

SATIM SÖZLEŞMESİNDE ZAPT: TÜRK BORÇLAR KANUNU HÜKÜMLERİ GÜNÜMÜZ SORUNLARINA NE ÖLÇÜDE CEVAP VEREBİLİYOR?

**PROF. DR.
YEŞİM M. ATAMER***

ZAHİDE ALTUNBAŞ SANCAK**

GİRİŞ VE KONUNUN TAKDİMİ

Zapt ile kastedilen, satılan mal üzerinde üçüncü kişinin üstün hak iddiası nedeniyle, alıcının malı o kişiye kısmen veya tamamen teslim etmek zorunda kalmasıdır. Zapta karşı sorumluluğun iki açıdan düzenlenmesi mümkündür¹. Bunlardan birincisinin odağında alıcıya karşı üçüncü kişinin yönelttiği usuli takip, satıcının buna dahil olması ve üstün hakkın ispatı konusu vardır. İkinci olasılıkta ise konu, alıcı ile satıcı arasındaki sözleşmenin ihlali cephesiyle düzenlenmektedir. Roma hukukunda satıcının *evictio* sorumluluğu ilk bakış açısıyla kurala bağlanmıştı: üçüncü kişinin satılana dair üstün hak iddia etmesi halinde, alıcı satıcıyı bilgilendirir; satıcı yargılama süresince savunmaya katılır ve ancak mal alıcının elinden alınırca sorumlu olurdu. Gerek 818 sayılı Borçlar Kanunu (BK) gerekse halen 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) zapt hükümleri büyük ölçüde bu anlayışın izlerini taşımaktadır. Oysa Türkiye'nin de

* Zürih Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk, Ekonomi Hukuku, Avrupa Hukuku ve Mukayeseli Hukuk Öğretim Üyesi, yesim.atamer@rwi.uzh.ch.

** LL.M. (Harvard), İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Programı Doktora Öğrencisi, zahidealtunbas@gmail.com.

¹ **Wolfgang Ernst**, §§ 434-445 BGB, Sach- und Rechtsmängelhaftung, N. 26, in: Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Band III Schuldrecht: Besonderer Teil §§ 433-853, Schmoedel/Rückert/Zimmermann (Ed.), Tübingen, 2013 (atıf: HKK/Ernst).

taraf olduğu Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması² (CISG) ve bir dizi ülkede özellikle son yıllarda yapılan kanun reformları incelendiğinde, satıcının zapt sorumluluğuna, sözleşmenin ihlali sorunu çerçevesinde yaklaşıldığı görülmektedir. Dahası, satıcının tekeffül borcunun diğer yüzü olan satılanın ayıplı çıkması hali de bir sözleşmeye aykırılık olarak değerlendirilmekte ve zapt sorumluluğu ile paralel sonuçlara bağlanmaktadır.

Zapttan sorumluluk anlayışındaki bu değişim, bugün zapt olgusunun, Roma hukuku döneminde olduğu gibi satılanın başkasının bir üstün aynı hakkı nedeniyle alıcının elinden alınması ihtimaliyle sınırlı olmamasından kaynaklanır. Zaten satılanın kısmen veya tamamen alıcının elinden alınması, yani klasik anlamda zapt edilmesi ihtimali, Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) taşınır ve taşınmazlarda mülkiyetin iyiniyetli kazanımı kuralları çerçevesinde oldukça istisnai kurgularda gerçekleşir³. Günümüzde üçüncü kişilerin satılan üzerinde hak iddia etmesi sorunu daha çok, satılanın üçüncü kişinin fikri veya sınai mülkiyet hakkını ihlal ettiği ihtimallerde ortaya çıkar. Basit bir örnekle, alıcının satın aldığı malın üçüncü kişinin patent hakkını ihlal etmesi (hatta öyle bir ihtimalin dahi olması) durumunda maldan yararlanması durdurulabilir. Hal böyle olmakla birlikte, TBK, BK'nın konuya ilişkin hükümlerini Roma'nın zapt anlayışla birlikte bugüne taşımış ve günümüzde zapt sorumluluğunun asıl önem kazanabileceği hususları düzenlemesiz bırakmıştır.

TBK, karşılaştırmalı hukukta zapt kurumuna dair gelişmeleri, yaptırımlar açısından da takip etmemiştir. Satılanın alıcının elinden tamamen alınması (tam zapt) durumunda, alıcının tercihine hiç önem vermeksizin, sözleşmenin kendiliğinden (*ipso iure*) sona ereceğini öngörmüş; diğer yandan, satılanın alıcının elinden kısmen alınması (kısmi zapt) halinde alıcıyı, kural olarak, satıcıya yönelteceği bir tazminat istemiyle baş başa bırakmıştır. Ancak çoğu zaman zapt ile farkının anlaşılmasının bile zor olduğu ayıp hallerinde alıcı, ayıbın giderilmesi, satılanın değiştirilmesi, bedel indirimi ve dönme seçicilik haklarıyla donatılmıştır. Somut olayda

² 7.4.2010 tarih ve 27545 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanmıştır.

³ Bkz. ileride dn. 118.

zapt mı, ayıp mı tartışmasının olduğu kurgularda, hâkim zapt çerçevesinden bakarsa, alıcı TBK'nın dayattığı yaptırımlar ile sınırlı kalacakken, ayıp çerçevesinden bakarsa alıcı çeşitli hakları arasından seçim yapabilecektir. Oysa gerek zapt sorumluluğu gerek ayıp sorumluluğu, satıcının sözleşmeye uygun bir malın mülkiyetini devir borcunun bir uzantısıdır. Her iki ihtimalde de satıcı sözleşmeyi gereği gibi ifa etmemiştir, dolayısıyla yaptırımlar arasında bu denli uçurum bulunmasına bugün için bir gerekçe bulmak zordur.

Bu makalenin amacı, TBK'nın Roma'dan kalan zapt anlayışının bugün bir dizi hukuk düzeninde neden terk edildiğini ve TBK hükümlerinin günümüz sorunlarına cevap vermekten neden uzak olduğunu ortaya koymaktır. Bu amaçla aşağıda öncelikle, Roma hukukundaki kurallardan bahsedilecek (I/1), ardından tespitlerimize referans olması için TBK'nın zapt hükümleri özetlenecek (I/II) ve sonraki kısımda CISG ile Alman hukukunda zapt düzenlemelerine ilişkin gelişmeler aktarılacaktır (II). Ardından TBK'nın zapt anlayışının hangi açılardan sorunlu olduğu irdelenecek (III) ve son olarak *de lege ferenda* önerilerimiz sunulacaktır.

I. ROMA HUKUKU'NDA ZAPT KURUMU VE GÜNÜMÜZE YANSIMASI: ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN ÜSTÜN HAKKI NEDENİYLE SATILANIN ALICININ ELİNDEN TAMAMEN VEYA KISMEN ALINMASI

Satıcının satılan şeyin zaptından sorumluluğu 2000 yılı öncesine, Roma hukukuna dayanır⁴. O dönemde satıcının zapt sorumluluğu, üçüncü kişinin alıcıya karşı satılana dair bir üstün hak ileri sürmesi üzerine, satılanın bu hakka dayanarak alıcının elinden alınmasına bağlıydı. Aynı şart bugün TBK'nın 214 ilâ 218. maddelerinde düzenlenen satıcının zapt sorumluluğu için de benimsenmiştir. Ancak bu anlayış günümüzde zapt

⁴ Heinrich Honsell, Vorbemerkungen zu Art. 192-196 N. 1, in: Basler Kommentar zum Obligationenrecht I (Art. 1-529 OR), Widmer Lüchinger/Oser (Ed.), 7. Bası, Basel 2020 (atıf: BSK OR I-Honsell); Rona Serozan/Başak Baysal/Kerem Cem Sanlı, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 4. Bası, İstanbul, 2019, N. 605.

kurumuna ihtiyaç duyulan alanlarda, alıcının zapt sorumluluğu temelinde satıcıya başvurmasını zorlaştırmaktadır.

1. Roma Hukuku'nda *Evictio* Sorumluluğu

Roma'da satıcının asli yükümlülüğü zilyetliğin devrinden (*habere licere*) ibaretti, yoksa bir tam hak, mülkiyet (*plena in re potestas*) kazandırma borcu yoktu⁵. Bu kuralın temelinde “hiç kimse sahip olduğu haktan fazlasını devredemez” (*nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet*) ilkesi yatar. Buna göre, satıcı satmakta olduğu malın maliki değilse, mülkiyeti alıcıya geçirmesi mümkün değildi⁶. Dolayısıyla alıcı, üçüncü kişi malik tarafından bir istihkak davası (*rei vindicatio*) ile satın aldığı malın elinden alınması rizikosuyla karşı karşıyaydı. Bu risk karşısında alıcıyı korumak amacıyla, satıcının *evictio* sorumluluğu kabul edilmişti⁷. Aksine bir anlaşma olmadıkça, bir kimsenin başkasına ait bir malı satması geçerliydi, yeter ki alıcıya malın ihtilafsız (rahat) zilyetliğini (*vacua possessio*) ve bunun devamını sağlayabilsin⁸. Bu kapsamda, satım sözleşmesi satıcı açısından prensipte mülkiyeti devir taahhüdü içermez, yalnızca ihtilafsız zilyetliği nakil taahhüdü içerirdi ve alıcı malın kendisine teslim edilmemesi nedeniyle satıcıya karşı dava açabilirse de malik olmadığı ihtimalde başvurabileceği bir çareye sahip değildi⁹.

Eğer satıcı malı teslim edemez (yani, zilyetliği hiç devredemez) ya da mal bir aynı hakka dayanarak alıcının elinden alınır (yani, zilyetliğin devamını temin edemezse) sorumlu olur ve alıcının zararını tazmin

⁵ Serozan/Baysal/Sanlı (dn. 4), N. 605; Nilgün Dinçer Araz, “Roma Hukukunda Satıcının *Evictio* Dolayısıyla Sorumluluğu”, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan, C. 21, Özel S., 2019, s. 2418; Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations*, Cape Town, 1996, s. 293.

⁶ Zimmermann (dn. 5), s. 293; Türkân Rado, *Roma Hukuku Dersleri*, 15. Basi, İstanbul, 2019, s. 97.

⁷ Rado (dn. 6), s. 97; Serozan/Baysal/Sanlı (dn. 4), N. 605.

⁸ Belgin Erdoğan, *Roma Borçlar Hukuku Dersleri*, İstanbul, 2014, s. 73. Roma hukukunun bu bakış açısının hiç değişmediği ve satım sözleşmesi çerçevesinde bir mülkiyet hakkı temin etme taahhüdünün benimsenmediği konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Wolfgang Ernst, *Rechtsmängelhaftung*, Tübingen, 1995, s. 85 vd.

⁹ Zimmermann (dn. 5), s. 293.

etmek zorunda kalırdı¹⁰. Ancak mal teslimden sonra alıcının elinden alınmadıkça satıcının sorumlu tutulması mümkün değildi, zira alıcı malı zilyetliğinde bulundurduğu sürece ondan yararlanabilirdi¹¹. Satıcının sorumluluğu ancak daha üstün bir hakka¹² sahip üçüncü kişinin alıcıya aynı dava (*actio in rem*) açması neticesinde malın zapt edilmesiyle doğardı. Üçüncü kişinin alıcıya yönelttiği basit bir talebi veya iddiası satıcının sorumluluğu için yeterli olmazdı¹³.

Alıcının satıcıya başvurabilmesi için taraflar arasında mutlaka bir alım-satım sözleşmesi bulunmalı ve üçüncü kişinin üstün hakkı satım sözleşmesi kurulduğu zaman var olmalıydı¹⁴. Satıcının sorumluluğu üçüncü kişinin üstün hakkına ilişkin bilgi durumundan bağımsızdı, ancak o hakkı bilerek ve alıcıdan gizleyerek (*dolus*) satım sözleşmesini akdediyorsa daha *evictio* gerçekleşmeden sorumlu tutulabilirdi¹⁵. Buna karşılık, alıcı malı üçüncü kişinin aynı hakkını bilerek devraldıysa satıcı sorumlu olmazdı¹⁶. *Evictio* kuralları emredici nitelikte değildi, dolayısıyla satım sözleşmesinde satıcının sorumluluğunun kaldırılması geçerliydi¹⁷.

Alıcı malı teslim alıp bedelini ödedikten sonra¹⁸, üçüncü kişinin üstün hakkına dayalı aynı davayla karşılaşınca satıcıya haber verir, satıcıdan yargılamaya katılmasını isterdi. Davanın kaybedilmesi ve malın alıcıdan alınması halinde, satım bedelinin iki katını alıcıya ödemekle sorumlu olurdu¹⁹. Alıcı satıcıya davayı bildirmeyi ihmal ederse, satıcıdan bir ta-

¹⁰ **Erdoğan** (dn. 8), s. 73.

¹¹ **HKK/Ernst** (dn. 1), §§ 434-445 BGB, N. 28; **BSK OR I-Honsell** (dn. 4), Vor. Art. 192-196 N. 4; **Rado** (dn. 6), s. 97.

¹² Üçüncü kişinin üstün hakkı mülkiyet veya (klasik dönemde irtifak hakkı istisna olmak üzere) sınırlı aynı hak olmalıydı: **Dinçer Araz** (dn. 5), s. 2424; **Rado** (dn. 6), s. 97.

¹³ **Rado** (dn. 6), s. 97; **Dinçer Araz** (dn. 5), s. 2419.

¹⁴ **Dinçer Araz** (dn. 5), s. 2419, 2423.

¹⁵ **Dinçer Araz** (dn. 5), s. 2423; **Zimmermann** (dn. 5), s. 296.

¹⁶ **Erdoğan** (dn. 8), s. 83.

¹⁷ **Dinçer Araz** (dn. 5), s. 2420; **Erdoğan** (dn. 8), s. 83.

¹⁸ Alıcı semeni ödemediği önce aynı dava ile karşılaşır, ödemeyi yaptıktan kaçınabilirdi, meğerki satıcı zapt ihtimaline karşı teminat vermiş olsun: **Dinçer Araz** (dn. 5), s. 2418; **Erdoğan** (dn. 8), s. 83.

¹⁹ **Dinçer Araz** (dn. 5), s. 2421, 2426; **Erdoğan** (dn. 8), s. 82; **Rado** (dn. 6), s. 98.

lepte bulunamazdı²⁰. Ticari hayatın gelişmesiyle, satım sözleşmesine ek olarak, satıcının *evictio* tehlikesine karşı alıcıya semenin iki katını ödeme-yi taahhüt etmesi (*stipulatio duplae*) standart hale gelmişti²¹. Daha ileride *Justinianus* döneminde alıcının *evictio* nedeniyle uğradığı bütün zararları için satıcıya başvurabilmesine imkân tanınmıştı²².

Roma hukukunda satıcının *evictio* sorumluluğuna uygulanan kural-lar, bugün Batı Avrupa, Doğu Avrupa, Latin Amerika, Orta Asya ve Arap ülkeleri dâhil olmak üzere birçok hukuk düzeninde bir ölçüde benimsen-miştir²³. TBK'nın zapt düzenlemeleri de büyük ölçüde Roma'nın *evictio* sorumluluğunun izlerini taşımaktadır.

2. Türk Borçlar Kanunu'nda Zapt Sorumluluğu

TBK m. 214'e göre zapt sorumluluğu²⁴, satıcının kusurun-dan bağımsız olarak²⁵, satım sözleşmesi kurulduğu²⁶ sırada var

²⁰ **Erdoğan** (dn. 8), s. 81.

²¹ **Erdoğan** (dn. 8), s. 82; **Rado** (dn. 6), s. 98; **Zimmermann** (dn. 5), s. 295. Hatta bu şart daha sonraları *Justinianus* döneminde, alıcının semeni ödemesi karşılığında, satıcı-nın genel bir yükümlülüğü olarak kabul edilmişti: **Dinçer Araz** (dn. 5), s. 2436.

²² **Erdoğan** (dn. 8), s. 83; **Zimmermann** (dn. 5), s. 300. Alıcının menfaatinin (*id quod in-terest*) kapsamına ilişkin bkz. **Dinçer Araz** (dn. 5), s. 2438; **Zimmermann** (dn. 5), s. 301. Roma'da satıcının *evictio* sorumluluğunun gelişimine dair bilgi için bkz. **Rado** (dn. 6), s. 98.

²³ **Ingeborg Schwenzer/Pascal Hachem/Christopher Kee**, *Global Sales and Contract Law*, New York, 2012, N. 32.15.

²⁴ TBK'nın zapt düzenlemelerinin mehzası, yine Roma hukuku kurallarının izlerini yoğun şekilde taşıyan İsviçre Borçlar Kanunu'nun (İBK) 192 ilâ 196. maddeleridir. Bu nedenle, İsviçre öğretisindeki görüşler ve mahkeme kararlarından da faydalanılmıştır.

²⁵ Zapt sorumluluğunun kanundan mı yoksa sözleşmeden mi kaynaklandığı uzun yıllar tartışmalı kalmıştır, bkz. **HKK-Ernst** (dn. 1), §§ 434-445 BGB, N. 14 vd.; **Mehmet Ak-çaal**, *Satıcının Zapttan Sorumluluğu*, Ankara, 2020, s. 79-80. Bugün bu tartışma teorik görülür ve zapt sorumluluğunun bir yandan TBK'da düzenlendiği için kanuni, diğer yandan satım sözleşmesinin geçerli olarak kurulmasının ardından ortaya çıktığı için sözleşmeye dayandığını ifade edilir, bkz. BSK OR I-**Honsell** (dn. 4), Vor. Art. 192-196 N. 3; **Fikret Eren**, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 5. Bası, Ankara, 2017, s. 77.

²⁶ Zapt sorumluluğu için her şeyden önce sözleşmenin geçerli şekilde kurulmuş olması gere-kir: Akçaal (dn. 25), s. 139 vd.; BSK OR I-**Honsell** (dn. 4), Art. 192 N. 4; **Mustafa Alper Gümüş**, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler C. 1, 3. Bası*, İstanbul, 2013, s. 55. Geçersizliğin nedeni sonradan giderilse bile zapt sorumluluğu uygulama bulmaz: **Herbert Schönle**/

olan²⁷ üçüncü kişinin üstün hakkı nedeniyle, satılanın alıcının elinden kısmen veya tamamen alınması nedeniyle sorumlu olmasıdır. Satılan alıcıya teslim edilmiş olmalıdır, zira ancak alıcının hakimiyetinde olan bir mal elinden alınabilir²⁸.

Satıcının sorumluluğuna, (i) üçüncü kişinin üstün hakkı nedeniyle satılanın tamamının veya bir kısmının alıcının elinden alınması (TBK m. 214, f. 1) veya (ii) alıcının mahkeme kararını beklemeksizin üçüncü kişinin hakkını dürüstlük kuralına uygun olarak tanıyarak satılanı ona vermesi (TBK m. 216, f. 1, b. 1) veya (iii) alıcının üçüncü kişinin kendisine karşı dava açmasını beklemeden, satıcıyı uyarmasına rağmen sonuç alamadığı için tahkim yoluna başvurması (TBK m. 216, f. 1, b. 2) hallerinde başvurulabilir. Satıcının sorumluluğu ayrıca, “*alıcının satılanı üçüncü kişiye vermekle yükümlü olduğunu ispat etmesi durumunda da devam eder*” (TBK m. 216, f. 2)²⁹. Bu ispatın getirilebilmesi için muhakkak üçüncü kişinin

Peter Higi, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR), Art. 192-204 OR, Kauf und Tausch / Schenkung, 3. Bası, Zürich, 2005, Art. 192 N. 30 (atf: ZK-Schönle/Higi).

²⁷ Üçüncü kişinin üstün hakkı, sözleşme kurulduktan sonra ancak satılanın alıcıya tesliminden önce oluşmuşsa, alıcı genel borca aykırılık hükümlerine göre kusura bağlı tazminat talep edebilir (TBK m. 112): **Hans Giger**, Berner Kommentar, Band VI Obligationenrecht, 2. Abteilung Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 1. Teilband Kauf und Tausch – Die Schenkung, 1. Abschnitt Allgemeine Bestimmungen – Der Fahrniskauf, Art. 184-2015 OR, Bern, 1979, Art. 192 N. 41, 43 (atf: BK OR-Giger); **Claire Huguenin**, Obligationenrecht - Allgemeiner und Besonderer Teil, 3. Bası, Zürich, 2019, N. 2560; **Haluk Tandoğan**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri C. I/1, 6. Bası, İstanbul, 2008, s. 153. Ayrıca bkz. Yargıtay HGK 8.11.2018, E. 2017/13-659, K. 2018/1626: “*Satıcının zapta karşı sorumlu olabilmesi için, satım konusu mal üzerinde üçüncü kişilerin ileri sürdükleri haklar, satım sözleşmesinin kurulmasından önce kazanılmış ve sözleşmenin yapılması sırasında da mevcut olmalıdır (BK. m. 189/1). Sözleşmenin kurulmasından sonra, üçüncü kişilerin satım konusu mal üzerinde hak kazanmaları karşısında artık zapta karşı tekeffül nedeniyle değil, satıcının borca aykırı davranışı dolayısıyla (BK. m. 96 vd.) sorumluluğu yoluna başvurulabilir.*” (www.lexpera.com.tr)

²⁸ **Huguenin** (dn. 27), N. 2563.

²⁹ 818 sayılı BK zamanında, BK m. 191’e, satılanın dava dışında üçüncü kişiye bırakılması ihtimali İBK m. 194’ten alınmadığı için, alıcının dava dışında satılanı üçüncü kişiye vermesi halinde satıcının sorumlu tutulup tutulmayacağı tartışmalıydı, bkz. **Tandoğan** (dn. 27), s. 154; ayrıca bkz. Yargıtay HGK 8.11.2018, E. 2017/13-659, K. 2018/1626 (www.lexpera.com.tr). İBK’nın anılan düzenlemesi TBK m. 216’ya eklenerek bu tar-

alıcıya karşı dava açması veya yargılamada def'i ileri sürmesi şart değildir. Üçüncü kişinin alıcıya karşı zapt niyetini ciddi şekilde bildirmesinin yeterli olduğu ifade edilmektedir³⁰. Ancak satıcının sorumluluğu her ihtimalde satılanın alıcının elinden fiilen kısmen veya tamamen alınmasına bağlıdır³¹.

Alıcı üçüncü kişinin hak iddiasıyla kendisine yönelttiği davayı satıcıya bildirmek külfeti altındadır (TBK m. 215, f. 1), aksi takdirde satıcının, aleyhte hükmün alıcının ağır ihmalden kaynaklandığını ispat ederek sorumluluktan kurtulması mümkündür (TBK m. 215, f. 2). Satıcı alıcının bildirimini üzerine alıcının yanında davaya katılmak veya alıcının yerine geçerek davayı takip etmek zorundadır (TBK m. 215, f. 1).

Satılanın tamamının alıcının elinden alınması "tam zapt", kısmen elinden alınması ise "kısmi zapt" olarak anılır. Kısmi zapta ya üçüncü kişi satılanın bir kısmına maliktir ya da üçüncü kişinin sınırlı aynı veya şerh edilmiş kişisel hakkı nedeniyle, alıcı satılandan gereği gibi yararlanmamaktadır³². Tam zapt ihtimalinde sözleşme kendiliğinden (*ipso iure*) sona ermiş sayılır ve alıcı, satım bedelinin faiziyle birlikte geri verilmesine ek olarak yargılama giderleri dâhil olmak üzere doğrudan doğruya uğradığı zararlarının³³ tazminini kusur aranmaksızın isteyebilir (TBK m. 217, f. 1). Yine zapt nedeniyle uğradığı diğer (dolaylı) zararları³⁴ da talep etme imkânı vardır, ancak satıcı kusuru olmadığını ispat ederek bu talepten kurtulabilir (TBK m. 217, f. 2). Kısmi zapt ihtimalinde ise alıcı, kural

tışmaya son verilmiştir, bkz. **Cevdet Yavuz**, Türk Borçlar Kanunu Özel Hükümler, 10. Bası, İstanbul 2014, s. 113-114.

³⁰ BK OR-**Giger** (dn. 27), Art. 192 N. 62; **Gümüş** (dn. 26), s. 60; **Huguenin** (dn. 27), N. 2566.

³¹ **Akcaal** (dn. 25), s. 157; **Gümüş** (dn. 26), s. 56; ZK-**Schönle/Higi** (dn. 26), Art. 194 N. 8.

³² BSK OR I-**Honsell** (dn. 4), Art. 196 N. 1; **Huguenin** (dn. 27), N. 2565; ZK-**Schönle/Higi** (dn. 26), Art. 196 N. 15, 16; **Serozan/Baysal/Sanlı** (dn. 4), N. 639; **Tandoğan** (dn. 27), s. 161; **Eren** (dn. 25), s. 94.

³³ Doğrudan zarar kavramına ilişkin bilgi için bkz. **Serozan/Baysal/Sanlı** (dn. 4), N. 636, 637.

³⁴ Dolaylı zarar kavramına ilişkin bilgi için bkz. **Serozan/Baysal/Sanlı** (dn. 4), N. 638.

olarak ancak zararlarının tazminini talep edebilir³⁵ (TBK m. 218, f. 1). İstisnai olarak alıcı, üçüncü kişinin üstün hak durumunu bilseydi satılanı satın almayacağı durum ve koşullardan anlaşılıyorsa, alıcının hâkimden sözleşmenin sona erdirilmesini isteme hakkı vardır (TBK m. 218, f. 2)³⁶.

Satıcının zapt sorumluluğu, alıcının satım sözleşmesi kurulurken zapt tehlikesini bilmesi³⁷ (TBK m. 214, f. 2) veya sözleşmede sorumluluğun bertaraf edilmesi hallerinde düşer. Ancak ikinci ihtimalde, satıcı üçüncü kişinin hakkını gizlemiş veya ağır ihmali ile bu haktan haberdar olamamışsa³⁸ sorumsuzluk anlaşması hükmünü yitirir (TBK m. 214, f. 3; m. 221 ve 115).

³⁵ Kısmi zapt halinde alıcının tazminat isteminin satıcının kusuruna bağlı olup olmadığı tartışmalıdır, bkz. **Gümüş** (dn. 26), s. 62. Öğretide çoğu yazar, TBK m. 217 tam zapt düzenlemesinin kıyasen uygulanmasını ve buna göre, doğrudan zararların tazmininin satıcının kusurundan bağımsız olmasını ve dolaylı zararlarının tazmininin satıcının kusuruna tabi olmasını önermektedir, bkz. **Akçaal** (dn. 25), s. 269; **BK OR-Giger** (dn. 27), Art. 196 N. 6; **Eren** (dn. 25), s. 95; **BSK OR I-Honsell** (dn. 4), Art. 196 N. 2; **Serozan/Baysal/Sanlı** (dn. 4), N. 640.

³⁶ Kısmi zapta sözleşmenin sona ermesi için, tam zapta olduğundan farklı olarak, mahkeme kararına ihtiyaç olduğu ifade edilmektedir: **Eren** (dn. 25), s. 95; **Tandoğan** (dn. 27), s. 162; **Yavuz** (dn. 29), s. 122; karş. **Serozan/Baysal/Sanlı** (dn. 4), N. 635.

³⁷ Hükmün lafzı sadece alıcının müspet vukufunu (pozitif bilgisini) düzenlemektedir. Öte yandan öğretide çoğu yazar, alıcının satım sözleşmesi kurulurken kendisinden beklenen özeni göstermiş olsaydı fark edebileceği üstün haklar açısından da satıcının sorumluluktan kurtulacağını kabul etmektedir, bkz. **Akçaal** (dn. 25), s. 170; **Eren** (dn. 25), s. 79; **Gümüş** (dn. 26), s. 56; **Sezer Çabri**, “Taşınmaz Satışında Satıcının Zapttan Sorumluluğu”, **MÜHF-HAD**, C. 22, S. 3, 2016, s. 597; karş. **Huguenin** (dn. 27), N. 2561; **Tandoğan** (dn. 27), s. 149. Her ihtimalde alıcının rizikoyu öğrenmekten dürüstlük kuralına aykırı şekilde kaçındığı (TMK m. 2, f. 1), örneğin kendisine sunulan belgeleri incelemeyi kurgularda zapt sorumluluğuna başvurulamayacağı ifade edilmektedir: **Tandoğan** (dn. 27), s. 151. Alıcının risk alanı “bilmesi gerektiği” zapt risklerine yayıldığı vakit, taşınmazlar açısından alıcı her zaman (tapu kütüğündeki) üstün hakkı bilmesi gereken kişi konumunda olacaktır (TMK m. 1020, f. 3): **Çabri**, s. 598; **Serozan/Baysal/Sanlı** (dn. 4), N. 614. Böylece tapuda yapılan işlemler bakımından alıcının, satıcının zapt sorumluluğuna başvurma ihtimali ortadan kalkar, meğerki satıcı rizikoyu sözleşmede ayrıca üstlenmiş olsun (TBK m. 214, f. 2).

³⁸ Satıcının gizlemesi kendisinin bilgisi dâhilinde olan durumu alıcının bilmediğinin farkında olduğu halde susmasını, sorulan soruları yanıtız bırakması halini ifade eder: **Tandoğan** (dn. 27), s. 149; **Yavuz** (dn. 29), s. 117. Ancak satıcı üçüncü kişinin hakkını içerir belgeleri incelemesi için alıcının dikkatine sunmuşsa gizleme yoktur. Keza taşınmaz satımında satı-

Alıcının zapttan doğan haklarının tâbi olduğu zamanaşımı süresi, ayıpta olduğu gibi (TBK m. 231, f. 1) ayrıca düzenlenmemiştir. Bu nedenle, TBK m. 146'daki 10 yıllık genel zamanaşımı süresinin uygulanması kabul edilmektedir³⁹. Ancak sürenin sözleşmenin kurulmasıyla mı⁴⁰, yoksa daha sonra zapta neden olan hakkın öğrenilmesi⁴¹ veya zaptın gerçekleşmesiyle mi⁴² başlayacağı tartışmalıdır.

cı, alıcının tapu kütüğünü incelediğini biliyorsa gizleme olmadığı ifade edilmektedir: **Tandoğan** (dn. 27), s. 149. Satıcının bilgisi dâhilinde olmayan ancak gerekli özeni gösterseydi bilebileceği zapt risklerinin, diğer bir ifadeyle satıcının ağır ihmali halinin sorumsuzluk anlaşmasına etkisi BK döneminde, aynı ayıp hali için akdedilen sorumsuzluk anlaşmalarında olduğu gibi (m. 196) tartışmalıydı. Zira genel hükümlerde (BK m. 99) borçlunun ağır ihmali halinde de sorumsuzluk anlaşmaları geçersiz sayılırken satım sözleşmeleri açısından hükümlerin lafzına bakınca sadece kast halinde sorumsuzluk anlaşması hükümsüz kalmaktaydı. Ancak BK revizyonu sırasında bu ikilem ayıptan sorumluluk için düzeltilmişken (TBK m. 221), zapttan sorumluluk hükümlerinde aynı kalmıştır. Yasa Koyucu'nun iradesinin, sadece satımda zapta özel olarak ağır ihmalde sorumsuzluk anlaşmalarının kabul edileceği yönünde yorumlanmasını gerektirecek tek bir veri olmadığı için konunun bir dikkatsizlik sonucu unutulduğu sonucuna varmak gerekmektedir. Bu nedenle, BK döneminde savunulduğu gibi, TBK'da da m. 214, f. 3'ün, m. 221 ile sorumsuzluk anlaşmalarına dair genel prensibi düzenleyen m. 115, f. 1'in birlikte okunmasında fayda vardır. Bu yönde **Serozan/Baysal/Sanlı** (dn. 4), N. 634; **Yavuz** (dn. 29), s. 118, dn. 23; İsviçre hukukunda bu yönde **Huguenin** (dn. 27), N. 2569; aksi yönde sorumsuzluk anlaşmasının sadece kast halinde geçersiz olacağı görüşü için bkz. **Akçaal** (dn. 25), s. 182 ve İsviçre hukukunda BSK OR I-**Honsell** (dn. 4), Art. 192 N. 8.

³⁹ **Akçaal** (dn. 25), s. 282; **Eren** (dn. 25), s. 85; **Gümüş** (dn. 26), s. 57; **Huguenin** (dn. 27), N. 2570; **Yavuz** (dn. 29), s. 118; karşı. **Serozan/Baysal/Sanlı** (dn. 4), N. 641. Yargıtay da 10 yıllık genel zamanaşımının uygulanması görüşündedir, örn. bkz. 20. HD. 16.11.2017, E. 2016/477, K. 2017/9557: "Kanunda zapta karşı tekeffül davalarına dair özel bir zamanaşımı süresi öngörülmediğinden ihtilafta uygulanacak zamanaşımı süresi sözleşme ilişkilerindeki 10 yıllık genel zamanaşımı süresi olup..."; Yargıtay 1. HD. 21.9.2011, E. 2011/6761, K. 2011/9035: "Diğer taraftan zapttan doğan davaların kaç yıllık zamanaşımına tabi olacağı hakkında kanunda bir hüküm yoktur. Öyleyse BK.nun 125. maddesi gereğince genel hükümlere bağlı kalınarak zamanaşımının 10 yıl süreli olduğunu kabul etmek gerekir." Aynı yönde Yargıtay 1. HD. 6.3.2012, E. 2011/12965, K. 2012/2388. (www.lexpera.com.tr)

⁴⁰ Örn. **Gümüş** (dn. 26), s. 57; BSK OR I-**Honsell** (dn. 4), Art. 192 N. 11.

⁴¹ Örn. bkz. **Huguenin** (dn. 27), N. 2570.

⁴² Örn. bkz. **Akçaal** (dn. 25), s. 281; **Eren** (dn. 25), s. 85; BK OR-**Giger** (dn. 27), Art. 192 N. 83. Yargıtay 20. HD. 1.12.2016, E. 2017/10025, K. 2016/11637: "Bilindiği üzere zapt, çok kez önceden bilinmesi ve kestirilmesi mümkün olmayan bir haldir. Bu itibarla zamanaşımı, zaptın vaki olduğu tarihte başlar. Taşınmazın zaptına dair bulunan mahkeme kararının

II. YENİ YASAL DÜZENLEMELERDE ZAPT KURUMU: ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN SATILANA DAİR HAK İDDİASI NEDENİYLE SÖZLEŞMEYE AYKIRILIK

CISG, Roma'dan kalan ve TBK'da da benimsenen, malın alıcının elinden kısmen veya tamamen zapt edilmesi anlayışını terk etmiştir. Bunun yerine, üçüncü kişinin satılana dair bir hak veya talep ileri sürmesini klasik bir sözleşmeye aykırılık olarak değerlendirmiştir. Çünkü CISG m. 30 uyarınca satıcının asli edim yükümlülüğü malın mülkiyetinin naklidir ve bunun bir gereği olarak, devredilen mülkiyet "temiz" olmalıdır (CISG m. 41-42)⁴³. Bu yükümlülüğün ihlali, sözleşmeye aykırılık oluşturur ve alıcı kural olarak, diğer sözleşmeye aykırılık hallerinde de var olan haklarını kullanabilir (CISG m. 45).

CISG'in, kaynağı Anglo-Amerikan sistemi olan, yeknesak sözleşme aykırılık anlayışı (*breach of contract*), Kıta Avrupası'nda yasama faaliyetlerini ciddi biçimde etkilemiştir. Hollanda (1992), Rusya (1994), Çin (2002), Almanya (2002), Estonya (2002), Macaristan (2013), Arjantin (2014) ve en son Fransa'da (2016) yapılan satım hukuku ve genel olarak borçlar hukuku revizyonlarına ilham kaynağı olmuştur⁴⁴. Türk hukukunun bir parçası olan ve milletlerarası satım sözleşmelerinde uygulama

kesinleştiği tarih zamanaşımının başlangıcı olur." Aynı yönde Yargıtay 1. HD. 6.3.2012, E. 2011/12965, K. 2012/2388. (www.lexpera.com.tr)

⁴³ **Yeşim M. Atamer**, Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, İstanbul, 2005, s. 245 (atıf: Atamer, CISG); **David Tebel**, Art. 41 N. 6, in: Brunner (Ed.), UN-Kaufrecht – CISG, Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf von 1980 - Unter Berücksichtigung der Schnittstellen zum internen Schweizer Recht, 2. Bası, Bern, 2014 (atıf: Brunner/İşleyen); **Stefan Kröll**, Art. 41 N. 2, in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (Ed.), UN Convention Contracts for the International Sales of Goods, 2. Bası, Münih, 2018 (atıf: Kröll et al./İşleyen).

⁴⁴ Bkz. **Luca G. Castellani**, The Three Dimensions of the CISG, in: Adriana Castro Pinzón (Ed.), 360° de la Compraventa internacional de Mercaderías, Kolombiya, 2016, s. 326; **Kröll et al./Kröll** (dn. 43), Introduction to the CISG N. 28 vd.; ayrıca bkz. **Franco Ferrari**, The CISG and its Impact on National Contract Law, General Report, in: Ferrari (Ed.), The CISG and its Impact on National Legal Systems, Münih, 2008, s. 413 vd.

bulan bu düzenin iyi anlaşılması olası reform çalışmaları açısından da önem taşır.

1. CISG’da Zapt Sorumluluğu

TBK m. 214’teki satıcının zapt sorumluluğu, CISG’da satıcının “*üçüncü kişilerin her türlü hak ve taleplerinden*” sorumluluğu olarak karşımıza çıkar (CISG m. 41). CISG, bu sorumluluğu ‘zapt’ olarak nitelemez, zira sorumluluk için malların alıcının elinden kısmen veya tamamen alınmasına gerek yoktur. Satılanın üçüncü kişilerin özel hukuk kaynaklı hak ve taleplerine maruz kalması hali, aynı malın CISG m. 35’te düzenlenmiş maddi özellikleri göstermediği haller gibi ‘sözleşmeye aykırılık’ olarak nitelendirilmiştir. CISG sisteminde, İsviçre-Türk hukukundan farklı olarak, satıcının maddi ayıptan ve hukuki ayıptan (zapttan) sorumluluğu ayrı sonuçlara bağlanmamaktadır; her iki duruma da sözleşmeye aykırılık penceresinden bakılmış ve tüm sözleşmeye aykırılık türleri için geçerli olan yaptırımlar tek bir çatı altında toplanmıştır.

CISG zapta konu olgular bakımından, üçüncü kişilerin hak ve taleplerinin türüne göre bir ayrıma gider. CISG m. 41, genel olarak üçüncü kişilerin mala ilişkin aynı veya şahsi hakka dayanan iddialarını ve taleplerini düzenlerken; m. 42 özel olarak üçüncü kişilerin mal üzerinde “*sınai veya diğer bir fikri mülkiyete dayanan*” hak ve taleplerini ele alır. İki sorumluluk temeli arasındaki en büyük fark, satıcının kusurunda belirir: CISG m. 41 satıcıya hiçbir kurtuluş imkânı vermezken, CISG m. 42 bu konuda çok daha satıcı lehinedir⁴⁵. Zapta konu olguların iki alt türe ayrılmasının sebebi, fikri mülkiyete dayalı hakların⁴⁶ özelliğinden kaynaklanmaktadır.

⁴⁵ CISG m. 42’nin sorumluluk rejimi, m. 41’in genel rejimiyle karşılaştırınca satıcı lehinedir: **Kröll et al./Kröll** (dn. 43), Art. 41 N. 3. Aşağıda izah edileceği üzere, CISG m. 42’nin satıcı lehine öngördüğü şartlar üç başlıkta toplanabilir: (i) satıcının sadece bildiği veya bilmemesinin mümkün olmadığı hak ve taleplerden sorumlu olması, (ii) coğrafi sınırlama (satıcının sorumluluğunun 1. fıkranın a ve b bendinde belirtilen ülkelerle sınırlı olması) ve (iii) alıcının bildiği veya bilmemesinin mümkün olmadığı hak ve taleplerde satıcının sorumluluğunun düşmesi: **Kröll et al./Kröll** (dn. 43), Art. 42 N. 3; **Brunner/Tebel** (dn. 43), Art. 42 N. 1.

⁴⁶ Bu çalışmada fikri mülkiyet kavramı *Ü.Tekinalp*’i takiben, geniş anlamıyla kullanılacak ve fikir ve sanat eserleri, patent ve faydalı modeller, endüstriyel tasarımlar, marka, coğrafı

Zira milletlerarası bir satım söz konusudur ve satıcının, sattığı malın bütün dünyada bu tür haklardan arı olmasını garanti ettiği yasa gereği kabul edilemez⁴⁷. Bu ancak bir sözleşmesel taahhüt konusu olabilir.

CISG m. 41 uygulamasında, üçüncü kişinin satılana dair (fikri mülkiyete dayananlar dışında) herhangi bir hak ileri sürmesi veya talepte bulunması yeterlidir⁴⁸. Üçüncü kişinin hakkı, alıcının mülkiyet hakkını kazanmasını engelleyebileceği gibi, malın kullanımını, maldan yararlanılmasını veya mal üzerinde diğer herhangi bir şekilde tasarruf edilmesini engeller nitelikte şahsi veya aynı bir hak olabilir⁴⁹. Üçüncü kişinin alıcıdan bir talepte bulunması halinde ise bunun bir hakka dayanıp dayanmadığı önem taşımaz; alıcıdan bu durumu araştırması beklenmez⁵⁰. Yine talebin

işaret, ticaret unvanı ve işletme adı gibi farklı unsurların tümü bu kavram kapsamında değerlendirilebilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Ünal Tekinalp**, Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Bası, İstanbul, 2012, N. 1-8. Nitekim CISG m. 42'de, üçüncü kişilerin "sınai veya diğer bir fikri mülkiyete dayanan" haklarından bahsedilmiş olması, CISG bağlamında da fikri mülkiyet kavramının geniş anlaşılmış olduğunu göstermektedir: **Atamer**, CISG (dn. 43), s. 250. Ayrıca aynı yönde bkz. **Brunner/Tebel** (dn. 43), Art. 42 N. 5; **Kröll et al./Kröll** (dn. 43), Art. 42 N. 12: Yazar, 1967 tarihli Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü Kuruluş Sözleşmesi'nin (WIPO Convention) m.2(viii)'deki "gayri kanuni rekabete karşı himayeye ilişkin haklar ve sınai, ilmi, edebi ve artistik sahalarda fikri faaliyete ilişkin bütün diğer haklar" ifadesinin esas alınabileceği görüşündedirler. Yine milletlerarası antlaşmaların yol gösterici olduğu yönünde bkz. **Atamer**, CISG (dn. 43), s. 251.

⁴⁷ **Atamer**, CISG (dn. 43), s. 246; **Kröll et al./Kröll** (dn. 43), Art. 42 N. 7.

⁴⁸ **Brunner/Tebel** (dn. 43), Art. 41 N. 4. CISG'in çoğu ulusal hukuk sistemlerinden ayrıldığı önemli bir nokta, satıcının sadece üçüncü kişilerin haklarından değil, alıcıya yöneltilen taleplerinden de sorumlu tutulabilmesidir: **Atamer**, CISG (dn. 43), s. 247. Böylece malın mülkiyetini ulusal hukukun kurallarına göre iyiniyetle kazanan (örn. TMK m. 988, bkz. ileride dn. 118) alıcıya karşı, üçüncü kişi bir talep yöneltirse, alıcı CISG m. 41 korumasından yararlanabilecektir: **Kröll et al./Kröll** (dn. 43), Art. 41 N. 15.

⁴⁹ **Atamer**, CISG (dn. 43), s. 247; **Brunner/Tebel** (dn. 43), Art. 41 N. 9. Bu tür hak ve taleplerin başında satıcının tedarikçilerine veya diğer alacaklılarına tanınan teminatlar gelir. Ancak alıcının kendisinin malları teslim almadan önce üçüncü kişi lehine tanıdığı haklar (kredi için malların teminat gösterilmesi gibi) kapsam dışındadır: **Kröll et al./Kröll** (dn. 43), Art. 41 N. 10, 12.

⁵⁰ Konuya ilişkin bkz. **Atamer**, CISG (dn. 43), s. 247-248; **Brunner/Tebel** (dn. 43), Art. 41 N. 11-12. Ayrıca üçüncü kişinin ciddi olmayan, 'abes' iddialarının da prensipte CISG m. 41 korumasında olduğu ve bunları araştırmanın satıcının yükümlülüğünde olması gerektiği ifade edilmektedir: **Kröll et al./Kröll** (dn. 43), Art. 41 N. 19.

nasıl yöneltildiği önemli olmadığı gibi, malların kullanımını etkileyecek bir girişime de gerek yoktur⁵¹. CISG üçüncü kişinin hakkı veya talebinin hangi anda var olması gerektiğine dair bir düzenleme içermemektedir. CISG m. 41 “*her türlü hak ve taleplerden ari mallar teslim etmek*” zorunluluğu getirdiğinden, öğretide malın teslim anının esas alınması önerilmektedir⁵². Tarafların sözleşmeye ekleyecekleri bir sorumsuzluk kaydıyla, satıcının hukuki ayıplardan sorumluluğunu bertaraf etmesi mümkündür⁵³. Yine alıcı, kabul ettiği üçüncü kişi hak ve talepleri bakımından satıcının sorumluluğuna gidemez⁵⁴.

CISG m. 42 ise üçüncü kişi hak veya talebinin “*sınai veya diğer bir fikri mülkiyete*” dayanması ihtimalini özel olarak düzenlemektedir. Satıcının sorumluluğuna neden olabilecek haklar özellikle üçüncü kişinin bir fikri ürünü (fikir ve sanat eserleri, icatlar, faydalı modeller, endüstriyel tasarımlar) üzerindeki hakkı olabileceği gibi, mala veya işletmeye ilişkin ayırt edici özellikler (marka, coğrafi işaret, ticaret unvanı, işletme adı)

⁵¹ **Brunner/Tebel** (dn. 43), Art. 41 N. 13; **Ingeborg Schwenger**, Art. 41 N. 11, in: Schlechtriem/Schwenger/Schroeter (Ed.), *Kommentar zum UN-Kaufrecht (CISG)*, 7. Bası, Münih, 2019 (atıf: Schlechtriem/Schwenger/Schroeter/İşleyen).

⁵² **Atamer**, CISG (dn. 43), s. 248; **Brunner/Tebel** (dn. 43), Art. 41 N. 19. Aynı yorum m. 42'nin uygulaması için de geçerlidir: **Brunner/Tebel** (dn. 43), Art. 42 N. 18; **Slechtriem/Schwenger/Schroeter/Schwenger** (dn. 51), Art. 42 N. 8. Öte yandan, üçüncü kişinin hakkını veya talebini teslim anına kadar ileri sürmesi aranmaz. İddianın temelini oluşturan olguların gerçekleşmiş olması yeterlidir: **Kröll et al./Kröll** (dn. 43), Art. 41 N. 29. Böylece CISG sisteminde, TBK'da üçüncü kişinin üstün hakkının sözleşmenin kurulması ile teslim arasında ortaya çıkması ihtimalinde olduğu gibi farklı kurallar uygulanmayacaktır, bkz. yukarıda dn. 27.

⁵³ **Atamer**, CISG (dn. 43), s. 249; **Brunner/Tebel** (dn. 43), Art. 41 N. 20. Ancak bu tür bir sözleşme hükmünün, geçerli kabul edilip edilmeyeceği hususu CISG kapsamı dışında bırakılmıştır (m. 4). Bu konuda uygulanacak milli hukuk düzeni belirleyici olacaktır (m. 7, f. 2).

⁵⁴ Alıcının kabul iradesi açık veya örtülü olarak, sözleşmenin kurulması sırasında veya sonradan ortaya çıkabilir: **Brunner/Tebel** (dn. 43), Art. 41 N. 22-23. Ancak alıcının kabulünün ne anlama geldiği tartışmalıdır; konuya ilişkin bkz. **Atamer**, CISG (dn. 43), s. 249. Genel itibarıyla alıcının salt bilgisinin yeterli olmadığı ve kabulünü gösterir delillerin bulunması gerektiği ifade edilmektedir: **Brunner/Tebel** (dn. 43), Art. 41 N. 22. Öte yandan, satıcı alıcıyı açıkça bilgilendirmesine rağmen, alıcı malları hiçbir çekince ileri sürmeden kabul etmişse, alıcının üçüncü kişi hak ve taleplerini kabul ettiği varsayılabilir: **Kröll et al./Kröll** (dn. 43), Art. 41 N. 34.

üzerindeki haklar da olabilir⁵⁵. CISG m. 41'in uygulamasında olduğu gibi, hakkın gerçek olup olmadığı veya talebin gerçek bir hakka dayanıp dayanmadığı önemli değildir. Hatta malların üçüncü kişinin fikri mülkiyet hakkını ihlal edip etmediği belirsiz ve üçüncü kişi iddiasını henüz ileri sürecekse de CISG m. 42'ye başvurmak mümkündür. Alıcının muhtemelen bir yargılama süreciyle karşılaşması beklenmez⁵⁶. Diğer yandan, fikri mülkiyet hakkının doğrudan satılan üzerinde olması durumundan öte, hakkın malın sözleşme ile amaçlanan kullanımını etkilemesi ihtimali de CISG m. 42 kapsamında değerlendirilmektedir⁵⁷.

CISG m. 42 sorumluluğu, CISG m. 41'den temelde üç açıdan ayrılır: (i) satıcının yalnızca bildiği veya bilmemesinin mümkün olmadığı hak ve taleplerden sorumlu olması, (ii) satıcının sorumluluğunun belli bir coğrafi bölge ile sınırlı olması ve (iii) alıcının bildiği veya bilmemesinin mümkün olmadığı hak ve taleplere ilişkin olarak satıcının sorumluluğunun düşmesi⁵⁸. Satıcının sorumlu olduğu coğrafya tarafların sözleşmenin kurulmasında hesaba katması şartıyla⁵⁹ “malların yeniden satılacağı veya diğer bir şekilde kullanılacağı” ülkelerden oluşur, ancak bu ülkelerin hangileri olduğu konusu belirsiz ise “alıcının işyerinin bulunduğu” ülkedir⁶⁰.

⁵⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Atamer**, CISG (dn. 43), s. 251; **Slechtriem/Schwenzer/Schroeter/Schwenzer** (dn. 51), Art. 42 N. 4. Kişilik ve isim hakkı aslında m. 42'nin ifadesi kapsamında değildir. Ancak menfaatler dengesinin fikri mülkiyet haklarındaki gibi olmasından yola çıkarak m. 42'nin uygulanması önerilmektedir: **Atamer**, CISG (dn. 43), s. 252; **Brunner/Tebel** (dn. 43), Art. 42 N. 7.

⁵⁶ **Kröll et al./Kröll** (dn. 43), Art. 42 N. 10.

⁵⁷ **Brunner/Tebel** (dn. 43), Art. 42 N. 6. Ancak sözleşmeden malın kullanım amacının anlaşılması gereklidir. Örneğin alıcıya lisans yalnızca bir ülke pazarı için tanınmışsa, lisans verilmeyen diğer ülkelerde malı satmasına müsaade edilmemesi CISG m. 42 sorumluluğuna sebebiyet vermez: **Kröll et al./Kröll** (dn. 43), Art. 42 N. 11.

⁵⁸ Amaç alıcının satılanı, üçüncü kişinin fikri mülkiyet hak ve taleplerinden arı olarak teslim almadaki meşru beklentisi ile satıcının sorumluluğunu öngörebileceği ve pratikte üstesinden gelebileceği sorunlarla sınırlamak istemesindeki meşru menfaatini dengelemektir: **Kröll et al./Kröll** (dn. 43), Art. 42 N. 1.

⁵⁹ Sözleşmenin kurulmasından sonraki coğrafyaya dair değişiklikler prensipte sorumluluk kapsamında değildir; elbette taraflar aksini kararlaştırabilir: **Brunner/Tebel** (dn. 43), Art. 42 N. 19.

⁶⁰ Coğrafi sınırlamaya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Atamer**, CISG (dn. 43), s. 252-254; **Kröll et al./Kröll** (dn. 43), Art. 42 N. 14-19; **Slechtriem/Schwenzer/Schroeter/**

Diğer yandan CISG m. 42, satıcının üçüncü kişilerin sınai veya diğer bir fikri mülkiyete dayanan hak veya taleplerinden sorumluluğunu yalnızca sözleşme kurulurken satıcının “*bildiği veya bilmemesinin mümkün olmadığı*” hak ve taleplerle sınırlamıştır⁶¹. Yine alıcının sözleşme kurulurken “*bildiği veya bilmemesinin mümkün olmadığı*” hak ve talepler için⁶² ve ayrıca, hak ya da talebin, alıcı tarafından satıcının kullanımına sunulan “*teknik çizim, tasarım veya başkaca veriden kaynaklandığı*” ihtimalde satıcının sorumluluğu düşer.

Kamu hukuku kaynaklı sınırlamalar, sınırlamanın sebebine göre CISG m. 35 veya CISG m. 41 anlamında sözleşmeye aykırılık teşkil edebilir⁶³. Sınırlama malın amaçlandığı gibi kullanımını engelliyorsa CISG m. 35’e aykırılık⁶⁴, alıcının mal üzerindeki mülkiyet hakkını kısıtlıyorsa CISG m. 41’e aykırılık olarak değerlendirilir⁶⁵. Sınırlamanın nedeni fikri

Schwenzer (dn. 51), Art. 42 N. 10-13.

⁶¹ Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Atamer**, CISG (dn. 43), s. 254; **Kröll et al./Kröll** (dn. 43), Art. 42 N. 25-34; **Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter/Schwenzer** (dn. 51), Art. 42 N. 16-18.

⁶² Alıcının ilgili talebin haklı olup olmadığına dair öngörüsünden bağımsız, bir talebin varlığını bilmesi yeterlidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Atamer**, CISG (dn. 43), s. 255-256; **Kröll et al./Kröll** (dn. 43), Art. 42 N. 36-40. Böylece CISG, TBK m. 214, f. 2 dâhilinde yapılan, alıcının bilmesi gerektiği zapt tehlikesinden satıcının sorumlu olup olmadığı tartışmasına yer bırakmamıştır, bkz. yukarıda dn. 37.

⁶³ **Kröll et al./Kröll** (dn. 43), Art. 41 N. 25; **Schwenzer/Hachem/Kee** (dn. 23), N. 32.28. Ayrıca resmi otoritenin iddiasını bir sebebe dayandırması yeterlidir, sebebin gerçek olması aranmaz: **Brunner/Tebel** (dn. 43), Art. 41 N. 14.

⁶⁴ Örneğin tüketicinin korunması, kamu sağlığı ve güvenliği veya çevre hukuku kurallarına uyumsuzluk, malın nitelikleriyle ilgilidir ve CISG m. 35 sorumluluğuna yol açar: **Brunner/Tebel** (dn. 43), Art. 41 N. 15; **Kröll et al./Kröll** (dn. 43), Art. 41 N. 25; **Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter/Schwenzer** (dn. 51), Art. 41 N. 6.

⁶⁵ **Atamer**, CISG (dn. 43), s. 248. Örneğin satım konusu çalıntı mallara, gerçek malikin hakkına dayanarak resmi otoriteler tarafından el konulması CISG m. 41 altında ele alınır: **Kröll et al./Kröll** (dn. 43), Art. 41 N. 26. Buna karşılık, resmi önlemler üçüncü kişinin fikri mülkiyet hakkından kaynaklanıyorsa CISG m. 42 devreye girer: **Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter/Schwenzer** (dn. 51), Art. 41 N. 7. Keza satıcı tarafından üstlenildiği halde ödenmeyen vergi, gümrük masrafları nedeniyle mala el konulması da CISG m. 41 çerçevesinde ele alınır: **Schwenzer/Hachem/Kee** (dn. 23), N. 32.29; **Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter/Schwenzer** (dn. 51), Art. 41 N. 7. Yani, TBK sisteminde ayıp olarak nitelenen kamu hukuku kaynaklı sınırlamalar, CISG sisteminde

mülkiyet hakkına dayanıyorsa, CISG m. 42 koruması devreye girer⁶⁶. İthalat-ihracat yasakları bakımından riski hangi tarafın üstlendiğine bakılmalıdır⁶⁷. Satıcının sorumluluğu için hangi önlemin (tasarrufun yasaklanması, kullanımın kısıtlanması veya el konulması gibi) alındığının bir önemi yoktur⁶⁸.

CISG, malın ayıplı ifasında olduğu gibi üçüncü kişi hak ve taleplerinde de alıcıya bir ihbar külfeti getirmiştir. CISG m. 43, f. 1'e göre alıcı, üçüncü kişinin hak veya talebini öğrendikten veya öğrenmesi gerektiği andan itibaren, makul bir süre içinde satıcıya bu hak veya talebin mahiyetini belirten bir bildirimde bulunmak zorundadır, aksi takdirde satıcının sorumluluğuna gidemez⁶⁹. Ancak "satıcı, üçüncü kişinin hakkını ya da talebini ve bunun mahiyetini biliyor idiyse" sorumluluğu sürecektir. Üçüncü kişilerin hak ve taleplerine ilişkin olarak bir süre belirlenmemiştir, iç hukuk düzenlemeleri izin verdiği ölçüde süreye tabi olmaksızın ileri sürülebilir⁷⁰.

2. Alman Medeni Kanunu'nda Zapt Sorumluluğu

Alman Medeni Kanunu, 2002 yılında önemli bir reform (*Schuldrechtsmodernisierung*) geçirmiştir. Satım hukuku ile sözleşmeye aykırılık

yerine göre m. 35'e, yerine göre m. 41'e tâbi olabilecektir. Hal böyle olmakla birlikte, her iki sözleşmeye aykırılık hali büyük ölçüde aynı yaptırımlara bağlandığından, alıcının hakları açısından önemli bir fark oluşmayacaktır.

⁶⁶ Brunner/Tebel (dn. 43), Art. 41 N. 15; Kröll et al./Kröll (dn. 43), Art. 41 N. 26.

⁶⁷ Kröll et al./Kröll (dn. 43), Art. 41 N. 28. Öte yandan ihracat yasakları, genelde satıcının CISG m. 30 uyarınca teslim borcunu ihlaline neden olur: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter/Schwenzer (dn. 51), Art. 41 N. 6

⁶⁸ Brunner/Tebel (dn. 43), Art. 41 N. 15.

⁶⁹ TBK'dan farklı olarak (TBK m. 215, f. 3), CISG'a göre ihbar yapılmaması ihtimalinde satıcının sorumluluğu düşer, bkz. Brunner/Tebel (dn. 43), Art. 41 N. 24. Öte yandan alıcının makul bir özü varsa, CISG m. 44 uyarınca semenin indirilmesi hakkı ve sınırlı bir tazminat talebinin olacağı yönünde bkz. Atamer, CISG (dn. 43), s. 258. Ayrıca alıcının ihbar külfetinin başlangıcına, ihbarın içeriğine ve makul sürenin yorumuna ilişkin bkz. Atamer, CISG (dn. 43), s. 256-257.

⁷⁰ Atamer, CISG (dn. 43), s. 247.

halinde uygulanacak kurallara, CISG prensipleri ilham olmuştur⁷¹. Hep-sinden önemlisi, farklı sözleşmeye aykırılık türleri için ayrı yaptırımlar düzenlenmesi anlayışı terk edilmiş ve ifa engelleri hukukunun (*Leistungsstörungsrecht*) temeli, CISG’i takiben, sözleşmeye aykırılık kavramı üzerine inşa edilmiştir⁷². Ancak, reform ile satıcının satılana dair üçüncü kişinin haklarından sorumluluğu ile satılanın niteliklerindeki sapmadan sorumluluğu, diğer bir ifadeyle ‘hukuki ayıp’ (*Rechtsmangel*) ve ‘maddi ayıp’ (*Sachmangel*) sorumluluğu ayrımı, CISG’da olduğu gibi, terk edil-memiştir. Satıcının satılanın maddi ve hukuki ayıplarından sorumluluğu, satılanın mülkiyetini alıcıya geçirme borcunun tamamlayıcısıdır. BGB § 433, f. 1 hükmüne göre, satıcının asli edim yükümlülüğü, satılanı maddi ve hukuki ayıplardan arı olarak alıcıya sağlamaktır⁷³.

Hukuki ayıbı düzenleyen BGB § 435 hükmüne göre, “Üçüncü kişilerin satılana dair alıcıya karşı hiçbir hak ileri süremedikleri veya yalnızca satım sözleşmesinde üstlenilen hakları ileri sürebildikleri durumda, satılan hukuki ayıptan aridir. Var olmayan bir hakkın tapu kütüğüne tescili, hukuki ayıp sayılır⁷⁴.” Alıcının satılan üzerindeki mülkiyet hakkı, zilyetliği veya satılanı serbest kullanımı, üçüncü kişi tarafından engelleniyorsa hukuki ayıp söz konusudur⁷⁵. Üçüncü kişinin hakkının satılanın somut

⁷¹ **Stefan Kröll**, German Country Analysis: Good Faith, Formation, and Conformity of Goods, in: DiMatteo (Ed.), International Sales Law, New York, 2014, s. 361.

⁷² **Sörren Kiene**, German Country Analysis: Part II, in: DiMatteo (Ed.), International Sales Law, New York, 2014, s. 377. Buna göre, imkânsızlık, geç veya eksik ifa, *aliud* ifa ve yan edim yükümlülüklerinin ihlali gibi sözleşmenin gereği gibi ifa edilmediği tüm ihtimalleri sözleşmeye aykırılık çatısı altında toplanmış ve yeknesak bir yaptırım anlayışı benimsenmiştir. Konuya ilişkin bilgi için bkz. **Rona Serozan**, “Yeni Alman İfa Engelleri Hukuku (Türk Hukukunda Bilimsel Kaynak Olarak Yararlanılabilecek Yenilikler)”, İÜHFİM, C. 58, S. 1-2, 2000, s. 231-248.

⁷³ **Harm-Peter Westermann**, § 433 N. 1-2, § 435 N. 4, in: Säcker/Rixecker/Oetker/Lim-perg (Ed.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 4, §§ 433-534 BGB, Finanzierungsleasing, CISG, 8. Bası, Münih, 2019 (atf: MüKoBGB/Westermann).

⁷⁴ “Die Sache ist frei von Rechtsmängeln, wenn Dritte in Bezug auf die Sache keine oder nur die im Kaufvertrag übernommenen Rechte gegen den Käufer geltend machen können. Einem Rechtsmangel steht es gleich, wenn im Grundbuch ein Recht eingetragen ist, das nicht besteht.”

⁷⁵ **Walter Weidenkaff**, § 435 N. 5, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 79. Bası, Münih 2020 (atf: Palandt/Weidenkaff).

olarak sözleşmede amaçlandığı şekilde kullanımını etkileyip etkilemediğine bakılmaz⁷⁶. Hukuki ayıp nitelendirmesi objektiftir⁷⁷. Öte yandan, satıcının hukuki ayıptan sorumluluğu, alıcının satım sözleşmesinde kabul ettiği haklar (“*die im Kaufvertrag übernommenen Rechte*”) bakımından düşer. Bu ihtimalde satıcının sorumluluğu olsa olsa üçüncü kişinin hakkı, satım sözleşmesine göre beklenenden daha ağır bir yüke sebep oluyorsa devam eder⁷⁸.

Hukuki ayıp teriminin anlamı kanun tarafından belirlenmiş veya sınırlandırılmış değildir⁷⁹. Hukuki ayıba neden olan hak, özel hukuk veya kamu hukuku kaynaklı olabilir⁸⁰. Özel hukuktan kaynaklanan hakların başında sınırlı aynı haklar gelir⁸¹. Öte yandan üçüncü kişinin, alıcının satılanı kullanmasını sınırlayan sözleşmesel hakları da (kira sözleşmesi gibi) hukuki ayıba neden olabilir⁸². Keza sözleşmesel ön alım hakları da aynı kapsamda sayılır⁸³. Alman Medeni Kanunu, satılan üzerindeki

⁷⁶ **Sebastian Pammler**, § 435 N. 38 in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger (Ed.), *Juris Praxis Kommentar-BGB*, 9. Bası, 1.2.2020, www.juris.de (atf: jurisPK-BGB/Pammler); **Florian Faust**, § 435 N. 7 in: Bamberger/Roth/Hau/Poseck (Ed.) *Beck Online-Kommentar BGB*, Buch 2. Recht der Schuldverhältnisse, Abschnitt 8. Einzelne Schuldverhältnisse, 54. Bası, 1.5.2020, www.beck-online.de (atf: BeckOK BGB/Faust).

⁷⁷ Bkz. BT-Drs. 14/6040, s. 218.

⁷⁸ **Palandt/Weidenkaff** (dn. 75), § 435 N. 6; **MüKoBGB/Westermann** (dn. 73), § 435 N. 5.

⁷⁹ **MüKoBGB/Westermann** (dn. 73), § 435 N. 7.

⁸⁰ **BeckOK BGB/Faust** (dn. 76), § 435 N. 18.

⁸¹ **BeckOK BGB/Faust** (dn. 76), § 435 N. 13.

⁸² **BeckOK BGB/Faust** (dn. 76), § 435 N. 14; **Palandt/Weidenkaff** (dn. 75), § 435 N. 10; **MüKoBGB/Westermann** (dn. 73), § 435 N. 7: Kira süresi satım sözleşmesinde belirtilenden daha uzun ise yine hukuki ayıp söz konusu olur.

⁸³ **MüKoBGB/Westermann** (dn. 73), § 435 N. 7.

hakkın kime ait olduğuyula ilgilenmez. CISG'dan farklı olarak⁸⁴, satıcının kendisi de üçüncü kişi kapsamında sayılır⁸⁵.

Satılan üzerindeki fikri mülkiyet haklarının, satılanın alıcı tarafından gereği gibi kullanılmasını engellemesi nedeniyle hukuki ayıp teşkil edeceği çoğunluk tarafından kabul edilmektedir⁸⁶. Kamu hukukundan kaynaklanan sınırlamalar için bir ayırım yapılmaktadır. Buna göre, eğer sınırlama satılanın niteliğiyle ilgiliyse hukuki ayıp değil, maddi ayıp vardır. Örneğin satılanın bulunduğu mevki nedeniyle inşaat yapılması mümkün değilse, maddi ayıp söz konusudur. Buna karşılık resmi otoritenin kararı gereği kurulan kamu hukuku kaynaklı yükler hukuki ayıba neden olur⁸⁷. Keza satılana, vergilerin ödenmemiş olması veya bir suç nedeniyle el koyulması hali hukuki ayıp, ancak satılana, içerdiği bazı maddeler nedeniyle el koyulması ihtimali maddi ayıp olarak nitelenir⁸⁸. Görüldüğü üzere, Alman hukukunda da İsviçre-Türk hukuk sisteminde olduğu gibi maddi ayıp ve hukuki ayıbın ayırımının güç olduğu kurgular vardır. Ancak aşağıda izah edileceği üzere, her iki sorumluluğun yaptırımları eş düzenlendiğinden, somut olayda bir maddi ayıbın mı yoksa hukuki ayıbın mı olduğu tespiti İsviçre-Türk hukuk sisteminde olduğu gibi kritik öneme sahip değildir. Hatta reformun ardından bu ayırımın Alman hukukunda pratik önemini yitirdiği ifade edilmektedir⁸⁹.

⁸⁴ **Kröll et al./Kröll** (dn. 43), Art. 41 N. 21: Satılanın satıcının hak veya talebiyle yüklü olması, CISG m. 41'in kapsamında değerlendirilmez. Bu ihtimaller satıcının m. 30 uyarınca teslim etme borcunun ihlalini oluşturur. Aynı yönde **Schwenzer/Kee/Hachem** (dn. 23), N. 32.24; karş. **Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter/Schwenzer** (dn. 51), Art. 41 N. 14, Art. 42 N. 7.

⁸⁵ BeckOK BGB/**Faust** (dn. 76), § 435 N. 17.

⁸⁶ **Palandt/Weidenkaff** (dn. 75), § 435 N. 9; MüKoBGB/**Westermann** (dn. 73), § 435 N. 8; **Dirk Looschelders**, Schuldrecht, Besonderer Teil, 15. Bası, Münih, 2020, § 3 N. 46. Maddi ayıp sayılması gerektiği yönünde BeckOK BGB/**Faust** (dn. 76), § 435 N. 11.

⁸⁷ BeckOK BGB/**Faust** (dn. 76), § 435 N. 18-19.

⁸⁸ MüKoBGB/**Westermann** (dn. 73), § 435 N. 10.

⁸⁹ BT-Drs. 14/6040, zu § 435 – Rechtsmangel, s. 217; **Palandt/Weidenkaff** (dn. 75), § 437 N. 1. İki sorumluluk türünün arasında kalan farklar aşağıda izah edildiği üzere, ayıbın bulunması gerektiği an (maddi ayıpta hasarın geçişi ve hukuki ayıpta mülkiyetin geçişi) ile BGB § 477'deki ispat yükünün ters uygulanmasının yalnızca maddi ayıplar için geçerli olmasıdır: BeckOK BGB/**Faust** (dn. 76), § 435 N. 10.

Üçüncü kişinin hakkının, alıcının satılan üzerindeki hukuki pozisyonunu bozacak nitelikte olması hukuki ayıp olarak nitelendirilir. Ancak üçüncü kişinin hakkının muhtemel olması yeterli değildir⁹⁰. Dolayısıyla, sadece üçüncü kişinin mevcut hakkı hukuki ayıp sorumluluğuna yol açar. Buna karşılık üçüncü kişinin hakkını fiilen ileri sürmesi gerekli değildir. Hakkın varlığı alıcının hukuki pozisyonunu bozmaya yeter⁹¹. Üçüncü kişinin hakka dayanmayan bir talepte bulunması halinde ise bundan kurtulmanın sorumluluğu prensipte alıcıdadır⁹². Diğer yandan Alman Federal Mahkemesi (BGH) yakın tarihli bir kararında, satım konusu otomobile resmi otoriteler tarafından el koyulma tehlikesini hukuki ayıp sorumluluğu için yeterli görmüştür. Federal Mahkeme kararında üçüncü kişinin salt talebinin hukuki ayıp sorumluluğuna neden olmadığı ve üçüncü kişinin geçerli bir hakkının gerektiğini vurgulamış, ancak üçüncü kişinin böyle bir hak iddiasının yokluğunda da bazı istisnai durumların hukuki ayıp sorumluluğunu haklı kılacağını ifade etmiştir⁹³.

⁹⁰ MüKoBGB/**Westermann** (dn. 73), § 435 N. 4.

⁹¹ BeckOK BGB/**Faust** (dn. 76), § 435 N. 7; **Martin Gutzeit**, § 435 N. 14, in: Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann (Ed.), beck-online.GROSSKOMMENTAR BGB, 15.11.2019, www.beck-online.de (atf: BeckOGK/Gutzeit).

⁹² BeckOK BGB/**Faust** (dn. 76), § 435 N. 8; BeckOGK/**Gutzeit** (dn. 91), § 435 N. 17. Alman Medeni Kanunu, CISG m. 41 düzenlemesinden ayrılarak üçüncü kişinin bir hakka dayanmayan talebini hukuki ayıp sorumluluğu için yeterli görmemektedir: **Slechtriem/Schwenzer/Schroeter/Schwenzer** (dn. 51), Art. 41 N. 26.

⁹³ BGH v. 18.1.2017 – VIII ZR 234/15, NJW 2017, 1666. Dava konusu olayda, satıcı otomobilini alıcıya satmış ve Ekim 2012’de teslim etmiştir. Alıcı aracı Temmuz 2013’te kendi adına Düsseldorf şehrinde kaydettirmek istediğinde, Schengen Bilgi Sistemi’nde (*Schengener Informationssystem*) Fransız otoriteleri tarafından rapor edilmiş çalıntı ihbarı nedeniyle araca el koyulmuş ve alıcı ile satıcı aleyhine cezai işlem başlatılmıştır. Daha sonra Eylül 2013’te polisin çalıntı ihbarının gerçek olmadığı ve önceki Fransız satıcının sigortadan tazminat almak amacıyla yapmış olduğu şüphesi üzerine araba alıcıya bırakılmış ve aracın alıcı adına kaydı polis tarafından tamamlanmıştır. Ancak arabanın Bilgi Sistemi’ndeki kaydı kalmıştır. Alıcı Mayıs 2014’te satıcıya satım sözleşmesinden döndüğünü beyan ettiği bir yazı göndermiştir. Alıcı aracın Schengen Bilgi Sistemi’nde kayıtlı olmasının (esaslı) hukuki ayıp teşkil ettiğini iddia ederken satıcı aracın bir yanlışlık sonucu kısa süreli kullanılmadığı ve kaydın soruşturmanın bitmesiyle kısa süre içinde silinebileceği gerekçesiyle hukuki ayıp oluşmadığı savunmasını yapmıştır. Federal Mahkeme aracın Bilgi Sistemi’nde kayıtlı olması ve soruşturma bitmediği sürece, aracın gerçek olup olmadığı belli olmayan çalıntı ihbarı nedeniyle mülkiyet durumunun belirsiz olması nedeniyle hukuki ayıp sorumluluğunun doğduğuna hükmetmiştir. Çünkü,

Satıcının hukuki ayıptan sorumluluğu için üçüncü kişinin hakkının var olması gereken an kanunda düzenlenmemiş olup öğreti ve mahkeme kararlarında mülkiyetin geçiş anının esas alınması gerektiği ve satıcının satılanın mülkiyetini, üçüncü kişilerin haklarından ari olarak devretmekle yükümlü olduğu kabul edilmektedir⁹⁴. Dolayısıyla satıcı, üçüncü kişilerin sözleşmenin kurulması anından⁹⁵, hatta hasarın geçişinden sonra doğan haklarından da sorumludur. Bu husus hukuki ayıptan sorumluluğun, maddi ayıptan sorumluluğun şartlarından saptığı ender bir özelliğidir⁹⁶. Diğer yandan, üçüncü kişinin hakkının mülkiyetin geçtiği zaman var olan bir hukuki ilişkiden kaynaklanması yeterlidir; yoksa hak, mülkiyetin devrinde henüz doğmamış olabilir⁹⁷.

İspat yükü dağılımı açısından da malın mülkiyetinin geçiş anı esastır. Bu andan önce bir üçüncü kişinin hak iddiasının olmadığını ispat yükü satıcıda, bu andan sonra ise alıcıdadır⁹⁸. Alıcının satılan üzerinde üçüncü kişinin bir hak iddiası olduğunu ikna edici şekilde ortaya koyması üzerine satıcı, sorumluluktan kurtulmak için mülkiyetin geçişi sırasında satılanın hukuki ayıptan ari olduğunu veya ilgili hakkın artık mevcut olmadığını (örneğin geçerlilik süresinin dolduğunu) ispat etmek zorundadır⁹⁹.

Federal Mahkeme'ye göre, bir kimse otomobil satın alırken haklı olarak, onu yurtiçinde veya başka ülkede el konulma endişesi olmadan kullanmayı bekler.

⁹⁴ Örn. bkz. BGH v. 5.12.1990 - VIII ZR 75/90 (Düsseldorf), NJW 1991, 915, 916; **Palandt/Weidenkaff** (dn. 75), § 435 N. 7; MüKoBGB/**Westermann** (dn. 73), § 435 N. 6.

⁹⁵ Bu açıdan Alman Medeni Kanunu, satıcının üçüncü kişilerin haklarından ari mal satma yükümlülüğünü, sözleşmenin kurulma anını esas alan TBK'nın zapt sorumluluğundan daha geniş düzenlemiştir.

⁹⁶ BeckOK BGB/**Faust** (dn. 76), § 435 N. 10. Maddi ayıptan satıcının sorumlu tutulabilmesi içinse, ayıbın hasarın geçiş anında bulunması gerekmektedir (BGB § 434, f. 1); konuya ilişkin bkz. BeckOK BGB/**Faust** (dn. 76), § 434 N. 35; **Palandt/Weidenkaff** (dn. 75), § 434 N. 8.

⁹⁷ BeckOK BGB/**Faust** (dn. 76), § 435 N. 5: Örneğin gerekli ithalat lisansının geriye dönük iptal edilmesi nedeniyle, satılana mülkiyetin devrinden sonra el koyulması, hukuki ayıp oluşturur.

⁹⁸ jurisPK-BGB/**Pammler** (dn. 76), § 435 N. 54.

⁹⁹ **Palandt/Weidenkaff** (dn. 75), § 435 N. 19; MüKoBGB/**Westermann** (dn. 73), § 435 N. 18. Reform öncesinde ispat yükü BGB § 442 hükmünde hukuki ayıptan sorumluluğa özel olarak düzenlenmişti. Hükme göre satıcı, alıcının hukuki ayıp iddiasına itiraz eder-

3. Günümüz Zapt Sorumluluğunda Yaptırımlar

CISG ile atılan en büyük ve en önemli adım, Kıta Avrupası hukuk sisteminde benimsenen, kusura bağlı genel sözleşmeye aykırılık ile kusura bağımsız özel garanti sorumluluğu ayırımı bertaraf etmek ve Anglo-Amerikan (*common law*) sistemindeki anlayışı takiben her ikisini sözleşmeye aykırılık çatısı altında birleştirmek olmuştur¹⁰⁰. Yukarıda bahsedildiği üzere, CISG maddi ayıp ve hukuki ayıp (zapt) ayırımı terk etmemişse de uygulanacak yaptırımları büyük ölçüde birbirine yaklaştırmıştır.

Yeknesak sözleşmeye aykırılık anlayışı, İsviçre-Türk ifa engelleri hukukuna¹⁰¹ yabancıdır. İsviçre-Türk sisteminde, uygulanacak yaptırımlar borca aykırılık türlerine göre farklılaştırılmıştır. Borcun ifa edilmediği her olayda bunun nedeni araştırılır ve somut olayın şartları hangi sözleşmeye aykırılık türüne uyuyorsa o ihtimal için getirilen yaptırımlar uygulanır. Basit bir örnekle, satılan üçüncü kişinin üstün hakkı nedeniyle alıcının elinden alınmışsa TBK m. 214 vd. hükümlerine göre satıcının zapt sorumluluğunun doğup doğmadığı araştırılır. Şartlar oluşmuşsa TBK m.

se, alıcı mutlaka hukuki ayıbın varlığını ispat etmek zorundaydı. Reform ile bu hüküm yürürlükten kaldırılmış ve hukuki ayıptan sorumlulukta ispatın, maddi ayıptan sorumlulukta da uygulama bulan genel BGB § 363 hükmüne tabi olması uygun görülmüştür. Böylece reformun hukuki ayıp sorumluluğu ile maddi ayıp sorumluluğunu sözleşmeye aykırılık bakışıyla benzer prensiplere tabi kılma amacı, ispat yükü bakımında da sağlanmıştır. Konuya ilişkin bkz. BT-Drs. 14/6040, Zur Aufhebung des § 442, s. 202; BeckOK BGB/**Faust** (dn. 76), § 435 N. 26.

¹⁰⁰ **Ulrich Magnus**, Rabels Einfluss auf das CISG und die europäische Kaufrechtsentwicklung, Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, Research Paper Series No. 18/11, s. 94.

¹⁰¹ İfa engelleri hukuku ile kastedilen, TBK'da ifanın başarıya ulaşmasını engel olarak sayılan olguların tümüdür. Borçlunun kusurundan bağımsız ayıplı ifa veya zapt veya borçludan kaynaklanan diğer kötü ifa halleri ile geç ifa veya kusurlu/kusursuz imkânsızlık gibi ifanın gereği gibi gerçekleşmesini engelleyen tüm durumları bu kavram altında birleştirmek mümkündür. Kavrama TBK'da rastlanmamakla birlikte, tespit edilebildiği kadarıyla Türk öğretisinde ilk defa *Rona Serozan* tarafından 1975 yılında yayınlanan "Sözleşmeden Dönme" eserinde kullanılmış ve hukuk literatüründe benimsenmiştir, bkz. **Yeşim M. Atamer**, "İfa Engelleri Hukukunu Yeniden Düşünmek: Borca Aykırılık Türleri Yerine Yaptırımları Esas Alan Bir Sistematik", *Rona Serozan'a Armağan*, İstanbul, 2010, s. 217-218 (atıf: Atamer, İfa Engelleri).

217 uyarınca sözleşme kendiliğinden ortadan kalkar ve alıcı satıcıdan doğrudan zararlarının tazminini, kusur şartı aranmaksızın talep edebilir. Ancak şartlar oluşmamışsa, mesela üçüncü kişinin üstün hakkı satım sözleşmesinin kurulmasından sonra oluşmuşsa, alıcı genel hükümlere göre (TBK m 112) satıcının kusuruna bağlı olarak tazminat isteyebilir. Bu ihtimalde bir dönme hakkının olup olmayacağı konusu maddede açıklığa kavuşturulmamıştır. Veya alıcının satılan üzerindeki mülkiyet hakkı üçüncü kişinin aynı nitelikte üstün bir hakkı nedeniyle sadece kısıtlanırsa, alıcı kural olarak TBK m. 218'e göre satıcıdan tazminat talep etmek dışında bir şey yapamayacaktır. Oysa alıcının mülkiyet hakkından faydalanması genel geçer bir hukuki yasak nedeniyle kısıtlanırsa, TBK m. 219 vd. hükümlerine göre ayıp sorumluluğu gündeme gelecek ve alıcı, TBK m. 227'deki seçimlik haklarını kullanabilecektir.

İşte, CISG sisteminde İsviçre-Türk ifa engelleri hukukuna hâkim ayrımlar terk edilmiş, borcun gereği gibi ifa edilmemesinin altında yatan sebepten bağımsız, tüm sözleşmeye aykırılık ihtimallerinde uygulanacak yaptırımlar birörnekleştirilmiştir. Bu sistemde değerlendirme hukuki olgu (*Rechtstatsache*) açısından değil, hukuki sonuç (*Rechtsfolge*) perspektifinden yapılır. Yani soruna, "Satılan alıcının elinden tamamen alınmıştır, bu yüzden sözleşme kendiliğinden geçersiz hale gelmelidir" şeklinde yaklaşılmamakta; "Sözleşmeye aykırılık vardır, acaba somut olayda alacaklıya bir dönme hakkı verilmeli midir?" sorusuna cevap aranmaktadır. Eğer satım sözleşmesinde taahhüt edilen yerine getirilmediyse (nedeni satılandaki maddi ayıp, hukuki ayıp veya başka bir şey olsun), sözleşme ihlal edilmiştir ve yaptırımlar uygulama bulur¹⁰².

CISG'a göre sözleşmenin satıcı tarafından herhangi bir nedenle ihlal edilmesi halinde uygulanacak yaptırımlar m. 45'te toplanmıştır. Dolayısıyla gerek m. 41'in gerek m. 42'nin ihlalinde alıcı, prensipte m. 45'te sıralanan hakları kullanabilir. Hükmün ifadesiyle "Satıcı, sözleşmeden veya bu Antlaşmadan doğan yükümlülüklerinden herhangi birini yerine getirmezse, alıcı: (a) Madde 46 ilâ 52'de öngörülen haklarını kullanabilir. (b) Madde 74 ilâ 77'de öngörülen tazminatı talep edebilir." Ancak CISG bu noktada,

¹⁰² Atamer, İfa Engelleri (dn. 101), s. 332-333.

yeni yasama faaliyetlerinde olduğu gibi, tam anlamıyla tutarlı bir düzenleme getirememiştir. Her ne kadar alıcı aynen ifa hakkını kullanabilecek olsa da yenisi ile değiştirme ve tamiratın düzenlendiği CISG m. 46, f. 2 ve 3'de sadece “*mallar sözleşmeye uygun değilse*” denmiş olması sebebiyle bu hakların sadece ayıplı ifa halinde uygulanacağı, buna karşılık hukuki ayıplarda m. 46, f. 1'de düzenlenen asli ifa talebinin devreye gireceği görüşü ileri sürülmektedir. Ancak sonuç itibarıyla bu durum büyük bir fark yaratmayacaktır. Zira alıcı, örneğin satıcının bir lisans sözleşmesi akdetmesi ve bu şekilde satın aldığı malın sorunsuz satışının temin edilmesini m. 46, f. 1 çerçevesinde de isteyebilecektir. Aynı şekilde malın, üzerinde herhangi bir kimsenin hakkı olmayan bir mal ile değiştirilmesi de talep edilebilecektir¹⁰³. Daha sorunlu olan nokta semen tenziline ilişkin m. 50'nin de sadece ‘malların sözleşmeye uygun olmaması’ halinde uygulanacak olduğunu saptamasıdır. Bu durumda m. 41-42'ye aykırılık halinde alıcının elindeki tek imkân tazminat olacaktır¹⁰⁴. Ancak doktrinde haklı olarak semen tenzili yaptırımının en azından kıyasen üçüncü kişinin hak ve talepleri açısından da uygulanacağını savunanlar vardır¹⁰⁵. Alıcının hangi imkânı seçerse seçsin m. 74 vd. hükümlerine göre tazminat talep hakkı her zaman saklıdır (m. 45, f. 2)¹⁰⁶.

Alman hukukunda, alıcının hukuki ayıptan doğan hakları BGB § 437 hükmüne göre belirlenir. Aslında hüküm, alıcının haklarının içeriğini düzenlememektedir. CISG'da olduğu gibi kanunun ilgili hükümlerine

¹⁰³ **Ulrich Magnus**, Art. 41 CISG N. 23, Art. 42 CISG N. 32, Wiener UN-Kaufrecht (CISG), Staudinger BGB, 2012 (atf: Staudinger/Magnus); **Axel Metzger**, “Die Haftung des Verkäufers für Rechtsmängel gemäss Art. 41, 42 CISG”, *RabelsZ* 73, 2009, s. 848; **Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter/Müller-Chen** (dn. 51), Art. 46 N. 22; **Brunner/Tebel** (dn. 43), Art. 41 N. 26, Art. 42 N. 26.

¹⁰⁴ **Kröll et al./Bach** (dn. 43), Art. 50 N. 15-16; **Metzger** (dn. 103), s. 848-849; **Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter/Müller-Chen** (dn. 51), Art. 50 N. 2.

¹⁰⁵ **Brunner/Altenkirch** (dn. 43), Art. 50 N. 3; **Staudinger/Magnus** (dn. 103), Art. 50 CISG N. 9-10.

¹⁰⁶ Alıcının tazminat istemi, üçüncü kişinin hak ve talebi nedeniyle yaptığı tüm harcamaları kapsar. Bunlara malların üçüncü kişi hak veya talebinden kurtulmak ve avukat masrafları dâhil olmak üzere hak veya talebe karşı savunma amacıyla yapılan tüm makul masraflar ile malın sınırlı kullanımı nedeniyle uğradığı zararlar (kâr kaybı gibi) dâhildir: **Kröll et al./Kröll** (dn. 43), Art. 41 N. 40.

atif yaparak alıcının sahip olduğu imkânları sıralamakla yetinmektedir¹⁰⁷. Buna göre, alıcı BGB § 439 hükmüne göre aynen ifayı veya BGB § 441 hükmüne göre bedel indirimini seçebilir. Aynen ifa talebi, ayıbın giderilmesi (*Nachbesserung*) ve ayıpsız benzeri ile değişimi (*Ersatzlieferung*) içerir¹⁰⁸. Bu açıdan Alman hukuku, CISG'in atamadığı son adımı da atmış ve hukuki ayıplarda da asli ifa talebinin (*primärer Erfüllungsanspruch*) değil, değiştirme veya tamirat şeklinde tali ifa talebinin (*Nacherfüllungsanspruch*) uygulanacağını kabul etmiştir. Alıcı ayrıca, ifadan vazgeçerek BGB § 440 ve § 323 hükümlerine göre sözleşmeden dönebilir. Ancak alıcı dönme hakkını (*Rücktrittsrecht*), CISG'a paralel şekilde, yalnızca esaslı (*erheblich*) hukuki ayıplar için kullanabilir (BGB § 326, f. 5)¹⁰⁹. Ayrıca alıcının anılan imkânlarının yanında veya onlardan vazgeçerek zararlarının tazminini isteme hakkı saklıdır¹¹⁰.

Karşılaştırmalı hukukta Alman Medeni Kanunu'na ek olarak, Avusturya Medeni Kanunu (ABGB §§ 922 ff.), yeni Hollanda Medeni Kanunu ve İskandinav ülkelerinin kanunları da maddi ayıp ile hukuki ayıp halinde farklı yaptırımlar uygulanması anlayışını terk etmiş ve yeknesak bir sözleşmeye aykırılık sistemi benimsemiştir¹¹¹. Aynı eğilim, hukuk uyumlaştırması hedefini güden bütün *soft law* araçlarında da görülmek-

¹⁰⁷ MüKoBGB/**Westermann** (dn. 73), § 437 N. 1.

¹⁰⁸ BeckOK BGB/**Faust** (dn. 76), § 439 N. 15 vd.; **Palandt/Weidenkaff** (dn. 75), § 437 N. 5.

¹⁰⁹ Türk hukukunda ise TBK m. 219, f. 1'e göre satılarda bulunması beklenen (objektif) niteliklerden sapma halinde satıcının ayıptan sorumlu tutulabilmesi için ayıbın önemli olması aranır, bkz. **Serozan/Baysal/Sanlı** (dn. 4), N. 676; **Tandoğan** (dn. 27), s. 173. Oysa Alman Medeni Kanunu'na göre ayıp önemsiz olsa veya esaslı nitelikte olmasa bile satıcının sorumluluğu doğar, ancak alıcı bu tür ayıplar için dönme hakkını kullanamaz: BT-Drs. 14/6040, s. 218. Giderilmesi mümkün olmayan ayıplar prensipte esaslı sayılır. Ayıbın giderilmesi mümkün ise, satıcının bunun için katlanacağı (dönme hakkının kullanıldığı zaman esas alınarak belirlenen) masraflar satım bedelinin %5'ini aşıyorsa, ayıp yine prensipte esaslı sayılır: BeckOK BGB/**Faust** (dn. 76), § 437 N. 30-31. Ayrıca ayıbın esaslı olma kriterine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. MüKoBGB/**Westermann** (dn. 73), § 437 N. 13-14.

¹¹⁰ Anılan yaptırımlara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. BeckOK BGB/**Faust** (dn. 76), § 437 N. 8 vd.; **Palandt/Weidenkaff** (dn. 75), § 437 N. 5 vd.

¹¹¹ **Atamer**, CISG (dn. 43), s. 288; **Jürgen Basedow**, *Die Reform des deutschen Kaufrechts*, Köln, 1988, s. 53.

tedir. Örneğin DCFR¹¹² m. IV. A. 2:301 (d) ve CESL¹¹³ m. 99 f. 2 de ayıp ve zapt arasındaki ayırımı tümüyle terk etmiş ve sözleşmeye uygunluk kavramının, malın üçüncü kişilerin (fikri haklar dâhil) haklarından ari olması gerekliliğini de içerdiğini açıkça ifade etmiştir. Bu açıdan bütün yaptırımlar paralel şekilde uygulanmaktadır.

III. CISG VE KARŞILAŞTIRMALI HUKUK DÜZENLEMELERİ IŞIĞINDA TBK’NİN ZAPT HÜKÜMLERİNE İLİŞKİN TESPİTLER VE ÖNERİLER

Roma hukukunda satıcının *evictio* sorumluluğunun şartları ile TBK’da satıcının satılanın zaptından sorumluluğunun şartlarının büyük ölçüde benzerlik gösterdiği yukarıda (I) ifade edildi. Yine, CISG’da ve son yıllarda yapılan ulusal reformlarda, Roma hukukundaki zapt anlayışından ne kadar uzaklaşıldığı yukarıda (II) ortaya kondu. Aşağıda ise karşılaştırmalı hukuktaki gelişmelerin gerisinde kalan TBK düzenlemelerinin, bugün asıl ihtiyaç duyulan alanlarda satıcının zapt sorumluluğuna başvurulmasını nasıl önemli ölçüde sınırladığı ve ayrıca alıcıya menfaati doğrultusunda imkânlar sunamadığı hususları irdelenecektir.

1. Zapt Hükümlerinin Sorumluluk Şartları Açısından Cevapsız Bıraktığı Noktalar

Bugün zapt hükümlerinin aşağıda bahsedilecek sorunlara yol açmasındaki temel sebep, Roma’dan kalan anlayıştan kaynaklanır. Gerek Roma gerekse İsviçre-Türk sisteminde satıcının sorumluluğu için satılan üzerinde üçüncü kişinin hak iddiası yeterli olmaz; onun hakkının hem üstün, yani satılanın alıcının elinden alınmasını sağlayacak nitelikte olması, hem de o kişinin alıcıya başvurması üzerine satılanın fiilen alıcının elinden kısmen veya tamamen alınması gerekir. Ancak her şeyden önce

¹¹² v. Bar/Clive/Schulte-Nölke (Ed.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference, Full Edition, 2009.

¹¹³ Common European Sales Law, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law/* COM/2011/0635 final - 2011/0284 (COD) */.

şu husus tekrar vurgulanmalıdır: Roma'da satıcının *evictio* sorumluluğu o günün hukuki anlayışına göre düzenlenmişti; satıcının yalnızca satılanın ihtilafsız (rahat) zilyetliğini devretme borcu vardı ve satılan, malik olmayan alıcının elinden alınırca satıcı sorumlu olmaktadır¹¹⁴. Kısaca, *evictio* sorumluluğu, satıcının satım sözleşmesinde mülkiyeti devir borcunun eksikliğini telafi etme amacı güderdi¹¹⁵. Bugünse satım sözleşmesinde satıcının asli edim yükümlülüğü zaten satılanın mülkiyetinin devridir (TBK m. 210). Bu borç, alıcıya satılan üzerinde tasarruf etme yetkisini içerecek şekilde ve üçüncü kişilerin satılana el uzatma haklarından arınmış, yük-süz, mutlak mülkiyetinin devrini gerektirir¹¹⁶. Dolayısıyla Roma'da *evictio* sorumluluğunun konusu olan şey, aslında bugün satıcının asli borcunun, yani mülkiyeti devir borcunun bir parçası haline gelmiştir¹¹⁷.

TBK'nın, Roma'nın *evictio* sorumluluk anlayışını neredeyse aynen devam ettirmesi, zapt kurumunun günümüzde oynayabileceği rolü ciddi şekilde sınırlamaktadır¹¹⁸. Sorunun iki basamağı vardır: sorumluluğun

¹¹⁴ Rado (dn. 6), s. 96-97.

¹¹⁵ Serozan/Baysal/Sanlı (dn. 4), N. 605; Basedow (dn. 111), s. 52.

¹¹⁶ Serozan/Baysal/Sanlı (dn. 4), N. 575 vd.

¹¹⁷ Nitekim Alman Medeni Kanunu'nda 2002 yılında yapılan reform sonucunda satımda mülkiyeti nakil borcuna aykırılığın zapt hükümleri değil, genel borca aykırılık hükümleri çerçevesinde ele alınacağı kabul görmeye başlamıştır, bkz. BeckOK BGB/Faust (dn. 76), § 435 N. 15; Looschelders (dn. 86), § 3 N. 47; BeckOGK/Gutzeit (dn. 92), § 435 N. 23-25. Ayrıca bkz. Yargıtay 1. HD. 9.1.2018, E. 2015/2170, K. 2018/62: "Bilindiği üzere, zapta karşı tekeffül, satılan malın bir üçüncü kişinin iddia ettiği üstün bir hak yüzünden alıcının elinden alınmasından veya iddia olunan bu hak sebebiyle alıcının mülkiyet hakkını gereği gibi kullanamamasından dolayı satıcının sorumlu olmasıdır. Zapta karşı tekeffül borcu, satıcının mülkiyeti nakil borcunun bir sonucu ve müeyyidesidir. Gerçekten üçüncü kişi kendi mülkiyetini iddia ederek satılanı zapt edecek veya alıcının mülkiyet hakkını ihlal eden bir hak ileri sürecek olursa, satıcı mülkiyeti nakil borcunu tamamen veya kısmen yerine getirmemiş olur. Satıcının mülkiyeti nakil borcunu hiç veya gereği gibi yerine getirmemiş olması halinde mülga 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 96 ve devamı maddelerine (6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu m.112 vd.) dayanmak mümkündür. Ancak pratik bazı düşüncelerle zapta karşı tekeffül hakkında özel hükümler konulmuş ve alıcıya ek bir korunma sağlanmıştır."

¹¹⁸ Zapt kurumunun pratik önemini, eşya hukuku prensipleri karşısında da yitirdiğinden bahsetmek gerekir. Zira taşınırlarda aynı hakların kazanılmasında geçerli iyiniyetin korunması ilkesi ile taşınmazlarda tapu kütüğüne güven ilkesi sayesinde, üçüncü kişinin üstün hakkı birçok kurguda ortadan kalkar: Eren (dn. 25), s. 78; Gümüş (dn. 26), s. 54; Serozan/Baysal/Sanlı (dn. 4), N. 610; Tandoğan (dn. 27), s. 150; ayrıca İsviçre

(i) üçüncü kişinin, satılanın alıcının elinden alınmasını sağlayacak şekilde subjektif üstün bir hakkının var olmasına bağlanması ve (ii) satılanın alıcının elinden kısmen veya tamamen alınmasını gerektirmesi. Bu hakların başında şüphesiz mülkiyet ve sınırlı aynı haklar gelir. Yine tapuya serh verilen kişisel hakların da (alım, önalım, geri alım gibi) zapt sorumluluğuna yol açacağı kabul edilmektedir¹¹⁹. Diğer nispi haklar genelde

hukukunda aynı yönde BSK OR I-**Honsell** (dn. 4), Art. 192 N. 3; **Huguenin** (dn. 27), N. 2553, 2557; ZK-**Schönle/Higi** (dn. 26), Art. 192 N. 2a. Şöyle ki, taşınırлар açısından, TMK m. 988 sayesinde emin sıfatıyla zilyetten iyiniyetle mülkiyet veya sınırlı aynı hak edinimleri korunur. Bunun için satıcının (emin sıfatıyla zilyet) satım konusu taşınırı, malikin elinden rızasıyla çıkması sonucunda edinmesi ve aynı hakkı edinen üçüncü kişi (iyiniyetli) alıcının, satıcının o hakka sahip olmadığını bilmemesi veya bilebilecek durumda olmaması yeterlidir. (Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Mehmet Ayan**, Eşya Hukuku I, 12. Bası, Konya 2015, s. 123 vd.; **Haluk Nami Nomer/Mehmet Serkan Ergüne**, Eşya Hukuku, 2. Bası, İstanbul 2015, s. 64 vd.; **M. Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay Özdemir**, Eşya Hukuku, 19. Bası, İstanbul 2016, s. 107 vd.) Dolayısıyla iyiniyetli alıcı taşınırın zapt edilmesini rizikosuyla karşı karşıya değildir. Alıcının iyiniyeti yalnızca taşınırın malikin elinden iradesi dışında çıktığı hallerde, açık bir ifadeyle, taşınırın çalındığı, unutulduğu, kaybolduğu veya taşınır devredilirken iradenin sakatlandığı ihtimalde korunmaz. Satıcının zapt sorumluluğuna da ancak bu istisnai halde başvurulabilir: **Akçaal** (dn. 25), s. 117; **Eren** (dn. 25), s. 79; **Tandoğan** (dn. 27), s. 151.

Taşınmazlar bakımından ise, tapu kütüğündeki tescile güven sayesinde, alıcının zapt rizikosuyla karşılaşma ihtimali neredeyse hiç yoktur. TMK m. 1023 gereği tapu kütüğündeki (yolsuz) tescile dayanarak mülkiyet veya bir başka aynı hak kazanan iyiniyetli üçüncü kişinin bu kazanımı korunur (tapu sicilinin olumlu etkisi). Hak edinimi için alıcının iyiniyetli olması, açık bir ifadeyle, tapu kaydının yolsuz olduğunu bilmemesi ve bilebilecek durumda olmaması yeterlidir. (Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Ayan**, s. 210 vd.; **Nomer/Ergüne**, s. 123 vd.; **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, s. 232 vd.) Dolayısıyla tapu kütüğüne güvenerek taşınmazı usulünce satın alan ve adına tescil yapılan (iyiniyetli) alıcıya karşı üçüncü kişi, üstün bir aynı hakkı olduğu iddiasında bulunamaz. Zapt tehlikesi olsa olsa alıcının adına yapılan tescilin geçerli olmadığı (iyiniyetin korunmadığı) ihtimallerde gündeme gelebilir. Bu da tasarruf işleminin, tapu kütüğü dışındaki bir unsur nedeniyle (ehliyetsizlik, sahte kimlik, sahte vekaletname gibi) geçersiz olduğu ve bu nedenle alıcının mülkiyeti kazanamadığı bir kurguda mümkündür: **Akçaal** (dn. 25), s. 128; **Ayan**, s. 216; **Çabri** (dn. 37), s. 594; **Nomer/Ergüne**, s. 126.

Alternatif olarak, alıcının gerek taşınır gerek taşınmaz ediniminde iyiniyetli olmadığı, yani mülkiyeti kazanmasının önündeki engeli bildiği veya bilmesi gerektiği, dolayısıyla satılan şeyin “*elinden alınma tehlikesini*” bildiği (ya da bilmesi gerektiği, bkz. dn. 37) ihtimallerde, satıcının zapt sorumluluğuna başvurması zaten kural olarak mümkün değildir (TBK m. 214, f. 2).

¹¹⁹ **Eren** (dn. 25), s. 82; **Gümüş** (dn. 26), s. 55; **Tandoğan** (dn. 27), s. 151; karşı. **Çabri**

bu kapsamda değerlendirilmez¹²⁰. Fikri mülkiyet hakları bakımından ise konu tümüyle tartışmalıdır¹²¹.

Ancak üçüncü kişinin satılan üzerindeki hakkının üstün nitelikte olduğunun tespiti uzun bir yargılama sürecini gerektirir. Bu süreçte hakkın varlığına dair belirsizlik, çoğu zaman alıcının maldan yararlanmasını engeller¹²². Ülkemizde istinaf ve temyiz süreciyle birlikte yargılamanın yıllarca sürme ihtimali nazara alındığında alıcı, satılardan yararlanmadaki menfaatini, hatta satıcıya karşı haklarını ileri sürmekteki menfaatini yitirecektir. Oysa karşılaştırmalı hukuka bakıldığında, bugün satıcının zapt sorumluluğunun temel amacının, alıcıyı satılana dair başkaları tarafından ileri sürülebilecek her türlü hakka (hatta CISG m. 41'e göre bir hakka dayanmayan talebine) karşı korumak olduğu görülür.

(dn. 37), s. 595: Yazar, TMK m. 1020'de düzenlenen tapu kütüğünün aleni olması ilkesine bağlı olarak, alıcının rizikoyu bilmesi gerektiği, dolayısıyla şerh edilmiş kişisel haklar bakımından satıcının zapt sorumluluğuna TBK m. 214, f. 2 uyarınca kural olarak başvurulamayacağı görüşündedir. Alman hukukunda tapuda kayıtlı haklar açısından satıcının, alıcı bu haklardan haberdar olsa bile sorumlu olacağı kabul edilmiştir (BGB § 442 (2)).

¹²⁰ **Akçaal** (dn. 25), s. 151; **Gümüş** (dn. 26), s. 55; **Tandoğan** (dn. 27), s. 152; Yargıtay HGK 20.6.2019, E. 2017/19-1657, K. 2019/744: “Üçüncü kişinin satım konusu mal üzerinde ileri sürdüğü hakkın zaptı sağlayacak nitelikte, yani aynı bir hak ya da üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilecek hâle getirilmiş bir kişisel hak olması gerekir. Bu nedenle yalnız kişisel haklara dayanılarak ya da hiçbir hakka dayanılmaksızın yapılan zaptlardan satıcı sorumlu değildir.” (www.lexpera.com.tr) Öte yandan kira gibi alıcıya karşı kanunen (TBK m. 310, f. 1) ileri sürülmesi mümkün olan nispi hakların zapta neden olabileceği görüşü için bkz. **ZK-Schönle/Higi** (dn. 26), Art. 192 N. 44.

¹²¹ Türk hukukunda üçüncü kişinin satılan üzerinde fikri haklarının da zapt hükümleri altında ele alınacağını kabul eden yazarlar vardır, bkz. **Akçaal** (dn. 25), s. 149; **Eren** (dn. 25), s. 82. İsviçre hukukunda aynı yönde **Huguenin** (dn. 27), N. 2559; **BK OR-Giger** (dn. 27), Art. 192 N. 23; **Hrubesch-Millauer**, Art. 192 N. 2, in: Müller-Chen/Huguenin (Ed.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse, Teil 1: Innominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schenkung, Miete, Leihe, Art. 184–318, 3. Bası, Zürih/Basel/Genf, 2016. Buna karşılık aksi görüş, fikri hak iddialarının maddi ayıp hükümleri altında değerlendirilmesi gerektiğini savunur, bkz. **BSK OR I-Honsell** (dn. 4), Art. 192 N. 2; **ZK-Schönle/Higi** (dn. 26), Art. 192 N. 35. Farklı görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Beat Schönenberger**, “Sach- und Rechtsgewährleistung - eine zeitgemässe Unterscheidung?”, *BJM* 2009 173, s. 183 vd.

¹²² **Kröll et al./Kröll** (dn. 43), Art. 42 N. 10.

Satılan üzerinde üçüncü kişinin hakkı üstün hak kapsamında görüldüğü ihtimallerde zapt hükümlerinin devreye girebilmesi için bu sefer, üçüncü kişinin bu hakkına dayanarak alıcıya karşı zapt girişiminde bulunması ve satılanın alıcının elinden kısmen veya tamamen alınması gerekir. Sırf zapt tehlikesinin varlığı, alıcı satılandan beklediği faydayı elde edemese de zapt sorumluluğuna başvurulması için yeterli değildir¹²³. Yargıtay uygulamasının da bu yönde olduğu anlaşılmaktadır¹²⁴.

Zapta karşı sorumluluğun fikri mülkiyet hakları açısından uygulanabilirliği de bu gerekçelerle çok sorunlu olmaktadır. Zira bu hakların özelliği, alıcının satılan üzerindeki hukuki statüsünü çoğunlukla etkilememesindedir. Alıcı, satılanın mülkiyetini kazanmıştır ve başkasına satıp mülkiyetini devredebilir. Ancak onun satılanı kullanması, satılandan yararlanması etkilenir, örneğin üretim sürecindeki patent ihlali nedeniyle satılan makine kullanılamaz. Bu halde alıcının malik statüsünde bir sorun

¹²³ ZK-Schönle/Higi (dn. 26), Art. 192 N. 39; Huguenin (dn. 27), N. 2567.

¹²⁴ Yargıtay HGK 20.6.2019, E. 2017/19-1657, K. 2019/744: “Dava konusu makineler, davalının zilyetliğinde bulunduğu sırada icra dairesinin işlemi neticesinde alıkonulmakla, davalının zapta karşı tekeffül hükümlerinden yararlanabilmesi için satın aldığı makinelerin üçüncü kişinin üstün hakkı dolayısıyla kendisine karşı açılan bir dava sonucunda elinden çıkması gerekmekte olup, davaya konu makineler icra dairesinin “Teslim Tutanağı” işlemi ile geri alınması nedeniyle davalının zapta karşı tekeffül hükümleri uyarınca talepte bulunması mümkün değildir.” Yargıtay 13. HD. 25.1.2018, E. 2016/26579, K. 2018/656: “Somut olayda çözülmesi gereken uyuşmazlık tarafların bilmemesine rağmen satım anında aslında var olan bir tehlikeye karşı davalı satıcının sorumlu olup olmayacağı ve bu sorumluluğun zapta karşı tekeffül hükümleri doğrultusunda çözümlenip çözülemeyeceğidir. Araç halen davacıda olup yapılan yargılama sonucunda müsadere kararı verilip verilmeyeceği belli değildir. Öyle olunca, davalının bu aşamada zapta karşı tekeffül hükümlerine dayanarak dava açmakta hukuki yararı yok ise de ihtiyati tedbir konulmakla araç hukuki ayıplı hale gelmiştir. Satıcı ayıpların varlığını bilmeseyse bile onlardan sorumludur. Bu durumda taraflar arasındaki uyuşmazlık, Borçlar Kanunu’nun 194 (TBK’nun 219 md.) vd. maddelerinde düzenlenen, ayıba karşı tekeffül hükümleri kapsamında çözümlenmelidir.” Yargıtay 13. HD. 13.3.2013, E. 2013/56, K. 2013/6242: “Borçlar Kanunu’nun 192. maddesi uyarınca aracın tamamen zapt olunması halinde satım münfesih addolunur ve alıcı satıcıdan bu madde uyarınca belirtilen taleplerde bulunabilir. Aracın halen davalının elinde olup olmadığı, başka bir deyişle aracın zapt olunup olunmadığı anlaşılmalıdır. Mahkemece, öncelikle aracın zapt edilip edilmediği, davalının elinde olup olmadığı araştırılmalı, zapt edildiğinin anlaşılması halinde Borçlar Kanunu’nun az yukarıda belirtilen maddeleri gözetilerek satımın feshi...” (www.lexpera.com.tr) Ayrıca başka kararlar için bkz. Akçaal (dn. 25), s. 157, dn. 74.

yoktur, ancak üçüncü kişinin hak iddiası mülkiyetin getirdiği faydalanma hakkını sınırlamaktadır¹²⁵.

Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi zapta karşı tekeffül hükümlerini uygulayamayacağı kanaatine vararak bir patent hakkı ihlalinde ayıp hükümlerini uygulamayı tercih etmiştir. Karara konu olayda, Cenevre menşeli alıcı ile Bern menşeli ithalat faaliyeti yürüten satıcı, belirli bir tükenmez kalem markasını tüm İsviçre’de piyasaya sunmak üzere alıcının münhasırlığı olacağı konusunda anlaşmışlardır. İlk parti kalem alıcıya teslim edilmiş ve bedeli ödenmiştir. Ancak birkaç ay sonra tükenmez kalemlerin başka bir markanın taklit ürünü olduğu ve patent hakkını ihlal ettiği ortaya çıkmıştır. Alıcı kalemleri, başkasının patent hakkını ihlal halinde uygulanan hukuki ve cezai yaptırımları dikkate alarak yeniden satışa sunmamış ve İBK m. 192 (TBK m. 214) uyarınca satıcının zapttan sorumlu olduğunu iddia etmiştir. Ancak Yüksek Mahkeme zapt sorumluluğunun şartlarının oluşmadığı gerekçesiyle, malın satımının hukuken yasak olmasını, İBK m. 197’ye (TBK m. 219) göre, malın değerini veya kullanım amacını önemli ölçüde azaltan bir ayıp olduğuna hükmetmiştir¹²⁶. Bu kararı dayanak alan İsviçre öğretisindeki yazarlar da satılan şeyin yalnızca üçüncü kişinin fikri mülkiyet hakkıyla yüklü olması ve bu nedenle alıcının satılan şeyi satmasının veya kullanmasının (özel hukuk kaynaklı) kısıtlanması halini, zapt değil, hukuki ayıp olarak nitelendirmişlerdir¹²⁷.

Benzer bir durum resim veya isim hakkı gibi kişilik hakkı ihlallerinde de oluşabilir. Kişilik hakkını üstün hak kapsamında gören bazı yazarlar vardır¹²⁸. Ancak üçüncü kişi bu hakkına dayanarak alıcıya karşı zapt girişiminde bulunup satılan alıcının elinden alınmadıkça, alıcının satılardan yararlanamaması, yeniden satılacak bir malsa piyasaya sürememesi zapt sorumluluğuna başvurması için yeterli olmayacaktır.

¹²⁵ **Schwenzer/Hachem/Kee** (dn. 23), N. 33.02.

¹²⁶ BGE 82 II 238, 248.

¹²⁷ BSK OR I-**Honsell** (dn. 4), Art. 192 N. 2; ZK-**Schönle/Higi** (dn. 26), Art. 192 N. 35, Art. 197 N. 79; ayrıca bkz. **Schönenberger** (dn. 121), s. 184.

¹²⁸ **Eren** (dn. 25), s. 82; **Huguenin** (dn. 27), N. 2559; ayrıca bkz. **Schönenberger** (dn. 121), s. 183.

Bu gibi halleri TBK m. 219 vd. hükümlerine göre ayıba karşı tekeffül hükümleri altında ele almanın beraberinde getirdiği en önemli sorun ise 2 yıllık zamanaşımı süresinin uygulanacak olmasıdır. Buna karşılık, zapt hükümleri uygulanacak olsaydı ilgili süre 10 yıl olacaktı. Aynı şekilde ayıp nedeniyle sorumluluk için alıcının ilgili üçüncü kişi hakları ortaya çıktıktan sonra hemen bu konuda satıcıya bildirimde bulunması gerekecektir (TBK m. 223, f. 2). Ayrıca bu ihtimalde alıcı, ayıbın hasar ve yararın geçişinden sonra gözden geçirme ile ortaya çıkarılabilecek türden olduğu savunmasıyla da karşılaşabilir (TBK m. 223, f. 1). Oysa zapt hükümleri uygulansaydı, alıcının gözden geçirme külfeti olmayacaktı.

Aslında TBK'nın (BK'dan farklı olarak¹²⁹) alıcının satılanı üçüncü kişiye mahkeme dışında vermesi ihtimalinde de satıcının zapt sorumluluğunun devam etmesine fırsat tanıdığı (TBK m. 216, f. 2), bu nedenle sırf zapt tehlikesinin varlığında bile eğer alıcı, üçüncü kişinin hakkını tanıyorsa hala satıcıya başvurabileceği savunulabilir. Ancak bu ihtimalde de alıcının “satılanı üçüncü kişiye vermekle yükümlü olduğunu”, dolayısıyla üçüncü kişinin hakkının mevcut ve üstün olduğunu ispat etmesi gerekecektir¹³⁰. Oysa yukarıda açıklandığı üzere, CISG ve karşılaştırmalı hukukta üçüncü kişinin satılana dair bir hakkının (hatta CISG'a göre bir hakka dayanmayan talebinin) var olması yeterlidir. Ne bu hakkın üstün nitelikte olması gerekir ne de malın alıcının elinden alınması¹³¹. Zapt tehlikesi, satıcının sorumluluğu için yeterli görülür, çünkü satıcı mülkiyeti tastamam kazandırmakla mükelleftir. Dolayısıyla alıcının ispat etmesi gereken tek şey üçüncü kişinin mal üzerinde bir hakkının var olması ihtimali veya üçüncü kişinin bu hakkına dayanarak mala ilişkin bir talepte bulunmasıdır¹³².

¹²⁹ Satılanın dava haricinde üçüncü kişiye bırakılması ihtimalinin BK'da düzenlenmediğine ilişkin bkz. yukarıda dn. 29.

¹³⁰ BSK OR I-**Honsell** (dn. 4), Art. 194 N. 2; ZK-**Schönle/Higi** (dn. 26), Art. 194 N. 20, 21.

¹³¹ BSK OR I-**Honsell** (dn. 4), Vor. Art. 192-196 N. 9.

¹³² Alman hukuku için bkz. MüKoBGB/**Westermann** (dn. 73), § 435 N. 18; CISG için bkz. **Schlechtriem/ Schwenger/Schroeter/Schwenger** (dn. 51), Art. 41 N. 25.

Zapt düzenlemelerinin açık bıraktığı başka bir husus, üçüncü kişinin hakkının satım sözleşmesinin kurulmasından sonra, fakat teslimden veya mülkiyetin geçişinden önce ortaya çıkması ihtimalidir. Zira TBK m. 214 zapta neden olacak hakkın en geç sözleşmenin kurulması anında bulunmasını zorunlu kılar. Bu andan sonra ortaya çıkan haklar için alıcı ancak genel borca aykırılık hükümlerine başvurabilir. Oysa zapt sorumluluğu mülkiyetin devri borcunun bir uzantısı, onun tamamlayıcısıdır. Dolayısıyla en azından ayıpta olduğu gibi¹³³ hasarın geçişine (yani prensipte, taşınırlarda zilyetliğin devri ve taşınmazlarda mülkiyetin nakline¹³⁴) kadar oluşan üçüncü kişi hakları satıcının zapt sorumluluğuna neden olmalıdır. Nitekim CISG hukuki ayıp sorumluluğu için teslimi, Alman Medeni Kanunu mülkiyetin naklini esas alır. Hatta hakkın o vakte kadar doğmuş olması şart değildir, o zaman var olan bir hukuki ilişkiden doğması yeterlidir¹³⁵.

Nitekim yukarıda anlatıldığı üzere, CISG ve Kıta Avrupası'nda son yıllarda yapılan kanun reformlarında, zapt sorumluluğu için üçüncü kişinin satılana dair bir hak (veya CISG'a göre hakka dayanmayan bir talep) ileri sürmesi yeterli görülür. Bu hakkın niteliğiyle, hatta gerçekte var olup olmamasıyla veya hakkın muhakkak satım sözleşmesi kurulurken mevcut olmasıyla veya satılanın alıcının elinden kısmen veya tamamen alınmasıyla ilgilenmez. Sonuç itibarıyla, Roma'dan kalan satılanın üçüncü kişinin üstün hakkı nedeniyle alıcının elinden kısmen veya tamamen alınması şartını merkez alan anlayış, bugün satılan üzerinde üçüncü kişinin hak iddiasını yeterli gören bir anlayışa evrilmiştir. TBK ise bu gelişmelerin gerisinde kalmıştır.

¹³³ Satıcının TBK m. 219 vd. hükümleri uyarınca satılana dair ayıptan sorumluluğu için ayıbın hasar ve yararın geçiş anında mevcut olması gerekir: BSK ORI-**Honsell** (dn. 4), Art. 197 N. 11; **Serozan/Baysal/Sanlı** (dn. 4), N. 724.

¹³⁴ TBK m. 208 hükmüne ilişkin bkz. **Yeşim M. Atamer**, Yeni Türk Borçlar Kanununda Taşınır Satımı Sözleşmesi, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, Mehmet M. Inceoğlu (Ed.), İstanbul, 2012, s. 189 vd. (atıf: Atamer, Sempozyum).

¹³⁵ Bkz. yukarıda dn. 97.

2. Zapt Hükümlerinin Yaptırımlar Açısından Yarattığı Sakıncalı Sonuçlar

TBK'nın zapta bağladığı sonuçlar da, özellikle ayıba bağlanan sonuçlar ile karşılaştırıldığında son derece sorunludur. Üçüncü kişinin üstün hakkına dayanarak alıcıya karşı zapt girişiminde bulunması ve alıcının satılanı üçüncü kişiye vermesi üzerine satıcının zapt sorumluluğunun doğduğu kurgularda, alıcı tam zapt halinde sözleşmenin kendiliğinden sona ermesi ve kısmi zapt halinde kural olarak tazminat istemiyle baş başa kalır. TBK m. 227'de ayıp halinde alıcıya tanınan, benzeri ile değiştirilmesini isteme veya bedel indirim hakkı zapt ihtimalinde yoktur. Oysa satıcının satılanın ayıplarından ve satılana dair üçüncü kişilerin haklarından (zaptından) sorumluluğu, sözleşmeye uygun şekilde malın mülkiyetini devir borcunun bir uzantısıdır. Her iki sorumluluğu ayrı sonuçlara bağlamanın bugün için haklı bir gerekçesi yoktur¹³⁶. Nitekim CISG düzenlemelerine ve karşılaştırmalı hukuktaki gelişmelere bakıldığında, her iki sorumluluk türüne sözleşmeye aykırılık penceresinden bakılır ve aynı sonuçlar bağlanır.

Zapt ile ayıp sorumluluğunun ayrı yaptırımlara bağlanması özellikle bu ayırımın güç olduğu kurgular açısından sakıncalıdır. Zapta neden olan üçüncü kişinin üstün hakkının özel hukuktan kaynaklı subjektif nitelikte olması buna karşılık ayıba neden olan durumun ise kamu hukukundan kaynaklı objektif nitelikte olması ayırımı genelde önerilmektedir¹³⁷. Örneğin bir makine yasal teknik gereklilikleri taşıyorsa veya

¹³⁶ Parça borcunun asıl borç tipi olduğu, çeşit borcunun ancak çok sınırlı hallerde kabul gördüğü Roma hukukunda zapt halinde malın yerine yenisinin verilmesinin mümkün olmaması mantığı ile çalışılması doğaldır. Oysa günümüzde her şeyin yerine yenisinin ikame edilebildiği ekonomik düzenlerde yaşamaktayız. Dolayısıyla zaptın, imkânsızlık nedeniyle *ipso iure* sözleşmeyi sonlandırması bugün için uygun bir çözüm teşkil etmemektedir. Konuya ilişkin bkz. **Rona Serozan**, Parça Borcu – Çeşit Borcu, Aşılması Gerekliliği Bir Ayırım, MHAD, C. 3, S. 5, 1969, s. 211-238.

¹³⁷ **Serozan/Baysal/Sanlı** (dn. 4), N. 683; **Tandoğan** (dn. 27), s. 152; karş. Yargıtay 13. HD. 15.9.2011, E. 2017/10479, K. 2011/12688: "BK'nın 189. maddesinin birinci bendinde, "satıcı, satılan şeyin bir üçüncü şahıs tarafından satımın akdi zamanında mevcut bir hak sebebi ile tamamen veya kısmen zapt edilmesinden alıcıya karşı mes'ul ve zamindir." yazılıdır. Madde metninden de açıkça anlaşılacağı gibi mevcut ayıp ister subjektif bir haktan, isterse objektif bir hukuk kuralından doğmuş olsun satıcı, devrini taahhüt edip gerçekleştirdiği

inşaat yapmak üzere satın alınan bir taşınmaz gerçekte kamu hukuku kaynaklı yapı yasağına tabiyse ayıp; bir taşınmaz üçüncü kişinin sınırlı aynı hakkıyla yüklüyse zapt söz konusu olacaktır¹³⁸.

Ancak ayırım her zaman bu kadar bariz değildir. Nitekim Yargıtay'ın da kararlarında zapt ile ayırımında güçlük çektiği anlaşılmaktadır. Yüksek Mahkeme devirden önce satım konusu taşınmazın bir kısmının şehir planı uyarınca yol için ayrılmış olmasını kısmi zapt olarak yorumlamıştır¹³⁹. Yine başka bir kararında Yargıtay, satım sözleşmesi kurulurken malın hacizli olmasından dolayı satıcıyı ayıptan sorumlu tutmuştur¹⁴⁰. Neticede Yargıtay ayıp perspektifinden bakarsa alıcı TBK m. 227'deki seçimlik hakları kullanabilecekken, zapt perspektifinden bakarsa tam zapt halinde sözleşmenin otomatik olarak sona ermesi (TBK m. 217), kısmi zapt halinde ise sözleşmenin ayakta kalması ve zararların tazmini (TBK m. 218) olasılıkları var olacaktır. Elinden mal kısmen alınmış olan alıcı, sözleşmeyi ayakta tutmak istemezse ancak malın kısmen zapt edileceğini bilseydi sözleşmeyi kurmayacağını ispat ederek hâkimden sözleşmeyi sonlandırmasını isteyebilecektir. Zapt ile ayıp sorumluluğunun yapti-

hakkın kendi malvarlığında mevcut olduğu yönünü de zamindir. Devredilen hak, herhangi bir nedenle devri taahhüt edilen hakka uygunluk göstermiyorsa satıcı bundan sorumludur." Aynı yönde Yargıtay 13. HD. 26.6.2019, E. 2019/2006, K. 2019/7761 ve 27.6.2011, E. 2011/2156, K. 2011/10211. (www.lexpera.com.tr)

¹³⁸ **Gümüş** (dn. 26), s. 53; BSK OR I-**Honsell** (dn. 4), Vor. Art. 192-196 N. 5.

¹³⁹ Yargıtay 5. HD. 23.3.1948, E. 811, K. 320, karar için bkz. **Akçaal** (dn. 25), s. 97, dn. 184; **Tandoğan** (dn. 27), s. 152.

¹⁴⁰ Yargıtay TD. 2.3.1971, E. 1970/3656, K. 1971/1618, karar için bkz. **Tandoğan** (dn. 27), s. 153, dn. 18b; ayrıca başka kararlar için bkz. **Akçaal** (dn. 25), s. 98. Ayrıca Yargıtay kararlarında ayıp ve zapt terminolojilerinin karıştığı da görülmektedir, örn. bkz. Yargıtay 13. HD. 27.6.2005, E. 2005/4861, K. 2005/10819: "Davacı tarafın temyiz itirazlarına gelince; dava satılan aracın hukuki ayıplı çıkması ve zapt edilmesi nedeniyle uğrılan zararın tazminine ilişkindir. Dava konusu aracın hasarlı olarak 20.11.2000 tarihinde sigorta şirketinden satın alınarak yine aynı tarihli harici sözleşme ile davacı tarafa satıldığı ve bilahare yapılan araştırma ve incelemede aracın çenç olduğunun belirlenmesi üzerine zapt edildiği anlaşılmaktadır [Yargıtay uygulamasında çenç, kaza yapmış aracın şase ve motor numarasının çalıntı araca monte edilmesi anlamında kullanılmaktadır, YMA/ZAS]. (...) Böyle olunca 20.11.2000 tarihli hasarlı oto satış sözleşmesinde açıkça satıcı gözükken davalı S. Otomotiv İth. İhr. Paz. Ltd. Şti. de satıcı olarak satılanın zaptından dolayı BK.nun 189 ve devamı maddeleri gereğince sorumludur."

rımlarının paralel düzenlendiği CISG ve Alman Medeni Kanunu'nda ise ayırımın bu derece bir önemi yoktur.

Alıcının menfaati büyük ölçüde aynı olduğu halde, anılan üç hükümün (TBK m. 217, 218 ve 227) yarattığı tutarsızlıkları sıralamak gerekirse¹⁴¹: (i) Tümüyle ayıplı bir mal teslim edilmiş olan hallerde sözleşme ayakta kalır ve alıcı isterse dönme hakkını kullanırken, tam zaptta sözleşme kendiliğinden sona erer; (ii) alıcı tam zapta rağmen o sözleşmeyi ayakta tutmak ve satıcının kendisine yeni bir mal vermesini (değiştirme) istiyorsa sözleşme kendiliğinden sona erdiği için bu hakkı elinden alınır; (iii) kısmi zapt halinde, kısmi ayıpta olduğu gibi (m. 230) alıcı dönme yenilik doğuran hakkını kendi başına kullanamaz ve bu sonucu hâkimden istemek zorunda kalır; (iii) kısmi zapt halinde alıcıya semenin indirilmesi veya değiştirme hakları tanınmaz; (iv) tam zaptta doğrudan zararlar için kusur aranmaksızın tazminat isteme imkânı verilirken, kısmi zaptta bu husus açık bırakılmıştır¹⁴².

SONUÇ YERİNE: *DE LEGE FERENDA* ÖNERİLER

Öncelikle, Alman hukukunda olduğu gibi, yapılacak bir yasa değişikliğinde kavramların artık 'hukuki ayıp' ve 'maddi ayıp' olarak kullanılması daha doğru gözükmektedir, zira malın alıcının elinden 'zapt' edilmesi bu hükümlerin uygulanması açısından bir ön koşul olmamalıdır. Ancak aşağıda anlaşılabilirlik adına zapt kavramını kullanmaya devam edeceğiz.

Ayıp ile zapt sorumluluğunun ön koşullarının, bugün olduğu gibi ayrı düzenlemelere tabi olmasında bir sakınca yoktur¹⁴³. Nitekim CISG ve karşılaştırmalı hukukta da yaklaşım bu yöndedir¹⁴⁴. Her ne kadar CISG'ı takip ederek, satılan malın fikri hak ihlaline sebep olması halı,

¹⁴¹ **Atamer**, Sempozyum (dn. 134), s. 219.

¹⁴² Bkz. yukarıda dn. 35.

¹⁴³ Aynı yönde **Yeşim M. Atamer/Mirjam Eggen**, "Reformbedürftigkeit des schweizerischen Kaufrechts – eine Übersicht", ZBJV, Band 153, 2017, s. 781; karş. Schönenberger (dn. 121), s. 187.

¹⁴⁴ Yalnız zapt ile ayıp sorumluluğunu beraber düzenleyen Avusturya Medeni Kanunu buna bir istisna oluşturur (ABGB § 922).

daha sonra CISG'dan esinlenen kanunlarda ayrı bir düzenlemeye vesile olmamışsa da¹⁴⁵ kanımızca bu hususun da ayrı düzenlenmesinde fayda vardır. Zira satım konusu malın alıcısı tarafından ticari amaçlı kullanıldığı kurgularda, örneğin makinenin içindeki bir parçanın üçüncü kişinin patent hakkını, otele satılan mobilyanın üçüncü kişinin tasarımını veya satılan gömleklerin marka hakkını ihlal etmesi halinde satıcının sorumluluğunun hangi çerçevede var olacağına tespit edilmesi önemlidir¹⁴⁶. Bu bağlamda, özellikle CISG'in yaptığı gibi satıcının sorumluluğunu kast ve ağır ihmâl halleri için sınırlamak, ayrıca başka bir ülkenin fikri mülkiyet kurallarının uygulanabilir olduğu satımlar (örneğin satıcının bilgisi dahilinde alıcının malı Türkiye dışına ihraç edecek olması) özelinde bölgesel bir sınırlamaya gitmek anlamlı gözükmemektedir.

Diğer yandan *de lege ferenda* düzenleme açısından vazgeçilmez iki husus vardır: (i) zapttan sorumluluk anlayışının Roma hukukundan uzaklaştırılarak günümüz zapt anlayışına yaklaştırılması ve bu amaçla, satıcının sorumluluğu için üçüncü kişinin hakkının varlığının yeterli görülmesi ve (ii) ayıp ile zapt sorumluluğunun yaptırımlarının paralel düzenlenmesi. *Rabel*'in henüz 1958 yılında haklı olarak belirttiği gibi, “Zapt (hukuki ayıp), (maddi) ayıpla aynı kurallara tabi olmalıdır. Ayıp ve zaptın tarihi ayrımı eskide kalmıştır. Alıcının üçüncü bir tarafın patentini veya lisansını ihlal etmeden kullanamayacağı bir makine, sözleşmeye aykırı bir makinedir¹⁴⁷.” Makinenin bozuk olması sonucu kullanılamaması da farklı bir sonuç doğurmamakta, sözleşmenin ihlali anlamına gelmektedir. Her iki durumda da alıcı makineyi amaçlandığı şekilde kullanamaz,

¹⁴⁵ Ingeborg Schwenzer/Christiana Fountoulakis (Ed.), *International Sales Law*, 2007, s. 337.

¹⁴⁶ 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu (10.1.2017 tarih ve 29944 sayılı Resmî Gazete) m. 153, f. 1 uyarına “Sınai mülkiyet hakkı sahibi, hakkına tecavüz eden tarafından piyasaya sürülmüş ürünleri kişisel ihtiyaçları ölçüsünde elinde bulunduran veya kullanan kişilere karşı, bu Kanunda yer alan hukuk davalarını açamaz veya ceza davası açılması için şikâyetle bulunamaz.” Dolayısıyla zapt hükümleri ancak iki tarafın tacir olduğu satım sözleşmelerinde önem kazanacaktır.

¹⁴⁷ Ernst Rabel, *Das Recht des Warenkaufs*, 2. Band, Tübingen, 1958, s. 288: “Für Rechtsmängel sollte dagegen dasselbe gelten wie für Sachmängel. Ihre historische Unterscheidung ist längst überholt. Eine Maschine, die der Käufer nicht benutzen kann, ohne das Patent oder das Lizenzrecht eines Dritten zu verletzen, ist eine vertragswidrige Sache.”

ondan faydalanamaz. Satıcının sorumluluğu için, üçüncü kişinin hakkına dayanarak malı zapt etmesi gerek olmadığı gibi hakkını ileri sürmesi dahi önem taşımaz. Hakkın varlığı yeterli görülmesi, satıcı bu sözleşmeye aykırılıktan sorumlu olmalıdır. Diğer yandan, sorumlulukları apayrı yaptırımlara tabi kılmanın da bir gereği yoktur. Hem böylece, somut olayda satılan üzerindeki hakkın ayıp sorumluluğuna mı, yoksa zapt sorumluluğuna mı yol açtığı sorunsalı, en azından alıcının sahip olduğu imkânların paralel düzenlenecek olması nedeniyle önem arz etmeyecektir.

Üçüncü kişinin hakkının aranması gereken an satım sözleşmesinin kurulmasıyla sınırlı olmamalıdır. Bu an, satıcının mülkiyeti devir borcunun bir uzantısı olarak, ya ayıpta olduğu gibi hasar ve yararın geçişine ya da doğrudan mülkiyetin nakline bağlanmalıdır. Böylece satım sözleşmesinin kurulmasından sonra ortaya çıkan haklar bakımından genel hükümlere gidilmesi, yani başka yaptırımlar uygulanması da önlenmiş olur.

Alıcının sadece bildiği değil, ağır ihmali ile haberdar olmadığı üçüncü kişi hakları bakımından da satıcının sorumlu olmadığını açıklığa kavuşturmak doğru gözükmektedir. Satıcı bu hakları kasten gizlememiş veya var olmadıklarını ayrıca taahhüt etmemişse sorumlu olmamalıdır. Taşınmazlarda tapuya kayıtlı üçüncü kişi hakları açısından Yasa Koyucunun bir hukuk politikası tercihinde bulunması gerekir. Ya bunların alıcı tarafından her zaman bilineceği gerekçesi ile satıcının sorumlu olmayacağı ya da Alman hukukunda olduğu gibi alıcı bunları bilse bile satıcının sorumluluğunun devam edeceği kabul edilebilir. İkinci çözüm, bu tür bir bilgiye ulaşmanın satıcı açısından çok daha kolay olacağı ve alıcının bunu son aşamada tapuda işlem yapılırken görme ihtimalinin yüksek olduğu gerçeği karşısında daha anlamlı gözükmektedir.

Zamanaşımı açısından ayıp ve zapt için ayrı süreler öngörülmesinin gerekli olup olmadığı yine bir hukuk politikası tercihidir. Bu konuda muhtelif modeller vardır. Örneğin Avusturya Medeni Kanunu'nda ayıp ve zapt arasında hiçbir ayırım yapılmamış, ancak zaman aşımı süreleri konusunda ayıpta teslimden itibaren 2 yıl buna karşılık zaptta, alıcının üçüncü kişinin hakkı konusunda bilgi sahibi olmasından itibaren 2 yıllık bir sürenin işleyeceği öngörülmüştür (§ 933 ABGB). Bunun sonucu

olarak zapt hallerinde bir üst süre olmadığı için satıcının sorumluluğu hep devam etmektedir. Bu düzenlemenin eşitliğe aykırı olduğu iddiası ile Avusturya Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bir başvuru 2016 yılında reddedilmiştir¹⁴⁸. Mahkemenin en önemli gerekçesi, zapt hallerinin (tapuda işlenmiş haklar dışında) alıcı açısından hep gizli kalacağı noktasıdır. Gizli ayıpların da aynı şekilde tespit edilemeyeceği iddiasını ise Mahkeme yeterli bir gerekçe olarak kabul etmemiştir.

Buna karşılık, Alman Medeni Kanunu § 438 üçüncü kişi tarafından ileri sürülen hakkın niteliğine göre bir ayırım yapmaktadır. Hem maddi ayıp hem de hukuki ayıp (zapt) için birlikte uygulanan bu maddeye göre ayıp üçüncü kişinin bir ayni hakkına dayanıyorsa ve buna bağlı olarak satılanın alıcının elinden alınması mümkünse satıcının sorumluluğu 30 yıllık zamanaşımı süresine tabi olur. Aynı şekilde tapuya kayıtlı diğer bir hakkın varlığı da 30 yıl boyunca satıcının sorumluluğuna gidilebilmesi imkânı verir. Diğer üçüncü kişi hakları açısından ise, kural olarak, genel zamanaşımı süresi olan 2 yıllık süre uygulanır.

Türk hukukunda yapılacak olan bir revizyonda da satıcının zapt sorumluluğu için zamanaşımı sürelerini, üçüncü kişinin hakkının türüne göre düzenlemek doğru gözükmemektedir. Malın alıcının elinden alınmasına sebep olan üçüncü kişinin mülkiyet hakkı iddiası açısından, taşınmazlarda olağan kazandırıcı zamanaşımı süresinin, Alman hukukundan farklı olarak, İsviçre-Türk hukukunda 10 yıl olduğu düşünülecek olursa (TMK m. 712) 10 yıllık bir süre yeterli gözükmemektedir. Yine diğer tapuya kayıtlı haklar açısından da 10 yıllık bir sorumluluk süresi uygundur. Diğer üçüncü kişi hak iddiaları ise 2 yıllık standart zamanaşımı süresine tabi olmalıdır. Üçüncü kişinin fikri hakkını ihlal eden bir ürünün satılması halinde satıcının sorumluluğunun tabi olacağı zamanaşımı süreleri ayrı bir tahlili gerektirmektedir. Kural olarak, 2 yıllık bir süre yeterli gözükmemekle beraber sicile kayıtlı olan patent veya marka hakları açısından daha uzun bir sürenin öngörülmesi düşünülebilir.

¹⁴⁸ VfGH G 418/2015; **Verena Cap**, "Neuere Entwicklungen im Fristenregime des Gewährleistungsrechts", ÖJZ 2018, s. 245 vd.