

T.C.
DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK PROGRAMI
YÜKSEK LİSANS TEZİ

KOZMETİK ÜRÜNLERDEN KAYNAKLANAN HUKUKİ
SORUMLULUK

Melis FİDAN

Danışman
Prof. Dr. Murat AYDOĞDU

İZMİR - 2019

TEZ ONAY SAYFASI



YEMİN METNİ

Yüksek Lisans Tezi olarak sunduğum “Kozmetik Ürünlerden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk” adlı çalışmanın, tarafımdan, akademik kurallara ve etik değerlere uygun olarak yazıldığını ve yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

....../....../2019

Melis FİDAN



ÖZET
Yüksek Lisans Tezi
Kozmetik Ürünlerden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk
Melis FİDAN

Dokuz Eylül Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Özel Hukuk Anabilim Dalı
Özel Hukuk Programı

İnsanlar geçmiş çağlardan beri, daha iyi ve genç görünmek, çeşitli kusurlarını kapatmak gibi amaçlarla boyalar, merhemler, kokular kullanmışlardır. Çoğunlukla bitkilerden elde edilen bu ürünler, kadınlar ve erkekler tarafından çağın getirdiği farklılıklara göre kullanılmakta, gücü veya üst sınıfı sembolize etmekteydiler. Zaman içerisinde bu ürünler kozmetik olarak adlandırılmış ve değişen insan ihtiyaçları ile birlikte hem kullanım alanları hem de içerikleri çeşitlenmiştir. Bu sayede, daha fazla kişi tarafından kullanılmaya ve yaygınlaşmaya başlamıştır. Artan tüketimle birlikte, kozmetik üretimi, küçük işletmelerden fabrikalara taşınmış ve markalaşma sürecini de beraberinde getirmiştir. Özellikle kozmetiklerin içeriği bitki köklerinden ziyade farklı kimyasal bileşiklerden meydana gelmeye başlamıştır.

Kozmetik ürün piyasası bugün, temel tüketim ürünleri içerisinde yer almakla birlikte, küresel dünya ekonomisinde de oldukça büyük bir pazar payına sahiptir. Ekonomide kendisine bu kadar büyük bir yer açmayı başaran kozmetik ürünler, sadece saça, yüze uygulanan boyalar olmaktan çıkıp tüm vücuda uygulanarak, daha iyi hale getirme ve daha iyi görünme etkisiyle kullanım alanlarını arttırmışlardır. Öyle ki, günlük yaşamda, sıvı sabunlar, diş macunları, deodorantlar, traş köpükleri, traş losyonları gibi birden fazla kozmetik ürünle temas etmekteyiz. Kozmetik ürünlerle bu kadar yoğun temasın olması ve dünyada çok fazla tüketicisinin bulunması, ürünün çeşitli olumsuz etkilerinin görülme sıklığını arttırmıştır. Özellikle, ürün bileşeninde bulunan kimyasallar başta kanser olmak üzere hem çeşitli hastalıklara neden olmakta,

hem de kullanıcının özel durumu veya üreticiden, satıcıdan, uygulayandan kaynaklanan sebeplerle çeşitli yaralanmalara neden olmaktadır.

Ürünün zararlı etkilerine maruz kalanların korunması ve mağduriyetlerinin giderilmesi için, kozmetik üreticilerinin, satıcılarının ve uygulayıcılarının doğan zararlardan sorumlu olup olmadığının tespit edilmesi ve zararın tazmini için gereken şartların belirlenmesi gerekmektedir. Bu nedenle çalışmamızda öncelikle, kozmetik ürünlerin karakteristik özellikleri belirtilip kozmetiklerle benzerlik gösteren ilaç ve kozmosötik gibi ürünlerden farkları belirlenecektir. Daha sonra, Türk Borçlar Kanunu ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanundaki düzenlemeler çerçevesinde, kozmetik üreticisinin, satıcısının ve uygulayanın sorumluluğu, bu sorumlulukların niteliği ve şartları incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Kozmetik ürün, kozmosötik ürün, ilaç, tüketici, hukuki sorumluluk.

ABSTRACT
Master's Thesis
Legal Responsibility From Cosmetic Products
Melis FİDAN

Dokuz Eylül University
Graduate School of Social Sciences
Department of Private Law
Private Law Program

People have used dyes, ointments and scents since past ages to look better, younger and to close up their various flaws. These products which were mostly obtained from plants were used by women and men according to the differences brought by the age, symbolizing power or upper class. Over time, these products have been called cosmetics, and have changed their usage areas and contents with changing human needs. In this way, more and more people began to use these products and they have spread. Along with increasing consumption, cosmetic production has moved from small enterprises to factories which brought the process of branding. Especially in the early days, while cosmetics are continued to be preferred, the content of cosmetics changed and began to be composed of different chemical compounds rather than plant roots.

Today, the cosmetic product market is one of the main consumer products, but also has a large market share in the global world economy. Cosmetic products that have managed to make such a big place for themselves in the economy, have stopped being only applied to the hair and face, rather started to be applied to the whole body which has been driven by the idea of better treatment and better appearance that increased the areas of use. In fact, in the daily life, we come into contact with multiple cosmetic products such as liquid soaps, toothpastes, deodorants, shaving foams, shaving lotions. The intense contact with cosmetic products and the presence of many users in the world has increased the incidence of various adverse effects of the product. In particular, the chemicals contained in the product component cause

both various diseases, especially cancer, as well as the specific situation of the user or the manufacturer, the seller or implementer, result in the injuries.

It is necessary to determine whether cosmetic manufacturers, their sellers and their practitioners are responsible for the damages arising from utilization of cosmetic products for protection of the victims and eliminate their grievances, and to designate the conditions for compensation. In consequence, in our study, the characteristics of cosmetic products will be determined and the differences between the products such as drugs and cosmeceuticals which are similar to cosmetics will be determined. Afterwards, in the light of the Turkish Code of Obligations and the amendments to the Law on Consumer Protection, the responsibility of the cosmetic manufacturer, the seller and the implementer, the qualification and conditions of these responsibilities will be examined.

Keywords: Cosmetic Product, Cosmeceutical products, Drug, Consumer, Legal responsibility

KOZMETİK ÜRÜNLERDEN KAYNAKLANAN HUKUKİ SORUMLULUK

İÇİNDEKİLER

TEZ ONAY SAYFASI	ii
YEMİN METNİ	iii
ÖZET	iv
ABSTRACT	vi
İÇİNDEKİLER	viii
KISALTMALAR	xii

GİRİŞ	1
-------	---

BİRİNCİ BÖLÜM

KOZMETİK ÜRÜNLERDE, ÜRÜN KAVRAMI, SORUMLULUĞUN DAYANAĞI VE SORUMLULUĞUN SUJELERİ

I. KOZMETİK ÜRÜNLERİN TANIMI VE KAPSAMI	3
A. Kozmetik Ürün Tanımı	3
B. Kozmetik Ürünün Kapsamı	4
C. Kozmetik Ürün Ve İlaç Ayırımı	5
D. Kozmetik Ürün Ve Kozmosötik Ayırımı	5
II. KOZMETİK ÜRÜNLERDE SORUMLULUĞUN DAYANAĞI	7
A.Genel Olarak	7
B.Kozmetik Üreticisinin Sorumluluğu Ve Sorumluluğun Sujesi	7
1.Genel Olarak	7
2. Üreticinin Sorumluluğunun Hukuki Niteliği	11
a. Doktrindeki Görüşler	12
b. Görüşümüz	17
3. Kozmetik Üreticisi	19
4. Kozmetik Ürünlerin Üretilmesi	21
C. Kozmetik Ürün Satıcısının Sorumluluğu	23

1. Satıcı	23
2. Satıcının Sorumluluğunun Hukuki Niteliği	26
D. Kozmetik Ürün Uygulayanın Sorumluluğu	28
1. Kozmetik Ürünleri Uygulayan	28
2. Kozmetik Ürünleri Uygulamanın Hukuki Niteliği	32
a. Eser Sözleşmesi Bakımından	32
b. Vekalet Sözleşmesi Bakımından	35
c. Eser Sözleşmesi ve Vekalet Sözleşmesi Arasındaki Farklar Bakımından	38
d. Görüşümüz	39

İKİNCİ BÖLÜM

ÜRÜN SORUMLULUĞU ÇERÇEVESİNDE KOZMETİK ÜRETİMİNDEN DOĞAN HUKUKİ SORUMLULUK

I. KOZMETİK ÜRETİCİSİNİN SORUMLULUĞUNUN KOŞULLARI	41
A.Kozmetik Ürünün Hatalı Olması	41
1. Genel Olarak Hata	41
2. Hata Türleri	44
a.Yapı-Bileşim (Tasarım) Hatası	44
b.Fabrikasyon hatası	46
c.Uyarma Hatası	47
1. Genel Olarak	47
2. Etiket ve Kullanım Talimatında Hata	49
d.Tehlikeyi Bildirmeme	50
e. Gelişim Hatası	51
f. Ürün Gözleme Hatası	52
B. Kozmetik Ürünün Kullanımından Zarar Doğması	54
1. Kozmetik Ürünün Kullanılması	54
a. Genel Olarak	54
b. Talimatlara Uygun Kullanım	55
2. Kozmetik Ürünün Kullanılmasından Zarar Doğması	56

a. Zararın Niteliği	58
1. Ölüm	58
2. Yaralanma	58
b. Zarar Türleri	60
1. Maddi Zarar	60
2. Manevi Zarar	61
c. Uygun Nedensellik Bağı Bulunması	63
II. ÜRETİCİNİN SORUMLULUKTAN KURTULMASI	64
III. TAZMİNAT İSTEMEYE YETKİLİ KİŞİLER	66

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

AYIP SORUMLULUĞU ÇERÇEVESİNDE KOZMETİK ÜRÜNDEN DOĞAN SORUMLULUK

I. SATICININ SORUMLULUĞUNUN KOŞULLARI	68
A.İfa	68
B.Satılanın Ayıplı Olması	68
1.Ayıp Kavramı	68
2. Ayıp Türleri	72
a. Zikredilen Ayıp-Lüzumlu Vasıflarda Ayıp	72
b. Maddi-Hukuki-Ekonomik Ayıp	75
1. Maddi Ayıp	75
2. Hukuki Ayıp	76
3. Ekonomik Ayıp	78
C. Alıcının Ayıptan Haberdar Olmaması	79
D.Hasarın Geçtiği Anda Malın Ayıplı Olması	80
E. Ayıptan Sorumluluğu Kısıtlayan veya Kaldıran Anlaşmalar	81
F. Ayıbın Bildirilmesi	82
II. AYIPTAN DOĞAN SEÇİMLİK HAKLAR	84
A. Malı Geri Vererek Ödediği Bedeli İsteme Hakkı (Sözleşmeden Dönme)	85
B. Ayıbın Neden Olduğu Değer Kaybının Bedelden İndirilmesini İsteme Hakkı (Bedelde İndirim)	87

C. Malı Geri Vererek Değiştirilmesi İsteme Hakkı (Malın Ayıpsız Misli İle Değiştirilmesi)	88
D. Ayıplı Malın Ücretsiz Olarak Onarılmasını İsteme Hakkı (Ücretsiz Onarım)	90
III. SEÇİMLİK HAKLARIN KULLANILMA ZAMANI	92
IV. TAZMİNAT İSTEME HAKKI	94

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

KOZMETİK ÜRÜNÜN UYGULANMASINDAN DOĞAN SORUMLULUK

I.KOZMETİK ÜRÜNLERİ UYGULAYANIN SORUMLULUĞUNUN KOŞULLARI	97
A.Borca Aykırı Davranış: Ayıplı Hizmet	97
B.Zarar	102
C.Kusur	103
D.Nedensellik Bağı	104
II. KOZMETİK ÜRÜN UYGULAYANIN DİĞER KİŞİLERİN EYLEMLERİN DOĞAN SORUMLULUĞU	105
SONUÇ	110
KAYNAKÇA	113

KISALTMALAR

Bkz.	Bakınız
C.	Cilt
E.T	Erişim tarihi
HD	Hukuk Dairesi
m.	Madde
s.	Sayfa
S.	Sayı
SBE	Sosyal Bilimler Enstitüsü
TBK	Türk Borçlar Kanunu
TKHK	Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TMK	Türk Medeni Kanunu
TTK	Türk Ticaret Kanunu

GİRİŞ

Çalışmamızın konusunu, Kozmetik Ürünlerden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk oluşturmaktadır. Kozmetik ürünlerle ilgili temel mevzuatı, 5324 sayılı Kozmetik Kanunu, 23.05.2005 tarihli ve 25823 sayılı Resmi Gazete ile yürürlüğe giren Kozmetik Yönetmeliği ile 20.09.2015 tarihli ve 29481 sayılı Resmi Gazete ile yürürlüğe giren Kozmetik Ürün veya Hammaddelerinin Etkinlik ve Güvenlik Çalışmaları ile Klinik Araştırmalara Hakkında Yönetmelik oluşturmaktadır.

Kozmetik Yönetmeliğinde belirtildiği üzere, kozmetik ürün, insan vücudunun dış kısımlarına; epiderma, tırnaklar, kıllar, saçlar, dudaklar ve dış genital organlarına veya dişler ile ağız mukozasına uygulanmak üzere hazırlanmış, tek veya temel amacı bu kısımları temizlemek, koku vermek, görünümünü değiştirmek, bunları korumak, iyi bir durumda tutmak veya vücut kokularını düzeltmek olan bütün madde veya karışımlardır. Tanımdan da anlaşıldığı üzere, kozmetik ürün yelpazesi oldukça geniş olup, hayatımızın birçok noktasında bu ürünlerden yararlanılmaktadır. Küreselleşme ile birlikte, kozmetik ürün üretimi ve satışında ciddi bir artış meydana gelmiş olup, kullanımı oldukça yaygınlaşmıştır. Kozmetik ürün, üretim amacı itibarıyla, kullanılan bölgeyi daha iyi duruma getirmeyi hedeflese de, üründen her zaman beklenen faydayı elde etmek mümkün olmayabilmektedir. Kozmetik ürünün neden olduğu zararlardan sorumluluğun süjeleri, sorumluluğunun hukuki niteliği ve şartları incelememizin kapsamını oluşturmaktadır.

Çalışmamız dört ana başlıktan meydana gelmektedir. Birinci bölümde, kozmetik ürün kavramına yer verilmiş olup, kozmetik ürünün kapsamı, benzeri olarak ifade edilen ilaç ve kozmosötik ürünlerden farkları ve kısaca kozmetik üretimi incelenecektir. Ardından, kozmetik ürünlerin neden olduğu zararlarda sorumluluğun dayanağı ve hukuki niteliği tespit edilecektir. İkinci başlıkta, kozmetik üreticisinin, sorumluluğunun doğması için bulunması gereken şartlar ve üreticiye sorumluluktan kurtuluş imkanı tanıyan düzenlemeler belirtilecektir.

Üçüncü bölümde, kozmetik ürün satımı nedeniyle, doğan zararlara ilişkin sorumluluğun şartları incelenecektir. Bu bölümde, genel olarak satıcıdan bahsedilip, satıcının ayıplı mal nedeniyle doğan sorumluluğunun kaynağı ve hukuki niteliğine değinilecektir. Ayıplı üründen doğan sorumluluğun doğmasının temeli olan ayıp

kavramı incelenecek ve sorumluluk için gerekli diğer şartlar belirtilecektir. Çalışmamızın konusu esas itibariyle, kozmetik ürün nedeniyle meydana gelen zararlardan sorumlu kişileri tespit etmek, hukuki nitelikleri ile sorumluluk şartlarını belirlemek olup, sorumluluğun sonuçlarına ilişkin incelemeler kapsam dışında bırakılmıştır. Ancak, satıcının ayıptan doğan sorumluluğunun incelenmesi ve konunun önemi nedeniyle, seçimlik haklara da genel hatları ile değinilecektir.

Çalışmamızın dördüncü ve son başlığında, kozmetik ürün uygulayanların hukuki sorumluluğu incelenecektir. Bu başlık altında, öncelikle, kozmetik ürün uygulayan kişiler, dolayısıyla sorumluluk altında bulunanlar tespit edilecektir. Kozmetik ürün uygulayıcısı kişiler günümüzde, güzellik merkezi adı altında birçok işyeri bünyesinde de gerçekleştirilmekte olduğundan, belli bir meslek grubuna hasredilmemiştir. Bu konuda uygulayıcı olarak genellikle hekimler ve estetişyenler karşımıza çıkmaktadır. Çalışmamızda da açıklayacağımız üzere, sorumluluğun tespiti için taraflar arasındaki sözleşme ilişkisi önem arz etmektedir. Sözleşme ilişkisinin varlığına göre sorumluluğun hukuki niteliği tayin edilecektir. Kozmetik ürün uygulayanlar içerisinde hekimler de yer alıyor olmasına rağmen, sağlık hukuku kapsamında hekimin sorumluluğu ayrı bir inceleme konusu olması nedeniyle, çalışmamızda bu yönde detaylı inceleme yapılmayacaktır. Hekimin ve estetişyenin sözleşmesel ve sözleşme dışı sorumluluğu ve çalışmamız kapsamında incelenecektir. Görüşlerimizin yer aldığı sonuç bölümüyle çalışmamız sonlandırılacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

KOZMETİK ÜRÜNLERDE, ÜRÜN KAVRAMI, SORUMLULUĞUN DAYANAĞI VE SORUMLULUĞUN SUJELERİ

I. KOZMETİK ÜRÜNLERİN TANIMI VE KAPSAMI

A. Kozmetik Ürün Tanımı

Kozmetik, en genel anlamıyla deri, tırnak, saç gibi organların görünüşünü düzelterek bir kimseyi güzelleştirmek için kullanılan maddeler, preparatlar, tedavi biçimleri ve araçlar şeklinde ifade edilmektedir¹.

Kozmetik Yönetmeliği m.4/I-h hükmüne ve Kozmetik Ürün Veya Hammaddelerinin Etkinlik ve Güvenlilik Çalışmaları İle Klinik Araştırmaları Hakkında Yönetmelik m.4/I-i hükmüne göre, kozmetik, “İnsan vücudunun dış kısımlarına; epiderma, tırnaklar, kıllar, saçlar, dudaklar ve dış genital organlarına veya dişler ile ağız mukozasına uygulanmak üzere hazırlanmış, tek veya temel amacı bu kısımları temizlemek, koku vermek, görünümünü değiştirmek, bunları korumak, iyi bir durumda tutmak veya vücut kokularını düzeltmek olan bütün madde veya karışımlar” olarak tanımlanmıştır. Ecza Depoları ve Ecza Depolarında Bulundurulanan Ürünler Hakkında Yönetmelik m.4/I-m hükmü “3977 sayılı Kozmetik Kanunu’nun ve bu Kanun’a istinaden 8/4/1994 tarihli ve 21899 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe konulan Kozmetik Yönetmeliği’nin kapsamına dahil olan her türlü madde ve ürünler” denilerek Kozmetik Kanunun ve Yönetmeliğinde yer alan tanımın benimsendiği anlaşılmaktadır.

Kozmetik ürünler, uygulandığı tabaka üzerinde yapı ve fonksiyonları değiştirmeksizin yüzeysel etkileri olan, formülasyonda yer alan etken maddelerin derinin üst tabakası üzerinde etkili olması yeterli ürünlerdir². Kozmetik ürünler kullanım amacına göre, temizleyiciler, nemlendiriciler ve yumuşatıcılar, besleyiciler,

¹ Esra Kapucu, Hasan Kahveci, Özlem Susam, Yeşim Çanta, **İlaçların Ve Kozmetik Ürünlerin Geliştirilme Süreçleri Ve Doğa Üzerine Etkileri** (<http://kisi.deu.edu.tr/bulent.cavas/ders/bok5.pdf> - (17.06.2019).

² Türk Eczacılar Birliği, Eczacılık Akademisi, **İlaç Dışı Ürünler**, http://e-utuphane.teb.org.tr/pdf/tebakademi/ilac_disi/2.pdf (17. 05. 2019).

kırışık gidericiler, leke gidericiler, bronzluk vericiler, güneş koruyucular, bebek kozmetikleri şeklinde sınıflara ayrılmaktadır³.

Kozmetik ürünler, temelde uygulandıkları bölgelerde herhangi bir fizyolojik değişiklik yapma iddiasında bulunamazlar. Aksi takdirde, farmasötik ⁴ ürün olarak deęerlendirilirler⁵.

Çeşitli tanımlardan yola çıkarak, kozmetik ürünü, insan vücudunun dış kısımlarına, diş ve ağız mukozasına uygulanan, amacı bu kısımları temizlemek, güzel kokmasını sağlamak ve eski halinden daha iyi bir durumda kalmasını sağlamayı amaçlayan ürünler olarak ifade edebilmek mümkündür. Kozmetik ürünlere, bakım kremi, şampuan, parfüm, traş köpüğü ve losyonu gibi ürünler örnek gösterilebilmektedir.

B. Kozmetik Ürünün Kapsamı

Kozmetik ürün kapsamı, tanımından da anlaşılacağı üzere oldukça geniştir. Kozmetik ürünler uygulanış alanlarına ve temel etki alanlarına göre ikiye ayrılmaktadır. Uygulanış alanlarına göre kozmetik ürünler, deriye uygulananlar, tozlar ve pigmentliler, saça uygulananlar, diş ve ağız boşluğuna uygulananlar, diğer alanlara uygulananlar (ayağa uygulananlar, bebeklere uygulananlar, banyoda uygulananlar, vücut pudraları ve depilatuvarlar) dır. Temel etki alanına göre ise, tabaka oluşturan, keratinli, sebatrop, indirekt dermatop ve direkt dermatop maddeler olarak sınıflandırılmaktadır⁶.

Kozmetik ürün kapsamına giren ürün sayısı ve çeşidi oldukça fazla olup, gelişen teknolojik bilimsel ilerlemeler doğrultusunda, yeni kozmetik ürünler üretilmekte olduğundan, mevzuatta kazuistik olarak hangi ürünlerin kozmetik ürün kapsamında olduğu belirtilmemiştir. Bu nedenle, kozmetik ürünün kapsamının

³Türk Eczacılar Birliği, Eczacılık Akademisi, **İlaç Dışı Ürünler**, http://e-utuphane.teb.org.tr/pdf/tebakademi/ilac_disi/2.pdf (17.05.2019)

⁴ Farmasötik, kimya biliminin bir parçası olup, ilaç üretim amacından, üretiminden, kalite durumuna kadar birçok hususu içinde barındıran bir bilim dalıdır. Bkz. **Farmasötik Kimya**, <http://www.kimyasalgelismeler.com/sectorler/saglik-ve-ilac-teknolojileri/farmasotik-kimya.html> (E.T: 17.06.2019)

⁵Figen Tırnaksız, **Eczacılıkta Kozmetik Biliminin Yeri ve Önemi**, http://www.eczaakademi.org/images/upld2/ecza_akademi/makale/20110113035850Kozmetik.pdf (E. T: 17.06.2019)

⁶ Tansel Çomoğlu, **Kozmetikler**, Marmara Pharmaceutical Journal 16: 1-8, 2012, sf.3.

belirlenebilmesi için kozmetik ürünün, benzer özellik taşıyan ilaç ve kozmosötik ürünlerden farkı incelenmelidir.

C. Kozmetik Ürün Ve İlaç Ayırımı

İlaç, hastalıkların tedavisinde kullanılan, bitkisel, fiziksel veya kimyasal maddeleri ifade etmektedir. Bununla birlikte, hastalığının önlenmesinde veya iyileştirilmesinde kullanılan oksijen, tuz, ve vitaminler gibi fizyolojik maddeler de ilaç kavramı kapsamında kabul edilmektedir⁷. Ecza Depoları ve Ecza Depolarında Bulundurulanan Ürünler Hakkında Yönetmelik m.4/I-k’de ilaç tanımı “*Bir hastalığı tedavi etmek veya önlemek, hastalığın teşhisini koymak veya bir fizyolojik fonksiyonu düzenlemek veya değiştirmek amacıyla insana ve hayvana uygulanan tabii veya sentetik kaynaklı etkin madde veya maddeler kombinasyonu*” şeklinde yapılmıştır.

Mevzuat hükmünden de anlaşıldığı üzere, ilacın kullanım amacı, hastalıklardan korunma, tedavi etme, düzeltmek, düzenlemek ya da değiştirmektir⁸. Zira ilaç kavramından anlaşılması gereken, organik ve fizyolojik sistemleri veya hastalık halini, insan, bitki, hayvan yararına değiştirmek amacıyla kullanılan maddedir⁹. Kozmetik ürünlerde ise amaç temizlemek, güzelleştirmek, daha iyi bir hale getirmektir. Ancak, kozmetik ürünler bunları yerine getirirken uygulandığı yüzeyde yapısal ve fonksiyonel değişiklikler meydana getirmemektedir. Kozmetik ürünler, ilacın temel amaç ve unsurlarını taşımıyor olmaları nedeniyle birbirlerinden ayrılmaktadırlar.

D. Kozmetik Ürün Ve Kozmosötik Ayırımı

Kozmosötikler, bir diğer adıyla aktif kozmetikler veya fonksiyonel kozmetikler, ilaçlar ile kozmetikler arasında yer almakta olup, deri ve deri eklerinin yapı ve fonksiyonlarının biyofizyolojik etki yoluyla olumlu yönde değiştirerek,

⁷ İsmet Dökmeci/ A. Handan Dökmeci, **Sağlık Bilimleri Fakülteleri ve Sağlık Meslek Yüksek Okulları İçin Farmakoloji Kısaltılmış Temel Bilgiler**, 2. Baskı, , İstanbul Tıp Kitabevi, İstanbul, 2014, s. 9 .

⁸ Hasan Petek, **İlaç Üreticisinin Hukuki Sorumluluğu**, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2009, s. 125.

⁹ Mehmet Demir, “**İlaç Kullanımı Sonucunda Doğan Zararlardan İlaç Üreticisinin Eczacının ve Hekimin Sorumluluğu**”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.89, 2010, s.111.

kozmetik etki gösteren ürünlerdir¹⁰. Günümüzdeki kozmetik ürünlerin çoğuna bakıldığında, uygulandıkları bölgeyi doğrudan etkilediği, içlerinde etkili bazı yapıları bulundurdıkları, uygulandıkları bölgede var olan bazı sorunları azalttıkları/giderdikler görülmektedir. Bu ürünler ne ilaç ne de kozmetik ürün olarak kabul edilebilmektedir. Avrupa ve Japonya’da geçerli olan kozmetik mevzuatına göre bu özellikteki ürünler, kozmetik ürünlerin bir alt sınıfı olarak, Amerika Birleşik Devletleri’nde ise farmasötik ürünlerin bir alt sınıfı olarak kabul edilmektedir. Örneğin, terlemeyi önleyici ürünler, kepek şampuanları ve güneşten koruyucu kremler Avrupa ülkelerinde, kozmetik ürün olarak değerlendirilirken, Amerika Birleşik Devletlerinde, farmasötik ürün olarak kabul edilmektedir. Bu ürünler hem orta derecede bir etki oluşturmakta, hem de klasik kozmetik ürün gibi işlev görmektedir. Bu nedenle bu ürünler, kozmetik ve farmasötik kelimelerinin birleştirilmesi ile kozmesötik ürün olarak adlandırılmıştır¹¹. Kozmosötikler, derinin ve deriye bağlı saç, tırnak, kıl gibi oluşumların yapısında ve işleyişinde belli bir dereceye kadar etki etmekte ve olumlu yönde değiştirmektedir¹².

Ecza Depoları Ve Ecza Depolarında Bulundurulan Ürünler Hakkında Yönetmelik m.4/1-n’de Kozmosötik ürünler, *“ilâç karakteristiklerine sahip olan, fakat ilâç için gereken kriterlerin hepsini taşımayan ve kozmetik ürünlere benzemekle beraber “kozmetik” tanımına da tam olarak uymayan ürünler”* olarak tanımlanmıştır.

Kozmosötikler, kozmetik ve ilaç tanımına uymamakta olup, iki ürün grubu arasında köprü görevindeki ürünlerdir. Kozmetik ürünün tanımını, amacını ve etkilerini tam olarak karşılayamaması nedeniyle kozmosötikler, kozmetik ürün kapsamında kabul edilememektedir.

¹⁰ Çomoğlu, s. 4.

¹¹ Figen Tırnaksız,

http://www.eczaakademi.org/images/upld2/ecza_akademi/makale/20110113035850Kozmetik.pdf

¹²Türk Eczacılar Birliği, Eczacılık Akademisi, **İlaç Dışı Ürünler**, http://e-utuphane.teb.org.tr/pdf/tebakademi/ilac_disi/2.pdf (17.05.2019)

II. KOZMETİK ÜRÜNLERDE SORUMLULUĞUN DAYANAĞI

A. Genel Olarak

Kozmetik ürünler sebebiyle zarar doğma olasılığı, kozmetik ürünün üretiminde, satımında ve uygulanmasında söz konusu olabilir. Zararın hangi aşamada ortaya çıktığıyla ilişkili olarak da sorumluluğun hukuki niteliği ve sorumluluk sujesi farklılık gösterecektir. Bu sebeple aşağıda öncelikle kozmetik ürün sebebiyle hangi aşamalarda kimlerin hangi sebebe dayanarak sorumlu olduğu tespit edilecek, daha sonraki bölümlerde ise sorumluluğun koşulları ve sonuçları ayrıntılı olarak açıklanmaya çalışılacaktır.

B. Kozmetik Üreticisinin Sorumluluğu Ve Sorumluluğun Sujesi

1. Genel Olarak

Üreticinin sorumluluğu kavramı, Türk hukukunda yasal düzenlemesi olup olmadığı tartışmalı olan bir kavramdır. Bu hususta doktrinde yer alan tartışmalara kısaca yer verildikten sonra görüşümüze yer verilecektir.

Ürünün hatalı olması nedeniyle meydana gelen zararlardan öncelikli olarak, üretimi gerçekleştiren kişiler sorumludur. Nihai malın üreticisi ile birlikte, ara malların veya hammaddenin üreticisi olan kişiler de üretici olarak kabul edilmektedir. Bununla birlikte, ürünün piyasaya sürülmesi aşamasında, sürüm zincirine katılan ithalatçı, toptancı, ara satıcı ve nihai satıcı gibi kişilerin veya bir ürünü kendisi üretmediği halde kendisi üretmiş izlenimi yaratarak piyasaya ürün arz edenlerin de meydana gelen zarardan sorumlu tutulması gerektiği kabul edilmektedir¹³.

Nitekim, 85/374/AT sayılı hatalı ürün sorumluluğu direktifi m.1 ile üründeki hataların neden olduğu zararlardan, üreticinin sorumlu olduğunu düzenlemiştir. Bununla birlikte direktif m.3'te üretici, *“nihai bir ürünün imalatçısını, herhangi bir ham maddenin üreticisini veya bir bileşen parçasının imalatçısını ve ismini, ticari*

¹³ Ayşe Havutçu, **Türk Hukukunda Örtülü Bir Boşluk Üreticinin Sorumluluğu**, Ankara 2005, s. 89; Çiğdem Kırcı, **Ürün Sorumluluğu**, Banka ve Ticaret Enstitüsü Yayınları, Ankara 2007, s. 202.

markasını ya da diğer ayırt edici özelliğini ürün üzerinde belirtmek suretiyle kendisini ürünün üreticisi olarak tanıtan herhangi bir kişiyi ifade eder.” şeklinde tanımlanmıştır.

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunu (TKHK) m.3/1-n bendinde üretici direktif ile benzer şekilde “ *Kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere tüketiciye sunulmuş olan mal ya da bu malların hammaddelerini yahut ara mallarını üretenler ile mal üzerine markasını, unvanını veya herhangi bir ayırt edici işaretini koyarak kendisini üretici olarak gösteren gerçek veya tüzel kişi*” olarak tanımlanmıştır. Direktif ve kanunda yer alan ifadelerden de anlaşıldığı üzere, sorumluluğun sükûletlerinden biri olan üretici, gerçek üretici ve görünüşte üretici olarak belirlemiştir¹⁴.

Bu doğrultuda ürünü, hammaddesini veya ara maddelerini üretenler (gerçek üretici) ile kendisi üretmiş gibi anlaşılmasına neden olacak şekilde ayırt edici işaretlerini kullananlar (görünüşte üretici) alıcıya karşı sorumlu kabul edilmişlerdir. Üretim zincirine katılanların tamamı üretici kabul edilerek, alıcıya karşı sorumlu olacak kişiler çevresinin genişletilmesi sağlanmıştır¹⁵. Fason imalat adı verilen yöntemle, başkalarına yaptırmış olduğu ürüne kendi markasını veya unvanını vererek kendi üretimi gibi takdim eden kişiler de kanun kapsamında üretici kabul edilmektedir¹⁶.

Görünüşte üreticilerin de, gerçek üretici gibi sorumlu tutulmalarının sebebi, genellikle üretim maliyetini daha düşük tutarak başka ülkelerde üretilen ürünleri kendi unvanı altında ve gerçek üreticisini göstermeden piyasaya süren kişilerin, bu durumdan büyük kazanç sağlamaları ve gerçek üretici olmalarına rağmen, tüketicinin meydana gelen zararlarından sorumlu tutulmamış olmalarıdır. Bu tür durumlarda, tüketici her zaman gerçek üreticiye ulaşamadığından, görünüşte üreticiler de, gerçek üreticilerle birlikte sorumlu tutulmuşlardır¹⁷.

Direktif m.3/2’de “*Üreticinin sorumluluğuna hâlel getirmeksizin, ticari faaliyetleri çerçevesinde satış, kiralama, finansal kiralama veya herhangi bir şekilde dağıtım amacıyla Topluluğa ürün ithal eden herhangi bir kişi, bu Direktif uyarınca*

¹⁴ Havutçu, s. 128.

¹⁵ Aydın Zevkliler, Murat Aydoğdu, **Tüketicinin Korunması Hukuku**, 3. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2004, s.87.

¹⁶ Zevkliler, Aydoğdu, s.88.

¹⁷ Kırca, s. 213-214.

bir üretici sayılır ve üretici gibi sorumlu olur.” şeklinde düzenleme bulunmakta olup, bu surette, üretici kavramı geniş tutulmuş, m.3’te tanımlanan üretici dışında, ürünün ithalatçısı da üretici kavramına dahil edilmiştir¹⁸. İthalatçının da sorumlu tutulmuş olma nedeni, alıcıların daha iyi korunmasını sağlama amacından kaynaklanmaktadır¹⁹. Üründeki hata nedeniyle, alıcıların, yabancı devletlerdeki bir üreticiyi hukuken takip etmesi ve oluşan zararını tazmin etmeye çalışması oldukça zor ve masraflı bir süreçtir. Bu nedenle, alıcılar, hatalı ürün nedeniyle doğan zararlardan korunmaları amacı ile değil, uğramış oldukları zararları talep edebilmeleri bakımından korunmaktadırlar. Direktifte, ithalat, ticari faaliyet çerçevesinde satım veya sürüm yapmak amacıyla ithal etme olarak tanımlanmış, bu doğrultuda, sürüm çeşitleri arasında, satım, kiralama veya finansal kiralama örnek olarak gösterilmiştir. Sadece nihai ürünün değil, ara malların veya hammaddenin ithal edilmesi de ithalat kapsamında yer almaktadır²⁰.

İthalatçıya ilişkin mevzuatımızdaki düzenlemelerinden biri TKHK’da yer almakta olup, m.3/e ile ithalatçı, mal veya hizmetleri mesleki amaçla ithal ederek, satım, kira, finansal kira veya benzeri yöntemlerle piyasaya süren gerçek veya tüzel kişi olarak tanımlanmıştır. Bu düzenlemeye göre, ithalatçı, gerçek veya tüzel kişi olabilmekle birlikte, mal veya hizmeti maddede belirtilenler ve benzeri yollarla piyasaya süren kişidir. İthalatçı, nihai mal ile birlikte, hammadde veya ara madde de ithal edebilmektedir²¹.

4703 sayılı Ürünlere İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması Ve Uygulanmasına Dair Kanun hükümlerinde de ithalatçıya ilişkin düzenleme bulunmaktadır. Buna göre m. 3/I ‘de *“üreticinin Türkiye dışında olması halinde, üretici tarafından yetkilendirilen temsilciyi ve/veya ithalatçıyı; ayrıca, ürünün tedarik zincirinde yer alan ve faaliyetleri ürünün güvenliğine ilişkin özelliklerini etkileyen gerçek veya tüzel kişi”* şeklinde ifade edilmiş olup, bu şartların varlığı

¹⁸ Havutçu, s. 91; Nalan Kahveci, **Taşınır Satımında Ayıplı Mal Nedeniyle Tüketicinin Sözleşmeden Dönmesi**, Ankara, 2014, s. 68.

¹⁹ Kırca, s. 217; Emrah Kulaklı, **Ürün Sorumluluğu ve Ayıp Kavramı**, Oniki Levha Yayınevi, İstanbul 2009, s. 8.

²⁰ Kırca, s. 217 vd.

²¹ Arif Kalkan, **Tüketici Hukukunda Ayıplı Maldan Sorumluluk**, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s. 57-58.

halinde, ithalatçı üretici olarak kabul edilecek ve bu kapsamda sorumluluğu bulunacaktır²².

Üründeki hata nedeniyle, meydana gelen zararlardan üretici ve ithalatçı dışında sağlayıcı (dağıtıcı) da sorumlu olarak kabul edilmektedir. Bu husus direktifte m.3/3'te *“Ürünün üreticisinin belirlenemediği durumlarda, ürünün tedarikçilerinin her biri, zarara uğrayan kişiye üreticinin veya kendisine ürünü tedarik eden kişinin kimliğini makul bir süre içinde bildirmediği takdirde ürünün üreticisi olarak muamele görür. İthal edilen bir ürün söz konusu olduğunda, bu ürün 2. paragrafta belirtilen ithalatçının kimliğini belirtmiyorsa, üreticinin ismi belirtilmiş olsa dahi aynı hüküm geçerlidir.”* şeklinde düzenlenmiştir. Ürünün tüm sağlayıcıları, ürünü kendilerine sağlayan kişiyi veya üreticiyi bildirmedikçe zarar görene karşı üretici gibi sorumlu olacaklardır. Bu hüküm ile sürüm dağıtım zincirine katılan herkes üretici gibi sorumlu kabul edilmektedir. Bu durum ise, zarar görenin zararını tazmin edebilmesini sağlayama amacının bir sonucu olarak kabul edilmektedir²³. Ancak, sorumluluğun nihai olarak, sürüm zincirinde yer alan herhangi biri tarafından üstlenilmesi değil, ürünün üreticisi veya ithalatçısı tarafından üstlenmesi hedeflenmiştir. Dolayısı ile sağlayıcıların sorumlu tutulması, üreticiye doğrudan veya bir önceki sağlayıcıya bildirme yoluyla sağlamada bir baskı aracı niteliğinde olarak değerlendirilmektedir²⁴.

Hatalı ürünün neden olduğu zararlardan üretici, ithalatçı ve diğer satıcılar sorumlu kabul edilmiştir. Ancak, üretici, satıcı ve satım sürecine katılan diğer kişilerden farklı olarak, ürünlerin ayıplı olup olmadığını bilme ve bunu önleyebilme imkanına sahip olmakla birlikte, üretim sürecine hakim olup, üretimi kendi sorumluluğunda gerçekleştirerek, üretim neticesinde menfaat sağlayan, yapmış olduğu masrafları fiyatlara yansıtan kişidir. Bu nedenle ürünlerdeki hatanın sebep

²² Zevkliler, Aydoğdu, s.88-90; Aydın Zevkliler, Çağlar Özel, **Tüketicinin Korunması Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016, s. 102.

²³ Havutçu, s. 92, Kırca, s. 220,221; Kulaklı, s.8.

²⁴ Sağlayıcının, üretim aşamasına yabancı olmakla birlikte, sürüm aşamasında da, kendilerine teslim edilen ürünü kontrol ve denetleme yetkisine sahip olmamasına rağmen, üretici gibi sorumlu tutulmaları eleştirilmektedir. Zira, üretici gibi kusursuz olarak sorumlu olmalarının haklı ve adil olmadığı belirtilmektedir. Bkz. Kırca, s. 221.

olduğu zararlardan öncelikli olarak üreticinin sorumlu olması gerektiği kabul edilmektedir²⁵.

Üretici tanımı, kanunda nihai malı, hammaddeyi ve ara maddeyi üretenler için belirtilmiş olsa da, tüketicinin korunması açısından, gerçek üretici kendi sorumluluğunda ve kendi hesabına bir ürünü üreten kişi olarak tanımlanmalıdır. Aksi takdirde, bir başkasına bağlı olarak çalışan işçi ve diğer yardımcı kişiler de üretici olarak kabul edilerek sorumlu oldukları sonucu çıkacaktır. Bu durum, kanunun, tüketiciyi koruma amacıyla çelişeceğinden, üretim sürecine yardımcı çalışan olarak dahil olan işçi, mühendis gibi çalışanlar üretici olarak kabul edilmemelidir. Aynı şekilde, ürünle ilgili araştırma yaparak, geliştirme ve üretim sürecine katılan kişilerin, hatalı ürün nedeniyle sorumluluğunun bulunmaması gerekmektedir²⁶.

2. Üreticinin Sorumluluğunun Hukuki Niteliği

Kozmetik ürünün, neden olduğu zararların tazmini için sorumluluğun niteliğinin ve bu doğrultuda şartlarının belirlenmesi gerekmektedir.

Çalışmamızın bu bölümünde incelenen üreticinin sorumluluğu bakımından, hatalı ürün nedeniyle meydana gelen zararların tazminini sağlamak için öncelikle, sorumluluğun hukuki niteliği tespit edilecektir. Sorumluluğun niteliğinin tespiti ile birlikte, üreticinin hangi şartların bulunması halinde sorumlu olacağı çalışmamızın ikinci bölümünde ele alınacaktır.

Üreticinin sorumluluğu, üreticinin piyasaya sürmüş olduğu ürünün hatalı olmasından kaynaklanan zararlardan doğan giderim yükümlülüğünü ifade etmektedir. Üreticinin sorumluluğunu kuran temel unsurlar, piyasaya sürülen ürünün hatalı olması ve üründeki hatanın ölüm, yaralanma veya diğer malların hasara uğraması şeklinde zarara neden olmasıdır. Kullanıcıların bekledikleri güvenliği sağlayamayan ürünü piyasaya sürmüş olması ve bu nedenle kişi varlığında veya

²⁵ Kırca, s. 251; Çağlar Özel, **Tüketicinin Korunması Hukuku**, 4. Basım, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, ss. 138,139.

²⁶ Kırca, s. 204; Petek, s.95.

diğer mallarda meydana getirdiği zararlardan doğan sorumluluğuna dayanmakta olup, bütünlük menfaatlerinin korunması amaçlanmaktadır²⁷.

a. Doktrindeki Görüşler

Üreticinin sorumluluğunun hukuki niteliği doktrinde tartışma bulunmaktadır. Üreticinin sorumluluğunu sözleşmesel sorumluluğu dayandıran görüşe göre, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ve Türk Borçlar Kanunu (TBK) bakımından satım sözleşmesi ile alıcıya/tüketiciciye ayıplı ürün nedeniyle doğan zararların tazmini bakımından önemli bir koruma sağlanmakta olduğu, bu düzenlemelerin, kozmetik üreticisinin neden olduğu zararların tazmini bakımından da etkili olabileceğinden, üreticinin sorumluluğunun hukuki niteliğinin bu kapsamda değerlendirilebileceği belirtilmektedir²⁸.

Üreticinin sorumluluğunun sözleşmeye dayalı sorumluluk ile açıklanması, tüketicinin menfaatleri ile bağdaşmayacağından haklı olarak eleştirilmektedir. Üreticinin, sözleşmesel sorumluluğunun kabul edilmesi halinde, rücu ilişkisi ile üreticiden zararın tazmini talep edilebilecektir. Bu durumda, birden fazla ara satıcının bulunması halinde, her bir satıcı için üreticiye ulaşana kadar geriye gidilerek tazmin edilebileceği belirtilmektedir²⁹.

Günümüzde bir ürünün üretimi ile tüketiciye ulaşması arasında sürüm zincirine pek çok kişi dahil olmaktadır. Bu nedenle üretici, her zaman ürünü tüketiciye satan kişi konumunda değildir. Üretici ile satıcı arasında bir satım sözleşmesi kurulmakta ve üçüncü kişi olan tüketici bu sözleşmenin tarafını oluşturmamaktadır. Sözleşmenin nisbiliği ilkesinin bir sonucu olarak, sözleşmeye taraf olmayan bir kişinin uğramış olduğu zararın tazmin edilmesi mümkün değildir.

²⁷ Havutçu, s.21; Öztan, s. 151; Meliha Sermin Paksoy/Gizem Arslan Demir, “**Üreticinin TBK m.71 Kapsamında Sorumlu Tutulması**”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt:71, Sayı:2, 2013, s. 302; Kahveci, s. 70.

²⁸ Bilge Öztan, **İmalatçının Sorumluluğu**, Turhan Kitapevi, Ankara 1983, s. 48; Petek, s. 57. Sözleşmeye aykırılık nedeniyle sorumluluğun doğması için öncelikle, borca aykırı bir davranışın bulunması gerekmektedir. Borçlunun üstlenmiş olduğu borcu yerine getirmemesi halinde, alacaklının doğan zararlarını tazmin yükümlülüğu sözleşmesel sorumluluk olarak nitelendirilmektedir. Hüseyin Hatemi, Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 17. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011, s. 7; Ahmet M. Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 14. Bası, Turhan Kitapevi, Ankara 2011, s. 619; Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 21. Bası, Yetkin Yayınevi, Ankara 2017, s. 1074.

²⁹ Öztan, s. 48.

Bu nedenle, hem sözleşmeye taraf olmayan tüketicinin zararının tazmini noktasında güçlük yaşanacak hem de hem uzun hem de masraflı bir yol olacaktır. Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme yapılması halinde, alıcının/tüketicinin zararlarının tazmin edilebileceği düşünülse de, her zaman mümkün olamayacağı gibi bu hukuki durumun da kabul edilebilir olacağı tartışmalıdır³⁰. Bu nedenlerle, üreticinin sorumluluğunun sözleşmesel sorumluluğa dayandırılması, korunan menfaatler bakımından uygun olmayacaktır.

Bir diğer görüş ise, üreticinin sorumluluğunun tehlike kapsamı içerisinde değerlendirileceği yönündedir³¹. Bu görüşe göre, çok sayıda üretilerek (seri üretim) piyasaya sürülen ürünlerin hatalı olması halinde, kullanan tüketicilerin hepsinin zararının doğma ihtimali bulunmaktadır. Bununla birlikte, bir ürünü piyasaya süren kişinin, ürün sebebiyle ortaya çıkabilecek zararları önleme yükümlülüğü bulunduğunu, bu nedenle tehlikeden doğan zararlardan sorumlu olması gereken kişinin, bu faaliyetten ekonomik olarak yarar sağlayan üretici olması gerektiğini belirtmektedir. Bu nedenle, üreticinin sorumluluğunun bir tehlike sorumluluğu olduğu belirtilmiştir³².

Tehlike sorumluluğunda dikkat edilmesi gereken husus, önemli ölçüde tehlike arz etme, bir işletmenin niteliğinin ve faaliyetinin tehlike yaratmaya her zaman yatkın olmasıyla tehlike sorumluluğu yaratabilir. Ancak, herhangi bir faaliyetin değil, işletmenin işlevi bakımından, karakteristik özelliği nedeniyle tehlike yaratması gerekmektedir. Örneğin, patlayıcı imal eden ve depolayan işletme bu şekildedir ancak, bir mobilya atölyesinde patlayıcı madde bulundurulmuş ve pazarlanmışsa bu durum tehlike sorumluluğu kapsamına girmeyecektir³³.

Tehlike sorumluluğundaki temel düşünce, üçüncü kişiler bakımından tehlike yaratan faaliyet veya işletmeye bağlı tipik tehlikelere bağlı riskleri, bu işletme ve

³⁰ Kırca, s. 32-33.

³¹ Tehlike sorumluluğu TBK m.71 genel hükmü dışında, mevzuatımızda, 2918 sayılı Kara Yolları Trafik Kanunu ile motorlu araç işletenin sorumluluğu, 2920 sayılı Sivil Havacılık Kanunu ile sivil hava aracını işletenin sorumluluğu gibi tehlike sorumluluğunun özel olarak düzenlendiği birkaç alan daha bulunmakla birlikte, üreticinin sorumluluğuna ilişkin olarak bu yönde özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak, Batı ülkelerinde, tehlike sorumluluğuna ilişkin daha fazla özel düzenleme bulunmaktadır. Örneğin, ayıplı ürün üreticisinin sorumluluğu tipik tehlike olarak kabul edilmiş ve tehlike sorumluluğu kapsamına alınmıştır. Kırca, s. 38; Aydoğdu, **Sorumluluk**, s. 40-41

³² Tandoğan, s. 43; Petek, s.98-99.

³³ Tiftik, s. 33-34; Kemal Oğuzman, Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Gözden Geçirilip Güncelleştirilmiş 12.Bası, Cilt II, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016, s. 195.

tesis sahibi kişilerin sorumluluğu üstlenmesi ve zararın giderimini sağlamaktır³⁴. Bu nedenle, sorumlunun, meydana gelen zararda kusurlu hareketinin bulunup bulunmaması, objektif özen yükümlülüğünü ihlal edip etmemesi, sorumluluğun kaynağı işletme veya tesiste zarara neden olacak bir bozukluk veya eksikliğin bulunup bulunmaması önem taşımamaktadır. Varlığı ve niteliği itibariyle başkalarına zarar verme riskinin önlenmesi, gerekli bütün önlemler alınsa bile genellikle mümkün olamamaktadır. Bu yüzden tehlike sorumluluğunun doğması için faaliyete özgü tipik tehlike ile zarar arasında illiyet bağının kurulması yeterlidir³⁵. Bununla birlikte, tehlike sorumluluğu hükümlerinin uygulanabilmesi için öncelikle, işletmede yürütülen faaliyetlerin, bahsedilen tehlikeli sonuçları doğurmaya elverişli olması gerekmektedir³⁶.

Üreticinin sorumluluğunda, tipik tehlikenin bulunmadığı bu nedenle, tehlike esasına dayanmadığı belirtilmektedir. Tehlike sorumluluğu soyut ve genel nitelikte tehlikelerden doğmakta olup, seri üretim gibi istisnai tehlikelerin bu kapsamda değerlendirilemeyeceği belirtilmektedir. Bununla birlikte, üreticinin sorumluluğu ürünün hatalı olmasına bağlanmaktadır. Ürün hatalı olması ise özen yükümlülüğüne aykırılıktan kaynaklanmaktadır. Bu nedenle, tehlike sorumluluğu değil, özen sorumluluğuna aykırılık nedeniyle üreticinin sorumlu olduğu belirtilmektedir³⁷.

Bununla birlikte, işletmenin üretilen piyasaya çıkardığı ürünün, vermiş olduğu zararlardan doğan sorumluluk, zarar doğurmaya yatkın özel tipte tehlikeler olsa dahi, TBK m.71 anlamında, tehlike sorumluluğu kapsamında dahil olmadığı belirtilmektedir. Ancak, ürünlerin henüz üretim süreci bitmemiş ve piyasaya sürülmemişler ise işletmenin niteliğinin bir tehlike oluşturuyor olması halinde, vermiş olduğu zararlardan doğan sorumluluk, tehlike sorumluluğu kapsamında değerlendirilebilecektir. Örneğin, bir tüp imalathanesi, tehlikeli bir işletme olup, dolumu tamamlanmış tüplerin, imalathanede patlamış olması halinde, sorumluluk TBK m.71 anlamında bir tehlike sorumluluğudur. Ancak, dolumu tamamlanan

³⁴ Murat Aydoğdu, **Sivil Amaçlı Nükleer Santral İşletenin ve Nükleer Madde Taşıyanın Hukuki Sorumluluğu**, Adalet Yayınevi, Ankara 2009, s.37-38; Eren, **Borçlar Hukuk Genel Hükümler**, s. 659.

³⁵ Havutçu, s. 96; Murat Doğan, İsmail, Atamutlu, Gökhan, Şahan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayınları, Ankara 2019, ss. 220,221

³⁶ Petek s.98.

³⁷ Tuba Akçura Karaman, **Üreticinin Ayıplı Ürününün Sebep Olduğu Zararlar Nedeniyle Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluğu**, (Yüksek Lisans Tezi), Galatasaray Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2007, s.161; Kulaklı, s.24.

tüplerden bazılarının tüketicinin kullanım alanında patlamasının bu kapsamda değerlendirilemeyeceği belirtilmektedir³⁸.

Üreticinin sorumluluğunu adam çalıştırmanın sorumluluğu ile açıklanabileceği de savunulmakta olup, bu görüşe göre, ürünlerdeki hatanın genellikle yapım aşamasından kaynaklandığı, TBK m. 66 hükmünde yer alan özen yükümlülüğünün işletmenin iyi organizasyon edilmesi olarak anlaşılması halinde, üreticinin sorumluluğu adam çalıştırmanın sorumluluğu hükümlerine dayandırılabilir³⁹.

Gelişen teknolojiler ile birlikte, üretim faaliyeti büyük işletmelerde ve birçok atalık üstlük ilişkisinin bulunduğu bir sistemde gerçekleştirilmektedir. Bu sistem içerisinde, gerçek bir altlık – üstlük ilişkisinin bulunup bulunmadığı ve gözetim ve denetleme yükümlülüğünün yerine getirilip getirilmediği sorunu ortaya çıkabilmektedir⁴⁰. Ancak bu durum, adam çalıştırma, işin gözetim ve denetimini sağlamak için yardımcı kişiler, yönetici, usta gibi aracı kişilerle sağladığı hallerde de, en alt düzeydeki çalışanın dahi işin görülmesi sırasında, üçüncü kişilere verdiği zararlardan sorumluluğu devam edecektir⁴¹. Adam çalıştırma, çalıştırılana yönelik, kişinin seçiminde özen, talimat vermede ve denetlemede özen gösterdiğini ispatlaması halinde, sorumluluktan kurtulabilecektir. Adam çalıştırma ayrıca, işletmenin çalışma düzeninin, zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunu ispatlaması halinde de sorumluluktan kurtulacaktır⁴².

³⁸ Tüketicie, ayıplı malın bedensel bütünlüğüne ve/veya başkaca mallarına verdiği zararlardan ötürü yapımcıdan tazminat istemi hakkı tanınmasıyla, üreticinin sorumluluğu, kusur ögesinden arındırılmış tipik bir tehlike sorumluluğu haline geldiği belirtilmektedir. Bkz. Rona Serozan, “**Tüketicieyi Koruma Kanunu Değişikliğinin Artıları ve Eksileri**”, İÜHFM Cilt: 31, S.1-2, 2003, s.348; Turgut Öz, “**Üreticinin Sorumluluğu**”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 6, Sayı: 2, 2007, s.13; Oğuzman, Öz, Cilt II, s. 195;

³⁹ Öztan, s. 207; M. Alper Gümüş, **6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi**, Cilt I, Vedat Yayınevi, İstanbul, 2014, s.108; Petek, s. 95. Adam çalıştırmanın sorumluluğu, çalıştırmanın, çalışan üzerinde sağladığı hakimiyete dayanmaktadır. Bir kişi, bir başkasının yaptığı hareketleri belirleme imkanına sahipse, o takdirde onun vereceği zararlardan sorumlu olması gerekmektedir. Bkz: Seda Kılıçarslan, **Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu**, Turhan Kitapevi, Ankara, 2017, s. 9; Doğan, Atamutlu, Şahan, s. 292; Oğuzman, Öz, Cilt II, s.141;

⁴⁰ Petek, s.88-89.

⁴¹ Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 645; Tandoğan, s. 54; İş bölümü arttıkça, zarar rizikosu da artmaktadır. Özellikle başkasına talimat verilerek yapılan bir işte yani yetki devri söz konusu olduğunda, üçüncü kişiler bakımından, artan çapta bir tehlike söz konusu olmaktadır. Bkz. Kılıçarslan, s. 13.

⁴² Doğan, Atamutlu, Şahan, s. 211; Oğuzman, Öz, s. 151. Bu nedenle, adam çalıştırmanın sorumluluğunda kusursuzluğun ispatından değil, sorumluluktan kurtaran sebeplerin varlığından söz edilmektedir. Adam çalıştırmanın sorumluluğu bakımından, kusurun bulunması şart değilse de,

Üreticinin sorumluluğunun adam çalıştıran sorumluluğu ile açıklanamayacağı belirtilmekte ve üreticiye sorumluluktan kurtulma imkanı tanınmış olması nedeniyle eleştirilmiştir. Bununla birlikte, üreticinin sorumlu tutulabilmesi için, zarar görenin, hatanın çalışan kişinin eylemi nedeniyle meydana geldiğini ispatlaması gerekmektedir. Tüketici bakımından, hatanın hangi sebeple kaynaklandığının bilinmesi oldukça güç olup, günümüzde üretim faaliyeti daha çok makineler yardımıyla gerçekleştirildiği için, hatanın çalışan kişi tarafından mı yoksa makine tarafından mı kaynaklandığının tespiti mümkün olmayacaktır. Bununla birlikte, adam çalıştıranın sorumluluğuna dayanılması halinde, bilim ve tekniğin engelleyemediği veya öngörülemez, tesadüfen meydana gelen hatalı ürünlerin sebep olduğu zararlara tüketici katlanmak durumunda kalacaktır. Oysa, hakkaniyet gereği, bu zararlı sonuca, üretim faaliyetiyle sebep vermiş olan üreticinin katlanması gerekmektedir⁴³.

Bir diğer görüş ise, TKHK m. 11/II (4077 sayılı TKHK m.4) hükmü ile üretici, satıcı ve ithalatçı müteselsil olarak sorumlu kabul edilmiş olduğu, bu sorumluluğun, yalın bir ayıba karşı tekeffül borcu olduğu, bundan doğan tazminat istemini içerdiğini belirtmektedir. Bununla birlikte, TKHK m. 11/II (4077 sayılı TKHK m.4) düzenlemesi ile sorumluluğun hukuki niteliğiyle ilgili kesin bir sonucu varmak zor olduğu, çünkü, düzenlemede, açıkça kusurdan bahsedilmese bile, ürünün güvenli olmaması ile meydana gelen zarar arasında illiyet bağının bulunuyor olmasının sorumluluk bakımından yeterli olduğuna dair bir ifade bulunmadığı, bu doğrultuda üreticinin sorumluluğunun kusura bağlı olup olmadığına dair kesin bir sonuca varılmamakla birlikte, kusursuz sorumluluğun düzenlenmiş olduğuna dair sağlam dayanaklarının bulunmadığı belirtilmektedir⁴⁴.

Üreticinin sorumluluğunu, özel bir ispat kuralının uygulandığı haksız fiil sorumluluğuna dayandırılabilmesi de belirtilmektedir. Bu görüşe göre, üretici, bir ürünü piyasaya sürerken, hukukun gerekli kıldığı tüm dikkat ve özeni göstermekle yükümlüdür. Üretici, bu yükümlülüğüne aykırı davranırsa kusurlu hareket ettiği kabul edilecektir. Haksız fiil sorumluluğunda, kusurun varlığını ispat yükü, zarar

tamamen yok sayılmamıştır. Bu nedenle, gerekli özeni göstermesi halinde, sorumluluktan kurtulacaktır. Bkz. İmre, s.148; Petek, s.90

⁴³ Öztan, s. 207; Akçura-Karaman, s.124.

⁴⁴ Havutçu, s. 129-131.

görene bırakılmışken, üreticinin sorumluluğu bakımından, tüketicinin üründeki ayıba neden olan olayları bilebilmesi mümkün olmadığından, kusurunun bulunmadığını üreticinin ispatlaması gerektiği belirtilmektedir⁴⁵. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, vermiş olduğu kararla⁴⁶, üreticinin sorumluluğunun sözleşmesel sorumluluğa dayanmadığını, sorumluluğunun kaynağının kusur sorumluluğu olduğunu belirtmiştir. Ancak, üretim faaliyetinin çok karmaşık olduğu ve zarar görenin kusuru ispatlamasının zor olacağı gerekçesiyle, fiili karinenin ispat yerine geçeceğini kabul etmiştir⁴⁷. Bu görüş, üreticinin sorumluluğu bakımından hukuka aykırı fiil unsurunun bulunmaması nedeniyle eleştirilmektedir. Zira, bir ürünün üretilmesi ve piyasaya sürülmesinin hukuka aykırılık teşkil etmediği, dolayısıyla üretim faaliyetinin bir hukuka aykırı eylem olmadığı belirtilmektedir⁴⁸.

Üreticinin sorumluluğunun niteliğine ilişkin bir başka görüş ise, bu konuda kanunda bir boşluk olduğu ve yasal bir düzenleme getirilinceye kadar, hakimin TMK m.1 hükmü gereği, hukuk yaratarak bu boşluğu doldurması gerektiği belirtilmektedir⁴⁹. Ancak bu görüş, hukukumuzda, hakimlerin, kusursuz sorumluluk yaratmasının sakıncalı olacağı, sorumluluğun sınırlarının önceden belli olmamasının hukuki güvensizlik yaratacağı nedeniyle eleştirilmektedir⁵⁰.

b. Görüşümüz

Üreticinin sorumluluğunun hukuki niteliğinin, kusursuz sorumluluğa dayanmakta olduğuna dair görüş ise, sorumluluğu TKHK ve 4703 sayılı Ürünlere İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanmasına Dair Kanun bakımından ayrı ayrı ele almaktadır. Katılmakta olduğumuz görüşe göre, 4703 sayılı kanunda üreticinin sorumluluğu güvenli olmayan üründen kaynaklanmaktadır. TKHK’da ise üreticinin sorumluluğu, satıcının sorumluluğuna bağlanmıştır. Bu nedenle seçimlik haklar yönünden sorumluluğun hukuki niteliği değişecektir. Tüketici, sözleşmeden

⁴⁵ Öztan, s. 233-236.

⁴⁶ Yargıtay HGK 27.11.1996, 1996/4-588, 1996/83. (Kazancı İçtihat Bankası)

⁴⁷ Ünsal Dönmez, “Türk Ve Alman İlaç Hukukunda Hatalı Üretilen İlaçtan Doğan Sorumluluk Ve Özel Sorumluluk Hâlleri” İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:7, Sayı:1, 2016, s.388.

⁴⁸ Akçura- Karaman, s. 114.

⁴⁹ Ergun Özsunay, “Türk Hukukunda Gerçek Bir Boşluk: Yapımcının Sorumluluğu”, Batider, Cilt: 10, Sayı: 1, 1979, s. 135.

⁵⁰ Tandoğan, s. 44-45.

dönme ile birlikte zararlarının tazminini de talep etmişse, doğrudan zararlar bakımından kusursuz sorumluluk, dolaylı zararlar bakımından ise kusurlu sorumluluk söz konusu olacaktır. Bu iki kanun bakımından, tüketiciye seçim hakkının tanınması, lehine olanın uygulama alanı bulması gerektiği belirtilmektedir⁵¹. Bununla birlikte, ayıp kavramı, güvenli olmayan ürünü de kapsayan tüm eksiklikleri ifade etmektedir. Bu nedenle, 4703 sayılı kanunda yer alan güvenli olmayan ürün aynı zamanda ayıplı ürün anlamına gelmektedir. 4703 sayılı kanun (m.5) ile üreticinin, güvenli olmadığı tespit edilen ürünün kendisi tarafından piyasaya arz edilmediğini veya ürünün güvenli olmaması halinin ilgili teknik düzenlemeye uygunluktan kaynaklandığını ispatladığı takdirde sorumluluktan kurtulabileceği düzenlenmiş olup, bu itibarla bir kusursuz sorumluluk öngörülmüştür. Üretici, üretmiş olduğu, ürünün yol açtığı zarardan doğacak sorumluluğundan, bu tehlikeyi öngörememiş olduğunu ileri sürerek kurtulamayacak, sadece, ürünün piyasaya arzı ile kendi davranışı arasında, nedensellik bağı bulunmadığını veya teknik düzenlemeye uygun ürün arz etmesine rağmen, yapmış olduğu düzenlemelerin yetersiz olması nedeniyle zararın doğduğunu ispat etmesi halinde sorumluluktan kurtulabilecektir⁵².

Üreticinin sorumluluğunun kusursuz sorumluluk olduğuna dair bir diğer görüş, ürün sorumluluğunda, hatalı ürün sebebiyle kişilerin güvenliğini ihlal etmeleri nedeniyle sorumluluğu bulunduklarını belirtmektedir. Sorumluluğun doğması için, yalnızca ürünün piyasaya sürülmesi değil, hatalı ürünün piyasaya sürülmesi veya hatalı ürüne malik olma şartı aranıyor olması sebebiyle, üreticilere özel bir sorumluluk yüklenmektedir. Üretici, her türlü özeni göstermiş olduğunu ileri sürerek sorumluluktan kurtulamamaktadır. Bu nedenle, üreticinin sorumluluğunda, bir davranış yükümlülüğüne aykırılık ve kusura dayanmayan sorumluluk bulunmaktadır⁵³.

Bununla birlikte, üreticinin sorumluluğunun, tipik tehlikenin bulunmuyor olması nedeniyle tehlike sorumluluğu olamayacağı belirtilmekteyse de, kozmetik

⁵¹ Zevkliler, Aydoğdu, s. 88-91; Aydoğdu, **Tüketici Hukuku Dersleri**, s. 72.

⁵² Zevkliler, Aydoğdu, s. 88-91; Öz, s. 16; Üreticinin kusursuz sorumluluğu hakkında diğer görüş, bkz. Tiftik, s.54; Murat Aydoğdu, **6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Getirdiği Yeniliklere Genel Bakış, Sözleşmeye Aykırılık, Ayıplı İfa Kavramlarına Getirdiği Farklı Yaklaşım Ve Bu Konudaki Önerilerimiz**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 15, Sayı: 2, 2013, s. 9; Turgut/Öz, Cilt II, s. 238

⁵³ Kırca, s. 123.

ürün üreticisi bakımından, tipik tehlikenin varlığı kabul edilebilir. Zira, kozmetik ürün bileşenleri bakımından tehlikeli sonuç doğurmaya elverişlidir. Gerekli tüm dikkat ve özen gösterilse dahi, zarar verici etkilerin tespiti mümkün olmayıp, gelişim hataları meydana gelebilir. Kozmetik üreticisi tarafından, ürünün hiçbir yan etkisinin bulunmadığı ve herhangi bir zarara yol açmayacağına ilişkin taahhütte bulunulmuş olmasına rağmen zararın meydana gelmesi halinde tehlikenin varlığı söz konusu olacaktır⁵⁴. Zira, Kozmetik Yönetmeliği ve bu yönetmeliğin dayanağını oluşturduğu İyi Üretim Uygulamaları Kılavuzu ile kozmetik üretim yerleri özel izne tabi tutulmuş olup, kozmetik ürün içerisine eklenebilecek ve eklenmesi yasak olan maddeler ayrı ayrı belirtilmiştir. Bu itibarla dahi, kozmetik üreticisinin tehlikeli faaliyet sürdüren işletme ve tesis sahibi olduğu kabul edilebilecektir. Bu nedenle, üreticinin sorumluluğunun hukuki niteliği bir kusursuz sorumluluk olmakla birlikte, kozmetik ürün üretiminin de bir tehlikeli faaliyet olarak kabul edilmesi halinde, tüketicinin tehlike sorumluluğu hükümlerinden yararlanmasının da mümkün olabileceği kanaatindeyiz.

3. Kozmetik Üreticisi

Kozmetik ürünlerin kullanılması nedeniyle meydana gelen zarardan öncelikli olarak, üreticinin sorumluluğunun bulunuyor olması nedeniyle, üretici ile birlikte, sürüm zincirine katılan diğer kişilerden genel olarak bahsedildikten sonra, kozmetik ürünün üreticisinin de tespiti gerekmektedir. Nitekim çalışma konumuz bakımından, kozmetik ürünün üreticisinin sorumluluğu bulunmaktadır. Bu nedenle, kozmetik üreticisinin tanımının ve sorumluluğunun düzenlenmesinin incelenmesi gerekmektedir.

Kozmetik üreticisi, 5324 sayılı Kozmetik Kanunu m.4'te, *“Bir kozmetik ürünü üreten, imal eden, ıslah eden veya ürüne adını, ticarî markasını veya ayırt edici işaretini koymak suretiyle kendini üretici olarak tanıtan gerçek veya tüzel kişi; üreticinin Türkiye dışında olması halinde, üretici tarafından yetkilendirilen temsilci veya ithalatçı; ayrıca, ürünün tedarik zincirinde yer alan veya faaliyetleri ürünün*

⁵⁴ Petek, s. 98-99.

güvenliğine ilişkin özelliklerini etkileyen gerçek veya tüzel kişi,” olarak tanımlanmıştır.

Kozmetik ürünü kendi adıyla piyasaya süren kişilerin sorumlu tutulması gerekliliği nedeniyle, meydana gelen zarardan bazı durumlarda gerçek üretici, bazı durumlarda ise görünüşte üreticinin sorumluluğu bulunmaktadır⁵⁵. Örneğin, bir zarar meydana geldiğinde, tüketicinin gerçek üreticiye ulaşması her zaman mümkün olmadığından, tüketicinin korunması amacıyla görünüşte üretici de sorumlu tutulmuştur. Görünüşte üreticinin sorumluluğunda tüketicinin gerçekte ürünün üreticisinin kim olduğunu bilip bilmemesi önem taşımamaktadır⁵⁶. Objektif olarak, adını veya işaretini bir kozmetik üründe kullanarak üçüncü kişilerde ürünün üreticisiymiş gibi bir intiba bırakması nedeniyle dışarıya karşı yaratılan bu görüntü nedeniyle meydana gelen zarardan sorumlu tutulmaktadır⁵⁷.

Üreticinin sorumluluğu ile amaçlanan üreticinin, üründeki hata nedeniyle diğer kişiler üzerinde yaratmış olduğu tehlikeyi üstlenmesidir. Bu tehlike öncelikli olarak, ürünü alan ve kullanan kişileri etkileyecek olsa da, bu kişiler dışında dolaylı olarak üründeki hata nedeniyle üçüncü kişilerin de zarar görme tehlikesini barındırmaktadır. Bu nedenle, üreticinin, ürünün yaratmış olduğu tehlike alanına dahil edilebilecek herkese karşı sorumlu olması gerektiği öngörülmüştür. Ancak kişinin rızası dışında isminin kullanılarak kozmetik ürün üretilmesi halinde, üretici gibi sorumluluğundan söz edilemeyecektir⁵⁸.

Bunlarla birlikte, Kozmetik Yönetmeliği m.13 ile kozmetik üreticisinin aynı zamanda sorumlu teknik eleman olması halinde özel niteliklerin aranacağı düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre kozmetik üreticisi “*Üreticinin, uygun seviyede profesyonel yeterliğe ve gerekli tecrübeye sahip bir sorumlu teknik eleman bulundurması gerekir. Üretici bu maddenin ikinci fıkrasında belirtilen şartları taşıyorsa sorumlu teknik elemanlık görevini kendisi üstlenebilir. Eczacı veya kozmetik alanında iki yıl fiilen çalışmış olduğunu belgelemek kaydıyla kimyager, biyokimyager, kimya mühendisi, biyolog veya mikrobiyolog sorumlu teknik eleman olarak görevlendirilebilir. Sorumlu teknik eleman, piyasaya arz edilecek ürünün*

⁵⁵ Petek, s. 145.

⁵⁶ Kırca, s. 214.

⁵⁷ Havutçu, s. 91; Oğuz Sadık Aydos, **Ürün Sorumluluğu**, (Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2009, s.99.

⁵⁸ Havutçu, s.22.

kozmetik mevzuatı, iyi imalat uygulamaları ve ilgili diğer mevzuata uygunluğunun kontrolünden sorumludur.” şeklinde, özel şartlara tabi tutulmuştur.

Kozmetik ürün üreticileri yerel olduğu kadar yurtdışından lisans sözleşmesi yoluyla üretim yapan yabancı kişiler de olabilmektedir. Bu durumda bu kişilerin de üretici kapsamında yer alıp almadığı ve meydana gelen zararlardan sorumluluğunun bulunup bulunmadığının incelenmesi gerekmektedir.

Bir görüşe göre, ürüne işaret lisansı veren kişinin üretici olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Ancak, lisans alan dışarıda tanınmıyorsa ve lisans veren sorumluluğu üzerine almışsa, lisans verenler bu durumda, üretici olarak sorumlu tutulabilecektir. Ancak, lisans verenin bu duruma ilişkin bilgilendirilmiş olması gerekmekte, aksi takdirde, üretici olarak kabul edilmemesi gerektiği belirtilmektedir⁵⁹.

Bir diğer görüşe göre ise, lisans verenler, bilgi, düşünce ve tasarımlardan oluşan fikirlerini, sözleşme karşılığı lisans alana vermektedir. Lisans verenlerin fikri ürünleri bir maddi varlığa dönüşebiliyorsa, taşınır maldan söz edilebilmesi sebebiyle bu kişiler üretici sıfatını, lisans verenin fikri ürünleri bilgi aktarımı, know-how biçiminde, maddi bir varlığa dönüştürülemediyse, hizmet edimi söz konusu olacağından, hizmetten doğan zararlardan sorumluluğu söz konusu olacağı belirtilmektedir⁶⁰.

4. Kozmetik Ürünlerin Üretilmesi

Kozmetik ürünler, bitkilerden, hayvanlardan ve mineral kaynaklardan elde edilen maddelerin kullanımına dayanan binlerce yıllık geçmişe dayanmaktadır. Günümüzde, kozmetik ürün bileşenleri arasına, teknoloji sayesinde birçok sentetik kimyasal madde de girmiştir⁶¹.

⁵⁹ Aydos, s.99.

⁶⁰ Kırca, s. 211; Lisan verenin, lisans alana karşı, ayıba karşı tekeffül hükümleri çerçevesinde sorumlu olabileceği belirtilmektedir. Sözleşmede, açıkça veya zımnen, ifa veya ayıba karşı tekeffül hükümleri ile ilgili açık bir hüküm bulunmuyorsa, kıyas yoluyla, özellikle maddi ve hukuki ayıplara ilişkin ayıp hükümlerinin uygulanabileceği belirtilmektedir. Bkz. Ali Necip Ortan, **Patent Lisans Sözleşmesi**, Doğan Yayınevi, Ankara, 1978, s. 182.

⁶¹ Uçkaya Meryem, **Kozmetik Ürünlerde Güvenlik Etkinlik Değerlendirmesi**, (Yüksek Lisans Tezi), Muğla Sıtkı Koçman Üniversitesi, Fen Bilimleri Enstitüsü, Muğla, 2015, s.4.

Kozmetik bir ürün (preperat) formüle edilirken, üretimden kullanım süresi sonuna kadar dayanıklı kalması gerekmektedir. Ürünün, içerisinde barındırdığı özellikleri, tüketim süresinin sonuna kadar koruyabilmesi gerekmektedir. Tüketim süresi ise bazı durumlarda 12 ay bazı durumlarda ise 2 yıl olarak değişmektedir. Bu süre boyunca kozmetik üründe, losyonlarda çökme, emülsiyonlarda bozunma, bakteri üremesi, kimyasal parçalanma, viskozite değişmesi, renk ve koku değişmesi gözlemlenebilmektedir. Söz konusu değişimlerin incelenmesi ve önlenmesi amacıyla, kozmetik ürünün her safhasında bazı testler yapılarak, sonucun başarılı olması ve ürünün kullanıma uygun hale gelmesine çalışılır. Kozmetik ürün üzerinde tüketime sunulmadan önce dayanıklılık (stabilite) testleri, kalite kontrol testleri, kullanılış testleri ve fizyolojik testler yapılmaktadır⁶².

Dayanıklılık testleri ile ürünün depolanma süresince, farklı sıcaklık, ışık ve rutubet koşullarında istenilen özellikleri koruyup koruyamayacağı kontrol edilir. Kalite kontrol testleri ile hammaddeler, yarı hazırlanmış ve bitmiş kozmetik ürünler üzerinde, ürünün niteliğini korumak ve istenilen özellikleri sahip olup olmadığı kontrol edilir. Kullanılış testleri ile ürünün kullanımı sırasında beklenen amaca erişip erişmediğini çoğunluğun isteklerine cevap verecek niteliklere sahip olup olmadığı incelenir. Örneğin, şampuanın köpürme, dudak boyalarında sabitlik gibi özellikleri saptanabilir. Kullanılış testleri, kozmetik ürünün canlılar üzerindeki etkilerinin gözlenmesi bakımından da önemlidir. Kozmetik ürünler üzerinde son olarak fizyolojik testler yapılmaktadır. Bu sayede, tıbbi etkisi olan kozmetiklerin istenilen özellikleri klinik testleri ile saptanmakta ve ürünün fizyolojik zararlı bir etkisinin bulunup bulunmadığı incelenmektedir. Zira, kozmetik ürünlerin ilk zamanlarında doğal hammaddeler kullanılmaktaydı. Günümüzde sentetik madde miktarında artış olması ve bu maddelerin kozmetik üretiminde kullanılıyor olması, ürünün hassasiyete neden olup olmayacağının incelenmesi bakımından zorunluluk arz etmektedir⁶³.

Kozmetik üretimine ilişkin bu süreçler ve üretim yeri Kozmetik Yönetmeliği m.12 uyarınca *“Kozmetik ürünlerin üretim yeri denetimleri, piyasa gözetim ve denetimi ile denetim kapsamında numune alma, uyarı, geri çekme, imha, üretim*

⁶² Özgen Özer, **Kozmetoloji**, 3. Baskı, Ege Üniversitesi Yayınları Eczacılık Fakültesi Yayınları No:4, İzmir 2016, s. 219.

⁶³ Özer, s. 219 vd.

yerinin ıslahı ve kapatılması hususları Kurum tarafından belirlenir". Bununla birlikte, Tıbbi Cihaz Kurumu tarafının belirlemiş olduğu standartlarda üretim yapılabilmesi için Kozmetik Yönetmeliğine dayalı olarak düzenlenen Kozmetik İyi Üretim Uygulamaları Kılavuzunda da, çeşitli prosedürler bulunmaktadır. Kılavuzun amacı kozmetik ürünlerin insan sağlığına zarar vermeyecek şekilde güvenli ve kaliteli bir biçimde üretilmesini sağlamak üzere üretim yerlerinde uygulanacak usul ve esasları düzenlemektir.

Üreticinin, kılavuzda detaylı olarak belirlenen standartlara uygun üretim faaliyetinde bulunup, nihai ürünün elde edilmesinin ardından, ürün, piyasaya arz edilmeden önce, Kozmetik Yönetmeliği m. 14 hükmü gereği Tıbbi Cihaz Kurumuna bildirimde bulunulması gerekmektedir. Bu bildirim yapılmadan, piyasaya kozmetik ürün sürülmesi yasaklanmıştır. Yönetmelik m. 15 ile kozmetik ürünün kullanılması sırasında bir problem yaşanması halinde hızlı ve uygun müdahalede bulunulabilmek için, ürün piyasaya sürülmeden önce ürün formülü ve yönetmelik ekinde belirtilen diğer teknik bilgiler ile Zehir Danışma Merkezine bilgi verilmesi gereklidir. Nitekim bu husus, Yönetmelik m. 14'te *"Piyasaya ilk kez arz edilecek kozmetik ürün için üretici, yeni ürünü piyasaya arz etmeden önce ve piyasaya kozmetik ürün arz etmek amacıyla yeni kurulan veya faaliyet sahasını genişleten imalat ve ithalat müesseseleri, yeni faaliyetine başlamadan önce bunu bildirmek zorundadır."* şeklinde belirtilmiştir.

C. Kozmetik Ürün Satıcısının Sorumluluğu

1. Satıcı

Çalışmamızın bu bölümünde, kozmetik ürün nedeniyle satıcının, meydana gelen zararlardan sorumluluğu incelenecektir. Her ne kadar kozmetik ürünler ticari satım sözleşmelerine de konu olabilmekteyse de, inceleme konumuzun asıl amacını, ürünü kullanan kişilerde meydana gelen zararlarda sorumluluğun tespiti ve zararın tazmini bakımından sahip olunan haklar oluşturmaktadır. Bu sebeple, kozmetik ürün satıcısının sorumluluğunda, ticari satışlara ilişkin bir inceleme yapılmayıp, kullanım sonucu zarara uğrayan gerçek kişiler yani tüketiciler bakımından açıklamalar

yapılacaktır. Kozmetik ürün nedeniyle zarara uğrayan kişiler çoğunlukla gerçek kişiler yani tüketiciler olmaktadır.

Bu bağlamda satıcı tanımı 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m.3/i'de "*Kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye mal sunan ya da mal sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişi*" şeklinde tanımlanmıştır.

Hukukumuzda, TKHK ile tüzel kişiler, tüketici olarak kabul edilebildiği gibi satıcılar da gerçek veya tüzel kişi olabilirler. Bununla birlikte, düzenlemede belirtildiği üzere, satıcı, kamu kurum ve kuruluşu veya özel işletme sahibi olabilmektedir. Örneğin, Kamu İktisadi Teşebbüsü olarak faaliyette bulunan işletmeler, tüketici olarak kabul edilen kişilere, şeker, çelik, demir gibi şeyler satmaktadır. Aynı şekilde, amacına ulaşmak için ticari işletme işletin dernek, vakıf, belediye gibi kamu veya özel kurum ve kuruluşlar da satıcı konumunda bulunabileceklerdir. Sözleşmenin taraflarından birisinin tüketici olması halinde, ona mal sunan kişinin, tacir, esnaf veya serbest meslek mensubu olması önem taşımamaktadır. TKHK kapsamında taraflardan birisi tüketici ise bu kişilerin hepsi satıcı olarak kabul edilecektir⁶⁴.

TKHK kapsamında sözleşme taraflarından birisini satıcı olarak kabul edebilmek için, ticari veya mesleki amaçla hareket edilmiş olması gerekmektedir. Satıcının, mesleki ve ticari amaçla hareket etmesi yeterli olup, faaliyet konusu bir önem arz etmemektedir. Satıcı, gıda ürünü satabileceği gibi, ticari mal da satabilecektir⁶⁵.

4077 sayılı ETKHK'da satıcı tanımlaması yapılırken, "ticari veya mesleki faaliyetleri kapsamında" kavramına yer verilmiştir. Bu kavram ile ticari ve mesleki faaliyetin süreklilik arz etmesi gerektiği ifade edilmiştir. Ancak 6502 sayılı TKHK'da satıcı tanımı yapılırken bu ifade yerine "*ticari veya mesleki amaçlarla*" ifadesi kullanılmıştır. Bu nedenle yürürlükteki düzenleme bakımından da, süreklilik unsurunun aranıp aramayacağı tartışmalıdır. Bir görüşe göre, süreklilik unsuruna ilişkin 6502 sayılı TKHK düzenlenmesinde yer almadığı, kanun kapsamında, bir kişiyi satıcı olarak kabul edebilmek için, konusu önemli olmaksızın ticari veya mesleki amaçla hareket etmesinin yeterli olduğu, bu doğrultuda madde metninin

⁶⁴ Zevkliler, Özel, ss. 63, 97

⁶⁵ Kalkan, s.47.

lafzından, kişi, ticari veya mesleki faaliyette bulunmasa dahi, ticari veya mesleki bir amaçla hareket etmesi durumunda satıcı olarak kabul edileceği belirtilmektedir⁶⁶.

Katılmakta olduğumuz karşıt görüşe göre ise, satıcı kabul edilecek kişinin, satım sözleşmesine konu malı, işletmenin sürekli faaliyetleri kapsamında ve kazanç sağlamak üzere sunmuş olması gerekmektedir. Bu nedenle, arızı olarak veya birkaç kez tüketiciye mal sunan ancak daha sonra bu işi devam ettirmeyen kişiler TKHK kapsamında satıcı olarak kabul edilmemelidir⁶⁷.

Nitekim, kanunun, satıcı olarak, mal veya hizmet sunan kişinin mesleki ve ticari amaçla hareket etmesinin sebebi, tüketici ancak, satıcı veya sağlayıcılar tarafından kandırılmaya müsaittir ve bu nedenle TKHK kapsamında korunmaları gerekmektedir. Mesleki ve ticari amaç gütmeksizin (arızı veya tesadüfi olarak), mal veya hizmet sunan kişi ise tüketici aynı konumdadır. Dolayısıyla her iki taraf eşit hak ve menfaatlara sahip olmalı, biri diğerine göre sadece sıfatı nedeniyle (tüketici) kanunun koruması altında olmamalıdır. Bu durumda, genel hükümlerin uygulanması hem hakkaniyete hem de TKHK'nun koruma amacına uygun olacaktır⁶⁸.

Bir diğer açıdan, AB uyum çalışmaları doğrultusunda, TKHK'nın yürürlüğe giriş temelinde bulunan AB direktiflerini dikkate alacak olursak; 1999/44/AT direktifinde, satıcı sıfatına sahip olabilmek için, ticari veya mesleki amacın süreklilik taşıması gerektiği belirtilmiştir. Kanun koyucu tarafından, direktif hükümlerinin çevirisinde hataya düşülmesi sebebiyle, yürürlükteki düzenleme hazırlanmıştır. Direktifte satıcı, “*Satıcı kendi zanaatını, işi veya mesleğinin gidişatı içinde tüketim mallarına satan kişi*” olarak tanımlanmıştır. Bu sebeple TKHK bakımından da, satıcının, ticari ve mesleki amacının süreklilik arz etmesi gerektiği kabul edilmelidir⁶⁹.

TKHK'da açıkça düzenlenmemiş olmasına rağmen, doktrinde genel olarak kabul edildiği üzere, bir kimsenin satıcı olarak kabul edilebilmesi için belirtilen şartlara ek olarak, malı kazanç elde amacıyla sunmuş olması gerektiğidir. Zira, ivazsız olarak malı sunan kişinin satıcı olarak kabul edilemeyeceği belirtilmektedir⁷⁰.

⁶⁶ Tamer İnal, **Tüketici Hukuku**, 3. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara 2014, s.214.

⁶⁷ Zevkliler, Özel, s. 97; İnal, Tüketici Hukuku, s. 214 ;

⁶⁸ Aydoğdu, ss.64-65.

⁶⁹ Kalkan, s.48.

⁷⁰ Zevkliler/Aydoğdu, 486; İnal, **Tüketici Hukuku**, s. 347.

2. Satıcının Sorumluluğunun Hukuki Niteliği

Üründeki ayıp nedeniyle, sorumluluğu doğacak bir diğer kişi satıcıdır. Bu husus genel kanun olan TBK m.219'da satıcının ayıpla mala ilişkin sorumluluğu *“Satıcı, alıcıya bildirdiği niteliklerin satılarda bulunmaması nedeniyle sorumlu olmakla birlikte, nitelik veya niteliği etkileyen niceliğine aykırı olan, kullanım amacı bakımından değerini ve alıcının ondan beklediği faydaları ortadan kaldıran veya önemli ölçüde azaltan maddi, hukuki ya da ekonomik ayıpların bulunmasından da sorumlu olur. Satıcı, bu ayıpların varlığını bilmeseydi onlardan sorumludur.”* şeklinde ve özel nitelikli kanun olan TKHK m.9/I'de, bu düzenlemeye uygun olarak *“Satıcı, malı satış sözleşmesine uygun olarak tüketiciye teslim etmekle yükümlüdür.”* şeklinde ifade edilmiştir. Bu doğrultuda, satıcının, alıcıya, üründe bulunduğunu vadettiği nitelikler ile ürünün kullanım amacını azaltan veya ondan beklenen faydayı tamamen veya önemli ölçüde ortadan kaldıran niteliklerin bulunmasından doğan sorumluluk, ayıba karşı tekeffül (ayıptan doğan sorumluluk) olarak nitelendirilmektedir⁷¹.

Satıcının ayıptan sorumluluğunun kapsamı, kural olarak maddi mal satışları ile sınırlıdır. İşletme ve teşebbüs satışları hariç olmak üzere, alacağın devri gibi hak satışlarda satıcının sorumluluğu söz konusu olamayacağı aynı şekilde, fikri ve sınai haklarla üyelik kazanımı gibi maddi olmayan diğer malların devir ve satımı hakkında da ayıptan sorumluluğu ilişkin hükümlerin uygulanamayacağı belirtilmektedir⁷².

TBK m.219 vd hükümleri incelendiğinde, satıcının malı ayıpsız teslim etme borcunun kaynağına ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır⁷³. TKHK bakımından ise, m.8'de ayıplı mal *“tüketiciye teslimi anında, taraflarca kararlaştırılmış olan örnek ya da modele uygun olmaması ya da objektif olarak sahip olması gereken özellikleri taşımaması nedeniyle sözleşmeye aykırı olan maldır. Ambalajında, etiketinde, tanıtma ve kullanma kılavuzunda, internet portalında ya da reklam ve ilanlarında yer alan özelliklerinden bir veya birden fazlasını taşımayan; satıcı tarafından bildirilen veya teknik düzenlemesinde tespit edilen niteliğe aykırı olan;*

⁷¹ Seyfullah Edis, **Türk Borçlar Hukukuna Göre Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu**, Ajans-Türk Matbaası, Ankara 1963, s.21; Eren, s. 100; Özel, s.105.

⁷² Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 101.

⁷³ Kalkan, s. 155.

muadili olan malların kullanım amacını karşılamayan, tüketicinin makul olarak beklediği faydaları azaltan veya ortadan kaldıran maddi, hukuki veya ekonomik eksiklikler içeren mallar da ayıplı olarak kabul edilir.” şeklinde tanımlanmıştır. Bu düzenlemeler doğrultusunda, satıcının ayıba karşı tekeffül borcunun ferî bir borç olduğu ve kanundan kaynaklandığını belirten görüşler bulunmaktadır⁷⁴. Ancak kanaatimizce, ayıp bir sözleşmeye ayrılık olarak düzenlenmiş olup, TKHK kapsamında, satılanı ayıpsız olarak ifa borcunun sözleşmeden doğduğu anlaşılmaktadır⁷⁵.

Bununla birlikte, TBK m. 219/II hükmü ile satıcının, üründe bulunan ayıpların varlığını bilmesee dahi, sorumlu olacağı düzenlenmiştir. Bu anlamda satıcının ayıptan sorumluluğunun doğması için kusurun varlığı aranmamaktadır⁷⁶. TKHK’da satıcının sorumluluğuna ilişkin bu yönde açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durumda, genel kanun olan TBK, satıcının sorumluluğuna ilişkin kusursuz sorumluluğun, TKHK bakımından da kabul edilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla, TKHK kapsamında da satıcının ayıplı üründen sorumluluğunda kusurun aranmaması gerekmektedir. Zira, satıcının ayıplı maldan sorumlu olmayacağına ilişkin hükümlerde, üründe bulunan ayıbı bilmemesine dair bir düzenleme bulunmamaktadır. Satıcının, tüketici ile yapmış olduğu bir sözleşmede, ayıptan kusursuz olarak sorumlu olduğu kabul edilmelidir⁷⁷.

Satıcının ayıplı mal nedeniyle sorumluluğunun hukuki niteliğine ilişkin doktrinde çeşitli görüşler bulunmaktadır. Bunlar, hata, sözleşme öncesi sorumluluk (culpa in contrahendo), garanti sözleşmesi, kötü ifa, kendine özgü yapısı olan (sui generis) bir kurum, risk esasına, varsayım esasına ve hakkaniyet esasına dayanan görüşler olup⁷⁸, başlıca iki görüş etrafında toplanmaktadır; garanti görüşü ve ifa görüşü.

⁷⁴ Edis, s. 20; Yavuz, **Ayıplı Maldan Sorumluluk**, s.22; Aslan, s. 97.

⁷⁵ Cevdet Yavuz, **Satıcının Malların Ayıplarından Sorumluluğu**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1989, s. 33; Kahveci, **Sözleşmeden Dönme**, s.38; Zevkliler/Özel, s. 148; Sözleşmeye aykırılık, ayıplı ifayı da içine alan geniş bir kavram olmakla birlikte, aluid ifa, eksik ifa, fazla ifa, geç ifa ile montaj hatalarının da ayıplı ifa içinde değerlendirildiği, bu şekilde birden fazla kavramın sözleşmeye aykırılık içerisinde ele alınmasının Anglo Sakson hukukunda rastlandığı, tüketici sözleşmelerine uygulanmayan CISG düzenlemesinden kaynaklandığı belirtilerek eleştirilmiştir. Ancak, bu durumun AB’ye uyum çerçevesinde hazırlanan 1999/44/AT direktife uygun düzenleme amacıyla yapılmış olduğu belirtilmiştir. Aydoğdu, **Öneriler**, s.32.

⁷⁶ Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, s.101; Zevkliler, Gökyayla, s. 118.

⁷⁷ Kalkan, s. 156.

⁷⁸ Yavuz, **Malın Ayıplarından Sorumluluk**, ss. 20-27.

Garanti görüşüne göre, satıcı, malı ayıpsız olarak teslim ve ifa külfeti altında değildir. Satılan ürün satış anında hangi durumdaysa, satıcı malı bu haliyle teslim etmekle yükümlüdür. Satıcının zilyetliği ve mülkiyeti devir borcu, ürün sözleşme anında hangi durumdaysa, ifa anında da aynı durumda devretmesi ile yerine getirilmiş kabul edilmektedir. Satıcı teslim etmiş olduğu ürünün ayıplı olması halinde sorumlu olacaktır⁷⁹.

Doktrinde hakim görüş olan ifa teorisine göre ise, satıcının, satılan ürünü ayıpsız olarak teslim etmesi de ifa etme yükümlülüğü içerisindedir. Satılan ayıplı olması halinde, satıcı, ifa yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirememiş olması nedeniyle sorumlu bulunmaktadır. Bu görüşe göre, taraflar, ayıpsız bir malın teslimi konusunda zımnen anlaşmaya varmış oldukları kabul edilmektedir⁸⁰. İsbetli olarak, alıcı, vaad edilen niteliklere uygun, kendisinden beklenen faydayı gösteren, ayıpsız bir ürün sözleşme kurumuş ve ücret ödemiştir. Satıcının, alıcının bu beklentileri yerine ayıplı bir mal teslim etmesi nedeniyle sorumluluğu kabul edilmektedir. Bu nedenle ifa görüşünün temelinde, taraflar arasındaki ifa edimi bulunduğu belirtilmiştir⁸¹.

D. Kozmetik Ürün Uygulayanın Sorumluluğu

1. Kozmetik Ürünleri Uygulayan

Kozmetik ürünler nedeniyle, üretici ve satıcının meydana gelen zararlardan doğan sorumluluğuna ilişkin açıklamamızın ardından, kozmetik ürünlerin uygulanması halinde doğan zararların sorumluluğu, süjesi ve sorumluluk şartlarının da ele alınması gerekmektedir.

Kozmetik ürünü satın alıp uygulamayı kendisi yapan tüketici, şartlara bağlı olarak üretici veya satıcıdan zararlarının tazminini talep edebilmektedir. Ürün, tüketicinin kendisi değil, bir başka kişi aracılığıyla uygulandığında, uygulayanın

⁷⁹ Yavuz, **Malın Ayıplarından Sorumluluk**, ss. 20-21; Edis, ss.25-29; Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, s. 101.

⁸⁰ Yavuz, **Malın Ayıplarından Sorumluluk**, ss. 22-25; Fahrettin Aral, **Türk Borçlar Hukukunda Kötü ifa**, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2011, s. 105; Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, s.101; Kalkan, s. 154.

⁸¹ Kalkan, s. 154.

sorumluluğu, niteliği ve şartlarının da incelenmesi gerekmektedir. Kozmetik uygulaması, özel eğitim gerektiren ve önemli derecede yan etkileri bulunan bir uygulamadır. Örneğin, peeling işlemi ile kimyasal maddeler gözetim altında belirli oranlarda uygulanarak ciltte kontrollü tahribata yol açılmaktadır⁸². Dikkatli ve özenli uygulama yapılmaması halinde ciddi zararlara yol açılabilmektedir. Bu nedenle sorumluluğun tespit edilebilmesi önem taşımaktadır.

Kozmetik ürün uygulayıcıları, detaylı olarak ele alacağımız üzere, tüketici ile aralarında bulunan hizmet ilişkisi sonucunda, TKHK kapsamında, sağlayıcı olarak kabul edilmelidir. Sağlayıcı, TKHK m.3/I-1 ile “*Kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye hizmet sunan ya da hizmet sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişi*” şeklinde düzenlenmiştir. Görüleceği üzere, sağlayıcı tanımı oldukça geniş düzenlenmiş olup, farklı hukuki niteliğe sahip işlemlerin tüketici karşısındaki tanımını ifade etme amacıyla bu düzenleme öngörülmüştür. Bu doğrultuda, sağlayıcı olmanın şartları, gerçek veya tüzel kişi olmak, kamu tüzel kişisi veya özel işletme sahibi olmak, bir hizmeti ticari veya mesleki amaçlarla, bedeli karşılığında tüketiciye sunmaktır⁸³.

Düzenlemede yer alan işletme kavramı, Türk Ticaret Kanunu’nda yer alan ticarî işletmeyle sınırlı olmayıp; esnaf, kamu kurum ve kuruluşları ile vakıf ve dernekler de TKHK’da yapılan tanım kapsamında faaliyetlerde bulunuyorlarsa, sağlayıcı sayılabilmektedirler⁸⁴. Bununla birlikte, TKHK’da sağlayıcının geniş bir şekilde tanımlanmış olması nedeniyle, sözleşmenin diğer tarafının tacir, esnaf veya serbest meslek mensubu olmasının bir önemi bulunmamaktadır⁸⁵. Zira, önemli olan, tüketici olarak kabul edilen kişiye mal veya hizmet sunulmuş olmasıdır. Bu nedenle, hizmetin kimin tarafından sunulduğu, tüketiciyi korumanın kapsamı yönünden önem taşımamaktadır⁸⁶.

Kozmetik ürün uygulayıcısı, tüketiciye ürünün çeşitli şekillerde tatbik edilmesi şeklinde hizmet vermesi sebebiyle, sağlayıcı olarak kabul edilmekte olup,

⁸² Ülker Gül, “**Kozmetoloji Nedir ve Kapsadığı Alanlar Nelerdir?**”, Adli Kozmetoloji (Ed.Ülker Gül, Leyla Didem Kozacı, İ. Hamit Hancı), Ankara, 2018, Seçkin Yayınları, s.11.

⁸³ Tiryaki, s. 31; Aslan, s. 6.

⁸⁴ Zevkliler, Aydoğdu, s. 86.

⁸⁵ Aslan, s. 45.

⁸⁶ Zevkliler, Aydoğdu, s. 86; Hasan Petek, **Tıbbî Müdahalelerden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Uygulanması**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 15, Özel Sayı.,2014 , s.969-1017, s. 978.

uygulayıcı olarak çoğunlukla hekimler ve Milli Eğitim Bakanlığı tarafından 3308 sayılı Meslek Eğitim Kanunu uyarınca verilen sertifikalı eğitim programı mezunları, estetisyenler, uzmanlar ile karşılaşmaktadır. Bu kişiler bağımsız olarak hizmet sunabilmekle birlikte, bir kurum çatısı altında da çalışabilirler. Bağımsız çalışmaları halinde gerçek kişi sağlayıcı olacaklardır. Ancak, bağımsız olarak değil, bir kurum çatısı altında çalışıyorlar ise, hekim veya uzmanı çalıştıran kurum tüzel kişiliği sağlayıcı konumundadır⁸⁷.

Bağımsız çalışarak, kozmetik uygulayan kişiler genellikle hekimler olmaktadır. Bağımsız çalışan hekim ile ürün uygulanan tüketici arasında, sözleşmesel ilişkisi, vekaletsiz iş görme ilişkisi ve haksız fiil ilişkisi bulunabilir. Olayın özelliklerine göre, sözleşme öncesi sorumluluğun meydana gelmesi de mümkündür⁸⁸. Tüketici ile uygulayan hekim arasında hekimlik sözleşmesi veya tedavi sözleşmesi olarak adlandırılan sözleşmesel ilişki bulunduğu kabul edilmektedir. Kozmetik ürün uygulananın sorumluluğu, taraflar arasındaki sözleşme ilişkisinden doğmaktadır⁸⁹.

Kozmetik uygulamaları da dahil olmak üzere, çeşitli teşhis ve muayene hizmetinin verildiği kurumların başında genellikle özel veya kamu sağlık kuruluşları gelmektedir. Özel sağlık kuruluşları, ayakta teşhis ve tedavinin yapıldığı, yataklı teşhis ve tedavinin verilmediği kuruluşlardır. Özel sağlık kuruluşları, Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik hükümleri doğrultusunda hizmet veren özel muayenehaneler, sağlık merkezleri, poliklinikler, cerrahi müdahale birimleridir. Yataklı teşhis ve tedavi sunan özel sağlık kurumları ise 2219 sayılı Hususi Hastaneler Kanunu çerçevesinde faaliyette bulunan Özel hastanelerdir. Teşhis ve tedavi hizmetlerinin sunulduğu bütün sağlık kuruluşlarının, TKHK kapsamında sağlayıcı olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Madde metninden de anlaşıldığı üzere, sağlayıcı olarak kabul edilebilmesi için gerçek ve tüzel kişinin hizmet sunuyor olması yeterlidir⁹⁰.

⁸⁷ Petek, **Tıbbi Müdahale**, s. 979.

⁸⁸ Hakan Hakeri, **Tıp Hukuku**, 13. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018, s. 735.

⁸⁹ Hasan Tahsin Gökcan, **Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk**, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017, s. 967.

⁹⁰ Hayrunnisa Özdemir, **Sağlık Hukuku Alanında, Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi**, Yetkin Kitapevi, Ankara 2017, s.72.

Teşhis ve tedavi hizmeti sunan işletmeler dışında, İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına İlişkin Yönetmelik uyarınca, sıhhi müessese olarak kabul edilen güzellik merkezlerinde de, kozmetik ürün uygulaması gerçekleştirilmektedir. Bu işletmeler de, tüketiciye ticari ve mesleki amaçla hizmet sunuyor olması nedeniyle, TKHK kapsamında, sağlayıcı olarak kabul edilmelidir.

Bu nedenle, müdahaleden veya uygulamadan zararlı sonucun doğması halinde, kural olarak, hekim değil işletme sağlayıcı olarak sorumlu olacaktır⁹¹. Ancak, hekimin mesleki kusurunun bulunması halinde, meydana gelen zarardan, bağlı olduğu kuruma ve uygulamayı gerçekleştirdiği kişiye karşı TBK m. 49 hükümleri uyarınca haksız fiil sorumluluğu bulunmaktadır⁹². Zira, sözleşme, tüketici ile kurum arasında kurulmaktadır. Bu durumda, hekimin, tüketiciye uygulama nedeniyle vermiş olduğu zararlardan dolayı haksız fiil hükümleri uyarınca sorumluluğunun bulunması gerekmektedir. Hekimin zarar verici her eylemi esasen bir hukuka aykırılık teşkil etmekle birlikte, sözleşmenin tarafını oluşturması halinde, sözleşmeye aykırılık, sözleşmenin tarafı olmaması halinde ise haksız fiil hükümleri uygulama alanı bulacaktır⁹³.

Kamu tüzel kişileri ile özel hukuk tüzel kişileri, teşhis ve tedavi hizmetini kazanç sağlama ve ticarî veya meslekî amaçlarla yerine getiriyorsa, TKHK anlamında sağlayıcı olarak kabul edilirler. Kamu kurum ve kuruluşlarına ait hastaneleri ve sağlık kuruluşları ise, özel hukuk kapsamında yer alan ve ticari nitelik taşıyan bir sözleşme ilişkisine değil de, kamu hukukundan doğan bir sağlık hizmeti sunulması söz konusuysa, TKHK kapsamında sağlayıcı konumunda olamayacağı ve bu hükümlerin uygulanamayacağı kabul edilmelidir⁹⁴.

⁹¹ Yargıtay, meydana gelen zarar bakımından, özel hastane ile hasta arasındaki sözleşmesel ilişki kurulduğunu ve bu ilişkinin hukuki mahiyetinin vekalet sözleşmesine dayandığına karar vermiştir. Bkz: Yargıtay HGK 11.12.2002, 2002/13-1011, 2002/1047. (Kazancı İçtihat Bankası)

⁹² Gökcan, s.967.

⁹³ Hakeri, s.737.

⁹⁴ Petek, **Tıbbi Müdahale**, s.981, Yargıtay kararında, kamu hastanesinde çalışmakta olan hekimin hatalı eylemi nedeniyle hizmet kusuru kapsamında dava açılmayacağı, kendisine rücu edilmek koşulu ile idare aleyhine tazminat davası açılabileceğini belirtmiştir. Bkz. Yargıtay 13. HD 10.06.2002, 2002/5171, 2002/6918. (Kazancı İçtihat Bankası)

2. Kozmetik Ürünleri Uygulamanın Hukuki Niteliği

a. Eser Sözleşmesi Bakımından

Eser sözleşmesi TBK m.470 ile m.486 arasında düzenleme alanı bulmaktadır. TBK m.470’te eser sözleşmesi, “*yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, taahhüt ettiği, iş sahibinin ise karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşme*” olarak ifade edilmiştir.

Eser sözleşmesi bir iş görme sözleşmesi olmakla birlikte, temel unsur çalışmanın kendisinden ziyade, çalışmanın sonucu ve objektif olarak görülmesi mümkün olan sonuçtur⁹⁵. Eser sözleşmesinin taraflarını iş sahibi ve yüklenici oluşturmaktadır. İş sahibi, eseri ısmarlayan kimse, yüklenici ise, eseri meydana getirmeyi taahhüt eden kişidir. Eser sözleşmesi ile iş sahibi belirli bir bedel ödemeyi, yüklenici de bu bedel karşılığında bir eser meydana getirmeyi borçlanır. Bu bakımdan yüklenici bir iş görme edimini üstlenmektedir⁹⁶. İş görme ediminin konusunu oluşturan eser kavramını da incelemek gerekmektedir. Yüklenicinin meydana getirmeyi taahhüt ettiği eser maddi olabileceği gibi, maddi olmayan örneğin bir fikir ve sanat eseri de olabilir. Bu doğrultuda eser, maddi bir varlık, bir cisim şeklinde meydana gelen çalışma sonuçları örneğin; havaalanı, yol, baraj gibi tanımlanmakla birlikte, maddi bir varlık şeklinde ortaya çıkmayan bilim ve sanat eserleri, bina proje ve çizimleri, sipariş üzerine hazırlanan bir bilgisayar yazılımı gibi fikir ürünleri de olarak da tanımlanabilir⁹⁷. Eser meydana getirmek, tamamen yeni bir şey ortaya çıkarma anlamı yanında, mevcut bir eşyayı tamir etmek, şeklini değiştirmek, temizlemek şeklinde de olabilmektedir⁹⁸.

Doktrindeki baskın görüşe göre, eser sözleşmesinin temel özelliği, iş görme sonucu meydana gelen maddilik değil, yüklenicinin bir çalışma sonucunu üstlenmesi, taahhüt etmesidir. Bu sözleşme ile yüklenici, diğer sözleşmelerden bağımsız olarak, edim sonucunu öngören sözleşmeler için, temel sözleşme tipini oluşturmaktadır. Türk Borçlar Kanununda, eser sözleşmesi dışında edim sonucunu doğrudan öngören

⁹⁵ Aydoğdu, Kahveci, s. 655; Yusuf Büyükay, **Eser Sözleşmesi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 30.

⁹⁶ Aydoğdu, Kahveci, s. 655; Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, s.584.

⁹⁷ Yavuz, s. 436; Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, s. 590.

⁹⁸ Aydoğdu, Kahveci, s. 655.

bir sözleşme tipi düzenlenmemiş olduğundan, maddi bir esas ve dayanağı olmayan sonuç sözleşmelerinin de eser sözleşmelerine dahil edilmesi gerekmektedir⁹⁹.

Maddi varlığı olmayan işgörme sonuçları, borçlunun üstlendiği sonucu yerine getirme konusunda yeterli olması halinde, eser kavramı içinde yer alacaktır. Ancak, bağımsız bir bütünlük oluşturmayan, borçlunun meydana getirmekte yetersiz olduğu veya yetersiz olacağı objektif olarak anlaşılan işgörme sonuçları, eser olarak kabul edilemez. Örneğin, bir hastanın bakım ve tedavisi, bir öğrenciye ders verilmesi, bir davanın takibi mutlaka başarı ile sonuçlandırılmayabileceği için eser olarak kabul edilemeyecektir¹⁰⁰. Bununla birlikte, sonucun hekim tarafından garanti edilebildiği, diş implantı, protez diş gibi uygulamalarda eser sözleşmelerinin eser sözleşmesi olarak kabul edilebileceğine dair görüşler bulunmaktadır¹⁰¹. Yargıtay, bazı kararlarında, estetik ameliyatları, sonucun hekim tarafından taahhüt edilebiliyor olması nedeniyle eser sözleşmesi olarak kabul etmiştir¹⁰².

Eser sözleşmesi, iki tarafa borç yükleyen ivazlı bir sözleşmedir. Yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi yüklenmesi karşılığında işsahibi, yükleniciye bir bedel ödemek zorundadır. Bu unsur, eser sözleşmesinin esaslı noktasını oluşturmaktadır¹⁰³. Zira, bedelsiz bir eser meydana getirilmesi halinde, eser sözleşmesi değil, bağışlama sözleşmesi söz konusu olur¹⁰⁴.

İşsahibi ve yüklenici gerçek kişi veya tüzel kişi olabilmektedir¹⁰⁵. Kozmetik ürün uygulayıcısının sorumluluğunun eser sözleşmesi kapsamında olduğu kabul edilmesi halinde, kozmetik ürünün uygulanması bakımından, işsahibi edimin niteliği gereği genellikle gerçek kişi olmakla birlikte (bağımsız çalışanlar), yüklenici gerçek ve tüzel kişi (özel hastaneler, poliklinikler) olabilmektedir. Bu doğrultuda, uygulayıcı bağımsız olarak çalışmayıp, bir kurumda çalışan kişi tarafından uygulama yapılıyor ise, hizmeti veren kurum yüklenici sıfatını taşıyacaktır.

Eser sözleşmesinde, aksi kararlaştırılmadıkça, yüklenici eseri başkasına yaptırabilir. Ancak, işsahibinin yüklenicinin kişiliği, yetenek ve becerilerini göz

⁹⁹ Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, s. 591.

¹⁰⁰ Aydoğdu, Kahveci, s. 746.

¹⁰¹ Gökcan, s.970.

¹⁰² 15. HD 08.06.2006, 2005/7988 2006/3417, 15. HD 14.11.2008, 2008/969, 2008/6813. (Kazancı İçtihat Bankası)

¹⁰³ Yavuz, s. 437; Büyükay, s. 31; Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, s.581.

¹⁰⁴ Aydoğdu, Kahveci, s. 657.1

¹⁰⁵ Yavuz, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, s.435.

önünde tutarak sözleşme yaptığı, kişisel edimin ağır bastığı durumlarda yüklenici edimi bizzat yerine getirmek zorundadır¹⁰⁶. Kozmetik ürünün uygulanması söz konusu olduğunda, burada iş sahibi yüklenicinin edimi bizzat yerine getirmesi isteyebilir. Örneğin, yüze uygulanacak olan bir kimyasal ürünün, gerekli dozdan daha fazla uygulanması halinde ciddi yanıkların oluşacağı biliniyorsa, iş sahibi, bu konuda uzman olan yüklenici tarafından bir uygulayıcının işlemi gerçekleştirilmesini isteyebilir.

Eser sözleşmesinde malzeme kural olarak, yüklenici tarafından getirilmektedir. Eserin ayıplı olmasında halinde, yüklenicinin ayıba karşı tekeffül yükümlülüğü bulunmakla birlikte, malzemelerin ayıplı olması halinde, iş sahibine karşı, satıcı gibi sorumlu olacaktır. Malzeme, iş sahibi tarafından temin edilmişse, yüklenicinin, malzemelerin eserin yapımına uygun nitelikte olup olmadığını kontrol etmekle yükümlüdür. Malzemelerin ayıplı, kullanmaya elverişli olduğunu tespit etmesi halinde, iş sahibine bildirmesi gerekmektedir. Aksi takdirde, hem TBK m. 472/II-III hükmü uyarınca, hem de sözleşmeye aykırılık nedeniyle TBK m. 112 çerçevesinde sorumluluğu doğacaktır¹⁰⁷.

Eser sözleşmesi ile yüklenicinin meydana getirdiği eseri teslim ve mülkiyeti geçirme yükümlülüğü bulunmaktadır. TBK m. 470’de eserin teslimine dair lafzi bir düzenleme bulunmasa da, devamında yer alan m.474/I, 479/I,II, 483/I hükümlerinde eserin tesliminden bahsedilmektedir¹⁰⁸. Teslim ifadesinden anlaşılması gereken, eserin bir bütün olarak tamamlanmış halde olması ve iş sahibinin hakimiyet alanına sokulmasıdır¹⁰⁹.

Yüklenicinin meydana getirdiği eserin taşınır veya taşınmaz maddi bir mal olması halinde, teslim, zilyetliğin geçirilmesi ile birlikte mülkiyetinin de iş sahibine devredilmesi ile gerçekleşmektedir. Taşınır niteliğindeki eserlerde aynı sözleşme ve zilyetliğin devri fiilinin, taşınmaz eserlerde ise tescil talep ve fiilinin gerçekleşmesi ile eser mülkiyeti devredilir. Teslim ile birlikte yarar ve hasar iş sahibine geçer bu sayede, yüklenicinin ücret alacağı muaccel hale gelecektir. Eserin teslimi sonrasında,

¹⁰⁶ Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, s.608-609; Canan Ruhi, Ahmet Cemal Ruhi, “**Eser Sözleşmesi ve Eser Sözleşmesinden Kaynaklanan Davalar**”, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 35.

¹⁰⁷ Aydoğdu, Kahveci, s. 662.

¹⁰⁸ Yavuz, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, s. 454.

¹⁰⁹ Zevkliler, Gökyayla, s. 487; Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, s. 622.

malda bir ayıp bulunması halinde, yüklenici, işsahibine karşı ayıbı üstlenme borcu bulunmaktadır¹¹⁰.

b. Vekalet Sözleşmesi Bakımından

Vekalet sözleşmesi, TBK m. 502’de “*vekilin vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı üstlendiği sözleşme*” olarak düzenlenmiştir.

Vekalet sözleşmesi, vekilin, vekalet verenin menfaatine ve iradesine uygun olarak, işin sonucunun elde edilememesi rizikosunu kendi üzerinde olmaksızın, işin idaresini veya hizmetin ifasını üstlendiği bir işgörme sözleşmesidir. Hukuki niteliği itibari ile tek taraflı bir borç sözleşmesidir¹¹¹. Vekil bir başkasının işini görmekte ve onun çıkarına uygun surette hareket etmektedir. İş görme kavramı ise, iradeye bağlı olan tüm kişisel davranış biçimleri şeklinde geniş olarak yorumlanmaktadır. Bu doğrultta, emek harcayarak bir işin yapılması, bir sözleşmenin hazırlanması, vekalet veren adına alım satım işlemi yapılması, vekalet sözleşmesi bakımından işgörme kavramı içerisinde yer alır. Ancak, evlenme, evlat edinme gibi kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar olması ve kişinin bizzat kendisi tarafından yapılması gereken işler vekalet sözleşmesinin konusunu oluşturmamaktadır¹¹².

Vekalet sözleşmesi geniş bir iş görme yelpazesi sunduğundan, çeşitli biçimde ortaya çıkabilmektedir. Avukatın davayı takip etmesi ve yürütmesi, hekimin hastayı tedavi etmesi, bir öğrenciye özel ders verilmesi, bir mühendis veya mimarın bina yapım projesini denetlemesine dair anlaşmaya varılması vekalet sözleşmesinin tipik örneklerindendir¹¹³.

Vekalet sözleşmesinde, hiç şüphesiz vekilin üstlendiği iş nedeniyle belirli bir sonuç doğabilir. Ancak, bu sonuç vekil tarafından sözleşme ile garanti edilmemektedir. Dolayısıyla vekilin böyle bir borcu da bulunmamaktadır. Böyle bir sonucun meydana gelmemesi halinde vekil, gerekli özeni gösterdiği takdirde bundan

¹¹⁰ Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, ss. 621-623.

¹¹¹ Vehbi Umut, Erkan, “ **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Vekâlet Sözleşmesinde Vekâlet Veren Ücret Ödeme Borcu Dışındaki Diğer Borçları**”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:62, Sayı:2 2013, s.442.

¹¹² Aydoğdu, Kahveci, ss.681-682.

¹¹³ Yavuz, s.523; Zevkliler, Gökyayla, s.599.

sorumlu tutulamayacaktır. Vekilin üstlenmiş olduğu edim, belirli bir sonucu meydana getirmeye yönelik olmadığı için, işi özenle yürütmüş olması yeterlidir.

Vekalet sözleşmesi ile vekilin üstlenmiş olduğu bir eseri, bir hizmeti yerine getirmek değil, bir faaliyette bulunmayı taahhüt etmektedir¹¹⁴. Örneğin, bir doktor hastasını iyileştirmek için tıbbi her türlü yöntemi denese fakat, hastanın daha da kötüleşmesi halinde doktorun sorumluluğu bulunmamaktadır. Aynı şekilde, bir davanın takibini yapan avukat, hukuki olarak mümkün olan tüm yolları denemesine rağmen olumsuz sonuç alınması, davanın kaybedilmesi halinde sonuçtan sorumlu tutulamayacaktır. Zira, vekalet sözleşmesinde sonucun taahhüt edilmesi, temel unsur değildir¹¹⁵.

Vekalet sözleşmesi, bir şemsiye ya da torba işgörme sözleşmesidir. TBK m. 502/II hükmü ile “*Vekâlete ilişkin hükümler, niteliklerine uygun düştükleri ölçüde, bu Kanunda düzenlenmemiş olan işgörme sözleşmelerine de uygulanır.*” vekalet sözleşmesinin diğer işgörme edimli sözleşmelere kıyasen uygulanabileceği düzenlenmiştir¹¹⁶. Bu düzenleme ile iş görme sözleşmelerinin vekalet sözleşmesi olarak kabul edilmemekte, vekaletle ilişkin hükümler kanunda düzenlenmemiş olan işgörme sözleşmelerine uygun düştüğü ölçüde uygulanabilmektedir¹¹⁷.

Vekalet sözleşmesinde güven unsuru önemli bir rol oynamaktadır. Bu nedenle vekil, işi şahsen yürütmek zorundadır. Ancak, vekil iş görme borcunu yerine getirirken, asli nitelikte olmayan ikinci nitelikteki işlerde üçüncü kişilerden yardım alabilir. Vekil bu kişilerin vermiş olduğu zararlar nedeniyle TBK m.116 yardımcı kişilerin fillerinden sorumluluk hükmü uyarınca sorumlu olacaktır. Bununla birlikte, TBK m.506/I ve m.507 düzenlemeleri ile vekalet konusu işin üçüncü bir kişiye yaptırılmasına istisnai olarak imkan tanınmıştır. Vekilin, kendi adı ve namına üstlendiği iş görme borcunun yerine getirilmesi için üçüncü bir kişiyle sözleşme yapması halinde alt vekalet olarak nitelendirilmektedir. Vekilin şahsen işgörme borcunun istisnalarını teşkil etmektedir. Alt vekil TBK m. 116’da yer alan yardımcı

¹¹⁴ Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, s.712.

¹¹⁵ Zevkliler, Gökyayla, s. 602.

¹¹⁶ Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, s.698; Aydoğdu, Kahveci, s. 680.

¹¹⁷ Zevkliler, Gökyayla, s. 603.

kişi değildir, aksine kendi sorumluluğu altında bağımsız olarak hareket eden, yetkilendirilmiş/atanmış vekildir¹¹⁸.

Asıl vekilin, bir başkasına vekalet vermeye yetkili olması halinde, TBK m.507/II hükmü doğrultusunda, alt vekili seçme ve talimat vermede kusuru bulunursa sorumlu olacaktır Bunun dışında, asıl vekilin, alt vekilin yapmış olduğu işlem ve eylemlerden doğan zarara ilişkin bir sorumluluğu bulunmayacaktır. Ancak, asıl vekilin, vekalet vermeye yetkisi bulunmuyor ise yetkisi dışında hareket edip, sözleşmeye aykırı davranmış olması sebebiyle, oluşacak zararlardan sorumlu olacaktır¹¹⁹.

Vekilin işi bizzat görme borcu, yerine getirilecek sözleşme konusu iş hakkında, vekilin uzman olmasından kaynaklanmaktadır. Vekalet sözleşmesi, vekalet veren bakımından güven temelinde kuruluyor olmakla birlikte, güven ilişkisi her zaman tek taraflı olmayabilir. Vekilin de, vekalet verene güven duyması, işin görülmesi sırasında, vekalet verenin doğru bilgi ve belgeleri vermiş olması bakımından önem taşımaktadır. Örneğin, tedaviyi gerçekleştirecek doktora, hasta tarafından doğru bilgilerin verilmesi veya kozmetik ürünü uygulayana kullanılacak ürüne dair alerji probleminin olup olmadığı konusunda dürüst davranması, görülen işin ifası için önemlidir¹²⁰.

Vekalet sözleşmesinin tipik özelliklerinden bir diğeri, bağımsızlık unsurudur. Vekil, vekalet verenin iradesine uymak ve menfaatine hareket etmekle yükümlü olmasına rağmen, bu durum taraflar arasında iş sözleşmesinde olduğu gibi işçi işveren bağımlılığı bulunmamaktadır. Vekil kural olarak, işini gördüğü kişiye zaman ve mekan olarak bağlı değildir¹²¹.

Maddi nitelik taşımayan eserler bakımından hangi sözleşme kapsamına dahil olduğuna dair ayırım yapmak zaman zaman daha zor olabilmektedir. Bu nedenle, taraflar arasındaki ilişkinin belirlenmesi bakımından, borçlu, üstlendiği sonucu objektif olarak yerine getirebilecek durum, yetenek ve imkana sahip ise eser

¹¹⁸ Yavuz, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, ss. 548-549; Şafak Parlak, Levent Börü, **Alt Vekalet**, Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 96, 2011, s. 20.

¹¹⁹ Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, ss.724-728..

¹²⁰ Zevkliler, Gökyayla, s. 601.

¹²¹ Aydoğdu, Kahveci, s. 601.

sözleşmesi, bu niteliklerden bahsedilemiyorsa vekalet sözleşmesi olacağı belirtilmektedir¹²².

c. Eser Sözleşmesi ve Vekalet Sözleşmesi Arasındaki Farklar Bakımından

Kozmetik ürün uygulayıcısının hukuki sorumluluğunun hangi sözleşme ilişkiden kaynaklandığını tespit edebilmek için, vekalet sözleşmesi ve eser sözleşmesinin farklarına bakılması gerekmektedir.

Vekalet sözleşmesi ile eser sözleşmesi belli başlı noktalarda birbirlerinden ayrılmaktadır. Vekalet sözleşmesi ile vekil, belli bir işi yürütme borcu altına girer; işin sonucuna ilişkin bir taahhütte bulunmaz. Zira, vekilin yükümlendiği borç, bir işin veya faaliyetin sadakat ve özenle yürütülmesidir¹²³. Eser sözleşmesi ile yüklenici maddi ve gayri maddi bir sonuç yaratmak zorundadır ancak vekalet sözleşmesinde vekilin bir sonuç yaratma zorunluluğu bulunmamakla birlikte, işin niteliği gereği bir sonuç da yaratabilmektedir. Ancak, vekalet ilişkisinde, temel unsur sonucun yaratılma taahhüdü değildir. Nitekim, vekil edim sonucundan değil, edim eyleminin yerine getirilmesinden sorumludur¹²⁴.

İki sözleşme türü arasındaki en önemli fark, sorumluluk alanında doğmaktadır. Vekil, üstlendiği iş nedeniyle sebep olduğu zararlardan TBK m.506 vd hükümleri doğrultusunda kusuru oranında sorumlu olurken, yüklenici, kusuru olmasa dahi taahhüt ettiği eserdeki ayıplardan TBK m.474 vd uyarınca sorumludur¹²⁵. Dolayısıyla, vekalet sözleşmesinde meydana gelen zararlarda, vekilin kusuru aranırken, eser sözleşmesinde, yüklenicinin kusuru bulunmasa dahi böyle bir şart aranmayacaktır.

¹²² Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, s. 600; Zekariya Kuşat, “Eser ve Vekalet Sözleşmelerinin Nitelendirilmesi Sorunu ve Nitelendirmenin Hükümü”, İstanbul Üniversitesi Hukuku Fakültesi Mecmuası, Cilt:37, Sayı: 1-2, s.147.

¹²³ Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, s.600.

¹²⁴ Zevkliler, Gökyayla, ss.602, 613; Efrail Aydemir, **Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku**, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s.35.

¹²⁵ Eser sözleşmesinin niteliğini belirleyen unsur iş sahibinin değil, yüklenicinin edim borcudur. Bkz. Büyükkay, s. 36; Eren, **Borçlar Hukuk Özel Hükümleri**, s. 600.

Bunlarla birlikte, bedel unsuru eser sözleşmesinin kurucu özellikleri arasında yer alırken, vekalet sözleşmesinde vekile ücret ödeme, kanuni ve zorunlu bir unsur değildir¹²⁶.

Sözleşmenin feshi noktasında da iki sözleşme arasında fark bulunmaktadır. Vekalet sözleşmesinin tek taraflı feshini düzenleyen TBK m.512’de vekilin sözleşmeyi her zaman sona erdirebileceği öngörülmüştür. Eser sözleşmesinde ise, tek taraflı fesih TBK m.484 uyarınca iş sahibinin eserin yapılmış olan kısmın bedelini ve yüklenicinin tüm zararlarını giderme koşuluyla mümkün kılınmıştır.

d. Görüşümüz

Kanaatimizce, kozmetik ürünün uygulanması bakımından taraflar arasındaki hukuki ilişkinin niteliği vekalet sözleşmesine dayanmaktadır. Tüketici konumunda olan ürün uygulanan kişi, ücret karşılığında, uzman kişiden kozmetik ürünün uygun şekillerde kendisine uygulanmasını beklemektedir. Uygulayıcı tarafından, tüketici/kullanıcıya bir sonuç taahhüt edilmemekte, sadece ürünün uzmanlık kapsamında özenli olarak uygulanma borcu üstlenilmektedir. Dolayısıyla, taraflar arasındaki sözleşme ile bir eser meydana getirilmesi değil kozmetik ürünün uygulanmasına yönelik bir hizmetin yerine getirilmesi kararlaştırılmaktadır.

Doktrinde de bu konuda, belirli bir hizmetin verilmesi amaçlanan bu tip uygulamaların, vekalet sözleşmesi niteliğinde olduğu belirtilmektedir¹²⁷. Yargıtay kararlarında da özellikle hekim ile hasta arasındaki ilişkinin bir vekalet ilişkisi olduğuna karar verilmiştir¹²⁸. Bu karara göre, kalp ameliyatı sırasında hastanın göğsünde sargı bezi unutulması sonucu doğan zarara ilişkin olarak, taraflar arasında bir vekalet sözleşmesinin olduğu, hekimin sözleşmeden doğan dikkat ve özen yükümlülüğünü yerine getirmemiş olduğu belirtilmiştir. Vekilin sorumluluğun temelini ise, iş görme ediminin sonucunun gerçekleşmesi değil, hekimin sonuca

¹²⁶ Zevkliler/Gökyayla, s. 613.

¹²⁷ Zevkliler, Aydoğdu, s.136; Petek, **Tıbbi Müdahale**, s.990, Gökcan, s.969; Bengü Öz, “**Hasta Hekim İlişkisinin TKHK Kapsamında Değerlendirilmesi**”, Teknolojik Gelişmeler Işığında Tıp Hukuku ve Güncel Sorunlar, (Ed: Selin Sert Sütçü), Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018, s.40.

¹²⁸ 13. HD 30.06.2011 2011/7697-10489; Aynı yönde, 13. HD 27.01.2014, 2013/4758- 2014/1897. (Kazancı İhtihat Bankası)

ulaşma sürecinde gerçekleştirdiği iş ve eylemlerinde özenli davranması olarak tespit edilmiştir.

Kozmetik rnler tanımında da yer aldığı üzere insan vücudunun dış kısımlarına uygulanmak üzere hazırlanmış, temel amacı bu kısımları temizlemek, koku vermek, görünümünü değiştirmek, iyi bir durumda tutma olan ürünlerdir. Dolayısı ile kozmetik ürün uygulanması sonucunda tüketicisi tarafından, ürünün vadettiği özellikleri yerine getirmesi bekleniyor olsa dahi sözleşmesinin temel unsuru bu sonuçlar değil, uygulamanın uzman kişi veya yardımcısı tarafından uygulanmasıdır. Doktrinde ve yargı kararlarında da yer aldığı üzere, sözleşme ile hedeflenen, borcun özenli olarak yerine getirilmesidir. Dolayısı ile bu noktada taraflar arasında bir vekalet ilişkisinin bulunduğu, meydana gelen zararlar bakımından, kural olarak vekilin yani uygulayıcının kusuru oranında sorumluluğu söz konusu olacaktır.

İKİNCİ BÖLÜM

ÜRÜN SORUMLULUĞU ÇERÇEVESİNDE KOZMETİK ÜRETİMİNDEN

DOĞAN HUKUKİ SORUMLULUK

I. KOZMETİK ÜRETİCİSİNİN SORUMLULUĞUNUN KOŞULLARI

Kozmetik ürün üreticisinin sorumluluğu, belirtmiş olduğumuz gibi bir kusursuz sorumluluğa dayanmaktadır. Bu bakımdan kozmetik üreticisinin sorumluluğunu oluşturan temel unsurlar, piyasaya sürülen kozmetik ürünün hatalı olması ve hatalı ürünün kullanılmasından ölüm, yaralanma gibi ciddi zararların ortaya çıkması, ürünün kullanımı ve doğan zarar arasında uygun illiyet bağının bulunmasıdır¹²⁹. Kozmetik üreticisinin, sorumluluğunun temelinde, tehlikeyi uzaklaştırma yükümlülüğü bulunmaktadır. Tehlikeyi uzaklaştırma yükümlülüğü ise, tehlikeli faaliyeti sonucunda tehlikeli bir durum yaratan kişinin, bu tehlikeyi önlemek ve üçüncü kişilerin zarar görmesini engellemek için gerekli önlemleri alma yükümlülüğü olarak ifade edilmektedir. Üreticinin bu yükümlülüğü ise planlama ve yapım aşamasında, fabrika ve kontrol aşamasında, piyasaya sürümü aşamasında kullanıcılara karşı bilgilendirme yükümlülüğünün yerine getirilmesi aşamasında ve ürünün piyasaya sürüldükten sonra ortaya çıkan gelişmelere bağlı olarak özenli davranma yükümlülüğü bulunmaktadır¹³⁰. Bu durum, ürünün hatalı olması sebebiyle onu kullanan kişilerin hukuken korunan değerlerinde ortaya çıkan zararlar yüzünden tazminat yükümlülüğünü ifade eder¹³¹.

A. Kozmetik Ürünün Hatalı Olması

1. Genel Olarak Hata

Üreticinin sorumluluğunda, sorumluluğun temelini oluşturan ürünün güvenli olmama unsurunu belirtmek üzere, hata terimi kullanılmaktadır. TKHK ve Ayıplı

¹²⁹ Petek, s. 159.

¹³⁰ Öztan, s. 120-121; Havutçu, s. 28.

¹³¹ İbrahim Kaplan, “İmalatçının Sorumluluğu Üzerine Düşünceler”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt:13, Sayı:1, 1985, s.138.

Mallarla ilgili Yönetmelikte, yeknesaklık sağlanması bakımından, ayıp terimi kullanılmıştır. Ancak, ürünün güvenli olmaması, ayıp terimi ile açıklanmaya çalışılmıştır. Ancak, bu durum, ürünün güvenli olmadığından bahsedilirken, sözleşmesel ilişkiden doğan ayıba karşı sorumluluk kapsamında kullanılan ayıp ifadesi ile karışabilmektedir. Yabancı kaynaklarda ise, ürünün güvenli olmaması kavramını, ayıp terimi yerine, hata terimi ile ifade edilmiştir. Hukukumuzda hata, terimi, irade sakatlıklarından olan hatayı çağırırsa da, üreticinin sorumluluğu konusunda, yaygın olarak kullanılmaktadır¹³². Bu nedenle, çalışmamızda, kozmetik üreticisinin sorumluluğu bölümünde, kozmetik ürünün eksiklikleri ile ilgili açıklamalarımızda hata terimini kullanmayı tercih edeceğiz.

Hata kavramı, 85/374 sayılı Üreticinin Sorumluluğu Direktifi m. 6'da, ürünün sunumu, üründen makul olarak beklenen kullanım, ürünün piyasaya sürüldüğü tarih ile birlikte bütün durumlar ile dikkate alındığında, kişinin beklemeye hakkı olduğu güvenliğini sağlamayan bir ürün, hatalı olarak tanımlanmış olmakla birlikte, ürünün güvenli olmasını etkileyen bir eksiklik olarak ifade edilmiştir. Direktif, güvenli ürünün tespiti bakımından genel ve objektif ölçütler getirmiştir. Bu nedenle, bir ürün hal ve şartlara göre beklenmesi mümkün olan güvenliğini sağlayamaması halinde hatalı kabul edilecektir. Örneğin, direktif kapsamında, ürün piyasaya sürüldükten sonra, daha iyi ve daha üstün özellikleri olan bir ürünün piyasaya sürülmesi halinde, eski ürün hatalı olarak kabul edilmeyip, bu kapsamda değerlendirilmeyecektir¹³³.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m.8'de ayıp “... *tüketicie teslimi anında, taraflarca kararlaştırılmış olan örnek ya da modele uygun olmaması ya da objektif olarak sahip olması gereken özellikleri taşımaması nedeniyle sözleşmeye aykırı olan maldır.*” şeklinde tanımlanıp, ayıp sayılan eksiklikler “*Ambalajında, etiketinde, tanıtma ve kullanma kılavuzunda, internet portalında ya da reklam ve ilanlarında yer alan özelliklerinden bir veya birden fazlasını taşımayan; satıcı tarafından bildirilen veya teknik düzenlemesinde tespit edilen niteliğe aykırı olan; muadili olan malların kullanım amacını karşılamayan, tüketicinin makul olarak*

¹³² Havutçu, s. 7.

¹³³ Üreticinin sorumluluğu kapsamındaki ayıp kavramı, haklı güvenlik beklentisi olarak nitelendirilmekte ve bir ürünün ayıplı olup olmadığını tespit etmeye arana kıstasın, ürünün piyasaya sürülmesi dahil, bütün durumlarda bir kimsenin üründen beklemeye hakkı olduğu güvenliğini ürünün taşıyıp taşımadığının tespiti olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Öztan, s. 25; Havutçu, s.72.

beklediği faydaları azaltan veya ortadan kaldıran maddi, hukuki veya ekonomik eksiklikler içeren” şeklinde belirtilmiştir.

TKHK’da ayıp tanımlanırken maddi, hukuki veya ekonomik eksikler şeklinde bir ayrıma gidilmişken, direktif, bunları da içine alan daha geniş bir ayıp (hata) tanımı yapmıştır. Bu şekilde, hata kavramına, üründe herhangi bir hata olmadığı halde kullanım şeklinin neden olabileceği ve kullanım kılavuzunun gereği gibi hazırlanmaması ile engel olunabilecek hatalar ile üreticinin ürünü piyasaya çıktıktan sonra da, izlemek durumunda olduğu ve hatanın ortaya çıkması halinde üçüncü kişilerin zararının doğmasını önlemek için müdahalede bulunmasını gerektiren hatalar da dahil edilmiştir¹³⁴.

Kozmetik ürünün hatalı olmasından anlaşılması gereken, kullanıcıların vücut bütünlüğü için zarar tehlikesi yaratan ve ürünün güvenli olmasına olumsuz yönde etki eden eksikliklerdir¹³⁵.

Günümüzde, üreticinin sorumluluğuna ilişkin düzenlemelerde, güvenlik eksikliği bir hata olarak kabul edilmekte ve üreticinin sorumluluğu da ürünlerdeki bu güvenlik eksikliğine dayandırılmaktadır. Üreticinin sorumluluğu, üretim sırasında, üzerine düşen özen yükümlülüğünün yerine getirilmemesi sebebiyle, güvenlik eksikliği bulunan ürünün piyasaya sürülmesinden kaynaklanmaktadır. Haksız fiiller alanında sorumluluğun bir şartı olan hukuka aykırılık unsuru, üreticinin sorumluluğu alanında ürünün hatalı olması şeklinde karşımıza çıkmaktadır¹³⁶. Nitekim, Kozmetik Yönetmeliği m.6 ürün tanımı ve niteliği ile ilgili olarak “Piyasaya arz edilen bir kozmetik ürün, normal ve üretici tarafından öngörülebilir şartlar altında uygulandığında veya ürünün sunumu, etiketlenmesi, kullanımına dair açıklamalara veya üretici tarafından sağlanan bilgiler dikkate alınarak önerilen kullanım şartlarına göre uygulandığında, insan sağlığı açısından güvenli olmalıdır.” şeklinde düzenleme getirmiş ve m.11 “Kozmetik ürünlerin üreticileri, sadece bu Yönetmeliğe ve Eklerine uygun olan kozmetik ürünlerin piyasaya arz edilmesi için gerekli tedbirleri almakla ve İyi İmalat Uygulamaları Kılavuzuna göre üretim yapmakla

¹³⁴ Betül Tiryaki, **Tüketicinin Korunması Hukuku Açısından Ayıplı Hizmetten Doğan Sorumluluk**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007, s. 77.

¹³⁵ Dönmez, s. 390.

¹³⁶ Tiryaki, 77-78.

yükümlüdürler.” düzenlemesi ile üreticilerin, güvenli ürün üretme yükümlülüğü olduğu vurgulanmıştır.

Hukuka aykırılık, hukuk düzeninin ihlal edilen hukuki varlığının korunmasına hizmet eden yazılı veya yazısız kurallarının olumlu veya olumsuz bir davranış sonucunda ihlal edilmesiyle gerçekleştiğine göre hatalı bir ürünün piyasaya sürülmesi tarzındaki davranış, yazılı olmayan hukuktan doğan tehlike kuralına aykırı bir davranış sayılarak hukuka aykırı kabul edilmelidir. Kozmetik ürünlere dair mevzuatlarda kullanıcının zarar görmesini engellemek amacıyla çeşitli düzenlemeler ve alınması gereken önlemler bulunmaktadır. Üreticinin bu düzenlemelere uymayarak hatalı ürün üretmiş olması hukuka aykırı davranış olarak kabul edilecektir¹³⁷.

2. Hata Türleri

Kozmetik üreticisinin, sorumluluğunun temelinde, tehlikeyi uzaklaştırma yükümlülüğü bulunmaktadır¹³⁸. Tehlikeyi uzaklaştırma yükümlülüğü ise, tehlikeli faaliyeti sonucunda tehlikeli bir durum yaratan kişinin, bu tehlikeyi önlemek ve üçüncü kişilerin zarar görmesini engellemek için gerekli önlemleri alma yükümlülüğü olarak ifade edilmektedir. Üreticinin bu yükümlülüğü ise planlama ve yapım, fabrika ve kontrol ile piyasaya sürümü aşamaların da kullanıcılara karşı bilgilendirme yükümlülüğünün yerine getirilmesi aşamasında ve ürünün piyasaya sürüldükten sonra ortaya çıkan gelişmelere bağlı olarak özenli davranma yükümlülüğü bulunmaktadır¹³⁹. Üreticinin özenli davranma yükümlülüğünü oluşturan hata türleri, yapı-bileşim hatası, fabrikasyon hatası, uyarma hatası, gelişim hatası ve ürün gözleme hatası olarak beş grup altında incelenecektir.

a. Yapı-Bileşim (Tasarım) Hatası

Yapı-Bileşim hatasında, üretim sırasında ortaya çıkan, bir ürünün dizayn veya bileşiminde bulunan bir eksikliğin tüm üretim serisini etkilediği hallerde ortaya

¹³⁷ Petek, s. 160.

¹³⁸ Havutçu, s. 28.

¹³⁹ Öztan, s. 120-121.

çıkmaktadır. Yapı-Bileşim hataları, ürünün tasarlanması ve üretimi aşamasında, bilim teknolojisinin ulaştığı nokta dikkate alınmaması nedeniyle meydana gelmektedir¹⁴⁰. Bir diğer anlatımla, henüz üretim faaliyeti aşamasına geçilmeden önce, tasarımı gerçekleştirilirken, ürünün kullanıcılar açısından güvenli olmamasına neden olacak nitelikteki hatalardır¹⁴¹. Üreticinin Yapı-Bileşim hatası nedeniyle sorumlu tutulmasının nedeni, ürün piyasaya sürüldüğü sırada, bilim ve teknolojik gelişmelere uygun alternatif bir bileşimin bulunması ve bu bileşim doğrultusunda üretim yapılması halinde üçüncü kişilerin zarar görmesinin engellenmesi mümkünken, bu yolun tercih edilmemiş olmasıdır¹⁴². Üreticinin tasarım ayıbı nedeniyle sorumlu olabilmesi için, üründe bulunan tehlikenin ortaya çıkmış olması gerekmektedir¹⁴³.

Örneğin, bir kozmetik ürünün, formülasyonu tasarlanırken yeterli deneme yapılmamış olması, ürün ve bileşenleri ile ilgili hatalı inceleme yapılmış olması, veya bileşenindeki maddelerin yanlış bir araya getirilmesi, bu maddelerin ürün için elverişli olmaması gibi hatalar yapı-bileşim hatalarına yol açmaktadır¹⁴⁴. Bununla birlikte, ürün tasarlanırken, etken maddenin çok fazla ya da çok az kullanılması ve ürünün amacına uygun etki gösterememesi hallerinde de ortaya çıkabilmektedir. Bununla birlikte, üreticinin yapı-bileşim hataları nedeniyle sorumluluğunun doğabilmesi için, ürünün denenmesi aşamasında kişi sağlığını ve güvenliğini ihlal eder nitelikli özen yükümlülüğünün ihlal edilmesi halinde söz konusu olacaktır. Bilim ve teknolojinin bilinen durumuna göre kişilerin güvenliğini tehlikeye düşürecek bir özen ihlali söz konusu değilse, yapı-bileşim hatasında değil gelişim hatasından bahsedileceği belirtilmektedir¹⁴⁵.

Kozmetik ürünlerde, sıklıkla görülen bir diğer tasarım ayıbı, üreticilerin maliyetli olması nedeniyle etken maddeyi az kullanmasıdır. Örneğin, kantaron yağının hücre yenileyici etkisi bulunduğundan, cilt bakım ürünlerinde bu yağ kullanılmaktadır. Ancak, kullanım miktarının oldukça düşük olması, kozmetik

¹⁴⁰ Tiryaki, s. 80.

¹⁴¹ Nurcihan Dalcı, “**TBK m.71 Kapsamında Üreticinin Sorumluluğu**”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.114, 2014, s.49-78, s. 57.

¹⁴² Kırcı, s. 151.

¹⁴³ Aydos, s.141.

¹⁴⁴ Petek, s.170; Ürünün fabrikasyon aşamasında, ölçülülük ilkesi geçerli olmalıdır, yani tehlike ne kadar büyük ise, o ölçüde kapsamlı bir gözetim ve denetim özeni gösterilmesi gerekmektedir. Bkz. Nihat Yavuz, **Ayıplı İfa**, 5. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2016, s.187.

¹⁴⁵ Dalcı, s. 64.

ürünün vadettiği nitelikleri yerine getirmemektedir. Bu nedenle, kozmetik üreticisinin yapı-bileşim hatası nedeniyle sorumluluğu bulunmaktadır.

b. Fabrikasyon hatası

Fabrikasyon hatası, seri olarak üretilen ürünlerden bir veya birkaçının, tasarımı yapılan referans üründen farklı olması halinde ortaya çıkmaktadır. Bu hata türünde, üreticinin bileşim ve tasarımıyla kendi belirlemiş olduğu standartlara uymaması söz konusudur. Alınması gereken tüm önlemler alınmış ve tüm kontroller yapılmış olmasına rağmen seride, serideki bir veya birkaç ürünün hatalı olduğu fark edilmeyebilir. Bu durum, genellikle üretim kaçağı olarak adlandırılmaktadır¹⁴⁶.

Fabrikasyon hatası, üretim ve kontrol aşamalarının gerekli özen gösterilmeden organize edilmesi veya kaliteli malzeme kullanılmaması gibi sebeplerden kaynaklanabileceği gibi, sorunsuz işleyen bir üretim sürecinde oluşan sapma veya bir işçinin kusuruyla da hata meydana gelebilmektedir¹⁴⁷.

Üreticinin, tüm dikkat ve özeni gösterse dahi, fabrikasyon hataları önlenmesi mümkün değildir. Bu nedenle, herkes potansiyel bir tehlike altındadır ve üreticinin bu tehlikeyi önleme imkânı bulunmamaktadır. Aynı şekilde, ürünlerdeki tehlike ile ürünü ayırmak da mümkün değildir. Bu nedenle, üretim kaçağı halinde, üretici açısından tipik bir işletme tehlikesi ve ürüne ilişkin özel bir tehlike bulunmaktadır. Üretici, ürünlerdeki hata ortaya çıkana kadar, bu hatayı fark edememiş olabilir. Seri üretim halinde, hatalı ürünün nihayetinde ortaya çıkacağı açıkken, bu ürünlerden hangisinin hatalı olduğu bilenememektedir¹⁴⁸. Zira günümüzde teknolojinin gelişimi ile çoğu ürün gibi kozmetik ürünler de seri şekilde üretilmektedir. Bu nedenle, kozmetik ürünün bileşiminde yer alan bozukluk sadece bir ürünü değil, bütün ürün serisini etkileyecektir ve bu ürünler ulaştığı herkese yönelik bir tehlike oluşturacaktır¹⁴⁹.

¹⁴⁶ Kırcı, s. 150;

¹⁴⁷ Tiryaki, s. 81.

¹⁴⁸ Öztan, s. 275.

¹⁴⁹ Özsunay, s.105; Petek, s.170.

Üretim kaçakları halinde, üretici kusursuz olsa dahi, sorumlu olarak kabul edilmektedir. Üretici, gerekli özeni gösterse dahi üründe hata ihtiva eden eksiklikler meydana gelecektir. Üreticinin bu hatalardan sorumlu tutulmasının nedeni, önlenemeyen eksikliklere üründen zarar gören mağdur kişilerin katlanmasının istenmemiş olmasıdır. Zira üretici genellikle zararın tazmini nedeniyle yapmış olduğu masrafları, ürün fiyatlarına yansıtmakta olduğundan, sorumluluk, kullanıcıların tamamı tarafından paylaşılacaktır. Nitekim meydana gelen zarara sadece mağdurların katlanması beklenilemez bir durumdur¹⁵⁰.

İmalat kaçakları, üretim yapıldığı anda teknolojinin geldiği nokta bu tip kaçakları tespit edemeyebilir veya üreticiden, tespit için yüksek maliyetli yatırımlar yapması gerekmesi sebebiyle meydana gelmektedir. Gazlı içeceklerle ilgili yapılan çalışmada, her 100.000’de bir şişenin patladığı tespit edilmiştir. Bu nedenle, imalat kaçakları nedeniyle üreticiye bir kusur atfedilmesinin mümkün olmadığı ve sorumluluğunun bulunmaması gerektiği şeklinde eleştirilmektedir¹⁵¹.

c. Uyarı Hatası

1. Genel Olarak

Üründe, yapı-bileşim veya fabrikasyon hatasının bulunmaması üçüncü kişiler bakımından tehlikeli bir sonuç doğmayacağı anlamına gelmemektedir. Ürünün nasıl kullanılacağına dair tüketiciye bilgi verilmemesi ve tüketicinin ürünün karmaşık mekanizmasına veya içeriğine ilişkin bilgisinin olmadan ürünü kullanması halinde tehlike meydana gelebilir. Gerekli bilgilendirmeleri yapmayan üretici, özen yükümlülüğüne aykırı davranması nedeniyle tehlikeli sonuçtan sorumlu olmaktadır¹⁵².

Üreticinin uyarıda bulunma yükümlülüğüne ilişkin özel veya genel bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak, ürünün hatalı kullanılması nedeniyle meydana gelebilecek yan etkilerin, üretici tarafından yeterli olarak açıklanmaması halinde, işlem güvenliğinin zedelenmesi söz konusu olacaktır. Bu durum tüketicinin vücut

¹⁵⁰ Paksoy/Demir, s.303.

¹⁵¹ Karaman Akçura, s. 214

¹⁵² Tiryaki, s. 81.

bütünlüğünde zarar meydana getirebileceğinden, üreticinin uyarma hatası nedeniyle sorumluluğunun bulunduğu kabul edilmelidir¹⁵³.Örneğin, kozmetik ürünün içeriğinde bulunan bazı kimyasal maddelere karşı hassasiyeti olan kişilere, ürünün kullanma kılavuzunda buna ilişkin bilginin bulunmaması veya böcek ilacının kullanımına ilişkin gerekli uyarıların yapılmaması halinde, uyarı hatası meydana gelmektedir¹⁵⁴.

Uyarma hatasından doğan sorumluluk, ürünün nasıl kullanılacağı, nasıl saklanacağı veya çalıştırılacağı gibi konularda tüketicinin hiç veya gereği gibi uyarılmamasına dayanmaktadır. Niteliği gereği, tehlikeli özelliği olan ancak tüketicinin bu tehlikeleri bilmesi halinde önlemesi mümkün olan ürünlerde, üreticinin gerekli bilgilendirmeyi yapmaması, ürünü hatalı hale getirmektedir. Bu nedenle, üretici, tüketiciye her zaman açık, anlaşılır ve doğru bilgiyi vererek, muhtemel tehlikeler hakkında uyarmalıdır. Ancak, üretici, tehlikeli ürüne ilişkin tüketiciye uyarıda bulunarak, tasarımında hata olan ürünü, hatasız hale getiremez ve gerekli uyarıyı yaptığını ileri sürerek sorumluluktan kurtulamaz¹⁵⁵.

Üreticinin uyarı yükümlülüğünün, tehlikeli haller için bulunmadığı belirtilmektedir. Bir ürünlerdeki, muhtemel zararlar tüketici tarafından bilinebilir ve öngörülebilir nitelikteyse, üreticinin özel bir uyarı yükümlülüğünün bulunmaması gerekmektedir. Üreticiye böyle bir sorumluluk yüklenmesinin sebebi, kozmetik ürünü piyasaya sürenin, ürünün etiketlerinde ve kullanım bilgilerinde tıp biliminin gereklerine uymayarak, ürünü piyasaya sürdüğü anda yükümlülüklerini yerine getirmemesidir¹⁵⁶.

Ürün piyasaya sürüldüğünde, o günün teknik bilgisi doğrultusunda oluşturulan kullanma talimatları, zaman içinde geçerliliğin kaybedebileceğinden, ürüne ilişkin uyarılar bilim ve teknolojiye gelişmeler doğrultusunda güncellenmelidir. Bu durumda uyarma hatası, ürünün ilk kez piyasaya sürüldüğü anda değil, zarara sebep olan ürünün piyasaya sürüldüğü ana göre değerlendirilecektir. Çünkü tüketici, kozmetik ürünün bu yan etkilerini bilerek kullanmış, bu tehlike ve yan etkileri göze almış kabul edilir. Buna karşılık,

¹⁵³ Aydos, s142.

¹⁵⁴ Tiryaki, s.82.

¹⁵⁵ Kırcı, s. 151.

¹⁵⁶ Aydos, s. 142; Petek, s. 177.

karakteristik tehlike unsurları, özellikle üreticinin hemen hemen hiç hesaba katmadığı gelişim hataları, üreticinin tehlike alanındaki unsurlarından kabul edilmelidir. Bu nedenle, üreticinin tehlike sorumluluğuna tabi olup olmaması bakımından, tüketicinin korunmaya değer menfaatleri ile gerçekleşmesi halinde ağır sonuçlar doğurabilecek önlenemez tehlikeye rağmen faaliyetin sürdürülmesinde kamunun genel menfaatleri arasında ekonomik tehlike bakımından bir değerlendirme yapılmalı ve buna göre hüküm verilmelidir¹⁵⁷.

Uyarı hatasında dikkat edilmesi gereken husus, meydana gelen zararın, üreticinin uyarı yükümlülüğünü yerine getirmesi halinde, önlenemez zarar grubu içerisinde yer alıyor olmasıdır. Üretici, ürünü piyasaya sürmeden önce, ürünün olası risk ve zararları ile ilgili, elde ettiği bulguları açık ve net olarak tüketici ile paylaşmaması halinde sorumluluğu doğacaktır. Nitekim bu hususta, bir ilaç üreticisinin, piyasaya sürmüş olduğu antidepresan ilacın, çocuklar üzerinde intihar riskini arttıracaklarını tespit etmiş olmasına rağmen, bu veriyi paylaşmadığını itiraf etmiştir. Bu nedenle üreticilerin, uyarı yükümlülüğünü yerine getirmeleri, olası zararları önlenmek bakımından önem arz etmektedir¹⁵⁸.

2. Etiket ve Kullanım Talimatında Hata

Etiketlemedeki hatadan, ürün markası veya jeneriğinin yanlış gösterilmesi, kullanım şeklindeki hata, son kullanma tarihinin yanlış ya da eksik gösterilmesi, ürünün içeriğindeki maddelerin eksik ya da yanlış gösterilmesi anlaşılmaktadır. Bir diğer ifadeyle ürünün güvenliğini etkileyen bilgilerin belirtilmemesi veya bunların eksik/hatalı belirtilmesi etiketlemedeki hatayı ifade eder. Ancak mevzuattaki düzenlemelere göre ürünün güvenliğine etki etmeyen ifadeler hatalı etiketleme olarak kabul edilmez. Örneğin, ürün ruhsatı verilirken, hatalı bilgiler olmasına rağmen bir şekilde ürün ruhsatı verilmesi halinde ve ürün güvenliğini etkilemeyen bilgiler mevcutsa bunlar da etiketlemede hata olarak kabul edilmez¹⁵⁹.

¹⁵⁷ Petek, s. 99.

¹⁵⁸ Burcu G. Özcan Büyüktanır, Dila Okyar Karaosmanoğlu, “Endikasyon Dışı (Off-Label) İlaç Kullanımından Doğan Zararlardan İlaç Üreticisinin Ve Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, İnönü Üniversitesi Hukuk Dergisi, Cilt:8, S: 1, 2017, s. 176.

¹⁵⁹ Petek, s.188.

Etiket ve kullanım talimatındaki uyarı hataları ürünün sunumuyla ilgilidir¹⁶⁰. Bu nedenle Kozmetik Yönetmeliği m.10'da ürün içi ve dışında yer alması zorunlu bilgiler belirtilmiş olup, bu bilgilerin, silinemez, kolayca görülebilir ve okunabilir olmaları kaydıyla satışa sunulabileceği belirtilmiştir. Bununla birlikte aynı maddede, etiketlerde, ürünlerin satış için sergilenmesinde ve reklamlarında kullanılan metin, isimler, ticari marka, resim, figüratif desenler veya diğer şekillerin ürünlerin gerçekte sahip olmadıkları nitelikler varmış gibi kullanılamayacağı, bu yönde imada bulunulamayacağı düzenlenmiştir. Bu sayede, tüketicinin ürün içeriğine karşı uyarılması ve hatalı bilgiler eklenerek aldatılması önlenmek istenmiştir. Üreticinin belirtmekle yükümlü olduğu bilgilerin, dikkati çekmeyecek kadar küçük puntolarla yazılması halinde, üreticinin meydana gelen zararlardan sorumluluğu devam edecektir¹⁶¹.

3. Tehlikeyi Bildirmeme

Tehlikeyi bildirmeme, uyarma hatası kapsamındadır. Bu durumda üreticinin bilerek bazı tehlikeler hakkında uyarıda bulunmaması söz konusudur. Uyarıda bulunmaması nedeniyle doğan sorumlulukta, üreticinin saiki önem taşımamaktadır, bilerek veya bilmeyerek tehlikeler hakkında uyarıda bulunmaması halinde sorumluluğu doğacaktır. Kozmetik üreticisi, kullanma talimatında belirli bir bilgiyi vermekten kaçınması halinde sorumluluğu doğacaktır. Ürünün kullanılması halinde görülebilecek ve tıp biliminde bilinen ve kabul edilen sakıncalar da kullanım talimatında gösterilmelidir. Çünkü kullanma talimatı öncelikle kullanıcının bilgilendirilmesine hizmet etmektedir. Uzman uygulayıcı tarafından bilinen ve tıp biliminde kabul edilen sakıncaların neler olduğunun kullanıcı tarafından öğrenilmesi için, ürünün kullanılmasına bağlı tüm tehlikeler kullanma talimatında bildirilmelidir¹⁶². Örneğin; kimyasal peeling ürünü kullanılması halinde (derinin üst tabakasının kontrollü biçimde soyulması) deride belli oranda tahribata yol açacağı, cildin koruyucu bariyerini zedeleyebileceğine ilişkin bilgi verilmemesi halinde, uyarı

¹⁶⁰ Aydos, s. 141.

¹⁶¹ Öztan, s.152.

¹⁶² Petek, s.195; Mehmet Akçaal, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde İlaç Üreticisinin Hukukî Sorumluluğu”, Ankara Barosu Dergisi, S.3, 2012, 253-290, s.278.

hatasına dayanan sorumluluğa sebep olur.

d. Gelişim Hatası

Gelişim hatası, bir ürünün üretim aşamasında, o anki bilimsel koşullara uygun, yapılan kontrollerde tehlikeye neden olacak bir eksiklik bulundurmeyen ürünlerin, zaman içerisinde, meydana gelen gelişmeler, yeni buluşlar doğrultusunda, artık ürünün çeşitli riskler taşıdığının tespit edilmesi halinde ortaya çıkmaktadır¹⁶³. Buradan da anlaşıldığı üzere, üreticinin sorumluluğu ürünü piyasaya hatasız olarak sürülmesi halinde dahi sona ermemekte, ürün piyasada kaldığı sürece, bilim ve teknolojinin verilerine uygun olarak üründe meydana gelebilecek tehlikeler tespit edildiğinde tüketiciyi uyarma yükümlülüğü devam etmektedir. Üretici, ürünün tüketici tarafından değişen kullanım şekillerini gözlem altına almalı, gerekli görülmesi halinde üretimi durdurmalı, tüketicilere yeni oluşan tehlikeye karşı uyarmalı, gerekli olması halinde ürünün üretimine son vererek piyasadan çekmelidir¹⁶⁴. Nitekim, bu hata türü, ürünün, piyasaya sürüldükten sonra, bilimsel ve teknolojik gelişmeler ışığında, zararlı sonuçları doğurabilecek riskleri taşıdığı tespit edilmiş olduğu için daha az güvenli hale gelmesinden kaynaklanmaktadır. Ürünün, diğer faktörlerle birlikte ortaya çıkan yan etkileri de gelişim hatası kapsamında kabul edilmektedir¹⁶⁵.

Bilimsel ve teknolojik gelişmelerin ürün bakımından ne zaman uygulanacağını da tespiti gerekmektedir. Bu nedenle, bilimsel ve teknolojik bilginin, ürün piyasaya sürüldüğü ilk anda değil, hatalı ürünün piyasaya sürüldüğü ana göre tespiti gerekmektedir. Bu doğrultuda, öngörülemeyen bir tehlike ile karşılaşıldığında, üreticinin, hatalı ürünün değiştirilmesi veya son uyarıları yapma hususundaki yükümlülüğü, her bir hatalı ürün bakımından ayrı ayrı değerlendirilmelidir¹⁶⁶.

Üreticinin gelişim hatalarından sorumluluğunun bulunup bulunmadığına dair tartışmalar bulunmaktadır. Gelişim hatalarının sorumluluğa dahil edilmesi halinde,

¹⁶³ Havutçu, s.30; Tiryaki, s.82; Akçura-Karaman, s.200.

¹⁶⁴ Tiryaki, s.82.

¹⁶⁵ Akçaal, s.279; Yavuz N., s. 187.

¹⁶⁶ Aydos, s.174.

üreticinin sigorta maliyetinin artacağı ve bu durumun ürün fiyatları ile tüketiciye yansıtılacağı, sorumluluk riskinin yüksek olması nedeniyle, üreticilerin gelişmeleri takip etme konusunda çekingen davranabileceği ileri sürülmüştür. 85/374/AT sayılı direktifte, m.7/e ve m.15/I-b düzenlemeleri ile gelişim hatalarından doğan zararlar üreticinin sorumluluğuna dahil edilmemiştir. Ancak, üye ülkelerin üreticinin sorumluluğunu kapsayacak şekilde, Direktiften farklı şekilde düzenleme yapma yetkisi tanınmıştır¹⁶⁷. Aynı şekilde, Ayıplı Malın Neden Olduğu Zararlar Yönetmeliği m. 7 ile “*Mal piyasaya sürüldüğünde mevcut bulunan bilimsel ve teknolojik bilgilerin, ayıbın varlığının bilinmesine imkan vermemesi... imalatçısı/üreticisi, o malın ayıbından sorumlu değildir.*” şeklinde düzenlenmiş olup, mevcut düzenlemeye göre de, üreticinin gelişim hatalarından sorumlu olmayacağı ifade edilmiştir.

e. Ürün Gözleme Hatası

Üreticinin, ürünü piyasaya sürdükten sonra ürünü gözleme yükümlülüğü bulunmaktadır. Mevcut bilimsel veriler ışığında, ürünün kullanım talimatlarına aykırı kullanımı sonucunda meydana gelebilecek zararlı sonuç risklerini bilmesi ve bu durumlara özgü gerekli önlemleri almaması halinde, üreticinin hatalı kozmetik ürün nedeniyle sorumluluğu doğacaktır. Bu doğrultuda, üreticinin, ürün gözleme yükümlülüğü, üreticinin, ürünün piyasaya sürdükten sonra onu takip etmesi, ürünün kullanım biçimini, yaratmış olduğu etkileri izlemesini ifade etmektedir. Aksi takdirde, üreticinin sorumluluğu meydana gelecektir¹⁶⁸.

Üreticinin ürün gözleme yükümlülüğü Kozmetik Yönetmeliği m.18’de düzenleme alanı bulmuştur. Bu düzenlemeye göre, “*Piyasaya arz edilen bir kozmetik ürünün bu Yönetmeliğin gereklerine uygun olmasına rağmen, insan sağlığı için ciddi*

¹⁶⁷ Havutçu, s. 80; Üreticinin gelişim hatalarından sorumluluğuna ilişkin olarak, Fransa, bu maddelere dayanarak iç hukukta yapmış olduğu düzenleme ile üreticinin gelişim hatalarından sorumlu olmayacağını belirtmiştir. Fransa, üreticinin hatanın olası sonuçlarını ortadan kaldırmak için azami çabayı sarf ettiğini ispatlaması gerektiğini ilişkin bir düzenlemeye yer vermemiştir. Bu nedenle, ATAD, 25.04.2004 tarihinde, Fransa’nın Direktif hükümlerini doğru şekilde iç hukuka aktarmadığı gerekçesi ile, AT anlaşmasını ihlal ettiği yönünde karara varmıştır. Bu doğrultuda, Direktif ile sorumluluğun kapsamını belirleme ülkelerin iç hukukuna bırakılmış olmakla birlikte, sorumluluktan kurtulma şartlarında değişiklik yapma yetkisinin tanınmadığını belirtmiştir. (Zeynep Derya Tarman, “**Türk Hukukunda İmalatçının Sorumluluğuna Genel Bir Bakış**”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 65, Sayı: 2, 2007, ss.323-324.)

¹⁶⁸ Havutçu, s. 80 ; Özcan Büyüktanır, Okyar Karaosmanoğlu, s.162.

bir risk yarattığının ve yaratabileceğinin tespit edilmesi durumunda, Kurum kozmetik ürünün piyasadan çekilmesini, geri çağırılmasını ya da erişiminin kısıtlanmasını sağlamak için gerekli bütün tedbirleri alır. Kontrol sonucunda ürünün genel sağlık yönünden güvenli olmadığı tespit edilmesi halinde, masrafları üretici tarafından karşılanmak üzere Kurum (Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumu);

- a) Ürünün piyasaya arzının yasaklanmasını,*
- b) Piyasaya arz edilmiş olan ürünlerin piyasadan toplanmasını,*
- c) Ürünlerin, güvenli hale getirilmesinin imkansız olduğu durumlarda, taşıdıkları risklere göre kısmen veya tamamen imha edilmesini,*
- d) (a), (b) ve (c) bendlerinde belirtilen önlemler hakkında gerekli bilgilerin masrafları üretici tarafından karşılanmak üzere, ülke genelinde dağıtımı yapılan iki gazete ile ülke genelinde yayın yapan iki televizyon kanalında ve internette ilanı suretiyle risk altındaki kişilere duyurulmasını sağlar.” Kozmetik ürünler bakımından, zararın önlenmesi için kurumun gerekli önlemleri bizzat yerine getireceği, bu önlemlerin maliyetinin, üreticiye yükletileceği düzenlenmiştir.*

Ürün gözleme yükümlülüğü ilk olarak üreticinin üzerindedir. Bununla birlikte, üretici olmamakla birlikte, ürüne ismini, markasını veya ayırt edici işaretini koyarak, kendisini üretici olarak tanıtan kişiler de, kanun kapsamında üretici olarak kabul edildiğinden, bu kişiler de ürün gözleme yükümlülüğü altındadır¹⁶⁹.

Ürün gözleme hatası ile gelişim hatası arasında, kozmetik ürün piyasaya sürüldüğü anda hatalı olması, hatanın ürün piyasaya sürüldüğünde anlaşılabilir olması ya da hatanın ancak sonradan anlaşılabilmesi bakımından bir fark bulunmamaktadır. Ürün gözleme hatası, ürün piyasaya çıktıktan sonra tehlikeli olduğunun anlaşılması üzerine, üreticinin, tüketicileri tehlike konusunda uyarmaması ve gerekli önlemleri almaması şeklinde ortaya çıkmaktadır. Diğer hata türlerinde olduğu gibi ürün gözleme hatasında da kusursuz sorumluluk söz konusudur¹⁷⁰.

Gelişim hatasında ise, üretim anındaki mevcut bilimsel verilere uygun davranılması, yapılan tüm test ve kontrollerde risk taşıyan bir durumun bulunduğunu anlaşılamamasına rağmen, zaman içerisinde ürünün bazı riskleri taşıdığı tespit

¹⁶⁹ Özcan Günergök, “Üreticinin Sorumluluğu Çerçevesinde Üreticinin Ürün Gözleme Yükümlülüğü” Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:12, S:3-4, 2008, s.324.

¹⁷⁰ Petek, s. 206; Akçaal, s.280.

edilebilmektedir¹⁷¹. Gelişim hatasında, üretici gelecekteki bilimsel gelişmeleri öngörmesi ve tehlikeyi uzaklaştırması kendisinden beklenemeyeceği için, henüz tehlikeyi uzaklaştırma yükümlülüğünü ihlal ettiği söylenemeyeceğinden sorumluluğu bulunmayacaktır¹⁷².

Örneğin, kozmetik ürünler içerisinde bulunan antimikrobial olarak kullanılan parabenin, zaman içerisinde yapılan araştırmalar sonucunda, göğüs kanserine neden olabileceği tespit edilmiştir. Bu durumda, üretici, içeriğinde paraben maddesi bulunan kozmetik ürün kullanıcılarının zarar görmesini engellemek adına gerekli önlemleri almakla yükümlüdür.

B. Kozmetik Ürünün Kullanımından Zarar Doğması

1. Kozmetik Ürünün Kullanılması

a. Genel Olarak

Kozmetik üreticisinin hatalı ürün nedeniyle meydana gelen zararlardan sorumlu tutulabilmesi için meydana gelen zararın, kozmetik ürünün kullanılması sonucu doğmuş olması gerekmektedir. Zarar görenin kozmetik ürünün kendisinin kullanması veya başka bir kimse tarafından uygulanması arasında zarar bakımından fark bulunmamaktadır. Önemli olan, zarara sebebiyet veren ürünün tüketici tarafından kullanılmış olması ve üreticinin, üründeki hatanın kullanan kişinin bütünlük değerleri üzerinde yaratmış olduğu tehlikeyi üstlenmesidir¹⁷³. Örneğin, bir saç bakım ürünün tüketicinin kendisi tarafından uygulanması ile kuaför tarafından uygulanması arasında meydana gelen zarar bakımından fark bulunmamaktadır¹⁷⁴.

Üreticinin hatalı ürünü kullanan kişinin zararlarından sorumlu olması düzenlenmiş olmakla birlikte, bu sorumluluğun kapsamının tespit edilmesi gerekmektedir. Kullanma kavramı içerisine, tüketme, depolama, temizleme, denetleme gibi faaliyetler de dahildir. Ancak, kullanma, edinme veya yararlanma

¹⁷¹ Havutçu, s. 30.

¹⁷² Petek, s. 206.

¹⁷³ Petek, s.212.

¹⁷⁴ Sorumluluğun süjesi bakımından farklılık söz konusu olup, bu husus Kozmetik Ürün Uygulayanın Sorumluluğu ve Şartları başlığı altında incelenecektir.

kavramları dışında, ürünle direkt olarak temas etmeyen, bu fiillerle direkt olarak bağlantısı bulunmayan veya dolaylı olarak ürünü kullanıp zarar gören kişilere karşı üreticinin sorumluluğu bulunmamaktadır. Örneğin, hiçbir hata olmaksızın üretilen bir kozmetik ürünün, tüketicinin çocuğu tarafından kullanılması bundan zarar doğması halinde üreticinin meydana gelen zarardan sorumluluğu bulunmayacaktır. Zira, üreticinin sorumluluğu, ürünü kasten veya hataen hatalı kullananların gördüğü zararları kapsamamaktadır. Bu doğrultuda, üreticinin sorumluluğu, ürünün yaratmış olduğu risk alanına dahil olan herkese karşı değil, hatalı üretilmiş ürünü, talimatlara uygun şekilde kullanan ve zarar gören kişileri kapsamaktadır¹⁷⁵.

b. Talimatlara Uygun Kullanım

Ürünün kullanım şekli, üretilmesindeki amaç ve beklenen sonuç doğrultusunda, üretici tarafından, belirlenmektedir. Zira, ürünün özelliklerini en iyi bilebilecek kişi üretici olup, uyarı yükümlülüğü altında tutulmuştur. Bu nedenle üreticinin, potansiyel tüketici davranışlarını gözlemlemesi ve tüketici davranışlarındaki zaman ve tüketime ilişkin davranışların göz önüne alarak, ürünün güvenli kullanımı için gerekli uyarıları yapması gerekmekte olup, kullanım talimatlarını oluşturması gerekmektedir¹⁷⁶.

4703 sayılı kanun m.5 hükmü, bir ürünün güvenli kabul edilebilmesi için ürünün bileşimi, ambalajlanması, montaj ve bakımına ilişkin talimatlar da dahil olmak üzere, etiketlenmesi, kullanımı ve bertaraf edilmesi ile ilgili talimatların üretici tarafından sağlanmış olması gerekli olduğunu düzenlemiştir. Üreticinin, ürünün kullanımı hakkında uygun ve açıklayıcı bir ifadeyle doğabilecek tehlikeler ve bunlardan kaçınma yollarına ilişkin talimatname/yönerge yoluyla tüketiciye bildirmesi gerekmektedir¹⁷⁷.

Üreticinin talimat yükümlülüğünü yerine getirmiş olmasına rağmen, tüketicinin talimata aykırı kullanımı nedeniyle sorumluluğunun bulunup bulunmayacağının tespiti gerekmektedir. Örneğin, tüketicinin ağız çalkalama suyunu içmesi veya talimatta açıkça, yaralar üzerine sürülmemesi belirtilen bir kozmetik

¹⁷⁵ Petek, s. 212; Aydos, ss, 128, 79; Dönmez, s. 386.

¹⁷⁶ Havutçu, s. 75; Aydos, s.141.

¹⁷⁷ Özel, s.150.

ürünün, yara üzerine uygulanması sonucunda meydana gelen zararlardan üreticinin sorumluluğunun tespiti gerekmektedir. Bu durumda hatalı kullanım ile ürünün amaç dışı kullanılmasının da değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira, amaç dışı kullanım ile hatalı kullanım birbirlerinden farklı iki kavramdır. Hatalı kullanım halinde, genel ve alışılmış davranışlar bulunmakta iken, amaç dışı kullanım halinde, rizikoyu kullanan kişinin göze aldığı, alışlagelmişin dışında davranışlar oluşturmaktadır¹⁷⁸.

Olağanüstü kullanım şekilleri nedeniyle üreticinin sorumluluğunun doğmayacağı kabul edilmelidir. Nitekim, bu tip kullanımın, alışlagelmiş davranışlardan ayrı olması nedeniyle üretici tarafından öngörülmesi beklenemeyecektir. Ancak, üreticinin makul bir seviyeye kadar ürünün yanlış kullanımını göz önünde bulundurması gerekmektedir. Örneğin, oyuncak parçalarının çocuk tarafından yutulması olağan bir davranış biçimidir¹⁷⁹.

Bununla birlikte, ürünün üzerine, tüketicinin kullanımına yönelik tavsiye niteliğinde uyarıların yazılmasına rağmen tüketicinin aykırı davranışının sorumluluğu kaldırmayacağı belirtilmektedir. Tavsiye niteliğinde olmayıp, açıkça belli kullanım şekillerini yasaklayan uyarılara aykırılık durumunda talimata aykırı kullanımdan söz edilebileceği için sorumluluk değişiklik gösterebilir. Ancak, tavsiye niteliğindeki talimatlara aykırı kullanım üreticinin sorumluluğunu kaldırmamakla birlikte, tüketicinin birlikte kusuruna dayanılarak hakim belirlenecek tazminatta indirim uygulaması kabul edilebilir. Bununla birlikte, talimata aykırı kullanım, hatalı bir kullanım şekli olup, bu durumda üreticinin kusursuz sorumluluğunun bulunmayacağı belirtilmektedir¹⁸⁰.

2. Kozmetik Ürünün Kullanılmasından Zarar Doğması

Üreticinin, hatalı ürün nedeniyle sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için, kullanan tüketicinin bir zararının doğması gerekmektedir. 85/374 sayılı Ürün Sorumluluğuna ilişkin direktif m.9' da zarar kapsamında ölüm veya yaralanmanın neden olduğu zararlar ile hatalı ürünün kendisi dışında bir mala gelen zararın yer aldığı belirtilmiştir. 4077 sayılı mülga TKHK m.4/II hükmü ile direktife uygun

¹⁷⁸ Havutçu, s. 75.

¹⁷⁹ Aydos, s. 130.

¹⁸⁰ Petek, s. 216-217.

olarak, üreticinin, ayıplı malın neden olduğu ölüm ve yaralanmalar ile diğer mallarda meydana gelen zararlardan sorumlu olduğu düzenlenmişti. Ancak, 6502 sayılı TKHK’da üreticinin sorumluluğunda, zarara ilişkin böyle bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle zararın kapsamının tayini bakımından, genel hüküm olan TBK hükümlerinin uygulanması gerekmektedir.

Üreticinin sorumluluğunun kapsamı, ölüm ve beden bütünlüğünün ihlali ve diğer mallarında meydana gelen zararlardan (refakat eden zararlar) oluşmaktadır¹⁸¹. Bu durumda zarar kavramı mala ilişkin zararlar ve kişiye ilişkin zararlar olarak ayrılabilir. Her iki durumda da, zarara uğrayan, kişinin malı veya bütünlüğü değildir; kişinin kendisi bu değerleri ihlal edilmiş olması sebebiyle zarar uğrayandır¹⁸².

Bununla birlikte, 4077 sayılı kanuna dayalı olarak hazırlanmış olan Ayıplı Malın Neden Olduğu Zararlardan Sorumluluk Hakkında Yönetmelik m.6’da eski kanunla benzer bir düzenleme bulunmaktadır. Bu düzenleme “*Ayıplı bir malın, bir kişinin ölümüne veya yaralanmasına veya bir malın zarar görmesine sebep olması halinde imalatçı/üretici doğan zararı, kusuru aranmaksızın tazmin etmekle yükümlüdür.*” şeklindedir. Ancak bu yönetmeliğin dayandığı kanun yürürlükten kaldırılmış olduğundan, zararın kapsamı bakımından TBK genel hükümlere yer alan m. 53 vd hükümlerine uygun düştüğü ölçüde uygulanmalıdır¹⁸³. Bu doğrultuda, tüketici, ölüm ve yaralanma halinde doğan zararları ile maddi ve manevi zararlarının tazmini, üreticiden talep edilebilmelidir.

Üreticiden talep edilecek zarar kalemlerinin içerisine hatalı ürünün kendisindeki zararların giderimi nedeniyle oluşan zararlar girmemektedir. Zira, hatalı ürünlerdeki zarar tüketicinin seçimlik hakları yolu ile giderilmektedir¹⁸⁴. Bu nedenle, zarar kavramı ile ifade edilmek istenen, ürünün hatalı olması nedeniyle meydana gelen ve refakat eden zararlar olarak anlaşılmalıdır¹⁸⁵.

¹⁸¹ Özel, s. 151.

¹⁸² Akçura Karaman, s.271.

¹⁸³ Ayıplı Malın Neden Olduğu Zararlardan Sorumluluk Hakkında Yönetmelik m.6 hükmü doğrultusunda, üreticinin, hatalı ürün nedeniyle sorumlu olduğu zarar kapsamının belirlenmesi gerektiğini belirten görüşler bulunmaktadır. Zarar kapsamının, tüketicinin vücut bütünlüğüne yönelik zararlar ile ayıplı mal nedeniyle başka mallara gelen zararlardan sorumlu olduğu belirtilmektedir. Bkz. İ. Yılmaz Aslan, **Tüketici Hukuku Dersleri**, 6. Bası, Ekin Yayınevi, 2016, s. 143.

¹⁸⁴ Aslan, s. 143.

¹⁸⁵ Dalcı, s. 66.

a. Zararın Niteliği

1. Ölüm

4077 sayılı TKHK döneminde, m.4/II hükmü ile üreticinin, ölüm ve yaralanma halinde sorumlu olacağına ilişkin düzenleme bulunmaktaydı. Ancak, 6502 sayılı TKHK kanunda bu yönde bir düzenleme bulunmamaktadır. Ürün sorumluluğu direktifinde üreticinin, ölüm ve yaralanma halinde meydana gelen zararları tazminle yükümlü olduğu düzenlenmiş olmasına rağmen bu kavramlara ve sınırına ilişkin düzenleme yapılmamıştır.

Bu nedenle genel hükümler uygulama alanı bulacağından TBK m. 53- 55 hükümlerinin dikkate alınması gerekmektedir. Hatalı ürün kullanımı sonucu, kullanıcının ölümün neden olması halinde, üretici, defin masraflarını, ölüm hemen gerçekleşmemişse tedavi giderleri ile çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar ve ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin bu sebeple uğradıkları kayıplar, tazmin yükümlülüğü kapsamındadır¹⁸⁶.

Hatalı ürünün kullanılması nedeniyle ölen kişinin küçük veya yetişkin olması önem taşımayıp, hak ehliyetine sahip olması yeterlidir. Henüz doğmamış bir ceninin, annesinin kullanmış olduğu hatalı ürün sebebiyle ölmesi halinde, üreticinin bu ölüm sebebiyle tazminat sorumluluğu bulunmamaktadır. Üreticinin sorumlu olabilmesi için tam ve sağ doğumla bağımsız bir şekilde varlık kazanmış gerekmektedir. Ancak bu durumda, annenin vücudunda yaralanma meydana gelmesi sebebiyle tazminat talep edilebilecektir¹⁸⁷.

2. Yaralanma

Vücut bütünlüğünün ihlali kavramı, kişinin ruh sağlığını da içine alan geniş bir kavramdır. Direktifte, zarar kapsamı belirtilirken yaralanma ifadesi kullanılmış olup, yalnızca bedensel yaralanmalar mı yoksa ruhsal bütünlükte de meydana gelen yaralanmaların da mı bu kapsamda olacağı açıkça belirtilmemiştir. Ancak, vücut bütünlüğünün ihlali kavramı, bedensel ve ruhsal bütünlüğe karşı gelen saldırıları

¹⁸⁶ Doğan, Atamutlu, Şahan, s. 229.

¹⁸⁷ Petek, s.223.

ifade etmektedir. Dolayısıyla, tüketicinin, fiziki yaralanmalar ile birlikte, ruh sağlığı da yaralanma kapsamında değerlendirilmelidir¹⁸⁸.

TBK m. 54'e göre, bedensel bütünlüğün ihlali halinde, tedavi giderleri, kazanç kaybı, çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar, ve ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar olarak belirtilmiştir. Kozmetik ürün kullanımı halinde, bedensel bütünlüğü ihlal edilen tüketici, bu zarar kalemlerini üreticiden talep edilebilecektir. Örneğin, kozmetik ürünler daha çok yüzde kullanılmaktadır. Bir mankenin veya haber spikerinin hatalı ürün kullanımı sonucu yüzünde yanıklar oluştuğunda, geçici veya kalıcı olarak kazanç kaybı yaşayabilecektir. Bu durumda, tüketiciden zararın tazminin talep etmesi gerekecektir.

Üreticinin, hatalı olarak üretmiş olduğu bir ürün nedeniyle, ölüm veya yaralanmanın meydana gelmesi halinde, kusuru aranmaksızın tazmin yükümlülüğü bulunmaktadır¹⁸⁹. Bununla birlikte, üreticinin yaralanmalardan sorumluluğunun doğması için, hatalı ürün kullanımı nedeniyle önemli yaralanmanın meydana gelmesi gerekmektedir. Ortaya çıkan önemsiz yan etkilere kullanıcıların katlanması gerektiği belirtilmektedir. Ürünün kullanılmasına bağlı olarak meydana gelebilecek ve herkesten katlanması beklenebilecek nitelikte olan zararlar önemli şekilde yaralanma kabul edilmemektedir. Hakim görüşe göre, vücudun iyilik halinin esaslı ölçüde bozulması sonucunu doğurmayacak olan ve acil müdahale gerektirmeyen haller önemli bir yaralanma olarak değerlendirilmemektedir. Önemli yaralanmanın tespitinde, zararın süresi, ölçüsü, yoğunluğu göz önünde bulundurularak yaralanmanın niteliği ve niceliği ile birlikte değerlendirilmelidir¹⁹⁰. Örneğin, hatalı kozmetik ürünün kullanılması sebebiyle meydana gelen kısa süreli kızarıklıklar önemli yaralanma kapsamına girmemekle birlikte, ürün derinin su toplamasına veya pul pul dökülmesine neden olması halinde önemli yaralanmadan söz edilebilecektir.

¹⁸⁸ Kırca, s. 154.

¹⁸⁹ Önder Canpolat, "Üretici ve Sorumluluğu", Ankara Barosu Dergisi, S:2, 2013, s. 312-398, s. 384.

¹⁹⁰ Petek, s.224.

b. Zarar Türleri

Hatalı kozmetik ürün sebebiyle ortaya maddi ve manevi zarar meydana gelebilir.

1. Maddi Zarar

Üreticinin, hatalı ürün nedeniyle meydana gelen maddi zararlardan sorumluluğunun kapsamına ilişkin olarak, Direktifte, üreticinin, ürünün kendisi dışındaki herhangi bir mala gelen zararı tazminle yükümlü olduğu düzenlenmiştir. Hatalı ürünün kendisi dışındaki ürünleri, genel olarak özel kullanıma veya tüketime yönelik bir türden olması, zarara uğrayan kişi tarafından başlıca kendi özel kullanımı veya tüketimi için kullanılmış olması şeklinde sınırlandırmıştır. Kanaatimizce, hatalı ürün ile uygun nedensellik bağı kurulabilen, tüketicinin malvarlığında azalmaya neden olan tüm zarar kalemlerinin maddi zarar kapsamında değerlendirilebilmesi gerekmektedir.

Bu doğrultuda, kişinin kendisine gelen zararlarda örneğin, meyve suyunun zehirlenmesi, elbisenin kolay alev alması nedeniyle, ölüm veya yaralanma meydana geldiyse, bu ihlaller nedeniyle doğan zararlarını (TBK m.53-55 kapsamında) talep edebilecektir. Hatalı ürün sebebiyle diğer mallarının zarar görmesi halinde, örneğin, hatalı su ısıtıcısının yangına sebebiyet vermesi ve tüm eşyaların kullanılamaz duruma gelmesi halinde, üreticiden tazminat talebinde bulunabilecektir. Belirtmiş olduğumuz bu zarar kalemleri doğrudan zarar olup, üreticinin tazmin yükümlülüğü vardır. Dolaylı bakımından ise, uygun illiyet bağının kurulması halinde, bu zararların da üreticiden talep edilebilmesi mümkündür. Örneğin, tüketici, evi yandığı için otelde kaldıysa, bu zararı dolaylı zarar olarak kabul edilecek ve üreticiden talep edebilecektir¹⁹¹.

Maddi zarar kapsamına, hatalı ürünün kendisine gelen zararların da dahil olup olmayacağının incelenmesi gerekmektedir. Bu konuda genel kabule göre, hatalı ürünün kendisine gelen zararlar, sorumluluk kapsamı dışında kalmaktadır. Hatalı ürüne bağlı olarak meydana gelen, kazanç yoksunluğu veya üründen beklenen

¹⁹¹ Akçura Karaman, ss.280-282.

yararın gerçekleşmemesi nedeniyle doğan zarar, sorumluluk kapsamında yer almamaktadır. Belirtilen bu zararlar, sözleşmesel sorumluluk çerçevesinde zaten tazmin edilebilmektedir. Üreticinin sorumluluğu ile amaçlanan, üçüncü kişilerin vücut bütünlüğünün korunması olduğu için, zarar kapsamına, tüketicinin ölüm, yaralanma sonucunda doğan zararlar ile hatalı ürün dışındaki malların uğradığı zararlar dahildir. Aynı şekilde, hatalı ürün nedeniyle, ürünün kendisine gelen zararlar ayıba karşı tekeffül hükümleri ile tazmin edilmektedir. Ancak, üreticinin sorumluluğu bakımından, hatalı ürünün kendisi sorumluluk kapsamına dahil edilmemiştir. Zira, hatalı ürünlerdeki zarar nedeniyle, tüketiciye ayıba karşı tekeffül hükümlerine başvurulabilmesi sağlanmış olduğundan, hatalı ürünün kendisinde meydana gelen zararların gideriminin, seçimlik haklar yolu ile sağlanması amaçlanmıştır¹⁹².

Ayıplı malın kendisinde meydana gelen zarar kavramı ise, ürünün bir parçasındaki ayıbın, ürünün tamamını veya bir başka parçasını zarara uğrattığı durumları da içermektedir. Üründeki ara parça nedeniyle ürünün hatalı olması halinde, ara ürün üreticisi, bu zarardan sorumlu değildir. Çünkü, ara parça ile ürün birleştiğinde bir bütün halini almakta ve ayrı bir parça olarak varlığını sürdürmemektedir. Bu parçada zararın bulunması, tüm üründeki zararı ifade ettiğinden, diğer zarar türleri gibi hatayı takip eden zararlardan değil, ayıp zararı niteliğindedir. Örneğin, bir otomobilin fren sisteminin hatalı olması halinde, otomobil hatalı olacaktır¹⁹³.

2. Manevi Zarar

Üreticinin, hatalı ürün nedeniyle, manevi zararlardan sorumlu olup olmadığına ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Kusura dayanmayan sorumluluk hallerinde de, manevi tazminatın talep edilebileceği kabul edilmektedir. Bu nedenle, hatalı ürün sebebiyle, tüketicinin ölüm/yaralanma ve maldan doğan zararının yanında manevi zararı da doğmuşsa, üreticinin kusuruna bakılmaksızın manevi tazminat da talep edilebilmelidir¹⁹⁴. Ancak, direktifte, üreticinin, sorumlu

¹⁹² Havutçu, s. 37; Kırca, s. 155; Aslan, 143.

¹⁹³ Kırca, s. 156; Oğuzman, Öz, s. 259.

¹⁹⁴ Kırca, s. 163.

olduğu zarar kalemlerinin ölüm/yaralanma ve maddi zararlarla sınırlı olduğu manevi zararların bu kapsamda yer almadığı belirtilmektedir. Bununla birlikte, üreticinin hatalı ürün nedeniyle sorumluluğu ile tüketicinin yaşam ve vücut bütünlüğüne ilişkin kişilik değerleri ile bazı malları bakımından kullanma ve yararlanma hakkının korunması amaçlanmıştır. Kişinin, şeref, haysiyet ve ismi gibi kişilik değerleri bu koruma kapsamında yer almadığı bu nedenle, direktif bakımından üreticinin manevi zararlardan sorumlu olmadığı ancak TBK m. 56 kişilik değerlerinde meydana gelen tüm zararlarda uygulanabileceğinden, genel hükümler uyarınca manevi tazminat talep edilebilmesinin mümkün olduğu belirtilmektedir¹⁹⁵.

Aksi yöndeki görüş ise, direktifin, manevi zararları üreticinin tazminle sorumlu olduğu zararlar arasından çıkarma amacında olmadığı şeklindedir. Zira, Direktif m.9 son paragrafı ile manevi tazminatın her ülkenin iç hukukuna bırakıldığı düzenlenmiştir¹⁹⁶.

Üreticinin sorumluluğu ile getirilmek istenen amacın, tüketicinin bedensel ve hatalı ürün nedeniyle diğer ürünlerin gördüğü zararın telafisi amaçlandığı görüşüne katılmakla birlikte, manevi zararların bu kapsamda değerlendirilmeyeceğine ilişkin bir sınırlandırma bulunmadığı kanaatindeyiz. Bu nedenle belirtmiş olduğumuz üzere, tüketicinin, üreticiden, manevi zararlarının tazminini talep edebilmesi mümkündür.

Manevi zarar, kişinin bedensel bütünlüğünün ihlali sonucu, duyduğu acı ve üzüntünün karşılığını ifade etmektedir. Kişinin yaşamış olduğu fiziksel acı ile birlikte manen de acı yaşamış olması hayatın olağan akışına uygundur. Bu nedenle, ölüm veya yaralanma halinde kişinin sadece maddi zararı oluşmaz. Manevi zararı da meydana gelebilir. Bedensel bütünlüğün ihlali halinde, tazminat talep edebilmek için fiziksel ve duygusal olarak bir acı yaşamış olması gerekmektedir. Örneğin, uzun süre hastanede tedavi görmesi gibi beden bütünlüğünün önemli oranda ihlal edilmiş olması gerekmektedir. Bu nedenle, ufak bir zarar nedeniyle duyulan acıya dayanılarak manevi tazminat talep edilemez¹⁹⁷.

Nitekim, sorumluluk hukukumuzda, vücut bütünlüğünün ihlali halinde, ölüm nedeniyle ölenin yakınlarının duydukları acı ve üzüntü nedeniyle, şeref ve haysiyet

¹⁹⁵ Havutçu, 127; Kırca, s. 163.

¹⁹⁶ Akçura Karaman, s. 309.

¹⁹⁷ Burcu G. Özcan Büyüktanır, “Tüketicinin Ve Üçüncü Kişilerin Ayıplı Satılanın Kullanılması Nedeniyle Ortaya Çıkan Bedensel Bütünlük İhlali Halinde Manevi Zararlarının Tazmini” Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:3, Sayı:67, 2018, s. 513.

gibi kişilik haklarının ihlal edilmesi halinde manevi tazminat talep edilebilmektedir¹⁹⁸. Hatalı kozmetik ürün nedeniyle, manevi olarak zarara uğrayan kişi, belirtilen şartların varlığı halinde, bu zararın tazminini üreticiden talep edebilir.

c. Uygun Nedensellik Bağı Bulunması

Üreticinin, hatalı ürün nedeniyle meydana gelen zararlardan sorumlu olabilmesi için zarar ve hata arasında illiyet bağının bulunması gerekmektedir. Burada aranan illiyet, uygun illiyet bağıdır. Meydana gelen zararın, hatalı ürün nedeniyle doğmuş olduğu makul ve mantıklı bir şekilde kabul edilebilmelidir. Bu nedenle, tesadüfi şekilde meydana gelen zararlardan üreticinin sorumluluğu bulunmamaktadır¹⁹⁹. Bununla birlikte, doktrinde, hatalı ürün ve zararlı sonuç arasında, uygun illiyet bağının bulunmasının şart olmadığı, sonucun öngörülebilir olmasının nedensellik bakımından yeterli olduğu da savunulmaktadır²⁰⁰.

Mücbir sebep, üçüncü kişinin kusuru ve zarar görenin kendi kusuru, zarar ile üreticinin hatalı üründen doğan sorumluluğunun illiyet bağına kesmesi halinde, üreticinin sorumluluğuna gidilmesi mümkün değildir²⁰¹.

Üçüncü kişinin kusuruyla illiyet bağının kesilmesi için, üçüncü kişinin kusurunun yoğunluğunun zarar görenin kusurundan daha yoğun olması gerekmektedir. Örneğin, üretim hatası nedeniyle frenleri tutmayan bir otomobil, yan yoldan çıkan bir araca duramayıp çarparsa hem üçüncü kişinin hem de zarar görenin kusuru bulunmaktadır. Ancak, aynı araca, alkollü bir sürücü çarpar ve zarar meydana gelirse, üçüncü kişinin kusuru illiyet bağına kesecek ve üreticinin sorumluluğuna gidilemeyecektir²⁰².

¹⁹⁸ Oğuzman, Öz, s. 283; Akçura Karaman, s. 309.

¹⁹⁹ Zahit İmre, **Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri**, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1949, s. 11; Kırca, s. 164.

²⁰⁰ Dalcı, s.67.

²⁰¹ Petek, s. 259; Aslan, s. 144; Özel, s. 153.

²⁰² Akçura Karaman, s. 328.

II. ÜRETİCİNİN SORUMLULUKTAN KURTULMASI

Üretici, hatalı olarak üretmiş olduğu ürünün meydana getirdiği zararlardan sorumlu olmasına rağmen, bazı düzenlemelerle bu sorumluluk sınırlandırılmıştır.

Üreticinin sorumluluğuna ilişkin sınırlamalardan bir tanesi TKHK m.11/2 son cümle ile düzenlenmiştir. Bu doğrultuda, üretici, *“ürünün piyasaya sürüldükten sonra ayıplı hale geldiğini ispatladığı takdirde”* sorumluluktan kurtulacaktır.

Sorumluluğu kısıtlayan bir diğer düzenleme satıcının sorumluluğuna ilişkin olarak düzenlenmiş olmakla birlikte, üreticinin sorumluluğu bakımından da uygulanması gerekmektedir. Bu doğrultuda, TKHK m.9/II satıcı, *“kendisinden kaynaklanmayan reklam yoluyla yapılan açıklamalardan haberdar olmadığını ve haberdar olmasının da kendisinden beklenemeyeceğini veya yapılan açıklamanın içeriğinin satış sözleşmesinin akdi anında düzeltilmiş olduğunu veya satış sözleşmesi kurulma kararının bu açıklama ile nedensellik bağı içinde olmadığını ispatladığı takdirde açıklamanın içeriği ile bağlı olmaz.”*.

Ayıplı Malın Neden Olduğu Zararlardan Sorumluluk Hakkında Yönetmelik'te de üreticinin sorumluluğunun kısıtlanmasına ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. Yönetmelik m.7 ile üreticinin, malı piyasaya sürmemiş olması, malın, satılmak gayesiyle veya ticari faaliyetlerin seyri sırasında üretilmemiş olması, zarara sebep olan ayıbın, mal piyasaya sürüldüğünde mevcut olmaması, malın teknik düzenlemesinin ayıba neden olması, mal piyasaya sürüldüğünde mevcut bulunan bilimsel ve teknolojik bilgilerin, ayıbın varlığının bilinmesine imkan vermemesi hallerinde, üretici sorumluluktan kurtulabilecektir. Bununla birlikte, yönetmelik m. 7 ile nihai malın tasarımı ya da bu malın üreticisinin talimatı sebebiyle, bütünü oluşturan parçalardan birinin üreticisi, o malın ayıbından sorumlu olmayacağı düzenlenmiştir.

Düzenlemelerde piyasaya sürülme kavramı ile ifade edilmek istenen, ürünün, üreticinin bilinçli iradesi ile kendi hakimiyet alanından çıkarılıp bir başkasının hakimiyet alanına girmesidir. Piyasaya sürme açısından dikkat edilmesi gereken husus, ürünün, üreticini hakimiyet alanından iradi olarak çıkararak bir başkasının hakimiyet alanına girmiş olmasıdır. Bu nedenle, üreticinin elinden iradesi dışında çıkan örneğin çalınan ve zimmete geçirilen ürünün piyasaya sürüldüğünden söz

edilemeyecektir. Bu şekilde, üretici ürünün iradesi dışında zilyetliğinden çıkarılıp piyasaya sürülmesi halinde, sorumluluğunun doğmasına karşı korunmuş olmaktadır²⁰³. Bu durumda, ürün piyasaya sürülmeden ve gerekli kontroller yapılmadan herhangi bir kişi tarafından kullanılması halinde, meydana gelen zarardan üreticinin sorumluluğu bulunmayacaktır. Bu aşamada, üreticinin tehlikeyi uzaklaştırma yükümlüğü bulunduğundan söz edilemeyecektir²⁰⁴.

Üreticinin, ürünün satma, tüketiciye ulaştırma gibi bir amacı olmaksızın kendisi veya yakınları için yapmış olduğu üretim halinde, piyasaya sürme kavramından bahsedilip bahsedilemeyeceğinin incelenmesi gerekmektedir. Bu husus yönetmelikte, satım veya ticari faaliyette bulunma amacı olmadan yapılan üretim olarak belirtilmiştir. Nitekim, bir kozmetik üreticisi, sadece kendisi ve ailesinin kullanımı için özel parfüm veya cilt bakım kremi üretmiş olabilir. Bu durumun, ürünün piyasaya sürülmesi olarak kabul edilmemesi gerekmektedir. Piyasaya sürme, ürünün sürüm zincirine dahil edilmesi, işletmenin dışına bırakılması veya kendi çalışanları da dahil olmak üzere, üçüncü kişilerin kullanımına devredilmesi olarak yorumlanması gerekmektedir. Üreticinin hediye ve ticari amaç gütmeksizin ürettiği ürünler, piyasaya sürme kapsamında sayılmamıştır²⁰⁵.

Ürün piyasaya sürüldükten sonra çeşitli nedenlerle ayıp meydana gelebilir. Üründe, uygun saklama ve depolama şartları sağlanmaması nedeniyle ayıp meydana gelebilmektedir. Ürün kullanma süresi dolduktan sonra satılmış veya kullanıcı tarafından gerekli bakımı sağlanmaması hallerinde de, ürün sonradan ayıplı hale gelebilmektedir²⁰⁶. Başta gıda ürünleri olmak üzere, kozmetik ürünler bakımından uygun koşullarda bulundurulmayan ürünlerdeki ayıplar nedeniyle üreticinin sorumluluğuna gidilebilmesi mümkün değildir. Zira, yüksek sıcaklık ve nemli ortamda uzun süre bekleyen kozmetik ürün içeriğindeki kimyasal bileşenlerin değişikliğe uğraması ayıp ihtiva etmesi halinde, üreticinin bu durumu ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilecektir.

Bu düzenlemeler dışında, Garanti Belgesi Yönetmeliği m.11’de, tüketicinin kullanıcı hatası nedeniyle ürünün ayıplı hale gelmesi sonucu meydana gelen zararlar

²⁰³ Öztan, s.22 ; Havutçu, s.102.

²⁰⁴ Dalcı, s.66.

²⁰⁵ Akçura Karaman, s.414; Aydos, s.164.

²⁰⁶ Akçura Karaman, s. 413; Aydos, s. 416.

bakımından bulunduğu durumlarda, üreticinin sorumlu olmayacağına dair düzenleme bulunmaktadır. Yargıtay'ın, kullanıcı hatası nedeniyle meydana gelen ayıplarda, üreticinin sorumluluğunun bulunmadığına ilişkin kararları bulunmaktadır²⁰⁷.

III. TAZMİNAT İSTEMEYE YETKİLİ KİŞİLER

Üreticinin sorumluluğu, üreticinin piyasaya sürdüğü ürünün hatalı olmasından doğan zararlar nedeniyle tazminat sorumluluğudur. Sorumluluğun kapsamını ise ürünün hatalı olması ve üründeki hatanın ölüm, yaralanma veya eşyanın uğradığı hasarlar oluşturmaktadır²⁰⁸. Zararın giderimi için tazminat talep edebilecek kişilere ilişkin olarak 85/374/AT sayılı direktifte açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak direktifte üreticinin, üründeki hata neden olduğu zararlardan sorumlu olduğu düzenlenmekle birlikte m.4'te *“Zarara uğrayan kişinin zararı, hatayı ve hata ile zarar arasındaki nedensellik bağıını ispat etmesi gerekir.”* hükmü yer almaktadır. “Zarar gören”in tazminat talep etmeye yetkili olduğu belirtilmiş olmakla birlikte, mal veya hizmet sağlamaya yönelik bir tüketici işleminin tarafı olmaya bağlı tutulmamıştır. Tazminat talep edebilmek için, hatalı ürün nedeniyle ölüm, yaralanma veya diğer eşyanın uğradığı zararın meydana geldiğinin ispatlanması yeterli görülmüştür. Bu nedenle kişiye gelen zararlar bakımından, direktifin koruma alanına sadece tüketiciler girmemektedir. Dolayısıyla, zarar gören ürünün alıcısı tüketici işlemi çerçevesinde malı edinen kişi olabilmekle birlikte, hatalı ürün mesleki veya ticari amaçla edinilmiş ve mesleki amaçlara tahsis edilmişse de, direktifin sağladığı korumadan yararlanabilmelidir²⁰⁹.

Eşyaya ilişkin zararlar bakımından ise, hatalı ürün nedeniyle hasara uğrayan herhangi bir eşya değil, kişinin kendi özel kullanımına ve tüketimine tahsis edilen eşya için tazminat talep edilebileceği düzenlenmiştir. Bu doğrultuda, tüketici sıfatı önem kazanmaktadır ancak eşyaya ilişkin zararlar bakımından tüketici sıfatı bir tüketici işlemine taraf olmaktan kaynaklanmamakta, eşyanın kullanım ve tahsis amacına göre tüketici sıfatıyla zarar uğradığı kabul edilmektedir²¹⁰.

²⁰⁷ 13. HD. 02.11.2015, 2014/39742 E., 2015/31493 K. (Kazancı İçtihat Programı)

²⁰⁸ Kahveci, s. 69.

²⁰⁹ Havutçu, s.108; Kırca, s.231; Kulaklı, s.11

²¹⁰ Havutçu, s. 109.

4077 sayılı mülga TKHK m.4'te, hatalı ürün nedeniyle ölüm, yaralanma veya diğer eşyaların görmüş olduğu zararlar nedeniyle tüketicinin tazminat talebinde bulunabileceği düzenlenmiştir. Bu nedenle, üçüncü kişilerin, üreticiden tazminat talep edebilmesi mümkün değildi ancak üçüncü kişiyi koruyucu sözleşme kapsamında, zarar gören sıfatıyla tazminat talep edebileceği belirtilmiştir²¹¹. 6502 sayılı TKHK'da ise bu hüküm tamamen kaldırılmış olduğundan, hatalı üründen kaynaklanan zararlar nedeniyle üreticiden talep edilecek tazminata ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu doğrultuda, hatalı ürünlere ilişkin düzenlenen ve TKHK'nun esas aldığı 85/374/AT sayılı direktifin dikkate alınması gerekmektedir.

Üreticinin sorumluluğunda, ürünün yarattığı tehlike nedeniyle risk altında olan kişiler korunmak istendiğinden, risk altında bulunan herkesin üründeki hata nedeniyle zarara uğraması halinde tazminat talep edebilmesi gerekmektedir. Bu nedenle hatalı ürün nedeniyle tazminat talebinde bulunabilecek olan kişi, öncelikle ürün alıcısıdır. Ancak, ürünün alıcısı dışında, tamamen tesadüfî biçimde üründeki hata nedeniyle zarara uğrayan üçüncü kişi de uğradığı zararların tazminini üreticiden talep edebilmelidir. Zira, üreticinin sorumluluğu ile amaçlanan, hatalı ürünün, başkalarının bütünlük menfaatlerinin ihlal edilmesi karşısında risk üreticinin üstlenmesini sağlamaktır. Üretici, sorumluluk koşulları gerçekleştiğinde, somut olayda zarar görenin tüketici olup olmadığı veya ürünün alıcısı olup olmadığı dikkate alınmaksızın hatalı ürünün yarattığı tehlike çevresine giren herkese karşı sorumlu olmalıdır²¹².

²¹¹ Zevkliler, Aydoğdu, s. 140; Havutçu, s. 136,137; Kırca, s. 231; Kulaklı, 13.

²¹² Havutçu, s. 107,108; Kulaklı, s. 12; Kahveci, s. 72.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

AYIP SORUMLULUĞU ÇERÇEVESİNDE KOZMETİK ÜRÜNDEN DOĞAN SORUMLULUK

I. SATICININ SORUMLULUĞUNUN KOŞULLARI

A. İfa

Tüketici işlemi TKHK m.3/I-1’de “*Mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlemi*” olarak tanımlanmıştır. Tahdidi olmaksızın bazı sözleşme türleri sayılmış ve tüketici ile yapılan tüm sözleşmelerin tüketici işlemi kabul edileceği belirtilmiştir. Satım sözleşme madde düzenlemesinde sayılmamış olsa da, bir tarafı tüketici diğer tarafı satıcı olan bir satım sözleşmesi de tüketici işlemi olarak kabul edileceğinden, bu satım sözleşmesine TKHK hükümleri uygulanacağı açıktır.

TKHK m.9/I hükmü ile “*Satıcı, malı satış sözleşmesine uygun olarak tüketiciye teslim etmekle yükümlüdür.*” Satıcının, malı satış sözleşmesine uygun olarak tüketiciye teslim etmekle yükümlü olduğu düzenlenmiştir. Bu itibarla, ifa, borçlanılan edanın yerine getirilmesidir²¹³. Tüketici hukuku bakımından, ifa, tüketiciye malın teslim edilmesidir. Satıcının ifa borcu kapsamına, malın teslimi ile birlikte mülkiyeti devretmesi de dahildir²¹⁴.

B. Satılanın Ayıplı Olması

1. Ayıp Kavramı

Türk Borçlar Kanunu’nda ayıp m.219/1’de “*Satıcı, alıcıya karşı herhangi bir surette bildirdiği niteliklerin satılarda bulunmaması sebebiyle sorumlu olduğu gibi,*

²¹³ Kılıçoğlu, s. 518; Oğuzman/Öz, s.249; Aslan, s. 72.

²¹⁴ Yavuz, **Ayıplı Maldan Sorumluluk**, s.46; Zevkliler, Gökyayla, s. 111; Kalkan, s.159.

nitelik veya niteliği etkileyen niceliğine aykırı olan, kullanım amacı bakımından değerini ve alıcının ondan beklediği faydaları ortadan kaldıran veya önemli ölçüde azaltan maddi, hukuki ya da ekonomik ayıpların bulunmasından da sorumlu olur ” şeklinde düzenlenmiştir. Ayıp kavramı, bu düzenleme ile satıcının bir yan borcu olmakla birlikte, alıcının satılan şeydeki eksiklikler nedeniyle tümüyle ya da gerektiği gibi yararlanmasını engelleyen bir sebebi ifade etmektedir ²¹⁵. Bu kapsamda, malın lüzumlu vasıflarını etkileyen nicelik eksiklikleri de ayıp kapsamına alınması gerektiği ifade edilmektedir²¹⁶.

TKHK m.8’de ayıplı mal tanımı TBK ile benzer şekilde düzenlenmiştir. “(1)*Ayıplı mal, tüketiciye teslimi anında, taraflarca kararlaştırılmış olan örnek ya da modele uygun olmaması ya da objektif olarak sahip olması gereken özellikleri taşıyamaması nedeniyle sözleşmeye aykırı olan maldır.*

(2) Ambalajında, etiketinde, tanıtma ve kullanma kılavuzunda, internet portalında ya da reklam ve ilanlarında yer alan özelliklerinden bir veya birden fazlasını taşımayan; satıcı tarafından bildirilen veya teknik düzenlemesinde tespit edilen niteliğe aykırı olan; muadili olan malların kullanım amacını karşılamayan, tüketicinin makul olarak beklediği faydaları azaltan veya ortadan kaldıran maddi, hukuki veya ekonomik eksiklikler içeren mallar da ayıplı olarak kabul edilir.”

Kanun hükmünden hareketle, dürüstlük kurallarına göre, satılan şeyde satıcının bildirmiş olduğu özelliği bulunmaması hali “ayıp” olarak ifade edilmektedir. Satılan malın tümüyle veya gerektiği şekilde yararlanmasını engelleyen eksiklik ve aksaklıklarla birlikte, malın özürlü, defolu ve bozuk olması halleri de ayıp olarak nitelendirilmektedir²¹⁷.

4077 sayılı TKHK döneminde, satılan malın sözleşme ile kararlaştırılardan eksik veya fazla olması hali ayıp olarak nitelendirilmemektedir. Fazla ifa söz konusu ise alıcı, fazla kısmını iade etmeli, eksiklik bulunan kısmın teslimini istemesi gerektiği kabul edilmektedir²¹⁸.

²¹⁵ Aydoğdu/ Kahveci, s.131.

²¹⁶ Yavuz, **Ayıplı Maldan Sorumluluk**, s. 60; Aslan, s. 96.

²¹⁷ Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, s. 102; Zevkliler, Gökyayla, s.112; Murat Aydoğdu, Nalan Kahveci, **Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, İleri Kitapevi, İzmir, 2013, s. 132; Aydoğdu, **Öneriler**, s. 26.

²¹⁸ Edis, s. 9.

6502 sayılı TKHK’da eksik ifaya ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak, TKHK’nun esas alındığı 1999/44 sayılı Yönerge ve bu yönergenin dayanağı olan CISG sözleşmesi hükümleri nedeniyle, eksik ifa halinin de, ayıp kapsamında yer alması gerekmektedir. Nitekim, miktar eksiklikleri, malın kullanımını ve kendisinden beklenen faydayı etkiliyorsa, ayıp olarak nitelendirilmesi gerekmektedir. Bu durum, borca aykırılık, değil ayıba karşı tekeffül hükümleri doğrultusunda ele alınmalıdır. Bu nedenle, malın miktarındaki eksiklik sözleşmeye aykırı ifa olarak değerlendirilip, ayıplı ifaya ilişkin hükümler uygulama alanı bulacaktır. Nitekim, ayıp, bir şeyin ilke olarak niceliği ile ilgili değil, niteliği (kalitesi) ile ilgilidir. Bir diğer anlatımla, ayıp, bir şeyin niteliğindeki eksikliktir. Nitelik ise, bir şeyin kullanım amacı bakımından değerini veya ondan beklenen faydalılığı oluşturan unsur veya özelliktir. Niceliğin, niteliğe (kaliteye) de etkisi bulunuyor ise, nicelikte bulunan eksiklik de ayıp sayılmaktadır. Örneğin, el dokuma halılarında düğüm sayısı (nicelik) halının niteliğini etkileyen bir niceliktir²¹⁹.

TBK m.219’da yer alan ayıp kavramı düzenlemesinde yer alan “... *alıcının ondan beklediği faydaları önemli ölçüde azaltan maddi, hukuki ya da ekonomik ayıpların bulunmasından da sorumlu olur.*” ifadesi ile satıcının önemli ayıplardan da sorumlu olduğu düzenlendiğinden bu kavramın da incelenmesi gerekmektedir. TKHK’da bu yönde bir ayırım bulunmayıp, satıcının sorumluluğunun doğması için ayıbın önemli olması şartı aranmamaktadır²²⁰.

Önemli ayıp kavramı, alıcının/tüketicinin satılan üründen beklenen fayda veya kullanım amacını ortadan kaldıran veya önemli şekilde azalmasına neden olan nitelik eksikliğini ifade etmektedir²²¹.

Önemli ayıp önemsiz ayıp ayrımı yapılırken tüketici lehine dar yorum yapılması gerekmektedir²²². Ayıbın önemli olup olmadığının tespitinde iki ölçütün kullanılabileceği belirtilmektedir. Buna göre, satılan ürünün kullanım amacının dikkate alınması gerekmektedir. Bunun tespiti ise taraf iradelerine veya genel kabule

²¹⁹ Aydoğdu, **Tüketici Hukuku**, s. 135; Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, s.103; Zevkliler, **Özel**, s. 154. Aksi yönde, satıcı kararlaştırılardan daha az miktarda mal teslim etmişse ayıplı mal değil, eksik ifa bulunmaktadır. Bu nedenle ayıptan doğan sorumluluk hükümlerinin uygulanamayacağı belirtilmektedir. Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, s.103; İnal, **Tüketici Hukuku**, s.1052. Benzer nitelikte bir görüş ise, eksik ifa halinde, ayıp hükümlerinin değil, kısmi ifa hükümlerinin uygulanması gerektiğini belirtmektedir. Aydos, s. 146.

²²⁰ Kalkan, s. 174.

²²¹ Edis, s. 72.

²²² Aydoğdu, **Tüketici Hukuku Dersleri**, s.145.

dikkate alınacaktır. Bir diğer ölçüt ise satılarda bulunan ayıp, değerine veya elverişliliğine de etki etmelidir. Örneğin satılan ürün bir tablo olması halinde, başka bir ressamı ait olması ürünün niteliği üzerinde etkisi olacak ve önemli ayıp olarak kabul edilecektir²²³.

Nitelik bildiriminin bulunduğu satım sözleşmeleri bakımından önemli ayıp ayrımı yapılmamaktadır. Zira, nitelik bildirimi ile satıcı üründe bulunduğunu belirttiği nitelikleri garanti etmektedir. Bu sayede, satılarda bildirilen nitelikler sözleşmenin konusunu oluşturmaktadır. Nitekim, TBK m. 219/I'de yer alan düzenlemede de, nitelik ayıplarında önemli ayıp olma şartı aranmamıştır²²⁴.

Önemsiz ayıplar bakımından, satıcının sorumluluğu yoluna başvurulması halinde, dürüstlük kuralı çerçevesinde, tazminat, bedelde indirim, veya ücretsiz onarım gibi satıcıyı zora sokmayacak seçimlik hakların kullanılması mümkün olacaktır. Zira, satılan bir kitapta birkaç sayfanın basımında hata bulunuyor ve bu durum genel olarak yararlanmayı etkilemiyorsa önemsiz olarak nitelendirilecek ve misli ile değişim veya sözleşmeden dönme seçimlik hakların kullanılması beklenemeyecektir²²⁵.

TKHK m.8/III ile getirilen yeni düzenleme ile sözleşmeye konu malın süresi içinde teslim edilmemesi veya montajının süresi içinde yapılmaması hali de ayıp olarak kabul edilmiştir. Satıcının geç ifada bulunması esas itibarıyla, satıcının temerrüdünü doğurmasına rağmen, TKHK'da ayrıca düzenlenmiş olması sebebiyle, ayıplı ifa hükümleri de uygulama alanı bulacaktır²²⁶. Her ne kadar ayıp kavramı bakımından, ürünün teslim anı önem taşısa da, ürünün henüz montajı gerçekleştirilmeden teslim edilmiş olduğu, montajının satıcı veya satıcı sorumluluğundaki kişilerce gerçekleştirileceği hallerde, montaj aşamasında ortaya çıkan sorunlar da ayıp kavramı içinde değerlendirilmiştir. Bu doğrultuda, tüketici temerrüt halinde de ayıp hükümlerinden yararlanmasına imkan verilmiştir²²⁷.

²²³ Yavuz, **Ayıplı Maldan Sorumluluk**, s. 75-76; Rona Serozan, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2002, s.126; Aydoğdu, **Tüketici Hukuku**, s. 145

²²⁴ Eren, **Borçlar Hukuk Özel Hükümler**, s.109.

²²⁵ Aydoğdu, **Tüketici Hukuku Dersleri**, s. 144.

²²⁶ Sezer Çabri, **6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi**, Ankara 2016, s. 180.

²²⁷ Zevkliler, **Özel**, s.149; Zevkliler, **Gökyayla**, s. 114. Madde gerekçesinde, tüketicilerin sıklıkla malın belirlenen süre içerisinde teslim edilmemesi nedeniyle sorunuyla karşılaşmakta olduğu, belirlenen sürede malın teslim edilmeme halinin sözleşmeye aykırılık oluşturduğu bu nedenle tüketicinin ayıp hükümlerinden yararlanabileceği düzenlenmiştir.

2. Ayıp Türleri

Malda bulunan ayıplara ilişkin çeşitli ayrımlar yapılmakla birlikte esas itibariyle iki grup altında incelenmektedir. Satıcı, mala ilişkin olarak, zikir ve vaad ettiği niteliklerden sorumlu olmakla birlikte, açık olarak belirtmemiş olsa da, malda bulunması gereken ve bulunmaması halinde beklenen faydayı tamamen veya kısmen kaldırabilecek olan, lüzumlu vasıflardan da sorumludur. TBK ve TKHK, ayıp türü olarak, zikredilen ayıp ve lüzumlu vasıflarda ayıbı benimsemiş olup, bu ayıp türlerinin de maddi, hukuki ve ekonomik ayıp olarak ayrılması mümkündür²²⁸. Bu nedenle, çalışmamızda, ayıp türleri zikredilen ayıp-lüzumlu vasıflarda ayıp ve maddi-hukuki-ekonomik ayıp olarak iki ana başlık altında incelenecektir.

a. Zikredilen Ayıp-Lüzumlu Vasıflarda Ayıp

Satım sözleşmesine konu bir malda, lüzumlu vasıflarında eksiklik olabileceği gibi, satıcı tarafından bildirilen nitelik ve özelliklerinde de eksiklik olabilir. Satıcının bildirmiş olduğu (zikir ve vaad edilen) nitelik ve özelliklerin bulunmaması halinde ayıplı mal söz konusu olmaktadır. Mala ilişkin zikir ve vaadde bulunma, TKHK m.8/II'de *“ambalajında, etiketinde, tanıtma ve kullanma kılavuzunda, internet portalında ya da reklam ve ilanlarında yer alan veya satıcı tarafından doğrudan bildirilen özellikler”* şeklinde tanımlanmış olup, satıcı bu yollardan biri veya birkaçı ile zikir ve vaadde bulunabilmektedir²²⁹.

TBK m.219/I' de benzer nitelikte düzenleme yer almakta olup, satıcının bulunduğu zikrettiği ve vadettiği niteliklerden dolayı sorumludur. Örneğin, bir gıda maddesi üzerinde yazan son kullanma tarihinden önce bozulması halinde, zikir ve vaad edilen nitelikler bulunmadığından ayıplı kabul edilmektedir. Zira, alıcı/tüketici, satıcının bildirmiş olduğu nitelikler nedeniyle malı satın almakta ancak beklenen fayda elde edilemediğinden, satıcının sorumluluğu doğmaktadır²³⁰.

²²⁸ Aydoğdu, **Tüketici Hukuku Dersleri**, s. 121.

²²⁹ Kalkan, s. 118.

²³⁰ İnal, **Tüketici Hukuku**, s.1049; Yavuz N., s. 327.

Zikir ve vaad edilen nitelik bildiriminin hukuki niteliğine ilişkin olarak doktrinde çeşitli görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre, satıcı, malın niteliklerine ilişkin taahhütte bulunmalı ve alıcı/tüketici bu taahhüdü kabul etmelidir. Bu görüş, nitelik bildiriminin doğan sorumluluğu sözleşmesel sorumluluk olarak ifade etmektedir. İkinci görüş ise, nitelik vaadiyle satıcı tek taraflı borç doğuran bir hukuki muamelesi bulunmakta olup, sonuç doğurması için alıcının kabulüne gerek duyulmamaktadır. Üçüncü görüş ise, satıcının nitelik bildirerek beyanda bulunduğu ve kanunun beyana bir sonuç bağlayarak, satıcının sorumluluğunu doğurduğunu belirtmektedir. Doktrinde de bu görüş kabul edilmekte olup, satıcının nitelik bildiriminin doğan sorumluluğunun kanundan kaynaklandığı ifade edilmektedir²³¹.

Satım konusu malın niteliğine ilişkin zikir ve vaadde bulunan ve sorumlu olan kişi satıcı olmakla birlikte, üretici veya ithalatçının bu yönde yapmış olduğu bildirimlerden de kural olarak satıcı sorumludur²³². Ancak, TKHK m.9/II ile satıcıya bu yükümlülükten kurtuluş imkanı tanınmıştır. Bu düzenlemeye göre, “*satıcı, kendisinden kaynaklanmayan reklam yoluyla yapılan açıklamalardan, haberdar olmadığını ve haberdar olmasının kendisinden beklenemeyeceğini veya yapılan açıklamanın içeriğinin satış sözleşmesinin akdi anında düzeltilmiş olduğunu veya satış sözleşmesi kurulma kararının bu açıklama ile nedensellik bağı içinde olmadığını ispatladığı takdirde açıklamanın içeriği ile bağlı olmaz.*”

Satıcının sorumluluğunun doğması için, zikir ve vaad ciddi olmalı, alıcı bu nitelikler nedeniyle sözleşme yapmaya yönelmiş olmalıdır. Satıcının malı övmek, tanıtım amacıyla beyanda bulunmak nitelik vaadi olarak kabul edilmemektedir. Ancak, satıcının beyanlarında ciddi olduğunun tespitinde, normal bir alıcının/tüketicinin açısından, bu beyanlar birer nitelik vaadi olarak kabul ediliyorsa, satıcı bu beyanıyla sorumlu olacak ve alıcı/tüketici ayıp hükümlerinden yararlanabilecektir²³³.

Satım sözleşmesi esnasında, teslim edilen malın taraflarca karşılaştırılan örneğe uygun olmaması da bildirilen niteliklerde ayıp olarak kabul edilmelidir. Zira, satıcı, bir örnek sunarak, teslim edeceği malda da aynı özelliklerin bulunacağına dair

²³¹ Cevdet Yavuz, **Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler**, 10. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 76.

²³² Kalkan, s.119.

²³³ Zevkliler/Gökyayla, s.115; Özel, , s.114.

alıcıya/tüketiciye garanti vermektedir. Aynı şekilde, bir model sunulması halinde de, teslim edilecek malda, modelde bulunan hangi özelliklerin bulunacağı sözleşmenin yorumuyla belirlenecek olsa da, teslim edilecek malın, modele kısmen veya yakinen uygunluk göstermesi yeterli kabul edilecektir²³⁴.

Malın niteliğine ilişkin zikir ve vaadler, reklamlar yoluyla karşımıza çıkmaktadır. Nitekim TKHK'da reklamlara ilişkin de düzenleme bulunmakta olup, m.8/II'de reklam veya internet portalında yer özellikler bulunmayan malın ifası sözleşmeye aykırılık teşkil edecek ve ayıplı mal olarak kabul edilecektir. Bununla birlikte, TKHK m.61/VI ile reklam verenlerin, tüketiciyi suiistimal etmesini önlemek amacıyla, reklam verenleri, iddialarının doğruluğun ispatlamakla yükümlü kılmıştır. İspatlayamaması halinde, bulunduğu nitelik vaadinden, sorumluluğu doğacaktır²³⁵. Bu hükümle, satıcının nitelik bildiriminin ciddi olması gerekliliği ortadan kaldırılarak, alıcının/tüketicinin yanıltılmasını önüne geçilmek istenmiştir. Örneğin, mürekkep lekesini dahi çıkarabilen bir reklam yapılması halinde, üründen bu özellik bekleneyecektir. Abartılı ifadenin ciddiye alınmaması söz konusu olmayıp, reklam içerği nedeniyle aldatıcı reklam olarak kabul edilecektir²³⁶. Aynı şekilde, kozmetik ürün reklamında, kremin kullanılmasıyla on yaş gençleşileceğinin vaad edilmesi halinde de, üründen bu etki bekleneyeceğinden, gerçekleşmemesi halinde aldatıcı reklam söz konusu olacaktır.

Bunlarla birlikte, satıcı, açık veya örtülü şekilde zikir ve vaadde bulunabilir. Zira, bu açıklamalar birer hukuki işlem olmayıp, tasavvur açıklamalarıdır²³⁷.

Lüzumlu niteliklerde ayıp hali ise, malda, satıcı tarafından zikir ve vaad edilmesine gerek kalmaksızın, bulunması gereken vasıf ve niteliklerin eksikliğidir. Malın, niteliği gereği bulundurması gereken çeşitli özelliklerinin eksikliği halinde, lüzumlu vasıflarda ayıp söz konusu olmaktadır²³⁸. Satıcının, bu temel özelliklere ilişkin vaadde bulunmamış olsa da, eksikliği halinde, ayıp nedeniyle sorumluluğu doğacaktır²³⁹.

²³⁴ Aydoğdu, **Öneriler**, s. 28.

²³⁵ Aydoğdu, **Tüketici Hukuku Dersleri**, s. 123; Kalkan, s. 126.

²³⁶ Özel, s.292.

²³⁷ Murat Aydoğdu, **4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Göre Kapıdan Satışlar**, İzmir 1998, s.143; Yavuz, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, s. 76; Zevkliler, Gökyayla, s. 115.

²³⁸ İnal, **Tüketici Hukuku**, s. 1050.

²³⁹ Aydoğdu, **Tüketici Hukuku Dersleri**, s. 124.

Lüzumlu nitelik her mala göre değişiklik gösterebileceğinden, alıcının/tüketicinin bir malı alırken, ondan beklediği faydanın ne olduğunun tespit edilmesi gerekmektedir. Bu durumda, satın alınan malın hangi amaca hizmet edeceği veya özgülüneceğine dikkat edilmesi ve satıcı ile malın ortak kullanım amacında uyumuş olmaları gerekmektedir. Alıcı/Tüketici ile satıcı arasında, malın kullanım amacına ilişkin uyuşmanın varlığı saptanamıyorsa, o çevredeki, kullanım amacı, sözleşmenin özel şartları, benzer şartlar altındaki bir maldan hangi vasıfların aranacağına ve malın genellikle hangi amaçla kullanıldığına bakılması gerekmektedir. Örneğin, kışın da kullanma amacıyla alınan bir klimada, soğutma yanında, ısıtma özelliğinin de bulunması beklenmektedir²⁴⁰.

b. Maddi-Hukuki-Ekonomik Ayıp

1. Maddi Ayıp

Her şeyin bir maddi varlığı bulunmaktadır. Bir malın, rengi, şekli, görünüşü gibi fiziksel, kimyasal, teknik nitelikleri o malın maddi varlık ve durumunu oluşturmaktadır. Maddi ayıp malın bu tür fiziksel, kimyasal, teknik varlığını ve durumunu olumsuz yönde etkileyen ayıptır²⁴¹. Bir malın, fiziksel nitelikleri eksilmekte veya hiç bulunmamaktadır. Malda, bulunmaması gereken bir niteliğin, bulunuyor olması halinde de, maddi ayıp meydana gelebilmektedir. Bir maldaki, bileşenlerin özelliklerin, piyasada bulunan muadillerine göre farklılıklar içerebilir. Örneğin, bir kozmetik ürün içerisinde değerli çiçek özlerinin bulunduğu söylenerek piyasaya sürülmesi ancak içerisinde, ürün içerisinde bu bileşenlerin bulunmaması veya eser miktarda bulunuyor olması bir maddi ayıptır. Bu durumda, madde metninde belirtildiği üzere, alıcı/tüketici bu maldan beklediği faydayı görememekte ve kullanım amacını karşılamamaktadır²⁴².

Malın maddi yapısına ilişkin özellikler (saf altın, inci olması gibi) , malın kullanılmasını, normal ve sağlıklı işlemesine sağlayan özellikler ve mala değer katan (bir sanat eserinin eskiliği veya gerçek olması gibi) özellikleri maddi nitelik olarak

²⁴⁰ Aslan, s. 100.

²⁴¹ Zevkililer/Özel, s. 156.

²⁴² Kalkan, s. 108.

kabul edilecek ve bu niteliğin tamamen veya kısmen eksik olması maddi ayıp olarak kabul edilecektir. Bu doğrultuda, ikinci el bir araçta, görünürde hiçbir hasar bulunmuyor olsa da, daha önce bir kazaya karışmışsa ve uzun süre geçtikten sonra etkilere ortaya çıkıyorsa aracın ayıplı olduğu kabul edilecektir²⁴³.

Maddi ayıp hallerine örnek olarak, malın bozuk, yırtık, patlak, kırık olması, fayansların çatlaması veya ufalanması, aracın arka kapağı ile çamurluğunun hasarlı olması nedeniyle değiştirilmesi ancak bunun alıcıya/tüketiciye söylenmemesi, kimyasal maddenin ağır yanık oluşturacak durumda olması gibi haller gösterilebilir²⁴⁴. Maddi niteliklerde ayıp bulunup bulunmadığının tespit edilmesi için, parça veya cins borcu olarak ayrı ayrı ele alınabilir. Cins borcu niteliği gereği, sözleşmede belirtilen niteliğe uygun olarak ifa edilmiş olması önem taşımaktadır. Cins borçlarına ilişkin olarak TBK m.86'da özel bir düzenlenme bulunmakta olup, hukuki ilişkiden ve işin özelliğinden aksi anlaşılmadıkça edimin seçimi borçluya ait olacağı öngörülmüştür. Bu düzenleme doğrultusunda, borçlunun seçeceği edim ortalama nitelikten daha düşük olamayacağından, satıcının borcunun bir cins borcu olması halinde, o cinsin ortalama niteliğinden daha aşağı mal teslim edemeyecektir. Ortalama nitelikten daha aşağı mal teslim etmesi halinde maddi ayıp söz konusu olacaktır²⁴⁵.

Parça borçlarında ise, satım konusu özel olarak belirlenmiştir. Borçlu, belirtilen özelliklerdeki malı alıcıya/tüketiciye teslim etmekle yükümlü olup, teslim edilen malın, sözleşmede belirlenen niteliklerinde bir eksiklik bulunması veya farklılık olması halinde kötü ifadan söz konusu olacaktır. Bu nedenle, alıcı/tüketici ayıplı mal sorumluluğundan doğan seçim haklarını kullanabilecektir²⁴⁶.

2. Hukuki Ayıp

Hukuki ayıp, bir maldan alıcını/tüketicinin beklediği faydayı ya da piyasada benzeri olan mallara göre kullanım amacını tamamen veya kısmen, sınırlayan veya engelleyen bir hukuk kuralının bulunması nedeniyle ortaya çıkan ayıplardır²⁴⁷.

²⁴³ Yavuz, **Malın Ayıplarından Sorumluluk**, s. 61.

²⁴⁴ Aydoğdu, **Tüketici Hukuku Dersleri**, s. 125.

²⁴⁵ Kalkan, s. 109.

²⁴⁶ Yavuz, **Malın Ayıplarından Sorumluluk**, s. 49.

²⁴⁷ Edis, s.17.

Hukuki ayıp halinde, satılan maddi anlamda bir kusur veya eksiklik içermez aksine maddi yönden eksiksizdir²⁴⁸. Bu durumda satılan üründe, alıcının üründen yararlanmasını engelleyen ya da bu olanağı azaltan/ortadan kaldıran hukuki bazı yasak ve düzenlemeler mevcuttur. Özel hukuka ilişkin düzenlemelerin yanında, kamu hukukundan kaynaklanan sınırlamalar nedeniyle de ayıp meydana gelebileceği kabul edilmiştir²⁴⁹. Örneğin, kullanımı yasak olan kimyasal bir maddenin, kozmetik ürünlerde yasal olduğu belirtilerek satılması halinde hukuki ayıp vardır.

Hukuki ayıp kavramı ile zapt halinin benzerlik gösterse de, farklı kavramlardır. Zapt, TBK m.214-218 hükümleri arasında düzenlenmekle birlikte, TKHK'da zapta ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Zapt hali, üçüncü kişilerin eşya üzerinde sahip oldukları üstün haktan kaynaklanmaktadır. Örneğin, satılan malın çalıntı olması veya hacizli olması halinde, hukuki ayıp değil, zapt hali söz konusudur²⁵⁰. Zapttan sorumluluk hali, satış sözleşmesi kurulmadan önce veya kurulması aşamasında üçüncü kişilerin üstün hakkının (mülkiyet, sınırlı ayni hak gibi) bulunuyor olması nedeniyle, malın tamamının veya bir kısmının alıcının elinden alınması şeklinde ortaya çıkmaktadır. Hukuki ayıpta ise, üçüncü bir kişinin üstün hakkı olmaksızın, mevcut yasal düzenlemeler, alıcının satılan maldan yararlanmasını veya kullanmasını engellemektedir²⁵¹. Yargıtay ise bazı kararlarında, hatalı olarak, zapt halinin varlığının hukuki ayıp olarak nitelendirmiştir. Örneğin bir kararında, alıcının/tüketicinin satın aldığı aracın, hırsızlık ürünü olduğu tespit edilmiş ve araca el konulması halini hukuki ayıp olarak nitelendirmiştir²⁵².

Hukuki ayıp ve hukuki imkânsızlık hallerinin de birbirinden ayırt edilmesi gerekmektedir. Hukuki imkânsızlık, sözleşme kurulmadan önce mevcut olan veya sözleşme kurulduktan sonra meydana gelen sebeplerle, sözleşme konusu edimin ifasının mümkün olmamasıdır. Sözleşme kurulmadan önce bulunan imkânsızlık halinde, sözleşmeler TBK m. 27/I hükmü gereği kesin olarak hükümsüzdür. Sözleşme kurulduktan sonra, sözleşme konusu çeşitli şekillerde imkânsız hale gelebilmektir. Sözleşme ile devredilmesi kararlaştırılan bir hak mahkeme kararıyla, cebri icra yoluyla imkânsız hale gelebilir. Aynı şekilde, sözleşme kurulduktan sonra,

²⁴⁸ Zevkliler/Özel, s. 157.

²⁴⁹ Aydoğdu, **Tüketici Hukuku Dersleri**, s.135.

²⁵⁰ Aslan, s. 95.

²⁵¹ Kalkan, s. 112.

²⁵² 13. HD, 01.07.2013, 2013/13389-180-38. (Kazancı İçtihat Bankası)

sözleşmenin yerine getirilmesine ilişkin izin veren kurum değişebilir ve edimin yerine getirilmesi yasaklanabilir. Bu gibi hukuki imkânsızlık hallerinde, TBK m.112 hükümleri uyarınca borçlunun kusurlu olup olmadığı değerlendirilecektir. Borçlunun kusuru bulunmaksızın, edimin ifası imkânsız hale geldiyse TBK m. 136 gereği borç sona erecektir. Hukuki imkânsızlıkta, sözleşme konusunun ifası mümkün değildir. Ancak, hukuki ayıpta, sözleşme konusu ifa edilmekte ancak, hukuki niteliğinde eksiklik bulunması sebebiyle ayıplı kabul edilmektedir²⁵³.

3. Ekonomik Ayıp

Satılan malın, normal nitelik ve özelliklerine göre göstermesi gerekenden daha az verim ve gelir getirmesi hali, ekonomik ayıp olarak ifade edilmektedir²⁵⁴. Ekonomik ayıp halinde, alıcı/tüketici, malın ayıplı olması nedeniyle maldan beklediği ekonomik faydayı elde edememektedir. Örneğin, bir aracın satış tarihinden önce, icra takibi ile trafik siciline haciz şerhi işlenmiş olması hali hem hukuki ayıp hem de ekonomik ayıp olarak nitelendirilmektedir²⁵⁵. Benzer şekilde, bir taşınmazın kira getirisi, bir işletmenin iş hacmi, taşınmazın tahsis yönü gibi nitelikler ekonomik nitelik olup, bu niteliklerin satılan malda bulunmaması halinde, ekonomik ayıp meydana gelir²⁵⁶.

Esas itibarıyla, ekonomik ayıp, hukuki ve maddi ayıplardan farklı değildir. Hukuki ve maddi ayıbın varlığı sebebiyle, malda ekonomik ayıp meydana gelmektedir²⁵⁷.

Örneğin, bilgisayar programlarındaki bazı ayıplar, ekonomik verimliliği azaltabilmektedir. Programdaki fonksiyon bozukluğu, programın virüslü oluşu, hesaplama hızının düşük oluşu ekonomik ayıp olarak kabul edilebilir²⁵⁸.

²⁵³ Ş. Barış Özçelik, “Sözleşmeden Doğan Borçların İfasında Hukukî İmkânsızlık Ve Sonuçları”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 63, Sayı: 3, Ankara 2014, ss. 571, 576, 577; Kalkan, s. 114.

²⁵⁴ Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, s.105.

²⁵⁵ İnal, **Tüketici Hukuku**, s. 1063.

²⁵⁶ Yavuz, **Ayıplı Maldan Sorumluluk**, s. 61.

²⁵⁷ Edis, s. 18.

²⁵⁸ Aydoğdu, s. 126.

C. Alıcının Ayıptan Haberdar Olmaması

TBK m. 222’de “*Satıcı, satış sözleşmesinin kurulduğu sırada alıcı tarafından bilinen ayıplardan sorumlu değildir.*” şeklinde düzenleme bulunmaktadır. TBK anlamında alıcının, sözleşme anında üründeki ayıplardan haberdar olması halinde, ayıptan doğan seçimlik haklarını kullanması mümkün olmayacaktır. Satıcı, malın, alıcıya teslim edildikten sonra ayıplı hale gelmesinden, sorumlu tutulamayacaktır²⁵⁹. Nitekim, doktrinde, sözleşme anının, yarar ve hasarın geçtiği an olarak kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir²⁶⁰.

Benzer nitelikte bir düzenleme TKHK m. 10/II’de yer almaktadır. Buna göre “*Tüketicinin, sözleşmenin kurulduğu tarihte ayıptan haberdar olduğu veya haberdar olmasının kendisinden beklendiği hâllerde, sözleşmeye aykırılık söz konusu olmaz.*” şeklindeki düzenleme ile tüketicinin, satılanı ayıplı olduğu bilerek kullanması ve tüketmesi halinde, ayıptan feragat etmiş sayılacağı kabul edilmektedir. Alıcının ayıbı bilmesi ile ifade edilmek istenen, maldaki, maddi, hukuki veya ekonomik eksikliğin varlığından haberdar olmasıdır²⁶¹. Örneğin, ambalajı yırtılmış olduğu açıkça görülebilen bir ürünü tüketicinin almış olması halinde, tüketicinin malın ayıplı olduğunu ileri sürmesi kabul edilemeyecektir²⁶².

Bu durum, alıcının, malı almadan önce olağan bir inceleme yapip yapmayacağı tartışmasını da doğurabilmektedir. TBK m. 222/II’de yer alan “*Satıcı, alıcının satılanı yeterince gözden geçirmekle görebileceği ayıplardan da, ancak böyle bir ayıbın bulunmadığını ayrıca üstlenmişse sorumlu olur.*” Hükmü ile alıcıya bir inceleme, gözden geçirme yükümlülüğüne yer vermişken TKHK bakımından böyle bir yükümlülük söz konusu değildir. Ancak, olağan gözden geçirme dürüstlük ilkesi ile ilişkilendirilebilir. Tüketici, satıcının açıkça zararına sebep olacak bir davranışta bulunmamalıdır. Bu nedenle, satın alacağı malı önceden inceleyip gözden geçirmesi gerekmektedir. Nitekim, TKHK m. 10/II hükmünde de, tüketicinin haberdar olması gereken ürünler nedeniyle satıcının sorumlu olmayacağının düzenlenmiş olması ile tüketicinin sözleşme öncesi malı inceleme ve gözden

²⁵⁹ Aydoğdu, Kahveci, s. 144; Zevkliler, Özel, s. 163.

²⁶⁰ Edis, 64, Nurşen Ayan, “**Taşınır Satımında Satıcının Kanundan Doğan Ayıba Karşı Tekeffül Borcu**”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:15, Sayı: 1, 2007, s. 18.

²⁶¹ Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, s. 133; Zevkliler, Özel, s. 163.

²⁶² Kalkan, s.169

geçirmesi gerektiği kabul edilebilmektedir. Nitekim, gözden geçirme, satılanın sözleşmeye uygun bir ifa olup olmadığının belirlenmesi ve ayıbın bulunması halinde, seçimlik hakların kullanılabilmesi için, alıcının/tüketicinin satılan hakkında fikir edinmesini sağlamaktadır. Bu itibarla, gözden geçirme, alıcı/tüketici için bir borç değil külfet niteliğini taşımaktadır²⁶³.

Tüketicinin gözden geçirme ve inceleme özenini göstermesi, malı sözleşme yapmadan önce inceleme yapma imkânının bulunduğu haller ile sınırlandırılması gerekmektedir. Örneğin internet yoluyla kurulan bir satım sözleşmesinde, tüketicinin malı önceden inceleme imkânı bulunmamaktadır²⁶⁴.

D. Hasarın Geçtiği Anda Malın Ayıplı Olması

Ayıplı maldan sorumluluğun tespiti bakımından, ayıbın bulunduğu an önem arz etmektedir. Kural olarak, satılan ürünlerdeki ayıp, yarar ve hasarın alıcıya geçişinden önce bulunuyor olması gerekmektedir²⁶⁵. Yarar ve hasarın geçişine ilişkin TBK m. 208’de “...satılanın yarar ve hasarı; taşınır satışlarında zilyetliğin devri, taşınmaz satışlarında ise tescil anına kadar satıcıya aittir.” şeklinde düzenleme bulunmaktadır. TKHK’da bu yönde açık bir düzenleme bulunmamasına rağmen, genel nitelikli kanun olan TBK düzenlemesi burada da uygulanabilecektir.

Sözleşmenin kurulmadan önce kaynaklanan bir sebebe dayanan ayıplar genellikle, imalat veya taşınır bir malın zilyetliğin devrine kadar satıcı tarafından saklanması ve nakliyesi sırasında çıkan ayıplardır. Bu hallerde, satıcının ayıplı mal nedeniyle sorumluluğu meydana gelmektedir²⁶⁶.

Bu düzenlemeye TKHK m. 10/I ile bir istisnai bir karine getirilmiştir. Bu maddeye göre, “*Teslim tarihinden itibaren altı ay içinde ortaya çıkan ayıpların, teslim tarihinde var olduğu kabul edilir. Bu durumda malın ayıplı olmadığına ispatı satıcıya aittir. Bu karine, malın veya ayıbın niteliği ile bağdaşmıyor ise*

²⁶³ Eren, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, s. 114, Mustafa Ünlütepe, “**Taşınır Satış Sözleşmesinde Satıcının Ayıptan Sorumluluğu Bakımından Gözden Geçirme ve Bildirim Külfetinin Yerine Getirilmesinin Tabi Olduğu Süreler**”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt:24, Sayı: 1, 2018, s.30; Kalkan, ss.168-169.

²⁶⁴ Zevkliler, Aydoğdu, ss 115-116.

²⁶⁵ Zevkliler, Aydoğdu, s. 114.

²⁶⁶ Aydoğdu, Kahveci, s. 142; Satıcı, taşınırlarda satılanın zilyetliğinin devrinden önceki ayıplardan sorumludur. Hasarın geçmesinden sonraki ayıplar, özel olarak üstlenilmiş veya kasten gizlenmiş olanlar hariç, alıcıya aittir. Bkz. Eren, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, s. 114.

uygulanmaz.” Söz konusu karine, doğası gereği çabuk bozulan eskiyen ürünler için bu hüküm uygulanamayacaktır. Aynı şekilde, kullanım sonucu, beklenen amaca göre elverişliliği ortadan kalkan ürünler bakımından da bu karine geçerli olmayacaktır²⁶⁷.

E. Ayıptan Sorumluluğu Kısıtlayan veya Kaldıran Anlaşmalar

TBK m.221 “*Satıcı satılanı ayıplı olarak devretmekte ağır kusurlu ise, ayıptan sorumluluğunu kaldıran veya sınırlayan her anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.*” hükmü ile satıcının ağır kusurlu olmadığı haller içi ayıba ilişkin sorumluluğunu kaldıran ve sınırlayan sorumsuzluk anlaşması yapabilmesine imkân tanınmıştır. Ancak, satıcının hileli davranması halinde bu sorumsuzluk anlaşması geçersizdir. Satıcının, bildiği ayıplar ile bilmesinin gerektiği (ağır kusurlu olduğu) ayıpların bulunması halinde hileli ayıptan bahsedilecektir. Satıcının hileli davranışından bahsedebilmek için, satıcının belli üründe belli niteliklerin varlığını veya eksikliklerin yokluğunu söylemesi veya susmasıyla bu niteliklere ilişkin alıcıda yanılsamaya sebep olması veya bunu güçlendirmesi ve bu yolla alıcının ürünü satın almaya teşvik etme kastının bulunması gerekmektedir. Satıcının ağır kusurlu davranış ise, malın ayıplı olarak teslim edilmesinde ağır ihmalinin bulunduğu, mesleki sebeplerle bu ayıbı bilmesi veya farkında olması gerekirken, bunu bilmeme veya farkında olmama halidir. Bu durumlarda, satıcının sorumsuzluk anlaşması geçerli kabul edilmeyecektir²⁶⁸.

TKHK’da ise böyle bir düzenleme bulunmamaktadır. Satıcının sorumluluğunun sınırlandırılmasına ilişkin olarak m.9/II ve m.10/II-III hükümler bulunmakta olup, sorumluluğun hangi hallerde sınırlandırılmış olduğu özel olarak belirtilmiştir. Bu nedenle, satıcının sorumluluğun kaldıran sözleşmeler, TBK bakımından satıcının ağır kusur veya hileli davranışları dışında geçerli kabul edilmekle, TKHK bakımından, özel olarak düzenlenen hükümler haricinde, sorumsuz anlaşmalarının geçerli olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Sözleşmede

²⁶⁷ Zevkliler, Gökyayla, s. 118.

²⁶⁸ Ayıptan sorumluluğu kaldıran veya hafifleten anlaşmaların tereddüt halinde, alıcı lehine, yorumlanması gerekmektedir. Bkz. Yavuz, s. 72; Aydoğdu, Kahveci, ss. 153-154.

bu yönde düzenlemeler bulunsada, tüketici ayıplı ürünler hakkında satıcının sorumluluğu yoluna başvurabilecektir²⁶⁹.

Katılmakta olduğumuz bir yoruma göre, tüketicinin ayıplı olduğunu bilerek satın aldığı ürünler hakkında satıcının sorumluluğu bulunmamaktadır. Satıcının sorumluluğunu tamamen veya kısıtlayan sözleşmede yer alan kayıtlar tüketicinin ayıbı bilmesini sağlıyorsa, bu durumda sözleşme geçerli kabul edilmelidir. Bunun dışında, satıcının ağır kusur veya kastının bulunmadığı hallerde sorumluluğu kaldıran sözleşme hükümleri geçerli olacaktır. Bununla birlikte, satıcının sorumluluğuna ilişkin sözleşmenin yazılı olarak düzenlenmesi, genel işlem koşulu olarak nitelendirilecek hükümlerin bulunmaması, tüketicinin ayıptan doğan hakları konusuna yer verilmeli ve hangi hakların ne ölçüde kısıtlandığı açıkça belirtilmelidir²⁷⁰.

F. Ayıbın Bildirilmesi

TBK m. 223/I’de “Alıcı, devraldığı satılanın durumunu işlerin olağan akışına göre imkân bulunur bulunmaz gözden geçirmek ve satılанда satıcının sorumluluğunu gerektiren bir ayıp görürse, bunu uygun bir süre içinde ona bildirmek zorundadır.” hükmü ile alıcıya, gözden geçirme ve ayıbı bildirme yükümlülüğü düzenlenmiştir. Ancak, gözden geçirme ve bildirim sürelerine uyma alıcı için külfet niteliğinde olup, gerçek anlamda bir yükümlülük, borç anlamı taşımamaktadır²⁷¹.

TBK bakımından dikkat edilmesi gereken husus, düzenlemede yer alan uygun bir süre ifadesidir. Uygun süre ile alıcının tespit ettiği ayıbı, satıcıya düzenli ve makul bir şekilde bildirmek için gerekli zaman belirtilmek istenmiştir. Alıcının bildirimde bulunmaması halinde, ürünü ayıplı hali ile kabul etmiş olacaktır. Uygun sürenin tayininde ürünün niteliği önem taşımaktadır. Örneğin, çabuk bozulabilecek bir gıda ürünü için uygun süre daha kısa olmalıdır²⁷². Ancak ayıp olağan gözden geçirme ile tespit edilemiyor, gizli ise ya da hile ile gizlenmişse, uygun bir süre

²⁶⁹ Aydoğdu, Kahveci, s. 155; Zevkliler, Özel, s. 166.

²⁷⁰ Aslan, ss. 106-107.

²⁷¹ Aydoğdu, Kahveci, s. 148.

²⁷² Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, s. 120-121.

içinde bildirilmemiş olsa dahi ayıp daha sonra ortaya çıktığında satıcıya bildirilerek, sorumluluğa ilişkin hükümlerden yararlanılabilecektir²⁷³.

TKHK'da ayıbın bildirilmesine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Tüketiciler, iki yıllık zamanaşımı süreleri içinde, seçimlik haklarını kullanmaları mümkündür. Ancak, doktrinde ayıbın bildirimine ilişkin açık olarak bir düzenleme bulunmasa da, ayıbı fark edip, kullanan uzun bir süre ayıba ilişkin herhangi bir talepte bulunmayan tüketicinin ürünü bu haliyle kullanmayı kabul ettiği anlamına gelebileceği belirtilmektedir. Zira, ayıbı tespit edip, ürünü uzun bir süre kullandıktan sonra, seçimlik haklarını kullanmayı talep etmesi TMK m.2 hükmüne aykırılık teşkil etmektedir²⁷⁴. Örneğin, tüketici, pompasının bozuk olması nedeniyle içindeki ürünü püskürtmekte yetersiz kalan parfümü, uzun süre bu haliyle kullandıktan sonra, ayıpsız misli ile değiştirilmesini talep etmesi bu mahiyettedir.

Ayıp bildirimine ilişkin bir diğer düzenleme de, tacirler arasındaki satımlarda uygulanacak olan, TTK m.23/I-c'de yer almaktadır. Söz konusu durum, yurtdışında üretilen kozmetik ürünlerin Türkiye pazarında da satıma sunulmak üzere ithal eden satıcılar bakımından önem arz etmektedir. Bu düzenlenemeye göre, “*Malın ayıplı olduğu teslim sırasında açıkça belli ise alıcı iki gün içinde durumu satıcıya ihbar etmelidir. Açıkça belli değilse alıcı malı teslim aldıktan sonra sekiz gün içinde incelemek veya incelettirmekle ve bu inceleme sonucunda malın ayıplı olduğu ortaya çıkarsa, haklarını korumak için durumu bu süre içinde satıcıya ihbarla yükümlüdür. Diğer durumlarda, Türk Borçlar Kanununun 223 üncü maddesinin ikinci fıkrası uygulanır.*” malın teslimi sırasında belli olan açık ayıplar için, alıcıya iki gün, satılanın teslimi sırasında anlaşılması mümkün olmayan ayıplar için sekiz günlük bildirim süresi tanınmıştır. Ayıbın ihbar süresi, malın teslim alındığını izleyen günden itibaren hesaplanacaktır. İhbarın bu süreler içinde yapılmaması halinde, alıcı ürünü ayıpları ile kabul etmiş sayılacaktır²⁷⁵.

²⁷³ Zevkliler, Gökyayla, s.120.

²⁷⁴ Zevkliler, Gökyayla, s. 123; Oğuzman, Öz, Cilt II, s. 236.

²⁷⁵ Sabih Arkan, **Ticari İşletme Hukuku**, 16. Bası, Banka ve Ticaret Araştırma Enstitüsü, Ankara 2012. s.156.

II. AYIPTAN DOĞAN SEÇİMLİK HAKLAR

Satıcının ayıptan sorumluluğunun doğması halinde TBK m. 227 ve TKHK m. 11 ile alıcıya dört farklı seçimlik hak sunulmuştur. Bunlar, sözleşmeden dönme, ayıp oranında bedelde indirim isteme, giderleri satıcıya ait olmak üzere ücretsiz onarım ve imkanı varsa ayıpsız misli ile değişim isteme hakkıdır²⁷⁶.

Alıcı/tüketici, ayıbın bulunması halinde bu dört seçimlik haktan birisini kullanabilecektir. Bu hakların daha sonra, alıcı tarafından tek yönlü olarak değiştirilmesi ve devredilmesi mümkün değildir. Buna seçimlik değiştirilebilir (ius variandi) veya devredilebilir olmama özelliği denilmektedir²⁷⁷. Bu nedenle alıcı/tüketicinin seçimlik hakkını kullanmak için dava açmak zorunda olmamakla birlikte, bu yola başvurusu halinde, hakimın vereceği karar inşai değil, açıklayıcı nitelikte bir tespit kararı olacaktır²⁷⁸.

Seçimlik hakların hukuki niteliğine ilişkin olarak çeşitli görüşler bulunmaktadır. Bu görüşler, yenilik doğuran hak, yenilik doğuran dava ve değiştirilmiş sözleşme görüşüdür. Yenilik doğuran hak görüşüne göre, alıcı/tüketici seçimlik hakkını tek taraflı, yöneltilmesi ve varması gerekli bir irade açıklaması ile kullanmaktadır. Seçimlik hakkın kullanılabilmesi için dava açılmasına veya satıcı ile ayrı bir sözleşme yapılmasına gerek yoktur. Bu özellikleri nedeniyle, seçimlik hakkın yenilik doğurucu bir hak olduğu belirtilmektedir²⁷⁹. Değiştirilmiş sözleşme görüşüne göre ise, alıcı/tüketicinin seçimlik haklarından birini kullanabilmesi ancak satıcının muvafaki ile gerçekleştirilebilir. Alıcı/tüketicinin tek taraflı irade beyanında bulunması bir icap olarak kabul edilip, satıcının bu öneriyi kabul etmesi ile taraflar arasında ilk sözleşmeyi değiştiren bir sözleşme kurulur ve seçim hakkı sona erer²⁸⁰. Bir diğer görüş olan, yenilik doğuran dava görüşü, değiştirilmiş sözleşme görüşünün bir uzantısıdır. Satıcı, alıcı/tüketicinin icabını kabul etmesi halinde, değiştirilmiş sözleşme görüşü doğrultusunda, taraflar arasında yeni bir sözleşme kurulacaktır.

²⁷⁶ Çalışmamızın konusu esas itibarıyla, kozmetik ürün üretici, satıcı ve uygulayan bakımından sorumluluklarının tespiti, niteliği ve şartları olması sebebiyle, bu bölümde, ayıptan doğan seçimlik haklara genel olarak değinilecektir.

²⁷⁷ Aydoğdu, Kahveci, s. 176.

²⁷⁸ Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, s.128.

²⁷⁹ Edis, s. 98; Yavuz, **Satıcının Ayıptan Sorumluluğu**, s. 135; Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, s. 128; Zevkliler/Gökyayla, s. 125.

²⁸⁰ Yavuz, **Satıcının Ayıptan Sorumluluğu**, s. 136-137; Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, s. 129.

Ancak, satıcı, alıcı/tüketicinin icabını kabul etmezse, dava yoluyla çözümlenecektir. Hakimin vermiş olduğu karar ile seçimlik hak kullanılabilir. Hakimin vermiş olduğu bu kararın inşai (kurucu) nitelikte bir karardır²⁸¹.

Kanaatimizce, seçimlik hakların hukuki niteliğinin belirlenebilmesi için, her seçimlik hakkın yönelmiş olduğu amaç dikkate alınmalıdır. Bedelden indirim ve sözleşmeden dönme seçimlik hakkı, değiştirici yenilik doğuran haklardandır. Zira, dönme taraflar arasındaki sözleşme geçmişe etkili olarak sona ermekte ve edimlerin iadesi sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre gerçekleşmektedir. Aynı şekilde, satılanın bedelinde indirim sözleşmenin esaslı unsurunda değişikliği neden olmaktadır. Bu nedenle, bedelde indirim ve sözleşmeden dönme halinde taraflar arasındaki sözleşme değiştiği kabul edilmelidir. Ücretsiz onarım ve ayıpsız misli ile değişim ise sözleşme hükümlerinin belirlendiği şekilde uygulanmasını içermekte olduğundan, aynen ifanın devamı niteliğindedir. Alıcıya/tüketicie tanınan seçimlik hakları yanında, genel hükümlere göre saklı tutulan tazminat hakkı ise, seçimlik haklar ile kullanıldığında, seçimlik alacak, tek başına talep edildiğinde ise sadece alacak hakkı olarak nitelendirilmelidir²⁸².

A. Malı Geri Vererek Ödediği Bedeli İsteme Hakkı (Sözleşmeden Dönme)

Sözleşmeden dönme hakkı, TBK m.227/1-1'de ve TKHK m.11/I'de düzenlenmiştir. Satın aldığı üründen beklenen faydayı göremeyen alıcı/tüketici, satıcıya iade ederek sözleşmeden geri dönebilir. Alıcı sözleşmeden dönmeye ilişkin seçimlik hakkını, satıcıya tek taraflı bir irade beyanıyla kullanır²⁸³. Alıcı/tüketici bakımından ayrıca belirtilmesi gereken husus ise, ürünün ayıplı olması halinde, sözleşmeden dönme hakkını sadece satıcıya karşı kullanabilecektir. Zira alıcı/tüketici, TKHK m. 11/II hükmü ile, sadece ücretsiz onarım veya malın ayıpsız

²⁸¹ Yavuz, **Satıcının Ayıptan Sorumluluğu**, s. 137-138; İnal, **Tüketici Hukuku**, s. 1012.

²⁸² Aydoğdu, Kahveci, s. 176-177; Ahmet Türkmen, “**Tüketici İşlemlerinde Ayıplı Mal Ve Hizmetten Doğan Seçimlik Hakların Tabi Olduğu Zamanaşımı Ve Bunun Garanti Taahhütleriyle İlişkisi**”, Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi, Hakan Pekcanitez'e Armağan, Cilt:16, Özel Sayı , 2015, s.3391

²⁸³ Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, s.135.

misli ile değiştirilmesine ilişkin haklarını üreticiye karşı ileri sürebilir. Ancak, üretici ve satıcı aynı kişi ise, sözleşmeden dönme hakkı bu kişiye karşı kullanılabilir²⁸⁴.

Dönme hakkı, tarafların sözleşmeye bağlılığı ilkesi sonucu olarak, tarafların kurmuş oldukları sözleşmenin mümkün olduğu ölçüde devam ettirilmesi beklenmektedir. Bu nedenle, alıcı/tüketicinin sözleşmeden dönme hakkını kullanması sonucunda, satıcının uğrayacağı zarar, alıcının elde edeceği menfaatten çok daha fazla ise dönme hakkı sınırlandırılmaktadır. Zira, ayıbın giderilmesi mümkünse onarım veya misli ile değiştirilmesi mümkünse, bedel indirimi ile de alıcı korunabiliyorsa, edimler arasında bir denge kurulabiliyorsa, alıcının dönme hakkını kullanmada menfaatinin bulunmadığı kabul edilmelidir. Ancak, tüketicinin korunması ilkesi gereği, tüketici sözleşmeleri bakımından bu durumun daha esnek uygulanması gerekmektedir²⁸⁵.

Alıcı/tüketicinin sözleşmeden dönme seçimlik hakkını kullanması ile birlikte, taraflar arasında bir tasfiye ilişkisi başlamaktadır. Ancak, TKHK’da, tarafların bu yeni ilişki nedeniyle yükümlülüklerine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle, genel hüküm niteliğinde olan TBK m.229 düzenlemesi uygulama alanı bulacaktır²⁸⁶. Bu doğrultuda, taraflar birbirlerinden daha önce almış oldukları edimleri verme yükümlülüğü altına girmektedirler. Alıcı/tüketici, satın almış olduğu ayıplı ürünü satıcıya, satıcı ise satım bedelini alıcı/tüketiciciye iade etmekle yükümlüdür. Bu durumda alıcının, satılan ürünü bir süre kullanmış olması nedeniyle, satıcının ödeyeceği bedelde uygun bir indirim yapılması gereklidir. Bununla birlikte, kanunda açıkça düzenleme bulunmasa da, alıcı üründe ayıp dışında bir zarara neden oldu ise, bunların, satıcının ödeyeceği bedelden mahsup edilmesi gerekir²⁸⁷. Satım konusu mallar arasında, asıl şey-eklenti (asli-feri) ilişkisi bulunuyorsa, asıl mala ilişkin dönme talebi, eklentiye ilişkin satım ilişkisini de etkileyecektir. Ancak, eklentiye ilişkin satım sözleşmesinin feshi asıl malın durumuna etki etmeyecektir²⁸⁸.

²⁸⁴ Kalkan, s. 210.

²⁸⁵ Kahveci, s.190; Yavuz N., s. 193.

²⁸⁶ Gümüş, s.109-112; Özge Erbek Odabaşı, “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Hükümlerine Göre Garanti Belgesinin Hukuki Niteliği”, Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Ertas’a Armağan, Cilt: 19, Özel Sayı, 2017, s.626.

²⁸⁷ Aydoğdu, Kahveci, s.181; Hatunoğlu, s. 163.

²⁸⁸ Zevkliler, Gökyayla, s. 127; Mehmet Ayan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayınlar, 11. Baskı, Ankara, 2016, s.27

B. Ayıbın Neden Olduğu Değer Kaybının Bedelden İndirilmesini İsteme Hakkı (Bedelde İndirim)

Bedelden indirim hakkı, hukuki niteliği bakımından değiştirici yenilik doğuran bir haktır. Alıcının buna ilişkin talebini belirtmesi ve bu talebin satıcının hakimiyet alanına ulaşması ile sözleşmenin bedel unsuru değişmiştir. Ancak, bedelde indirim talep edilmesi, borcun yenilenmesi anlamına gelmemektedir. Eski borç yerine yeni bir borç ortaya çıkmamakta, nitekim taraflar arasında bu surette yeni bir sözleşme de kurulmamaktadır. Sadece, taraflar arasındaki sözleşmenin esaslı unsuru olan, bedelde değişiklik meydana getirilmektedir. Alıcı/tüketici, ayıplı ürün nedeniyle sözleşmeden dönmek yerine, bedelde indirim talep ederek sözleşmeyi ayakta tutmaktadır. Bunun sonucu olarak, ürünü alıkoyarak tek taraflı bir irade beyanıyla satıcıdan ayıp oranında satış bedelinden indirim yapılmasını talep etmektedir. Bu talep sonucunda da sözleşme varlığını sürdürdüğü için alıcı ayıplı malı alıkoymakta buna karşılık henüz ödemediği satış bedelini ödemek zorunda kalmaktadır²⁸⁹.

Bununla birlikte, ayıplı malın alıcının/tüketicinin işine yarayacak, satıcı bakımından da ağır sonuçlara neden olarsa, hakim de ayıp oranında bedelde indirim yapılmasına karar verebilecektir²⁹⁰.

Eğer, satılanın değerindeki eksiklik satış bedeline çok yakın ise alıcı/tüketici, bedelden indirim talep edemez. Bunun yerine sözleşmeden dönme veya satılanın ayıpsız benzeriyle değiştirilmesi isteyebilir. Zira, bu durumda bedelde indirim kabul yapılabileceği kabul edilseydi, alıcı/tüketici hem bedelin neredeyse tamamını alacak hem de ayıplı ürün kendisinde kalacaktı. Hakkaniyetli olması bakımından, alıcı/tüketicie böyle bir sınırlama getirilmiştir²⁹¹.

Bedelden indirilecek miktarın tayini hakim tarafından yapılacaktır. TBK ve TKHK'da indirimin hesaplanmasına dair bir düzenleme getirilmemiştir. Bu nedenle doktrin tarafından, mutlak yöntem, tazminat yöntemi ve nispi yöntem olmak üzere üç

²⁸⁹ Yavuz, s. 97; Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, s.177.

²⁹⁰ Zevkliler, Özel, s. 179.

²⁹¹ Aydoğdu, Kahveci, s. 182-183.

ayrı hesaplama yöntemi geliştirilmiş olup, Yargıtay bu hesaplama yöntemlerinden nispi yöntemi uygulamaktadır²⁹².

C. Malı Geri Vererek Değiştirilmesi İsteme Hakkı (Malın Ayıpsız Misli İle Değiştirilmesi)

Satılan malın ayıplı çıkması halinde, alıcı/tüketiciye tanınan bir diğer seçimlik hak TKHK'nın m.11/I-ç'de "*İmkân varsa, satılanın ayıpsız bir misli ile değiştirilmesini isteme,*" şeklinde düzenlenmiştir. Mevcut düzenleme ile alıcı/tüketici değiştirme hakkının yalnızca misli mallarla ilgili olduğu vurgulanmıştır.

TKHK ve TBK'da yer alan ayıp ve sorumluluk hükümleri, alıcı/tüketiciyi daha çok seri üretim sonucunda ortaya çıkan ayıp durumlarına karşı koruyor olması sebebiyle, özellikle tüketici sözleşmeleri bakımından genellikle misli olan ürünlerin satım sözleşmesine konu olacağı düşünülmüştür. Bu nedenle, mevcut düzenlemede, değiştirme hakkının misli mallarla ilgili olduğu vurgulanmıştır²⁹³. Parça satışlarında satılan malın belirli olduğu ve benzeri olmadığı için bu haktan yararlanılamayacaktır. Aynı durum sınırlı çeşit satışlarında da belirli stoktaki malın tamamı ayıplı olması halinde de geçerlidir. Bu nedenle değişim hakkı daha çok çeşit, özellikle misli satışlarda uygulama imkanı bulmaktadır²⁹⁴.

TKHK m. 11/II kapsamında, tüketici, kural olarak, ayıplı malın ayıpsız misli ile değiştirilmesini, üretici ve ithalatçıya karşı kullanabilecek olup, bu talebin yerine getirilmesinden, üretici, imalatçı ve satıcı müteselsil olarak sorumludur. Üretici ve ithalatçının, bu seçimlik hakkında yerine getirilmesinden sorumlu olması, sözleşmenin nisbiliği ilkesine aykırılık teşkil ediyor olsa da, genellikle, üretici veya ithalatçı, ayıplı malın aynı cins ve nevideki ayıpsız malı elinde bulunduran kişidir. Bu nedenle kanun koyucu, alıcı/tüketiciye ayıpsız misli ile değişim hakkı için üretici ve ithalatçıya da başvurabilme imkanı tanımıştır²⁹⁵. Ancak, üreticinin ayıptan sorumluluğu, ürünün piyasaya sürüldüğü anda ayıpsız olduğunu veya piyasaya sürüldükten sonradan ayıbın meydana geldiğini ispatlaması halinde, sorumluluktan

²⁹² Zevkliler, Aydoğdu, s. 128; Aydoğdu, Kahveci, s. 182-183; Özel, **Tüketici Hukuku**, s. 122.

²⁹³ Aslan, s. 115.

²⁹⁴ Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, s.151.

²⁹⁵ Gümüş, s. 115.

kurtulabilecektir²⁹⁶. Nitekim bu durum, TKHK m.11/II “*Üretici veya ithalatçı, malın kendisi tarafından piyasaya sürülmesinden sonra ayıbın doğduğunu ispat ettiği takdirde sorumlu tutulmaz.*” şeklinde hükme bağlanmıştır. Böyle bir durumun varlığı halinde, alıcı/tüketici, ürünün ayıpsız misli ile değişimini üretici ve imalatçıdan talep edemeyecektir.

TBK bakımından, ayıpsız misli ile değişim, dönme hakkının kullanılabilirdiği hallerde uygulanmalıdır. Çünkü, ürünün misli ile değiştirilmesi dönme talebine benzer sonuçlar yaratmaktadır. Dönme hakkının kullanılmadığı durumlarda, ayıpsız misli ile değiştirilmenin talep edilmesi kanunun amacına aykırılık teşkil edecektir²⁹⁷.

Ayıplı malın değişimine ilişkin olarak TBK ve TKHK’da yer alan ifadeler bakımından güçlük yaşanmaktadır. Zira, TBK m. 232’de, malın, ayıpsız bir benzeri ile değiştirilmesi olarak ifade edilmişken, TKHK m.11’de ise misli ile değişim olarak ifade edilmiştir. İki kanun arasındaki ifade farklılığı eleştirilmekle birlikte, uygulama da problem yaratabileceği belirtilmektedir. Nitekim, Yargıtay seçimlik haklara ilişkin kararında²⁹⁸, tüketicinin, misli ile değişim talebi halinde, ayıplı malın aynısı ile değişim yapılması gerektiği, mümkün olmaması halinde ise malın bedelinin tüketicieye ödenmesi gerektiği belirtilmektedir. Bu durumda, tüketicinin, ayıplı malın misli ile değişim seçimlik hakkını fiilen ortadan kaldırmaktadır. Zira, uzun yargılama süreleri nedeniyle, otomobil, telefon, bilgisayar gibi mallarda, birebir aynı modelin bulunması çoğunlukla mümkün olmamaktadır²⁹⁹.

TKHK bakımından, ayıpsız misli ile değişime sınırlama getirilmiştir. Buna göre, “*Ücretsiz onarım veya malın ayıpsız misli ile değiştirilmesinin satıcı için orantısız güçlükleri beraberinde getirecek olması hâlinde tüketici, sözleşmeden dönme veya ayıp oranında bedelden indirim haklarından birini kullanabilir.*” ekinde düzenlemeye yer verilerek, tüketicinin değişim talebi satıcı bakımından, diğer seçimlik haklara nazaran çok daha masraflı olacak ve ekonomik zarar yaşamasına sebebiyet verecekse, tüketici bu haktan yararlanamayacaktır. Düzenlemede belirtilen orantısız güçlük kavramının kanunda tanımı yapılmamış olmakla birlikte, TKHK m.11/III’te orantısız güçlüğün belirlenmesinde dikkate

²⁹⁶ Havutçu, s. 103.

²⁹⁷ Aydoğdu, Kahveci, s. 186-187.

²⁹⁸ Yargıtay HGK, 22.06.2005, 2005/4-309, 2004/391, Yargıtay HGK, 04.03..2009, 2005/4-11, 2004/99. (Kazancı İçtihat Bankası)

²⁹⁹ Hatunoğlu, s. 183.

alınacak bazı kıstaslar da belirtilmiştir. Buna göre, “ ... malın ayıpsız değeri, ayıbın önemi ve diğer seçimlik haklara başvurunun tüketici açısından sorun teşkil edip etmeyeceği gibi hususlar” ayıpsız misli ile değişimin satıcı bakımından orantısız güçlük teşkil edip etmeyeceği incelenmesi gerekmektedir, orantısız güçlük bulunması halinde ise tüketici, sözleşmeden dönme veya bedelde indirim haklarından birisini kullanmalıdır³⁰⁰.

D. Ayıplı Malın Ücretsiz Olarak Onarılmasını İsteme Hakkı (Ücretsiz Onarım)

Ücretsiz onarım hakkı, aynen ifa hakkına dayanan bir alacak hakkıdır. TKHK m.11/1-c ve TBK m. 227/I hükmü ile alıcı/tüketiciye ürünlerle ilgili olarak “*Aşırı bir masraf gerektirmediği takdirde, bütün masrafları satıcıya ait olmak üzere satılanın ücretsiz onarılmasını isteme,*” hakkı tanınmıştır.

Ürünün misli ile değiştirilme talebinde olduğu gibi tüketici ücretsiz onarım talebini, satıcı ile birlikte üretici ve imalatçıya karşı da ileri sürebilir. Kanun koyucu, misli ile değiştirme ve ücretsiz onarım haklarını üretici ve imalatçıyı da sorumlu kabul etmiştir. Zira, üretici ve imalatçının, ürüne ilişkin parçaları elinde bulunduruyor, tekniğe ilişkin bilgileri hakim olabilmesi nedeniyle, seçimlik hakların kullanımını kolaylaştırmaktadır³⁰¹. Ancak, 4077 sayılı TKHK döneminde, ücretsiz onarım ve ürünün misli ile değişimi seçimlik hakları yanında, sözleşmeden dönme ve bedelde indirim talebi halinde de, üretici ve imalatçının sorumluluğu düzenlenmişti. Bu kişiler yanında, sözleşmenin tarafı olmasa da, satış zincirinde yer alan, bayi ve acentenin de sorumluluğu bulunmaktaydı. Yeni düzenleme ile hem sorumlu kişiler hem de seçimlik haklar bakımından sınırlandırılmaya getirilmiş olması geriye gidiş olarak değerlendirilmekte ve eleştirilmektedir³⁰².

Alıcının/tüketicinin, ürünün ücretsiz onarımını talep etmesi halinde, satıcı bu talebi yerine getirmekle yükümlüdür. Onarım için, taşıma, yerleştirme adı altında herhangi bir ücret talep etmesi kanun mümkün değildir³⁰³.

³⁰⁰ Aslan, s.128; Gümüş, s. 120; Kalkan, s. 244; Hatunoğlu, s. 183.

³⁰¹ Kalkan, s. 236.

³⁰² Aydoğdu, **Öneriler**, ss, 10, 25.

³⁰³ Zevkliler, Özel, s. 181; Özel, s. 124.

TKHK m.11/III'e göre, ücretsiz onarım talebinin, satıcı için orantısız güçlükleri de beraberinde getirmesi halinde, sözleşmeden dönme veya bedelde indirim haklarından birisinin kullanılması gerekmektedir. Orantısız güçlüğü belirlenmesinde, düzenlemede yer alan ayıpsız malın değeri, ayıbın değeri, ayıbın önemi ve diğer seçimlik haklara başvurmanın tüketici açısından sorun teşkil edip etmeyeceği gibi ölçütlerin dikkate alınması gerekecektir³⁰⁴.

TKHK m.11/IV ile ücretsiz onarım hakkının seçilmesi durumunda, talebin satıcıya, üreticiye veya ithalatçıya yöneltilmesinden itibaren azami otuz iş günü, konut ve tatil amaçlı taşınmazlarda ise altmış gün içerisinde yerine getirilmesinin zorunlu olduğu düzenlenmiştir. Satış Sonrası Hizmetler Yönetmeliğinin ekli listesinde belirtilen mallara ilişkin, tüketicinin ücretsiz onarım talebi, yönetmelikte belirlenen azami tamir süresi içinde yerine getirilecektir. Aksi halde tüketici diğer seçimlik haklarını kullanabilecektir.

Bununla birlikte, ücretsiz onarım hakkının kullanımı ile ilgili TKHK m.56/III ile özel bir düzenleme getirilmiştir. Şöyle ki, *“Tüketici bu Kanunun 11 inci maddesinde belirtilen seçimlik haklarından onarım hakkını kullanmışsa, malın garanti süresi içinde tekrar arızalanması veya tamiri için gereken azami sürenin aşılması veya tamirinin mümkün bulunmadığının anlaşılması hâllerinde 11 inci maddede yer alan diğer seçimlik haklarını kullanabilir.”*. Bu hüküm ile ücretsiz onarım hakkından yararlanan tüketiciye, belirtilen hallerin gerçekleşmesi durumunda, seçimlik haklarını yeniden kullanma imkânı sunulmuştur. Satıcının, alıcının/tüketicinin yeniden seçimlik hakları kullanma talebini reddedemeyeceği, aksi halde, satıcı, üretici ve imalatçının müteselsil olarak sorumlu olacağı düzenlenmiştir. Ancak, üretici ve imalatçının sorumluluğunun seçimlik haklara ilişkin genel sınırlamalar kapsamında kalması gerekmektedir. Bu nedenle, üretici ve imalatçının sorumluluğu sözleşmeden dönme ve bedelden indirim hakları için de uygulanacağı sonucuna varılmamalıdır³⁰⁵.

³⁰⁴ Aslan, s.131; Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, s.151

³⁰⁵ Kalkan, s. 240-241.

III. SEÇİMLİK HAKLARIN KULLANILMA ZAMANI

Seçimlik hakların kullanma sürelerine ilişkin, TKHK ve TBK’da benzer düzenlemeler bulunmaktadır. Seçimlik hakların kullanılması bakımından, tabi oldukları sürenin niteliği önem arz etmektedir. TKHK ve TBK’da seçimlik hakların hukuki niteliğine bakılmaksızın süre öngörülmüş olup, bu sürenin zamanaşımı süresi olduğu genel olarak kabul edilmektedir³⁰⁶. Seçimlik hakların kullanma süreleri hem satıcı hem de alıcı/tüketici bakımından önem arz etmektedir. Zira, satıcı, satmış olduğu malla ilgili olarak sorumlu olacağı süreleri bilmek isteyecektir. Alıcı/tüketici ise, hakkını hangi süreler içerisinde kime karşı kullanacağını bilmesi bakımından önemlidir. Ancak, alıcının/tüketicinin, malı ayıplı olmasına rağmen uzun süre seçimlik haklarını kullanmaması halinde, hakkın kötüye kullanımı teşkil edeceğinden, zamanaşımı süresi içinde de olsa, seçimlik haklarını kullanamayacağı kabul edilmektedir³⁰⁷.

TKHK m.12’de ayıplı mal nedeniyle, taraflar arasında daha uzun bir süre öngörülmemişse, malın teslimi tarihinden itibaren iki yıl içinde seçimlik hakların kullanılması gerektiği düzenlenmiştir. Benzer bir düzenlemeye TBK m. 231 ile düzenlenmiş olup, her iki kanunda da seçimlik hakların kullanılması için iki yıllık zamanaşımı süresi öngörülmüştür.

TKHK m.12 “*Kanunlarda veya taraflar arasındaki sözleşmede daha uzun bir süre belirlenmediği takdirde...*” ifadesinden taraflar arasında zamanaşımı süresinin uzatılabileceği anlaşılmaktadır. Ancak TBK m.148’de de belirtildiği üzere “*Bu ayırımıda belirlenen zamanaşımı süreleri, sözleşmeyle değiştirilemez*”. Her iki düzenleme de nispi emredici hüküm olması nedeniyle, seçimlik hakların süresinin kanunda belirlenenden farklı kararlaştırılması mümkündür. Ancak, tüketiciye olan sorumluluğun sınırlandırılması veya kaldırılması mümkün olmadığından, tüketicinin aleyhine olarak bu sürelerin kısaltılmaları mümkün olmamakla birlikte, zamanaşımı sürelerinin alıcı/tüketici lehine uzatılabilmesi mümkündür³⁰⁸.

Zamanaşımı süreleri tüketici lehine uzatılabilmekle birlikte, bu sürelerin bir üst sınırının bulunup bulunmayacağına ilişkin çeşitli görüşler bulunmaktadır. Bizim

³⁰⁶ Edis, s.131; Aydoğdu, Kahveci, s. 223; Türkmen, s. 3392; Aydoğdu, **Tüketici Hukuku**, s.188.

³⁰⁷ Kalkan, s. 257; Özel, s. 126.

³⁰⁸ Aydoğdu, Kahveci, s. 224; Zevkliler, Özel, s. 202; Türkmen, s. 3395; Kalkan, s. 258.

de katılmakta olduğumuz görüşe göre, satıcının ayıptan doğan sorumluluğunun on yıldan daha uzun bir süre olarak kararlaştırılamayacağı belirtilmektedir. Aksi halde TBK m.149 hükmüne aykırılık teşkil edecektir³⁰⁹. Bununla birlikte, doktrinde zamanaşımının on yılı aşmayacağına dair açık bir düzenleme bulunmaması ve tüketiciyi güvence vermesi sebebiyle zamanaşımının on yıldan daha fazla olabileceğini belirten görüşler bulunmaktadır. Nitekim Günümüzde de şirketler satmış oldukları mallara ilişkin on, onbeş bazen yirmi yıllık garanti süreleri vermekte oldukları, dolayısıyla genel zamanaşımı olan on yıllık süreyi aşan sözleşmeler tüketici lehine olması nedeniyle geçerli kabul edilebilmeleri gerektiği belirtilmektedir³¹⁰.

Zamanaşımı sürelerinin hesaplanması, kesilmesi ve durmasına ilişkin TKHK'da açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle, TBK m. 149-155 hükümlerinde yer alan zamanaşımının durmasına ve kesilmesine ilişkin hükümler, seçimlik hakların kullanımına ilişkin zamanaşımı hesaplamalarında da uygulanması gerekmektedir³¹¹. Satıcının, alıcıya/tüketicie ürünlerdeki ayıpları gidermeye ilişkin açık ve zımnen bir taahhütte bulunması halinde, zamanaşımının kesileceği çünkü; satıcının bu davranışları ile ayıplı üründen doğan sorumluluğuna dair borcunu kabul ettiği anlamına geleceği belirtilmektedir³¹².

Zamanaşımı süreleri, ürünün alıcıya/tüketicie teslimi ile başlamaktadır. Teslim anı ise TBK hükümlerine göre tespit edilecektir³¹³. Zamanaşımı sürelerinin başlaması için, malın teslim edilmesi yeterli olduğundan, tüketicinin ayıbı öğrendiği anın bir önemi bulunmamaktadır. Zira, ayıbın daha sonra ortaya çıkmış olmasının, zamanaşımı sürelerinin başlamasında bir etkisi bulunmayacaktır³¹⁴.

TKHK bakımından, satıcı malın ayıplı olduğunu hile veya ağır kusuru ile gizlemişse, m.12'de yer alan iki yıllık zamanaşımı süresine ileri süremeyecektir. Satıcı hilesi ile alıcının/tüketicinin sözleşmeye konu malı, gözden geçirmesinin ve ayıpları satıcıya bildirmesinin engellendiği hallerde, satıcı iki yıllık zamanaşımı

³⁰⁹ Edis, s. 131; Zevkliler/Aydoğdu, s. 148, Gümüş, s. 125; Türkmen, s. 3396, Zevkliler, Gökyayla, s. 139;

³¹⁰ Yavuz, **Ayıplı Maldan Sorumluluk**, s.159; Aslan, ss.106, 121.

³¹¹ Aydoğdu, Kahveci, s. 224; Aslan, s.120.; Kalkan, s.258; Seda Hatunoğlu, **Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun Kapsamında Satıcının Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Sorumluluğu**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2019, Ankara 2019, s.157.

³¹² Yavuz, **Ayıplı Maldan Sorumluluk**, s.157; Hatunoğlu, s. 167.

³¹³ Aslan, s.120.

³¹⁴ Kalkan, s. 258; Hatunoğlu, s. 167.

süresini ileri süremeyecektir. Burada hilenin geniş yorumlanması gerektiği, satıcının bildiği ayıplar hakkında tüketiciyi uyarmaması olarak kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir. Buna ek olarak, ayıbı satıcı fiilen bilmiyor olsa bile, bilmesi gereken ayıpları da bildirmemesi halinin de bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği belirtilmektedir. Bu durumda tüketicinin seçimlik hakları kullanması bakımından on yıllık zamanaşımı süresine tabi olacaktır³¹⁵.

IV. TAZMİNAT İSTEME HAKKI

Alıcı/tüketici kendisine tanınmış olan seçimlik hakların yanında, ayıplı ürünün kullanımı nedeniyle, ölüm-yaralanma meydana gelmesi, kullanılmakta olan bir malın zarara uğraması hallerinde, tazminat talebinde bulunabilir. TKHK m. 11/VI “Tüketici bu seçimlik haklarından biri ile birlikte 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu hükümleri uyarınca tazminat da talep edebilir.” hükmü ile alıcı/tüketici, tazminat talebini, diğer seçimlik haklar ile birlikte talep edebileceği gibi, seçimlik haklar olmaksızın ayrıca da talep edebileceği ifade edilmiştir. Bu doğrultuda, alıcının tazminat talebi, seçimlik haklarla birlikte veya seçimlik haklardan ayrı olarak sadece tazminat talebi şeklinde veya sözleşmeden dönme talebi ile birlikte doğrudan zararları halinde tazminat talebi şeklindedir incelenmelidir³¹⁶.

Alıcı/Tüketici, maddi tazminat talebi ile birlikte, manevi tazminat talebinde de bulunabilir. Manevi tazminat talep edilip edilemeyeceğine ilişkin açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte, kısıtlayıcı bir ifade de bulunmamaktadır. Manevi tazminat talep edilebilmesi için kusurun aranıp aranmayacağına tespiti bakımından, genel hükümler olan TBK m.56 ve TMK m.24 uygulanması gerekecektir. Bu doğrultuda, satıcı, ayıplı ürün ile alıcı/tüketicinin kişilik haklarına da saldırıda bulunmuş ve kusurlu ise manevi zararlardan da sorumlu olmalıdır³¹⁷.

TKHK m.11/6 ‘da tüketicinin seçimlik haklarından biri ile birlikte TBK hükümleri uyarınca tazminat talep edebileceği düzenlenmiş olup, seçimlik haklardan

³¹⁵ Yavuz, **Ayıplı Maldan Sorumluluk**, s. 125; H. Kübra Ercoşkun Şenol, “**Türk Borçlar Hukukunda Hilenin Münferit Uygulama Alanları**”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:17, Sayı:4, 2013, 81-115, s. 97; Aydoğdu, Kahveci, s.228; Zevkliler, Gökyayla, s.136; Aslan, ss.105, 120, 121.

³¹⁶ Kalkan, 254.

³¹⁷ Aydoğdu, **Tüketici Hukuku Dersleri**, s. 177; Özel, s. 128.

biri olmaksızın tazminat hakkı talebine ilişkin düzenleme yer almamaktadır. Ancak, TBK, kapsamında tüketici m.112 hükmü doğrultusunda, seçimlik haklardan ayrı olarak, zararın tazminini talep edebilecektir³¹⁸.

Bu durumda, alıcı, TBK m. 229/I-4 hükümleri çerçevesinde sözleşmeden dönme halinde doğrudan ve dolaylı zararları için tazminat talebinde bulunabilecektir. Alıcının doğrudan zararlarına örnek olarak, böcekli ürün teslim edilmesi ve böceklerin diğer ürünlere de yayılarak kullanılamaz hale getirmesi, elektrik kaçağı olan bir aracın test edilmesi sırasında elektrik çarpması ve bedeni zararı doğması gösterilebilir. Satıcının, bu zararlardan sorumluluğu bir kusursuz sorumluluk halidir³¹⁹. Dolaylı zararlardan sorumluluğu ise TBK m. 229/II'de "*Satıcı, kendisine hiçbir kusur yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alıcının diğer zararlarını da gidermekle yükümlüdür.*" Diğer zararlar olarak belirtilmiştir. Satıcının, dolaylı zararlardan doğan sorumluluk bir kusur sorumluluğudur ve satıcı kusurlu olmadığını ispatlaması halinde bu sorumluluktan kurtulabilecektir. Diğer zararlar olarak ifade edilen dolaylı zararlar, alıcı/tüketicinin üründen yararlanamaması nedeniyle doğan zararları, protesto giderleri, süresinde teslim edemediği ürün nedeniyle ödemiş olduğu cezai şart şeklinde örneklendirilebilir³²⁰.

Alıcı/tüketici, sözleşmeden dönme dışındaki diğer seçimlik haklarla birlikte de tazminat talebinde bulunabilir. Alıcını/tüketicinin, sözleşmeden dönme dışındaki diğer haklarla birlikte, tazminat talep edebileceğine dair düzenleme sadece TKHK'da bulunmaktadır. Ancak, TBK bakımından da, diğer seçimlik haklarla birlikte, alıcının/tüketicinin tazminat talebinde bulunabileceği kabul edilmektedir³²¹. Burada zararın kapsamına doğrudan ve dolaylı zararlar da dahildir. Alıcı/tüketici, ayıplı mal nedeniyle ölüm ve yaralanma nedeniyle doğan zararlarını talep edebileceği gibi ayıplı malın diğer mallara zarar vermesi gibi dolaylı zararlarını da talep edebilecektir³²². Sözleşmeden dönme halinde talep edilecek tazminatın niteliği belirlenmiş iken, diğer seçimlik haklarla birlikte kullanılacak olan tazminat talebinde, satıcının sorumluluğunun niteliğine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Burada

³¹⁸ Kahveci, s. 123; Kalkan 254.

³¹⁹ Zevkliler, Özel, s. 184; Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, s. 150; Aydoğdu, Kahveci, s. 200; Kahveci, s. 130.

³²⁰ Aydoğdu, Kahveci, s. 200; Aslan, s. 135; Hatunoğlu, s. 203.

³²¹ Aydoğdu, Kahveci, s. 201; Zevkliler, Gökyayla, ss.135-136; Özel, s. 127.

³²² Zevkliler, Özel, s. 185.

da, satıcının kusursuz olarak sorumlu olduğu, satıcı, tüm özeni göstermiş olduğunu ispatlamadıkça, alıcının/tüketicinin zararlarından sorumlu olacağı kabul edilmelidir³²³.

Alıcı/tüketici, seçimlik haklar olmaksızın sadece, TBK m. 112 sözleşmeye aykırı davranış hükümleri çerçevesinde, tazminat da talep edebilecektir. Seçimlik haklar dışında, tazminat talebi alıcılar/tüketiciler bakımından ek bir güvence teşkil etmektedir. Satıcının, sözleşmeye aykırılık nedeniyle zararı tazmine ilişkin sorumluluğu bir kusur sorumluluğudur., alıcının/tüketici TBK m.112 kapsamındaki tazminat talebini sadece satıcıya yöneltebilecektir. İthalatçı ve üreticinin sorumluluğu ücretsiz onarım ve misli ile değişimle sınırlandırılmıştır. Sözleşmenin nisbiliği ilkesi, satım sözleşmesinin tarafı olan satıcı, TBK m.112'ye göre sadece satıcıdan doğan zararların tazmini talep edilebilecektir³²⁴.

Bunlarla birlikte, alıcı/tüketicinin, satıcıya karşı tazminat talebinde bulunmasının, seçimlik hakların zamanaşımı sürelerini keseceği kabul edilmektedir. TKHK bakımından, ayıplı mal nedeniyle öngörülen tazminat hakkı, diğer seçimlik haklarla birlikte tanınmış bir haktır. Dolayısıyla her iki talebin de dayanağını ayıplı mal oluşturmaktadır. Ancak, ayıptan doğan sorumluluk hükümleriyle yarışan diğer davalar bakımından, satıcıya yöneltilen talep ve davaların, hukuki sebep ve dayanakları farklı olduğundan, seçimlik haklar için öngörülen zamanaşımı sürelerini kesmeyecektir³²⁵.

³²³ Aydoğdu, **Tüketici Hukuk Dersleri**, s.179.

³²⁴ Zevkliler, Özel, s186; Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, s. 150.

³²⁵ Türkmen, s.3418.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

KOZMETİK ÜRÜNÜN UYGULANMASINDAN DOĞAN SORUMLULUK

I. KOZMETİK ÜRÜNLERİ UYGULAYANIN SORUMLULUĞUNUN KOŞULLARI

A. Borca Aykırı Davranış: Ayıplı Hizmet

Kozmetik ürünün uygulanması halinde meydana gelen zarar nedeniyle, uygulayıcının sorumluluğu doğmaktadır. Açıklamış olduğumuz sebeplerle sorumluluğun kaynağını vekalet sözleşmesi oluşturmaktadır. Vekilin/ kozmetik ürün uygulayıcısının vermiş olduğu zarar nedeniyle sorumlu olabilmesinin ilk koşulu borca aykırı davranışının bulunmasıdır. Vekilin borçları ve bunlara aykırılık halleri incelenecek olmakla birlikte, vekil ile vekalet veren arasındaki ilişki, TKHK m.3/I-i hükmü ile vekalet sözleşmeleri de tüketici işlemi olarak kabul edildiği için ayıplı hizmet kabul edilecek ve buna ilişkin düzenlemeler uygulama alanı bulacaktır. Bir diğer anlatımla, vekalet sözleşmesi bakımından borca aykırılık unsuru, vekilin ayıplı hizmette bulunmuş olması şeklinde gerçekleşmektedir.

Borca aykırılık, borcu yerine getirmeme, ifa etmeme olarak tanımlanmaktadır. Taraflar arasında kurulan bir borç ilişkisinde, borcun zamanında, yerinde ve konusuna uygun olarak ifa edilmesi önem taşımaktadır. Borçlu borcunu hiç ifa etmeyebilir veya ifa etmesine rağmen sözleşmede kararlaştırılan şekle uygun olmayabilir. Bu hallerin varlığı borca aykırılığı meydana getirmektedir³²⁶.

Belirtmiş olduğumuz üzere, vekil bakımından borca aykırı davranış ayıplı hizmet şeklinde meydana gelmektedir. Ayıplı hizmeti açıklayabilmek için öncelikle hizmet kavramından bahsedilmelidir. Hizmet, TKHK m.3-d’de “*bir ücret veya menfaat karşılığı yapılan ya da yapılması taahhüt edilen mal sağlama dışındaki her türlü tüketici işlemi*” olarak tanımlanmıştır. Mal sağlama dışındaki her türlü işlem şeklinde geniş bir ifadeye yer verilerek, bedeni ve/veya fikri emek ürünü olması ve hizmetin belli bir parasal menfaat, ücret karşılığında yapılıyor olması hizmet kavramının unsurlarını oluşturmaktadır. Dolayısı ile bir binanın boyanması veya

³²⁶ Kılıçoğlu, s. 613; Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 1074; Ayan, s.115, Doğan, Atamutlu, Şahan, s. 82.

binanın projesinin tasarımı ve çizimi hizmet olarak kabul edilmekle birlikte, bedeni ve fikri emek ürününün bir arada olması örneğin binanın tasarım ve çiziminin ardından inşaa edilmesi de bu kapsamda yer alacaktır. Bununla birlikte, bir ürünün kullanılmak amacıyla sağlanması da hizmet olarak nitelendirilmektedir³²⁷. Bu doğrultuda, kozmetik ürün uygulayıcısının yapmış olduğu işlemin, TKHK kapsamında bir hizmet olduğu açıktır. Örneğin, bir güzellik merkezinde uzmanın ciltteki leke görünümünün azaltılmasına yönelik kozmetik ürün kullanması, hizmet olarak nitelendirilmektedir.

Ayıplı hizmet ise, TKHK m.13 ile düzenlenmiş ve hizmetin, taraflarca sözleşmede kararlaştırılan sürede başlanmaması veya taraflarca kararlaştırılmış olan ve objektif olarak sahip olması gereken özellikleri taşınamaması nedeniyle ayıplı olan hizmet olarak ifade edilmiştir. Sağlayıcının ayıplı hizmetten sorumluluğu ise taraflarca kararlaştırılan hizmet edimini, sözleşmeye uygun şekilde yerine getirmemesinden kaynaklanmaktadır³²⁸.

Doktrinde bazı görüşlere göre, hizmet kavramının daha kolay tespit edilebilmesi bakımından hizmet edilen nesnenin tabiatı kriteri dikkate alınarak, doğrudan mal ile ilgili hizmetler, doğrudan kişi ile ilgili hizmetler ve dolaylı mal veya kişi ile ilgili hizmetler olarak sınıflandırılabilirliği belirtilmiştir. Doğrudan ve dolaylı olarak mal ile ilgili hizmetlerin, TKHK kapsamında ayıp hükümlerine tabi olması gerektiği, kişi ile ilgili hizmetler bakımından ayıplı ifadan değil, kusurlu hizmetten bahsedilebileceği, sorunun çözümü bakımından, taraflar arasındaki sözleşmeye dair hükümlerin uygulanması gerektiği belirtilmektedir³²⁹. Benzer yönde bir diğer görüş ise, vekalet sözleşmelerine ilişkin uyuşmazlıklarda, ayıplı hizmet hükümlerinin uygulanamayacağı belirtilmektedir. Bu görüşe göre, vekalet sözleşmesine ayıplı hizmet hükümlerinin uygulanması halinde, seçimlik hakların kullanılması mümkün olamayacaktır³³⁰.

Katılmakta olduğumuz aksi yöndeki görüş ise, TKHK'nun tüketici işlemi kavramını genişlettiği, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekalet, bankacılık ve benzeri

³²⁷ Zevkliler, Aydoğdu, s.93.Tiryaki, s. 41.

³²⁸ Özel, s. 133; İnal, **Tüketici Hukuku**, s. 208.

³²⁹ Tiryaki, ss. 43, 56-62

³³⁰ Ece Baş Süzel, “ **Tüketici Hukukunda İş Görme (Hizmet) Sözleşmelerinde Ayıplı İfa**”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 24, S: 2, 2018, s.966- 998, s.971.

sözleşmeler de dahil her türlü sözleşme ve hukuki işlemi de kapsar şekilde yeniden tanımlandığı belirtilmektedir³³¹. Zira, ayıplı hizmete ilişkin düzenlemede doğrudan ve dolaylı olarak mal ile hizmetler veya doğrudan ya da dolaylı olarak kişiyle ilgili hizmetler şeklinde bir ayırım yapmayarak hepsi bu kapsamda yer almakta olup, bu nedenle kişiyle ilgili hizmetler için de TKHK uygulanması gerekmektedir. Bununla birlikte isabetli olarak, söz konusu mal ve kişi ile ilgili hizmet ayırımına gidilmesinin, TKHK'nun amacı ve temel esasları göz önüne alındığında tüketici aleyhine kısıtlayıcı bir yorumlama yapılmaması gerektiği ifade edilmiştir³³².

Yukarıda açıklamış olduğumuz üzere, kozmetik ürünlerin uygulayıcısı ile tüketici arasındaki ilişki vekalet sözleşmesine dayanmaktadır. Vekalet sözleşmesine ilişkin hükümler gereği, bir zarar doğması halinde vekil ancak kusuru oranında sorumlu olacaktır. 6052 sayılı TKHK m.13'te ayıplı hizmet, *"...sözleşmede belirlenen süre içinde başlamaması veya taraflarca kararlaştırılmış olan ve objektif olarak sahip olması gereken özellikleri taşınamaması nedeniyle sözleşmeye aykırı olan hizmettir."* şeklinde ifade edilmiştir.

Vekalet sözleşmesi ile vekil, görevini sadakat ve özenle yürütme ve ifa etme borcunu üstlenmektedir. Vekilin özenli davranma yükümlülüğü sınırları, vekilin işgörme ile amaçlanan sonuca ulaşmak için olağan hayat tecrübeleri ve işlerin olağan akışına göre yerine getirmesi gereken davranışlar, başvurduğu yöntemler, sonuca ulaşmasını engelleyecek olay ve durumlardan kaçınması ile belirlenecektir³³³. Vekilin işi özenle yürütmesi, kozmetik ürün uygulaması bakımından, kullanılan ürünün kalitesiyle de yakından ilgilidir. Nitekim Yargıtay bu konuda vermiş olduğu bir kararda, hekimin, hastaya uygun materyali kullanmamış olması nedeniyle³³⁴ ve aynı şekilde, üretim hatası nedeniyle piyasadan toplatılan ürünleri hasta üzerinde kullanılması halinde de³³⁵, tazminat oranında indirim yapılmaksızın sorumluluğa karar vermiştir.

Vekil, görmekte olduğu işle ilgili olarak düzenli olarak bilgi vermeli, talimatını etkileyebileceği konuları, vekalet verene bildirmelidir. Kozmetik ürün

³³¹ Aydoğdu, **Öneriler**, s. 6.

³³² Petek, **Tıbbi Müdahale**, ss. 588-590.

³³³ Battal Yılmaz, **Hekimin Hukuki Sorumluluğu**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007, s.23; Yavuz, s. 547; İnal, **Borca Aykırılık**, s. 450.

³³⁴ 13. HD. 13.10.2009, 2009/3105-11489. (Kazancı İçtihat Bankası)

³³⁵ 13. HD. 15.05.2007, 2007/2942-6736. (Kazancı İçtihat Bankası)

uygulayıcı, vekalet verene yapılacak işlemle ilgili bilgi vermeli, uygulamanın olası zararları ve yan etkileri konusunda aydınlatmalıdır³³⁶. Vekilin, bilgi verme yükümlülüğü, kozmetik ürün uygulaması neticesinde meydana gelen zararlarda sorumluluğunun tespitinde ayrıca önem arz etmektedir. Nitekim, vekil işlemi gerçekleştirirken, uygulayacağı hastaya/tüketiciye/vekalet verene işlemin sonuçları ile ilgili olarak, açık ve anlaşılır şekilde anlatmalıdır. Ürün uygulandığında ortaya çıkabilecek endikasyonlar konusunda bilgilendirmeli, olumlu ve olumsuz tüm yönleriyle açıklamalıdır³³⁷.

Vekilin bir diğer yükümlülüğü olan sadakat yükümlülüğü ise daha çok sır saklama ve bilgi verme yükümlülüğü olarak karşımıza çıkmaktadır. Vekilin sır saklama yükümlülüğüne ilişkin olarak TBK'da açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte, vekalet ilişkinin temeli olan güven unsuru ve sadakat borcunun bir sonucu olduğu kabul edilmektedir. Açıklanması halinde, vekalet verenin maddi veya manevi zarar doğuracak, toplum tarafından kınanmasına ve küçük düşmesine neden olacak bilgiler vekil tarafından saklanmalıdır. Vekilin, bu yükümlülüğe aykırı davranması halinde, vekalet veren zararların giderimini talep edebilmekle birlikte, mesleki olarak sır saklama yükümlülüğü bulunan örneğin hekimin veya avukatın TCK m. 198 meslek sırrını ifşa suçu kapsamında cezai sorumluluğu da doğabilecektir. Bu durumun varlığı halinde TBK m. 49 vd haksız fiil hükümlerine göre ve kişilik haklarının ihlali söz konusu ise TMK m.25/III uyarınca zararın tazmini talep edilebilir³³⁸.

Vekilin bir diğer yükümlülüğü olan hesap verme borcu, bilgi verme borcunu da kapsayan, vekalet verenin işin yürütülmesi hakkında kontrol imkanı sağlayan, önemli bir yükümlülüktür. Bilgi verme yükümlülüğü esas itibariyle, vekalet sözleşmesinde bir yan edim yükümlülüğü olmasına rağmen, edimin ifasına doğrudan doğruya bağlı olmaması nedeniyle, ayrıca bir dava konusu edilebilir³³⁹.

Vekilin bir diğer borcu, vekalet verenin iradesine ve talimatlarına uygun davranmaktır. Vekil, hukuka ve ahlaka aykırı talimatları reddederek yerine getirmekten kaçınabilecektir. Vekalet verenin, hatalı talimatlar bakımından ise, özen

³³⁶ Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, s. 734.

³³⁷ İnal, **Borca Aykırılık**, s. 263; Gökcan, s. 979.

³³⁸ Yavuz, s. 554.

³³⁹ Zevkliler, Gökyayla, s. 627; Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, s. 735.

ve sadakat borcu kapsamında uyarıda bulunması gerekmektedir. Zira, vekil, vekalet verenin talimatlarıyla bağılı olup, bu talimatlara aykırı davranması halinde, meydana gelen zararlar vekilin sorumluluğunu doğurur³⁴⁰.

Kural olarak vekil, vekalet veren ile aralarında kararlaştırılan işgörme edimini şahsen ifa etmek zorundadır. Ancak TBK m.506/I ile bu kurala istisna getirilmiştir. vekil, sözleşme ile bir başkasın vekil olarak atamaya yetkili kılınmışsa, işin bir başkası tarafından görülmesi zorunluysa veya vekilin bir başkasını vekil olarak atamasına ilişkin teamülün bulunduğu durumlarda, vekilin edimini şahsen ifa zorunluluğu bulunmamaktadır. Vekil, yetkisi olmadığı halde bir başkasını edimin ifası için yetkilendirirse meydana gelen zararlardan, kendisi yapmış gibi sorumlu olacaktır. Asıl vekilin bir başkasını görevlendirme yetkisi bulunuyor ise, alt vekili seçerken özenli ve dikkatli davranması gerekmektedir³⁴¹. Vekilin, yetkisiz alt vekilin işlemlerinden, kendisi yapmış gibi olmasında ölçü, vekilin bizzat kendisinin kişiliği ve nitelikleri olacaktır. Vekilin yerine geçen kişi, vekilin göstereceği dikkat ve özeni göstermiş ancak vekalet sözleşmesi ile üstlenilen edim istenildiği gibi yerine getirilememişse, vekil sorumlu olmayacaktır. Bunun birlikte, yetkisiz alt vekil, sözleşmesel edimi beklenilene uygun şekilde yerine getirmişse vekilin sorumluluğundan bahsedilemeyecektir. Zira, sözleşme ile doğan işgörme edimi gereği gibi yerine getirilmiş ve sona ermiştir. Vekalet verenin bu ifayı kabul etmemesi durumunda dürüstlük kurallarına aykırılık teşkil edecektir³⁴².

Alt vekaletin söz konusu olduğu hallerde (asıl vekilin alt vekili atamaya yetkisinin bulunduğu hallerde), vekalet veren ve alt vekil arasında doğrudan kurulmuş bir sözleşmesel ilişki bulunmamaktadır. Ancak, vekalet veren, vekile karşı sahip olduğu hakları, TBK m. 507/III uyarınca, alt vekile karşı da ileri sürebilecektir. Vekilin talep ettiği gibi alt vekilden de, sözleşme borcunun ifasını, zarar meydana geldiyse tazminini isteyebilecektir³⁴³.

Kozmetik ürünün uygulanması sırasında, hizmetin ifasına yardımcı olan kişiler ise alt vekile benzese de, bu kapsamda değerlendirilemeyeceklerdir. Aynı

³⁴⁰ Aydoğdu, Kahveci, s. 688.

³⁴¹ Özkaya, s.473; Zevkliler, Gökyayla, s. 624.

³⁴² Yavuz, s. 549.

³⁴³ Eren, **Borçlar Hukuk Özel Hükümler**, s. 728; Aynı yönde bkz: Vekalet veren, alt vekile karşı üçüncü kişi durumunda olmasına ve iki ayrı vekalet sözleşmesi bulunması rağmen, vekalet veren, alt vekile ifaya ilişkin taleplerde bulunabilir. (Yavuz, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, s. 549.)

şekilde, vekilin, bir başka vekil ile vekalet veren adına sözleşme yaparak, sözleşmeden doğan borçlarını üçüncü bir kişiye bıraktığı ikame vekalet halinde de, alt vekaletten söz edilemeyecektir³⁴⁴. Örneğin, kozmetik ürünü uygulayacak hekim, yerine başka bir hekimi görevlendirmesi halinde alt vekalet söz konusu olacaktır. Hekimin, alt vekil atama konusunda yetkisi bulunmuyor ise, alt vekilin yapmış olduğu tüm iş ve eylemlerden kendisi yapmış gibi sorumlu olacaktır. Ancak, ürünü uygulamak üzere hazırlık yapan hemşire alt vekil olarak değil yardımcı kişi olarak faaliyet göstereceğinden, hekimin yardımcı kişinin vermiş olduğu zararlardan doğan sorumluluğu söz konusu olacaktır³⁴⁵.

Kozmetik ürün uygulayıcısı, vekil olarak, sözleşme ile üstlenmiş olduğu yükümlülükler TKHK anlamında birer hizmet niteliği taşımaktadır. Vekilin, bu hizmetleri/yükümlülükleri sözleşme ile kararlaştırıldığı biçimde yerine getirmemesi halinde ayıplı hizmet meydana gelecek olup, borca aykırılık unsuru gerçekleşecektir.

B. Zarar

Kozmetik ürün uygulayıcısının sorumluluğundan söz edebilmek için, borca aykırı davranışı neticesinde bir zararın meydana gelmesi gerekmektedir. Zarar, bir kimsenin mal varlığında rızası dışında meydana gelen eksilmeleri ifade eder. Malvarlığının, sözleşmeye aykırı fiil olmasa idi olacağı durumla fiili sonucu aldığı durum arasındaki fark, zararı oluşturmaktadır. Zarar bakımından çeşitli ayrımlara gidilmiştir, bunlar; mal varlığının aktifinde fiili bir azalmanın ifade edildiği fiili zarar, mal varlığının artmasına engel olunmasından kaynaklanan mahrum kalınan kardan doğan zarar, hukuka aykırı fiili nedeniyle doğrudan zarar görmesiyle oluşan doğrudan zarar, doğrudan zarara eklenen bir başka sebeple uğranılan dolaylı zarar, hukuka aykırı fiile maruz kalan kişi dışında bir kişinin de bu fiil nedeniyle uğramış olduğu yansıma zarar, fiil gerçekleştikten sonra meydana gelmesi beklenen müstakbel (gelecekteki) zarar ve haksız fiile ek olarak eklenecek bir riskin gerçekleşmesi halinde doğması muhtemel olan muhtemel zarar şeklindedir³⁴⁶.

³⁴⁴ Fulya Erlüle, “**Alt Vekalet**”, Selahattin Sulhi Tekinay’ın Anısına Armağan, , Marmara Üniversitesi Hukuk Yayınları, İstanbul 1999, s.260.

³⁴⁵ Kozmetik ürün uygulayıcısının yardımcı kişinin eylemlerinden sorumluluğu ayrıca ele alınacaktır.Bkz 4ş III.

³⁴⁶ Oğuzman / Öz, s. 38.

Zarar kişinin mal varlığından meydana gelebileceği gibi şahıs varlığında da meydana gelebilmektedir. Şahıs varlığı zararı, kişinin maddi veya maddi nitelikte olmayan kişisel varlıklarına yönelik fiiller sonucunda doğan zararı ifade etmektedir. Şeref haysiyet, isim, resim ve özgürlüklere yönelik fiiller şahıs varlığında zarar yol açan fiillerdir³⁴⁷.

Kozmetik ürünlerin uygulanması bakımından zarar, çoğunlukla tüketicinin malvarlığında meydana gelmektedir. Örneğin, bir güzellik merkezinde cilt bakımı yaptıran tüketiciye, hatalı kozmetik ürün kullanılarak yüz ve boyun bölgesinde ciddi tahriş ve alerjik reaksiyona sebebiyet vermesi sonucunda, tüketicinin tedavi masrafları harcamalar malvarlığında zarara yol açacaktır. Ancak, kozmetik ürün uygulanması sonucu şahıs varlığında da zarar meydana gelmesi mümkündür.

C. Kusur

Kozmetik ürün uygulayıcısının sorumluluğunun doğması için, zarar doğmasına neden olan, borca aykırı eylemi kusurlu hareketi ile gerçekleştirmiş olmalıdır.

Sözleşmesel sorumlulukta kusur, sözleşmeden doğan borcu yerine getirirken borçlunun, edimin ifası için her türlü önlemi alması ve buna engel olacak davranışlardan kaçınması halindeki aykırılıkların, hukuk düzenince korunmaması olarak ifade edilmektedir³⁴⁸. Bir diğer anlatımla, bir kimsenin, hukuk düzeni tarafından tasvip edilmeyen ve uygun bulunmayan davranış biçimi olarak da tanımlanabilmektedir³⁴⁹. Aykırılık ve tasvip edilmeyen haller ise, sözleşme ve kanun hükümlerinin, dürüstlük kuralı ve bir işin ifası sırasındaki genel kabuller göz önünde bulundurularak belirlenecektir³⁵⁰.

Kusur kast veya ihmal şeklinde karşımıza çıkabilmektedir. Kast halinde, borçlu, fiilinin zararlı sonucunu bilerek ve isteyerek hareket etmektedir. İhmal halinde ise, borçlunun zararlı sonucu bilme veya istemesi söz konusu değildir. İhmalde borçlunun, dikkatsiz, tedbirsiz mesleğinin gerektirdiği özeni göstermemesi

³⁴⁷ Kılıçoğlu, s. 283.

³⁴⁸ Erol Cansel, Çağlar Özel, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt I, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017, s. 314.

³⁴⁹ Kılıçoğlu, s. 298.

³⁵⁰ Aral, s. 176.

sonucu zararlı sonuç meydana gelmektedir. İhmal, kendi içerisinde ağır ihmal ve hafif ihmal olarak ikiye ayrılmaktadır. Ağır ihmal hali, borçlunun, üstlendiği edimini yerine getirirken, kendisinden veya benzer hal ve koşullar altında özenli bir kişinin göstermesi gereken en basit dikkat ve özeni göstermemesidir. Hafif ihmalde ise, borçludan beklenen, çok daha dikkatli kişilerin gösterdiği dikkat ve özenin gösterilmesidir³⁵¹. Bir diğer tanımla, içinde bulunduğu şartlarda, olağan dikkat ve özeni göstermiş olmasına rağmen, kendisinden beklenen tüm özen ve dikkati göstermediği için doğan zararda borçlunun hafif ihmalinden söz edilmektedir³⁵².

Borçlunun, borca aykırı davranışı kast veya ihmal ihmal içeren eylemi ağır kusurunu, hafif ihmal ise hafif kusuru ifade etmektedir. Sorumluluk bakımından, kusurun derecesi önem taşımamaktadır. Ancak, borçlunun borca aykırı davranışı, sorumluluğun kapsamına ve tazminat miktarının belirlenmesinde etkili olacaktır³⁵³.

D.Nedensellik Bağı

Borca aykırı davranan kimse ancak bu fiilin neden olduğu zararlardan sorumlu olacaktır. Bir kimseden, fiilinin sebep olmadığı bir zararın tazmininin istemesi hukuken mümkün değildir. Doktrinde ve Yargıtay kararlarında, uygun nedensellik bağı kabul edilmektedir. Hayat tecrübelerine göre, bir fiilin olayların normal akışında meydana getirebileceği zararla olan mantıki nedensellik bağı, uygun nedensellik bağı olarak ifade edilmektedir. Sağlayıcının/kozmetik ürün uygulayıcısının, zarardan sorumlu olabilmesi için uygun illiyet bağının bulunması gerekmektedir³⁵⁴.

Bu nedenle ancak zarar ile borca aykırılık unsuru arasında uygun nedensellik bağının bulunması halinde zararın tazmini talep edilebilmektedir. Nedensellik bağında önemli olan, borçlunun sonucu öngörebilmesi değil, objektif olarak fiilin o zarara sebebiyet verebileceğinin olayların normal akışına göre kabul edilmesidir³⁵⁵. Örneğin, hekimin, bir kişiye kozmetik ürün kullanarak ciltteki ölü deriyi soyması daha sonra, uygulama yapılan kişinin, yüzünde tahrişe veya yanığa neden olacak bir

³⁵¹ Kılıçoğlu, s. 298.

³⁵² Oğuzman/Öz, s. 57.

³⁵³ Kılıçoğlu, s. 623.

³⁵⁴ Tiryaki, s.158; Doğan, Atamutlu, Şahan, s.197.

³⁵⁵ Oğuzman, Öz, s. 45.

başka ürün kullanması sonucu, artık hekimin sorumluluğundan söz edilemeyecektir. Hekim, ürünü uygulamasaydı, zararlı sonuç meydana gelmeyecekti şeklinde bir nedensellik bağı kurulamaz³⁵⁶.

Nedensellik bağının tespitinde, mağdurun şahsından kaynaklanan özelliklerin dikkate alınıp alınmayacağına dair tartışma bulunmakla birlikte, hakim görüş mağdurdan kaynaklanan sebeplerin yol açtığı zararlardan, bu sebeplerin etkili olmasına yol açan borçlunun sorumlu tutulması ancak zararın tazmininde indirim yapılması gerektiği yönündedir³⁵⁷.

II. KOZMETİK ÜRÜN UYGULAYANIN DİĞER KİŞİLERİN EYLEMLERİNDEN DOĞAN SORUMLULUĞU

Vekalet ilişkisinde kural olarak, vekil borcunu şahsen ifa etmelidir. Ancak, işin niteliğine göre iş bölümü ve yardımcı kullanma ihtiyacı doğabilmektedir. Nitekim, kozmetik ürün uygulayıcısı, hizmet ediminin ifası sırasında, yardımcı kişilerden yararlanabilmektedir. Yardımcı kişinin fiili nedeniyle, tüketicinin bir zararı doğarsa, uygulayıcı/vekil bu zararlardan sorumlu olacaktır. Örneğin, hekimin ürün uygulamak için kullanılacağı aparatı, hemşirenin dezenfekte etmeden tüketiciye uygulaması ve bu nedenle, tüketicinin cildinde enfeksiyon/tahribata yol açılması, yardımcı kişinin eylemi nedeniyle, hekimin sorumluluğunu doğurur.

Bununla birlikte, taraflar arasında kozmetik ürünün uygulanmasından doğan bir vekalet ilişkisi olması sebebiyle, vekilin edimi yerine getirirken bazı işlerin ifasını başka birine bırakması halinde, daha önce kısaca bahsettiğimiz alt vekalet ilişkisi de söz konusu olabilir³⁵⁸. Aynı şekilde, alt vekaletin bir benzeri olan, ikame vekalet de, işin görülmesi sırasında karşımıza çıkabilir. Kozmetik ürün uygulayanın sorumluluğunun tespiti için bu kavramların birbirinde ayrılması ve incelenmesi gerekmektedir.

Vekil/borçlu, yardımcı kişinin, borcun ifası sırasında, alacaklıya zarar vermesi halinde, kusuru bulunması dahi, borçlunun doğan zararını tazmin yükümlülüğü bulunmaktadır. Yardımcı kişinin kusurunun aranıp aranmayacağına

³⁵⁶ Doğan, Atamutlu, Şahan, s.198.

³⁵⁷ Oğuzman, Öz, s. 46.

³⁵⁸ Bkz. s.113.

ilişkin doktrinde görüşler bulunmakla birlikte, genel kabul yardımcının eylemlerinden, kusur şartı aranmaksızın, borçlunun sorumluluğunun olduğudur³⁵⁹.

Yardımcının zarar verici davranışı nedeniyle sorumluluk ile adam çalıştırının sorumluluğu bu noktada ayrılmaktadır. TBK m.66'da düzenlenen adam çalıştırın, borcun ifasında, çalışanı seçmede, talimat vermede ve denetimde gereken özeni gösterdiğini ispatlaması halinde sorumluluktan kurtulmaktadır. Ancak, TBK m.116, borçlunun yardımcının eylemi nedeniyle sorumluluktan kurtulabilmesini öngören bir kurtuluş kanıtına yer vermeyerek, yardımcı kişinin faaliyeti nedeniyle, adam çalıştırana nazaran daha ağır bir sorumluluk yüklenmiştir³⁶⁰. Bununla birlikte, adam çalıştırının sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için, çalışan ve çalıştırın arasında bir hizmet ilişkisinin, emir-talimat ilişkisinin bulunması aranmaktadır. Ancak, çalıştırın ile zarar gören arasında sözleşmesel bir ilişkinin bulunmasına gerek yoktur. Zira, adam çalıştırının sorumluluğu sözleşmesel bir sorumluluk değildir. Örneğin, bir hastanede çalışan hemşire, hastanın yakınına hakaret eder veya darp ederse, yardımcı kişi değil adam çalıştırının sorumluluğu söz konusu olacaktır³⁶¹.

Yardımcı kişi ile borçlu arasında, hukuki bir ilişkinin bulunması şart değildir. Yardımcı kişiden bahsedebilmek için, sürekli veya geçici olarak, borçlunun izni ile borcun ifasına katılması yeterlidir. Bu nedenle, yardımcı kişinin borçluya bağlı olması, onun emir ve talimatlarına uygun çalışması şartı aranmamaktadır. Borçludan bağımsız olarak çalışanların yardımcı kişi sayılabilmesi için tek şart, borçlu tarafından ifaya katılmasına izin verilmiş olmasıdır. Borçlunun, yardımcı kişiye bir ücret ödeyip ödememesi de önemli değildir. Zira, TBK m. 116'da, sorumluluğun doğması için, borçlunun (vekilin), borcun ifasını, birlikte yaşadığı kişiler veya yanında çalışanlar gibi yardımcılara bırakması olarak ifade edilmiştir. Örneğin, kuaförün, saç boyama işlemini kendisi yerine bir arkadaşına yaptırması halinde bu kişi ifa yardımcısı olarak kabul edilecektir³⁶².

³⁵⁹ Oğuzman, Öz, s. 422; Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 1105; Kanunda, kusursuz sorumluluk hallerinin açık olarak belirtilmiş olduğu, borçlunun kusurunun, borcun ifasını bizzat yerine getirmemiş olduğundan doğduğu, borcun kendisi tarafından yerine getirilseydi yardımcının eylemi nedeniyle kusurlu sayılmayacak idiyse, sorumlu tutulamaması gerektiğini belirten görüşler bulunmaktadır. Bkz; Kılıçoğlu, s. 628.

³⁶⁰ Oğuzman, Öz, s. 422.

³⁶¹ Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 620; Oğuzman, Öz, Cilt II, s.140; Gökcan, s. 976.

³⁶² Kılıçoğlu, s. 626; Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 1097-1098.

Yardımcı kişiler gerçek veya tüzel kişiler olabilmekle birlikte, borcun ifası sırasında kullanılan makine ve robotların da yardımcı kişi olarak kabul edilebileceğine dair görüşler bulunmaktadır. Bu görüşe göre, otomatik ve elektronik cihazların, borcun ifası sırasında üçüncü kişiye vermiş oldukları zararlar nedeniyle işletenlerin kusursuz olarak sorumlu tutulması gerektiği belirtilmektedir. Özellikle, bankamatiklerin, otomatik yiyecek-içecek servisi verenlerin yardımcı kişinin fiili nedeniyle sorumlu tutulması gerektiği belirtilmektedir³⁶³. Bu görüşün benimsenmesi halinde, kozmetik ürün uygulamada kullanılan makinelerin vermiş olduğu zararlardan da, uygulayıcının yardımcı kişinin fiili nedeniyle sorumluluğunun kabul edilmesi gerekecektir.

Borcun ifasının, sözleşme ile üstlenen borçlu dışında birisi tarafından yerine getirilmesinin bir diğer örneği alt vekalettir. Alt vekalet, vekilin kendi adına yaptığı bir vekalet sözleşmesi ile borçlandığı edimi bir başka vekile gördürmesi, tevdi etmesidir³⁶⁴. Alt vekil ile yardımcı kişiyi birbirinden ayıran husus, alt vekilin, kendisi yerine getirmesi için bırakılan görevlerin tamamında ve belli bir kısmında bağımsız olarak hareket edebilmesidir. Yardımcı kişi ile alt vekili birbirinden ayıran en önemli nokta ise, vekilin alt vekil atayabilmesi için TBK m. 506/I'de öngörülen, kendisine yetki verildiği, zorunluğu bulunduğu ya da teamülün bulunduğu hallerden birinin varlığı gerekmektedir. Ancak, asıl işin borçlusu yardımcı kişiden yararlanabilmesi için bu hallerin varlığı aranmamaktadır³⁶⁵.

Bununla birlikte, alt vekalette, yetkilendirilen vekil, borcun ifasını, vekalet verenin menfaatine ve iradesine uygun gerçekleştirmelidir. Asıl vekil ve alt vekil arasında yeni bir vekalet sözleşmesi kurulmakta ve ilk vekalet sözleşmesinde, vekalet verenin iradesi buraya yansımaktadır³⁶⁶. Ancak, ifa yardımcısında, alacaklının bu durumda, vekalet verenin menfaatine ve iradesine uygun davranma yükümlülüğü bulunmamaktadır.

Vekilin, kendisi yerine bir başkasına sözleşmesel edimini tevdi etmesinin bir diğer şekli, ikame vekil ile gerçekleşmektedir. Alt vekalet ile aralarındaki fark, ikame vekil ilişkisinde, asıl vekil, ikame vekil ile vekalet veren adına bir sözleşme

³⁶³ Oğuzman, Öz, s. 418.

³⁶⁴ Eraslan Özkaya, **Vekalet Sözleşmesi ve Kötüye Kullanılması**, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005, s. 471; Yavuz, **Borçlar Hukuk Özel Hükümler**, s. 549.

³⁶⁵ Erlüle, ss.260-261.

³⁶⁶ Parlak , Börü, s. 22.

yapmaktadır. Bu durumda, ikame vekil ile vekalet veren arasında bir ilişki bulunmakta olup, asıl vekil bu sözleşmenin tarafını oluşturmamaktadır³⁶⁷. İkame vekile ilişkin olarak, asıl vekilin, böyle bir sözleşme yapma yetkisi bulunmuyor ise, vekalet veren sözleşmeye onay vermediği sürece, ikame vekil ile arasında bir sözleşme kurulmayacaktır. İkame vekil sözleşmenin askıda kaldığı sürede, borcun ifasına ilişkin işlemlerde bulunması halinde, vekaletsiz işgörme hükümleri uygulanacaktır³⁶⁸.

Doktrinde bazı görüşler, borçlu yerine geçen vekili (kaim vekil) de kural olarak yardımcı kişi olduğunu belirtmekte, bunu nedenle nitelikli yardımcı olarak adlandırılmaktadır. Zira, borçlunun edimini ifa ederken bağımsız olarak hareket etmekte, emir ve talimat almamaktadır. Ancak, bu kişiler için özel bir düzenleme bulunuyor olması sebebiyle artık yardımcı kişinin sorumluluğu değil, TBK m.507/II vekalet sözleşmesi hükümlerine göre sorumlu olmalıdır. Borçlunun (vekilin) yetkisiz olarak bir başka vekil ataması halinde, bu kişi olağan ifa yardımcısı olarak kabul edilip, vermiş olduğu zararlardan, TBK m. 166 hükümleri uyarınca sorumlu olmalıdır³⁶⁹.

Görüldüğü üzere, vekilin işin görülmesi sırasında, alt vekilden mi yardımcı kişiden mi ikame vekilden mi yararlandığının tespiti oldukça güçtür. İkame ile alt vekil ve ifa yardımcısını ayırt etmek nispeten daha kolaydır. Zira, ikame vekil için vekilin, vekalet veren namına yapmış olduğu bir sözleşme bulunmaktadır. İkame vekil ile alt vekil ilişkisinde tereddüte düşülmesi halinde, fiili karine olarak alt vekil ilişkisinin varlığı kabul edilecektir³⁷⁰. İfa yardımcısı ile alt vekil ayrımında ise, doktrinde bizim de katılmakta olduğumuz görüşe göre, vekilin üçüncü kişiyi kendi menfaati doğrultusunda mı yoksa, müvekkilin menfaati doğrultusunda mı görevlendirildiğinin dikkate alınması gerektiği belirtilmektedir. Vekil, üçüncü kişiye bilgi ve becerisinden yararlanmak için başvurmaktadır. Alt vekalet halinde ise, vekil borcun ifasının tamamı veya bir kısmını ifa etmesi için görevlendirmekte, atamaktadır. Bir bakıma, alt vekili kendisi yerine koymaktadır. İfa yardımcısında ise, vekilin yardımcısı kendi yerine atamak gibi bir amacı yoktur, yalnızca belli görevler

³⁶⁷ Yavuz, **Borçlar Hukuk Özel Hükümler**, s. 548.

³⁶⁸ Erlüle, s. 261.

³⁶⁹ Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.1099.

³⁷⁰ Erlüle, s. 261; Zevkliler, Gökyayla, s.625.

için onun fiillerinden yararlanmaktadır. Vekilin, alt vekilin fiillerinden sorumluluğunda TBK m.507 hükümleri uygulama alanı bulmakta iken, yardımcı kişinin fiilleri nedeniyle TBK m.116 hükümleri uyarınca sorumlu olacaktır. İfa yardımcısı için, alt vekile nazaran daha ağır bir sorumluluk öngörülmüştür³⁷¹. Bu nedenle, ifa yardımcısı ve alt vekil ayrımının yapılabilmesi önem taşımaktadır. Örneğin, kozmetik ürün uygulanması sırasında, ürünleri uzmana veren hemşire ifa yardımcısı, uzmanın rahatsızlanması nedeniyle uygulamayı başka bir uzmanın gerçekleştirmesi halinde ise alt vekalet söz konusu olacaktır.

³⁷¹ Parlak, Börü, s. 27-28.

SONUÇ

Kozmetik ürünler, hayatımızın birçok alanında sıklıkla kullanılan ürünlerden birisidir. Geçmişten günümüze kozmetik ürünlerin çeşitli tanımları yapılmakla birlikte, en geniş tanım Kozmetik Yönetmeliği m.4/I-h düzenlemesinde yer almaktadır. Kozmetiklerin, ilaç ve kozmosötikler gibi bileşenlerle oldukça benzer yanları bulunmasına rağmen, hem düzenlemelerde yer alan tanımlar hem de etki ve amaçlarıyla birbirlerinden ayrılmaktadırlar. Kozmetik ürünler, vücudun dış yüzeyine uygulanan, daha iyi görünüm ve koku verme amacı olan geçici etkili ürünlerdir. Temizleyici jeller, şampuanlar, losyonlar kozmetik ürünlere örnek olarak verilebilmektedir. Temel kullanım ürünlerini içinde barındırması nedeniyle oldukça fazla kişi tarafından üretilmekte ve kullanılmaktadır.

Bu kadar yaygın kullanımı olan ürünün güvenilir olması ve insan sağlığı üzerinde olumsuz etki yaratmaması beklenmektedir. Ancak, üretim, satım ve uygulama aşamaları boyunca farklı sebeplerle kişiler üzerinde olumsuz etkiler de yaratabilmektedir. Söz konusu zararlı etkilerin tazmini noktasında sorumluların belirlenmesi önem taşımaktadır. Çalışmamız bakımından, kozmetik ürünün neden olduğu zararlardan, üreticinin, satıcının ve uygulayanın sorumluluğunun bulunduğu tespit edilmiştir.

Kozmetik ürün nedeniyle zararlardan sorumluluğu bulunan kişilerin başında üreticiler gelmektedir. Zira, ürünü piyasaya süren, bundan ekonomik fayda sağlayan üretici olup, hatalı ürün nedeniyle meydana gelen zararları tazmin yükümlülüğü bulunmaktadır. Mevzuatımızda, üreticinin sorumluluğuna ilişkin özel bir kanun bulunup bulunmadığı tartışmalıdır. Çeşitli kanun hükümlerinde yer alan düzenlemeler, doktrinde bu hususta yer alan görüşler birlikte değerlendirilerek sorumluluğa ve hukuki niteliğine ilişkin sonuca ulaşılmaya çalışmaktadır.

Bu düzenlemelerden ilki, 4703 sayılı Ürünlere İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanmasına Dair Kanun m. 5 ile üreticinin piyasaya güvenli ürün arz etmemesi halinde sorumluluğunun bulunduğu şeklindedir. Bu kanun ile hatalı ürün, güvenli olmayan ürün olarak nitelendirilmiştir. Üreticinin, güvenli olmadığı tespit edilen ürünün kendisi tarafından piyasaya arz edilmediğini veya ürünün güvenli olmaması halinin ilgili teknik düzenlemeye uygunluktan

kaynaklandığını ispatladığı takdirde sorumluluktan kurtulabileceği düzenlenmiştir. Kanaatimizce, bu itibarla üreticinin meydana gelen zararlardan doğan sorumluluğu bir kusursuz sorumluluk öngörülmüştür.

Her ne kadar, tehlike sorumluluğuna tabi işler özel kanunla düzenlenmiş ve bu düzenlemeler arasında üreticinin sorumluluğu bulunmuyor olsa da, kozmetik üreticisinin sorumluluğunu da bu kapsamda değerlendirilebileceği kanaatindeyiz. Zira, kozmetik üretimi, Kanun ve Yönetmeliklerde bulunan özel üretim şekillerine tabidir. Aynı şekilde, üretim yerleri de sıkı denetim kurallarına tabi tutulmuştur. Ürünün içeriğini oluşturan kimyasal bileşenler hatalı bir işlem neticesinde, ciddi zararların doğmasına neden olabileceği de göz önünde bulundurulduğunda, kozmetik üreticisinin faaliyetinin, tipik tehlikeli faaliyetlerden kabul edilmesi halinde, üreticinin sorumluluğunu tehlike sorumluluğu olarak nitelendirmenin de mümkün olabileceği kanaatindeyiz.

Kozmetik ürün satıcısının sorumluluğu ise, TKHK m. 8 ile ayıplı mal tanımlanmıştır. Bu tanıma göre, taraflar arasında kararlaştırılan özellikleri ve kendisinden beklenen faydayı sağlamayan sözleşmeye aykırı ürünler, ayıplı mal olarak kabul edilmiştir. Bu itibarla, ayıplı maldan doğan sorumluluğu, sözleşmeye aykırı maldan kaynaklanmakta ve sorumluluğun dayanağını da sözleşmesel ilişki oluşturmaktadır. Kozmetik ürün satıcısının, ayıptan doğan sorumluluğu kusursuz sorumluluk olarak düzenlenmiş olup, kusuru olmasa dahi, alıcının/tüketicinin zararların gidermekle yükümlüdür. Bununla birlikte, satıcının, ayıptan doğan seçimlik hakların kullanılmasında ve yerine getirilmesinde, üretici ve ithalatçı ile müteselsil sorumluluğunun bulunduğu düzenlenmiştir.

Kozmetik ürünlerin yaratmış olduğu zararlar nedeniyle sorumluluğun son süjesi uygulayanlardır. Kozmetik ürün kullanımı tüketicinin kendisi tarafından gerçekleştirilebileceği gibi, zaman zaman profesyonel kişiler tarafından da gerçekleştirilebilmektedir. Günümüzde, kozmetik ürünler daha çok, hekimler ve estetisyenler tarafından uygulanmakla birlikte, bu kişiler dışında uygulayıcılar da bulunabilmektedir. Uygulayıcının sorumluluğunu doğan ilişki ise bir sözleşmesel ilişkidir. Taraflar arasında, kozmetik ürünün uygulanmasına ilişkin bir sözleşme kurulmakta, uygulayıcının bu hizmeti karşılığında, teamül veya işin gereği tüketici tarafından bir bedel ödenmektedir. Uygulayıcı ile tüketici arasındaki ilişki bir işin

görülmesi (kozmetik ürünün uygulanması) olduğundan, vekalet sözleşmesi hükümleri gereği uygulayıcının sorumluluğu doğacaktır. Bu doğrultuda, uygulayıcının, vekalet sözleşmesinden doğan, işi özenli ve dikkatli görme borcuna aykırı davranması halinde, tüketicinin uğradığı zararları tazminle yükümlülüğü bulunmaktadır. Uygulayıcının kozmetik ürünü uygulamasından ibaret olan işgörmeye borcu vekalet sözleşmesinin konusunu oluşturması nedeniyle, TKHK kapsamında bir tüketici işlemidir. Bu nedenle, uygulayıcının/vekilin borca aykırı davranışı esas itibarıyla bir ayıplı hizmet olarak değerlendirilmektedir.

Uygulayıcı/vekil, hizmet edimini yerine getirirken, yardımcı kişi ve alt vekilden yararlanabilecektir. Bu kişilerin vermiş olduğu zararlardan doğan sorumluluk ise zarar veren kişinin hukuki statüsüne göre değişiklik gösterecektir. Nitekim, uygulayıcı, hemşire gibi bir yardımcı kişiden yararlanır ve bu kişi tüketiciye zarar verirse, yardımcı kişinin sorumluluğu hükümleri kapsamında sorumlu olacaktır. Alt vekil söz konusu olduğunda ise, bu yönde bir vekil atama yetkisi varsa, alt vekili seçme ve talimat verme konusunda özenli ve dikkatli davrandığını ispatlaması halinde sorumluluktan kurtulmakla birlikte, alt vekil atama yetkisinin bulunmaması halinde, bu kişinin eylemlerinden kendisi yapmış gibi sorumlu olacaktır. Bununla birlikte, ikame vekil atanması da söz konusu olabilmektedir. Ancak, bu durumda, vekalet sözleşmesinin tarafı olan asıl vekil, vekalet veren adına bir sözleşme yapıyor olması nedeniyle, ikame vekilin fiilleri nedeniyle sorumluluğu doğmayacaktır.

Çalışmamız neticesinde, Kozmetik Kanunu, Kozmetik yönetmeliği ve ilgili mevzuatlarda, kozmetik üretici, satıcısı ve uygulayıcısına ilişkin özel düzenlemeler yer almadığı görülmektedir. Bu nedenle, sorumluların tespiti ve olası zararların önlenmesi bakımından, Kozmetik Ürünlere ilişkin TBK ve TKHK hükümleri ile uyumlu olacak şekilde, daha detaylı düzenlemelerin getirilmesinin hukukumuz açısından önemli olduğu kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

Akçaal, Mehmet. **“6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde İlâç Üreticisinin Hukukî Sorumluluğu”**, Ankara Barosu Dergisi, S.3, 2012, 253-290.

Akçura Karaman, Tuba. **Üreticinin Ayıplı Ürününün Sebep Olduğu Zararlar Nedeniyle Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluğu**,(Yüksek Lisans Tezi), Galatasaray Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2007.

Aral, Fahrettin. **Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa**, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2011.

Arkan, Sabih. **Ticari İşletme Hukuku**, 16. Bası, Banka ve Ticaret Araştırma Enstitüsü, Ankara 2012.

Aslan, İ. Yılmaz. **Tüketici Hukuku Dersleri**, Ekin Yayınevi 6. Bası, 2016.

Ayan, Mehmet. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayınlar, 11. Baskı, Ankara, 2016.

Ayan, Nurşen. **“Taşınır Satımında Satıcının Kanundan Doğan Ayıba Karşı Tekeffül Borcu”**, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:15, S.1, 2007, s. 11-37.

Aydemir, Efrail, **Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku**, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016

Aydoğdu, Murat, Nalan Kahveci. **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, İleri Kitapevi, İzmir, 2013

Aydoğdu, Murat. **4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Göre Kapıdan Satışlar**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İzmir 1998. (Kapıdan Satışlar)

Aydoğdu, Murat. **6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Getirdiği Yeniliklere Genel Bakış, Sözleşmeye Aykırılık, Ayıplı İfa Kavramlarına Getirdiği Farklı Yaklaşım Ve Bu Konudaki Önerilerimiz**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.15, S.2, 2013, s.1-62, (Öneriler).

Aydoğdu, Murat. **Sivil Amaçlı Nükleer Santral İşletenin ve Nükleer Madde Taşıyanın Hukuki Sorumluluğu**, Adalet Yayınevi, Ankara 2009, (Sorumluluk).

Aydoğdu, Murat. **Tüketici Hukuku Dersleri**, Adalet Yayınevi, Ankara 2015, (Tüketici Hukuku Dersleri).

Aydos, Oğuz Sadık. **Ürün Sorumluluğu**, (Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2009.

Baş Süzel, Ece. “ **Tüketici Hukukunda İş Görme (Hizmet) Sözleşmelerinde Ayıplı İfa**”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 24, S: 2, 2018, s.966- 998.

Büyükkay, Yusuf. **Eser Sözleşmesi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013,

Canpolat, Önder. “**Üretici ve Sorumluluğu**”, Ankara Barosu Dergisi, S:2, 2013, s. 312-398.

Cansel, Erol, Çağlar Özel. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt I, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2017

Çabri, Sezer. **6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi**, Adalet Yayınevi, Ankara 2016,

Çomoğlu, Tansel. “**Kozmetikler**”, Marmara Pharmaceutical Journal 16, 2012, s.1-8.

Dalcı, Nurcihan. **“TBK m.71 Kapsamında Üreticinin Sorumluluğu”**, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S:114, 2014, s.49-78

Demir, Mehmet. **“İlaç Kullanımı Sonucunda Doğan Zararlardan İlaç Üreticisinin Eczacının ve Hekimin Sorumluluğu”**, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.89, 2010, s. 96-128.

Doğan, Murat, İsmail Atamutlu, Gökhan Şahan. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayınları, Ankara 2019.

Dökmeci, İsmet, A. Handan Dökmeci, **Sağlık Bilimleri Fakülteleri ve Sağlık Meslek Yüksek Okulları İçin Farmakoloji, Kısaltılmış Temel Bilgiler**, 2. Baskı, İstanbul Tıp Kitapevi, İstanbul, 2014.

Dönmez, Ünsal. **“Türk Ve Alman İlaç Hukukunda Hatalı Üretilen İlaçtan Doğan Sorumluluk Ve Özel Sorumluluk Hâlleri”** İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:7, Sayı:1, 2016, s. 381-406.

Ercoskun Şenol, H. Kübra. **“Türk Borçlar Hukukunda Hilenin Münferit Uygulama Alanları”**, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:17, S:4, 2013, 81-115.

Edis, Seyfullah. **Türk Borçlar Hukukuna Göre Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu**, Ajans-Türk Matbaası, Ankara 1963,

Eren, Fikret. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 21. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2017, (Borçlar Hukuku Genel Hükümler).

Eren, Fikret. **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, (Borçlar Hukuku Özel Hükümler).

Erkan, Vehbi Umut. “**6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Vekâlet Sözleşmesinde Vekâlet Veren Ücret Ödeme Borcu Dışındaki Diğer Borçları**”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:62/2, 2013, s.441-472

Erlüle, Fulya. “**Alt Vekalet**”, Selahattin Sulhi Tekinay’ın Anısına Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Yayınları, İstanbul 1999, s. 259-269.

Farmasötik Kimya, <http://www.kimyasalgelismeler.com/sektorler/saglik-ve-ilac-teknolojileri/farmasotik-kimya.html> (E.T: 17.06.2019)

Gökcan, Hasan Tahsin. **Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk**, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2017,

Gül, Ülker. “**Kozmetoloji Nedir ve Kapsadığı Alanlar Nelerdir?**”, Adli Kozmetoloji (Ed. Ülker Gül, Leyla Didem Kozacı, İ. Hamit Hancı), Seçkin Yayınları, Ankara 2018,

Gümüüş, M. Alper. **6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi**, Cilt I, Vedat Yayınevi, İstanbul, 2014

Günergök, Özcan. “**Üreticinin Sorumluluğu Çerçevesinde Üreticinin Ürün Gözleme Yükümlülüğü**” Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:12, S:3-3, 2008, s. 313-345.

Hakeri, Hakan. **Tıp Hukuku**, 13. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018.

Hatemi, Hüseyin, Emre Gökyayla. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul 2015, 17. Bası, Vedat Kitapçılık, Ankara 2017

Hatunoğlu, Seda. **Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun Kapsamında Satıcının Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Sorumluluğu**, Seçkin Yayınevi , Ankara 2019.

Havutçu, Ayşe. **Türk Hukukunda Örtülü Bir Boşluk Üreticinin Sorumluluğu**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2005.

İnal, Tamer. **Borca Aykırılık, Dönme ve Fesih**, Seçkin Yayınları, 6. Bası, Ankara 2017.

İmre, Zahit. **Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri**, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1949.

İnal, Tamer. **Tüketici Hukuku**, 3. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara 2014. (Tüketici Hukuku)

Kalkan, Arif. **Tüketici Hukukunda Ayıplı Maldan Sorumluluk**, Adalet Yayınevi, Ankara 2018.

Kaplan, İbrahim. **“İmalatçının Sorumluluğu Üzerine Düşünceler”**, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt:13, Sayı:1, 1985, sh: 136-140.

Kapucu, Esra, Hasan Kahveci, Özlem Susam, Yeşim Çanta, **İlaçların Ve Kozmetik Ürünlerin Geliştirilme Süreçleri Ve Doğa Üzerine Etkileri** (<http://kisi.deu.edu.tr/bulent.cavas/ders/bok5.pdf> -(E.T. 17.06.2016)

Kılıçarslan, Seda. **Adam Çalıştıranın Sorumluluğu**, Turhan Kitapevi, Ankara, 2017.

Kılıçoğlu, Ahmet M., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 14. Bası, Turhan Kitapevi, Ankara 2011.

Kırca, Çiğdem, **Ürün Sorumluluğu**, Banka ve Ticaret Enstitüsü Yayınları, Ankara 2007.

Kurşat, Zekariya. **“Eser ve Vekalet Sözleşmelerinin Nitelendirilmesi Sorunu ve Nitelendirmenin Hükmü”**, İstanbul Üniversitesi Hukuku Fakültesi Mecmuası, Cilt:37, Sayı: 1-2, s. 143-166.

Kahveci, Nalan. **Taşınır Satımında Ayıplı Mal Nedeniyle Tüketicinin Sözleşmeden Dönmesi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2104.

Oğuzman, Kemal, Turgut Öz. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt II, Gözden Geçirilip Güncelleştirilmiş 12.Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016.

Ortan, Ali Necip. **Patent Lisans Sözleşmesi**, Doğan Yayınevi, Ankara, 1978.

Öz, Bengü. **“Hasta Hekim İlişkisinin TKHK Kapsamında Değerlendirilmesi”**, Teknolojik Gelişmeler Işığında Tıp Hukuku ve Güncel Sorunlar, (Ed: Selin Sert Sütçü), Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018.

Özcan Büyüktanır, Burcu G., Dila Okyar Karaosmanoğlu. **“Endikasyon Dışı (Off-Label) İlaç Kullanımından Doğan Zararlardan İlaç Üreticisinin Ve Hekimin Hukuki Sorumluluğu”**, İnönü Üniversitesi Hukuk Dergisi, Cilt:8, S: 1, 2017, s.153-198.

Özcan Büyüktanır, Burcu G., **“Tüketicinin Ve Üçüncü Kişilerin Ayıplı Satılanın Kullanılması Nedeniyle Ortaya Çıkan Bedensel Bütünlük İhlali Halinde Manevi Zararlarının Tazmini”**,Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:3, Sayı:67, 2018, s.495-534.

Özçelik, Barış, **“Sözleşmeden Doğan Borçların İfasında Hukukî İmkânsızlık Ve Sonuçları”**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 63, S.3, Ankara 2014, s. 569-621.

Özdemir, Hayrunnisa. **Sağlık Hukuku Alanında, Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi**, Yetkin Kitapevi, Ankara 2017.

Özel, Çağlar. **Tüketicinin Korunması Hukuku**, 4. Basım, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.

Özer, Özgen. **Kozmetoloji**, 3. Baskı, Ege Üniversitesi Yayınları Eczacılık Fakültesi Yayın No:4, İzmir 2016.

Özkaya, Eraslan. **Vekalet Sözleşmesi ve Kötüye Kullanılması**, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005,

Özsunay, Ergun. “**Türk Hukukunda Gerçek Bir Boşluk: Yapımcının Sorumluluğu**”, Batider, Cilt: 10, Sayı: 1, 1979, s. 97-158.

Öztan, Bilge. **İmalatçının Sorumluluğu**, Turhan Kitapevi, Ankara 1983.

Paksoy, Meliha Sermin, Gizem Arslan Demir. “**Üreticinin TBK m.71 Kapsamında Sorumlu Tutulması**”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt:71, Sayı:2, 2013, s.299-316.

Parlak, Şafak, Levent Börü. “**Alt Vekalet**”, Ankara Barosu Dergisi, Sayı:96, 2011, S. 17-48.

Petek, Hasan. **İlaç Üreticisinin Hukuki Sorumluluğu**, Yetkin Yayınevi, Ankara 2009.

Petek, Hasan. “**Tıbbî Müdahalelerden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Uygulanması**”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 15, Özel S., 2013, s.969-1017.

Ruhi, Canan, Ahmet Cemal Ruhi. “**Eser Sözleşmesi ve Eser Sözleşmesinden Kaynaklanan Davalar**”, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018.

Serozan, Rona. **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2002.

Serozan, Rona. “Tüketiciyi Koruma Kanunu Değişikliğinin Artıları ve Eksileri”, İÜHFM Cilt: 31, S.1-2, 2003, s. 339-356.

Tandoğan, Haluk. **Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara 1981.

Tarman, Zeynep Derya. “Türk Hukukunda İmalatçının Sorumluluğuna Genel Bir Bakış”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 65, Sayı: 2, 2007, s. 299-326.

Tırnaksız, Figen. **Eczacılıkta Kozmetik Biliminin Yeri ve Önemi**, http://www.eczaakademi.org/images/upld2/ecza_akademi/makale/20110113035850Kozmetik.pdf (E. T: 17.06.2019)

Tiftik, Mustafa. **Türk Hukukunda Tehlike Sorumluluklarının Genel Kural İle Düzenlenmesi Sorunu**, 2. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2005.

Tiftik, Mustafa. **Akit Dışı Sorumlulukt Maddi Tazminatın Kapsamı**, Yetkin Yayınevi, Ankara 1994.

Tiryaki, Betül. **Tüketicinin Korunması Hukuku Açısından Ayıplı Hizmetten Doğan Sorumluluk**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007

Türk Eczacılar Birliği, Eczacılık Akademisi, **İlaç Dışı Ürünler** http://e-utuphane.teb.org.tr/pdf/tebakademi/ilac_disi/2.pdf (E. T.: 17.05. 2019)

Türkmen, Ahmet. “Tüketici İşlemlerinde Ayıplı Mal Ve Hizmetten Doğan Seçimlik Hakların Tabi Olduğu Zamanaşımı Ve Bunun Garanti Taahhütleriyle İlişkisi”, Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi, Hakan Pekcanıtez’e Armağan, Cilt:16, Özel Sayı, 2015, s.3389-3448.

Uçkaya, Meryem. **Kozmetik Ürünlerde Güvenlik Etkinlik Değerlendirmesi**, (Yüksek Lisans Tezi), Muğla Sıtkı Koçman Üniversitesi, Fen Bilimleri Enstitüsü, Muğla, 2015.

Ünlütepe, Mustafa. “**Taşınır Satış Sözleşmesinde Satıcının Ayıptan Sorumluluğu Bakımından Gözden Geçirme ve Bildirim Külfetinin Yerine Getirilmesinin Tabi Olduğu Süreler**”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt:24, Sayı:1, 2018, s. 296-335.

Yavuz, Cevdet. **Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler**, 10. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2012, (Borçlar Hukuku Özel Hükümler).

Yavuz, Cevdet. **Satıcının Malların Ayıplarından Sorumluluğu**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1989, (Malın Ayıplarından Sorumluluk).

Yavuz, Nihat. **Ayıplı İfa**, 5. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2016.

Yılmaz, Battal. **Hekimin Hukuki Sorumluluğu**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007

Zevkliler, Aydın, Çağlar Özel. **Tüketicinin Korunması Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016.

Zevkliler, Aydın, Emre Gökyayla. **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 17. Bası, Turhan Yayınevi, Ankara, 2017.

Zevkliler, Aydın, Murat Aydoğdu. **Tüketicinin Korunması Hukuku**, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2004.