



O T O M O T İ V
D İ S T R İ B Ü T Ö R L E R İ
D E R N E Ğ İ

SATIM SÖZLEŞMESİNDE TÜKETİCİNİN SEÇİMLİK HAKLARI VE AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU İLE UYUMU SORUNU

Doç. Dr. Yeşim M. ATAMER/Doç. Dr. M. Murat İNCEOĞLU
İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi

İSTANBUL, 2012

İçindekiler

A. GİRİŞ	7
B. AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKUNDA TÜKETİCİ SATIM SÖZLEŞMESİNDE AYIP VE TÜKETİCİNİN HAKLARI	8
1. Malın Ayıplı Olması	8
a. Genel Olarak	8
b. Ayıbın Tanımı	9
c. Tüketicinin Ayıbın Varlığından Haberdar Olması	10
d. Muayene ve İhbar Külfeti.....	11
e. Ayıbın İspatı	12
2. Ayıp Halinde Tüketicinin Seçimlik Hakları.....	13
a. Genel Olarak	13
b. Tamirat ve Yenisi İle Değişirme Taleplerine İlişkin Özellikler	14
aa. Hakların Kullanımı ve Sınırları.....	14
bb. AB Adalet Divanı'nın Uygulaması	16
c. Satış Bedelinin İndirilmesi ve Dönme Haklarına İlişkin Özellikler	18
aa. Hakların Kullanımı ve Sınırları	18
bb. Dönme veya Semen Tenzili Olasılığında Kullanım Karşılığı Sorunu	19
3. Ayıp Halinde Tüketicinin Haklarını Kime Karşı Kullanacağı Sorunu.....	20
a. İmalatçıya Karşı Doğrudan Talepler	20
b. Bağımsız Garanti Taahhüdünden Doğan Ek Talepler	21
4. Tüketicilerin Seçimlik Haklarını Kullanma Süresi	22

C. ÇEŞİTLİ AVRUPA BİRLİĞİ ÜLKELERİNDE YÖNERGENİN İÇ HUKUKA AKTARILIŞ ŞEKLİ VE MAHKEME UYGULAMASI.....	23
1. Almanya	23
a. Genel Olarak	23
b. Malın Ayıplı Olması	23
c. Ayıp Halinde Tüketicinin Seçimlik Hakları	24
d. Mahkeme Uygulaması	25
2. Avusturya	27
a. Genel Olarak	27
b. Malın Ayıplı Olması	27
c. Ayıp Halinde Tüketicinin Hakları	27
d. Mahkeme Uygulaması	28
3. İngiltere (İskoç hukuku dahil)	30
a. Genel Olarak	30
b. Malın Ayıplı Olması	31
c. Ayıp Halinde Tüketicinin Hakları	31
aa. Münhasıran Tüketicilere Tanınan Haklar.....	31
bb. Genel Hükümler Uyarınca Tüketiciciye Tanınan Haklar.....	32
cc. Genel Hükümler ve Tüketici Hükümlerinin Bağdaştırılması...	33
d. Mahkeme Uygulaması	33
4. Fransa	34
a. Genel Olarak	34
b. Malın Ayıplı Olması	35
c. Ayıp Halinde Tüketicinin Hakları	35
aa. Münhasıran Tüketicilere Tanınan Haklar.....	35
bb. Genel Hükümler Uyarınca Tüketiciciye Tanınan Haklar.....	35
cc. Genel Hükümler ve Tüketici Hükümlerinin Bağdaştırılması...	36
d. Mahkeme Uygulaması	36

D. AB DIŞINDA BAZI ÜLKELERDE ARAÇ SATIMINDA ALICININ HAKLARI	38
1. İsviçre.....	38
a. Genel Olarak	38
b. Malın Ayıplı Olması	38
c. Ayıp Halinde Alıcının Hakları	38
d. Mahkeme Uygulaması	39
2. ABD.....	40
E. TÜKETİCİ SATIM SÖZLEŞMELERİNDE AYIPLI İFAYA İLİŞKİN MEVZUATIMIZ VE YARGITAY UYGULAMASININ AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU İLE KARŞILAŞTIRILMASI	42
1. Genel Olarak.....	42
2. Malın Ayıplı Olması	42
a. TKHK m. 4, f.1 Uyarınca Malın Taşınması Gereken Özellikler ve Ayıp Kavramı	42
b. Tüketicinin Ayıptan Haberdar Olması	45
c. Malı Muayene ve Ayıbı İhbar Külfeti.....	47
d. Ayıbın İspatı	49
3. Malın Ayıplı Olması Halinde Tüketicie Karşı Sorumlu Olacak Kişiler	50
a. Kural Olarak: Satıcı	50
b. Yasa Gereği Satıcı İle Birlikte Müteselsil Sorumlu Tutulan Kişiler	50
c. Garanti Sözleşmesi Gereği Garanti Veren	52
4. Malın Ayıplı Olması Halinde Tüketicinin Satıcıya Karşı Sahip Olduğu Haklar	54
a. Genel Olarak Tüketicinin Seçimlik Hakları ve Hangilerinin Yenilik Doğuran Hak Olduğu Sorunu.....	54
b. Tamirat ve Yenisi ile Değiştirme Seçimlik Hakları ve Sınırları	56
aa. Hakların Kullanımı ve Sınırları.....	56

aaa. Genel Olarak	56
bbb. Garanti Belgesi Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelik m.14'deki Özel Sınırlama ve Satım Sözleşmesi Açısından Uygulanabilirliği	59
bb. Ayıplı Mala İlişkin Kullanım Karşılığı ve Masraf Sorunu	
c. Satış Bedelinin İndirilmesi ile Dönme Seçimlik Hakları ve Sınırları.....	64
aa. Hakların Kullanımı ve Sınırları	
bb. Dönme veya Semen Tenzili Olasılığında Kullanım Karşılığı Sorunu.....	61
d. Tüketicinin Haklarını Kullanma Süresi.....	67
5. Malın Ayıplı Olması Halinde Tüketicinin İmalatçı veya İthalatçıya Karşı Sahip Olduğu Seçimlik Haklar.....	69
a. TKHK m. 4 Uyarınca	69
b. Garanti Sözleşmesi Uyarınca.....	70
F. SONUÇ OLARAK: AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU İLE UYUMLU BİR TÜKETİCİ SATIM HUKUKU DÜZENLEMESİ İÇİN TEKLİF EDİLEN YASAL METİN.....	72

A. GİRİŞ

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK) m. 4, taraflardan birisini tüketicinin oluşturduğu satım sözleşmelerinin ayıplı ifa edilmesi halinde tüketicinin sahip olacağı hakları düzenlemektedir. TKHK m. 4'de önce ayıbın ne anlama geldiği açıklanmakta, daha sonra ayıbı ihbar yükümü ve tüketicinin sahip olduğu dört seçimlik hak üzerinde durulmaktadır. Bunun yanı sıra seçimlik haklarla birlikte tüketicinin hangi zararlar için bir tazminat talebinin olduğu da saptanmaktadır. Gerek seçimlik haklar gerekse tazminat talebi açısından tüketicinin karşısında müteselsilen (zincirleme) sorumlu tutulanlar bu maddede belirtildiği gibi, bu taleplerin tabi olduğu zamanaşımı süresi de ele alınmaktadır. Son olarak malın ayıplı olduğunun bilinmesi veya defolu malların satın alınması durumunda satıcının sorumluluğunun kapsamı tespit edilmektedir. Diğer yandan TKHK m. 13'de imalatçı ve ithalatçılar açısından verilmesi zorunluluğu getirilen garanti açısından düzenlemeler bulunmaktadır.

Maddeler bu içeriği ile 25 Mayıs 1999 tarihli Tüketici Malları Satım Sözleşmeleri ve İlgili Garantilerin Bazı Yönleri Hakkında 1999/44/AT sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Yönergesinin (bundan sonra *AB Yönergesi*)¹ düzenlediği konularla örtüşmekteyse de varılan çözümler itibariyle farklılıklar mevcuttur.² Bu çalışmanın amacı özellikle bu farklılıkları ortaya koymak ve tüketici satımı sözleşmelerinde ayıp hükümlerinin Avrupa Topluluğu hukuku ile uyumlu hale getirilebilmesi için yapılmasında fayda görülen değişiklikleri tespit etmektir. 1999 AB Yönergesi'nin yanı sıra Ekim 2011 itibariyle ilk taslağı çıkan *Ortak Avrupa Satım Hukuku Tüzüğü*³ (Tüzük Taslağı) da bu çalışmada değerlendirilmiştir.

Çalışmanın asli çıkış noktası kuşkusuz genel olarak bütün satım sözleşmeleri açısından en doğru gözüken çözümü bulmaktır. Ancak Türkiye uygulamasına bakıldığında, yargıya yansıyan ayıplı mal davaları arasında belki en büyük grubu otomobil satımlarının oluşturması nedeniyle örnekler, hem yabancı hukuk düzenlerinde hem de Türk uygulamasında hep araç satımlarından seçilmiştir.

¹ Avrupa Topluluğu Resmi Gazetesi (ATRG) 1999 L 171/12.

² Bu konudaki bir eleştiri için örn. bkz. *Atamer, Y.M.*, Tüketici Satım Sözleşmelerine İlişkin TKHK m. 4 – Eleştiriler ve Revizyon Teklifleri, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, c. XXIV sy. 1, 2007, s. 81 vd.; *Atamer, Y.M.*, Die autonome Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie 1999/44/EG in der Türkei – Zugleich ein Beitrag zum Stand des Verbraucherschutzes in der Türkei, *Zeitschrift für europäisches Privatrecht (ZEuP)* 2005, s. 566 vd.

³ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law, 11.10.2011 COM(2011) 635 final, Brussels.

B. AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKUNDA TÜKETİCİ SATIM SÖZLEŞMESİNDE AYIP VE TÜKETİCİNİN HAKLARI

1. Malın Ayıplı Olması

a. Genel Olarak

1999 yılında kabul edilmiş olan AB Satım Hukuku Yönergesi ayıp kavramını 2. maddesinde tanımlamaktadır. Buna göre:

“(1) Satıcı tüketiciye satım sözleşmesine uygun mallar teslim etmek zorundadır.

(2) Tüketim malları aşağıdaki hallerde sözleşmeye uygun sayılırlar:

(a) Satıcı tarafından mala ilişkin olarak verilen tanıma uygun olan ve alıcıya verilen örnek veya modelin özelliklerine sahip olan mallar;

(b) Tüketicinin sözleşmenin kurulması esnasında satıcıya bildirdiği ve satıcı tarafından kabul edilen özel kullanım amacına uygun olan mallar;

(c) Aynı türden malların normalde kullanıldığı amaca uygun olan mallar;

(d) Malın doğası ve malın özelliklerine ilişkin olarak satıcı, imalatçı veya onun temsilcisi tarafından özellikle etiketler ve reklamlar yoluyla kamuya yapılan bildirimler de dikkate alındığında türdeş mallar için normal sayılan kalite ve performansa sahip olan mallar.

(3) Sözleşmenin kurulması aşamasında tüketicinin haberdar olduğu veya olmamasının mümkün olmadığı sözleşmeye aykırılıklar veya tüketicinin satıcıya temin ettiği bir malzemenin ayıbına dayanan sözleşmeye aykırılıklar bu madde anlamında sözleşmeye aykırılık olarak nitelendirilemez.

(4) Satıcının kamuya yapılan açıklamalardan paragraf 2(d) uyarınca sorumluluğu aşağıdaki hallerde söz konusu olmaz:

- Satıcı açıklamalardan haberdar olmadığını ve haberdar olmasının da kendisinden beklenemeyeceğini ispat ederse;
- Açıklamanın içeriğinin satım sözleşmesinin akdi anında düzeltilmiş olduğunu ispat ederse veya
- Tüketim mallarını satın alma kararının bu açıklamadan etkilenmiş olamayacağını ispat ederse.

(5) Malın gereği gibi monte edilmemesi sözleşmeye aykırı ifa olarak değerlendirilir; yeter ki montaj satım sözleşmesinde kararlaştırılmış ve satıcı tarafından veya onun sorumluluğu altında gerçekleştirilmiş olsun. Malın montajının tüketici tarafından yapılmasının öngörüldüğü hallerde de, yanlış montajın, montaj talimatındaki bir ayıba dayanması durumunda sözleşmeye aykırı bir ifa söz konusu olur.”

b. Ayıbın Tanımı

Bu tanımda ayıplı ifanın, sözleşmeye aykırı ifa olduğu vurgulanmış; dolayısıyla malın teslim edildiği anda sözleşmede kararlaştırılmış olan özellikleri taşımaması halinde, ayıplı bir ifanın var olacağı kabul edilmiştir. Bu açıdan sözleşme içeriğine hangi hususların dahil olduğunun tespit edilmesi özel önem taşımaktadır. Tarafların mala ilişkin olarak üzerinde açıkça anlaşmış oldukları hususların sözleşme içeriği olacağı tartışmasızdır (2, a-b). Bunun yanı sıra bir malın objektif olarak sahip olması beklenen, asgari özellikleri taşıması gerektiği de taraflar arasında zımnen kararlaştırılmış sayılır (2, c). Son olarak malın etiketinde veya reklam ve ilanlarında yer alan niteliklere sahip olmasının taraflarca kararlaştırılmış olduğu kabul edilecektir (2, d).

Reklam veya ilan yoluyla yapılan açıklamalara aykırılığın ayıp olarak nitelendirilmesinin temelinde yatan düşünce, bu açıklamalarda yer alan taahhütlerin taraflarca bilindiği ve dolayısıyla bunların sözleşme içeriği olduğudur. Ancak öyle bazı haller vardır ki bunun aksini kabul etmek gerekir. Satıcının bu tür bir istisnanın varlığını ispat etmesi halinde bir ayıbın varlığı reddedilecektir, zira malın, kamuya yapılan açıklamada vaat edilen özellikleri taşıdığı zaten hiç kararlaştırılmamış olacaktır. Satıcının bu konuda ispatlayabileceği ilk husus, mala ilişkin olarak (örneğin imalatçı tarafından) yapılan reklamlardan fiilen haberdar olmaması ve haberdar olmasının da kendisinden beklenemeyecek olmasıdır. İşte bu hallerde satıcının ilgili taahhütlerle bağlı tutulması uygun olmayacaktır. Satıcının reklam ve ilanlarda vaat edilenlerden sorumlu tutulmaktan kurtulmak

için başvurabileceği ikinci yöntem, gerçeği yansıtmayan reklam veya ilanın, satım sözleşmesinin kurulması anına kadar düzeltildiğini ispat etmesidir. Bu hallerde sözleşme içeriği zaten yeni reklama göre belirlenecektir. Son olarak satıcı, ilgili reklam ve ilana rağmen, tüketicinin bunlardan etkilenmediğini, yani buradaki taahhütlere bağlı olarak sözleşme kurma iradesinin oluşmadığını da ispat edebilir. Örneğin ilgili reklamın hiç ulaşmadığı bir bölgede kurulan bir satım sözleşmesi açısından bu imkan mevcuttur. Bu hallerde yine reklamdaki taahhüdün sözleşme içeriği olmadığı kabul edileceğinden, bu taahhütten sapan malın da ayıplı olduğu söylenemeyecektir.

Yönerge, malın henüz monte edilmeden teslim edildiği, ancak montajının satıcı veya onun sorumluluğunda başkaları tarafından teslim sonrasında gerçekleştirildiği hallerde ortaya çıkan sorunların da ayıp kavramı içinde değerlendirilmesini tercih etmektedir⁴. Zira tüketici tarafından satın alınan şey aslında tek tek monte edilmesi gereken parçalar değildir. Satın alınan, örneğin bir dolaptır. Dolayısıyla dolabı oluşturan parçaların her biri ayıpsız olmasına rağmen, montaj sonrasında dolap ayıplı ise sözleşmeye aykırılık vardır ve satıcının sorumluluğu doğar. Aynı şekilde, montajın tüketici tarafından yapılmasının kararlaştırılmış olduğu hallerde, yanlış montajın, satıcı tarafından sunulan montaj talimatnamesindeki bir ayıba dayanması durumunda, bu ayıp adeta malın ayıbı olarak değerlendirilir ve teslimden sonra ortaya çıkmış olsa bile satıcının sorumluluğunu doğurur.

c. Tüketicinin Ayıbın Varlığından Haberdar Olması

Sözleşmenin akdi anında malın objektif olarak sahip olması gereken bazı özellikleri taşımadığından tüketicinin haberdar olduğu hallerde bir sözleşmeye aykırılık söz konusu olmayacaktır. Özellikle ikinci el ticari satımlarda veya defolu malların satımında bu tür bir durum ile karşılaşılacaktır.⁵ Bu hallerde zaten tarafların, malın sahip olması gereken özelliklere ilişkin olarak farklı bir sözleşmesel düzenleme yaptıkları kabul edilecek, dolayısıyla da malın ayıplı olduğundan bahsedilemeyecektir. Örneğin ikinci el bir aracın, yeni bir araç ile

⁴ Yabancı literatürde bu hüküm sık sık „IKEA klozu“ olarak nitelendirilmektedir, zira dünyaca ünlü bu şirketin en önemli satış politikası, malların parçalar halinde satılması ve daha sonra müşteri tarafından monte edilmesidir.

⁵ İkinci el ticari satımlar AB Yönergesi kapsamındadır. Üye ülkelerin sadece açık artırma ile satılan ikinci el nesnelere kapsam dışı bırakma (Yönerge m. 1, f. 3) ve ayıptan sorumluluğa ilişkin zamanaşımı süresini 1 yıla indirme konusunda bir serbestisi vardır (Yönerge m. 7, f. 1). Onun dışında Yönergedeki bütün hakların ikinci el ticari satıma taraf olan tüketiciye de tanınması gerekir.

aynı özelliklere sahip olamayacağı açıktır.

Tüketicinin sadece haberdar olduğu ayıplar değil, haberdar olmamasının mümkün olmadığı ayıplar da sözleşmeye aykırılık oluşturmaz. Bu ifadenin temelinde 1999/44 sayılı AT Yönergesi m. 2 (3) yatmaktadır. Sözleşmenin kurulması anında var olan ayıptan tüketicinin haberdar olduğunu ispat yükü satıcıda olacağı için onun birçok halde müspet vukufu ispat edemeyeceği düşüncesi ile bu ifadeye yer verilmiştir. Dolayısıyla sözleşmenin kurulması aşamasında son derece aşikâr olan ve herhangi bir muayene yapmadan hemen göze batan bir ayıbın varlığı halinde, daha sonra bundan haberdar olunmadığı ileri sürülemeyecektir.

Ancak dikkat edilmesi gereken bir nokta, tüketicinin haberdar olduğu ayıplardan farklı bir ayıbın daha sonra ortaya çıkmış olması halinde, satıcının bunlara ilişkin sorumluluğunun her halükarda var olacağıdır. Örneğin satın alınan ikinci el aracın lastiklerinin aşınmış olduğu tüketici tarafından bilinmesi gereken bir olgudur. Dolayısıyla daha sonra bu konuda bir ayıp iddiasında bulunamaz. Buna karşılık aracın frenlerinin tutmaması, aracın ikinci el olması ile alakalı bir sorun değildir. Bu hallerde yine bir ayıbın varlığı kabul edilecektir. Aracın benzer durumda ikinci el bir aracın objektif olarak sahip olması gereken bütün özellikleri taşıması gerektiği açıktır.

d. Muayene ve İhbar Külfeti

AB Yönergesi, alıcı/tüketicisiye malı herhangi bir şekilde muayene ödevi yüklememiştir. Tüketici malı muayene etmeden kullanmaya başlar ve ayıp bir gün kendiliğinden ortaya çıkana kadar da ayrıca bir şey yapmasına gerek yoktur. Ayıp bir kez ortaya çıktıktan sonra tüketicinin ihbar yükümlülüğünün olup olmadığı konusu ise Yönerge m. 5, f. 2'de düzenlenmiştir. Buna göre ayıbın tespitinden itibaren işleyecek 2 aylık bir ihbar süresi öngörülmesi üye ülkelerin tercihine bırakılmıştır, yani bu konuda bağlayıcı bir düzenleme yapılmamıştır.⁶ Tüketici 2 yıllık zamanaşımı süresi içinde ayıbı tespit ettiği sürece seçimlik haklarını kullanabilecektir.

⁶ Avrupa Topluluğu ülkelerinden Avusturya, Almanya, Çek Cumhuriyeti, Fransa, İngiltere, İrlanda, Letonya, Lüksemburg ve Yunanistan bu imkanı kullanmamış ve ihbar külfeti getirmemiştir. Buna karşılık Danimarka, Estonya, Finlandiya, Hollanda, İspanya, İsveç, İtalya, Kıbrıs, Litvanya, Macaristan, Malta, Polonya, Portekiz, Slovakya ve Slovenya ihbar külfetine yer vermiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. *EC Consumer Law Compendium -Comparative Analysis-*, Schulte-Nölke (ed.), 12.12.2006 (http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/acquis/comp_analysis_en.pdf), s. 642-644.

Ortak Avrupa Satım Hukuku Tüzük Taslağı m. 106, f. 3(b) uyarınca da tüketici işlemlerinde ne muayene ne de ihbar külfeti söz konusu değildir. Hatta bu konuda üye ülkelere aksine düzenleme yapma imkânı da verilmemiştir.

e. Ayıbın İspatı

AB Yönergesi m. 5, fıkra 3 ayıbın ispatına ilişkin özel bir düzenleme içermektedir. Buna göre

“(3) Aksi ispat edilmedikçe, teslim anından itibaren 6 ay içinde ortaya çıkan ayıpların, teslimde var olduğu kabul edilir. Bu karine, malın veya ayıbın niteliği ile bağdaşmıyor ise uygulanmaz.”⁷

Sözleşmeye aykırı bir malın ifa edilip edilmediği teslim anına göre saptandığından, tüketicinin ayıptan doğan haklarını kullanabilmesi, ayıbın o anda var olduğunu; malın açık veya gizli bir ayıbı o anda taşıdığını ispat etmesine bağlıdır. Fakat özellikle malın bu ayıp nedeniyle hasar gördüğü veya telef olduğu hallerde, ispatın getirilmesi güçtür. Bu nedenle AB Yönergesi, ilk 6 ay için ispat yüküne yer değiştirmiştir⁸. Bir malın 6 ay boyunca sorunsuz çalışması, hayatın olağan akışına uygun olarak kabul edilmiş ve bu süre içinde mal yine de bozulmuşsa, kaynağında, teslim anında zaten var olan bir ayıbın yattığı sonucuna varılmıştır. Kuşkusuz satıcının bunun aksini iddia etmesi ve örneğin ayıbın kullanım hatasına dayandığını ispat etmesi imkanı her zaman vardır.

Diğer yandan, bazı mallar açısından tüketiciye bu tür bir ispat kolaylığı getirilmesinin satıcıyı mağdur edebilmesi söz konusudur. Örneğin doğası gereği çabuk bozulan, çürüyen veya yok olan mallar açısından bu tür bir karinenin kabulü, malın niteliği ile bağdaşmaz⁹. Aracın koltuklarında var olan sigara yanıkları gibi, ayıbın, tüketicinin kullanım hatasına dayanmasının çok daha muhtemel olduğu hallerde de, satıcının ispat yükü altında olması doğru olmaz. Bu açıdan hakim, ayıbın ve malın niteliğini takdir ederek, ayıbın teslim anında var olduğu konusundaki ispat yükünün yine tüketicide olduğuna karar vermesi mümkündür.

⁷ Aynı yönde Tüzük Taslağı m. 105, f. 2.

⁸ Alman hukukunda yer alan paralel düzenleme hakkında örn. bkz. S. Lorenz, Münchener Kommentar zum BGB, 6. Auflage 2012, § 476 BGB N.2 vd.

⁹ Bkz. Grundmann in: Grundmann/Bianca, EU Kaufrechts-Richtlinie, 2002, Art. 2 N. 21.

2. Ayıp Halinde Tüketicinin Seçimlik Hakları

a. Genel Olarak

AB Yönergesi m. 3 ayıplı bir mal teslim edilmesi halinde tüketicinin sahip olduğu hakları ve bu hakların kullanılmasındaki sınırları tanımlamaktadır. Madde aşağıdaki gibidir:

Tüketicinin Hakları

“(1) Satıcı, malların teslimi anında var olan her türlü sözleşmeye aykırılık için tüketiciye karşı sorumludur.

(2) Sözleşmeye aykırılık halinde tüketicinin fıkra 3 hükümleri uyarınca, malın ücretsiz tamir veya yenisi ile değiştirme suretiyle sözleşme uygun hale getirilmesini isteme hakkı olduğu gibi, fıkra 5 ve 6'ya uygun olarak ilgili mallara ilişkin münasip bir bedel indirimi veya sözleşmeden dönme haklarını kullanması da mümkündür.

(3) Tüketici ilk aşamada satıcının malları tamir etmesini veya değiştirmesini, iki halde de ücretsiz olacak şekilde, isteyebilir. Meğerki bu taleplerin yerine getirilmesi imkansız veya orantısız olsun.

Eğer başvuru yapılan seçimlik hak alternatif seçimlik hak ile karşılaştırıldığında satıcıya makul olmayan seviyede bir maliyet yüklüyorsa bu seçimlik hakkın kullanımı orantısız kabul edilir. Bu değerlendirilmede:

- sözleşmeye aykırılık olmasaydı malın değerinin ne olacağı,
- sözleşmeye aykırılığın önem derecesi
- alternatif seçimlik hakkın tüketiciye önemli bir rahatsızlık verilmeden kullanılıp kullanılmayacağı dikkate alınır.

Her türlü tamirat veya değiştirme, tüketiciye önemli bir rahatsızlık verilmeden, malların niteliği ve malların tüketici tarafından kullanım amacı dikkate alınarak makul bir süre içinde tamamlanmalıdır.

(4) Fıkra 2 ve 3'de geçen “ücretsiz” kavramı malların sözleşmeye uygun hale getirilmesi için gerekli olan harcamaları, özellikle posta, iş gücü ve malzeme masraflarını kapsar.

(5) Tüketici münasip bir bedel indirimi veya dönme haklarını aşağıdaki hallerde kullanabilir:

- Tüketici ne tamirat ne de değiştirme isteme hakkına sahip değilse veya
- Satıcı tamirat veya yenisi ile değiştirmeyi zamanında tamamlayamamışsa veya
- Satıcı tamirat veya yenisi ile değiştirmeyi tüketiciye önemli bir rahatsızlık vermeden tamamlayamamışsa.

(6) Sözleşmeye aykırılığın önemsiz olması halinde tüketicini sözleşmeden dönme hakkı yoktur.”

Bu maddede hemen dikkat çeken nokta tüketicinin seçimlik hakları arasında bir kademelendirme yapıyor olmasıdır. Buna göre tüketici öncelikle sadece sözleşmeye uygun ifade ısrarcı olabilir. Yani tamirat veya yenisi ile değiştirme isteyebilir. Ancak bunların satıcı tarafından yerine getirilmediği veya getirilemediği hallerde dönme veya semenin tenzili yenilik doğuran haklarını kullanabilir. Bu sıralamanın altında yatan düşünce sözleşmeye sadakattir. Sözleşmeyi ayakta tutan çözümler her zaman sözleşmeye müdahale eden, onu sonlandıran çözümlere nazaran tercih edilmektedir. Yönergenin tercihine paralel olarak aşağıda da tüketicinin kullanabileceği bu seçimlik haklar iki kategoride ele alınacaktır.

b. Tamirat ve Yenisi İle Değiştirme Taleplerine İlişkin Özellikler

aa. Hakların Kullanımı ve Sınırları

Tamirat ve yenisi ile değiştirme hakları aynen ifa talebinin bir uzantısıdır. Dolayısıyla da aynen ifa talebinin sınırlarına tabi olurlar. Nasıl ki aynen ifası istenen edimin imkansızlaşması veya ifasının aşırı güçleşmesi halinde bu talebin reddedilmesi imkanı varsa, onarım ve yenisi ile değiştirmede de aynı sınırlar söz konusu olacaktır.

İmkansızlığın tespiti nispeten kolaydır: Eğer değiştirilmesi istenen malın aynısını tedarik etmek mümkün değilse istem boşa döner. Tamir edilmesi objektif açıdan mümkün olmayan bir mal için de bu talep kabul edilemez. Buna karşılık onarım veya yenisi ile değiştirme talebinin satıcı açısından „orantısız” olmasının ne anlama geldiğini tayin etmek daha zordur. Bu konuda 1999/44 sayılı AB

Yönergesi, üç kriter saptamaktadır. Bunlar, malın ayıpsız değeri, ayıbın önem derecesi ve diğer seçimlik hakka başvurmanın tüketici açısından sorun doğurup doğurmayacağı unsurlarıdır.¹⁰

Örneğin malın tamir edilmesi, yenisinin verilmesi ile mukayese edildiğinde çok daha masraflı olacaksa tüketicinin tamirde ısrarcı olması kabul edilmeyecektir. Satın alınan bir vidanın dişlerinde bozukluk varsa vidanın tamiri yerine yenisi ile değiştirilmesi daha uygundur. Buna karşılık satın alınan bir çamaşır makinesi ise ve bir vidanın bozuk olması söz konusu ise, yeni bir çamaşır makinesi talep edilmesi orantısızlık savunması ile karşılaşır. Bu hallerde vidanın değiştirilmesi, yani tamirat uygun olan çözümdür. Aracın kaportasındaki küçük bir çizik nedeniyle tüketicinin yenisi ile değiştirme hakkını kullanmak istemesi halinde de bu istem orantısız kabul edilecektir, zira malın ayıplı ve ayıpsız değeri mukayese edildiğinde minimal bir sapma vardır ve bu sapmanın hemen ilgili yerin tamir edilmesi yoluyla giderilmesi mümkündür. Dolayısıyla diğer seçimlik hakkını kullanmanın tüketici açısından bir sorun doğurmayacağı kabul edilmelidir. İhtilaf çıkması halinde hakim her somut olayın özelliğine göre orantısızlık konusunda değerlendirmede bulunacaktır.

Onarım veya yenisi ile değiştirmenin seçildiği hallerde, malın niteliği ve tüketicinin bu malı kullanma amacı dikkate alındığında, makul sayılabilecek bir süre içinde¹¹ ve tüketici için önemli bir rahatsızlık doğurmayacak şekilde bu talep satıcı tarafından yerine getirilmek durumundadır. Somut olayın özelliklerine göre „önemli bir rahatsızlık“ ve „makul süre“nin ne anlama geldiği tespit edilecektir. Örneğin yaz aylarında bir buzdolabının tamiri için 1 ay makul bir süre olmadığı gibi tüketici için ciddi sorun doğuracağı açıktır. Ancak satıcının tüketiciye bu süre için başka bir buzdolabı tahsis etmesi halinde farklı bir sonuca varılabilecektir. Eğer süre fazla uzun veya ifa süreci kendisi için fazla sorunlu ise tüketicinin her zaman satıcıya karşı diğer seçimlik hakkını kullanması imkanı vardır.¹²

“*Ücretsiz*” kavramı ile kast edilen, ayıplı malın sözleşmeye uygun hale getirilmesi sürecinde doğabilecek bütün masrafların, özellikle taşıma, işgücü ve materyal masraflarının satıcı tarafından taşınmasıdır (bkz. Yönerge m. 3, f. 4).

¹⁰ Ayrıntılı bilgi için örn. bkz. *Bianca* in: Grundmann/Bianca (dn.9) Art.3 N.30-34; MünchKomm/*Westermann* (dn.8) § 439 BGB N.19 vd.

¹¹ Avrupa Satım Hukuku Tüzük Taslağı m.11, f. 2 bu sürenin en fazla 30 gün olabileceğini ön görmektedir.

¹² Gerek yenisi ile değiştirme gerekse tamirat talebi içerik değiştirmiş bir ifa talebi olduğu için bir yenilik doğuran hakkın kullanımı söz konusu değildir. Dolayısıyla tüketici tercihini bunlardan biri yönünde yapmış olmasına rağmen ifanın gereği gibi yerine gelmemesi halinde diğer seçimlik haklarından birini her zaman kullanabilir.

Yani ayıplı malın tüketicinin evinden alınması ve tamiratın gerçekleşeceği yere nakli, burada tamir edilmesi veya değiştirilmesi ve yeniden tüketicinin evine nakli masrafları satıcıya aittir.

bb. AB Adalet Divanı'nın Uygulaması

AB Adalet Divanı 1999/44 sayılı Yönerge hakkında bugüne kadar 2 karar vermiştir. Bunlardan biri, bahsi geçen “*ücretsiz*” değiştirme ve onarım kavramının ne kadar geniş yorumlandığı konusunda ilginç bir örnektir:¹³

Olayda davacı, evine döşemek için fayans satın almış ve yarıdan fazlasını döşedikten sonra fayansların üzerinde gözle görülür gölgeler olduğu anlaşılmıştır. Olayda tüketiciye atfedilebilecek bir kusur yoktur. Tüketici fayansların yenisi ile değiştirilmesini istemiş ve bu talebi kabul görmüştür. Ancak satıcı sadece yeni fayansları evine kadar getirmiş buna karşılık döşenmiş fayansların sökülmesi ve imha edilmesi ile yeni fayansların döşenmesi giderlerini ödemekten kaçınmıştır. AB Satım Yönergesindeki “masrafsız” kavramının nasıl anlaşılması gerektiği konusunda Alman alt derece mahkemesi konuyu bekletici mesele yaparak Adalet Divanına soru olarak yöneltmiştir.

ABAD kararında, Yönergenin “masrafsız” ile kast ettiği şeyin, tüketici açısından kural olarak hiçbir masraf doğurmamak olduğunu ifade etmiştir. Yani tüketiciye mutlak koruma vermiş ve değiştirme ile bağlantılı bütün masrafların satıcı tarafından karşılanması gerektiğine hükmetmiştir. Hatta Divan, satıcının, yenisi ile değiştirmenin orantısız masraflar doğuracağı şeklinde bir savunma ileri sürmesi imkanı da olmadığına karar vermiştir. Zira olayda tüketicinin tamirat opsiyonunu kullanması işin niteliği gereği mümkün değildi. Tek çare fayansları değiştirmektir. Dolayısıyla satıcıya yenisi ile değiştirmeyi orantısızlık nedeniyle reddetme imkanı verilse alıcının tek yapabileceği şey sözleşmeden dönmek olacaktır. Oysa Adalet Divanı tüketicinin mala kavuşma menfaatinin daha önemli olduğuna hükmetmiştir. Yani masraflar yüksek dahi olsa tüketicinin yenisi ile değiştirmesi istemi kabul edilmiştir.

Mahkemeye göre, sadece ifaya yönelik diğer seçimlik hakkın kullanılmadığı hallerde, yani tamirat veya değiştirme haklarından sadece birisi olayın mahiyeti gereği mümkünse ve bunun da masrafları çok yüksekse istisnai olarak tüketicinin masrafların bir kısmına katlanması gerektiğine üye ülke mahkemeleri

¹³ Joined Cases C-65/09 and C 87/09, *Gebr. Weber GmbH v Jürgen Wittmer, and Ingrid Putz v Medianess Electronics GmbH*, European Court Reports 2011, (sayfası henüz belli olmamıştır).

karar verebilir. Sadece bu noktada ülke mahkemelerine belirli bir takdir hakkı tanınmıştır.

Yenisi ile değiştirme ile bağlantılı olarak çok sık tartışılan diğer bir sorun ise tüketiciden bir fiyat farkı veya kullanma karşılığı istenip istenemeyeceğidir. Örneğin bir araç veya bir fırın 14 ay kullanılmış, daha sonra ortaya çıkan ayıbın da tamirat yoluyla giderilmesi mümkün olmamış veya çok masraflı olmuşsa tüketicinin değiştirme isteyeceği açıktır. Satıcı bu durumda tüketicie yeni bir mal verdiği için bu 14 ay kullanmanın karşılığını isteyebilir veya yeni model fırın için fiyat farkı talep edebilir mi? Bu konuda yine AB Adalet Divanı tarafından Yönerge hakkında verilmiş olan diğer karar yol göstericidir:¹⁴

Olayda Ağustos 2002’de, Quelle adlı uzaktan pazarlama şirketi Davacıya bir ocak satmıştır. 2004 yılının başına kadar bunu kullanan Davacı ocağın bozulduğunu tespit etmiştir. Tamirat mümkün olmadığı için Davacı yenisi ile değiştirme istemiştir. Quelle şirketi bu istemi yerine getirmiş ancak Davacıdan eski ocak için EUR 69,97 kullanım karşılığı istemiştir. Meblağ son derece düşük olmasına rağmen Alman mahkemesi konuyu bekletici mesele yapmış ve ABAD’a Yönergenin bu konuda nasıl yorumlanması gerektiğini sormuştur.

Adalet Divanına göre tüketici sözleşmeden dönmediği sürece kendisinden herhangi bir şekilde kullanım karşılığı istenmesi mümkün değildir. Tüketicinin 18-19 ay ocağı kullanmış olması, daha sonra da daha üst bir model alması sebepsiz zenginleşme teşkil etmez. Zira Divana göre satıcı ayıplı bir mal teslim etmek suretiyle sözleşmeye aykırı davranan taraftır, sonuçlarına da katlanması gerekir.¹⁵ Dönme haline ilişkin olarak Divanın değer yargısının farklı olmasının sebebi ise açıktır: her ne kadar bu durumda tüketici mal için kullanma karşılığı ödemek zorundaysa da, satıcı da tüketicinin ödediği parayı faizi ile iade etmek durumundadır. Yani iki taraf da “kullanma karşılığı” ödemektedir. Oysa yenisi ile değiştirmede açıktır ki satıcı paranın faizini kendisinde muhafaza etmektedir. Dolayısıyla alıcıdan da bir kullanma bedeli istemesi uygun düşmeyecektir. Nitekim bu gerekçelerle teknolojik ürünlerde daha üst bir model teslim edilmesi gerektiğinde AB hukuku çerçevesinde tüketiciden bir fiyat farkı istenemeyeceği kabul edilmektedir.¹⁶

¹⁴ C-404/06, *Quelle AG v Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände*, European Court Reports, 2008, s. I-02685.

¹⁵ Avrupa Satım Hukuku Tüzük Taslağı m. 112, f. 2 bu Adalet Divanı kararının özünü yasaya aktarmış ve tüketicinin malın değiştirilmesi halinde eski malı kullanmak nedeniyle bir ödeme yapmaya zorlanamayacağı hükme bağlanmıştır.

¹⁶ Örn. bkz. *Faust*, in: Beck’scher Online-Kommentar BGB, Hrsg: Bamberger/Roth, 01.03.2011, BGB § 439 N. 24; *Mankowski*, Nachbesserung und Verbesserung beim Kauf, NJW 2011, s. 1025, 1027.

c. Satış Bedelinin İndirilmesi ve Dönme Haklarına İlişkin Özellikler

aa. Hakların Kullanımı ve Sınırları

Yukarıda ifade edildiği gibi, AB Yönergesi, semen tenzili veya dönme yenilik doğuran haklarının sadece tüketicinin sözleşmeye uygun bir ifa elde edemediği hallerde kullanılmasını kabul etmektedir. Yani ancak tüketici ne tamirat ne de değiştirme isteme hakkına sahip değilse (mesela imkansızlık nedeniyle) veya satıcı tamirat ya da yenisi ile değiştirmeyi zamanında veya tüketiciye önemli bir rahatsızlık vermeden tamamlayamamışsa tüketici bu haklarını kullanabilecektir.

Tüketicinin kendisine teslim edilmiş olan malı muhafaza etmek istemesi ve sadece **satış bedelinin indirilmesi** yolunu tercih etmesi nispeten sorunsuzdur. Özellikle çok önemli olmayan ayıplar ile tüketicinin kendisinin giderebileceği ayıplar açısından bu yolun tercih edilmesi anlamlı olacaktır. Bu durumda malın ayıpsız piyasa değerinin, somut olaydaki semene oranı alınarak, malın ayıplı piyasa değeri bu oran ile çarpılacaktır.¹⁷ Örneğin piyasa değeri 100 TL olan bir malı 80 TL'ye almış olan birisini düşünelim. Bu malın ayıplı çıkması ve ayıplı haliyle piyasa değerinin aslında 70 TL olması durumunda satıcının alıcıya ödeyeceği miktar 10 TL'den (80-70) ibaret olamaz. Zira alıcı kuvvetli bir pazarlık yaparak malı aslında 20 TL, yani 4/5 oranında daha ucuza almıştır. Dolayısıyla ayıplı malı da bu oranda daha ucuza almış olacağı farz edilir. $70 * 4/5 = 56$ TL. Yani satıcının alıcıya iade etmesi gereken meblağ $80-56 = 24$ TL olacaktır. Semen tenzili bir yenilik doğuran hak olduğu için tüketicinin bu hakkını kullanması ile semen bahsedilen oranda tenzil edilmiş olacaktır. İhtilaf halinde mahkemenin vereceği karar bir tespit kararı niteliğindedir.

Tüketicinin kullanabileceği son seçimlik hak ise aslında sözleşmeye en radikal müdahalede bulunan **sözleşmeden dönme** hakkıdır. Bu durumda sözleşme ilişkisi sona ermekte ve taraflar karşılıklı olarak aldıklarını iade ettikleri bir tasfiye ilişkisi içerisine girmektedir. Bu radikal sonuçları nedeniyle genelde sözleşmeden dönmeye en son çare (*ultima ratio*) olması kabul edilir.¹⁸ Nitekim AB Yönergesi m. 3, f. 6 uyarınca önemsiz ayıplar için dönme hakkı kullanılamaz. Gerçekten de ayıbın mahiyetinin dönme gibi radikal bir sonucu

¹⁷ Avrupa ülkelerinin çoğunda uygulanan bu hesaplama yöntemi Avrupa Satım Hukuku Tüzük Taslağı m. 120, f.1'de ifade edilmiştir.

¹⁸ Satımda dönme hakkına getirilen bu sınırlar hakkında bkz. *Atamer*, Y.M., Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, İstanbul 2005 s. 394 vd.

haklı göstermediği haller olabilir. Örneğin bir otomobilde imalattan kaynaklanan boya atmaları ve paslanmaların gerçekleşiyor olması nedeniyle sözleşmeden dönülmek istenmesi, bu sorunların boyanın yenilenmesi ile kısa sürede halledilmesi ihtimalinin var olması durumunda, haklı kabul edilmeyebilir.

bb. Dönme veya Semen Tenzili Olasılığında Kullanım Karşılığı Sorunu

Tüketicinin semenin tenzili hakkını kullanmış olması halinde kullanma karşılığı ödeyecek olan sadece satıcıdır. Zira tüketici malı muhafaza etmekte, buna karşılık alıcı haksız yere kullandığı bir miktar parayı iade etmek durumunda kalmaktadır. Dolayısıyla tüketicinin satıcıya ödemeyi yaptığı tarihten itibaren faiz yürütülerek fazla tahsil edilen kısım iade edilecektir.

Tüketicinin dönme hakkını kullanması halinde ise taraflar arasındaki satım sözleşmesi bir tasfiye ilişkisine dönüşür. Her ne kadar Yönergede bu konuda açık bir madde olmasa da Yönergenin giriş bölümünde yer alan gerekçelerde özellikle sözleşmeden dönme sonrasında tüketiciye yapılacak olan iade ödemesinden, tüketicinin malı kullanması nedeniyle elde ettiği faydaların düşülmesi imkanı olduğu kabul edilmektedir. 15 numaralı bu mülahazada ilgili hususa ilişkin ayrıntıların üye devletler tarafından düzenleneceği ifade edilmektedir. Yani iki taraf da mal ve parayı iade ederken kullanım karşılığı ödemek durumundadır. Hesaplama para satıcıya ödendiği ve malın alıcıya teslim edildiği gün esas alınacaktır. Para açısından, iade edildiği güne kadar faiz yürütülmesi, mal açısından da ayıp nedeniyle kullanılamaz olduğu ana kadar kullanım karşılığı ödenmesi asıldır.

Faiz hesaplamasında satıcı tacir olduğu için ticari faiz oranı esas alınacaktır. Paranın kullanım süresi de belli olduğu için hesaplama bir güçlük doğurmayacaktır. Buna karşılık tüketicinin ödemesi gereken kullanım karşılığının saptanması bu kadar kolay değildir. AB Yönergesi bir yol göstermemektedir. Alman Federal Mahkemesi'nin uzun yıllardır uyguladığı bir hesaplama yöntemi bu konuda yol gösterici olabilir: buna göre mahkemenin öncelikle satım konusu malın ortalama kullanım ömrünü tespit etmesi gerekir. Bu süre mal için ödenen fiyata oranlandığında aylık kullanım karşılığı da saptanabilmektedir.

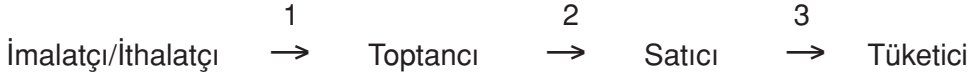
Örneğin, bir dizüstü bilgisayar için Alman mahkemesi kullanım ömrünü 6 yıl, yani 72 ay olarak saptamıştır. Ardından satım bedeli olan 1.369 Euro 72'ye bölünerek aylık kullanım karşılığı 19,01 Euro

olarak saptanmıştır. Tüketici 21 ay bilgisayarını kullanabildiği için $21 * 19,01 = 399$, 21 Euro kullanım karşılığı ödenmesi gerektiği tespit edilmiştir.¹⁹

3. Ayıp Halinde Tüketicinin Haklarını Kime Karşı Kullanacağı Sorunu

a. İmalatçıya Karşı Doğrudan Talepler

Günümüzün iş bölümüne dayalı ekonomilerinde malı imal eden kişinin aynı zamanda satıcı olması ihtimali çok düşüktür. Aksine, genelde satım zincirinde satıcı ile imalatçı arasında farklı bir dizi halka daha vardır.



Tüketici ile kurulan satım sözleşmesi son halkadır. Sorun, tüketicinin satım zincirinde başka kişilere karşı da bazı haklar ileri sürüp süremeyeceğidir. Avrupa hukuk düzenlerine bakıldığında özellikle Fransa, Belçika ve Lüksemburg'da alıcıya, satıcının yanı sıra satım zincirindeki diğer halkalara da başvurma imkanının verildiğini görmekteyiz.²⁰ Nitekim AB Satım Hukuku Yönergesinin hazırlanması sürecinde bu konu hararetle tartışılmış, ancak AB'de satıcı dışında satım zinciri içindeki üçüncü kişilere karşı tüketiciye doğrudan bir dava hakkı vermeyen ülkelerin çoğunlukta olması nedeniyle Yönergede bu konu açık bırakılmış ve sadece 12. maddede bu tür bir dava hakkının verilmesi hususunun daha ileriki bir tarihte yeniden ele alınacağı ifade edilmiştir.²¹ Bugüne kadar Yönergede bu hususta bir değişiklik yapılmamıştır. Ortak Avrupa Satım Hukuku Tüzük Taslağı da bu konuda herhangi bir düzenleme içermemektedir. Dolayısıyla bugün itibarıyla Avrupa Birliği'nde tüketicinin taleplerini ileri sürebileceği **yegane** kişi sözleşme tarafı olan satıcıdır.

¹⁹ *AG Hildesheim*, Urteil vom 11.03.2008 - 43 C 192/07 (Beck-Online).

²⁰ *Action directe* olarak adlandırılan bu dava imkanı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Ebers/Janssen/Meyer* (eds.) *European Perspectives on Producers' Liability - Direct Producers' Liability and the Sellers' Right of Redress*, 2009.

²¹ Bu konuda yayınlanan en son rapor için bkz. *Communication on the implementation of Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council of 25 May 1999 on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees including analysis of the case for introducing direct producers' liability*, 24.04.2007 COM (2007) 210 final. Ayrıca bkz. COM (1993) 509 final, s. 110 vd.

b. Bağımsız Garanti Taahhüdünden Doğan Ek Talepler

AB Satım Hukuku Yönergesi satıcı dışında başka kişilere karşı tüketicinin bir talep ileri sürebilmesini ancak gönüllü bir garanti taahhüdünde bulunulması halinde kabul etmektedir. Yasa gereği bir garanti verme mecburiyeti olmadığı gibi, garantinin içeriği de tamamen serbest bırakılmıştır. Garanti ile ilgili olarak Yönerge m. 6 sadece sınırlı sayıda bazı noktalarda emredici düzenleme getirmiştir. Buna göre:

“(1) Garanti taahhüdünde bulunan, bu taahhütte ve ilgili reklamlarda yer alan ifadelerle bağlıdır.

(2) Garanti taahhüdü:

- Uygulanacak ulusal satım hukuku düzenlemesi uyarınca tüketicinin satıcıya karşı hakları olduğu ve bunların garanti taahhüdünden etkilenmediği ifadesini ve,
- Açık ve anlaşılır bir dille garantinin kapsamı, garantiden faydalanma koşulları ve özellikle garantinin süresi ve yer itibarıyla geçerliliği ile garanti verenin ad ve adresine ilişkin bilgileri içermelidir.

(3) Tüketicinin isteği üzerine garantinin yazılı olarak veya tüketicinin kullanımına açık sürekli bir veri taşıyıcısı üzerinde kayıtlı olarak kendisine verilmesi gerekir.

(4) ...

(5) Garanti taahhüdü 2, 3 ve 4. fıkralardaki kuralları ihlal etse bile garantinin geçerliliği bundan etkilenmez ve tüketici yine de garantiye dayanabilir.”

Garanti taahhüdü satıcı, imalatçı veya herhangi bir üçüncü kişi tarafından verilebilir. Bu durumda tüketicinin karşısında satıcının yanı sıra belirli bazı hakları kullanabileceği yeni bir kişi daha olacaktır. Garanti taahhüdünün nasıl bir içerik taşıyacağı, yani tüketiciye ne gibi hakların tanınacağı önem taşımaz. Bu konuda garanti veren tamamen serbesttir. Dilerse sadece tamirat veya değiştirme hakkının tanınmasında hiçbir sakınca yoktur. Ancak tüketicinin, satım sözleşmesinden doğan yasal haklarının saklı olduğu ve bunların garanti ile sınırlandırılmadığı garanti taahhüdünde ifade edilmek zorundadır. Zira tüketiciler sıklıkla, garanti taahhüdünde kendilerine tanınmış olan hakların,

ellerindeki tek imkan olduğunu düşünmektedir. Yani satıcıya başvurma imkanını ayrıca değerlendirmemektedirler. Oysa garantide genelde sadece tamirat veya yenisi ile değiştirme hakları tanındığı için, tüketicinin, sözleşmeden dönme ve semenin tenzili haklarını kullanması tehlikeye düşmektedir. İşte bunun önünü almak için garanti veren tüketiciyi bu konuda bilgilendirmek durumundadır.

Nasıl ki satıcı satım konusu mala ilişkin reklamlardaki ifadeler ile bağlı tutuluyorsa aynı şekilde garanti veren de bu reklam içeriği ile bağlı olacaktır. Yani malın reklamda taahhüt edilen özellikleri göstermemesi halinde garanti kapsamında tanınan haklara başvurulması imkanı vardır. Garanti taahhüdünde, garantiden faydalanma koşulları, özellikle süresi, ülke olarak geçerliliği, garanti verenin adı ile adresi açık ve anlaşılır bir dille yer almalıdır. Bu şekilde tüketicinin gereği gibi aydınlatılması temin edilecektir. Ancak bu bilgilerin muhakkak belirli bir şekil şartına uyularak verilmesi aranmamıştır. Sadece tüketicinin isteği üzerine garantinin yazılı olarak veya tüketicinin kullanımına açık sürekli bir veri taşıyıcısı üzerinde kayıtlı olarak kendisine verilmesi gerekir.

Eğer garanti taahhüdü aranan özelliklere sahip değilse, bunun geçersiz olmasını kabul etmek uygun düşmez. Garanti taahhüdünü her halükarda ayakta tutmak ve tüketicinin garanti verene başvurabileceğini kabul etmek daha doğrudur. Ancak bu yükümlülükler aykırı davranan garanti veren açısından örneğin üye ülkelerde idari para cezaları söz konusu olacaktır.

4. Tüketicilerin seçimlik haklarını kullanma süresi

AB Yönergesi m. 5 uyarınca, malın tüketiciye tesliminden itibaren 2 yıl içinde ortaya çıkan sözleşmeye aykırılıklardan satıcı sorumludur. Üye ülkeler daha kısa süreler öngöremezler. Bunun tek istisnası Yönerge kapsamında değerlendirilen ticari ikinci el satımlar için tanınmıştır.²² Yönerge m. 7, f. 1 uyarınca üye ülkeler dilerlerse bu tür satımlarda zamanaşımı süresini 1 yıla düşürebilirler. Ancak 1 yıldan kısa süreler öngörülmesi mümkün değildir. Verilmesi tamamen gönüllülük esasına tabi olan garantiler içinse Yönerge bir süre sınırı getirmemiştir. Garanti veren bu süreyi dilediği gibi belirleyebilir.

²² Bkz. yukarıda dn. 5.

C. ÇEŞİTLİ AVRUPA BİRLİĞİ ÜLKELERİNDE YÖNERGENİN İÇ HUKUKA AKTARILIŞ ŞEKLİ VE MAHKEME UYGULAMASI

1. Almanya

a. Genel Olarak

Alman Medeni Kanunu'nun (*Bürgerliches Gesetzbuch*, BGB) borçlar hukukuna ilişkin bölümü 2002 yılında büyük bir revizyon görmüştür. Özellikle satım hukuku kuralları da bu revizyondan etkilenmiş ve 1999/44 sayılı AB Yönergesi, sadece tüketiciler için değil, genel olarak bütün satım sözleşmelerine etkili olacak şekilde Alman iç hukukuna aktarılmıştır. Konu BGB §§ 433-453 arasında düzenlenmiştir.²³ BGB § 474-479 aralığı her ne kadar tüketici satım sözleşmelerine hasredilmişse de bu bölümde özellikle Yönerge m. 6'daki garanti taahhüdüne ilişkin ayrıntılar ve m. 4'de ele alınan satıcının önceki satıcılara rücu etme imkanı gibi konular ele alınmış ancak ayıp tanımı ve ayıplı mal tesliminde kullanılabilecek haklara ilişkin ayrıntılara satıma ilişkin genel düzenlemeler arasında yer verilmiştir.

b. Malın Ayıplı Olması

BGB § 434 uyarınca bir ayıbın olmadığını kabul için malın sözleşmede kararlaştırılmış olan özellikleri göstermesi beklendiği gibi, malın olağan kullanım amacına uygun ve aynı türden mallarda var olan özelliklere de sahip olması beklenir. AB Yönergesi m. 2, f. 2 (d)'ye paralel olarak, reklamlarda bildirilen mala ilişkin özellikler de değerlendirmede dikkate alınır. Diğer yandan montajdaki hataya veya hatalı montaj talimatına dayanan ayıplar da maldaki ayıp sayılır. Alman Medeni Kanunu ticari olmayan satım sözleşmeleri için ne muayene ne de bir ihbar külfeti öngörmemiştir. BGB § 476 uyarınca tüketici satım sözleşmelerine özgü olmak üzere, maldaki hasarın alıcıya intikalinden itibaren ilk 6 ay içinde ortaya çıkan ayıpların hasarın intikali anında var olduğu kabul edilir. Yani AB Yönergesi m. 5, f. 3'e uygun bir düzenleme söz konusudur.

²³ Bkz. <http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/> veya İngilizce tercüme için bkz. http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/index.html

c. Ayıp Halinde Tüketicinin Seçimlik Hakları

Alman Medeni Kanunu da alıcıya dört seçimlik hak vermektedir: tamirat/yenisi ile değiştirme ve bedel indirimi/dönme. Her ne kadar Yönergedeki kadar açık olmasa da alıcının öncelikle ayıplı malın tamiri veya yenisi ile değiştirilmesi seçimlik haklarını kullanması öngörülmüştür.²⁴ Yani sözleşmeden dönme ve semenin tenzili seçimlik haklar olarak ikinci sıradadır.

Gerek tamiratın gerekse yenisi ile değiştirmenin bütün masraflarının satıcı tarafından taşınması gerekir. Fakat satıcı seçilen hakkın yerine getirilmesini, ifanın imkansız olması veya orantısız maliyet yüklemesi halinde reddedebilir (BGB § 439(3)). Bu değerlendirmede özellikle sözleşmeye aykırılık olmasaydı malın değerinin ne olacağı, sözleşmeye aykırılığın önem derecesi ve alternatif seçimlik hakkın tüketiciye önemli bir rahatsızlık verilmeden kullanılıp kullanılmayacağı dikkate alınır. Eğer orantısız bir maliyet yükleyeceği veya imkansız olduğu kabul edilirse, alıcının talebi, ifaya yönelik diğer seçimlik hakla sınırlıdır. Ancak satıcının bu seçimlik hakkın kullanılmasını da aynı gerekçelerle bloke etmesi mümkündür. Alman doktrininde kabaca bir yol gösterici olarak genelde şu oranlar kabul edilmektedir: tercih edilen seçimlik hakkın yerine getirilmesinin masrafı malın ayıpsız değerinin % 100-150'sinden fazlasına tekabül ediyorsa satıcı ifayı reddetmekte haklıdır. Tercih edilen seçimlik hakkın masrafları diğer seçimlik hakka nazaran % 10-20 daha pahalı ise satıcının yine reddetme hakkı vardır.²⁵ Ancak Alman Federal Mahkemesi tarafından benimsenmiş bu tür bir oran yoktur.

Alıcının sözleşmeden dönme veya semenin tenzili haklarını kullanabilmesi için, satıcının ifaya yönelik seçimlik hakların kullanılmasını § 439 (3) uyarınca reddetmiş olması veya ifayı gereği gibi gerçekleştirememiş olması veya tüketiciye önemli bir rahatsızlık vermeden ifayı tamamlayamamış olması gerekir (BGB § 440). Maddede açıkça ifade edilmese de ifanın makul bir süre içinde tamamlanmamış olması da alıcının dönme veya semenin tenzili isteyebilmesi için yeterli bir sebep sayılmaktadır.²⁶ Satıcının tamiratı "gereği gibi gerçekleştirememesi" **iki kez** denemiş olmasına rağmen başarıya ulaşamamış olması halinde söz konusudur (§ 440, c. 2). Yani tamirat iki kez denenmiş ancak yine de ayıpsız ifa temin edilememişse artık alıcının sözleşmeden dönme veya semenin tenzili haklarını kullanması mümkün olacaktır. Ancak malın veya

²⁴ Faust (dn.16) § 439 BGB N. 2.

²⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Ball, Die Nacherfüllung beim Autokauf, Neue Zeitschrift für Verkehr 2004, s. 217, 225.

²⁶ Faust (dn.16) § 440 BGB N. 29.

ayıbın çeşidi veya somut olayın özellikleri bu konuda farklı bir sonuca götürebilir. Örneğin malın çok sofistike olduğu hallerde iki kez tamire rağmen sorunun giderilememesi kabul edilebileceği gibi, çok basit ürünlerde bir seferde bile tamir edememiş olma dönme hakkı verebilir.²⁷ İki sefer sınırlaması sadece tamirat hakkı için geçerlidir, yenisi ile değiştirme hakkı açısından bu tür bir sınırlama söz konusu değildir. Ancak yenisi ile değiştirmeye rağmen aynı ayıp yeniden oluşuyorsa, bu durum bir imalat hatası olarak değerlendirilir ve sözleşmeden dönme hakkı verir.²⁸

Alicının ayıptan doğan hakları malın tesliminden itibaren 2 yıl içinde zamanaşımına uğrar (BGB § 438).

Alıcı taleplerinin tümünü satıcıya karşı ileri sürer. İmalatçı/ithalatçıya karşı tüketicinin doğrudan bir talebi kural olarak yoktur. Ancak imalatçı veya ithalatçı gönüllü olarak bir garanti vermiş ise tüketici bu kişilere de başvurabilir. Yoksa muhatabı sadece satıcıdır.

d. Mahkeme Uygulaması

Alman mahkemelerinin uygulamasına bakıldığında konu açısından önem taşıyabilecek aşağıdaki kararları görmek mümkündür:

- **Değiştirme hakkının sınırları:** Alıcı, aracı teslim aldıktan 5 gün sonra arka penceresinin açma kapama aksamında bozukluk, ayrıca bagajda menteşeler hizasında bir paslanma olduğunu tespit etmiştir. Diğer yandan aracın Güney Afrika’da imal edildiğini öğrenmiştir. Bu veriler ışığında aracın yenisi ile değiştirilmesini isteyen alıcının bu talebine karşı satıcı tamirat önermiştir. Mahkeme, aracın yenisi ile değiştirilmesinin tamirata nazaran % 565 daha pahalı olduğu için ancak tamirat istenebileceğine karar vermiştir.²⁹
- **Tamirat hakkının kullanılması ancak başarıya ulaşmaması halinde yenisi ile değiştirme isteme/kullanma karşılığı ödeme:** 11 Eylül 2003 tarihinden itibaren sık sık ve farklı şekillerde arızalanan araç için 17 Haziran 2004 tarihinde, tamirat yerine yenisi ile değiştirme talep edilmesi mümkündür. Değiştirme

²⁷ BGH, 15. 11. 2006 - VIII ZR 166/06, NJW 2007, s. 504; Faust (dn.16) § 440 BGB N. 32; MünchKomm/Westermann (dn. 8) § 440 BGB N. 11.

²⁸ Faust (dn.16) § 440 N. 33.

²⁹ LG Ellwangen, 13. 12. 2002 - 3 O 219/02 (Beck-Online).

halinde yeni araç için değer farkı veya eskisi için kullanma karşılığı istenemez.³⁰ Mahkeme 11.02.2009 tarihinde kararını vermiş, yani satımdan tam 6 yıl sonra yenisi ile değiştirme talebini kabul etmiştir.³¹

- **Tamirat hakkının kullanılması ancak başarıya ulaşmaması halinde dönme hakkı:** Aracın ayıbı, geri geri giderken fren kullanımında sürekli bir gacırtı sesi duyulmasıdır ve 2 ay içinde 3 kez tamire gitmiştir. Ancak sorun giderilememiş, alıcı da sözleşmeden dönmek istediğini beyan etmiştir. Mahkeme hem aracın yüksek fiyat kategorisinde olması nedeniyle bu tür bir konforsuzluğun önemli olduğu, hem de alıcının ayıbın giderilmesi için üzerine düşen her şeyi yapmış olması gerekçesi ile dönme hakkının kullanılmasını kabul etmiştir.³²
- **Tamirat hakkının kullanılması ancak başarıya ulaşmaması halinde dönme:** Araca özel olarak monte edilmesi kararlaştırılan zaman ayarlı kendiliğinden ısıtma sisteminin çalışmaması durumunda 2 kez gerçekleştirilen tamire rağmen sorunun giderilememesi dönme hakkı verir. Bu ek aksamın değerinin aracın değerinin % 2,55'ine tekabül ediyor olması da dönme hakkını sınırlandıran bir unsur değildir.³³ Tüketicinin özellikle bu tür bir sistem istemiş olması ve sözleşmeyi bu nedenle kurmuş olması belirleyicidir.
- **Tamirat hakkının kullanılması ancak başarıya ulaşmaması halinde sözleşmeden dönme hakkı:** Alıcının yeni satın aldığı aracın bagajına giren su nedeniyle 5 kez tamir edilmesine rağmen sorunun giderilememiş olması halinde alıcının dönme hakkı vardır.³⁴
- **Dönme halinde kullanma karşılığı:** Sözleşmeden dönüldüğü takdirde satıcı hem bedeli iade etmek hem de bunun tahsil edildiği tarihten itibaren yürütülecek bir faizi ödemek yükümlülüğü altındayken, alıcı da aracı ve aracı kullandığı süre için kullanma

³⁰ BGH, 11. 02. 2009 - VIII ZR 176/06 (Beck-Online).

³¹ Bu konuda Yargıtay'ın farklı tutumu için bkz. aşağıda s. 62-63.

³² LG Bonn, 15.03.2006 - 2 O 445/05, BeckRS 2006, 06096 (Beck-Online).

³³ OLG Celle, 01. 07. 2009 - 7 U 256/08 (Beck-Online).

³⁴ BGH, 15. 11. 2006 - VIII ZR 166/06 (Beck-Online).

karşılığı ödemek durumundadır. Bu kullanma karşılığının hesaplanmasında örn. kullanılmamış dizel bir araç için ömür 250.000 km olarak saptanmış, dolayısıyla da her 1.000 km başına satış bedelinin % 4'ü oranında bir ödeme yapılacağı hesaplanmıştır (km başına 1.76 Euro).³⁵ Kullanılmış bir aracın satın alındığı hallerde ise (174.500 km'de) mahkemeler tahmini bir oranla çalışmakta ve kilometre başına örn. 0,08 Euro'nun ödenmesi kabul edilmiştir.³⁶

2. Avusturya

a. Genel Olarak

1999 tarihli AB Yönergesi aynı Almanya'da olduğu gibi Avusturya'da da Medeni Kanun içine genel satım hükümleri çerçevesinde aktarılmıştır. Yani tüketicilere özgü olarak değil, bütün satımlar için aynı kurallar uygulanmaktadır. İlgili hükümler Avusturya Medeni Kanunu (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*, ABGB) § 922 vd.'da yer almaktadır.³⁷

b. Malın Ayıplı Olması

ABGB § 922 uyarınca bir malın ayıplı sayılmaması için sözleşmeye uygun olması gerekir. Dolayısıyla malın hem kararlaştırılan hem de olağan olarak sahip olması beklenen özellikleri taşıması gerekir. Tarafların özel olarak kararlaştırdıklarının yanı sıra satıcı veya imalatçı tarafından kamuya yapılan açıklamalar da ayıbın belirlenmesinde önem taşır. Yani reklamlardaki açıklamalara uygun olmayan mal ayıplı sayılacaktır.

Bir malın tesliminden itibaren 6 ay içinde ortaya çıkan ayıpların teslim anında var olduğu karine olarak § 924'de kabul edilmiştir. Satıcının bunlara ilişkin sorumluluktan kurtulmak istemesi halinde ayıbın teslimden sonra ortaya çıktığını ispatlaması gerekir. Meğerki satım konusu malın ve ayıbın niteliği bu karinenin uygulanmasını engellesin.

³⁵ 250.000 km fiyatın % 100'üne tekabül ediyorsa, 1.000 km fiyatın % kaçına tekabül eder sorusunun cevabı % 4'dür. Bkz. *OLG Celle*, 1. 7. 2009 - 7 U 256/08 (Beck-Online).

³⁶ *BGH*, 16. 9. 2009 - VIII ZR 243/08, BeckRS 2009, 28218 (Beck-Online).

³⁷ <http://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen & Gesetzesnummer=10001622>

c. Ayıp Halinde Tüketicinin Hakları

Aynı AB Yönergesinde olduğu gibi Avusturya Medeni Kanunu § 932(1)'de alıcıya dört seçimlik hak vermektedir. Bunlar aynen ifaya yönelik tamirat veya yenisi ile değiştirme talepleri ile sözleşmeden dönme veya semeni tenzil haklarıdır.

ABGB § 932 (2) uyarınca alıcının öncelikle ifaya yönelik iki hakkından birini, yani tamirat veya yenisi ile değiştirme haklarından birini kullanması gerekir. Bu taleplerini kullanmasına ilişkin sınırlar da AB Yönergesine paraleldir: tamirat veya yenisi ile değiştirmenin imkansız olması veya bunlardan birinin diğeri ile mukayese edildiğinde satıcı için ölçüsüz bir maliyeti gerektirmesi halinde satıcı ilgili ifa talebini yerine getirmeyi reddedebilir. Ölçsüzlük değerlendirmesinde malın ayıpsız değeri, ayıbın ağırlığı ve diğer seçimlik hakkın kullanılmasının satıcı için beraberinde getireceği rahatsızlık dikkate alınır. Gerek değiştirme gerekse tamiratın uygun bir süre içinde ve alıcı için en az sorun doğuracak şekilde gerçekleştirilmesi gerekir. Özellikle malın türü ve maldan beklenen kullanım bu konuda dikkate alınır (ABGB § 932 (3)).

Eğer hem malın değiştirilmesi hem de tamiri satıcı için imkansızsa veya ölçüsüz bir maliyet gerektiriyorsa alıcı bedelin indirilmesi veya, önemsiz bir ayıp olmaması koşuluyla, sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir. Satıcının değiştirme veya tamirata gerekçesiz reddetmesi veya zamanında tamamlamaması veya bu haklardan birinin kullanımının alıcı için ciddi rahatsızlık doğuracak olması veya satıcıdan kaynaklanan sebeplerle bu haklardan birisini kullanmasını alıcıdan beklemek mümkün değilse alıcı doğrudan semen tenzili veya dönme hakkını tercih edebilir.

Alıcının ayıptan doğan hakları malın tesliminden itibaren 2 yıl içinde zamanaşımına uğrar (ABGB § 933).

Alıcı taleplerinin tümünü satıcıya karşı ileri sürer. İmalatçı/ithalatçıya karşı tüketicinin doğrudan bir talebi kural olarak yoktur. Ancak imalatçı veya ithalatçı gönüllü olarak bir garanti vermiş ise tüketici bu kişilere de başvurabilir.

d. Mahkeme Uygulaması

Avusturya mahkemelerinin uygulamasına bakıldığında konu açısından önem taşıyabilecek aşağıdaki kararları görmek mümkündür:

- **Önemsiz ayıp/Sözleşmeden dönme hakkı:** Yeni satın alınan araçta yaklaşık 1.000 km sürüldükten sonra viteste titreşim yaşanmaya başlanmıştır. Önce vites kolu, sorun giderilemeyince de vites kutusu tümünden değiştirilmiş ve daha üst seviyede bir vites aksamı yerleştirilmiştir. Ancak buna rağmen hafif de olsa bir titreşim kalmıştır. Alıcının sözleşmeden dönme isteği Avusturya Yüksek Mahkemesi tarafından yerinde bulunmamıştır. Mahkemeye göre bir ayıbın ne zaman önemsiz sayılacağı, dolayısıyla dönme hakkının sınırlanacağı konusunda karar verirken özellikle tarafların menfaatlerinin tartılması gerekir. Somut olayda alıcının menfaatinin semenin tenzili ile yeterli şekilde korunduğu sonucuna varılmıştır.³⁸
- **Önemsiz ayıp/Sözleşmeden dönme hakkı:** Olayda, satın alınan aracın içine elektronik çalışan bir klima sistemi döşenmiş ve bunun için alıcı tarafından ekstra bir ödeme yapılmıştır. Ancak daha sonra klimanın genelde 20 dereceye kadar bile aracı ısıtamadığı tespit edilmiştir. Muhtelif tamirat denemelerinden sonra, alıcı sözleşmeden dönmek istemektedir. Mahkeme bu talebi haklı bulmuştur, zira bir aracın kışın 20 dereceye bile ısınmaması ciddi bir sorundur, ayrıca alıcı bu klima için özellikle fazladan bir miktar para vermiştir. Her ne kadar araç kullanım nedeniyle değer kaybetmiş olsa da, aracı ayıp ilk ortaya çıktığında geri almamak suretiyle bu rizikoyu satıcı kendisi yaratmıştır.³⁹
- **Önemsiz ayıp/Sözleşmeden dönme hakkı:** Olayda satın alınan araçta ilk kullanımdan itibaren sorun çıkmıştır. Bunlardan ön panelden gelen titreşim sesi, sol arka kapının zor kapanması ve direksiyonun düz tutulmasına rağmen 100 m mesafede aracın 2 m yana çekmesi giderilememiştir. Yüksek Mahkeme bu olayın yukarıdakinden (dn. 38) farklı olduğunu, zira burada titreşimin yanı sıra başka giderilemeyen ayıplar bulunduğunu, muhtelif tamirat denemelerine rağmen bunların bertaraf edilemediğini, dolayısıyla da dönme hakkının kullanılabilmesine karar vermiştir.⁴⁰

³⁸ OGH, 24.05.2005, 1Ob14/05y (<http://www.ris.bka.gv.at/>)

³⁹ OGH, 21.07.2005, 8Ob63/05f (<http://www.ris.bka.gv.at/>)

⁴⁰ OGH, 28.09.2005, 7Ob194/05p (<http://www.ris.bka.gv.at/>).

- **Tamirat hakkının kullanılması, ancak başarıya ulaşmaması halinde sözleşmeden dönme hakkı:** Mahkeme, satın alınan aracın saatte 50-60 km'ye normal hızlanmasına rağmen daha sonra hızlanmasında devamlı sorun yaşanması nedeniyle aracın teslim alındığı günden itibaren en az 3 kez uzun süreli tamirde bulunması ancak sorunun giderilememesi halinde alıcının sözleşmeden dönme hakkına sahip olduğunu kabul etmiştir. Mahkemeye göre bir tek kez bile tamiratın başarısız olması halinde alıcının dönme hakkı vardır. Bu yüksek mahkemenin müstakar içtihadıdır.⁴¹
- **Satıcının özellikle vaat ettiği niteliklerin var olmaması halinde bu eksikliğin önemli olup olmadığı dönme hakkının kullanılması için önem taşımaz:** Olayda antika bir motorlu araç (*oldtimer*) satın alınmış ve alıcı özellikle kabriole aracın yağmur suyu sızdırıp sızdırmadığını sormuştur. Satıcı da sızdırmadığı konusunda taahhütte bulunmuştur. Aracın içine ilk yağmurda 1 cm su birikmesi halinde alıcının sözleşmeden dönme hakkı vardır.⁴²

3. İngiltere (İskoç hukuku dahil)

a. Genel Olarak

İngiliz hukukunda 1999 AB Yönergesi 31 Mart 2003'de yürürlüğe giren Tüketicilere Mal Satımı ve Tedariki Hakkında Tüzük (*Sale and Supply of Goods to Consumers Regulations 2002*) ile iç hukuka aktarılmıştır.⁴³ Gereklî değişiklikler 1979 tarihli Mal Satımı Hakkında Kanun'da (*Sale of Goods Act*) yapılmış, bu kanuna eklenen "Part 5A" ile tüketici satım sözleşmelerinde tüketicilerin sahip olduğu haklar düzenlenmiştir. Anglo-Amerikan hukuk sisteminde aynen ifaya yönelen talepler, yani değiştirme veya tamirat gibi talepler, genelde kabul görmediğinden, yapılan değişiklik ile tüketicilere bu hakların tanınması önemli

⁴¹ OGH, 29.03.2011, 2Ob34/11f ve orada atıf yapılan kararlar: 7 Ob 194/05p; 7 Ob 239/05f; 6 Ob 143/07h (<http://www.ris.bka.gv.at/>).

⁴² OGH, 27.11.2007, 10Ob108/07s (<http://www.ris.bka.gv.at/>).

⁴³ http://www.legislation.gov.uk/ukxi/2002/3045/pdfs/ukxi_20023045_en.pdf. Ayrıntılı bilgi için bkz. Department of Trade and Industry Consumer and Competition Policy Directorate, The Sale and Supply of Goods to Consumers Regulations 2002, A Brief Introduction – Full Version (http://www.secola.org/e2_12.htm#gb)

bir yeniliktir. Satıcıların artık sadece ihtiyari olarak tamirat veya değiştirme imkanı sunmak yerine yasal mecburiyet gereği bunu yapmaları söz konusu olmaktadır.⁴⁴

b. Malın Ayıplı Olması

Bir malın ne zaman ayıplı sayılacağı 1979 tarihli Sale of Goods Act Section 13-15 uyarınca belirlenecektir. Buna göre, malların satıcı tarafından verilen tanıma ve alıcının satıcıya bildirdiği özel kullanım amacına uygun olması beklendiği gibi, tatmin edici bir kalitede bulunması, yani özellikle benzer malların normal kullanım amacına uymaları, aynı görünüş, güvenlik ve dayanıklılığa sahip olmaları da gerekir. Diğer yandan 1999 Yönergesinin etkisi ile yapılan değişiklik sonucu satıcının dışında imalatçı veya ithalatçının mala ilişkin olarak kamuya yaptığı açıklamalar da maldan beklenen kalitenin belirlenmesinde etkili olacaktır. Malın tesliminden itibaren ilk 6 ay içinde ortada çıkan sözleşmeye aykırılıkların her halükarda malın teslimi aşamasında var olduğu, dolayısıyla da satıcının sorumlu olduğu kabul edilir (Sec. 48A (3)). Ancak satıcının aksini ispatlama imkanı kuşkusuz vardır.

c. Ayıp Halinde Tüketicinin Hakları

aa. Münhasıran Tüketicilere Tanınan Haklar

Ayıp halinde tüketici ya Sec. 48B uyarınca tamirat veya yenisi ile değiştirme isteyebilir ya da ikinci aşamada Sec. 48C uyarınca semenin indirilmesi veya dönme hakkını kullanabilir. Konu özü itibarıyla AB Yönergesine paralel düzenlenmiştir. Alıcının öncelikle değiştirme veya tamirat hakkını seçerek ifade ısrarcı olması söz konusu olacaktır. Satıcının bunu makul bir süre içinde ve alıcı için önemli bir rahatsızlık vermeden gerçekleştirmesi gerekir. Bu değerlendirmede özellikle malın doğası ve malların hangi amaçla edinilmiş olduğu önem taşır. Yeniden ifa ile ilgili bütün masraflar satıcı tarafından taşınır.

Satıcı seçilen ifa talebinin yerine getirilmesinin imkansız olması veya diğer seçimlik hakka nazaran kullanımının ölçüsüz olması veya semenin tenzili veya dönmeye nazaran kullanımının ölçüsüz olması halinde ifa talebini reddedebilir. Bir talebin diğerine nazaran ölçüsüz olup olmadığı ilgili seçimlik hakkın yerine

⁴⁴ Common Law yaptırımları ile Yönerge aracılığı ile gelen yaptırımların mukayesesi için bkz. Consumer Remedies for Faulty Goods, A Joint Consultation Paper, The Law Commission Consultation Paper No 188 and the Scottish Law Commission Discussion Paper No 139, 2008 (*Law Commission 2008 Raporu*) ile The Law Commission Consultation Paper No 3178 and the Scottish Law Commission Discussion Paper No 216, 2009 (*Law Commission 2009 Raporu*).

getirilmesinin satıcı açısından beraberinde getirdiği masraflar dikkate alınarak saptanır. Bu değerlendirmede malın ayıpsız değeri ve sözleşmeye aykırılığın önemi kadar diğer seçimlik hakkın kullanılmasının tüketici açısından herhangi bir olumsuz sonucunun olup olmayacağı da önem taşır.

İngiliz hukukunda dikkati çeken, ölçüsüzlük değerlendirmesinin AB Yönergesinde olduğu gibi sadece ifaya yönelik iki hakkın kendi arasında mukayese edilmesi ile sınırlı kalmaması; ifaya yönelik bir seçimlik hakkın kullanılmasının diğer grup seçimlik haklar ile de mukayesesine izin vermesidir. Yönerge örn. yenisi ile değiştirme isteyen tüketiciye karşı bunun tamirata nazaran ölçüsüz bir talep olduğunu ileri sürme imkanı vermektedir. Buna karşılık Yönerge satıcıya, yenisi ile değiştirme isteyene, bunun semenin tenzili karşısında ölçüsüz bir talep olduğu savunmasını vermez. Oysa İngiliz hukuku Sec. 48B (3) (c) tam da bu imkanı tanımaktadır.

Sec. 48C (3) uyarınca sözleşmeden dönülmesi halinde satıcı her ne kadar satım bedelini iade edecekse de alıcının bu maldan faydalanması nedeniyle ödemesi gereken bedeli bundan düşme hakkı vardır.

1980 tarihli Zamanaşımı Kanunu (*Limitation Act*) uyarınca satıcının ayıptan doğan sorumluluğu 6 yıllık bir zamanaşımı süresine tabidir. AB Yönergesi 2 yıllık zamanaşımı süresini sadece bir alt limit olarak saptamış olduğu için üye devletlerin tüketici lehine daha uzun yasal süreler öngörmesinde kuşkusuz bir engel yoktur.

bb. Genel Hükümler Uyarınca Tüketiciye Tanınan Haklar

1979 tarihli Sale of Goods Act her ne kadar 2002’de değişmiş ve AB Yönergesinin tüketiciye tanıdığı seçimlik haklar İngiliz hukukuna dahil edilmişse de, aynı kanunun genel hükümleri altında alıcıya tanınan hakların paralel olarak tüketici için de var olmaya devam ettiği kabul edilmektedir.⁴⁵ Ancak İngiliz hukukunda “geleneksel” yaptırım, ayıplı malın tesliminden sonra makul bir süre içinde (*reasonable time*) reddedilmesi (*rejection*) veya bu makul sürenin bir kez kaçırılması halinde ancak tazminat talep edilebilmesidir. Her ne kadar zamanaşımı süresi 6 yıl olsa da alıcı malı iade edip sözleşmeden kurtulma hakkını makul bir süre içinde kullanamaması halinde tümüyle kaybetmektedir. 6 yıl içinde istenebilecek olan, özellikle daha sonra ortaya çıkan gizli ayıplarda sadece tazminat olacaktır.

⁴⁵ Law Commission 2009 Raporu, N. 1.15.

cc. Genel Hükümler ve Tüketici Hükümlerinin Bağdaştırılması

Genel hükümlerin tüketici açısından avantajlı yönü kuşkusuz tamirat veya yenisi ile değiştirme ile uğraşmaksızın hemen sözleşmeden dönme imkanı vermesidir. Oysa AB Yönergesi sadece bu hakların önce denenmiş olması veya istisnai olarak kullanılamayacak olması halinde sözleşmeden dönme veya semenin tenzili imkanı vermektedir. Ayrıca önemsiz ayıplar için hiç dönme hakkı tanınmıyor olmasına rağmen İngiliz hukukunda bu da mümkündür. Diğer yandan, AB Yönergesinin 2 yıllık zamanaşımı süresi içinde hangi aşamada ayıp ortaya çıkarsa çıksın tüketiciye aynı hakları tanıyor olması klasik İngiliz hukukuna nazaran çok daha tüketici lehine bir durumdur. Zira İngiliz hukukunda makul süre kaçıktan sonra tüketici sadece tazminat isteyebilecektir.

İngiliz ve İskoç Hukuk Komisyonları tarafından 2008 ve 2009 yıllarında Parlamento için hazırlanan raporlar incelendiğinde ve özellikle aksettirilen mahkeme kararlarına bakıldığında sorunun genelde AB hukuku ile gelen “yeni haklar” a ilişkin olarak değil de, eskiden beri var olan malı “reddetme (rejection)” hakkı ile ilgili olduğu görülmektedir. Nitekim Raporların ağırlık noktasının da bu iki grup yaptırımın nasıl yan yana var olabileceği konusunda Parlamenteoya tavsiyede bulunmak olduğu görülmektedir. Hukuk Komisyonlarının tüketiciler ve tüketici örgütleri ile yaptıkları ayrıntılı anketler sonucunda ortaya çıkan, aslında halen en fazla kullanılan hakkın geleneksel “malı reddetme” hakkı olduğu tespit edilmekte,⁴⁶ dolayısıyla da bu hakkın AB Yönergesindeki hakların yanı sıra muhafaza edilmesi gerektiği sonucuna varılmaktadır. Ancak Komisyonların teklifi makul sürenin 30 gün olarak sabitlenmesidir. Bu süre geçtikten sonra tüketici ancak AB Yönergesinde öngörülen sırayı takip ederek haklarını kullanacaktır.⁴⁷

d. Mahkeme Uygulaması

İngiliz mahkeme uygulamasına bakıldığında yukarıda aksettirilen eski hukuk-yeni hukuk çatışması nedeniyle özellikle otomobil satımlarına ilişkin olarak sadece “malı reddetme” hakkına ilişkin tartışmaların yaşadığı kararlar tespit etmek mümkün olmuştur. Buna karşılık tamirat ve yenisi ile değiştirme haklarının kullanımı konularında mahkeme kararlarına rastlanmamıştır:

- Yeni araç 22 Şubat 2005’de teslim alınmış, aracın ani hız kaybı gibi bir sorun ilk defa Mart 2006’da yaşanmıştır.⁴⁸ Araç Mayıs 2006’da

⁴⁶ Law Commission 2009 Raporu, N. 1.16-1.19 ve 2. 7 vd. ve 3.1 vd.

⁴⁷ Law Commission 2009 Raporu, N. 1.46 vd. ve N. 3.111 vd.

⁴⁸ *Douglas v Glenvarigill Co Ltd* [2010] CSOH 14.

tamire götürülmüş ve ardından bir kaç kez tamirata gitmiş ancak sorun giderilememiştir. Kasım 2006'da alıcı malı "reddetme" hakkını kullanmak istediğini beyan etmiştir. Mahkeme uzun boylu sorunu tartıştıktan sonra bu ihtimalde malı reddetmek hakkını kullanmak için aranan makul sürenin geçtiğine hükmetmiş ve talebi reddetmiştir. Ancak mahkeme, alıcının davasını AB Yönergesinden doğan haklarına dayandırarak dönme hakkını kullanmış olması halinde farklı karar verebileceğini ifade ederek sorunu açık bırakmıştır. Mahkeme bu durumda sadece tazminat talep edilebileceğine hükmetmiştir.

- Mart 2004'de yeni aracını teslim alan davacı, kısa süre içinde aracın sola doğru çekiği tespitinde bulunarak şikayet etmiştir. Yapılan muhtelif test sürüşleri sonrasında aracın normal seyrettiği ancak sola eğimli yollarda çok hafif sola çekiği tespit edilmiştir. Satıcı, alıcının aracı değiştirme yönündeki talebini kabul etmemiştir. Alıcı aracı 3. bir kişiye satmış ve düşük satış fiyatının ayıba dayandığı gerekçesi ile satıcıdan tazminat istemiştir. Mahkeme ayrıntılı bilirkişi incelemeleri sonucunda olayda ayıp olarak nitelenebilecek düzeyde bir eksik olmadığını tespit etmiş ve talebi reddetmiştir.⁴⁹
- 2003 Ekim ortasında davacı tarafından teslim alınan yeni araç 27 Ekimde yolda kalmış ve servis tarafından çekilmiştir. Muhtelif tamir denemelerinden sonra 15 Temmuz itibariyle alıcı aracı "reddetme" hakkını kullanmıştır. Mahkemeye göre her ne kadar aracın teslim alınmasından itibaren uzun sayılabilecek bir süre geçmiş olmasına rağmen bu sürenin özellikle tamirat ile geçirilmiş olması nedeniyle aracın alıcı tarafından kabul edilmiş sayılamayacağı ve alıcının halen reddetme hakkına sahip olduğu sonucuna varılmıştır.⁵⁰

Açıktır ki bu olaylardan birincisi ve üçüncüsünde Avrupa hukukuna dayanan kurallar uygulansaydı, hiç uzun boylu tartışılmadan, ayıbın tamirinin mümkün olmaması nedeniyle alıcı/tüketicinin sözleşmeden dönme hakkının var olduğu kabul edilecekti. Ancak yukarıda da ifade edilmiş olduğu gibi, davalarda bu haklara dayanılması henüz yaygınlaşmamıştır.

⁴⁹ *Egan v Motor Services (Bath) Ltd* [2007] EWCA Civ 1002.

⁵⁰ *Fiat Auto Financial Services v Mr Laurence Connolly Snr.* (http://www.scotcourts.gov.uk/opinions/A1522_05.html)

4. Fransa

a. Genel Olarak

Aynı İngiltere’de olduğu gibi Fransız kanun koyucusu da AB Satım Yönergesini iç hukuka aktarırken genel bir satım hukuku reformu yapmak yerine yeni düzenlemeleri sadece Tüketici Kanunu’na eklemekle yetinmiştir.⁵¹ Dolayısıyla da tüketiciler açısından ikili bir rejim söz konusudur: Bir yandan Fransız Medeni Kanunu (Code civil) m. 1641-1649, diğer yandan da 2005 yılında Tüketici Kanunu’na eklenen m. L211-4 vd. hükümleri uygulama alanı bulmaktadır.

b. Malın Ayıplı Olması

Tüketici Kanunu m. L211-4 uyarınca malın ayıpsız sayılabilmesi için teslim edildiği anda sözleşmeye uygun olması gerekir. Bu amaçla m. L211-5 uyarınca hem tarafların sözleşmede açıkça kararlaştırdıkları bütün özellikleri, hem de aynı türden malların normal kullanım amacını ifa edebilmesi için sahip olması gereken bütün özellikleri taşıması gerekir. Bu tayin edilirken satıcı veya imalatçı tarafından kamuya yapılan bütün beyanlar da dikkate alınacaktır. AB Yönergesine paralel olarak teslimden itibaren ilk 6 ayda ortaya çıkan sözleşmeye aykırılıkların teslim anında var olduğu kabul edilir (m. L211-7).

Fransız Medeni Kanunu’nu çerçevesinde ise ayıp tanımı m. 1641’de verilmiştir. Buna göre satıcının sorumluluğunu doğuran gizli ayıplar (*vice caché*) malın kullanım amacı uyarınca değerlendirilmesine uygun olmayan veya alıcının durumu bilseydi bu malı almak istemeyeceği veya daha düşük bir fiyata almak isteyeceği ölçüde malın kullanımını engelleyen ayıplardır.

c. Ayıp Halinde Tüketicinin Hakları

aa. Münhasıran Tüketicilere Tanınan Haklar

Tüketici Kanunu m. L211-9 uyarınca tüketici öncelikle ifaya yönelik seçimlik haklardan tamirat ve yenisi ile değiştirme arasında bir tercihte bulunacaktır. Ancak satıcı, tercih edilen bu hakkın ötekisi ile mukayese edildiğinde açıkça orantısız bir masraf çıkarması halinde diğer seçimlik hak seçilmiş gibi ifa edebilir.

⁵¹ Ayrıntı için bkz. *Paisant*, G., La transposition de la directive du 25 mai 1999 sur les garanties dans la vente de biens de consommation . - Ordonnance du 17 février 2005, La Semaine Juridique Edition Générale n° 25, 22 Juin 2005, I 146, N. 37 vd.; *Calais-Auloy*, J. /*Temple*, H., Droit de la Consommation, 8. Bası, 2010, s. 282 vd.

Orantısızlık değerlendirmesinde malın değeri ve ayıbın ağırlığı da dikkate alınır. Satıcı diğer seçimlik hakkın ifasından ancak imkansızlık gerekçesi ile kaçınabilir.

Ne tamirat ne de yenisi ile değiştirme mümkün değilse, alıcı malı geri verip bedelin iadesini talep edebileceği gibi, malı muhafaza ederek bedelin bir kısmının indirilmesini istemesi de mümkündür (m. L211-10). İfaya yönelik seçimlik hakların tümüyle imkansız olmamasına rağmen, satıcı bunlardan seçilmiş olanı 1 ay içinde yerine getiremediği takdirde veya bu seçimlik hakların kullanımının alıcı için ciddi rahatsızlık yaratacağı hallerde de alıcı doğrudan ikinci grup seçimlik haklarına, yani dönme veya semen tenziline gidebilir. Ancak ayıbın önemsiz olması halinde dönme hakkı yoktur.

Madde L211-11 uyarınca, alıcının bu haklarından birini kullanması nedeniyle doğacak bütün masraflar satıcı tarafından karşılanacaktır. Alıcının ayrıca tazminat talep etme hakkı da saklıdır.

Alıcının bütün talepleri için malın teslimi tarihinden itibaren 2 yıllık bir zamanaşımı süresi işlemektedir (m. L211-12).

bb. Genel Hükümler Uyarınca Tüketicie Tanınan Haklar

Fransız Medeni Kanunu m. 1644 uyarınca alıcının malı geri vererek semenin iade edilmesini talep etme veya malı muhafaza ederek semenin indirilmesini isteme hakkı vardır. İfaya yönelik talepler hiç mevcut olmadığı için Tüketici Kanunundaki ikili yapı da burada söz konusu değildir. Dolayısıyla, aynı İngiliz Hukukunda olduğu gibi, alıcı/tüketici eğer Code civil hükümlerine dayanırsa hemen sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Ancak kanunda yazmamakla beraber ayıbın belirli bir ağırlığının olması doktrinde aranmaktadır.⁵²

Fransız Medeni Kanunu'ndaki koruma bununla da sınırlı kalmamakta, alıcıya bu haklarını kullanmak için malın tesliminden değil, ayıbın tespit edilmesinden itibaren 2 yıllık bir süre de verilmektedir. Üst limit ise malın satılmasından itibaren 10 yıl olacaktır.

cc. Genel Hükümler ve Tüketici Hükümlerinin Bağdaştırılması

Fransız Tüketici Kanunu m. L211-13 uyarınca tüketicinin Code civil m. 1641-1649 çerçevesinde dava açma hakkı engellenmemiştir. Dolayısıyla tüketici arzu ederse önce Tüketici Kanunu uyarınca tamirat veya yenisi ile değiştirme

⁵² Ayrıntı için bkz. *Calais-Auloy/Temple*, s. 285.

talep edecek, arzu ederse Medeni Kanun uyarınca hemen dönme hakkını kullanabilecektir.

d. Mahkeme Uygulaması

Fransız mahkeme uygulamasına bakıldığında özellikle tamirat veya yenisi ile değiştirme hakkında çok fazla karar bulunamamaktadır. Sorun genelde dönme hakkının kullanılmak istenmesi ve tazminat taleplerine ilişkin doğmaktadır.

- Yeni aracın alıcıya teslim tarihi Kasım 2006'dır. Araç bir dizi arıza çıkardıktan sonra 16 Nisan 2007'de motor arızası ile satıcıya tamirat için teslim edilmiştir. Ancak aracın yedek parçalarını üreten şirketin İngiltere'de olması nedeniyle tamirat ancak Eylül'de tamamlanmıştır. Alıcı 7 Eylül'de Tüketici Kanunu hükümleri uyarınca sözleşmeden döndüğünü bildirmiştir. Mahkeme önce tamirat hakkının seçilmiş olmasına rağmen alıcının daha sonra sözleşmeden dönmesini kabul etmiştir.⁵³
- Üstü açılan bir aracı satın alan tüketici 2 ay kadar bir süre sonra aracın içindeki gürültünün 60 km hızla giderken 70 desibel, 120-130 km hızla giderken 80-90 desibel düzeyinde olduğunu ve bunun bir gizli ayıp oluşturduğunu iddia etmiştir. Davalı savunmasında üstü açılabilen araçlar için bunun son derece normal bir şey olduğunu ve alıcının bilmesi gerektiği savunmasını yapmıştır. Nitekim bilirkişiler de üstü açılan başka araçlarda da aynı gürültü düzeyini tespit etmiştir. Buna rağmen mahkeme gizli ayıp nedeniyle alıcının dönmesini kabul etmiş ve satıcının kullanma karşılığı talebini de reddetmiştir.⁵⁴

⁵³ *Société D. Verbaere Automobiles v. Frederic Chapron*, Cour d'appel Douai, 08.03.2010 (LexisNexis Juris Classeur)

⁵⁴ *Jean-Pierre Blaya v. SAS Mercedes Benz Lyon*, Cour d'appel Lyon, Chambre civile 1 A, 22.09.2011 (LexisNexis Juris Classeur)

D. AB DIŞINDA BAZI ÜLKELERDE ARAÇ SATIMINDA ALICININ HAKLARI

1. İsviçre

a. Genel Olarak

İsviçre'de ayıp konusunda tüketicilere yönelik özel bir düzenleme mevcut değildir. Bu nedenle de ayıp konusundaki uyuşmazlıkların - 818 sayılı Borçlar Kanunumuza da esas teşkil eden - İsviçre Borçlar Kanunu'nun (*Obligationenrecht*) 197 vd. maddelerine göre çözülmesi gerekmektedir. Dolayısıyla İsviçre Hukuku'ndaki ayıba karşı tekeffül sisteminin büyük oranda 818 sayılı Borçlar Kanunumuz ile uyumlu olduğunu söylemek mümkündür.

b. Malın Ayıplı Olması

İsviçre Borçlar Kanunu'nun 197. maddesi uyarınca, bir malın ayıplı sayılması ya satıcının alıcıya karşı bildirdiği niteliklerin satılarda bulunmamasından ya da kullanım amacı bakımından malın değerini ve alıcının ondan beklediği faydaları ortadan kaldıran veya önemli ölçüde azaltan eksiklerin bulunmasından kaynaklanır. Görüldüğü üzere söz konusu eksikliklerin önemli olması gerekir. Önemsiz ayıplardan dolayı satıcı sorumlu değildir. Ayrıca alıcının malın ayıplı olduğunu bilmesi halinde ayıp hükümlerine dayanması mümkün olmayacaktır. Teslim sırasında aşikar olarak görünen ayıplar açısından alıcı malı ayıplı hali ile kabul etmiş sayılacak ve satıcının sorumluluğuna gidemeyecektir.

c. Ayıp Halinde Alıcının Hakları

İsviçre Borçlar Kanunu'nun 205 ve 206. maddeleri, sözleşmeden dönme, semenin indirilmesi ve cins borçlarında malın ayıpsız misli ile değiştirilmesi taleplerine yer vermiştir.⁵⁵ Bu taleplerin ileri sürülebilmesi için muayene ve ihbar külfetlerinin yerine getirilmiş olması gerekir.⁵⁶ Alıcı anılan imkanlardan dilediğini

⁵⁵ İsviçre Borçlar Kanunu'nda onarım imkanından açıkça bahsedilmemiş olması nedeniyle, alıcının onarım talep edip edemeyeceği ise tartışmalıdır. Bkz. *Honsell, H.*, Basler Kommentar, *Obligationenrecht* (Hrs. Honsell/ Vogt/ Wiegand), 4. Aufl., Basel 2007, Art. 205, N. 5

⁵⁶ Satıcının hilesi halinde, alıcının ihbarı zamanında yapmadığı yönünde bir savunma dinlenmeyecektir (İsv. BK. m.203).

seçmekte kural olarak serbest ise de, bu konuda Kanunda bazı sınırlamalar öngörölmüŐtür. Söz konusu Kanun'un 205. maddesinin 2. fıkrasına göre, alıcının, sözleşmeden dönme hakkını kullanması hâlinde, durum dönmeyi haklı göstermiyorsa hâkim, satış bedelinin indirilmesine karar verebilir. Ayrıca, satılanın değerindeki eksiklik satış bedeline çok yakın ise alıcı, ancak sözleşmeden dönme hakkını kullanabilecektir. Bunların yanı sıra satıcı, derhal malın ayıpsız bir benzerini göndererek ve alıcının uğradığı zararın tamamını tazmin ederek, alıcının diğer seçimlik haklarını kullanmasını önleyebilecektir.⁵⁷ Zamanaşımı süresi ise malın tesliminden itibaren bir yıl olarak karşımıza çıkmaktadır. Buna karşılık satıcının hilesi halinde bu kısa zamanaşımı süresi uygulanmayacaktır, bu durumda zamanaşımı süresi on yıl olacaktır.

İfade etmek gerekir ki yukarıda anılan tüm imkanlar ancak satıcıya karşı ileri sürülebilecek olan taleplerdir. Malın ayıplı olması nedeniyle yukarıda ifade edilen seçimlik hakların imalatçı veya ithalatçıya karşı kullanılması mümkün değildir. İsviçre Hukuku'nda zorunlu bir garanti yükümlölüğü de mevcut değildir. Garanti taahhüdünün verilmesi tarafların bu konuda anlaşmış olmalarına bağlıdır.

d. Mahkeme Uygulaması

İsviçre Federal Mahkemesi'nin araç satımına ilişkin olarak vermiş olduğu kararlar incelendiğinde sözleşmeden dönmeyi veya bedelsiz misli ile değiştirme taleplerine konu olan kararlara pek rastlanmadığı göze çarpmaktadır. Bu konuda sadece Federal Mahkeme'nin 1965 tarihli kararı anılmaya değerlidir. Söz konusu karara konu teşkil eden olayda satıcı bir garanti taahhüdünde bulunmuştur. Ancak kam milinin bozulması nedeniyle alıcının dönme hakkını kullanmak istemesi üzerine, satıcı, garanti taahhüdünde sadece onarım imkanına yer verilmiş olduğunu, dönme hakkının kaldırıldığını savunmuŐtur.

Federal Mahkeme, alıcının söz konusu seçimlik hakların sözleşme ile kaldırılabilmesi, ancak garanti taahhüdünün niteliği gereği alıcıya mevcut kanuni haklardan daha kapsamlı haklar sunması gerektiği, Kanun'da öngörölmüş olan mevcut hakların alıcının elinden alınmasının garanti taahhüdü olarak nitelendirilemeyeceği, bu nedenle de alıcının dönme hakkının mevcut olduğu sonucuna ulaşmıştır. Kararda, durumun dönmeyi haklı göstermemesi halinde

⁵⁷ Hüküm her ne kadar satım konusu malın başka bir yerden gönderilmemiş olmasını arıyor ise de, doktrinde hükümün, ayıpsız malın derhal değiştirilmesinin mümkün olduğu gönderme satımlarında da uygulanması gerektiği kabul edilmektedir. *Honsell*, (dn.55) Art. 206, N. 1; *Huguenin, C.*, Obligationenrecht, Besonderer Teil, 2. Aufl., Zürich, Basel, Genf 2004, N.353.

hâkimin, satış bedelinin indirilmesine karar verebilme imkânına da dikkat çekilmiş, ancak somut olayda yanlış bir kam mili ile 2.500 km gidilmiş olması nedeniyle motorun ciddi zarar görmüş olması olasılığı göz önünde tutularak alıcıya dönme hakkının tanınması gerektiğine karar verilmiştir. Kararda ayrıca, satıcının onarım yükümlülüğünü zamanında yerine getirememiş olması nedeniyle alıcının sözleşmeden dönmesinin haklı olduğu da ifade edilmiştir.⁵⁸

2. ABD

Bilindiği üzere Amerika Birleşik Devletleri federatif yapısı nedeniyle hukuk uyumlaştırmasının yoğun olmadığı bir ülkedir. Özellikle de özel hukuk alanında bu çok belirgindir. Nitekim bugün itibarıyla genel bir “ABD satım hukuku yasası” yoktur. Her eyaletin kendi satım hukuku kuralları vardır. Ancak hukuk uyumlaştırmasını teşvik etmek amacıyla *American Law Institute* ve *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* gibi kurumlara gerek tek tek gerekse birlikte “model kanunlar” hazırlamak görevi verilmiştir. Satım hukukunu da içeren ve 1952’de ilk defa yayınlanan *Uniform Commercial Code* (UCC) bu model kanunlardan en önemlisini oluşturmaktadır. İlgili metin bugün ABD’nin 50 eyalet parlamentosu tarafından (bazı bölümleri kapsam dışında bırakılarak da olsa) kanun olarak kabul edilmiş ve yayınlanmıştır. *UCC Article 2* satım hukukuna ilişkin olan bölümdür. Ancak UCC özellikle tacirler arasındaki ilişkileri düzenleme gayesi taşır ve tüketicilere özgü kurallar içermez. Özellikle Anglo-Amerikan hukuku etkisi altında kaleme alınmış olan bu kurallar aynen ifa talebine, yani tamirat veya yenisi ile değiştirme imkanına da yer vermemiştir.⁵⁹ Bu haklar ya tek tek eyalet yasalarında bir hak olarak tanınmış ya da hiç tanınmamıştır.

Tüketicilerin korunması ABD’de bir ölçüde federal yasa koyucunun da bir kaygısı olmuştur. Özellikle satım sözleşmelerinde tüketicilere satıcı tarafından verilen garantilerin sık sık farklılaşması ve tüketici açısından anlaşılmasız olmasının bu alanda rekabeti engellediği, tüketicinin bilinçli tercihte bulunamadığı gerekçesi ile Parlamento 1976 yılında federal bir yasa yayınlamayı kabul etmiştir. *Magnuson-Moss Warranty Act*⁶⁰ olarak anılan bu yasanın amacı sadece yazılı olarak verilen garantilerin kapsamını, düzenlenme şeklini vs. ele almak olmuştur.

⁵⁸ BGE 91 II 344.

⁵⁹ Ayrıntı için bkz. *Carter, C.L./Sheldon, J., Consumer Warranty Law, Lemon Law, Magnuson-Moss, UCC, Mobile Home and Other Warranty Statues*, Boston, 3rd ed. 2006, s. 339 vd.

⁶⁰ Public Law 93-637, <http://www.zabteck.com/MagnusonMossWarrantyAct.pdf>

Yasa özellikle “garanti” kavramı ile alıcıların yanıltılmasını engellemek için bir dizi kavramı bu yasa ile emredici olarak tanımlamıştır. Her ne kadar tüketiciler için bu yasaya dayanarak doğrudan belirli haklar ileri sürmek imkanı kısıtlıysa da (zira yasa ancak garanti verenin bir şeyleri taahhüt etmesi halinde bu taahhütlerin nasıl yorumlanması gerektiği hakkındadır) bu yasayı örnek olarak çok sayıda eyalet özellikle araç satımları için “limon yasası” (*lemon law*)⁶¹ adı altında eyalet yasaları çıkarmıştır. Bunların limon yasası olarak adlandırılmasının sebebi, İngilizcede bozuk, çürük bir mal için limon tabirinin kullanılmasıdır. Ancak limon yasaları genel yasalar değil, sadece ayıplı araçlar için çıkarılmış olan ve alıcıların haklarını belirleyen yasalardır. Özellikleri ise tüketicilere tamirat, değiştirme ve duruma göre dönme haklarını tanımlar. Bu yasalardan bir bölümü incelendiğinde⁶² genelde 2003 tarihli Garanti Yönetmeliğimize benzer ibarelere rastlanmaktadır. Yani, tüketicinin sözleşmeden dönebilmesi veya değiştirme isteyebilmesi için “18 ay içinde veya 18,000 mil kullanımda aracın en az iki kez ölüm veya yaralanma riski doğuran bir ayıp veya 4 veya daha fazla kez daha az tehlikeli bir ayıp nedeniyle tamirat görmüş olması gerekir” (California); veya “Aracın bir yıl veya 15,000 mil kullanımda aynı ayıp nedeniyle 3 kez tamirat görmesi veya aracın tamirat nedeniyle toplamda 15 günden uzun bir süre kullanılmaması ve satıcıya son kez bir 7 günlük süre verilmesine rağmen tamiratın mümkün olmaması gerekir” (Massachusetts) gibi.

Görülebildiği kadarıyla 50 eyaletin tümünde bu türden “limon yasaları” mevcuttur ve araç kullanıcıları için Kara Avrupası hukuk sisteminde var olan aynen ifaya yönelik haklar büyük ölçüde tanınmıştır.

⁶¹ <http://www.lemonlawusa.com/>. Ayrıntılı bilgi için bkz. Carter/Sheldon (dn. 59) s. 601 vd.

⁶² California, Massachusetts, New York, Pennsylvania ve Texas eyaletlerinin yasalarına bakılmıştır.

E. TÜKETİCİ SATIM SÖZLEŞMELERİNDE AYIPLI İFAYA İLİŞKİN MEVZUATIMIZ VE YARGITAY UYGULAMASININ AVRUPA BİRLİĞİ İLE KARŞILAŞTIRILMASI

1. Genel Olarak

Bilindiği üzere Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun 23.2.1995 tarihinde, yani AB Satım Hukuku Yönergesi henüz yayınlanmadan önceki bir dönemde yürürlüğe girmiş ve o dönemde ayıplı mal ve hizmet sorunu 4. maddede bir arada ele alınmıştır. 2003 yılında yapılan değişiklikler ile kanunun satım sözleşmesine ilişkin 4. maddesi Yönerge ile uyumlaştırılmaya çalışılmış ve ayıplı hizmet konusu m.4/A'ya aktarılmıştır. Ancak aşağıda da görüleceği üzere halihazırdaki düzenlemenin AB hukuku ile tam bir uyum içinde olduğunu söylemek mümkün değildir.

2. Malın Ayıplı Olması

a. TKHK m. 4, f.1 Uyarınca Malın Taşınması Gereken Özellikler ve Ayıp Kavramı

TKHK m. 4, f. 1 bir malın ne zaman sözleşmeye uygun, ne zaman ayıplı sayılacağı belirleyici olan hükümdür. Buna göre:

“Ambalajında, etiketinde, tanıtma ve kullanma kılavuzunda ya da reklam ve ilânlarında yer alan veya satıcı tarafından bildirilen veya standardında veya teknik düzenlemesinde tespit edilen nitelik veya niteliği etkileyen niceliğine aykırı olan ya da tahsis veya kullanım amacı bakımından değerini veya tüketicinin ondan beklediği faydaları azaltan veya ortadan kaldıran maddi, hukuki veya ekonomik eksiklikler içeren mallar, ayıplı mal olarak kabul edilir.”

Bu tanım AB Yönergesi m. 2 ile mukayese edildiğinde ilk anda hayli farklı bir tanıma benzemektedir. Ancak sonuç itibarıyla aslında o kadar büyük farklılıklar yoktur. Satım sözleşmesinden doğan borcun ifası için teslim edilen bir malın sözleşmeye uygun olup olmadığı genelde iki şekilde denetlenir: i. Öncelikle

ifa edilecek malın özelliklerine ilişkin olarak sözleşmede açık bir düzenleme yapılmışsa, tarafların bu sübjektif beklentilerine uygunluk ön plandadır. ii. Sözleşmede bir düzenleme yapılmamış veya sadece belirli unsurlara ilişkin olarak yapılmışsa, mantıklı makul sözleşenlerin satım konusu mala ilişkin objektif beklentileri önem kazanır. Malın objektif olarak sahip olması beklenen, asgari özellikleri taşıması gerektiği taraflar arasındaki sözleşmede zımnen, örtülü olarak kararlaştırılmış sayılır. Dolayısıyla satılan malın hem genel olarak o malda aranan özelliklere sahip olması, hem de somut sözleşme ile aranan özelliklere sahip olması halinde ancak ayıpsız olduğu kabul edilir.

Nitekim AB Yönergesi m. 2, f. 2 (a), (b) ve kısmen (d) bendi tarafların mala ilişkin olarak üzerinde açıkça anlaşmış oldukları sübjektif hususlara ilişkindir. TKHK m. 4, f. 1 parçalara ayrılacak olursa malda alıcının sübjektif olarak beklemekte haklı olduğu unsurlar görülmektedir: bir yandan kendisine “satıcı tarafından bildirilen” nitelikler, bir yandan da malın “ambalajında, etiketinde, tanıtma ve kullanma kılavuzunda ya da reklam ve ilanlarında” satıcının veya imalatçısının herkese var olduğunu bildirdiği nitelikler sözleşme içeriği olur. Satıcının bilfiil alıcıya yapmış olduğu her türlü vadin sözleşme içeriği olacağı ve bu vaade aykırı bir malın ayıplı sayılacağı açıktır. Ancak bunun ötesinde, doğrudan alıcıya karşı olmasa bile kamuya yapılmış olan bildirimlerden de alıcının haberdar olduğu ve bu bilgi ışığında sözleşmeyi kurduğu varsayılacağından bu bildirimlere aykırılık da bir ayıp oluşturur. Ancak TKHK m. 4, f. 1’de hiç ifade edilmemiş olan bir nokta tüketicinin satıcıya bildirmiş olduğu ve satıcının da kabul ettiği özelliklerin malda olmaması halinin de ayıp kapsamında değerlendirilmesi gereğidir. Nitekim Yönerge m. 2, f. 2 (b) bu hali açıkça düzenlemektedir. Ancak uygulamada bu ihtimalin de bir ayıp sayılması gerektiği konusunda bir tereddüt yoktur.

Kamuya yapılan vaatler arasında reklam veya ilan yoluyla yapılanlar kuşkusuz özel bir önem taşır. TKHK m. 4’e 2003 değişikliği ile eklenmiş olan bu ifadenin kaynağında AB Satım Hukuku Yönergesi yatmaktadır. Daha önce de ifade edildiği gibi AB Yönergesi bu çözümü benimserken şu yaklaşıma sahip olmuştur: satıcı çok sık imalatçı tarafından verilmiş olan reklamları bilmektedir. Müşteri de bu reklamları bilerek sözleşme kurmak üzere satıcıya gelmektedir. Eğer reklamlardaki vaatler gerçek değilse o zaman satıcıdan bunu düzeltmesi ve tüketicieye vadin gerçek olmadığını bildirmesi beklenir. Susması, satıcının da aslında bu reklamdaki vaadi benimsediği anlamına gelir. Nitekim ambalajda veya etikette yazanlardan satıcının sorumlu tutulması da aynı mantığa dayanır. Örneğin ciddi nitelik vaatleri içeren reklamlarda (“saatte 250 km hız yapar”,

“Standart programda elektrik tüketimi 1.03 kWh, su tüketimi 56 l”) reklam içeriğinin satıcı açısından bağlayıcı olacaktır. Her hâlükârda reklam veya ilanin içeriğinin satıcıyı bağlaması için reklamın gerçekçi olması aranacaktır. Yani, hiçbir şekilde ciddiye alınması mümkün olmayan beyanların (“dünyanın en hızlı arabası”) doğru çıkmaması nedeniyle daha sonra ayıp hükümlerine başvurulması mümkün değildir. Reklamın bir ölçüde abartı payı içerdiği herkes tarafından bilinmektedir.

Ancak öyle bazı haller vardır ki kamuya yapılan bir açıklamanın sözleşme içeriği olması mümkün olmayabilir. Örneğin satıcının hiçbir şekilde mala ilişkin olarak yapılan reklamdan haberdar olmadığını ispatlaması halinde bu reklamın içeriğinden sorumlu tutulması doğru gözükmemektedir. Nitekim yukarıda aktarıldığı üzere AB Satım Yönergesi m. 2 (4)’de satıcıya farklı şekillerde bunu ispatlama imkanı tanınmıştır.⁶³ Ancak TKHK m. 4’de bu istisnalara hiç yer verilmemiştir ki bu AB hukukuna nazaran kuşkusuz bir eksikliklerdir.

Malda bulunacağı özellikle karşılaştırılan özelliklerin yanı sıra her mal için bulunması olmazsa olmaz koşul olan ancak tarafların tek tek üzerinde durmadığı bir dizi özellik daha vardır. Örneğin bir aracın frenlerinin tutması, motorunun çalışması gibi. Bu tür **objektif** özelliklerin malda var olduğunu satıcı ayrıca vaat etmese, alıcı da özellikle bunları talep etmese bile bu özelliklerin ilgili kategoride her malda olmasını beklemekte tüketici haklıdır. Dolayısıyla objektif özelliklerin her zaman zımnen sözleşmede karşılaştırılmış olduğu kabul edilir. TKHK m. 4, f. 1 uyarınca objektif beklentilerimizin düzeyini malın standardı veya teknik düzenlemesi belirleyebildiği gibi, malın olağan tahsis ve kullanım amacına göre de bu saptama yapılabilir. Nitekim AB Yönergesi m. 2, f. 2 (c) ve kısmen (d) bendi de bu tür ayıpları ifade etmektedir.

Diğer yandan TKHK m. 4, AB Yönergesinde hiç olmayan bir tasnif yaparak ayıpları kategorilere ayırmaktadır. Buna göre maldaki eksiklik (objektif olsun subjektif olsun) türüne göre maddi, hukuki veya ekonomik bir eksiklik olarak nitelendirilebilecektir. Maddi ayıp ile kast edilen maldaki kırık, çıkık, bozuk gibi fiziksel niteliklere ilişkin eksikliklerdir. Hukuki ayıplar malın amacına uygun şekilde kullanılmasını engelleyen hukuk kurallarının varlığı halinde kabul edilir. Örneğin malın içine entegre bir chip üzerinde 3. kişinin fikri hak iddiasında bulunması halinde bu söz konusu olacaktır. Ekonomik ayıplar ise, satım konusundan istenilen verimin alınmadığı veya masraflarının beklenenden fazla olması halinde söz

⁶³ Bkz. yukarıda s.9-10.

konusu olur. Örneğin şehir içinde 100 km’de ortalama 5,9-7,2 litre benzin yaktığı bildirilen otomobilin bundan daha fazla benzin kullanması⁶⁴ bir ekonomik ayıptır. Kuşkusuz maldaki ayıbın bu kategorilerden hangisine dahil olduğu uygulanacak yaptırımlar açısından hiçbir fark yaratmayacaktır. Dolayısıyla TKHK’da yapılan bu ayırımın katkısı çok tartışılabilir.

Ayıp sorunu ile ilgili olarak son olarak üzerinde durulması gereken husus, bir ayıptan bahsedebilmek için sözleşmeden sapmanın “önemli” olması gerekip gerekmediğidir. Bilindiği üzere TBK m. 219 uyarınca objektif özelliklerden sapmanın maldan beklenen faydaları “önemli ölçüde azaltan” türden olması gerekir. Oysa TKHK m. 4 bu şekilde bir kısıtlamaya yer vermemiştir. AB Satım Yönergesi de, ayıplı bir malın ifa edildiğinin kabul edilebilmesi için eksikliğin önemli olmasını aramaz. Ancak önemsiz sayılabilecek ayıplarda alıcının dönme hakkını kullanması mümkün olmaz. TKHK m. 4’ü de kural olarak bu şekilde yorumlamak doğru gözükmemektedir. Nispeten önemsiz de olsa bir ayıp için tamirat veya semenin tenzili istenmesi kabul edilebilir olsa da dönme hakkını kullanmak istemek MK m. 2, f. 2 uyarınca hakkın kötüye kullanılması yasağı çerçevesinde engellenebilecektir.

AB hukuku ile uyum durumu:

- TKHK m. 4’ün ayıp tanımı çok karmaşıktır;
- Gerek sübjektif gerekse objektif ayıplar arasındaki ayırım gereği gibi ortaya çıkmamaktadır;
- “Maddi, hukuki ve ekonomik” ayıp ayırımı somut olarak hiçbir katkıda bulunmayan bir ayırımdır;
- Reklam ve kamuya yapılan beyanlar açısından satıcının sorumluluğunu ortadan kaldıran hallerde TKHK m. 4 hiç yer vermemiştir.

b. Tüketicinin Ayıptan Haberdar Olması

Sözleşmenin akdi anında malın objektif olarak sahip olması gereken bazı özellikleri taşımadığından tüketicinin haberdar olduğu hallerde bir sözleşmeye aykırılık söz konusu olmayacaktır. Alıcı bile bile ayıplı bir mal satın alıyorsa artık

⁶⁴ Örn. bkz. Yarg. 13HD, 04.02.2008, E. 2007 / 11592, K. 2008 / 1274 (Hukuktürk)

bu ayıptan dolayı satıcının sorumluluğuna gidememelidir. Aksi, çelişkili davranış yasağına takılırdı. Örneğin ticari bir satıcıdan ikinci el mal alınmasında veya defolu malların satımında bu tür bir durum ile karşılaşılacaktır. Bu hallerde zaten tarafların, malın sahip olması gereken özelliklere ilişkin olarak farklı bir sözleşmesel düzenleme yaptıkları kabul edilecek, dolayısıyla da malın ayıplı olduğundan bahsedilemeyecektir. İkinci el bir aracın, yeni bir araç ile aynı özelliklere sahip olamayacağı açıktır. Nitekim gerek TKHK m. 4, f. 5 gerekse de TBK m. 222 bu düşüncüyü net bir şekilde ifade etmekte ve alıcının bildiği ayıplardan satıcının sorumlu olmayacağını öngörmektedir.

Ancak AB Yönergesi m. 2 (3) tüketicinin sadece fiilen haberdar olduğu eksikliklerin değil, haberdar olmamasının mümkün olmadığı eksikliklerin de sözleşmeye aykırılık oluşturmayacağını öngörmektedir. Sözleşmenin kurulması anında var olan bir ayıptan tüketicinin haberdar olduğunu ispat yükü satıcıda olacağı için onun bir çok halde müspet vukufu ispat edemeyeceği düşüncesi ile, 'bilmenin' yanı sıra 'bilmemenin mümkün olmaması' da ayıptan doğan sorumluluğu sınırlandırmak için yeterli kabul edilmektedir. Dolayısıyla sözleşmenin kurulması aşamasında son derece aşikar olan ve herhangi bir muayene yapmadan hemen göze batan bir ayıbın varlığı halinde, tüketici daha sonra bundan haberdar olmadığını ileri sürememektedir. Bu tür bir istisnaya Türk hukukunda yer verilmemiştir.

Dikkat edilmesi gereken bir nokta, malda, tüketicinin bildiği veya bilmemesinin mümkün olmadığı ayıplardan farklı bir ayıbın daha sonra ortaya çıkmış olması halinde, satıcının bunlara ilişkin sorumluluğunun her halükarda var olacağıdır. Örneğin satın alınan ikinci el aracın lastiklerinin veya koltuklarının aşınmış olduğu tüketici tarafından bilinmesi gereken bir olgudur. Dolayısıyla daha sonra bu konuda bir ayıp iddiasında bulunamaz. Buna karşılık aracın frenlerinin tutmaması, aracın ikinci el olması ile alakalı bir sorun değildir. Eğer alıcı ihtiyari olarak ikinci el aracı satın almadan önce bir muayene yaptırmış ve muayenede ortaya çıkandan farklı bir eksiklik sözleşmenin kurulmasından sonra belirmiş ise yine bir ayıbın varlığı kabul edilecektir. Zira kullanılmış bir aracın bile benzer durumdaki ikinci el bir aracın objektif olarak sahip olması gereken bütün özellikleri taşıması gerekir.

AB hukuku ile uyum durumu:

AB hukukunda sadece tüketicinin bildiği değil bilmemesinin mümkün olmadığı ayıplardan da satıcı sorumlu tutulmaz. TKHK m. 4, f. 5 bu açıdan eksiktir.

c. Malı Muayene ve Ayıbı İhbar Külfeti

Gerek eski gerekse yeni Borçlar Kanunu satıcının ayıptan doğan sorumluluğunun ön koşulu olarak alıcının malı muayene etmesini ve tespit edilen ayıpları bildirmesini aramaktadır. Kendisine yüklenen bu külfete aykırı davranan alıcı, mal ayıplı teslim edilmiş olmasına rağmen bütün haklarını kaybetmektedir.

Oysa, Kara Avrupa'sı hukuk düzenlerinde *muayene külfetinin* sadece tacirler arasındaki satımlar için öngörülmüş olması⁶⁵ nedeniyle, adi satımlar için uygulama bulan BK'da bu külfete yer verilmiş olması yıllardır eleştirilmektedir.⁶⁶ Tacirler arası satımlar için son derece meşru bir menfaat olan çabukluk, açıklık, belirlilik gibi isterler bir yana, ticari satımda alıcı da satıcı kadar işin ehlidir ve muayene etme yetkinliğine ya kendisi sahiptir ya da yetkin kişilere muayene ettirme imkanı vardır. Oysa B2C ve C2C işlemlerde ne aynı sürat önem taşıyor ne de tüketici muayene edebilecek bir yetkinliğe sahiptir.

TKHK m. 4'de tüketicinin seçimlik haklarından faydalanabilmesi için malı belirli bir süre içinde muayene etmesi gereği açık olarak ifade edilmemiştir. Doktrinde yazarların bir bölümü bu gerekçe ile tüketici satımlarında muayene külfetini reddetmekte iken⁶⁷ bir bölümü m. 4'deki boşluğun TKHK m. 30 aracılığıyla Borçlar Kanunu hükümleri ile doldurulacağını, dolayısıyla da bu külfetin tüketici satımlarında da var olduğunu ileri sürmektedir.⁶⁸ Yargı uygulamasına bakıldığında muayene külfetinin yerine getirilmediği gerekçesi ile tüketicinin taleplerinin reddedildiğine rastlanmamıştır. Muhtemelen TKHK m. 13'de zorunlu garantinin öngörülmüş olması muayene külfetinin önemini

⁶⁵ Ayrıntı için bkz. *Schwartz*, Europäische Sachmängelgewährleistung beim Warenkauf, Optionale Rechtsangleichung auf der Grundlage eines funktionalen Rechtsvergleichs, Tübingen 2000, 474 vd.

⁶⁶ Örn. *Bucher/Buz*, Mağdur Edilen Alıcı – Türk/İsviçre Borçlar Kanununun İki Özelliğinin Eleştirisi: Muayene ve İhbar Külfeti (Art. 201 OR; BK m. 198), BK m. 202/II (Art.205/II OR)'ye Göre Dönme Yerine Bedel İndirime Karar Verilmesinin Masraflara İlişkin Sonuçları, Necip Kocayusufoğlu'na Armağan, Ankara 2004, 145 vd.; *Atamer*, Y. M., Yeni Türk Borçlar Kanununda Taşınır Satımı Sözleşmesi, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, Mehmet M. İnceoğlu (ed.), 2012, s. 187, 201 vd.

⁶⁷ *Aslan*, Y., Tüketici Hukuku, 3. Bası, Bursa, 2006, s. 127 vd.

⁶⁸ *Zevkliler/Aydoğdu*, Tüketicinin Korunması Hukuku, 3. Bası, Ankara 2004, s. 121.

azaltmaktadır. Zira satıcı muayene külfetini yerine getirmemiş olsa dahi, garanti düzenlemesi uyarınca malın onarımını ve şartlar gerçekleşirse diğer seçimli haklarını kullanmak imkanına sahiptir. AB Satım Hukuku Yönergesi ise, yukarıda da ifade edildiği üzere,⁶⁹ tüketici açısından herhangi bir muayene külfeti zaten öngörmemektedir.

İhbar külfeti açısından bakıldığında TKHK m. 4 sadece “*malın teslimi tarihinden itibaren otuz gün içerisinde*” ayıbın bildirilmesi gereğinden bahsetmektedir. AB Satım Yönergesi ise mecburi bir ihbar külfeti getirmemekle beraber, üye ülkelere isterlerse ayıbın tespitinden itibaren işleyecek 2 aylık bir ihbar süresi öngörme imkanını tanımaktadır (m. 5/2).⁷⁰

Bu bilgiler ışığında TKHK m. 4, f. 2'nin AB hukukuna uygun olacak şekilde yorumu **şu sonuca götürmektedir**:

- TBK hükümleri çerçevesinde bile çok tartışmalı olan *muayene külfetini* bir de tüketici-tacir satım sözleşmelerine yayacak şekilde yorumlamak doğru değildir. Gerek Avrupa ülkelerinde gerekse AB Yönergesinde bir muayene külfeti olmaması TKHK m. 4'ün yorumunda da dikkate alınmalı ve bu tür bir külfetin olmadığı kabul edilmelidir.
- *İhbar külfeti* açısından TKHK m. 4'deki ifadenin nasıl yorumlanacağı ise daha sorunludur. Zira madde açıkça 'teslimden itibaren' 30 gün demektir. Oysa bu tür bir süre sadece açık ayıplar açısından uygulanabilir. Yani tüketicinin kendisinin malı ilk kullandığında hemen tespit edebileceği türden ayıpları teslimden itibaren 30 gün içinde ihbar edebilir.⁷¹ Buna karşılık bütün gizli ayıplar, yani ancak daha uzun süreli bir kullanım sonrasında ortaya çıkan ayıplar için bu süre çoktan geçmiş olacaktır. Bu nedenle TKHK m. 4'de bu konuda bir düzenleme olmadığı kabul

⁶⁹ Yukarıda s. 11.

⁷⁰ AB ülkelerinden Avusturya, Almanya, Çek Cumhuriyeti, Fransa, İngiltere, İrlanda, Latvia, Lüksembourg ve Yunanistan bu imkanı kullanmamış ve ihbar külfeti getirmemiştir. Buna karşılık Danimarka, Estonya, Finlandiya, Hollanda, İspanya, İsveç, İtalya, Kıbrıs, Litvanya, Macaristan, Malta, Polonya, Portekiz, Slovakya ve Slovenya ihbar külfetine yer vermiştir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. *EC Consumer Law Compendium -Comparative Analysis-*, Schulte-Nölke (ed.), 12.12.2006 <http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/acquis/comp_analysis_en.pdf> s. 642-644.

⁷¹ Burada dikkat edilmesi gereken alıcının bilmesi gereken ayıp (yukarıda b) ile açık ayıp kavramının aynı olmadığıdır. Malı satın alırken göze batan türde, tüketicinin görmemesinin mümkün olmadığı ayıp ile satıcının ancak malı kullanmak ile görebileceği anlayabileceği ayıplar aynı değildir. Birincisi çok daha dar bir kategoridir.

edilmek gerekir. Yani ihbar yükümlülüğü sadece açık ayıplar için vardır, gizli ayıplar için yoktur.

Bu çözümün satıcıyı mağdur edeceği ve alıcının satıcı aleyhine spekülasyon imkanı kazandığı düşünülmemelidir. Unutulmamak gerekir ki, tüketici her hâlükârda ayıptan doğan haklarını kullanmak için zaten 2 yıllık zamanaşımı süresi içinde bir gün satıcıya başvuracaktır. Bu başvuru olayların birçoğunda ayıbı tespit ettikten kısa süre sonra olacaktır. Ola ki alıcı bunu yapmamış, hafif ayıplı malı kullanmaya devam etmiş ve ancak zamanaşımı süresinin dolmasına yakın satıcıya başvurarak malı değiştirmek istemiş olsun. Bu durum ya hakkın kötüye kullanılması sayılarak MK m. 2, f. 2 çerçevesinde değerlendirilecek ya da zaten ilgili ayıbın malın tesliminden sonra, yani tüketicinin kusurundan kaynaklanmış olması ihtimali ağır basacaktır. Bir sonraki başlıkta görüleceği üzere ayıbın malın teslimi anında var olduğunu ispat yükü tüketicidedir.

AB hukuku ile uyum durumu:

- Tüketici satım sözleşmelerinde muayene yükümlülüğü yoktur ve bu AB hukukuna uygundur;
- Tüketicinin, malın tesliminden itibaren 30 gün içinde ayıp ihbarında bulunması zorunluluğu AB hukukuna aykırıdır. Zira AB'de bu süre 2 aydır ve ayıbın tespitinden itibaren işlemeye başlar.

d. Ayıbın İspatı

Satım konusu malın teslim tarihi itibarıyla ayıplı olduğunu ispat yükü tüketicidedir.⁷² Bu ayıbın ilk kullanımda hemen anlaşılan veya ancak belirli bir süre kullanıldıktan sonra ortaya çıkan gizli bir ayıp olması ispat yükü dağılımını değiştirmez. Ancak açıktır ki bu ispat yükünü yerine getirmek tüketici için hiç de kolay değildir. Özellikle malın bu ayıp nedeniyle hasar gördüğü veya telef olduğu hallerde, ispatın getirilmesi daha da güçleşir. Nitekim bu yüzden AB

⁷² Ancak uygulamada Mahkemelerin tereddüt halinde tüketici lehine yorum yaptıklarına sıklıkla rastlanmaktadır. Örneğin aracın sağ arka üst cam kenarındaki çöküklüğün, sağ arka çamurluktaki eğikliğinin ve boya birikintisinin tüketicinin kullanımından mı yoksa ayıptan mı kaynaklandığının bilinmeyeceği bir olay karşısında malın ayıplı olduğu kabul edilmiştir. Yarg. 4. HD. 3.11.2009, E.8768, K.12242 (Kazancı). Bir diğer kararda ise aracın sol arka kapısının boyasının orijinal olmadığı, sonradan boyandığı iddiası ile 1, 5 yıl sonra açılan bir davada da, boyamanın kimin tarafından yaptırıldığı belli olmamasına karşın ayıbın var olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Yarg. HGK. 4.3.2009, E.4-11, K.99 (Hukuktürk).

satım hukukunda malın tesliminden itibaren ilk 6 ay içinde ortaya çıkan ayıpların teslim anında zaten var olduğu kabul edilir.⁷³ Bir malın 6 ay boyunca sorunsuz çalışması, hayatın olağan akışına uygun olarak kabul edilmiş ve bu süre içinde mal yine de bozulmuşsa, kaynağında, teslim anında var olan bir ayıbın yattığı sonucuna varılmıştır. Kuşkusuz satıcının bunun aksini iddia etmesi ve örneğin ayıbın kullanım hatasına dayandığını ispat etmesi imkanı her zaman vardır. TKHK m. 4'de AB Yönergesindeki benzer bir düzenleme mevcut değildir.

AB hukuku ile uyum durumu:

AB Yönergesi m. 5, f. 3'de yer alan ispat yüküne ilişkin düzenleme Türk hukukunda eksiktir.

3. Malın Ayıplı Olması Halinde Tüketicie Karşı Sorumlu Olacak Kişiler

a. Kural Olarak: Satıcı

Kendisine teslim edilen mal ayıplı çıkan tüketicinin hangi hakları kullanabileceği aşağıda ele alınmadan önce cevaplanması gereken soru, tüketicinin bu haklarını kime karşı kullanmasının en uygun düşeceği. Tüketicinin aslında sözleşme ilişkisi içinde olduğu kişi sadece satıcıdır. Sözleşmelerin nispiyeti ilkesi gereği de sözleşmeye aykırılık halinde haklarını sadece satıcıya karşı ileri sürebilmesi gerekir.⁷⁴

b. Yasa Gereği Satıcı İle Birlikte Müteselsil Sorumlu Tutulan Kişiler

AB Yönergesi satıcının sorumluluğuna ilişkin bir yönerge. Oysa TKHK tüketicie karşı sorumlu olanların sayısını bundan çok daha geniş tutmuştur. Tüketici ile sözleşme ilişkisi içerisinde olmamakla beraber kendisine karşı sorumlu olan başka kişiler de vardır. Bu tercihi farklı şekillerde gerekçelendirmek mümkündür:

- Günümüzde satıcının çoğunlukla imalatçının kendisi olmadığı düşünülecek olursa, ayıplı çıkan malı satıcının tamir etmesini veya yenisi ile değiştirmesini beklemek çok uygun sayılmayabilir. Zira satıcının çoklukla tamir konusunda teknik bir bilgisi olmayacak

⁷³ Bkz. yukarıda s. 12.

⁷⁴ Bu konuda bkz. *Atamer*, Üçüncü Kişinin Uğradığı Zararların Sözleşmesel Sorumluluk Kurallarına Göre Tazmini, *Yargıtay Dergisi*, c.22, Ocak-Nisan 1996, 99 vd.

veya stokta mal bulunmayacaktır. Oysa imalatçının bu taleplere cevap vermesi çok daha kolay gözükmetedir.

- Satıcının, pazarlama zinciri içindeki zayıf halka olması ihtimali yüksektir. Yani tüketicinin sözleşmeden dönerek veya semeni tenzil ederek ödediği paranın iadesini istemesi halinde karşısında birisini bulamaması ihtimali vardır. Satıcının iflas rizikosunu tüketici taşımaktadır. Oysa malın ayıbından sorumlu olan imalatçının bu rizikoyu taşıması daha adildir, zira pazarlama zincirinde araya yeni halkalar koyarak iflas rizikosunu artıran kişi imalatçıdır.
- Ayıplı çıkan mal nedeniyle tüketicinin taleplerini yerine getirmiş olan satıcı zaten daha sonra kendisine bu malı satan kişiye rücu edecektir. Örn. tüketici dönmüş ve ayıplı malı satıcıya iade etmiş ise, o da ikinci satım sözleşmesinde kendi satıcısı olan toptancıya karşı sözleşmeden dönecektir. Toptancının da rücu etmesi ile birlikte zaten asıl sorumlu olan imalatçıya ulaşılmış olacaktır. Dolayısıyla tüketicinin doğrudan taleplerini imalatçıya karşı ileri sürebileceğini kabul etmek asıl sorumluya doğrudan gitmek anlamına gelmektedir ki bu çözümün rücu davaları nedeniyle doğacak kaynak israfını azaltıcı bir etkisi olduğu açıktır.

Bu açıdan bakıldığında satım zincirindeki son halkanın yanı sıra ilk halkaya da sorumluluk yüklemek aslında anlamlı gözükmetedir. Satıcının, bazı istisnalar dışında, malın ayıplı ifasında hiçbir sorumluluğunun olmayacağı düşünülecek olursa kendisini tüketici ile baş başa bırakmak doğru gözükmemektedir. Nitekim TKHK m. 4, f. 3 de bu yaklaşımı benimsemiştir. Bu fıkraya göre:

“İmalatçı-üretici, satıcı, bayi, acente, ithalatçı [...]”⁷⁵, ayıplı maldan ve tüketicinin bu maddede yer alan seçimlik haklarından dolayı müteselsilen sorumludur.”

Her ne kadar bu fıkra ilk okunduğunda tüketicinin satım zincirindeki herkese, yani “arada” bir halkaya bile gitmesi mümkün gibi anlaşılıyorsa da bu yorum, kanımca, amacı aşan bir yorum olurdu. Toptancıya başvurmaın mümkün olduğunu kabul etmek ekonomik açıdan anlamlı da olmazdı, zira bu sefer toptancının yine imalatçıya rücu etmesi gereği doğacaktır. Diğer yandan

⁷⁵ Kredi verenlerin ayıplı mal teslim edilmesinden dolayı sorumluluğu bu çalışmanın kapsamı dışında kalmaktadır.

tüketiciyi diğer bütün alacaklılardan ayırarak bu şekilde kayırmak ve karşısına bir borçlular ordusu çıkarmayı gerekçelendirmek de mümkün değildir. Bu nedenle fıkranın daraltıcı bir yoruma tabi tutulması uygun gözükmemektedir. Yani sorumlular sadece satıcı ve imalatçı/ithalatçı olarak anlaşılmalı; bayi ve acente ile kast edilenin de aslında nihai satıcı halkası olduğu kabul edilmelidir. İmalatçı ile ithalatçının aynı değerlendirilmesinin sebebi ise açıktır.⁷⁶ Tüketicinin ülke içinde gidebileceği son kişi ithalatçı olacaktır. Her ne kadar ithalatçının da daha sonra imalatçısına rücu etmesi gerekecekse de bu artık o satım sözleşmesinin tabi olduğu hukuka göre tayin edilecektir.

Tüketicinin, satıcının yanı sıra imalatçıya karşı hangi haklarını kullanmasının uygun düşeceği sorusu üzerinde daha aşağıda, tüketicinin satıcıya karşı sahip olduğu haklar ele alındıktan sonra durulacaktır.⁷⁷ Ancak hemen burada ifade edilmelidir ki, tüketicinin satıcıya karşı talepleri ile imalatçıya karşı talepleri farklı temellere dayanır. Birincisi sözleşmeden doğarken, ikincisi yasadan doğan bir talep hakkıdır. Her halükarda imalatçı ve satıcı, tüketiciye karşı müteselsil olarak sorumludurlar.

AB hukuku ile uyum durumu:

AB hukuku Türk hukukundan farklı olarak tüketiciye doğrudan imalatçı veya ithalatçıya başvurma hakkı vermemektedir.

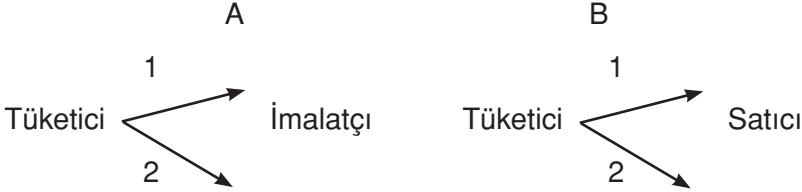
c. Garanti Sözleşmesi Gereği Garanti Veren

Tüketicinin gerek satıcısına, gerekse imalatçısına karşı var olan taleplerinin yanı sıra, imalatçı (veya ithalatçıya) karşı sözleşmeden doğan ek bir talebi de olabilir. Zira imalatçı genelde malını daha geniş bir kitleye pazarlayabilmek için mala ilişkin garanti taahhütlerinde bulunur. Yani tüketicinin sahip olduğu hakların ötesinde tüketiciye belirli bazı imkanlar sunar. Bunların en klasik olanı malın kullanım süresine ilişkin taahhütlerdir. Örneğin “otuz yıl garantili bir çatı sistemi” pazarlanması halinde tüketici aslında sadece 2 yıl boyunca sahip olacağı hakların en azından bir kısmını daha uzun süreli olarak kullanabilecektir. Bu tür bir garanti taahhüdünün hukuki niteliği hakkında farklı görüşler olsa da kanımca en makul gözükene burada nihai kullanıcı ile garanti veren arasında bir

⁷⁶ Aşağıda tekrardan kaçınmak için genelde sadece imalatçıdan bahsedilecektir. Ancak imalatçının Türkiye sınırları dışında olması halinde onun yerini hep ithalatçının alacağı unutulmamalıdır.

⁷⁷ Aşağıda s. 69 vd.

sözleşme kurulduğunu kabul etmektedir.⁷⁸ Satıcı, imalatçının temsilcisi olarak bu tür bir garanti sözleşmesine ilişkin icapta bulunmakta ve tüketici de malı satın alarak bunu kabul etmektedir. Daha istisnai olmakla beraber imalatçının değil de satıcının bir garanti taahhüdünde bulunması imkanı da vardır. Bu ihtimalde tüketici satıcıya karşı ileri sürebileceği ek haklar kazanacaktır.



A olasılığında tüketicinin imalatçıya karşı 1. talebi TKHK m. 4'de düzenlenmiş olan yasal müteselsil sorumluluğa dayanacak, 2. talebi ise imalatçının tüketiciye vermiş olduğu ek garanti taahhüdüne dayanacaktır. Tüketici kendisi açısından hangi talep daha avantajlı ise ona dayanabilecektir. **B** ihtimalinde ise tüketicinin satıcısına karşı iki farklı sözleşmeden doğan talepleri olacaktır: 1. talebi satım sözleşmesinden 2. talebi ise garanti sözleşmesinden doğacaktır. Bu ihtimalde de tüketici kendisi için daha avantajlı olan talep temelini seçmekte serbesttir.

Garanti taahhüdünün mantığı **gönüllülük** esası üzerine kurulu olmasıdır. Burada imalatçı, tüketicinin zaten yasa gereği var olan haklarının yanı sıra kendisine ek bazı haklar sağlamaktadır. Nitekim AB Satım Yönergesi m. 6 da bu mantıktan hareketle sadece gönüllü bir garanti taahhüdünde bulunulması ihtimalinde bu metnin içeriğine ilişkin emredici kurallar koymakta ve özellikle de tüketicinin yanıltılmaması için önlemler almaktadır. Buna karşılık TKHK m. 13 ne yazık ki tüketiciyi koruma kaygısını aşırıya vurularak gönüllü olması gereken bir sistemi zorunlu hale getirmiştir. Madde “*İmalatçı veya ithalatçılar ithal ettikleri veya ürettikleri sanayi malları için Bakanlıkça onaylı garanti belgesi düzenlemek zorundadır*” demek suretiyle en azından Bakanlıkça belirlenen bütün sanayi malları için imalatçıları garanti belgesi vermekle yükümlendirmekte ve borçlar hukukunun irade serbestisi ilkesini zedelemektedir.⁷⁹

⁷⁸ Serozan, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, 2. Bası, İstanbul 2006, s. 144.

⁷⁹ Diğer yandan Avrupa Birliğinde bu türden bir zorunlu garanti uygulamasının var olmaması nedeniyle, TKHK m. 13'deki düzenleme Türkiye ve AB arasında var olan Gümrük Birliği Antlaşması çerçevesinde bir ticaret engeli olarak da değerlendirilebilir. Zira AB sınai mallarının Türkiye'ye giriş yapması önce garanti taahhüdüne Bakanlıktan onay alınması şartına bağlanmaktadır.

Oysa satım sözleşmesinin tarafı olan tüketicinin, yukarıda görüldüğü üzere, ayıplı bir mal ifa edilmesi halinde hem satıcıya hem de TKHK m. 4, f. 3 uyarınca imalatçı/ithalatçıya gitmesi imkanı zaten verilmiştir. Dolayısıyla bir de zorunlu garanti uygulaması getirilmiş olması hukuk politikası açısından yanlış olduğu gibi, uygulamada taleplerin hepsinin birbirine karışmasına sebep olmuştur. Nitekim mahkeme kararlarından artık tüketicinin hangi talep temeline dayanarak dava açtığını anlamak mümkün değildir. Aşağıda bu konudaki yanlış bazı uygulamalar üzerinde ayrıca durulacaktır.

AB hukuku ile uyum durumu:

AB hukukunda garanti taahhüdü gönüllülük esası üzerine kuruludur. Zorunlu garanti kurumu yoktur.

4. Malın Ayıplı Olması Halinde Tüketicinin Satıcıya Karşı Sahip Olduğu Haklar

a. Genel Olarak Tüketicinin Seçimlik Hakları ve Hangilerinin Yenilik Doğuran Hak Olduğu Sorunu

Satım konusu malın ayıplı çıkması halinde tüketicinin satıcıya karşı sahip olacağı seçimlik haklar TKHK m. 4, f. 2 uyarınca dört adet olarak belirlenmiştir: Tüketici dilerse tamirat veya yenisini ile değiştirme talebini ileri sürerek, sözleşmeye uygun ifade ısrarcı olabilir; dilerse, bedel indirimi veya sözleşmeden dönme yenilik doğuran haklarını kullanarak, sözleşmeye aykırı duruma sözleşmenin uyarlanması veya sözleşmenin ortadan kaldırılmasını tercih edebilir.

Yukarıda ele alındığı üzere AB Satım Yönergesi m. 3 tüketicinin bu seçimlik hakları arasında bir kademelendirme yapmayı tercih etmekte ve hakları iki kategoride toplamaktadır. Tüketici tarafından ilk önce kullanılması gereken haklar sözleşmenin gereği gibi ifasını sağlamaya yönelik tamirat ve yenisini değiştirme haklarıdır. Öncelikle sözleşmeyi ayakta tutan çözümler tercih edilmekte, sözleşmeye müdahale edilmek istenmemektedir. Fakat ifanın satıcı tarafından gereği gibi yerine getirilmediği veya getirilemediği hallerde tüketici dönme veya semenin tenzili yenilik doğuran haklarını kullanabilecektir. TKHK m. 4'de ise bu türden bir kademelendirme söz konusu değildir. Yani tüketici isterse hemen sözleşmeden dönmeyi de tercih edebilir. Ancak bu durumun satıcı açısından olumsuzluklar beraberinde getirebileceği açıktır. Aşağıda bu konu üzerinde durulacaktır.

Bahsi geçen dört seçimlik haktan hangilerinin yenilik doğuran hak kategorisinde olduğu sorusu ise aslında taleplerin mahiyetinden anlaşılmaktadır. Sözleşmeden dönme ve semenin tenzili haklarının yenilik doğuran hak olduğu tartışmasızdır. Yani kullanılmakla bu haklar sonuç doğurur. İstisnai haller dışında bu hakların kullanılmasından vaz geçilmesi mümkün değildir. Buna karşılık tamirat ve yenisi ile değiştirme talepleri tüketicinin ifa menfaatine ulaşmasını sağlayan, sözleşmenin gereği gibi ifasına hizmet eden taleplerdir.⁸⁰ Bilindiği gibi, sözleşmenin kurulması anından itibaren alıcının sahip olduğu “asli ifa talebi” malın teslim edilmesinden sonra içerik değiştirir. Satıcı ayıplı bir mal teslim etmişse, alıcı halen „aynen ifade“ ısrarcı olabilir. Fakat bunun adı artık „malın yenisi ile değiştirilmesi“ veya „tamiri“ olur.⁸¹ Nasıl ki ifa talebi bir yenilik doğuran hak değilse ve icra edilmesi gerekiyorsa aynı şekilde tamirat veya yenisi ile değiştirme de edaya yönelik icra edilebilir taleplerdir. Dolayısıyla ancak sonuca ulaştırmaları, yani ayıpsız ifanın gerçekleşmesi ihtimalinde alıcının talep hakkı sona erer. Aksi takdirde, yani satıcının malı tamir edememesi veya verilen yeni malın da ayıplı çıkması ihtimalinde alıcının diğer seçimlik haklarına başvurmada herhangi bir engel olamaz. Bu açıdan Yargıtay’ın aksi yönde gelişen ve tamirat ile yenisi ile değiştirmeyi de yenilik doğuran haklar olarak nitelendiren içtihadına katılmak mümkün değildir. Nitekim ne AB Yönergesinde ne de dahil olduğumuz Cermen hukuk çevresinde böyle bir nitelendirme söz konusu değildir.

Oysa Yargıtay’ın 1998 tarihli bir kararına göre, onarım istemiş olan bir kimsenin sonradan bundan dönerek diğer seçimlik haklarından birini kullanması mümkün değildir. Bu aşamadan sonra değişim talebi ancak Garanti Belgesi Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelik’te öngörülen koşulların gerçekleşmesine bağlıdır. Söz konusu karara göre, “*Kural olarak belirtilen seçimlik haklarından birini kullanan tüketici sonradan bunlardan dönerek diğer seçimlik haklarından birisini kullanamaz. Kural böyle olmakla birlikte anılan yasanın 13. maddesiyle “garanti belgeli mallar” yönünde tercih hakkını onarım yönünde kullanan tüketiciye malın yenisi ile değiştirilmesini isteme hakkı, belirli koşulların gerçekleşmesi durumunda ayrıca verilmiştir*”.⁸² Yargıtay 2008 tarihli bir kararda da, “4077 sayılı

⁸⁰ Ayrıntılı bilgi için örn. bkz. *Buz*, Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005, s. 170 vd. Mukayeseli veriler için bkz. *Atamer* (dn. 18), CISG, s. 363, dn. 434.

⁸¹ Asli ifa talebi ile tali ifa talebi arasındaki bu organik ilişki hakkında örn. bkz. *Buz*, Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005, 170 vd.; *Atamer*, (dn. 18), CISG, s. 363.

⁸² Yarg. 13. HD. 09.11.1998, E. 6654, K. 8835 (Kazancı). Aynı doğrultuda Yarg. HGK 24.6.1009, E.4-176, K.279 (Kazancı). Yargıtay’ın yenisi ile değiştirmeyi bir yenilik doğuran haklar olarak nitelendiren içtihatlarına örnek olarak: Yarg. 13. HD. 29.6.2004, E. 8617, K. 10239; Yarg. 13. HD. 5.6.2008, E. 1735,

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 4 ve 4/A maddelerinde ayıplı mal ve ayıplı hizmetle ilgili tüketicinin seçimlik hakları sayılmıştır. Bu haklar kullanımla biten inşai haklardan olup, davacının onarım olarak kullandığı seçimlik hakkını ıslah ile değiştirmesi mümkün değildir ifadelerine yer vermek suretiyle bu görüşünü tekrarlamıştır.⁸³

Ayıplı ifa halinde alıcının sahip olduğu bu dört seçimlik hakkın hiçbirinin kullanılması satıcının kusurlu olmasına bağlı değildir. Yani satıcı sadece paketli olarak kendi tedarikçisinden temin etmiş olduğu televizyonları satan biri olsa bile alıcı kendisine karşı malın değiştirilmesi veya tamiri istemini ileri sürebileceği gibi, sözleşmeden dönmeyi veya semen tenzilini tercih edebilir. Satıcı bu seçimlik hakların kullanılmasına karşı kendisinin malın ayıbına ilişkin olarak bir kusurunun olmadığını ileri süremez.

b. Tamirat ve Yenisi ile Değişirme Seçimlik Hakları ve Sınırları

aa. Hakların Kullanımı ve Sınırları

aaa. Genel Olarak

TKHK m. 4'ün en sorunlu yönlerinden biri hiç kuşkusuz tüketicinin seçimlik haklarını dilediği gibi, hiçbir sınırlamaya tabi olmaksızın kullanabileceği izlenimini verecek şekilde kaleme alınmış olmasıdır. Madde 4, f. 2 uyarınca: "Satıcı tüketicinin tercih ettiği bu talebi yerine getirmekle yükümlüdür". Oysa tamirat ve yenisi ile değiştirme haklarının aynen ifa talebinin bir uzantısı olması nedeniyle en azından aynen ifa talebinin sınırlarına tabi olacağı açıktır. Nasıl ki aynen ifası istenen edimin imkansızlaşması veya ifasının aşırı güçleşmesi halinde bu talebin reddedilmesi imkanı varsa, onarım ve yenisi ile değiştirmede de aynı savunmanın getirilmesi mümkün olmalıdır. Tüketicinin hiçbir sınırlamaya tabi olmaksızın değiştirme veya tamirat isteyebileceğini kabul etmek doğru bir yaklaşım olamaz. Nitekim AB Satım Yönergesinin mantığının da bu olmadığı yukarıda açıklanmıştır.

Halihazırda Türk hukukunda hakime biraz olsun yol gösterebilecek kriterler TBK m. 227'de yer almaktadır. Buna göre malın yenisi ile değiştirilmesini istemek ancak "imkan varsa" mümkündür. Tamirat talebi ise "aşırı bir masrafı" gerektirmediği takdirde kabul edilir. İmkansızlığın tespiti nispeten kolaydır: Eğer

K. 7867 (Hukuktürk); Yarg. HGK. 21.10.2009, E.4-441, K.444.

⁸³ Yarg. 13. HD. 05.06.2008, E.1735, K.7867 (Hukuktürk).

değiştirilmesi istenen malın aynısını tedarik etmek mümkün değilse istem boşa döner. Veya tamir edilmesi objektif açıdan mümkün olmayan bir mal için de bu talep kabul edilemez. Buna karşılık onarım veya yenisi ile değiştirme talebinin satıcı açısından “ölçüsüz olması” nedeniyle ne zaman reddedileceği açıklanmaya muhtaçtır. TBK m. 227 burada sadece tamirat talebi açısından “aşırı masrafı” gerektiriyor olması savunmasını satıcıya vermiştir. Ancak yenisi ile değiştirme hakkı açısından bu sınırlamayı ihmal etmiştir. Maddenin ifadesine bakılacak olursa alıcı yenisi ile değiştirme seçmiş ve değiştirme mümkünse satıcı bunu kabul etmek zorundadır. Tamirat talebinin reddi açısından da aşırı masrafın ne zaman söz konusu olduğu hiçbir şekilde açıklanmamıştır. Dolayısıyla TBK m. 227 de bu noktada çok yetersiz kalmaktadır.

Diğer yandan TKHK m. 4, onarım veya yenisi ile değiştirmenin seçildiği hallerde bunun ne kadar bir süre içerisinde gerçekleştirilmesi gerektiği konusunda da bir düzenleme içermemektedir.⁸⁴

Yargıtay’ın araç alım satımındaki ayıplarla ilgili vermiş olduğu kararlar incelendiğinde, ilk göze çarpan özellik, malın ayıpsız misli ile değiştirilmesi yönündeki talepleri değerlendirilirken bu talebin “satıcı için ölçüsüz güçlükleri beraberinde getirecek olup olmadığı” yönünde bir değerlendirmenin yapılmadığıdır. Yargıtay’a göre tüketici malın ayıpsız misli ile değiştirilmesine ilişkin seçimlik hakkını hiçbir sınırlamaya tabi olmaksızın kullanabilecektir. Örneğin, Yargıtay bir kararında vites değişiklikleri sırasında meydana gelen sarsıntı ve titremelerden dolayı değişim istemini kabul etmiştir⁸⁵. Yine benzer bir şekilde vitesten gelen sesler nedeniyle değişim talebi ile açılan davada, İlk Derece Mahkemesi’nin “*araçtaki gizli ayıbın yenisi ile değiştirilmesini gerektirecek esaslı ayıp olmadığı*” gerekçesi ile vermiş olduğu red kararı, Yargıtay tarafından “*4077 sayılı Yasa’nın 4/2. maddesi hükmü gereği davalılar davacının şartları oluşan değiştirme talebini kabul etmek zorundadırlar*” gerekçesi ile bozmuştur⁸⁶.

Benzer bir şekilde Yargıtay’ın, söz konusu ayıbın kısa sürede düzeltilmesine olanak bulunan hallerde dahi, dönme ve değiştirme taleplerini kabul ettiği görülmektedir. Örneğin bir kararında onarımın mümkün olmasına rağmen otomobilde imalattan kaynaklanan “boya atmaları ve paslanmalar”ın varlığı

⁸⁴ Garanti belgesi ile satılmak zorunda olan ürünler için Garanti Belgesi Uygulama Esasları Hakkında Yönetmelik m. 6’daki süre aşağıda (bbb) altında ele alınacaktır.

⁸⁵ Yarg. 13. HD. 9.11.1998, E.6654, K.8835 (Kazancı).

⁸⁶ Yarg. 13. HD. 24.01.2006, E.13380, K.473 (Kazancı).

nedeniyle dönme talebini kabul etmiştir⁸⁷. Araçta bulunun boya akıntısına ilişkin bir diğer kararında da Yargıtay, *“Tüketici, yasanın kendisine tanıdığı dört seçenektan birini tercih etmek hakkına sahiptir. Satıcı, Tüketiciyi bu haklardan herhangi birini kullanmaya zorlayamaz. Dava konusu olayda davacı tercih hakkını öncelikle aracın yenisi ile değiştirilmesi olarak kullanmış olup, araçtaki boya hatasının davacının kullanımından kaynaklanmayıp fabrika çıkışlı imalat hatası olduğu anlaşıldığına göre mahkemece davacının talebi doğrultusunda aracın ayıpsız olan yenisi ile değiştirilmesine”* olanak bulunduğu sonucuna ulaşmış ve davalının *“yetkili servis tarafından aracın orijinal bir şekilde boyanması halinde sorunun giderileceğini, boya akıntısının aracın kullanımına engel teşkil etmediği”* yönündeki savunmasını kabul etmemiştir⁸⁸. Yargıtay bir diğer kararında da *“davacının yeni aldığı aracın sağ arka tavan ile arka cam birleşim yerinde çok hafif bir ezilme ve sol arka çamurlukta hasar olduğu”* tespitinde bulunmasına rağmen malın yenisi ile değiştirilmesine hükmedilmesini kabul etmiştir⁸⁹. Yine benzer bir şekilde aracın sol arka kapı boyasının renginde ton farkı olması da Yargıtay tarafından değişim talebi için yeterli görülmüştür⁹⁰.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 2009 tarihli bir diğer kararında, araçta hava yastığı ile ilgili devam eden arızanın, araçtan beklenen faydayı azaltıcı nitelikte bulunmadığının, bu nedenle aracın değiştirilmesini gerektirecek şartların olayda oluşmadığının, ancak aracın değerinde 2.000,00 YTL azalma olduğunun bilirkışı raporunda belirtilmiş olmasına rağmen, aynı arızanın ikiden fazla tekrarlandığı ve devam ettiği gerekçesi ile değişim talebi haklı bulunmuştur.⁹¹

Buna karşılık söz konusu araç satımın bir tüketici işlemi olmaması halinde Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin aksi yönde karar verdiği görülmektedir. Söz konusu karara konu olan olayda imalat hatası nedeniyle aracının camından içeri su sızmakta olduğu için davacı aracın değişimini istemiştir. Kararda, *“BK.m.202. f/II hükmünce fesih davası hal icaplarına uygun değilse hakimın semenin tenzili ile iktifa edebileceği, feshin satıcı aleyhine doğurduğu sakıncaların alıcı lehine doğurduğu fayda ile kıyaslanamayacak değerde büyük olup olmadığına satıcının kusur durumunun, iyiniyet kuralları ve satıcının hilesinin olup olmadığına*

⁸⁷ Yarg. 13. HD. 21.01.2008, E.15789, K.616 (Hukuktürk).

⁸⁸ Yarg. 13. HD. 17.11.2008, E.6937, K.13579 (Kazancı). Yargıtay yeni tarihli bir kararında da kaporta üzerindeki boyaların dökülmeye başlamasını değişim talebi için yeterli kabul etmiştir. Yarg. 13. HD. 02/11/2010, E.4865, K.16036 (Hukuktürk).

⁸⁹ Yarg. 4. HD. 3.11.2009, E.8768, K.12242 (Kazancı).

⁹⁰ Yarg. HGK. 4.3.2009, E.4-11, K.99 (Hukuktürk).

⁹¹ Yarg. 13. HD. 2.03.2009, E.12050, K.2644 (Kazancı).

göz önüne alınması gerektiği” ifade edilmiştir. Karara göre “*araçtaki arızanın giderilmesi 1.190.00 YTL masraf yapılması gerektiği, bu bedel ile aracın değeri olan 36.737.00 YTL kıyaslandığında feshin satıcı lehine doğurduğu sakıncanın alıcı lehine doğurduğu faydadan daha büyük olduğu, arızanın giderilmesi halinde davacı alıcının araçtan faydalanmasına engel kalmayacağı, davacı alıcının da halen aracı kullanmakta olduğu bu durumda da araçtaki arızanın giderilmesi için gerekli olan bedele hükmolunması*” uygundur⁹². Böylece Yargıtay, ticari araç satımı açısından, Borçlar Kanunu’nda dönmeye ilişkin olarak kabul edilmiş olan, dönmenin uygun olmaması halinde ancak semenin tenziline hükmedilebileceği yönündeki sınırlamanın, malın misli ile değiştirilmesi talebi için de geçerli olması gerektiğini kabul etmiştir.

AB hukuku ile uyum durumu:

Tamirat ve yenisi ile değiştirme haklarının kullanılması konusunda Yönerge m. 3, f. 3’de yer alan sınırlamalara paralel bir sınırlama TKHK m. 4’de hiç yoktur. TBK m. 227’deki sınırlamalar ise çok yetersiz kalmaktadır. Yargıtay uygulamasında da bu taleplere dair sınırlar çizilmemektedir.

bbb. Garanti Belgesi Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelik m.14’deki Özel Sınırlama ve Satım Sözleşmesi Açısından Uygulanabilirliği

Yukarıda da üzerinde durulmuş olduğu gibi, TKHK m. 13 ve Garanti Belgesi Yönetmeliği uyarınca, liste olarak ilan edilen çok sayıda ürün için imalatçı/ithalatçının bir garanti belgesi düzenlemesi zorunluluğu vardır. Dolayısıyla tüketicinin TKHK m. 4 çerçevesinde satıcıya başvurma imkanının yanı sıra bir de m. 13 ve Yönetmelik çerçevesinde garanti veren imalatçı/ithalatçıya karşı da haklar kullanması mümkündür. Yönetmelik m. 14 uyarınca garanti verene karşı önce tamirat hakkının kullanılması gerekir ve ancak bu talebin belirli bir süre içinde başarılı olmaması halinde tüketici diğer seçimlik haklarına başvurabilir:

“Tüketicinin onarım hakkını kullanmasına rağmen malın;

- a) Tüketicieye teslim edildiği tarihten itibaren, garanti süresi içinde kalmak kaydıyla, bir yıl içerisinde en az dört defa veya imalatçı-üretici ve/veya ithalatçı tarafından belirlenen garanti süresi

⁹² Yarg. 19. HD. 22.10.2009, E.8128, K.9772.

içerisinde altı defa arızalanmasının yanı sıra, bu arızaların maldan yararlanamamayı sürekli kılması,

b) Tamiri için gereken azami sürenin aşılması,

c) Firmanın servis istasyonunun, servis istasyonunun mevcut olmaması halinde sırasıyla satıcısı, bayii, acentesi, temsilciliği, ithalatçısı veya imalatçı-üreticisinden birisinin düzenleyeceği raporla arızanın tamirinin mümkün bulunmadığının belirlenmesi,

durumlarında, tüketici malın ücretsiz değiştirilmesini, bedel iadesi veya ayıp oranında bedel indirimi talep edebilir.”

Sorun, bu hükmün, tüketicinin garanti belgesine dayanmaksızın doğrudan satıcıya gidip değiştirme veya dönme hakkını kullanmak istese yine de uygulanıp uygulanmayacağıdır. Bu **kesinlikle reddedilmelidir**. Zira bu hüküm alıcıyı önce tamirat hakkının kullanılmasına yönlendirmekte ve ancak bu tamir ihtiyacının defalarla tekrarlanmasına rağmen başarılı olunamaması veya tamirat süresinin aşılması ihtimalinde yenisi ile değiştirme, semenin tenzili veya sözleşmeden dönme hakkının kullanılabileceğini öngörmektedir. Oysa bu tür bir sınırlama satım sözleşmesinde ayıba karşı tekeffül hükümlerinin doğasına aykırıdır.

Tüketicinin satıcıya karşı var olan seçimlik hakları satım sözleşmesinden doğan ve garanti sözleşmesinden tamamen bağımsız olan haklardır. TKHK m. 4 ise hiçbir şekilde Garanti Yönetmeliği m. 14'e paralel bir sınırlama içermemektedir. Yönetmelik sınırlamasını m. 4 çerçevesinde de uygulamak Borçlar Kanunu m. 227'de adi satımlar veya TTK m. 23'de ticari satımlar için bile var olmayan bir sınırlamayı tüketici satımları için ihdas etmek anlamına gelir ki bunun yanlışlığı ortadadır. Tüketici her hal ve şartta önce tamirat hakkını kullanmaya zorlanamaz. Bu ancak garanti sözleşmesi gibi, tüketiciye ek olarak verilmiş olan, ayıba karşı tekeffülden bağımsız bir talep için uygun düşebilecek bir sınırlamadır. Bu açıdan Yargıtay kararlarında tüketicinin talebini kime karşı ve hangi talep temeline dayanarak ileri sürdüğüne bakılmaksızın otomatik olarak bu maddenin uygulanması çok sakıncalıdır.⁹³

⁹³ Örn. bkz. YHGK, 22.6.2005, E. 2005/4-309, K. 2005/391 (Kazancı); Y13HD 22.12.2005, E. 2005/13120, K. 2005/19103 (Kazancı); YHGK 21.10.2009, E. 2009/4-441, K. 2009/444 (Kazancı).

AB hukuku ile uyum durumu:

AB hukukunda garanti taahhüdü gönüllülük esası üzerine kuruludur. Zorunlu garanti kurumu yoktur. Garanti Yönetmeliği m. 14'deki gibi bir sınırlamanın satıcı-tüketici ilişkisinde uygulanması kesinlikle AB hukukuna aykırıdır.

bb. Ayıplı Mala İlişkin Kullanım Karşılığı ve Masraf Sorunu

TKHK m. 4 tüketicinin “*ücretsiz onarım isteme*” hakkından bahsederken TBK m. 227 “*bütün masrafları satıcıya ait olmak üzere ücretsiz onarım*” hakkının varlığını kabul etmektedir. Buna karşılık yenisi ile değiştirme hakkının kullanılmasına bağlı olarak doğabilecek olan masraflardan iki düzenleme de hiç söz etmemektedir. Ancak buna rağmen yenisi ile değiştirmenin de ücretsiz olması gerektiği bu talebin mahiyetinden çıkarsanabilir. Zira değiştirme, satıcının sözleşmeye aykırı ifası nedeniyle ifayı tekrarlaması anlamına gelir. İfa ile bağlantılı bütün masrafları satıcının taşıması ise doğaldır. Nitekim AB Yönergesi de gayet açık bir şekilde hem tamiratın hem de değiştirmenin tüketici açısından herhangi bir masraf doğurmaması gerektiğini vurgulamaktadır.

“*Ücretsiz*” kavramı ile kast edilen, ayıplı malın sözleşmeye uygun hale getirilmesi sürecinde doğabilecek bütün masrafların, özellikle taşıma, işgücü ve materyal masraflarının satıcı tarafından taşınmasıdır. Yani ayıplı malın tüketicinin evinden alınması ve tamiratın gerçekleşeceği yere nakli, burada tamir edilmesi veya değiştirilmesi ve yeniden tüketicinin evine nakli masrafları satıcıya aittir. Ancak uygulamada sık sık küçük ürünler için tüketicinin kendisi satıcının mağazasına gitmekte veya, satıcı ayıplı malı teslim almak için gelmeyeceğini ifade ettiği için, tüketici gitmek zorunda kalmaktadır. Tüketicinin bu durumda nakil masraflarını daha sonra satıcıdan talep edebilmesi gerekir.

Yenisi ile değiştirme ile bağlantılı olarak çok sık tartışılan diğer bir sorun ise tüketiciden bir fiyat farkı veya kullanma karşılığı istenip istenemeyeceğidir. Örneğin bir araç veya bir fırın 14 ay kullanılmış, daha sonra ortaya çıkan ayıbın da tamirat yoluyla giderilmesi mümkün olmamış veya çok masraflı olmuşsa tüketicinin değiştirme isteyeceği açıktır. Satıcı bu durumda tüketiciye yeni bir mal verdiği için bu 14 ay kullanmanın karşılığını isteyebilir mi? Veya yeni model fırın için fiyat farkı isteyebilir mi? Bu konuda yukarıda aktarılan AB Adalet Divanı tarafından verilmiş olan *Quelle* kararı kuşkusuz Türk hukuku açısından da yol

göstericidir.⁹⁴ Divana göre tüketici sözleşmeden dönmediği sürece kendisinden herhangi bir şekilde kullanım karşılığı istenmesi mümkün değildir. Zira Divana göre satıcı ayıplı bir mal teslim etmek suretiyle sözleşmeye aykırı davranan taraftır, sonuçlarına da katlanması gerekir. Nasıl ki satıcı, tüketiciden aldığı paranın kullanma karşılığı olan faizi tüketicie ödemiorsa, aynı şekilde tüketiciden de mala ilişkin bir kullanma karşılığı istemesi adil olmaz.⁹⁵ Yargıtay ise aynı sonuca farklı bir gerekçe ile varmaktadır. Buna göre aracın değişmesi halinde, aradan geçen süre boyunca tüketicinin araçtan yararlanma bedelinin mahsup edilmesi gerektiği yönündeki talepler “*gerek 4077 sayılı Kanunun ilk şeklinde, gerek 4822 sayılı Kanunla değiştirilmiş halinde, kullanım bedelinin düşülmesine yönelik bir hükme yer verilmemiştir*” gerekçesi ile kabul etmemektedir⁹⁶.

Ancak Yargıtay’ın bu noktada değinilmesi gereken sorunlu bir içtihadı vardır. Mahkemeye göre tüketici, örneğin ayıplı bir aracın yenisi ile değiştirilmesini haklı olarak istemesi halinde hüküm, satım konusu aracın modeli ne ise ona göre kurulur. Yoksa satıcının elinde olan daha üst bir modele göre değil. Dolayısıyla daha sonra eski model araç artık satıcının elinde olmaması nedeniyle hüküm icra edilemiyorsa o zaman İİK m. 24 uyarınca eski model aracın değeri tüketicie ödenir⁹⁷. Yani tüketicinin eline araç değil para geçer. Bu ise tüketicinin fiilen bir oldu bitti ile dönme hakkını kullanmaya zorlanması anlamına gelir. Yargıtay bu içtihadı ile aslında yenisi ile değiştirme imkanını ortadan kaldırmaktadır. Bu yaklaşımın gerek TKHK m. 4 gerekse AB Satım Yönergesine aykırı olduğu açıktır. Ayrıca, tüketicinin sözleşmeden dönme hakkını kullanması halinde iade alacağı satım bedeli ile modeli tükenmiş bir araca icra safhasında biçilecek değer aynı olması söz konusu olmayacağı gibi, bedelin satıcıya ödendiği tarihten itibaren faiz talep etme imkanı da yok edilmektedir. Yani tüketicinin bir de parasını tümüyle iade alamaması gibi bir sonuç doğmaktadır.

⁹⁴ Bkz. yukarıda s. 17.

⁹⁵ Aynı yönde Yarg. 13. HD. 18.09.2006, E. 6251, K.11865 (Hukuktürk). Ayrıca bkz. Yarg. HGK, 22.6.2005, E. 4-309, K.391(Kazancı).

⁹⁶ Yarg. 13. HD. 18.09.2006, E. 6251, K.11865 (Hukuktürk). Ayrıca bkz. Yarg. HGK, 22.6.2005, E. 4-309, K.391(Kazancı).

⁹⁷ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 2005 tarihli kararına göre, “*öngörülen malın bulunamaması halinde İİK.nun 24. maddesinin uygulanma imkanı vardır. İİK.nun 24/4. maddesinde yedinde bulunmazsa ilamda yazılı değeri alınır. Menkul malın değeri ilamda yazılı olmadığı veya ihtilafı bulunduğu takdirde İcra Müdürü tarafından haczin yapıldığı tarihteki ... rayice göre takdir olunur*” denilmektedir. “*Dava konusu olan 1997 model ... araç infaz sırasında temin edilemez ise İİK.nun 24. maddesine göre işlem yapılması mümkündür*”. Yarg. HGK, 22.6.2005, E. 2005/4-309, K. 2005/391(Kazancı). Aynı doğrultuda Yarg. HGK. 04.03.2009, E.4-11; K.99 (Hukuktürk); Yarg. 13. HD. 04.02.2008, E.11592, K.1274 (Hukuktürk); Yarg. 12. HD. 16.12.2008, E.1855, K.22119 (Hukuktürk); Yarg. 12. HD. 21.01.2008; E.22579, K.728 (Hukuktürk).

Bu tür olaylarda sorun sık sık Türkiye'deki yargılama sürelerinin uzunluğu nedeniyle doğmaktadır. 6-7 yılda biten bir davanın sonunda bütün teknolojik gereçler açısından bir dizi üst modellerin çıkmış olması kaçınılmazdır. AB ülkelerinde ortalama dava sürelerinin daha kısa olması nedeniyle mahkemeler satıcıların ayıplı mal teslim etmek suretiyle bir kez sözleşmeye aykırı davrandıklarını, dolayısıyla bunun bütün mali sonuçlarına da katlanmaları gerektiğini çok daha kolay kabul edebilmektedir. Açıktır ki malın tesliminden itibaren en fazla 2 yıllık bir süre içinde yenisi ile değiştirme isteyebilecek olan alıcı, bunu dava yoluyla ileri sürse belki en fazla 3,5 yıl içinde yeni mala kavuşmaktadır. Bu ihtimallerde aradaki değer farkını satıcının istemesini reddetmek normaldir. Zira sözleşmeye aykırı davranan kendisidir, bunun tüm sonuçlarına da katlanması gerekir. Alıcıdan değer farkı isteyerek bu olumsuz sonuçları alıcıya aktaramaz.

Oysa daha uzun süreli bir dava sürecinde aynı kararı vermek bir mahkeme için kolay olmayacaktır.⁹⁸ Fakat şu husus gözden kaçmamalıdır: davaların uzaması hukukun nasıl uygulandığı konusunda bir fark yaratmamak gerekir. Adil olana dair yargımız buna göre değişmemelidir. Unutulmamalıdır ki, tüketici yenisi ile değiştirme istemini ileri sürerken malı sıklıkla iade etmiş olacak veya mal zaten kullanılamaz durumda olacaktır. Bu tüketiciye 6-7 yıl süren bir dava boyunca malı kullanma imkanından mahrum kalmasına rağmen sonunda sadece bir miktar para takdim edileceğini kabul etmek adil olamaz. Zira satıcı alıcıdan tahsil ettiği parayı gelir getirici bir şekilde faiz üreterek kullanmaktadır. Neden alıcı bu durumda adeta ayıplı mal teslim eden kendisiymiş gibi bütün olumsuz sonuçları taşısın? Mahkemeler yenisi ile değiştirme hakkının kullanılmasını – yukarıda üzerinde durduğumuz gibi – satıcıyı ölçsüz mağdur ettiği için reddetme imkanını kullanabilirler.⁹⁹ Ama tamiri mümkün olmayan bir araç için yenisi ile değiştirme hakkının içini bu şekilde boşaltmamaları gerekir.

⁹⁸ Ancak yukarıda s. 26'da aktarılan Alman mahkeme kararında da aradan 6 yıl geçmiş olmasına rağmen mahkeme yenisi ile değiştirme talebini kabul etmiştir.

⁹⁹ Bkz. yukarıda E 4 b aaa.

AB hukuku ile uyum durumu:

- TKHK m. 4, f. 2 sadece onarım ile ilgili olarak masrafların satıcı tarafından taşınacağını ifade etmektedir. Ancak yenisi ile değiştirmeye ilişkin olarak AB Yönergesine paralel bir düzenleme yoktur.
- Yargıtay uygulamasında yenisi ile değiştirme halinde AB Adalet Divanı'nın içtihadına aykırı olarak aynı modelin satıcının elinde olmadığı bütün hallerde tüketicinin seçimlik hakkı elinden alınarak İİK m. 24 uygulanmaktadır.

c. Satış Bedelinin İndirilmesi ile Dönme Seçimlik Hakları ve Sınırları

aa. Hakların Kullanımı ve Sınırları

TKHK m. 4, f. 2 uyarınca tüketicieye tanınan diğer bir hak, kendisine teslim edilmiş olan malı muhafaza ederek sadece **satış bedelinin indirilmesi** yolunu tercih etmesidir. Özellikle çok önemli olmayan ayıplar ve tüketicinin kendisinin giderebileceği ayıplar açısından bu yolun tercih edilmesi anlamlı olacaktır. Bu durumda malın ayıpsız piyasa değerinin, somut olaydaki semene oranı alınarak, malın ayıplı piyasa değeri bu oran ile çarpılacaktır. Bilindiği üzere Yargıtay tarafından da kabul edilen hesaplama yönteminde özellikle tarafların pazarlık gücü de dikkate alınarak nispi bir hesap yapılır.¹⁰⁰

Tüketicinin kullanabileceği son seçimlik hak ise aslında sözleşmeye en radikal müdahalede bulunan **sözleşmeden dönme** hakkıdır. Bu durumda sözleşme ilişkisi sona ermekte ve taraflar karşılıklı olarak aldıklarını iade ettikleri bir tasfiye ilişkisi içerisine girmektedir. Bu radikal sonuçları nedeniyle genelde sözleşmeden dönmenin en son çare (*ultima ratio*) olması kabul edilir.¹⁰¹ Nitekim AB Yönergesi m. 3, f. 6 uyarınca önemsiz ayıplar için dönme hakkı kullanılamaz. Buna karşılık TKHK m. 4'de bu konuda herhangi bir sınırlama mevcut değildir. Bu durumda, TKHK m. 30'daki yollama gereği TBK m. 227, f. 3'de yer alan

¹⁰⁰ Bkz. Aral, F., Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 7. Bası, Ankara 2007, s.142 vd. ve oradaki Yargıtay kararları.

¹⁰¹ Satımda dönme hakkına getirilen bu sınırlar hakkında bkz. Atamer (dn. 18) CISG, s. 394 vd.

dönme hakkına ilişkin sınırlamaların tüketici satım sözleşmeleri açısından da uygulanıp uygulanmayacağı düşünülmelidir.¹⁰² Fıkra 3 uyarınca

“Alıcının sözleşmeden dönme hakkını kullanması halinde durum bunu haklı göstermiyorsa hakim, satılanın onarılmasına veya satış bedelinin indirilmesine karar verebilir.”

Bu fıkra, sözleşmeden dönmenin haksız olabileceği hallerin varlığını kabul etmek suretiyle doğru bir tercihte bulunmaktadır. Gerçekten de ayıbın mahiyetinin dönme gibi radikal bir sonucu haklı göstermediği haller olabilir. Örneğin bir otomobilde imalattan kaynaklanan “boya atmaları ve paslanmalar”ın gerçekleşiyor olması nedeniyle sözleşmeden dönülmek istenmesi, bu sorunların boyanın yenilenmesi ile kısa sürede halledilmesi ihtimalinin var olması durumunda, haklı kabul edilmeyebilir.¹⁰³ Bu açıdan AB hukukuna paralel şekilde önemsiz sayılabilecek ayıplar için sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasının tüketici satım sözleşmelerinde de engellenmesi doğrudur.

AB hukuku ile uyum durumu:

- TKHK m. 4, f. 2 AB Yönergesinden farklı olarak önce tamirat veya yenisi ile değiştirmenin seçilmesi gerektiği, ancak ikincil olarak semenin tenzili veya dönme haklarının kullanılabilmesi şeklinde bir düzenleme içermemektedir.
- Özellikle dönme hakkının kullanılması konusunda AB Yönergesi m. 3, f. 6'da yer alan önemsiz ayıplarda dönülemeyeceği sınırlaması da Türk hukukunda bu şekliyle yoktur.

bb. Dönme veya Semen Tenzili Olasılığında Kullanım Karşılığı Sorunu

Tüketicinin semenin tenzili hakkını kullanmış olması halinde kullanma karşılığı ödeyecek olan sadece satıcıdır. Zira tüketici malı muhafaza etmekte, buna karşılık alıcı haksız yere kullandığı bir miktar parayı iade etmek durumunda kalmaktadır. Dolayısıyla tüketicinin satıcıya ödemeyi yaptığı tarihten itibaren faiz yürütülerek fazla tahsil edilen kısım iade edilecektir.

¹⁰² Eski BK m. 202'nin uygulanması gerektiği yönünde örn. *Aslan* (dn. 67) s. 171 vd.

¹⁰³ Ancak aksi yönde Yarg. 13HD, 21/01/2008, E. 2007/15789, K. 2008/616 (Hukuktürk).

Tüketicinin dönme hakkını kullanması halinde taraflar arasındaki satım sözleşmesi bir tasfiye ilişkisine dönüşür. Ancak TKHK m. 4'de tarafların iade yükümlülükleri hakkında özel bir düzenleme yoktur. Dolayısıyla yine TKHK m. 30'daki yollama uyarınca bu sefer TBK m. 229 uygulanacaktır. Buna göre alıcı satılanı, ondan elde ettiği yararlar ile birlikte satıcıya geri vermek, satıcı da almış olduğu satış bedelini faizi ile birlikte iade etmek zorundadır. Yani iki taraf da mal ve parayı iade ederken kullanım karşılığı ödemek durumundadır. Hesaplama paranın satıcıya ödendiği ve malın alıcıya teslim edildiği gün esas alınacaktır. Para açısından, iade edildiği güne kadar faiz yürütülmesi, mal açısından da ayıp nedeniyle kullanılamaz olduğu ana kadar kullanım karşılığı ödenmesi asıldır.

Faiz hesaplamasında satıcı tacir olduğu için ticari faiz oranı esas alınacaktır. Paranın kullanım süresi de belli olduğu için hesaplama bir güçlük doğurmayacaktır. Buna karşılık tüketicinin ödemesi gereken kullanım karşılığının saptanması bu kadar kolay değildir. Fakat burada Alman Federal Mahkemesi'nin yukarıda aktarılan¹⁰⁴ hesaplama yöntemi kanımızca yol gösterici olabilir: buna göre mahkemenin öncelikle satım konusu malın ortalama kullanım ömrünü tespit etmesi gerekir. Bu süre mal için ödenen fiyata oranlandığında aylık kullanım karşılığı da saptanabilmektedir.¹⁰⁵

Aynı hesaplama yönteminin Türk hukuku açısından uygulanmasının son derece makul olacağı düşünülmektedir. Nitekim yargının işini ciddi bir şekilde kolaylaştıracak bir düzenleme Sanayi Mallarının Satış Sonrası Hizmetleri Hakkında Yönetmelik¹⁰⁶ olacaktır. Zira bu Yönetmelik, ürün için satım sonrası hizmet süresinin ürünün kullanım ömrü ile paralel olacağı ilkesini getirmiş ve ekinde çok sayıda sanayi ürünü için kullanım ömrünü saptamıştır. Bu açıdan Yargıtay'ın, tüketici satım sözleşmelerinden dönülmesi halinde kullanım karşılığı istenemeyeceği yönündeki uygulamasını¹⁰⁷ terk etmesi ve dönme üzerine doğan tasfiye ilişkisinin doğal sonucu olan kullanım karşılığı ve faiz ödeme yükümlülüğünü kabul etmesi doğru bir tercih olacaktır. TBK m. 229 bu konuda çok açıktır.

¹⁰⁴ Yukarıda dn. 19'ye ilişkin metin.

¹⁰⁵ Dizel bir araç için Mahkeme araç ömrünü 250.000 km olarak saptanmış, dolayısıyla da her 1.000 km başına satış bedelinin % 4'ü oranında bir ödeme yapılacağı hesaplanmıştır. 250.000 km fiyatın % 100'üne tekabül ediyorsa, 1.000 km fiyatın % kaçına tekabül eder sorusunun cevabı % 4'dür. Bkz. *OLG Celle*, 1. 7. 2009 - 7 U 256/08 (Beck-Online).

¹⁰⁶ 14.06.2003 tarihli ve 25138 sayılı Resmi Gazete,

¹⁰⁷ Örn. bkz. Yarg. HGK, 22.6.2005, E. 2005/4-309, K. 2005/391(Kazancı); Yarg. 13HD, 18.09.2006, E. 2006/6251, K. 2006/11865 (Hukuktürk).

AB hukuku ile uyum durumu:

- Yönerge semenin tenzili ve dönme hakkının kullanılması halinde kullanım karşılığı konularını açıkça ele almamaktadır. Ancak Yönergenin giriş kısmında yer alan 15 numaralı mülhaza bu konuda üye ülkeleri serbest bırakmakta ve dönme sonrasında kullanma karşılığı alınmasına izin vermektedir.
- TKHK'da bu konuda düzenleme yoktur. Yargıtay uygulaması sorunludur. TBK m. 229 ise açıkça dönme halinde tarafların faiz ve kullanma karşılığı ödeyeceğini düzenlemektedir.

d. Tüketicinin Haklarını Kullanma Süresi

TKHK m. 4, f. 4 uyarınca satıcı sözleşme ile daha uzun bir süre sorumlu olmayı üstlenmemişse, ayıplı maldan sorumluluk, ayıp daha sonra ortaya çıkmış olsa bile, malın tüketiciye teslimi tarihinden itibaren iki yıllık zamanaşımı süresine tabidir. Dolayısıyla tüketici ancak bu süre içinde seçimlik haklarını ve tazminat talebini ileri sürebilir. Bu sürenin sonra ermesi ile birlikte alıcının TKHK m. 4'e dayanan talepleri zamanaşımı defii ile bloke edilebilir. Nitekim TBK m. 231'de adi ve tacirler arası satım sözleşmeleri için de artık aynı süre öngörölmüş, bu açıdan uyum sağlanmıştır.

Ancak satıcının zamanaşımı define dayanması bazı hallerde kabul edilmeyebilir. Bu hallerin hepsi aslında hakkın kötüye kullanılması yasağı çerçevesinde değerlendirilebilecek türdendir. Örneğin satıcı malın ayıbını tüketiciden kasten gizlemişse veya ayıp satıcının ağır ihmali nedeniyle tespit edilememişse satıcı bu kısa zamanaşımı süresine dayanamaz (aynı yönde TBK m. 231, f. 2). Bu hallerde 10 yıllık genel alacak zamanaşımı süresinin işleyeceği kabul edilmelidir. Fakat bu hüküm her "gizli" ayıpta uygulanmaz tabii ki. Kanun koyucunun kast ettiği ayıbın gizli olması değil "gizlenmiş" olmasıdır. Veya satıcının en ufak özeni gösterse fark edebileceği bir ayıbın var olmasıdır. Örneğin teknolojik aletler açısından ayıbın gizli olması, yani ilk bakışta anlaşılamayacak olması işin neredeyse doğası gereğidir. Bu ihtimallerde satıcının hep ayıbı gizlediği sonucuna varılamaz. Olayların çoğunluğunda satıcının ayıba ilişkin hiçbir bilgisi dahi olmayacaktır.

Ancak Yargıtay uygulamasında çok sık “gizli ayıp” “gizlenmiş ayıp” ile eş tutulmakta ve 2 yıllık zamanaşımı süresi geçmiş olsa bile değişim taleplerini kabul edilmektedir. Örneğin İlk Derece Mahkemesinin, ayıp sonradan ortaya çıksa bile malın tüketiciye tesliminden itibaren iki yıl geçmekle davanın zamanaşımına uğradığını kabul ederek reddetmiş olduğu bir davayı Yargıtay, “*Davacı aracın hava yastığının kendiliğinden açıldığını iddia ettiğine göre, bu husus gizli ayıp niteliğindedir. Şu durumda 4077 sayılı Kanun’un 4/4. maddesinde yer aldığı üzere, satıcının satılan malın ayıbı tüketicinin ağır kusur veya hile ile gizlenmesi halinde zamanaşımı süresinden yararlanamayacağı gözetildiğinde davanın zamanaşımına uğramadığı açıktır*” gerekçesiyle bozmuştur.¹⁰⁸ Oysa gizli ayıpta da zamanaşımı süresi iki yıldır. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un 4. maddesinin 4. fıkrasının kapsamına sadece satıcının ağır kusuru veya hile ile gizlediği ayıplar girmektedir.

Veya diğer bir kararda yine Yargıtay 4. Hukuk Dairesi “*tüm gizli ayıp hallerinde üretici ve satıcının zamanaşımından yararlanamayacağı sonucu hukuka uyundur*” sonucuna ulaşmıştır.¹⁰⁹ Bir diğer kararda ise İlk Derece Mahkemesi, gizli ayıp bulunduğu gerekçesi ile zamanaşımı süresinin işlemeyeceğini ifade etmiş, Yargıtay ise kararı zamanaşımı süresi geçtiği için değil, “*davacı, 19.06.2006 tarihinde en son onarım hakkını kullanmış, bu tarihten uzunca bir süre geçtikten sonra 18.12.2007 tarihinde eldeki davayı açmıştır. Dava hakkının makul sürede kullanılması zorunludur. Aksi halde, MK’nın 2/2. maddesi anlamında hakkın kötüye kullanılması söz konusu olur*” gerekçesi ile bozmuştur¹¹⁰.

Diğer yandan satıcının ayıbı ilk başta bilmemesine rağmen daha sonra tüketicinin onarım talebine ilişkin olarak kendisini oyalamış olması veya aslında onarılamayacak bir ayıbın var olduğunu saklaması durumunda kuşkusuz daha sonra zamanaşımı def’ine başvurması mümkün olmayacaktır.¹¹¹

TKHK m. 4, f. 4’de bahsi geçen 3 yıl ve 10 yıllık süreler sadece imalatçıya karşı yöneltilebilen, haksız fiil sorumluluğu esasına dayanan ve hatalı üretilmiş

¹⁰⁸ Yarg. 4. HD. 21.09.2006, E.10201, K.9437 (Hukuktürk). Aynı doğrultuda, Yarg. 13. HD. 22.9.2005, E.8728, K.13683.

¹⁰⁹ Yarg. 4. HD. 23.03.2011, E. 2068, K.3032. Söz konusu karara ilişkin karşı oy yazısında ise isabetli olarak zamanaşımı süresinin açık ve gizli ayıp ayrımına gidilmeksizin belirlenmiş olduğu ifade edilmiştir. Buna göre, “*ayıp ağır kusur ve hile ile gizlenmişse cümlesindeki, gizlenmişse kelimesine yanlış anlam verilmektedir. Zira sayın çoğunluk gizlemeyi gizli ayıp olarak algılayıp tüm gizli ayıp hallerinde üretici ve satıcının zamanaşımından yararlanamayacağı sonucuna varmakta ve dolayısıyla 2, 3 ve 5 yıllık zamanaşımı itirazlarını kabule şayan görmemektedir*”.

¹¹⁰ Yarg. 13. HD. 22.06.2009, E. 13133, K.8618 (Hukuktürk).

¹¹¹ Örn. bkz. Yarg. HGK, 05.10.2005, E. 2005/4-487, 2005/553 (Kazancı)

bir malın bir şahsın bütünlük menfaatini ihlal etmesi nedeniyle doğan zararları tazmine yönelik taleplere ilişkindir. Bu sürelerin satıcının sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluğu ile hiçbir ilgisi yoktur.

AB hukuku ile uyum durumu:

- TKHK m. 4, f. 4'de öngörülen 2 yıllık süre AB Yönergesine uygundur.
- Ayıbın satıcı tarafından gizlenmiş olması halinde zamanaşımı savunmasında bulunulamayacağı hususu Yönergede düzenlenmiştir.
- Yargıtay'ın gizli ayıp ile gizlenmiş ayıbı eşdeğerde tutan uygulaması Avrupa Birliği ülkelerinin uygulamaları ile ters düşmektedir.

5. Malın Ayıplı Olması Halinde Tüketicinin İmalatçı veya İthalatçıya Karşı Sahip Olduğu Seçimlik Haklar

a. TKHK m. 4 Uyarınca

Yukarıda aktarılmış olduğu gibi,¹¹² TKHK m 4, f. 3 sözleşmelerin nispiliği ilkesini bir kenara iterek, ayıplı teslim edilen bir mal nedeniyle tüketicinin sadece satıcısına karşı değil, o malın imalatçısına veya ithalatçısına karşı da bazı talepleri olacağını kabul etmiştir. Fıkra 3 uyarınca imalatçı/ithalatçı "*tüketicinin bu maddede yer alan seçimlik haklarından dolayı müteselsilen sorumludur*". Bu ifadeden anlaşılması gereken, tüketicinin dört seçimlik hakkını da imalatçı/ithalatçıya karşı kullanabileceğidir. Tüketici isterse satıcı ve imalatçı/ithalatçıya karşı birlikte bir talep yöneltebileceği gibi, isterse sadece imalatçı/ithalatçıya da başvurabilir.¹¹³

Tüketicinin bütün seçimlik hakları açısından imalatçı/ithalatçıya başvurabileceğini kabul etmek acaba ne kadar doğru bir tercihtir? İmalatçı/ithalatçı ile tüketici arasında bir sözleşme ilişkisi yoktur. Dolayısıyla tüketicinin

¹¹² Bkz. E 4 3 b.

¹¹³ Bu konuda ayrıntı için bkz. *Atamer, Y.M., Third Persons' Liability for Non-Conformity in Sales Contracts and Sellers' Right of Redress in Turkey*, in: *European Perspectives on Producers' Liability - Direct Producers' Liability and the Sellers' Right of Redress*, Ebers/Janssen/Meyer (eds.), 2009, s. 579 vd.

imalatçıya karşı dönme yenilik doğuran beyanında bulunarak, satıcıya ödemiş olduğu parayı ondan geri alması veya bedelin indirilmesi hakkını kullanarak aradaki farkı imalatçıdan geri istemesini kabul etmek acaba fazla ileri giden bir koruma mıdır? Tüketici aslında imalatçıya hiçbir ödeme yapmamıştır ki onu geri talep etsin. Ancak satıcının tüketiciye dönme veya semenin tenzili üzerine yapacağı ödeme için zaten imalatçıya rücu edeceği düşünülecek olursa, tüketicinin doğrudan imalatçıya karşı bu hakları ileri sürmesinin lüzumsuz dava süreçlerini engellemesi açısından daha doğru olduğu kabul edilebilir.¹¹⁴ Bu hallerde imalatçı/ithalatçının sorumluluktan kurtulması ancak, ayıbın malın piyasaya sürülmesinden sonra doğduğunu ispat etmesi halinde mümkün olacaktır. Gerçekten de imalatçı/ithalatçı, ayıbın, mal kendisinin elinden çıktıktan sonra, satım zinciri içinde herhangi bir ara satıcının elindeyken (örn. nakil veya muhafaza edilirken) doğduğunu ispat edebilirse nedensellik bağının kesilmesi nedeniyle sorumlu tutulması için bir sebep kalmayacaktır.

Buna karşılık tamirat ve yenisi ile değiştirmenin imalatçı/ithalatçıdan istenmesi her zaman anlamlıdır, zira elinde yeni mal bulunan veya o malı gereği gibi tamir edebilecek olan imalatçı/ithalatçıdır. Nitekim pazarlama zincirlerinde genelde imalatçı ve satıcı arasındaki sözleşmelerde de imalatçı bu tür servisleri satıcının hizmetine sunmaktadır. Genelde hiçbir satıcı, sattığı malı kendi imkanları ile zaten tamir etmemektedir. Dolayısıyla talebin satıcıya mı yoksa doğrudan imalatçı/ithalatçıya mı yöneltildiği bir fark yaratmayacaktır.

AB hukuku ile uyum durumu:

- AB Yönergesi tüketicinin satıcı dışında imalatçı/ithalatçı gibi kişilere karşı hak ileri sürmesi imkanını tanımamaktadır.

b. Garanti Sözleşmesi Uyarınca

Yukarıda üzerinde durulmuş olduğu gibi, garanti sözleşmesi aslında zorunlu değil ihtiyari olması gereken bir kurumdur. Dolayısıyla da kural, tüketicinin garanti sözleşmesinde kendisine hangi haklar tanınmış ise sadece onları kullanabilmesidir. Ancak TKHK m. 13 ve Garanti Yönetmeliği ile bir zorunlu garanti sistemi kurmuş olan yasa koyucu tüketicinin garanti verene karşı hangi hakları nasıl kullanacağını da emredici olarak düzenlemiştir.

¹¹⁴ *Atamer* (dn. 113) s. 598 vd.

TKHK m. 13, f. 3 ve Garanti Yönetmeliği m. 13-14'den anlaşıldığı kadarıyla tüketicinin garanti verenden öncelikli olarak talep edebileceği şey tamirattır. Ancak tamiratın mümkün olmaması, tamirat süresinin geçmesi veya belirli sıklıkla tamirat ihtiyacının doğması ihtimallerinde tüketicinin diğer üç seçimlik haktan birini kullanması mümkündür.¹¹⁵ Yani TKHK m. 4 çerçevesinde olmayan bir sınırlama garanti sözleşmesi çerçevesinde söz konusudur. Bu açıdan, yukarıda da üzerinde durulduğu gibi, bu düzenlemenin muhakkak dar yorumlanması ve sadece garanti sözleşmesine dayanarak hak ileri sürülmesi halinde uygulanması doğru olur.

Yargıtay, ikinci el araç alan kimselerin de garanti süresi içinde imalatçı/ ihracatçıya karşı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 13. maddesinde öngörülmüş olan talepleri ileri sürebileceklerini kabul etmektedir. Örneğin Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 2009 tarihli bir kararına göre, "*Otomobilin garanti süresi içinde el değiştirmesi durumunda dahi garanti borcu ortadan kalkmayıp, satın alan tüketicinin garanti kapsamından yararlanma olanağı vardır*".¹¹⁶

AB hukuku ile uyum durumu:

- AB Yönergesi tüketici lehine garanti verilmesi mecburiyeti getirmemiştir. İhtiyari bir garanti taahhüdü ise istenen içerikte düzenlenebilir.

¹¹⁵ Yargıtay bazı kararlarında yapılan onarımlar sonucu arızalar giderilmiş olsa ve söz konusu arızalar bir yıl içinde dörtten ve garanti süresi boyunca altıdan fazla tekrarlanmasa bile, bu arızaların giderilmesi amacıyla aracın birçok parçası değiştirilmiş ise tüketicinin araca duyduğu güvenin sarsılması nedeniyle araçtan beklediği yararı sağlayamayacağı sonucuna ulaşmış ve değişim talebini kabul etmiştir. "*Yapılan onarımlar sonucu arızaların giderilmiş olduğu; ancak bu arızaların giderilmesi amacıyla aracın bir çok parçası değiştirilip, böylece aracın orijinal halini kaybettiği gibi, tüketicinin araca duyduğu güvenin sarsılması nedeniyle araçtan beklediği yararı sağlayamadığı, daha baştan değişiklik talebi iletilmesine karşın, yasal zorunluluğa rağmen davalı yanın bu istemi yerine getirmediği, tüketicinin bu şekilde aracı değer düşüklüğüne ilişkin zararı giderilerek de olsa kullanmaya zorlanamayacağı, belirgindir*". Yarg. HGK. 1.7.2009, E. 4-246, K.297. Ayrıca bkz. Yarg. HGK. 21.10.2009, E. 4-441, K.444 (Kazancı).

¹¹⁶ Yarg. 4. HD. 14.05.2009, E. 4845, K.6847 (Kazancı).

F. SONUÇ OLARAK: AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU İLE UYUMLU BİR TÜKETİCİ SATIM HUKUKU DÜZENLEMESİ İÇİN TEKLİF EDİLEN YASAL METİN

Yukarıdaki açıklamalar ve değerlendirmeler sonucunda hem Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un satım hukukuna ilişkin hükümlerinin hem de Yargıtay uygulamasının AB hukuku ile uyumlu hale getirilebilmesi için bazı değişiklikler yapılması gerektiği ortaya çıkmaktadır. Bu çerçevede aşağıdaki teklif sunulmaktadır. Teklif, kanun koyucunun soruna sadece bir madde ayırmak isteyeceği düşüncesinden hareketle düzenlemenin m. 4 kapsamında gerçekleşmesini önermektedir.

“MADDE 4 – Ayıplı Mal

- (1) *Satıcı, tüketiciye satım sözleşmesine uygun mallar teslim etmek zorundadır. Tüketim malları aşağıdaki hallerde sözleşmeye uygun sayılırlar:*
- a. *Satıcı tarafından mala ilişkin olarak verilen tanıma uygun olan ve alıcıya verilen örnek veya modelin özelliklerine sahip olan mallar;*
 - b. *Tüketicinin sözleşmenin kurulması esnasında satıcıya bildirdiği ve satıcı tarafından kabul edilen özel kullanım amacına uygun olan mallar;*
 - c. *Aynı türden malların normalde kullanıldığı amaca uygun olan mallar;*
 - d. *Malın doğası ve malın özelliklerine ilişkin olarak satıcı, imalatçı veya onun temsilcisi tarafından özellikle etiketler ve reklamlar yoluyla kamuya yapılan bildirimler de dikkate alındığında türdeş mallar için normal sayılan kalite ve performansa sahip olan mallar.*
- (2) *Satıcının kamuya yapılan açıklamalardan fıkra 1, d bendi uyarınca sorumluluğu aşağıdaki hallerde söz konusu olmaz:*

- a. *Satıcı açıklamalardan haberdar olmadığını ve haberdar olmasının da kendisinden beklenemeyeceğini ispat ederse;*
 - b. *Açıklamanın içeriğinin satım sözleşmesinin akdi anında düzeltilmiş olduğunu ispat ederse veya*
 - c. *Tüketim mallarını satın alma kararının bu açıklamadan etkilenmiş olamayacağını ispat ederse.*
- (3) *Malın gereği gibi monte edilmemesi sözleşmeye aykırı ifa olarak değerlendirilir; yeter ki montaj satım sözleşmesinde kararlaştırılmış ve satıcı tarafından veya onun sorumluluğu altında gerçekleştirilmiş olsun. Malın montajının tüketici tarafından yapılmasının öngörüldüğü hallerde de, yanlış montajın, montaj talimatındaki bir ayıba dayanması durumunda sözleşmeye aykırı bir ifa söz konusu olur.*
- (4) *Sözleşmenin kurulması aşamasında tüketicinin haberdar olduğu veya olmamasının mümkün olmadığı sözleşmeye aykırılıklar veya tüketicinin satıcıya temin ettiği bir malzemenin ayıbına dayanan sözleşmeye aykırılıklar bu madde anlamında ayıp olarak nitelendirilemez. Teslim anından itibaren 6 ay içinde ortaya çıkan ayıpların, teslimde var olduğu kabul edilir. Bu karine, malın veya ayıbın niteliği ile bağdaşmıyor ise uygulanmaz.*
- (5) *Satıcı, malların teslimi anında var olan her türlü sözleşmeye aykırılık için tüketiciye karşı sorumludur. Sözleşmeye aykırılık halinde tüketicinin fıkra 6 uyarınca, malın ücretsiz tamir veya yenisi ile değiştirme suretiyle sözleşme uygun hale getirilmesini isteme hakkı olduğu gibi, fıkra 7 ve 8'e uygun olarak ilgili mallara ilişkin münasip bir bedel indirimi veya sözleşmeden dönme haklarını kullanması da mümkündür. Tüketici bu seçimlik haklarından birisi ile birlikte Türk Borçlar Kanunu hükümleri uyarınca tazminat talep edebilir.*
- (6) *Tüketici ilk aşamada satıcının ücretsiz olarak malları tamir etmesini veya değiştirmesini isteyebilir, yeter ki bu taleplerin yerine getirilmesi imkansız veya orantısız olmasın. Eğer başvuru yapılan seçimlik hak alternatif seçimlik hak ile karşılaştırıldığında satıcıya makul olmayan seviyede bir maliyet yüklüyorsa bu seçimlik hakkın kullanımı orantısız kabul edilir. Bu*

değerlendirmede sözleşmeye aykırılık olmasaydı malın değerinin ne olacağı, sözleşmeye aykırılığın önem derecesi ve alternatif seçimsizlik hakkın tüketiciye önemli bir rahatsızlık verilmeden kullanılıp kullanılmayacağı dikkate alınır. Her türlü tamirat veya değiştirme, tüketiciye önemli bir rahatsızlık verilmeden, malların niteliği ve malların tüketici tarafından kullanım amacı dikkate alınarak makul bir süre içinde tamamlanmalıdır. Aksi takdirde tüketici diğer seçimsizlik haklarını kullanabilir.

- (7) *Fıkra 5 ve 6'da geçen "ücretsiz" kavramı malların sözleşmeye uygun hale getirilmesi için gerekli olan harcamaları, özellikle posta, iş gücü ve malzeme masraflarını kapsar. Yenisi ile değiştirme karşılığında satıcının tüketiciden herhangi bir kullanma karşılığı veya ek bedel talep etmesi mümkün değildir.*
- (8) *Tüketici bedelde münasip bir indirim yapma veya dönme haklarını aşağıdaki hallerde kullanabilir:*
- a. Tüketici ne tamirat ne de değiştirme isteme hakkına sahip değilse veya*
 - b. Satıcı tamirat veya yenisi ile değiştirmeyi makul bir sürede gerçekleştirilememişse veya*
 - c. Satıcı tamirat veya yenisi ile değiştirmeyi tüketiciye önemli bir rahatsızlık vermeden gerçekleştirilememişse.*

Ancak sözleşmeye aykırılığın önemsiz olması halinde tüketicinin sözleşmeden dönme hakkı yoktur. Gerek dönme gerekse bedel indirimi hallerinde tüketici kendisine iade edilecek para miktarına ödediği günden itibaren faiz yürütülmesini talep edebilir. Tüketici de iade edeceği malı kullandığı süre için münasip bir kullanma karşılığı ödemek zorundadır.

- (9) *Tüketicilere satılan bir malın objektif olarak sahip olması gereken özellikleri taşımaması nedeniyle satıcının sorumlu tutulabildiği hallerde tüketicinin, malın yenisi ile değiştirilmesi ve tamirat haklarını doğrudan imalatçı veya ithalatçıya karşı da kullanması mümkündür. Ancak fıkra (6)'daki sınırlamalar bu hallerde de uygulama bulur. Tamirat veya malın yenisi ile değiştirilmesi masrafları imalatçı veya ithalatçıya aittir. Her türlü tamirat veya*

değiştirme, tüketiciye önemli bir rahatsızlık verilmeden, malların niteliği ve malların tüketici tarafından kullanım amacı dikkate alınarak makul bir süre içinde tamamlanmalıdır. Aksi takdirde tüketici satım sözleşmesinin gereği gibi ifa edilmemesinden doğan zararının tazminini imalatçıdan talep edebilir. İmalatçının, malın kendisi tarafından piyasaya sürülmesinden sonra ayıbın doğduğunu ispat edebildiği hallerde sorumluluğu söz konusu olmaz.

(10) *Satıcı ayıba karşı daha uzun bir süre ile sorumluluk üstlenmemişse, seçimlik haklar ve tazminat talebi, gizli bir ayıp daha sonra ortaya çıkmış olsa bile, malın tüketiciye teslimi tarihinden itibaren iki yıllık zamanaşımı süresine tabidir. Bu süre konut veya tatil amaçlı taşınmaz mallarda beş yıldır ve mülkiyetin geçmesi anından itibaren işlemeye başlar. Ancak satıcı malın ayıbını tüketiciden kasten gizlemiş veya ağır ihmali ile ayıbı tespit edememişse bu süre taşınırlarda on, taşınmazlarda yirmi yıldır.”*

Diğer yandan zorunlu garanti taahhütlerinin sözleşme özgürlüğüne aykırı olması ve ayrıca m. 4’de zaten tüketiciye doğrudan imalatçıya gitme hakkı tanınmış olması nedeniyle m.13’ün içeriğinin değişmesi ve AB hukuku ile uyumlu hale getirilmesi düşünülebilir. Bu durumda şu tür bir madde AB hukuku ile uyumlu olacaktır.

“MADDE 13 – Garanti Taahhüdü

Garanti taahhüdünde bulunan, bu taahhütte ve ilgili reklamlarda yer alan ifadelerle bağlıdır. Tüketicinin, satım sözleşmesinden doğan yasal haklarının saklı olduğu ve bunların garanti ile sınırlandırılmadığı garanti taahhüdünde ifade edilmek zorundadır. Garanti taahhüdünde, garantiden faydalanma koşulları, özellikle süresi, ülke olarak geçerliliği, garanti verenin adı ile adresi açık ve anlaşılır bir dille yer almalıdır. Tüketicinin isteği üzerine garantinin yazılı olarak veya tüketicinin kullanımına açık sürekli bir veri taşıyıcısı üzerinde kayıtlı olarak kendisine verilmesi gerekir. Garanti taahhüdü bu maddede öngörülen özellikleri taşımasa bile geçerlidir.”

Eğer zorunlu garanti sisteminden vaz geçilecek olursa Garanti Belgesi Uygulama Esasları Hakkında Yönetmelik’in de kaldırılması düşünülmelidir.