

# Türk Hukukunda ve Uluslararası Antlaşmalarda Hasarın İntikali

## Transfer of Risk of Loss in Turkish Law and International Treaties

Almila Özkan (Bilkent University, Turkey)  
Ayşe Sena Aksakallı (Bilkent University, Turkey)

### Abstract

The risk of loss refers to the value of the goods that were damaged or destroyed without responsibilities of any party. While the matter of risk of loss differs from legal systems to legal systems, it has been subject to international treaties as well. In Turkish legal system, the abrogated Code of Obligation and Turkish Code of Obligations have different features in terms of transfer of risk of loss. According to abrogated Code of Obligation, the buyer is responsible for the value of the damaged goods as soon as the parties sign the contract. In Turkish Code of Obligations, the seller bears the risk of loss until the delivery of goods or registration. Turkish Code of Obligation is compatible with civil law. And abrogated Code of Obligation is compatible with common law system. There are rules regarding transfer of risk of loss in many international treaties. By the way, it must be stated that rules of transfer of risk of loss in Vienna Convention are compatible with Turkish Code of Obligations.

### 1 Giriş

Hasar, satılan malın tarafların iradesi dışında uğradığı zarar anlamına gelmektedir. Yani, satılanın taraflardan birinin sorumlu olmadığı sebeplerden dolayı telef olması veya değerinin azalması hasarı ifade etmektedir. Hasarın intikali, hasara kimin katlanacağı konusunun belirlenmesini gerektirmektedir. Hasarın intikali konusu, hukuk sistemleri arasında farklılıklar göstermektedir.

Hasarın intikal etmesi için geçerli bir satış sözleşmesinin mevcut olması ve hasarın taraflara yükletilemeyen beklenmedik bir hal yüzünden meydana gelmesi ve hasar sözleşmenin kurulması ile malın teslimi arasındaki bir zamanda meydana gelmesi gerekmektedir.

Bu makalede önce Türk hukuk sisteminde hasarın anlamı belirlenecek, Türk Borçlar Kanunu hasar düzenlemelerinden hareketle tespitler yapılacaktır. Sonra Kıta Avrupa'sı ve Anglo - Sakson hukuk sistemi ile uluslar arası hukuktaki düzenlemeler ve hasar anlayışı ortaya konulacaktır.

### 2 Hasar

#### 2.1 Hasar ve Hasarın İntikal

Türkçe'de hasar terimi, Almanca'da "gefahr", Fransızca'da "risque", İngilizce'de "risk" ve Lâtincede "periculum"a karşılık gelmektedir. Bu terimler, tehlikeyi ifade etmek için kullanılmaktadır. Bu tehlike, sözleşmenin taraflarından hangisinin ne zamandan itibaren hasara katlanmak zorunda kalacağına ilişkin bulunmaktadır. Bu tehlikeye satıcının mı alıcının mı maruz kalacağı doktrinde "hasarın intikali" (gefahrübergang), ya da "hasarın aidiyeti, hasara katlanma" (gefahrtragung) kavramıyla ifade edilmektedir (Akıntürk, 1966).

Hasar, satılan malın ilgililerin yani tarafların iradesi dışında uğradığı zarar anlamına gelmektedir. Yani, satılanın taraflardan birinin sorumlu olmadığı sebeplerden dolayı telef olması veya değerinin azalmasıdır. Tarafların sorumlu olmadığı haller ise mücbir sebep ve umulmayan haller olarak belirtilebilir.

Hasarın daha iyi anlaşılabilmesi için malda öncelikle kötüleşme olmalıdır. Kötüleşme, malın telef olması veya değerinin azalmasıdır. Belirtmek gerekir ki kötüleşmeye tarafların neden olmaması gerekmektedir. Yine kötüleşmenin, sözleşmenin kurulması ve ifa arasındaki dönemde (zamanda) gerçekleşmesi önem taşımaktadır. Sözleşme kurulmadan önce bir hasar gerçekleşirse başlangıçtaki imkansızlık söz konusu olacaktır. Eğer, teslimden sonra ortaya çıkar ise bozukluk ayıplı ifa anlamını taşıyacaktır.

Hasar, sözleşmenin kurulması ile taşınırlarda zilyetliğin devri, taşınmazlarda ise tescil anına kadar geçen zamanda sözleşme konusu malın başına satıcıdan kaynaklanmayan ve umulmayan bir hal gelmesi sonucu malın tamamen veya kısmen yok olması (Eren, 2018) olarak açıklanabilir.

Hasar Yargıtay kararlarında da tanımlanmıştır. Yargıtay, hasarı ve yararı tanımlarken, sözleşmenin doğumundan sonra fakat ifasından önceki aşamada (devrede) sözleşme konusu malda meydana gelen doğal ve hukuki semereler ile malda oluşan ve "onun bozulması, kötüleşmesi, telef olması gibi sonuçlar yaratan zararlı hallerin alıcıya hangi andan itibaren geçmiş olacağının belirlenmesi (Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, E. 1994/6197, K. 1994/7587, K.T. 15.9.1994)" değerlendirmesini yapmaktadır.

Satım sözleşmesinde hasarın intikali konusunun anlaşılması için öncelikle satış sözleşmesinin bilinmesi gerekmektedir. Satış sözleşmesi, Türk Borçlar Kanunu'nun 207. maddesinde şöyle tarif edilmiştir: "Satış sözleşmesi, satıcının, satılanın zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretme, alıcının ise buna karşılık bir bedel ödeme

borcunu üstlendiği sözleşmedir”. Bu tanımdan anlaşılacağı gibi satım sözleşmesi “iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme” dir.

Taraflar, hem borçlu hem de alacaklı durumundadır. Gerçekten satıcı, kararlaştırılan bedeli istemek açısından alacaklı durumdadır ancak sözleşme konusu malın zilyetliğinin ve mülkiyetinin devredilmesi konusunda borçludur. Benzer şekilde, alıcı bedeli ödemesi bakımından borçlu, satılan malın zilyetlik ve mülkiyetini kazanması açısından alacaklı durumdadır.

Sözleşmenin yapılması ile satılanın mülkiyeti alıcıya geçmez, sadece tarafların hak ve borçları doğar. Satılanın mülkiyeti ancak, satıcının borcunu ifa etmesi sonunda alıcıya geçer; bu, taşınır mallarda alıcıya “teslim” (MK. m. 763), taşınmazlarda ise tapu siciline “tescil” (MK. m.705) ile geçeceği anlamına gelmektedir. Borcun ifası ile ilgili olan bu işlem tasarruf işlemi olmaktadır. Anlaşılacağı üzere, derhal ifa edilmeyen satım sözleşmelerinde, borçların doğumu ile ifaları arasında bir süre geçmektedir. Bu anlamda hasarın intikali, sözleşmenin yapılması ile tasarruf işlemi arasındaki bu zamanda ortaya çıkan bir konu (Akıntürk, 1996) olmaktadır.

Hasarın intikali, hasara kimin katlanacağı belirlenmesi bakımından, önem taşımaktadır. Örneğin, satıcı teslim borcunu yerine getirirken, alıcıdan bedeli isteyemeyecekse, böyle bir durumda “hasarın satıcıya intikali”nden söz edilecektir. Eğer alıcı, satılanı elde edememesine rağmen bedeli ödemekle yükümlü olacaksa veya önceden ödemiş olduğu bedelin kendisine iadesini artık talep edemeyecekse, bu durumda “hasarın alıcıya intikali” söz konusu olur.

Sonuç olarak, hasarın intikal etmesi için gerekli şartlar; geçerli bir satış sözleşmesinin mevcut olması ve hasarın taraflara yükletilemeyen beklenmedik bir hal yüzünden meydana gelmesi ve hasar sözleşmenin kurulması ile malın teslimi arasındaki bir zamanda meydana gelmesi (Eren, 2018) gerekmektedir.

## 2.2 Türk Hukuk Sisteminde Hasarın İntikalinin Düzenlenmesi

Hasarın intikali, Türk hukukunda 2012 öncesi ve sonrası dönemlerde farklı nitelik göstermektedir. Eski düzenlemeye göre hasar, kural olarak, sözleşme kurulduğu andan itibaren alıcıya geçmektedir .

Cins borç ile parça borç arasında bazı farklar düzenlenmiştir. Buna göre satım sözleşmesinde hasarın alıcıya geçmesi için satım sözleşmesinin yapılma anı esas alınmıştır fakat bazı yasal koşullar bulunmaktadır. Bu koşullardan birisinin bulunmaması durumunda belirtilen kural uygulanamaz. Bu koşullardan biri satılanın muayyen (belirli) olması koşuludur. BK’nun 183/II maddesi gereğince sözleşme konusu malın ayırt edilmiş olması aranmıştır (Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, E.1994/6197, K. 1994/7587, K.T. 15.9.1994).

Eski Borçlar Kanunu’nun 183.maddesinin 2.fıkrasında; cins borç parça borç ayrımını düzenleyen bu hüküm ve aynı hükmün 3.fıkrasında düzenlenmiş olan geciktirici koşula bağlı olan satış sözleşmesinde hasarın alıcıya geçmesi ile ilgili hükümler yeni Türk Borçlar Kanunu’nda düzenlenmemiştir.

Yeni Türk Borçlar Kanunu ile yapılan düzenlemeye göre parça borçları biricik olduğu ve nitelikleriyle özel belirlenmiş olduğu için, henüz ifa edilmeden borçluya yüklenemeyen sebepler dolayısıyla yok olduğu takdirde sonraki imkansızlık söz konusu olur ve borçlu borcundan kurtulur çünkü borç sona erer. TBK’nun 136. maddesine göre çeşit borçlarında da ilke olarak bu kural geçerlidir. Maddenin 1. fıkrasındaki düzenlemede beklenmedik hal söz konusudur. İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borcundan bu şekilde kurtulan borçlunun sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak aldığı edimi geri vermesi gerekir. Buradan anlaşılacağı gibi 136. maddenin ikinci fıkrası sonraki kusursuz imkansızlık durumlarında hasara borçlunun katlanması gerektiğini düzenlemiştir.

Hasar, “maddi edim hasarı” ve “bedel hasarı” olarak ikiye ayrılmaktadır. “Maddi edim hasarı” satılan malın sözleşme kurulmasından sonra taşınırlarda zilyetliğin devri veya taşınmazlarda tescile kadar olan sürede başına gelecek hasara rağmen satıcının ifa yükümlülüğü devam ediyorsa maddi edim hasarı satıcıya aittir. “Bedel hasarı” ise alıcının malı devralamamasına rağmen satıcıya bedeli ödemek zorunda olması durumudur. Eğer alıcı ödemeyecek idiyse bedel hasarı satıcıya aittir. Kanun’un 208. maddesinde düzenlenen hasar bedel hasarıyla ilgili olup buna göre beklenmedik olay yüzünden yok olan malın, satıcı bedel hasarına katlanacak ve alıcıdan bedeli isteyemeyecektir. Üstelik edim hasarı alıcıya ait olacak, alıcı malın ifasını satıcıdan isteyemeyecektir (Eren, 2018).

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu hasarın intikali konusunda değişik düzenlemeler içermektedir. Kanun’un 208. maddesinin birinci fıkrasında “Kanundan, durumun gereğinden veya sözleşmede öngörülen özel koşullardan doğan ayrık haller dışında, satılanın yarar ve hasarı; taşınır satışlarında zilyetliğin devri, taşınmaz satışlarında ise tescil anına kadar satıcıya aittir.” hükmü yer almaktadır.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun gerekçesinde ise 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun 183. üncü maddesinin birinci fıkrasında, parça borçlarında hasarın, kural olarak sözleşmenin kurulduğu anda alıcıya geçtiğinin düzenlenmiş olduğu belirtilmiş ve Türk Borçlar Kanunu’nda, hasarın, satılan malın mülkiyetinin, borçlandırıcı işlem özelliği taşıyan satış sözleşmesinin yapıldığı sırada değil, tasarruf işlemi özelliğindeki zilyetliğin devri işlemi veya tescil işleminin yapıldığı sırada alıcıya devredildiği zaman alıcıya geçtiği düzenlenmiştir.

Belirtmek gerekir ki milletlerarası satım sözleşmelerinin içerdiği kurallarda da, hasarın teslim anında alıcıya intikal etmesi gerektiği kabul edilmiştir. Bu sebeple, kanun tasarısında 818 sayılı Borçlar Kanunu’ndaki hükümden değişik olarak, satış sözleşmelerinde hasarın, taşınır mallarda zilyetliğin devri, taşınmaz mallarda ise tescil anında alıcıya geçtiği kural olarak kabul edilmesi uluslararası antlaşmalarla da uyum içindedir.

Eski düzenlemede alıcının, henüz mülkiyet hakkı sahibi olmadığı sözleşme konusu malın hasarına katlanmak ve satış bedelini ödemek zorunda kalması, hakkaniyete uygun değildi. Bu nedenle TBK'nun 208. maddesinde hasarın satıcıya geçişini taşınırda, zilyetliğin devri; taşınmazlarda ise tescil anı olduğu şeklinde yapılan yeni düzenleme ile birlikte buna istisnalar getirilmiştir. İstisnalardan biri, TBK'nun 136. maddesinin 2. fıkrasında “borcun ifasından önce hasara alacaklının katlanması gerektiğini düzenleyen kanun veya sözleşmeden doğan özel durumlar bu hükmün dışındadır” denilmesidir. Fakat taraflar sözleşmelerine, TBK'nun 136 ve 208. maddelerden farklı olarak hasarın hangi tarafa ait olacağına ilişkin hüküm koyabilirler (Eren, 2018). İkinci istisna ise 208. maddenin ikinci fıkrası, 818 sayılı Borçlar Kanununda düzenlenmeyen sonradan eklenen bir hükümdür. Hükme göre, taşınır mal satışlarında, alıcı temerrüde düşer ve sözleşme konusu malın zilyetliğini devralmada gecikirse taşınır malın hasarı, zilyetliğin devri gerçekleşmesi gereken zamanda sanki uygun olarak devir gerçekleşmiş gibi alıcıya geçecektir. Son fıkrasında ise önceki kanunda olmayan bir düzenleme vardır. Bu düzenleme üçüncü istisna olarak düzenlenmiştir. Satıcı alıcının talebi ile satılan malın sözleşmede kararlaştırılan ifa yerinden farklı bir yere gönderilmesi halinde, hasar, malın taşıyıcıya teslim edilmesi ile alıcıya intikal edecektir. Bu durumda da bazı değişik uygulamalar söz konusu olabilir. Örneğin, taşıyıcı ile satıcı arasında hizmet sözleşmesi kurulmuşsa yani taşıyıcı satıcı için çalışıyor ise hasar, sözleşmenin konusu olan malın taşıyıcıya teslim edilmesi ile geçmez, alıcıya ulaşması ile alıcıya geçer (Eren, 2018).

Eski kanun ile yeni kanun arasındaki bir diğer fark ise yeni Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nda, hasarın hangi ana kadar satıcıya ait olacağı düzenlenmiştir fakat 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda, satılanın hasarının hangi anda alıcıya intikal edeceği düzenlenmiştir.

Kanun gerekçesinde, Tasarının 244. maddesinde taşınmaz satışlarıyla ilgili düzenleme vardır. Bu maddenin birinci fıkrasında tescil ve teslim zamanları arasında fark olduğu takdirde uygulanacak olan düzenleme vardır. Bu TBK'nun 245. maddesini oluşturur. Buna göre, “Satılanın tescilden sonraki bir zamanda alıcı tarafından teslim alınması için sözleşmeyle bir süre belirlenmişse, onun yarar ve hasarı, alıcıya teslimle geçer.”. Örneğin, taşınmaz satışlarında tescil ile hasarın devredilmesini düzenlemek bazı durumlarda hakkaniyetli sonuçlar meydana gelmesini engelleyebilir. Eğer, taraflar aralarında tescilden sonraki bir zamanda teslimin gerçekleşeceğini karara bağlamışlarsa böyle bir durumda hasarın alacaklıya tescil değil de teslim ile geçmesi daha uygun olacaktır. Örnek olarak, bir konut satışı yapılırken tescil yapılmış olmasına rağmen satıcının kendine yeni bir ev bakması amacıyla belirli bir süre daha teslim gerçekleşmeyip konutta satıcı oturursa bu takdirde hasarın teslimle alıcıya geçmesi hakkaniyeti sağlamak açısından daha uygundur (Türk Borçlar Kanunu Tasarısı Madde Gerekçeleri).

Madde şöyle devam etmektedir; “Bu hüküm, alıcının satılanı teslim almada temerrüde düşmesi durumunda da uygulanır. Bu sözleşmenin geçerliliği, yazılı şekilde yapılmış olmasına bağlıdır.” hükümden de anlaşılacağı gibi bir şekil şartı getirilmiştir ve yapılan sözleşmenin yazılı olması aranmıştır.

### 3 Mukayeseli Hukukta Hasarın İntikali

Türk Borçlar Kanunu 1926 yılında İsviçre'den iktisap edildiği için kanunumuzdaki pek çok hüküm yabancı kanunlar ile de benzerlik göstermektedir. İsviçre kanun hazırlama sürecinde Roma Hukukundan miras kalan hükümlerden de faydalandığı için Roma hukukunda da benzer hükümler bulunmaktadır. Milletlerarası antlaşmalar hukukumuzda büyük önem ve etkiye sahip bulunmaktadır.

#### 3.1 Kıta Avrupası Hukukunda

Kıta Avrupası Hukuku'nda hasarın intikali satılan şeyin satıcıya geçmesi ile gerçekleşmektedir. Dolayısıyla satılanın teslimine kadar geçen süre içinde karşı edim hasarına satıcı katlanmakta, teslim ile beraber satılanın yok olması veya kötüleşmesi riski alıcıya geçmektedir (Kara, 2018). Böylece satılan şeye gelen hasar sözleşmenin geçerli olarak kurulduğu andan itibaren satılan şeyin teslimine kadar geçen sürede ise risk satıcıya aittir. “Edim hasarı satılanın teslimi ile birlikte alıcıya geçmekte ve teslimle beraber satılanın yok olma veya kötüleşme tehlikesine alıcı katlanmaktadır”. Bu kuralın altında yatan neden ise alıcının menfaatinin düşünülmesidir.

Alman Medeni Kanunu (BGB) 446 'daki ve Civil Code of France 1303'deki tanıma göre de hasarın borçlunun kontrolünde olmayan bir sebepten oluştuğu anlaşılır (Akıntürk, 1996).

BGB 243/ 2.fıkra göre, borçlunun hasara katlanmaktan kurtulması için ifa için üzerine düşen tüm sorumlulukları yerin getirdiğinin kabulü gerekmektedir.

BGB 446'ya göre hasar ve yarar sözleşme konusu malın alıcıya veya taşıyıcıya teslimi ile alıcıya geçer (Çakırca, 2007).

BGB 447'ye göre ise mesafeli satışlarda sözleşme konusu ferdin tayin edilmiş malın taşıyıcıya teslimi ile hasarın artık alıcıya geçmesi kabul edilmiştir (Akıntürk, 1996). Çünkü bu gönderme işlemi alıcının menfaati için yapılmaktadır (Çakırca, 2007).

Alman Hukuku'na göre ifanın imkânsızlaşması halinde edimin bedeli alıcı tarafından ifa edilmeyecektir. Eğer, satış bedeli ifa edilmiş ise iadesi talep edilebilecektir.

BGB 281'e göre, “borçlu edasını imkânsız kılan hal sonucunda bir tazminat veya tazminat talebi elde etmişse, alacaklı bu tazminatın kendisine verilmesini veya talep hakkının devrini talep edebilir”. Yani eğer yok olan mal

için borçluya bir tazminat ödenmişse borçlu bunu alacaklıya vermekle yükümlü bulunmaktadır. Ayrıca alıcının satılanı kabulde alacaklı temerrüdüne düşmesi durumunda karşı edim hasarı malın teslimi gerekmesizin alıcıya geçmekte, dolayısıyla alacaklı temerrüdünden itibaren malın satıcıya atfedilemeyen sebeplerle yok olması durumunda alıcı satış bedelini ödeme mecburiyeti altında olmaktadır. Yani alacaklı temerrüde düşmüşse eğer eşya teslim edilmemişse bile hasar riski alıcıya geçmekte ve böylece de alıcı satış bedelini ödemek zorunda bulunmaktadır.

### 3.2 Anglo Sakson Hukukunda

Anglo-Sakson Hukuk Sistemi'nde hasar, sözleşme kurulduğu andan itibaren alıcıya geçmektedir. Anglo-Sakson sistemi ile Kıta Avrupası hukuk sistemini uygulayan Fransa da hasarın intikali konusunda benzerlikler bulunmaktadır.

Gerçekten, Fransız ve Anglo - sakson hukuklarında hasar, akdin inikadı anından itibaren alıcıya intikal etmekte ise de, mülkiyetin hasarla aynı anda intikali, akit prensibinin mahzurlarını ortadan kaldırmaktadır. Diğer bir deyimle, bu hukuk sistemleri, mülkiyet ve hasarı birbirinden ayırmadıkları ve her ikisini de aynı anda intikal ettirdikleri için, İsviçre/Türk hukukunda ortaya çıkan gayrı mantıkî durum, bu sistemlerde görülmez (Akıntürk, 1996) .

Mülkiyetin geçmesi ile birlikte hasarın geçmesi sebebiyle hasar riski alıcıya ait olmaktadır. Böylece hasarın alıcıya geçmesi, mülkiyetin alıcıya geçmesinin doğal bir sonucu olmakta, malik haline gelen alıcı satılanın yok olması veya kötüleşmesi sebebiyle meydana gelecek zarar tehlikesine de katlanmaktadır. Fakat, alıcıya sözleşme konusu olan şey gönderilmemişse hasara satıcı katlanmaktadır.

Sale of Goods, sec20(1) ve (2) de düzenlendiği gibi, alıcıya sözleşme konusu olan şey gönderilmemişse hasara satıcı katlanmaktadır. Ayrıca Satılan, alıcıya göndermek üzere yola çıktığı andan itibaren, satılan alıcıya teslim edilsin veya edilmesin, hasar riskini alıcı yüklenir. Ancak, teslimatta gecikmeye kusuru ile sebebiyet vermiş olan taraf, hasar riskine katlanmak zorundadır ( Çakırca, 2007) . Bu durum hem Amerika hem de İngiltere hukuk sistemlerinde geçerli olmaktadır.

Belirtildiği gibi Kara Avrupası Hukuk Sistem'inde yer alan Fransız Hukuk Sistemi de hasarın intikali konusunda Anglo-Sakson hukuk Sistemi'ne benzer bir yol izlemiştir. Fransız Hukuk Sistemi'nde hasar mülkiyetin geçmesi ile birlikte karşı tarafa geçmekte ve böylece de hasar riski alıcıya ait olmaktadır.

### 3.3 Uluslararası Antlaşmalarda Hasarın İntikali

Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (Viyana Antlaşması), 1980 yılında Viyana'da yapılan Birleşmiş Milletler Konferansı'nda görüşülmüş ve kabul edilmiştir (Yelmen, 2016).

Antlaşmada yer alan hükümler emredici nitelikte olmadığından dolayı taraflarca istenildiği gibi değiştirilebilmektedir.

Viyana Antlaşmasının 6. maddesinde yer alan hükümde, “tarafların kuralların aksini kararlaştırabilmesi mümkündür” düzenlemesi bulunmaktadır. Taraflar, bu Antlaşmanın uygulanmamasını kararlaştırabilecekleri gibi, 12. maddenin 3. fıkrası saklı kalmak şartıyla, hükümlerine istisna getirebilir veya hükümlerinin doğurabileceği etkileri değiştirebilirler. Dolayısıyla taraflar, hasarın intikaliyle alakalı olarak düzenlenen hükümlerden farklı bir uygulama kararlaştırabilirler.

Viyana sözleşmesinde hasarın tanımı yapılmamasına rağmen öğretilerde genel olarak kabul görmüş hasar tanımı unsurları vardır: Geçerli bir sözleşme, taraflardan herhangi birine yüklenemeyen nedenlerle malın yok olması veya zarar meydana gelmesidir (Yelmen, 2016).

Viyana Antlaşması'nın 66. maddesinde bunu destekleyen nitelikte şöyle düzenlenmiştir: “Hasarın alıcıya geçmesinden sonra malların zayı olması veya zarar görmesi, alıcıyı semeni ödeme yükümlülüğünden kurtarmaz, meğerki, ziya veya zarar satıcının bir eyleminden veya eylemsizliğinden kaynaklansın”. Hasarın intikali durumu antlaşmanın dördüncü bölümünde 66 ve 70. maddeleri arasında düzenlenmiştir (Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması, 7 Nisan 2010 tarih ve 27545 sayılı Resmi Gazete).

Taraflardan herhangi birine yüklenemeyen sebepler derken oluşan zarar veya yokolmanın sözleşmenin taraflarından herhangi birine yüklenememesi yani herhangi birinin kusurlu davranışı sonucu meydana gelmemesidir. Eğer gelirse bu sözleşmeye aykırılık oluşturur ve antlaşmanın 70. maddesinde bu durum düzenlenmiştir. Satıcının kusurlu davranışı sonucu meydana gelmeyen hasarların bulunduğu hallere, mücbir sebep (force majeure) ve umulmayan hâl (frustration) örnek verilebilir. Örneğin, hasarın deprem yüzünden oluşması veya ülke genelinde düzenlenen grev nedeniyle taşınmayan malların kısmen ya da tamamen zarar görmesi durumlarında, birinci halde mücbir sebep, ikincisinde ise umulmayan hâlden bahsedilir. Üçüncü bir kişinin davranışı yüzünden mala hasar verilirse veya mal çalınırsa gene hasar söz konusu olur (Yelmen, 2016).

Satıcıya yüklenemeyen yani onun kusurlu olmadığı durumlarda hasarın intikali konusu gündeme gelir. Örneğin, satıcının sertifikasının olması gerektiği hallerde eğer satıcı sertifikasını almamış ise bu durumda satıcının sorumluluğundadır, satıcı kusurludur. Bundan satıcının kurtulması için; Madde 79'a göre yeni ve öngörülemeyen

şekilde bir ihracat veya ithalat yasağı çıkmış olabilir ancak bu gibi durumlar hasar sorunu kapsamında değerlendirilebilir.

Hasarın intikali aynı Türk hukukunda olduğu gibi bedel hasarı ve maddi edim hasarı olarak ikiye ayrılır. Maddi edim hasarı, sözleşme konusu mal zarar görmüş olmasına karşın, satıcının sözleşme konusu malı gereği gibi ifa mecburiyetinin var olup olmadığı ile ilgili bir konudur. Maddi edim hasarına satıcının katlanacağı durumlarda satıcı hala sözleşmeye uygun ifa ile yükümlüdür. Eğer, tersi şekilde maddi edim hasarına alıcının katlanması gerekiyor ise bu satıcının sözleşmeye uygun ifa mecburiyetinin sona erdiğini ifade eder. Bu durumda ödenmiş olan bedele ilişkin hasara ise alıcı katlanır (Yelmen, 2016).

Viyana Antlaşması'nda biraz farklı bir tanımlama olduğu söylenebilir. Bedel hasarı edimin zarara uğraması sonucunda satıcının sözleşmede kararlaştırılan gibi ifa etme mecburiyetinin olmaması ama alıcının kararlaştırılan bedeli ödemek zorunda kalmasıdır. Yani, bedel hasarı satıcının ahlında yükümlü olduğu ifa borcundan kurtulması ve maddi edim hasarının alıcıya geçmesi demektir. Hasara satıcı katlanıyorsa yani hasar onun üzerinde ise bu kural olarak maddi edim hasarı olur ama eğer bedel hasarı varsa bu hasarın alıcının üzerinde olduğu anlamına gelir.

Viyana Antlaşması'nın 67 ve 69. maddeleri hasarın intikali konusunu düzenlemektedir. Hasarın geçiş anı üç gruba ayrılarak incelenebilir. Birincisi, malların taşınması gereken sözleşmeler bakımından yapılan ayrımdır. İkincisi, taşıma sırasında satılan mallar bakımından ve üçüncüsü ise diğer durumlar adı altında incelenir. Zaten belirtmek gerekir ki uluslararası sözleşmelerin neredeyse hepsi sözleşme konusu malın bir yerden başka bir yere taşınmasını içerir. 67. maddenin 1.fıkrası satıcının malların taşınmasını da kendisinin ayarlayacağı durumlar için uygulanabilir. "satım sözleşmesi malların taşınmasını gerektiriyorsa ve satıcı malları belirli bir yerde vermeye mecbur değilse hasar, malların, alıcıya ulaştırılması amacıyla, satım sözleşmesine uygun olarak ilk taşıyıcıya verilmesi ile alıcıya geçer. Satıcının malları belirli bir yerde taşıyıcıya vermesi gerekiyorsa malların o yerde taşıyıcıya verilmesine kadar hasar alıcıya geçmez. Satıcının malları temsil eden belgeleri alıkoyma hakkı olsa bile, bu, hasarın intikaline etki etmez." Görüldüğü gibi hasar paylaştırılmaktadır. Malların belirli bir yerde bağımsız taşıyıcıya verilmesi ile o ana kadar satıcı hasara katlanırken artık alıcı hasara katlanır olur (Yelmen, 2016).

Hasarın, malın taşıyıcıya teslimi ile alıcıya geçmesi için sözleşme konusu malın, taşınmasının gerekli olması, bağımsız bir taşıyıcının mevcut olması, satılanın taşıyıcıya verilmesi ve satılanın somutlaştırılması gerekmektedir.

Alıcının somutlaştırmadan toplu taşımaya rıza gösterdiği hallerde hasar alıcıya, satılan malın bağımsız taşıyıcıya teslimi ile geçer. Sözleşme konusu mal somutlaştırılana kadar hasar alıcıya geçmez. Bu düzenleme Antlaşmanın m. 67/II ve m. 69/III hükmünün Türk Borçlar Kanunu ile de uyum içinde olduğunu göstermektedir. Çünkü Türk Borçlar kanununda nev'i telef olmaz ilkesi geçerlidir ve satıcı eğer imkânsızlaşan edim ferden tayin edilmediği için aynısını bulabiliyorsa edimi bulup sözleşmeye uygun ifa ile yükümlüdür.

Malların taşınması konusu incelenirken dikkat edilmesi gereken husus taşıyıcının bağımsız olup olmadığıdır. Eğer taşıyıcı bağımsız ise malların zilyetliğin taşıyıcıya geçmesi işe hasar alıcıya geçer fakat eğer taşıyıcı bağımsız değil de satıcının kendisi veya personeli ise o halde hasar malların alıcıya teslimi ile alıcıya geçer (Yelmen, 2016).

Viyana Antlaşmasında hasarın intikali zilyetliğin devri ile gerçekleşir. Bu devir de malların taşıyıcı veya alıcıya teslim edilmesi ile olur.

İkinci olarak ise taşıma halindeyken satılan mallar açısından durum incelenecektir. Viyana Antlaşması Madde 68'e göre hasar satım sözleşmesi kurulduğu anda alıcıya intikal eder. "Taşıma halindeyken satılan mallara ilişkin hasar, satım sözleşmesinin kurulduğu andan itibaren alıcıya geçer" (Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması, 7 Nisan 2010 tarih ve 27545 sayılı Resmi Gazete).

Üstelik istisna getirilerek hasarın alıcıya geçiş anı, koşulların haklı göstermesi şartı ile sözleşmenin kurulmasından önceye kadar gidebilmektedir. Ancak koşulların haklı göstermesi durumunda, taşıma sözleşmesine ilişkin belgeleri düzenleyen taşıyıcıya malların verilmesi anında hasar alıcı tarafından üstlenilir. Koşulların haklı göstermesi ifadesine örnek olarak alıcının geçmişe etkili sigorta yaptırması verilebilir.

Son olarak diğer durumlar bakımından hasarın intikalinin incelenmesi gerekir. Madde 69'da "Madde 67 ve 68 kapsamına girmeyen hallerde hasar, alıcının malları teslim aldığı anda veya malları zamanında teslim almaması halinde, malın tasarrufuna hazır bulundurulduğu ve teslim almayarak sözleşmeye aykırı bir davranışta bulunduğu andan itibaren alıcıya geçer" denerek temerrüt hali düzenlenmiştir ve maddeden de anlaşılacağı gibi genel kural hasarın, alıcıya malların kendisine teslimi ile geçtiğidir (Yelmen, 2016).

Bunlara ek olarak eğer satıcının belirli bir yerde ifa yükümlülüğü bulunuyorsa o halde hasarın alıcıya geçme anı Madde 69/2. fıkraya göre teslim borcunun muaccel olduğu ve alıcının istediği malların belirtilen yerde hazır bulundurulduğundan haberdar olduğu andır.

#### 4 Incoterms Düzenlemelerinde

Incoterms, farklı hukuk sistemlerinin varlığından dolayı oluşan sorunların giderilmesine ve uluslararası ticaretin gelişmesine yardımcı olan bir uluslararası hukuki metindir. Alıcı ve satıcının yükümlülüklerini ve ortaya çıkan maliyetleri ve hasarın geçiş anı ile ilgili sorunları çözmeye yaradığı için uluslararası ticarete sıklıkla başvuru bir belgedir. Incoterms'ün kuralları bağlayıcı değildir, soft law yani esnek hukuk niteliğindedir. Fakat eğer taraflar

aralarında yaptıkları sözleşme ile bu kurallara uyulmasını kararlaştırmış iseler o halde taraflar bu kurallarla bağıdırlar ve kurallar bağlayıcı özellik göstermiş olur (Caner, 2012).

Uluslararası Ticaret Odası (ICC) çok uzun süredir üzerinde çalıştığı “uluslararası ticarete sıklıkla kullanılan terimler” ile ilgili yaptığı çalışmasında bazı kuralları derlemeye başlamıştır. İlk olarak 1936 yılında düzenlediği kurallar “FOB, FAS, C&F, CIF, Ex- Ship, Ex- quay” olarak adlandırılan kurallardır (Caner, 2012).

Uluslararası satışlarda, dış ticarete satım sözleşmelerinde milletlerarası uygulamalarda yeknesaklığı sağlamak amacıyla ve ticaretin gerektirdiği hızlilik ve güven ihtiyacını karşılamak amacıyla düzenlenen bu satış kurallarında farklı satış türleri için yapılmış bulunan düzenlemeler vardır. Teslime ilişkin detayların düzenlendiği bu kurallar; fikri mülkiyet konusu olan satıma konu olmuş olan mallar örneğın bilgisayar yazılımı gibi mallar Incoterms kuralları dışında kalmaktadır (Kazma, 2011).

Incoterms’de oluşturulan bazı terimler vardır bu terimler ilk harfleri baz alınarak sınıflandırılmıştır ve bu sayede ortaya çıkan dört temel grup vardır. “E Grubu Terimler, F Grubu Terimler, C Grubu Terimler, D Grubu Terimler”. Bu grupları kısaca tanımlarsak; E grubu: satıcının satıma konu olan malları kendi işyerinde alıcı için bırakmış olduklarıdır, F Grubu: satıcının sözleşme konusu malları alıcı tarafından belirlenecek olan bir taşıyıcıya teslim ettiği sözleşmelerde uygulanır, C Grubu: yüklemeye satışlar için kullanılır, D Grubu: boşaltmada satışlar için kullanılır (Sevinç, 2009).

Sırası ile bu terimlerin kullanılmasının etkisini inceleyecek olursak bazı değişik düzenlemeler olduğunu görürüz.

E grubu terimler ki içerisinde yer alan tek terim EXW terimidir, bu terimde aksi belirlenmedikçe satıcı kendi iş yerinde ifa edeceğinden dolayı satıcının yükümlülüğünün en az olduğu terimdir.

F Grubunda bulunan terimler ise FCA, FAS ve FOB terimleridir. FCA terimi her türlü taşımanın kararlaştırıldığı sözleşmelerde kullanılabilirken, FAS ve FOB sadece deniz yoluyla taşımanın tercih edildiği satım sözleşmelerinde kullanılır. Bunlara yüklemeye satış denmesinin nedeni ise satıcının malları teslim yerinde (limanda) ifa etmiş olmasıdır (Sevinç, 2009).

C Grubundaki terimler CFR, CIF, CPT ve CIP terimleridir. Bu terimlerin diğer terimlerden farklı olan tarafı satıcının taşıma sözleşmesi yapmak zorunda olması ve hasarın paylaşımı noktasının belirlenmesidir. Bu satışlar yüklemeye satışlar için kullanılır ve teslim borcu asıl yolculuktan önce ifa edilmektedir. Alıcı satıcıya güvenmek ve taşıyıcısını seçmediği bir yolculuğun riskini üstlenmek zorunda kalmaktadır. Üstelik CIF ve CIP’te satıcı mallar için ücretini kendisinin ödediği bir sigorta yaptırmak zorundadır. CFR ve CIF sadece deniz taşımacılığına özgüdür.

D Grubu terimlerde satıcı malların taşınması yükümlülüğü ve malların uğraması olası olan hasar riskini üzerine almaktadır. Satıcı bu malların sınır ülkesi ya da ithal ülkesi içinde bir noktaya ulaştırılmasından sorumlu olduğu için boşaltmada satış biçiminde gerçekleşmektedir (Sevinç, 2009).

Bu terimler ile yapılacak olan sözleşmelerde hasarın geçişi ile ilgili düzenlemeler Incoterms A5 ve B5 hükümlerinde bulunmaktadır (Caner, 2012).

Hasar kavramı ile gene diğer hukuki düzenlemelerde olduğu gibi temerrüt ve sözleşmeye aykırılık halleri dışındaki sebeplerden dolayı oluşan hasar kastedilmek istenmektedir. Temerrüt ve sözleşmeye aykırılık sonucunda ortaya çıkan hasarlardan sorumluluk uygulanması gereken ulusal hukuka ya da sözleşme şartlarına tabi olacaktır.

Incoterms’te, hasarın satıcıdan alıcıya geçmesi, CISG düzenlemesine paralel olarak, malların satıcı tarafından alıcıya tesliminin gerçekleştirilmiş olmasına bağlanmıştır. Kural olarak, satıcının teslimi gerçekleştirmesi ile hasar alıcıya geçmiş olur. Yani hasarın intikal anı da malların zilyetliğinin devri ile gerçekleşir ve hasarın intikal anından sonra artık alıcı hasara katlanmak zorunda kalır (Sevinç, 2009).

Sözleşme konusu malların mülkiyetinin alıcıya geçiş anı hasarın geçişinde göz önünde bulundurulmamıştır. Dolayısıyla, deniz taşımacılığı sırasında konşimento denilen belge ile hem mülkiyet hem de dolaylı zilyetlik karşı tarafa geçebilmektedir. Ve hasarın geçişi de mülkiyete bağlı olmadığı için konşimento denilen kıymetli evrak sahibi malları teslim noktasından alma konusunda yetkili kişidir, hasarın geçişi etkilenmez.

Hasara katlanma yükümlülüğü ile ilgili beklenmeyen hallerden kaynaklanan hasarlar bulunmaktadır. Kural olarak satıcının kendi kusurundan kaynaklanan hasarlar, hasarın alıcıya intikal anından sonra bile gene satıcının sorumluluğundadır (Sevinç, 2009).

FOB ve CIF satışlarda 2010 öncesinde malların geminin küpeştesini geçmemiş olması kaydıyla, mallardaki tüm zarara satıcının katlanacağı düzenlenmiş iken daha sonra, hasarın geçişi ancak malların gemiye doğru bir biçimde yüklenmesinden sonra gerçekleşir şeklinde düzeltilmiştir. Yani mallar gemiye yüklendiği andan itibaren, mallara ilişkin tüm masrafları, ziya ve hasar risklerini alıcı üstlenir (Caner, 2012).

Eğer alıcı geminin seçimine dair gerekli ihbarı göndermez ise veya alıcı tarafından tayin edilen gemi satıcının sözleşmeye uygun davranmasını sağlayacak şekilde zamanında gelmezse veya malları almazsa ya da ihbar edilen tarihten önce yük almayı durdurursa, malların sözleşmeye konu olan malları olduğunu belirtecek şekilde açıkça ferdileştirilmiş olmaları şartıyla alıcı kararlaştırılan tarihten veya böyle bir tarih yoksa kararlaştırılan süre içerisinde satıcı tarafından ihbar edilecek tarihten veya böyle bir ihbar yapılmamışsa; teslim için kararlaştırılan bir sürenin sona erme tarihinden itibaren mallara ilişkin tüm ziya ve hasarı üstlenir (Çakan, 2012).

Tüm bu düzenlemelerin yanısıra eski Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenmiş bulunan bazı satış türleri bulunmaktaydı. FOB satış 6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu 1138.maddesinde düzenlenmiştir. Madde gerekçesinde de aynen ifade edildiği gibi maddenin hazırlanmasında ICC'nin uluslararası ticari teamül kuralları dikkate alınmış olup madde ICC tarafından hazırlanan 560 sayılı broşürdeki FOB satışlarla uyum içindedir (Kazma, 2010).

Bu satışlarda malları alıcıya gönderme borcu satıcıdadır ve gönderme masraflarına satıcı katlanacaktır. Konşimento masraflarıyla, navlun bedelini satıcı ödeyecektir (TTK.M.1138/III). FOB satışları diğer satışlardan ayıran en önemli özelliği mesafe satışı niteliğinde olmasıdır. Hasar riski bu tip satışlarda mallar geminin küpeştesini geçtiği anda alıcıya intikal eder (TTK m.1138/II). Hasar riskinin alıcıya geçmesi için alıcının da kendisine ait yükümlülükleri yerine getirmesi gereklidir. Bu yükümlülüklerin başında alıcının gemiyi zamanında limanda hazır bulundurması, taşıma sözleşmesi yapması ve bu konuda satıcıyı bilgilendirmesi gelmektedir. Bu yükümlülüğünü yerine getirmemesi alacaklının temerrüde düştüğü manasına gelecektir ki, bu durumda hasar riski malların hazır edildiği andan itibaren alıcıya geçecektir.

6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na göre CIF satışlar madde 11392'da düzenlenmiştir. "Bir malın muayyen bir yere taşınması için gemiye yükletilmesi şartıyla mal değerinden ve satıcı tarafından ödenecek sigorta ücretiyle navlundan ibaret maktu bir bedel karşılığında yapılan satışa "sif" satış denir" şeklinde tanımlanmıştır. Kanunda geçtiği şekilde "SİF" satışlarda, taşıma sözleşmesi yapma, taşıma ücretini ödeme ve malların sigortalatılması masraflarına satıcının katlanması gerekir. Bu satılarda da akdin ifa yeri yükleme limanıdır. Ancak malların mülkiyetinin alıcıya geçmesi için malları temsil eden konşimentonun alıcıya ciro ve teslim edilmesi gereklidir (TTK m.1140/IV). Bu satışlarda da hasar riski malların gemi küpeştesini geçtiği andan itibaren alıcıya geçer (TTK m.1143).

6102 Sayılı yeni Türk Ticaret Kanunu'na göre FOB ve CIF satış ile ilgili şunları belirtmek gerekir ki 6762 sayılı TTK.'nda FOB ve CIF teslimler açıkça yer almakta iken, Tasarıda, 6762 sayılı Kanununun 25. maddesini karşılayan maddede değişiklik yapılmış ve "Sif satış ve diğer deniz aşırı satışlar" hakkındaki hükümleri saklı tutan 5 numaralı bent maddeye alınmamıştır. Tasarı, 6762 sayılı Kanunun aksine, CIF ve FOB başta olmak üzere deniz aşırı satışlara, önceki kanunda yer verilmiş olan söz konusu hükümlerin 1940'lı yıllarda geçerli olan Incoterms hükümlerinden alınmış olması nedeniyle eski olması ve sürekli bu hükümlerde değişiklik yapılmasına kanunun ayak uyduramaması nedeniyle yeni kanuna alınmamıştır. Zaten bu tür satışlarda tarafların çoğu kez Incoterms'e gönderme yapmakta veya ondan ayrılan özel düzenlemeler getirmekte oldukları da gerekçede yer almaktadır (Kazma, 2010).

01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girmiş olan 6021 sayılı TTK'da ise deniz aşırı satışlara ve FOB satışa ilişkin bir hüküm içermemektedir. Dolayısıyla hasarın küpeştenin aşılması suretiyle alıcıya geçeceğine ilişkin bir kanun hükmü söz konusu değildir. Bu bakımdan uluslararası FOB satışlarda INCOTERMS ve Viyana Satış Sözleşmesi hükümleri uygulama alanı bulacaktır ve özel hükümlerin olmadığı durumlarda Türk Kanunundaki genel hükümler gündeme gelecektir (Çakan, 2012).

Yani, Türk Borçlar Kanunu madde 208 hükmü emredici hükümler taşımadığı için yani sözleşmeler ile ondan farklı düzenlemeler yapılabildiği için "uluslararası ticarete kullanılan, Milletlerarası Ticaret Odası tarafından yayımlanan Incoterms gibi kayıtların, "CIF" ve "FOB" gibi sözleşmelerin hükümleri uygulama alanı bulabilecektir." Üstelik Yargıtay'ın Fob ile ilgili olarak vermiş olduğu bir kararında "Fob satışta nefi ve hasar, malın taşıyıcıya teslimi ile alıcıya geçmiş sayılır" cümlesi yer almaktadır (Yargıtay 19. Hukuk Dairesi E. 1996/10078, K. 1997/3268, K.T. 28.3.1997).

## 5 Değerlendirme ve Sonuç

Sonuç olarak, hasarın intikali kavramı geçmişten günümüze gelen tüm hukuk sistemlerinde tartışmalı bir konu niteliği taşımaktadır. Hasarın intikali, sözleşme kurulmasından ifa anına kadar geçen bir sürede gerçekleşen hasarın kimde bulunacağını tespit eder. Hasara alıcının katlandığı durumlar Eski Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiştir. Ancak bu durum Yeni Türk Borçlar Kanunu ile değişerek satıcıya intikal etmiştir. Yeni düzenleme ile getirilen sistem özgün bir nitelik taşımaktadır.

Kıta Avrupa'sı Hukuk Sistemi Türk Borçlar Kanunu ile benzer nitelik göstermektedir. Anglo-Sakson Hukuk Sisteminde ise Eski Borçlar Kanunu'na benzer bir uygulama söz konusudur. Ayrıca, hasarın intikali bakımından malda bir hasar olduğunda sorumlulukların nasıl yerine getirileceği konusu önem taşımaktadır. Malların zarara uğradığı zamanlarda, eğer hasara alıcı katlanacaksa alıcı bedeli de ödemek zorundadır. Fakat, eğer sözleşme kurulduğu andan ifaya kadar geçen sürede zarara satıcı katlanıyorsa ifa bedelini alıcı ödemeyebilir.

## Kaynakça

- Akıntürk, 1966. "Satım Akdinde Hasarın İntikali", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, p. 7-117.
- Caner, 2012. "Incoterms 2010 (ICC Rules for the Use of Domestic and International Trade Terms)", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 22, p. 223.

- Çakan, 2006. “FOB Satışlarda Tarafların Yükümlülükleri ile Hasarın Geçişi”, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 7, p. 1-184.
- Çakırca, 2007. “Satımda Edim ve Karşı Edim Hasarının Alıcıya Geçmesi”, İstanbul Üniversitesi Yayınevi, 1, p. 177-206.
- Eren, 2018. Borçlar Hukuku Özel Hükümler. Yetkin Yayınevi. Ankara.
- Kara, 2018. “Public and Private International Law Bulletin” İstanbul Üniversitesi Yayınevi, 38, p. 107-145.
- Kazma, 2011. “Incoterms 2000 Incoterms 2010 Değişiklikleri ve Türk Hukuku’nda Incoterms”, Aghukuk , p. 4-14.
- Sevinç, 2009. “Uluslar arası Ticari Terimler (Incoterms)”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, p. 1-199.
- Yelmen, 2016. “Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşmasına Göre Hasarın İntikali”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 22, p. 2949-2964.