

PROF. DR.
NECIP
KOCAYUSUFPASAOGLU
İÇİN
ARMAGAN

seçkin
Ankara, 2004

Prof. Dr. Eugen BUCHER*
Doç. Dr. Vedat BUZ**

MAGDUR EDILEN ALICI

Türk/İsviçre Borçlar Kanununun İki Özelliğinin Eleştirisi: Muayene ve İhbar Külfeti (Art. 201 OR; BK. m. 198), BK. 202/II (Art. 205/II OR)'ye Göre Dönme Yerine Bedel İndirimine Karar Verilmesinin Masraflara İlişkin Sonuçları***

Asagıda Türk/İsviçre satım hukuku iki noktadan eleştirisel olarak ele alınıp incelenecektir. Eleştiri kısmen kanunun kendisine, kısmen de uygulamanın bu kanuni temelden hareketle vardığı sonuçlara yöneliktir.

I. BK. m. 198 (ART. 201 OR)'E GÖRE ALICININ MUAYENE VE İHBAR KÜLFETİ

BK. m. 198 (Art. 201 OR) hükmü alıcıya, satım konusu şeyi teslim aldıktan sonra «örf ve âdete göre imkân hasil olur olmaz» muayene etmek ve talepte bulunmak istiyorsa satıcıya «derhal ihbar etmek», günlük dilde yerlesen ifadesiyle, ayıp ihbarında bulunmak külfeti yüklemiştir. Alıcı ayıp ihbarında bulunma külfetini yerine getirmediği takdirde, «adî bir muayene ile» ortaya çıkarılacak ayıplar bakımından ayıba karşı tekeffülden doğan bütün haklarını kaybeder; çünkü ikinci fıkraya göre, alıcının sesiz kalması halinde satım konusu şey kabul edilmiş sayılır¹.

* Bern Üniversitesi Hukuk Fakültesi Emekli Öğretim Üyesi.

** Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Medeni Hukuk Öğretim Üyesi.

*** Bu çalışma, Prof. BUCHER'in «Der benachteiligte Käufer» başlığını taşıyan ve SJZ 1971, s.1-6, s. 17-24'de yayınlanan eserinin, yazarın tesviki ile islenerek güncelleştirilmiş biçimidir. Söz konusu güncelleştirme yapılırken, doktrinde büyük yankılar uyandıran bu çalışmanın orijinal biçimi bozmama düşüncesiyle, önce metnin çevirisi yapılmıştır. 1971 yılından sonraki yabancı doktrin ve mahkeme kararlarına yapılan yollamalar ile Türk hukukuna ilişkin açıklamaların tamamı tarafımdan yapılmıştır. Söz konusu eklemeler metin içinde yapılırken, çalışmanın orijinal metninden ayırt edilebilmesi için, küçük punto ile yazılmıştır. *Bucher*'in çalışmasında ortaya koyduğu temel düşüncelere tamamen katılmakla beraber, bazı yan noktalarda farklı düşünüyorum. Söz konusu farklı görüşler ifade edilirken «I.N.» kısaltması (isleyenin notu) kullanılmıştır.

¹ Daha geniş bir açıdan bakıldığında BK. m. 198 (Art. 201 OR), Türk/İsviçre hukukuna özgü olan, fakat doğruluğu gittikçe artan oranda kuskuya ile karşılanan, yurttaşları bir an önce haklarını kullanmaya zorlamaya yönelik geleneğin bir uzantısı olarak değerlendirilebilir. Burada Borçlar Kanununun, diğer ülkelere oranla oldukça kısa tutulan zamanasımı sürelerine (özellikle de BK. m. 60 ve 67'deki bir yıllık sürelerle) işaret edilmesi yeterli olacaktır. Aynı şekilde İsviçre Medeni Kanununun (ZGB) 263. maddesinde (1 Ocak 1978'de yürürlüğe giren değişiklikten önce 308. maddede) babalık davası bakımından bir yıllık hak düşürücü süre öngörülmüştür, ki bu süre bazı kantonlarda ve ZGB tasarılarında daha kısa belirlenmiştir. Oysa diğer ülkelerde bu dava ya herhangi bir süreye tabi tutulmamıştır veya süre daha uzun olarak belirlenmiştir; bu hususa ilis -

1. BK. m. 198 (Art. 201 OR) f. 1 ve 2'nin Alici Bakiminden Adil Olmayan Kati Düzenlemesi

Bu çalışmada, derhal muayene ve ayıp ihbarında bulunma şartının aranmasının, ortalama alıcıyı ağır bir yük altına soktuğu ve onu, ki genellikle sözleşmenin daha az is tecrübesine sahip olan taraftır, mağdur ettiği tezi savunulmaktadır. Bu eleştiri yapılırken göz önünde tutulan, günlük ihtiyaç maddelerine ilişkin küçük çaplı satımlar değildir; esasen bu tür satım sözleşmelerinde satıcılar toplumun teveccühüne muhtaç oldukları için, mala ilişkin şikayetleri, hukuken yükümlü olmadıkları durumlarda dahi, genellikle gidermektedir. Bu eleştiride dikkate alınan ticarî satımlar, özellikle büyük çaplı işlemler de olmayıp, orta dereceli "yurttaş alimi"dir: Öyle işlemler ki, bunlar ile alıcı büyük, hatta kendisi için bir defaya mahsus olmak üzere söz konusu olabilecek ve bütçesini uzun süre yük altına sokacak alımlar yapmaktadır; örneğin ikinci el araç alımı ("garanti" kararlaştırılması nedeniyle taraflar arasında özel bir hukukî ilişki meydana geleceği için yeni araçlar göz önünde tutulmamıştır), mobilya, koltuk ve benzeri şeylere ilişkin diğer alımlar.

BK. m. 198/1 (Art. 201/1 OR) hükmünün alıcıdan beklediği şey belki tali nitelikte teknik bir detay olarak görülebilir. Bir normun "anlam ve önemi" farklı ölçülere göre değerlendirilebilir: Normun temelinde yatan hukukî düşüncenin "derinliği", normun dayandığı gelenegin uzunluğu, normatif alandaki etkisinin genişliği, yani söz konusu normun diğer bir çok hükmün zorunlu şartı olup olmadığı, diğer hukuk sahalarında da yeni bir düzenlemeyi zorunlu kalmaksızın değiştirilmesinin mümkün olup olmadığı esas alınabilir. Bu anlamda BK m. 198 (Art. 201 OR) hükmü herhangi bir öneme sahip değildir. Ancak bir normun tasıdığı önemin ölçüsü olarak, normun mevcut olup olmadığını düzenlediği özel hukuk taleplerinin miktarı da esas alınabilir. Bu açıdan bakıldığında, BK m. 198 (Art. 201 OR), ayıba karşı tekeffül hukukunun en önemli hükmüdür. Ayrıca uygulama alanı da son derece geniştir; zira BK m. 359 (Art. 367 OR) hükmü gereği, aynı ilke eser sözleşmeleri bakımından da uygulanır ve aşağıdaki açıklamalar zımnen eser sözleşmesi bakımından da geçerlidir. Yukarıda zikredilen satım örneklerine ilişkin olarak şu tahminde bulunabiliriz: BK m. 198 (Art. 201 OR) hükmü, kaba bir hesapla ayıba karşı tekeffülden doğan taleplerin dörtte üçü bakımından belirleyici bir rol oynamakta ve alıcı ayıplı mal teslim almış olmasına rağmen, zamanında ayıp ihbarında bulunmadığı veya bu duruma ispat etme imkânına artık sahip olmadığı için tekeffülden doğan herhangi bir talep ileri sürememektedir. Her hakim alıcının ne kadar sıkça ayıp ihbarının zamanında yapılmadığı itirazı karşısında tökezlediğini ve ayıplı

kin açıklamalar için bkz. EGGER, Komm. ZGB, N. 1. Hemen belirtelim ki, söz konusu bir yıllık hak düşürücü süre 4721 sayılı yeni Türk Medeni Kanununda (MK. m. 303) herhangi bir değişikliğe uğramamıştır

mal teslimine ilişkin davaların nispeten ne kadar azının bu ayibin mevcudiyetine ilişkin maddi bir kararla sona erdiğini bilir. Hakimlerin tahmin edemeyeceği, alıcı hukukî bilgi edindiğinde kendisine durumunun ümitsiz olduğu bildirildiği için, dava konusu yapılmayan olayların sayısidir.

Kendilerine ayıplı bir mal teslim edilen alıcıların büyük bir çoğunluğu BK m. 198 (Art. 201 OR) hükmü nedeniyle elleri boş döndüğüne göre, bu hükmün eleştirilmesinden yeniden değerlendirmesi gerekir. Cevaplandırılması gereken soru, maddi tekeffül hukuku ilkelerinin gerçekleşmesine bu denli önemli ölçüde engel olan bu kuralın terk edilebilir bir kural olduğunun ikna edici sağlam gerekçelerle ispatlanıp ispatlanamayacağıdır.

2. Sıkça Rastlanan Hakkî Gösterme Çabaları

a. İlk olarak, BK m. 198 (Art. 201 OR) f.1 ve 2 hükmünün, kural olarak ifanın doğru bir şekilde gerçekleştiğini ispat etmekle yükümlü olan satıcının durumunu kolaylaştırma amacına yönelik olduğu kabul edilmektedir². Gerçekten böyle bir görüş BGE 63 II 406'da savunulmuştur. Ancak bu görüş, satıcının edim yükümlülüğünün, BK m. 182 (Art. 184 OR)'de de ifadesini bulan eski bir anlayışa göre, sadece somutlaştırılmış belli bir malın teslim ve mülkiyetinin devrinden ibaret olduğu, buna karşılık bu malın niteliklerinin edim yükümlülüğünün kapsamına dahil olmadığı³ hususunu göz ardı etmektedir. Bundan çıkan sonuç, satıcının malın ayıpsız olduğunu değil, alıcının satım konusu şeyde mevcudiyetini iddia ettiği ayıpları ispat etmekle yükümlü olduğudur. Bu nedenle, ayibin onun nezdinde meydana geldiği iddiasına engel olmak için, mümkün olduğu kadar çabuk açık ve somut bir ayıp ihbarında bulunmada menfaati olan taraf alıcıdır.

² v. TUHR/SIEGWART, Obligationenrecht, Bd. II. § 60, s. 468; KUMMER, Komm. ZGB 8, N. 161, 266,298.

³ Alıcının sadece dönme veya bedel indirimi haklarını kullanıp ayibin giderilmesi talebinde bulunmamasını ya da tam tersi, yani satıcının alıcı tarafından dönme veya bedel indirimi haklarının kullanılmasına ayıbi gidermeye hazır olduğunu bildirerek engel olma imkânına sahip olamamasını da, Roma hukuku geleneğinin bir uzantısını oluşturan bu temel konsept bağlamında görmek ve değerlendirmek gerekir. Taraf menfaatlerine uygun düşmeyen bu hukukî durum, ya başlangıçta (genellikle de bir «garanti» çerçevesinde) ya da sonradan yapılan bir anlaşma ile düzeltilmektedir. - Ayrıca gerek kanunun sistematığında, gerekse bilimsel çalışmalarda zaptı karşı tekeffül ile ayıba karşı tekeffül arasında kalın çizgilerle altı çizilerek yapılan ayırım da bu bakış açisi çerçevesinde anlaşılmalıdır: Zapt sözleşmesel edim yükümlülüğünün (mülkiyeti sağlama) ihlalini oluşturur; buna karşılık satım konusu şeydeki ayıp, sadece, kanuni tekeffül taleplerinin ileri sürülebilmesinin bir şartıdır.

Bu anlayıştan kısmen ayrılan, yani satım konusu şeyin ayıpsız olmasını satıcının edim yükümlülüğünün bir parçası olarak kabul eden hukuk sistemleri, «implied warranty» (malın ayıpsız olmasının sözleşme ile zımnen tekeffül edildiği) esastan hareket eden *Common Law* ile tabii hukuk öğretisini takip eden Prusya Genel Ülke Kanunu ve Avusturya Medeni Kanunudur. Aynı yönde Ernst RABEL, *Recht des Warenkaufs*, Bd. II, 1958, s. 101 vd. ve s. 106 vd.

Bu söylenenler, teslim edilecek malın miktar ve niteliğinin satıcının edim *yükümlülüğüne* dahil olmasına ve onun tam ve doğru ifayı ispatla yükümlü olmasına rağmen, çeşit satımları bakımından da geçerlidir⁴. Çünkü, herhangi bir ihtirazi kayıt ileri sürülmeksizin edimin kabul edilmesi ispat yükünün ters çevrilmesine yol açar ve artık alıcı edimin ayıplı olduğunu ispat etmekle yükümlü olur,⁵.

b. BGE 88 II 365 Gerekçe 2'de Federal Mahkeme, BK m. 198 (Art 201 OR) hükmünü, kanunlaştırma sürecindeki önemli bazı gerekçeleri zikrederek haklı gösterme fırsatı bulmuştur. Bu kararda belirtilen gerekçeler, hemen hemen aynı ifadelerle, Federal Mahkemenin henüz yayınlanmamış 28 Mayıs 2002 tarihli kararında da (Dosiernr: 4.C 395/2001/rnd, gerekçe 2.1.1) tekrarlanmaktadır. Esasen bu, içerik itibarıyla son derece açık bir hüküm bakımından pek de alışılmış bir usul değildir⁶. Federal Mahkemeye göre, BK m. 198 (Art. 201 OR) hükmü her şeyden önce «satım işlemlerinde ticarî işlem güvenliğini koruma amacıyla konmuştur». Burada «ticarî işlem güvenliği» ile kastedilen, kavramın teknik ve hukukî değil, günlük dildeki manası olabilir. Hukukî işlem güvenliği, BK. m. 198 (Art 201 OR) gibi bir norm olmasaydı dahi herhangi bir şekilde zarar görmezdi Bu içi boş ifade tarzı ile, aşağıda daha açık bir biçimde formüle edeceğimiz su husustan daha başka bir şey kastedilmiş olamaz: Satıcı, malın kabul edilip edilmediğini veya tersine ayıba karşı tekeffülden doğan bir talebe muhatap olup olmayacağını mümkün olduğu kadar çabuk bilmek ister.

c Federal Mahkemeye göre, BK m. 198 (Art. 201 OR) hükmü «fiili ve hukukî ilişkileri çabucak açıklığa kavuşturmayı» hedefler^{6a}. Burada «Fiili ilişkilerin açıklığa kavuşturulması» ile somut olarak neyin kastedildiğini tam olarak anlamak mümkün değildir. Buna karşılık «hukukî ilişkilerin açıklığa kavuşturulması» ile kastedilen husus son derece nettir ve BK m. 198 (Art. 201 OR) hükmü bu amacı en radikal biçimde gerçekleştirir. Zaten bizi rahatsız eden husus da budur: Burada hukukî ilişki, taraflar arasında gerçekte mevcut olan maddi hukukî durumla bağdasmayacak bir biçimde açıklığa kavuşturulmaktadır. BK m. 198 (Art. 201 OR), alıcının hak ettiği ve kanunun da vermiş gözüktüğü bir korumayı onun elinden almaktadır. Ve bütün bunlar, gerekliliği bugüne kadar ispatlanmamış bir formalitenin yerine getirilmemesi sebebi ile gerçekleşmektedir.

⁴ Kars. yuk. dn. 2.

⁵ KUMMER, Komm. ZGB 8, N. 275 vd. ve orada zikredilenler.

⁶ Federal Mahkeme büyük ölçüde BECKER'in, Komm. OR 201, N. 1, gerekçelerini benimsemiştir.

^{6a} Bkz. aynı şekilde HUGUENIN, C, Obligationenrecht, Besonderer Teil, Zürich 2002, Nr.140; OR-HONSELL, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht: Obligationenrecht I, hrsg. Von Honsell/Vogt/Wiegand, 3.Aufl. Basei 2003, Art. 201 OR, N. 1.

d. «Satici mümkün olduğu kadar çabuk bir zamanda malın kabul edilip edilmediği hususunda kesin bilgi sahibi olmalıdır». Doğaldır ki, bu hususta kesin bilgi sahibi olması, kötü mal satan satıcının isine gelir. Ancak satıcının, alıcının maldaki ayıplan fark edip fark etmediğini mümkün olduğu kadar çabuk bilmedeki menfaatinin, son derece kati, alıcının ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kullanmasına çoğu zaman engel olan bu tür bir özel hükmü haklı göstermeye yeterli olmadığı kanaatindeyiz. Bir defa, kötü bir mal satan kimse böyle bir korumayı ahlaki açıdan hak etmemistir. Gerçi satıcı mevcudiyetini bilmediği ayıplardan dahi sorumludur. Ancak BK m. 198 (Art. 201 OR) hükmünde öngörülen ihbar külfeti, sadece «adî» (olagan) bir muayene sonucu tespit edilebilecek ayıplara iliskindir ve şimdi alıcıdan fark etmesi beklenen bu ayıpları, en az onun kadar satıcı da tespit etmek imkânına sahiptir. Ayıbi karşı tekeffül hükümleri emredici nitelikte olmadığı için, sorumluluğu kaldıran bir anlaşma ile bu sorumluluktan kurtulma imkânı vardır. Eğer satıcı bunu yapmamış ise tekeffül yükümlülüğü altındadır ve ondan dürüst bir yurttaş olarak, belirli bir fiyat karşılığında sattığı mala satımdan önce bir göz atması, en azından BK m. 198 (Art. 201 OR) hükmünün alıcıdan beklediği kadar bakması beklenebilir⁷.

Sancının alıcının ayıba karşı tekeffül hükümlerine dayanan bir talebinden gecikmeksizin haberdar olmasını haklı gösterecek hukuken korunmaya layık menfaati nelerdir sorusu sorulduğunda, aklımıza iki mülâhaza gelmektedir:

İlk olarak, alıcı dönme hakkını kullanırsa satıcının satım konusu şeyi geri alma zorunda kalacağı ve ayıp ihbarının, satıcıya derhal mali geri almak ve onu başka şekilde kullanmak için gerekli tasarruflarda bulunma imkânını sağlayacağı hususu göz önünde tutulmak istenmiş olabilir. Ancak bu mülâhaza, ayıp ihbarında bulunmayan alıcının, ayıba karşı tekeffülden doğan her türlü talep hakkını kaybetmesini haklı göstermez; ayıp ihbarında bulunmayan alıcının sadece bedel indirim talebinde bulunabileceğinin kabulü yeterli olurdu (zaten bu, aşağıda Nr, H'de göreceğimiz gibi, İsviçre mahkemelerinin uygulamaları sonucu neredeyse kural haline gelmiştir). Ayrıca satıcı, ayıp ihbarı yapıldıktan sonra dahi mali geri alıp almayacağını bilemeyecektir. Çünkü, alıcı, ayıp ihbarı ile birlikte, kanunun kendisine tanıdığı haklardan (dönme ve bedel indirim) hangisini kullanacağını bildirmek zorunda değildir; BK m. 198 (Art 201 OR), alıcıyı bu husustaki kararını önceden, yani ayıp ihbarı ile birlikte vermeye herhangi bir şekilde zorlamamaktadır.

⁷ Ayıpli mal satan satıcının sadece, kendisinin bilmediği gizli ayıplar bakımından, bu durum tespit edilir edilmez derhal bilgilendirilmede mesru bir menfaati vardır ki, esasen bu husus BK. m. 198 (Art. 201 OR) f.III hükmünde yeteri kadar göz önünde tutulmuştur.

İkinci olarak, BK m. 198 (Art. 201 OR) hükmünün satıcıya kendi satıcısına zamanında başvurma imkânı sağlama amacına hizmet ettiği düşünülebilir. Federal Mahkeme 81 II 57'de bu gerekçeye dayanmaktadır^{7a}. Eger BK m. 198 (Art.201 OR) hükmünün amacı bu ise, bu amaca ulaşılmasını bizzatıhi bu hükmün kendisi engelleyecektir. Çünkü, kendisine ayıp ihbarında bulunulan satıcının bu kez kendi satıcısına yapacağı ihbar hemen hemen her zaman gecikmiş bir ihbar olacaktır. BK m. 198 (Art 201 OR), satıcıya, kendisine mal teslim eden sahse karşı sahip olduğu hakların muhafazasında, sadece aralarındaki satım sözleşmesi bakımından bu hükmün uygulanmaması halinde bir parça yardımcı olacaktır; bu ise ya satım sözleşmesinin yabancı hukuka tabi olması ya da özel bir anlaşma, örneğin bir garanti kararlaştırılması nedeniyle ayıp ihbari külfetinin mevcut olmaması halinde söz konusu olur.

- e. Federal Mahkemeye göre, zamanında yapılacak bir ayıp ihbari ayrıca satıcıya «satım konusu şeyi kontrol ederek şikayetin sebebi hakkında bir fikir sahibi olma» imkânı verecektir. Bu gerekçe de herhangi bir mana ifade etmemekte ve BK m. 198 (Art 201 OR) hükmünün anlamını araştırılarda rastlanana benzer bir zihin karışıklığının mevcudiyetini göstermektedir. Satıcı mal elinde bulunduğu sürece ve henüz satmadan önce onu muayene etmeliydi. Eger mal bir kez elinde çıkmış ise, artık onu muayenede herhangi mesru bir menfaati yoktur. Ayrıca alıcının da, yargılamadan önce malin muayene edilmesine izin verme hususunda herhangi bir yükümlülüğü bulunmamaktadır.
- f. Federal Mahkemenin bu hükmü haklı gösterme çabası, iki serhçide⁸ de rastlanılan bir gerekçe ile zirveye ulaşmıştır. Buna göre, konjonktürdeki dalgalanmalardan yararlanarak sancının sirtından spekülasyon yapmasına engel olmak için, alıcının satım konusu maldaki ayıplara ilişkin şikayette bulunup bulunmayacağı hususundaki kararını bir an önce vermesi gerekir. Bu gerekçe sadece ticarî nitelikteki çeşit satımı bakımından geçerli olup, adî nitelikteki parça satımları bakımından söz konusu olamayacağı için üzerinde fazla durmuyoruz; zira tacir olmayan şahıslar arasında yapılan ikinci el araba, kasa veya sandığın satımına ilişkin sözleşmeler bakımından konjonktürel dalgalanmalara bağlı olarak spekülasyon yapılmasını tasavvur etmek güçtür. Ayrıca BK m. 198 (Art. 201 OR), spekülasyon yapma tehlikesinin bulunduğu durumlarda asla buna engel olamayacağı için, bu mülâhaza doğru da değildir:

^{7a} Bkz. aynı şekilde BG Urteil v. 28.05.2002, 4C.395/2001 /rmd, gerekçe 2.1.1.

⁸ BECKER, Komm. 201, N. 1; OSER/SCHÖNENBERGER, Komm. OR 201, N. 22. Bu gerekçe Walther MUNZINGER'e, Motive zu einem Entwurfe eines schweizerischen Handelsrechts, Bem 1865, kadar geriye gitmektedir. Yazar şöyle yazmaktadır: «Ayıp ihbarında bulunma yükümlülüğünün olmaması halinde alıcı, örneğin tahil konjunktürünün gıdasına bakarak, elverişli olan durumu kendi lehine kullanıp, elverişsiz durumu göndericinin sirtına yükleyebilirdi.»

Bilindiği gibi BK m. 198 (Art. 201 OR) hükmü alıcıya ayıp ihbarında bulunma külfeti yüklemekte, ancak sözleşmeden dönme hakkını mi, yoksa bedel indirimi hakkını mi kullanacağı hususundaki kararını da vermeye zorlamamaktadır. Alici bu hususa ilişkin kararını en azından BK m. 207 (Art. 210 OR) da öngörülen bir yıllık zamanasimi süresinin^{8a} dolmasına kadar bekletebilir. Hatta zamanasiminin kesilmesi söz konusu olabileceği için bu sürenin daha da uzaması mümkündür. Becker'e göre⁹, dönme talebini kabul eden mahkeme kararından sonra dahi, alıcı bundan vazgeçebilir¹⁰.

^{8a} **LN.:** Kanimca BK. m. 207 (Art. 210 OR)'da öngörülen süre bazı haklar bakımından hak düstürücü süre iken, diğer bazı haklar bakımından zamanasimi süresidir. Birer yenilik doğuran hak olduklarını kabul ettiğim (bkz. asa.dn.10) dönme ve bedel indirimi hakları bakımından söz konusu süre birer hak düstürücü süredir. Çünkü yenilik doğuran haklar asla zamanasimi süresine tabi olamazlar. Buna karşılık aynı süre, bu yenilik doğuran hakların kullanılması ile ortaya çıkan iade ve tazminat talepleri ile, kanimca bir yenilik doğuran hak olmayan ayibin giderilmesini talep etme bakımından zamanasimi süresidir; bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. BUZ, Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, henüz yayınlanmamış doçentlik tezi, Ankara 2001, § 10/1/B.

⁹ BECKER, Komm. OR 205, N.12.

¹⁰ Alman doktrini, -İsviçre doktrininden farklı olarak-, ayrıntılı bir biçimde "dönüştürme (Wandelung) İşleminin nasıl gerçekleşeceği" sorunu ile ilgilenmiştir. Bu hususa ilişkin olarak, bir ucunda "sözleşme teorisinin" diğer ucunda "kurma" teorisinin bulunduğu farklı görüşler ortaya çıkmıştır. Burada bizi ilgilendiren nokta, alıcının hangi andan itibaren dönüştürme veya bedel indirimi talep etme hakkını kullanma hususunda verdiği karar ile bağlı tutulabileceğidir. Bu soruna ilişkin olarak genel bir bakış için bkz. LARENZ, Schuldrecht, Bd.II, § 37/1 I/a. Alman hukukunda bu hususa ilişkin olarak ortaya konan mülahazaların büyük bir kısmı İsviçre hukukuna da aktarılabilir. - Bedel indirimi talep etme hakkını kullanan alıcı, satıcı bedel indirimine itiraz etse ve bu hususta sözleşme meydana gelmemiş olsa dahi, artık dönme hakkını kullanamaz. Ancak tersi durumlarda alıcıyı dönme hakkını kullanma hususunda verdiği kararlarla bağlı tutmak mümkün değildir (meğer ki, satıcının muvafakati ile bir sözleşme meydana gelmiş olsun); çünkü BK. m. 202 /II (Art. 205/II OR) hakime dönme hakkının kullanılmasına ilişkin açılmış bir davada bedel indirimine hükmetme yetkisi tanınmaktadır. Aynı yönde bir değişimliğe gitme imkânının alıcıdan da esirgenmesi gerekir. Ancak Becker (kars. dn. 9) kadar da ileri gitmemek gerekir. Hakimin dönüştürmeye (Wandelung) ilişkin kararı, satıcının dönüştürme işlemine ilişkin muvafakati yerine geçer ve alıcı, satımın sona erdirilmesine ilişkin bir anlaşmada olduğu gibi, bununla da bağlıdır.

LN.: Bu dipnotunda ele alınan sorunlara ilişkin olarak Prof. *Bucher*'den farklı düşünüyorum, ilk olarak belirtmek gerekir ki, Alman hukukunda ayıplı ifa halinde alıcının sahip olduğu hakların hukuki niteliği hususundaki tartışmalar, 2002'den itibaren yürürlüğe giren borçlar hukuku reformu ile sona erdirilmiştir. "Dönüştürme"(Wandelung) terimi terk edilmiş, yerine "dönme" (Rücktritt) deyimini kullanılmış ve bu hak bedel indirimi hakkı ile birlikte yenilik doğuran hak olarak düzenlenmiştir (bkz. yuk. dn. 24g'ye ilişkin metin). Hemen ekleyelim ki, bugün Türk/İsviçre hukukundaki hakim görüş de, söz konusu hakların birer yenilik doğuran hak olduğunu kabul etmektedir; bu görüş lehine ileri sürülen haklı gerekçeler ve taraftarları için bkz. BUZ, age., § 3/VI/B.

Alicinin daha önce önceden kullandığı sözleşmeden dönme veya bedel indirimi beyanını geri alıp diğer seçimlik hakkını kullanma imkânına (ius variandi=degistirme hakkı) sahip olup olmadığı sorununa gelince: *Bucher'in* bu dipnotunda aynen aktardığımız cümlelerinden, yazarın alıcının sahip olduğu hakların ancak tarafların bu hususta anlaşmaları, yani bir sözleşme yapmaları halinde sonuç doğurduğunu kabul eden "sözleşme teorisinden" (Vertragstheorie) hareket ettiği sonucu çıkmaktadır. Sözleşme teorisi çerçevesinde ise varılan bu sonuçlar kendi içinde tutarlıdır, ancak bu hakların birer yenilik doğuran hak olduğu kabul edildiği takdirde geçerliliğini büyük ölçüde kaybedecektir. Kanimca satıcı, alıcının kullandığı yenilik doğuran hakka itiraz ettiği takdirde, alıcı diğer seçimlik hakka geçiş yapma imkânına sahiptir. Aynı imkân satıcının hakları arasında geçişe muvafakat ettiği durumlarda da mevcuttur.

Belli bir hakkı kullanıp kullanmama hususundaki kararını hemen vermek zorunda olmayıp, öngörülen sürenin sonuna kadar bekleme imkânına sahip olan kimsenin, karşı taraf aleyhine spekülasyon yapabileceği şeklindeki sıkça rastlanan mülâhaza, burada incelediğimiz sorun bakımından geçerli değildir. Çünkü ayıp ihbari, alıcının bağlı tutulacağı bir karar olmayıp, bilakis bundan sonra istediği hakkı kullanma imkânı sağlamaktadır. Sözlesmeden dönme hakkına sahip olan, ancak bu hakkı kullanma zorunda olmayan kendisine ayıplı mal teslim edilen alıcının, satıcının sirtından spekülasyonlara girisebileceği doğrudur. İsviçre hukuku açısından bu tehlike, diğer hukuk sistemlerine göre daha fazla oranda mevcuttur; zira Art.210 OR (BK m.207) hükmündeki dava süresi^{10a} çevre ülkelerdekinden¹¹ daha uzundur ve alıcı, seçimlik haklarından birini kullandığına ilişkin beyanı ile Alman hukukunda olduğu kadar kati bir biçimde bağlı tutulmamaktadır.

Eger BK. m. 198 (Art. 201 OR)'nin haklılık sebebinin, yukarıda aktardığımız klâsik görüş gibi, satıcının kendi sirtından spekülasyon yapılması ihtimalinden endişe etmemesi ve geri almak zorunda kalacağı mali başka türlü değerlendirmek amacıyla zamanında gerekli önlemleri alabilmesi için, malin alıcıda mi kalacağı yoksa satıcıya mi iade edileceğine bir an önce karar verilmesi gerektiği şeklindeki düşünce çerçevesinde arayacak isek, su hususu kabullenmemiz gerekir: Bu amaca yalnızca, satıcının sadece teslim ettiği malin ayıplı olduğunu kabul etmekle kalmayıp, mali da geri almaya hazır olduğu ve böylelikle alıcının seçimlik haklarını kullanmasına yol açacak bir davanın açılmasına gerek kalmayan durumlarda ulaşılabilir. Ancak bu amaca sadece, BK m. 198 (Art. 201

Ayrıca kanımca, satıcı kullanılan yenilik doğuran hakkın kesin olduğuna güvenene ve bu yeni hukukî duruma hazırlanmaya kadar, allanın değiştirme hakkı mevcuttur. Ancak bu hak sadece dönme ve bedel indirim hakları arasında kullanılabilir; daha önce ayibin giderilmesi hakkını kullanan alıcının sonradan dönme veya bedel indirim haklarına geçiş yapması ya da önceden dönme veya bedel indirim hakkını kullanan alıcının sonradan ayibin giderilmesini talep etmesi mümkün değildir. Söz konusu hakların yargılamada kullanılması durumunda, alıcının sahip olduğu değiştirme hakkının zaman açısından Ost sınırını hükmün kesinleşmesi oluşturmaktadır; ayrıntılı bilgi için bkz. BUZ, age., § 11/III/A ve § 11/IV/B.

^{10a} «I.N.»: Buradaki sürenin ne dava açma süresi, ne de zamanasimi süresi olduğu şeklindeki görüşüm için bkz. yuk. dn. 8a ve dn. 10.

¹¹ Alıcıya ayıp ihbarında bulunma külfeti yüklenen kıta Avrupa'si hukuk sistemlerinde (bu hususta bkz. asa. 3), onun ihbarla birlikte ayrıca dönme ve bedel indirim haklarından hangisini kullandığını da bildirmesi yükümlülüğü öngörülmemiştir (kars. RABEL, Warenkauf, II, s.216). Buna karşılık, diğer hukuk sistemlerinde dava süresi daha kısadır; kars. dn. 19,21 ve dn. 24 sonrası.

«I.N.»: Ancak Avrupa Topluluğunun 1999/44 sayılı yönergesine uygun olarak Alman ve Avusturya medeni kanunlarında yapılan ve 2002'den itibaren yürürlüğe giren yeni düzenlemelerde, ayıplı ifa halinde alacaklinin haklarını kullanabileceği süre, BK. m. 207 (Art. 210 OR) hükmünden öngörülen bir yıllık süreden daha uzundur. Her iki kanun da, önceden altı ay olarak öngörülen bu süreyi iki yıla çıkarmıştır (§ 438 BGB; § 933 ABGB). Viyana Satım Sözleşmesinin Art. 39/II hükmünde de bu süre iki yıl olarak öngörülmüştür. Ancak gerek Alman Medeni Kanununda gerekse Avusturya Medeni Kanununda ayıplı ifa halinde alacakli kural olarak önce ayibin giderilmesi hakkını kullanacağı için (ayrıntılı bilgi için bkz. asa. dn. 24g civarı.), söz konusu değişikliklerden sonra alıcının dönme hakkını kullanıp kullanmama hususunda satıcının sirtından spekülasyonlara girisme tehlikesinin arttığını söylemek mümkün değildir.

OR) yanında, (eski) BGB § 466 hükmünde ifadesini bulan, başka bir kuralı da kabul ettiğimiz takdirde ulaşılabilir. Buna göre satıcı, mali geri almaya hazır olduğunu bildirerek alıcıya dönme hakkını kullanması için bir süre verebilir¹². Kanimızca süre verme imkânı, Türk/İsviçre hukuku bakımından da mer'i bir kural olarak kabul edilebilir. Bunun pozitif hukuk açısından dayanagina gelince: Bu hususta bir kanun boşluğunun bulunduğu kabul edilmese bile, MKm.2'den yararlanılabilir^{12a}. Eğer satıcı dönme hakkının kullanılmasını kabul ediyorsa, alıcının dönme ve bedel indirimi hakları arasında seçim yapma yetkisini Art.210 OR (BK m. 207) hükmünde öngörülen bir yıllık süre boyunca muhafaza etmede korunmaya değer bir menfaatinin bulunmadığı açıktır.

Satıcının satım konusu mali geri almak zorunda kalıp kalmayacağını mümkün olduğu kadar çabuk öğrenmesi, kanun koyma aşamasında göz önünde tutulması gereken gerçekten önem taşıyan bir husustur. Bu sadece, satım konusu malın hukukî akibetine ilişkin alıcının spekülasyonlara girme imkânını ortadan kaldırdığı için değil, satıcının mali geri alması durumunda zamanında gerekli tedbirleri alması bakımından da önemlidir. Bu maksat açısından bakıldığında BK m. 198 (Art. 201 OR) hükmü bir mana ifade eder. Zira satıcı, satım konusu mala ilişkin yakınmalardan haberdar edildiği takdirde, (eski) BGB § 466'da öngörülen çözüme uygun olarak alıcıya bir süre taniyacaktır¹³.

- g. BK m. 198 (Art. 201 OR) hükmünün, -en azından (eski) BGB § 466'da yer alan kural Türk/İsviçre hukukunda da mer'i bir kural olarak yorumlandığı takdirde-, meydana getireceği olumlu sonuçları kabul etmekle beraber, bu hükümde öngörülen muayene ve ihbar külfetlerinin adî satımlar bakımından bir dizi adil olmayan sonuçlara yol açabileceği görüşünde ısrar ediyoruz. Yukarıda izah edilen mülâhazalar, bu adil olmayan sonuçları mazur göstermeye yetmemektedir. Dönme ve bedel indirimi haklarından hangisinin

¹² Eski BGB § 466: "Alicisi satıcıya karşı bir ayıbın mevcudiyetini iddia ederse, satıcı dönüştürmeye hazır olduğunu bildirerek tayin edeceği bir süre içinde ondan dönüştürme talebinde bulunup bulunmayacağını kendisine bildirmesini isteyebilir. Bu durumda dönüştürme sadece sürenin sona ermesine kadar talep edilebilir." Ancak Alman Medeni Kanununda yapılan ve 01.01.2002 tarihinden itibaren yürürlüğe giren değişiklikle bu hüküm kaldırılmıştır; kars. yuk. dn. 24 g. civarı.

^{12a} Bkz. aynı görüşte GIGER, 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. 205, N. 70; OR-HONSELL, age., Art.205 OR, N. 2; ARAL, F., Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 4. Baskı, Ankara 2002, s. 141.

¹³ İlginçtir, Alman Medeni Kanunu, eski § 466 hükmünü etkili kilacak bir ihbar külfeti ön görmemiş iken (alici mala ilişkin şikayetlerini bildirmemek suretiyle eski BGB § 466 anlamında dönme ve bedel indirimi hakları arasında karar vermeye zorlanmaktan kurtulabilir ve dolayısıyla bu hüküm esas itibarıyla sadece ticarî satımlar bakımından etkili olur), İsviçre/Türk Borçlar Kanunu, BK.m.198 (Art. 201 OR)'de öngörülen ayıp ihbari külfetini anlamlı kilacak eski BGB § 466'ya benzer açık bir hüküm koymayı ihmal etmiştir.

kullanilacagina iliskin kararın verilmesini hizlandırma amacına sadece, satıcının malın ayıplı olduğunu kabul ettiği ve sözleşmenin dönme hakkı kullanılarak tasfiyesine hazır olduğu hallerde ulaşılabilir. Tecrübeler gösteriyor ki, bu tür durumlara sıkça rastlanmamaktadır. Ve her şeyden önemlisi, adî satımlarda satıcının mali geri alma zorunda kalıp kalmayacağını bilmede genellikle kayda değer bir menfaati bulunmadığı gibi, bu tür satımlarda spekülasyon tehlikesi de mevcut değildir. O halde BK m. 198 (Art. 201 OR) hükmünün maddi açıdan haklılık sebebinin ne olduğu sorusu özet olarak şu şekilde cevaplandırılabilir: Ticarî satımlar bakımından BK. m. 198 (Art. 201 OR) lehine bazı argümanlar bulunabilir (bu argümanlar da söz konusu hükmü haklı gösterme çabaları çerçevesinde ileri sürülen geleneksel argümanlardan farklıdır ve ancak genel hukuk ilkelerine ve MK. m. 2'ye göre satıcıya, eski BGB § 466 da olduğu gibi, alıcıyı dönme ve bedel indirimi hakları arasında karar vermeye zorlama imkânı tanındığı takdirde bir anlam ifade eder). Buna karşılık bu argümanlar ticarî olmayan (adî) satımlar bakımından aynı ağırlığa sahip değildir ve BK m. 198 (Art. 201 OR) f.I ve II hükmünü maddi açıdan haklı gösterecek bir sebep bulunmamaktadır.

- h. Ancak, yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, bir alanda ayıp ihbarında bulunma şartı vazgeçilmez bir nitelik taşıyor ki, o da çeşit satimidir. Alıcının dönme ve bedel indirimi yanında, satılanın "ayıptan arî misliyle" değiştirilmesini talep etme hakkına (BK m. 203/I; Art. 206/I OR) sadece, teslimden sonra kısa bir süre için sahip olması gerekir. Keza, BK m. 203/II (Art. 206/II)'ye göre yerinde satımlarda satılanın ayıptan arî mislini teslim etmek suretiyle sorumluluktan kurtulma imkânına sahip olan satıcının da, malın ayıplı olduğu iddiasından derhal haberdar olması gerekir¹⁴. O halde burada yapılan eleştiriler parça satımlarına iliskindir. Kanun koyucu, satım sözleşmesini düzenlerken, satımın bu türünü göz önünde tutmuştur. Endüstriyel seri üretimin söz konusu olduğu çağımızda dahi, parça satımı oldukça geniş bir uygulama alanı bulmaktadır. Zira misli mallara iliskin ticarî olmayan (adî) satımlar, daha ziyade birer parça satimidir. Çünkü, sözleşmenin kurulduğu anda satım konusu mal tarafların huzurunda bulunuyor ve sözleşme söz konusu cinsin somutlaştırılmış bir örneğine iliskin olarak yapılmış ise, bir parça satımının varlığı kabul edilecektir¹⁵.

¹⁴ Modern yeni tasima imkânlarının ortaya çıktığı hususu dikkate alındığında, satıcının değiştirme hakkının (BK. m. 203/II; Art. 206/II OR) sadece yerinde satımlarla (Platzkauf) sınırlı tutulmasının çağın uygun düştüğünü söylemek mümkün değildir. Kanun koyucunun, zaman itibarıyla çok geç gerçekleşen yeni bir teslimatı kabul etmesi alıcıdan beklenemeyeceği için buna engel olma amacına, satıcının değiştirme hakkının, artık yer itibarıyla değil, zaman itibarıyla bir sınırlamaya tabi tutulması suretiyle ulaşılabilir.

¹⁵ Olması gereken hukuk açısından şu soruların cevabı üzerinde düşünmek gerekir: Seri olarak üretilen standartlaşmış endüstri ürünlerine iliskin satım sözleşmelerinin günümüzde tasidigi ö-

- i. Hemen belirtelim ki, muayene ve ihbar külfetine yönelik olarak bu çalışmada ileri sürülen eleştiriler, mevcudiyeti sonradan fark edilen gizli ayıplara ilişkin olarak BKm.198/III(Art.201/III OR)' de öngörülen ihbar külfetini kapsamamaktadır. İlk olarak belirtelim ki, satıcının, genellikle kendisinin bilemeyeceği bu tür ayıpların alıcı tarafından fark edildiğinden haberdar olmada büyük menfaati vardır. Ayrıca satıcı, malın ayıplı olduğunu bildiği veya yeterince incelemeyen sattığı gerekçesiyle, etik açıdan suçlanamayacaktır. Öte yandan, üçüncü fıkrada öngörülen ihbar külfeti, alıcıyı fazla bir yük altına sokmayacaktır. Çünkü alıcının, bu külfete ek olarak bir de muayene külfeti bulunmamaktadır ve o sadece kendiliğinden ortaya çıkan ayıpların bildirmek zorunda olacaktır¹⁶.

«I.N.»: Ancak gizli ayıplar bakımından uygulama, bu kez ispat yüküne ilişkin olarak alıcıyı/is sahibini başka bir güçlükte yüz yüze bırakmakta, onu mağdur etmektedir. Eser sözleşmesine ilişkin iki kararında Federal Mahkeme, sonradan ortaya çıkan ayıplar bakımından ayıp ihbarının zamanında yapıldığını ispat etme yükünün is sahibinde olduğuna hükmetmiştir^{16a}. Yüksek mahkemeye göre ayıp ihbarının zamanında yapılıp yapılmaması hakkı sona erdiren bir vakia değildir; bilakis ihbarın zamanında yapılması hakkı doğuran bir vakiadır. Dolayısıyla hakkın doğumu için gerekli olan ihbarın zamanında yapıldığı hususunu ispat etmek is sahibine düşer. Öte yandan Federal Mahkemeye göre, is sahibinin zamanında ihbarda bulunduğunu ispat yükünün kapsamına, söz konusu ayıpların ne zaman fark ettiğini ispat etmesi de dahildir. Zira ayıbın ne zaman ortaya çıktığını sadece is sahibi bilebilecek durumdadır^{16b}. Her iki kararda da Federal Mahkeme, ayıp ihbarının yaklaşık üç hafta geç yapıldığı gerekçesiyle is sahibinin ayıba karşı tekeffül hükümlerine dayanan taleplerini reddetmiştir.

Söz konusu kararlar eser sözleşmesine ilişkin olmakla beraber, kararlarda kabul edilen esaslar satım sözleşmesine de aktarılabilir. Dolayısıyla Federal Mahkemenin anlayışına göre, satım konusu malda sonradan ortaya çıkan ayıplara ilişkin olarak, alıcı söz konusu ayıpların ne zaman fark ettiğini ve bu ayıpların zamanında ihbar ettiğini ispat etmek zorunda kalacaktır^{16c}.

nem karşısında, BK. m. 203 (Art. 206 OR)'de düzenlenen satılanın ayıptan art misli ile değiştirilmesini talep etme veya teklif etme yetkilerinin çeşit satımlarıyla sınırlı tutulması hala anlamlı midir? Acaba satım konusu şeyin somutlaştırılmasının tamamen tesadüfî bir nitelik taşıdığı (örneğin alıcının rafta duran aynı model transistorlu radyolardan gelmesi güzel birini eline alması) durumlarda, misli mallara ilişkin parça satımları bakımından da aynı hakların tanınması daha isabetli olmaz mı?

¹⁶ Kars. ayrıca dn. 20 ve 37'de yer alan açıklamalar.

^{16a} BGE 118 II 142 vd.;107 II 172 vd.

^{16b} BGE 118 II 147.

^{16c} Nitekim HONSELL, söz konusu kararlara yollamada bulunarak satım sözleşmesi bakımından da ayıp ihbarının zamanında yapıldığını ispat yükünün alıcıya ait olduğunu belirtmektedir; bkz. OR-HONSELL, age., Art 201 OR, N. 14; aynı şekilde GERNY, M. G., Untersuchungs- und Rügepflichten beim Kauf nach schweizerischem, französischem und US-amerikanischem Recht sowie nach CISG, Basel/Genf/München 1999, s. 48.

Hemen belirtelim ki, bu içtihatlarla katılmak mümkün değildir. Bu anlayış kabul edildiği takdirde alıcı/is sahibi, zamanında ayıp ihbarında bulunabilmek için kendisine teslim edilen mali/eseri sürekli gözetim altında bulundurma zorunda kalacaktır ki, böyle bir şey alıcı ve is sahibinden beklenemez.

Öte yandan ayıp ihbarında zamanında bulunduğunu ispat edebilmesi için, alıcının belirli bir tarihten önce söz konusu ayıpları fark etmediğini, yani olumsuz bir vakiyi ispat etmesi gerekir ki, bu mümkün değildir: "Negativa non sunt probanda"(olumsuz vakialar ispat edilemeyeceği gibi, ispatına da gerek yoktur)^{16d}. Zira alıcı ve is sahibinden, sözleşme konusu şeyi teslim aldıktan sonra her gün tanik temin ederek herhangi bir ayıbın henüz ortaya çıkmadığına tanıklık etmelerini sağlaması beklenemez.

Federal Mahkemenin, zamanında ayıp ihbarında bulunmamanın hakkı sona erdiren bir vakia olmadığı, ihbarın zamanında yapılmasının ayıba karşı tekeffüle dayanan taleplerin dogmasının bir şartı olduğu görüşüne gelince: Aslında bu görüş bizzat Federal Mahkemenin kendisi tarafından çürütülmektedir. Çünkü aynı kararında Federal Mahkeme, ayıp ihbarında bulunulması gereken sürelerin bir hak düşürücü süre olduğunu belirtmektedir^{16e}. Dolayısıyla bu sürelere riayet edilmez, yani zamanında ayıp ihbarında bulunulmaz ise hak düşümü gerçekleşir. Peki ama nasıl olur da bir yandan bir süreye riayet edilmesi hakkın dogmasının şartını oluşturunca, öte yandan yine aynı sürenin kaçırılması hak düşümüne yol açabilir? Dogmamış bir hakkın düşmesinden nasıl söz edilebilir? Bu nedenle, zamanında ayıp ihbarında bulunulmasını hakkı doguran bir vakia olarak değil, zamanında ihbarda bulunulmamasını hakkı sona erdiren bir olgu olarak kabul etmek gerekir^{16f}. Bir hakkın ortadan kalktığını iddia eden tarafın ise, bu hususu ispat etmesi gerekir. Dolayısıyla, satım sözleşmesinde alıcının, eser sözleşmesinde is sahibinin, ayıp ihbarında bulunduğunu ispat etmesi yeterli sayılmalı, eğer satıcı veya müteahhit ihbarın zamanında yapılmadığını, dolayısıyla hak düşümü olduğunu ileri sürüyorsa bu hususu ispat etmesi aranmalıdır^{16g}.

Ayıp ihbarında bulunulmamasının hak düşümüne yol açacağı şeklindeki tespit bizi yargıcın rolü üzerinde de durmaya sevk etmektedir: Acaba hakim, ayıp ihbarının zamanında yapılıp yapılmadığını kendiliginden araştırmak ve ihbarın geç yapıldığı kanaatine varınca alıcının talebini reddetmek zorunda mıdır?

Hak düşürücü sürenin dolmasının hakkı ortadan kaldıran bir vakia olarak itirazın konusunu oluşturacağı ve bir itirazın konusunu oluşturan vakiaların ise hakim tarafından resen göz önünde tutulacağı esası, ilk bakışta bu sorunun olumlu olarak cevaplandırılmasını gerektirmektedir. Buna göre, hakim ihbarın zamanında yapılıp yapılmadığı

^{16d} BUCHER, E., Hundert Jahre Schweizerisches Obligationenrecht: Wo stehen wir heute im Vertragsrecht?, ZSR 102/11 (1983), s.343; TANNÒ, P., Die Berechnung der Rügefrist im schweizerischen, deutschen und UN-Kaufrecht, St. Gallen, 1993, s. 133.

^{16e} BGE 118 II 147.

^{16f} BUCHER, ZSR 102/11 (1983), s. 343; GAUCH, Der Werkvertrag, 4. Aufl, Zürich 1996, Nr. 2166.

^{16g} GAUCH, age., Nr. 2170.

gini kendiliginden arastirmak zorunda kalacaktır^{16h}. Ancak bu sonucun, usul hukukunda hakim olan "tarafarca hazirlama ilkesi" ile bagdastirilmesi mümkün degildir. Hakimin bir itirazi olusturan vakialari resen göz önünde tutmasının anlami, onun taraflar ileri sürmese dahi bu tür vakialari arastirip bulmasi degildir. Bu tür vakialarin hakim tarafından resen göz önünde tutulabilmesi için taraflarca mahkeme önüne getirilmesi ve ispat edilmesi gerekir. Hakimin resen yapmasi gereken sey ise, bu vakialarin hukukî niteligini tespit etmektir. Hakim dava malzemesinden, bazi vakialarin bir itirazin konusunu olusturdugunu tespit ettigi takdirde, taraflarca defi olarak ileri sürülmemis olsa dahi göz önünde tutmak ve hükme esas almak zorundadir¹⁶ⁱ.

Buna göre, ayip ihbarinin zamaninda yapilmadigini satici (eser sözleşmesinde müteahhit) ispat etmek zorundadir. Satıcı veya müteahhit tarafından bu hususta bir iddia ileri sürülmediği takdirde, hakim resen bu hususu arastiramaz^{16j}. Buna karsilik eger satıcı veya müteahhit ayip ihbarinda bulunulmadigini veya geç bulunuldugunu ispat ederse, bunun hak düşümü sonucu meydana getireceğini ileri sürmese dahi hakim bu hususu kendiliginden göz önünde tutacaktır^{16k}.

3. Karsilastirmali Hukuk ve Tarihi Gelisimi Açısından BK.m.198(Art.201 OR)

Hükümü

Fransız Medeni Kanununda ve bunun etkisiyle Latin hukuk çevrelerinde, gerçi alıcıdan sözleşmenin kurulusu anında ya da en geç malin teslimi anında belirli bir dikkatle mali incelemesi beklenmiştir; ama gerçek anlamda bir muayene külfeti, hele malin tesliminden sonra hiç, öngörülmemiştir. Bu dikkatin gösterilmesinin aramasının sebebi, ayıba karşı tekeffül hükümlerinin "açık ayıplar"(vices apparants) için değil, sadece "gizli ayıplar"(vices cachés) bakımından uygulama alanı bulmasıdır¹⁷. Fransız Medeni

^{16h} Kars. NABHOLZ, Verjährung und Verwirkung als Rechtsuntergangsgründe infolge Zeitablaufs, Diss., Zürich 1961, s. 153/154.

¹⁶ⁱ Bkz. ve kars. BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktrecht, 2. Aufl., Zürich 1988, s. 451 dn. 31 ve 35; BUZ, age., § 2 dn.35 ve § 5 dn.136.

^{16j} GAUCH, Nr. 2168; Yarg. 15. HD. E.989/3070, K.990/736, T.22.02.1990: "...özellikle, her ne kadar eser sözleşmelerinde is sahibi eseri teslim alırken islerin mutad cereyanına göre imkânini bulur bulmaz eseri muayene etmek ve kusurları, varsa bunları yükleniciye ihbar etmek zorunda ise de, ihbar yükümlülüğünün yerine getirilmediğini ileri sürmek yükleniciye düşer. Diğer bir deyişle yüklenici kusurların kendisine ihbar edilmediğini iddia etmediği takdirde hakim bu hususu kendiliginden göz önüne alamayacağından vaktinde ayip ihbari yapılmış gibi yüklenicinin ayıba karşı tekeffülden doğan sorumluluğunu kabul etmesi gerekir.... (UÇAR, A., İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara 2003, s. 326).

^{16k} GAUCH, age., Nr. 2174; TANDOĞAN, H, Borçlar Hukuku, özel Borç İlişkileri, C.II, İstanbul 1989, s.176; kars. ayrıca ARAL, age., s.131. Hak düşümü hususunun hakim tarafından resen göz önünde tutulamayacağı, bunun satıcı veya müteahhit tarafından ileri sürülmesi gerektiği görüşü için bkz. GGER, age., Art 201 OR, N.106; SPIRO, K., Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatafristen, Bd. II, Bern 1975, § 426, s. 1142/1143; BGE 107 II 54.

¹⁷ Fransız Medeni Kanunu art. 1642: «Le vendeur n'est pas tenu des vices apparants et dont l'acheteur a pus e convaincre lui-même.» Bu hususta bkz. MAZEAUD, Leçons de droit oivil,

Kanununun diger bir çok hükümde de özel önem verdiği sözleşmeyi kuran tarafların iradeleri, gizli ayıplar ile açık ayıplar arasında yapılan bu ayırımın hareket noktasını oluşturur ve alıcıdan beklenen dikkatin ölçüsü de buna göre belirlenir: Art. 1642 hükmü, sözleşmenin kurulduğu anda belli olan ve biraz dikkat gösterilmesi halinde fark edilebilecek ayıplar bakımından alıcıya ayıba karşı tekeffülden doğan herhangi bir talep hakkı tanımamıştır; alıcı, sözleşmeye ilişkin iradesini açıklarken dikkate alması gereken bu tür ayıpları, kelimenin tam anlamıyla "göze almıştır". -İtalyan Medeni Kanununun 1491. maddesinde de aynı esas ifadesini bulmuştur: Fiilen bilinen veya kolaylıkla fark edilebilecek nitelikte ayıplara ilişkin olarak ayıba karşı tekeffülden doğan herhangi bir talep ileri sürülemez. Ancak Fransız Medeni Kanunundan farklı olarak burada açık bir ifade ile sözleşmenin kurulduğu an esas alınmıştır¹⁸.

Malin tesliminden sonra tespit edilen gizli ayıplara gelince: Fransız Medeni Kanununa göre, satıcının bunlara ilişkin ihbarda bulunma zorunluluğu yoktur. Ancak Art. 1648, ayıba karşı tekeffülden doğan davanın «ayıbin niteliğine ve satımın yapıldığı yerdeki teamüllere göre kısa bir süre içinde» açılması gerektiğini öngörmektedir^{18a}. Alıcıya tanınacak dava açma süresinin tespiti bakımından da mahkemelere bir takdir yetkisi verilmiştir. Görünen o ki, (bizdeki ayıp ihbarında olduğu gibi) satıcının durumdan haberdar edildiği ve tarafların sulh olmak için görüşmeler yaptığı ve buna benzer diğer durumlarda alıcıya dava için daha uzun bir süre tanınması yönünde bir eğilim mevcuttur¹⁹. —İtalyan

tome 3 vol. 2, bearbeitet M. De Juglard (3. Aufl., Paris 1968), s. 230, N.990/991; RECKNAGEL, C, Die Trennung von Zivil- und Handelsrecht unter besonderer Berücksichtigung der Untersuchungs- und Rückpflicht nach § 377 HGB, Frankfurt a. M./Bern/New York, 1985, s. 126.

¹⁸ İtalyan Medeni Kanunu art. 1491: «Esclusione della garanzia. - Non è dovuta la garanzia se al momento del contratto il compratore conosceva i vizi della cosa; parimenti non è dovuta, se i vizi erano facilmente riconoscibili, salvo, in questo caso, che il venditore abbia dichiarato che la cosa era esente da vizi.».

^{18a} Buradaki süre zamanasımı süresi olmayıp, bir hak düşürücü süredir bkz. FERID, M., Das Französische Zivilrecht, Bd.I, Frankfurt a. M/Berlin 1971, Rdn.2 F 308; RECKNAGEL, age., s. 135.

¹⁹ Bu hususta kars. MAZEAUD/JUGLARD, age., s. 229/230, N.989. Orada uygulamadan zikredilen bir örnek: Tüfek sesinden korkan ve avda artık kullanılamayacak bir av köpeğinin alıcısı, bu hususu teslimden altı ay sonra ileri sürerse gecikmiş olur.

WennertSchödel de söz konusu "kisa sürenin" hesabına ilişkin bazı Fransız Yargıtay'ı kararları zikretmektedir: Bir kararda motorlu taşıt satımına ilişkin bir sözleşmede, sözleşmenin kurulmasından itibaren iki yıllık süre kısa olarak değerlendirilmiştir. Bir başka olayda, bir çok arızası bulunan bir kamyonun satımına ilişkin sözleşmeye ilişkin olarak üç yıl sonra açılan bir dava kabul edilmiştir. Hatta bir binanın temelinde mevcut olan ayıp nedeniyle on yıl sonra açılan dava kabul edilmiştir. Buna karşılık bir iş makinesinin satımına ilişkin sözleşmede, ayibin tespit edilmesinden bir yıl sonra açılan dava, geç açılmış bir dava kabul edilerek reddedilmiştir. Yazarlar Fransız hukukunda, "kisa sürenin" genellikle altı ay ile bir yıl arasında bir süre olduğunu belirtmektedir, bkz. WENNER/SCHÖDEL, Kaufvertragsrecht in Frankreich, in: Handbuch des Kaufvertragsrechts in den EG-Staaten, hrsg. von F.G. von Wesphalen, Köln 1992, Nr. 160.

Mazaud/Juglard'a göre «kisa sürenin» hesabı teslimden itibaren başlar. Baska görüşte PLANIOL/RIPERT, Traité de droit civil français, Bd.10 (2. Aufl., Paris 1956), bearbeitet von J. Hammel, N. 136: Yazarlar ayibin tespit edildiği anı esas almaktadır; bkz ayrıca aynı yönde

Medeni Kanunu bu noktada aliciya daha kati davranmaktadır: Alici bu tür ayıpları, tespit ettikten sonra sekiz gün içinde satıcıya bildirmelidir (Art. 1495)²⁰. Fakat kısa tutulan bu sürenin doguracağı pratik sonuçlar, ayıba karşı tekeffülden doğan talepler bakımından hak düşümü söz konusu olduğunun iddia eden satıcının, ayıpların alici tarafından bilindiğini ispat etmek zorunda tutulması ile yumuşatılmıştır. Burada incelediğimiz sorun bakımından önem taşıyan ve tespit etmemiz gereken husus, İtalyan Medeni Kanununun da bir muayene külfeti öngörmediğidir.

Alman ve Avusturya Medeni Kanunlarında ayıba karşı tekeffül hükümlerinde önemli değişiklikler yapılması sonucunu doğuran^{20a} Avrupa Toplumunun tüketici satımlarına ilişkin 1999/44 sayılı yönergesinin İtalyan ve Fransız hukuklarındaki etkilerine gelince: İtalyan hukukunda bu yönergenin hayata geçirilmesi tüketici satımlarına ilişkin özel hükümlerin konulması suretiyle gerçekleştirilmiş, İtalyan Medeni Kanununun satım ile ilgili genel hükümlerinde herhangi bir değişiklik yapılmamıştır^{20b}. Buna karşılık Fransız Medeni Kanununun satım sözleşmesinde tekeffüle ilişkin hükümlerinde önemli değişiklikler öngören bir ön tasarı hazırlanmıştır^{20c}. Bu tasarıyla Fransız Medeni Kanununun 1648. maddesinde yapılması düşünülen değişiklik ile, gizli ayıplara ilişkin olarak tasınırlar bakımından bes, tasınmazlar bakımından on yıllık bir garanti süresi öngörülmüştür. Buna göre alici, bu süre içerisinde ortaya çıkan ayıplar nedeniyle satıcıya başvurma imkânına sahip olacaktır. Görüldüğü gibi tasarıda, malın muayene edilmesi ve davanın "kısa süre" içinde açılması şartları artık aranmamaktadır.

Common Law hukuk sistemi satım hukukunun ayrıntılarına girmeden, burada incelediğimiz sorun bakımından şu tespitte bulunabiliriz: Ayıp ihbarında bulunma şartı çok sınırlı bir çerçevede aranmaktadır. Bizdeki sözleşmeden dönme hakkına benzeyen «rejection of goods»(malın reddi) hakkının, ilk önceleri tes-

WENNER/SCHÖDEL, age., Nr. 159; RECKNAGEL, age., s. 137 ve orada dn.112'de zikredilen içtihatlar. Kanunun lafzından hareketle sorunun bir çözüme kavuşturulması mümkün değildir. Ancak teslim anı esas alırsa dahi, yargıca «ayıbın niteliğini»(art. 1648) dikkate alarak, tespiti güç ayıplar bakımından daha uzun bir süre tanıma yetkisi verilmiştir.

²⁰ İtalyan Medeni Kanunu art.1495: «Il compratore decade dal dritto alla garanzia, sen non denuncia i vizi al venditore entro otto giorni dalla scoperta, salvo il diverso termine stabilito dalle parti o dalla legge.». -Bu hüküm BK. m. 198 (Art. 201 OR)'e benzemektedir. Aradaki tek fark, İtalyan Medeni Kanununun bu hükmüne göre ayıp ihbarının ayıbın tespitinden itibaren sekiz gün içinde yapılması gerekirken, Borçlar Kanunumuza göre ihbarın «derhal» gerçekleşmesi gerekir. İtalyan Medeni Kanununun bu düzenlemesi, ihbarın yapılacağı süreyi açıkça belirlemesi noktasında ise Türk Ticaret Kanununun 25. maddesinin 3. bendine benzemektedir. Bu hükümde, tacirler arasındaki ticarî satışlarda teslim sırasında açıkça belli olan ayıplar için teslimden itibaren 2 günlük, muayene sonucunda ortaya çıkan ayıplar için teslimden itibaren sekiz günlük ihbar süresi öngörülmüştür.

^{20a} Bkz. asa. dn.24g civarı.

^{20b} Bkz. RÜETSCHI, D., Substanziierung der Mängelrüge, recht2003, s.120.

^{20c} "Avant projet de loi sur la garantie de conformité due par le vendeur": Tasarı metni şu adresten temin edilebilir: <http://www.iustice.gouv.fr/publicaVRappGTIDFe.htm>

limat anında kullanılması gerekiyordu. Günümüzde ise bu hakkın teslimden sonra uygun bir süre («reasonable time») içinde kullanılması gerekir²¹. Söz konusu «ret» (rejection) beyanının içinde, hem ayıp ihbari hem de dönme hakkının ileri sürülmesi birlikte yer almaktadır. Bu ret hakkının süreye tabi tutulması ile ayıp ihbarında bulunma imkânı değil, maddi hukuktan doğan bir hak olan sözleşmeden dönme hakkı zaman itibarıyla sınırlandırılmıştır. Dönme hakkının bu şekilde süreye tabi tutulması suretiyle, Türk/İsviçre Borçlar Kanununun da elde etmek istediği, ancak sadece sınırlı bir çerçevede ulaştığı bir amaç gerçekleştirilmiş olmaktadır. Eski hukukta malın ayıplı olması nedeniyle herhangi bir tazminat talebi öngörülmemisti. Bugün Common Law hukuk çevresinde öngörülen tazminat talepleri, satım hukuku kurumlarından ziyade, genel sözleşme hukuku ilkelerine dayanmaktadır. «Warranty», yani malın belirli niteliklerinin veya ayıpsız olduğunun sözleşme ile garanti edildiği düşüncesi ön plandadır²². Bu ise garantiye aykırılık («breach of warranty») sebebiyle muhtemelen bedelde indirim yapılmasına²³ (ve, her satım sözleşmesinin temelinde malın ayıpsız olduğu hususunda örtülü bir garanti -«implied warranty» taahhüdü yattığı fikrine dayanarak, belki de ayıptan doğan zararın tazminine) yol açacaktır. Bu taleplerin ileri sürülmesi, ne ayıp ihbarında bulunma şartına, ne de kısa dava sürelerine tabi tutulmuştur²⁴.

²¹ İngiltere için kars. Sale of Goods Act, 1893/1979, sec.35: «Acceptance. -The buyer is deemed to have accepted the goods when... after the lapse of a reasonable time, he retains the goods without intimating to the seller that he has rejected them.» Sec. 35'in bu metni açıkça doğruluk ve dürüstlük esasını dile getirmektedir: Davranışlarından doğruluk ve dürüstlük kurallarına göre mali kabul ettiği sonucu çıkarılan alıcının talepleri bakımından hak düşümü söz konusu olur.

Amerika Birleşik Devletlerinde Louisiana dışında bütün eyaletler bakımından geçerli olan Uniform Commercial Code, sec. 2-602: «Rejection of goods must be within a reasonable time after their delivery or tender. It is ineffective unless the buyer seasonably notifies the seller»; ayrıntılı bilgi için bkz. R. CERUTTI, Das U.S. amerikanische Warenkaufrecht, Zürich 1998, Nr. 556 vd.

Amerikan hukukunda teslim anında fark edilmesi mümkün olmayan, veya teslim anında belli olmasına rağmen satıcının gidermeyi taahhüt ettiği ayıplar bakımından alıcıya önceden kabul ettiği mali iade (kabulden cayma= revocation of acceptance) hakkı tanınmıştır (UCC, sec. 2608). Ancak bu hakkın kullanılabilmesi için ayibin alıcı açısından önemli bir değer kaybına yol açacak ağırlıkta olması gerekir; ayrıntılı bilgi için bkz. CERUTTI, age., Nr. 561 vd.; RECKNAGEL, age., s. 171.

²² Kars. Cılve SCHMITTHOF, The export Trade, 5. Aufl., London 1969, Kap.10: «Acceptance and rejection of goods»; Reginald PARKER, Das Privatrecht der vereinigten Staaten von Amerika, Wien 1960, s. 148/149; E. RABEL, Warenkauf, Bd. II, s. 101 vd.; CERUTTI, age., Nr. 606 vd.; GERNY, age., s. 122 vd.; RECKNAGEL, age., s.1162 vd.; KIRSCHER, W., Die Voraussetzungen der Sachmängelhaftung beim Warenkauf, Tübingen 1998, s. 116 vd.; bkz. ayrıca 1979 tarihli Sale of Goods, sec.61, F.1.

²³ Kars. Sale of Goods, sec.53, F.1.benta.; KIRSCHER, age., s.179; RECKNAGEL, age., s. 149.

²⁴ CERUTTI, age., Nr. 893 vd.; Bu husus E. RABEL, Warenkauf, Bd.II, s.216, tarafından eleştirilmektedir. Aşağıda inceleyeceğimiz gibi, bazı ülkelerde satım hukukunda önemli değişiklikler yapılmasına neden olan Avrupa Topulununun 1999/44 sayılı yönergesinin İngiliz satım hukukundaki etkileri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. TWIGG-FLESNER, C, English Sales Law After the

Muayene ve ihbar külfetlerine Viyana Satım Sözleşmesinde^{24a} (CISG) de, yer verilmistir. Üstelik bu külfetler Türk/İsviçre Borçlar Kanununda olduğu gibi aynı maddede değil, ayrı maddelerde düzenlenmiştir. CISG Art.38 muayene külfetini düzenlemektedir. Bu hükme göre, alıcının mali, «hal ve şartlara göre mümkün olan kısa bir süre içerisinde»(..within as short a period as is practicable in the circumstandes) muayene etmesi veya ettirmesi gerekir. BKm.198 (Art.201 OR)'de olduğu gibi, burada da muayenenin şekli ve ölçüsü belirtilmemiştir. Ancak bu hükmün birinci fıkrasında muayene için öngörülen "kısa süre"nin ikinci ve üçüncü fıkralarda uzatıldığını görüyoruz: ikinci fıkraya göre, sözleşme gereğince malın tasınması gerekiyorsa, muayene, malın kararlaştırılan yere ulaşması anına bırakılabilir. Bu hükmün üçüncü fıkrasına göre ise, alıcı muayene fırsatı bulmadan mali bir başka üçüncü şahsa iletmiş veya göndermiş ve bu durum sözleşmenin kurulduğu anda satıcı tarafından biliniyor ya da bilinmesi gerekiyorsa, yine muayene süresi malın belirlenen yeni yere vardığı ana kadar uzayacaktır.

CISG Art.39'da ise ihbar külfet düzenlenmiştir. Bu hükme göre alıcının, malda tespit ettiği veya gerekli olan muayenenin yapılması halinde tespit edebileceği sözleşmeye aykırı durumları «makul bir süre içerisinde»(within a reasonable time; dans un delai raisonnable) sancıya bildirmesi gerekir, aksi takdirde sözleşmeye aykırılığa dayanamaz. Görüldüğü gibi, BK m. 198 (Art. 201 OR) ve § 377 I HGB hükümlerinde "gecikmeksizin" bildirimden söz edildiği halde, bu hüküm "makul bir süre içinde" bildirimde bulunulmasını öngörmektedir. Bu farklı ifade tarzlarının pratik sonuçlarının da farklı olup olmadığı hususu tartışmalıdır. Bazı yazarlar, CISG Art. 39 hükmünde öngörülen sürenin Türk/İsviçre Borçlar Kanununu ve Alman Ticaret Kanununda öngörülen süreden daha esnek ve dolayısıyla farklı bir süre olduğu görüşünü savunurken^{24b}, diğer bazı yazarlar ise pratik sonuçları itibarıyla hemen hemen bir fark olmadığı kanısındadır^{24c}.

Hemen belirtelim ki, ayıp ihbari külfetine ilişkin olarak Türk/İsviçre Borçlar Kanunu ile Viyana Satım Sözleşmesi arasındaki tek farkın, ilkinde "gecikmeksizin" ihbardan, sonucunda ise "makul bir süre içinde" ihbardan söz edilmesi olduğu sanılmamalıdır. Asıl önemli fark, Viyana Satım Sözleşmesinin, zamanında yapılmayan ayıp ihbarının meydana getireceği hak düşümü sonucunu diğer bazı hükümlerle önemli ölçüde yumuşatmasıdır. CISG Art.40 hükmüne göre, satıcının bildiği veya bilmesi gereken ve alıcıya bildirmediği sözleşmeye aykırı durumlar bakımından alıcının muayene ve ih-

Implementation of Directive 99/44/EC on Consumer Sales-Back to the Drawing Board?, Zeitschrift für Gemeinschaftsprivat recht (GPR) 2003/1, s. 12 vd.

^{24a} Belirtmek gerekir ki, Viyana Satım Sözleşmesinin esas aldığı "satım modeli" ile Türk İsviçre Borçlar Kanununun satıma ilişkin hükümleri düzenlenirken göz önünde tutulan "satım modeli" bir birinden farklıdır: Türk/İsviçre Borçlar Kanunu, Roma hukuku gelenegini takip ederek, esas itibarıyla parça satımını düzenlemiştir; Buna karşılık Viyana Sözleşmesi çeşit satımını esas almıştır; bu husus hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. BUCHER, E., Überblick über die Neuerungen des Wienerkaufrechts, in: BTJP 1990, s. 13 vd.

^{24b} SCHLECHTRIEM, P., Die Pflichten des Verkäufers und die Folgen Ihrer Verletzung, in: BTJP 1990, s. 125; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, Kommentar zum einheitlichen UN-Kaufrecht, -CISG-, 3. Aufl., München 2000, Art.39 CISG, N.15; KIRCHER, age., s. 56.

^{24c} SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, age, Art 39 CISG, N.15 dn. 52'de zikredilen yazarlar.

barda bulunmaması onun ayıplı ifa nedeniyle sahip olduğu hakları ortadan kaldırma olacaktır. Bu hüküm son derece alıcının yararına olup^{24d}, alıcı muayene ve ihbar külfetinin yerine getirilmemesinin hak düşümüne yol açmasına çoğu zaman engel olabilecektir; çünkü alıcının normal bir muayene tespit edeceği ayıplar aynı zamanda satıcı tarafından da bilinen veya bilinmesi gereken ayıplardır^{24e}.

Zamanında yerine getirilmeyen muayene ve ihbar külfetinin meydana getireceği hak düşümü sonucunu yumuşatan bir diğer hüküm Viyana Satım Sözleşmesinin 44. maddesidir^{24f}. Bu hükümde ayıp ihbarında bulunmama hususunda «makul bir mazareti»(reasonable excuse; excuse raisonable) bulunan alıcının tüm haklarını kaybetmeyeceği, sınırlı da olsa satıcıya karşı bazı hakları ileri sürebileceği düzenlenmiştir. Buna göre alıcı, ayıp ihbarında bulunmamış olmasına rağmen, bedel indirimi ve -kâr mahrumiyeti hariç- tazminat talebinde bulunma haklarına sahiptir.

Viyana Sözleşmesinin yukarıda özetlemeye çalıştığımız hükümlerinde yer alan muayene ve ihbar külfetinin yerine getirilmemesinin sonuçlarını yumuşatan bu düzenlemesi, İsviçre ve - bu sözleşmenin hala tarafı olmamakla beraber- Türkiye bakımından da önemlidir ve bu çalışmada savunulan temel tezi desteklemektir: Viyana sözleşmesinin uygulandığı bir satım sözleşmesindeki alıcı için uygulanan hükümlerden(Art.38,39,40,44) daha ağır sonuçlar doğuran BK.m.198 (Art.201 OR) hükmünü tacir olmayan alıcıya uygulamak adil değildir. Çünkü Türk/İsviçre Borçlar Kanununa tabi satım sözleşmesinin tarafı olan tacir olmayan alıcının, Viyana Sözleşmesinin uygulandığı bir milletlerarası satım sözleşmesinin tarafı olan alıcının tabi olduğu rejimden daha ağır, kati ve elverişsiz bir rejime tabi tutulmasını izah etmek mümkün değildir.

Almanca konusan diğer ülkelere bir göz atacak olursak: Alman Ticaret Kanununun (HGB) § 377 f.I-III hükümlerinde, BKm.198(Art.201 OR) ile içerik itibarıyla aynı bir düzenleme bulunmaktadır. Buna karşılık Alman Medeni Kanununda ne malin derhal muayenesi ne de ayıp ihbarında bulunma külfetleri yer almaktadır. Dönme ve bedel indirimi hakları bakımından öngörülen süreler içerisinde harekete geçen alıcı geç kalmış olmayacaktır. Ancak bu süre BK.m.207(Art.210 OR)'de olduğu gibi bir yıl olarak değil, sadece 6 ay olarak belirlenmiştir (eski BGB § 477/1). Tacir olmayan kimselerin yaptığı bütün sa-

^{24d} Çünkü BK. m. 200 (Art. 203 OR) hükmünde olduğu gibi satıcının alıcıyı iftial etmiş" olması, veya HGB § 377/5'de olduğu gibi satıcının mevcut ayıpları "kasıtlı olarak bildirmemesi" şartı aranmamıştır; STAUDINGER/MAGNUS, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Wiener UN-Kaufrecht (CISG), 13. Auflage, Berlin 1994, Art 40 CISG, N. 5.

^{24e} BUCHER, BTJP 1990, s. 29; kars. ayrıca STAUDINGER/MAGNUS, age.. Art. 40 CISG, N. 5; Satıcıya genel olarak bir muayene külfeti yüklenemeyeceği görüşünde SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, age, Art.40 CISG, N.5.

^{24f} Bu hüküm herhangi bir sınırlamaya tabi tutulmadan öngörülebilecek bir muayene ve ihbar külfetinin, fazla tecrübeye sahip olmayan kendi ülkelerindeki alıcıların aleyhine ağır sonuçlar doğuracağından endişe eden gelişmekte olan ülkelerin ısrarı ile Viyana Sözleşmesine konmuştur; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, age, Art. 44 CISG, N.2; STAUDINGER/MAGNUS, age., Art. 44 CISG, N. 3; GERNY, age., s. 212 vd.

tim sözleşmeleri bu kurala tabi olacaktır. Çünkü Alman Ticaret Kanununun § 377 hükmü, ayıp ihbarında bulunma külfetini, genel esastan farklı olarak (HGB § 345), sözleşmenin her iki tarafının, özellikle de alıcının da tacir olduğu durumlar bakımından öngörmektedir.

1.1.2002' de yürüdüğü giren Borçlar Hukukunun Modernizasyonuna İlişkin Kanun ile Alman Medeni Kanununun satıma ilişkin hükümlerinde de önemli değişiklikler yapılmıştır. Yeni Alman Satım Hukukunda Avrupa Topluluğunun tüketici satımlarına ilişkin 1999/44 sayılı yönergesi de hayata geçirilmiştir. İlginç olan nokta, sadece bu yönergeye uygun düzenleme yapılması ile yetinilmemesi, satımın prototipi olarak da tüketici satımının esas alınması ve hükme bağlanmasıdır. Bunun sonucu olarak da söz konusu yönergenin tüketici satımına ilişkin hükümleri, yeni Alman Satım Hukukunun genel hükümleri haline gelmiştir. Ayrıca yeni düzenleme ile bir yandan ayıba karşı tekeffül ve zapta karşı tekeffül ortak hükümlere bağlanırken, diğer yandan da ayıba karşı tekeffüle bağlanan sonuçlar ile genel olarak borcun yerine getirilmemesinin meydana getireceği sonuçlar arasında bir paralellik sağlanmaya çalışılmıştır. Bu genel açıklamalardan sonra bu çalışmanın konusunu teşkil eden soruna ilişkin düzenlemelere dönecek olursak: Ayıplı ifa halinde alıcıya ilk olarak ayıbın giderilmesi veya ayıpsız yeni bir ifayı talep etme hakkı tanınmıştır (§ 439 BGB). Baska bir deyişle, alıcı ilk önce bu hakkı kullanacaktır. Dönme veya bedel indirimi hakkı ancak, ayıbın giderilmesinin veya ayıpsız yeni ifanın mümkün olmaması, başarılı olamaması veya satıcının bundan kaçınması halinde söz konusu olacaktır. Ayrıca yeni düzenleme ile birlikte, Alman hukukunda eskiden mevcut olan, Türk/İsviçre hukukunda hala varlığını devam ettiren, "Wandelung"(dönüştürme) olarak adlandırılan sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı ile bedel indirimi talep etme haklarının hukukî niteliğine ilişkin tartışmalar sona erdirilmiş ve "Wandelung" terimi yerine "Rücktritt"(dönme) kullanılarak bu haklar birer yenilik doğuran hak şeklinde düzenlenmiştir. Öte yandan ayıba karşı tekeffülden doğan hakların kullanılması bakımından eski BGB § 477 hükmünde öngörülen altı aylık süre iki yıla çıkarılmıştır (§ 438 BGB)^{24g}. Asıl altını çizmek istediğimiz husus, yeni düzenlemede de bir muayene ve ihbar külfetine yer verilmemesidir.

Avusturya Medeni Kanunu, § 933'de, BGB § 477/I'de olduğu gibi menkul satımı bakımından altı aylık dava zamanasımı süresi öngörmektedir (gayrimenkul satımı bakımından üç yıl). Ancak ne satım konusu malın muayene edilmesi, ne de ayıp ihbarında bulunulması şartı aranmaktadır. Alman Ticaret Kanununun satıma ilişkin hükümleri Avusturya Ticaret Kanununda da yer aldığı için, ayıp ihbarına ilişkin Avusturya düzenlemesi, esaslı tüm noktalar itibarıyla Almanya'da olduğu gibidir.

Tıpkı Alman Medeni Kanununda olduğu gibi Avusturya Medeni Kanununda da Avrupa Topluluğunun 1999/44 sayılı yönergesine uygun değişiklikler yapılmıştır. 8 Mayıs 2001 tarihinde kabul edilen ve 1.1.2002'den itibaren yürüdüğü giren bu değişiklikler esas itibarı-

^{24g} Ayrıntılı bilgi için bkz. WESTERMANN, H.P., Das neue Kaufrecht, NJW 2002, s. 241 vd.; BRÜGGEMEIER, G, Das neue Kaufrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches -Eine kritische Bestandaufnahme, WM 2002, s. 1376 vd.

riyle Alman Medeni Kanununda yapılan degisiklikler gibidir. Kisaca özetlemek gerekirse: ABGB § 933 hükmünün yeni metninde, tekeffülden dogan haklarin kullanilmasi için öngörülen süre, alti aydan iki yila çıkarilmistir. Alicinin sahip oldugu haklar da tam bir seçimlik hak olarak degil, kademeli bir biçimde düzenlenmistir. Buna göre alici ilk olarak ayibin giderilmesini veya ayipli malin degistirilmesini talep edecektir (§ 932/1 ABGB). Ayibin giderilmesinin veya ayipli malin degistirilmesinin mümkün olmaması veya satıcı için asin masraflara yol açması durumunda, alici bedel indirimi veya, önemsiz ayiplarin mevcut olmaması sartıyla, sözleşmenin sona erdirilmesini talep etme hakkına sahiptir. Maddenin ifade tarzından, bedel indirimi ve sözleşmeyi sona erdirmeye haklarının eskiden olduğu gibi birer yenilik doguran dava hakkı olarak muhafaza edildiği izlenimi dogmaktadır. Ayrıca alicinin sözleşmeyi sona erdirmeye hakkını ifade etmek üzere "sözleşmeden dönme" terimini tercih eden yeni Alman Medeni Kanununun aksine, Avusturya Medeni Kanunu "dönüştürme"(Wandlung) terimini muhafaza etmiştir.

Alman Ticaret Kanununun § 377 hükmünün, BK.m.198(Art201 OR)'a sadece içerik itibariyle benzetmekle kalmayıp, aynı yapı ve kısmen aynı ifade tarzına sahip olduğunu gören bir kimse, 1881 tarihli eski İsviçre Borçlar Kanununun, Art.201(BK.m.198) hükmünü karşılayan eski Art.245'e ilişkin düzenleme bakımından o zamanki «Genel Alman Ticaret Kanunu»(ADHGB) örnek aldığını düşünebilir²⁵.

Ancak «Genel Alman Ticaret Kanunu»na bakıldığında, HGB § 377 ve BK.m.198(Art.201 OR)'yi karşılayan hükmün, ADHGB § 347/1 olarak sasirtici bir biçimde su şekilde kaleme alındığı görülecektir: "Mal başka bir yerden gönderiliyorsa, alicinin, satıcı tarafından malın tesliminden sonra örf ve adete göre imkân hasil olur olmaz mali muayene etmesi, malın sözleşmeye veya kanuna uygun olmadığının anlaşılması durumunda bunu derhal satıcıya bildirmesi gerekir", (metindeki vurgu tarafımızdan yapılmıştır). O halde ADHGB muayene ve ihbar külfetini belirli, önemli ölçüde sınırlandırılmış bir alanda kabul etmiş ve yerinde satımlar (Platzkauf) bundan müstesna tutulmuştur²⁶. Bu gün bakıldığında son derece sasirtici olan bu sınırlama su şekilde izah edilebilir: Öyle anlaşılıyor ki, ADHGB'yi vazedenerler, mali alıcıya başka bir yerden gönderten satıcının çoğu zaman mali hiç görmediği ve kendi satıcısına karşı harekete geçebilmesi için ayıptan haberdar edilmesi gerektiği düşüncesinden hareket etmektedir, ikinci sırada ise, satıcının, istisnai olarak mal rizikosu kendisine ait olarak tasiniyorsa, tasima esnasında meydana gelen zararlardan mümkün olduğu kadar çabuk haberdar olması

²⁵ Bu kanunun (ADHGB) hazırlanmasına 1857 yılında başlanmış, altmışli yıllarda bir çok eyalette kanun olarak kabul edilmiş ve nihayet 1871'de imparatorluk kanunu haline gelmiştir. - BGB ile birlikte yürürlüğe giren bugünkü Alman Ticaret Kanunu (HGB), bu kanundan aldığı kısımlar bakımından genellikle esaslı bir değişiklik yapmamıştır. Kars. BAUMBACH/DUDEN, Komm. HGB, Einführung zu Buch I, N.2/C.

²⁶ Öte yandan ADHGB § 347/1 hükmü, HGB § 377/1'den farklı olarak, sözleşme taraflarından sadece birinin tacir olması durumunda da uygulanır. Kars. Peter RAISCH, Geschichtliche Voraussetzungen, dogmatische Grundlagen und Sinnwandlung des Handelsrechts, Karlsruhe 1965, s. 283.

düşüncesi rol oynamıştır. Görünen o ki, kanunun hazırlık çalışmaları esnasında, söz konusu hükmün anlamına ilişkin olarak, pek de açık olmayan ve daha da önemlisi tamamen birbirinden farklı görüşler hakim olmuştur²⁷.

«Genel Alman Ticaret Kanunu» ile yapılan bu karşılaştırma bize sunu göstermektedir: İsviçre/Türk satım hukukuna özgü ayıp ihbari külfeti, zannedildiği gibi, Alman Ticaret hukuku örnek alınarak öngörülmüş, yani Almanya'da ticarî satımlara ilişkin özel bir kural, medeni hukuk ve ticaret hukukunu bir bütün olarak gören hukuk geleneğimiz nedeniyle satımın genel hükümlerine alınmış değildir. Aksine bunun tam tersi bir durum söz konusudur: 19. asrın seksenli yıllarında hazırlanan bugünkü Alman Ticaret Kanununun § 377/1 hükmü, eski İsviçre Borçlar Kanununun 246/1. maddesinin etkisinde kalmış ve ilk defa, mesafe satımları ile sınırlı olmayan genel bir muayene ve ihbar külfetine yer vermiştir²⁸.

İlk defa eski İsviçre Borçlar Kanununda, kapsamlı, yani bütün satım türleri bakımından geçerli olacak bir biçimde düzenlenen ayıp ihbari külfetinin, İsviçre/Türk hukukuna has bir özellik olduğunu, Almanca konuşan diğer ülke hukuklarında, özellikle de ticarî olmayan satımlara ilişkin olarak, benzer bir hüküm bulunmadığını tespit ettiğimize göre, şimdi de, hangi modelin ve ideolojik etkinin bugün mevcut olan hukukî durumun ortaya çıkmasında rol oynadığı sorusunun cevabını aramamız gerekmektedir. Borçlar hukukunun diğer alanlarında etkisini kuvvetli bir biçimde hissettiren²⁹ Roma hukuku geleneğinde

²⁷ ADHGB § 347/1 hükmünün tarihi gelişimi hakkında bkz. P. RAISCH, age., s. 280-283.

²⁸ Yapısal ve ifade tarzı açısından mevcut benzerlik karşısında, kanımızca eski İsviçre Borçlar Kanununun 246. maddesinin HGB § 377/1 hükmünü önemli ölçüde etkilediği kuskusuzdur.

²⁹ Örneğin BK. m. 254 («satım kirayı sona erdirir»), Roma hukukunun bir kalıntısıdır. Gayrimenkul kiralari bakımından anlamsız olan bu kural BGB'ye alınmamıştır (kars. BGB § 571). Ayrıca İsviçre'de 15.12.1989 tarihli Federal Kanun ile kira hukukunda yapılan değişiklikler (yürürlük tarihi: 1.7.1990; AS 1990 802 834; BBI 1985 I 1389) ile, BK. 254'ü karşılayan İsviçre Borçlar Kanununun 259. maddesi, 261. madde olarak yeniden düzenlenmiş ve bu yeni hükümde söz konusu esas terk edilmiştir. 6570 sayılı Gayrimenkul Kiralari Hakkındaki Kanunun 7. maddesine göre de, bu kanunun kapsamına giren kira sözleşmeleri bakımından BK. m. 254 uygulanmayacaktır. -Roma hukuku geleneğinin bir başka uzantısı da BK. m. 183/1 (Art. 185/1)'de yer alan periculum emptoris kuralıdır: Bu kural da günümüzde, pratik olmadığı, tarafların hukuk anlayışlarına aykırı düştüğü gerekçesiyle reddedilebilir (kars. örneğin Ph. MEYLAN, Periculum est emptoris, s.11; P. LIVER, Besonderheiten des Viehkaufs, s.123/124; her iki eser için bkz. Festschrift zum 70. Geburtstag von Theo Guhl, Vom Kauf nach schweizerischen Recht, Zürich 1950; BGE 84 II 161. B. VON BÜREN, Schweiz. Obligationenrecht, s. 388, bu hükmü «son derece önemli ticarî bir kural» bularak savunmaktadır. Ancak kanunun oluşturma süresine bakıldığında, BK. m. 183/1 (Art. 185/1) kuralı, Roma hukuku geleneğine sadık kalma isteginden değil, azınlıkta olmalarına rağmen, İsviçre'nin Fransızca konuşan kantonlarının temsilcilerinin etkisinden kaynaklanmıştır; bu şekilde, alışıktıkları Fransız Medeni Kanunu Sisteminin en önemli sonucunu muhafaza edebilmislerdir. Fransız Medeni Kanununa göre satım sözleşmesinin kurulması ile birlikte mülki yet (ve bununla birlikte hasar) alıcıya intikal eder. Borç sözleşmelerinin bu devredici etkisi için kars. Code civil Art.711, 1583; bkz. ayrıca BUCHER, E., Die Eigentums-Translativwirkung von Schuldverträgen: Das "Woher" und "Wohin" dieses Modells des Code Civil; in: Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (ZEuP) 1998, s. 615-669.

ihbar külfetine rastlanmaz³⁰. Dresden Tasarısı da model alınmış olamaz; zira bu tasarının satım hukuku kısmında (§§ 422-495), zapta ve ayıba karşı tekeffül sorunu, genel esasları itibarıyla değil, sadece bazı özel sorunlar bakımından düzenlenmiş ve orada da ayıp ihbari külfetine yer verilmemiştir³¹. Borçlar Kanunumuzu etkileme ihtimali bulunan diğer bütün seçenekleri elediğimize göre geriye tek bir ihtimal kalmaktadır: Belki de 1881 tarihli eski İsviçre Borçlar Kanunu, kantonal kodifikasyonları, bunların içinden de Zürih Özel Hukuk Kanununu (PGB) takip etmiştir³².

Gerçekten de hazırlanan Zürih Özel Hukuk Kanununda model teskil edebilecek bir hüküm yer almaktadır «Satılan mal, alıcı tarafından gözetimi altına (deposuna) alınmış ve alıcı, satıcıya, malda onun sorumlu olduğu ayıp ve eksiklerin bulunduğunu gecikmeksizin bildirmediği takdirde, sonradan, satıcının kötü niyetli davranışlarıyla aldatıldığını ispat etmedikçe herhangi bir şikayette bulunamaz. Keza alıcı, mali kabul ettikten sonra, satım konusu malın ayıplı veya eksik olduğu iddiasında bulunamaz. Ayıbın sonradan fark edilebildiği haller saklıdır» (PGB § 1418)^{33, 34}.

³⁰ İlginçtir, Roma hukukunda dönme ve bedel indirimi hakları farklı sürelerle tabi tutulmuştur. Satım sözleşmesinin sona erdirilmesine ilişkin *actio redhibitoria* başlangıçta iki, daha sonra altı aylık süreye tabi tutulmuş iken, satım bedelin indirilmesine ilişkin *actio quanti minoris* bakımından önce altı, daha sonraları on iki aylık bir süre öngörülmüştür. Dönüştürme davasının (*Wandelungsklage*; bugünkü terminoloji ile sözleşmeden dönme hakkının) bedel indirimi hakkına oranla daha kısa bir süreye bağlanması ile, günümüzde BK. m. 198 (Art. 201 OR)' hükmünün gerçekleştirmek istediği iddia edilen amaca belirli ölçüde ulaşılmıştır. Roma hukukundaki bu ayırımın terk edilmesi ve ayıba karşı tekeffülden doğan hakların kullanılması bakımından altı aylık (eski BGB § 477) veya on iki aylık (BK. m. 207; Art. 210 OR) tek bir süre öngörülmesi büyük bir talihsizlik olmuştur.

³¹ «Entwurf eines allgemeinen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse ... im Auftrag der Commission herausgegeben» von Francke (Dresden 1866): Tekeffül hükümleri sadece, gayrimenkulün yüzölçümüne (Art. 437), miras satımında «miras hakkının mevcudiyetine» (Art. 443) ilişkin olarak mevcuttur.

³² Zürih özel Hukuk Kanunu ve bunu takip edenler dışında kalan diğer kantonal kodifikasyonların bir tesiri söz konusu olamaz; çünkü ne Fransız Medeni Kanununu ne de Avusturya Medeni Kanununu takip eden kantonal kanunlardan bir ihbar külfetine yer vermeleri beklenebilir, v. *Planta* tarafından hazırlanan ve bağımsız bir kanun olma iddiası taşıyan Graubünden Kanunu da bir ihbar külfetine yer vermemiştir. *Munzinger'in* esas aldığı (kars. dn. 39) Solothurn Kanununun § 1073 hükmünde düzenlenen, gerçek anlamda bir ayıp ihbari külfeti olmayıp, dönme talebinin teslimden sonra işlemeye başlayan on dört günlük bir süreye tabi tutulması söz konusudur. Ayrıca bu hüküm «numune üzerinden veya bazı niteliklerin saklı tutulduğu» satımlara ilişkindir; ancak bu sınırlamanın hangi amaçla yapıldığı hususu muğlaktır.

³³ Fransız Medeni Kanununun Art. 1642 ve Avusturya Medeni Kanununun 928 hükümleri ile tasidigi ilginç paralellik nedeniyle ayrıca PGB § 1417 hükmünü zikretmek yararlı olacaktır: «Ayıp aşikâr ve satım anında kolaylıkla fark edilebilir olduğu takdirde, satıcı hilesi bulunmadıkça sorumlu değildir».

³⁴ BK. m. 198 (Art. 201 OR) hükmünün PGB § 1418 hükmünden etkilendiğinin bir diğer kanıtı da Walther MUNZINGER'in tasarısıdır; bkz. *Motive zu einem Entwurfe eines schweizerischen Handelsrechts*, Bern 1865, s. 250; bkz. ayrıca İsviçre Ticaret Kanunu Tasarısının (Bern 1864) § 252 hükmü: BK. m. 198 (Art. 201 OR) hükmünün öncüsü olan bu hüküm, ifade biçimi itibarıyla kısmen PGB ile aynıdır.

Zürih Kanun Koyucusunun bu hükmü nereden aldığı sorusu, bizi Prusya Genel Ülke Kanununa (ALR) geri götürmektedir. Biliyoruz ki, Zürich Özel Hukuk Kanununun redaktörü Bluntschli, hukuk formasyonun önemli bir kısmını Berlin'de almıştır. Bu nedenle, -hocası ve hamisi Savigny'nin Prusya Genel Ülke Kanununa karşı takındığı olumsuz tavra rağmen³⁵-, bu kanunla ilgilenmiş olabilir. Bu kanunun ilgili hükmü şu şekildedir: «Göze batan bir eksiklik (ayıp) mevcut ve teslim alan mali bu hususu ileri sürmeden kabul etmiş ise, ne sözleşmeden dönebilir, ne de tazminat talep edebilir» (ALR 1/5 § 330: Bu hükme satım sözleşmesiyle ilgili olarak ALR I/11 § 198'de de yollamada bulunmaktadır). Gerçi bir muayene külfeti öngörülmüştür; ancak malin ihtirazi kayıt konmadan kabulü halinde ayıba karşı tekeffülden doğan talepler bakımından hak düşümü söz konusu olur. Açıkça görülmektedir ki taraflar arasındaki güven ilişkisi burada belirleyici rol oynamaktadır: Ayıp asıkar, bu nedenle de bunun alıcı tarafından fark edilmemesi mümkün değil ve alıcının ayıba karşı tekeffülden doğan bir talep ileri sürmesi, mali kabul eden davranışı ile bir çelişki oluştuyorsa, onun dönme ve bedel indirimi haklarını kullanmasına engel olunmak istenmiştir; çünkü malin ihtirazi kayıt konmadan kabul edilmesi, asıkar nitelik arzeden ayıplara icazet verilmesi olarak yorumlanmaktadır.

Öyle anlaşıyor ki, Prusya Genel Ülke Kanununda ifadesini bulan düşünce ayıba karşı tekeffüle ilişkin diğer yasal düzenlemelerinin de temelini oluşturmaktadır ve bunun, tıpkı ALR 1/5 § 330'da olduğu gibi, «güven ilkesi» penceresinden yorumlanması ve anlaşılması gerekir. ALR 1/5 § 330 hükmü hareket noktası olarak alındığında, eski BGB § 464, aynı amaca yönelik bir düzenleme olarak yorumlanabilir. Bu hükme göre herhangi bir ihtirazi kayıt konmadan malin kabul edilmesi, ayıba karşı tekeffülden doğan hakları ortadan kaldırır. Ancak söz konusu hükümde bu esas bir parça yumuşatılmıştır: Alıcının bilmesi gereken ayıplar değil, sadece fiilen bildiği ayıplar hak düşümü sonucunu doğurmaktadır. Buna karşılık BKm.198 (Art.201 OR) ve HGB § 377'de, Prusya Genel Ülke Kanununda yer alan bu esas genişletilerek ağırlaştırılmıştır; çünkü bu hükümlere göre alıcı, sadece açık, «göze çarpan» ayıpları ihbar etmek zorunda olmayıp, satım konusu mali nispeten ayrıntılı bir biçimde muayene etmelidir. Ayrıca bu muayenenin mutlaka malin teslim alınması anında yapılması zorunlu olmayıp, alıcıya biraz daha fazla zaman tanınmıştır.

ALR ile bugün yürürlükte olan kodifikasyonlar arasında eklem noktasını oluşturan Zürich Özel Hukuk kanununda(PGB) yer alan düzenleme, kanımızca, Türk/İsviçre

³⁵ Savigny'nin Prusya Medeni Kanununa ilişkin olarak Berlinli öğrencilerine anlattığı hususlara ilişkin olarak bkz. F.WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl., Göttingen 1967, s. 334/335 ve orada dn. 44'de anılanlar.

Borçlar Kanunu ile Alman Ticaret Kanununda öngörülen muayene ve ihbar külfetlerinin, ALR'de düzenlenen malin teslim anında incelenmesi külfetinin genişletilmesi ve ağırlastırılması sonucunda ortaya çıktığı görüşünü teyit etmektedir: Zürich Özel Hukuk Kanununun (PGB) § 1418 hükmü, eski BGB § 464 ile BKm.198 (Art.201 OR)/HGB § 377 arasında bir düzenleme ihtiva etmektedir. Bu hükümde ayıp ihbari, ALR'de olduğu gibi, malin teslim anına ilişkin olarak öngörülmekle beraber, zaman itibarıyla bir parça yumusatılmış gözükmektedir. Gerçek anlamda bir muayene külfeti ise açıkça düzenlenmemiştir. Ancak yine de, öngörülen hukukî sonuçlardan belirli ölçüde bir muayene külfetinin bulunduğu anlaşılmaktadır: Eger « ayıp sonradan fark edilebilecek» bir ayıp ise hak düşümü söz konusu olmayacaktır. Bundan, «fark edilebilir» ayıpların az çok ayrıntılı bir inceleme ile araştırılması gerektiği sonucu çıkmaktadır. Gerek ayıba icazet verilmesini de bir hak düşümü sebebi olarak düzenleyen PGB § 1418 hükmünün lafzından, gerekse Bluntschli'nin bu hükmeye ilişkin açıklamalarından, bu hükmün konmasında rol oynayan düşüncenin, ALR'nin dayandığı düşünce olduğu anlaşılmaktadır: Malda az çok kolayca fark edilebilir ayıplar bakımından suskun kalması söz konusu ayıplara icazet vermesi olarak yorumlanan ve sonradan ayıba karşı tekeffülden doğan bir talepte bulunması çeliskili davranış yasasına aykırılık teşkil edecek alıcının, ayıba karşı tekeffül hükümlerine dayanmasına engel olunmak istenmiştir³⁶.

PGB § 1418 hükmünün, BK. m.198 (Art.201 OR) ve HGB § 377 hükümlerine dönüşmesinde su husus rol oynamıştır: Zürich hukukunda, açıkça düzenlenmeyen, ancak deyim yerinde ise arka kapıdan giren ve kapsama tam olarak belli olmayan bir muayene yükümlülüğü yerleşmiştir. Bu da pratik mülâhazalarla ister istemez, malin teslimi anında söz konusu olan mala «göz atma» yükümlülüğünün «örfe ve adete göre imkân dahil olur olmaz» mali muayene etme yükümlülüğüne dönüşmesine yol açmıştır. Peki eski İsviçre Borçlar Kanununda muayene yükümlülüğünün altının kalın çizgilerle çizilmesinin sebebi nedir? Malda fark edilen ayıplar karşısında suskun kalmanın bir icazet anlamına geleceği ve bu icazetin güven ilkesi gereği ayıba karşı tekeffülden doğan hakları ortadan kaldıracığı yolundaki temel düşünce, muayene külfeti öngörülmesinin sebebi olamaz. Bunun sebebinin daha ziyade yargılama ve ispat hukukunda aranması gerekir. Çünkü alıcıya bir muayene külfeti yüklenmediği sürece, satıcının, alıcının sessiz kalmak suretiyle mali ayıpla haliyle kabul ettiği iddiası

³⁶ Kars. J. C. BLUNTSCHLI, Das zürcherische Obligationenrecht mit Erläuterungen (Zürich 1855), Anm.1 zu PGB § 1418: «Alicinin davranışlarının bir icazet olarak yorumlanabildiği durumlarda, ticarî hayatta da uzun zamandan beri kabul edildiği gibi, tekeffülle dayanan bir dava hakkı tanınmamasının uygun olacağı hususunda mutabık kalmıştır; malin alıcı tarafından kendi göze timine alınması, kural olarak bu tür bir zimni icazet olarak değerlendirilecektir.».

kendisine fazla yardımcı olmayacaktır. Zira alıcının ayıpları fark etmediği iddiası karşısında, satıcı bunun aksini ispat etmek zorunda kalacaktır^{37, 38}.

Yukarıdaki karşılaştırmalı hukuka ilişkin kısa açıklamaların sonucunu şu şekilde özetlemek mümkündür: Türk/İsviçre Borçlar Kanunu, kıta Avrupa'sı hukuk sistemleri içerisinde, tacir olmayan şahıslar arasındaki satım sözleşmeleri bakımından ayıp ihbarı külfeti öngören tek kanundur. Ticarî satımlar bakımından benzer bir hükme Alman Ticaret Kanununda rastlanır. Dolayısıyla Federal Mahkemenin, BK m 198 (Art.201 OR) hükmünün konulu sebebine ilişkin olarak ileri sürdüğü düşüncelerin, karşılaştırmalı hukuk ile desteklenmesi mümkün olmayacaktır. Bilakis karşılaştırmalı hukuk esas alındığında BKm.198 (Art.201 OR) hükmünde yer alan düzenlemeden farklı bir sonuca, common law sisteminde olduğu gibi sözleşmeden dönme talebinin kısa bir süreye tabi tutulması şeklinde bir çözüme varılacaktır. Ancak yine de, Genel Alman Ticaret Kanunu (ADHGB § 347), satıcının mesafe satımlarında, alıcının mali muayene etmesi ve ayıp ihbarında bulunmasında özel bir menfaatinin bulunduğunu göstermektedir, ki bu durum ticarî satımlar bakımından BKm.198 (Art.201 OR) hükmünü haklı kılabılır. - Karşılaştırmalı hukuka bakış, BKm.198 (Art.201 OR) hükmünün ifade tarzından ve bu hükmün tarihçesinden çıkan şu sonucu da teyit etmektedir: Bu hüküm tamamen ticaret hukukuna ilişkin mülâhazalarla ve ticarî satımlar düşünülerek konulmuştur. Bu husus Zürih Özel Hukuk Kanununun (PGB) § 1418 hükmünün lafzından ve Bluntschli'nin bu hükme ilişkin açıklamalarından da anlaşılmaktadır. Münzinger tarafından da ticarî hayatın ihtiyaçları göz önünde tutulmuştur; zira ne de olsa bu yazar ticaret hukukunun kodifikasyonuna ilişkin bir tasarı hazırlamıştır. Bir ticaret kanununda yer alması gereken hükmün, genel olarak Borçlar Kanununa alınması bir talihsizlik olmuştur.

İsviçre'de 2001 tarihli "Elektronik Ticarete İlişkin Federal Kanun" Tasarısında, İsviçre Borçlar Kanununun 201. maddesinde bir değişiklik yapılması öngörülmektedir^{38a}. Yapılması düşünülen bu değişikliğe göre, ayıp ihbarının, -tıpkı Viyana Satım Sözleşmesinde olduğu gibi- "makul bir süre içerisinde" gerçekleşmesi gerekir.

4. Uygulama Bakımından Çıkarılacak Sonuçlar

Yukarıda ortaya konan mülâhazaların amacı, burada incelediğimiz sorun bakımından mahkemelerin uygulamaları üzerinde eleştirel bir bakış açısıyla

³⁷ Kars. ayrıca yukarıda dn. 20'de İtalyan Medeni Kanunu Art.1495'e ilişkin açıklamalar.

³⁸ MUNZINGER'e göre, Motive zu einem Entwurfe....s. 250, benzer hükümler İspanyol (Art. 37) ve Portekiz (Art. 500) ticaret kanunlarında da bulunmaktadır.

^{38a} Bu tasarı şu adresten temin edilebilir <http://www.ofj.admin.ch/themen/e-commerce/vn-ve-a-d.pdf>.

yeniden düşünmeye sevk etmektir. Özellikle ilk derece mahkemeleri, BK.m.198 (Art.201 OR) hükmünün aliciya yüklediği külfetleri kati bir biçimde yorumlama eğilimindedir. Ancak avukatlar bazen, bu eğilimde, bilinçli veya bilinçsiz olarak, is yükünün hafifletilmesi düşüncesinin önemli bir rol oynadığı izlenimi edineceklerdir. Taraflar arasındaki menfaatler durumu, hükmün tarihi gelişimi ve özellikle de karsılaştırmalı hukuktaki düzenlemeler karsısında, mahkemelerin, yerlesik eğilimin aksine, bu külfetleri tacir olmayan alicılar bakımından, mevcut yasal düzenleme çerçevesinde mümkün olduğu ölçüde, yumuşatarak yorumlamaları gerekir. Bu pratikte üç şekilde mümkündür: Alicidan tacir olmayan sahipler arasında mutatağından daha ayrıntılı bir muayene beklenmeli ve ayrıca tacir olmayan bir şahısta sadece mesleki bilginin değil, genel bir gözlem, dikkatlice inceleme yeteneğinin mevcut olmadığı, sözleşmenin karşı tarafına kusku ile bakmadığı hususlarının da göz önünde tutulması gerekir; çünkü bütün bunlar onun, kolaylıkla fark edilebilecek ayıpları gözden kaçırmaya yol açar. İkinci olarak, aliciya muayene ve ayıp ihbarında bulunması için tanınacak sürenin kısa bir süre olarak belirlenmesi gerekir. Tacir olmayan şahıslara tanınacak sürenin cömertçe belirlenmesi imkânı mevcuttur, hatta kanunun hazırlık çalışmaları göz önünde tutulduğunda bu zorunludur. BK.m.198 (Art.201 OR) hükmünün bir anlamda fikir babası olan ve ısrarla muayene ve ihbar külfetine yer vermek istediği görülen Munzinger, ihbar süresinin kesin olarak belirlenmemesini şu şekilde izah etmektedir: «her halükarda 14 günlük süre ticarî işler bakımından uzun, ticarî olmayan işler bakımından duruma göre kısadır³⁹». Ayrıca, kanunda açıkça öngörülmemekle beraber uygulamada aranan, ayıbın somut bir biçimde bildirilmesi şartı, kati bir biçimde uygulanmamalı, şikayet konusu hususların yaklaşık olarak belirlenmesi yeterli sayılmalıdır^{39a}. Nihayet, alicinin menfaatlerini, ayıp ihbarının karşı

³⁹ MUNZINGER, age., s. 251: Solothurn Medeni Kanununun § 1073 hükmüne (yuk dn. 32) ilişkin olarak. —Oysa, günümüzdeki uygulamada malın tesliminden itibaren on dört veya daha uzun bir süre içerisinde yapılan ayıp ihbarını zamanında yapılmış kabul eden mahkeme kararlarına rastlamak, herhalde sadece istisnaen söz konusu olabilir.

^{39a} Benzer görüşte TANNÒ, age., s. 146: Yazar ticarî olmayan satımlar bakımından, alicinin mala ilişkin genel nitelikteki şikayetlerin yeterli sayılması gerektiğini, eğer satıcı malda somut olarak ne tür ayıpların mevcut olduğunu bilmek istiyorsa bunu aliciya sorarak öğrenebileceğini belirtmektedir. Ancak gerek Federal Mahkeme, gerek doktrinadaki hakim görüş, sözleşmenin ticarî bir nitelik taşıyıp taşımadığına göre bir ayırım yapmaksızın ayıp ihbarında somut olarak ayıbın neye ilişkin olduğunun bildirilmesi gerektiğini kabul etmektedir; bkz. BGE Urteil v. 28.05.2002, 4C. 395/2001/rdn., Gerekeçe 2.1.1 (bu kararın tahlili için bkz. RÜETSCHI, age., recht 2003, s.115 vd.): BGE Urteil v. 05.9.2002, 4C.258/2001/rdn., Gerekeçe 3.1; GIGER, age., Art.201 OR, N.63; GERNY, age., s. 33/34; KELLER/SIEHR, Kaufrecht, 3. Aufl., Zürich 1995, s. 84/85; HUGUENIN, age., s.144; OR-HONSELL, age., Art.201 OR, N.10; ZEHNDER, H., Die Mängelrüge im Kauf-, Werkveitrags- und Mietrecht, SJZ 96 (2000), Nr.23, s.546; ARAL, age., s. 130; TANDOGAN, Borçlar Hukuku, özel Borç İlişkileri, C.1/1, 3. Basi, Ankara 1984, s. 174.

tarafa ulaşmaması riskini ona yüklememek, HGB § 377/IV de olduğu gibi^{39b}, ihbarın gönderilmesini yeterli saymak suretiyle de korumak mümkündür⁴⁰.

Kanımızca BK m.198 (Art 201 OR)hükmünün lafzinin çizdiği çerçevede kalarak^{40a}, bu hükmün konulmasını haklı gösterecek temel düşünceyi hayata geçirecek bir şekilde uygulanması imkânının araştırılması yerinde olacaktır. Buna göre, dava açması doğruluk ve dürüstlük kuralı ile bağdasmayacak, yani biraz dikkatli bir kimsenin gözden kaçırmaması mümkün olmayan ayıplardan sözleşmenin karşı tarafını haberdar etmeyen ve bu şekilde teslim edilen malın mevcut ayıplara rağmen kabul edildiği izlenimi yaratan alıcı, ayıba karşı tekeffül hükümlerine dayanamayacaktır.

«**I.N.**»: Zamanında muayene ve ihbar külfetini yerine getirmeyen alıcının düşeceği elverişsiz durum, başka bir yoldan da -kısmen de olsa- giderilebilir. Yapılması gereken şey, ayıba karşı tekeffül hükümleri ile BKm.96 vd. ve BK.m.41 vd. arasında tam bir yarışmanın söz konusu olduğunu kabul etmek, muayene ve ihbar külfetini yerine getirmeyen alıcıya borca aykırılığa ilişkin genel hükümlere ya da haksız fiil hükümlerine dayanan bir tazminat talebini ileri sürme kapisini aralamak olacaktır^{40b}.

^{39b} Ancak Alman Federal Mahkemesine göre, sadece ihbarın gecikmesi rizikosunu satıcıya aittir; buna karşılık ihbarın kaybolması rizikosuna alıcı katlanır; bkz. BGH NJW 1987, s. 2235. Bu görüşün haklı eleştirisi için bkz. REINICKE/TIEDTKE, Kaufrecht, 6. Aufl., Neuwied/Kriftel/Berlin 1997, Nr. 880.

⁴⁰ Varması gerekli bir beyan olarak ayıp ihbarının karşı tarafa ulaşmaması rizikosunu kural olarak alıcıya aittir ve bu nedenle BECKER'in görüşü, (Komm. 201 OR, N. 6), prensip itibarıyla doğrudur. Ancak örneğin zamanında gönderilmiş bir mektubun postada kaybolması nedeniyle, alıcının ayıba karşı tekeffülden doğan bütün talepleri bakımından hak düşümünün söz konusu olması, bizzat kabul edilebilir bir düşünce değildir. Çünkü alıcıyı ihbarda bulunmak zorunda bırakan duruma yol açan kişi, ayıplı mal teslim eden satıcıdır. Bu sebeple, kanımızca, bir kanun boşluğunun kabulü ve bu boşluğun HGB § 377/IV hükmüne kıyasen doldurulması kaçınılmazdır. Bkz. aynı görüşte, GIGER, age., Art 201 OR, N.91; GERNY, age., s.37; TANNÖ, age., s. 86/87; eser sözleşmesine ilişkin olarak aynı şekilde GA UCH, Nr. 2147; aksi görüşte OR-HONSELL, age., Art. 201 OR, N.10.

^{40a} Tannö'ya göre, BK. m. 198 (Art. 201 OR) hükmünün ifade tarzına bağlı kalırsa bile alıcının lehine bazı sonuçlar çıkarmak mümkündür. Yazara göre, gerçik kanun koyucu bilinçli olarak ticari satım-Ticarî olmayan satım ayrimından kaçınarak genel bir muayene ve ihbar külfeti öngörmektedir. Ancak BK. m. 198 (Art. 201 OR) hükmünün lafzini amaca uygun bir yoruma tabi tutarak ticarî olmayan satımlar bakımından alıcının muayene külfeti bulunmadığı sonucu çıkarılabilir. Zira bu hükümde satım konusu malın "örf ve adete göre imkân hasil olur olmaz" (sobald es nach dem üblichen Geschäftsgange tunlich ist) muayenesinden söz edilmektedir. Ancak ticarî olmayan satım sözleşmeleri bakımından bunun bir anlamı olamaz. Bu anlamda bir örf ve adet sadece, sözleşmenin konusuna göre ticarî satımlar bakımından söz konusu olabilir. Dolayısıyla bu hükümde düzenlenen muayene külfetinin sadece ticarî satımlar bakımından mevcut olduğu sonucuna varılabilir. Ticarî olmayan satımlar bakımından ise, alıcının muayene külfeti mevcut olmadığı için, teslim edilen maldaki ayıpları BK. m. 207 (Art. 210 OR)'de öngörülen bir yıllık sürenin dolmasından önce her zaman ihbar edilmesi ve satıcının sorumlu tutulması mümkün olacaktır; bkz. TANNÖ, age., s. 118 ve s. 146/147; sonuç itibarıyla aynı görüşte, GERNY, age., s. 54. Hemen belirtelim ki, bu görüş pratik sonucu itibarıyla, ticarî nitelik taşımayan satım sözleşmeleri bakımından görünür ayıp-gizli ayıp ayrimini ortadan kaldırmaktadır. Kanımızca BK. m. 198 (Art. 201 OR) hükmünden hareketle bu tür sonuçlara varılması, söz konusu hükmün lafzinin asiri ölçüde zorlanması anlamına gelir.

^{40b} Bu görüşte, GIGER, Komm. OR, vorbem. zu 197-210, N. 26 vd.; KELLER/SIEHR, s. 106; ARAL, s. 163; TANNÖ, s. 145. Kars. ayrıca TANDOGAN, C.I/1, S. 170/171; YAVUZ, C, Türk Borçlar Hukuku, özel Hükümler, 6. Basi, İstanbul 2002, s. 97.

Gerçi İsviçre Federal Mahkemesi de, BK m. 96 ile ayıba karşı tekeffül hükümleri arasında bir yarışma durumunu kabul eder gözükmektedir. Ancak Federal Mahkemeye göre, alıcının ayıba karşı tekeffül hükümlerine değil de, BK.m.96'ya dayanan bir talep ileri sürebilmesi için, hem zamanında muayene ve ihbar külfetini yerine getirmesi, hem de BK. m. 207 (Art. 210 OR)'de öngörülen bir yıllık süre içerisinde bu talebi ileri sürmesi gerekir^{40c}. Ancak görüldüğü gibi bu iki şart, BK. m. 96 vd. ile ayıba karşı tekeffül hükümleri arasında kabul edilen yarışma durumunu pratikte anlamsız hale getirmektedir. Çünkü muayene ve ihbar külfetini zamanında yerine getiren ve BK. m. 207 (Art. 210 OR) de öngörülen bir yıllık süre içerisinde harekete geçen alıcıyı, kendisini için daha elverişli sonuçlar doğuran tekeffül hükümlerine değil de BK.m. 96'ya dayanmaya sevk edecek bir sebebi tasavvur etmek mümkün değildir. Gerçekten de muayene ve ihbar külfetini yerine getiren alıcı, kendisi için daha avantajlı olan ayıba karşı tekeffül hükümlerine dayanacaktır. Ayıba karşı tekeffül hükümleri ile BK.m.96 arasında yarışma, daha doğrusu kendisine ayıplı mal teslim edilen alıcının BK.m.96'ya dayanan tazminat talebi ileri sürmesi, muayene ve ihbar külfetlerinin zamanında yerine getirilmemesi halinde bir anlam ifade edecektir. Hemen belirtelim ki, BKm.198 (Art.201 OR) hükmünün zamanında muayene ve ihbar külfetini yerine getirmemiş alıcıyı "satılanı kabul etmiş" sayan ifade tazi da bu tür bir yoruma engel teskil etmeyecektir^{40d}. Bu ifade ile kastedilen sadece, söz konusu külfetleri yerine getirmeyen alıcının ayıba karşı tekeffül hükümlerinin kendisine tanıdığı elverişli hakları artık kullanamayacağıdır; yoksa bu durum diğer hükümlere dayanan taleplerin de ortadan kalkması sonucunu doğurmayacaktır^{40e}.

Bu söylenenler ayıba karşı tekeffül hükümleri ile haksız fiil hükümleri arasındaki ilişki bakımından da geçerlidir. Zamanında muayene ve ihbar külfetlerini yerine getirmeyen alıcı, BK m. 41 vd. hükümlerine dayanabilir^{40f}. Muayene ve ihbar külfetlerinin yerine getirilmemesi haksız fiile dayanan tazminat taleplerinin de ortadan kalması sonucu doğurmayacaktır^{40g}. Alman Federal Mahkemesi de, HGB § 377 hükmünde öngörülen muayene ve

^{40c} BGE 63 II 407; 67 II 135; 77 II 249; 90 II 88; 96 II 117/118; 107 II 165/166; 108 II 104; aynı görüştür FURRER, R., Beitrag zur Lehre der Gevahrleistung im Werkvertragsrecht, Diss., Zürich 1973, s. 35; KATZ, H-P., Sachmängel beim Kauf von Kunstgegenständen und Antiquitäten, Dis. Zürich 1973, s. 109; SCHUBIGER, A., Verhältnis der Sachgewährleistung zu den Folgen der Nichterfüllung oder nicht gehörigen Erfüllung, Diss., Bern 1957, s. 108 vd. Hiç bir durumda yarışmanın mümkün olmayacağı görüşünde, CAVIN, Kauf, Tausch und Schenkung, SPR VII/1, Basel und Stuttgart 1977, s. 109 vd.; GUHL/KOLLER, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl., Zürich 2000, § 42, N. 62, s. 392/393.

^{40d} Aksi görüştür HONSELL, H., Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 5. Aufl., Bern 1999, s. 80.

^{40e} KELLER/SIEHR, age., s. 106.

^{40f} Bu görüş taraftarları için bkz. BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3.Aufl., Zürich 1988, s. 107; GIGER, age., Vorbem. zu 197-210, N. 55 vd.; KELLER/SIEHR, age., s. 107; ARAL, age., s. 162; OR-HONSELL, Vorbem. zu Art. 197-210 OR, N.7.

^{40g} BK.m.96 vd. ile ayıba karşı tekeffül hükümleri arasında yarışma durumunu alıcının zamanında muayene ve ihbar külfetini yerine getirmiş olması şartına bağlayan İsviçre Federal Mahkemesinin, haksız fiil hükümleri ile ayıba karşı tekeffül hükümleri arasındaki ilişki bakımından görüşü tam olarak net değildir: Eser sözleşmesine ilişkin bir kararında muayene ve ihbar külfeti yerine getirilmemiş olmasına rağmen haksız fiil hükümlerine dayanan tazminat talebini kabul ederken (BGE 67 II 254 vd.), satım sözleşmesine ilişkin bir kararında bunu reddetmiştir (BGE 67 II 132 vd.). Yüksek mahkeme BGE 90 II 86 vd.da sorunu ortaya atmış, ancak bir tavis takinmamıştır.

ihbar külfetlerinin yerine getirilmemesinin, alıcının haksız fiil hükümlerine dayanan tazminat talebi ileri sürme imkânini ortadan kaldırmayacağını kabul etmektedir^{40h}. Yukarıda açıklandığı üzere, HGB § 377 hükmünde sadece her iki tarafın da tacir olduğu ticarî satımlar bakımından muayene ve ihbar külfetine yer verilmiştir. Tacirler arasındaki ticarî satımlarda dahi, söz konusu külfetlerin yerine getirilmemesinin alıcının sahip olduğu bütün talepleri ortadan kaldırmadığı, haksız fiil hükümlerine dayanma imkâninin hala mevcut olduğunu kabul eden bu çözüm, bu çalışmada esas aldığımız ticarî olmayan satımlara da gönül rahatlığı ile aktarılabilir.

II. HAKIMIN BK.M. 202/II (ART.205/II OR) UYARINCA SAHIP OLDUGU TAKDIR YETKİSİNİN YARGILAMA HUKUKUNA İLİSKİN SONUÇLARI

Pandekt gelenegini takip eden bütün kodifikasyonlar ve Fransız Medeni Kanunu gibi, Türk/İsviçre Borçlar Kanunu da, alıcıya sözleşmeden dönme ve bedel indirimi hakları arasında bir seçim yapma imkânini tanımlamaktadır (BK.m. 202/1; Art.205/I OR). Ancak Borçlar Kanunumuzda ayrıca, hakime, alıcı sözleşmeden dönme hakkını kullanmış olsa bile, bedel indirimine karar verme yetkisi veren ikinci fıkra hükmü de yer almaktadır. Bu hüküm türünün tek örneğidir: Fransız Medeni Kanununda benzer bir hüküm yer almamakta ve Art. 1644 alıcıya serbestçe kullanabileceği bir seçimlik hak tanımlamaktadır. Alman Medeni Kanunu ve Ticaret Kanununa da bu tür bir hüküm yabancıdır. Zürih Özel Hukuk Kanununda da, alıcının seçim hakkını bu şekilde zayıflatan bir hüküm bulunmamaktadır. Bu tür bir hüküm İsviçre’de ilk defa, 202/II (Art.205/II OR) hükmünün içerik itibarıyla aynisi olan eski İsviçre Borçlar Kanununun 250. maddesinde yer almıştır.

Bu hükmün *fikri öncüsü* bazı tabii hukuk kodifikasyonlarında yer almaktadır. Hem tasarı halinde kalan Avusturya *Codex Theresianus Iuris Civilis*, hem de kanun haline gelen ilk tabii hukuk kodifikasyonu olan ve 18. yüzyılın ortalarında hazırlanan *Codex Maximilianus Bavaricus Civilis*, dönüştürme (Wandelungsklage; bu günkü terminolojiyle sözleşmeden dönme) davasını belirli nitelikteki ayıplar bakımından öngörmüş ve ayıba karşı tekeffül borcunu her durum için kabul etmemiştir. Bu kanunlar, postglossatörlere kadar geriye giden ve sözleşmeyi sona erdirmeye talebini

^{40h} BGHZ 101 337 vd. Hemen belirtelim ki, Türk/İsviçre hukukunda ayıba karşı tekeffül hükümleri ile haksız fiil hükümleri arasında tam bir yarışma durumunun mevcudiyetini kabul eden yazarlar, muayene ve ihbar külfetini yerine getirmeyen alıcının haksız fiil hükümlerine göre tazminini talep edebileceği zarar türleri arasında bir ayırım yapmamaktadır. Buna karşılık Alman Federal Mahkemesi, alıcının sadece bütünlük menfaatinin, yani vücut bütünlüğü ile mutlak haklarının ihlali nedeniyle uğradığı zararların tazminini talep edebileceği, buna karşılık gerçekleşmeyen sözleşme beklentilerinin istenemeyeceğini kabul etmektedir; bkz. BGHZ 101 346; 86 259/260; BGH WM 1987, s. 1299; BGH WM 1989, s. 114; bkz. ayrıca REINICKE/TIEDTKE, age, Nr. 887.

sadece "esasli ayiplar" bakımından kabul eden ortak hukuk gelenegini takip etmektedir. Bu geleneginin izlerine tabii hukuk literatüründe de, örneğin **Christian Wolf**'ta rastlamak mümkündür⁴¹. Saticinin durumunu kolaylastiran bu düzenlemeler, Prusya Kanununa olmasa bile⁴², Avusturya Medeni Kanununa girmistir. Bu kanunda, dönme talebinin ileri sürülebilmesi, ayibin «giderilememesi ve malin olagan kullanımına engel olması» sartına baglanmistir⁴³. Bu hükmün konulus sebebi, BK m. 202/II (Art.205/II OR)'nin temelinde yatan düşünce ile aynidir. Ancak bizim hukuk sistemimizdeki çözüm, kullanılan hukuk teknigi açısından farklıdır. Çünkü dönme hakkına maddi hukuk alanında sinirlanma getirilmemis, ortak hukuk ve Fransiz gelenegine uygun bir biçimde seçim hakkı kural olarak muhafaza edilmiş, sadece yargılamada hakime, saticinin lehine olarak müdahale etme imkânı tanınmistir.

Bu açıklamalardan hareketle, BK m. 202/II (Art.205/II OR) hükmünün isabetsiz olduğu sonucunu çıkarmıyoruz. Gerçekten de, diğer hukuk sistemlerinde *ius strictum*'a bırakılan bu sorunu, hakkaniyet ilkesine dayalı olarak çözüme bağlayan bu düzenleme lehine son derece ikna edici gerekçeler bulunabilir. Sözlesmeden dönme satıcı için genellikle çok ağır bir müdahale teskil eder ve ayibin önemsiz olması durumunda alicinin menfaatleri dahi bu sonucu haklı göstermeye yetmeyecektir. **Lautner** bu hükmü haklı olarak «İsviçre hukukunun orijinal ve güzel bir ürünü» olarak nitelendirmektedir⁴⁴. Ancak bu hükmün türünün tek örneği olduğuna ve böyle bir hüküm uygulanırken temkinli olunması gerektiğine dikkat çekmenin bir zararı olmadığı kanisındayız. Bu tür bir temkinli uygulamayı, bazen özellikle de ilk derece mahkemelerinde göremiyoruz: Saticinin yanında hareket ederek, sözlesmeden dönme hakkı istisna, bedel indirimin kural haline getirilmistir.

«IN.»: Prof. Bucher'den farklı olarak, bu hükmün son derece isabetsiz bir hüküm olduğu kanisındayım. Gerçi söz konusu hükmün lehine ileri sürülen gerekçelerde büyük haklilik payı vardır. Gerçekten de sözlesmeden dönme hakkının kullanılması satıcı için son derece ağır sonuçlar doğuran bir müdahale olup, ufak tefek ayiplar bakımından bu yola gidilmesine izin verilmemelidir. Ancak bu tür haksiz sonuçlara engel olmanın tek yolu, alicinin

⁴¹ Bu bağlantılar ve aşağıdaki diğer hususlar için kars. J. LAUTNER, Grundsätze des Gewährleistungsrechtes; Rechtsvergleichende Untersuchungen zu deutschen Territorialkodifikationen, dem Code civil, den kantonalen Zivilgesetzbüchern und dem OR, Zürich 1937, burada özellikle s. 35 vd., 39 vd. ve orada zikredilen literatür.

⁴² ALR I/5 § 326: Bu hususta bkz. LAUTNER, age., s. 36 dn.74' de zikredilen literatür.

⁴³ ABGB § 932:1916 tarihli kısmi revizyonda bu hükmün eski metni biraz daha açık ifade edilmiş ancak değiştirilmemistir. Avusturya düzenlemesinin bir başka özelliği de, sözlesmeden dönme hakkına sahip olmayan alicinin bedel indirimi yerine ayibin giderilmesini de talep edebilmesidir; bu imkan diğer durumlarda tanınmamistir (yuk dn. 3). 01.012002 yılından itibaren yürüttüğü giren değişikliklerde, ayibin giderilmesini talep etme hakkı, alicinin ilk olarak talep edeceği hak olarak öngörülmüştür. Ayrıca sözlesmeden dönme hakkının kullanılması, ayıpların önemsiz olmaması sartına bağlanmistir.

⁴⁴ LAUTNER, age., s. 62.

seçim haklarının son asamada yargıcının denetimine tabi tutulması değildir. Avusturya Medeni Kanununun § 932 hükmünde olduğu gibi, önemsiz ayıplar bakımından sözleşmeden dönme hakkının kullanılacaklarının öngörülmesi yeterli olurdu. Esasen böyle bir çözüm Borçlar Kanunumuzun sistemine de yabancı değildir Eser sözleşmesinde müteahhidin ayıplı eser teslimi halinde is sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmesine ancak, eserin "is sahibinin kullanamayacağı ve nispet kaidesine göre kabule icbar edilemeyeceği derecede kusurlu veya mukavele şartlarına muhalif olması halinde müsaade edilmiştir(BK.m.360/I; Art.368/I OR). BK.m.202/II hükmünün, dönme veya bedel indirimi hakları arasında seçim yapma yetkisini kural olarak alıcıya bıraktığı ve yargıcın sadece yargılamada satıcının yararına müdahalede bulunma imkânına sahip olduğu iddiasına katılmak da güçtür. Çünkü önemli bir ayıplı söz konusu olmadığı sürece yargıç, sözleşmeden dönme hakkı kullanılmış olsa dahi daima bedel indirimine hükmedecektir. Dolayısıyla alıcı sadece seklen bir seçim hakkına sahiptir. Hatta BK.m.202/II hükmünün, ayıplı ifâ nedeniyle söz konusu olan haklar arasında seçim yapma yetkisini alıcıya tanımıyla söyle dursun, cins satımlarında bu hakların sayısında bir azalma meydana getirecektir: Kendisine ayıplı mal teslim edilen alıcı sözleşmeden dönme hakkını kullanmasına rağmen hakim bedel indirimine hükmederse, yargıcın bu yöndeki karar alıcının BK.m.203 (Art.206 OR) hükmü gereği ayıpsız mal teslimini talep etme hakkını da ortadan kaldıracaktır. Yargıca talep edilenden başka bir şeye karar verme yetkisi tanıyan ve Borçlar Kanunumuz sisteminde bir yabancı unsur görüntüsü veren bu hükmün bir an önce kaldırılması gerekir.

Burada ele aldığımız hakkaniyet düşüncesine dayanan bu normun, kanun koyucunun öngörmediği, hatta istemediği başka bazı sonuçları daha vardır. Bu sonuçlardan satıcının lehine olan birini daha önceden görmüştük: Dönme hakkını kullanan alıcının daha sonra bedel indirimi hakkını kullanması hususunda İsviçre'de diğer ülkelere oranla daha uzun bir süre için mevcut olan serbesti, BK m. 202/11 (Art.205/11 OR) hükmünün bir sonucudur. Çünkü açılmış bir dönme davasında hakim bedel indirime karar verme hakkı bulunduğu sürece, alıcıya da davasını aynı şekilde değiştirme imkânı tanımak gerekir (bu hususa ilişkin olarak kars. yuk dn.9-11).

Bu hükmün burada üzerinde durmak istediğimiz diğer yan sonuçları, maddi hukuk sahasında olmasa bile, yargılama hukuku kuralları açısından masraf ve giderlere ilişkin olarak alıcıyı ağır bir biçimde mağdur etmektedir.

Burada dikkat çekmek istediğimiz yargı uygulaması şu şekildedir: Sözleşmeden dönme hakkını kullanmış olmasına rağmen, BK m. 202/II (Art.205/II OR) hükmü gereği bedel indirimi ile yetinmek zorunda kalan alıcı, aynı zamanda davayı kaybeden taraf olarak nitelendirilmektedir. Ödediği satım bedelinin tamamının iadesini talep ettiği halde sadece bedel indirimi oranında bir miktarı geri alabilecek olan alıcı, yargılama masraflarına hükmedilirken sadece lehine hükmedilen bu miktar bakımından davayı kazanan, bunun dışında kaybeden taraf olarak değerlendirilmektedir. Satıcının, henüz ödenmemiş satım bedelini

dava etmesi, ancak alıcının sözleşmeden dönme hakkını kullanması halinde ise bunun tam tersi söz konusu olacaktır.

«**İN.**»: Türk uygulamasında BK.m.202/II hükmü uyarınca sözleşmeden dönme yerine bedel indirimine karar verilmesi halinde yargılama masraflarına ne şekilde hükmedileceğine ilişkin bir Yargıtay kararına rastlayamadım. Ancak kanımca, yargılama giderlerinin haklı çıkma oranlarına göre taraflar arasında paylaştırılacağını öngören HUMK417/I c.2 hükmü^{44a} göz önünde tutulduğunda, Türk hukuku bakımından da aynı durumun söz konusu olduğu söylenebilir.

Ticarî nitelik taşımayan (örneğin, bir araba, kanepesi, antika kutu veya sandığına ilişkin) bir satım sözleşmesinde, pratikte bunun ne anlama geleceğini basit bir örnek üzerinden canlandırmaya çalışalım: Alıcı tedbirli davranarak hemen ayıp ihbarında bulunmuş, sansına bunu ispat da etmiştir. Yargılama aşamasında da her şey onun lehine gelişmiş, bilirkişilerce de gerçekten malda önemli bir ayıp bulunduğu tespit edilmiştir. Ancak Mahkeme bedelde önemli ölçüde bir indirimle giderek, örneğin satım bedelinin 15000'den 10000 Frank'a indirilmesi suretiyle ayıbın dikkate alınacağı, yani etkisinin giderilebileceği gerekçesiyle sözleşmeden dönmeye değil, bedel indirimine hükmetmiştir. Peki şimdi yargılama masraflarına kim katlanacaktır? Sözleşmeden dönerek satım bedeli olarak ödediği 15000 Frank'ın iadesi için dava açan alıcı, bedel indirimi olarak 5000 Frank geri alacaktır. Dolayısıyla davanın üçte ikisi bakımından davayı kaybeden taraf olacak ve bu oranda -bilirkişi masrafları da dahil olmak üzere- yargılama masraflarına katlanacaktır. Alıcı buna ilaveten karşı tarafa üçte bir oranında indirilmiş yargılama tazminatı ödeyecek, kendi avukatına ödediği ücretin tamamına katlanacaktır. Eğer bir de dava temyizle giderse, alıcı dava yoluyla kazandığı, burada çarpıcı bir örnek olması için yüksek olarak hesapladığımız bedel indirimi miktarını dahi tamamen yargılama masrafı olarak harcamak zorunda kalacaktır.

Sanırım, sonucu itibarıyla son derece rahatsız edici olan bu uygulama iki noktadan hatalı olan bir düşünceye dayanmaktadır. İlk olarak belirtmek gerekir ki, yargılama hukuku uygulaması, ayıplı ifa halinde BK m. 202/I(Art.205/I OR) hükmünde alıcıya tanınan seçimlik hakkın manasını yanlış değerlendirmektedir. Eğer teslim edilen mal kanun anlamında ayıplı ise, alıcı, sözleşmeden dönme veya bedel indirimi talep etme hakları arasında seçim yapma imkânına sahiptir. Maddi özel hukuk alanında tanınan bu seçimlik hak yargılama hukuku sahasında mahkeme masrafına ilişkin kararlarla bir illüzyon haline getirilmemelidir; oysa bazı mahkemelerin gerekçe olarak ileri sürdükleri gibi, alıcının mahkemeye başvurmadan önce hakimin dönmeye mi yoksa bedel indirimine

^{44a} Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. KURU, B., Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6. Basi, İstanbul 2001, C.V.s. 5332 vd.

mi karar vereceğini iyice düşünüp tartması ve buna göre talepte bulunması görüşü kabul edilecek olursa, böyle bir durum söz konusu olur. Aliciden böyle bir tahminde bulunmasını beklemek, sadece aliciya seçimlik hak tanıyan birinci fıkra ile değil, bir hakkaniyet normu olarak hakime önceden kestirilmesi, mümkün olmayan geniş bir takdir yetkisi tanımak isteyen ikinci fıkra hükmünün esası ile de bağdasmaz. Karsılaştırmalı hukuka bakıldığında, Avusturya Medeni Kanununda yer alan aksi yöndeki düzenleme de burada savduğumuz görüşü desteklemektedir: Orada aliciya bir seçimlik hak tanınmamış, sözleşmeden dönme hakkı maddi hukukta belirtilen bazı şartlara bağlanmıştır. Dolayısıyla Avusturya Medeni Kanununun (ABGB) § 932 hükmü açısından dönme davası reddedilen alicinin davayı kaybeden taraf olarak muamele görmesi doğru olacaktır. Buna karşılık BK m. 202 (Art.205/II OR) açısından durum farklıdır. Bu hükümlerde, alici herhangi bir maddi sarta bağlanmayan sözleşmeden dönme hakkına sahiptir ve bu nedenle, hakim ikinci fıkra hükmünde kendisine tanınan yetkiyi kullanarak, alici tarafından kullanılan seçimlik hakkı bir kenara itip hakkaniyet düşüncesiyle bedel indirimine karar verse bile davayı kazanan taraf olarak değerlendirilmesi gerekir⁴⁵.

Bu içtihatlar bir başka hatalı düşünceye daha dayanmaktadır ki, bu husus sematik bir bakış açısıyla ihtilaf konusu olan ve nihayet kararda hükmedilen meblagin değil de, dava konusunun ekonomik bir bütün olarak tamamının göz önünde tutulması halinde hemen görülecektir. Alici sözleşmeden dönerek ödediği satım bedelinin iadesini talep ettiği takdirde, ihtilaf konusunun tamamı bu değildir; alici aynı zamanda örtülü olarak, satım konusu şeyi de geri vermeyi teklif etmektedir. Ve hakim ikinci fıkraya dayanarak sözleşmeden dönme yerine bedel indirimine karar verirse, bu karar ile sadece alicinin satım bedelini geri alamayacağını değil, aynı zamanda onun satım konusu şeyi elinde bulundurmaya devam edeceğini de hükme bağlamaktadır. Akibeti kararda örtülü olarak hükme bağlanan satım konusu malın değerinin de bir şekilde hesaba katılması gerekir; oysa burada eleştirdiğimiz uygulama bunu yapmamaktadır.

Belirtmek gerekir ki, BK m. 202/11 (Art. 205/11 OR) hükmü yargılama hukuku açısından da olagan dışı bir hükümdür. Hakime talep edilenden başka bir şeyi hükmetme yetkisi veren bu sui generis hükmün⁴⁶, yargılama masraflarına ilis-

⁴⁵ ABGB § 932 hükmünde olduğu gibi eser sözleşmesine ilişkin olarak BK. m. 360/I (Art. 368/I OR)'de sözleşmeden dönme hakkının şartlarının belirlenmesi de, BK. m. 202/1 ve II (Art. 205/1 und II OR)'den farklı bir durum ortaya çıkaracaktır. Çünkü eser sözleşmesinde iş sahibinin eseri kabulden kaçınma hakkı maddi hukuka ilişkin bazı şartlara bağlanmıştır.

⁴⁶ Benzer bir hükme bosanma hukukunda da rastlamak mümkündür. Orada da hakim bosanma davası açılmış olmasına rağmen ayrılığa karar verebilir (MK. m. 170). Burada da bosanma talebi reddedilerek ayrılığa karar verilen tarafın davayı kaybeden taraf olduğu söylenemez.

kin klâsik sema çerçevesinde değil, farklı bir şekilde değerlendirilmesi gerekir. Satıcının defî ileri sürmesi üzerine hakimin sözleşmeden dönme yerine bedel indirimine karar vermesi, alıcının mağlubiyeti olarak değerlendirilmemelidir^{46a}. Kanımızca bir ayibin mevcudiyetinin tespit edildiği her durumda alıcı davayı kazanan taraf olarak kabul edilmelidir. Hakimin alıcının kullandığı seçimlik haktan baskasına karar vermesi halinde dahi aynı esas geçerlidir. Burada söz konusu esasın bazı ekstrem durumlarda yumuşatılmasının gerekli olup olmadığı sorunu üzerinde durulmayacaktır. Hakimin karara bağladığı bedel indirimine, belki de yargılamaya gidilmeden dahi razı olabilecek satıcının şimdi davayı kaybeden taraf olarak değerlendirilmesi ağır bir sonuç olarak görülebilir. Ancak satıcının kabul etmesi gerekir ki, ayıplı mal teslim etmek suretiyle bir dava açılmasına yol açan kişi kendisidir. Satıcı sunu göz önünde tutarak kendisini teselli edebilir: Eğer Alman veya Fransız Medeni Kanunu uygulanmış olsaydı sadece mahkeme masraflarına katlanmakla kalmayacak, aynı zamanda satım konusu mali da geri almak zorunda kalacaktı; çünkü söz konusu kanunlarda alıcının sözleşmeden dönme hakkına bizdekine benzer bir sınırlama getirilmemiştir.

^{46a} Aynı görüşte GIGER, age., Art. 205 OR, N.57. Aksi görüşte OR-HONSELL, age., Art. 205, N. 7.