¹⁰.

TBK md. 228’e göre ise, alıcının sözleşmeden dönme hakkını kullanmasına engel olmayan iade imkânsızlığı halleri şunlardır: 1) Satım konusu malın ayıp sebebiyle yok olması veya ağır biçimde zarara uğraması, 2) Satım konusu malın beklenmeyen hal veya mücbir sebep nedeniyle yok olması veya ağır biçimde zarara uğraması. Aynı hükmün ikinci fıkrasına göre alıcının sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasının engellendiği iade imkânsızlığı halleri ise şu şekilde sıralanmaktadır: 1) Satım konusu malın alıcıya yüklenebilen

(8) *Buz*, Sözleşmeden Dönme, s. 161.

(9) *Weber*, Art. 82 CISG, N. 6.

(10) *Von Caemmerer*, E.: “*Mortuus redhibetur*”: Bemerkungen zu den Urteilen BGHZ 53, 144 und 57, 137, Festschrift für Karl Larenz (1973), s. 627-628.

bir sebeple yok olması, 2) Satım konusu malın alıcı tarafından üçüncü bir kişiye devredilmiş olması, 3) Satım konusu malın biçiminin alıcı tarafından değiştirilmiş olması.

Doktrinde bazı yazarlar, kanunda açıkça yer almamakla birlikte malın kaza nedeniyle veya alıcının kusuru nedeniyle kötüleşmesi, malın alıcı tarafından kullanılmış olması ve malın hukuki durumunun iade borçlusu tarafından değiştirilmiş olması (örneğin haklarla kayıtlanmış olması) hallerinin de bu hüküm TBK md. 228 kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir¹¹. Bu durumların gerçekleşmesi halinde alıcının dönme hakkını kullanıp kullanamayacağı da aşağıda incelenecektir.

Çalışmamızda ilk olarak TBK md. 228/f.1'de düzenlenen ve dönme hakkının kullanılmasına engel teşkil etmeyen iade imkânsızlığı halleri incelenecektir. Bir sonraki aşamada ise dönme hakkının kullanılmasına engel teşkil eden iade imkânsızlığı halleri ortaya konacaktır. İade imkânsızlığına neden olan hallerin birbirlerinden ayırt edilmesi için bu hallerin kavramsal sınırları tespit edilmeye çalışılacaktır. Böylece iadenin imkânsız olduğu hallerde, bu durumun TBK md. 228'in hangi fıkrası kapsamında değerlendirileceği ve dönme hakkına nasıl etki edeceğinin saptanması mümkün olacaktır.

II. TBK md. 228/f. 1 HÜKMÜNÜN TARİHİ GELİŞİMİ VE KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTAKİ DURUM

1. TBK md. 228/f. 1 Hükümünün Kökeni: *Mortuus Redhibetur* İlkesi

TBK md. 228/f. 1 hükmü, Roma Hukukundaki *mortuus redhibetur* kuralına dayanmaktadır. Bugün yalnızca Türk-İsviçre Hukuku'nda değil, diğer modern hukuk düzenlerinde de iade imkânsızlığının iade borcuna etkisini düzenleyen hükümlerin, bu kuralın kalıntısı olduğu belirtilmektedir. Bu nedenle bu kuralın uygulama alanına kısaca değinilmesi yararlı olacaktır.

Roma Hukuku'nda *actio redhibitoria*'ya başvuran, yani dönme hakkını kullanan alıcının, satıcıdan satım bedelini geri istemesi için satın almış olduğu

(11) Giger, H.: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. VI, Das Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelne Vertragsverhältnisse, 1. Teilband, Kauf und Tausch- Die Schenkung, 1. Abschnitt, Allgemeine Bestimmungen- Der Fahrniskauf, Art 184-215 OR, Bern 1979, Art. 207 OR, N. 4.

köle veya hayvanı satıcıya iade edebilecek durumda olması gerekiyordu¹². *Mortuus redhibetur* kuralına göre, alıcı, malı teslim aldığı andaki haliyle iade edemediği hallerde, kölenin veya hayvanın ölüsünü iade ederek sözleşmeden dönebilmekteydi¹³.

Mortuus redhibetur kuralı, Roma Hukukunda iade imkânsızlığına neden olan her halde tartışmasız uygulanan bir kural değildi. Bu kuralın yalnızca satım konusu hayvan veya kölenin kendi ayıplarından dolayı ortadan kalktığı durumlarda mı yoksa kaza nedeniyle ortadan kalktıkları durumlarda da mı uygulandığı Roma Hukuku'na ilişkin kaynaklardan tam olarak anlaşılamamaktadır¹⁴. Hemen belirtelim ki bu tartışma, Roma Hukuku kaynaklarında *mortuus redhibetur* kuralının yalnızca malın ayıbı nedeniyle ortaya çıkan iade imkânsızlığı hallerine uygulanması gerektiğine dair sınırlayıcı bir kurala rastlanmamasından ileri gelmektedir¹⁵.

Mortuus redhibetur kuralı, köle veya hayvanın *kendilerinde mevcut olan ayıpları nedeniyle* ortadan kalktıkları durumlarda tartışmasız uygulan-

(12) *Wagner*, G.: *Mortuus Redhibetur im neuen Schuldrecht?* in *Festschrift für Ulrich Huber zum siebzigsten Geburtstag*. Hrsg. v. Theodor Baums u. Johannes Wertenbuch in Gem. m. Marcus Lutter u. Karsten Schmidt, 2006, s. 593.

(13) *Zimmermann*, R.: *The Law of Obligations: Roman Foundations of a Civilian Tradition*, Oxford 1996, s. 332; *BK-Giger*, Art. 207 OR, N. 7; *Kaiser*, D.: *Die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge wegen Nicht und Schlechterfüllung nach BGB: Rücktritt, Bereicherungs und Schadensersatzrechts*, s. 249; *Wagner*, s. 595; *Honsell*, H.: *Gefahrtragung und Haftungsprivileg nach § 346 BGB*, *Festschrift für Eduard Picker zum 70. Geburtstag*, herausgegeben von Thomas Lobinger, Tübingen 2010 (*Gefahrtragung*), s. 371; *Honsell*, H.: *Lebendiges Römisches Recht*, GS Mayer Maly, 2011, s. 225 vd. (*Lebendiges*), s. 229.

(14) *Wagner*, s. 593; *Honsell*, H./Mayer-Maly, T./Selb, W.: *Römisches Recht*, Wien 1987, s. 317, dn. 28. Bu kuralın yalnızca malın ayıpları nedeniyle ortadan kalktığı durumlarda uygulanması gerektiği yönünde bkz. *Honsell*, *Die Vertragsverletzung des Verkäufers nach dem Wiener Kaufrecht*, SJZ 88/1992, s. 345 vd. (*Vertragsverletzung*) s. 354; *Honsell*, *Lebendiges*, s. 229; *Honsell*, H.: *Schuldrechtsmodernisierung in Deutschland*, FS Jean Nicolas Druey, Zürich 2002, s. 177 vd., (*Schuldrechtsmodernisierung*) s. 187 vd. Serozan da *mortuus redhibetur* kuralının iade imkânsızlığına maldaki ayıbın yol açtığı hallerin temel alındığı ancak Pandekt hukukçularının bu kuralı genişleterek tüm kusursuz iade imkânsızlığı hallerine uygulanacak hale getirdikleri görüşünü savunmaktadır: *Serozan*, *Sözleşmeden Dönme*, s. 430 bkz. dn. 29, ayrıca bkz. *Serozan*, *Dönme Hakkının Sınırları*, s. 218.

(15) *Zimmermann*, s. 333; *Jörs*, P./Kunkel, W./Wenger, L./Honsell, H./Mayer-Maly, T./Selb, W.: *Römisches Recht*, Wien 1987, s. 317.

maktaydı¹⁶. Bu hallerde alıcı, hayvan veya kölenin ölüsü iade ederek sözleşmeden dönebilmekteydi. *Mortuus redhibetur* ilkesinin satım konusunun kendisinden kaynaklan ayıplar nedeniyle ortadan kalktığı hallerde uygulanması, genel olarak dönme hakkının işlevi açısından uygun sonuçlar meydana getirmektedir¹⁷. Nitekim satım sözleşmesi hiç yapılmıyaydı, köle kendisinde bulunan bir ayıp, örneğin hastalık nedeniyle zaten ölecektiye, köleye ilişkin hasara zaten satıcı katlanacaktı; ayrıca satım bedeli de almamış olacaktı¹⁸. Satım sözleşmesi yapıldığında ise satıcı yine kölesini ayıbından ötürü kaybetmekte ve satım bedelini de alıcıya iade etmek zorunda kalmaktadır. Her iki olasılıkta da satıcı için sonuç aynıdır. Başka bir deyişle, kölenin ayıbı nedeniyle ortadan kalktığı hallerde, satım sözleşmesinin yapılmış olması satıcı açısından farklı bir sonuç doğurmamaktadır. Gerçekten de satıcı bakımından kölenin kendi elinde ölmesi veya alıcının elindeyken hastalığı nedeniyle ölmesinin ekonomik sonucu aynı olacaktır. Böylece kölenin kendi ayıbı nedeniyle ortadan kalktığı hallerde, alıcının kölenin ölüsünü geri vererek sözleşmeden dönmesi ve satım bedelini satıcıdan geri alması, *actio redhibitoria*'nın *status quo ante*'yi sağlama işlevini gerçekleştirmiş olacaktır¹⁹. Bu nedenle ayıplı malın ortadan kalkması hasarına katlanmak satıcı bakımından adaletsiz bir sonuç yaratmayacaktır.

Bununla birlikte, hayvan veya kölenin alıcı nezdinde gerçekleşen bir *kaza nedeniyle* ortadan kalktığı hallerde bu kuralın uygulanıp uygulanmayacağı, yani alıcının hayvan veya kölenin ölüsünü iade ederek sözleşmeden dönüp dönmeyeceği belirsizdi. Hemen belirtelim ki, bu kuralın hayvan veya kölenin alıcı elindeyken bir kazaya maruz kalmaları nedeniyle iade edilmelerinin mümkün olmadığı hallerde de uygulandığını belirten yazarlar bulunmaktadır²⁰. Bu görüş kabul edildiği takdirde, hayvan veya kölenin alıcının nezdinde gerçekleşen bir kaza veya kendi ayıbı nedeniyle ortadan kalkması sonucu iade edilemediği hallerde, alıcı köle veya hayvandan elinde kalanı geri vererek iade borcundan kurtulmakta, buna karşılık satıcıdan tüm satım bedelini geri isteyebilecektir. Bu durum, kaza nedeniyle malın ortadan kalktı-

(16) *Wagner*, s. 593; *Honsell*, Art. 207 OR, N. 1; *Honsell*, s. 106.

(17) *Caemmerer*, s. 628; *BK-Giger*, Art. 207 OR, N. 7; *Serozan*, Sözleşmeden Dönme, s. 431; *Honsell*, Art. 207 OR, N. 1.

(18) *Zimmermann*, s. 333; *Wagner*, s. 593.

(19) *Caemmerer*, s. 628.

(20) *Zimmermann*, s. 332; *BK-Giger*, Art. 207 OR, N. 7; *Kaiser*, s. 249.

ğı hallerde, satıcının sözleşmenin tasfiyesi bakımından daha dezavantajlı bir konuma gelmesi sonucunu meydana getirmektedir. Gerçekten de, satım konusu köle veya hayvanın barındırdıkları ayıpla hiçbir ilgisi olmayan bir kaza nedeniyle ortadan kalkmaları ihtimalinde, kölenin ölümü alıcının risk alanındadır. Zira eğer satım sözleşmesi hiç kurulmamış olsaydı, satıcı satım bedelini alamamış olmakla birlikte, en azından köle veya hayvan büyük ihtimalle hala kendi hâkimiyetinde ve yaşıyor olacaktı²¹. *Mortuus redhibetur* kuralının kölenin kaza sonucunda öldüğü hallerde de uygulanması, alıcının risk alanında gerçekleşen bir iade imkânsızlığı sebebinin yarattığı hasarı tümüyle satıcının omuzlarına yüklemektedir.

Alıcının bu kuralın kaza hallerinde de uygulandığı durumlarda satıcıya kıyasen avantaj elde etmesi, sonraları *mortuus redhibetur* kuralının sınırlandırılması ihtiyacını doğurmuştu. Bu doğrultuda, *mortuus redhibetur* ilkesinin alıcının kusurunun bulunmadığı tüm iade imkânsızlığı hallerinde değil, yalnızca hayvan veya kölenin alıcının sözleşmeden dönmesine sebebiyet veren ayıpları nedeniyle ortadan kalkmaları halinde uygulanması çözümü düşünülmüştü²². Böylece hayvan veya kölenin kaza nedeniyle ortadan kalktıkları hallerde, alıcının bunların ölümlerini iade ederek sözleşmeden dönebilmesine ve iade hasarını tümüyle satıcıya yıkmasına engel olunmak istenmişti.

Roma Hukukunda yalnızca malın kendi ayıbı nedeniyle ortadan kalkma hallerine mi yoksa kaza hallerine de mi uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalı olan bu kural, hiçbir sınırlamaya tabi tutulmaksızın Türk (TBK md. 228/f.1), Alman (eski BGB §350) ve İsviçre Borçlar Kanunlarına (Art. 205 OR) ve Art. 82 CISG hükmüne aktarılmıştır²³. Böylece *mortuus redhibetur* kuralı, satım konusu malın yalnızca maldaki ayıp nedeniyle değil fakat kaza nedeniyle ortadan kalktığı hallerde de uygulanmak üzere genişletilmiş ve alıcının dönme hakkını kullanması ve satıcıdan satım bedelini geri istemesi mümkün kılınmıştır.

(21) Zimmermann, s. 333. Bu yorum, hayvan veya köle satıcının elinde kalmış olsa da aynı hasara uğrayacakları kaza sebeplerini, örneğin hem alıcı hem satıcıyı etkileyen bir mücbir sebebin gerçekleşmesini ihtimal dışında tutmaktadır.

(22) Zimmermann, s. 332; Kaiser, s. 249.

(23) BK-Giger, Art. 207 OR, N. 7; Honsell, Art. 207 OR, N. 1; Honsell, Besonderer Teil, s. 106-107; Honsell, Gefahrtragung, s. 371; Buz, Akamete Uğrayan Sözleşme, s. 628 vd; Honsell, Schuldrechtsmodernisierung, s. 187.

2. Karşılaştırmalı Hukuktaki Durum

Ayıba karşı tekeffül hükümleri çerçevesinde dönme hakkını kullanmak isteyen alıcının kendisine teslim edilmiş olan malı iade etmesinin mümkün olmadığı hallerde sözleşmenin nasıl tasfiye edileceği konusunda modern hukuk sistemlerin ve uluslararası metinlere bakıldığında, iade hasarının alıcıya mı yoksa satıcıya mı yüklendiğinin belirlenmesi bakımından farklılıklar olduğu görülmektedir²⁴.

Karşılaştırmalı hukukta, satım konusu malın kendisinde mevcut bir ayıp nedeniyle bozulması, hasara uğraması, kötüleşmesi veya ortadan kalkması hallerinde alıcının dönme hakkını kullanabileceği ve elinde kalanı iade ederek iade borcundan kurtulacağı konusunda görüş birliği mevcuttur²⁵. Başka bir deyişle karşılaştırmalı hukukta, TBK md. 228/f.1'deki “*satılanın ayıptan (...) dolayı yok olması veya ağır biçimde zarar uğraması*” halinde alıcının dönme hakkını kullanabilmesi kuralına paralel hükümler yer almaktadır.

Yine TBK md. 228/f.1'de yer alan “*satılanın beklenmeyen hal veya mücbir sebepten dolayı yok olması veya ağır bir zarara uğraması*” nedeniyle iadenin imkânsızlaşması haliyle ilgili olarak ise karşılaştırmalı hukukta farklı düzenlemelere rastlamak mümkündür. Malın beklenmeyen hal veya mücbir sebep nedeniyle ortadan kalkması veya -Türk Borçlar Kanunu'nda zikredilmemiş olmasına karşılık- kötüleşmesi ya da değerinin azalması sonucunda dönme hakkının kullanılmasını mümkün kılan hukuk düzenleri olduğu gibi, bu hallerde dönme hakkının kullanılamayacağını öngören hukuk düzenleri de bulunmaktadır.

Malın beklenmeyen hal veya mücbir sebep nedeniyle ortadan kalktığı hallerde alıcının iade borcundan kurtularak dönme hakkını kullanabilmesi genellikle karşılaştırmalı hukukta eleştirilmektedir. Zira bu halde iade borçlusu alıcıya ayıplı bir malın teslim edilmiş olmasıyla, malın ortadan kalkması veya kötüleşmesi arasında illiyet bağı bulunmamaktadır²⁶. Çalışmamızın bu kıs-

(24) Bu konuda ülkeler bazında genel bir çerçeve için bkz. *Schwenzer, I./Hachem, P./Kee, C.*: Global Sales and Contract Law, New York 2012, s. 752 vd.

(25) *BK-Giger*, Art. 207 OR, N. 8; *Sandrock, A.*: Vertragswidrigkeit der Sachleistung, Berlin 2003, s. 274; *Honsell*, Gefahrtragung, s. 369.

(26) *Röthel, A.*: Erman Kommentar zum BGB 12. Aufl., 2008, § 346 BGB, Rdnr. 24; *Honsell*, Gefahrtragung, s. 367 vd.; *Zuber, R.*: Art. 82 CISG, UN-Kaufrecht – CISG Kommentar

mında, karşılaştırmalı hukukta malın beklenmeyen hal veya mücbir sebep nedeniyle ya da kendi ayıbıyla ortadan kalkması sonucu iadenin imkânsızlaştığı hallerin dönme hakkına etkisinin nasıl düzenlendiği ele alınacaktır.

A- Alman Hukuku

Alman hukukunda iade imkânsızlığının dönme hakkının kullanılmasına etkisi 2002 yılındaki Borçlar Hukuku reformu öncesi ve sonrasında farklı şekillerde düzenlenmiştir. 2002 yılındaki Borçlar Hukuku reformundan önce, iadenin mümkün olmaması hallerinin dönme hakkına etkisi Alman Medeni Kanunu'nun (BGB) 350–353. maddeleri arasında düzenlenmekteydi. Bu hükümler yalnızca ayıba karşı tekeffül çerçevesinde alıcının dönme sahip olduğu dönme hakkına değil, genel olarak dönme hakkının sonuçlarına ilişkindir. § 350 BGB'ye göre, iade borçlusunun almış olduğu edimin kaza nedeniyle ortadan kalkması dönme hakkının kullanılmasına engel değildi. Alıcı malı elinde kaldığı şekliyle iade ederek sözleşmeden dönme hakkını kullanabiliyor ve satıcıdan satım bedelinin tamamını geri isteyebiliyordu. Bunun için satıcıya herhangi bir tazminat ödemesi veya ortadan kalkan edimin bedelini ödemesi gerekmiyordu²⁷.

2002 yılında yapılan reform ile sözleşmesel ve kanuni dönme hakkının kullanılmasının sonuçlarını ve tarafların iade borçlarının kapsamını belirleyen yeni bir hüküm getirilmiştir (§ 346 BGB). Bu hüküm dönme hakkının kullanıldığı tüm hallerde sözleşmenin tasfiyesine uygulanacak bir hükümdür. Başka bir deyişle § 346 BGB, TBK md. 228 gibi ayıba karşı tekeffül haline münhasır bir hüküm değildir. Alman Hukukundaki hâkim görüşe göre BGB § 346'da belirtilen iade imkânsızlığı halleri sınırlı olarak sayılmamış, iadenin imkânsız hale geldiği tipik durumlar düzenlenmiştir²⁸.

Yeni § 346 BGB hükmü, borç ilişkisinin tasfiyesinde, ifa edilmiş olan edimlerin karşılıklı olarak iade edilmesini esas almıştır. Buna göre kural ola-

zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf von 1980 - Unter Berücksichtigung der Schnittstellen zum internen Schweizer Recht, Hrsg. V. Brunner, Christoph, Bern 2014, Art. 82 CISG, N. 11; *Honsell*, Lebendiges, s. 229; *Honsell*, Schuldrechtsmodernisierung, s. 187.

(27) *Hellwege*, s. 23; *Honsell*, Gefahrtragung, s. 363.

(28) *Gaier*, R.: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Auflage, München 2007 (§ 346 BGB), Rdnr. 37; *BeckOK-Schmidt*, § 346 BGB, Rdnr. 45.

rak, sözleşmeden dönüldüğü hallerde tarafların birbirinden almış oldukları edimleri karşılıklı olarak aynen iade etmeleri gerekmektedir (§ 346 BGB/f.1). Bununla birlikte tarafların birbirlerinden almış oldukları edimleri aynen iade edebilecek durumda olmamaları sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasına engel teşkil etmemektedir. Önceden ifa edilmiş edimlerin aynen iadesi herhangi bir nedenle gerçekleştirilemediğinde kural olarak edimin yerine bu edimin parasal karşılığı (*Wertersatz/bedel üzerinden iade*) iade edilecektir. Bu bağlamda malı geri veremeyen alıcı da bu malın değerini ödeyerek, yani bedel üzerinden iadede bulunarak sözleşmeden dönebilecektir. § 346 BGB/f. 2'ye göre, iade edilmesi gereken edimin niteliği gereği aynen iadesi mümkün değilse veya iade edilmesi gereken edim tüketilmiş, temlik edilmiş, haklarla kayıtlanmış ya da biçimi değiştirilmişse veya kötüleşmiş ya da ortadan kalkmışsa, iade borçlusu bedel üzerinden iadede bulunarak sözleşmeden dönebilecektir.

İade borçlusu kural olarak bedel üzerinden iadede bulunarak sözleşmeden dönebilmekle birlikte, § 346 BGB/f. 3'de belirtilen bazı iade imkânsızlığı hallerinde, bedel üzerinden iadede de bulunmaksızın sözleşmeden dönerek satıcıdan satım bedelini geri isteyebilmektedir. Bu hallerde iade edilmesi gereken edimin iadesinin imkânsız hale gelmesinin riski iade alacaklısına yüklenmektedir. § 346/f. 3 BGB'ye göre, 1) sözleşmeden dönülmesini gerektiren eksiklik ilk olarak iade borçlusunun malı işlemesi veya şeklini değiştirmesi esnasında²⁹ ortaya çıkmışsa; 2) iade alacaklısının kendisi malın kötüleşmesi veya ortadan kalkmasından sorumluydu ya da iade imkânsızlığı zaten iade alacaklısı nezdinde de meydana gelecektiye; 3) iade borçlusu kendi işlerinde gösterdiği özeni göstermesine rağmen iadesi gereken edim bozulmuş veya ortadan kalkmışsa, iade borçlusu bedel üzerinden iade ile yükümlü olmaksızın sözleşmeden dönerek satım bedelini geri isteyebilecektir.

Yukarıda yapılan genel nitelikte açıklamalardan sonra, TBK md. 228/f.1'de düzenlenmiş olan malın kaza veya kendisinde mevcut olan ayıp nedeniyle ortadan kalktığı hallerde, § 346 BGB hükmü çerçevesinde alıcının

(29) Söz konusu maddede sadece işleme ve şekil değiştirmeden bahsedilmiş olmakla birlikte malın tüketilmesi bakımından da bu hükmün kıyasen uygulanması gerektiği belirtilmektedir. Bkz. *Faust*, s. 481; *Döll*, Y: Rückgewährstörungen beim Rücktritt, Tübingen 2011, s. 210 vd.

bedel üzerinden iade ile yükümlü olup olmadığı konusunun biraz daha ayrıntılı olarak açıklanması yararlı olacaktır.

a- Satım Konusu Malın Ayıp Sebebiyle Ortadan Kalkması Veya Kötüleşmesi

§ 346 BGB’de, satım konusu malın kendi ayıbı nedeniyle ortadan kalktığı hallerde alıcının dönme hakkını kullanıp kullanamayacağına ilişkin açık bir düzenleme yer almamaktadır. Malın kendi ayıbı nedeniyle ortadan kalkması sonucunda meydana gelen iade imkânsızlığının dönme hakkının kullanılmasına etkisi önceki BGB’de de düzenlenmemiştir. Alman Hukukunda malın kendi ayıbı nedeniyle ortadan kalktığı hallerin alıcının dönme hakkının kullanılmasındaki etkisinin açıkça düzenlenmemiş olması doktrinde eleştirilmektedir. *Wagner*’e göre üzerinde neredeyse tüm hukuk düzenlerinin mutabık olduğu, “malın ayıbı nedeniyle ortadan kalkması halinde alıcının iade borcundan kurtularak sözleşmeden dönebileceği” kuralının açıkça hükme bağlanmamış olması, yeni BGB’nin dönmeye ilişkin düzenlemesinin eksiklerinden biridir³⁰. Bu duruma ilişkin başka bir düzenleme olmadığından, malın kendisinde mevcut bir ayıp nedeniyle ortadan kalktığı durumlarda da § 346/f.1 BGB hükmü çerçevesinde iadesi imkânsızlaşan edimin bedelinin iade edilmesi gerekmektedir. Oysa karşılaştırmalı hukukta ve Alman Hukuku’nda hâkim görüş, olması gereken hukuk bakımından malın kendi ayıbı nedeniyle ortadan kalktığı hallerde alıcının maldan elinde kalanı iade ederek sözleşmeden dönebilmesi kuralının kabul edilmesi yönündedir³¹.

Doktrinde birçok yazar, ayıp nedeniyle ortadan kalkma olgusunu § 346/f. 3 BGB hükmüyle getirilen bedel üzerinden iadenin istisnaları kapsamında değerlendirmeye ve böylece alıcıyı bedel üzerinden iade yükümlülüğünden kurtarmaya çalışmışlardır. § 346/f. 3/b. 2 BGB’ye göre “edimin ortadan kalkması veya kötüleşmesinin iade alacaklısına isnat edilebildiği hallerde”, iade borçlusu bedel üzerinden iade ile yükümlü olmayacaktır. Bu hükümde iade konusu edimin ortadan kalkmasının veya kötüleşmesinin satıcıya isnat edilebilir olması teknik anlamda kullanılmamıştır. İade alacaklısının sözleşmeye aykırı davranarak edimin ortadan kalkmasına veya kötüleşmesine

(30) *Wagner*, s. 607.

(31) *Honsell*, *Gefahrtragung*, s. 4 vd.; *Mü-Ko/Gaier*, § 346 BGB, Rdnr. 51; *Hellwege*, s. 56; *Döll*, s. 222 dn. 67’de zikredilen yazarlar.

sebebiyet verdiği hallerde, iade borçlusunun bedel üzerinden iade yükümlülüğü ortadan kalkacaktır³². Malın kendi ayıbı nedeniyle ortadan kalktığı hallerde, ortadan kalkmaya satıcının (iade alacaklısının) sorumlu olduğu ayıplı ifa kapsamındadır. Bu nedenle satım konusu mal kendisinden kaynaklanan ayıplı nedeniyle ortadan kalkar veya kötüleşir ise BGB § 346/f. 3/b. 2'ye göre alıcı (iade borçlusu) bedel üzerinden iade yapmaksızın sözleşmeden dönebilecek ve satım bedelini geri alabilecektir. Alıcının bu hükme göre bedel üzerinden iade yükümlülüğünden kurtulmasının sebebi, malın ortadan kalkmasının iade alacaklısının (satıcının) risk alanından kaynaklanıyor olmasıdır³³. Malın ayıplı olmasında iade alacaklısı satıcının ayrıca kusurlu olması şart değildir. Burada önemli olan *malın kendisinden kaynaklanan bir ayıplı nedeniyle* ortadan kalkması veya kötüleşmesidir³⁴.

Doktrinde bazı yazarlar malın kendi ayıbı nedeniyle ortadan kalkması halinin BGB § 346/f. 3/b. 2'deki istisna kapsamında değerlendirilmesi görüşünü kabul etmemektedirler³⁵. Zira bu hükme göre iade konusu edimin kötüleşmesi veya ortadan kalkmasının iade alacaklısına *isnat edilebildiği* hallerde, bedel üzerinden iade yükümlülüğü ortadan kalkacaktır. O halde BGB § 346/f. 3/b. 2'ye göre bedel üzerinden iade yükümlülüğü yalnızca iade imkânsızlığından iade alacaklısının sorumlu olduğu hallerde ortadan kalkacaktır. Burada iade imkânsızlığından iade alacaklısının sorumlu olmasından, iade alacaklısının malın kötüleşmesi veya ortadan kalkmasında bir *kusuru* bulunması gerektiği anlaşılmalıdır. O halde ancak satıcı malın ayıplı olmasında kusurluysa alıcı bedel üzerinden iade yükümlülüğünden kurtularak sözleşmeden dönebilecektir. Buna göre, satım konusu maldaki ayıptan satıcının da sorumlu tutulmadığı hallerde alıcının bedel üzerinden iade yükümlülüğü söz konusu olmaya devam edecektir.

(32) Boels, R.: Der Rücktritt vom Vertrag trotz Rückgabeunmöglichkeit, Hamburg 2008, s. 119; Röthel, § 346 BGB, Rdnr. 22; Mü-Ko/Gaier, § 346 BGB, Rdnr. 51; Grüneberg, C: Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, 60. Auflage, Münih 2001, N. 12; Faust, s. 480; Hellwege, s. 56. Bu hükmün uygulama alanı yalnızca ayıplı mal teslim edilmesiyle sınırlı değildir. Malın kötüleşmesi veya ortadan kalkması riskinin, sözleşmede iade alacaklısının üstlenmiş olduğu açık veya örtülü bir risk olduğu durumlarda, iade borçlusu bedel üzerinden iade yükümlülüğünden kurtulmaktadır. Bkz. Mü-Ko/Gaier, § 346 BGB, Rdnr. 51.

(33) Röthel, § 346 BGB, Rdnr. 22.

(34) Boels, s. 120; Röthel, § 346 BGB, Rdnr. 22.

(35) Boels, s. 93.

b- Satım Konusu Malın Beklenmeyen Hal veya Mücbir Sebep Sonucunda Ortadan Kalkması veya Kötüleşmesi

Alman Hukuku'nda malın kaza sonucunda ortadan kalkması veya kötüleşmesi nedeniyle iadesinin imkânsız hale gelmesi halinde hasara kimin katlanacağı hususu 2002 reformundan önce § 350 BGB hükmünde düzenlenmekteydi. § 350 BGB hükmü Roma Hukuku'ndaki *mortuus redhibetur* kuralını esas alan bir düzenleme niteliğini taşımaktaydı. Anılan hükme göre malın kaza nedeniyle ortadan kalktığı hallerde iade borçlusu alıcı maldan elinde kalanı iade ederek sözleşmeden dönebilmektedir. Yani alıcının iade borcu sona ermekte ve iade hasarına satıcı katlanmaktaydı. Bu hüküm satım sözleşmesinin kurulmasıyla alıcıya geçmiş olan hasarın tekrar satıcıya geçmesi sonucunu doğurduğu için Türk ve İsviçre Hukuklarındakine benzer nedenlerle eleştirilmekteydi³⁶.

2002 yılında yürürlüğe giren Yeni Alman Medeni Kanunu, iade konusu edimin beklenmeyen hal veya mücbir sebep nedeniyle ortadan kalktığı hallerde iade hasarına iade alacaklısının katlanması esasını ortadan kaldırmayı amaçlamıştır. § 346/f.2 BGB'ye göre iade borçlusu, malın ortadan kalktığı veya kötüleştigi hallerde iadesi imkânsızlaşan edimin değerini iade ederek sözleşmeden dönebilecektir. Bu hükme göre, malın ortadan kalkması veya kötüleşmesine iade borçlusunun bir davranışının mı mücbir sebebin mi yoksa üçüncü bir kişinin kusurlu davranışının mı yol açtığı önem taşımamaktadır³⁷. Buna göre, iade konusu edimin beklenmeyen hal veya mücbir sebep nedeniyle ortadan kalktığı durumlarda da alıcı bedel üzerinden iadede bulunarak sözleşmeden dönebilecektir. O halde, malın beklenmeyen hal veya mücbir sebep nedeniyle ortadan kalkması halinde iade hasarı, bedel üzerinden iade yükümlülüğü öngörülmesi suretiyle iade borçlusuna yüklenmiş olmaktadır³⁸.

Yukarıda belirttiğimiz üzere, § 346/f. 2 BGB hükmünde ifa edilen bedel üzerinden iade, mutlak bir kural değildir. § 346/f. 3 BGB'de iade borçlusunun bedel üzerinden iade yükümlülüğünün ortadan kalktığı bazı haller düzenlenmiştir. Bu istisnalardan biri de § 346/f. 3/b. 2 BGB'de düzenlenen

(36) *Wagner*, s. 595; *Buz*, *Sözleşmeden Dönme*, s. 179; *Caemmerer*, s. 631-632; *Mü-Ko/Gaier*, § 346 BGB, Rdnr. 35; *Honsell*, *Gefahrtragung*, s. 363 vd.

(37) *Döll*, s. 162.

(38) *Röthel*, § 346 BGB, Rdnr. 11; *Mü-Ko/Gaier*, § 346 BGB, Rdnr. 36; *Döll*, s. 161 vd.

ve iade borçlusu nezdinde gerçekleşen iade imkânsızlığının, edimin iade alacaklısının elinde olması ihtimalinde de gerçekleşeceği duruma ilişkindir³⁹. Esas itibariyle bu durum Alman Hukukunda “kaza” olarak nitelendirilmektedir⁴⁰. Bu nedenle söz konusu hüküm satım sözleşmesine uygulandığında, iade imkânsızlığı satım konusu mal satıcının elinde olsaydı da meydana gelecektiye, malın iadesi kaza nedeniyle imkânsızlaşmış sayılacaktır⁴¹. Kaza halinde alıcı § 346/f. 3/b. 2 BGB’ye göre bedel üzerinden iade borcundan kurtulacak ve sözleşmeden dönebilecektir. Yani iade hasarına yine satıcı katlanmış olacaktır⁴².

(39) İade imkânsızlığının iade alacaklısının elinde de meydana geleceği durumlarda, bedel üzerinden iadenin istisna tutulması dönme hakkının temel işlevi olan *status quo anten*in sağlanmasına da hizmet etmektedir. Zira, hasarın iade alacaklısının nezdinde de gerçekleşeceği durumlarda, iade alacaklısı (satıcı), malı iade borçlusuna (alıcıya) hiç teslim etmemiş olsaydı da mal aynı hasara maruz kalacaktır. Bu nedenle iade imkânsızlığının iade alacaklısı nezdinde de aynen gerçekleşeceği durumlarda, iade alacaklısı (satıcı) bakımından malın iade borçlusuna (alıcıya) teslim edilmiş olmasıyla edilmemiş olması arasında bir fark olmayacaktır. Bu hallerde alıcının iade borcundan kurtulması, sözleşmenin kurulmamış olmasına kıyasla satıcı için bir dezavantaj yaratmayacaktır. Ayrıntılı bilgi için bkz. *Grothe*, Beck’sher Online-Kommentar, Hrsg. Bamberger/Roth, München 2007, (*BeckOK-Grothe*), § 346 BGB, Rdnr. 51; *Döll*, s. 270.

(40) *BeckOK-Grothe*, § 346 BGB, Rdnr. 51; Alman Hukukunda BGB § 346/f. 3/b.2’de düzenlenen durumu “dar anlamda kaza” ve § 346/f. 3/b. 3 BGB’de düzenlenen durumu “geniş anlamda kaza” biçiminde bir ayrıma tabi tutarak inceleyen yazarlar da bulunmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. *Boels*, s. 138. Bu hükmün kaza kavramıyla bir anlaşılmayacağı görüşü için bkz. *Döll*, s. 230.

(41) BGB § 346/f. 3/b. 2’deki istisnanın uygulanması için iade imkânsızlığının alıcı ve satıcı nezdinde mutlaka aynı sebepten kaynaklanması gerekmemektedir. Malın iadesi alıcının nezdinde sel nedeniyle imkânsız hale gelmiş fakat satıcının nezdinde deprem nedeniyle iadesi imkânsız olacaktıysa, bu durum da § 346/f. 3/b. 2 BGB kapsamında değerlendirilecek ve iade hasarına yine satıcı katlanacaktır. Buna karşılık, satım konusu mal deprem bölgesinde ikamet eden iade borçlusunun elindeyken deprem nedeniyle ortadan kalkmış fakat iade alacaklısının elinde ortadan kalkmayacaktıysa, iade borçlusu alıcı bedel üzerinden iade sorumluluğundan kurtulamaz. § 346/f. 3/b. 2 BGB’ye göre bu halde kaza söz konusu değildir. Satım konusu mal alıcının elinde mücbir sebep nedeniyle ortadan kalkmış olsa dahi, eğer satıcının elinde de bir şekilde ortadan kalkmayacaktıysa, kazadan söz edilemeyecektir. O halde satım konusu mal alıcının elindeyken bir mücbir sebebe maruz kalması nedeniyle ortadan kalkarsa, alıcı yine de bedel üzerinden iade yapmak zorunda kalacaktır. *Boels*’e göre bu hüküm bakımından aynı zararın yalnızca satıcı nezdinde değil; fakat başka bir varsayımsal alıcı nezdinde de gerçekleşecek olması önem taşımaktadır. *Boels*, s. 135.

(42) *Grüneberg*, § 346 BGB, Rdnr. 13a.

Bedel üzerinden iade yükümlülüğünün bir istisnası da iade borçlusunun kendi işlerinde göstermiş olduğu özeni (*diligentia quam in suis*) göstermiş olmasına rağmen malın aynen iadesinin imkânsız⁴³ hale gelmesidir. Bu çerçevede, § 346/f. 3/b. 3 BGB hükmü esas alındığında, alıcı ayıplı satım konusu malı korumak ve muhafaza etmek için kendi işlerinde göstermiş özeni göstermiş olmasına rağmen mal ortadan kalkmış veya kötüleşmişse⁴⁴, alıcı bedel üzerinden iade yükümlülüğünden kurtulmaktadır. BGB § 346/f. 3'de kusur kavramına yer verilmemekle birlikte alıcı kendi işlerinde gösterdiği özeni⁴⁵ göstermediği takdirde, bedel üzerinden iade ile yükümlü olacaktır.

§ 346/f. 3/b. 3 BGB hükmü çerçevesinde iade borçlusu alıcı, tedbirli bir malikin kendi menfaatlerini korumak için alacağı koruma önlemlerini almayı ihmal ettiği takdirde, kendi işlerinde göstermiş olduğu özeni göstermemiş olacaktır⁴⁶. Kişinin kendi işlerinde gösterdiği özeni temel alan bu subjektif

(43) Hükmün lafzına göre iade borçlusu yalnızca malın *ortadan kalkması* veya *kötüleşmesi* hallerinde kendi işlerinde gösterdiği özeni göstermiş olduğunu kanıtlayarak bedel üzerinden iade borcundan kurtulacaktır. Buna karşılık, iade borçlusunu, diğer iade imkânsızlıklarının söz konusu olduğu hallerde, örneğin malın kullanılması halinde, malın ortadan kalkması halinde olacağından daha zor bir duruma sokmak için herhangi bir neden yoktur. Bu nedenle iade borçlusunun kendi işlerinde gösterdiği özeni göstermesine karşılık malın ortadan kalkması veya kötüleşmesi dışında bir iade imkânsızlığı meydana geldiği hallerde de alıcının bedel üzerinden iade yükümlülüğünden kurtulması gerekmektedir: *Röthel*, § 346 BGB, Rdnr. 26.

(44) Her ne kadar hükümde yalnızca malın kötüleşmesi veya ortadan kalkması ifadeleri kullanıldıysa da, malın temlik edilmesi, tüketilmesi ve benzeri iade imkânsızlıkları bakımından da uygulanması önünde bir engel yoktur. Mü-Ko/Gaier, § 346 BGB, Rdnr.

(45) Kendi işlerinde gösterdiği özen kriteri, 2002 değişikliği öncesi BGB bakımından kusurdan ne anlaşılması gerektiğine ilişkin bir teori olarak ele alınmaktayken, 2002 değişikliği sonrasında bedel üzerinden iadeyi ortadan kaldıran bir durum olarak düzenlenmiştir. § 346/f. 3 BGB'de bahsi geçen kişinin kendi işlerinde gösterdiği özen kriterinin "*diligentia quam in suis*" olarak anlaşılmasının mümkün olmadığı görüşü için ise bkz. *Döll*, s. 287 vd.

(46) Belirtmek gerekir ki, dönme hakkı sahibinin dönmeye yol açan durumun bilincinde olmasının § 346 BGB/f. 3/b.3'te yer alan istisna hükmünün uygulanması bakımından bir etkiye sahip olup olmadığı tartışmalıdır. Bir görüşe göre, bu hükmün iade borçlusunun sözleşmeden dönmeye yol açan sebebi kendi ihmali nedeniyle bilmediği durumlarda uygulanmaması gerekmektedir. Eğer iade borçlusu, sözleşmeden dönmeye yol açan sebebin farkında olduğu veya farkında olması gerektiği aşamaya gelmişse, bundan böyle başkasının malvarlığında yer alan bir şeyi idare ettiğinin farkındadır. Bu nedenle artık "kendi işlerinde" gösterdiği özenden bahsedilemez. Dolayısıyla alıcının dönme hakkına yol açan durumun bilincinde olması halinde,

özen kriteri, yalnızca iade borçlusunun satım konusu malla karşılaştırılabilir nitelikteki malvarlığı değerleri bakımından söz konusu olabilecektir. Başka bir deyişle, alıcı, kendisine ait olan ve satım konusu malla karşılaştırılabilir nitelikte bir malvarlığı değeri bakımından gösterdiği özen ve dikkati, satım konusu mal bakımından göstermemiş ve malın aynen iade edilmesi imkânsız hale gelmişse malın değerini iade etmek zorunda kalacaktır⁴⁷. Bu durum kişinin kendi işlerinde gösterdiği özeni göstermesine rağmen malın kaza nedeniyle zarara uğradığı hallerde de alıcının bedel üzerinden iadeye gerek kalmaksızın sözleşmeden dönebilmesi sonucunu doğurur. *Diligentia quam in suis* ölçütü yalnızca alıcının basit ihmalden sorumlu olmadığı anlamına değil, aynı zamanda malın kaza nedeniyle ortadan kalkması riskini de taşımadığı anlamına gelir⁴⁸. Bu da aslında pratikte önceki § 350 BGB ve TBK md. 228/f.1’le aynı sonucu meydana getirmektedir⁴⁹.

B- Fransız Hukuku

Fransız Medeni Kanunu md. 1647/f.1’e göre satım konusu malın kendi ayıbı nedeniyle ortadan kalkması halinde alıcı sözleşmeden dönebilmekte ve satım bedelini alıcıdan talep edebilmektedir.

Fransız Medeni Kanunu’nda malın kaza nedeniyle ortadan kalkması durumu konusunda ise Türk, İsviçre ve Alman hukuklarından farklı bir düzenlemeye yer verilmiştir. Fransız Medeni Kanunu md. 1647/f.2’ye göre satım konusu malın kaza nedeniyle ortadan kalktığı hallerde alıcı dönme hakkı ve

§ 346 BGB/f. 3/b.3’te yer alan istisna hükmü uygulanmayacaktır. Bkz. *Mü-Ko/Gaier*, § 346 BGB, Rdnr. 57.

(47) *Röthel*, § 346 BGB, Rdnr. 30; *Mü-Ko/Gaier*, § 346 BGB, Rdnr.56; *Honsell*, *Besonderer Teil*, s. 107.

(48) Aynı yönde bkz. *Serozan*, *Dönme Hakkının Sınırları*, s. 217; *Honsell*, *Gefahrtragung*, s. 364; *Faust*, s. 486; *Döll*, s. 270; *Honsell*, *Schuldrechtsmodernisierung*, s. 188.

(49) Boels’e göre Alman Hukukundaki bu hüküm “geniş anlamda kaza” kavramını düzenlemektedir. Bu çerçevede eğer alıcı kendi işlerinde gösterdiği özeni göstermiş olmasına rağmen meydana gelen iade imkânsızlığını engelleyememişse, hasarın dönme hakkının kullanılmasına ayıplı mal teslim etmiş olması nedeniyle sebebiyet vermiş olan satıcıya geçmesi eşyanın doğasına uygun düşecektir, *Boels*, s. 139. Başka bir deyişle alıcı mala kendi işlerinde gösterdiği özeni göstermiş olduğu sürece, malın ortadan kalkmasından veya kötüleşmesinden sorumlu tutulamayacaktır. Bu nedenle yeni BGB hükümlerine göre alıcı eski § 351 BGB’dekinden daha avantajlı bir konumdadır. Zira § 346 BGB hükmü çerçevesinde azaltılmış bir özen ölçütü getirilmiştir. Ayrıca bkz. *Boels*, s. 141; *Wagner*, s. 602.

hatta bedel indirimi hakkını dahi kullanılamamaktadır⁵⁰. Bu çerçevede Fransız Hukuku'nda malın beklenmeyen hal (*cas fortuit*) nedeniyle ortadan kalktığı durumlarda, iade hasarına alıcı katlanacaktır.

Fransız Medeni Kanunu'nda malın kaza nedeniyle ortadan kalktığı hal-lerde alıcının dönme hakkını kullanamaması kuralının benimsenmiş olması doktrinde eleştirilmektedir. Doktrinde bazı yazarlar, satım konusu malın kaza nedeniyle veya alıcının kusurlu bir davranışı sonucunda ortadan kalktığı hal-lerde de bedel üzerinden iade yükümlülüğünün yerine getirilmesi şartıyla alıcının sözleşmeden dönebilmesinin gerektiğini savunmaktadırlar⁵¹.

C- Viyana Satım Sözleşmesi (*Convention on Contracts for the International Sales of Goods*)

Yukarıda ortaya koyduğumuz düzenlemelerden farklı olarak, CISG'de iade imkânsızlığı⁵² halleri tek sayılmak suretiyle bunların dönme hakkının kullanılması üzerindeki etkileri belirlenmemiştir. CISG md. 82'ye göre, alıcının dönme hakkını (*rescission of contract/avoidance*) kullanabilmesi için, satım konusu malı *büyük ölçüde* teslim aldığı koşullarda geri verebilecek durumda olması gerekmektedir⁵³. Bu çerçevede, Viyana Satım Sözleşmesinde satım konusu malın aynen iadesinin mümkün olmaması hali genel olarak

(50) *BK-Giger*, Art. 207 OR, N. 8; *Wagner*, s. 597.

(51) Ayrıntılı bilgi için bkz. *Hornung*, s. 130.

(52) CISG anlamında iade imkânsızlığı "teslim alınmış olan malların" iade edilememesini ifade ettiğinden, alıcının dönme hakkını kullandığında aynı türdeki farklı malları iade etmesi söz konusu olamaz. Aksi halde alıcıya spekülasyonda bulunma hakkı tanınmış olurdu. Bkz. *Fountoulakis*, C.: Madde 81-84, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (Viyana Satım Sözleşmesi) Şerhi, ed. Ingeborg Schwenzer ve Pınar Çağlayan Aksoy, İstanbul 2015, Art. 82 CISG, N. 5; *Mü-KO/Huber*, Art. 82 CISG, N. 3; *Weber*, Art. 82 CISG, N. 6; *Enderlein*, F./*Maskow*, D.: *International Sales Law*, Oceana Publications 2002, Art. 82 CISG, Nr. 2.2.

(53) CISG'e göre sözleşmeden dönme anında malın büyük ölçüde teslim alınan koşullarda geri verilebilir olup olmadığı önemlidir. Alıcı sözleşmeden dönme hakkını kullandıktan sonra malda meydana gelen esaslı değişiklikler sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasına etki etmez. Şüphesiz bu durumda ortaya çıkan zararın alıcı tarafından tazmin edilmesi gerekmektedir. *Ferrari*, Art. 82 CISG, Rdnr. 2; *Magnus*, U.: *Staudinger BGB Wiener UN-Kaufrecht (CISG)*, Sellier- de Gruyter 2005 (*Staudinger/Magnus*), Art. 82 CISG, N. 15; *Mü-KO/Huber*, Art. 82 CISG, N. 6; *Weber*, Art. 82 CISG, N. 1; *Zuber*, Art. 82 CISG, N. 6; *Huber*, s. 212. Aksi görüşte: *Enderlein/Maskow*, Art. 82 CISG, Nr. 1.3.

dönme hakkının kullanılmasına bir engel olarak düzenlenmiştir. Diğer bir ifadeyle satım konusu malın -büyük ölçüde teslim alındığı günkü durumunda⁵⁴- satıcıya iade edilmesi, sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasının ön koşuludur⁵⁵. Bu çerçevede, göre malın değerini artıran veya değeri üzerinde bir etki meydana getirmeyen değişiklikler sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasına engel teşkil etmemektedir⁵⁶.

Hemen belirtelim ki, alıcının satım konusu malı büyük ölçüde aldığı günkü durumunda satıcıya iade edemediği hallerde sözleşmeden dönme hakkını kullanamayacak olması, mutlak bir kural değildir. CISG md. 82/f.2’de sayılan üç durumda, iade borçlusu alıcı malı büyük ölçüde teslim aldığı günkü koşullarda iade edememesine rağmen sözleşmeden dönebilmektedir. CISG md. 82/f.2’de⁵⁷ yer alan ilk istisna, malın alıcının teslim aldığı günkü koşullarda iade edilmesinin alıcının bir davranışı veya ihmali olmaksızın imkânsızlaştığı hallere ilişkindir. İkinci istisna, ayıba karşı tekeffül hükümlerine başvuru şartı olan muayene külfetinin yerine getirilmesi sırasında malın ortadan kalkması veya kötüleşmesi halidir⁵⁸. Son olarak mal ticari hayatın olağan akışı içinde yeniden satılmış veya alıcının ayıplı ifanın farkına vardığı veya farkına varması gereken zamandan önce kullanılmış ya da şekli değiştirilmişse, alıcı malı aynen iade edememesine karşılık sözleşmeden dönebilecektir.

Doktrinde haklı olarak işaret edildiği üzere Viyana Satım Sözleşmesi’nde alıcının malı iade edemediği hallerde sözleşmeden dönme hakkını kullanamaması kuralına getirilen istisnaların geniş çapta düzenlenmiş olması, adeta istisnaları kural haline getirmiş ve alıcının çoğu halde iade borcundan kurtularak

(54) Malda meydana gelen değişikliğin önemli/esaslı bir değişiklik olup olmadığının objektif esaslara göre belirlenmesi gerekmektedir. *Staudinger/Magnus*, Art. 82 CISG, N. 6; *Ferrari*, Art. 82 CISG; Rdnr. 7; *Mü-KO/Huber*, Art. 82 CISG, N. 4; *Zuber*, Art. 82 CISG, N. 5.

(55) *Venturi*, S.: *Commentaire Romand*, Chevenoz. Werro, Code des Obligations Art. 1-529, s. 1101.

(56) *Staudinger/Magnus*, Art. 82 CISG, N. 8; *Ferrari*, Art. 82 CISG, Rdnr. 6.

(57) CISG md. 82/f.2’de yer alan istisnalar sınırlayıcı olarak sayılmış olup kıyas yoluyla genişletilmesi mümkün değildir. Bkz. *Ferrari*, Art. 82 CISG, N. 8.

(58) Bir mahkeme kararında, alıcının kendisine teslim edilen kabloları muayene etmek amaçlı çalıştırması sonucunda kablolarda md. 82(2) (b)’de belirtildiği gibi bir ortadan kalkma veya kötüleşme meydana gelmemiş, tersine değerini artırmış bile olsa bu hüküm uygulanacak ve alıcı sözleşmeden dönebilecektir. Bkz. CLOUT case No. 235 [Bundesgerichtshof, Germany, 25 June 1997].

sözleşmeden dönebilmesine yol açmıştır⁵⁹. Bunun sebebi, önemli bir borca aykırılıkla sözleşmeyi ihlal eden satıcının, malın ortadan kalkması halinde riskoyu alıcıya nazaran daha geniş çapta taşıması gerektiğinin düşünülmesidir.

CISG md. 82/2/a'ya göre “satım konusu mal alıcının fiil veya ihmalin-den kaynaklanmayan nedenlerle ortadan kalkarsa” alıcının malı büyük ölçüde teslim aldığı günkü koşulda iade edememesine rağmen sözleşmeden dönmesi mümkündür. Malın kendi ayıbı nedeniyle ortadan kalktığı durumlarda da alıcının fiili veya ihmali bu ayıba yol açmaktadır⁶⁰. Bu nedenle malın kendi ayıbı nedeniyle ortadan kalktığı hallerde alıcı sözleşmeden dönebilecek ve satıcıdan satım bedelini geri isteyebilecektir. Madde metninde açıkça belirtilmemekle birlikte, alıcının malın tamamen ortadan kalkmadığı hallerde maldan elinde kalanı satıcıya iade etmesi gerekecektir.

Bu düzenlemenin amacı, malın ortadan kalkmasına satıcının sözleşmeye aykırı davranışının (ayıplı mal teslim etmiş olmasının) sebebiyet verdiği hallerde, iade hasarına bu aykırılığa sözleşmeye aykırı davranarak sebebiyet veren satıcının katlanmasını sağlamaktır⁶¹. Böylece satıcı malın sözleşmeye aykırı özellikler taşımasının sonucu olarak ortaya çıkan risklere de katlanmış olacaktır.

CISG md. 82/2/a'ya göre, malın alıcının aldığı günkü koşullarda iade edilmesinin alıcının bir davranışı veya ihmali olmaksızın imkânsızlaştığı durumlarda alıcı sözleşmeden dönebilmektedir. Satım konusu malın mücbir sebep veya beklenmeyen hal nedeniyle ortadan kalktığı durumlarda, alıcının kendi fiili veya ihmaliinden kaynaklanan bir iade imkânsızlığı söz konusu değildir. Bu gibi durumlarda malın ortadan kalkması alıcının hâkimiyet ve etki çevresi dışında gerçekleşmişse ve bu sonuç alıcı için öngörülebilir veya önlenemez değildir. O halde CISG md. 82/2/a'ya göre malın mücbir sebep veya beklenmeyen hal nedeniyle ortadan kalktığı durumlarda alıcı sözleşmeden dönme hakkını kullanabilecek ve iade hasarına satıcı katlanacaktır⁶². CISG

(59) Benzer görüşte bkz. *Hornung, R./Fountoulakis, C.: Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, 5. Aufl., Münih 2008, Art. 82, N. 10; *Boels*, s. 153; *Staudinger/Magnus*, Art. 82 CISG, N. 16; *Weber*, Art. 82 CISG, N. 2; *Enderlein/Maskow*, Art. 82 CISG, Nr. 1.2.

(60) *Hornung/Fountoulakis*, Art. 82, N.13; *Boels*, s. 22; *Ferrari*, Art. 82 CISG, N. 10; *Mü-KO/Huber*, Art. 82 CISG, N. 14; *Weber*, Art. 82 CISG, N. 17; *Zuber*, Art. 82 CISG, N. 10.

(61) *Hornung/Fountoulakis*, Art. 82, N.10; *Boels*, s. 126.

(62) *Hornung/Fountoulakis*, Art. 82, N.10; *Staudinger/Magnus*, Art. 82 CISG,

md. 82/2/a hükmünde yer alan istisnaların son derece geniş çaplı olması nedeniyle bu düzenleme de TBK md. 228'e paralel sonuçlar ortaya çıkmasına neden olmaktadır⁶³.

D- Hukukun Yeknesaklaştırılmasını Düzenleyen Diğer Metinlerdeki Durum

PECL'a (*Principles of European Contract Law/Avrupa Sözleşme Hukuku Prensipleri*) göre⁶⁴, iadenin imkânsız hale geldiği durumlarda da alıcı sözleşmeden dönme hakkını kullanabilecektir. Aynen iadenin yapılamadığı durumlarda, bedel üzerinden iade esası benimsenmiştir. PECL md. 9: 309'a göre sözleşmenin sona ermesiyle ifa ettiği edimi geri alamayan taraf (...) edimin karşı taraf için değeri oranında makul bir bedel talep edebilir. Belirtmek gerekir ki, malın kaza nedeniyle ortadan kalktığı durumlarda iade hasarına iade borçlusunun katlanması gerektiği hususu bugün artık kabul edilen bir esas olmasına rağmen, bu hususa PECL'da açıkça yer verilmemiş olması doktrinde eleştirilmektedir⁶⁵.

PICC'de (*Principles of International Commercial Contracts/Uluslararası Ticari Sözleşme Prensipleri*) de aynen iadenin mümkün olmadığı durumlara ilişkin ayrı bir hüküm yer almaktadır. PICC md. 7.3.6(1)'e göre, aynen iadenin uygun olmadığı veya makul olmadığı hallerde, uygun olduğu takdirde⁶⁶ bedel üzerinden iadede bulunularak sözleşmeden dönülebilecektir. Burada edimin yerine ödenecek olan bedel, ifanın değeri kadar olacaktır. Bu çerçevede, malın ayıbı nedeniyle ortadan kalktığı durumlar dışında, iade borçlusu alıcının malın değerini iade ederek sözleşmeden dönebileceği sonucuna varmak mümkündür.

N.21; Ferrari, Art. 82 CISG, N. 10; Mü-KO/Huber, Art. 82 CISG, N. 14; Boels, s. 136, 152; Weber, Art. 82 CISG, N. 18; Zuber, Art. 82 CISG, N. 11. CISG md. 82 hükmü, sözleşmeden dönme halinde yalnızca satıcının malın kaza veya mücbir sebep riskini taşıdığı risk dağılımı mekanizmasının bir parçası olarak değerlendirilmektedir. Bkz. CLOUT case No. 422 [Oberster Gerichtshof, Austria, 29 June 1999], Unilex.

(63) Bkz. Honsell, Vertragsverletzung, s. 354.

(64) Yeknesaklaştırma projeleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Aksoy, H. C: Impossibility in Modern Private Law, Switzerland 2014, s. 93 vd.

(65) Bkz. Zimmermann, Restitutio, s. 722.

(66) İade imkansızlığının sebebinin temeli satıcının olmadığı tüm durumlarda, alıcının bedel üzerinden iadede bulunması "uygun" olacaktır. Bkz. Honsell, Lebendiges, s. 230.

DCFR (*Draft Common Frame of Reference/Ortak Referans Çerçevesi Taslağı*) md. III. – 3:510 vd. hükümlerinde sözleşmenin sona erdirildiği durumlarda tarafların daha önceden yerine getirmiş oldukları edimleri iade etmekle yükümlü oldukları belirtilmiştir. Bununla birlikte III. – 3:510 (3) ve (4) hükümlerine göre, ifa edilmiş olan edimin iadesi mümkün değilse veya iade edilmesi makul olmayan bir çaba veya masrafta bulunulmasını gerektiriyorsa, edimin değerinin iade edilmesi yoluna gidilecektir. DCFR Art. III. – 3:512 (1) (a) hükmüne göre, bedel üzerinden iade yapılırken edimin ifa anındaki değeri esas alınacaktır. Ayrıca DCFR Art. III. – 3:512 (3) ve (4) hükümlerine göre, iade borçlusu iade alacaklısının borcu sözleşmeye uygun ifa etmemiş olması nedeniyle malı aynen geri veremiyor veya iade borçlusu hataen fakat makul bir şekilde edimin sözleşmeye aykırı olmadığı (ayıplı olmadığı) düşüncesiyle gerçekleştirdiği davranışlar sonucunda malı aynen iade edemiyorsa, bedel üzerinden iade borcunda bir azalma söz konusu olacaktır. Bu çerçevede, örneğin mal kendisinde mevcut ayıp nedeniyle ortadan kalkmış (DCFR Art. III. – 3:512 (4)) veya alıcı malın ayıplı olduğunu fark etmeden önce malı kullanmış, tüketmiş, işlemiş, şeklini değiştirmiş veya üçüncü kişilere temlik etmişse (DCFR Art. III. – 3:512 (4)), bu durumlar hükmünde yer alan bedel üzerinden iade yükümlülüğünün istisnası kapsamında değerlendirilecektir. Böylelikle saymış olduğumuz bu durumlarda iade hasarına satıcı katlanacaktır.

CESL md. 172 vd. hükümlerinde sözleşmeden dönülmesi halinde tarafların iadeyi nasıl gerçekleştirecekleri düzenlenmiştir. Buna göre, sözleşmenin sona ermesi halinde taraflar birbirlerinden almış oldukları şeyi iade etmekle yükümlüdür. Eğer alınan şeyin iadesi mümkün değilse, parasal değerinin⁶⁷ iade edilmesi gerekmektedir (CESL md. 173). Diğer bazı yeknesaklaştırma projelerinde olduğu gibi CESL’da da iadenin yalnızca imkânsız hale geldiği durumlarda değil, makul olmayan bir çaba veya masraf yapılmasını gerektirdiği durumlarda da (diğer tarafın mülkiyete ilişkin menfaatlerini ihlal etmemek koşuluyla) iade borçlusunun bedel üzerinden iadeyi seçim hakkı bulunmaktadır.

(67) CESL md. 173/f. 2’ye göre bedel üzerinden iade yapılırken, mallar iadenin yapıldığı tarihe kadar iade borçlusu nezdinde bozulmadan veya zarara uğratılmadan kalsaydı sahip olacakları değer esas alınacaktır.

OR 2020 Projesi'nde sözleşmelerin tasfiyesi yeknesak bir rejime tabi tutulmuştur (Bkz. Art. 79 vd. OR 2020)⁶⁸. Tasfiye esnasında tarafların birbirlerinden almış oldukları edimleri iade etmeleri gerektiği açıkça belirtilmiş, aynen iadenin imkansız olduğu veya makul olmadığı durumlarda ise ifa edilmiş olan edimin veya hizmetin parasal karşılığının ödeneceği hükme bağlanmıştır (Art. 80 OR 2020)⁶⁹. Bu çerçevede, iade borçlusu edimi elden çıkarmış, edim ortadan kalkmış veya hiç ya da aşırı bir masraf yapılmadan ayrılamayacak şekilde başka şeylerle birleşmişse iade borçlusu bedel üzerinden iadede bulunarak sözleşmeyi sona erdirebilecektir⁷⁰. Bedel üzerinden iadenin nasıl gerçekleştirileceğine ilişkin ise ayrı bir hükme yer verilmiştir⁷¹. OR 2020 md. 82'ye göre, iade edilecek miktar sözleşmenin kurulduğu andaki taraf iradelerine göre belirlenecek, ayrıca aynı hükmün üçüncü fıkrasına göre, ifanın ayıplı olduğu durumlarda bu miktar orantılı olarak düşürülecektir⁷².

Bu noktada belirtmek gerekir ki OR 2020'nin tasfiyeyi düzenleyen hükümlerinde bedel üzerinden iade yükümlülüğünün istisnalarına yer verilmiştir. Bu durum karşısında, örneğin teslim edilmiş olan malın kendisinde mevcut olan ayıp nedeniyle ortadan kalktığı durumlarda iade borçlusunun (konumuz bakımından alıcının) bedel üzerinde iade yükümlülüğü altında olup olmadığı sorusu cevapsız kalmaktadır⁷³.

(68) Ayrıntılı bilgi için bkz. *Buz*, Rückabwicklung, s. 567 vd.; *Lehmann*, M: Innovation durch den OR 2020-Entwurf: Die Vorschriften über die Liquidation, SZW 2015 s. 337 vd, s. 342 vd.;

(69) Ayrıntılı bilgi için bkz. *Buz*, Rückabwicklung, s. 572 vd.

(70) *Huguenin/Hilty/Purtschert*, Art. 81 OR 2020, Nr. 9.

(71) Ayrıntılı bilgi için bkz. *Huguenin/Hilty/Purtschert*, Art. 82 OR 2020, Nr. 1 vd; *Lehmann*, s. 339 vd.

(72) Örneğin piyasa değeri 10.000 TL olan bir araba için taraflar sözleşmede 20.000 TL kararlaştırmış ve bu arabada değerini 1000 TL azaltan bir ayıp mevcutsa; alıcı sözleşmeden döndüğünde satıcıya iade etmesi gereken miktar 18.000 TL'dir. Alıcı söz konusu bu mal için yarı yarıya daha fazla ödemiş olduğundan, iade edilecek miktar belirlenirken de taraf iradeleri esas alınmalı ve ayıbın meydana getirdiği değer azalmasının iki katı olmalıdır (2000 TL). Bkz. *Lehmann*, s. 340.

(73) *Buz*, Rückabwicklung, s. 575.

III. TBK MD. 228/F. 1 HÜKMÜNÜN UYGULANMASININ ŞARTLARI

1. Satım Konusu Malın Ayıp Sebebiyle Yok Olması veya Zarara Uğraması

Mal kendi ayıbı nedeniyle yok olur veya ağır biçimde zarara uğrarsa TBK md. 228/f.1'e göre alıcı dönme hakkını kullanabilecek ve ayıplı maldan elinde ne kaldıysa onu iade ederek satıcıdan satım bedelini geri isteyebilecektir. Bu çerçevede, malın ayıbı nedeniyle ortadan kalkması halinde, alıcının dönme hakkını kullanması engellenmemiş ve iade hasarı satıcıya (iade alacaklısına) yüklenmiştir.

Malın kendi ayıbı nedeniyle yok olması veya zarara uğraması hali, iade imkânsızlığına neden olan sebepler arasında en az tartışmalı olanıdır. Malın kendi ayıbı nedeniyle iadesinin imkânsız hale gelmesinin dönme hakkının kullanılmasına engel olmaması gerektiği konusunda karşılaştırmalı hukukta görüş birliği mevcuttur⁷⁴. Bu çerçevede, TBK md. 228/f.1 hükmünde yer alan düzenleme hukuk politikası açısından da isabetli bir hüküm olarak değerlendirilmektedir⁷⁵.

Bu hükmün temelinde alıcının satım konusu malı iade edebilecek durumda olmamasının rizikosunu, malı ayıplı olarak teslim eden satıcının taşıması gerektiği düşüncesi yatmaktadır⁷⁶. Satıcı, borcunu gereği gibi ifa etmeyerek ayıplı bir mal teslim etmiş olmasının sebebiyet verdiği sonuçları alıcıya yükleyememelidir⁷⁷. Kendi uygun ifa yükümlülüğünü yerine getirmeyerek ayıplı mal teslim eden iade alacaklısı (satıcı), hasarın alıcıya geçtiğine güvenerek satım bedelini iade yükümlülüğünden kurtulamamalıdır⁷⁸.

Bu düzenlemeye ilişkin olarak bir hususa daha değinilmesi yerinde olacaktır: 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda malın ayıp nedeniyle telef ve ziyaa veya hasara uğramasından bahsedilmekteydi. 6098 sayılı TBK'da ise hükme, satım

(74) Karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemeler hk. bilgi için bkz. yuk. § 2, II.

(75) *Hartmann*, S.: Die Rückabwicklung von Schuldverträgen, Zurich 2005, s. 177; *BK-Giger*, Art. 207 OR, N. 9.

(76) *Hartmann*, Nr. 429.

(77) *BK-Giger*, Art. 207 OR, N. 9; *Boels*, s. 93; *Yavuz*, Özel Hükümler, s. 72; *Hartmann*, Nr. 430.

(78) *Röthel*, § 346 BGB, Rdnr. 25; *Mü-Ko/Gaier*, § 346 BGB, Rdnr. 51.

konusu malın ortadan kalkmasının yanı sıra “veya ağır biçimde zarara uğraması” ibaresi eklenmiştir. Bu çerçevede, satım konusu malın ayıp nedeniyle ağır biçimde zarara uğramadığı, hafif bir zararın bir ortaya çıktığı durumlar TBK md. 228/f.1’in kapsamına girmediğinden, alıcının dönme hakkını kullanamayacağı yönünde bir izlenim oluşmaktadır. Bu durum doktrinde haklı olarak eleştirilmiştir⁷⁹. Gerçekten de, ayıplı bir malın bu ayıp nedeniyle zarara uğradığı ve bu nedenle aynen iade edilemediği durumlarda bu zararın ağır mı yoksa hafif bir zarar mı olduğunun dönme hakkının kullanılması üzerinde herhangi bir etkisi olmamalıdır. Burada kast edilen olsa olsa zararın değil, ayıbın ağır, diğer bir ifadeyle önemli bir ayıp olması gerekliliğidir. Dönme hakkının kullanılması için ayıbın önemli olması ise karşılaştırmalı hukukta ve özellikle modern hukukun yeknesaklaştırılması çalışmalarında zaten ayrıca aranmaktadır. Kanımızca bu nedenle TBK md. 228/f.1 hükmünün amaca uygun bir şekilde yorumlanarak, satım konusu malın ayıptan dolayı hafif zarara uğradığı durumların da bu hüküm kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir.

2. Satım Konusu Malın Beklenmeyen Hal veya Mücbir Sebepden Yok Olması veya Ağır Zarara Uğraması

A- Genel Olarak

TBK md. 228/f. 1’de satım sözleşmesinde alıcının satım konusu malı beklenmedik hal veya mücbir sebep neticesinde yok olması ya da ağır biçimde zarara uğramış olması sebebiyle aynen iade edemediği hallerde alıcının elinde kalanı iade ederek dönme hakkını kullanabileceği düzenlenmiştir⁸⁰. Dolayı-

(79) Bkz. *Serozan*, Dönme Hakkının Sınırları, s. 218; *Atamer*, Y: Taşınır Satımı Sözleşmesi, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu: Makaleler – Tebliğler, Der: Doç. Dr. M. Murat İncoğlu, İstanbul 2012, s. 212; *Gümüş*, A: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2013, s. 110. Atamer bu eleştiride bulunurken çarpıcı bir örnekle kanun koyucunun göz ardı ettiği hususu gözler önüne sermektedir. Eğer TBK md. 228/f.1 aynen uygulanırsa ortaya şöyle bir tablo çıkacaktır: Freni bozuk araba bu ayıbı nedeniyle ağaca çarptığı ve parçalandığı ihtimalde, ağır bir zarar ortaya çıktığı için sözleşmeden dönmek mümkün; buna karşılık freni bozuk araba bu ayıbına rağmen iyi bir şoför tarafından bazı çizikler dışında bir hasara uğramadan durdurulduğu halde sözleşmeden dönmek mümkün olmayacaktır.

(80) Doktrinde malın kaza sonucunda önemli ölçüde kötüleşmesinin de malın ortadan kalkmasıyla aynı sonuçlara tabi olması gerektiği belirtilmektedir. Bkz. *BSK-Honsell*, Art. 207 OR, N. 3; *BK-Giger*, Art. 207 OR, N. 12; *Müller-Chen*, M.: CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 1: Innominatkontrakte, Kauf, Tausch,

sıyla aynen iadenin beklenmeyen hal veya mücbir sebep nedeniyle mümkün olmadığı durumlarda iade hasarına satıcı katlanacaktır. Bu durum doktrinde satıcı için oldukça adaletsiz olması gerekçesiyle eleştirilmektedir⁸¹.

Doktrindeki bazı yazarlara göre, kanun koyucu bu hükümle, ayıplı bir mal teslim etmiş olmasından dolayı satıcıyı cezalandırmak istemiştir⁸². Satıcı ayıpsız bir mal teslim etme borcuna aykırı davranmış olduğundan, malın kendi elinde olmayan bir sebeple ortadan kalkması rizikosuna da katlanmak zorundadır⁸³. Satıcı ayıplı bir mal teslim ederek borca aykırı davrandığı için, kendi risk alanında olmayan bir durumdan dolayı da olsa, hasara katlanmak zorunda bırakılmıştır.

Malın kaza nedeniyle ortadan kalktığı hallerde iade hasarına satıcının katlanması gerektiği düşüncesi TBK md. 226/f. 2'ye de dayandırılmaktadır. TBK md. 226/f. 2 hükmüne göre alıcının dönme hakkını kullanabilmesi için, ayıbın “dönme hakkının kullanılmasını haklı gösterecek nitelikte” bir ayıp olması gerekmektedir. Aksi halde hâkim takdir yetkisini kullanarak dönme talep edildiği halde bedel indirimine karar verebilecektir⁸⁴. Alıcı dönme hakkını kullanabildiğine göre ayıp dönme hakkının kullanılmasını haklı gösterecek derecede önemli⁸⁵ bir ayıptır. Önemli bir ayıbı içeren bir mala ilişkin hasarın

Schenkung, Miete, Leihe Art 183-318 OR, 2012 (CHK/Müller-Chen), Art. 207 OR, N. 6.

(81) *Hartmann*, Nr. 441; *BK-Giger*, Art. 207 OR, N. 37; *Buz*, Sözleşmeden Dönme, s. 200; *Serozan*, Sözleşmeden Dönme, s. 427 vd.; *Hatemi*, H./Serozan, R./Arpacı, A.: Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 1998, s. 100; *Glasl*, s. 154 vd, s. 211-212; *Caemmerer*, s. 631; *Wagner*, s. 595 vd; *BeckOK-Grothe*, § 346 BGB Rdnr. 51; *Hellwege*, s. 23; *Kahveci*, s. 293; *Koroğlu*, s. 205, dn. 922.

(82) *Hartmann*, Nr. 434.

(83) *Hartmann*, Nr. 434.

(84) *Hartmann*, Nr. 437.

(85) Hemen belirtelim ki, satın sözleşmesinde (TBK m. 227), istisna sözleşmesinde (TBK m. 475) olduğu gibi alıcının yalnızca malın *önemli* nitelikte bir ayıp ihtiva ettiği hallerde sözleşmeden dönebileceği düzenlenmemiştir. TBK m. 227/f. 4'e göre somut olayın şartlarının sözleşmeden dönmeyi haklı göstermediği hallerde hâkim sözleşmeden dönme talep edilmiş olsa bile bedel indirimine veya satılanın onarılmasına hükmedebilecektir. Doktrinde TBK m. 226'da kullanılan “hal icabının satımın feshini haklı göstermesi” ifadesinden ayıbın önemli nitelikte bir ayıp olması gerektiğinin anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir. Buna göre, maldaki ayıp alıcı için malın ayıplı olduğunu bilseydi, sözleşmeyi yapmayacağı kadar önemli ise, sözleşmeden dönebilmelidir. Bunun dışındaki hallerde hâkim bedel indirimine hükmedebilecektir. Ayrıntılı

alıcıya yüklenmesi doğru olmayacaktır. Böylece alıcı ayıplı olarak teslim almak istemeyeceği bir mala isabet eden hasara katlanma zorunluluğundan kurtulacaktır. Bu yönde bir hasar düzenlemesi alıcının irade özerkliğinin korunmasına da hizmet edecektir⁸⁶. Bu tür bir korumanın sağlanması için alıcıya intikal etmiş olan hasarın tekrar satıcıya yüklenmesi zorunludur. Bu çerçevede, TBK md. 228/f. 1 hükmünde ayıplı bir mal teslim alan alıcının menfaatleri, ayıplı bir mal teslim ederek borca aykırı davranan satıcının menfaatlerinden üstün tutulmuştur.

B- Beklenmeyen Hal veya Mücbir Sebep Kavramı

818 sayılı BK md. 204/f.1'e göre iade konusu edimin *kaza sonucunda* ortadan kalktığı hallerde alıcı maldan elinde kalanı iade ederek sözleşmeden dönebilmektedir. Mevzuatın 207'de de "kaza" (*Zufall*) ifadesine yer verilmiştir. Önceki kanun çerçevesinde kaza kavramından ne anlaşılması gerektiği üzerinde durulurken, BK md. 204/f. 2 anlamında alıcının kusurlu davranışı sayılmayan ve BK md. 204/f. 1 anlamında malın kendi ayıbından kaynaklanmayan nedenlerle malın telef olması veya hasara uğraması halinde kazanın söz konusu olacağı belirtilmekteydi⁸⁷. Diğer bir görüşe göre "kaza" kavramı alıcının bir davranışı olmaksızın satım konusu malın ortadan kalktığı hallerde işaret etmekteydi⁸⁸. Bu nedenle kusursuz da olsa alıcının bir davranışı iade imkânsızlığına sebebiyet vermişse, artık kazadan bahsetmek ve iade hasarını iade alacaklısına (satıcıya) yüklemek mümkün değildi.

6098 sayılı TBK md. 228/f.1'de kaza kavramı yerine "*beklenmedik hal veya mücbir sebep*" ifadeleri kullanılmıştır. Türk Hukuku'nda 818 sayılı Kanun döneminde de BK md. 204/f. 1 hükmünde geçen "malın *kaza* nedeniyle telef veya ziyaa ya da hasara uğraması"ndan "umulmayan/olağanüstü/fevkalade hal"ın anlaşılması gerektiğini savunan yazarlar mevcuttu⁸⁹. Ayıplı malın

bilgi için bkz. Henzen, H. Die Relativierung des Wandelungsanspruchs des Kaufers durch den Vorbehalt des Richterlichen Ermessens gemäss OR 205/II, 1990, s. 4 vd.

(86) Hartmann, Nr. 438.

(87) Hartmann, Nr. 431.

(88) Caemmerer, s. 628.

(89) Edis, S: Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara 1963, s. 104. İsviçre Hukukunda aynı görüşte bkz. Favre, A.: La notion de force majeure et de cas fortuit, en relation avec des événements naturels, dans le régime de la responsabilité civile privée ou de droit public in Sécurité & droit, 2009, no. 3, s. 198.

kaza nedeniyle ortadan kalkması halinde iade hasarına kimin katlanacağını düzenleyen Fransız Medeni Kanunu md. 1647/f. 2 hükmünde de “*cas fortuit*” (beklenmeyen hal) ifadesine yer verildiği görülmektedir.

Umulmayan (fevkalade) hal “bir borcun borçlu tarafından kaçınılmayacak surette ihlaline sebep olan hadise”dir⁹⁰. Bu kavram ayrıca borçlunun kusuru olmaksızın meydana gelen, sözleşme yapıldığı sırada öngörülemeyen ve kaçınılmaz bir şekilde borca aykırılığa neden olan olay biçiminde de açıklanmaktadır⁹¹. Mücbir sebep ise dış kuvvetlerin sonucu olan, borçlunun işletmesiyle bağlantılı bulunmayan (harici), önceden öngörülemeyen, kaçınılmaz ve mutlak bir şekilde borçlunun borca aykırı ifasına sebep olan olay olarak tanımlanmaktadır⁹². Kaza ve mücbir sebep kavramları arasındaki farkın her zaman belirgin olmadığı doktrinde ileri sürülmektedir⁹³.

Beklenmeyen hal ve mücbir sebep kavramları arasındaki temel fark, mücbir sebep olarak nitelendirilen olayların, beklenmeyen hale nazaran daha mutlak ve yoğun bir kaçınılmazlık teşkil etmeleridir⁹⁴. Bunun dışında umulmayan halin, mücbir sebebin aksine, mutlaka tarafların işletme ve faaliyetine yabancı bir dış olay olması da gerekmez⁹⁵. Ayrıca mücbir sebep niteliğindeki bir olayın ortaya çıkmasını yalnızca borçlunun değil, kimsenin engellemesi mümkün değildir⁹⁶. Her umulmayan hal mücbir sebep teşkil etmeyebilir, buna karşılık her mücbir sebep bir umulmayan haldir⁹⁷.

(90) Tandoğan, H.: Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Ankara 1981, s. 46; Favre, s. 197; Edis, s. 104.

(91) Reisoğlu, S.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2006; s. 313.

(92) Favre, s. 198; Kılıçoğlu, A: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 19. bası, Ankara 2015, s. 319; Reisoğlu, s. 313; Eren, F.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2006, s. 579 vd.; Serozan, İfa Engelleri, s. 189; Özçelik, B: Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’na Göre Mücbir Sebepler ve Sonuçları, Türkiye Barolar Birliği Dergisi 2016 (123), s. 303 vd, s. 304 vd.; Von Tuhr, A.: Borçlar Hukukunun Umumi Kısım (çev. Cevat Edege), C. 1-2, Ankara 1983, s. 588. Hukukun yeknesaklaştırılması projelerinde “force majeure” kavramının nasıl anlaşıldığı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Aksoy, s. 97 vd.

(93) Serozan, İfa Engelleri, s. 189.

(94) Kılıçoğlu, s. 319; Eren, s. 582; Favre, s. 198; Özçelik, s. 306 vd.

(95) Eren, s. 581; Reisoğlu, s. 313; Favre, s. 198.

(96) Reisoğlu, s. 313

(97) Reisoğlu, s. 313.

C- TBK md. 228/f. 1 Hükümüne Yöneltilen Eleştiriler

a- TBK md. 228/f.1 hükmünün *Casum Sentit Dominus* İlkesi İle Bağdaşmıyor Olması

Doktrinde bazı yazarlar, malın kaza nedeniyle ortadan kalkması halinde iade hasarına TBK md. 228/f. 1’de belirtildiği gibi satıcının değil, alıcının katlanması gerektiği görüşünü *casum sentit dominus* ilkesi ile temellendirmektedirler. *Casum sentit dominus* ilkesine göre kazayı malik hisseder (ayrıca, *res perit domino*: malın kaybı maliki ilgilendirir⁹⁸). Bu görüş savunucularına göre, iade borçlusu alıcı sözleşme tasfiye edilene kadar satım konusu malın maliki olmaya devam ettiğinden, iade imkânsızlığının sonuçlarına da malik sıfatıyla bizzat katlanmalıdır⁹⁹. O halde kaza sonucunda ortaya çıkan iade hasarına da malın maliki sıfatıyla alıcının katlanması gerekmektedir¹⁰⁰.

Diğer bazı yazarlar ise bu ilkenin iade hasarına kimin katlanacağını belirlenmesi bakımından uygulanamayacağı görüşünü savunmaktadırlar. Eşyaya ilişkin hasarla ilgili bir prensip olan *casum sentit dominus*, *sözleşmesel borç ilişkisi bulunmadığında*, kişinin üzerinde aynı hakka sahip olduğu bir eşyanın hasara uğramasından ötürü ortaya çıkan malvarlıksal kayba kimin katlanacağını belirlemektedir¹⁰¹. Bu ilke, mala verilen zararın üçüncü kişiler tarafından tazmin edilmesini haklı kılan bir hukuki sebep olmadığı durumlarda, bu zarara malikin katlanması gerektiğini ifade etmektedir¹⁰². O halde, *casum sentit dominus* ilkesinin uygulanabilmesi bakımından malı zarar gören malikin zararını üçüncü kişiye yansıtma hakkının bulunup bulunmadığı önem taşımaktadır. Zarardan üçüncü kişilerin sorumlu tutulabilmesi için mala verilen zararın üçüncü kişilerin ne tür davranışlardan kaynaklanması gerektiği ve zararın onlara ne ölçüde yansıtılacağı ise sorumluluk hukukunun konusudur.

(98) Wacke, A.: *Casum sentit dominus: Liability for Accidental Damages in Roman and Modern German Law of Property and Obligation*, Journal of South African Law 318, 1987.

(99) Glasl, s. 211; Huguenin, Allgemeiner und Besonderer, Nr. 2656.

(100) Zarardan üçüncü kişilerin sorumlu tutulabilmesi için mala verilen zararın üçüncü kişilerin ne tür davranışlardan kaynaklanması gerektiği ve zararın onlara ne ölçüde yansıtılacağı ise sorumluluk hukukunun konusudur. Bu nedenle, sorumluluk hukukuna ilişkin bir ilkenin, ifa edilmiş edimlerin tasfiyesinde söz konusu olan iade imkânsızlığı hallerine uygulanmasının ve iade hasarına kimin katlanacağını tespitinde belirleyici rol oynamasının doğru olmadığını belirtilmektedir. Bkz. Hartmann, Nr. 447.

(101) Gümüş, s. 29.

(102) Gümüş, s. 29.

Bu nedenle, sorumluluk hukukuna ilişkin bir ilkenin, ifa edilmiş edimlerin tasfiyesinde söz konusu olan iade imkânsızlığı hallerine uygulanmasının ve iade hasarına kimin katlanacağını tespitinde belirleyici rol oynamasının doğru olmadığını belirtilmektedir¹⁰³.

Gerçekten de, TBK md. 228/f. 1’de hukuk politikası açısından tartışmalı olan, *sözleşmesel bir ilişkinin* tarafı olan alıcının beklenmeyen hal veya mücbir sebep sonucunda ortadan kalkmış olan malı iade etmekle yükümlü olup olmadığıdır¹⁰⁴. Bu nedenle TBK md. 228/f. 1 çerçevesinde iade hasarına kimin katlanacağını, sözleşmesel ilişki dışında uygulama alanı bulan *casum sentit dominus* ilkesi çerçevesinde belirlenmeye çalışılması isabetli değildir¹⁰⁵.

b- Alıcının Ayıpsız Bir Mal Teslim Edilmiş Olmasına Nazaran Daha Avantajlı Duruma Gelmesi

Doktrinde bazı yazarlar TBK md. 228/f. 1’deki hasara ilişkin düzenlemeyi, alıcıyı, kendisine ayıpsız bir mal teslim edilmiş olması halinde bulacağı durumdan çok daha avantajlı bir konuma getirdiği gerekçesiyle eleştirmektedir. Zira alıcıya ayıpsız bir mal teslim edilseydi, mal yine alıcının elinde aynı kazaya uğrayacaktı. Buna karşılık mal ayıpsız olduğu için alıcı satıcıya karşı herhangi bir talep yöneltmeyecek ve bu zarara kendisi katlanmak zorunda kalacaktı. Ayıplı malın beklenmeyen hal nedeniyle ortadan kalktığı hallerde, malın ayıplı olması ile ortadan kalkması arasında bir illiyet bağı bulunmamaktadır¹⁰⁶. Buna karşılık TBK md. 228/f. 1’e göre mal ayıplı olduğu için alıcı satım bedelinin tümünü satıcıdan geri alabilecek, yani sözleşmeye uygun bir ifa yapılmış olmasından çok daha avantajlı duruma gelecektir¹⁰⁷.

(103) *Hartmann*, Nr. 447.

(104) *Buz*, Sözleşmeden Dönme, s. 186.

(105) Yazar bu yorumu, Hartmann gibi, sözleşmeden dönme üzerine sözleşmenin baştan itibaren sona ermeyerek bir tasfiye ilişkisi haline dönüştüğünü kabul eden “Yeni Dönme (Dönüşüm) Teorisi” çerçevesinde yapmaktadır. Zira yazara göre dönüşüm teorisi taraftarlarının bir borç ilişkisi olarak kabul ettikleri tasfiye ilişkisine sözleşme hukuku alanının dışına çıkan *casum sentit dominus* ilkesinin uygulanması tutarlı görünmemektedir. *Buz*, Sözleşmeden Dönme, s. 186.

(106) *BSK-Honsell*, Art. 207 OR, N. 1; *Honsell*, Besonderer Teil, s. 106; *Buz*, Akamete Uğrayan Sözleşme, s. 627; *Serozan*, Dönme Hakkının Sınırları, s. 217; *Honsell*, Schuldrechtsmodernisierung, s. 187.

(107) *Buz*, Sözleşmeden Dönme, s. 197; *Honsell*, Vertragsverletzung, s. 354; *Buz*,

Doktrinde bazı yazarlara göre ise bu eleştiri haklı değildir: Alıcı bir mal satın almak istediğinde bu mala ilişkin rizikolara katlanmayı da peşinen kabul etmektedir. Bununla birlikte alıcının ayıpsız bir mala ilişkin göze aldığı risklerle, ayıplı mala ilişkin göze aldığı risklerin birbirinden ayırt edilmesi gerekmektedir. Mal ayıplı da olsa ayıpsız da olsa alıcının başına aynı kazanın geleceği doğru olabilir. Buna karşılık alıcı bakımından ayıplı malın kazaya uğramasıyla ayıpsız malın kazaya uğramasının farklılık arz etmesi muhtemeldir. Zira alıcı bir mal satın almaya karar verdiğinde, onun ayıplı çıkması halinde dahi malın uğrayacağı tüm kazalara ilişkin riskleri de göze aldığı söylenmesi doğru olmayacaktır. Bunun aksinin kabul edilmesi, alıcıya “*empoze edilen riziko*” olacaktır¹⁰⁸. Alıcıya bu haliyle teslim almak istemeyeceği bir malla ilgili rizikonun empoze edilmesi de alıcının menfaatleri dikkate alındığında kabul edilemez bir sonuçtur. Bu nedenle TBK md. 228/1’deki kazaya ilişkin düzenlemenin, alıcının satım sözleşmesi kurduğu sırada mala ilişkin tüm riskleri peşinen kabul etmiş olduğu ve daha avantajlı duruma geldiği açısından eleştirilmesi doğru değildir.

D- TBK md. 228/f. 1 Hükümünün Yol Açtığı Adaletsiz Sonuçları Ortadan Kaldırmak İçin Doktrinde Öne Sürülen Çözüm Önerileri

a- TBK md. 228/f. 1 Hükümünün Dar Yorumlanması

Doktrinde bir görüşe göre TBK md. 228/f. 1 hükümünün hukuk politikası açısından ortaya çıkardığı adaletsizlik, kanun hükmünün dar yorumlanması vasıtasıyla bertaraf edilebilecektir¹⁰⁹. Bu çerçevede önceki BK md. 204/f. 1’de yer alan “satım konusu malın ayıp nedeniyle *yahut* kaza nedeniyle telef ve ziyaa veya hasara uğraması ayıptan dolayı dönmeye mani olmaz” hükmünün şu şekilde anlaşılması gerektiği savunulmaktaydı: Satım konusu malın ayıp sebebiyle ve kaza nedeniyle telef ve ziyaa veya hasara uğraması sözleşmeden dönmeye engel olmaz. Bu görüşü savunan yazarlara göre kanun metninin bu şekilde yorumlanması halinde, maldaki ayıptan kaynaklanan iade imkânsızlığı dışındaki tüm sebepler dönme hakkının kullanılmasını engellemiş olacaktır¹¹⁰. Diğer bir ifadeyle alıcı, yalnızca kazanın ayıptan kaynak-

Akamete Uğrayan Sözleşme, s. 628.

(108) *Hartmann*, Nr. 453.

(109) *Serozan*, Sözleşmeden Dönme, s. 431.

(110) *Serozan*, Sözleşmeden Dönme, s. 431; *Honsell*, Art. 207 OR, N. 1.

landığı durumlarda kendi iade borcundan kurtularak satıcıdan satım bedelini geri isteyebilecektir. Böylece iade imkânsızlığına yol açan sebep kendi risk alanında gerçekleşen alıcı, bu imkânsızlığın sonuçlarına kendisi katlanacaktır. Bu çerçevede sözleşmeden dönme hakkını kaybedecek ve kendisi hiçbir şey geri vermeden kendi verdiklerini geri alabilmesinin yarattığı adaletsiz sonuç bertaraf edilebilecektir.

Alman Hukuku'nda da TBK md. 228/f. 1'e benzer bir hüküm olan eski § 350 BGB hükmünün sadece ayıp sebebiyle iadenin imkânsızlaştığı hallerde uygulanmasının mümkün olup olmadığı tartışması gündeme gelmiştir. Ancak Türk ve İsviçre hukuklarında ileri sürülen görüş Alman Hukukunda taraftar bulamamıştır. Caemmerer'e göre eski § 350 BGB hükmünün, edimin "ayıbı nedeniyle ve kaza nedeniyle ortadan kalkma"ısıyla sınırlı olacak şekilde yorumlanması, başka bir deyişle malın dönme hakkı sahibinin elindeyken kaza nedeniyle ortadan kalkmasının yalnızca dönmeye sebebiyet veren ayıptan kaynaklandığı hallerde inhisar ettirilmesi mümkün değildir¹¹¹. Böyle sınırlayıcı bir yorum yapılması kanun metni ve kanun koyucunun yaklaşımı son derece açık olduğundan Alman Hukuku bakımından mümkün görülmemiştir¹¹².

b- Beklenmeyen Hal veya Mücbir Sebep Nedeniyle Ortadan Kalkan Malın Bedelinin İade Edilmesi

aa- Bedel Üzerinden İadenin Tercih Edilme Sebepleri

Modern görüş beklenmeyen hal veya mücbir sebep nedeniyle malın ortadan kalktığı hallerde, iade hasarına iade borçlusunun (alıcının) katlanması gerektiğini ileri sürmektedir¹¹³. Bu görüşe göre iade borçlusu (alıcı) mal kaza nedeniyle ortadan kalktığı hallerde, ortadan kalkan malın değerini iade alacaklısına (satıcı) ödemekle yükümlü tutulacaktır. Hemen belirtelim ki bu

(111) Caemmerer, s. 631; Westermann, H.P: Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Hrsg. von Walter Erman, 7. Aufl., Münster 1993, § 350 BGB, Rdnr. 2.

(112) Westermann, § 350 BGB, Rdnr. 2; Caemmerer, s. 631. Yazarlara göre kanun metninin böyle sınırlayıcı bir şekilde yorumlanması İsviçre Hukuku (ve dolayısıyla Türk Hukuku) bakımından zaten mümkün olmayacaktır. Zira Alman Hukukunun aksine İsviçre ve Türk Hukuklarında kaza nedeniyle ve ayıp nedeniyle telef olma yan yana ve seçenekli olarak düzenlenmiştir.

(113) Caemmerer, s. 633; Kaiser, s. 249; Buz, Sözleşmeden Dönme, s. 219; Serozan, Dönme Hakkının Sınırları, s. 217.

görüŖ, Türk hukukunda da bazı yazarlar tarafından savunulmakla birlikte, kanuni bir dayanağı bulunmadığından yalnızca *olması gereken hukuk bakımından* ortaya konabilir. Bu hususun biraz daha açılması ve gerekçelendirilmesi yararlı olacaktır.

TBK md. 228/f. 1 hükmünde malın beklenmeyen hal veya mücbir sebep nedeniyle ortadan kalkması halinde alıcının iade borcundan kurtulması kuralının benimsenmesiyle, kendisine ayıplı mal teslim edilen alıcının uğradığı mağduriyetin giderilmesi amaçlanmıştır. Oysa bu, ayıba karşı tekeffülün koşullarının gerçekleşmesi halinde alıcıya tanınmış olan seçimlik hakların amacıdır. Zaten kanunun tanıdığı seçimlik haklarla yeterince korunmuş olan alıcının bir de beklenmeyen hal veya mücbir sebep nedeniyle ortadan kalkmış olan malı iade borcundan kurtulması, alıcının mağduriyetini gidermekten bir adım ileri gitmekte ve adeta satıcıyı ayıplı ifa nedeniyle cezalandırırken, alıcıyı ise ödüllendirmektedir¹¹⁴. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, bu durumda malın ayıplı çıkması alıcı için oldukça avantajlı olmaktadır. Zira satıcı kendisine ayıpsız bir mal teslim edilmiş olsaydı, malın beklenmeyen hal veya mücbir sebep nedeniyle ortadan kalkmasının sonuçlarına kendisi katlanacakken, ayıplı malın teslimi halinde hem sözleşmeden dönebilecek hem de satım bedelini geri isteyebilecektir. Bu nedenle eğer TBK md. 228/f. 1'in amacı satıcıyı ayıplı mal teslim etmiş olması nedeniyle cezalandırmak ise, malın beklenmeyen hal veya mücbir sebep nedeniyle ortadan kalkması halinde alıcıyı iade yükümlülüğünden tamamen kurtarması yerine malın ayıplı değerini iade etmek zorunda bırakması da yeterli olacaktır¹¹⁵. Aksi halde alıcı yararına haksız bir avantaj sağlanmış olacaktır.

Öte yandan, alıcının beklenmeyen hal veya mücbir sebep nedeniyle satım konusu malın ortadan kalkması halinde TBK md. 228/f. 1 hükmü gereğince iade borcundan tamamen kurtulması, iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olan satım sözleşmesinin niteliğiyle de bağdaşmamaktadır¹¹⁶. Zira tam iki tarafa borç yükleyen satım sözleşmesinin alıcının dönmesi üzerine tasfiyesi halinde de iade borçları bakımından karşılıklılık ilkesinin benimsenmesi daha doğru olacaktır. Bu nedenle de alıcı, iade imkânsızlığı hangi sebepten kaynak-

(114) *Glasl*, s. 211; *Zimmermann*, s. 332; *Buz*, Akamete Uğrayan Sözleşme İlişkileri, s. 628; *Kahveci*, s. 295.

(115) Aynı görüşte bkz. *Glasl*, s. 212; *Buz*, Akamete Uğrayan Sözleşme İlişkileri, s. 629.

(116) *Hartmann*, Nr. 450; *Buz*, Akamete Uğrayan Sözleşme, s. 652.

lanırsa kaynaklansın, beklenmeyen hal veya mücbir sebep nedeniyle ortadan kalkan malın değerini satıcıya iade etmek zorunda olmalıdır¹¹⁷.

Alman Hukuku'nda da TBK md. 228/f. 1'e benzer bir hüküm olan § 350 BGB a.F. bakımından kaza nedeniyle malın ortadan kalktığı hallerde iade hasarına satıcının katlanmasının eleştirildiğini belirtmiştik. Alman Hukukunda bu hükmün hukuk politikası açısından isabetsiz olduğu yönündeki eleştiriler dikkate alınmıştır. Alman Hukuku'nda 2002 yılındaki Borçlar Hukuku Reformuyla iadesi imkânsızlaşan edimin değerinin ödenmesi (bedel üzerinden iade) esası kabul edilmiştir¹¹⁸. Yeni BGB'de kural olarak iadesi gereken edimin iadesinin imkânsızlaştığı tüm hallerde alıcı - kusurlu olup olmadığına bakılmaksızın- bedel üzerinden iade ile yükümlü tutulmuştur¹¹⁹.

bb- Bedel Üzerinden İadenin Gerçekleştirilmesi

Bedel üzerinden iadenin kabul edildiği hallerde iki sorunun çözüme kavuşturulması gerekmektedir: Bunlardan ilki iadesi imkânsızlaşan edimin değerinin ne şekilde belirleneceği, yani objektif (piyasa) değerinin mi, yoksa subjektif yani sözleşmede kararlaştırılan değerinin mi esas alınacağıdır. İkinci olarak da bedeli iade edilecek satım konusu malın alıcıya teslim edildiği andaki değerinin mi yoksa iade anındaki değerinin mi esas alınacağının da tespit edilmesi gerekmektedir¹²⁰.

(117) *Hartmann*, Nr. 450.

(118) Böylelikle BGB § 351 çerçevesinde alıcının dönme hakkını kullanmasının engellenmesi bakımından şart olan kusurun kapsamının belirlenmesi ile ilgili tartışma da konusuz kalmıştır. Kusur kavramının içeriğinin belirlenmesi hakkındaki tartışmalar için bkz. aşa. §4, I.

(119) BGB'de yer alan bu düzenlemenin sözleşmenin tasfiyesinde adaleti ne ölçüde sağlayabildiği de tartışılabilir. Zira § 346 BGB'de kural bedel üzerinden iade olmasına karşılık, § 346/f. 3 BGB'de bedel üzerinden iade yükümlülüğüne bazı istisnalar getirilmiştir. Bu istisnaların söz konusu olduğu hallerde, iade borçlusu mal ortadan kalkmış olsa dahi iadesi imkânsızlaşan edimin değerini ödemekten kurtularak sözleşmeden dönebilecektir. Böylece yeni BGB'de alıcının bedel üzerinden iade yükümlülüğüne getirilmiş olan istisnalar, adeta, kuralı, yani bedel üzerinden iadeyi istisna haline getirmiştir. Bu istisnaların son derece geniş çaplı olması malın beklenmeyen hal veya mücbir sebep nedeniyle ortadan kalktığı çoğu halde § 346/f. 3 BGB'de sayılan istisnalar vasıtasıyla alıcının bedel iadesi borcundan kurtulması; fakat yine de sözleşmeden dönebilmesi sonucunu doğurmuştur. Başka bir deyişle aslında eski § 350 BGB'nin ortaya koyduğu hasar düzeninden farklılaşma çabaları tam anlamıyla istenen sonuca ulaşamamıştır. *Wagner*, s. 608.

(120) *Mü-Ko/Gaier*, § 346 BGB, Rdnr.21; *Glasl*, s. 136; *Buz*, Sözleşmeden Dönme, s.

Bir görüşe göre, malın subjektif, yani sözleşmede kararlaştırılan değerinin değil, objektif değerinin esas alınması gerekmektedir¹²¹. Zira subjektif değer tasfiyeye esas alınması dönme sonucunda geçmişe etkili olarak sona ermiş sözleşmenin hala geçerli olduğu sonucunu doğuracaktır¹²². Malın objektif değerinin bedel üzerinden iadeye esas teşkil ettiğinin kabul edilmesi halinde ise, bu kez de hangi andaki objektif değer esas alınacağının belirlenmesi gerekmektedir. Bir görüşe göre sözleşmeden dönme ile edimlerin karşılıklı değiş tokuşundan önceki durumunun tesisi sağlanmak istendiğinden, edimin ifa edildiği yani satım konusu malın alıcıya teslim edildiği andaki değeri esas alınmalıdır¹²³. Edimin ifa edildiği andaki objektif değeri araştırılırken, ifa edilmiş olan satım konusu malın ayıplı olduğu da dikkate alınarak bir objektif değer saptaması yapılması gerekmektedir¹²⁴.

Alıcının, beklenmeyen hal veya mücbir sebep nedeniyle iadesi imkânsız hale gelen ayıplı malın ayıplı değerini satıcıya iade ederek sözleşmeden dönmesi halinde, satıcı da malın objektif değerinden maldaki ayıp oranında daha azıyla yetinmek zorunda kalacak ve böylece ayıplı ifade bulunmuş olmasının sonuçlarına katlanmış olacaktır. Böylece iade hasarına malın beklenmeyen hal veya mücbir sebep nedeniyle ortadan kalktığı hallerde alıcı katlanmış olacaktır.

Bedel üzerinden iade esasının kabul edildiği hallerde, alıcı için sözleşmeden dönerek iadesi imkânsızlaşan malın değerini ödemesinin bedel indiriminden ne farkı kalacağı sorusu akla gelebilir. Bu soruyu tarafların satım bedelini, satım konusu malın objektif (piyasa) değerinden daha yüksek, daha düşük veya objektif değerine eşit olarak belirledikleri olasılıklarına göre cevaplandırmak gerekmektedir:

Sözleşme taraflarının, satım bedelini, malın objektif (piyasa) değerine eşit olarak belirledikleri ihtimalde sözleşmeden dönme veya bedel indirimi

219; *Hartmann*, Nr. 243; *Hornung*, s. 277.

(121) *Buz*, Akamete Uğrayan Sözleşme, s. 657; *Hellwege*, s. 569; *Hartmann*, Nr. 243.

(122) *Karş*, *Hellwege*, s. 567-568.

(123) *Mü-Ko/Gaier*, § 346 BGB, Rdnr. 21; *Buz*, Akamete Uğrayan Sözleşme, s. 657; *Hellwege*, s. 569; *Hartmann*, Nr. 243; *Glasl*, s. 136.

(124) *Wagner*, s. 606. Alman Hukuku'nda aynı yönde bkz. *Mü-Ko/Gaier*, § 346 BGB, Rdnr. 45.

haklarını kullanması alıcı için aynı sonucu doğuracaktır¹²⁵. Zira her iki halde de alıcı malın ayıplı piyasa değeri miktarında ödemede bulunacaktır. Objektif (piyasa) değeri 1000 TL olan bir mal için satım bedelinin 1000 TL olarak kararlaştırıldığı ve maldaki ayıbın malın değerini 500 TL azalttığını varsayalım. Bu durumda alıcı, bedel indirimi hakkını kullanmayı tercih ederse $(1000 \times 500 / 1000)$ 500 TL ödemesi gerekecektir¹²⁶. Alıcı sözleşmeden dönmeyi seçerse, bedel üzerinden iade esasına göre ödeyeceği miktar malın objektif ayıplı değeri, yani 500 TL olacaktır.

Tarafların malın piyasa değerinden daha yüksek bir satım bedeli kararlaştırdıkları halde hangi seçeneğin alıcı için daha avantajlı olacağını bir örnekle açıklayalım. Taraflar piyasa değeri 1000 TL olan bir mal için 1500 TL ödeneyeceğini kararlaştırmışlardır. Maldaki ayıp, malın değerini 500 TL azaltmaktadır. Bu durumda bedel indirimi seçen alıcının ödeyeceği bedel $(1500 \times 500 / 1000)$ 750 TL'dir. Oysa alıcı sözleşmeden dönmeyi seçseydi, malın ayıplı objektif değerini, yani 500 TL'yi satıcıya iade edecekti. Bu nedenle malın piyasa değerinden daha yüksek bir satım bedeli kararlaştırıldığı hallerde sözleşmeden dönerek bedel üzerinden iade borcunu yerine getirmek alıcı için daha avantajlı olacaktır¹²⁷.

Tarafların malın piyasa değerinden daha düşük bir satım bedeli kararlaştırdıkları duruma gelince: Taraflar piyasa değeri 1000 TL olan bir mal için 500 TL ödeneyeceğini kararlaştırmışlardır. Malda mevcut olan ayıp malın değerini 500 TL azaltmaktadır. Alıcı bu sefer bedel indirimi hakkını kullanmayı tercih ettiğinde ödemesi gereken bedel $(500 \times 500 / 1000)$ 250 TL'dir. Oysa

(125) *Hartmann*, Nr. 295. Alman Hukuku'nda *Wagner*, eski § 351 BGB hükmüne göre alıcının kusurlu bir davranışıyla malın ortadan kalkmasına sebebiyet vermesi sonucunda bedel indirimi hakkını kullanmak zorunda kalması ile reform sonrası BGB § 346 hükmünün öngördüğü bedel üzerinden iadenin alıcı için ekonomik açıdan aynı sonucu doğurduğunu ifade etmektedir. Zira malın piyasa değeri ile satım bedeli birbirine eşit olduğu hallerde, alıcı malı kusuruyla ortadan kaldırdığında, tıpkı bedel indiriminde olduğu gibi, malın objektif değerini değil, ayıplı değerini ödeyecektir, *Wagner*, s. 606.

(126) Bu hesaplama İsviçre ve Türk doktrinde indirilecek bedelin belirlenmesi konusunda hâkim görüş olan nisbi metod esas alınarak yapılmıştır. Nisbi metoda göre ödenecek bedel şu şekilde hesaplanacaktır:

(Satım konusu mal için sözleşmede kararlaştırılan bedel X Ayıplı objektif değer) / (Ayıpsız objektif değer).

(127) *Hartmann*, Nr. 297.

alıcı sözleşmeden dönerek bedel üzerinden iadede bulunmayı seçseydi, malın ayıplı piyasa değeri olan 500 TL'yi ödemek zorunda kalacaktı. Buna göre, malın piyasa değerinden daha düşük bir satım bedeli kararlaştırıldığı hallerde sözleşmeden dönmek yerine bedel indirimini tercih etmek alıcı için daha avantajlı olacaktır¹²⁸.

c- Görüşlerin Değerlendirilmesi

Malın beklenmeyen hal veya mücbir sebep nedeniyle ortadan kalktığı hallerde iade hasarına satıcının katlanmasına yöneltilen eleştirilerin ve bu eleştirilerden hareketle doktrinde önerilen çözüm yollarının değerlendirilmesi yararlı olacaktır:

Bu çözüm yollarından, TBK md. 228/f. 1'in yorum yoluyla farklı şekilde anlaşılmasını öneren çözüme katılmıyoruz. Kanımızca TBK md. 228/f.1'de yer alan "ayıp veya beklenmeyen hal veya mücbir sebep nedeniyle" ifadesini "ayıp ve beklenmeyen hal veya mücbir sebep nedeniyle" biçiminde sınırlayıcı bir yorumla anlamak mümkün değildir. Zira kanun koyucunun iradesinin malın ayıp nedeniyle ve beklenmeyen hal veya mücbir sebep nedeniyle ortadan kalkmasını iki farklı ihtimal olarak ele aldığı ve iki halde de iade hasarına satıcının katlanmasını istediği açıktır. Ayrıca bu görüş kabul edildiği takdirde, bu kez de beklenmeyen hal veya mücbir sebep gerçekleşmediği durumlarda, malın ayıbından ötürü ortadan kalkması halinde iade hasarına alıcının katlanması söz konusu olacaktır- ki bunun kanun koyucunun iradesine aykırı olacağı açıktır.

Kanımızca malın beklenmeyen hal veya mücbir sebep nedeniyle ortadan kalktığı hallerde alıcının sözleşmeden dönme hakkını kullanma imkanının -mevcut durumda olduğu gibi- muhafaza edilmesi yerinde olacaktır. Bununla birlikte, alıcı dönme hakkını ancak iade edemediği malın değerini ödeyerek, yani bedel üzerinden iadede bulunarak kullanabilmelidir. Bu anlayış yukarıda da çeşitli vesilelerle belirttiğimiz üzere günümüzde artık modern kanunlarda ve uluslararası metinlerde de yaygınlaşmaya başlamıştır. Bu noktada olması gereken hukuk açısından değerlendirildiğinde, bedel üzerinden iadenin Türk Hukukunda da benimsenmesinin neden isabetli olacağına ilişkin gerekçelerin açıklanması yararlı olacaktır.

(128) *Hartmann*, Nr. 296.

İlk olarak belirtelim ki, satım sözleşmesinin tasfiyesine TBK md. 228/f. 1 hükmünün uygulanması, doktrinde sıkça eleştirilen sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanmasından bile daha elverişsiz sonuçlar doğurmaktadır. Bu hususun daha iyi anlaşılabilmesi için satıcının ayıplı mal teslim etmesi nedeniyle alıcının sözleşmeden dönme hakkını kullanması halinde, sözleşmenin tasfiyesine sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulanıyor olsaydı ortaya çıkacak hukuki duruma kısaca göz atılması yararlı olacaktır: Sebepsiz zenginleşme teşkil etmesi nedeniyle iade edilmesi gereken edim, eğer iade gününde alındığı günkü durumunda bulunmuyorsa, bunun objektif değerinin (piyasa değerinin) iade edilmesi gerekmektedir¹²⁹. Yani kural, öncelikle aynen iade, iade mümkün değilse bedel üzerinden iadedir. Buna karşılık eğer sebepsiz zenginleşen kişi iyi niyetli ise, yani iade ile yükümlü olduğunu bilmiyor ve bilmesi gerekmiyorsa, iade talep edildiği anda malın elinden çıkmış olduğunu kanıtlayarak bedel üzerinden iade etme borcundan kurtulmaktadır. Başka bir deyişle “zenginleşmenin kalktığı savunması” çerçevesinde iyi niyetli sebepsiz zenginleşen tasfiye talep edildiği sırada maldan elinde ne kalmışsa, onu iade edecek; elinde hiçbir şey kalmamışsa iade yükümlülüğünden tümüyle kurtulacaktır (TBK md. 79/f. 1)¹³⁰. Böylece iade borçlusu sebepsiz zenginleşenin, sözleşme çerçevesinde kendisine ifa edilmiş olan edimin kalıcılığına ilişkin güveni korunmuş olmaktadır¹³¹.

Bu yönüyle TBK md. 228/f. 1 hükmünün, sebepsiz zenginleşme kurallarından farklı bir sonuç doğurmayacağı düşünülebilir. Zira TBK md. 228/f.1’e göre de iade borçlusu alıcı, malın beklenmeyen hal veya mücbir sebep nedeniyle ortadan kalktığı hallerde elinde kalanı iade ederek sözleşmeden dönmektedir. Ancak sebepsiz zenginleşme literatüründe genellikle zenginleşmenin kalktığı definin ileri sürülmesinin iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerin tasfiyesi ile bağdaşmadığı kabul edilmektedir¹³². Bunun sonucu olarak, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerin sebepsiz zenginleşme hukuku kuralları çerçevesinde daha adil bir şekilde tasfiye edilebilmesi için bazı teoriler ileri sürülmektedir. Bu teoriler vasıtasıyla iade borçlusunun iadeyi gerçekleştire-

(129) *Serozan*, İfa Engelleri, s. 363; *Buz*, Sözleşmeden Dönme, s. 176; *Eren*, s. 904 vd.

(130) *Serozan*, İfa Engelleri, s. 369; *Buz*, Sözleşmeden Dönme, s. 176; *Eren*, s. 911 vd; *Von Tuhr*, s. 438.

(131) *Serozan*, İfa Engelleri, s. 363.

(132) *Buz*, Akamete Uğrayan Sözleşme, s. 625, 630; *Serozan*, İfa Engelleri, s. 375.

mediği hallerde hasara iade alacaklısının katlanması sonucunu doğuran hükümlerin (TBK md. 79/f. 1) hiçbir sınırlama olmaksızın uygulanması önlenmek istenmiştir.

İkili sebepsiz zenginleşme teorisi, tarafların iade borçlarının birbirinden bağımsız olarak belirlenmesini esas almaktadır. Bu teoriye göre sözleşmenin tasfiyesi esnasında iade borçlularından her biri zenginleşmenin mevcut olmadığı savunmasından bulunarak iade borcundan kurtulabilmektedir¹³³. İkili sebepsiz zenginleşme teorisi, zenginleşmenin ortadan kalktığı def'inin ileri sürülmesinin ortaya çıkardığı sonuçların önüne geçilmesinde yetersiz kaldığından, yargı kararlarıyla saldo teorisi geliştirilmiştir¹³⁴. Saldo teorisi özellikle Alman Hukukunda kabul edilmektedir. Saldo teorisi (hesap artışı kuramı), iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde ifa edilmiş bir edimin, karşı edim dikkate alınmaksızın geri alınamayacağını ortaya koymaktadır¹³⁵. Bu çerçevede saldo teorisine göre, daha önce ifa etmiş olduğu edimin iadesini talep eden tarafın, kendisine ifa edilmiş olan edimi de karşı tarafa iadeye hazır olması gerekmektedir. Bu teoriye göre sebepsiz zenginleşmenin konusu, karşılıklı olarak ifa edilmiş olan edimlerin değerlerinin arasındaki fark (bakiye) olarak belirlenecektir¹³⁶. Kendisine ifa edilmiş olan edimi iade edemeyen taraf, bu edimin değeri oranında daha önce ifa ettiği edimin iadesini talep edemeyecektir¹³⁷. Böylece iade borçlusunun, zenginleşmenin ortadan kalktığı savunmasında bulunarak iadede kaçınma; aynı zamanda da ifa ettiği bedelin tamamını geri alma imkânı ortadan kaldırılmış olmaktadır. Başka bir deyişle, iade etmekle yükümlü olduğu edimin iadesi imkânsızlaşan tarafın, hem kendi iade borcundan kurtulması hem de karşı taraftan karşı edimi istemesi kural olarak mümkün olmayacaktır.

(133) Bkz. *Buz*, Akamete Uğrayan Sözleşme İlişkileri, s. 631; *Sieber*, L.: Der bereicherungsrechtliche Ausgleich bei Leistungsketten, ASR - Abhandlungen zum Schweizerischen Recht Band/Nr. 807, 2015 s. 97; *Huguenin*, s. 533 vd; *Mü-Ko/Schwab*, §818 BGB, Rdnr. 209.

(134) *Hornung*, s. 134; *Buz*, Akamete Uğrayan Sözleşme İlişkileri, s. 631.

(135) *Caemmerer*, s. 635; *Serozan*, İfa Engelleri, s. 438; *Bucher*, E.: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil (Allgemeiner Teil), Bern 1979, s. 690; *Schwenzer*, Nr. 58.17; *Hartmann*, s. 151 vd ; *Sieber*, s. 97; *Huguenin*, s. 534 vd.; *Mü-Ko/Schwab*, §818 BGB, Rdnr. 210.

(136) *Serozan*, İfa Engelleri, s. 377; *Gauch*, P./*Schlupe*, W.: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bd. 1, 9. Aufl., Zurich 2008, N. 1527.

(137) *Serozan*, İfa Engelleri, s. 377; *Eren*, s. 917 vd.

Taraflardan birinin önceden ifa ile yükümlü olduğu hallerde taraflardan yalnızca birisi (önceden ifa alacaklısı) iade borçlusu olacağından, iade edilecek edimler arasındaki farkı tespit etmek mümkün olmamaktadır¹³⁸. Bu teorinin yetersiz kalması nedeniyle *Canaris* ve *Flume* tarafından, yenilenmiş ikili sebepsiz zenginleşme teorileri olarak ifade edilebilecek görüşler ileri sürülmüştür.

Canaris ve *Flume* tarafından ileri sürülen görüşlerin temel amacı yine zenginleşmenin ortadan kalktığı savunmasında bulunulmasının meydana getirdiği adaletsiz sonuçları bertaraf etmektir. *Flume*'nin ileri sürdüğü “isnat edilebilir, malvarlığına ilişkin karar” görüşüne göre, alıcı satım sözleşmesini yaparak ve satıcıya satım bedelini ödeyerek satım konusu malı malvarlığına dâhil etmiştir. Böylece alıcı kendisine isnat edilebilir, malvarlığına ilişkin bir karar vermiştir. Alıcının bu kararı artık kendi malvarlığında yer alan satım konusu malın uğrayacağı hasarı üstlenme iradesini de içermektedir¹³⁹. Bu nedenle sözleşme geçersiz de olsa alıcı vermiş olduğu bu karar çerçevesinde zenginleşmenin ortadan kalktığı savunmasını ileri sürerek satıcıya iadesi imkânsızlaşan edimin bedelini iade etmekten kaçınmamalıdır. Bu nedenle malın beklenmeyen hal veya mücbir sebep nedeniyle ortadan kalktığı hallerde iade hasarına alıcı katlanmalıdır¹⁴⁰. *Canaris*'in ileri sürdüğü “karşı edimin istirdadı” görüşü ise, zenginleşmenin ortadan kalktığı savunmasını düzenleyen TBK md. 79/f.1'in temel aldığı fıkirden hareket etmektedir. Bu çerçevede alıcı bir satım sözleşmesi ifa edildiğinde kendi iktisabının kalıcılığına güven duymakta ve ayrıca bunun karşılığında kendi ifa ettiği satım bedelinin de kendi malvarlığından çıkmasını göze almaktadır. Bu nedenle alıcı sadece malvarlığından çıkarmayı göze aldığı kendi ediminin değerini aşan kısım bakımından satıcıya karşı zenginleşmenin kalktığı savunmasında bulunabilecektir. Başka bir deyişle sadece iade edemediği edimin değeri ile satım bedeli arasındaki bu farkı satıcıdan geri isteyebilecektir¹⁴¹.

(138) *Hartmann*, Nr. 370; *Buz*, Akamete Uğrayan Sözleşme İlişkileri, s. 633.

(139) *Flume*, W.: Die Saldotheorie und die Rechtsfigur der ungerechtfertigten Bereicherung, AcP 194 (1994), s. 439. vd.; *Hartmann*, Nr. 376. *Buz*, Akamete Uğrayan Sözleşme İlişkileri, s. 634 vd.

(140) *Hartmann*, Nr. 377.

(141) *Canaris*, C. W.: Die Gegenleistungskondiktion, Festschrift für Werner Lorenz zum siebzigsten Geburtstag, Tübingen 1991, s. 24 (*Hartmann*, Nr. 378 ve *Hornung*, s. 133'den

Görüldüğü üzere, sözleşme sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre tasfiye edildiğinde, iade borçlusunun beklenmeyen hal veya mücbir sebep sonucunda iadesi imkânsız hale gelen edimi iade borcundan kurtulması yukarıda aktarılan çeşitli teorilerle sınırlanmaya çalışılmaktadır. Sebepsiz zenginleşme hukukunda bu teorilerin uygulanması vasıtasıyla iade borçlusunun iade borcundan tümüyle kurtulamaması ve iade hasarını malın yok olması veya kötüleşmesiyle hiçbir ilgisi olmayan iade alacaklısının omuzlarına yükleyememesi hedeflenmektedir. Buna karşılık, TBK md. 228/f. 1’de ayıplı mal teslim edilen alıcının beklenmeyen hal veya mücbir sebep nedeniyle ortadan kalkan malı iade edemediği halde sözleşmeden dönebilmesi ve hiçbir tereddüt olmaksızın iade yükümlülüğünden tamamen kurtularak satım bedelini geri alabilmesindeki mantığın izahı güçtür¹⁴².

Hemen belirtelim ki, sebepsiz zenginleşme hükümlerine ilişkin olarak yaptığımız bu açıklamalar sadece teorik bir varsayımdan hareketle yapılan bir karşılaştırma niteliği taşımamaktadır. Sebepsiz zenginleşme hükümlerinin satıcının alıcıya ayıplı bir mal teslim ettiği durumlarda da uygulanma ihtimali mevcuttur. Gerçekten de ayıplı bir mal teslim alan alıcının ayıba karşı tekeffül hükümleri dışında ayrıca yarışmalı olarak hata ve hile hükümlerine de başvurabileceği doktrinde kabul edilmektedir¹⁴³. Başka bir deyişle alıcı ayıplı bir

naklen). Daha ayrıntılı bilgi için bkz. *Buz*, Akamete Uğrayan Sözleşme İlişkileri, s. 636 vd.

(142) Gaier’e göre yeni § 346 BGB hükmünde benimsenmiş olan “iade imkânsızlığı halinde malın değerinin iade edilmesi” (*Wertersatz*) esasının kabul edilmesi, içtihatlarla kabul edilmiş olan saldo teorisinin zenginleşmenin iade edilemediği hallerde ortaya koyduğu çözümle bağdaşmaktadır: *Mü-Ko/Gaier*, § 346 BGB, Rdnr.37. 2002 değişikliğinden önceki § 350 BGB hükmünün saldo teorisinin öngördüğü risk dağılımıyla ve iade esaslarıyla bağdaşmadığı konusunda bkz. *Hellwege*, s. 24.

(143) Bu konuda bkz. *Schmidlin*, B.: Berner Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Mängel des Vertragsabschlusses, Art. 23-31 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Bern 2013 (*BK-Schmidlin*), Art. 24 OR, N. 339 vd; *Honsell*, Besonderer Teil, s. 142; *Aral*, F.: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2007, s. 160-161; *Kocayusufoğlu*, N.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2008, s. 409-411; *Gümüş*, s. 66 vd.; *Oğuzman*, M. K./Öz, T.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2014, s. 486, dn. 468; *Eren*, s. 408; *Eren*, Öze Hükümler, s. 156 vd; *Tercier*, P.: Les Contrats Spéciaux, Fribourg 2002, N. 625; *Yavuz*, Satıcının Satılanın Ayıplarından Sorumluluğu, s. 20; *Bucher*, Besonderer Teil, s. 109. Ayıplı ifa esas itibarıyla BK m. 96 hükmünde düzenlenen borca aykırılık hallerinden “kötü ifa”nın satım sözleşmesinde özel düzenlenmiş şeklini teşkil etmektedir. Ayıba karşı tekeffülün

mal nedeniyle ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kullanabileceği gibi, hata veya hilenin koşullarının bulunması halinde sözleşmenin iptalini de isteyebilecektir. Alıcının irade sakatlığı nedeniyle sözleşmenin iptalini istediği ihtimalde, tasfiye sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre gerçekleşecektir. Alıcının ayıplı malı iade edemediği durumlarda, iptal hakkını kullanmak istemesi halinde farklı, dönme hakkını kullanmayı tercih etmesi halinde farklı bir sonucun ortaya çıkmasını tatmin edici bir şekilde gerekçelendirmek mümkün değildir.

Bu farkın ortaya çıkardığı adaletsizliği vurgulayabilmek adına alıcının sözleşmenin iptalini istediği hallerde iade problematiğinin sebepsiz zenginleşme hükümlere göre tasfiyede nasıl çözüldüğüne kısaca değinilmesi yararlı

maddi şartlarının bulunduğu hallerde, Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerinde düzenlenmiş olan irade sakatlığı hallerinin veya haksız fiilin şartlarının da aynı anda gerçekleşmiş olması mümkündür. Örneğin satım sözleşmesinin kurulması sırasında satıcı tarafından zikir veya vaad edilmiş olan vasıfların bulunmadığı bir mal teslim edildiği hallerde, eğer zikir ve vaad edilen vasıflar aynı zamanda alıcı için olmazsa olmaz nitelik teşkil ediyorsa, temel hatasının da koşulları gerçekleşmiş olacaktır. Satıcının satım konusu maldaki ayıpları hile ile gizlediği veya malda bulunmayan vasıfları aldatma kastıyla var göstermesi halinde hilenin koşulları da gerçekleşmiş olabilecektir. Doktrinde bir görüş bu halde ayıba karşı tekeffül hükümlerinin özel hüküm (*lex specialis*) olarak uygulanması gerektiğini ve bu sebeple genel hüküm nitelikli hata hükümlerinin uygulanma imkânı olmadığını belirtmektedir. İsviçre'de hâkim olan diğer görüşe göre ise hata ve hile hükümleri ile ayıba karşı tekeffül hükümleri arasında bir özellik-genellik ilişkisi bulunmamaktadır. Zira irade sakatlığı hükümleri, sözleşmenin kurulması aşamasındaki bir olguyu düzenlerken, ayıp hükümleri ifa aşamasına ilişkin bir olguyu düzenlemektedir. Bu nedenle alıcının başvurabileceği hakların bir yarışma halinde olduğu kabul edilmektedir. Bu çerçevede alıcı seçim hakkını isterse ayıba karşı tekeffül hükümleri yönünde isterse irade sakatlığı hükümleri yönünde kullanabilir. Alıcının ayıba karşı tekeffül hükümlerine başvurabilmesi için gerekli olan muayene ve ihbar külfetlerini gerçekleştirmemiş olduğu hallerde veya seçimlik haklarını süresinde kullanmamış olduğu hallerde, hata ve hile hükümlerine de başvurabileceği kabul edilmektedir. İsviçre Federal Mahkemesi de, hayvan satımları dışındaki satım türlerinde, alıcının ayıba karşı tekeffül ile hata ve hile hükümlerinin yarışmalı olarak uygulanacağı kanaatindeydi. Ancak Mahkeme bir kararında (BGE 127 III 85), alıcının ayıba karşı tekeffül hükümlerine başvurmuş olmasının, satım sözleşmesine icazet vermiş olduğu anlamına geldiği ve bu nedenle artık irade sakatlığı hükümlerine başvurmayacağı yönünde bir karar vermiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. *Gauch/Schluep*, Nr. 806; *Aral*, s. 160; *Kocayusufpaşaoğlu*, s. 409-415; *Gümüş*, s. 66 vd.; *Oğuzman/Öz*, s. 486, dn. 468; *Eren*, s. 408; *Tercier*, N. 625; *Tandoğan*, H.: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. I/1, Ankara 1984, s. 228; *BK-Schmidlin*, Art. 24 OR, N. 324 vd.

olacaktır: Alıcı sözleşmeyi irade sakatlığına dayanarak iptal ettiği hallerde, sözleşme taraflarının bu sözleşme çerçevesinde ifa etmiş oldukları edimler, sebebin ortadan kalkması (*condictio ob causam finitam*) nedeniyle taraflar için sebepsiz zenginleşme teşkil edecektir¹⁴⁴. Bu halde sebebi ortadan kalkan kazandırmaların karşılıklı olarak iade edilmesi gerekecek¹⁴⁵ ve iade borcunun kapsamı sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre belirlenecektir. Ayıplı bir mal teslim alan alıcı, bu maldaki ayıp nedeniyle sözleşmeden döneceğini ve iade ile yükümlü olacağını bilmiyor ve bilmesi de gerekmiyorsa, sebepsiz zenginleşme hukukuna göre iyi niyetli sayılacaktır. Ancak malın beklenmeyen hal veya mücbir sebep nedeniyle ortadan kalktığı hallerde alıcı iyi niyetli olsa da iade borcundan tümüyle kurtulamayacaktır. Zira yukarıda da belirtildiği üzere zenginleşmenin kalktığı savunmasının hiçbir sınırlama olmaksızın uygulanması doktrinde eleştirilmektedir. Buna göre iptal edilen sözleşmenin tasfiyesine sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulanırken saldo teorisi esas alınacaktır. Saldo teorisine göre alıcı satıcıya malın objektif değerinden daha yüksek bir satım bedeli ödemişse, satım bedeliyle malın objektif değeri arasındaki farkı (saldo) satıcıdan isteyebilecektir¹⁴⁶. Buna göre alıcı yalnızca satım sözleşmesi gereğince ifa ettiği satım bedeli ile kendisine teslim edilen ayıplı malın değeri arasındaki farkı satıcıdan geri isteyebilecektir¹⁴⁷. Başka bir deyişle, alıcı sözleşmeyi iptal ettiği ve beklenmeyen hal veya mücbir sebep nedeniyle malı iade edemediği takdirde satım bedelinin tümünü değil bir kısmını, yani, ayıplı mal için gerçek değerinin üzerinde ödediği kısmı satıcıdan talep edebilecektir¹⁴⁸.

Bu durumda karşımıza şöyle bir sonuç çıkmaktadır: Alıcı satım sözleşmesinin hata veya hile nedeniyle iptalini istediğinde, satıcıdan yalnızca *ayıplı mal için ödediği bedel ile malın objektif değeri arasındaki farkı* isteyebilirken, ayıba karşı tekeffül hükümlerine başvurduğunda *satım bedelinin tümünü* satıcıdan geri isteyebilmektedir. Dolayısıyla, satım konusu malın beklenme-

(144) Kılıçoğlu, s. 536; Buz, Sözleşmeden Dönme, s. 119; Serozan, Sözleşmeden Dönme, s. 60; Gauch/Schluep, Nr. 1487; Von Tuhr, s. 431

(145) Serozan, İfa Engelleri, s. 363; Eren, s. 899; Gauch/Schluep, N. 1487; Von Tuhr, s. 432.

(146) Serozan, İfa Engelleri, s. 375-378; Eren, s. 917.

(147) Caemmerer, s. 635.

(148) Caemmerer, s. 639.

yen hal veya mücbir sebep nedeniyle ortadan kalktığı hallerde, hata ve hile hükümlerine başvurmak yerine ayıba karşı tekeffül hükümlerine başvurulması, alıcı için çok daha avantajlı olacaktır. Ayıplı bir mal teslim alan alıcının hata veya hile hükümlerine başvurmayı seçtiği hallerde farklı bir tasfiye düzenine, ayıba karşı tekeffül hükümlerine başvurmayı seçtiğinde farklı- ve *daha avantajlı* (TBK md. 228/f.1)- bir tasfiye düzenine göre sözleşmeyi sona erdirmesinin sebebinin açıklanması güçtür. Bu nedenle modern hukuk düzenlerinde ve hukukun birleştirilmesi çabaları çerçevesinde ortaya çıkan uluslararası metinlerde benimsenen, “bedel üzerinden iade” çözümüne üstünlük tanınması daha isabetli olacaktır.

IV. SATIM KONUSU MALIN ALICIYA YÜKLENEBİLEN BİR SEBEP YÜZÜNDEN ORTADAN KALKMASI

1. Genel Olarak

TBK md. 228/f. 2’ye (İBK md. 207/f. 3) göre satım konusu malın *alıcıya yüklenebilen bir sebep* yüzünden yok olması halinde alıcı dönme hakkını kullanamayacak, yalnızca satım bedelinin indirilmesini talep edebilecektir. Bu durum 818 sayılı Borçlar Kanunu’nda, “satım konusu malın alıcının taksi-riyle (ihmaliyle) ortadan kalktığı durumlarda dönme hakkını kullanamayacağı” şeklinde ifade edilmişti.

Satım konusu malın alıcının kusuruyla ortadan kalkması nedeniyle aynen iade edilemediği durumlarda dönme hakkının kullanılamayacağı esası Roma Hukukunda da tartışmasız kabul edilmekteydi. Roma Hukukunda da alıcı, hayvan veya köleyi kendisinden ya da kendisinin sorumlu olduğu kişilerden kaynaklanan sebeplerden ötürü iade edemediği hallerde dönme hakkını kullanamıyordu¹⁴⁹. Aynı şekilde alıcının köleyi kendisinin serbest bıraktığı hallerde dönme hakkını kaybedeceği kabul ediliyordu¹⁵⁰.

2002 yılı öncesinde Alman Hukukunda § 351 BGB’ye göre, iade borç-lusu edimi kendi kusuruyla önemli ölçüde kötüleştirmiş, edimin ortadan kalkmasına neden olmuş veya iadeyi başka bir şekilde imkânsız hale getirmişse, dönme hakkını kullanamıyordu¹⁵¹. Yeni § 346 BGB, iadesi gereken edimin

(149) Jörs/Kunkel/Wenger/Honsell/Mayer-Maly/Selb, s. 317.

(150) Wagner, s. 593.

(151) Westermann, § 351 BGB, Rdnr. 1.

iadesi her ne sebeple imkânsız hale gelmiş olursa olsun dönme hakkının kullanılabilmesini kural olarak mümkün kılmıştır. Anılan hükme göre alıcının kusuruyla malın iadesini imkânsızlaştırdığı hallerde dahi, bu malın değerini satıcıya ödeyerek dönme hakkını kullanması ve satım bedelini geri alması mümkündür.

Viyana Satım Sözleşmesi md. 82/2/a'ya göre ise malın iadesinin imkânsız hale gelmesinde alıcının bir eylemi veya ihmali bulunmuyorsa sözleşmeden dönmesi mümkündür. Hükümün zıt yorumundan alıcının bir eylemi veya ihmali bulunan hallerde alıcının sözleşmeden dönme hakkını kullanamayacağı çıkarılabilmektedir¹⁵². Burada önemli olan, iade imkansızlığına neden olan riskin, alıcının kontrol ve etki alanında gerçekleşmiş olmasıdır¹⁵³.

818 sayılı Borçlar Kanunu'nda "alıcıya yüklenebilen sebep" kavramı yerinde "kusur" kavramının kullanıldığını belirtmiştik. Önceki kanun döneminde hükümde geçen "kusur" kavramından ne anlaşılması gerektiği tartışmalıydı. Hükümde bahsedilen kusurun teknik anlamda kusur olarak anlaşılmasının mümkün olmadığı düşünülmekteydi¹⁵⁴. Gerçekten de alıcının maliki olduğu bir mala ilişkin kusurlu bir davranışından söz edilmesi yadırgatıcıdır. Ayıplı bir mal teslim almış olan alıcı, ayıptan haberdar olmadan önce sözleşmeden döneceğini ve malı iade etmekle yükümlü olabileceğini düşünemeyeceğinden, kendisini malın kesin olarak maliki olduğunu kabul etmekte haklıdır ve mal üzerinde malik sıfatıyla dilediği gibi tasarrufta bulunmaya yetkilidir¹⁵⁵. Bu tasarrufların ise kusur olarak nitelendirilmesi söz konusu olamaz.

(152) Örneğin alıcı kendisine teslim edilmiş olan mermer levhaları kestikten ve işledikten sonra dönme hakkını kullanamayacaktır, zira bu durumda malı teslim aldığı koşullarda iade edememesi kendi fiillerinden kaynaklanmaktadır. Bkz. CLOUT case No. 316 [Oberlandesgericht Koblenz, Germany, 27 September 1991].

(153) *Fountoulakis*, Art. 82 CISG, N. 18.

(154) *BK-Giger*, Art. 207 OR, N. 14, s. 546; *Hartmann*, Nr. 473; *Bucher*, Allgemeiner Teil, s. 339; *Buz*, Sözleşmeden Dönme, s. 181; *Serozan*, Sözleşmeden Dönme, s. 430; *Hellwege*, s. 25; *Aral*, s. 138; *Tandoğan*, C. I/1, s. 189; *Yavuz*, Özel Hükümler, s. 124; *Şahin*, s. 115; *Kahveci*, s. 291, dn. 701. Eğer kanun koyucu teknik anlamda bir kusuru esas almak isteseydi, malın ayıplı olduğunu bildiği veya bilmesi gerektiği halde malı kötüleştiren, elden çıkaran veya tahrip eden alıcının davranışının kusurlu sayılacağını düzenlerdi: *BK-Giger*, Art. 207 OR, N. 14; *Hartmann*, Nr. 473; *Hellwege*, s. 25; *Hornung*, s. 142.

(155) *BK-Giger*, Art. 207 OR, N. 14; *Buz*, Sözleşmeden Dönme, s. 180; *Hartmann*, s. 193; *Mü-Ko/Gaier*, § 346 BGB, Rdnr. 58; *Wagner*, s. 605; *Kaiser*, s. 255, 267 vd.

Hal böyle olunca, önceki BK md. 204/f.2’ de bahsi geçen kusur ifadesinden ne anlaşılması gerektiği sorunu söz konusu olmaktadır. Bu soruya cevap vermek üzere ileri sürülen görüşlere yer vermeden önce, bu görüşlerin yürürlükte olan 6098 sayılı TBK md. 228/f.2 bakımından halen önem taşıdığına belirtilmesi gerekmektedir: “Alıcıya yüklenebilen sebep” kavramı, önceki BK md. 204/f.2’de geçen ve “kusur” olarak yorumlanan “alıcının taksirli bir davranışı” ifadesinden farklı bir anlam taşıyacak şekilde anlaşılmalıdır. Gerçekten de TBK md. 228 hükmünün gerekçesinde de bu konuda değişiklik yapıldığına yönelik bir açıklama yer almamaktadır. Bu çerçevede “alıcıya yüklenebilen sebep”, alıcının ve alıcının davranışlarından sorumlu olduğu kişilerin kusurlu davranışlarını ifade etmektedir. Bu nedenle alıcının teslim aldığı mala ilişkin hangi tür davranışlarının “kusurlu” olarak nitelendirileceğine ilişkin görüşlerin incelenmesi yararlı olacaktır.

A- Kişinin Kendisine Karşı Kusuru Görüşü (*Verschulden Gegen Sich Selbst*)

Bu görüş savunucularına göre, TBK md. 228/f. 1’deki kusur, alıcının kendi menfaatlerine aykırı davranmış olması anlamına gelmektedir¹⁵⁶. Alıcı, dönme hakkını kullanabileceğini öğreninceye kadar malik sıfatıyla satım konusu mal üzerinde dilediği gibi tasarruflarda bulunabilecektir. Her ne kadar alıcının edimin imkânsızlaşmasına yol açan keyfi veya dikkatsiz davranışları mülkiyet hakkına bir aykırılık teşkil etmeyecekse de, bu tasarruflar, malın iadesini imkânsız hale getirdiği ölçüde, alıcının kendi menfaatlerine aykırılık teşkil edecektir. Alıcının edimin iadesinin imkânsızlaşmasına neden olan davranışı kendisinin dönme hakkını kullanmasını engellediği için kendisine zarar verecektir. Alıcının bu tür davranışları bir tazminat yükümlülüğüne neden olmamasına karşılık kusurlu sayılarak dönme hakkının kullanılmasına engel teşkil edecektir¹⁵⁷.

B- Risk Artırıcı Davranışlardan Sorumluluk Görüşü

Alman Hukukunda bir görüş, alıcının iade imkânsızlığından sorumluluğunun tespiti bakımından onun teknik anlamda veya kendisine karşı kusurlu olup olmadığının bir önemi olmadığına işaret etmektedir. Bu görüş

(156) Westermann, § 351 BGB, Rdnr. 1.

(157) BK-Giger, Art. 207, N. 14; Buz, Sözleşmeden Dönme, s. 181; Caemmerer, s. 632.

çerçevesinde dönme hakkının kullanılması sonucunda iade ile yükümlü olan iade borçlusunun, edimin iadesini tehlikeye sokan bir davranışının bulunması, başlı başına onun iade imkânsızlığından sorumlu olması için yeterli olacaktır¹⁵⁸. Başka bir deyişle, iade borçlusunun edimin iadesinin imkânsızlaşması bakımından “risk artırıcı bir davranışının” bulunması, onun dönme hakkını kullanmasına engel teşkil edecektir.

Bu görüşe göre, malın iadesinin imkânsız hale gelmesinde alıcının dikkatsizliği veya özensizliğinin söz konusu olmadığı hallerde dahi alıcının dönme hakkı TBK md. 228/f. 2’ye göre ortadan kalkabilecektir. Zira alıcı çok yoğun bir dikkat ve özen göstermiş olsa bile yine de davranışı risk artırıcı bir davranış niteliği taşıyabilir. Örneğin son derece dikkatli bir sürücü olan alıcı, kendisine teslim edilen ayıplı bir arabanın, ayıpla ilgisi olmayan bir sebeple kazaya uğraması halinde, dönme hakkını kullanamayacaktır¹⁵⁹. Zira arabasını trafiğe çıkaran alıcı, kara yollarındaki tehlike ve riskleri bilerek arabaya gelebilecek hasarı göze almaktadır. Alıcı arabayı kullanmasının risklerini bilerek, kendi menfaatlerine kullanmaktadır¹⁶⁰. Bu nedenle alıcı, trafik kazasında teknik anlamda kusuru olmasa dahi, ayıplı arabanın trafikte hasara uğramasından- yani göze almış olduğu hasarın gerçekleşmesinden- ötürü iadenin imkânsızlaştığı hallerde dönme hakkını kullanamayacaktır. Alıcının trafik kazasına kendi az veya çok kusuruyla ya da ortak kusurla sebebiyet verip vermemesinin hiçbir önemi yoktur. Önemli olan alıcının kendi risk alanında ve özgür tasarruflarıyla malın iadesini imkânsız hale getirmiş olmasıdır¹⁶¹.

Bu görüş çerçevesinde alıcı ayıplı bir arabayı, arabanın kendi ayıbından kaynaklanmayan bir nedenle, örneğin kendi dikkatsizliği nedeniyle zarara uğratar ve arabanın iadesini imkânsız hale getirirse, dönme hakkını zaten kullanamayacaktır¹⁶². Zira yalnızca risk artırıcı davranışı nedeniyle bile sorumlu tutulan alıcı, dikkatsizliği nedeniyle evleviyetle sorumlu tutulacaktır. Bu görüşe göre alıcının davranışlarındaki dikkatsizlik, alıcının kusurlu olarak değerlendirilmesine yol açacaktır.

(158) *BK-Giger*, Art. 207 OR, N. 14; *Buz*, Sözleşmeden Dönme, s. 182; *Caemmerer*, s. 633; *Boels*, s. 145.

(159) *BK-Giger*, Art. 207 OR, N. 14; *Caemmerer*, s. 632; *Wagner*, s. 604.

(160) *Caemmerer*, s. 633. Aynı görüşte bkz. *Boels*, s. 145.

(161) *Caemmerer*, s. 634.

(162) *BK-Giger*, Art. 207 OR, N. 14.

C- İade Borçlusunun Tüm İradi Fiillerinden Sorumlu Tutulması

İade borçlusunun tüm iradi fiillerinden sorumlu tutulması görüşü, iade borçlusunun malı aynen iade edememe riskini artıran davranışlarının kusur teşkil edeceği görüşünden bir adım daha ileri gitmektedir. Bu görüşe göre, iade borçlusu hür iradesiyle gerçekleştirdiği fiillerin sebep olduğu tüm iade imkânsızlığı hallerinden sorumlu tutulmalıdır¹⁶³. Bu bağlamda alıcının, satım konusu malın ortadan kalkmasıyla yeterli ölçüde illiyet bağı içinde olan tüm davranışları, kusurlu addedilerek alıcının dönme hakkını kullanmasına engel olmalıdır¹⁶⁴.

Bu görüşün gerekçelerini şu şekilde özetlemek mümkündür: Malı elinde bulunduran kişi, kendi risk alanında bulunan bu malı tehlikelerden korumak için daha fazla olanağa sahiptir. Bu nedenle bu kişi kendi serbest iradesiyle gerçekleşen davranışlarından kaynaklanan ortadan kalkma ve kötüleşme riskine de kendisi katlanmalıdır¹⁶⁵. Bu çerçevede alıcı da ayıplı malı elinde bulunduran kişi olarak mala isabet edecek tüm rizikoları kendisi taşımalıdır.

Doktrinde diğer bir görüşe göre böyle geniş kapsamlı bir kusur anlayışının temelinde, alıcının malın beklenmeyen hal veya mücbir sebep nedeniyle ortadan kalktığı hallerde iade borcundan kurtularak sözleşmeden dönebilmesine izin veren kuralın uygulama alanını daraltma amacı yatmaktadır. Zira iradi bir davranışıyla malın iadesini imkânsız hale getiren alıcı, artık malın beklenmeyen hal veya mücbir sebep nedeniyle ortadan kalktığını ileri sürerek iade borcundan kurtulamayacaktır¹⁶⁶.

Doktrinde bu görüşü TBK md. 228/f. 2’de belirtilen iade imkânsızlığına neden olan diğer hallerde de alıcının yalnızca iradi bir fiilin dönme hakkının ortadan kalkması bakımından yeterli olmasıyla gerekçelendiren yazarlar da bulunmaktadır. Gerçekten de malın alıcının kusuruyla ortadan kalkması, malın temlik edilmesi ve biçiminin değiştirilmesi ile aynı hükümde ve aynı sonuca neden olacak şekilde düzenlenmiştir. Bu durum kanun koyucunun alıcının

(163) *Tercier*, s. 114; *Edis*, s. 100; *Tandoğan*, C. I/1, s. 189; *Aral*, s. 139; *Buz*, *Sözleşmeden Dönme*, s. 184; *Westermann*, § 351 BGB; Rdnr. 5; *Kaiser*, s. 256; *Eren*, *Özel Hükümler*, s. 133.

(164) *Hartmann*, Nr. 476.

(165) *Boels*, s. 147.

(166) *Kaiser*, s. 263.

kendi davranışı sonucunda iade imkânsızlığının ortaya çıktığı tüm hallerde dönme hakkının kullanılmasını engellemek istediğini göstermektedir¹⁶⁷. Başka bir deyişle alıcının malın ortadan kalkmasına yönelik yalnızca bir davranışı olduğu hallerde de alıcı kusurlu sayılacak ve dönme hakkını kullanamayacaktır. Diğer bir görüşe göre ise malın temlik edilmesi ve şeklinin değiştirilmesi ile alıcının kusuru ile ortadan kaldırılması hallerini karşılaştırmak mümkün değildir. Zira TBK md. 228/f. 2'ye (İBK md. 207/f. 3) göre temlik ve biçim değiştirme için alıcının kusurlu olması şart koşulmamıştır. Bu nedenle, malın temlik edilmesi ve biçiminin değiştirilmesi ile alıcının kusuruyla ortadan kalkmasının bir tutularak kusur kavramının açıklığa kavuşturulması mümkün değildir¹⁶⁸.

Viyana Satım Sözleşmesinde de bu anlayıştan hareket edildiği izlenimine yol açan bir düzenleme bulunmaktadır. Alıcının sözleşmeden dönmesinin engellenebilmesi için kusurlu bir davranışı olması gerekmez. Nitekim alıcının iradi bir davranışının olması, sorumlu tutulması ve dönme hakkının ortadan kalkması için yeterlidir¹⁶⁹. Zira Viyana Satım Sözleşmesi'nin 82. maddesine göre, malın iadesi alıcının bir fiili veya ihmali nedeniyle imkânsızlaşıyorsa, alıcı malı iade edemediği için sözleşmeden dönme hakkını kullanamayacaktır¹⁷⁰.

D- İade Borçlusunun Kendi İşlerinde Gösterdiği Özeni (*Diligentia Quam in Suis*) Göstermemiş Olması

Diligentia quam in suis, Roma Hukuku'ndan beri başvurulmuş subjektif bir kusur ölçütüdür¹⁷¹. Bu ölçüte göre bir davranışın kusurlu sayılması için gösterilmesi gereken mutad özenin gösterilmemiş olması şart değildir. Bir kişi başkasına ait bir işi görürken veya başkasına ait bir malı idare ederken, kendi mallarını korumak için göstereceği özeni göstermemiş veya kendi mallarını korumak için aldığı koruma önlemlerini almamış ise, kendi işlerinde gösterdiği özeni göstermemiş sayılmaktadır. Kişi bu hallerde kendi işlerinde gösterdiği özeni göstermemiş olmasından ötürü sorumludur. Doktrinde bazı yazarlar bu ölçütün iade borçlusunun kusurunun belirlenmesinde esas alınma-

(167) *BK-Giger*, Art. 207 OR, N. 14; *BSK-Honsell*, Art. 207 OR, N.2.

(168) *Hartmann*, Nr. 478.

(169) *Boels*, s. 154.

(170) *Staudinger/Magnus*, Art. 82 CISG, N.16.

(171) *Zimmermann*, s. 210.

sı gerektiği kanaatindedirler. Buna göre kişi kendi işlerinde gösterdiği özeni göstermemiş olduğu hallerde kusurlu sayılacaktır.

Türk ve İsviçre hukukunda da TBK md. 228/f. 2’de yer alan kusur ifadesini, “*iade borçlusunun kendi işlerinde gösterdiği özen*” kriteri ile izah eden yazarlar bulunmaktadır. Bu görüş taraftarlarına göre, eğer iade borçlusunu alıcı kendi işlerinde gösterdiği özeni göstermeyerek malın aynen iadesinin imkânsız hale gelmesine sebebiyet vermişse, malvarlığındaki değer azalmasını iade alacaklısına (satıcıya) yüklemekten baştan feragat etmiş demektir¹⁷². Alıcı, dönme hakkına sahip olduğundan haberdar olmadığı sırada satım konusu mal bakımından kendi işlerinde gösterdiği özeni göstermemiş olduğu hallerde TBK md. 228/f. 2 bakımından kusurlu sayılacak ve sözleşmeden dönemeyecektir¹⁷³.

TBK md. 228/f. 2’de yer alan alıcının kusurunun, “kendi işlerinde gösterdiği özen” ölçütüne göre belirlenmesi görüşünü eleştirenler de vardır. İlk olarak bu şartın gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespitinin zor olacağı hususuna işaret edilmiştir. Ayrıca, bu görüş taraftarlarına göre, kişinin kendi işlerinde gösterdiği özen kriteri, başkasına bir ait işin görülmesi veya başkasına ait bir şeye ilişkin işlem yapıldığı durumlarda gösterilmesi gereken özen ölçüsünün belirlenmesi bakımından esas alınacaktır¹⁷⁴. TBK md. 228/f. 2’nin uygulandığı hallerde ise alıcı başkasına ait bir malvarlığı değerinin iadesini imkânsız hale getirmemektedir. Zira mal ayıplı da olsa mülkiyeti alıcıya geçmiştir. Alıcı dönme hakkını kullanıncaya kadar malik olduğu düşüncesiyle satım konusu ayıplı mala da kendi işlerinde gösterdiği özeni eşyanın doğası gereği zaten gösterecektir¹⁷⁵. Alıcı satım konusu malın ayıplı olduğunu öğrenip dönmeye karar verene kadar iktisabının sürekli olduğuna inandığından, kendi işlerinde göstereceği özeni daima göstermiş olacaktır. Bu nedenle bu kriter kusur kavramına esas teşkil ettiği takdirde, alıcı hiçbir zaman kusurlu olmayacaktır. Böylece alıcı dönme hakkını kullanmaktan hiçbir zaman mahrum kalamayacak ve iade imkânsızlığından ötürü sorumlu tutulamayacaktır. İade borçlusuna

(172) Hartmann, Nr. 479.

(173) Wagner, s. 605; Serozan, Sözleşmeden Dönme, s. 430. Serozan ayrıca alıcının davranışının Roma Hukukunda esas alınan *bonus pater familias* (iyi aile babası) kıstasını ihlal ettiği ölçüde kusurlu sayılacağını belirtmektedir.

(174) Buz, Sözleşmeden Dönme, s. 194.

(175) Buz, Sözleşmeden Dönme, s. 195.

nun kendi işlerinde gösterdiği özeni göstermiş olması halinde iade borcundan kurtulması, zenginleşmenin ortadan kalktığı savunmasının ileri sürülmesinde söz konusu olan duruma benzer adaletsiz sonuçlar doğuracaktır¹⁷⁶.

Bu eleştirilere ek olarak ayrıca, bu ölçütün kusur kavramı bakımından esas alınmasının, genel olarak özenli ve dikkatli bir kişinin özensiz bir kişiye nazaran daha elverişsiz bir hukuki konuma sokulmasına yol açacağı ifade edilmektedir¹⁷⁷. Zira genelde özenli olan, ancak ayıplı malın ortadan kalkması bakımından bir seferliğine özensiz davranmış olan alıcı, kendi işlerinde genelde gösterdiği özeni gösterememiş olduğundan dönme hakkını kaybedecektir. Buna karşılık dikkatsiz ve özensiz bir alıcı mutad olarak kendi mallarını zarardan korumak için özenli ve dikkatli davranmadığını, ayıplı mal bakımından da kendi işlerinde gösterdiği ölçüde özeni gösterdiğini; buna rağmen iadenin imkânsızlaştığını kanıtlayarak dönme hakkını kullanabilecek ve malı iade borcundan kurtulabilecektir¹⁷⁸. Örneğin, alıcı dikkatsizliği ve trafik kurallarına uymaması nedeniyle son beş yılda on tane büyük hasara sebebiyet veren beklenmeyen hal veya mücbir sebep yaptığını kanıtlayarak kusursuz sayılabilecektir¹⁷⁹. Zira alıcı genel olarak trafik kurallarına uymayan ve dikkatsiz bir kişidir. Satım konusu mal bakımından da kendi işlerinde gösterdiği bu ölçüdeki özen ve dikkati göstermiştir. Alıcı kendi işlerinde gösterdiği özeni satım konusu mal bakımından da göstermiş olmasına karşılık mal telef olmuş veya hasara uğramıştır. Bu nedenle alıcı kusurlu sayılamayacaktır.

Doktrinde diğer bazı yazarlar ise, alıcının “kendi” işlerinde gösterdiği özen kriterinin subjektif olması ve yukarıda belirtilen adaletsizlikleri ortaya çıkarması nedeniyle yeni bir objektif ölçüt önerisi ortaya koymaktadır. Buna göre alıcı, yalnızca “kendisiyle aynı durumda olan” bir iade borçlusunun malın ortadan kalkmasını engellemek için mutad olarak göstereceği özenin göstermemiş olması halinde TBK md. 228/f.2 anlamında kusurlu sayılmalı ve dönme hakkını kullanamamalıdır¹⁸⁰.

(176) *Buz*, Sözleşmeden Dönme, s. 195.

(177) *Wagner*, s. 609.

(178) *Hartmann*, Nr. 474; *Mü-Ko/Gaier*, § 346 BGB, Rdnr. 58.

(179) *Wagner*, s. 609.

(180) *Hartmann*, Nr. 479. Subjektif bir nitelik taşıyan “kişinin kendi işlerinde gösterdiği özen” kriteri yerine, “objektif olarak gösterilmesi gereken özen” kriterinin uygulanması gerektiği konusunda aynı yönde bkz. *Boels*, s. 144.

2. Görüşlerin Değerlendirilmesi

Risk artırıcı davranış görüşüne göre, arabasını trafiğe çıkaran alıcı, kazaya üçüncü bir kişinin kusuruyla sebebiyet verdiği hallerde dahi kusurlu sayılacak ve ayıp nedeniyle sözleşmeden dönme hakkını kullanamayacaktır. Örneğin kırmızı ışıktaki duran ayıplı bir arabaya, arkadan başka bir araç çarptığında, alıcı aracını trafiğe çıkarıp risklere maruz bıraktığından ötürü kusurlu sayılacaktır. Bu görüşe göre, alıcının kusurlu bulunmaması sadece, arabasını garajda tutarak trafikte gerçekleştirebilecek herhangi bir riske maruz bırakmaması halinde söz konusu olacaktır. Aksi takdirde kusurlu sayılacak ve dönme hakkını kullanamayacaktır. Kanımızca bu sonuç son derece isabetsizdir. Zira bu görüş hem alıcının hareket serbestisini kısıtlamakta hem de teslim edilmiş olan malın ayıplı olduğu gerçeğini göz ardı etmektedir. Bu görüş ayrıca alıcının bir davranışının söz konusu olduğu durumların neredeyse tümünde kusurlu kabul edilmesine yani davranışın kusura karine olduğu gibi bir anlayışa yol açmaktadır.

Risk artırıcı davranış görüşünün bir diğer isabetsiz yönü de TBK md. 228/f. 1'in uygulama alanını neredeyse tamamen ortadan kaldırmasıdır. TBK md. 228/f. 1 malın *ayıp* nedeniyle veya *beklenmeyen hal* veya *mücbir sebep* nedeniyle telef olması veya hasara uğraması biçiminde iki iade imkânsızlığı hali düzenlenmiştir. Risk artırıcı davranış görüşü, her iki durumun da uygulama alanını ortadan kaldırmaktadır. İlk olarak malın ayıbı nedeniyle ortadan kalktığı hallere değinelim: Alıcı ayıplı bir arabayı trafiğe çıkardığında arabanın frenlerinin bozuk olması nedeniyle kaza yapması halinde, iade hasarına kimin katlanacağı TBK md. 228'in hangi fıkrasına göre belirlenecektir? Esasen malın aynen iadesinin imkânsızlaşmasına kendi ayıbı sebebiyet verdiği için alıcının dönme hakkını kullanabilmesi ve iade borcundan kurtulması gerekmektedir. Buna karşılık alıcı ayıplı arabayı trafiğe çıkardığı için, hasara uğrama riskini artırıcı bir davranışta bulunmuştur. Bu nedenle de alıcı kusurludur ve TBK md. 228/f. 2'ye göre dönme hakkını kullanamayacaktır. Oysa malın kendi ayıbı nedeniyle ortadan kalktığı hallerde iade hasarına satıcının katlanması gerektiği konusunda doktrinde ve yargı kararlarında görüş birliği olduğunu belirtmiştik. Bu nedenle kanımızca malın kendi ayıbı nedeniyle ortadan kalktığı hallerde alıcının dönme hakkının sınırlanması yerinde değildir.

Risk artırıcı davranış görüşü TBK md. 228/f. 1'in malın kaza nedeniyle ortadan kalktığı hallerde alıcının dönme hakkının muhafaza edilmesine ilişkin kısmının da uygulama alanını ortadan kaldırmaktadır. Bu görüş mücbir sebep mertebesine varan olaylar sonucu meydana gelen iade imkânsızlığı hallerinde dahi alıcının TBK md. 228/f. 1'deki kaza hükmüne dayanarak dönme hakkını kullanmasını engellemektedir. Zira mücbir sebep söz konusu olsa dahi, alıcı bir kere risk artırıcı davranışta bulunmuştur. Örneğin, araba trafikte işletme halindeyken sele maruz kalırsa, alıcı dönme hakkını kullanamayacaktır. Zira ayıplı araba trafiğe çıkarıldığında, alıcı risk artırıcı bir davranışta bulunmaktadır. Oysa araba alıcının evinin garajında durduğu sırada sel veya depreme maruz kalarak aynen iade edilemez hale gelseydi, TBK md. 228/f. 1 kapsamında beklenmeyen hal veya mücbir sebep nedeniyle ortadan kalkmış sayılacak ve alıcı sözleşmeden dönebilecekti.

Alıcının tüm iradi fiillerinden sorumlu tutulması görüşü çerçevesinde kusur kavramının belirlenmesi, iade borçlusunun iade imkânsızlığından sorumluluğunun çerçevesini aşırı derecede genişletmektedir. Bu görüş kanımızca *risk artırıcı davranış görüşü*nden de bir adım ileri giderek davranışın kusurla eşdeğer sayılması sonucunu doğurmaktadır. Bu bağlamda, alıcı arabasını trafiğin bütün risklerinden uzaktaki kapalı garajına götürüp park edeceği sırada deprem nedeniyle arabanın üzerine garaj duvarının yıkılması halinde ne olacaktır¹⁸¹? Alıcı arabasını iradi davranışıyla kullandığı için meydana gelen iade imkânsızlığından sorumlu tutulacak ve dönme hakkını kullanamayacak mıdır? Kanımızca bu görüş de alıcının davranışının her halde kusurlu olduğu fiksiyonundan hareket etmekte ve TBK md. 228/f. 1'in uygulama alanını ortadan kaldırmaktadır.

TBK md. 228/f. 1'in beklenmeyen hal ve mücbir sebebe ilişkin düzenlemesinin hukuk politikası açısından isabetsiz görülmesi nedeniyle *iradi fiillerden sorumluluk* ve *risk artırıcı davranış görüşlerinin* bu hükmün uygulama alanını daraltıyor olması yerinde bir çözüm olarak düşünülebilir. Gerçekten de doktrinde alıcının kendi kusurlu davranışıyla sebebiyet verdiği hallerin geniş yorumlanması vasıtasıyla, malın beklenmeyen hal veya mücbir sebep

(181) Alman Hukukunda bazı yazarlar, iradi fiillerden sorumluluk görüşü çerçevesinde, alıcının malın mücbir sebeple ortadan kalktığı hallerde dahi kusurlu olacağını ve dönme hakkını kullanamayacağını savunmaktadırlar. Ayrıntılı bilgi için bkz. *Kaiser*, s. 257, dn. 57.

nedeniyle ortadan kalktığı hallerde iade hasarına satıcının katlanması kuralının uygulama alanı daraltılmaya çalışılmaktadır¹⁸². Bu görüş esas alındığı takdirde, doktrinde sıkça eleştirilen TBK md. 228/f. 1'in uygulama alanının daraltılması bir dezavantaj değil, avantaj olacaktır. Ayrıca, doktrinde bazı yazarlar mücbir sebep sonucunda malın ortadan kalktığı hallerde, alıcının iradi veya risk artırıcı bir davranışı bulunsa dahi, tartışmasız olarak TBK md. 228/f. 1'in uygulanacağını vurgulamaktadırlar¹⁸³. Bu görüşler kabul edildiği takdirde, yukarıda bahsettiğimiz dezavantajlar söz konusu olmayacaktır. Ancak unutulmamalıdır ki, alıcının davranışının kusurla bir tutulması halinde, TBK md. 228/f. 2'nin uygulanması suretiyle dönme hakkının kullanılmasının engellenmesi de modern gelişmelere uygun bir yaklaşım değildir.

Alıcının *kendi işlerinde göstermiş olduğu özeni* göstermemiş olduğu hallerde sorumlu tutulması ise alıcının hiçbir durumda kusurlu sayılamaması sonucunu doğurmaktadır. Zira alıcı kendi malvarlığına dâhil ettiği bir mala, bu mal ayıplı da olsa, kendi işlerinde gösterdiği özeni eşyanın doğası gereği zaten gösterecektir. Bu nedenle bu ölçütün esas alındığı hallerde TBK md. 228/f. 2'de yer alan alıcının kusuru nedeniyle malın ortadan kalkması halinde dönme hakkının engellenmesi hiçbir zaman söz konusu olmayacaktır.

Kanımızca, alıcının satın aldığı bir malın hasara uğramasında kusurlu olup olmadığının tespiti son derece güç bir iştir. Ayrıca, iade imkânsızlığına alıcının kusurlu bir davranışının mı yoksa beklenmeyen halin mi yol açtığına tespiti, aralarındaki çizginin son derece belirsiz olması nedeniyle, daha da zordur. Bu nedenle olması gereken hukuk açısından, alıcının malın ortadan kalkmasında kusuru bulunup bulunmadığı esas alınarak bir değerlendirme yapılmamalıdır. Alıcının iradi veya risk artırıcı bir davranışı ya da özen eksikliği sonucunda malı aynen iade edemediği durumlarda, bedel üzerinden iade yükümlülüğünü yerine getirmek suretiyle sözleşmeden dönebilmesine imkân tanınması en yerinde sonuç olacaktır.

(182) Bu görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Hornung*, s. 142.

(183) *Hornung*, s. 143; *Boels*, s. 138.

V. ALICININ SÖZLEŞMEDEN DÖNME HAKKINI KULLANMASINI ENGELLEYEN DİĞER DURUMLAR

1. Satım Konusu Malın Biçiminin Değiştirilmesi

TBK md. 228/f. 2 çerçevesinde alıcının dönme hakkını kullanmasına engel teşkil eden bir diğer durum alıcının satım konusu malı, biçimini değiştirmiş olması nedeniyle aynen iade edememesidir. Bu hükmün uygulama alanının tespit edilebilmesi için “biçim değiştirme” kavramından ne anlaşılması gerektiğinin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

Bir malın biçimini değiştirme; malın işlenmesi, başka bir malla birleştirilmesi veya karıştırılması suretiyle onun başka tür bir mala dönüştürülmesidir¹⁸⁴. Malın biçiminin değiştirilmesi kavramının kapsamına işleme yanında birleştirme ve karıştırma da girmektedir¹⁸⁵. Malı işleme ve onun şeklini değiştirme, kişinin bilinçli olarak yaptığı veya sevk ve idare ettiği bir iştir¹⁸⁶.

TBK md. 228/f. 2 bakımından malın biçiminin değiştirilmesi kavramından ne anlaşılması gerektiğinin, başka bir deyişle biçim değişikliğinin kavramsal sınırlarının tespit edilmesi, alıcının dönme hakkını kullanma imkânı bakımından önem taşımaktadır. Zira malda meydana gelen her değişiklik, BK md. 228/f. 2 kapsamında biçim değişikliği olarak kabul edilirse, alıcının neredeyse çoğu zaman dönme hakkını kullanması mümkün olmayacaktır. TBK md. 228/f. 2 hükmünün, malın eski haline göre farklılık arz ettiği her durumda alıcının dönme hakkını kullanmasını engellediği kabul edilirse satıcının menfaati üstün tutulmuş olacaktır. Bu nedenle doktrinde, yalnızca malda önemli ölçüde değişiklikler meydana geldiği hallerde alıcının dönme hakkının sınırlandırılması gerektiği savunulmaktadır. Buna göre, *maldaki değişiklik, ayıptan daha ön plana çıktığı hallerde* TBK md. 228/f. 2 uygulanacak ve alıcının dönme hakkı ortadan kalkacaktır¹⁸⁷.

TBK md. 228/f.2 hükmünün malda meydana gelen tüm değişikliklere uygulanmaması gerektiğini savunan bir görüşe göre, malda meydana gelen

(184) *Aral*, s. 139.

(185) *BSK-Honsell*, Art. 207 OR, N.2; *Furrer*, R.: Beitrag zur Lehre der Gewährleistung im Vertragsrecht, Diss. Zürich 1973, s. 65; *BK-Giger*, Art. 207 OR, N. 28; *Tandoğan*, C. I/1, s. 189; *Gümüş*, s. 112; *CHK/Müller-Chen*, Art. 207 OR, N. 8.

(186) *Mü-Ko Gaier*, § 346 BGB, Rdnr. 42.

(187) *Hartmann*, Nr. 538.

değişiklikler güven ilkesi çerçevesinde yorumlanmalıdır¹⁸⁸. Satıcının malı bu değiştirilmiş haliyle geri almasının dürüstlük kuralı çerçevesinde kendisinden beklenemeyeceği bir değişiklik söz konusu olduğu takdirde alıcı dönme hakkını kullanamayacaktır. Malın biçiminin değiştiğinin kabul edilebilmesi için, ortaya çıkan malın alıcıya teslim edilen maldan önemli ölçüde farklılaşmış olması, başka türdeki bir mala dönüştürülmüş olması gerekir. Buna karşılık, örneğin basit bir tamirat işlemi biçim değiştirme sayılmamalı ve alıcının dönme hakkı engellenmemelidir¹⁸⁹.

TBK md. 228/f. 2 hükmünün uygulanması bakımından belirleyici olan biçim değiştirmenin nasıl olduğu değil, satım konusu malda meydana gelen değişikliğin önemli olup olmadığıdır¹⁹⁰. Başka bir deyişle, malın şeklinin değişip değişmediğini, işleme, bağlama veya ekleme şeklinde kategorize etmek suretiyle değerlendirmek mümkün değildir. Elbette bunlardan her biri malın şeklinin değiştirilip değiştirilmediği incelenirken göz önünde bulundurulacaktır. Ancak malın şeklinin değiştiği gerekçesiyle dönme hakkının sınırlanması bakımından, şekil değişikliğinin hangi yolla gerçekleştirildiğine değil, sonuçta bakılmalıdır. Önemli olan malın işleme, ekleme veya bağlama fiillerinden herhangi birisinin gerçekleştirilmesi sonucunda ortaya çıkan yeni halinin, ilk halinden önemli ölçüde farklılaşmış olmasıdır.

Alıcı bazı durumlarda malın şeklini önemli ölçüde değiştirmiş olmasına karşılık, malı eski haline döndürme imkânına sahip olabilir. Bu durumlarda sırf malda meydana gelen değişiklik önemli bir değişiklik olduğu için alıcının dönme hakkının ortadan kalktığı sonucuna varmamak gerekir¹⁹¹. Zira yukarıda da belirttiğimiz üzere dönme hakkının ortadan kalkması bakımından, iade anında malın nihai olarak önemli ölçüde değişikliğe uğramış olması gerekmektedir. Oysa mal eski haline döndürülebiliyorsa, artık malın satıcıya aynen iadesi mümkündür. Bu nedenle bu hallerde bir iade imkânsızlığı söz konusu değildir. Alıcı eski haline getirdiği malı aynen iade ederek sözleşmeden dönebilecektir¹⁹².

(188) *Serozan*, Sözleşmeden Dönme, s. 429.

(189) *Gaier*, § 346 BGB, Rdnr. 42.

(190) *BK-Giger*, Art. 207 OR, N. 28; *Hartmann*, Nr. 537; *Yavuz*, Özel Hükümler, s. 126.

(191) *Hartmann*, Nr. 538.

(192) *Hartmann*, Nr. 538; *BK-Giger*, Art. 207 OR, N. 28.

Malın alıcı tarafından şeklinin değiştirildiği hallerde dönme hakkının ortadan kalkması için alıcının ayıptan haberdar olmasının gerekip gerekmediği hususu da incelenmelidir. Doktrinde TBK md. 228/f. 2 hükmünün uygulanması bakımından alıcının ayıbın farkında olup olmamasının önemli olmadığı kabul edilmektedir. Buna göre alıcı malın ayıplı olduğundan haberdar olsa da olmasa da, malın şeklini değiştirdiği hallerde sözleşmeden dönemeyecektir. Esas itibarıyla önemli olan alıcının maldaki ayıptan haberdar olup olmaması değil, malın şeklinin değiştirilmesine yönelik salt bir davranışının bulunmasıdır¹⁹³. Alıcı malın ayıplı olduğu bilmesine rağmen malın şeklinin değiştirmiş ise bu zaten onun zımni olarak dönme hakkından feragat ettiği anlamına da gelecektir¹⁹⁴. İsviçre Hukukunda da malın ayıplı olduğunun bilinmesine karşılık şeklinin değiştirilmesi halinde alıcının dönme hakkını kullanamayacağına ilişkin mahkeme kararlarına rastlamak mümkündür¹⁹⁵.

Alman Hukukunda eski § 352 BGB, malın işlendiği veya şeklinin değiştirildiği hallerde alıcının dönme hakkını kullanmasını engelleyen bir düzenleme içermektedir. § 352 BGB'ye göre, dönme hakkına sahip olan kişi malı işleme veya biçimi değiştirme yoluyla başka bir tür mala dönüştürmüştüğü halde de dönme hakkını kullanamıyordu. Doktrinde iade borçlusunun malın şeklini değiştirmeye yönelik bir davranışta bulunmasının, sözleşmeden dönme hakkını kullanmasının engellenmesi bakımından yeterli olduğu kabul edilmekteydi¹⁹⁶. Alıcı malın şeklini değiştirmekte kusurlu olmasa bile malın şekli değişmiş olduğu sürece dönme hakkını kullanamamaktaydı.

Yeni § 346/f. 2 BGB'de ise malın şeklinin değiştirilmesi artık dönme hakkının kullanılmasını engelleyen bir iade imkânsızlığı olarak düzenlenmiştir. Malın şeklinin önemli ölçüde değiştirilmiş olması nedeniyle aynen iadesinin imkânsız olduğu hallerde, alıcı şekli değiştirilen malın bedelini iade ederek sözleşmeden dönebilecektir. Bunun dışında iade borçlusu alıcının, malı eski haline getirebildiği durumlarda, malı geri vererek dönme hakkını kullanabileceği ve iade borcundan kurtulabileceği konusunda bir tereddüt

(193) *BK-Giger*, Art. 207 OR, N. 27.

(194) *Hartmann*, Nr. 537.

(195) Bezirksgericht Meilen, I. Abteilung, 2. Urteil vom 11. Dezember 1998, ZR 98 (1999), s. 141.

(196) *Westermann*, § 352 BGB, Rdnr. 1.

yoktur¹⁹⁷. Doktrinde bir görüşe göre, iade borçlusu şeklini değiştirdiği edimi eski haline getirmeye çalışmalı, ancak bu mümkün olmadığı takdirde bedel üzerinden iadede bulunabilmelidir¹⁹⁸.

Yeni BGB çerçevesinde, bazı istisnai durumlarda malın şekli önemli ölçüde değişmiş olsa bile alıcı bedel üzerinden iadede dahi bulunmaksızın sözleşmeden dönebilecektir. Zira BGB § 346/f. 3'te, maldaki dönmeye sebebiyet veren ayıbın ilk kez malın şeklinin değiştirilmesi sırasında ortaya çıktığı hallerde, alıcının bedel üzerinden iade yükümlülüğünden kurtulacağına dair istisnai bir düzenleme bulunmaktadır¹⁹⁹. Buna göre, maldaki ayıp ilk kez malın şeklinin değiştirilmesi sırasında ortaya çıktığı takdirde, alıcı malı elinde mevcut şekliyle satıcıya verecek ve satım bedelini satıcıdan geri isteyebilecektir. Belirtmek gerekir ki, açıkça belirtilmemiş olmakla birlikte, bu hüküm malın monte edilmesi veya muayene edilmesi ya da tüketilmesi esnasında ilk kez fark edilen ayıpları da kapsamaktadır²⁰⁰. Alıcının bedel üzerinden iade yükümlülüğünün ortadan kalkması için ayrıca tespit edilen ayıbın gecikmesizin ihbar edilmesi gerekecektir²⁰¹.

Satım konusu malın şeklinin önemli ölçüde değiştirilmesi Viyana Satım Sözleşmesi'nde de dönme hakkının kullanılmasına engel teşkil eden bir iade imkânsızlığı olarak düzenlenmiştir. Türk ve İsviçre Hukukunda olduğu gibi CISG'de de yalnızca malın önemli ölçüde değiştirildiği durumlarda alıcının dönme hakkını kullanamayacağı esası kabul edilmiştir. Zira 82. madde zaten dönme hakkının kullanılması için "malın önemli ölçüde ele geçirildiği andaki durumuyla iade edilmesini" şart koşturmaktadır. Bundan hareketle, malın şeklinin ele geçirildiği ana göre önemli ölçüde değiştirilmediği hallerde dönme hakkının kullanılması CISG md. 82 kapsamında da mümkündür²⁰².

(197) *Röthel*, § 346 BGB, Rdnr. 9.

(198) *Beck-OK/Grothe*, Rdnr. 41.

(199) Bir görüşe göre, eğer malın şeklinin değiştirilmesine gerek olmaksızın alıcının bildiği veya mutad özeni göstererek bilebileceği bir ayıp söz konusu ise, alıcı malın şeklini değiştirdiği için aynen iade edememesini ileri sürerek buradaki istisna hükmünden yararlanamamalıdır. Zira bu durumda zaten iade borçlusu tarafından bilinebilir olan bir ayıbın anlaşılması için malın şeklinin değiştirilmesine gerek yoktur. Bkz. *Mü-Ko/Gaier*, § 346 BGB, Rdnr. 50.

(200) *Mü-Ko/Gaier*, § 346 BGB, Rdnr. 49; *Grüneberg*, § 346 BGB, Rdnr. 11.

(201) *Boels*, s. 99.

(202) *Hornung/fountoulakis*, Art. 82 CISG, N. 6.

Viyana Satım Sözleşmesi'ne göre alıcı satım konusu malda önemli ölçüde değişiklikler²⁰³ meydana getirdiği hallerde kural olarak dönme hakkını kullanamamakla birlikte, bu kuralın geniş çaplı istisnaları 82. maddenin 2. fıkrasında düzenlenmiştir. CISG md. 82/2/c hükmüne göre alıcı *ayıbından haberdar olmadan önce* malın şeklini sözleşmenin amacı çerçevesinde kullanırken değiştirmişse, malın aynen iadesi imkânsız hale gelmiş de olsa, sözleşmeden dönebilecektir²⁰⁴. CISG md. 82/2/c hükmü bakımından alıcının biçim değişikliği yönündeki davranışının normal kullanım amacı dahilinde olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği önem taşımaktadır²⁰⁵. O halde, Viyana Satım Sözleşmesine göre, TBK md. 228/f. 2'den farklı olarak, alıcının malın ayıplı olduğunu bilmeden şeklini önemli ölçüde değiştirdiği hallerde -sözleşmenin amacı çerçevesinde olmak şartıyla- dönme hakkını kullanması mümkün olacaktır.

2. Satım Konusu Malın Başkasına Devredilmiş Olması

TBK md. 228/f. 2'ye göre, alıcı malı başkasına devretmiş olduğu hallerde dönme hakkını kullanamayacak ve bedel indirimi talebiyle yetinmek zorunda kalacaktır. Bu çerçevede, satım konusu malın temlik edilmesinden ne anlaşılması gerektiğinden kısaca bahsedilmesi yararlı olacaktır. Doktrinde bazı yazarlar alıcının malı temlik etmesinin yalnızca mülkiyetin devrini değil fakat malın üzerinde sınırlı ayni hakların tesis edilmesini de kapsadığını ileri sürmektedirler²⁰⁶. Buna göre, alıcı yalnızca satım konusu ayıplı malı üçüncü kişiye satıp veya bağışlayıp mülkiyetini devrettiği hallerde değil, bu mal üzerinde üçüncü kişi lehine sınırlı ayni hak tesis ettiği hallerde de dönme hakkını kullanamayacaktır.

Doktrinde malın üçüncü kişilere temlik edilmiş olması halinde alıcının neden dönme hakkını kullanamayacağı konusunda çeşitli görüşler ileri sürülmektedir. Bir görüşe göre alıcının satım konusu malın ayıplı olduğunu

(203) Burada söz konusu olan değişiklik malın esasında öyle bazı farklılıklardır ki, malın fiziksel olarak geri verilmesi mümkün olmakla birlikte, artık teslim edildiği haliyle aynı türden bir mal olarak kabul edilemez, bkz. *Weber*, Art. 82 CISG, N. 25.

(204) *BK-Giger*, Art. 207 OR, N. 30; *Hornung/fountoulakis*, Art. 82 CISG, N. 19; *Boels*, s. 106.

(205) *Hornung/fountoulakis*, Art. 82 CISG, N. 11; *Weber*, Art. 82 CISG, N. 23.

(206) *BK-Giger*, Art. 207 OR, N. 31; *Edis*, s. 102; *Aral*, s. 140. Alman Hukuku bk. aynı yönde bkz. *Grüneberg*, § 346 BGB, Rdnr. 8a; *Mü-Ko/Gaier*, 346 BGB, Rdnr. 39.

bilmesine rağmen üçüncü kişilere temlik ettiği durumlarda dönme hakkını kullanması *venire contra factum proprium* (çelişkili davranış yasağı) kuralına aykırılık teşkil etmektedir²⁰⁷. Eğer alıcı malın ayıplı olduğunu bilmesine rağmen üçüncü kişiye devrediyorsa, bu zımni olarak dönme hakkından feragat ettiği anlamına gelmektedir²⁰⁸. Bu nedenle alıcı malın ayıplı olduğunu bildiği halde malı temlik ediyorsa, dönme hakkını kullanamayacaktır. Bu görüşün eksik noktası, alıcının malın ayıplı olduğunu bilmeyerek malı üçüncü kişilere temlik ettiği hallerde de dönme hakkını kullanamayacak olmasının göz ardı edilmiş olmasıdır. Zira tıpkı malın şeklinin değiştirilmesi durumunda olduğu gibi, burada da dönme hakkının kullanılmasının engellenmesi, alıcının kusuruna değil, davranışına bağlanmıştır²⁰⁹. Bu nedenle alıcının ayıplı olduğundan haberdar olmaksızın malı temlik ettiği durumlarda, çelişkili davranış yasağına aykırılık söz konusu olmayacaktır.

Malın devredilmiş olması halinde dönme hakkının ortadan kalkacağı mutlak nitelikte bir kural değildir. TBK md. 228/f. 2 hükmü, alıcının temlik etmiş olduğu malı üçüncü kişilerden geri alabildiği hallerde, iade alacaklısına geri vererek dönme hakkını kullanamayacağı şeklinde yorumlanmamalıdır. Zira alıcının malı üçüncü kişiden geri alıp, varsa hukuki kısıtlamalarını ortadan kaldırarak iade alacaklısı satıcıya geri vermesi mümkünse, bu halde alıcının malı iade edemediği söylenemeyecektir²¹⁰. Bu nedenle alıcının ayıplı satım konusu malı iade edebilecek durumda olduğu hallerde, malı bir kez üçüncü kişiye temlik etmiş olması dönme hakkını kullanmasını engellemelidir.

Doktrinde malın üçüncü kişilere temlik edilmiş olduğu ve onlardan geri alınmasının mümkün olmadığı hallerde alıcının dönme hakkının ortadan kalkması kuralının uygulama alanının daraltılmasına yönelik çözüm arayışları söz konusu olmuştur. Bir görüşe göre alıcı temlik etmiş olduğu ayıplı malı temlik ettiği kişiden geri alamasa bile, üçüncü kişilerden bir bedel aldıysa bunu satı-

(207) *BK-Giger*, Art. 207 OR, N. 31; *Boels*, s. 118; *Westermann*, § 351 BGB, Rdnr. 4.

(208) *Hartmann*, Nr. 521; *Aral*, s. 140; *BK-Giger*, Art. 207 OR, N. 31.

(209) *Hartmann*, Nr. 521; *BK-Giger*, Art. 207 OR, N. 31. Aynı görüşte bkz. *Gümüş*, s. 112.

(210) *Hartmann*, Nr. 526; *Serozan*, *Sözleşmeden Dönme*, s. 429; *BK-Giger*, Art. 207 OR, N. 31; *Mü-KO/Gaier*, § 346 BGB, Rdnr. 41. Alman Hukuku bk. aynı yönde, *Grüneberg*, § 346 BGB, Rdnr. 8a.

cıya iade ederek sözleşmeden dönebilmelidir²¹¹. Bu görüş doktrinde pek fazla taraftar toplamamıştır. Zira alıcının, malı üçüncü kişiye temlik ederken ayıplı malın bedelini müzakere etme gibi bir şansı vardır. Bu müzakere sonucunda alıcı malı üçüncü kişiye satıcıyla sözleşmede kararlaştırılmış olan bedelden yüksek bir fiyata satmış olabilir. Bu halde yeniden satıştaki bedelin ilk satıcıya iade edilmesi, satıcının malvarlığında haksız bir artış yaratacaktır²¹². Malın sözleşmede kararlaştırılan bedelden daha düşük bir fiyata üçüncü kişiye satıldığı hallerde ise, ilk satıcının malvarlığında bir azalma ortaya çıkacaktır. Dolayısıyla bu görüş kabul edildiğinde yani alıcı üçüncü kişiden aldığı bedeli satıcıya iade ederek sözleşmeden döndüğünde satıcı, alıcı ve üçüncü kişiler arasındaki hukuki işlemlerin rizikosunu da taşımak zorunda kalacaktır. Alıcı, satıcının üçüncü kişilerle yaptığı hukuki işlemlerden doğan sonuçları, dönme hakkını kullanmak suretiyle satıcıya yükleyememelidir²¹³. Alıcı satım konusu malı kendi hukuki işlem serbestisi çerçevesinde 3. kişiye temlik ettiği için, bu işlemin sonuçlarını ve risklerini de kendisi yüklenmelidir. Bu nedenle, alıcının üçüncü kişiden aldığı bedeli satıcıya iade etmek suretiyle sözleşmeden dönmesi mümkün olmamalıdır.

Alıcı malı üçüncü kişilere temlik etmiş olduğu hallerde dönme hakkını kullanabilmek için satıcıya bir bedel iade edecekse, kanımızca bu bedel üçüncü kişiden alınan bedel olmamalıdır. Zira yukarıda da belirtildiği üzere satıcı alıcının irade serbestisi çerçevesinde yaptığı hukuki işlemlerin rizikosunu taşımak zorunda değildir. Ayrıca temlik mutlaka satım sözleşmesinde olduğu gibi ivazlı olmak zorunda değildir. Alıcı malı üçüncü kişiye bağışlamış da olabilir. Bu nedenle alıcı üçüncü kişiden alınan bedeli değil, fakat satım konusu malın değerini satıcıya ödeyerek sözleşmeden dönebilmelidir. Böylece malın bedel karşısında temlik edilmediği, örneğin bağışlandığı durumlarda da alıcının hangi bedeli iade edeceği yönünde bir sorun ortaya çıkmayacaktır.

Bu konudaki açıklamalara son verilmeden önce karşılaştırmalı hukuktaki durumun incelenmesi yararlı olacaktır: Alman Hukukunda 2002’de yapılan değişiklikten önce § 353 BGB’ye göre dönme hakkı sahibinin almış olduğu malı veya malın önemli bir kısmını satması ya da üçüncü bir kişi lehine hak-

(211) Bu görüş için bkz. *Hartmann*, Nr. 525.

(212) *Hartmann*, Nr. 525.

(213) *Hartmann*, Nr. 524.

larla kayıtlaması halinde dönme hakkını kullanması mümkün değildi. 2002 değişikliği sonrasında ise Alman Hukuku'nda alıcı malı üçüncü kişiye temlik etmişse, § 346/f.2 BGB gereğince bunun değerini iade ederek sözleşmeden dönmesi mümkündür. Ayrıca belirtmek gerekir ki, bu hüküm yalnızca alıcının malı temlik ettiği durumlarda değil fakat örneğin icra takibi sonucunda malın elden çıktığı hallerde de uygulanmaktadır²¹⁴.

Alıcı, Viyana Satım Sözleşmesi çerçevesinde, TBK md. 228/f. 2'de yer alan düzenlemeye nazaran daha avantajlı bir konumdadır: TBK 228/f. 2'ye göre alıcı malın ayıplı olduğundan haberdar olsun olmasın, malı üçüncü bir kişiye temlik etmiş olması nedeniyle geri veremeyecek olduğu durumlarda dönme hakkını kaybetmektedir²¹⁵. Bununla birlikte CISG md. 82/f. 2/b. 3'e göre alıcı ayıplı olduğunu bilmeksizin malı ticari hayatın olağan akışı içinde üçüncü kişilere temlik ettiği²¹⁶ hallerde dönme hakkını kullanabilecektir. Bu halde iade hasarı yine satıcıya yüklenmiş olmaktadır²¹⁷.

CISG md. 82/f.2'de yer alan bu istisnanın uygulanması için alıcının malı mutlaka üçüncü kişilere teslim etmiş olması gerekmemektedir. Alıcı malı üçüncü kişiye satmış fakat henüz teslim etmemiş olsa bile, malı satıcıya geri vermek zorunda kalmaksızın dönme hakkını kullanabilecek ve alıcıdan satım bedelini geri isteyebilecektir²¹⁸. Bunun için sözleşmenin kurulmuş olması yeterlidir, ayrıca malın üçüncü kişiye teslim edilmiş olması gerekmemektedir²¹⁹. Bununla birlikte, eğer alıcı temlik sırasında maldaki ayıptan haberdar ise, Viyana Satım Sözleşmesi'ne göre bu davranışı çelişkili davranış yasağına aykırılık teşkil edecek ve dönme hakkını kaybedecektir.

3. Satım Konusu Malın Kullanılmış Olması

Malın kullanılmış olması nedeniyle aynen iadenin imkânsız hale gelmesi TBK m.228'te düzenlenmemiştir. Ancak, yukarıda da belirttiğimiz üzere

(214) *Boels*, s. 110; *Kaiser*, s. 253.

(215) *Glasl*, s. 215; Aksi grş. Bkz. *Sandrock*, s. 272.

(216) Madde hükmünde yalnızca mal satımından bahsedilmiş olmakla birlikte, alıcının satım konusu mal üzerindeki mülkiyet hakkını kaybettiği diğer durumlarda da CISG md. 82/2/c hükmü uygulanacaktır. *Fountoulakis*, CISG md. 82, N. 25.

(217) *Fountoulakis*, Art. 82 CISG, N. 24.

(218) *Boels*, s. 116.

(219) *Boels*, s. 116.

TBK md. 228'de yer alan iade imkânsızlığı hallerinin sınırlı sayıda olmadığı yönünde doktrinde görüş birliği bulunmaktadır²²⁰. Bu çerçevede malın kullanılmış olmasının alıcının dönme hakkına nasıl etki edeceğinin saptanması gerekmektedir.

Malın kullanılmasının alıcının dönme hakkını hangi koşullarda ortadan kaldıracığı Türk- İsviçre doktrininde fazla incelenmemiş bir sorundur. Bu nedenle hangi tür kullanımların alıcının dönme hakkını ortadan kaldıracığının tespit edilmesi gerekmektedir.

Türk yargı uygulamasında TBK md. 228'le ilgili bir Yargıtay kararına rastlanılamamaktadır. Zürih Yüksek Mahkemesi ise bir kararında malın kullanılmış olmasının da İBK md. 207/f. 3 (TBK md. 228/f. 2) kapsamında değerlendirilmesi gerektiğine hükmetmiştir²²¹. Bununla birlikte Federal Mahkeme, malın kullanılmış olması halinde dönme hakkının TBK md. 228/f. 2 kapsamında ortadan kalkması için bazı şartların gerçekleşmesi gerektiğini belirtmektedir. Buna göre, TBK md. 228/f. 2 hükmü çerçevesinde kullanmanın dönme hakkını ortadan kaldırması için, alıcının malın ayıplı olduğunu bilmesine rağmen kullanmaya devam etmiş olması gerekmektedir. Alıcının malın ayıplı olduğunu bilerek kullanmaya devam etmesinde eğer bir makul sebep varsa, alıcı dönme hakkını yine kullanabilecektir.

Federal Mahkeme Kararına konu olan bir olayda C.H, 23 Aralık 1975 tarihinde bir otomobil galerisine 18.000 Frank karşılığında Porsche marka bir araba satmıştır. 30 Aralık 1975 tarihinde otomobil galerisi, satıcıya arabanın şasisinde bir bozukluk olduğunu belirten bir mektup yazarak, sözleşmeden döndüklerini ve satım bedelini geri istediklerini belirtmiştir. C.H buna yanaşmayınca, galeri bir dava açarak satım bedelini geri istemiştir. Federal Mahkeme davacının bu talebini reddetmiştir. Federal Mahkeme red gerekçesinde şu mülahazalara yer vermiştir: Alıcı(galeri) dönme hakkını kullanmak istediğine ilişkin beyanda bulunduktan sonra, bir zorunluluk söz konusu olmaksızın arabayı kendi menfaatlerine kullanmaya devam etmiştir. Mahkeme bu kullanımının 3000 km olduğunu tespit etmiştir. *Makul bir gerekçe veya zorunluluk*

(220) *BK-Giger*, Art. 207 OR, N. 22; *Hartmann*, Nr. 481; *BSK-Honsell*, Art. 207 OR, N. 3; *Furrer*, s. 139; *Gümüş*, s. 112; *Huguenin*, Allgemeiner und Besonderer, Nr. 2659.

(221) Urteil des Obergerichts ZH vom 10.04.1997 (U/O/PN970018), assistalex 1997 N. 6111.

söz konusu olmaksızın satım konusu malın kullanılmak suretiyle değerinin düşürülmesi halinde alıcı dönme hakkından feragat etmiş sayılmalı ve bedel indirimi hakkını kullanmalıdır²²².

Yine Federal Mahkeme'nin kararına konu olan bir olayda²²³ satıcı alıcıya kazasız olduğunu vaad ettiği aracı satmıştır. Aracın alıcı tarafından teslim alınmasından sonra üçüncü bir kişi alıcıya aracın bir kazaya karışmış olduğunu bildirmiş ve alıcı da bunun üzerine ayıp ihbarında bulunmuştur. Satıcı alıcıya bedel indirimi teklif etmiş, ancak alıcı bunu kabul etmemiş ve satım bedelinin iadesini dava etmiştir. İlk derece mahkemesi alıcının bu talebini reddetmiştir. Mahkeme alıcının *aracın ayıplı olduğunu bilmesine karşılık ve makul bir gerekçe olmaksızın* aracı dava açana kadar yaklaşık 24'000 km kullanmaya devam ettiğini belirlemiştir. Bu nedenle mahkeme İBK md. 207/f. 3 (TBK md. 228/f. 2) çerçevesinde alıcı dönme hakkını kaybettiği ve bedel indirimi hakkını kullanması gerektiği sonucuna varmıştır.

Alman Hukuku'nda malın kullanılması nedeniyle aynen iadenin imkânsızlaşmasının alıcının dönme hakkına etkisini açıkça düzenleyen bir hüküm bulunmaktadır. § 346/f.2/b. 3 BGB'ye göre satım konusu malın *sözleşmeye uygun olarak kullanılması* sonucunda bir kötüleşme söz konusu olmuşsa, bedel üzerinden iade yükümlülüğü de ortadan kalkacaktır. Böylece, alıcı malı sözleşmeye uygun bir şekilde kullandığı hallerde, bedel iadesinde bulunmadan sözleşmeden dönebilecek ve satıcıdan tüm satım bedelini geri isteyebilecektir. Alıcının malı sözleşmeye uygun kullanıp kullanmadığı ilk etapta satım sözleşmesinin içeriğine, yani tarafların iradesine göre belirlenecektir²²⁴.

CISG md. 82'de de malın kullanılması haline ilişkin açık bir düzenleme yer almamaktadır. Bununla birlikte, malın alıcının ayıbı bildiği veya bilmesi gerektiği ana kadar olağan kullanım amacına uygun bir şekilde kullanıldığı takdirde, bu kullanım esnasında malda önemli ölçüde değişiklikler meydana gelmiş veya mal tüketilmiş olsa bile sözleşmeden dönme hakkı kullanılabilir. Malın kullanım amacına aykırı bir kullanımda ise, CISG md. 82/f. 1'de yer alan "malın önemli ölçüde ele geçirildiği şekilde" iadesi koşuluna bakılmalı-

(222) BGH 105 (1979) II, s. 91.

(223) Urteil Des Obergerichts Thurgau, 7. Dezember 2004, ZBO 2004.12 (TG), RBOG 2005, s. 119.

(224) *Röthel*, § 346 BGB, Rdnr. 12; *Faust*, s. 481; *Döll*, s. 176.

dır²²⁵. Eğer kullanım amacına aykırı bir şekilde kullanılan mal, teslim alındığı andaki duruma esaslı surette yakın bir durumda iade edilemiyorsa, alıcı sözleşmeden dönemeyecektir.

4. Satım Konusu Malın Kötüleşmiş Olması

TBK md. 228/f. 2’de malın alıcı nezdindeyken kötüleşmesi nedeniyle aynen iadenin mümkün olmadığı durumlarda alıcının dönme hakkını kullanıp kullanamayacağı düzenlenmemiştir. Doktrindeki hâkim görüş çerçevesinde TBK md. 228’de belirtilen iade imkânsızlığı halleri tüketici bir şekilde sayılmadığından²²⁶, satım konusu malın alıcı tarafından kötüleştirilmesi halinin de TBK md. 228/f. 2 kapsamında incelenmesi önünde bir engel bulunmamaktadır.

Malın kötüleşmesinin de TBK md. 228 hükmü kapsamında ele alınması bakımından bir sorun olmadığını belirttikten sonra, kötüleşmenin neden TBK md. 228/f. 2 kapsamında değerlendirildiğinin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. TBK md. 228/f. 2 hükmü sistematik ve teleolojik olarak yorumlandığında, hükmün yalnızca malın alıcıya yüklenebilen bir sebeple *tamamen ortadan kalktığı hallere* inhisar edilemeyeceği sonucuna varılacaktır. Anılan hükümde alıcının kusurlu bir davranışı sonucunda tamamen ortadan kalkmasının yanı sıra malın kötüleşmesinin düzenlenmemiş olması, bir bilinçli/nitelikli susma teşkil etmemektedir²²⁷. Eğer bilinçli susmanın söz konusu olduğu kabul edilecek olursa, alıcının kusuruyla malın tümünün ortadan kalktığı hallerde sözleşmeden dönmemesi, fakat yine kusuruyla yüzde doksan dokuz kötüleştiği hallerde dönebilmesi gibi son derece keyfi bir sonuç ortaya çıkacaktır²²⁸. Bu nedenle satım konusu malın kötüleşmesinin alıcının dönme hakkına etkisinin, aslında TBK md. 228/f. 2’de zımni olarak düzenlendiği kabul edilmelidir. Buna göre, alıcı malın kötüleştiği hallerde de dönme hakkını kullanamaması gerekmektedir.

(225) Fountoulakis, Md. 82 CISG, N. 23; Boels, s. 95; Staudinger/Magnus, Art. 82 CISG, N. 27; Zuber, Art. 82 CISG, N. 14.

(226) BK-Giger, Art. 207 OR, N. 22; Hartmann, Nr. 481; BSK-Honsell, Art. 207 OR, N. 3; Furrer, s. 139; Gümüş, s. 112.

(227) BK-Giger, Art. 207 OR, N. 24.

(228) BK-Giger, Art. 207 OR, N. 24.

Malın kötüleşmesinin de TBK md. 228/f. 2 kapsamında dönme hakkını ortadan kaldıran bir sebep olarak değerlendirilmesi karşımıza iki problem ortaya çıkarmaktadır. İlk olarak kötüleşme kavramından ne anlaşılması gerektiğinin belirlenmesi gerekmektedir. Bu çerçevede, hangi derecedeki kötüleşmelerin dönme hakkının kullanılmasına engel teşkil edeceğinin saptanması gerekmektedir. Malın kötüleşmesinden, malın maddi özelliklerinde meydana getirilen ve onun fonksiyonel elverişliliğini azaltan değişiklik anlaşılmalıdır²²⁹. Bir görüşe göre malın kötüleşmiş sayılması için mutlaka özüne bir müdahale gerekmemektedir. Esas itibarıyla malın, satım sözleşmesinin konusu olarak belirlenmesine sebebiyet veren özelliklerinde meydana gelen değişiklikler de kötüleşme kapsamında değerlendirilecektir. Ancak bu görüşe göre kötüleşme mutlaka malın kendisinde gerçekleşmelidir. Başka bir deyişle malın fiyatının düşmesi gibi harici durumdaki değişiklikler kötüleşme kapsamında değerlendirilemez²³⁰.

Türk-İsviçre doktrininde dönme hakkının kullanılıp kullanılmayacağı belirlenirken malın esaslı veya esaslı olmayan biçimde kötüleşmesine göre bir ayırım yapılmaktadır. Hâkim görüşe göre, alıcı malı esaslı/önemli ölçüde kötüleştirirse dönme hakkından vazgeçmiş sayılacaktır²³¹. Alman Hukukunda, benzer bir yaklaşım içeren eski § 351 BGB hükmü de alıcının dönme hakkını kullanmasını yalnızca malın esaslı bir şekilde kötüleştiği hallerde engellemekteydi²³².

Bu noktada, malın ne zaman önemli/esaslı ölçüde kötüleşmiş olduğunun tespiti büyük önem taşıyacaktır. Bir görüşe göre malın önemli ölçüde kötüleşip kötüleşmediği belirlenirken alıcı ve satıcının menfaatleri arasında bir karşılaştırma yapılmalıdır. Önemli ölçüde kötüleşmiş bir malı geri almakta satıcının bir menfaati yoktur. Buna karşılık ayıplı bir mal teslim edilmiş olan alıcının sözleşmeden dönerek malı- kötüleşmiş de olsa- geri vermekte menfaati vardır. Bu çerçevede, taahhüt edilen ve ifa edilen mallar arasındaki fark ile ifa edilmiş ve hâlihazırda alıcının elinde bulunan mallar arasındaki durum

(229) *Boels*, s. 75; *Röthel*, § 346 BGB, Rdnr. 11; *Gaier*, § 346 BGB, Rdnr. 43; *Kaiser*, s. 250; *Grüneberg*, § 346 BGB, Rdnr. 9; *BeckOK-Schmidt*, § 346 BGB, Rdnr. 43.

(230) *Westermann*, §351 BGB, Rdnr. 2.

(231) *Hartmann*, Nr. 481; Aynı görüşte bkz. *Furrer*, s. 65; *Gümüş*, s. 110.

(232) Bkz. aşı. §5, IV.

farkı arasında bir kıyaslama yapılarak, hangisinin arasındaki farkın daha büyük olduğuna bakılmalıdır²³³. Böylece, eğer taahhüt edilen mal ve ifa edilen ayıplı mal arasındaki fark, malın teslim alındığı hali ile iade edilmesi gereken anda bulunduğu durum arasındaki farktan daha büyükse, mal önemli ölçüde kötüleştirilmemiş sayılacak ve alıcı dönme hakkını kullanabilecektir. Buna karşılık eğer taahhüt ve ifa edilen mallar arasında küçük bir fark olmasına karşılık, satım konusu mal iade gününde teslim alındığı günden büyük ölçüde farklı bir durumdaysa, mal önemli ölçüde kötüleşmiş sayılacak ve alıcı dönme hakkını kullanamayacaktır.

Bir başka görüşe göre ise, kötüleşmenin önemli olup olmadığı ilk olarak objektif açıdan değerlendirilmelidir. Bunun yanında satım sözleşmesi taraflarının esas aldığı özel kullanım amacı da dikkate alınmalıdır²³⁴.

İkinci olarak TBK md. 228/f. 2’de kullanılan “alıcıya yüklenebilen sebep” kavramının malın kötüleştirilmesini de kapsayıp kapsamadığının belirlenmesi gerekmektedir. Başka bir deyişle, alıcının dönme hakkı yalnızca alıcının kusuruyla malın kötüleştiği hallerde mi ortadan kalkacaktır, yoksa alıcının kusuru olmasa bile malın kötüleştiği her halde dönme hakkı ortadan kalkacaktır mıdır?

Doktrinde bir görüşe göre alıcı malı önemli derece kötüleştirmişse, alıcıya yüklenebilen bir sebebin mevcut olup olmadığına bakılmaksızın dönme hakkını kaybedecektir²³⁵. Yazara göre, önemli olan sebebin ne olduğu değil, malın esaslı şekilde kötüleşmiş olmasıdır. Kural olarak alıcı maldaki ayıpları fark edene ve dönme hakkını kullanıncaya kadar malik sıfatıyla yaptığı tasarruflar bakımından kusurlu sayılamaz ve sorumlu tutulamaz. Ancak alıcının satım sözleşmesi çerçevesinde iktisap ettiği satım konusu mala ilişkin özensiz ve dikkatsiz davranışlarının malik olarak onun aleyhine sonuçlar doğuracağını hesaba katması gerekmektedir²³⁶. Zira mal ayıplı olmasa veya sözleşmeden hiç dönmeyecek olsa bile, alıcının malı önemli ölçüde kötüleştirmesi kendi zararına olacaktır. Bu nedenle malın önemli ölçüde kötüleştirilmesinin sonuçları, kusurlu olmasa bile, mala gerekli ve yeterli özeni göstermeyen alıcıya

(233) *Hartmann*, Nr. 484.

(234) *Westermann*, §351 BGB, Rdnr. 2.

(235) *Hartmann*, Nr. 482.

(236) *Hartmann*, Nr. 482.

yüklenebilir. Esas itibarıyla bu görüş, alıcının sahip olduğu bir mala ilişkin kusurlu bir davranışı olabildiğini kavramsal olarak reddetmektedir.

Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre ise, TBK md. 228/f. 2'nin ilk kısmının lafzı, yalnızca alıcının kusurlu davranışları (alıcıya yüklenebilen sebepler) sonucunda satım konusu malın ortadan kalkmasını kapsamaktadır. Burada malın önemli ölçüde kötüleşmesinin de alıcıya yüklenebilen sebeplerle ortadan kalkmasıyla birlikte değerlendirilmesi gerekir. Bu çerçevede, tıpkı ortadan kalkma bakımından olduğu gibi, eğer alıcı kusurlu değilse, mal önemli ölçüde kötüleşmiş olsa bile dönme hakkını kullanabilecektir. Bu yorum kanun hükmünün lafzı ve amacına uygun olmakla birlikte, alıcının kendisine ait bir mala ilişkin kusurundan ne anlaşılması gerektiğinin tespitinin oldukça zor olduğunun hatırlatılması gerekmektedir.

Doktrindeki hâkim görüşe göre malın esaslı/önemli olmayan ölçüde kötüleştirilmesi halinde alıcı dönme hakkını kullanabilecektir. Malın esaslı/önemli olmayan ölçüde kötüleştiği hallerde bu kötüleşme alıcıya yüklenebilen bir sebepten kaynaklansa bile, bu durum dönme hakkının kullanılmasını engellemeyecektir²³⁷. Bu hallerde alıcı önemli olmayan ölçüde kötüleşmiş malı iade alacaklısı olan satıcıya geri vererek sözleşmeden dönebilecektir²³⁸. Eğer alıcıya yüklenebilen bir sebeple mal önemsiz ölçüde kötüleşmişse, alıcı dönme hakkını kullanabilecektir ancak kötüleşme oranında bir tazminat ödemek zorunda kalacaktır²³⁹. Başka bir deyişle, alıcı dönme hakkını kullanmaya karar verirken, önemsiz de olsa, bu kötüleşmeden kaynaklanan değer azalmasını da tazmin etmeyi göze almalıdır.

Alman Hukukunda eski § 351 BGB'ye göre alıcı yalnızca malı *kusuruyla* ve *önemli ölçüde* kötüleştirdiği hallerde dönme hakkını kullanmaktan mahrum kalıyordu. Buna göre alıcının kusurlu bir davranışı olmaksızın malın önemli ölçüde kötüleştiği hallerde veya alıcının kusuruyla malın önemsiz ölçüde kötüleştiği hallerde alıcı dönme hakkını kullanabiliyordu. Başka bir deyişle, malın kötüleşmesi nedeniyle alıcının dönme hakkının ortadan kalkması için önemli ölçüde kötüleşme ve kusur şartlarının bir arada bulunması gerekiyordu.

(237) Hartmann, s. 197; BK-Giger, Art. 207 OR, N. 26; Gümüş, s. 110.

(238) BK-Giger, Art. 207 OR, N. 26. Aynı görüşte bkz. BSK-Honsell, Art. 207 OR, N. 3.

(239) Hartmann, Nr. 483.

Yeni § 346/f. 2/b. 3 BGB'ye göre satım konusu malın kötüleşmesi²⁴⁰ halinde alıcı ayıplı malın değerini satıcıya iade etmek zorundadır. § 346 BGB'de malın kötüleşmesi ve ortadan kalkması aynı cümlede düzenlenmiş olduğundan, eski § 351 BGB'nin aksine, malın önemli ölçüde kötüleşip kötüleşmediğinin belirlenmesi gibi bir zorunluluk ortaya çıkmamaktadır. Zira mal önemli ölçüde kötüleşmiş de olsa, tamamen ortadan kalkmış da olsa sonuç aynıdır²⁴¹: Alıcı, kural olarak malın kötüleştiği her durumda bedel üzerinden iadede bulunarak sözleşmeden dönebilecektir. Aynı zamanda bedel üzerinden iade yükümlülüğü, yine eski § 351 BGB'nin aksine, iade borçlusunun malın kötüleşmesinde kusurlu olmasından da bağımsızdır²⁴². Buna göre malın kötüleştiği hallerde alıcı, kural olarak, kusuru bulunmasa da bedel üzerinden iade yükümlülüğünü yerine getirmek zorundadır. Ancak malın kötüleştiği her durumda iade borçlusu alıcı bedel üzerinden iade ile yükümlü değildir. Esas itibarıyla satım konusu mal sözleşmeye uygun kullanım sonucunda kötüleşmişse, artık iade borçlusu alıcı bedel üzerinden iade ile yükümlü olmayacaktır. Hemen ekleyelim ki alıcının bedel üzerinden iade yükümlülüğünden kurtulması, yalnızca malın ilk olarak kullanımı sırasında değerinde meydana gelen azalma bakımından söz konusu olacaktır²⁴³.

Viyana Satım Sözleşmesi'ne göre ise yalnızca satım konusu malın *önemli ölçüde* kötüleştiği hallerde 82. madde anlamında iade imkânsızlığı söz konusu olacak ve alıcı dönme hakkını kullanamayacaktır. Sözleşmenin sona erdirilmesi sebebiyle bağlantılı olmayan önemsiz değişiklikler, örneğin kullanma sonucu yıpranma ve eskime, 82. madde anlamında iade imkânsızlığına yol açmayacaktır²⁴⁴. Bu önemsiz kötüleşme hallerinin nasıl tespit edileceği ve bu hallerde iade alacaklısının hangi kapsamda zararının tazminini isteyebileceği ise belirsizdir. Viyana Satım Sözleşmesi'ndeki iadenin mümkün olmadığı

(240) Tasfiye edilen sözleşme çerçevesinde mübadele edilmiş olan edimlerin, mübadele ile tasfiye arasında geçen sürede malın piyasa fiyatının düşmüş olmasının bir kötüleşme sayılıp sayılamayacağı Alman Hukuku'nda tartışmalıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. *Döll*, s. 178 vd; *Hellwege* s. 548 vd.

(241) *Boels*, s. 75; *Gaier*, § 346 BGB, Rdnr. 43.

(242) *Röthel*, § 346 BGB, Rdnr. 11; *Gaier*, § 346 BGB, Rdnr. 41; *Westermann*, § 350 BGB, Rdnr. 2.

(243) *Röthel*, § 346 BGB, Rdnr. 14.

(244) *Boels*, s. 75; *Enderlein/Maskow*, Art. 82 CISG, Nr. 2.1.

hallerde alıcının dönme hakkının engellenmesi kuralına CISG md. 82/f. 2'de getirilen istisna hükmüne göre, eğer satım konusu mal muayene külfetinin yerine getirilmesi sonucunda kötüleşmişse alıcı dönme hakkını kullanabilecektir.

Viyana Satım Sözleşmesi'ne göre, dönme hakkının engellenmesi bakımından alıcının malı önemli şekilde kötüleştirmesinde kusurlu olması şart değildir²⁴⁵. Satım konusu malın alıcının bir davranışı veya ihmali sonucunda kötüleştiği hallerde 82. maddeye göre dönme hakkının kullanılması mümkün olmayacaktır. Buna göre alıcı kusuru olmaksızın malın önemli ölçüde kötüleştiği hallerde alıcı sözleşmeden dönme hakkını kullanamayacaktır.

SONUÇ

Satım konusu malın, maldaki ayıp nedeniyle ortadan kalktığı durumlarda alıcının sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmesi gerektiği konusunda bugün geline nokta herhangi bir tartışma bulunmamaktadır. Bu durumda iade hasarına satıcının katlanması, ideal bir çözümdür. Malın kaza veya mücbir sebep gibi etkenlerle aynen iade edilemediği durumlarda iade hasarına yine satıcının katlanması ise bugün karşılaştırmalı hukukta artık taraftar bulmayan bir görüştür. Bununla birlikte Türk-İsviçre Hukukunda ve dolaylı olarak Alman Hukuku'nda konuyu düzenleyen hükümlerde bu yaklaşımın halen muhafaza edildiği görülmektedir. Sözleşmelerin tasfiyesine ilişkin mevcut hükümler incelendiğinde, alıcının mücbir sebep veya beklenmeyen hal sonucunda ortadan kalkan malı iade ederek sözleşmeden dönebilmesi ve satım bedelini geri isteyebilmesi satıcı açısından son derece adaletsizdir. Bu nedenle 6098 sayılı TBK'da iade hasarının alıcıya yüklenmesinin tercih edilmesi yerine, önceki BK md. 204/f.1 hükmünün muhafaza edilmesi, son derece talihsiz olmuştur.

Satım konusu malın alıcıya yüklenebilen sebeplerle ortadan kalktığı veya alıcının malı temlik ettiği yahut şeklini değiştirdiği durumlarda dönme hakkının kullanılmasının engellenmesi ise yine çağın gerisinde kalmış bir düşüncenin kalıntılarıdır. Bugün modern kanunlara ve hukukun yeknesaklaştırılmasına ilişkin metinlere bakıldığında alıcının sözleşmeden dönmesinin engellenmesi söz konusu değildir. Alıcının kusurlu bir davranışıyla malı

(245) Boels, s. 86.

ortadan kaldırdığı hallerde sözleşmeden dönmemesi halinde “kusur”dan ne anlaşılması gerektiğinin ortaya çıkardığı belirsizliğin yanı sıra; satım konusu malın iadesini kendi davranışı ile imkânsız hale getirdiği durumlarda, örneğin malın biçimini değiştirdiği, malı üçüncü kişilere devrettiği veya malı kullandığı hallerde sözleşmeden dönme hakkını kullanamaması haklı olarak eleştiriye uğramaktadır. İade imkânsızlığının sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasına engel teşkil edeceğinin kabul edilmesi, iade edilmesi gereken edimin değerinin belirlenmesinde yaşanacak sorunların üstünü örtme çabasının bir sonucu olarak görülmektedir. Bugün modern görüşe göre, alıcının kendi davranışıyla malın aynen iadesini imkânsızlaştırdığı durumlarda da, değerini ödeyerek sözleşmeden dönebilmesi gerekmektedir. Zira sözleşmelerin tasfiyesinin, sözleşmeden dönmenin şartı değil sonucu olduğu anlayışı yerleşmeye başlamıştır. Bu nedenle iade borçlusu iade konusu aynen iade edemiyor olsa bile sözleşmeden dönebilmeli ancak aynen iade edemediği edimin bedelini iade etmelidir²⁴⁶.

Kanun koyucunun TBK md. 228/f. 2’de sayılan hallerde satıcının menfaatlerini üstün tutmuş olması kuşkusuz bir hukuk politikası tercihidir. Ancak satıcının malın aynen iadesindeki menfaatinin üstün tutulmasının tek yolu alıcının dönme hakkının sınırlandırılması değildir. Zira alıcı malın değerini satıcıya iade ettiğinde de satıcının menfaatleri aynı şekilde korunmuş olacaktır. Alıcı, temlik ettiği veya önemli ölçüde şeklini değiştirdiği malın ayıplı objektif değerini satıcıya iade edecektir. Bu çözümde hem satıcı hem de alıcının menfaatleri yeterince korunmuş olacaktır. Satıcı ayıplı mal teslim etmiş olduğu için satım konusu malın objektif değerinin tamamını geri alamayacaktır. Alıcı ise şeklini değiştirdiği veya temlik ettiği malın ayıplı değerini geri vermek zorunda kalacaktır. Bu görüşün kabul edilmesi, alıcının menfaatlerine bir aykırılık teşkil etmemektedir. Zira bedel üzerinden iade yapmak istemeyen alıcının, bedel indirimi talep etme hakkı bakidir.

(246) *Sandrock*, s. 274; *Zuber*, Art. 82 CISG, N. 2; *Buz*, Akamete Uğrayan Sözleşme, s. 645 vd; *Buz*, Sözleşmeden Dönme, s. 192; *Hellwege*, s. 564-565; *Caemmerer*, s. 633; *Hartmann*, Nr. 243.

KAYNAKÇA

- Aksoy, H. C.:** Impossibility in Modern Private Law A Comparative Study of German, Swiss and Turkish Law and the Unification Instruments of Private Law, Switzerland 2014.
- Aral, F.:** Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2007.
- Atamer, Y.:** Taşınır Satımı Sözleşmesi, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu: Makaleler – Tebliğler, Der: Doç. Dr. M. Murat İnceoğlu, İstanbul 2012.
- Boels, R.:** Der Rücktritt vom Vertrag trotz Rückgabeunmöglichkeit, Hamburg 2008.
- Bucher, E.:** Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bern 1979 (Allgemeiner Teil).
- Buz, V.:** Akamete Uğrayan Sözleşmelerin Tasfiyesi, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, ed. Doç. Dr. Baki İlkay Engin, İstanbul 2010 (Akamete Uğrayan Sözleşme).
- Buz, V.:** Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara 1998 (Sözleşmeden Dönme).
- Buz, V.:** Rückabwicklung gescheiterter Verträge, SJZ 111/2015, s. 565 vd (Rückabwicklung).
- Canaris, C. W.:** Die Gegenleistungskondiktion, Festschrift für Werner Lorenz zum siebzigsten Geburtstag, Tübingen 1991.
- Döll, Y.:** Rückgewährstörungen beim Rücktritt, Tübingen 2011.
- Edis, S.:** Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara 1963.
- Enderlein, F./Maskow, D.:** International Sales Law, Oceana Publications 2002.
- Eren, F.:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2017.
- Eren, F.:** Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2017.
- Engel, P.:** Contrats de Droit Suisse, Berne 2002.
- Favre, A.:** La notion de force majeure et de cas fortuit, en relation avec des événements naturels, dans le régime de la responsabilité civile privée ou de droit public, Sécurité & droit, 2009.

- Flume, W.:** Die Saldotheorie und die Rechtsfigur der ungerechtfertigten Bereicherung, AcP 194 (1994).
- Fountoulakis, C.:** Madde 81-84, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (Viyana Satım Sözleşmesi) Şerhi, ed. Ingeborg Schwenzer ve Pınar Çağlayan Aksoy, İstanbul 2015.
- Furrer, R.:** Beitrag zur Lehre der Gewährleistung im Vertragsrecht, Diss. Zürich 1973.
- Gaier, R.:** Münchener Kommentar zum BGB, 7. Auflage 2016.
- Gauch, P./Schluep, W. R.:** Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bd. 1, 9. Aufl., Zurich 2008.
- Giger, H.:** Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. VI, Das Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelne Vertragsverhältnisse, 1. Teilband, Kauf und Tausch- Die Schenkung, 1. Abschnitt, Allgemeine Bestimmungen- Der Fahrniskauf, Art 184-215 OR, Bern 1979 (BK-Giger).
- Glasl, D.:** Die Rückabwicklung im Obligationenrecht- Ein Beitrag zum Vertraglichen Sanktionsystem der Schweiz, Zürich 1992.
- Grothe:** Beck'sher Online-Kommentar, Hrsg. Bamberger/Roth, München 2007.
- Grüneberg, C.:** Palandt Kurz Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch, 75. Auflage, Münih 2016.
- Gümüş, A.:** Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2013.
- Hatemi, H./Serozan, R./Arpacı, A.:** Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 1998.
- Hartmann, S.:** Die Rückabwicklung von Schuldverträgen, Zürich 2005.
- Hellwege, P.:** Die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge, Hamburg 2004.
- Henzen, H.:** Die Relativierung des Wandelungsanspruchs des Kaufers durch den Vorbehalt des Richterlichen Ermessens gemäss OR 205/II, Bern 1990.
- Honsell, H.:** Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, Zurich 2010, (Besonderer Teil).
- Honsell, H.:** Basler Kommentar zum schweizerischen privatrecht: Obligationenrecht I. Art. 1-529 OR/Hrsg.: Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand, 6. Aufl, Basel 2015 (BSK-Honsell).

- Honsell, H.:** Die Vertragsverletzung des Verkäufers nach dem Wiener Kaufrecht, SJZ SJZ 88/1992, s. 345 vd. (Vertragsverletzung).
- Honsell, H.:** Gefahrtragung und Haftungsprivileg nach § 346 BGB, Festschrift für Eduard Picker zum 70. Geburtstag, herausgegeben von Thomas Lobinger, Tübingen 2010 (Gefahrtragung).
- Honsell, H.:** Lebendiges Römisches Recht, GS Mayer Maly, 2011, s. 225 vd (Lebendiges).
- Honsell, H.:** Schuldrechtsmodernisierung in Deutschland, FS Jean Nicolas Druey, Zürich 2002, s. 177 vd. (Schuldrechtsmodernisierung).
- Hornung, R./fountoulakis, C.:** Abschnitt V- Wirkungen der Aufhebung, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, Hrsg. Schlechtriem/Schwenzer 5. Aufl, München 2008.
- Huguenin, C.:** Obligationenrecht Besonderer Teil, Zürich 2007.
- Huguenin, C.:** Obligationenrecht - Allgemeiner und Besonderer Teil, Bern 2015 (Allgemeiner und Besonderer).
- Huguenin, C./Hilty, R.:** Schweizer Obligationenrecht 2020 Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil/Code des obligations suisse 2020 - Projet relatif à une nouvelle partie générale, Schulthess 2013.
- Jörs, P./Kunkel, W./Wenger, L./Honsell, H./Mayer-Maly, T./Selb, W.:** Römisches Recht, Wien 1987.
- Sieber, L.:** Der bereicherungsrechtliche Ausgleich bei Leistungsketten, ASR - Abhandlungen zum Schweizerischen Recht Band/Nr. 807, 2015.
- Kaiser, D.:** Die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge wegen Nicht und Schlechterfüllung nach BGB: Rücktritts, Bereicherungs und Schadensersatzrechts, Tübingen 2000.
- Kılıçoğlu, A.:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 19. Bası, Ankara 2015.
- Kocayusufpaşaoğlu, N.:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2008.
- Köroğlu, E.:** 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Taşınır Satış Sözleşmesinin Sona Ermesi, Ankara 2016.
- Lehmann, M.:** Innovation durch den OR 2020-Entwurf: Die Vorschriften über die Liquidation, SZW 2015 s. 337 vd.

- Müller-Chen, M.:** CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 1: Innominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schenkung, Miete, Leihe Art 183-318 OR, 2012 (CHK/Müller-Chen).
- Münchener Kommentar:** BGB Schuldrecht Allgemeiner Teil Band 2a, Münih, 2003.
- Oğuzman, M. K./Öz, M. T.:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2014.
- Özçelik, B.:**Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'na Göre Mücbir Sebepler ve Sonuçları, Türkiye Barolar Birliği Dergisi 2016 (123), Ankara, s. 303 vd.
- Reisoğlu, S.:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2006.
- Röthel, A.:** Erman Kommentar zum BGB, 12. Aufl., 2008.
- Sandrock, A.:** Vertragswidrigkeit der Sachleistung, Berlin 2003.
- Schwenzer, I./Hachem, P./Kee, C.:**Global Sales and Contract Law, New York 2012.
- Schmidlin, B.:** Berner Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Mängel des Vertragsabschlusses, Art. 23-31 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Bern 2013.
- Schmidt, H.:** Beck'sher Online-Kommentar, Hrsg. Bamberger/Roth 2016.
- Serozan, R.:** Sözleşmeden Dönme, İstanbul 2007 (Sözleşmeden Dönme).
- Serozan, R.:** İfa, İfa Engelleri, Sebepsiz Zenginleşme, İstanbul 2006 (İfa Engelleri).
- Serozan, R.:** Sözleşme İlişkisinin Çözülmesi: Sözleşme Gereğince Elde Edilmiş Edimi Geri Verme Yükümü, Kocayusufpaşaoğlu'na Armağan, Ankara 2004, s. 195 vd.(Sözleşme İlişkisinin Çözülmesi).
- Serozan, R.:** CISG'a ve TBK'na Göre Dönme Hakkının Sınırları, İÜHFM 2012, C. LXX, S. 2, s. 207 vd. (Dönme Hakkının Sınırları).
- Stadler, A.:** Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, 13. Auflage, Münih 2009.
- Magnus, U.:** Staudinger BGB Wiener UN-Kaufrecht (CISG), Sellier- de Gruyter 2005.
- Şahin, C. S.:** Tacirler Arası Ticari Satımlarda Satıcının Ayıplı İfadan Sorumluluğu, İstanbul 2007.

- Tandoğan, H.:** Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. I/1, Ankara 1984.
- Tandoğan, H.:** Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Ankara 1981 (Sözleşme Dışı Sorumluluk).
- Tercier, P.:** Les Contrats Spéciaux, Fribourg 2002.
- Venturi, S.:** Commentaire Romand, Cheven oz. Werro, Code des Obligations Art. 1-529.
- Von Caemmerer, E.:** "Mortuus redhibetur": Bemerkungen zu den Urteilen BGHZ 53, 144 und 57, 137, Festschrift für Karl Larenz (1973), s. 621 vd.
- Von Tuhr, A.:** Borçlar Hukukunun Umumi Kısım (çev. Cevat Edege), C. 1-2, Ankara 1983.
- Wacke, A.:** Casum sentit dominus: Liability for Accidental Damages in Roman and Modern German Law of Property and Obligation, 1987 J. S. Afr. L. 318 (1987).
- Wagner, G.:** Mortuus Redhibetur im neuen Schuldrecht? in Festschrift für Ulrich Huber zum siebzigsten Geburtstag. Hrsg. v. Theodor Baums u. Johannes Wertenbuch in Gem. m. Marcus Lutter u. Karsten Schmidt, 2006, s. 591 vd.
- Westermann, H. P.:** Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Hrsg. von Walter Erman, 7. Aufl., Münster 1993.
- Yavuz, C.:** Özellikle Tüketicinin Korunması Sorunu Bakımından Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu, İstanbul 1989.
- Yavuz, C.:** Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcunun Tanımı, Hukuki Niteliği, Özellikleri ve Bu Borcu Düzenleyen Kanun Hükümlerinin Uygulama Alanı, Prof. Dr. Yaşar Karayalçın'a Armağan, Ankara 1988 (Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu).
- Yavuz, C.:** Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2009 (Özel Hükümler).
- Zimmermann, R.:** The Law of Obligations: Roman Foundations of a Civilian Tradition, Oxford 1996.
- Zimmermann, R.:** Restitutio in Integrum: The Unwinding of Failed Contracts under the Principles of European Contract Law, the UNIDROIT Principles and the Avant-projet d'un Code Européen des Contrats, Rev. Dr. Unif. 2005-4, s. 719- 735 (Restitutio).

Zuber, R.: Art. 82 CISG, UN-Kaufrecht – CISG Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf von 1980 - Unter Berücksichtigung der Schnittstellen zum internen Schweizer Recht, Hrsg. V. Brunner, Christoph, Bern 2014.

K a r a r l a r

