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

TAŞINIR SATIMINDA AYIPLI MAL NEDENİYLE TÜKETİCİNİN SÖZLEŞMEDEN DÖNMESİ

Nalan KAHVECİ

Danışman
Prof. Dr. Ayşe HAVUTÇU

İZMİR - 2012

DOKTORA
TEZ ONAY SAYFASI

2005800280

Üniversite : Dokuz Eylül Üniversitesi

Enstitü : Sosyal Bilimler Enstitüsü

Adı ve Soyadı : Nalan KAHVECİ

Tez Başlığı : Taşınır Satımında Ayıplı Mal Nedeniyle Tüketicinin Sözleşmeden Dönmesi

Savunma Tarihi : 02.04.2012

Danışmanı : Prof.Dr.Ayşe HAVUTÇU

JÜRİ ÜYELERİ

Ünvanı, Adı, Soyadı	Üniversitesi	İmza
Prof.Dr.Ayşe HAVUTÇU	DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ	.....
Prof.Dr.Ayşe Melda SUR	DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ	.....
Yrd.Doç.Dr.İlknur SERDAR	DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ	.....
Doç.Dr.Oğuz ŞİMŞEK	DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ	.....
Prof.Dr.Oğuz ATALAY	GEDİZ ÜNİVERSİTESİ	.....

Oybirliği (X)
Oy Çokluğu ( )

Nalan KAHVECİ tarafından hazırlanmış ve sunulmuş "**Taşınır Satımında Ayıplı Mal Nedeniyle Tüketicinin Sözleşmeden Dönmesi**"başlıklı tezi kabul edilmiştir.

Prof.Dr. Utku UTKULU
Enstitü Müdürü

YEMİN METNİ

Doktora Tezi olarak sunduğum **"Taşınır Satımında Ayıplı Mal Nedeniyle Tüketicinin Sözleşmeden Dönmesi"** 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.

27/04/2012

Nalan KAHVECİ

ÖZET

Doktora Tezi

Taşınır Satımında Ayıplı Mal Nedeniyle

Tüketicinin Sözleşmeden Dönmesi

Nalan KAHVECİ

Dokuz Eylül Üniversitesi

Sosyal Bilimler Enstitüsü

Özel Hukuk Anabilim Dalı

Özel Hukuk Programı

Tüketici satışlarında satıcının ayıptan sorumluluğu, tüketicinin korunması konusunda en önemli hukuki kurumlardan biridir. Tüketici, ayıplı mal teslimi durumunda, değiştirme, onarım, bedel indirimi ve dönme hakkı şeklindeki seçimlik haklara ve bu haklarla birlikte veya tek başına tazminat isteme hakkına sahiptir. Tüketici, Kanunda öngörülen sınırlamalar çerçevesinde bu haklardan dilediğini seçebilir.

Ayıplı ifa durumunda tüketiciye tanınan seçimlik hakların amacı, ayıplı mal teslimi sebebiyle bozulan denklik ilişkisinin yeniden sağlanmasıdır. Çünkü satış sözleşmesinde kararlaştırılan bedel, ayıpsız bir mal için belirlenmiştir. Dönme hakkı da bu amaca hizmet eden haklardan biridir. Ancak dönme hakkı, gerek hukuki niteliği gerekse sonuçları bakımından özel bir öneme sahiptir. Dönme hakkının amacı, sözleşme öncesi durumun yeniden sağlanmasıdır. Dolayısıyla dönme hakkı kullanıldığında sözleşme ilişkisi ifa ile sona ermez. Sözleşmeden dönme, ayıp sebebiyle ortaya çıkan problemi, satım sözleşmesinin amacını tamamen ortadan kaldırarak bertaraf ettiği için, sözleşme hukuku açısından istenen bir çözüm değildir. Çünkü sözleşmeden dönme, alıcının ayıpsız mal beklentisi ile belirli miktardaki bedeli satıcıya ödeme amacına ters düşmekte, satım sözleşmesiyle hedeflenen amacın gerçekleşmesini engellemektedir. Bu sebeple dönme hakkının kullanılması, çeşitli yöntemlerle sınırlandırılmaktadır.

Taşınır satımında tüketicinin, garanti belgesi çerçevesinde sahip olduğu hakların ayıptan doğan haklarla ilişkisi de özellik arz eden konulardan biridir. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda, tüketicinin öncelikle onarım hakkını seçtiği durumlarda, diğer haklarını ve bu arada dönme hakkını kullanabilmesi bazı koşulların gerçekleşmesine bağlıdır.

Dönme hakkı taraflar arasındaki sözleşme ilişkisi üzerinde etkili olduğundan yalnızca sözleşmenin karşı tarafı olan kişiye karşı kullanılabilir.

Dönme hakkının kullanılması ile taraflar arasındaki sözleşme ilişkisi tasfiye ilişkisine dönüşür. Bu ilişki çerçevesinde taraflar daha önceden ifa ettikleri edimleri geri vermekle yükümlü oldukları gibi, henüz ifa edilmemiş edimlerin ifası borcundan da kurtulurlar. Ancak bu tasfiye ilişkisine uygulanacak hükümler, tüketici tarafından mala yapılan masrafların tazmini, ayıplı mal teslimi sebebiyle tüketicinin uğradığı zararların tazmini, Borçlar Hukukunun en tartışmalı konuları arasındadır.

Anahtar Kelimeler: Tüketici Satışı, Ayıptan Sorumluluk, Dönme Hakkı

ABSTRACT

Doctoral Thesis

Doctor of Philosophy(PhD)

Resılıatıon of Consumer Sale Contracts Due to the Defectıon of Movable Goods

Nalan KAHVECİ

Dokuz Eylül University

Graduate School of Social Sciences

Private Law Program

The seller's responsibility for the defect is one of the most important legal matters regarding the protection of the consumer in consumer sales. In the event that a defective good is sold, the consumer has optional rights such as demanding the replacement of the good, asking for repair, partial refund or cancellation, and an additional entitlement to claim damages. The consumer may use any of these rights within the limitations of the Law.

The objective of giving optional rights to the consumer is to reestablish the equality between the parties that was harmed when the defective good was delivered, because the original sum in the sale contract concerns a good without defect. The right of cancellation is one of these rights which serve this purpose. However, this right is of particular importance due to its legal attributes and consequences. The purpose of the right of cancellation is to reestablish the status prior to the contract. Therefore, the contract does not result in fulfillment when the right of cancellation is exercised. Since the cancellation of the contract eliminates the problem by means of totally dismissing the purpose of the sale contract, it is not a desirable solution as far as contract law is concerned. The rescission of the contract contradicts with the buyer's expectation of obtaining a faultless good in return for a certain payment, and thus prevents the execution

of the pursued goal. For that reason the usage of the right of cancellation is limited by means of certain procedures.

In regards to the sale of movable goods, the relationship between the consumer's rights resulting from the warranty certificate and the rights resulting from the defect is also significant. According to the Law on the Protection of Consumers, if the consumer uses the right of repair first, the usage of other rights including the right of cancellation is dependent on some other conditions.

As the right of cancellation affects the contract relationship between parties, it can only be used against the other party.

When the right of cancellation is used, the contract relationship between the parties is transformed into a relationship of liquidation. Within the framework of this new relationship, the parties are bound to return payments and goods, and they are also freed from their due obligations. However, the application of the law during liquidation, compensating the consumer for all the expenses incurred for the defective good, and the liability of the damages caused by defective good delivery are among the most heavily debated topics in the Law of Obligations.

Key words: Consumer Sale, Responsibility For The Defect, Resiliation

TAŞINIR SATIMINDA AYIPLI MAL NEDENİYLE TÜKETİCİNİN SÖZLEŞMEDEN DÖNMESİ

İÇİNDEKİLER

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

GİRİŞ 1

BİRİNCİ BÖLÜM

AYIBA KARŞI TEKEFFÜL KAVRAMI, İFA İHLALLERİ İÇİNDEKİ YERİ VE ULUSAL VE ULUSLARARASI KODİFİKASYONLARDA DÜZENLENİŞİ

§1. AYIBA KARŞI TEKEFFÜL KAVRAMI 4
I. AYIP KAVRAMI 4
II. AYIBIN BELİRLENMESİ 5
A. İsviçre-Türk Hukukunda Ayıbın Belirlenmesi 5
1. Nitelik Kavramı 7
2. Vaad Edilen Nitelikler Sebebiyle Tekeffül 12
a. Genel Olarak 12
b. Nitelik Vaadinin Hukuki Niteliği 17
3. Lüzumlu Nitelikler Sebebiyle Tekeffül 20
4. Lüzumlu Nitelik Eksikliği ile Vaad Edilen Nitelik Eksikliği Arasındaki Fark 21
B. Alman Hukukunda Ayıbın Belirlenmesi 22

III. AYIBA KARŞI TEKEFFÜL SORUMLULUĞUNUN HUKUKİ NİTELİĞİ VE DAYANAĞI 27
A. Ayıba Karşı Tekeffül Sorumluluğunun Hukuki Niteliği 27
B. Ayıba Karşı Tekeffül Sorumluluğunun Dayanağı 33
IV. AYIPLI İFANIN BENZER İFA İHLALLERİ İLE KARŞILAŞTIRILMASI 35
A. Ayıplı İfa ile Aliud İfa (Yanlış İfa) Ayrımı 35
1. Genel Olarak 35
2. Parça Satımında 36
3. Çeşit Satımında 37
B. Ayıplı İfa ile Eksik İfa Farkı 41
C. Alman Hukukundaki Düzenleme 42
§2. AYIBA KARŞI TEKEFFÜL SORUMLULUĞUNUN İFA İHLALLERİ İÇİNDEKİ YERİ VE DİĞER SORUMLULUK HÜKÜMLERİ İLE OLAN İLİŞKİSİ 44
I. GENEL OLARAK 44
II. İRADE SAKATLIKLARI İLE İLİŞKİSİ 45
III. BK m.96 ÇERÇEVESİNDE TAZMİNAT İSTEME İLE İLİŞKİSİ 52
A. İsviçre-Türk Hukukunda 52
B. Alman Hukukunda 56
IV. HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞU İLE İLİŞKİSİ 57
V. ÜRETİCİNİN SORUMLULUĞU İLE İLİŞKİSİ 60
A. Genel Olarak 60
1. Üretici Kavramı 60
2. Üreticinin Sorumluluğunun Konusu 61
B. Üreticinin Sorumluluğu ile Ayıba Karşı Tekeffül Sorumluluğu Arasındaki Farklar 62
C. Üreticinin Sorumluluğunun Türk Hukukunda Düzenlenişi 66
1. Mevcut Düzenleme 66
2. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Tasarı Taslağındaki Düzenleme 71

§3. AYIBA KARŞI TEKEFFÜLÜN ULUSAL VE ULUSLARARASINDAKİ KODİFİKASYONLARDA DÜZENLENİŞ BİÇİMİ 72
I. ULUSLARARASI DÜZENLEMELERDE 72
A. Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Anlaşmasında (CISG) 72
B. Tüketim Malları Yönergesinde 74
II. ULUSAL DÜZENLEMELERDE 76
A. İsviçre-Türk Hukukunda 76
B. Alman Hukukunda 77

İKİNCİ BÖLÜM

TÜKETİCİ İŞLEMLERİNDE AYIPLI MAL SEBEBİYLE TÜKETİCİNİN SAHİP OLDUĞU HAKLAR

§4. TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUNDA DÜZENLENEN KAVRAMLAR 81
I. TÜKETİCİ KAVRAMI 81
II. SATICI-SAĞLAYICI 86
III. İMALATÇI-ÜRETİCİ 86
IV. MAL 87
§5. AYIPLI MAL NEDENİYLE TÜKETİCİNİN SAHİP OLDUĞU HAKLAR 88
I. TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUNUN 4. MADDESİ ÇERÇEVESİNDE SAHİP OLDUĞU HAKLAR 88
A. Genel Olarak 88
B. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da Değişiklik Tasarı Taslağındaki Düzenlemeler 90
C. Ayıplı Mal Sebebiyle Tüketicinin Sahip Olduğu Seçimlik Haklar 93
1. Genel Olarak 93
2. Sözleşmeden Dönme Hakkı 93
3. Bedelin İndirilmesini İsteme Hakkı 94
4. Ayıplı Malın Ayıpsız Olanıyla Değiştirilmesini İsteme Hakkı ve Onarım Hakkı 97

a. Değiştirme Hakkı 97
aa. Genel Olarak 97
bb. Değiştirme Hakkı ile Dönme Hakkının Karşılaştırılması ... 101
b. Ayıplı Malın Onarımını Talep Hakkı 104
c. Alman Hukukunda Değiştirme ve Onarım Hakkı 105
D. Tazminat İsteme Hakkı 107
1. Seçimlik Haklar Kullanılmaksızın Sözleşmeye Aykırılık Nedeniyle Tazminat İsteme Hakkı 107
2. Sözleşmeden Dönme Halinde Tazminat İsteme Hakkı 110
3. Dönme Hakkı Dışındaki Hakların Kullanılması Halinde Tazminat İsteme Hakkı 111
4. Alman Hukukunda Tazminat İsteme Hakkı 114
E. Seçimlik Haklardan Birinin Kullanılmasının Diğer Seçimlik Haklara Etkisi ve Değiştirme Hakkı (Ius Variandi) 119
1. Genel Olarak 119
2. Değiştirme veya Onarım Hakkını Kullanan Tüketicinin Kullandığı Hakkı Değiştirmesi 120
3. Dönme veya Bedel İndirimi Hakkını Kullanan Tüketicinin Kullandığı Hakkı Değiştirmesi 124
II. GARANTİ BELGESİ ÇERÇEVESİNDE DOĞRUDAN SAĞLANAN KORUNMA 131
A. Garanti Belgesinin Konusu 131
B. Garanti Sözleşmesinin Kurulması ve Şekle Tabi Olup Olmadığı 132
C. Hukuki Niteliği 134
D. Garanti Belgesi ile Sağlanan Korumanın Ayıba Karşı Tekeffül Sorumluluğundan Farkı 136
E. Süresi 138
F. Garanti Belgesinin Tüketiciye Sağladığı Haklar 139
G. Garanti Belgesi İle Sağlanan Koruma ile Ayıba Karşı Tekeffül Sorumluluğunun İlişkisi 141
1. Genel Olarak 141

2. Türk Hukukunda Garanti Belgesinden Doğan Onarım Hakkı ile Ayıptan Doğan Hakların İlişkisi 143
a. 4822 Sayılı Kanundan Önceki Durum 143
b. 4822 Sayılı Kanundan Sonraki Durum 144
aa. Ayıptan Doğan Hakların Doğrudan Kullanılması 144
bb. Ücretsiz Onarım Hakkı Kullanıldıktan Sonra Diğer Hakların Kullanılmasının Koşulları 145

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

SÖZLEŞMEDEN DÖNME HAKKI

§6. SÖZLEŞMEDEN DÖNME KAVRAMI, DÖNME HAKKININ AMACI VE HUKUKİ NİTELİĞİ 149
I. SÖZLEŞMEDEN DÖNME KAVRAMI 149
II. SÖZLEŞMEDEN DÖNME HAKKININ AMACI 150
III. SÖZLEŞMEDEN DÖNME HAKKININ HUKUKİ NİTELİĞİ 152
A. Kavram 152
B. Dönme Hakkının Hukuki Niteliğine İlişkin Teoriler 152
C. Dönme Hakkının Yenilik Doğuran Hak Niteliğinde Olmasının Sonuçları 154
§7. SÖZLEŞMEDEN DÖNMENİN SÖZLEŞMENİN GEÇERLİLİĞİNE ETKİSİ 157
I. GENEL OLARAK 157
II. KLASİK DÖNME TEORİSİ 157
III. YASAL BORÇ İLİŞKİSİ TEORİSİ 160
IV. AYNİ ETKİLİ DÖNME TEORİSİ 161
V. DÖNÜŞÜM (YENİ DÖNME) TEORİSİ 162
VI. İSVİÇRE FEDERAL MAHKEMESİNİN VE YARGITAYIN GÖRÜŞÜ 164
VII. GÖRÜŞLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ VE GÖRÜŞÜMÜZ 164
§8. SÖZLEŞMEDEN DÖNME HAKKININ SINIRLANDIRILMASI 168

I. SÖZLEŞMEDEN DÖNME HAKKINI SINIRLANDIRMANIN GEREKLİLİĞİ 168
A. Sözleşmeden Dönme Hakkını Sınırlandırma Sebepleri 168
B. Sözleşmeden Dönme Hakkının Sınırlandırılma Yöntemleri 170
1. Genel Olarak 170
2. Borçluya Sözleşmeye Aykırılığı Giderme İmkanı Tanınması 170
3. Alacaklı Tarafından Borçluya Ek Süre Tanınması 171
4. İhlalin Esaslı Olması 172
II. DÖNME HAKKININ SINIRLANDIRILMASINA İLİŞKİN DÜZENLEMELER 174
A. Uluslararası Düzenlemelerde 174
1. CISG'de düzenleniş biçimi 174
a. Genel Olarak 174
b. Esaslı İhlal 175
c. Borçluya Sözleşmeye Aykırılığı Giderme İmkanı Tanınması 178
aa. Genel Olarak 178
bb. Borçlunun Sahip Olduğu Sözleşmeye Aykırılığı Giderme Hakkının Alacaklının Dönme Hakkı ile İlişkisi 179
2. Tüketim Malları Yönergesinde Düzenleniş Biçimi 181
B. Ulusal Düzenlemelerde 183
1. İsviçre-Türk Hukukunda Düzenleniş Biçimi 183
a. Genel Olarak İsviçre-Türk Hukukunda Dönme Hakkına İlişkin Olarak Borçlar Kanununda Yer Alan Sınırlamalar 183
b. Ayıptan Doğan Dönme Hakkına İlişkin Borçlar Kanununda Yer Alan Sınırlamalar 183
aa. Mevcut Borçlar Kanununda Yer alan Sınırlamalar 183
bb. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Yer Alan Sınırlamalar 186
cc. Ayıp Sebebiyle Dönme Hakkının Kullanılmasının Haklı Olmadığını Tespite Yarayan Kriterler 187
2. Alman Medeni Kanununda Düzenleniş Biçimi 188
III. TÜKETİCİ İŞLEMLERİNDE DÖNME HAKKININ SINIRLANMASI .. 192

§9. TÜKETİCİNİN SAHİP OLDUĞU DÖNME HAKKININ MUHATABI 193
I. TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUNDA YER ALAN DÜZENLEME ÇERÇEVESİNDE DÖNME HAKKININ MUHATABI 193
II. TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUNDA DEĞİŞİKLİK YAPILMASINA İLİŞKİN TASARI TASLAĞI ÇERÇEVESİNDE DÖNME HAKKININ MUHATABI 196

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

TÜKETİCİNİN AYIPLI MAL NEDENİYLE SÖZLEŞMEDEN DÖNME HAKKININ KOŞULLARI

§10. AYIPLI MAL NEDENİYLE SÖZLEŞMEDEN DÖNME HAKKININ KOŞULLARI 199
I. MADDİ KOŞULLAR 199
A. Ayıp Sayılan Bir Eksikliğin Varlığı 199
1. Mevcut Düzenleme 199
2. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Değişikliğe İlişkin Tasarı Taslağındaki Düzenleme 201
B. Ayıbın Önemli Olması 203
C. Ayıbın Hasarın İntikali Anından Önce Mevcut Olması 206
D. Tüketicinin Ayıbın Varlığını Bilmeden Malı Edinmiş Olması 209
II. ŞEKLİ KOŞULLAR - MUAYENE VE İHBAR KÜLFETİ 212
A. Mevcut Düzenlemelere Göre Muayene ve İhbar Külfeti 212
1. Muayene Külfeti 212
2. Bildirme Külfeti 214
B. Ayıba Karşı Tekeffül Sorumluluğunda Muayene ve İhbar Külfetinin Gerekli Olup Olmadığı ve Ulusal ve Uluslararası Kodifikasyonlardaki Düzenlemeler 216

BEŞİNCİ BÖLÜM

TÜKETİCİNİN AYIPLI MAL NEDENİYLE SÖZLEŞMEDEN DÖNME HAKKININ SONUÇLARI

§11. AYIPLI MAL NEDENİYLE SÖZLEŞMEDEN DÖNME HAKKININ SONUÇLARI 222
I. GENEL OLARAK 222
II. SATICININ BORÇLARI 225
A. Genel Olarak 225
B. Bedeli Faiziyle Birlikte İade Etme Borcu 225
C. Alıcının Mala Yaptığı Masrafların Tazmini Borcu 228
D. Alıcının Ayıplı Mal Sebebiyle Uğradığı Zararının Tazmini Borcu 229
1. Karşılaştırmalı Hukukta Dönme Hakkı ile Birlikte İstenecek Tazminata İlişkin Düzenlemeler 229
a. Genel Olarak 229
b. Alman Medeni Kanunundaki Durum 230
aa. Önceki Alman Medeni Kanunundaki Düzenleme 230
bb. Yeni Alman Medeni Kanunundaki Düzenleme 230
c. İsviçre-Türk Hukukundaki Durum 232
aa. Genel Olarak 232
aaa. Borçlu Temerrüdüne İlişkin Düzenleme 233
bbb. Ayıplı İfaya İlişkin Düzenleme 238
d. Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Anlaşmasındaki (CISG) Durum 239
e. Hukuk Sistemlerinin Karşılaştırılması ve Değerlendirilmesi 241
2. Ayıplı İfa Durumunda Dönme Hakkının Kullanılması Halinde Dönme ile Birlikte İstenecek Tazminatın Kapsamı 242
a. Doğrudan Zarar ve Dolaylı Zararın Kapsamının Belirlenmesi 242
aa. Doğrudan Zarar ve Dolaylı Zarar Kavramlarının Diğer Zarar Kategorileri ile İlişkisi 242
aaa. Genel Olarak 242

bbb. Doğrudan Zarar ve Dolaylı Zarar Kavramlarının Müspet Zarar ve Menfi Zarar ile İlişkisi 242
ccc. Doğrudan Zarar ve Dolaylı Zarar Kavramlarının Ayıp Zararı ve Ayıba Refakat Eden Zarar ile İlişkisi .. 246
bb. Doğrudan Zarar ve Dolaylı Zararın Kapsamının Belirlenmesine İlişkin Görüşler 247
cc. Federal Mahkemenin ve Yargıtayın Görüşü 253
dd. Görüşlerin Değerlendirilmesi ve Görüşümüz 256
b. Doğrudan Zararının Tazminini Talep Hakkı 260
c. Dolaylı Zararının Tazminini Talep Hakkı 262
II. ALICININ BORÇLARI 264
A. Malın İadesi Borcu 264
1. Genel Olarak 264
2. Satılan Malın İadesinin Mümkün Olmamasının İade Borcu Üzerine Etkisi 267
a. İsviçre-Türk Hukukundaki Durum 267
b. Alman Hukukundaki Durum 275
B. Satılandan Elde Ettiği Menfaatlerin İadesi Borcu 277
1. Malı Semerelendirmek Suretiyle Elde Ettiği Menfaatleri İade Borcu 277
2. Malı Kullanmak Suretiyle Elde Ettiği Menfaatleri İade Borcu 279
a. İsviçre-Türk Hukukunda 279
b. Alman Hukukunda 280
C. Malı Özenle Saklama Borcu 281
§12. DÖNME SEBEBİYLE ORTAYA ÇIKAN İADE BORÇLARININ İFA ZAMANI VE İFA YERİ 282
§13. DÖNME HAKKININ KULLANILMASININ VE DÖNME SONUCU ORTAYA ÇIKAN İADE YÜKÜMLÜLÜKLERİN TABİ OLDUĞU ZAMANAŞIMI 283
I. TÜRK HUKUKUNDA 283
A. Genel Olarak 283
B. Alıcının Ayıplı İfa Def'i 286

1. Ayıplı İfa Def'inin Hukuki Niteliği Konusunda İleri Sürülen Görüşler 286
2. Görüşlerin Değerlendirilmesi ve Görüşümüz 287
3. Ayıp Def'ini Kullanma Tarzı 290
4. Ayıp Def'ine İlişkin Alman Hukukundaki Düzenleme 291
II. ALMAN MEDENİ KANUNUNDA AYIPTAN DOĞAN HAKLARIN TABİ OLDUĞU ZAMANAŞIMI 293
III. TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN AÇISINDAN DÖNME HAKKININ TABİ OLDUĞU ZAMANAŞIMI 294
IV. DÖNME SONUCU ORTAYA ÇIKAN İADE YÜKÜMLÜLÜKLERİNİN TABİ OLDUĞU ZAMANAŞIMI 298

SONUÇ 300

KAYNAKÇA 310

KISALTMALAR

Abs.	Absatz
Art.	Artikel
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AT	Allgemeiner Teil
aşa.	aşağı
AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
b.	bent
BATİDER	Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BB	Betriebsberater (Zeitschrift)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes
BGH	Bundesgerichthof
BK	Borçlar Kanunu
Bkz.	Bakınız
BT	Besonderer Teil
C.	Cilt
CISG	Contracts fort the International Sale of Goods
dn.	Dipnot
E.	Esas
EuR	Europarecht (Zeitschrift)
HD.	Hukuk Dairesi
HUMK.	Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu
İİK	İcra İflas Kanunu
İÜHFM	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
JZ	Juristen Zeitung
K.	Karar
Karş.	Karşılaştırınız
KHK	Kanun Hükmünde Kararname
m.	madde
MK	Medeni Kanun

MHAD	Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
No.	Numara
OR	Obligationenrecht
s.	sayfa
S.	Sayı
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
TBK	Türk Borçlar Kanunu
TMK	Türk Medenî Kanunu
TRT	Türkiye Radyo Televizyon Kurumu
TTK	Türk Ticaret Kanunu
vb.	ve benzeri
vd.	ve devamı
WM	Wertpapier Mitteilungen
Y	Yargıtay
YGHK	Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
yuk.	yukarı
ZeuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZGB	Zivilgesetzbuch
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht

GİRİŞ

Çalışmamızın konusu "Taşınır Satımında Ayıplı Mal Nedeniyle Tüketicinin Sözleşmeden Dönmesi"dir. Tüketicilerin, Avrupa Birliği tarafından çıkarılan yönergelerle ve ulusal düzenlemelerle korunmalarının temel sebebi, mal ve hizmet sunanlar karşısındaki zayıf konumları, pazarlık güçlerinin çok az olması veya hiç olmamasıdır. Ülkemizde de tüketicilerin korunması amacıyla, tüketici işlemlerinin özellikleri dikkate alınarak 08.03.1995 tarihli 4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun yürürlüğe girmiş, daha sonra bu kanunda 06.03.2003 tarihli 4822 sayılı Kanunla değişiklikler yapılmıştır.

Çalışmamızla ilgili temel düzenleme, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 4. maddesidir. Bununla birlikte satıcının ayıba karşı tekeffül borcunun ve dönme hakkının, Borçlar Hukukundaki önemi dikkate alındığında, çalışmamızda öncelikle bu temel kavramlar inceleme konusu yapılmış, daha sonra bu kavramların tüketici satımlarına ilişkin özellikleri belirlenmiştir.

Ayıba karşı tekeffül kurumu incelenirken, öncelikle "ayıp" kavramı üzerinde durulmuştur. Daha sonra İsviçre-Türk Hukukunda ve Alman Hukukunda hangi durumların ayıp kapsamında değerlendirildiği incelenmiştir. Ayıp sorumluluğunun hukuki niteliğine ilişkin olarak, artık terk edilmiş olan tekeffül teorisi ve hakim görüş haline gelmiş olan ifa teorisi inceleme konusu yapılmıştır. Bu teoriler, tüketicinin ve alıcının ayıp hükümleri çerçevesinde sahip olduğu hakların belirlenmesinde temel öneme sahiptir. Bunun yanı sıra ifa ihlallerinden birisi olan "ayıplı ifa"nın, İsviçre-Türk hukuk sistemi ile Alman Hukuk sisteminde ve Tüketim Malları Yönergesi ile Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Anlaşmasında (CISG) hangi koşullar ve sonuçlarla düzenlendiği değerlendirilmiştir.

Çalışmamızın ikinci bölümünde tüketicinin ayıplı mal teslimi sebebiyle sahip olduğu sözleşmeden dönme hakkı, bedel indirimi isteme hakkı, onarım hakkı ve değiştirme hakkı, bu hakların hukuki nitelikleri ve birbirleri ile olan ilişkileri, tüketicinin seçimlik haklarından biri ile birlikte veya seçimlik haklarını kullanmaksızın tazminat isteme hakkı üzerinde durulmuştur. Uygulamada oldukça

büyük bir öneme sahip olan, tüketicinin garanti belgesi çerçevesinde sahip olduğu haklar ve garanti belgesi ile sağlanan koruma ile ayıp sorumluluğunun ilişkisi de bu bölümde incelenmiştir.

Üçüncü bölümde, sözleşmeden dönme hakkının amacı, hukuki niteliği, sözleşmeden dönmenin sözleşmenin geçerliliği üzerindeki etkisi üzerinde durulmuştur. Dönme hakkının kullanılması, İsviçre-Türk Hukukunda, Alman hukukunda ve uluslararası düzenlemelerde, çeşitli yöntemlerle sınırlandırılmaktadır. Bu sınırlandırmanın amacı, sözleşme ilişkisinin ayakta tutulabilmesinin mümkün olduğu hallerde, dönme hakkının kullanılması ile bu ilişkiye son verilmesini önlemektir. Bu sebeple, dönme hakkına getirilen sınırlamalar, tüketici işlemleri için de geçerlidir. Bir başka ifadeyle, tüketici, TKHK m.4'ten doğan seçimlik haklarını kullanmakta özgürdür. Ancak bu özgürlük, söz konusu hakların tabi olduğu sınırlamalar içinde mevcuttur.

Dönme hakkının kullanılması tüketici ile satıcı arasındaki satım sözleşmesine etki ettiğinden dönme hakkının muhatabı satıcıdır. Çalışmamızda dönme hakkının muhatabının mevcut Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı Taslağı'nda düzenlenme şekli de inceleme konusu yapılmıştır.

Satıcının ayıptan sorumluluğunun ve sözleşmeden dönme hakkının bu özellikleri dikkate alınarak, çalışmamızda ele alınan başlıca hukuki sorunlar şunlardır:

- İsviçre-Türk ve Alman Hukukunda ayıp kavramı ve benzer ifa ihlalleri ile karşılaştırılması,
- Ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun, gereği gibi ifa etmeme (BK m.96) ve hata hükümleri ile ilişkisi,
- Ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun, ulusal ve uluslararası kodifikasyonlarda düzenleniş biçimi,
- Tüketicinin, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında sahip olduğu seçimlik haklar ve bu hakların niteliği,

- Tüketicinin sahip olduğu seçimlik hakların sınırları,
- Tüketicinin, seçimlik haklardan birini kullandıktan sonra bu haktan vazgeçip diğer haklara başvurmasının mümkün olup olmadığı,
- Tüketicinin sahip olduğu seçimlik hakların muhatabı,
- TKHK m.13 çerçevesinde düzenlenen garanti belgesinin tüketiciye sağladığı korumanın kapsamı,
- Satıcı ve tüketicinin, dönme hakkının kullanılması ile ortaya çıkan borçları ve bu borçlara ilişkin Yargıtay uygulaması.
- Sözleşmeden dönme halinde tüketicinin talep edebileceği tazminatın kapsamı.

BİRİNCİ BÖLÜM

AYIBA KARŞI TEKEFFÜL KAVRAMI, İFA İHLALLERİ İÇİNDEKİ YERİ VE ULUSAL VE ULUSLARARASI KODİFİKASYONLARDA DÜZENLENİŞİ

§1. AYIBA KARŞI TEKEFFÜL KAVRAMI

I. AYIP KAVRAMI

Satım sözleşmesinde ayıba karşı tekeffül borcu BK m. 194 (OR 197) ve devamında düzenlenmiştir[1]. BK m.194/I'e göre "Bayi müşteriye karşı mebiin zikir ve vadettiği vasıflarını mütekeffil olduğu gibi maddi veya hukuki bir sebeple kıymetini veya maksut olan menfaatini izale veya ehemmiyetli bir suretle tenkis eden ayıplardan salim bulunmasını da mütekeffildir."6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu[2] m. 219/I'e göre "Satıcı, alıcıya karşı herhangi bir surette bildirdiği niteliklerin satılanda bulunmaması sebebiyle sorumlu olduğu gibi, 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.

Kanundaki düzenleme dikkate alındığında, ayıba karşı tekeffül, satılan şeyde satıcının vaat ettiği niteliklerin mevcut olmamasından veya bu şeyin değerini veya sözleşme gereğince amaçlanan kullanımı azaltan veya ortadan kaldıran eksiklikler olmasından satıcının sorumlu olmasıdır[3].

---

1 Bu hükümler, yalnızca satım sözleşmesinde değil bir malın devrine ilişkin bütün karşılıklı sözleşmelerde uygulama bulur, bkz. Heinrich Honsell, **Schweizerische Obligationenrecht**, BT, Bern 2006, §10, s. 76.

2 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girecektir.

3 Honsell, §10, s. 77; Haluk Tandoğan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.I/1**, İstanbul 1990, (Borçlar Özel), s. 163; Seyfullah Edis, **Türk Borçlar Hukukuna Göre Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu**, Ankara 1963, s. 7; BGB Reformundan sonra ayıba karşı tekeffül kavramı BGB 434 vd.nda, Tüketim Mallarına İlişkin AB Yönetmeliği esas alınarak düzenlenmiştir. Tüketici satışlarının emredici yapısı, taşınmaz satışlarına ve ticari satışlara uymadığı için, bu şekilde bir düzenleme bazı yazarlar tarafından eleştirilmektedir, bkz. **Basler Kommentar Zum Schweizerischen Privatrecht**, Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt ve

Ayıp, çok genel olarak, mevcut niteliklerin, olması gereken niteliklerden sapması olarak tanımlanabilir. Satım sözleşmesine konu olan mal, satıcı tarafından vaat edilen veya sözleşmeyle izlenen amaç gereği kendisinde bulunması gereken nitelikleri taşımıyorsa, ayıplıdır[4].

Doktrinde hakim görüş haline gelen ifa teorisi çerçevesinde[5], alıcı ayıplı bir mal teslimi durumunda, bu malı ifa olarak kabul etmek zorunda değildir. Bu sebeple satıcı, ancak sözleşmeye uygun bir mal teslim ederek borcundan kurtulabilir. Dolayısıyla ayıplı bir mal teslimi, asli edim yükümlülüğünün ihlali anlamına gelir[6] ve alıcı bu ifayı kabul etmek zorunda değildir.

Ayıba karşı tekeffül borcu, satıcının mülkiyeti geçirme borcunun tamamlayıcısıdır. Satım sözleşmesinde satıcının asli edim yükümlülüğü, alıcıya malın zilyetliğini geçirmek ve mülkiyetini kazandırmaktır. Ancak satıcı, satım konusu malı, alıcı ile birlikte öngördükleri veya güven ilkesi gereğince öngörüldüğü varsayılabilir niteliklere sahip bir biçimde teslim etmekle yükümlüdür. Bu yükümlülük de yan edim yükümlülüğü niteliğindedir[7]. Bu yükümlülüğe aykırı davranılması halinde, satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğu söz konusu olur.

II. AYIBIN BELİRLENMESİ

A. İsviçre-Türk Hukukunda Ayıbın Belirlenmesi

BK m. 194 hükmü dikkate alındığında, ayıba karşı tekeffül, satılan şeyde satıcının vaat ettiği niteliklerin mevcut olmamasından veya bu şeyin değerini veya sözleşme gereğince amaçlanan kullanımı azaltan veya ortadan kaldıran eksiklikler

---

Wolfgang Wiegand**,** (Hrsg. OR I, Art. 1-529, Basel 2007, (Basler Komm./İşleyen, Vorbem. zu Art. 197-210, No. 15.

4 Basler Komm./Honsell, Art. 197, No. 2; Max Keller ve Kurt Siehr, **Kaufrecht**, Zürich 1995, s. 76; Rona Serozan, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, İstanbul 2006, (Borçlar Özel), s. 136; Fahrettin Aral, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Ankara 2006**,** s. 113.

5 Bkz. Aşa. § 1, III, A.

6 Serkan Ayan, **İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü**, Ankara 2008, s. 35.

7 Rona Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, İstanbul 1975, (Dönme), s. 308; Serozan, Borçlar Özel, s. 130; Tandoğan**,** Borçlar Özel, s. 163; Cevdet Yavuz, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, İstanbul 2002, (Borçlar Özel), s. 91.

olmasından satıcının sorumlu olmasıdır[8]. Buna göre, satım konusu mal, lüzumlu niteliklerden veya vaad edilen niteliklerden yoksunsa, ayıplıdır.

İsviçre/Türk Hukukunda, satım konusu malın, sözleşmede şart koşulmuş nitelikten her uzaklaşması, geniş anlamda vaad kavramı içinde değerlendirilmektedir. Bu sebeple Alman Hukukundaki büyük yer tutan objektif ayıp-subjektif ayıp tartışması[9], İsviçre-Türk Hukukunda rol oynamaz[10].

---

8 Honsell, §10, s. 77; Tandoğan, Borçlar Özel, s. 163; Aydın Zevkliler ve K. Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Ankara 2010, s. 100.

9 Alman hukukunda yapılan reform çalışmaları sırasında subjektif ayıp kavramı esas alınmıştır. Böylelikle önceki BGB §459'a ilişkin eski tartışma, açıklığa kavuşturulmuştur. Bir mal, hasarın intikali anında kararlaştırılan niteliklere sahipse, ayıpsızdır. Bu durumun tespitinde, yalnızca sözleşmedeki hükümler önem taşır, objektif düşünceler dikkate alınmaz. Bu sebeple sözleşme ile getirilen, olağan kalite standartlarının altındaki ve üstündeki kararlaştırmalar dikkate alınmalıdır. Nitelik özel olarak kararlaştırılmamışsa, eşya, sözleşmede **şart koşulan** kullanıma uygun ise ayıpsızdır (BGB §434 Abs.1, S.2 Nr.1). Bu kural, niteliğin sözleşmede somut olarak düzenlenmediği ve sözleşme içeriğinin bu şekilde oluştuğu, oysa deyim yerindeyse niteliğin sözleşmede doğal olarak temele sahip olduğu durumları düzenler. Bu şartlar yoksa, eşyanın alışılmış kullanıma uygun olup olmadığı ve aynı tür eşyalarda mutad olan ve alıcının aynı tür eşyada bekleyebileceği nitelikleri haiz olup olmadığı önem taşır. Burada objektif eksiklik kavramı düzenlenmektedir. Ayıpsız olma, genel standartlara ve teamüle uygun olma olduğuna göre, ayıplı olma, bunun tersidir. Ancak, belirli tipteki mallar için tek tip bir standart getirilemeyeceğine dikkat edilmelidir. Böylelikle, malın ayıplı olup olmadığı, öncelikle tarafların sözleşmede kararlaştırdıkları hükümlere bakılarak tespit edilecek, sözleşmede böyle bir hüküm yoksa bu durumda ikincil olarak objektif kriterlere başvurulacaktır, bkz. Büdenbender: Barbara Dauner-Lieb, Thomas Heidel ve Gerhard Ring, **Das neue Schuldrecht**, Heidelberg 2002 (Büdenbender, Das neue Schuldrecht), §8, No. 29 vd.; Friedrich Graf, Kauf - und Werkvertrag, Sondervertriebsformen, Berlin 2005, s. 8 vd.; M. Yeşim Atamer**, Uluslararası Satım Sözleşmesine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları**, İstanbul 2005, s. 183; Ayrıca bkz. Karl Larenz, **Lehrbuch Des Schuldrechts**, Zweiter Band Besonderer Teil, 1. Halbband, München 1986, (OR BT), s. 38 vd.; Münchener Kommentar Zum Bürgerliches Gesetzbuch, Band 3, BT 1, 433-610, Finanzierungsleasing, Heizkosten V, Betriebskosten V, CISG, 4. Auflage, München 2004. (Mü-Ko/İşleyen), Mü-Ko/Westermann, §434, No. 5; Türk hukuku açısından Kocayusufpaşaoğlu, Hata, s. 64, dn. 73; Cevdet, Yavuz, **Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu**, İstanbul 1989, (Ayıptan Sorumluluk), 68 vd; Serozan, Borçlar Özel, s. 136; BGB'de 2002 yılında yapılan değişiklikle, vaad edilen nitelik eksikliği (Das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft), artık ayıbın bir türü olarak kanunda yer almamaktadır. Bunun sebebi, ayıbın tespitinde subjektif eksiklik kavramından hareket edilmesidir. Subjektif ayıp kavramı, varsayılan nitelik kavramının çerçevesini, oldukça geniş çizdiğinden, ayıbın belirlenmesi konusunda bu kavramın kullanıldığı yerde, artık nitelik vaadi kavramına gerek yoktur, bkz. Heinz, Bamberger ve Herbert, Roth, §434, No. 4.

10 Honsell, §10, s. 77; Objektif görüşe göre, satılan tipik olarak sahip olması gereken nitelikleri taşımıyorsa, ayıplıdır. Bu görüşe göre, mal normal niteliklere sahipse, alıcının malı tahsis etmek istediği amaca uygun düşmemesi ayıp değildir, bkz. Yavuz, Ayıptan Sorumluluk, s. 68; Bir başka ifadeyle, bu görüşe göre satım konusu malın ayıplı sayılabilmesi için, genel kullanmaya

1. Nitelik Kavramı

Kanunda, satıcının, "bildirilen niteliklerin bulunmamasından" ve "niteliğe aykırı olan veya niteliği etkileyen niceliğe 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 olduğu düzenlenmiştir. Her iki durumda da ayıp, alıcının malda olmasını normal olarak beklediği niteliğin bulunmamasıdır. Bu sebeple öncelikle nitelik kavramı üzerinde durulmalıdır.

Nitelik, şeyi diğer şeylerden ayıran doğal özellikler ile işlerde yaygın anlayışa veya alıcının satıcı tarafından bilinen veya bilinmesi gereken kişisel menfaatine göre,

---

elverişlilik ölçüsüne de uygun bulunmaması gerekir, bkz. Serozan, Dönme, s. 310, dp.122; Subjektif görüşe göre ise ayıp, satılan şeyin satış sözleşmesine uygun niteliklerden veya taraflar arasındaki mefruz normal tahsis yönü bakımından bulunması gereken özelliklerden yoksun olmasıdır; İsviçre-Türk Hukukunda subjektif görüş için bkz. Hans, Giger, Berner Kommentar, 2. Abteilung-Die einzelnen Vertragsverhaeltnisse, 1. Teilband Kauf und Tausch-Die Schenkung, 1. Abschnitt Allgemeine Bestimmungen - Der Fahrniskauf Artikal 184-215 OR., Bern 1979, Art. 197, No.52; Rolf Furrer, **Beitrag zur Lehre der Gewaehrleistung im Vertragrecht**, Zürich 1973, s. 37; Kocayusufpaşaoğlu, Hata, s. 64, dn.73; Yavuz, Ayıptan Sorumluluk, s. 69: Subjektif görüşte, malın ayıplı olup olmadığını tespit etmek için, malda mevcut özellikler ile sözleşmeye göre sahip olması gereken özelliklerin karşılaştırılması gerekir. Sözleşmede malın özelliklerine ilişkin bir düzenleme yoksa veya eksik bir düzenleme varsa, malın dahil olduğu mal grubuna ait normal vasıfları haiz bir eşyanın satıldığı kabul edilecektir. Bu halde, objektif ayıp kriteri, gerçekte taraflarca zımnen kabul edilmiş sayılacak ve yine subjektif bir temele dayandırılacaktır. Subjektif görüş, parça satımı ve çeşit satımı ayrımı yapmaktadır. Parça satımında, malın ayıplı olup olmadığı sözleşmenin amacına göre belirlenir. Bu görüşte, mal, sözleşme hükümleri veya taraflar arasındaki **mefruz normal tahsis yönü bakımından** olması gereken durumdan farklıysa, ayıplıdır. Buna göre, kendisinde objektif olarak hiçbir eksiklik olmayan mallar, sözleşme şartlarına göre sahip olması gereken özelliklere sahip olmadıkları için kanun anlamında ayıplı olabilir. Bu durum özellikle, farklı kullanım amacı ile satılan mallarda net bir biçimde görülür. Örneğin, yarış atı yerine yük atının teslim edilmesi halinde, yük atında objektif olarak bir ayıp mevcut olmasa bile sözleşmede kararlaştırılan özellikleri taşımadığı için ayıplı olacaktır. Bunun gibi, kuş avcılığı için satın alınan bir köpeğin havlamaması bir nitelik eksikliği oluşturmaz, hatta bu amaçla satın alınan köpekte aranılan nitelik budur, ancak bekçilik için alınan bir köpeğin havlamaması bir nitelik eksikliği yani ayıp oluşturur, bkz. Honsell, §10, s. 77; Serozan, Dönme, s. 308; Cins satımında subjektif görüş, bazı güçlükleri beraberinde getirir. Bu görüş kapsamında mal, BK m.70 anlamında gerekli nitelikleri içermediği takdirde ayıplı sayılacak ve BK m. 194 hükümleri uygulanacaktır, ancak aynı zamanda ortalamadan aşağı bir şey verilmesi (BK m.70), BK m.96 kapsamında gereği gibi ifa etmeme olacak ve satıcı temerrüt hükümleri çerçevesinde de sorumlu tutulabilecektir, bkz. Yavuz, Ayıptan Sorumluluk, s. 70.

satılan malın değerini veya kullanmaya elverişliliğini etkileyen her türlü maddi ve hukuki ilişkiler olarak tanımlanmaktadır[11].

Nitelikler, maddi, ekonomik veya hukuki olabilir. Bu niteliklerin eksikliği de maddi ayıp, hukuki ayıp ve ekonomik ayıp teşkil eder.

Malın maddi niteliklerinin içinde, ilk olarak malın yapıldığı maddeye ilişkin olarak, maddi yapısına ilişkin özellikler yer almaktadır. Satın alınan malın saf gümüşten olması, yüzüğün gerçek pırlanta olması gibi. Malın kullanılmasını ve normal bir şekilde işlemesini sağlayan özellikler de maddi nitelikler arasında yer alır. Bundan başka mala değer kazandıran ancak malın yararlılığına veya işlevselliğine etkisi olmayan özellikler de maddi niteliklerdendir. Örneğin, bir tablonun gerçek olması veya bir sanat eserinin antika olması gibi. Sözleşmeye konu olan malın bozuk, yırtık, kırık, çatlak, lekeli, sökük olması durumunda maddi ayıp söz konusudur. Yeni olarak satın alınan arabanın kullanılmış olması veya ikinci el arabanın önemli bir kazaya uğramış olması durumunda maddi ayıp vardır. Bunun gibi sütün bayat olması veya süte su katılmış olması, kitabın sayfalarının ters basılmış olması, kitabın sayfalarında eksiklik olması da maddi ayıp teşkil eder[12].

Satım konusu malın saflığı da nitelik teşkil eder. % 100 vanilya[13], saf vişne suyu[14] veya şarabın belli bir alkol derecesinde olduğu belirtilmişse, söz konusu ürünlerin bu özellikleri taşımaması ayıptır. Satım konusu malın kökenine ilişkin açıklamalar -örneğin Havana purosu, İtalyan Vermouth gibi- Software ürünün 2000 yılına uygun olmaması da ayıp teşkil eder[15].

Malın ambalajındaki ayıp, normal şartlar altında yalnızca malın dayanıklılığını etkiliyorsa önem taşır. Ancak ambalaj sebebiyle, malın

---

11 Giger, Art. 197, No. 34; Keller ve Siehr, s. 73; Aral, Borçlar Özel, s. 113.

12 Giger, Art. 197, No. 62; Basler Komm./Honsell, Art. 197, No.7; Serozan, Borçlar Özel, s. 131; Yavuz, Ayıptan Sorumluluk, s. 61; Aral**,** Borçlar Özel, Borçlar Özel, s. 114; Başka örnekler için bkz. Herbert Schönle ve Peter Higi, **Obligationenrecht, Teilband V 2 a**, Kauf und Schenkung, Zweite Lieferung, Art. 192-204 OR, Zürich 2005, Art. 197, No. 64.

13 BGE 26 II 557.

14 BGE 31 II 117; BGE 32 II 298.

15 Basler Komm./Honsell, Art. 197, No. 6.

satılabilirliğinin etkilendiği hallerde de ambalajdaki ayıp önemlidir, örneğin orjinal paketi ile tekrar satılacak olan markalı mallarda durum böyledir[16].

Maddi niteliklerin bir türü de ekonomik niteliklerdir. Ekonomik nitelikler, maldan ekonomik anlamda beklenen faydalardır. Satım konusu mal, alıcının ondan beklediği geliri getirmiyorsa veya verimi sağlamıyorsa, ayıplıdır. Bir taşınmazın kira geliri veya tahsis yönü, bir ticari işletmenin iş hacmi, malın tükettiği enerji miktarı ekonomik niteliklerdir. Bu niteliklerin eksikliği de BK m.194/I anlamında maddi ayıp teşkil eder. Tüketici satımlarında ekonomik ayıp tüketicinin maldan beklediği yararlanma ve kullanma olanağını azaltan veya kullanma olanağı olsa bile malın ekonomik değerini düşüren eksiklikler olarak ortaya çıkmaktadır. Bu tür ayıba örnek olarak saatte 500 kg. tahıl öğüttüğü belirtilen makinenin 350 kg. tahıl öğütmesi, aracın katalogda belirtilen miktarın iki katından daha fazla yakıt tüketmesi gösterilmektedir[17].

Hukuki nitelik, malın değerini veya ondan beklenen faydanın sağlanması konusunda **kamu hukukundan kaynaklanan** herhangi bir sınırlamanın olmamasıdır. Hukuki ayıp da, malın değerini veya ondan beklenen faydayı etkileyen, kamu hukukundan doğan sınırlama ve yasakların olmasıdır[18]. Örneğin, bir mülkiyet sınırlamasının varlığı[19], bina yapılmak için alınan arsa üzerinde belediyenin inşaat ruhsatı vermemesi, oturma izninin bulunmaması, satılanın hukuka aykırı bir marka

---

16 Basler Komm./Honsell, Art. 197, No. 10.

17 Giger, Art. 197, No. 62; Yavuz, Ayıptan Sorumluluk, s. 61; Aydın Zevkliler ve Murat Aydoğdu, **Tüketicinin Korunması Hukuku**, Ankara 2004, s. 109; Zevkliler ve Gökyayla, s. 102.

18 Alman Hukukundaki hukuki ayıp kavramı, İsviçre-Türk Hukukundaki hukuki ayıp kavramından daha geniştir. Zira Alman Hukukunda hukuki ayıp, bizim hukukumuzdaki zapt kavramını da kapsamaktadır. BGB §435'e göre satım konusu mal, üçüncü kişiler alıcıya bu malla ilgili herhangi bir hak ileri süremiyorlarsa veya yalnızca satım sözleşmesinde devralınan hakları ileri sürebiliyorlarsa hukuki ayıptan aridir. Bu düzenlemedeki yenilik, satım sözleşmesi ile devralınan hakların alıcıya karşı ileri sürülmesinin, hukuki ayıp teşkil etmediğinin açıkça belirtilmiş olmasıdır. Bu durum, uygulamada önceden de bu şekilde kabul edilmekteydi, bkz. Lothar Haas, Dieter Medicus, Walter Rolland ve Carsten Schaefer, **Das neue Schuldrecht**, München 2002. (İşleyen/Bölüm, No.), Rolland, V, No. 134; Alman Hukukunda hukuki ayıp olarak ilk etapta özel hukuk hakları dikkate alınır, öncelikle ayni hakların varlığı hukuki ayıp teşkil eder ama zilyetlik hakkı veren şahsi haklar da (obligatorische rechte), kiracının hakları gibi, hukuki ayıp teşkil edebilir. Ticari koruma ve fikri haklar alanından doğan münhasır haklar da hukuki ayıp olarak değerlendirilebilir, bkz. Haas, Das neue Schuldrecht, V, No. 135; Mü-Ko/Westermann, §435, No. 7 vd.

19 BGE 98 II 197 E.4.

taşıması, satılan araca gümrükte el konulması, patent haklarına aykırılık sebebiyle tükenmez kalemin satılamaz olması[20], hukuki ayıba örnek teşkil eder[21].

Hukuki ayıp durumunda malda maddi yönden herhangi bir bozukluk ve eksiklik olmamasına rağmen, alıcının maldan yararlanmasını engelleyen veya yararlanma imkanını azaltan veya ortadan kaldıran hukuki yasaklamalar ve sınırlamalar mevcuttur. Örneğin, kullanımı yasak olan ilacın veya kimyasal maddenin kullanımının serbest olduğunun belirtilerek satılması, telefon idaresinin kabul ettiği standartlara uymayan ve bu sebeple bağlantısı yapılamayacak bir telefonun satılması, başkasına ait markanın haksız yere kullanıldığı bir malın satılması, hukuki ayıp teşkil eder[22].

Yargıtay kararlarına konu teşkil eden olaylarda, otomobile gümrük idaresince el konulması[23], yanlış şasi numarası vurulan otomobilin şasisine el konulması[24], satılan malın satım sırasında hacizli olması[25], satın alınan taşınmaza ilişkin olarak satıştan sonra geçmiş döneme ait vergi borcunun ortaya çıkması[26] hukuki ayıp olarak nitelendirilmiştir.

Malın değeri, tek başına nitelik teşkil etmez. Düşük değer yalnızca, belli bir nitelik eksikliğine dayanıyorsa ayıp sorumluluğuna sebep olur. Değere ilişkin hata da kural olarak dinlenmez. Salt değere ilişkin hatanın, kural olarak hem tekeffül hükümlerinde hem de hata hükümlerinde önem taşımamasının sebebi, değerin, fiziksel yönden eşyaya bağlı bir özellik olmayışından değildir. Gerçi Alman Hukukunda, değerin, fiziksel yönden eşyaya bağlı bir özellik olmaması gerekçesiyle;

---

20 BGE 82 II 248.

21 Hukuki ayıp kavramının, hukuka aykırılık, hukuki imkansızlık ve zapt kavramlarından ayırt edilmesi konusunda zorluklarla karşılaşılmaktadır, bkz. Yavuz, Ayıptan Sorumluluk, s. 63. Kamu hukukundan kaynaklanan sınırlamalar hukuki ayıp teşkil etmekteyken, üçüncü kişilerin satılan üzerindeki üstün hak iddiaları zapt teşkil eder, bkz. Aral**,** Borçlar Özel, s. 115; Giger, Art. 192, No. 20 vd.

22 Zevkliler ve Aydoğdu, s. 109.

23 13. HD, 5.6.1978, 1639 E./2631 K. (www.kazanci.com)

24 13. HD, 14.1.1985, 7744 E./ 119 K. (www.kazanci.com)

25 13. HD, 22.10.2001, 2001/7856 E., 2001/9445 K. (www.kazanci.com); Satılan mala haciz sebebiyle el konulması durumunda ayıptan sorumluluk değil, zapttan sorumluluk söz konusudur, bkz. Tandoğan, Borçlar Özel, ss. 171-172; Zevkliler ve Gökyayla, s. 103.

26 13. HD, 6.12.2006, 2007/14454 E., 2007/14736 K. (www. kazanci.com).

değerde bu tür bir nitelik görmeyen bilakis yalnızca değeri belirleyen niteliklerde eksikliği kabul eden eski içtihatlar vardı ve bu içtihatlar da niteliğin eşyaya fiziksel olarak bağlı olması gerektiği düşüncesine dayanmaktaydı. Ancak gerçekte, sözleşmenin özgür bir şekilde müzakere edilerek akdedildiği de dikkate alındığında, sözleşme taraflarının, eşyayı yalnızca değerli olduğu için aldığı gerekçesine dayanarak tekeffül veya hatayı ileri sürememeleri haklıdır[27].

Alman Medeni Kanununda reformdan önce, kamu hukukuna ilişkin sınırlamaların, hukuki ayıp olarak değerlendirilebilmesi, ancak kamu hukukuna ilişkin inşaat sınırlamalarının aynı zamanda maddi ayıp olarak da nitelendirilebilmesi tartışma yaratıyordu. Net olmayan husus, hangi kamu hukuku sınırlamalarının hukuki ayıp olarak, hangilerinin maddi ayıp olarak değerlendirilmesi gerektiği noktasındaydı. Borçlar Hukukunu Modernleştirme Kanununda bu konuda herhangi bir karara varılmamıştır. Bununla birlikte Borçlar Hukuku modernleştirme kanunu, maddi ayıp ile hukuki ayıbın sonuçlarını ilke olarak aynı düzenlediği için, bu sorun artık az bir öneme sahiptir. Gerçi 438 f.1'deki uzun zamanaşımı süresi yalnızca hukuki ayıplar içindir, ancak bu zamanaşımı yalnızca, bu tür ayıpların hukuki ayıp teşkil ettiği tartışmasız olan özel hukuk alanında söz konusudur. Küçük bir fark da BGB §442 Abs. 1 ve BGB §444 açısından vardır. Eşyanın nitelikleri için orada anılan garanti yalnızca maddi ayıba ilişkindir. Böylelikle, küçük bir alan için mümkün olan sorumluluk sınırlandırılması, hukuki ayıp için pratikte kaydadeğer bir etki göstermez. Bu sebeple, iki ayıp türü arasındaki dogmatik sınırlandırmayı araştırmanın, haklı bir tarafı yoktur[28].

Reformdan önce Alman Hukukunda maddi ayıp ile hukuki ayıbın sonuçları arasında önemli farklılıklar mevcuttu. Örneğin maddi ayıp durumunda sözleşmeden dönmek için, satıcının bu ayıptan sorumlu olması aranmamaktayken (Önceki BGB § 462), hukuki ayıpta dönme ancak satıcının hukuki ayıbın ortaya çıkmasında sorumlu olması veya sorumlu olma koşuluyla bağlantılı olarak ayıbın giderilmesinde gecikmiş olması koşuluyla mümkün olabilmekteydi (Önceki BGB § 440 Abs.1, Önceki BGB §325, Önceki BGB §326). Yeni BGB § 323 artık satıcının ayıptan

---

27 Basler Komm./Honsell, Art. 197, No. 2.

28 Haas, Das neue Schuldrecht, V, No. 136.

sorumlu olmasını, dönmenin koşulu olarak aramamaktadır. Ayıplı ifada satıcının kusuru olmasa ve satıcı bundan sorumlu olmasa da, kendisine borçlanılan edimi sağlamayan sözleşmeden dönmek, alıcının haklı menfaati olduğu için, bu değişiklik satım hukukunda yerinde bir değişikliktir[29].

2. Vaad Edilen Nitelikler Sebebiyle Tekeffül

a. Genel Olarak

BKm.194 anlamında nitelik vaadi, satıcının, satım konusu eşyanın belli, objektif olarak belirlenebilir nitelikleri haiz olduğuna ilişkin ciddi bir beyanıdır[30].

Vaad edilen nitelikler sebebiyle tekeffülün söz konusu olabilmesi için öncelikle satıcının nitelik vaadinde bulunmuş olması gerekir. Nitelik vaadi, olağan olarak sözleşmenin akdedilmesinden önce veya sözleşmenin akdi sırasında yapılır, ancak sözleşmenin akdedilmesinden sonra da nitelik vaadinde bulunulması mümkündür[31].

Nitelik vaadinin açık veya zımni olması mümkündür. Ancak zımni de olsa alıcının sözleşme yapma kararında etkili olduğu anlaşılan bir açıklamanın varlığı gerekir. Zımni nitelik vaadi, durumdan veya fiyattan çıkarılabilir. Çok yüksek fiyat, gerçekliğe ilişkin zımni bir vaattir, buna karşılık çok düşük fiyat, tekeffülün kaldırılmasına yakın bir durumdur. Örneğin antika bir eşyanın yüksek satış fiyatı, o eşyanın orijinal olduğu yönünde örtülü bir vaad teşkil etmektedir. Aynı şekilde bir tablonun yüksek fiyatla satılması durumunda, bu tablonun gerçek olduğuna dair zımni bir nitelik vaadinin bulunduğu kabul edilebilirken düşük bir fiyatın da zımni sorumluluktan kurtulma olarak kabul edilmesi mümkündür. Bir arazi, "imara uygun arazi" olarak satılmışsa, bu arazide inşaat yapılabileceği de tekeffül edilmiş demektir. Ancak bir otomobil "tamir gerektirir" veya tamamen "bozuk" olarak satılmışsa, bu durum ayıp sebebiyle tekeffülün ortadan kalktığını gösterir. Görüldüğü gibi özellikle

---

29 Haas, Das neue Schuldrecht, V, No. 171.

30 Keller ve Siehr, ss. 73-74; Yavuz, Ayıptan Sorumluluk, s**.** 67.

31 Basler Komm./Honsell, Art. 197, No. 18; Sonraki nitelik vaadinin garanti niteliğinde olduğu görüşünde Theo Guhl, Alfred Koller, Schneyder, Anton K. ve Jean Nicolas Druey: **Das Schweizerische Obligationenrecht**, Zürich 2000. (Guhl ve İşleyen), §42, No. 17.

maddi mallara ilişkin tekeffülde, satıcının tekeffül sorumluluğun belirlenmesi ile mala ilişkin nitelik vaadi, bazı hallerde birbirinden farklı değildir[32].

Zımni nitelik vaadi, ticari örf ve genel adetten meydana gelebileceği gibi, markaların, kalite işaretlerinin veya endüstri şekillerinin kullanılmasından da meydana gelebilir[33].

Nitelik vaadine uygun olmama sebebiyle ayıplı olma, özellikle farklı kullanım amaçları olan eşyalarda açıkça anlaşılır, binek atı veya yük atı, yazı kağıdı veya işaret kağıdı gibi. Örneğin, normal bir köpeğin kırmızı ışıkta durması beklenmez ancak bir kişiye rehberlik etmek amacıyla alınan bir köpekte bu özellik aranır. Bu hallerde eşyanın objektif olarak taşıması gereken niteliklerinde bir eksiklik olmamasına rağmen, satım konusu mal, sözleşmede kararlaştırılmış özelliklere sahip değildir. Bunun tersi olarak, objektif açıdan ayıplı olan bir mal, sözleşmedeki kullanma amacına bakıldığında ayıpsız olabilir; hurda otomobil, yırtık kot, kesik süt gibi. Satım sözleşmesine konu olan hurda otomobil, parçaları için alınmış olabilir. Yırtık kot, moda olduğu için tercih edilmiş olabilir. Kesik süt de peynir yapmak amacıyla özellikle istenmiş olabilir. Dolayısıyla malın, vaad edilen niteliklere ilişkin olarak ayıplı olup olmadığı tespit edilirken malın ne olarak satıldığına bakılmalıdır. Objektif olarak ayıplı mal, sözleşmeye göre ayıpsız olabilir[34].

Nitelik vaadi, bir niteliğin mevcut olduğunun vaadi şeklinde olumlu olabileceği gibi kötü bir niteliğin bulunmadığı şeklinde olumsuz da olabilir.

Doktrindeki bir görüşe göre, nitelik vaadinin geçerli olması için, nitelik vaadi ile alıcının satın alma kararı arasında illiyet bağı olması gerekir. Nitelik vaadi, alıcının eşyayı kayıtsız şartsız veya kararlaştırılan şartlarda edinme kararı için sebep teşkil etmekteyse, illiyet bağı vardır [35]. Bizim de katıldığımız bir diğer görüş ise,

---

[32] BGE 102 II 100 E.2, kararda posta pulunun gerçek olduğuna ilişkin nitelik vaadinin, yüksek fiyattan çıkarılabileceği ifade edilmiştir; Basler Komm./Honsell, Art. 197, N. 8; Keller ve Siehr, s. 74; Eugen Bucher, **Schweizerisches Obligationenrecht**, BT, Zürich 1988. (OR BT), s. 84; Claire Huguenin, Obligationenrecht Besonderer Teil, Zürich 2008, (OR BT), No. 271.

[33] Basler Komm./Honsell, Art. 197, No.14, s. 1153; Schönle ve Higi, Art. 197, No. 85.

[34] Serozan, Borçlar Özel, s. 136; Basler Komm./Honsell, Art. 197, No. 2; Honsell, §10, s. 77.

[35] Tandoğan, Borçlar Özel, s. 166; Peter Jaeggi, "Die Zusicherung von Eigenschaften der Kaufsache" Festschrift zum 70. Geburtstag von Theo Guhl, Zürich 1950, s. 81; Yavuz, Ayıptan

nitelik vaadinin geçerliliği konusunda, alıcının satım sözleşmesi yapma sebebinin nitelik vaadi olması gibi subjektif bir kriter kullanılmaması gerektiği; nitelik vaadinin geçerliliğinin dürüstlük kuralı çerçevesinde belirlenmesi gerektiği; alıcının, satıcının yaptığı açıklamaları dürüstlük kuralı çerçevesinde nitelik vaadi olarak anlamakta haklı olup olmadığının incelenmesi gerektiği görüşündedir[36]. Yaşam deneyimlerine göre nitelik vaadinin, alıcının sözleşme yapma kararında etkili olması uygunsa, illiyet bağı var kabul edilir. Bu varsayım satıcı tarafından çürütülmelidir[37].

Nitelik vaadi, ciddi olmalıdır. Satıcının malı satmak amacıyla sarfettiği sözler, reklam niteliğindeki tavsiyeler ve sözleşmesel önemi olmayan açıklamalar, nitelik vaadi olarak değerlendirilemez[38]. Örneğin bir aracın iyi olarak tanımlanması vaad değildir[39]. Satıcın ciddi nitelik vaadinde mi bulunduğu yoksa sadece malını övmeye ve tanıtmaya yönelik ifadelerinin mi söz konusu olduğu ticaretin gereklerine, işlem hayatındaki örf ve adetlere ve güven teorisi çerçevesinde yapılacak yoruma göre belirlenir[40]. Bu hususun belirlenemediği hallerde, bu tür durumların tehlikesinin alıcıya yüklenmemesi için, ciddi nitelik vaadinin mevcut olduğu kabul edilmelidir[41].

Yalnızca reklam söz konusu olmadıkça, vaadin reklam metninde veya gazete ilanında yer alması mümkündür[42]. Nitelik vaadinin, bir prospektüste veya gazete

---

Sorumluluk, s. 76; C. Salih Şahiniz, **Tacirler Arası Ticari Satımlarda Satıcının Ayıplı İfadan (Ayıplı Mal Tesliminden) Sorumluluğu**, Ankara 2008, s. 57; Saibe Oktay-Özdemir, "Yargıtay Kararları Işığında Ticari Satış Sözleşmesinde Ayıp Kavramı ve Ayıba Bağlı Hakları Kullanmak İçin Uyulması Gereken Külfetler" Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, C.I, İstanbul 2007, ss. 39-58, s. 42; Schönle ve Higi, Art. 197, No.87a.; Otto Schenker, **Die Zusicherung von Eigenschaften beim Kauf**, Bern 1949, s. 48; Katz, Hans Peter: Sachmaengel beim Kauf von Kunstgegenstaenden und Antiquitaeten, Zürich 1973, s. 44; Guhl ve Koller, §42, No. 16.

36 Giger, Art. 197, No. 33; Furrer, ss. 46-47; Keller ve Siehr, s. 75; Honsell, OR BT, ss. 82-83; Huguenin, OR BT, No. 270.

37 Basler KOMM./Honsell, Art. 197, No. 14; Katz, ss. 44-45.

38 Tandoğan, Borçlar Özel, s. 166; Guhl ve Koller, Bölüm 42, No. 18.

39 Basler Komm./Honsell, Art. 197, N. 15, s. 1153; Ayrıca bkz. Giger, Art. 197, No. 14 vd.

40 Keller ve Siehr, s. 74; Mustafa Alper Gümüş, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, İstanbul 2008, s. 145; Honsell, §10, ss. 82-83; Furrer, s. 47; Katz, s. 44; Giger, Art. 197, No.16.

41 Yavuz, Ayıptan Sorumluluk, s. 79.

42 Vaad için herhangi bir sözleşmesel açıklamanın gerekli olmadığı, buradan da çıkarılabilir, bkz. Basler Komm./Honsell, Art. 197, No. 16.

ilanında olması da mümkündür. Bunun gibi marka, kalite işareti veya endüstri kuralları da vaad içerebilir[43].

4822 Sayılı Kanun ile TKHK'da yapılan değişiklikle reklam ve ilanlarda yer alan nitelik veya niteliği etkileyen nicelikle ilgili eksiklikler de nitelik vaadi olarak düzenlenmiştir. Reklamlarda yer alan ifadelerin, nitelik vaadi olarak kabul edilebilmesi için, bu ifadelerin, genel bir övgü şeklinde değil, somut bir özelliğe ilişkin olmaları gerekir. Dolayısıyla hiçbir şekilde ciddiye alınması mümkün olmayan beyanlar, satıcının ayıp sorumluluğuna sebep olmaz. Ancak ciddi nitelik vaadlerinin varlığı halinde reklam içeriği, satıcı açısından bağlayıcı olur[44].

Bu düzenlemeden sonra artık nitelik vaadinin, satıcı dışındaki kişiler tarafından yapılması da mümkün hale gelmiştir. Bu sebeple, üretici, bayii, ithalatçı gibi kişiler tarafından yapılan açıklamaların da nitelik vaadi teşkil etmesi mümkündür[45]. Satıcının, açıklamaları kendisinin yapmış olması durumunda, satıcı ilke olarak bütün davranışları sebebiyle alıcıya karşı sorumlu olduğu için, bu sorumluluk tamamen sisteme uygundur. Buna karşılık, dogmatik özellik, bayinin veya üreticinin açıklamaları sebebiyle satıcının sorumluluğudur, çünkü bu kişiler, alıcının yaptığı sözleşmenin tarafı değildir[46].

Bu düzenleme Tüketim Malları Yönergesi (1999/44 sayılı Yönerge) ile de uyum içindedir. Zira Yönerge kapsamında da, mal, özellikle reklamlarda ve etiketlerde satıcının, üreticinin veya onların temsilcilerinin, eşyanın somut özelliklerine ilişkin kamuya yaptıkları açıklamalar dikkate alındığında, aynı cins

---

43 Honsell, §10, ss. 82-83; CISG'e tabi sözleşmeler bakımından, teslim edilecek malın özelliklerine ilişkin zımni bir uyuşmanın mevcut olup olmadığını belirlemek için de somut olayın özellikleri yanında, ticari teamüller ve taraflar arası arasındaki alışkanlıkların dikkate alınması gerekir, bkz. Atamer, CISG, s. 185.

44 Atamer, TKHK m.4-Eleştiriler, s. 84, dp.5; Büdenbender, Das neue Schuldrecht §8, No. 31.

45 Ayşe Havutçu, **Üreticinin Sorumluluğu**, Ankara 2005, (Üreticinin Sorumluluğu), s. 27.

46 Alman hukukunda, üçüncü kişinin davranışı sebebiyle satıcının sorumlu olmasına, dogmatik olarak temsilcinin beyanlarının etkisi (BGB §164) ve borçlunun üçüncü kişinin davranışları sebebiyle sorumluluğu (BGB §278) na ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanabileceği, bu düzenleme ile, önceden ayıba karşı tekeffül hukukunda mevcut olan ve reklam açıklamalarını geniş ölçüde tekeffül dışında tutan önemli bir koruma eksikliği giderildiği ifade edilmektedir, bkz. Büdenbender, Das neue Schuldrecht, §8, Nr. 31.

mallarda mutad olan ve tüketicinin beklemekte haklı olduğu nitelik ve verimliliği haiz ise; sözleşmeye uygun kabul edilir (Art.2/II,d.).

Bu durum, ayıplı ifadan sorumluluk alanında önemli bir aşamadır. Sanayinin ve üretimin bu kadar gelişmiş olmadığı dönemlerde, normal olan, nitelik vaadinin yalnızca satıcının beyanlarından oluşmasıydı. Ancak günümüzde, dağıtım sektöründeki gelişmeler dikkate alındığında, nitelik vaadini, yalnız satıcının beyanlarıyla sınırlandırmak adaletsiz sonuçlara yol açmaktadır. Zira günümüzde satıcı, nitelik vaadinde bulunma işini profesyonel reklamcılara havale etmiştir, üstelik tüm reklam giderleri, maliyet arttırıcı bir faktör olarak son aşamada tüketiciye yüklenmektedir. Bu sebeplerle, reklam ve ilanlarda yer alan konuların da nitelik vaadi kapsamında ayıptan sorumluluğa yol açması yerinde olmuştur[47].

TKHK'da değişiklik tasarısı Taslağında, "Satıcı, kendisinden kaynaklanmayan reklam veya ilan yoluyla yapılan açıklamalardan haberdar olmadığını ve haberdar olmasının da kendisinden beklenemeyeceğini veya yapılan açıklamanın içeriğinin satım sözleşmesinin akdi anında düzeltilmiş olduğunu veya satım sözleşmesi akdetme kararının bu açıklama ile nedensellik bağı içinde olmadığını ispatladığı takdirde açıklamanın içeriği ile bağlı olmaz." hükmü getirilmiştir.

Reklam veya ilan yoluyla yapılan açıklamaların da nitelik vaadi olarak değerlendirilmesinin altında yatan temel düşünce, bu açıklamalarda yer alan taahhütlerin taraflarca bilindiği ve bunların sözleşme içeriği olduğudur. Bu sebeple, kamuya yapılan bu tür açıklamaların, sözleşme içeriği olma ihtimali yoksa, malın bu açıklamalara uygun olmaması sebebiyle ayıplı olduğu da söylenemez. Satıcı, bu tür bir istisnanın varlığını ispat ederse, bir ayıbın varlığından söz edilemeyecektir. Satıcı, bazı vakıaları ispatlayarak, reklam veya ilanlarda yer alan açıklamaların sözleşme içeriği haline gelmediğini de ispat etmiş olacaktır. Satıcının bu konuda ispatlayabileceği ilk husus, reklamlardan fiilen haberdar olmaması ve haberdar

---

47 Rona Serozan**,** "Tüketiciyi Koruma Kanununun Artıları ve Eksileri", **İÜHFM,** 2003, C. LXI, S.1-2, s. 345, (İÜHFM 2003), s. 345; Atamer, CISG'de buna ilişkin açık bir hüküm olmamakla birlikte, Yönergede tüketici satımları açısından reklamlardaki vaadlerin sözleşme içeriği olduğunun da kabul edilmesi karşısında CISG'i uygulayan Avrupa mahkemelerinde bu yorumun gelişmesinin beklenebileceğini ifade etmiştir, CISG, ss. 185-186.

olmasının da kendisinden beklenemeyecek olmasıdır[48]. Bundan başka satıcı, açıklamanın satım sözleşmesinin kurulması anında düzeltilmiş olduğunu ispat edebilir[49]. Son olarak satıcı, reklam ve ilanlardaki açıklamalar ile tüketicinin sözleşme kurma iradesi arasında nedensellik bağı olmağını ispat ederek de bu açıklamalardan sorumlu olmaktan kurtulabilir[50]. Nedensellik bağının olmadığı duruma ilişkin en önemli durum, yani yanlış beyanatın düzeltilmesi, özel olarak düzenlenmiştir. Bundan başka, burada alıcının satıcıya, reklamların kendisini ilgilendirmediğini belirttiği veya alıcının örneğin uzun süre yurtdışında ikamet ettikten sonra doğrudan sözleşmeyi akdettiği için reklamları kesinlikle bilemeyeceği diğer haller düşünülebilir[51].

Tüketim Malları Yönergesinin m. 2/4 ile düzenlenmiş ve Alman Medeni Kanununda da kabul edilmiş olan bu kurtuluş kanıtının TKHK'da değişiklik tasarı taslağına alınması yerinde olmuştur.

b. Nitelik Vaadinin Hukuki Niteliği

Nitelik vaadinin hukuki niteliğine ilişkin olarak doktrinde üç görüş ileri sürülmektedir[52]:

---

48 Satıcının lehine olan bu koşulların izahı ve ispatı satıcıya aittir. Son anılan durum hakkında, satıcının bilme yükümlülüğünün olup olmadığı ve varsa hangi sınırlar içinde olduğu sorusu sorulmalıdır. Satıcı ilke olarak bayisinin (lieferant) veya üreticisinin yaptığı her açıklamayı takip etmek, bunun için bütün düşünülebilir yayın organlarını gözden geçirmek veya bütün radyo ve tv görüntülerini değerlendirmek zorunda değildir. Bununla birlikte satıcı, sattığı ürünün kitle iletişim araçlarında ürünle ilgili olan haberlerde nasıl tanıtıldığına dikkat etmelidir. Bu düzenlemeden, satıcının sınırlı bir takip ve pazar bilgisi yükümlülüğü olduğu sonucu çıkmaktadır. Satıcı tarafının bilme yükümlülüğünün sınırları ve kapsamı için, yabancı reklamlar da dikkate alınarak diğer kriterleri geliştirmek, uygulama için önemli bir meseledir. Kriterler belirlenirken, satım konusu malın değeri ve üretici/toptancı tarafından kullanılan iletişim araçlarının ulaşılabilirliği de dikkate alınmalıdır, bkz. Büdenbender, Das neue Schuldrecht, §8, No. 32.

49 Bu düzeltme alıcı için ilk yapılan reklam gibi aynı şekilde ulaşılabilir olmalıdır, bkz. Büdenbender, Das neue Schuldrecht, §8, No. 32; Yönergedeki ve TKHK tasarı taslağındaki düzenlemeden farklı olarak, BGB §434 Abs.2 S.2'de, bu düzeltmenin aynı usulle yapılması gerektiği ifade edilmiştir.

50 Atamer, TKHK m.4-Eleştiriler, s. 85.

51 Büdenbender, Das neue Schuldrecht, §8, No. 33.

52 Bu görüşlerin açıklaması için bkz. Tandoğan, Borçlar Özel, ss. 165-166; Kenan Tunçomağ, **Türk Borçlar Hukuku**, **C.II, Özel Borç İlişkileri**, 1977, (C.II), s. 146 vd.; Edis, s. 50 vd.; Yavuz**,** Ayıptan Sorumluluk, s. 28; Honsell, OR BT, s. 68.

Bir görüşe göre[53], OR.197 anlamında nitelik vaadi sözleşmesel niteliktedir. Nitelik vaadinden söz edilebilmesi için, satıcının satılana ilişkin olarak bazı niteliklerin olduğunu veya olmadığını taahhüt etmesi, alıcının da buna uygun irade açıklaması ile bu taahhüdü kabul etmesi gerekir. Böylece satıcının icap niteliğindeki beyanının, alıcı tarafından kabulü ile **sözleşmesel bir edim yükümü, garanti sözleşmesi** niteliğinde bir hukuksal işlem oluşturur. Böylece nitelik vaadi, taraf iradeleriyle sözleşmenin bir hükmü haline getirilmiş olur.

Bir diğer görüş nitelik vaadini **tek taraflı hukuki işlem** niteliğinde kabul eder. Bu görüşe göre nitelik vaadinin meydana gelebilmesi için, satıcının nitelik vaadini içeren bir irade açıklamasında bulunması yeterlidir, alıcının kabulüne gerek yoktur[54].

Bu konudaki üçüncü görüş, nitelik vaadini, BK m.194 hükmüyle kendisine hukuki sonuç bağlanan **bilgi (tasavvur) açıklaması** niteliğinde kabul etmektedir. Buna göre, nitelik vaadinde, bir kanun hükmüyle bilgi açıklamasına hukuki sonuç bağlanması söz konusudur. Bu sebeple, nitelik vaadi, yalnızca bir bilgi açıklamasıdır ve sözleşmenin içeriğine dahil değildir. Dolayısıyla nitelik vaadinden kaynaklanan sorumluluk sözleşmesel bir sorumluluk olmayıp kanuni bir sorumluluktur[55].

---

53 Giger, Art 197 No.10; Katz, ss. 45-46; Alfred Schubiger**, Verhaeltnise der Sachgewaehrleistung zu den Folgen der Nichterfüllung oder nicht gehörigen Erfüllüng**, Bern 1957, s. 6 vd.; Willi Fischer**, Der unmittelbare und der mittelbare Schaden im Kaufrecht**, Zürich 1984, s. 208 vd.; Theodor Jaeger, **Die Haftung des Verkaeufers für die Maengel der Fahrniskaufsache nach dem schweizerischen Obligationenrecht**, Zürich 1911, s. 35, Elvezio G. Menghini, **Die Zusicherung von Eigenschaften nach Art. 197 des schweizerischen Obligationenrechts**, Freiburg 1949, s. 49 vd.; Oktay-Özdemir, ss. 41-42; Hans Merz, **Sachgewaehrleistung und Irrtumsanfechtung**, Festschrift zum 70. Geburtstag von Theo Guhl, Zürich 1950, ss. 87-107**,** s. 96, dp.15.

54 Oser ve Schönenberger, Borçlar Hukuku, İkinci Kısım, Madde 41-109 (TBK m. 41-108), Çev. Recai Seçkin, Ankara 1950, Art. 197, No.8; Halil Arslanlı, **Ticari Bey**, C.I, İstanbul 1955, ss. 269-270.

55 O. Schenker, s. 39 vd.; Keller ve Siehr, s. 74; Tandoğan, Borçlar Özel, s. 166; Zarife Şenocak, "Borçlar Kanunu'nun 96 vd. ve 194 vd. maddeleri açısından "aliud"un (başka şeyin teslimi" **BATİDER**, 1989, C. XV, S.1, ss. 113-135, (Aliud), s. 120; Jaeggi, s. 77; Yavuz, Ayıptan Sorumluluk, s. 28 vd.; Furrere göre, nitelik vaadi parça borçlarında bilgi açıklaması niteliğinde iken cins borcunun söz konusu olduğu durumlarda, sözleşme hukukunda hakim olan güven teorisine göre sözleşmenin içeriğine dahildir. Böylelikle nitelik vaadi bilgi açıklaması değil bir irade açıklaması niteliğindedir ve koşulları gerçekleşmişse, alıcı dilerse ayıp hükümlerine dilerse ifa etmeme (BK m.96 vd.) hükümlerine dayanabilir, bkz. Furrer, ss. 44-45; Nitelik bildirmenin

Doktrinde, satım sözleşmesinin geçerliliğinin şekle tabi olduğu hallerde veya taraflarca kararlaştırılan bir şeklin söz konusu olması durumunda bile, nitelik vaadinin, söz konusu şekle uyulmadan yapılabileceği kabul edilmektedir[56]. Bir an için bu düşüncenin, nitelik vaadinin bilgi açıklaması veya tek taraflı hukuki işlem olarak kabul edilmesinin bir sonucu olduğu düşünülse bile, nitelik vaadini sözleşmesel bir edim yükümü olarak kabul edenler de, şekle tabi sözleşmelerde nitelik vaadinin şekil şartına uyulmaksızın yapılmasının mümkün olduğunu kabul etmektedirler. Bu sorun özellikle taşınmaz satışlarında ortaya çıkmaktadır. Taşınmaz satışının resmi şekilde yapılmasının üç sebebi vardır: sözleşme taraflarını düşünmeden bir sözleşme yapmalarını önlemek; sözleşmenin açıklığını sağlamak; tapu sicilindeki kayıtlar için güvenilir bir yapı oluşturmak. Yalnızca sözleşmesel açıklık, netlik gerekçesi, resmi belgede nitelik vaadinin de yer almasını gerektirir. Ancak tarafların acele hareket etmekten korunmaları ve tapu kayıtları için güvenilir bir temel oluşturma amacı, nitelik vaadinin şekle tabi olmaksızın yapılmasını kabul etmek ile zedelenmiş olmaz. Şekil zorunluluğu ile en yüksek düzeyde açıklığı sağlamadaki yasal zorunluluk, artık işlem hayatında hakim olan dürüstlük kuralı ile yarışır ve bunun sonucu olarak taşınmaz satışında da şekle tabi olmayan nitelik vaadi, geçerli olarak kabul edilmelidir[57].

Federal Mahkeme ve hakim doktrine göre, tarafların şekle tabi olmayan bir sözleşmeyi şekle tabi tutmaları durumunda da nitelik vaadi şekle tabi olmadan yapılabilir. Ancak taraflar, sözleşmenin tüm içeriğinin söz konusu şekle tabi olarak yapılacağını açıkça kararlaştırmışlarsa, nitelik vaadinin de bu şekilde yapılması gerekir[58].

çeşitli şekillerde yapılabileceği ancak, alelade bir beyanla yapılmışsa, tasavvur açıklaması olduğu yönünde bkz. Tunçomağ, C.II, ss. 147-148.

56 Giger, Art. 197, No. 21; Oser ve Schönenberger, İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, Akdin Muhtelif Nev'ileri (İsviçre BK 184/393 - Türk BK 182/385), Fasikül I, Çev. Prof. Dr. Kemal Fikret Arık, Ankara 1966, Art. 197, No.8; Jaeger, s. 36; Schubiger, s. 5; Otto Winiger**, Zusicherung und Haftung nach Art. 197 ff. des Schweizerischen Obligationenrechtes**, Bern 1952, s. 89 vd.; BGE 63 II 79; 68 II 235; 73 II 220; Yavuz, Ayıptan Sorumluluk, s. 78; Nitelik vaadinin şekle tabi sözleşmelerde kural olarak söz konusu şekle uygun olarak yapılmasının gerekmediği yönünde bkz. Furrer, s. 46.

57 Giger, Art. 197, No. 23.

58 Giger, Art. 197, No. 24; Jaeggi, s. 85; Bununla birlikte nitelik vaadinin, tarafların üzerinde uzlaşmaları ile sözleşme içeriği haline gelmesi durumunda, vaadin hukuki niteliğine ilişkin

3. Lüzumlu Nitelikler Sebebiyle Tekeffül

Satıcı herhangi bir nitelik vaadinde bulunmamış olsa bile, satım konusunun değerini veya varsayılan (satım sözleşmesi ile amaçlanan) kullanma amacına elverişliliğini kaldıran veya önemli ölçüde azaltan bir nitelik eksikliği mevcutsa, satım konusu yine ayıplıdır. BK m.194/I anlamında lüzumlu nitelik, satım konusunun değerine veya satıcı tarafından sözleşmenin kurulduğu anda bilinen veya bilinebilen alıcının bireysel menfaatlerine göre, işlem hayatındaki anlayışa göre kullanma elverişliliğine etki eden satım konusuna ilişkin bütün özelliklerdir[59].

Doktrinde kullanma elverişliliği, sözleşmede tarafların üzerinde açık veya örtülü olarak anlaştıkları, böyle bir anlaşmanın olmaması halinde işlem hayatındaki anlayışa uygun olan kullanım olarak tanımlanmaktadır. Kanaatimizce, taraflar arasında açık veya örtülü bir anlaşmanın olduğu hallerde bu durum artık lüzumlu vasıf olarak değil, satıcı tarafından yapılmış nitelik vaadi kapsamında değerlendirilmesi mümkündür[60].

Bu konuda alıcının tek taraflı olarak düşündüğü tahsis yönü ve nitelikler dikkate alınmaz.

Taraflar arasında açık veya örtülü bir anlaşma yoksa amaçlanan kullanım; işin niteliği, satım sözleşmesi ile takip edilen amaç, sözleşmenin özel şartları, tarafların sözleşme eylemleri ve diğer hal ve şartlar dikkate alınarak sözleşmenin yorumlanmasıyla belirlenir. Yapılacak yorumdan başka bir sonuç çıkmadıkça amaçlanan kullanım malın olağan kullanımıdır[61]. Malın olağan kullanımı ise, iş hayatındaki yaygın görüşler, malın satıldığı çevrede egemen olan görüşler veya malın alışılmış olarak hangi işlerde kullanıldığına bakılarak belirlenir.

---

tartışmanın pratikte hiçbir rol oynamayacağı; bu durumda, vaadden kaynaklanan nitelik borcu, maddi anlamda önemli bir **sözleşme** noktası haline gelmişse ve bu borç sözleşmenin tabi olduğu şekle uyulmadan kararlaştırılmışsa, şekli açıdan geçersiz olacağı yönünde bkz. Keller ve Siehr, s. 74.

59 Giger, Art. 197, No. 52; Tandoğan, Borçlar Özel, s. 167; Gümüş, s. 123.

60 "Tahsis yönünde uyuşma ile satıcının zımnen bazı vasıfları vaad ettiği halleri uygulamada ayırt etmek çok güçtür." Bkz. Tandoğan, Borçlar Özel, s. 167.

61 Tandoğan, Borçlar Özel, s. 167; Gümüş, s. 124.

Lüzumlu vasıflardaki eksikliğin ayıp olarak nitelendirilebilmesi için belli bir ağırlıkta olması gerekir. Öğretide bu durum genel olarak ayıbın önemli olması şeklide ifade edilmiştir[62].

İşlem hayatındaki görüşlere göre, dürüst bir alıcı, satım konusu maldaki ayıbı bilseydi sözleşmeyi hiç akdetmeyecekti veya daha düşük bir bedel üzerinden akdedecekti denilebiliyorsa, ayıp önemli sayılır. Bu sebeple önlenemez küçük kalite eksiklikleri, kolay giderilebilir vasıf eksiklikleri, BK m.194 anlamında ayıp olarak kabul edilmez ve satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğuna yol açmaz[63].

Ancak kanaatimizce bu sonuç eleştiriye açıktır. Ayıbın önemli olup olmadığında kullanılan kriterlerin, alıcıya dönme ve bedel indirimi hakkı tanıyan durumlar olduğu göze çarpmaktadır. Aşağıda açıklandığı üzere[64], olması gereken açısından önemsiz ayıplarda da satıcının tekeffül sorumluluğunun mevcut olduğu kabul edilmelidir. Çünkü ayıbın önemsiz olduğu hallerde de, edimler arasındaki denklik ilişkisi az da olsa bozulmaktadır.

4. Lüzumlu Nitelik Eksikliği ile Vaad Edilen Nitelik Eksikliği Arasındaki Fark

Nitelik vaadi, kanuni tekeffülden farklı bir kavramdır, kanuni tekeffülün sınırları belli iken, nitelik vaadi garanti taahhüdüne kadar gidebilir[65]. Bundan başka,

---

62 Tandoğan, Borçlar Özel, s. 173; Gümüş ise ayıbın, tekeffül sorumluluğuna yol açabilmesi için esaslı olması gerektiğini ifade etmekte, ayıbın önemli olmasını farklı bir anlamda kullanmaktadır, bkz. Gümüş, s. 125.

63 Tandoğan, Borçlar Özel, s. 173; Gümüş, s. 125.

64 Bkz. § 10, I, B.

65 Nitelik vaadi, garanti taahhüdünden farklıdır. Nitelik vaadi satılanın yalnızca hasarın alıcıya geçtiği andaki mevcut vasıflarına ilişkin olarak yapılmaktayken, garanti taahhüdü satım konusunun sözleşmeye uygun nitelikler taşımasından da ileri olan belirli bir sonucu, örneğin satılan malın gelecek 1 yıl içindeki verimini konu edinebilir, bunun yanı sıra garanti taahhüdü içerik bakımından satım sözleşmesinden bağımsızdır. Garanti ile garanti veren, satım konusu malın sözleşmeye uygun niteliklere sahip olmaması sebebiyle, örneğin zararın tazmini ile yükümlü olur. Garanti taahhüdünden doğan hakların kullanılması, muayene ve bildirim külfetlerinin yerine getirilmesine ve kısa zamanaşımı sürelerine bağlı değildir, bkz. Giger, Art.197, No. 20; Basler Komm./Honsell, Art. 197, No. 17, s. 1153; Yavuz, Ayıptan Sorumluluk, s. 65; Aral**,** Borçlar Özel, ss. 116-117; Şahiniz, s. 55 vd.; İsviçre doktrininde garanti taahhüdü ile nitelik vaadinin birbirinden ayrılmasında, satıcının satım konusu malın mevcut bir özelliğine

kanuni tekeffülde ayıbın önemli olması şartı aranırken, nitelik vaadine konu olan unsurlar, önemli olmasa bile satıcının sorumluluğuna yol açar[66]. Ancak bunun sınırı da hakkın kötüye kullanılmasıdır[67].

Alışılmış niteliklerden uzaklaşmanın yanında, sözleşmesel olarak kararlaştırılan niteliklerden uzaklaşma da ayıbın sebebini teşkil eder. Ayıp, mevcut özelliklerin olması gereken özelliklerden uygun olmayan ölçüde uzaklaşmasıdır. Buna karşılık nitelik vaadinde, değerinde veya kullanım elverişliliğinde önemli bir azalma aranmaz. Satıcı belli nitelikleri temin etmişse, bunlar önemli olmasalar da sorumlu olur[68]. Ancak lüzumlu vasıfların eksikliğinde ayıbın önemli olması bir koşul olarak aranmaktadır[69].

B. Alman Hukukunda Ayıbın Belirlenmesi

BGB §434'e göre;

(1)Mal, hasarın intikali anında kararlaştırılmış nitelikleri haizse ayıpsızdır. Nitelik kararlaştırılmamışsa, mal şu hallerde ayıpsızdır:

1. Sözleşmeye göre şart koşulmuş kullanıma uygunsa,

2. Mutad kullanıma uygunsa ve benzer tür eşyalarda mutad olan niteliğe sahipse ve alıcının eşyanın türüne göre bekleyebileceği niteliğe sahipse,

S.2 Nr.2'deki niteliğe, satıcının, üreticinin veya onların yardımcılarının özellikle reklamlarda veya eşyanın belirli özelliklerine ilişkin tanıtıcı işaretlerde kamuya yaptıkları açıklamalar sebebiyle alıcının beklemekte haklı olduğu özellikler de dahildir; ancak satıcı açıklamayı bilmiyorsa ve bilmesi de gerekmiyorsa, açıklama sözleşmenin akdi anında aynı yolla düzeltilmişse veya açıklamanın satın alma kararı üzerinde etkisi yoksa bu hüküm uygulanmaz.

---

ilişkin olarak mı yoksa sözleşmeye uygun niteliği aşan gelecekteki bir sonuca ilişkin olarak mı vaadde bulunduğuna bakılması gerektiği ifade edilmektedir, bkz. Huguenin, OR BT, No. 272.

66 Basler Komm./Honsell, Art. 197, N. 2, N. 18; Huguenin, OR BT, No. 274; Yavuz, Ayıptan Sorumluluk, s. 67; Nihat Yavuz, Ayıplı İfa, Ankara 2010, (Ayıplı İfa), s. 95.

67 Giger, Art. 197, No. 12, No. 41.

68 Basler Komm./Honsell, Art. 197, No. 2; Yavuz, Ayıptan Sorumluluk, s. 67.

69 Bunun eleştirisi için bkz. aşa. § 10, I, B.

(2) Montajın, satıcı veya onun yardımcısı tarafından uygun olmayan bir şekilde yapılması halinde de maddi ayıp söz konusu olur. Bundan başka, montaj klavuzunun ayıplı olduğu hallerde, eşyanın montajında da maddi ayıp mevcut olur. Ancak mal ayıpsız olarak monte edilmişse bu hüküm uygulanmaz.

(3) Satıcının başka bir mal veya eksik miktarda mal teslim etmesi de maddi ayıp teşkil eder.

Alman hukukunda maddi ayıp, öncelikle taraflarca sözleşmede kararlaştırılmış bir nitelik olup olmadığına bakılarak tespit edilir (434 Abs.1 S.1). Bu düzenleme ile kanun açıkça subjektif ayıp kavramını düzenlemiştir. Subjektif ayıp kavramına göre, bu aşamada tarafların anlaşmalarının içeriğine bakılır. Objektif kriterler, ilk aşamada sözleşmenin içeriğinde yer almazlar; bunlar yalnızca, sözleşmede kararlaştırılmadığında bir anlam kazanırlar.

Nitelik kavramı Alman Medeni Kanunu'nda tanımlanmamıştır[70]. Önceki kanun döneminde, nitelik kavramının yalnızca malın kendisinde olan özelliklerine mi ilişkin olabileceği bir başka ifadeyle, malın kendisi dışındaki durumların da nitelik kavramına dahil olup olamayacağı hususu tartışmalı idi. Kanun değişikliği ile bu tartışmaya son verilmiştir. Malın çevreyle olan ilişkileri de, malın alışveriş değerini etkiliyorsa, nitelik anlaşmasının konusu olabilmektedir. Bu şart altında çevre ile ilişkiler satım konusu eşyanın nitelikleridir ve bu nitelikler anlaşmaya uygun değilse, satım konusu mal sözleşmeye uygun değildir. Alıcı alması gerekeni almamıştır. Bu tür çevre ilişkilerine örnek olarak şunlar anılabilir: - taşınmaz satımında satıcının, komşu taşınmazdaki bir inşaata ilişkin komşuluk hukuku sebebiyle ondan alınması zorunlu olan rızasını açıklaması - 700 mt. uzaklıktaki kanalizasyon arıtma sistemi sebebiyle taşınmazdaki koku sorunu... gibi[71].

---

[70] Nitelik anlaşması, artık yalnızca satım konusu malın hangi özelliklere sahip olması gerektiği sorusu ile ilgilenir. Bu nitelikten uzaklaşmanın tazminat talebine yol açıp açmayacağı, nitelik anlaşmasının içeriğine dahil değildir. Önceki düzenlemede ise vaad edilmiş özelliğin mevcut olmaması tazminat talebine sebep olmaktaydı. Alıcı, ancak hile durumunda ve vaad edilmiş özelliğin eksikliği halinde tazminat talep etme hakkına sahipti, bkz. Haas, Das neue Schuldrecht, V, No. 99.

[71] Önceki kanun döneminde, malın çevre ile olan ilişkisinde de maddi ayıp olup olamayacağı yoksa malın ayıbının mutlaka malın kendisinde mi mevcut olması gerektiğine ilişkin bir tartışma vardı. Önceki kanun döneminde içtihatlardaki eğilim, bu tür çevre ilişkilerini Önceki BGB §459

Bir nitelik üzerinde anlaşılmışsa, eşyanın belirli bir özelliğinin tespit edilmesi söz konusu olur. Örneğin belirli sınıf betonun teslimi veya belirli bir aşınmaya dayanıklı fayans, giysinin dış malzemesinin saf yünden olması, bir mücevherin 22 ayar altın olması gibi. Nitelik anlaşmasının, Abs.1 S.2 Nr.1'de düzenlenen, "belirli bir kullanıma uygun olmak"tan ayırtedilmesi gerekir[72]:

Nitelik anlaşması, sözleşmenin bir parçası olmalıdır. **Satım sözleşmesi için bir şekil aranmadığı sürece, nitelik anlaşması da şekle tabi değildir.** Ancak olayların çoğunda nitelik anlaşması açık bir şekilde görülür. Bununla birlikte nitelik anlaşması örtülü olarak da yapılabilir. Bu halde tarafların açıklamaları birbirine uygun şekilde yorumlanabilmelidir. Yorumda malın değeri de önemli rol oynar. Reklam açıklamaları, BGB §434 Abs.1 S.3'te yalnızca mutad kullanıma uygunluk ile bağlantılı olarak anılmıştır ancak satış görüşmelerinde taraflardan biri, reklamdan söz etmiş ve diğer taraf buna itiraz etmemişse, buradan da örtülü bir nitelik anlaşması ortaya çıkabilir. Bu tür örtülü kararlaştırmalar ise daha çok tüketici işlemlerinde anlam taşır[73].

BGB §434 Abs.1 S.2 Nr.1'e göre, mal sözleşmeye göre şart koşulmuş kullanıma uygunsa ayıpsızdır. Pek çok olayda, malın belirli bir niteliği üzerinde anlaşma olmaz, bilakis eşyanın hangi kullanma amacına hizmet edeceği kararlaştırılır. PC'nin grafik hazırlamak için alınması, bir evin bir olayda konut amaçlı alınırken bir başka olayda yıkılmak için alınması gibi. Kullanma amacı, sözleşmesel olarak belirlenmişse, burada da subjektif ayıp kavramı vardır. Taraflar, somut olay için ayıpsızlığın şartlarını belirlemişlerdir. Eşyanın hangi niteliklere sahip olması gerektiği, bu niteliğin kendisi sözleşmede belirtilmemiş olsa da, dolaylı olarak kullanma amacından çıkar. Grafik çizimi için alınan PC.nin, büyük bir sabit diski,

---

Abs.1 anlamında ayıp olarak değil, Önceki BGB §459 abs.2 anlamında vaad edilebilir özellik kapsamında görmekti. Böylece ayıp kavramı sınırlı bir biçimde anlaşılmaktaydı. Ancak bunun sebebi tekeffül hükümlerinin yetersizliği idi. Maddi ayıbın hukuki sonuçlarının genel ifa ihlalleri hukukuna dahil edilmesinden sonra, ki böylece satıcı ayıp durumunda da ihmali sebebiyle tazminatla yükümlü olabilmektedir ve ayıp taleplerinin tabi olduğu zamanaşımı süreleri uygun olarak uzatıldıktan sonra, ayıp kavramına ilişkin önceki sınırlandırma gerekçesini kaybetmiştir, bkz. Haas, Das neue Schuldrecht, V, No. 98; Reinicke Dietrich ve Tiedtke Klaus, **Kaufrecht**, München 2004, No. 301 vd.

72 Haas, V, No. 91.

73 Haas, Das neue Schuldrecht, V, No. 95.

büyük bir hafızası, hızlı bir işlemcisi olmalıdır. Konut amaçlı evin kalın bir çatısı, kalın pencereleri, boru hattı ve ısıtma sistemi olmalıdır. Oysa yıkılmak için alınan ev için bunlar gerekli değildir. BGB §434 Abs.1 S.2 Nr.1: Mal sözleşmeye göre şart koşulmuş kullanıma uygunsa, ayıpsızdır. Bu düzenleme kapsamında, alıcı sözleşmenin akdedilmesi sırasında istediği amacı satıcının bilgisine sunar ve satıcı da bunu kabul eder. Bu sebeple, şart koşulan kullanımda da, açık bir şekilde yalnızca alıcının tek taraflı bir tasavvuru değil, **bir anlaşma** söz konusu olur[74].

Subjektif ayıp kavramının iki uygulaması olan nitelik kararlaştırması ve kullanma amacının kararlaştırılması, sözleşmede yoksa, zorunlu olarak objektif ölçüt uygulanır. 434 Abs.1 S.2 Nr.2'de birbirinden keskin biçimde ayrılamayan üç hal vardır: "Mutad kullanıma uygunluk", "Aynı tür eşyalarda alışılmış olan nitelik" ve "Alıcının eşyanın türüne göre beklemekte haklı olduğu nitelik". Bu üç hal de tarafların kararlaştırmalarından ve tasavvurlarından (vorstellung) bağımsızdır. Mutad kullanıma uygunluk konusunda, eşyanın ortalama kullanımı, her şeyden önce pratik kullanımı, teknik aletlerde temel fonksiyonlar dikkate alınır. İkinci durum, "alışılmışlık" olarak ifade edilmektedir ve o tür eşyalarda normal olarak beklenen nitelikleri ifade eder. Son durum, daha ziyade normatif bir içeriğe sahiptir. Alıcı bu tür bir eşyadan ne bekleyebilir? Burada ortalama, bu tür bir beklentinin haklılığı kıstasıyla sınırlandırılmış genel bir beklenti esas alınır[75].

434 Abs. 1 S.3'e göre, ayıpsız olma, sözleşmesel kararlaştırmadan belirlenemiyorsa, satıcının, üreticinin ve onların yardımcılarının kamuya yaptıkları açıklamalardan özellikle reklamlardan tespit edilir. Reklam açıklamaları, kuralın özünü oluşturur. Bu hükümde önplanda olan durum, reklamların satıcıdan farklı bir kişi olan üretici tarafından yapılmasıdır, çünkü bu halde, markalı malın yoğun bir reklamını yapan üretici ile alıcı arasında doğrudan bir sözleşme ilişkisi yoktur[76].

Reklamdaki açıklamalar, ayıpsız olma kavramının içeriğini yalnızca niteliğe ilişkin yeterli derecede somut bir açıklama içermekteyse etkileyebilir. Genel

---

74 Haas, Das neue Schuldrecht, V, No. 101, No. 102; Reinicke ve Tiedtke, No. 324.

75 Hartmut Oetker ve Felix Maultzsch, **Vertragliche Schuldverhaeltnisse**, Berlin Heidelberg 2007**,** §2, No. 62, No. 63; Haas, Das neue Schuldrecht, V, No. 105.

76 Haas, Das neue Schuldrecht, V, No. 107; Reinicke ve Tiedtke, No. 330; Oetker ve Maultzsch, §2, No.68.

nitelikteki tavsiyelerin kural olarak herhangi bir etkisi yoktur. Bununla birlikte genel bir açıklama içeren reklamın, en yüksek kaliteye sahip ürün olduğu gibi, alıcının bekleyebileceği kalite üzerinde etkisi olması da mümkündür[77].

Reklam açıklamalarına ilişkin kural, BGB §434 Abs.1 S. 1 veya 2 Nr.1'e göre nitelik anlaşmasının mevcut olmadığı alan ile doğrudan ilişkilidir. Yoksa reklam açıklamaları, sözleşmenin her iki tarafı için sözleşmenin akdedilmesi sırasında rol oynamışsa, bu açıklamalar, nitelik anlaşmasının doğrudan bir parçasıdır. Ancak şimdiye kadarki içtihatlarda ve literatürde, reklam açıklamalarının sözleşmeye dahil edilmesine karşı net bir itiraz olduğu hususuna da dikkat edilmelidir. 434 Abs.1 S.3, reklam açıklamalarının, alıcı tarafından ciddiye alındığı hallerde önem taşır. Ancak reklam açıklamaları, fiili duruma göre sözleşmenin parçası olabilecekse, 434 Abs.1 S.3 anlamında reklam açıklamaları, tarafların irade açıklamalarının önüne geçmemelidir[78].

BGB §434 Abs.2 S.1'e göre, kararlaştırılan montaj satıcı tarafından düzgün yapılmazsa, maddi ayıp söz konusu olur. Düzgün olmayan montaj iki türlü olabilir. Teslim edilen eşyada bir hasar olmamakla birlikte, eşya düzgün bir biçimde monte edilmemiş olabilir. Örneğin, monte edilen kitap rafı eğiktir ama montajın düzeltilmesiyle düzgün bir şekle getirilebilir. Bir de satım konusu mal, montaj sırasında zarar görmüş olabilir. Satın alınan mutfak lavabosu, mevcut tezgaha monte edilirken kırılırsa, bu onarılamaz. Buradaki düzenleme her iki kötü montaj halini de kapsar. Her iki durumda da hukuki sonuçları BGB §437 vd.na göre belirlenen maddi ayıp söz konusu olur. Bu konudaki tek koşul, montaj yükümlülüğünün sözleşmenin tali bir unsuru olmasıdır, öyle ki, sözleşme bütün halinde satım hukukuna göre değerlendirilebilmelidir[79].

Monte edilmesi gereken mal, satıcının malı olmayıp da satıcı bu eşyayı yalnızca alıcıya teslim edecekse, olayların çoğunda montaj yönergesinin mal ile

---

77 Haas, Das neue Schuldrecht, V, No. 108; Reinicke ve Tiedtke, No. 333.

78 Haas, Das neue Schuldrecht, V, No. 109; Oetker ve Maultzsch, §2, No.73.

79 Reinicke ve Tiedtke, No. 338 vd.; Tali montaj yükümlülüğü önceki düzenleme döneminde de kararlaştırılmaktaydı. Ancak eskiden, kötü montaj kendiliğinden satım hukukuna ilişkin maddi ayıp olarak görülmemekte, pek çok olayda montaj için istisna akdine ilişkin hükümler uygulanmaktaydı. Artık bu ihtimal elenmiştir. Montaj durumunda yalnızca satım hukuku uygulanmaktadır, bkz. Haas, V, No. 117.

birlikte verilmesi zorunludur, çünkü aksi halde alıcı, montajın nasıl düzgün bir şekilde yapılacağını bilemez. Buna ilişkin olarak; nakliye masraflarının ucuz olması ve montaj masraflarından tasarruf etmek için, tek parça halinde teslim edilen mobilyalar ve diğer mefruşat (döşeme) eşyalarında (BGB §434 Abs.2 S.2'deki kural, IKEA klozu olarak anılmaktaydı.) veya elektrik bağlantısına bağlanması gereken elektronik eşyalar, suya veya gidere bağlanması gereken diğer ev aletleri gösterilebilir. Bu tür satışlarda montaj yönergesinin teslimi, satıcının ifa yükümlülüğü içindedir. Bu yükümlülük, ayıplı bir montaj yönergesi teslim edilerek ihlal edilirse, BGB §280 Abs. 1'e göre zararın tazminini veya BGB §323'e göre dönmeyi talep hakkı veren bir yan yükümlülüğün ihlali değil, BGB §434 Abs.2 S.2'ye göre, BGB §437'deki hukuki yolları açan maddi ayıp söz konusu olur. Montaj yönergesi, özellikle, yanlışsa veya örneğin yalnızca yabancı dilde yazıldığı için veya ciddi çeviri hataları içerdiği için anlaşılmazsa, ayıplıdır[80].

Ayıplı montaj yönergesini maddi ayıp olarak nitelendiren bu düzenleme, ayıplı kullanım kılavuzu için de geçerlidir. Malın ayıpsız olarak monte edilmesi halinde bu düzenlemenin uygulanmasını engelleyen 2. yarım cümle hariç, 434 Abs.2 S.2 kullanma kılavuzuna kıyasen uygulanır. Ayıplı kullanım kılavuzunun maddi ayıp teşkil etmesi, yalnızca hatalı kılavuza uyulduğu için satım konusu malın zarara uğradığı hallerle sınırlı değildir. Alıcının ihtiyaç duyduğu ve istediği sonuçların ortaya çıkmaması durumunda, bu sonuçlar elde edilememiş olacağından, ayıplı kullanım klavuzu, mal herhangi bir zarar görmese bile maddi ayıp teşkil eder[81].

III. AYIBA KARŞI TEKEFFÜL SORUMLULUĞUNUN HUKUKİ NİTELİĞİ VE DAYANAĞI

A. Ayıba Karşı Tekeffül Sorumluluğunun Hukuki Niteliği

Ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun hukuki niteliğinin belirlenmesi konusunda iki teori mevcuttur. Tekeffül (Gewaehrleistungstheorie) (Sağlama-Einstandstheorie) teorisi ve İfa teorisi (Erfüllungstheorie).

---

80 Oetker ve Maultzsch, §2, No.79 vd.; Haas, Das neue Schuldrecht, V, No. 119.

81 Haas, Das neue Schuldrecht, V, No. 120.

Tekeffül teorisine göre, parça satışında satıcının yükümlülüğü, yalnızca alıcı ile üzerinde anlaştıkları malın mülkiyetini alıcıya geçirmektir. Yoksa satıcının, alıcıya karşı, ayıpsız bir malın mülkiyetini geçirme yükümlülüğü yoktur. Bir başka ifadeyle satım konusu malın ayıpsız olması, satım sözleşmesinin içeriğine dahil bir unsur değildir. Bu sebeple, ayıplı mal teslimi halinde, satıcının sözleşmeye aykırı bir davranışı söz konusu değildi [82] . Bu görüş çerçevesinde ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun dayanağı da, sözleşme taraflarının iradesi, yani sözleşmesel sorumluluk değil, kanuna dayanan salt bir tekeffül sorumluluğudur[83].

Bu teori Alman Hukukunda Önceki Medeni Kanun döneminde doktrindeki bir kısım yazarlar tarafından kabul edilen teoriydi.

Bu teorinin dayanağı parça borcu-cins borcu ayrımıdır. Borçlar Kanununda ayıba karşı tekeffül hükümleri de esasen parça borcundan hareketle düzenlenmiştir. Buna göre, parça satımında satıcının borcu, satılanı bulunduğu şekliyle teslim etmektir. Bu sebeple, satıcının satım konusu ayıplı malı teklif etmesi üzerine alıcı bu malı reddedemez, malı kabul edip ayıp hükümlerine başvurmak zorundadır. Esasen malın ayıplı olması aynı zamanda bir gereği gibi ifa etmeme teşkil eder ve her türlü gereği gibi ifa etmeme de BK m.96 vd.ndaki hükümlere tabidir. Ancak malın ayıplı olması şeklinde ortaya çıkan gereği gibi ifa etmeme durumunda Kanun ayrıca BK m196 vd.nda özel kurallar öngörmüştür; bu özel kurallara bakıldığında ise, cins

---

82 Bu sebeple ayıplı ifa durumunda alıcı, yalnızca sözleşmeden dönme ve bedel indirimi haklarına sahipti, alıcı onarım talep edemeyeceği gibi satıcı da onarım teklif ederek ayıp sorumluluğundan kurtulamazdı, bkz. Bucher, OR BT, s. 69.

83 Bu görüşte Andreas von Tuhr ve Arnold Escher, **Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts**, Zürich 1974, ss. 97-98; Bruno von Büren, **Schweizerisches Obligationenrecht**, Allgemeiner Teil, Zürich 1964, (OR AT), ss. 384-385; Furrer, s. 34; Larenz, OR BT, s. 66 vd.; Rolf Lüthi, **Die Rechtsnatur und Stellung der Sachgawaehrleistungspflicht beim Spezieskauf im System des Schweizerischen Obligationenrechtes**, Bern 1955, s. 76 vd.; ayrıca kz. Winiger, s. 57; Görüşün açıklanması için bkz. Bucher, OR BT, s. 68 vd.; Ömer Arbek**, Satım Konusu Ayıplı Malın Tamir Edilmesi**, Ankara 2005, s. 49; Schubiger, ss. 9-10; Markus Neuenschwander, **Die Schlechterfüllung**, Bern 1971, s. 24 vd.; Volkmar Götz, **Sachmaengelbeseitigung beim Kauf**; Recht der Nachbesserung, Bielefeld 1960, s. 45 vd.; Bu görüşü savunanlardan Furrer'e göre, ayıba karşı tekeffül yükümlülüğünde sözleşmesel bir edim yükümlülüğü ortaya çıkmaz, çünkü bu yükümlülüğün sözleşmesel olduğu kabul edilseydi, devreden, parça borcu konusu malın ayıplı olması durumunda, sıklıkla imkansızlığı ileri sürecekti ve sözleşme imkansızlık sebebiyle BK m.19 gereğince kesin hükümsüz olacaktı. Bu sonuç, kanunkoyucu tarafından, tekeffül sorumluluğunun kanuni sorumluluk olarak düzenlenmesi suretiyle engellenmiştir, bkz. s. 34.

borcunun aksine parça borcu söz konusu olduğunda, alıcıya ayıpsız bir malın ifasına ilişkin bir talep hakkı tanınmadığı görülür. Çeşit satımında ise, parça satımından farklı olarak sözleşmenin objektif amacına göre, ancak ayıpsız bir satılanın teslim olunacağı sonucu çıkmaktadır. Çünkü çeşit satımında, tarafların özel olarak anlaşmasına gerek olmaksızın, BK m.70 ve BK m.203'ten hareketle, Alman Hukukunda ayıpsız mal teslimi talebine ilişkin önceki BGB §480'den hareketle, ayıpsız mal teslimi, sözleşmenin içeriği içinde değerlendirilir. Bir başka ifadeyle belli bir kalitede ve ayıpsız mal teslimi, sözleşmeye dayanan bir yükümlülüktür. Satıcı ilke olarak, o cinse ait mallar içinden sözleşmenin ifasına uygun olan malı seçme hak ve yükümlülüğüne sahiptir; ancak alıcıya orta kaliteden aşağı bir malı ifa olarak teklif edemez. Bu sebeple, cins satışında satım konusu malın kalitesi, sözleşmenin içeriğine dahildir. Dolayısıyla söz konusu nitelikleri taşımayan mal, borçlanılan mal olmadığı için ifaya uygun değildir. Alıcı böyle bir durumda ifayı reddedebilir[84]. Bununla birlikte alıcı, parça satımında olduğu gibi teslim olunan malı ifa kabul ederek tekeffül hükümlerinden de yararlanabilir[85].

Eski Alman Medeni Kanununda satımın bütün türleri için satıcının, alıcıya ayıpsız bir mal sağlama yükümlülüğüne ilişkin bir düzenleme yoktu. Yalnızca cins satışlarında, alıcının ayıpsız bir malın teslimini talep hakkı olduğu, önceki BGB §480 Abs.1 çerçevesinde kabul edilmekteydi ve önceki BGB §243'te de bu tür bir hukuki yapıya işaret edilmekteydi. Alıcı, önceki BGB §480 Abs. 1'e göre ayıplı mal teslimi halinde, bunun yerine ayıpsız olanının teslimini talep edebilmekteydi ancak parça satışında bu tür bir talep mevcut değildi[86]. Parça satışlarında alıcı yalnızca önceki BGB §462'ye göre dönme ve indirim hakkı ile hile durumunda ya da vaad edilmiş özelliğin eksik olması halinde tazminat talep etme hakkına sahipti. Önceki BGB §459 vd. alıcının tekeffül taleplerini, ayıpsız mal teslim yükümlülüğünün ihlaline bağlamamış, bilakis ayıbın mevcudiyetine ve tazminat talebi için de ek olarak

---

84 Arslanlı, s. 64; Herman Becker, **İsviçre Medeni Kanun Şerhi, Borçlar Hukuku**, II. Bölüm, Çeşitli Sözleşme İlişkileri: Madde 184-551, Çev. Suat Dura, Bern 1934, Vorbem. Art. Zu 197-210, No. 3; Kaniti, s. 112; Giger, Vorbem. Zu Art.197-210, No.16 vd.; Ayrıca bkz. Schubiger, s. 6 vd.; Neuenschwander, s. 23 vd.

85 Görüşün açıklanması için bkz. Yavuz, Ayıptan Sorumluluk, ss. 54-55; Furrer, s. 34; Arslanlı, s. 61 vd.; Fahrettin Aral, **Türk Borçlar Hukukuna Göre Kötü İfa**, Ankara 1985, ss. 102-103; von Tuhr ve Escher, ss. 97-98.

86 Haas, Das neue Schuldrecht, V, No. 36.

satıcının hilesi veya vaad edilen nitelik eksikliğine bağlamıştı. Bu durum karşısında ayıpsız olmanın satıcının ifa yükümlülüğüne dahil olmadığına ilişkin şimdiye kadarki kanaatin (tekeffül teorisi) mi kabul edileceği yoksa edim yükümlülüğünün bu hususu da kapsadığı ve yalnızca hukuki sonuçların genel ifa ihlallerinden farklı olarak düzenlenmiş (ifa teorisi) olduğunun mu kabul edileceği tartışmalıydı.

İfa teorisine göre ise, çeşit satımında olduğu gibi parça satımında da satıcı ayıplı mal teslimi ile teslim borcunu ifa etmiş olmamaktadır. Ayıba karşı tekeffül hükümleri, ancak malın alıcı tarafından teslim alınması halinde uygulama alanı bulur. Ancak alıcı ayıplı malı ifa olarak teslim almak istemez ise, buna zorlanamaz. Satıcı ayıplı bir mal teklifi ile borcunu ifa etmiş olmaz. Çünkü sözleşmeden doğan borcun konusu ayıpsız bir mal teslimidir. Parça satışında da satım konusu mal, özelliklerine bakılarak seçilir. Bu sebeple, dürüstlük kuralına göre alıcı, satım konusu malın lüzumlu niteliklere veya kararlaştırılan niteliklere sahip olduğuna daha doğrusu ayıplı olmadığına güvenebilmelidir. Bu sebeple, parça satışında da malın kalitesi sözleşmenin içeriğine dahildir. Ayıpsız mal teslim yükümlülüğü satım sözleşmesinin içeriğine dahildir. Satım sözleşmesi ile alıcı, satıcıdan sözleşmeye uygun olarak ayıpsız bir mal talep etme hakkı elde etmiştir ve satım sözleşmesindeki bedel, ayıplı bir mal için değil, ayıpsız bir mal için belirlenmiştir. Kendisine ayıplı mal teklif edilen alıcı, bu malı ifa olarak kabul etmezse, satıcı borcunu ifa etmemiş olacağından, alıcı satıcıya karşı genel hükümlere başvurur. Ancak alıcı ayıplı mal teklifini ifa olarak kabul etmişse, tekeffül hükümleri uygulanır[87].

Günümüzde hakim görüş ifa teorisidir[88]. İfa teorisinin kabulüyle ayıba karşı tekeffül sorumluluğunda, alıcıya dönme ve bedel indirimi haklarının yanında değiştirme ve onarım hakkı da tanınabilmiştir.

---

87 Bu görüşte bkz. Yavuz, Ayıptan Sorumluluk, s. 55 vd.; Aral**,** Borçlar Özel, s. 113; Aral, Kötü İfa, s. 103 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, Hata, s. 60; Arslanlı, s. 65 vd.; Tandoğan, Borçlar Özel, s. 122; Kaniti, s. 112 vd.; Giger, Vorb. Art. Zu 197-210, No.17 vd.; Katz, ss. 147-148; Neuenschwander, ss. 25 vd., 34; Edis, ss. 129-130; Arbek, s. 76 vd.; Keller ve Siehr, s. 72; Schubiger, s. 31 vd.; Zarife Şenocak, **Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı**, Ankara 2002, ss. 117-118; Tamer İnal, Borca Aykırılık ve Sonuçları, İstanbul 2004, s. 100; Ayrıca bkz. Wolfgang Fikentscher ve Andreas Heinemann, **Schuldrecht**, Berlin 2006, §71, No. 834; Antonios Donou, **Erfüllung und Nacherfüllung**, Frankfurt am Main 2006, s. 17.

88 CISG'de de satım konusunun sözleşmeye uygun olması kriteri kullanılarak, ayıba karşı tekeffül konusunda ifa teorisi kabul edilmiş olmaktadır. Bunun yanı sıra CISG'de parça borcu-çeşit

Yeni Alman Medeni Kanunu, hem pratik hem de dogmatik problemleri gidermek veya en aza indirebilmek için ifa teorisini kabul etmiş ve alıcının ayıpsız mal teslimine ilişkin talebini düzenlemiştir. Alıcıya bu talep hakkının tanınması, ayıplı mal tesliminin genel ifa ihlalleri hukukuna uyum sağlamasını ve satım hukukuna ilişkin özelliklerin en aza indirilmesini kolaylaştırmıştır. Ayıpsız edim talebi, ayıplı mal teslimi halinde alıcıya onarım veya değiştirme hakkı tanınmasına, herhangi bir sorun olmaksızın cevaz vermekte ve diğer hukuki yollar olan dönme, indirim ve tazminat kural olarak bir süre tanıması ve bu sürenin sonuçsuz kalması şartına bağlı olduğundan, satıcı ikinci teklif hakkına sahip olmaktadır. Böylelikle zararın tazmini de hile veya vaad edilen nitelik eksikliğinin sonucu olarak değil, bilakis sözleşmesel yükümlülüğün ihlalinin normal bir sonucu olarak düzenlenmiştir. Bu aynı zamanda önceki BGB §463'e göre tazminat talebi ile sözleşmenin müspet ihlalinden ve sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk (culpa in contrahendo)'dan kaynaklanan tazminat talepleri arasındaki farkın ortadan kaldırılması ve böylece bu talepler arasındaki sınırlandırma zorluklarının büyük ölçüde önemini kaybetmesi anlamına gelmektedir. Önceki hukuktaki parça satışı ve cins satışı arasındaki ayrım gereksizdir. Ayıpsız mal teslimi talebi, maddi ayıp ve hukuki ayıp arasındaki temel farkları da ortadan kaldırmıştır, böylece maddi ve hukuki ayıplar arasında genelde olan ve özellikle kamu hukukuna ilişkin inşaat ve kullanma sınırlamalarının sınıflandırılmasında görülen sınırlandırma problemler de devre dışı kalmıştır. Son olarak, satış sözleşmesi ve istisna sözleşmesi arasındaki fark da, her iki sözleşme tipinde ayıpsızlık borçlanıldığı için azalmıştır; böylelikle sınırlandırma problemleri önemini büyük ölçüde yitirmiştir. Ayrıca bu durum,

---

borcu ayrımı da kullanılmamıştır. Alman Medeni Kanununda da parça borcu-cins borcu ayrımı, yalnızca edim ve karşı edim hasarının intikali konusunda korunmuş (BGB 243), onun dışındaki konularda kaldırılmıştır. Önceki BGB'de, 433 vd.nda asli olarak parça satışı düzenlenmiş ve 480'de cins satışı için özel bir kural getirilmişti. Bu kural, cins satışında da 433 vd.ndaki düzenlemeler uygulanması gerektiğini varsaymakta, ancak 459 vd.ndaki tekefful hükümlerini, ayıplı mal yerine ayıpsız olanının teslimi talebi ile tamamlamakta ve 463'teki hiç ifa etmeme sebebiyle tazminat talebini, sözleşmenin akdi anındaki değil yalnızca hasarın intikali anındaki ayıplar için olacak şekilde tadil etmekteydi. Değiştirme hakkı yalnızca cins satışlarında mevcut olduğu için parça borcu ve cins borcu arasındaki ayrımı oldukça önemli idi, ancak artık hem cins borcunda hem de parça borcunda alıcı öncelikle 439 çerçevesinde sonraki ifa talebinde bulunacağı için, ikisi arasındaki ayrım önemini yitirmiştir, bkz. Haas, Das neue Schuldrecht, V, No. 82, No. 84; ayrıca bkz Rona Serozan, "Yeni Alman İfa Engelleri Hukuku (Türk Hukukunda Bilimsel Kaynak Olarak Yararlanılabilecek Yenilikler)" **İÜHFM,** 2000, C.LVIII, S.1-2, ss. 231-248, (Yeni Alman İfa Engelleri Hukuku), s. 233 vd.

satıcıya borcunu sözleşmeye uygun nitelikteki mallarla ifa etme zorunluluğu getiren uluslararası gelişmelere de uygundur[89].

Malın ayıplı olduğu teslimden önce belli ise alıcı malın kabulünü reddedebilir ve bedelin ödenmesi talebi karşısında sözleşmenin ifa edilmediği defini (BK m. 81) ileri sürebilir. Ancak doktrinde, bu durumun yalnızca, alıcının dönme hakkına sahip olduğu hallerde mi[90] mümkün olduğu yoksa yalnızca bedel indirimine sebep olan daha az önemli ayıplarda da[91] mümkün olup olmayacağı tartışmalıdır. Bizim de katıldığımız görüşe göre[92], ayıbın dönme hakkını gerektirecek derecede olmadığı hallerde de alıcı, ayıplı ifayı reddetme hakkına sahiptir.

Alman hukukunda hasarın intikalinden önce alıcı, genel ifa ihlallerinden doğan haklara sahiptir, örnek olarak BGB §280 vd.na göre zararın tazmini veya BGB §323 vd.na göre dönme hakkı. Alıcı, ayıplı malı kabul etmekle yükümlü değildir ve reddetme hakkı, ayıbın BGB §281 Abs.1 S.3, BGB §323 Abs.5 S.2 anlamında önemsiz olması halinde bile mevcuttur. Gerçi alıcı ayıp önemsizse, bu düzenlemelere göre, malı bir kere kabul ettikten sonra, artık geri veremez; yalnızca bedel indirimi ve ifaya eklenen tazminat haklarını kullanabilir. Ancak bu sınırlama, malın kabulünden önce mevcut değildir[93].

Reddetme hakkının sınırlandırılmamasının dayanağı, satıcının ayıpsız bir edimi ifa yükümlülüğüdür. Ancak giderilemeyen ayıplarda, alıcı BGB §275'e göre ayıpsız ifa talebinde bulunamaz. Giderilemeyen ayıp, önemsizse, istisnai olarak malı kabul yükümlülüğü vardır[94]. Çünkü Kanun önemsiz ayıplarda alıcıya dönme hakkı tanımamaktadır.

---

89 Haas, Das neue Schuldrecht, V, No. 37; Oetker ve Maultzsch, §2, No. 45.

90 Bu yönde bkz. Bruno von Büren, **Schweizerisches Obligationenrecht**, Besonderer Teil, Zürich 1972, (OR BT), s. 37, dp. 155; Neuenschwander, s. 35; Ayıplı malı reddetme hakkının, parça satışlarında, yalnızca alıcının dönme hakkına sahip olduğu durumlarda mevcut olduğu yönünde bkz. Basler Komm./Honsell, Vorbem. zu Art. 197-210, No. 3.

91 Giger, Art. 211, No. 42 vd.

92 Giger, Art. 211, No. 43.

93 Fikentscher ve Heinemann, §71, 834.

94 Fikentscher ve Heinemann, §71, 834.

Ayıpsız ifa yükümlülüğü, satıcı alıcıya ayıpsız mal teslim edemeyecek durumda olsa bile, hatta hiç kimse bu yükümlülüğü yerine getirebilecek olmasa bile (örn. orijinal olarak satılmış tablo sahte ise veya kazasız olarak satılmış ikinci el araç ağır bir kaza yapmış ise) ilke olarak mevcuttur. Bu gibi ayıplar, hiç kimse tarafından hiçbir şekilde giderilemez. Bu sebeple, bu gibi durumlarda asli edim talebi doğal olarak ortadan kalkar[95].

B. Ayıba Karşı Tekeffül Sorumluluğunun Dayanağı

Ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun temelinde sözleşmenin mi yoksa yasal bir garantinin mi mevcut olduğu konusu da tekeffül teorisi ve ifa teorisi çerçevesinde değerlendirilmesi gereken bir husustur.

Tekeffül teorisine göre, ayıplı mal teslimi sebebiyle satıcının sorumluluğu, yasal bir tekeffül sorumluluğudur. Buna göre, ayıplı ifada bulunan satıcı, herhangi bir sözleşme hükmüne aykırı davranmış olmaz. Ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun dayanağının kanun olduğunun kabulü halinde, ortaya çıkan sonuçlar şunlardır:

Alıcı, ifa olarak ayıplı malın teklif edilmesi karşısında, alacaklı temerrüdüne düşmeden edimi geri çevirip satış parasını ödemekten kaçınamaz. Alacaklı genel sözleşmeye aykırılık hükümlerine de dayanamaz, çünkü ortada sözleşmeye aykırı bir davranış yoktur. Alacaklı onarım ve değişim talebinde de bulunamaz, çünkü bu talepler aynen ifa talebinin uzantısı niteliğindedir. Ayıplı mal teslimi durumunda, yalnızca dönme ve bedel indirimi istenebilir[96].

İfa teorisine göre, ayıp sorumluluğu, özel bir garanti sorumluluğu gibi görünse bile, temelinde **sözleşmeye aykırılığın bir türü olan sözleşmenin müspet ihlali** vardır. Bu durumda, ayıplı mal teslimi sözleşmeye aykırı bir davranış teşkil

---

95 Haas, Das neue Schuldrecht, V, No. 46.

96 von Tuhr ve Escher, ss. 97-98; von Büren, OR AT, ss. 384-385; Furrer, s. 34; Larenz, OR BT, s. 66 vd.; Lüthi, s. 76 vd.; görüşün açıklanması için bkz. Serozan, Borçlar Özel, s. 132; Önceki Alman Medeni Kanununda parça satışında tekeffül teorisi kabul edildiği için, alıcı, hasarın intikalinden sonra bir süre için yalnızca dönme, indirim ve tazminat haklarına sahip olup onarım hakkına sahip değildi. Ancak uygulamada, sözleşme ile ve özellikle GİŞlerle, alıcının öncelikli onarım talebi ve satıcının buna uygun onarım hakkı ile yasal düzenleme değiştiriliyordu, bkz. Büdenberder, Das neue Schuldrecht, ss. 227-228.

eder. Ayıplı mal teslim eden kusursuz borçlunun sözleşmeye aykırı davranış sebebiyle sorumlu olduğu kabul edildiğinde, alıcı, alacaklı temerrüdüne düşmeden ayıplı ifayı geri çevirebilir ve ödemezlik defini ileri sürerek, satış parasını ödemekten kaçınabilir. Ayıbın giderilmesini, yani aynen ifayı da talep edebilir. Bu görüşün kabulü ayrıca, ayıp hükümleri ile genel sözleşmeye aykırılık hükümleri arasındaki yarışmaya da imkan tanır[97].

Bu konuda günümüzde hakim görüş ayıp sorumluluğunun dayanağının sözleşmeye aykırılık olduğu görüşüdür[98]. Alman Medeni Kanununda da yapılan değişiklikle ifa teorisi kabul edilmiştir. Bu teori çerçevesinde, satıcı, maddi ve hukuki ayıptan ari, ayıpsız bir mal teslim etmekle yükümlüdür[99].

Tüketiciye ve alıcıya dönme ve bedel indiriminin yanı sıra onarım ve değiştirme hakkı da tanıyan TKHK m.4'teki düzenleme ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunundaki düzenleme dikkate alındığında, Türk Hukukunda ayıp sorumluluğunun dayanağının sözleşme olarak kabul edildiği görülmektedir[100].

Ayıba karşı tekeffül borcu, kusurdan bağımsız bir garanti sorumluluğudur. Satıcı sözleşmenin akdedilmesi sırasında ayıbı bilmese ve bilmesi gerekmese bile maldaki ayıptan sorumludur. Satış bedelini ayıpsız bir mal için ödeyen alıcının, malın ayıpsız olduğuna dair güveni korunur. Ancak bu ağır sorumluluk, alıcının ayıba karşı tekeffülden doğan haklarının, malın zamanında ihbar ve muayene

---

97 Serozan, Borçlar Özel, ss. 132-133; Yavuz, Ayıptan Sorumluluk, s. 55 vd.; Aral, Kötü İfa, s. 103 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, Hata, s. 60; Tandoğan, Borçlar Özel, s. 122; Kaniti, s. 112 vd.; Giger, Vorb. Art. Zu 197-210, No.17 vd.; Katz, ss. 147-148; Neuenschwander, ss. 25 vd, 34; Edis, ss. 129-130; Arbek, s. 76 vd.; Keller ve Siehr, s. 72; Schubiger, s. 31 vd.; Şenocak, ss. 117-118.

98 Atamer, TKHK m.4-Eleştiriler, s. 83; Aral, Borçlar Özel, s. 113; Rona Serozan, "Parça Borcu-Çeşit Borcu; aşılması gerekli bir ayırım.", **MHAD,** 1969, C.III, S. 5, ss. 211-238, Parça Borcu-Cins Borcu, ss. 221-222; Kocayusufpaşaoğlu, Hata, s. 68, dn.84.

99 Büdenberder, Das neue Schuldrecht, s. 226; Satıcının, hukuki ayıptan ari bir mal teslim etme yükümlülüğü, Önceki Medeni Kanun döneminde de mevcuttu (BGB 434 aF). BGB 440 aF'ye göre bu yükümlülüğün ihlalinin hukuki sonuçları, genel hükümlere göre belirlenmekteydi (BGB 320-327 aF). Yeni düzenlemede hukuki ayıp ve maddi ayıp, 437 vd.nda aynı hukuki sonuçlara tabi tutulmuştur, bkz. Haas, Das neue Schuldrecht, V, No. 35.

100 Mevcut Borçlar Kanununda BK m.360/II'de eser sözleşmesinde ayıp ifa halinde, iş sahibine onarım hakkı tanıyan ve BK m.203'de çeşit satımında alıcıya değiştirme hakkı tanıyan hükümler de, ayıp sorumluluğunun dayanağının sözleşmeye aykırılık olduğu görüşünü desteklemektedir, bkz. Serozan, Borçlar Özel, s. 133.

edilmesi şeklindeki sıkı şekli şartlara ve ayıptan doğan hakların kısa zamanaşımına tabi olması ile telafi edilmektedir[101].

Seçimlik haklardan değiştirme ve onarım hakkı, aynen ifa talebinin devamı niteliğindedir, bu sebeple bu hakların satıcının kusurundan bağımsız olarak kullanılması yerindedir. Dönme ve bedel indirimi haklarında da, kötü ifa sebebiyle bozulan denge, karşı edimin de tamamen veya kısmen ifa edilmemesi ile yeniden kurulmaktadır. Bu sebeple bu iki hakkın kullanılmasında da satıcının kusurunun aranmaması adildir[102].

IV. AYIPLI İFANIN BENZER İFA İHLALLERİ İLE KARŞILAŞTIRILMASI

A. Ayıplı İfa ile Aliud İfa (Yanlış İfa) Ayrımı

1. Genel Olarak

Ayıplı ifa, satılan malın satıcı tarafından vaat edilen veya sözleşmeyle izlenen amaç gereği kendisinde bulunması gereken nitelikleri taşımamasıdır[103]. Aliud ifa ise, alıcıya sözleşmede kararlaştırılandan başka bir şey teslim edilmesidir.

İfanın ayıplı ifa mı yoksa aliud ifa mı olduğunun belirlenmesi önem taşır, çünkü her iki durumda da uygulanacak hükümler farklıdır. Ayıplı ifa halinde alıcıya, sözleşme konusu olan şey teslim edilmekle birlikte ayıplı olarak teslim edilmektedir. Bu durumda alıcı ayıba karşı tekeffül hükümlerine başvuracaktır. Aliud ifada ise, sözleşme konusu şey hiç teslim edilmemiştir, teslim edilen şey, sözleşmede kararlaştırılandan başka bir şeydir. Bu durumda alıcı, borcun ifa edilmemesine ilişkin hükümler (BK m.96 vd.) çerçevesinde satıcıya başvuracaktır[104].

---

101 Giger, Vorbem. Zu Art. 197-210, No. 7; Basler Komm./Honsell, Vorbem. zu Art.197-210, N.1; Bucher, OR BT, s. 87.

102 Atamer, CISG, s. 318.

103 Serozan, Borçlar Özel, s. 136.

104 Giger, Vorbem. Zu Art. 197-210, No. 42; Huguenin, OR BT, No. 255 vd.; Yavuz, Ayıptan Sorumluluk, s. 47; Şahiniz, s. 32; Şenocak, ss. 114-115; CISG sisteminde ise, aliud ifa ile ayıplı ifa aynı değerlendirilir, bkz. Elisabeth Sauthoff, Die Annaeherung der Schadenersatzhaftung für Lieferung mangelhafter Ware an das UN-Kaufrecht, Berlin 2007, ss. 41-42; Bu sebeple aliud ifa durumunda da satıcı ifa etmiş sayılır ve çoğunlukla kabul edilen anlayışa göre alıcı tali ifa

2. Parça Satımında

Parça satışında, aliud (yanlış) ifa ve peius (kötü) ifa, birbiri ile çakışır. Parça satışında şahsileştirilmiş mal borçlanıldığı için malın önemli ve cinse ait özellikleri satım konusu eşyayı tanımlamaktadır ve bu özelliklerin eksikliği, yanlış ifanın yanı sıra aynı zamanda kötü ifa teşkil eder[105].

Parça satımında hangi hükümlerin uygulanacağının tespiti için bir ayrım yapılması gerekmektedir. Tarafların sözleşmede kararlaştırdıkları maldan başka bir mal teslim edilmiş olabilir veya sözleşmede kararlaştırılan mal teslim edilmiş olabilir.

Alıcının seçtiği ve satın aldığı maldan başka bir mal teslim edilmesi özdeşlik aliudu olarak nitelendirilmektedir. Özdeşlik aliudu, BGB §434/III'de maddi ayıpla eş tutulmuştur. İsviçre Hukukunda ise hakim görüş böyle bir durumda aliud (yanlış) ifanın varlığını kabul etmekte ve BK m.196 vd.nın değil de BK m.106 vd. hükümlerinin uygulanması gerektiğini savunmaktadır. Bu durumda alıcının öncelikle sözleşmeye uygun ifayı talep etmesi ve tazminat veya dönme hakkının kullanabilmek için satıcıya süre tanıması gerekir[106].

Ancak alıcının seçtiği ve sözleşmede kararlaştırılan mal teslim edilmiş, bununla birlikte bu mal kararlaştırılan temel niteliklere sahip değilse, ayıp

---

talebine başvurur, çünkü bu sistem içinde, sözleşmeye aykırı malın ifa amacıyla alıcıya sunulmuş olması ve bunun alıcı tarafından kabul edilmemesinin, satıcıyı hiç ifa etmemiş durumuna düşürmemesi gerektiği, satıcının ifayı gerçekleştirmek istemiş olduğu hallerde artık alıcının asli ifa talebinin tali ifa talebine dönüştüğünün kabul edilmesi gerektiği savunulmaktadır, bkz. Atamer, CISG, ss. 365-366; Yeni BGB'de ayıplı ifa ile aliud ifa aynı hükümlere tabi tutulmuştur, bkz. Graf, s. 7; Serozan, Yeni Alman İfa Engelleri Hukuku, s. 247.

105 Basler Komm./Honsell, Art. 197, No.2, s. 1148.

106 Basler Komm./Honsell, Art. 197, No. 2; Katz, s. 94; Honsell, 10, s. 78; Ernst A. Kramer, "Abschied von der aliud-Lieferung?" Festschrift für Heinrich Honsell zum 60. Geburtstag, Zürich-Basel-Genf 2002, ss. 247-261, (Abschied), s. 248, dp.2; Gümüş, ss. 126-127; Yavuz, Ayıptan Sorumluluk, s. 47; Şahiniz, s. 33; İnal, s. 104; diğer görüş için bkz. Giger, Vorbem. zu Art. 197-210, No. 46; Bu durumda da muayene ve ihbar külfetlerinin uygulanması ve ayıp zamanaşımının uygulanması gerektiği yönünde bkz. Schubiger, s. 122 ff.; Özdeşlik aliudu durumunda, culpa in contrahendo sorumluluğu ve genel sözleşmeye aykırılık sebebiyle BK m.96 vd. hükümlerinin yanında kıyasen BK m.196 vd. hükümlerinin de uygulanacağı, ancak bu taleplerin tümünün ayıptan doğan hakların tabi olduğu sınırlamalara tabi olacağı yönünde bkz. Katja Baehler, **Das Verhaeltnis von Sachgewaehrleistungs-und allgemeinem Leistungsstörungsrecht**, Basel-Genf-München 2005, ss. 199 vd., s. 212.

hükümlerinin uygulanacağı kabul edilmektedir. Bu durumda ayıp, iş çevrelerindeki anlayışa göre malın başka cins ve çeşit mal sayılması sonucunu doğuracak ölçüde olsa bile, alıcı ifa etmeme hükümlerine değil, ayıp hükümlerine dayanabilir[107]. Bu durum, satım sözleşmesinin konusunun sahte olduğu hallerde karşımıza çıkmaktadır[108]. İsviçre Federal Mahkemesinin bu konudaki bir kararına göre, "Gerçekten davacı, tablonun hakiki olmadığı kabul edilirse, fiilen ya da iktisaden beklediğini, yani hakiki bir Van Gogh tablosu alamamıştır. Ancak tarafların 1948 yılı Haziran ayında yapmış oldukları sözleşmenin konusu, davalının bir bankanın kasa dairesinde sakladığı ve davacıya gösterdiği çeşitli tablolar arasında, davacının seçtiği, satın aldığı ve götürdüğü tablodur. Davacının satın aldığı tablo van Gogh'un otoportresi sayılan, banker (M)'nin koleksiyonunda uzun süre durmuş olan, sanatkarın eserleri listesinde yer alan ve birkaç kez repredüksiyonu yapılan tablodur; davacı bu tabloyu teslim almıştır….satılan tablo ile teslim edilen tablo aynıdır. Satım sözleşmesi ifa edilmiştir; zira başka bir nesnenin (aliud) teslimi yoktur."[109].

3. Çeşit Satımında

Çeşit satımında sözleşmede kararlaştırılan maldan başka bir türe, başka bir cinse ait mal teslim edilmişse, bir başka ifadeyle teslim edilen mal sözleşmede kararlaştırılan cinse ait bütün özellikleri taşımıyorsa, kötü ifa (peius) değil yanlış ifa (aliud) söz konusu olur[110].

Ancak ifanın aliud ifa mı yoksa ayıplı ifa mı olduğunun belirlenmesi her zaman kolay olmaz. Bu sebeple, çeşit satımında aliud ifa halinde hangi hükümlerin uygulanması gerektiği doktrinde tartışmalıdır:

---

107 Kocayusufpaşaoğlu, Hata, s. 74, dp.98; Edis, s. 12; Yavuz, Ayıptan Sorumluluk, s. 48; Gümüş, s. 126; Giger, Vorbem. zu Art. 197-210, No. 46; Katz, s. 95; Huguenin, OR BT, No. 261.

108 Bu durumda dış benzerlik, iç benzerlik ayrımı yapılmaktadır. İç benzerlik, satım konusu tablonun gerçek bir Van Gogh tablosu olmasıdır. Dış benzerlik ise, teslim edilen mal ile sözleşmeye konu olan malın aynı olmasıdır. Satım konusu tablo, Van Gogh tarafından yapılmış olmamasına rağmen, onun tarafından yapılmış gibi satılmış ve teslim edilmişse, iç benzerlik olmamasına rağmen, dış benzerlik mevcut olduğu için yalnızca ayıp hükümlerine başvurulabilir, bkz. Edis, s. 12; Katz, s. 95.

109 BGE 82 II 411; Yavuz, Ayıptan Sorumluluk, s. 48; Şahiniz, s. 34.

110 Aral, Borçlar Özel, s. 113; Giger, Vorbem. zu Art. 197-210, No. 44; Keller ve Siehr, s. 77; Katz, s. 96.

Bir görüşe göre aliud ifa halinde de ayıba karşı tekeffül hükümleri uygulanmalıdır. Bu görüşü savunanların gerekçesi, aliud ifa ile yanlış ifayı birbirinden ayırmanın zorluğudur. Çeşit satımında, yapılan ifanın ayıplı ifa mı olduğu yoksa aliud ifa mı olduğu her zaman net bir şekilde tespit edilemez. Böyle bir durumda da ayıba karşı tekeffülün sıkı şekil koşullarının dolanılması ihtimali ile karşılaşılır. Oysa aliud ifa durumunda da ayıp hükümleri uygulanırsa her iki ifa ihlali arasında, ihbar külfeti ve zamanaşımı bakımından da herhangi bir fark kalmayacaktır. Bu sebeple çeşit satımında, ayıplı ifa ile aliud ifa ayrımı terk edilmeli ve hukuki güvenliğin korunması için, aliud ifa durumunda da ayıba karşı tekeffül hükümleri uygulanmalıdır[111].

Bu görüş doktrinde, şu gerekçelerle eleştirilmektedir: Hiç ifa etmeme ile kötü ifa hukuki açıdan birbirinden farklı kavramlardır. Ayıbı derhal ihbar etme külfeti, tekeffülün bir şartı olarak her şeyden önce işlem hayatındaki güvenlik sebebiyle maldaki ayıbın mümkün olan en kısa zamanda ortaya çıkarılmasını amaçlar. Bu durum, ayıbın hasarın intikalinden önce mevcut olup olmadığı sorusunun da çözümünü kolaylaştırır. İhbar külfeti, tekeffül hükümlerinin, BK m.96 vd.ndaki genel hükümlere nazaran, alıcı için maddi açıdan daha elverişli özel hükümler olması ile bağlantılıdır. İspat sorunu, yalnızca ayıplı ifada rol oynar, yanlış ifada böyle bir sorun olmaz; örneğin ısmarlanan muhabbet kuşu yerine papağan teslim edilmesi halinde, alıcının derhal ihbarda bulunmaması, herhangibir ispat sorunu ortaya çıkarmaz. Çünkü ortada bir aliud ifa vardır[112]. Ayrıca aliud ifaya ayıp hükümlerinin uygulanması kabul edildiğinde, aşırı farklılıkların olduğu hallerde de örneğin şeker yerine tuz teslim edildiği hallerde, alıcı ancak ihbar külfetini yerine getirmişse ve zamanaşımı süresi geçmemişse talepte bulunabilecektir[113].

---

111 Guhl ve Koller, 42, No. 13; Neuenschwander, s. 24; Schubiger, s. 120 ff.; Katz, s. 96; Kramer, Abschied, ss. 249-250; Yavuz, Ayıptan Sorumluluk, s. 50, dp.27; Giger, Vorbem. Zu Art. 197-210, No.49; Ingeborg Schwenzer, **Schweizerisches Obligationenrcht**, Allgemeiner Teil, Bern 2009, 8.07; Serozan, Dönme, s. 312; Çeşit satımında da, özdeşlik aliudunda olduğu gibi, culpa in contrahendo sorumluluğu ve genel sözleşmeye aykırılık sebebiyle BK m.96 vd. hükümlerinin yanında kıyasen BK m.196 vd. hükümlerinin de uygulanacağı, ancak bu taleplerin tümünün ayıptan doğan hakların tabi olduğu sınırlamalara tabi olacağı yönünde bkz. Baehler, s. 199 vd., s. 212.

112 GIGER, Vobem. zu. Art. 197-210, No. 48.

113 Basler Komm./Honsell, Art. 206, No. 3.

Bu konudaki diğer görüş, aliud ifa ile ayıplı ifaya aynı hukuki sonuçların bağlanmaması gerektiği, çeşit satımında farklı bir cinse ait mal teslim edildiğinde hiç ifa etmemeye ilişkin hükümlerin (BK m.96 vd.) uygulanması gerektiği yönündedir[114]. Ayıplı ifa halinde teslim olunan şey, sözleşme konusu şeydir. Oysa aliud ifada, sözleşme konusu şeyden başka bir şey teslim edilmektedir. İfa etmeme ile kötü ifa, birbirinden tamamen farklı durumlardır. Ticari ilişkilerde belirli bir güveni sağlamayı amaçlayan ayıba karşı tekeffüle ilişkin düzenleme, sadece ayıplı ifa halinde uygulanmalıdır; bu düzenlemenin aliud teslimine de uygulanacağının kabulü, düzenlemenin lafzına ve ruhuna aykırı olur. Bu durumda öncelikle alıcıya teslim edilen şeyin, sözleşmede kararlaştırılan şey olup olmadığının tespiti gerekir. Teslim edilen şey, sözleşmede kararlaştırılan şeyse, ayıplı ifa hükümleri uygulanmalıdır. Teslim edilen şey, sözleşmede kararlaştırılandan başka bir şeyse, aliud ifa vardır ve ifa etmemeye ilişkin hükümler uygulanmalıdır[115]. Aliud ifa halinde, asli ifa talebi devam eder; bu talep, BK m.203 (OR.Art. 206)'teki tali ifa talebi ile aynı hukuki koşullara tabi değildir. Ayıp talebi söz konusu olmadığı için, muayene ve ihbar külfetlerinin ihmali sorun teşkil etmez. Zamanaşımı süresi olarak da ayıba ilişkin zamanaşımı uygulanmaz. Aliud ifadan kaynaklanan takip eden zararların tazmini taleplerinde de, BK m. 205'ten kaynaklanan taleplerden farklı olarak muayene-ihbar külfeti ve ayıp zamanaşımı uygulanmaz. Örneğin, su yerine patlayıcı gaz teslim edilmiş ve şişe alıcıdayken patlamışsa, BK m.96 vd.ndan kaynaklanan genel sorumluluk hükümleri uygulanır. Bundan başka alıcı yalnızca, kural olarak ek süre vermeyi gerektiren temerrüt hükümleri uyarınca sözleşmeden dönebilir[116]. Doktrindeki hakim görüş budur[117].

---

114 Bucher, OR BT, 118 vd.; Keller ve Siehr, s. 30; Furrer, s. 37; Oser ve Schönenberger, Art. 197, No. 14; Peter Gauch, Walter R. Schluep, Jörg Schmid ve Susan Emmenegger, **Schweizerische Obligationenrehct Allgemeiner Teil**, Band II, Zürich-Basel-Genf 2008. (Gauch, Schluep ve Emmenegger), No. 2634; Yavuz, Ayıptan Sorumluluk, s. 52; Aral, Borçlar Özel, s. 113; Becker, Art. 197, No.2; Basler Komm./Honsell, Art. 206, No. 3; Şenocak, s. 122; İnal, ss. 109-110; Gümüş, s. 127; Aliud ifanın mı yoksa ayıplı ifanın mı olduğunun belirlenemediği hallerde, alıcının yararına olmak üzere, BK m.96 vd. ile BK m.196 vd. hükümleri arasında bir yarışmanın olduğunun kabul edilmesi gerektiği yönünde bkz. Giger, Vorbem. zu Art. 197-210, No. 49.

115 Yavuz, Ayıptan Sorumluluk, s. 51 vd.; Şahiniz, ss. 36-37.

116 Basler Komm./Honsell, Art. 206, No.3.

117 İfanın ayıplı ifa mı yoksa aliud ifa mı olduğu konusunda tereddüt olursa, BK m.96 vd. ile BK m.196 hükümlerinin yarışacağının kabul edilebileceği görüşünde bkz. Giger, Vorbem. zu Art.

İsviçre Federal Mahkemesinin bu konudaki kararlarına bakıldığında, eski tarihli bir kararında, çeşit satımında aliud ifa söz konusu olduğu zaman, ayıp hükümleri ile borcun ifa edilmemesine ilişkin hükümlerin yarışan haklar şeklinde uygulanabileceğinin kabul etmişken[118] yakın tarihli kararlarında çeşit satımında başka bir şey teslim edilmesi durumunun, borcun ifa edilmemesi teşkil edeceği ve bu halde münhasıran borçlu temerrüdüne ilişkin hükümlerin uygulanacağı görüşündedir[119].

Kanaatimizce, ayıplı ifa ile aliud ifanın birbirinden ayrılmasının zor olduğundan hareketle, çeşit satımında ayıp hükümlerini uygulamak doğru bir yaklaşım değildir. Hukuk sistemimizde geçerli olan sistem, ifa ihlallerinin çeşitli türlere ayrılması ve her birine farklı hukuki sonuçlar bağlanmasıdır. Ayıplı ifa ve aliud ifa da, bu sistem içinde farklı ifa ihlalleri olarak düzenlenmiştir ve farklı hukuki koşullara tabi oldukları gibi hukuki sonuçları da farklıdır. Bu durum, 6098 sayılı Borçlar Kanununda da değişmemiştir. Esasen birbirine çok benzeyen ifa ihlallerinin farklı hukuki sonuçlara bağlanmış olması, olması gereken hukuk (de lege feranda) açısından eleştirilmesi gereken bir durumdur. Zira bu sistem, yeni Ulusal ve uluslararası kanunlaştırma hareketlerinde terk edilmekte, tüm ifa ihlalleri, "yükümlülük ihlali" gibi genel bir başlık altında toplanmakta; ihlalin yaptırımı da ihlalin türüne göre değil ağırlığına göre belirlenmektedir. Ancak mevcut kanuni düzenleme çerçevesinde, her iki ifa ihlaline farklı hukuki sonuçlar bağlanmıştır. Bu

197-210, No. 49; Böyle bir durumda ayıp hükümlerinin uygulanması gerektiği görüşünde Şahiniz, s. 41; Aliud ifa ile ayıplı ifanın her zaman ayırt edilebileceği görüşünde Yavuz, Ayıptan Sorumluluk, s. 52.

118 Karara konu olan olayda, sözleşmenin konusu 1964 model Jaguar iken, alıcıya 1963 model Jaguar teslim edilmişti. Federal Mahkemenin kararına göre alıcı isterse BK m.202'ye isterse BK m. 106'ya göre sözleşmeyi sona erdirme hakkına sahipti, bu kararda BK m.203 uygulanarak alıcıya değiştirme hakkı tanınmıştı, bkz. BGE 94 II 26; 94 II 34; Giger, bu uygulamanın genelleştirilmemesi gerektiği; ifanın aliud mi yoksa ayıplı mı olduğunun net olarak belirlenebildiği hallerde, her birine kendine ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiğini; ancak aliud ifanın mı yoksa ayıplı ifanın mı olduğunun belirlenemediği hallerde, alıcının yararına olmak üzere, BK m.96 vd. ile BK m.196 vd. hükümleri arasında bir yarışmanın olduğunun kabul edilmesinin haklı olacağı görüşündedir, bkz. Giger, Vorbem. zu Art. 197-210, No. 49.

119 BGE 121 III 453 E.4.:Bu kararda Federal Mahkeme, otomatik kaldırmalı kamyon yerine, elle çalışan kaldırmalı kamyon teslimini, aliud ifa olarak kabul etmiştir.

durumda yapılması gereken, ifa ihlalinin türünü tespit ederek, ilgili kanuni düzenlemenin uygulanmasıdır[120].

Bu görüşün kabulü halinde, cins satımında hangi durumların aliud ifa, hangilerinin ayıplı ifa teşkil ettiğinin belirlenmesi gerekir:

Hangi malların aynı cinse ait olduğu, ilke olarak ticari hayattaki dürüstlük kuralına göre belirlenir. Öncelikle objektif, genel kriterler uygulanır. Cins kavramı, ticari hayatta geçerli kurallar çerçevesinde belirlenemezse, satım sözleşmesinin yorumlanması ile belirlenir. Hakim her olayda durumun özelliğine göre dürüstlük kuralından hareketle durumu tespit etmelidir[121]. İfanın aliud mu yoksa ayıplı mı olduğunun tespitinde de ticari teamüller, taraf iradelerinin güven prensibine göre yorumlanması ve alıcının o malı kullanma amacının dikkate alınması gerekir[122].

İsviçre Federal Mahkemesi kararlarına konu olan olaylarda, kaz yerine ördek teslim edilmesi, 1964 model Jaguar yerine 1963 model Jaguar teslimi, hukuk kitabı yerine polis romanı teslimi, aliud teslimi olarak kabul edilmiştir[123].

B. Ayıplı İfa ile Eksik İfa Farkı

Teslim edilen malın, miktar olarak sözleşme konusundan az olması kural olarak ayıplı ifa değil, eksik ifa teşkil eder. Bu sebeple böyle bir durumda, ayıp hükümleri değil, ifa etmemeye ilişkin hükümler uygulama alanı bulur. Miktar eksikliği BK m. 68 anlamında kısmi ifa teşkil eder. Alıcı, kısmi ifayı kabul ederse,

---

120 İfa engellerinin Türk Borçlar Kanunundaki düzenleme şekli hakkında bkz. Ayşe Havutçu: "İfa Engelleri ve İfa Engellerine Bağlanan Hukuki Sonuçlar", **Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan**, İstanbul 2011, ss. 317-337, (İfa Engelleri), s. 318 vd.

121 Giger, Vorbem. Zu Art. 197-210, No. 44; Yavuz, Ayıptan Sorumluluk, s. 51; Edis, s. 12; Becker, Art. 197, No. 2; Şenocak, s. 124.

122 Yavuz, Ayıptan Sorumluluk, s. 52; Giger, Vorbem zu Art. 197-210, No. 44; Schubiger, s. 37; Cins, istenildiği kadar geniş veya dar tutulabileceği için, aliud ve ayıplı ifayı birbirinden ayırmak zordur. Bir başka ifadeyle cins, istenildiği gibi kararlaştırılabilir. Ancak alıcının hukuki durumu, suni ipek elbisenin, bu elbise ipek cinsine ait olmadığı için bir aliud olduğu veya bu elbise, elbise cinsine ait olmakla birlikte, ipek olma özelliğine sahip olmadığı için ayıplı olduğunun söylenmesine göre değişmemelidir, bu sebeple aliud veya ayıplı ifanın mevcut olup olmadığı cinse bağlı değildir. bkz. Basler Komm./Honsell, Art. 208, No. 2.

123 Aral, Borçlar Özel, s. 113; Basler Komm./Honsell, Art. 206, No. 2.

ifa edilmeyen kısmın ifasını talep eder. Kısmi ifayı reddederse, borcun tamamı için temerrüt hükümlerine başvurabilir[124].

Ancak satım konusu malın miktarı, malın niteliğini etkilemekteyse, miktar eksikliği eksik ifa değil, ayıp teşkil eder. Kumaşın gerekli ölçülerde olmaması, yün işinde belli sayıda örgü bulunmaması gibi durumlar, buna örnek teşkil eder. Bunun gibi sözleşme içeriğine ilişkin olarak bildirilmiş bir büyüklük var ve bu husus, alıcının kullanma amacı konusunda karar vermesinde etkili olduysa, miktar eksikliği ayıp teşkil eder[125]. Soğutma tezgahının satıcının vaad ettiği uzunlukta olmaması[126]; belli bir odaya konulacak dolabın ölçülerinin tutmaması[127] gibi. Miktar eksikliğinin, niteliği etkileyip etkilemediği, alış veriş hayatındaki görüşler ve sözleşme taraflarının iradeleri çerçevesinde belirlenir[128].

C. Alman Hukukundaki Düzenleme

Ayıplı ifa ile aliud ifayı veya eksik ifayı birbirinden ayırmak her zaman çok kolay değildir. Bu sebeple Alman Hukukunda da reformdan önce bu tür durumlarda, hangi hükümlerin uygulanması gerektiğine ilişkin tartışmalar mevcuttu.

Alman hukukunda reformdan önce, aliud ifa ve eksik ifa, ayıp olarak değerlendirilmiyordu, böylece alıcı asli ifa taleplerini daha uzun zamanaşımı süresine tabi olarak ileri sürebiliyordu. Yargısal içtihatlar da, önceki BGB §477'deki oldukça kısa olan zamanaşımı süresini bertaraf etmek için maldaki eksikliğin aliud olarak değerlendirilmesini mümkün görmekteydi[129].

Yeni düzenleme ile bu sorun ortadan kalkmıştır. Alman hukukundaki reform ile aliud ifanın ve eksik ifanın hukuki durumu, basitleştirilmiştir. BGB §434

---

124 Tunçomağ, C.II, s. 120: Aral, Borçlar Özel, s. 114; Giger, Vorbem. zu Art. 197-210, No. 51; Basler Komm/Honsell, Art. 197, No. 10; Becker, Art. 197, No. 1; Oser ve Schönenberger, Art. 197, No. 13.

125 Basler Komm./Honsell, Art. 197, N. 9, s. 1151; Tandoğan, Borçlar Özel, s. 172.

126 BGE 57 II 290.

127 BGE 87 II 247

128 Edis, ss. 9-10; Yavuz, Ayıptan Sorumluluk, ss. 53-54; Giger, Vorbem. zu Art. 197-210, No. 52.

129 Haas, Das neue Schuldrecht, V, No. 91; Bamberger ve Roth, **Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**, Band 1, 1-610 - CISG, München 2007, §434, No. 104 vd.

Abs.3'de, her iki durum da maddi ayıpla bir tutulmuş ve HGB §378 hükmü kaldırılmıştır. Bu hüküm, her iki taraf için de ticari satış olan işlerde, muayene ve ihbar yükümlülüğünü, kabul edilebilen (genehmigungsfaehig) aliud ifaya ve eksik ifaya teşmil etmekteydi[130]. Buna göre, BGB §377'de düzenlenen ayıbı ihbar külfeti, ısmarlanandan başka bir mal gönderilmesi halinde de, gönderilen mal ısmarlanan maldan önemli ölçüde farklı değilse ve satıcı malın kabulünü, sorumluluktan kurtulma olarak kabul etmekte haklıysa, aliud ifa ve eksik ifada da ihbar külfeti mevcuttu.

Alman Hukukunda ticari satış ile adi satış arasında aliud ve eksik ifa açısından mevcut olan fark, yeni düzenleme ile ortadan kaldırılmıştır. Çünkü aliud ve eksik ifa, adi satışta da ayıp olarak değerlendirildiği için, bu düzenleme gereksiz hale gelmiştir. Öyle ki BGB §377'deki muayene ve ihbar külfeti, bu şekildeki tür ve miktar uzaklaşmalarına da teşmil edilmiştir. Böylelikle HGB §378 de kaldırılmıştır. Önceki HGB'de mevcut olan, kabul edilebilir ve kabul edilemez farklılık (uzaklaşma) arasındaki ayrım, hemen hemen hiçbir zaman net bir şekilde belirlenemediği için, bu farktan vazgeçilmiştir[131].

Aliud ifa artık her zaman ayıplı mal teslimi olarak değerlendirilecektir. Bu durum, parça satışlarında satılan maldan başka bir mal teslim edilmesi halinde de geçerlidir. Eski Kanun döneminde içtihatlar bu durumu, ayıp olarak değil özdeşlik aliudu olarak nitelendirmekteydi. Çünkü bu durum ayıp olarak değerlendirilirse, parça satışı söz konusu olduğu için alıcı yalnızca dönme ve bedel indirimi hakkına sahip olacak, buna karşılık hala mümkün olan satım konusu malın teslimini talep hakkına sahip olamayacaktı. Ayrıca alıcı bu talepleri ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun tabi olduğu kısa zamanaşımı süresi içinde (önceki BGB §438) ileri sürmek zorunda kalacaktı[132].

---

130 Eski 378 HGB'nin aliudu ve miktar eksikliğini, 377 anlamında sapma olarak sınıflandırması sebebiyle, aliud sorunu karmaşıktı, çünkü uzaklaşma sapma, kabule elverişli olmama (genehmigungsungeeignet) değildi. Bu kuralın uygulama alanı tartışmalıydı, bkz. Haas, Das neue Schuldrecht, V, No. 91.

131 Haas, Das neue Schuldrecht, V, No. 128.

132 Fikentscher ve Heinemann, §71, IV 6, No. 848.

Yeni Alman Medeni Kanununa göre ise ayıplı mal teslimi halinde alıcı önce aynen ifayı talep hakkına sahiptir. Satım konusu maldan başka bir malın teslimi, ayıp olarak nitelendirildiğinde, onarım mümkün değildir ve ayıpsız mal teslimi talebinin, satım konusu mala ilişkin olduğu kendiliğinden anlaşılır. Bu asli ifa talebinin değiştirilmesidir, buradaki değişim her şeyden önce zamanaşımı kuralındadır. Özdeşlik aliudunun bu kapsama dahil edilmesi, ilk bakışta şaşırtıcı görünebilir, ancak BGB §434 Abs.3'teki ifade herhangi bir sınırlama içermemektedir ve hükümet tasarı gerekçesinde de bu duruma bir karşı çıkma yoktur. Oradaki "özdeşlik aliudunun tesliminde, ifa talebi yanında ondan farklı bir sonraki ifa talebi dikkate alınmaz." ifadesi, ifa talebinin ve sonraki ifa talebinin birbiri ile uyumlu olduğu anlamına gelir, yoksa sonraki ifa talebinin, ifa talebinden ayrıldığı anlamına gelmez. Özdeşlik aliudunun bu kapsama dahil edilmesi anlamlıdır da: satıcı, yanlışlıkla satım konusu maldan başka bir teslim etmişse, onun da belli bir süre içinde durumun netleşmesinde büyük bir menfaati vardır[133].

Eksik ifa, eksik miktar bakımından sorunsuz olarak sonraki ifaya cevaz verir. Bu gibi hallerde, BGB §439 Abs.1'e göre ayıbın giderilmesi, eksik miktarın tamamlanması ile yapılır. Ancak teslim edilen parçanın yetersiz büyüklükte olması şeklinde bir durum söz konusuysa, eksik ifadan bağımsız olarak maddi ayıp söz konusu olur[134].

§2. AYIBA KARŞI TEKEFFÜL SORUMLULUĞUNUN İFA İHLALLERİ İÇİNDEKİ YERİ VE DİĞER SORUMLULUK HÜKÜMLERİ İLE OLAN İLİŞKİSİ

I. GENEL OLARAK

İsviçre-Türk Hukukunda sözleşmeye aykırılık genel bir kavram olarak Borçlar Kanununda düzenlenmemiş, onun yerine somut bazı sözleşmeye aykırılık türlerine yer verilmiştir. Bundan başka ifa engelleri, hem bütün sözleşmeler için Kanunda genel hükümler arasında düzenlenmiş hem de bazı sözleşme türleri

133 Haas, Das neue Schuldrecht, V, No. 123, 124.

134 Haas, Das neue Schuldrecht, V, No. 126; Baemberger ve Roth, §434, No. 112.

açısından Kanunun özel borç ilişkilerini düzenleyen ikinci kısmında tekrar düzenlenmiştir. İfa ihlalleri sisteminin bu iki özelliği, aynı zamanda sistemin en önemli zaafları olarak karşımıza çıkmaktadır. İlk olarak genel bir sözleşmeye aykırılık kavramı yerine yalnızca somut bazı sözleşmeye aykırılık türlerinin düzenlenmesi nedeniyle bazı ifa ihlali türleri düzenlenmeden kalmıştır. Bunun yanı sıra, aynı sorunların, Kanunun farklı yerlerinde düzenlenmesi, tekrarlara ve çelişkilere sebep olmuştur. Benzer hukuki olgulara farklı sonuçların bağlanması da, bu sistemin bir diğer önemli zaafıdır[135].

Ayıplı ifayı, benzer diğer ifa ihlallerinden kesin çizgilerle ayırmak çoğu zaman kolay olmamaktadır. Şöyle ki; ayıplı ifa, aynı zamanda bir kötü ifa hali oluşturmaktadır. Bu sebeple, ifanın ayıplı olması aynı zamanda BK m.96 anlamında sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesi halidir. Bunun yanı sıra ayıplı olarak ifa edilen sözleşmenin irade sakatlıklarından biri ile sakatlanmış olması da mümkündür. Ayrıca bazı hallerde ayıplı ifa, aynı zamanda haksız fiil niteliğindedir. İşte tüm bu hallerde, ayıplı ifanın diğer sorumluluk hükümleri ile yarışıp yarışmayacağı sorunu ortaya çıkar.

II. İRADE SAKATLIKLARI İLE İLİŞKİSİ

Ayıplı ifa halinde, alıcının aynı zamanda irade sakatlığı sebebiyle sözleşmenin iptalini talep edip edemeyeceği doktrinde tartışmalıdır. Konu doktrinde hata ve hile durumu birbirinden ayrılarak incelenmiştir.

Hile durumunda, doktrindeki ve içtihatlardaki hakim görüş alıcının seçimlik olarak hile sebebiyle sözleşmenin iptalini isteyebileceği veya ayıp hükümlerine dayanabileceği yönündedir[136]. Kanaatimizce bunun sebebi BK m. 200 ve 207/III'tür.

---

135 Atamer, CISG, s. 282; Rona Serozan, "BK Tasarısı'nın Eksiklik ve Aksaklıklarının, İfa ve İfa Engelleri Hukuku Alanından Örneklerle Sergilenmesi", **HPD,** 2006, S. 6, ss. 38-47, (BK Tasarısı), ss. 44-45.

136 Schwenzer, OR AT, No. 39.45; Bruno Schmidlin, Berner Kommentar, Band VI/1, 2. Teilband, Unterteilband 1 b, Maengel des Vertragsabschlusses, Kommentar zu Art. 23-31 OR, Bern 1995 Art.28 OR, No.139; Peter Gauch, "Sachgewaehrleistung und Willensmaengel beim Kauf einer mangelhaften Sache - Alternativitaet der Rechtsbehelfe und Genehmigung des Vertrages" Recht 2001, ss. 184-194, (Recht 2001), ss. 185-186; Ernst A. Kramer, "Bundesgericht, 14.12.2000, BGE 127 III 83 ff., Berufung", **AJP,** 2001, Heft 12, ss. 1454-1456, (AJP 2001), s. 1456; Basler

Bu düzenlemelere göre, satıcı, alıcıyı hile ile kandırmışsa, ayıp ihbarının zamanında yapılmadığını iddia ederek sorumluluktan kurtulamaz(BK m.200) ve satıcının hilesi varsa, bir yıllık zamanaşımı süresi uygulanmaz (BK m.207/III). Esasen hile durumunda, ayıba karşı tekeffül hükümlerinin alıcı için birtakım zorlukları beraberinde getiren iki özelliği zaten bertaraf edilmiş olduğundan, alıcı hile durumunda hem hile hükümlerine hem de ayıp hükümlerine başvurabilecektir[137].

6098 sayılı Kanunda her iki düzenlemede de satıcının alıcıyı iğfal etmiş olması koşulu yerine satıcının ağır kusurlu olması aranmıştır. Bu ifade hileyi de içeren daha geniş bir ifadedir.

Hata durumunda[138] ise doktrinde iki görüş vardır:

Bir görüşe göre, ayıplı ifa durumunda alıcı yalnızca ayıba karşı tekeffül nedeniyle kendisine tanınan hakları kullanabilir, hata sebebiyle sözleşmenin iptali yoluna gidemez. Çünkü genel hüküm niteliğindeki hata hükümleri karşısında, ayıp hükümleri özel hüküm niteliğindedir. Aksinin kabulü halinde, dönme ile hedeflenen sözleşmenin tasfiyesi amacına, muayene ve ihbar külfetlerini yerine getirmeksizin ve ayıp zamanaşımına tabi olmadan ulaşılmış olur. Bu durum ise, söz konusu hükümlerin dolanılması anlamına gelir. Kanun, ihbar külfetine ve zamanaşımına uyma zorunluluğunu yalnızca hile durumunda kaldırmıştır (BK m. 200, BK m. 207/III). Bundan başka ayıp sorumluluğu için öngörülen kısıtlayıcı şartların konulmasıyla güdülen, hukuki durumun bir an önce açıklığa kavuşturulması suretiyle iş hayatının güvenliğinin sağlanması amacı ihlal edilmiş olur[139].

Komm./Honsell, Vorbem. Zu Art. 197-210, No.12; Alfred Koller, **Schweizerisches Obligaitonenrecht Allgemeiner Teil**, OR AT, Bern 2009, (OR AT), 14, No.187; Zekeriya Kurşat, **Borçlar Hukuku Alanında Hile Kavramı**, İstanbul 2003, s. 154; Mustafa Fadıl Yıldırım, "Satım Sözleşmesindeki ayıba Karşı Tekeffül Hükümleri ile İrade Sakatlığı Hali Olarak Hile (BK m.28) Hükmü Arasındaki İlişki", **Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan**, Ankara 2006, ss. 965-985, s. 964 vd.

137 Aynı yönde bkz. Kurşat, s. 154, dp.742.

138 Burada hata ile kastedilen temel hatasıdır. Beyan hatası ile ayıp hükümleri arasında herhangi bir yarışma söz konusu olmaz, bkz. Giger, Vorbem. zu Art. 197-210, No. 60; Lüthi, s. 99.

139 Koller, OR AT, 14, No. 96 ff.; Schwenzer, OR AT, No. 39.41; Kocayusufpaşaoğlu, Hata, s. 79 vd.; Hans Merz, **Sachgewaehrleistung und Irrtumsanfechtung**, FS Theo Guhl, Zürich 1959, s. 100 vd; Basler Komm./Honsell, Vorbem. zu Art. 197-210, N. 9; Heinrich Honsell, "Die Konkurrenz von Sachmaengelhaftung und Irrtumsanfechtung-Irrungen und Wirrungen" SJZ 103 (2007), (SJZ 2007), s. 138; Larenz, OR BT, ss. 3-74; von Büren, OR AT, s. 203; Koller, OR AT,

Bu görüşü savunanlardan HONSELL, bu yarışmanın mümkün olamayacağını şu şekilde gerekçelendirmektedir: Ayıp kurumunun tamamıyla kendine özgü bir uygulama alanı olsa ve bu alanın yalnızca bir kısmı hata kurumu ile kesişiyor olsaydı, hata hükümleri ile ayıp hükümleri arasındaki yarışma kabul edilebilirdi; ancak hata sebebiyle ihlal alanı, ayıp sorumluluğunu tamamen kapsamaktadır. Hata sebebiyle iptal olaylarının çoğunda, ayıp sorumluluğu gerçekleşmezken, ayıp sorumluluğu sebebiyle dönmenin olduğu her olayda, hata gerçekleşir. Objektif olarak önemli olan veya vaad edilmiş niteliklerin eksik olduğu her durumda, ayıbın yanında, "dürüstlük kuralına göre işlem hayatında sözleşmenin zorunlu temeli olan belirli bir olaya ilişkin" hata mevcuttur. BK m.24/b.4'ün uygulanamayacağı hiçbir dönme olayı yoktur[140].

Federal Mahkeme tarafından da kabul edilen diğer görüşe göre, ayıplı ifa halinde ayıba karşı tekeffül hükümleri ile irade sakatlığı hükümleri yarışır, alıcı seçimlik olarak bu hükümlerden birine başvurabilir. Hata hükümlerine dayanmak isteyen alıcı, ayıp hükümlerinin öngördüğü kısıtlayıcı şartlarla bağlı olmaz[141]. Her

---

14, No. 96; Eser sözleşmesinde, sözleşmenin akdedilmesi esnasında ortada bir eser olmadığı için, hata hükümlerine başvurmanın mümkün olamayacağı yönünde bkz. Peter Gauch, **Der Werkvertrag**, Genf 2011, No. 2317-2318.

140 Honsell, SJZ 2007, s. 138.

141 BGE 108 II 104; BGE 82 II 411 E.6; Andreas von Tuhr ve Hans Peter, **Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts**, Erster Band, Zürich 1979, OR AT, s. 310; Bucher, Schweizerisches Obligationenrecht, AT ohne Deliktrecht, 2. Auflage, Zürich 1988, (OR AT), s. 193; Giger, Berner Komm., Vorbem. zu Art. 197-210, No. 61 vd.; Bucher, OR BT, s. 110; Guhl ve Koller, §42, No. 63; Keller ve Siehr, 107 vd.; Lüthi, ss. 115-116; Feyzi Necmettin Feyzioğlu, Borçlar Hukuku, İkinci Kısım, Akdin Muhtelif Nevileri, C.I, İstanbul 1980, (Akdin Muhtelif Nevileri), s. 272; M. Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C.I, İstanbul 2011, s. 108, dp. 198; Selahattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu ve Atilla Altop, **Tekinay Borçlar Hukuku**, İstanbul 1993, ss. 440-441; Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2009, ss. 353-354; Necip Kocayusufpaşaoğlu, Hüseyin Hatemi, Rona Serozan ve Abdülkadir Arpacı, **Necip Kocayusufpaşaoğlu- Borçlar Genel**, İstanbul 2008, Borçlar Genel, §36, No. 40, s. 410; Arsa vasfına sahip olduğu için satın alınan taşınmazın, bu niteliğe sahip olmaması sebebiyle alıcının hata hükümlerinin yanı sıra ayıp hükümlerine dayanabileceği yönünde bkz. 4. HD, 12.10.1977, E. 12191/K. 9487 (Mustafa Reşit Karahasan, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C.I, İstanbul 2003, s. 325); BGE 127 III 83; 126 III 65/66; 114 II 133 vd.; YİBK 4.6.1958, 15/16, gerekçe kısmı; Federal Mahkemenin, içtihatlarında alıcının BK m.97'ye dayanan talepleri ancak BK m.197 vd.ndaki şartları gerçekleştirmesi koşuluyla ileri sürebileceğini kabul etmesine karşılık, hata hükümlerinin bu şartlara tabi olmadan uygulanacağını kabul etmesi sebebiyle tutarlılıktan yoksun olduğu ayrıca hayvan satışına ilişkin içtihatlarda irade sakatlığı nedeniyle iptal mümkün olmadığı için içtihatların birbirleriyle çelişkili olduğu yönünde bkz. Schwenzer, OR AT, 39.40 vd.; Hata

şeyden önce, her iki kuralın çıkış noktası farklıdır. Sözleşmenin bağlayıcılığı ve meydana gelmesi sorunu, hata kurallarının konusunu teşkil ederken; edim konusunun sözleşmeye göre olması gereken durumdan beklenemez derecede uzaklaşması sebebiyle iadesi sorunu, tekeffül daha doğrusu dönme kurallarının konusudur. Ayıp hükümlerinin özel hüküm olarak, hata hükümlerinin uygulanmasını engelleyeceği görüşünün, her şeyden önce sınırlandırma problemlerine sebep olacağı kesindir: Örneğin koleksiyonun sahte olması veya taşınmaz üzerinde üst hakkı olması, hata olarak mı yoksa ayıp olarak mı değerlendirilmelidir? Federal Mahkeme kararlarında da, genellikle, maddi özellikler sebebiyle hata hükümlerine dayanarak satım sözleşmesinin iptaline cevaz verildiği görülmektedir[142]. Ancak bu kararlara konu olan olaylarda, karşı görüş kabul edilseydi, olaydaki vakıaların tekeffül unsurlarını mı yoksa irade sakatlığı unsurlarını mı oluşturduğu tartışması söz konusu olacaktı[143].

Bununla birlikte İsviçre Federal Mahkemesi, 2001 yılında bu konuya ilişkin önemli bir karar vermiştir[144]: Buna göre, alıcının ayıba karşı tekeffül hükümlerine dayanması, aynı zamanda irade sakatlığı taşıyan sözleşmeye icazet verdiği anlamına gelir, çünkü ayıp hükümlerinin uygulanabilmesi için sözleşmenin kurulmuş olması gerekir. Bu sebeple alıcı artık, irade sakatlığı olgusuna dayanan herhangi bir talep hakkını ileri süremez[145].

---

hükümlerine başvurmayı muayene ve ihbar külfetlerinin yerine getirilmiş olması ve ayıp zamanaşımı içinde olmak kaydıyla tanıyan görüş için bkz. Schubiger, s. 130 vd.; Parça borcunu konu alan satış sözleşmesinde, ayıp hükümleri ile hata hükümlerinin yarışacağı görüşünde bkz. Gökhan Antalya, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2012, ss. 228-229.

142 BGE 56 II 426; BGE 82 II 420; BGE 84 II 517; BGE 114 II 131, 136; Bununla birlikte Federal Mahkemenin, hata ve ayıp hükümlerinin yarışması konusunda hayvan satışlarına ilişkin olan yerleşik içtihadı, yalnızca tekeffül hükümlerinin uygulanması gerektiği yönündedir, bkz. BGE 111 II 70; Bu farklı uygulama doktrinde, objektif açıdan haklı olmadığı için eleştirilmektedir, bkz. Koller, OR AT, 14, No. 96; Basler Komm/Honsell, Vorbem. zu Art. 197-210, No. 10.

143 Bucher, BT, s. 109.

144 BGE 127 III 83, ss. 85-86.

145 Ayıp hükümleriyle irade sakatlığı hükümlerinin yarıştığı hallerde, ayıp hükümlerine başvurmanın icazet anlamına gelmesini önlemek için, alıcının hata veya hileye dayalı hakları saklı tutarak harekete geçmesi gerektiği yönünde bkz. Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Genel, §36, No. 43; Ayıp hükümleri ile irade sakatlığı hükümleri arasındaki seçme hakkını, İsviçre Federal Mahkemesi "icazet"i kullanarak, Alman Federal Mahkemesi de "kesin hükmün bertaraf edici etkisi" ile ortadan kaldırmıştır, bkz. Vedat Buz, "İrade Sakatlığı ile Malul Bir Satım Sözleşmesinde Alıcının Ayıba Karşı Tekeffül Hükümlerine Başvurmasının Satım Sözleşmesine İcazet Verme Anlamına Gelip Gelmeyeceği Sorunu", **Prof. Dr. Fikret Erene Armağan**, Ankara 2006, (İrade Sakatlığı), s. 300. Alman Federal Mahkemesinin 19.11.2003 tarihli kararına

Ayıp hükümleri ile irade sakatlığı hükümlerinin yarışmasını kabul eden görüşün amacı, alıcıya daha sağlam bir hukuki koruma sağlamaktır. Zira öncelikle ayıp hükümlerine göre sözleşmeden dönme veya bedel indirimi haklarını kullanan alıcı, ihbar külfetini yerine getirmediği veya zamanaşımı süresi dolduğu için talebi reddedilince, son çare olarak irade sakatlığı sebebiyle sözleşmeyi iptal ederek sözleşmeden kurtulabilmelidir. Ancak alıcının ayıba karşı tekeffül hükümlerine dayanmasının sözleşmeye icazet anlamına geldiği yönündeki bu karar ile ayıp hükümleri ile irade sakatlığı hükümleri arasında tanınan yarışma imkanı fiili olarak ortadan kaldırılmıştır[146].

Bu noktada üzerinde durulması gereken husus, böyle bir durumda, ayıptan doğan haklarla hata hükümleri arasında teknik anlamda bir yarışmanın mevcut olmadığıdır. Daha açık bir ifadeyle alıcının, ihbar külfetini yerine getirmemiş olması veya zamanaşımı süresinin dolmuş olması sebebiyle, ayıptan doğan talebinin reddedilmesi durumunda, hata hükümlerine başvurabilmesi teknik anlamda hakların yarışması niteliğinde değildir. Hakların yarışması, kişinin, hakkını, kanundaki farklı düzenlemelerden birine dayanarak ileri sürebilmesi anlamına gelir. Hakların yarışmasında hak sahibinin taleplerden birine dayalı olarak yaptığı başvuru reddedilince, diğerine başvurması söz konusu olamaz. Çünkü yarışan haklardan birine başvurulması, diğerine başvurma hakkını sona erdirir. Hak sahibi, hangi hükümleri tercih etmişse, bu hükümlerin tabi olduğu kurallara razı olmuş sayılır[147].

---

konu olan olayda; alıcının ayıp sebebiyle sözleşmeden dönme talebi, zamanaşımı sebebiyle reddedilmiş ve hüküm kesinleşmiştir. Alıcı hükmün kesinleşmesinden sonra satıcının hilesinin de olduğunu öğrenmiş ve bu defa sözleşmenin hile sebebiyle iptalini talep etmiştir. Federal Mahkeme, satıcının hile teşkil eden davranışlarının hükmün kesinleşmesinden önce mevcut olduğunu ve bu davranışlara dayalı olarak kullanılmayan iptal hakkının, hükmün kesinleşmesi ile birlikte düşeceğini, alıcının hile teşkil eden davranışı hükmün kesinleşmesinden sonra öğrenmesinin de durumu değiştirmeyeceği yönünde karar vermiştir, bkz. BGH, Urteil vom 19.11.2003, BGHZ 157, ss. 47-55 (Buz, İrade Sakatlığı, s. 299'dan naklen); Tekeffül hakları ile iptal hakkı arasında seçim hakkı olan alıcının, bu hakkını bir kere kullanmışsa, bununla bağlı olması gerektiği, dolayısıyla aynı sonucun iptal hakkının kullanılması durumunda da geçerli olduğuna ilişkin olarak bkz. BGE 108 II 102 E. 2a.; Ayıp hükümlerine dayanmanın sözleşmeye icazet anlamına geleceği görüşünde bkz. Kurşat, s. 155; İptal hakkını kullanan alıcının, bu hakla birlikte ayıptan doğan hakları ileri sürme imkanı da olduğu ancak iptal beyanı yenilik doğuran bir beyan olduğundan ve genel olarak geri alınamadığından, iptal hakkı sahibinin kural olarak eski durumuna tekrar dönemeyeceği yönünde bkz. Koller, OR AT, 14, No. 97.

146 Buz, İrade Sakatlığı, s. 299; Kramer, AJP 2001, s. 1456.

147 Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, s. 983; Eren, ss. 1092-1093.

Bu sebeple, ayıp ve hata hükümleri arasındaki yarışmada, alıcının ayıp hükümleri çerçevesinde yaptığı başvuru reddedilince, hata hükümleri uyarınca sözleşmenin iptalini isteyebilmesi, teknik anlamda hakların yarışması niteliğinde değildir.

İsviçre Federal Mahkemesinin, ayıp hükümlerine başvurulmasının sözleşmeye icazet anlamına geleceği sonucuna varmasında, irade sakatlığının sözleşmenin geçerliliği üzerindeki etkisi konusundaki görüşü etkili olmaktadır.

BK m.31'e göre "Hata veya hile ile haleldar olan yahut ikrah ile yapılan akit ile mülzem olmayan taraf bu akdi ifa etmemek hakkındaki kararını diğer tarafa beyan yahut verdiği şeyi istirdat etmeksizin bir seneyi geçirir ise, akde icazet verilmiş nazariyle bakılır. Bu mehil, hata veya hilenin anlaşıldığı veya korkunun zail olduğu tarihten itibaren cereyan eder." Bu düzenlemede, iradesi sakatlanan tarafa tanınan hakkın hukuki niteliği açıklanmamış, sadece bu hakkın hukuki sonuçları hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla bu ifade tarzı, irade sakatlığının sözleşmenin geçerliliği üzerindeki etkisi konusunda farklı görüşlerin ortaya çıkmasına sebep olmuştur:

Geçersizlik teorisine göre [148] (Ungültigkeitstheorie), irade sakatlığı olan sözleşme baştan itibaren her iki taraf için de geçersizdir ancak bu geçersizlik kesin olmayıp, düzelebilir hükümsüzlük niteliğindedir. İradesi sakatlanan taraf, sözleşmeyi süresi içinde iptal ederse geçersizlik kesinleşir. Geçersizliği ileri sürme hakkı yalnızca iradesi sakatlanan tarafa aittir. Geçersizlik teorisi taraftarlarının gerekçesi, İsviçre Kanunkoyucusunun iradesinin bu yönde olduğudur. Federal Mahkemenin kabul ettiği teori de budur[149]

---

148 Peter Gauch, Walter R. Schluep, Jörg Schmid ve Susan Emmenegger, **Schweizerische Obligationenrehct Allgemeiner Teil**, Band I, Zürich-Basel-Genf 2008. (Gauch, Schluep ve Schmid), B.I, No. 890; Gauch, Recht 2001, s. 188; Gauch, Urteilsanmerkung zum "Picasso Entscheid": BGE 114 II 131 ff" SAG (Schweizerische Aktiengesellschaft) 1989, ss.157-158; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 36, N. 69; Kurşat, s. 65.

149 BGE 114 II 131: İsviçre Federal Mahkemesi, Picasso kararı olarak anılan bu kararında İptal teorisini reddetmiştir. Federal Mahkemenin bu teoriyi reddederken dayandığı en önemli gerekçe, İsviçre Borçlar Kanunun hazırlık çalışmaları sırasında iradesi sakatlanan kişiye gerçek anlamda bir iptal hakkı tanınması konusunda verilen bir önergenin reddedilmiş olmasıdır. Federal Mahkeme bu durumdan hareketle, kanunkoyucunun iptal teorisini bilerek ve isteyerek benimsemediği sonucuna varmaktadır, bu konuda açıklamlar için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Genel, §36, No. 67; Schmidlin, Art. 23/24, No. 105 vd.; Buz ise, irade sakatlıklarında Munziger'in önerdiği iptal çözümünün terk edilmesinin herhangi bir maddi gerekçeye dayanmadığı ve hukuk politikası açısından bilinçli bir tercihi yansıtmayan kanun hükümlerinin

İptal teorisine (Anfechtungstheorie) göre sözleşme, irade sakatlığına rağmen geçerli olarak kurulur ve her iki taraf için de hükümlerini meydana getirir, ancak iradesi sakatlanan tarafın sözleşmeyi iptal etmesi ile birlikte geçmişe etkili olarak ortadan kalkar[150].

Bölünmüş geçersizlik teorisine göre (Theorie der geteilte Ungültigkeit), sözleşme iradesi sakatlanan taraf bakımından geçersizken, karşı taraf için bağlayıcı ve geçerlidir[151]. Ancak artık bu görüşün terk edildiğini söylemek mümkündür.

İptal teorisi taraftarlarının gerekçesi, geçersizlik teorisinin kabul edilmesi halinde varılan sonuçların isabetsiz olduğudur[152]. Federal Mahkemenin, geçersizlik teorisini kabul etmesi sonucu, ayıptan doğan hakların kullanılmasının sözleşmeye icazet verilmesi anlamına geldiği sonucuna varması da bu isabetsiz sonuçlardan biridir. Oysa iptal teorisinin kabul edilmesi halinde, sözleşme iptal edilene kadar zaten geçerli olduğu için ayıp hükümlerine başvurulması icazet anlamına gelmeyecek, dolayısıyla alıcı ayıp hükümleri çerçevesinde istediği sonuca ulaşamazsa irade sakatlığı hükümlerine başvurabilecektir[153]. İptal teorisi, İsviçre doktrininde çoğunluk tarafından savunulan teoridir.

---

yorumunda, tarihi yorum metodu yerine, kanunkoyucunun iradesine ters düşse bile taraf menfaatlerine ve modern gelişmelere uygun olan yorumu tercih etmek gerektiğini ifade etmektedir, bkz. Buz, İrade Sakatlığı, s. 307 vd.

150 Bucher, OR AT, s. 210; Schmidlin, Art. 23/24, No.118; Koller, OR AT, 14, No. 274; Guhl ve Koller, §16, No. 21; Schwenzer, OR AT, N.39.07; Eren, ss. 370-371; Mustafa Tiftik, "Borç Sözleşmelerinin İptali", **BATİDER,** 2006, C.XXIII, S. 3, ss. 55-97, s. 68; BGB'de, hata da dahil olmak üzere, irade sakatlığı halinde sözleşme geçersiz sayılmamış; iradesi sakatlanan tarafa bir iptal hakkı tanınmıştır (BGB §119, BGB §123). BGB §142/Abs.1'e göre, iptale tabi bir hukuki işlem iptal edildiğinde, baştan itibaren hükümsüz kalır.

151 Engel, s. 339 (Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Genel, §36, N. 67'den naklen).

152 İptal teorisi taraftarlarına göre, iptal hakkının bir üst süreye tabi olmadığı dikkate alındığında, geçersizlik teorisi çerçevesinde sözleşme yapıldığı andan itibaren geçersiz olduğu kabul edilirse, iradesi sakatlanan tarafa tanınan iptal hakkının kullanılabileceği sürenin sonuna kadar satıcı alıcıya teslim ettiği malın maliki olarak kalmaya devam edecektir, bkz. Buz, İrade Sakatlığı, s. 308; Doktrinde Federal Mahkemenin kararı, eleştirilmekte ve geçersizlik teorisinin kabul edilmesi halinde dahi irade sakatlığına rağmen sözleşmenin kurulmuş olduğunu ileri sürmektedirler, bkz. Gauch, Recht 2001, ss. 186, 188; Kramer, AJP 2001, s. 1456.

153 Buz, İrade Sakatlığı, ss. 312-313; Bundan başka icazetin söz konusu olabilmesi için, iradesi sakatlanan tarafın sözleşmeyi geçerli kabul etmek istediğine ilişkin açık veya örtülü bir irade beyanının mevcudiyeti gerekir, oysa ayıp hükümlerine başvurulması halinde, ortada bu yönde bir irade beyanı mevcut değildir, bkz. Buz, İrade Sakatlığı, s. 316; İptal teorisi kabul edilse bile, iptal hakkını saklı tutmaksızın ayıp hükümlerine başvuran alıcının bu davranışıyla örtülü

Sonuç itibariyle ayıp hükümleri ile irade sakatlığı hükümleri arasında yarışmanın varlığı kabul edildikten sonra, bu hükümlerin pratikte yarışmalı olarak uygulanması engellenmemelidir. Ayıp hükümlerine başvurulmasının icazet olarak kabul edilmesi durumunda ise, bu yarışma fiili olarak mümkün olmayacaktır. İki sorumluluk düzeninin yarışmalı olarak uygulanmasına imkan verecek teorik görüş de, irade sakatlığında iptal teorisinin kabul edilmesi olacaktır.

III. BK m.96 ÇERÇEVESİNDE TAZMİNAT İSTEME İLE İLİŞKİSİ

A. İsviçre-Türk Hukukunda

Ayıplı ifa aynı zamanda BK m. 96 anlamında sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesi halidir[154]. Ancak ayıplı ifa halinde, ayıba karşı tekeffül hükümlerinin yanı sıra BK m.96'nın uygulanıp uygulanamayacağı doktrinde tartışmalıdır:

Bir görüşe göre, sözleşmeye aykırı davranış sebebiyle tazminat yükümlülüğü (BK m.96) ile ayıplı mal sebebiyle doğan haklar (BK m.194 vd.) yarışmaz. Çünkü ayıba karşı tekeffül hükümleri, kapalı bir sorumluluk düzenidir ve özel bir uygulama alanı vardır, bu sebeple BK m.96'nın uygulanmasını engeller[155]. Tekeffül teorisine göre, parça satımında ayıplı mal teslimi, gereği gibi ifa etmeme teşkil etmediği için,

---

biçimde iptal hakkından feragat etmiş yani sözleşmeye icazet vermiş olduğu görüşünde bkz. Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Genel, §36, No.43.

154 Ayıp sorumluluğunun kapsamının bizim de katıldığımız ifa teorisine göre belirlenmesi halinde, ayıpsız mal teslimi sözleşme içeriğine dahil olduğundan, ayıplı mal teslimi aynı zamanda kötü ifa teşkil edecektir. Bu sebeple alıcının ayıptan doğan hakları ile BK m.96 vd. arasında bir yarışmanın olup olamayacağı tartışması, ifa teorisinin kabulü halinde yapılabilir, bkz. Arbek, s. 86.

155 Honsell, OR BT, 98 vd.; Yalnızca zamanaşımı süresi geçtikten sonra ortaya çıkan gizli ayıplar için, ayıp hükümlerinden yararlanma imkanını kaybeden alıcının BK m.96 vd. hükümlerine başvurabilmesi grektiği yönünde bkz. Kocayusufpaşaoğlu, Hata, s. 81 vd.; Glaettli, tekeffül hükümlerinin BK m. 96 vd. hükümleri ile yarışmaksızın tek başına uygulanacağı kabul edilse bile, tekeffül hükümlerinde belirli bir sorun için herhangi bir düzenleme olmadığı hallerde BK m.96 vd.nın hükümlerinin uygulanacağı- örneğin, 98/II'deki haksız fiillere atıf yapan hükmün uygulanması gibi-, bunun yanı sıra eksik bir biçimde düzenlenmiş özel hükümlerin, temel norm niteliğinde olan BK m. 96/I ile doldurulacağına - örneğin BK m.360/II'nin, BK m.96/I'deki ispat yükü kuralı ile doldurulacağını - dikkat çekmektedir, bkz. Elisabeth Glaettli, Zum Schadenersatz wegen Nichterfüllung nach Art.97 Abs.1 und 107 Abs.2 OR, Zürich 1998, (Schadenersatz), s. 10.

bu teoriyi savunan yazarlar, BK m. 96 vd. ile BK m.197 vd.nın yarışmayacağı görüşündedir.

İkinci görüş taraftarları[156], ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun sözleşmeye aykırılık hükümleri ile özellikli bir şekilde yarıştığı görüşündedir. Buna göre, alıcı ancak muayene ve ihbar külfetlerini zamanında yerine getirmişse, BK 207'de düzenlenen ayıba karşı tekeffüle ilişkin zamanaşımı süresi içinde BK m.96'ya göre tazminat talep edebilir. Bu görüş çerçevesinde, özel sorumluluk kuralına ilişkin düzenlemelerin genel sorumluluk kuralına uygulanmasına dayalı kendine özgü bir yarışma kabul edilmiştir. Bu görüş, Yargıtay ve İsviçre Federal Mahkemesi tarafından da kabul görmektedir[157].

Bu konudaki üçüncü görüş, BK m.96 ile ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun birbirinden bağımsız olarak yarıştığı yönündedir. Bu görüşe göre, alıcı, ayıba karşı tekeffül sorumluluğu için gerekli olan muayene ve ihbar külfetlerini yerine getirmemiş olsa bile, BK m.96 gereğince tazminat talep edebilmelidir. Ayıp hükümleri alıcı için daha avantajlı hukuki sonuçlar meydana getirir, ancak bununla birlikte şekli olarak da muayene ve ihbar külfetlerinin yerine getirilmesine bağlıdır. Bu sebeple ayıba karşı tekeffül için getirilmiş özel şekli koşulların, gereği gibi ifa etmeme sebebiyle tazminat istemine uygulanması yerinde değildir[158]. Ayrıca alıcının BK 96'ya dayalı tazminat talebi BK m.125 gereğince 10 yıllık zamanaşımına tabidir.

---

156 Becker, Art. 201, No. 27, Art. 210, No.6; Jaeger, ss. 74, 130; Neuenschwander, ss. 40, 87 vd.; Baehler, s. 157 vd.; Bucher, OR BT, 107; Schubiger, s. 108 vd.; Furrer, s. 35.

157 BGE 58 II 212 E.2; 63 II 405; 90 II 88 E.1; BGE 108 II 104; 107 II 161; 114 II 131; Gümüş, ss. 115-116; bu görüşün açıklaması için bkz. Giger, Vorbem. Zu Art. 197-210, No. 24 vd.; Eser sözleşmesinde ise, OR 368 vd.ndaki ayıba karşı tekeffül hükümlerinin, OR.97'ye göre özel hüküm niteliğinde olduğu ve bu sebeple iş sahibinin yalnızca ayıp hükümlerine başvurabileceği doktrinde ağırlıklı olarak savunulmaktadır, bkz. Alfred Koller, **Das Nachbesserungsrecht im Werkvertrag**, Zürich 1995, (Nachbesserungsrecht), No. 8; Gauch, Werkvertrag, No. 2326 vd.; ayrıca bkz. Claire Huguenin, **Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, (OR AT), No. 590; Bu yönde açıklamalar için bkz. Şenocak, Ayıbın giderilmesi, ss. 34-35; Eser sözleşmesindeki ayıp hükümleri ile BK m.96 vd. hükümlerinin yarışabileceği görüşünde bkz. Mario M Pedrazzini, **Obligationenrecht-Besondere Vertragsverhaeltnisse**, 7. Band, 1. Hb, Werkvertrag, Verlagsvertrag, Lizenzvertrag, Basel 1977, s. 519; Peter Klauser, **Die werkvertragliche Maengelhaftung und ihr Verhaeltnis zu den allgemeinen Nichterfüllungsfolgen**, Zürich 1973, s. 132 vd.

158 Giger, Vorbem. zu Art. 197-210, No. 26 vd., s. 311 vd.; Menghini, s. 36; Keller ve Siehr, ss. 106-107; Andreas Christian Kaeser, **Die Abtretung von Gewaehrleistungsansprüchen bei Kauf- und Werkvertrag**, Zürich 2000, s. 42; Serozan, Dönme, s. 312; Yavuz, Ayıptan

Bu görüşü savunanlara göre, ayıp hükümlerinin özel norm, gereği gibi ifa etmemenin genel norm olduğu yönündeki şekli bir dayanak, ikna edici olmaktan uzaktır. Kanunda, BK m.196 vd. hükümlerini açıkça özel düzenleme olarak tanımlayan kanuni bir düzenleme olmadığı için BK m.96 - BK m.196 vd. ilişkisinin niteliği, teleolojik ve sistematik yorum yoluyla belirlenmelidir. Çünkü bir norm grubuna özel karakter atfedilirse, bu durum, kanunda öngörülmemiş olmasına rağmen diğer grubun uygulama alanının daraltılması anlamına gelecektir[159].

Biz de aşağıdaki gerekçelerle, BK m.96 ile ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun birbirinden bağımsız olarak yarışması gerektiği görüşüne katılıyoruz:

BK m.96'nın uygulanmasını ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun koşullarına tabi tutmak doğru değildir. Çünkü, her iki sorumluluk, aynı hukuki olgu sebebiyle ortaya çıkmış olmakla birlikte, sorumluluğun türü, koşulları ve sonuçları açısından birbirinden farklı niteliktedir. BK m.96'ya dayalı sorumluluk kusura dayanan genel hüküm niteliğindeyken, ayıba karşı tekeffül sorumluluğu, kusursuz sorumluluk niteliğinde olup özel hükümdür[160]. İki düzenlemenin hukuki sonuçları da birbirinden farklıdır. BK m.96'da alıcı yalnızca satıcının kusurlu olması halinde zararının

---

Sorumluluk, s. 232; Aral, Borçlar Özel, s. 160; Aral, Kötü İfa, ss. 200-201; Arbek, s. 87; Muayene ve ihbar külfetlerini zamanında yerine getirmediği için ayıp hükümlerine başvuramayan alıcının durumu, BK m.96 ve BK m.41 ile ayıp hükümleri arasında tam bir yarışmanın olduğu kabul edilerek, kısmen de olsa, giderilebilir, bkz. Eugen Bucher ve Vedat Buz, "Mağdur Edilen Alıcı", **Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan**, Ankara 2004, ss. 146-178, s. 171 vd.

159 Giger, Vorbem. Zu Art. 97-210, No. 22.

160 Sözleşmeye aykırılık sebebiyle sorumluluk ile ayıp sebebiyle sorumluluğun ayrı ayrı düzenlenmesi Roma Hukuk tarihindeki tesadüflere dayanır, Roma hukuku actiolar (davalar) hukuku idi, dava hakkı verilmediği sürece korunacak bir hak yoktu. Roma Hukukunun tarihi gelişimi içinde alıcıya önce, satıcının mala ilişkin vaatlerde bulunmuş olması veya hileli davranışı sebebiyle, praetorlar tarafından tazminat davası açma hakkı (actio empti) tanınmıştı. Roma Hukukunda praetorlar tarafından tanınmış olan tazminat davası açma hakkı, zamanla alıcıyı koruma konusunda yetersiz kalınca Roma pazar polisi (aediles curules), alıcıya sözleşmeden dönme (actio redhibitoria) ve bedelin indirilmesi (actio quanti minoris) davası açma hakkı tanımıştı. Praetorların tanıdığı dava ile Pazar polisinin tanıdığı dava arasında, bazı farklılıklar bulunmaktaydı. Bu farklılıkların en önemlisi, dava açma süresinde görülmekteydi. Tazminat davası açma hakkı 30 yıllık genel zamanaşımı süresine tabi iken, Pazar polisinin tanıdığı dava hakkı 6 veya 12 aylık sürelere tabi idi. Bundan başka, tazminat davasında kusur şartı aranmaktayken, diğer davalar, satıcının garanti sorumluluğuna dayanmaktaydı. Bu ikilik, bugünkü kodifikasyonlara kadar süregelmiştir, bkz. Atamer, CISG, s. 285, dp. 22.

tazminini talep edebilmekteyken, ayıba karşı tekeffül sorumluluğunda, dolaylı zarar hariç satıcı kusurlu olmasa bile zararının tazminini ve kendisine avantajlı bir durum sağlayan seçimlik hakları kullanma imkanına sahiptir. Ayıba karşı tekeffüldeki sıkı koşullar ve kısa zamanaşımı, bu hukuki kurum çerçevesinde alıcıya sağlanan hakların elverişliliğiyle doğru orantılıdır. Bu elverişli haklardan yararlanmak isteyen alıcı, üzerine düşen külfetleri yerine getirerek, kısa zamanaşımı süresi içinde seçimlik hakları kullanmak zorundadır. Ayıba karşı tekeffül hükümlerinin amacı, alıcıya daha fazla koruma sağlamaktır. O halde, bu hükümlerin amacı düşünüldüğünde, külfetleri yerine getirmemiş ve zamanaşımı süresini kaçırmış olan alıcıya, genel hükümlere göre tazminat talebi tanımamak kanunun amacına aykırı olur. Bu sebeple, satıcı sözleşmenin kurulduğu anda satılanın ayıplı olduğunu biliyorsa veya bilmesi gerekiyorsa, BK m.96 anlamında kusurludur ve alıcının zararını tazminle yükümlüdür[161]. Federal Mahkemenin içtihadı kabul edilirse, ayıp hukukunun tüm özellikleri, (ihbar yükü, zamanaşımı veya sorumluluktan kurtulma gibi), BK m.96 vd.ndan kaynaklanan taleplere taşındığından, bu içtihadın pratikte bir anlamı kalmamaktadır. Bundan başka, ayıp ihbarında bulunma külfeti, ortalama bir alıcı için oldukça ağır bir yük getirir[162]. İhbar külfeti, ticari yaşam için gerekli olan bir külfettir. Yalnızca tacirler için uygulanması gereken bu külfet, mevcut uygulama sebebiyle, normal alıcılara da uygulanmaktadır. Bu sebeple, ayıba karşı tekeffül hükümlerinin cazip hukuki yolları, tacir gibi davranan alıcılara uygulanırken, normal alıcılar BK m.96 vd. çerçevesinde zararlarının tazminini talep edebilmelidirler[163].

Dolayısıyla ayıplı mal teslimi söz konusu ise alıcı, ayıptan doğan hakları kullanabileceği gibi bu hakları kullanmaksızın genel hükümler çerçevesinde zararının tazmini yoluna da gidebilir.

BK m.96'nın uygulanması için satıcı kusurlu olmalıdır. Buradaki kusur, malın ayıplı olmasına dayanmaz; ayıbı bilerek veya kusurlu olarak bilmeyerek, sözleşmenin kurulması vakıasına dayanır (BGE 107 II 166 f.). Dolayısıyla, BK m.96

---

161 Basler Komm./Honsell, Vorbem. Zu Art 197-210, N.6, Giger, Art 197-210, No.26 vd., Keller ve Siehr, s. 106; Serozan, Dönme, s. 312; Arbek, s. 87; Şahiniz, ss. 198-199.

162 TKHK Tasarı Taslağı ile, tüketici işlemlerinde ayıplı mal teslimi durumunda, ihbar külfeti kaldırılmıştır.

163 Giger, Vorbem. Zu Art. 197-210, N. 27; Bucher ve Buz, s. 145 vd.

vd.na göre sorumluluğun şartı, ayıbın bilinmesi veya ayıba ilişkin kusurlu bilgisizliktir. Satıcı, ilke olarak malın niteliğine ilişkin herhangi bir araştırma yükümlülüğü altında değildir. Satıcı, uzman bir kişi ise (Fachmann), aydınlatma yükümlülüğü olduğu halin gereklerine göre kabul edilir. Araştırma ve aydınlatma yükümlülüğü, somut olayın özelliğine göre, dürüstlük kuralından, genel örf ve adetten ve ticari teamüllerden kaynaklanabilir[164].

B. Alman Hukukunda

Alman Hukukundaki reformdan önce, ayıp zararı için zararın tazmini yalnızca hile ve vaad edilen niteliğin eksik olması durumunda mümkündü (BGB§463 aF). Bu konudaki eksiklik, kanunda dayanağı olmamakla birlikte doktrinde geliştirilmiş olan "sözleşme öncesi sorumluluk" ve "sözleşmenin müspet ihlali" sebebiyle zararın tazmini talebi ile doldurulmaktaydı. Kanunda zarar tazminine ilişkin bir düzenleme bulunmadığından, hükümlerin yarışması gibi bir sorun da ortaya çıkmamaktaydı[165].

Ancak Alman ayıpsız ifa yükümlülüğü ile yan yükümlerin sınırlandırılmasında yarışma sorunları ortaya çıkmaktaydı. Örneğin, bir vinçte, vincin kullanımı için, kaza önleme düzenlemelerinin öngördüğü tip testi eksikse, bu durum bir taraftan vincin ayıplı olması şeklinde, diğer taraftan uygun sertifikanın tedarikine ilişkin yan yükümlülüğün ihlali şeklinde anlaşılabilmekteydi. Önceki hukukta Alman Federal Mahkemesi, beton hazırlama makinesinin kullanma klavuzunun eksik olmasını, aydınlatma yükümlülüğünün ihlali olarak değerlendirmiştir. Önceki hukukta ayıplı mallar için zararın tazmini talebinin yalnızca hile ve vaad edilen niteliklerin eksikliği durumunda tanınması ve ayıptan doğan taleplerin zamanaşımı süresinin 6 ay olması sebebiyle, ayıp hükümleri dezavantajlıydı. Bu sebeple içtihatlarda da bu durum dikkate alınarak, hem ayıp hem de yan yüküm ihlali olarak

---

164 Basler Komm./Honsell, Vorbem. Art. 197-210, No. 6.

165 BGB'nin ayıba ilişkin düzenlemelerinde, hep ifa engellerine ilişkin genel kurallara ve yaptırımlara atıfta bulunulduğundan, ayıp sorumluluğu ile culpa in contrahendo ve sözleşmenin müspet ihlali arasında herhangi bir yarışma sorunu da ortaya çıkmamaktadır, bkz. Serozan, Yeni Alman İfa Engelleri Hukuku, s. 246.

değerlendirilebilen olaylarda, sonuçlarının daha uygun olması sebebiyle yan yükümlerin ihlal edildiği kabul ediliyordu[166].

Reformdan sonra ise durum değişmiştir. Satıcı BGB §437 Nr.3, BGB §440, BGB §280 ve BGB §281'e göre, maddi ayıp açısından da, ihmalinden bile sorumludur; ayrıca zamanaşımı BGB §438 Abs. 1 Nr.3'te iki yıla çıkarılmıştır. Diğer taraftan alıcı, artık ayıp sebebiyle, hemen sözleşmeden dönememekte, sözleşmenin uygulanması lehine olarak, öncelikle sonraki ifa talebinde bulunmak zorundadır. Karşılıklı menfaatler açısından daha adil bir durum oluşturan bu kurallar bütününde, yan yükümlerin ihlaline öncelik tanımak için bir sebep yoktur. Satıcı tarafındaki ifa eksikliği, maddi ayıp kavrama denk geliyorsa, orada yer almalıdır. Alman Hukukunda artık satım konusu malın satıcı tarafından uygunsuz montajı ve montaj klavuzunun hatalı olması da maddi ayıp olarak düzenlendiğinden ifadaki bu tür eksiklikler, yan yükümlerin ihlali değil, maddi ayıptır[167].

Başka durumlarda da yeni düzenlemeye göre, şimdiye kadar satım konusu eşyanın özelliklerine ilişkin yan yükümlerin ihlalinin kabul edildiği yerlerde, maddi ayıp olup olmadığı her defasında eleştirel biçimde incelenmelidir. Böylelikle, vincin tip testine ilişkin belge eksikliği, BGB §437 vd.nın uygulanması ile maddi ayıp olarak değerlendirilecektir, yoksa yan yükümlere ilişkin BGB §280 vd. ve BGB §323 vd.nın uygulanması ile yan yüküme aykırılık olarak değerlendirilmez. Genel olarak; satım konusu malın sözleşmeye uygunluğuna ilişkin olarak satıcıdan beklenen hareket tarzının, kural olarak öncelikle ayıp kavramı altında ele alınması gerektiği; sözleşmeye aykırı davranışın, ancak ayıp olarak kabul edilemediği hallerde, yan yüküm ihlali olarak değerlendirilmesi gerektiği söylenebilir[168].

IV. HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞU İLE İLİŞKİSİ

Ayıplı ifa, aynı zamanda bir haksız fiil teşkil ediyorsa, ayıba karşı tekeffül sorumluluğu ile haksız fiil sorumluluğu yarışır.

---

166 Haas, Das neue Schuldrecht, V, No. 55.

167 Haas, Das neue Schuldrecht, V, No. 56; Serozan, Yeni Alman İfa İhlalleri Hukuku, s. 234.

168 Haas, Das neue Schuldrecht, V, No. 57.

Haksız fiil talebinin, satıcının sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini değil de, yalnızca genel koruma normlarını ihlal etmesi halinde tanındığına dikkat edilmelidir. Bu sebeple, teslim edilen bozuk sütten yapılan peynir kötü olmuşsa, burada yalnızca sözleşme ihlali mevcuttur, haksız fiil yoktur. Bunun gibi, çürümüş bir sebzenin veya çatlak bir vazonun teslimi haksız fiil teşkil etmez[169]. Buna karşılık elektrik yalıtımı iyi yapılmamış bir ev aletinin satılması halinde veya lokantada çıkan yangında, ayıp hükümleri ile haksız fiil hükümlerinin yarışması kabul edilir[170]. O halde bir fiilin haksız fiil teşkil etmesi için genel tehlikelilik durumunun uygulanabilirliği veya koruma normlarının ihlali gerekir. Bu gibi durumlar, sözleşmenin akdedilmesi ile ilgili olmayıp bir malın tedavüle çıkarılmış olması ile ilgilidir[171].

BK m.96 ile ayıp hükümleri arasındaki yarışmayı muayene ve ihbar külfetlerinin yerine getirilmiş olması şartıyla kabul eden İsviçre Federal Mahkemesinin, BK m.41 ile ayıp hükümleri arasındaki yarışma konusunda farklı yönde kararları mevcuttur[172]. Federal Mahkeme, eser sözleşmesine ilişkin bir kararda[173], muayene ve ihbar külfetleri yerine getirilmemiş olmasına rağmen haksız fiil hükümlerine dayalı tazminat talebini kabul etmiş, ancak satım sözleşmesine ilişkin bir kararında bunu reddetmiş, yani ayıp ihbarında bulunulmamış olması sebebiyle haksız fiil hükümlerinin uygulanamayacağına karar vermiştir[174]. Ancak

---

169 Basler Komm./Honsell, Vorbem. Zu Art. 197-210, N.7, s. 1143; Genel koruma normları konusunda bkz. Alfred Keller, **Haftpflicht im Privatrecht**, Bern 2002, s. 133 vd.; Yargıtay bir kararında, alıcının satın alınan otobüsün boyasının bozulduğu, kaportasının kullanılmaz hale geldiği iddiasıyla satıcıya karşı haksız fiil hükümlerine dayalı olarak başvuracağını kabul etmiştir, bkz. 4. HD, 15.2.2005, 7799/1330 (www.kazanci.com). Ancak bu olayda ayıplı ifa fiili, genel koruma normlarını ihlal etmemektedir, bu sebeple de haksız fiil olarak nitelendirilemez.

170 Gümüş, s. 117.

171 Basler Komm./Honsell, Vorbem. Zu Art. 197-210, No. 7.

172 Bucher ve Buz, s. 172, dp. 40g.; Keller ve Siehr, s. 107.

173 BGE 67 II 257 E.3.

174 BGE 67 II 132 vd., bu kararda 18 karat olarak belirtilmiş ancak gerçekte 14 karat olan bir altın saat söz konusudur; 67 II 136'da koruma normunun ihlaline dikkat çekilmektedir; haksız fiil hükümlerinin uygulanabilmesi için ayıba ilişkin özel şartların gerçekleşmesi gerektiği yönünde bkz. Schubiger, s. 139.

daha sonraki bir kararında ihbar külfetinin haksız fiil talebinde uygulanmasını zımnen reddederken[175], bir başka kararında, konuyu çözümsüz bırakmıştır[176].

Federal Mahkeme, taraflar arasında BK m.196 çerçevesinde yapılmış sorumsuzluk anlaşması varsa, bu anlaşmanın haksız fiil sorumluluğunu da ortadan kaldıracağı görüşündedir[177]. Ancak hakim görüş, Federal Mahkemenin bu görüşünü kabul etmemekte, haksız fiil sorumluluğunun niteliği, hukuki temeli ve amacı, ayıba karşı tekeffül sorumluluğundan tamamen farklı olduğundan, ayıp sorumluluğuna ilişkin hükümlerin, haksız fiil sorumluluğunda uygulanmaması gerektiğini ileri sürmektedir[178] .

Ayıp sorumluluğunun tabi olduğu zamanaşımı süresinin, haksız fiilden kaynaklanan taleplere de uygulanması konusu tartışmalıdır. Hakim görüş, tekeffül hukukuna özgü kuralların haksız fiil hukukuna uygulanmasını haklı olarak eleştirmektedir[179]. Sorun şu noktada önem taşır: Ayıplı mal teslimi sebebiyle alıcının diğer malvarlığında bir zarar ortaya çıkmış ve satıcı yalnızca sözleşmesel bir yükümlülüğü değil de genel bir koruma yükümünü ihlal etmişse, alıcı ayıptan doğan hakların yanı sıra haksız fiilden doğan bir talep hakkına sahip olur. Bu durum özellikle, zararın ilk olarak ayıp zamanaşımı geçtikten sonra ortaya çıkması durumunda önem taşır. Eğer haksız fiilden kaynaklanan talebe de ayıp zamanaşımı uygulanırsa, talep, zararın ortaya çıkmasından önce zamanaşımına uğramış olur[180].

Ayıp hükümlerine başvuramayan alıcının, haksız fiil hükümleri çerçevesinde isteyeceği tazminatın kapsamı, yalnızca bütünlük menfaatinin ihlalinden

---

175 İhbar külfetinin haksız fiilden kaynaklanan taleplere de uygulanmasını zımni olarak reddeden Federal Mahkeme kararı için bkz. BGE 64 II 257.

176 BGE 90 II 89.

177 BGE 107 II 168 E. 8a, bu olayda ayıbı takip eden zarar yoktur, toprağı mazotla kirlenmiş bir taşınmaz satışı söz konusudur; Ayıplı bir mülkiyetin sağlanması, kavramsal olarak mülkiyet ihlali anlamına gelmez. Alıcının zararı mülkiyet ihlalinden kaynaklanmaz, örneğin topraktaki maddenin giderilmesi için yapılan zorunlu masraflardan kaynaklanır. Bu karardaki haksız fiil talebi, yalnızca petrol tankları veya petrol nakil hatlarına ilişkin kamu hukukuna ilişkin koruma normunun ihlalinden çıkarılabilir, bkz. Basler Komm./Honsell, Vorbem. zu Art. 197-210, No. 7.

178 Gümüş, ss. 117-118; Keller ve Siehr, s. 107; Bucher, OR BT, s. 107; Basler Komm./Honsell, Vorbem. Zu art. 197-210, No.7.

179 Basler Komm./Honsell, Art. 210, No. 3; Giger, Art. 210, No.23; Bucher, OR BT, 107.

180 Basler Komm./Honsell, Art. 210, No. 3.

kaynaklanan zararlar ile sınırlıdır[181]. Zarar gören alıcı, haksız fiil hükümlerine göre, ifa menfaatinin tazminini de isteyemez[182]. Zira haksız fiil, genel koruma normlarını ihlal eden fiildir.

V. ÜRETİCİNİN SORUMLULUĞU İLE İLİŞKİSİ

A. Genel Olarak

1. Üretici Kavramı

Direktifin 3. maddesinin birinci fıkrasında üretici "Bir nihai ürünü, hammaddeyi veya bütünleyici parçayı üreten kişi ile ürünün üzerine adını, markasını veya diğer ayırıcı bir işaretini koyarak kendisini üretici olarak gösteren kişiler" olarak tanımlanmıştır. Direktifin 3. maddesinin ikinci fıkrasına göre, "Üreticinin sorumluluğuna dokunulmamak üzere, ticari faaliyeti çerçevesinde, satış, kiralama, leasing amacıyla veya başka bir sürüm tarzıyla ürünü Topluluğa ithal eden herkes, bu Direktif anlamında üretici sayılır ve üretici gibi sorumlu olur." Direktifin 3. maddesinin 3. fıkraısnda da "Üreticinin kim olduğu belirlenemezse, ürünün sağlayıcısı olan herkes, zarar görene uyun süre içinde ürünün üreticisinin veya ürünü kendisine sağlayan kişinin kim olduğunu bildirmediğnde, o ürünün üreticisi kabul edilir. İthal edilen ürünlerde de, üreticinin kim olduğu belirli olsa bile, ikinci fıkra anlamında ürünün ithalatçısı belirlenemiyorsa, aynı çözüm geçerlidir." hükmü yer almaktadır.

Bu düzenleme çerçevesinde Ürün Sorumluluğu direktifi kapsamında üretici kavramı geniş anlaşılmakta; 3/I'de tanımlanan üretici dışında; ürünün ithalatçısı ve belirli şartların gerçekleşmesi halinde ürünün sağlayıcıları da üretici kavramına dahil edilmektedir[183].

TKHK m.4/II son cümle'ye göre, "Tüketici bu seçimlik haklarından biri ile birlikte ayıplı malın neden olduğu ölüm ve/veya yaralanmaya yol açan ve/veya kullanımdaki diğer mallarda zarara neden olan hallerde **imalatçı-üreticiden** tazminat

---

181 Bütünlük menfaati kavramı için bkz. Niklaus Lüchinger, **Schadenersatz im Vertragsrecht**, Freiburg 1999, No. 344 vd.

182 Reinicke ve Tiedtke, No.862; Bucher ve Buz, s. 173, dp. 40 h.

183 Havutçu, Üreticinin Sorumluluğu, s. 89 vd.

isteme hakkına da sahiptir." TKHK m.3/ı'ya göre imalatçı-üretici "Kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere tüketiciye sunulmuş olan mal veya hizmetleri ya da bu mal veya hizmetlerin hammaddelerini yahut ara mallarını üretenler ile mal üzerine kendi ayırtedici işaretini, ticari markasını veya unvanını koyarak satışa sunanları" ifade eder.

"Ayıplı Malın Neden Olduğu Zararlardan Sorumluluk Hakkında Yönetmelik"te[184] ise İmalatçı-Üretici: Kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere tüketiciye sunulmuş olan malları veya bu malların hammaddelerini veya ara mallarını üreten ile mal üzerine kendi ayırt edici işaretini, ticari markasını veya unvanını koyarak satışa sunanları veya satışa sunmak amacıyla ithal edenleri" ifade eder. İthalatçının, üreticinin sorumluluğu hükümleri çerçevesinde sorumlu olduğu, yönetmelikle düzenlenmiş olmaktadır[185].

Üreticinin sorumluluğu kapsamında, tüketiciler, hammadde ve ara mal üreticilerine doğrudan başvurabilmekle birlikte, bu kişilerin sorumluluğu, yalnızca kendi ürünlerinin hatalı olması hali ile sınırlıdır. Bu sebeple, ara mal ve hammadde üreticilerine, sorumluluktan kurtulma imkanı getirilmiştir. Bu kişiler, maldaki ayıbın, ara malın veya hammaddenin kullanıldığı nihai ürünün tasarımı veya üreticinin talimatlarından kaynaklandığını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir[186] (Direktif 7/f; Yönetmelik m.7/II). TKHK Tasarı Taslağında da, bu husus açıkça ifade edilmiştir.

2. Üreticinin Sorumluluğunun Konusu

Üreticinin sorumluluğu, üreticinin, piyasa sürdüğü ürünün hatalı olmasından kaynaklanan zararlar sebebiyle tazminat sorumluluğudur. Üreticinin sorumluluğunun

---

184 Bkz. 13.06.2003 tarih, 25137 sayılı Resmi Gazete.

185 Havutçu, Üreticinin Sorumluluğu, s. 128; Antalya, s. 609 vd.; Emrah Kulaklı, **Ürün Sorumluluğu ve Ayıp Kavramı**, 2009, s. 12; TKHK Tasarı Taslağının 4/C maddesinin 10. fıkrasında ise, ithalatçı ve sürüm zincirine katılan diğer kişilerin sorumluluğuna ilişkin olarak "İmalatçının tespit edilemediği hallerde ithalatçı, ithalatçının tespit edilemediği hallerde ürünü piyasaya süren her kişi, zarar görenin talebi üzerine uygun bir süre içinde imalatçının veya kendisine ürünü tedarik etmiş olan kişinin ismini açıklamadığı takdirde imalatçı olarak değerlendirilir. İmalatçının ismi belli olsa da, kimin tarafından ithal edildiği anlaşılamayan ürünler açısından da ürünü piyasaya süren kişi imalatçı olarak kabul edilir." Hükmü getirilmiştir.

186 Çiğdem Kırca, **Ürün Sorumluluğu**, Ankara 2007.

unsurları, ürünün hatalı olması ve üründeki hatanın ölüm, yaralanma veya eşyanın hasara uğraması şeklinde bir zarara neden olmasıdır[187].

Üreticinin sorumluluğunda ürün kavramı içine her türlü taşınır mal girer[188].

Üründeki hata nedeniyle ürünün uğradığı zararlar, üreticinin sorumluluğu kapsamında değildir. Üreticinin sorumluluğu yalnızca, ölüm ve yaralanma sonucu ortaya çıkan bedensel zararlar ile hatalı ürün dışındaki diğer malların[189] uğradığı zararları kapsar. Bu zararlar, bütünlük menfaatinin ihlalinden doğan zararlardır ve doktrinde ayıba refakat eden zarar olarak da nitelendirilmektedir[190].

B. Üreticinin Sorumluluğu ile Ayıba Karşı Tekeffül Sorumluluğu Arasındaki Farklar

Üreticinin sorumluluğu ile ayıba karşı tekeffül sorumluluğu, farklı amaçlara yönelik, farklı hukuki menfaatleri koruyan ve koşulları farklı olan iki ayrı hukuki kurumdur[191]:

Üreticinin sorumluluğunun dayanağı, üretilen ve piyasaya sürülen hatalı ürün iken, ayıp sorumluluğunun dayanağı satım konusu malın ayıplı olmasıdır.

---

187 Havutçu, Üreticinin Sorumluluğu, s. 21, s. 70; Kırca, s. 125 vd.; Antalya, s. 612 vd.; Keller, Haftpflichtrecht, Bern 2002, s. 361; Roberto Vito, **Haftpflichtrecht**, Zürich 2002, 10, No. 359 vd.

188 Ürün çeşitleri konusunda bkz. Oğuz Sadık Aydos, **Ürün Sorumluluğu**, Ankara 2009, (Ürün Sorumluluğu), s. 132 vd.; Taşınmaz mallar, fikir ve sanat ürünleri ve hizmet edimleri, ürün kavramına dahil değildir, bkz. Havutçu, Üreticinin Sorumluluğu, s. 21; Kulaklı, s. 16.

189 Malda meydana gelen zarardan üreticinin sorumlu tutulabilmesi için Direktif m. 9/b'de, malın alışılmış biçimde kişisel kullanım veya tüketim amacına yönelik olması ve malın zarar gören tarafından fiili olarak da bu amaçla kullanılıyor olması aranmaktadır; dolayısıyla mesleki kullanım amacı ile alınan mallarda üreticinin sorumluluğu hükümleri uygulanmamaktadır; ancak eşya karma amaçla kullanılmaya elverişli ise eşyanın fiilen hangi amaca tahsis edildiğine bakılmalıdır; fiilen kişisel kullanıma tahsis edilen eşya da üreticinin sorumluluğu kapsamındadır; bkz. Havutçu, Üreticinin Sorumluluğu, s. 87; Kırca, s. 157 vd.; Aydos, Ürün Sorumluluğu, s. 185 vd.; Vito, §10, No. 360.

190 Havutçu, Üreticinin Sorumluluğu, ss. 22, 81; Bilge Öztan, **İmalatçının Sorumluluğu**, Ankara 1982, s. 22; Basler Komm./Honsell, Vorbem. Zu Art. 197-210, No. 8; Kırca, ss. 87-88; Kulaklı, s. 20.

191 Havutçu, Üreticinin Sorumluluğu, s. 24.

Ürünün hatalı olması, üründe başkasının malvarlığı veya beden bütünlüğü için zarar tehlikesi yaratan bir eksiklik olmasıdır. Ürün, tüm hal ve şartlar dikkate alındığında, orta vasıflara sahip potansiyel kullanıcı çevresinin üründen beklemekte haklı olduğu güvenliği sağlayamıyorsa, hatalıdır[192].

Ayıp ise, sözleşme konusu malın, vaad ettiği nitelikler ve lüzumlu nitelikler dikkate alındığında, sahip olması gereken nitelikleri taşımamasıdır[193].

Sözleşme konusu malın ayıplı olması, edim ve karşı edim arasındaki denklik ilişkisinin (Aquivalenzverhaeltnis) bozulmasına neden olur, bu durum da edimler arasındaki mübadele amacını ve alacaklının ifa menfaatini zedeler. Ayıba karşı tekeffül borcunun temel amacı da bozulan bu dengenin yeniden kurulmasıdır[194]. Ayıplı mal teslimi durumunda alıcıya tanınan seçimlik haklarla bu dengenin tekrar kurulması amaçlanır. Dolayısıyla ayıba karşı tekeffül sorumluluğunda asıl amaç, alacaklının edimler arasındaki mübadele amacının ihlali sebebiyle zarar gören ifa menfaatini korumaktır.

Üreticinin sorumluluğunda ise, genelin, can ve mal güvenliği için tehlike yaratan, güvenli olmayan ürünün piyasaya sürülmesi sebebiyle ortaya çıkan zararlara karşı korunması amaçlanır. Burada kişilerin ifa menfaatlerinin korunması değil, bütünlük (koruma) menfaatlerinin korunması amaçlanır[195].

Üreticinin sorumluluğunda, tazminat zarar görenle üretici arasında kurulan borç ilişkisinin asli içeriğini teşkil etmekteyken, ayıba karşı tekeffül sorumluluğunda tazminat tali niteliktedir. Üreticinin sorumluluğu için, zarar gören ile üretici arasında önceden bir sözleşme ilişkisinin olması ve bu sözleşme ilişkisinin ihlali koşul olarak aranmamaktadır. Tazminat borcunun dayanağı olan hukuki ilişki tamamen bağımsız

---

192 Havutçu, Üreticinin Sorumluluğu, ss. 21-22, 31; Vito, §10, No. 67 vd.; Aydos, Ürün Sorumluluğu, s. 148 vd.

193 TKHK m.4/I'deki tanımda ayıba sebep olan nitelik eksikliği tanımlanırken, objektif bir ölçüt olarak malın "ondan beklenebilecek güvenliği sağlamaya yeterli olup olmaması" esas alınmamıştır. Dolayısıyla bu hüküm ile düzenlenen üreticinin sorumluluğuna sebep olan hata kavramı değil, ayıba karşı tekeffül sorumluluğuna sebep olan ayıp kavramıdır, bkz. Havutçu, Üreticinin Sorumluluğu, ss. 27-28.

194 Havutçu, Üreticinin Sorumluluğu, s. 33; Aynı yönde Öztan, s. 31.

195 Havutçu, Üreticinin Sorumluluğu, s. 34; Atamer, TKHK m.4-Eleştiriler, s. 94; Kulaklı, s. 100.

bir borç ilişkisidir ve tazminat borcu da söz konusu borç ilişkisinin asli içeriğidir. Üreticinin sorumluluğundaki tazminat talebi, zarar görenin bütünlük menfaatinin ihlalinden kaynaklanmaktadır. Bu sebeple, üreticinin sorumluluğuna ilişkin hükümler, tüketicinin bütünlük menfaatini koruyan asli hükümlerdir[196].

Ayıba karşı tekeffül sorumluluğunda [197] seçimlik haklarla birlikte alıcıya/tüketiciye tanınan tazminat talebi ise tali niteliktedir. Tazminat borcunun doğması için öncelikle tazminat talep eden ile tazminattan sorumlu olan kişi arasında bir sözleşme ilişkisi olmalı, bu sözleşme ilişkisinden doğan borç gereği gibi ifa edilmemiş olmalıdır. Ayıba karşı tekeffül borcunda, tazminat talebinin tali nitelikte olmasının yanı sıra, tazminat talebi içinde de bütünlük menfaatleri tali bir önem taşımaktadır. Ayıp sorumluluğunda ayıplı mal teslimiden kaynaklanan zararların tazmini ile, zedelenen ifa menfaatinin tam olarak sağlanması amaçlanır. Çünkü seçimlik hakkın kullanılması, ayıplı ifa ile zedelenen mübadele amacının ve ifa menfaatinin yeniden sağlanması için tek başına yeterli olmayabilir. Bir başka ifadeyle ayıp sorumluluğundaki tazminatın asli amacı, ifa menfaatinin sağlanmasıdır. Bu sebeple bütünlük menfaatleri ayıba karşı tekeffül sorumluluğunda tali niteliktedir[198].

Üreticinin sorumluluğunda, üretici yalnızca ölüm ve yaralanma sonucu ortaya çıkan bedensel zararlar ve hatalı ürün dışındaki diğer malların uğradığı zararlardan sorumludur. Hatalı ürünün kendisinde ortaya çıkan zarar, hatalı ürünün onarımda olduğu süre içinde kullanılamamasından doğan kazanç yoksunluğu, üründen beklenen yararın gerçekleşmemesi şeklinde ortaya çıkan zararlar, sorumluluk

---

196 Atamer, TKHK m.4-Eleştiriler, s. 94.

197 Borçlar Kanununa tabi sözleşmelerde ayıplı ifa durumunda alıcıya yalnızca dönme hakkı ile birlikte tazminat isteme hakkı tanınmıştır. Ancak hakim görüşe göre, alıcı diğer seçimlik haklarla birlikte BK m.96 gereğince tazminat isteyebilir. TKHK'da ise, tüketiciye seçimlik haklarının yanı sıra tazminat isteme hakkı tanınmıştır. TKHK'da 2003 yılında yapılan değişiklikle, söz konusu hükümde, "üreticinin sorumluluğu" kurumu düzenlenmiş olsa da, maddenin önceki metninde "Ayıplı maldan ve/veya ayıplı malın neden olduğu her türlü zarardan dolayı tüketiciye karşı satıcı, bayi, acenta, imalatçı-üretici ve ithalatçı, müştereken ve müteselsilen sorumludurlar…" şeklideki düzenleme ile tüketicinin ayıplı ifa nedeniyle tazminat talep etme hakkı açıkça düzenlenmişti.

198 Havutçu, Üreticinin Sorumluluğu, s. 35 vd.

kapsamı dışındadır. Ayıba karşı tekeffül borcunda ise bu zararlar, sorumludan talep edilebilir[199].

Ayıplı olma ve hatalı olma birbirinden farklı kavramlar olduğu için bir ürünün ayıplı ama hatasız olması veya hatalı ama ayıpsız olması mümkün olduğu gibi aynı ürünün hem ayıplı hem de hatalı olması da mümkündür. Örneğin, piyasaya sürülen temizlik maddesinin reklamında, renkleri soldurmayacağı belirtilmiş fakat halının renkleri solmuşsa, ortada bir ayıp vardır. Ancak temizlik maddesi, halının renklerini soldurmadan temizliyor olmasına rağmen bileşimindeki bir madde sağlığa zararlı olduğundan cilt hastalıklarına neden oluyorsa, ürün güvenli değildir ve üreticinin sorumluluğu söz konusu olur. Temizlik maddesi hem halının renklerini solduruyor hem de cilt hastalıklarına sebep oluyorsa, bu ürün hem ayıplı hem de hatalıdır[200].

Ürünün hem hatalı hem de ayıplı olması, ayıp sayılan eksikliğin aynı zamanda ürünün güvenliği anlamında hata teşkil etmesinden de kaynaklanabilir. Örneğin, fren düzeneği hatalı üretilmiş bir otomobil, ondan beklenen tahsis amacı dikkate alındığında, yola elverişli olmadığı için ayıplıdır ve satıcının ayıba karşı tekeffül borcu sebebiyle sorumluluğuna yol açar. Aynı eksiklik, otomobilden beklenen asgari ölçülerdeki güvenliği sağlamadığı için aynı zamanda hata teşkil eder ve üreticinin sorumluluğuna yol açar[201].

Üreticinin sorumluluğunda, potansiyel olarak zarar görme riski altında olan herkes, zararının tazminini isteyebilir. Üreticinin sorumluluğu kapsamında zararını tazmin ettirecek kişi, öncelikle ürünün alıcısıdır. Ancak alıcı dışında, ürünle teması olan, alıcının etki ve egemenlik alanındaki kişiler de risk altındadır. Bundan başka hatalı ürünün, ürünle hiç ilgisi olmayan üçüncü kişilere zarar vermesi de mümkündür. Bu sebeple üreticinin, ürünün yarattığı risk alanına dahil edilebilecek herkese karşı sorumlu olması esastır. Örneğin, hatalı üretilmiş bir otomobil sebebiyle otomobili satın alan kişi, onun aile bireyleri, misafirleri, sürücü, otomobilin hatalı olması sebebiyle risk altına olan kişilerdir. Bu kişilerin yanı sıra hatalı üretilen

---

199 Havutçu, Üreticinin Sorumluluğu, s. 37; Kırca, s. 88; Kulaklı, s. 107.

200 Havutçu, Üreticinin Sorumluluğu, s. 32; Gümüş, s. 118.

201 Havutçu, Üreticinin Sorumluluğu, s. 33.

otomobilin tekerleğinin fırlaması, freninin boşalması nedeniyle yoldan geçmekte olan bir yaya veya diğer araçlardaki üçüncü kişiler de risk altında olan kişilerdir[202].

Ayıba karşı tekeffül sorumluluğunda ise seçimlik haklar ve tazminat isteme hakkı sözleşmenin tarafına aittir. Bu noktada üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kuramından yararlanarak, alıcının etki ve egemenlik alanındaki kişilerin de tazminat talep etmesi mümkündür, ancak tamamen tesadüf sonucu zarara uğrayan üçüncü kişiler bu kuramın kapsamında yer almadıklarından, üçüncü kişilerin tekeffül sorumluluğu çerçevesinde tazminat talep etme hakkı yoktur[203].

Üreticinin sorumluluğu ile ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun yarışması, ancak satıcının aynı zamanda üretici sıfatına sahip olması ve ayıplı ürünün aynı zamanda hatalı ürün niteliğinde olması halinde söz konusu olur[204].

C. Üreticinin Sorumluluğunun Türk Hukukunda Düzenlenişi

1. Mevcut Düzenleme

Türk Hukukunda üreticinin sorumluluğu, TKHK m.4/II, c.4'te düzenlenmiştir. Bu hükme göre "…Tüketici bu seçimlik haklarından biri ile birlikte ayıplı malın neden olduğu ölüm ve/veya yaralanmaya yol açan ve/veya kullanımdaki diğer mallarda zarara neden olan hallerde imalatçı-üreticiden tazminat isteme hakkına da sahiptir." Bu kanuna dayalı olarak çıkarılan "Ayıplı Malın Neden Olduğu Zararlardan Sorumluluk Hakkında Yönetmelik" m. 6/I'de imalatçı-üreticinin doğan zararı, kusuru aranmaksızın tazmin etmekle yükümlü olduğu düzenlenmiştir.

Mevcut Kanuni düzenleme sebebiyle Türk Hukuku açısından üreticinin sorumluğunun, kusur sorumluluğu mu yoksa kusursuz sorumluluk mu olduğu hususu

---

202 Havutçu, Üreticinin Sorumluluğu, ss. 22, 107; Öztan, ss. 28-29; Kulaklı, s. 20; Ancak TKHK daki düzenleme açısından, tesadüfi biçimde zarar gören üçüncü kişiler, yalnızca haksız fiil hükümlerine dayanarak üreticiyi sorumlu tutabilirler, bkz. Havutçu, Üreticinin Sorumluluğu, s. 137.

203 Havutçu, Üreticinin Sorumluluğu, s. 37; Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kuramı hakkında bkz. Damla Gürpınar, **Sözleşme Dışı Yanlış Tavsiyede Bulunma, Öğüt ve Bilgi Vermeden Doğan Hukuki Sorumluluk**, İzmir 2006, s. 200 vd.; Haluk Tandoğan, **Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini**, Ankara 1963, (Üçüncü şahsın zararının Tazmini), s. 164 vd.

204 Gümüş, s. 120.

tartışmalıdır. Temel problem, kanunla getirilmesi gereken kusursuz sorumluluğun, yönetmelikle düzenlenmiş olmasıdır[205].

Bundan başka TKHK m.4'te, hem ayıba karşı tekeffül sorumluluğu hem de üreticinin sorumluluğu birlikte düzenlenmeye çalışılmıştır. Üreticinin sorumluluğun düzenlendiği cümle, tüketicinin ayıp sebebiyle sahip olduğu seçimlik hakların düzenlendiği fıkrada yer almaktadır. Kanunkoyucu, 4. maddeye ilişkin değişiklik gerekçesinde, tüketicinin seçimlik haklarıyla birlikte isteyebileceği tazminatın 85/374 sayılı AB direktifi esas alınarak düzenlendiğini belirtmiştir. Ancak üreticinin sorumluluğu, TKHK dışında bağımsız bir kanunla düzenlenmesi gereken, tüketici satışlarından ve ayıp sorumluluğundan tamamen farklı bağımsız bir sorumluluk kaynağıdır [206] . Bu sebeple Kanunkoyucunun bu düzenlemesi doktrinde eleştirilmektedir. Modern hukuklarda da üreticinin sorumluluğu, satıcı-sağlayıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğundan bağımsız bir sorumluluk türü olarak düzenlenmiştir.

Birbirinden farklı işlevleri olan iki farklı hukuki kurumun aynı madde içinde birlikte düzenlenmesi, çözülmesi güç birtakım problemleri beraberinde getirmektedir:

TKHK m.4/III'te imalatçı-üreticinin de ayıplı maldan ve tüketicinin bu maddede yer alan seçimlik haklarından dolayı müteselsilen sorumlu olduğu belirtilmiştir. TKHK m.4/II, c.4'te, ayıptan sorumluluğun yanı sıra, yalnızca üretici

---

[205] Bir görüşe göre, TKHK'da düzenenen üreticinin sorumluluğu kusursuz sorumluluk niteliğindedir, zira 2003 tarihli "Ayıplı Malların Neden Olduğu Zararlardan Sorumluluk Hakkında Yönetmelik"te, Üreticinin Sorumluluğu 85/374 sayılı AB direktifi esas alınarak kusursuz sorumluluk olarak düzenlenmiştir, ayrıca kanunda yer alan "Satılan malın ayıplı olduğunun bilinmemesi bu sorumluluğu ortadan kaldırmaz." hükmü de Türk Hukukunda üreticinin sorumluluğunun kusursuz sorumluluk olduğunun bir göstergesidir, bkz. Gümüş, s. 119; Kırca, ss. 94-95; Kulaklı, ss. 101-102; bu yönde bkz. Aydos, Ürün Sorumluluğu, 95; Şahiniz, s. 186; Aksi yönde Çağlar Özel, "Tüketicinin Korunması Açısından Ayıplı Maldan Doğan Sorumluluk Kapsamında Yapımcının Sorumluluğu", **Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan**, İstanbul 2000, ss. 771-819, (Yapımcının Sorumluluğu), s. 799; Diğer görüş ise, yönetmelikle kusursuz sorumluluk getirilemeyeceğinden, üreticinin sorumluluğunun tabi olduğu koşulların, yönetmelik hükümleri dikkate alınmaksızın TKHK m.4 çerçevesinde belirlenmesi gerektiği yönündedir. Bu görüşe göre bu durumda da Direktif hükümlerine uygun bir sorumluluk getirilememiş olacaktır. Bu sebeple hukukumuzda üreticinin sorumluluğu konusunda örtülü bir boşluk vardır, bkz. Havutçu, Üreticinin Sorumluluğu, ss. 117-118.

[206] Havutçu, Üreticinin Sorumluluğu, s. 24.

için ayıplı malın neden olduğu ölüm, yaralanma veya kullanımdaki diğer mallarda meydana gelen zararlar sebebiyle bir tazminat yükümlülüğü getirilmiştir. Bu durumda üretici hem ayıba karşı tekeffül borcu sebebiyle müteselsilen sorumlu olmakta hem de malın ayıplı olması sebebiyle her türlü zarardan değil, yalnızca üreticinin sorumluluğuna sebep olan zararlardan dolayı sorumlu olmaktadır. Ancak bu düzenleme doktrinde eleştirilmektedir. Şöyle ki; mevcut kanuni düzenleme karşısında, üreticinin tazminle yükümlü olduğu zarar kalemlerine ilişkin sınırlama yapılması, tazminat yükümlülüğünün doğması için gerekli koşulları, ayıba karşı tekeffül borcundan bağımsız olarak belirlemeye elverişli ve yeterli değildir; bu durumda, üreticinin sorumluluğu için, ayıba karşı tekeffül borcunun maddi ve şekli koşullarının gerçekleşmesi aranacaktır ki bu durum amaca uygun düşmemektedir[207]. Bundan başka kanunkoyucu satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğu sebebiyle tazminat ödeme yükümü ile üreticinin sorumluluğundaki tazminat ödeme yükümlülüğünü birbirine karıştırmıştır. Esasen bu fıkrada düzenlenmesi gereken alıcının, malın ayıplı olması sebebiyle sahip olduğu seçimlik haklarla birlikte tazminat isteme hakkına da sahip olduğudur. Ancak hükümde ayıplı mal sebebiyle satıcının tazminat yükümlülüğü değil üreticinin sorumluluğu düzenlenmiştir.

Üreticinin sorumluluğunun TKHK'da düzenlenmesinin başka bir olumsuz yanı üreticinin sorumluluğu anlamında hatalı ürün ile ayıba karşı tekeffül sorumluluğunda ayıplı mal kavramı birbirinden farklı olmasındadır[208]. 85/374 sayılı AB direktifi kapsamında ürün, her türlü taşınır mal iken, TKHK kapsamında taşınır eşya dışında konut ve tatil amaçlı taşınmaz mallar da ürün niteliğinde olmaktadır. ATAD kararlarının Ürün Sorumluluğu Direktifini minimum değil, maksimum Direktif olarak nitelendiren kararları dikkate alındığında, üreticinin sorumluluğunun Türk Hukukunda da direktife uygun olarak değiştirilmesi gerekmektedir[209].

---

207 Havutçu, Üreticinin Sorumluluğu, ss. 118-119; Kırca, Kanunkoyucunun 85/374 sayılı Direktifi Türk hukukuna aktarma amacı ve üreticinin sorumluluğunu düzenleyen TKHK m.4/II, c.2'de sorumluluğun belirli zararlarla sınırlandırılmış olmasından hareketle, üreticinin sorumluluğunun ayıba karşı tekeffül sorumluluğuna bağlı bir sorumluluk olarak düzenlenmediği görüşündedir, bkz. ss. 85 vd., 130.

208 Havutçu, Üreticinin Sorumluluğu, s. 120 vd.

209 Kırca, s. 183.

Üreticinin sorumluluğunun Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda düzenlenmiş olmasının diğer olumsuzluklarını belirleyebilmek için, üreticinin hangi ürünler sebebiyle, kime karşı, hangi zararlardan sorumlu olduklarının cevaplandırılması gerekir:

Üreticinin sorumluluğuna ilişkin direktifte, ürün, başka bir taşınır veya taşınmazla birleştirilmiş olsa bile her türlü taşınır eşya olarak tanımlanmıştır. Dolayısıyla hatalı ürünün, kişisel kullanım veya tüketim amacına hizmet eden bir ürün olabileceği gibi, mesleki veya ticari amaçlara hizmet eden bir ürün olması da mümkündür. Oysa Türk Hukuku açısından, ürün kavramına giren malların kapsamı daraltılmıştır. Şöyle ki; TKHK m.3. maddesi anlamında mal, tüketici işlemine konu olan bir maldır; dolayısıyla tüketim malı niteliğinde olması gerekir. Bu sebeple mevcut düzenleme çerçevesinde bir iş makinesi veya bir otobüs hatalı üretilmişse, bu hata sebebiyle ortaya çıkan zararlar için üreticinin sorumluluğuna gidilemeyecektir[210].

Üreticinin sorumluluğunun TKHK'da düzenlenmesinin bir diğer olumsuz yanı, sorumluluğun, bir tüketici işlemine taraf olmaya bağlanmış olmasıdır. Zira TKHK m.4'te, tüketicinin tazminat talep edebileceği düzenlenmiştir. Bunun yanı sıra bizzat malı edinen tüketici dışında aile bireylerinin ve misafirlerin bir zararları olursa, bu kişiler tüketici sıfatını taşımadıkları için, doğrudan doğruya üreticinin sorumluluğuna başvuramamakla birlikte üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme çerçevesinde üreticiye başvurabilirler[211]. Ancak tüketicinin etki alanı dışındaki kişiler, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme çerçevesinde dahi üreticiye başvuramayıp yalnızca haksız fiil hükümlerine göre üreticiye başvurabilirler[212]. Oysa, potansiyel olarak zarar görme riski altında olan herkes, üreticinin sorumluluğu çerçevesinde zararının tazminini isteyebilmelidir. Çünkü üreticinin sorumluluğu

---

210 Havutçu, Üreticinin Sorumluluğu, ss. 69, 122.

211 Tandoğan, Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, s. 158 vd.

212 Bkz. Havutçu, Üreticinin Sorumluluğu, ss. 136-137; TKHK'daki tüketici tanımının "Bir mal veya hizmeti ticari veya mesleki olmayan amaçlarla edinen, kullanan veya yararlanan gerçek ya da tüzel kişi" olarak değiştirilmesinden sonra, tüketicinin ticari ve mesleki olmayan amaçlarla hareket eden ancak bir hukuki işlemin tarafı olmayan kişi de olabileceği, dolayısıyla üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme ilişkisine gerek kalmaksızın aile bireylerinin ve misafirlerin de tüketici sıfatıyla üreticinin sorumluluğuna başvurabileceği yönünde bkz. Kırca, s. 235; İ. Yılmaz Aslan, **Tüketici Hukuku**, İstanbul 2006, ss. 9, 242.

kurumunun amacı, ürünün hatalı olması nedeniyle başkalarının bütünlük menfaatlerinin ihlal edilmesi sonucunda, riski üreticinin üstlenmesini sağlamaktır. Nitekim direktifte de kişiye gelen zararlar bakımından herhangi bir ayrım yapılmamıştır. Dolayısıyla zarar gören kim olursa olsun üreticinin sorumluluğuna başvurabilmesi gerekir[213].

Şeye ilişkin zarar konusunda ise direktife göre, zararın "kişisel kullanım veya tüketime tahsis edilmiş bir eşya"ya gelmiş olması gerekir. Dolayısıyla tüketici sıfatı burada önem kazanmaktadır. Ancak Direktif kapsamında şeye ilişkin zararlarda da tüketici sıfatı, bir tüketici işlemine taraf olmaya bağlanmamış, "eşyanın kullanım ve tahsis amacına göre", zarar görenin tüketici sıfatıyla zarara uğradığı kabul edilmiştir[214]. Direktif ile TKHK arasında şeye ilişkin zarar açısından ortaya çıkan farklılık; Direktif kapsamında, zarar gören eşyanın, kişisel kullanım veya tüketime tahsis edilmiş bir eşya olması gerekirken, TKHK'da bu hususta bir ayrım yapılmamış olmasıdır. Dolayısıyla mevcut düzenleme açısından tüketicinin kişisel kullanım veya tüketime tahsis edilmiş eşyası dışında, mesleki ve ticari faaliyeti için aldığı eşyalar da ürün sorumluluğu kapsamında, zarar gören eşya olarak değerlendirilecektir[215].

85/374 sayılı AB Direktifine göre üreticinin sorumluluğunda, ürünün hatalı olması sebebiyle yalnızca üretici sorumlu değildir. Hatalı ürün sebebiyle ortaya çıkan zararlardan, sürüm zincirine katılan ithalatçı, bayii, acente, nihai satıcı da sorumludur. Ayıba karşı tekeffül sorumluluğunda, ayıptan sorumlu olan kişi satıcıdır. Tüketici satımlarında ise TKHK m.4/III'teki düzenleme gereğince, "İmalatçı-üretici, satıcı, bayi, acente, ithalatçı ve 10 uncu maddenin beşinci fıkrasına veya 10/B maddesinin dokuzuncu fıkrasına göre kredi veren, ayıplı maldan ve tüketicinin bu maddede yer alan seçimlik haklarından dolayı müteselsilen sorumludur."Bu düzenleme, yalnızca satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğu ile sınırlı olup, üreticinin sorumluluğunu da kapsayacak şekilde yorumlanamaz. Ancak, zarar görene, üreticinin veya ithalatçının belirlenememesi halinde üreticinin sorumluluğu

---

213 Havutçu, Üreticinin Sorumluluğu, s. 108; Kulaklı, ss. 104-105.

214 Havutçu, Üreticinin Sorumluluğu, s. 108; ayrıca bkz. Kulaklı, s. 21; Atamer, üreticinin sorumluluğuna ilişkin düzenlemenin, TKHK'da ayrı bir yerde yapılması gerektiğini ifade etmiştir, bkz. Atamer, TKHK m.4-Eleştiriler, s. 95.

215 Kırca, ss. 160-161.

çerçevesinde malın sağlayıcılarına başvurma imkanı tanınmamış olması, önemli bir eksikliktir[216].

2. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Tasarı Taslağındaki Düzenleme

TKHK Tasarı Taslağı ile üreticinin sorumluluğuna ilişkin mevcut düzenleme doktrindeki eleştiriler doğrultusunda düzeltilmiştir[217].

---

216 Havutçu, Üreticinin Sorumluluğu, s. 128; Gümüş, s. 120.

217 TKHK Tasarı taslağı m.4/C'ye göre: "Başka bir taşınırın veya taşınmazın parçasını da oluştursa her türlü taşınır, enerji, işlenmemiş de olsa tarım ve hayvancılıktan elde edilen her türlü mahsul, ürün olarak kabul edilir. Bütün hal ve şartlar dikkate alındığında kendisinden haklı olarak beklenen güvenliği sunmayan ürün hatalı sayılır. Bu değerlendirme yapılırken özellikle ürünün piyasaya arz şekli, makul kullanım biçimi ve piyasaya sürüldüğü an dikkate alınır.

Sonradan daha gelişmiş bir ürünün piyasaya sürülmüş olması ilk ürünün hatalı olduğu anlamına gelmez.

Hatalı imal edilen bir ürünün, bir kişinin ölümüne veya yaralanmasına veya bir malın zarar görmesine sebep olması halinde bu ürünün imalatçısı doğan zarardan kusuru aranmaksızın sorumlu tutulur. Mala gelen zararlarda, ancak hatalı ürün dışındaki bir malın zarar görmesi ve bu malın zarar görenin kişisel kullanımına veya tüketimine mahsus bir mal olması halinde bu Kanun uyarınca tazminat borcu doğar.

İmalatçının sorumlu tutulabilmesi için zarar görenin üründeki hatayı, uğradığı zararı ve hata ile zarar arasındaki nedensellik bağını ispat etmesi zorunludur. Somut olayın özelliklerine göre ürünün ortaya çıkan türden bir zararı doğurmaya elverişli olması halinde nedensellik bağının varlığı kabul edilir.

İmalatçı aşağıdaki hallerden birini ispatladığı takdirde ürünün sebep olduğu zarardan sorumlu tutulamaz:

a) Ürünü piyasaya sürmemiş olduğunu,

b) Tüm hal ve şartlar göz önünde bulundurulduğunda, zarara sebep olan hatanın ürünün piyasaya sürüldüğü anda mevcut olmadığını,

c) Ürünün satılmak veya diğer bir şekilde kazanç sağlamak amacıyla veya ticari faaliyetlerin seyri sırasında üretilmemiş veya pazarlanmamış olduğunu,

ç) Ürünün emredici hukuk kurallarına uygun imal edilmesi nedeniyle hatalı olduğunu,

d) Ürünün piyasaya sürüldüğü anda bilim ve teknolojinin ulaştığı düzeyin üründeki hatayı tespit edecek derecede olmadığını.

Ara ürünün imalatçısı, bu ürünler kullanılarak üretilen nihai ürünün imali aşamasında doğan veya nihai ürünün imalatçısının verdiği talimatlar sonucunda oluşan hatalar için sorumlu tutulamaz.

Hatalı bir ürünün sebep olduğu zarar nedeniyle ödenecek maddi ve manevi tazminatın kapsamı 818 sayılı Borçlar Kanununun haksız fiillere ilişkin hükümleri uyarınca saptanır."

Zararın hem hatalı üründen, hem de zarar gören kişinin veya onun sorumlu olduğu bir kişinin kusurundan kaynaklandığı hallerde, tüm hal ve şartlar göz önünde tutularak tazminat

Öncelikle üreticinin sorumluluğu TKHK'da ayrı bir madde olarak düzenlenmiştir. Ancak kanaatimizce yapılması gereken, üreticinin sorumluluğunun bağımsız bir kanun olarak düzenlenmesiydi. Zira üreticinin sorumluluğu, tüketici işlemlerinden bağımsız bir sorumluluk kaynağıdır.

Kanunda üreticinin sorumluluğunun kusursuz sorumluluk olduğu açıkça düzenlenmiştir. Ayrıca taslakta, imalatçının veya ithalatçının tespit edilemediği hallerde ürünü piyasaya süren her kişinin, zarar görenin talebi üzerine uygun bir süre içinde imalatçının veya ithalatçının veya kendisine ürünü tedarik etmiş olan kişinin ismini açıklamadığı takdirde imalatçı olarak değerlendirileceği de hükme bağlanmıştır.

§3. AYIBA KARŞI TEKEFFÜLÜN ULUSAL VE ULUSLARARASINDAKİ KODİFİKASYONLARDA DÜZENLENİŞ BİÇİMİ

I. ULUSLARARASI DÜZENLEMELERDE

A. Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Anlaşmasında (CISG)

Ayıba karşı tekeffül hükümleri ile genel sözleşmeye aykırılık hallerinin ayrı ayrı düzenlenmesi, Kara Avrupası hukukunun sistemidir. CISG'de ise ayıba karşı tekeffül sorumluluğunu genel sözleşmeye aykırılık kuralları içinde düzenleyen common law sistemi esas alınmıştır. Bu sisteme göre önemli olan sözleşmenin ihlal

---

yükümlülüğü azaltılabilir veya kaldırılabilir. Buna karşılık zararın, hatalı ürün ile birlikte üçüncü bir kişinin davranışından kaynaklanması halinde imalatçının tazminat yükümlülüğü azaltılamaz.

Hatalı ürünün sebep olduğu zarara ilişkin olarak birden fazla imalatçının tazminat yükümlülüğü söz konusu ise bunlar müteselsil olarak sorumlu tutulurlar.

İmalatçının sorumluluğu saklı kalmak kaydıyla, satmak, kiralamak veya herhangi bir yöntemle dağıtımını yapmak amacıyla ürünü ithal eden kişi de imalatçı olarak değerlendirilir. İmalatçının veya ithalatçının tespit edilemediği hallerde ürünü piyasaya süren her kişi, zarar görenin talebi üzerine uygun bir süre içinde imalatçının veya ithalatçının veya kendisine ürünü tedarik etmiş olan kişinin ismini açıklamadığı takdirde imalatçı olarak değerlendirilir.

Bu maddeden doğan talepler, zarar görenin zararı, üründeki hatayı ve imalatçının kim olduğunu öğrendiği veya öğrenebileceği tarihten itibaren üç yıl içinde zamanaşımına uğrar ve her halükarda hatalı ürünün piyasaya sürüldüğü tarihten itibaren on yıl içinde düşer."

edilmiş olup olmadığıdır. Sözleşmedeki vaadin, hangi sebeple yerine getirilmediği önem taşımaz. Sözleşmedeki vaad yerine getirilmediyse, sözleşme ihlali mevcuttur. Hukuki olgu sözleşmeye aykırılık olarak belirlendiğinde de her türlü alt olgu, bu kavram içinde değerlendirilebilir. Böyle bir sistemde, farklı hükümler arasındaki yarışma sorunu ortadan kalktığı gibi, zamanaşımı süreleri veya kusurun aranıp aranmaması gibi sorunlarla da karşılaşılmaz[218].

11.4.1980 tarihli BM Viyana Sözleşmesinin 25. maddesine göre, "Taraflardan birinin sözleşme ihlâli, diğer tarafı, sözleşme uyarınca beklemekte haklı olduğu şeyden önemli ölçüde yoksun bırakacak bir olumsuzluğa sebep oluyorsa, esaslıdır; meğer ki, böyle bir sonucu sözleşmeyi ihlâl eden taraf öngörmemiş ve aynı konum ve koşullar içindeki makul bir kişi de öngöremeyecek olsun." CISG'de ayıp kavramı yerine "sözleşmeye uygunluk" (Vertragsmaessigkeit) kavramından hareket edilmiş; tarafların borçlarını hiç veya gereği gibi ifa etmemesi halleri, sözleşmeye aykırılık başlığı altında değerlendirilerek, ihlalin ağırlığına göre aynı hukuki yaptırımlara tabi tutulmuştur[219].

Bu sistemde sözleşmeye aykırılık, kural olarak her durumda sorumluluk doğurur. Ancak hangi yaptırımın uygulanacağı konusunda ihlalin ağırlığı önem taşır. Bir başka ifadeyle CISG, hukuki olgu aşamasında yapmadığı alt ayrımları, hukuki sonuç aşamasında yaparak, sözleşmeye aykırılığın türü ne olursa olsun, ihlalin ağırlığına göre alıcıya, aynen ifa, bedel indirimi, dönme veya tazminat haklarını tanımaktadır. Alıcının, bu dört haktan hangisine veya hangilerine sahip olduğu konusunda belirleyici olan kriter "esaslı ihlal"dir[220].

Common Law'dan etkilenen CISG sisteminde, sözleşmeye aykırılığın kabulü için kusur şartı aranmaz. Sözleşmeye aykırılığın asli yaptırımı tazminattır[221]. Ancak

---

218 Atamer, CISG, ss. 182, 287-288; Serozan, BK Tasarı, ss. 44-45.

219 Yavuz, Ayıptan Sorumluluk, s. 14; Bilgehan Çetiner, **Die Sachmaengelhaftung des Verkaeufers im UN-Kaufrecht und im neuen deutschen Schuldrecht**, Frankfurt am Main 2006, s. 37.

220 Bkz. aşa §8, II A 1 b; Sauthoff, s. 76 vd.; Havutçu, İfa Engelleri, s. 323; Ercüment Erdem, Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (Viyana Sözleşmesi), **Milletlerarası Ticaret Hukuku ile İlgili Makaleler**, İstanbul 2008, ss. 25-138. (BATİDER, CXVI, S.3, s. 30 vd.), ss. 68-69.

221 Sauthoff, s. 40; Çetiner, s. 43; Common Law sisteminde, ifa yokluğu durumunda başvurulacak ilk imkan tazminat istemek iken, Kara Avrupası hukuk sistemlerinde aynen ifadır, bkz. Erdem, s.

tazminat yaptırımının sebebi, borçlunun herhangi bir kınanabilir davranışı değildir. Sorumluluğun temelinde, garanti taahhüdü vardır. Bu sistemde, sözleşme ile üstlenilen her yükümlülük, garanti taahhüdü teşkil eder. Bu taahhüt, edimi ifa etmeye ilişkin değil, edimin yerine getirilmemesi veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde, doğan zararı tazmin etmeye ilişkindir, borçlu "gereği gibi ifa etme" sonucunun doğmaması halinde, tazminat ödemeyi taahhüt etmiştir. Bu şart gerçekleştiği için de tazminat ödemektedir[222].

İsviçre/Türk Hukukunda tazminat açısından CISG sistemindekine benzer bir garanti sorumluluğu, yalnızca ayıplı ifa halinde sözleşmeden dönme durumunda doğrudan zararlar için mevcuttur[223].

Bu yaklaşım Avrupa Birliğinin 1999 tarihli Tüketim mallarına ilişkin yönergesinde[224] de devam ettirilmiştir.

B. Tüketim Malları Yönergesinde

Avrupa Parlamentosu ve Konseyi, 07.07.1999 tarihinde, Tüketim Mallarının Satımı ve Bu Mallara İlişkin Olarak Verilen Garantilerin belirli yönlerine ilişkin 25.05.1999 tarihli 1999/44/AT sayılı yönergeyi çıkarmıştır. Yönergenin amacı, tüketim mallarında ayıp ve bu mallara yönelik olarak verilen garantilerle ilgili üye

---

69; CISG m.79 uyarınca, yükümlülüğünü ihlal eden taraf, bu ihlalin denetimi dışında kalan bir engelden kaynaklandığını ve bu engeli sözleşmenin kurulması anında hesaba katmasının veya engelden ve sonuçlarından kaçınmasının veya bunları aşmasının kendisinden makul olarak beklenemeyeceğini ispatlaması halinde, ifa etmemeden dolayı sorumlu olmaz. Ancak bu halde, alıcının yalnızca tazminat talep etme hakkı düşer, sorumsuzluk sebebine rağmen alıcı aynen ifa, dönme ve bedel indirimi haklarına sahip olmaya devam eder, bkz. Atamer, CISG, s. 313 vd.

222 Bkz. Atamer, CISG, s. 287 vd.; Peter Schlechtriem ve Ingeborg Schwenzer, (Hrsg.), **Kommentar zum Einhetlichen UN-Kaufrecht-CISG**, 4. Aufl. München 2004 (Schlechtriem, Schwenzer ve İşleyen), Schlechtriem, Schwenzer ve Müller-Chen, Art. 45, No. 23; Regine Held, **Die Rechtsbehelfe des Kaeufers nach deutschem Kaufrecht und nach UN-Kaufrecht im Fall der Lieferung mangelhafter Ware**, Berlin 2005, s. 170; Sauthoff, s. 46 vd.; Münchener Kommentar Zum Bürgerliches Gesetzbuch, Band 2, AT, §241-432, München 2007 (Mü-Ko/İşleyen), Mü-Ko/Huber, P., Art. 74, No. 3; Sözleşmesel sorumluluk konusunda CISG sistemi ile İsviçre-Türk Borçlar Hukuku sisteminin karşılaştırılması hakkında bkz. Atamer, CISG, ss. 312-313.

223 Atamer, CISG, s. 317.

224 25.05.1999 tarihli Tüketim Mallarının Satımı ve Bu Mallara İlişkin olarak Verilen Garantilerin Belirli Yönlerine İlişkin Yönerge, 1999/44/AT, (ATRG (1999) L 171/12).

ülkelerin düzenlemelerini uyumlaştırmak ve böylelikle tüketicilere en geniş şekilde koruma sağlamaktır[225].

Yönerge kapsamında düzenlenen konular, ayıba karşı tekeffüle ilişkin hükümler, zamanaşımı süresi ve garantilerdir. Bu konular dışında kalan satıcının ve alıcının diğer yükümlülükleri, yarar ve hasarın intikali ve yapımcının sorumluluğu yönergenin kapsamına dahil değildir.

Yönergenin düzenlediği temel konu, ayıplı mal teslimi ve bu durumda tüketicinin sahip olduğu seçimlik haklar olmasına rağmen, Yönerge ayıp tanımından hareket etmemiş, CISG'deki yaklaşıma uygun olarak, daha genel bir kavram olan sözleşmeye uygunluk kavramından hareket etmiştir. Yönergenin 2. maddesine göre, "(1) Satıcı malları tüketiciye, sözleşmeye uygun olarak teslim etmekle yükümlüdür. - (2) Tüketim malları, şu hallerde sözleşmeye uygun sayılır: a. Tüketim malları, satıcı tarafından bildirilen niteliklere ve örnek veya model üzerinden yapılan satışlarda satıcının tüketiciye örnek ya da model olarak verdiği mallarda bulunan niteliklere uygunsa; b. Sözleşmenin kurulması sırasında satıcının bilgisine sunulan ve satıcı tarafından da kabul edilen, tüketicinin özel olarak aradığı belli bir amaca uygunsa; c. Aynı cinsteki mallar için mutad olan kullanım amacına uygunsa; d. Mal, özellikle reklamlarda ve etiketlerde satıcının, üreticinin veya onların temsilcilerinin, eşyanın somut özelliklerine ilişkin kamuya yaptıkları açıklamalar dikkate alındığında, aynı cins mallarda mutad olan ve tüketicinin beklemekte haklı olduğu nitelik ve verimliliği haiz ise; sözleşmeye uygun sayılır.

Yönerge m. 2/II d hükmü gereğince bir malın ayıpsız olduğunun kabulü için, mal aynı cins mallar için mutad olan nitelikleri taşımalı ve bu nitelikler tüketicinin haklı olarak beklediği nitelikler[226] olmalıdır.

---

225 Fulya Erlüle, "Tüketim Mallarının Satımı Sözleşmesi ve Bu mallara ilişkin olarak Verilen Garantiler Hakkında Yönerge", **Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan**, Ankara 2004, s. 419; Thomas Zerres, **Die Bedeutung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie für die Europaeisierung des Vertragsrechts**, 2007, ss. 50-51; Sibylle Höffe, **Die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie 1999/44/EG und ihre Auswirkungen auf den Schadensersatz beim Kauf**, Frankfurt am Main 2002, s. 5.

226 Haklı olarak beklenen kavramı ilk olarak Ayıplı Ürünlerden Doğan Sorumlulukla İlgili Yönergede kullanılmıştır. Söz konusu yönergenin 6. maddesinde haklı olarak beklenen güvenilirliğin öznesi, belli olmayan kişi zamiri ile ifade edildiğinden, güvenilirlik beklentisinin

Reklamlarda ve etiketlerde yapılan açıklamalar, ayıp türlerinden nitelik vaadini teşkil etmektedir[227]. Yönerge kapsamında yalnız satıcı tarafından yapılan açıklamalar değil, üretici veya temsilcileri tarafından yapılan açıklamalar da malın ayıplı olup olmadığının belirlenmesinde dikkate alınmaktadır.

Tüketim malının ayıplı olup olmadığı; yalnız malın somut özellikleri dikkate alınarak belirlenecektir. Dolayısıyla mecazi ifadeler veya abartılı olduğu açıkça anlaşılan açıklamalar dikkate alınmayacaktır[228].

Yönergenin 2/IV hükmünde, satıcının yaptığı veya satıcının sorumluluğu altında yapılan veya tüketici tarafından mal satımında verilen hatalı bilgiler nedeniyle hatalı olarak yaptırılan montaj sebebiyle malda oluşan ayıbın da sözleşmeye aykırılık teşkil edeceği düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile Yönerge klasik ayıp tanımından ayrılarak montaj hataları sebebiyle ortaya çıkan bozuklukları da ayıp hükümlerine tabi kılmıştır[229].

II. ULUSAL DÜZENLEMELERDE

A. İsviçre-Türk Hukukunda

İsviçre/Türk Hukukunda, satım sözleşmesinde ayıba karşı tekeffül hükümleri, genel sözleşmeye aykırılık hükümlerinin yanında özel olarak düzenlenmiştir. Satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğu, genel sözleşmeye aykırılık hükümlerine dikkate alındığında, koşulları ve sonuçları farklı bir sorumluluk düzenidir.

öznesini belirlemede normatif bir kriterden hareket etmek gerekmiştir. Bu sebeple öğretide, güvenilirliğe ilişkin olarak kamuoyunda hakim olan anlayıştan hareket etmenin yerinde olacağı savunulmuştur. Dolayısıyla güvenilirliğin öznesini belirlemede, zarar görenin subjektif durumu, yapımcının ürünün olası kullanım şekillerine ilişkin beklentileri ve de atipik tüketici gruplarının beklentileri bir kriter olarak kabul edilmemiştir, bkz. Erlüle, s. 425, dp.24.

227 Erlüle, malın reklamlarda vaad edilmiş özelliklere sahip olmamasının ayıp kavramına dahil edilmesini, Yönergenin, klasik ayıp tanımından ayrıldığı şeklinde değerlendirmektedir, bkz. Erlüle, s. 425.

228 Erlüle, s. 426.

229 Zerres, s. 222; Bu düzenlemenin, topluluğa dahil ülkelerin ayıba ilişkin düzenlemesinden ayrıldığı gibi, satıcının malın teslimi sırasında var olan ayıplardan sorumlu olacağı yönündeki Yönerge 3/I hükmü ile de çeliştiği görüşünde bkz. Erlüle, s. 427.

Genel sözleşmeye aykırılık hükümleri ile satım sözleşmesinde ayıba karşı tekeffül hükümlerinin ayrı ayrı düzenlenmiş olması, tamamen Roma Hukuk tarihindeki tesadüflere dayanır. Roma Hukukunda, genel sözleşmeye aykırılık davası praetor tarafından tanınmışken, özel satım sözleşmesine aykırılık davaları Roma pazar polisi (aediles curules) tarafından tanınmıştı. Aslında bu hükümler, bir bütünün parçasıdır ancak aynı sorunu düzenleyen bu davalar arasındaki zamanaşımı ve kusur konusundaki farklı düzenlemeler günümüze kadar ulaşmıştır[230].

İsviçre-Türk Hukukunda, Uluslararası anlaşmalardan ve Alman Hukukundan farklı olarak, ayıba karşı tekeffül hükümleri ile genel sözleşmeye aykırılık hallerinin ayrı ayrı düzenlenmesine ilişkin Kara Avrupası hukuk sistemi terk edilmemiş; ifa engelleri, hem bütün sözleşmeler için kanunda genel hükümler arasında düzenlenmiş hem de bazı sözleşme türleri açısından kanunun özel borç ilişkilerini düzenleyen ikinci kısmında tekrar düzenlenmiştir. Ayıba karşı tekeffül sorumluluğu da bu ifa engellerinden birisidir.

B. Alman Hukukunda

Alman Hukukunda yapılan reform çalışmasıyla, "parça borcunda imkansızlık" kavramı, ifa engelleri sisteminin temel kavramı olmaktan çıkarılarak, CISG'deki gibi yükümlülük ihlali kavramı (BGB §280/I) esas alınmıştır. Ayıplı ifa da, üst kavram olan yükümlülük ihlali kavramı içinde sözleşmeye aykırılığın bir türünü teşkil etmektedir[231].

Alman hukukunda reformla yapılan en önemli değişiklik, alıcının ayıp sebebiyle sahip olduğu haklardadır. Önceki düzenlemede, hukuki ayıp ve maddi ayıp tamamen farklı hukuki sonuçlara tabi idi: Hukuki ayıbın sonuçları, az farklılıklarla (Önceki BGB §440 Abs.2-4, BGB §441) ilke olarak genel hükümlere göre (Önceki BGB §440 Abs.1) belirlenmekteydi ve alıcının talepleri 30 yıllık zamanaşımı

---

230 Atamer, CISG, ss. 285-286.

231 Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin BM Viyana Anlaşması, CISG, ifa ihlalleri alanında devrim sayılabilecek olan yenilikler getiren bir anlaşma olup, her kanunkoyucu tarafından kanun çalışmalarında esas alınır. Alman Medeni Kanunun reformunda da bu anlaşma esas alınmıştır, bkz. Serozan, BK Tasarısı, s. 40; Serozan, Yeni Alman İfa Engelleri Hukuku, ss. 233-234; Graf, s. 4.

süresine tabi idi. Buna karşılık maddi ayıp için, genel ifa ihlalleri hukukundan oldukça farklı tekeffül hukuku geçerliydi. Maddi ayıp ve hukuki ayıp arasındaki sınırlandırma genellikle çok zor olduğu için ve özellikle kamu hukukuna ilişkin sınırlandırmalar varsa bu zorluk daha çok ortaya çıktığı için, ayıp sorumluluğu alanındaki bu büyük farklılık önemli bir sorun olarak karşımıza çıkmaktaydı.

Dogmatik olarak aşılması gereken zorluk, ayıp sebebiyle zararın tazmini taleplerindeydi. Ayıp zararı için zararın tazmini yalnızca hile ve vaad edilen nitelik eksikliği durumunda mümkün olmaktaydı (Önceki BGB §463). Bu konudaki eksiklik, kanunda dayanağı olmamakla birlikte doktrinde geliştirilmiş olan "sözleşme öncesi sorumluluk" ve "sözleşmenin müspet ihlali" sebebiyle zararın tazmini talebi ile doldurulmaktaydı. Bunlar kusur sorumluluğuna dayanmaktayken, önceki BGB 462'deki talep yalnızca vaad edilen özelliğin eksikliği ve ayıbın hile ile gizlenmesinden kaynaklı olup, kusur sorumluluğuna dayanmamaktaydı.

Bunun yanı sıra ayıp sorumluluğu alanında en büyük problem farklı zamanaşımı sürelerinden kaynaklanmaktaydı. Böyle bir farklılık için ikna edici sebepler olmamasına rağmen, tekeffül talepleri için uygulanan zamanaşımı süresi olan 6 ay, taşınmazlarda 1 yıllık süre çok kısa iken[232] diğer talepler için ve bu arada hukuki ayıp için 30 yıllık oldukça uzun bir süre öngörülmüştü. Tekeffül taleplerinde sürenin 6 ay olması, yargısal içtihatları, hukuki sorunları, mümkün olduğu sürece ayıp hükümlerinin uygulama alanından çıkarmaya yöneltmiştir. Bu durum da, yan yükümleri ayıp hukuku dışında tutmak ve sözleşme öncesi sorumluluk veya sözleşmenin müspet ihlalinden kaynaklanan taleplere yönlendirmek, yanlış ve eksik ifayı ayıptan ayırmak ve haksız fiil taleplerini genişletmek (Weiterfresser Schaden) suretiyle sağlanmaya çalışılmıştır.

Önceki Alman Medeni Kanununda ayıplı mal teslimi halinde alıcının hangi haklara sahip olduğu, satışın parça satışı mı ve cins satışı mı olduğuna göre farklılık göstermekteydi. Cins satışı söz konusuysa alıcı, seçimlik olarak dönme, indirim ve sonraki ayıpsız bir malın teslimini talep edebilmekteyken, parça satışında alıcı

---

[232] Zamanaşımına ilişkin bir diğer problem inşaat alanında ortaya çıkmaktaydı. Çünkü bina inşasında inşa eden kişi, eser sözleşmesine göre 5 yıl boyunca sorumlu iken, malzemeleri aldığı kişiye karşı sahip olduğu talep hakkında 6 aylık zamanaşımı süresi vardı.

yalnızca dönme ve bedel indirimi haklarına sahipti, sonraki ifa talebi (nachlieferung) yoktu. Endüstri ürünlerinin ticaretinde, cins satışının mı yoksa parça satışının mı olduğu tesadüfe bağlı olduğu için, parça ve cins satışı arasındaki bu fark sorun teşkil etmekteydi. Bundan başka herhangi bir sınırlandırmaya tabi olmaksızın hemen kullanılabilen dönme ve indirim hakkı, alıcının ve satıcının varsayılan iradelerine uygun değildi. Ancak profesyonel satıcılar, sözleşmenin devamında menfaatleri olduğu için, pek çok durumda onarım veya değiştirme talebini, genel işlem şartları ile, dönme ve indirim talebine göre öncelikli olarak düzenlemekte idiler[233].

Diğer taraftan satıcı da sonraki ifa aracılığıyla sözleşmenin çözülmesini veya bedel indirimini engelleme hakkına sahip değildi.

Borçlar Hukuku Modernleştirme Kanunu, ayıptan doğan hakları, maddi ve hukuki ayıp için birlikte düzenlemiş ve birkaç farklı özelliğe sahip olan bu hükümleri, özellikleri ile birlikte genel ifa ihlalleri hukukuna entegre etmiştir. Bunun yanı sıra sözleşme uygulamasında göze çarpan, sözleşmenin çözülmesini mümkün olduğu kadar engelleme ihtiyacını da dikkate almıştır. Alıcı, ayıbın her iki türünde de öncelikle, ayıbın giderilmesini (Nacherfüllung), daha doğrusu değiştirilmiş asli ifayı talep etme hakkına sahiptir (BGB §437 Nr. 1, BGB §439). Ayıbın giderilmesi talebi onarım ve değiştirme olarak iki şekilde olur[234]. Diğer haklar dönme, bedel indirimi ve zararın tazminidir. Bu haklar, ilke olarak en erken, alıcı satıcıya ayıbın giderilmesi için bir süre tanıdıktan ve bu sürenin başarısız geçmesinden sonra kullanılır. Yeni düzenlemede, ayıptan doğan hakların zamanaşımı, her iki ayıp türü için birlikte düzenlenmiştir[235].

Reformdaki en önemli değişiklik ayıp sorumluluğunda görülür. BGB §433 Abs.1 S.2'de satıcının, parça satışında da ayıpsız bir mal teslimi ile yükümlü olduğu düzenlenmiş, böylece ayıplı mal tesliminin, parça satışında da yükümlülük ihlali teşkil ettiği kabul edilmiştir. Bu sonuç, tekeffül teorisinin kesin olarak terk edilmesidir. Tekeffül teorisine göre, parça satışında, ayıplı bir mal teslim edilmiş olsa bile, sözleşmesel yükümlülük yerine getirilmiş olmakta, yalnızca satış sözleşmesine

---

233 Haas, Das neue Schuldrecht, V, No. 140.

234 Onarım ve değiştirme taleplerinin birbiri ile olan ilişkisi konusunda bkz. Donou, s. 29 vd.

235 Haas, Das neue Schuldrecht, V, No. 140-141.

özgü tekeffül hükümleri uygulama alanı bulmaktaydı. Bu hükümlere göre, alıcı dönme veya indirim ve yalnızca hile ve vaad edilen özelliğin eksikliği özel şartlarının gerçekleşmesi halinde zararın tazmini haklarına sahipti[236].

Hukuki ayıp alanı için, ayıpsız ifa yükümlülüğü yeni bir düzenleme değildir ancak değişiklikle birlikte hukuki ayıp ve maddi ayıp, ilke olarak aynı hukuki sonuçlara tabi tutulmuştur. Yeni olan hukuki ayıpta alıcıya yalnızca sözleşmeden dönme hakkı değil, indirim hakkı da tanınmasıdır. Bu durum, satıcının ortadan kaldıramayacağı sınırlı şahsi irtifak hakkında, alıcı bu kayıtlamaya rağmen sözleşmeden dönmek istemezse, bir anlam taşıyacaktır.

Hukuki ayıbın maddi ayıpla aynı hukuki sonuçlara tabi tutulmasındaki en önemli ve yerinde değişiklik zamanaşımı konusundadır. Önceki BGB §440'ye göre hukuki ayıptan kaynaklanan talepler, 195'teki genel süre olan 30 yıllık zamanaşımına tabi iken, artık bu talepler, maddi ayıptan kaynaklanan haklara ilişkin süreye tabidir (BGB §438)[237].

Önceki hukuktan farklı olarak reformdan sonra BGB §433 vd.nda mal satışı öncelikli sözleşme konusu olarak düzenlenmiştir. Hakların ve satıma konu olan diğer şeylerin satışına, mal satışına ilişkin düzenlemeler kıyasen uygulanır (BGB §453 Abs.1). Görüldüğü gibi Yönetmelikteki hükümler, tüketicinin korunmasına ilişkin tipik düzenlemeler olmadığı sürece, geniş kapsamda satışın tüm türleri için ve bu arada tacirler arasındaki satış için de benimsenmiştir.

---

236 Donou, s. 51 vd.; Reinicke ve Tiedtke, No. 295 vd.

237 Haas, Das neue Schuldrecht, V, No. 42.

İKİNCİ BÖLÜM

TÜKETİCİ İŞLEMLERİNDE AYIPLI MAL SEBEBİYLE TÜKETİCİNİN SAHİP OLDUĞU HAKLAR

§4. TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUNDA DÜZENLENEN KAVRAMLAR

I. TÜKETİCİ KAVRAMI

TKHK m. 3/e'de tüketici, "Bir mal veya hizmeti ticari veya mesleki olmayan amaçlarla edinen, kullanan veya yararlanan gerçek ya da tüzel kişi" olarak tanımlanmaktadır. Tüketici işlemi kavramı da Kanunda, "Mal veya hizmet piyasalarında tüketici ile satıcı-sağlayıcı arasında yapılan her türlü hukuki işlem" olarak ifade edilmiştir.

1999/44/AT sayılı Tüketim Malları Yönergesinde tüketici, gerçek kişi olarak tanımlanmıştır[238]. Avrupa Birliğine üye ülkeler de genelde bu direktife uygun olarak, yalnızca gerçek kişileri tüketici kabul etmiştir. Ancak Türk Hukukunda, Avrupa Birliği Hukukundan farklı olarak, bir mal veya hizmeti özel kullanımı için nihai olarak edinen veya yararlanan tüzel kişilerin de tüketici sıfatına sahip olduğu kabul edilmiştir[239].

Bununla birlikte TKHK Tasarı taslağında da tüketici, mevcut düzenlemeden farklı olarak "Mal veya hizmet piyasalarında ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden **gerçek kişi**" olarak tanımlanmıştır. Tasarı Taslağı çerçevesinde, tüzel kişiler tüketici sıfatına sahip olamayacaklardır.

---

238 1999/44/AT sayılı Yönergede de tüketici, bu Yönergenin kapsamına giren sözleşmelerde mesleki ya da ticari amaçlar dışında kalan amaçlarla taraf olan gerçek kişi olarak tanımlanmıştır.

239 Zevkliler ve Aydoğdu, s. 81; N. Yavuz, Ayıplı İfa, s. 60 vd.; BGB §13'e göre "Tüketici, bir hukuki işlemi, mesleki veya ticari olmayan amaçlarla akdeden her gerçek kişidir."; BGB §13'teki bu tanım sebebiyle, bir tüzel kişinin hukuk politikası açısından korunmaya ihtiyacı olduğu durumlarda da herhangi bir istisnai uygulama yapılamaz, bkz. Artz, s. 25.

Mevcut Kanuni düzenleme çerçevesinde bir gerçek veya tüzel kişinin tüketici sayılabilmesi için, tüketici sözleşmesinin yapıldığı anda ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket etmiş olması gerekir. Bu sebeple, bir malı, aynen veya işleyerek tekrar satmak veya çıkar karşılığı devretmek amacıyla edinen kişi, tüketici sıfatına sahip olmadığı gibi[240] alınan mal veya hizmeti, aynen veya işleyerek tekrar satmak amacı olmamakla birlikte, işletmenin faaliyet alanı içinde olan malın üretilmesinde kullanan kişi de tüketici değildir. Örneğin, fabrikanın ısınması için veya makinelerde kullanmak üzere akaryakıt, yağ gibi malzemelerin veya yemekhanede kullanmak üzere yiyecek maddesi, peçete gibi malzemelerin satın alınması halinde işletme sahibi tüketici değildir. Zira bu son halde alınan mal veya hizmetler, işletmenin faaliyet alanı içinde olan malın üretilmesinde kullanıldığından maliyet unsurları arasında yer almaktadır[241].

Türk Hukukundaki mevcut düzenleme karşısında tüzel kişiler de tüketici sıfatına sahip olabildiklerinden, ticaret şirketleri dışındaki tüzel kişilerin tüketici sıfatına sahip olması mümkündür. Ticaret şirketleri tüketici olamaz, ticaret şirketlerinin tüm işlemleri istisnasız ticaridir[242].

---

240 Davacının, üzüm bağı üretim tesisi kurduğu ve üzüm yetiştirmek amacıyla davalıdan 1340 adet fidan satın alıp tarlasına ektiği ancak davalı tarafından sözleşmede kararlaştırılan fidanların yerine başka fidanların teslim edildiği uyuşmazlıkta Yargıtay, davacının fidanları ticari faaliyeti için ve mesleki amaçla satın alması sebebiyle, söz konusu uyuşmazlığa Tüketici Mahkemesi sıfatıyla bakılamayacağına karar vermiştir, bkz. 13 HD, 12.05.2010, E. 2009/15607, K. 2010/6645 (Ahmet Cemal Ruhi, **Sözleşmeler Hukuku**, 2011, s. 232).

241 İ. Yılmaz Aslan, **Tüketici Hukuku**, İstanbul 2006, s. 4.

242 HGK 11.10.2000, E. 19-1255, K.1249: "…Bir tacirin borçlarının ticari olması asıldır. Ancak gerçek kişi olan bir tacir, yaptığı iş ve işlemin veya aldığı hizmetin ticari işletmesiyle ilgili olmadığını diğer tarafa açıkça bildirdiği veya muamele fiil veya işleminin ticari sayılmasına halin icabı, müsait bulunmadığı takdirde, bu işlemlerden doğan borç adi, yani özel sayılacaktır (TK.m.21). Tüzel kişi tacirin barınma, gıda, giyinme ve aile gibi özel insani ihtiyaçları olmadığı için bunların hakiki şahıslar gibi adi borç ilişkileri alanı olmadığı kabul edilir. Hele somut olayda olduğu gibi ticaret şirketleri bir ticari işletme işletmiyor olsalar dahi TTK.18/I madde gereğince kanunen tacirdirler. Doğrudan ticari amaçla ya da işletenin iç ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla olup olmadığına bakılmaksızın bütün hukuki ilişkileri ticari faaliyet kapsamında olup özel hayatlarına ilişkin bir işlem söz konusu olmayacaktır. Tacir olmanın nimetine göre külfeti de mevcuttur. TTK.20-25. maddelerinde tacir sıfatına bağlanan yerine göre "hak" yerine göre "külfet" niteliği arz eden hukuki sonuçlar düzenlenmiştir. Bunların en önemlilerinden biri basiretli bir iş adamı gibi davranma zorunluluğudur (TTK. 20/II)…..O nedenle tüketiciler için düzenlenen yasa hükümleri kapsamına alınmazlar. Somut olayda davacı Ltd. Şti., tüzel kişilik adına ticari işletmesinde kullanmak üzere ticari vasıfla kamyonet almıştır. Özel amaçlı satın almalar için uygulanan 4077 sayılı Yasanın, davacı şirkete ait araç yönünden uygulanması söz

Gerçek kişi tacirler ise, özel amaçla hareket ettikleri işlemlerde tüketici sıfatını taşıyabilirler. TTK.m.21/I'e göre, "Bir tacirin borçlarının ticari olması asıldır. Şu kadar ki; hakiki şahıs olan bir tacir, muameleyi yaptığı anda bunun ticari işletmesiyle ilgili olmadığını diğer tarafa açıkça bildirdiği veya muamele, fiil veya işin ticari sayılmasına halin icabı müsait bulunmadığı takdirde borç âdi sayılır."

Alman Hukukunda tüketici, bir hukuki işlemi ticari veya bağımsız mesleki faaliyeti amacıyla akdetmeyen her gerçek kişidir (BGB §13). Yani yapılan işlemde özel bir amaç söz konusu olmalıdır. Tüzel kişiler BGB §13 anlamında tüketici olamazlar, bunun sonucu, ticari veya serbest meslek amacı olmayan ideal dernekler ve kamuya yararlı vakıfların, tüketiciyi koruyan yasal düzenlemelerden yararlanamamalarıdır[243].

Alman Medeni Kanunundaki düzenleme, Avrupa Birliği Yönergelerindeki düzenleme ile tam olarak örtüşmemektedir. Yönergelere göre (FARL Art.2 Nr.2; VKreditR Art.1 Abs.2 a; Haustürgeshcaefter Art. 2) mesleki faaliyet kapsamında hareket eden her gerçek kişi tüketici kavramının dışındadır. Yalnızca bağımsız mesleki amaç değil, herhangi bir mesleki amaç, kişinin tüketici olmasını engeller. Bunun sonucu olarak bağımlı bir mesleki amaç için hareket eden işçi (örneğin, iş elbisesi veya işe gitmek için araç satın alan kişi), Alman Hukukuna göre tüketici iken, Yönergeler kapsamında tüketici değildir. Yani Yönergelere göre, mesleki faaliyetle olan herhangi bir ilişki, tüketici özelliğini ortadan kaldırırken, Alman hukukunda yalnızca bağımsız mesleki amaç için yapılan hukuki işlemler tüketici korumasından mahrum bırakır[244].

Mal veya hizmetin karma amaçla edinilmiş olması durumunda, kişinin tüketici sıfatını taşıyıp taşımayacağı tartışmalıdır. Karma amaç ile kasdedilen, bir

---

konusu değildir. Bu itibarla, taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözümünde 4077 sayılı Yasanın uygulanması söz konusu değildir…" (Zevkliler ve Aydoğdu, s. 962 vd.); Aynı yönde bkz. 11.HD, 26.06.1997, E. 1815, K. 5112 (Zevkliler ve Aydoğdu, s. 944 vd.; 13. HD, 29.01.2003, E. 2001/9279, K. 2003/735 (Zevkliler ve Aydoğdu, s. 1094); Davacı Ltd. Ştin. davalı firmadan aldığı aracın ayıplı olduğu gerekçesiyle değiştirilmesini talep ettiği davada Yargıtay, davacı tüketici olarak kabul edilemeyeceğinden davanın genel mahkemelerde görülmesi gerektiğine karar vermiştir, bkz. 19. HD, 5.7.2001, 2001/1782 E., 2001/5240 K. (www.kazanci.com.tr).

243 Gerhard Ring, **Das neue Schuldrecht**, Heidelberg 2002, §12, No. 5.

244 Ring, Das neue Schuldrecht, §12, No. 6.

meslek icra eden veya ticarethaneye sahip olan kişinin mal veya hizmeti, hem işletmesi için hem de kişisel amaç için kullanmasıdır. Bir görüşe göre bir kişinin tüketici sayılabilmesi için, mal veya hizmetin karma amaçla edinilmemiş olması gerekir. Böyle bir durumda, yapılan işlemi tüketici işlemi olarak kabul etmek mümkün değildir. Bu tür işlemler genel hükümlere tabidir[245]. Bizim de katıldığımız bir diğer görüş ise, malın karma amaçla edinilmesi halinde, ağırlıklı kullanım tarzından hareketle bir sonuca varmaktadır[246].

Bir kişinin tüketici veya girişimci olup olmadığı sözleşmenin yapıldığı ana göre belirlenir. Belirli hukuk kurallarının uygulanabilirliğine ilişkin güven her iki tarafın da menfaatine olduğundan, sonraki değişiklikler dikkate alınmaz.

Bu noktada üzerinde durulması gereken bir husus da, ayıplı malın, alıcısı tarafından başka bir kişiye satılmış olması durumunda malı satın alan kişinin ilk satıcı karşısında tüketici sıfatını kazanamayacağıdır. Tüketici ile malı sattığı kişi arasındaki sözleşme, tüketici sözleşmesi niteliğinde değildir. Bunun doğal sonucu ise, malı tüketiciden satın alan kişinin, ilk satıcıya karşı TKHK m.4'ten kaynaklanan haklarını ileri sürememesidir.

Örneğin otomobili 0 km. olarak acenteden satın alan kişi, daha sonra bu otomobili başka bir kişiye satmıştır. Bu satışın aracın garanti süresi içinde yapılmış olması durumunda, üretici garantisi devam etmektedir, çünkü garanti malı takip eder[247]. Ancak aracı ilk alıcıdan satın alan kişinin, TKHK m.4 çerçevesinde ilk satıcıya başvurma hakkı yoktur. TKHK m.13'te, onarım hakkı kullanılmış olmasına rağmen belirli şartların gerçekleşmesi halinde tüketicinin 4. maddedeki hakları kullanabileceği ifade edilmektedir. Bununla birlikte böyle bir olaydaki ikinci alıcı,

---

245 Zevkliler ve Aydoğdu, s. 84.

246 Bu konuda benzer bir yaklaşıma Üye Devletlerin Ayıplı Ürünlerden Doğan Sorumlulukla İlgili Hukuki ve İdari Düzenlemelerinin Uyumlaştırılmasına İlişkin Yönerge (85/374/AET)'de rastlanmaktadır. Söz konusu Yönerge, şeye verilen zararlarda, zarar gören nesnenin özel kullanıma veya tüketime özgülenmiş olup olmadığının tespitinde, objektif ve subjektif iki kriterden hareket etmektedir. objektif kriter, zarar gören nesnenin olağan olarak özel kullanıma özgülenmiş bir nesne olmasıdır. Subjektif kriter ise, objektif olarak özel kullanıma özgülendiği kabul edilen nesnenin tüketici tarafından kural olarak yani çoğunlukla bu amaç doğrultusunda kullanılıyor olmasıdır, bkz. Erlüle, s. 421.

247 4. HD, 13.05.2008, E. 8702/K. 6758 (Nihat Yavuz, **Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi**, 2010, (Tüketici), ss. 254-255).

tüketici sıfatını dahi taşımamaktadır. İkinci alıcının ayıba karşı tekeffül hükümlerine çerçevesinde başvurabileceği kişi, onun karşısında satıcı sıfatını taşıyan ilk alıcıdır. Esasen tüketici işleminin tarafı olan ve tüketici sıfatına sahip olan kişi de bu kişidir. Yargıtay kararlarında ise bu husus üzerinde hiç durulmadan ikinci alıcının da, TKHK m.4'ten doğan haklarını kullanabileceğinin kabul edildiği görülmektedir. Örneğin YHGK 2005 tarihli bir kararında[248], ayıplı otomobili dava dışı üçüncü kişiden (tüketici sıfatını taşıyan ilk alıcıdan) satın alan davacının değiştirme talebini, TKHK m.13 ve Garanti Belgesi Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelik m.14'teki şartların gerçekleştiği gerekçesiyle, kabul etmiştir.

TKHK m.13'teki koşulların gerçekleşmesi halinde, her ne kadar tüketicinin 4. maddeden doğan seçimlik haklarını kullanabileceği belirtilmişse de, ayıptan doğan hakların kullanılmasını, garanti belgesi ile birlikte düşünmek gerektiği kanaatindeyiz. Böylelikle, söz konusu malı tüketiciden alan ikinci alıcı, ilk satıcıya karşı dönme ve bedel indirimi haklarını kullanamaz[249]. Bu kişi tüketici, yani malın ilk alıcısı olsaydı, böyle bir durumda satıcıya karşı dönme ve indirim haklarını da kullanabilecekti. Bununla birlikte onarım ve değiştirme hakları, niteliği gereği üreticiye karşı da ileri sürülebilecek haklardandır. Dolayısıyla onarım talebinin gereği gibi yerine

---

248 HGK, 22.06.2005, E. 2005/4-309, K. 2005/391 (www.kazancı.com).

249 Doktrinde ayıptan doğan hakların devredilebilir olup olmadığı, alacak hakkının devri ile bağlantılı olarak incelenmiştir. Üzerinde durduğumuz olayda ise, ayıplı mal ikinci alıcı tarafından devralınmıştır. Alacak hakkının devri durumunda ayıptan doğan hakların devrinin de mümkün olup olmadığı konusunda doktrinde farklı görüşler vardır: Ayıbın giderilmesi hakkı, yenilik doğuran hak niteliğinde olmadığından devri mümkünken, dönme ve bedel indirimi hakkının devredilemeyeceği yönünde bkz. Vedat Buz, **Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar**, Ankara 2005, (YDH), s. 344 vd.; Bir görüşe göre dönme ve bedel indirimi hakları, bağımlı yenilik doğuran haklardır. Bu hakların kullanılması, sözleşme yapısında çok önemli değişikliklere sebep olduğundan, bu haklar sözleşme ile çözülemez biçimde bağlıdırlar. Bu sebeple, dönme ve bedel indirimi hakları, sözleşmeden ayrı olarak başka birine devredilemez, ancak ayıbın giderilmesi hakkı, yenilik doğuran hak niteliğinde olmasına rağmen, bağımlı nitelikte olmadığı için devri mümkündür, bkz. Gauch, Werkvertrag, s. 878, No. 2439; Dönme, bedel indirimi ve ayıbın giderilmesi hakkının, ancak hak sahibinin, tekeffülden doğan hakkını kullanması ile somutlaşacağı, bu sebeple tekeffülden doğan hak kullanılmadan önce bu hakların birlik teşkil ettiği, dolayısıyla da ancak toplu olarak devrinin mümkün olduğu görüşünde bkz. Kaeser, s. 167 vd.; Ayrıca bu yönde bkz. Honsell, OR BT, s. 97; Yine, bu haklar arasındaki seçim hakkının iki ayrı kişiye bölünemeyeceğini ifade ederek bu yönde bkz. Koller, Nachbesserung, No. 19 - No. 20; Yenilik doğuran hakların, alacak niteliğinde olmadıkları, bu sebeple ilke olarak devredilemeyeceği yönünde bkz. Gauch, Schluep ve Emmenegger, No. 3424; Sözleşme özgürlüğü çerçevesinde yenilik doğuran hakların devrinin mümkün olması gerektiği yönünde bkz. Schwenzer, OR AT, No. 90.21.

getirilmemesi halinde değiştirme hakkının kullanılabilmesinin dayanağının, yine garanti belgesi olduğunu kabul etmek gerekir. Bu sebeple burada tüketicinin 4. maddedeki seçimlik haklarını kullanabilmesi değil, garanti yükümünün gereği gibi ifa edilmemesi sebebiyle bir talebi söz konusu olmaktadır.

II. SATICI-SAĞLAYICI

TKHK m. 3/f'de satıcı; "Kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere ticari veya mesleki faaliyetleri kapsamında tüketiciye mal sunan gerçek veya tüzel kişiler" olarak; 3/g'de sağlayıcı; "Kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere ticari veya mesleki faaliyetleri kapsamında tüketiciye hizmet sunan gerçek veya tüzel kişiler" olarak tanımlanmıştır[250]. TKHK anlamında satıcı veya sağlayıcı, sunduğu mal veya hizmetle ilgili faaliyeti, kazanç sağlamak amacıyla ve sürekli olarak yapan kişidir. Satıcı ve sağlayıcının tacir veya esnaf olması mümkündür. Zira TKHK'da buna ilişkin bir sınırlama bulunmamaktadır.

III. İMALATÇI-ÜRETİCİ

TKHK m.3/ı'da imalatçı-üretici "Kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere tüketiciye sunulmuş olan mal veya hizmetleri ya da bu mal veya hizmetlerin hammaddelerini yahut ara mallarını üretenler ile mal üzerine kendi ayırtedici işaretini, ticari markasını veya unvanını koyarak satışa sunanları" ifade eder.

Esasen, bir malı tümüyle üretenler dışında, malın hammaddesini veya aramaddesini üretenlerin ve mal üzerine kendi ayırt edici işaretini koyarak satışa sunanların da üretici sayılması, daha çok "üreticinin sorumluluğu" ile ilgili bir meseledir. Ancak kanun kapsamında bu kişilerin de üretici sayılması sebebiyle, tüketici TKHK m.4'te düzenlenen seçimlik haklarını bu kişilere karşı da ileri sürebilecektir. Bununla birlikte, burada da üreticinin sorumluluğundakine benzer bir ayrım yapmak yerinde olacaktır. Şöyle ki ara ürünün imalatçısı, bu ürünler kullanılarak üretilen nihai ürünün imali aşamasında doğan veya nihai ürünün imalatçısının verdiği talimatlar sonucunda oluşan hatalar sebebiyle sorumlu

[250] Alman Medeni Kanununda ise, her iki kavramı da karşılamak üzere girişimci (Unternehmer) kavramı kullanılmıştır.

tutulamamaktadır. Ayıp durumunda da, maldaki ayıp ara üründeki bir sebepten kaynaklanmamışsa, ara ürünün üreticisini, ayıba karşı tekeffül sorumluluğu çerçevesinde sorumlu tutmamak gerekir.

TKHK Tasarı Taslağında da, bu düşünceye paralel olarak imalatçının veya ithalatçının, malın kendisi tarafından piyasaya sürülmesinden sonra ayıbın doğduğunu ispat edebildiği hallerde sorumluluğunun söz konusu olmayacağı düzenlenmiştir.

IV. MAL

TKHK m.3/c bendinde mal; "Alış-verişe konu olan taşınır eşya, konut ve tatil amaçlı taşınmaz mallar ve elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü ve benzeri gayrimaddi mallar" olarak tanımlanmıştır.

Taşınmazlardan yalnızca konut ve tatil amaçlı kullanılan taşınmazlar TKHK kapsamında mal niteliğindedir. Bu taşınmazların dışında kalan arsa, arazi, işyeri olarak kullanılmak üzere satın alınan taşınmazlar bu kanunun kapsamı dışındadır. Bununla birlikte, bazı olaylarda taşınmazın konut ve tatil amaçlı olup olmadığının belirlenmesi için subjektif olarak alıcının iradesinin araştırılması gerekir. Zira mesken niteliğindeki taşınmazların işyeri olarak da kullanılması mümkündür.

Yönergenin 1. maddesinin II. fıkrasının b bendinde, bütün taşınır malların tüketim malı olduğu belirtildikten sonra, "cebri icra tedbirleri veya diğer yargısal tedbirler çerçevesinde satılan mallar ile elektrik, sınırlanmamış su ve gaz"ın tüketim malları kavramı kapsamına girmeyen mallar olduğu belirtilmiştir. Yönerge m.1/III'te tüketim malları kapsamında olan ikinci el mallara ilişkin olarak üye devletlere bir tercih imkanı tanınmıştır. Buna göre, üye devletler isterlerse, tüketicilerin bizzat katılma imkanına sahip oldukları açık arttırmalara konu olan kullanılmış malların, tüketim malları kapsamına dahil olmayacağını kararlaştırabilirler. Yönergedeki tanımdan da anlaşılacağı gibi taşınmaz mallar, yönergenin uygulama alanı dışındadır.

Yönerge m.1/IV'de tüketim mallarının üretilmesine veya geliştirilmesine ilişkin sözleşmelerin de bu yönerge anlamında satım sözleşmesi ile eş tutulduğu ifade

edilmektedir. Buna göre, konusu maddi bir mal olan eser sözleşmeleri de Yönergenin kapsamına dahildir[251].

TKHK anlamında hizmet kavramı, Borçlar Kanunundaki hizmet sözleşmesinden farklı bir kavramdır. Bu kanun anlamında hizmetin tanımlanabilmesi için öncelikle, TKHK anlamında mal kavramının açıklanması gerekmektedir. Zira TKHK anlamında hizmet, mal sağlama dışında kalan her türlü faaliyet olarak ortaya çıkmaktadır. TKHK anlamında mal sağlama, kanun kapsamına giren mallardan birinin mülkiyetinin devrini hedef tutmaktadır. Bu durumda bu kanun anlamında satış sözleşmesi, trampa sözleşmesi ve atipik sözleşmeler, mal sağlama sözleşmesi olacaktır. Mülkiyetin devrini amaçlayan sözleşmeler dışındaki sözleşmelerde, artık bir hizmetin varlığından söz etmek gerekir. Bu anlamda çoğunlukla vekalet ve kira sözleşmelerinin ve atipik sözleşmelerin, TKHK anlamında hizmet sunumunu hedef tutan tüketici işlemleri olarak karşımıza çıkmaları mümkündür. Eser sözleşmesinde ise yaratılan eserin türünden hareketle bir ayrım yapmak gerekir. Eğer ortada maddi bir mal mevcutsa TKHK anlamında mal söz konusudur. Ancak sözleşmenin konusu bu şekilde bir mal sağlama değilse, TKHK anlamında bir hizmetten söz etmek gerekir.

§5. AYIPLI MAL NEDENİYLE TÜKETİCİNİN SAHİP OLDUĞU HAKLAR

I. TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUNUN 4. MADDESİ ÇERÇEVESİNDE SAHİP OLDUĞU HAKLAR

A. Genel Olarak

TKHK m.4'te, ayıplı mal teslimi durumunda tüketicinin sahip olduğu haklar düzenlenmiştir[252]. Buna göre ayıplı mal teslimi durumunda tüketici, onarım, değiştirme, bedel indirimi ve sözleşmeden dönme seçimlik haklarına sahiptir. Ayrıca

---

251 Erlüle, s. 423.

252 Bu maddede ifa engellerinden yalnızca ayıplı ifa düzenlenmiştir. Bu sebeple, zapt, temerrüt veya imkansızlık hali gibi ifa engellerinde genel hükümler uygulama alanı bulur, bkz. Atamer, TKHK M.4- Eleştiriler, s. 81; Tüketicinin ayıplı hizmet durumunda sahip olduğu haklar için bkz. Mustafa Tiryaki, "Borç Sözleşmelerinin İptali", **BATİDER,** 2006, C.XXIII, S. 3, ss. 55-97, 109 vd.

tüketici, bu haklarla birlikte veya seçimlik haklarını kullanmaksızın zararının tazminini de isteyebilir.

Tüketicinin, onarım veya değiştirme hakkı, aynen ifa talebinin devamı niteliğindedir. Tüketici, sözleşmenin kurulmasından itibaren aynen ifayı talep hakkına sahiptir. Bu hak, asli niteliktedir. Satıcı malı teslim etmediği sürece tüketicinin, bu talep hakkı devam eder. Satıcının malı teslim etmesinden sonra ise bu talebin içeriği değişir. Satıcı ayıplı bir mal teslim etmişse, tüketicinin halen aynen ifayı talep etme hakkı vardır ancak artık bu talep, asli ifa talebi değil, tali ifa talebidir (Nacherfüllüngsanspruch) ve adı artık aynen ifa talebi değil, değiştirme veya onarım olmaktadır[253]. Bu halde, değiştirme ve onarım talebi, aynen ifa talebinin devamı niteliğinde olduğundan, bir başka ifadeyle içerik değiştirmiş bir ifa talebi olduğundan, katıldığımız görüş gereğince yenilik doğuran hak niteliğinde değildir[254]. Bu sebeple, tüketici, değiştirme veya onarım talep etmiş olmasına rağmen, ifanın gereği gibi yerine getirilmemesi halinde, diğer seçimlik haklarını her zaman kullanabileceği gibi[255] borçlu temerrüdü hükümlerine de başvurabilir.

Tüketici onarım veya yenisi ile değiştirme hakkını kullanarak, sözleşmeye uygun ifada ısrarcı olabilir veya bedel indirimi hakkını kullanarak, sözleşmenin uyarlanmasını ya da dönme hakkını kullanarak sözleşmenin tamamen ortadan kaldırılmasını tercih edebilir[256].

---

253 Atamer, CISG, s. 382; Atamer, TKHK m.4-Eleştiriler, s. 89, dp. 16; Buz, YDH, s. 172; Giger, Art. 206, No. 13; Martina Schurholz, **Die Nacherfüllung im neuen Kaufrecht**, Baden-Baden 2005, s. 47; Donou, ss. 135 vd., 142.

254 Satım sözleşmesi için, değiştirme hakkının, talep hakkı olduğu yönünde bkz. bkz. Atamer, CISG, s. 382, Buz, YDH, ss. 171-172; Değiştirme hakkının yenilik doğuran hak niteliğinde olduğu görüşünde bkz. Gümüş, s. 183; Ayıbın giderilmesi (onarım ve değiştirme) hakkının yenilik doğuran hak olduğu görüşünde bkz. Kaeser, s. 116; Eser sözleşmesinde ayıbın giderilmesi (Nachbesserungsrecht) hakkının yenilik doğuran hak olduğu görüşünde bkz. Gauch, Werkvertrag, No. 1700-1701, No. 2443; Koller, Nachbesserungsrecht, 2, No. 6; Honsell, OR BT, s. 285; Haluk Tandoğan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, C.II, İstanbul 1987, (C.II), s. 192; Yavuz, Borçlar Özel, ss. 483-484; Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, s. 38; Eser sözleşmesinde ayıbın giderilmesi hakkının talep hakkı olduğu görüşünde bkz. Turgut Öz, **İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi**, İstanbul 1989, (Dönme), s. 97; Özer Seliçi, **İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu**, İstanbul 1978, (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 173.

255 Atamer, TKHK m.4-Eleştiriler, s. 93.

256 Atamer, TKHK m.4-Eleştiriler, s. 89.

Bedel indirimi ve dönme hakkının kullanılması ise, yenilik doğurucu hak niteliğindedir.

B. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da Değişiklik Tasarı Taslağındaki Düzenlemeler

TKHK'da Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Tasarı Taslağı ile, ayıplı mal teslimine ilişkin 4. maddede oldukça önemli değişiklikler yapılmıştır. Söz konusu değişiklikler çalışmamızda yeri geldikçe incelenecek olmasına rağmen, bu başlık altında genel olarak incelenmesi uygun görülmüştür.

TKHK'da değişiklik tasarı taslağında da tüketiciye, malın yenisi ile değiştirilmesi, onarım, ayıp oranında bedelden indirim veya sözleşmeden dönme hakları seçimlik hak olarak tanınmıştır. Ancak Tasarı Taslağında yeni bir düzenleme olarak tüketicinin bu seçimlik haklarından biri ile birlikte 22/04/1926 tarihli ve 818 sayılı Borçlar Kanunu hükümleri uyarınca tazminat talep edebileceği öngörülmüştür.

Tasarı taslağında, 1999/44 sayılı Yönergedeki düzenlemenin aksine, seçimlik haklar arasında bir kademelendirme yapılmamıştır. Yönergenin 3. maddesine göre tüketici öncelikle yalnızca, sözleşmeye uygun ifayı isteme hakkına sahiptir. Sözleşmeye uygun ifa talebi de, onarım ve yenisi ile değiştirme hakkının kullanılması ile olur. Tüketicinin dönme veya bedel indirimi isteme hakkı, ancak onarım veya değiştirme talebinin, satıcı tarafından yerine getirilmemesi veya getirilememesi halinde söz konusu olur. Bu kademelendirmenin temelinde, sözleşmeyi ayakta tutma düşüncesi vardır.

Bu sistemin Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Tasarı Taslağına alınmamasının sebebi, BK m.202 vd.nda ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda, seçimlik haklar arasında bu şekilde bir kademelendirme yapılmamış olmasıdır. Yönergedeki kademelendirme sistemi TKHK'na alınsaydı, Borçlar Kanununa tabi sözleşmelere oranla tüketici aleyhine bir düzenleme yapılmış olacaktı. Mevcut durumda, sözleşmenin ayakta tutulması amacı, sözleşmeden dönme ve bedel indirimine ilişkin BK m.202, 204 ve 206'daki sınırlamaların, TKHK m.30 gereğince tüketici satımlarında da uygulanması ile sağlanacaktır. Ayrıca, tüketicinin bedel

indirimi hakkını, ancak ikinci aşamada kullanabilmesi de amaca uygun değildir. Çünkü tüketici onarım veya değiştirme hakkını kullanmak yerine, bedelin bir kısmının iade edilmesini tercih edebilir ve bu hakkı engellemeyi haklı kılacak bir sebep yoktur[257].

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda değişiklik tasarı taslağında, onarım ve değiştirme hakkına ilişkin olarak "Ücretsiz onarım veya malın ayıpsız misli ile değiştirilmesinin satıcı için orantısız güçlükleri beraberinde getirecek olması halinde ise tüketici, sözleşmeden dönme veya ayıp oranında bedel indirimi haklarından birini kullanabilir. Orantısızlığın tayininde malın ayıpsız değeri, ayıbın önemi ve diğer seçimlik haklara başvurmanın tüketici açısından sorun teşkil edip etmeyeceği gibi unsurlar dikkate alınır." düzenlemesi getirilmiştir.

Bu hüküm de 1999/44 sayılı Tüketim Malları Yönergesinden alınmış bir hükümdür. Yönergede, bu durumun açıkça düzenlenmesinin sebebi, tüketicinin öncelikle onarım veya değiştirme haklarından birini kullanmak zorunda olmasıdır. Oysa Türk Hukuku açısından böyle bir zorunluluk yoktur. Tüketici hangi hakkı kullanmak istiyorsa onu seçmekte serbesttir. Tüketicinin onarım veya değiştirme hakkından birini seçmesi durumunda ise, bu haklar aynen ifa talebinin devamı niteliğinde olduğundan (primaerer Erfüllungsanspruch), aynen ifa talebinin sınırlarına tabidir. Bu sebeple, nasıl ki aynen ifası istenen edimin imkansızlaşması veya ifasının satıcı için aşırı zor olması halinde, alacaklı aynen ifa talebinde bulunamıyorsa, onarım ve değiştirme hakları da bu sınırlara tabi olacaktır. Bu sebeple, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda değişiklik tasarı taslağında, satıcı için orantısız güçlüklerin olması durumunda tüketicinin bu hakları kullanamayacağı hükmüne yer verilmeseydi de genel kurallardan hareketle bu sonuca ulaşılabilecekti[258]. Ancak bu düzenleme tüketicinin seçimlik haklarını kullanmasına genel kurallar çerçevesinde getirilen sınırlamaların, tüketicinin korunması gerekçesiyle, dar yorumlanması gerektiği şeklindeki iddiaları bertaraf etmek için yerinde olmuştur.

---

257 Atamer, TKHK m.4-Eleştiriler, s. 90.

258 Karş. Atamer, TKHK m.4-Eleştiriler, s. 92.

Orantısız güçlüklere ilişkin kriterler, Tüketim Malları Yönergesi m. 3/3'ten aynen alınmıştır. Bunlar, malın ayıpsız değeri, ayıbın önemi ve diğer seçimlik haklara başvurmanın tüketici açısından sorun teşkil edip etmeyeceğidir. Örneğin, satım konusu mal bir vida ise ve vidanın dişlerinde bozukluk varsa, malın onarımı, değiştirilmesi ile kıyaslandığında çok daha masraflı olacaktır. Böyle bir durumda, tüketicinin onarım hakkını kullanmada ısrar etmesi kabul edilmeyecektir. Satım konusu mal bir çamaşır makinesi ise, çamaşır makinesinde bir vidanın bozuk olması durumunda ise, yeni bir çamaşır makinesi talep edilmesi orantısızlık savunması ile karşılaşır, bu durumda onarım daha uygun bir çözümdür. Aracın kaportasındaki küçük bir çizik nedeniyle, değiştirme hakkının kullanılması da orantısız kabul edilecektir. Çünkü, malın ayıplı değeri ile ayıpsız değeri arasında minimal bir sapma vardır ve bu sapmanın, onarım yoluyla giderilmesi mümkündür, bu sebeple diğer seçimlik hakkın kullanılması tüketici için bir sorun teşkil etmeyecektir. Kullanılan hakkın satıcı için orantısız güçlük teşkil edip etmediği her somut olayın özelliğine göre hakim tarafından değerlendirilir[259].

TKHK'da değişiklik tasarı taslağında, "Tüketicinin, ücretsiz onarım veya malın ayıpsız misli ile değiştirilmesi haklarından birini seçmesi durumunda bu talep, malın niteliği ve tüketicinin bu malı kullanma amacı dikkate alındığında, makul sayılabilecek bir süre içinde ve tüketici için ciddi sorunlar doğurmayacak şekilde gerçekleştirilmelidir. Her halükarda bu süre, talebin satıcıya, imalatçıya veya ithalatçıya yöneltilmesinden itibaren otuz günü geçemez. Aksi takdirde tüketici diğer seçimlik haklarını kullanmakta serbesttir."

Onarım veya değiştirme hakkı seçildiğinde, makul süre ve ciddi sorunun ne anlama geldiği somut olayın özelliğine göre belirlenecektir. Örneğin, yaz aylarında buzdolabının onarımı için bir ay makul bir süre olmadığı gibi aynı zamanda bu durum tüketici için ciddi bir sorun da teşkil eder, ancak satıcı tüketiciye bu süre için bir buzdolabı tahsis etmişse, ayıbın onarım yoluyla giderilmesi makul bir hal alacaktır[260].

---

259 Atamer, TKHK m.4-Eleştiriler, s. 93.

260 Atamer, TKHK m.4-Eleştiriler, s. 93.

C. Ayıplı Mal Sebebiyle Tüketicinin Sahip Olduğu Seçimlik Haklar

1. Genel Olarak

Alıcı, Borçlar Kanununa tabi satım sözleşmelerinde, ayıplı teslim durumunda, dönme, bedel indirimi ve çeşidiyle belirli mallarda değiştirme haklarına sahipti. Ancak 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile alıcıya, dönme, bedel indirimi, değiştirme hakkı[261] ve onarım hakkı tanınmıştır. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna tabi satım sözleşmelerinde de tüketici bu haklara ve bu haklarla birlikte veya tek başına tazminat isteme hakkına sahiptir[262].

Tüketicinin sahip olduğu bu haklar, sözleşme ile sınırlandırılamaz ve kaldırılamaz. Borçlar Kanununa tabi sözleşmelerde satıcı, maldaki ayıbı alıcıdan hile ile gizlemişse, tekeffül hükmünü sınırlandıran veya kaldıran her şart batıldır (BK m. 196). Bu hükümden çıkan sonuç, satıcının ayıbı hile ile gizlemediği hallerde, ayıba karşı tekeffül hükümlerinin sınırlandırılabileceği ve kaldırılabileceğidir. Zira ayıba karşı tekeffül hükümleri emredici nitelikte değildir. Ancak Kanunkoyucu tüketici işlemlerinde bu hükümleri emredici olarak düzenlemiştir[263].

2. Sözleşmeden Dönme Hakkı

Ayıp sebebiyle tüketiciye tanınan haklardan birisi sözleşmeden dönme hakkıdır. 4822 sayılı Kanun ile değişik Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda, tüketicinin sözleşmeden dönme hakkına sahip olduğu açıkça belirtilmiştir. Kanunun değişiklikten önceki halinde tüketicinin bedel iadesi isteyebileceği belirtilmişti. Ancak bedel iadesi, sözleşmeden dönmenin sonuçlarından yalnızca biri olduğu için

---

261 6098 sayılı Kanun ile değiştirme hakkı, yalnızca cins borcunda değil, imkan varsa parça borcunda da tanınmıştır.

262 Borçlar Kanununa tabi sözleşmelerde alıcının dönme hakkı dışındaki diğer seçimlik haklarını kullanması durumunda da bu hakların yanı sıra tazminat isteyebileceğine ilişkin olarak bkz. Aşa. § 5, I, D, 3.

263 İsviçre'de tüketici satımlarında tekeffül sorumluluğun kaldırılmasının da yasaklandığı Borçlar Hukukunun ve Haksız rekabetle mücadele Kanununun değiştirilmesine ilişkin Federal Kanun Taslağı kanunlaştırılamamıştır, bu sebeple İsviçre'de Tüketici satımlarında da satıcının sorumluluğunun Art. 199 çerçevesinde sınırlandırılması veya kaldırılması mümkündür, bkz. Basler Komm./Honsell, Art. Zu Vorbem. 197-210, No. 15, Art. 199, No. 1.

tüketiciye tanınan hakkın "sözleşmeden dönme hakkı" olduğunun açıkça düzenlenmesi yerinde olmuştur[264].

Sözleşmeden dönme hakkını kullanan tüketici, satım konusu malı, ondan sağladığı **yarar** ve **ürünleriyle** birlikte satıcıya geri vermekle yükümlüdür. Bununla birlikte, tüketicinin elde etmeyi ihmal ettiği semereleri ödeme yükümlülüğü yoktur. Satıcı da tüketiciye, faiziyle birlikte **satış parasını** veya ondan aldığı senetleri geri vermek ve tüketicinin **mala yaptığı giderleri** ödemek, bundan başka tüketicinin **ayıp sebebiyle yaptığı giderleri** tazmin etmek zorundadır. Satıcı kusurluysa, BK m.205/III gereğince, alıcının ayıp sebebiyle doğan tüm zararını da tazmin etmek zorundadır. Tüketicinin satım konusu malı kullanması karşılığında, satıcının geri vermekle yükümlü olduğu satış parasından belli bir indirim yapılması gerekir[265].

3. Bedelin İndirilmesini İsteme Hakkı

Malın ayıplı olması sebebiyle alıcıya tanınan bir diğer hak, ayıp sebebiyle malın değerinde ortaya çıkan azalma oranında, satış bedelinin indirilmesini talep hakkıdır.

Satım parasının indirilmesi tazminat niteliğinde değildir. Bu sebeple tazminatın kapsamının belirlenmesine ilişkin BK m.43 ve BK m.44 hükmü indirilecek miktarın hesabında uygulanamaz[266].

---

264 Zevkliler ve Aydoğdu, s. 126.

265 Ancak Yargıtayın bu konudaki görüşü, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da, tüketiciden kullanım bedelinin düşülmesine yönelik bir hükme yer verilmediği gerekçesiyle, tüketicinin kullanım bedeli olarak herhangi bir bedel ödemesi gerekmediği yönündedir, bkz. YHGK, 04.03.2009, E. 2009/4-11, K. 2009/9 ve YHGK, 01.07.2009, E. 2009/4-246, K. 2009/ 297 (bkz. aşa. §5 I C 4 a bb, dp.288); Bu kararlarda esasen değiştirme hakkının kullanılması söz konusudur ancak değiştirilmek istenen malın bir benzeri bulunmadığından, İİK erçevesinde tüketiciye aracın bedeli ödenecektir. Bu durumda da değiştirme hakkının kullanılması dönme hakkının kullanılmasına benzer sonuçlar meydana getirir; Bununla birlikte Yargıtay 13. HD.nin, 2009 tarihli bir kararına (13. HD, 04.06.2009, E. 2009/1552, K. 2009/7751 K. Sayılı kararı (Ruhi, ss. 283-284) konu olan uyuşmazlıkta, Yerel Mahkemece, araç satım sözleşmesinin feshine, aracın ekipmanları ile birlikte davalıya verilmesine, satış bedelinin dava tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte davacıya verilmesine, 2.000 TL. değer kaybının davalıya verilmesine karar vermiş, ancak Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, Yerel Mahkemenin kararını, davacının aracı, davalının da satış bedelini kullandığı bu sebeple, satıcının kullanma bedeli, faiz isteyemeyeceği yönünde karar vermiştir, karar için bkz. aşa. §11, II B, dp.598.

266 Yavuz, Ayıptan Sorumluluk, s. 187; Basler Komm./Honsell, Art. 206, No. 9; Gümüş, s. 180; Giger, Art.205, No.29; Aral, Borçlar Özel, s. 145; Tandoğan, Borçlar Özel, s. 197.

Bedelin indirilmesini talep hakkı da diğer seçimlik haklar gibi, karşılıklı edimler arasında ayıplı ifa sebebiyle bozulan dengenin yeniden sağlanması amacına hizmet eder. Bu hak kullanıldığında alıcı, ayıplı satılanı muhafaza etmekte, fakat satım parasının tutarında bir değişiklik yapılmakta ve sözleşme değiştirilmiş satış bedeli ile birlikte varlığını sürdürmektedir[267].

İndirim hakkının, satım bedelinin ödenmesinden önce veya sonra kullanılması mümkündür[268].

Bedelde indirim hakkının kullanıldığı hallerde satım sözleşmesi varlığını sürdürdüğü için karşılıklı alacaklara ait feri haklar da varlığını devam ettirmektedir.

Alıcı, bedelin indirilmesini hakkını kullandıktan sonra tarafların bedelde ne oranda indirim yapılacağı konusunda anlaşmaları mümkündür ancak bir anlaşma olmaması halinde, indirim miktarını hakim belirler. Mahkemenin bu hususta vereceği karar, eda veya tespit kararı niteliğindedir[269].

İndirilecek miktarın belirlenmesi konusunda kanunda belirli bir hesaplama yöntemi öngörülmemiştir. Doktrinde çeşitli yöntemler ileri sürülmüş olmakla birlikte[270] İsviçre-Türk doktrininde ve uygulamasında hakim görüş, nisbi yöntemin

---

267 Satış bedelinin indirilmesini, bedelde indirim yapıldığı oranda sözleşmenin hükümsüzleşmesini sağlayan kısmi dönme olarak değerlendirilenler olduğu gibi, bkz. Edis, s. 122; Yavuz, Borçlar Özel, s. 143; Şahiniz, s. 157; Bu hakkın tazminat veya kısmi dönme niteliğinde olmadığını, yalnızca sözleşmenin uyarlanması niteliğinde olduğunu ileri sürenler de vardır, bkz. Atamer, CISG, s. 387; Schlechtriem, Schwenzer ve Müller-Chen, Art. 50, No. 1.

268 Gümüş, s. 180; Şahiniz, s. 157.

269 Yavuz, Borçlar Özel, s. 143.

270 Bu sebeple indirim miktarının hesaplanmasına ilişkin olarak doktrinde ve içtihatlarda, başlıca üç yöntem ileri sürülmüştür. Bunlar, mutlak yöntem, tazminat yöntemi ve nisbi yöntemdir. Mutlak yönteme göre, satılan malın objektif ayıpsız değeri ile objektif ayıplı değeri belirlenir ve bu değerler arasındaki fark, sözleşmede kararlaştırılan bedelden indirilir. Örneğin, malın objektif ayıpsız değeri 100 TL., objektif ayıplı değeri 60 TL., sözleşmede kararlaştırılan bedel 80 TL. ise, (100-60=40 TL.) satım bedelinden indirilecek miktar olarak bulunur. Böylece indirilmiş bedel 80-40 = 40 TL. olur. Tazminat yöntemine göre, sözleşmede kararlaştırılan bedel ile satılan malın ayıplı değeri arasındaki fark, sözleşmede kararlaştırılan bedelden indirilir ve alıcı yalnızca satılan malın ayıplı değerini ödemiş olur. Örnek üzerinde açıklamak gerekirse, sözleşmede kararlaştırılan bedel olan 80 TL.den objektif ayıplı değer 60 TL. çıkarılarak bulunan 20 TL. indirim miktarıdır. Bu miktar, sözleşmede kararlaştırılan bedelden düşülür ve indirilmiş bedel

uygulanması gerektiği yönündedir[271]. BGB §441 Abs.3'te, bedel indiriminde uygulanacak yöntemin nisbi yöntem olduğunu açıkça düzenlemiştir. CISG m. 50'de de aynı yöntem benimsenmiştir. Bu yönteme göre, indirimli satım bedelinin bulunması için, satılan malın objektif ayıplı değeri ile objektif ayıpsız değeri arasındaki oran, sözleşmede kararlaştırılan bedele uygulanır[272]. Bu yönteme göre, objektif ayıpsız değeri 100 TL., ayıplı değeri 60 TL. olan bir malın satış bedeli 80 TL. ise, indirimli satış bedeli,

$$\frac{60}{100} = \frac{X}{80}$$

X = 48'dir. Buna göre indirim miktarı, 12 TL. olmaktadır.

Bu yöntem adalete en uygun olan yöntemdir. Zira bu yöntem uygulandığında, piyasaya göre düşük veya yüksek olarak belirlenmiş sözleşmedeki satış bedeli de indirim miktarına yansıtılmakta, böylece sözleşmenin satıcıya getirdiği kar da dikkate alınmış olmaktadır[273].

İndirim miktarı hesaplanırken, kıymet takdirinin hasarın geçtiği ana göre yapılacağı kabul edilmektedir[274].

Bedel indirimi hakkının kullanılması üzerine, alıcı indirim miktarını, satıcıya ödemiş olduğu tarihten itibaren faiziyle birlikte talep edebilir[275].

---

olarak 80 - 20 = 60 TL. bulunur, bkz. Giger, Art. 205, No. 17 vd.; Basler Komm./Honsell, Art. 205, No. 9; Yavuz, Borçlar Özel, s. 144.

271 Yavuz, Borçlar Özel, s. 148; Zevkliler ve Aydoğdu, s. 128; Feyzioğlu, Akdin Muhtelif Nev'ileri, s. 295; N. Yavuz, Ayıplı İfa, s. 119; Keller ve Siehr, ss. 92-93; Giger, Art. 205, No. 21; Huguenin, OR BT, No. 347; Oser ve Schönenberger, Art.205, No.18, s. 864; Becker, Art. 205, No. 16; Guhl ve Koller, §42, No. 45; von Büren, OR BT, s. 40; Serozan, Borçlar Özel, s. 152; Tandoğan, Borçlar Özel, s. 197; Edis, s. 124.

272 Yavuz, Borçlar Özel, s. 145.

273 Tandoğan, Borçlar Özel, s. 197; Edis, s. 124.

274 Tandoğan, Borçlar Özel, s. 197; Yavuz, Borçlar Özel, s. 149; Basler Komm./Honsell, Art. 206, No. 9; Giger, Art. 205, No.27; Keller ve Siehr, s. 93; Değer tespitinde ifa yerindeki şartların göz önünde bulundurulması gerektiği yönünde bkz. Aral, Borçlar Özel, s. 145; Şahiniz, s. 159.

275 Gümüş, s. 181; BGE 116 II 305; 117 II 550.

4. Ayıplı Malın Ayıpsız Olanıyla Değiştirilmesini İsteme Hakkı ve Onarım Hakkı

a. Değiştirme Hakkı

aa. Genel Olarak

Alıcı, çeşidiyle belirli malın sözleşme konusu olduğu işlemlerde değiştirme hakkına sahiptir. Değiştirme hakkı, katıldığımız görüş gereğince yenilik doğuran hak niteliğinde olmayıp aynen ifa talebinin ayıplı ifa sonrasında devamı niteliğindedir[276]. Ayıplı mal sebebiyle alıcının sahip olduğu değiştirme hakkı, BK m.203'te hükme bağlanmıştır. Bu düzenlemeye göre, "Satılan, miktarı muayyen misli şeylerden ise alıcı dilerse fesih veya semenin tenzilinden hiç birini talep etmeyip satılanın ayıptan ari misliyle değiştirilmesini talep edebilir."

Mevcut düzenleme çerçevesinde alıcı yalnızca çeşit satımının söz konusu olduğu hallerde değiştirme hakkına sahiptir. Beş metre kumaş, 20 kg. yağ, bir çanta veya bir masa, çeşit satımının konusudur ve ayıplı olduğu hallerde benzerleri ile değiştirilmesi istenebilir. Buna karşılık, sözleşmenin konusu bir parça borcu ise değiştirme istenemez, bunun gerekçesi, bu tür malların ayıpsız benzerinin bulunmasının mümkün olamayacağıdır[277].

Ancak parça borcunda değiştirme hakkının kullanılamaması doktrinde haklı olarak eleştirilere sebep olmuş[278], bu eleştiriler de kanunkoyucu tarafından dikkate

---

276 Atamer, TKHK m.4-Eleştiriler, s. 89, dp.16; Buz, YDH, ss. 171-172; Giger, Art. 206, No. 13; Aral, Borçlar Özel, s. 148; Değiştirme hakkının, yenilik doğuran hak niteliğinde olduğu görüşünde bkz. Gümüş, s. 183; Ayıbın giderilmesi (Onarım ve değiştirme) hakkının yenilik doğuran hak olduğu görüşünde bkz. Kaeser, s. 116; Eser sözleşmesinde ayıbın giderilmesi (Nachbesserungsrecht) hakkının yenilik doğuran hak olduğu görüşünde bkz. Gauch, Werkvertrag, No. 2443; No. 1700-1701, No. 2443.

277 Ancak hukukumuzdaki uygulama, aynı otomobilden üretilmiyor da olsa, tüketicinin parça borcunda değiştirme hakkını kullanması üzerine, İİK gereği aracın bedeline hükmetmek şeklindedir, §5 I C 4 bb. dp.288.

278 Bazı hallerde parça borcunun söz konusu olduğu durumlarda, değiştirme hakkının kullanılmasını engellemek adaletsiz sonuçlara yol açmaktadır. Şöyle ki, parça borcuna konu olan mallara örnek olarak, el yazması bir kitap, serisi olmayan bir kumaştan yapılmış giysi, belirli ölçülere göre yapılmış bir dolap gösterilebilir. Ancak parça borcunun konusu, her durumda bu şekilde özel bir edim değildir. Borcun parça borcu olup olmadığı, subjektif olarak belirlendiğinden, misli mallar da parça borcunun konusunu teşkil edebilir. Misli mallara ilişkin tüketici satımlarında, satım konusu mal sözleşmenin kurulduğu anda tarafların huzurunda bulunuyor ve sözleşme söz

alınmıştır. Sonuç olarak 6098 sayılı kanunda değiştirme hakkı, değiştirmenin mümkün olduğu hallerde, satış türleri arasında herhangi bir ayrım yapılmayarak tüm satış türleri için tanınmıştır.

Alman Hukukunda yapılan reformdan sonra, parça satışı ve cins satışı arasındaki fark ortadan kaldırılmıştır[279]. Yeni düzenlemede alıcının her iki durumda

konusu cinsin somutlaştırılmış bir örneğine ilişkin olarak yapılıyor ise, bir parça satımı söz konusu olur; bu durumda parça satımlarında değiştirme hakkının kullanılamayacağı kabul edilirse, tüketici bu mal sebebiyle değiştirme hakkına sahip olmayacaktır. Ancak seri halde üretilen, standart endüstri ürünlerine ilişkin satım sözleşmelerinin günümüzde taşıdığı önem karşısında, değiştirme hakkının çeşit satımlarıyla sınırlı tutulması yerinde değildir. Dolayısıyla satım konusunun somutlaştırılmasının tamamen tesadüfi bir nitelik taşıdığı durumlarda, misli mallara ilişkin parça satımları bakımından da aynı hakların tanınması gerekir, bkz. Bucher ve Buz, s. 154, dp.15 ve ait olduğu metin; Örneğin Alman istinaf Mahkemesinin önüne gelen bir uyuşmazlıkta, alıcı almak istediği otomobili belirlemiş ve özellikleri konusunda da satıcı ile anlaşmıştır. Ancak satım konusu araçta daha sonra ayıplar ortaya çıkmıştır. Alıcı, otomobili kesin olarak seçtiği için, satıcı parça borcunun söz konusu olduğunu bu sebeple değiştirme istenemeyeceğini ileri sürmüştür. Ancak mahkeme, reform sonrası bu ayrımın ortadan kalktığını, bu sebeple sözleşmenin niteliğine göre karar verilmesi gerektiğini ifade etmiştir, bkz. OLG Braunschweig, 4.2.2003, JZ, 2003, 863; Satım konusu mal parça borcu olmasına rağmen, yerine bir başka malı sorunsuz bir biçimde sağlamak mümkünse, alıcının değiştirme hakkı olduğunun kabul edilmesi gerektiği yönünde, bkz Atamer, CISG, s. 375; Serozan, Parça Borcu-Çeşit Borcu, s. 233 vd.

279 CISG'de ve yeni Alman Medeni Kanununda parça borcu-cins borcu ayrımına yer verilmemiş olmasına rağmen, bu konudaki tartışmalar hala devam etmektedir: Alman Medeni Kanununda yapılan reformla, CISG'de olduğu gibi parça borcu-cins borcu ayrımı terk edilmiş ve BGB §439'da alıcının satıcıdan ayıplı mal yerine yenisini isteme hakkı tanınmış olmasına rağmen, doktrinde pek çok yazar, yine de değiştirme talebinin yalnızca çeşit borcu için varolduğu görüşündedir, bkz. Florian Faust, "Grenzen des Anspruchs auf Ersatzlieferung bei der Gattungsschuld", **ZGS,** 7/2004, ss. 252-258, s. 255; Ulrich Huber, "Die Schadensersatzhaftung des Verkaeufers wegen Nichterfüllung der Nacherfüllungspflicht und die Haftungsbegrenzung des 275 Abs. 2 BGB neuer Fassung", **Festschrift für Peter Schlechtriem**, 2003, ss. 521-567, s. 523, dn. 9; Gert Brüggemeier, "Das neue Kaufrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches-Eine kritische Bestansaufnahme", **WM,** 2002, ss. 1376-1387, s. 1379; Bununla birlikte, yasanın gerekçesinde de parça borcu-cins borcu ayrımının bilinçli olarak terk edildiği ve parça borcunda değiştirme talebinin mümkün olabileceği açıkça belirtilmiştir, bkz. RegBegr, in: Schuldrechtsmodernisierung, s. 806; Kanunun hazırlık sürecinde yoğun etkisi olan Canaris de bu görüştedir, bkz. Claus Wilhelm Canaris, "Die Nacherfüllung durch Lieferung einer mangelfreien Sache beim Stückkauf", **JZ,** 17/2003, ss. 831-838, s. 833; Aynı yönde Haas, Das neue Schuldrecht, V, No. 84; Andreas Heinemann ve Thomas Pickartz, "Die Nacherfüllung beim Stückkauf", **ZGS,** 4/2003, ss. 149-156, ss. 151-152; Otto Palandt: Bürgerliches Gesetzbuch, München 2006, (Palandt ve İşleyen), Palandt ve Putzo §439, N. 15; CISG açısından da öğretide hakim görüş, değiştirme hakkının parça borcu açısından kural olarak varolmadığını savunmaktadır, bkz. Münc Komm BGB/Huber, P, CISG Art. 46, No. 38; ayrıca bkz. Schlechtriem, Schwenzer ve U. Huber, Art. 46, N.22; Tüketim malları yönergesinde, parça satışında alıcıya değiştirme hakkı tanınabileceği yorum yoluyla kabul edilmektedir. Zira Yönergenin giriş kısmındaki gerekçelerden No.16'da; *"kullanılmış mallar açısından, yenisi ile*

da öncelikle BGB §439 çerçevesinde ayıbın giderilmesi talebine başvurması öngörülmüştür. Ayıbın giderilmesi (Nacherfüllung) talebinin her iki türü de- onarım ve değiştirme- ilke olarak her iki satış türü için de kullanılabilir niteliktedir. Cins satışında önceki düzenlemede de mevcut olan değiştirme hakkı kullanılabileceği gibi aynı zamanda bir yenilik olarak onarım hakkı da kullanılabilir. Parça satışında da reformla birlikte ayıbın giderilmesini talep hakkı, her iki şekliyle de yani onarım veya değiştirme talep ederek kullanılabilir. Parça satışında, sözleşmenin konusunun belirli bir mal olması, değiştirme hakkının kullanılması ile çelişmez. Bu noktada yalnızca satım konusunun misli bir mal olması gerekir. Bu durum ise, endüstriyel olarak üretilen malların büyük bir kısmında mevcuttur. Değiştirme hakkı yalnızca misli mallarda kullanılabileceği için misli olmayan mallarda ayıbın giderilmesi talebi daha baştan, yalnızca onarım hakkı ile sınırlandırılmış olmaktadır[280].

Esasen alıcının sahip olduğu değiştirme hakkı, hukuki niteliği itibariyle bir aynen ifa talebi olsa da bu hak, ayıplı ifa sebebiyle alıcının sahip olduğu haklar arasında düzenlendiğinden, bu hakkı kullanmak isteyen alıcı muayene ve bildirim külfetlerini yerine getirmeli ve değiştirme hakkını BK m. 207'de öngörülen zamanaşımı süresi içinde kullanmalıdır. Bir başka deyişle alıcı, değiştirme hakkının bir ifa talebi olmasından hareketle ayıp durumunda öngörülen külfetleri yerine getirmeden değiştirme hakkını kullanamaz[281].

Alıcının, zamanaşımı süresi içinde değiştirmeyi talep etme hakkı olmakla birlikte doktrinde, spekülasyonları önlemek ve satıcının hukuki durumunun açıklığa kavuşmasını sağlamak amacıyla satıcıya de lege feranda olarak, satılanı değiştirme konusunda bir icapta bulunma hakkı tanınmasını önerilmekteydi[282]. Mevcut Borçlar kanununda satıcı, yalnızca yerinde satımlarda, hemen ayıplı malın değiştirilmesini ve

---

ifa imkanının genelde mevcut olmayacağı, bu sebeple kural olarak alıcının bu talebinin kabul edilmeyeceği" şeklindeki ifadeden, bazı durumlarda parça satışında da değiştirme talebinin kabulü mümkün olabileceği sonucuna varılmaktadır, bkz. Heinemann ve Pickartz, ss. 151-152; Ayrıca bkz. Atamer, CISG, s. 375, dp. 491-492.

280 Haas, Das neue Schuldrecht, V, No. 84-85.

281 Yavuz, Borçlar Özel, s. 153.

282 Tandoğan, Borçlar Özel, s. 199; Yavuz, Borçlar Özel, s. 153.

alıcının zararlarını tazmin etmeyi teklif etme hakkına sahipti[283]. 6098 sayılı Borçlar Kanununda ise doktrindeki öneriye uygun olarak satıcıya, "alıcıya aynı malın ayıpsız bir benzerini hemen vererek ve uğradığı zararın tamamını gidererek seçimlik haklarını kullanmasını önleme" hakkı tanınmıştır.

Doktrinde ayıplı mal teslimi durumunda, alıcının değiştirme hakkını[284] kullanmasının mümkün olduğu hallerde, temerrüt hükümleri ile ayıp hükümlerinin birbiri ile yarıştığı kabul edilmektedir[285]. Alıcının ayıptan doğan değiştirme hakkını henüz kullanmamış olduğu bir dönemde, temerrüt ile ayıp hükümleri arasında alternatif bir yarışmanın varlığı kabul edildiğinden, bu imkan aynen ifa talebinin devamı niteliğinde olan değiştirme ve onarım hakkının gereği gibi yerine getirilmemesi halinde de tanınmalıdır. Bir başka ifadeyle değiştirme hakkı aynen ifa talebi niteliğinde olduğundan, satıcı, değiştirme talebine uymazsa, alıcı BK m.106'ya göre sözleşmeden dönme veya ifadan vazgeçerek müspet zararının tazminini isteme hakkını kullanabilir[286].

Bu husus şu noktada önem taşımaktadır: Satılan malda önemli bir ayıp olmaması sebebiyle, ayıp hükümleri çerçevesinde sözleşmeden dönme hakkını kullanamayan tüketici, borçlu temerrüdü hükümlerine dayanarak sözleşmeden dönebilecektir. Ancak böyle bir durumda seçtiği hak yerine getirilmeyen tüketici, ayıba karşı tekeffülden doğan diğer seçimlik haklarına da başvurabilir.

BK m.204/II'de malın, alıcının kusuruyla telef olması veya alıcının malı başkasına temlik etmesi ya da şeklini değiştirmesi halinde, alıcının yalnızca bedel

---

283 Giger, Art. 206, No. 21; Tandoğan, Borçlar Özel, s. 199; İsviçre doktrininde de satıcının yalnızca yalnızca yerinde satımlarda değiştirme hakkına sahip olması, modern nakliye imkanları göz önünde bulundurulduğunda zamana uygun olmayan bir sınırlama olarak kabul edilmektedir, bkz. Basler Komm./Honsell, Art. 208, No. 1.

284 Borçlar Kanununda, ayıplı ifa halinde alıcıya onarım hakkı tanınmadığından yalnızca değiştirme hakkından söz edilmektedir. Ancak bu söylenenler, aynen ifa talebinin devamı niteliğinde olan onarım hakkının kullanılması durumu için de geçerlidir.

285 Değiştirme hakkı ile temerrüt hükümleri arasında özel hüküm genel hüküm ilişkisi vardır. Değiştirme hakkı ile temerrütten doğan haklar arasındaki yarışma sorununda, 96 ve 196 arasındaki ilişkide yapılan yorumun aynısı yapılabilir. Bu iki hukuki yol, alternatif biçimde uygulanmalıdır. Böylece, ihbar külfetini yerine getirmemiş veya ayıp zamanaşımını kaçırmış olan alıcı, temerrüt hükümlerine başvurabilecektir, bkz. Giger, Vorbem. zu Art. 197-210, No. 34-35.

286 Yavuz, Borçlar Özel, s. 153; Buz, YDH, s. 172.

indirimi talep edebileceği hükme bağlanmıştır. Bu hükümde öngörülen sınırlama, dönme hakkının yanı sıra değiştirme hakkı açısından da geçerlidir[287]. Çünkü değiştirme hakkında da dönme hakkında olduğu gibi ayıplı malın iadesi söz konusudur ve bu hükümde anılan hallerde satım konusu malın iadesi mümkün değildir. Bu nokta açısından değiştirme hakkı ile dönme hakkı, birbirine benzer özellikler taşımaktadır. Buna karşılık BK m.202/II'deki "Halin icabı haklı göstermiyorsa, hakim dönme yerine bedel indirimine karar verebilir." şeklindeki sınırlama değiştirme hakkı için uygulanamaz. Zira, bu düzenleme dönme hakkının sınırlandırılmasına ilişkin istisnai bir hükümdür. Kanunkoyucunun dönme hakkını sınırlandırma amacı, dönme hakkının kullanılmasının satıcı açısından oldukça ağır sonuçların ortaya çıkmasına sebep olmasıdır. Oysa değiştirme hakkı ile dönme hakkı arasındaki menfaatler durumu birbirinden farklıdır[288].

Tüketici, değiştirme hakkını kullandığı hallerde, elindeki ayıplı malı hangi anda iade edeceği konusunda kanunda bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak Yargıtayın da kabul ettiği gibi, tüketici malın yenisi gelene kadar, elindeki malı iade etmekle yükümlü değildir. Tüketicinin değiştirme talebini ileri sürene kadar ve ileri sürdükten sonra değiştirme gerçekleşene kadar malı kullanması, satıcıyı ve diğer sorumluları sorumluluktan kurtarmaz. YHGK'nun 2009 tarihli kararına göre[289], "Davacı, baştan beri sözleşmeyi ayakta tutarak malın ayıpsız bir yenisi ile değiştirilmesini istediğine göre, ayıpsız yeni mal kendisine teslim edilinceye kadar, elindekini iade yükümlülüğü altında değildir; iade yükümlülüğü ancak, davacının, bedel iadesini de içeren sözleşmeden dönme hakkını kullanması halinde gündeme gelebilecek bir olgudur."

bb. Değiştirme Hakkı ile Dönme Hakkının Karşılaştırılması

Özellikle otomobil satışlarında karşılaşılan bir sorun, aynı model aracın, satıcının stoklarında olmamasının tüketicinin değiştirme hakkını kullanmasını

---

287 Tandoğan, Borçlar Özel, s. 199; Zevkliler ve Gökyayla, s. 114; Aral, Borçlar Özel, s. 147.

288 Aral, Borçlar Özel, s. 147; Şahiniz, s. 163.

289 YHGK, 4.3.2009, E. 2009/4-11, K. 2009/99 (www.kazanci.com); Aynı yönde YHGK, 1.7.2009, E. 2009/4-246, K. 2009/297 (Mustafa Kırmızı, **Tüketici Hukuku**, 2011, s. 39 vd.).

etkileyip etkilemeyeceğidir. Yargıtayın bu konudaki yerleşik içtihadı[290], Kanunun ve Yönetmeliğin, tüketicinin tercihini ön planda tuttuğu, bu sebeple, tüketicinin değiştirme hakkını kullanacağı yönündedir. Bu kararlara göre, değiştirme hakkının kullanılması durumunda bu hakkın yerine getirilmesini sınırlayan herhangi bir hüküm kanunda yoktur. İnfaz aşamasında hükme konu malın bulunmaması halinde, İİK 24/4 hükmü uygulanacağından, kararın infazının zorluğundan da söz edilemez. Yargıtay bu kararlarında, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda kullanım bedelinin düşülmesine yönelik bir hükme yer verilmediğinden, tüketiciden bu ad altında herhangi bir bedel alınmaması gerektiğini ifade etmektedir.

Bu kararlar çerçevesinde tüketici seçimlik haklarını serbestçe kullanabilecektir. Örneğin, 2005 model 0 km. bir araçtaki bozukluk sebebiyle tüketicinin değiştirme hakkını kullanması durumunda, satıcının stoklarında 2005 model 0 km. araç bulunmamaktaysa, ki olayların büyük çoğunluğunda, bu niteliklere sahip bir araç olmayacaktır, İİK.24/4 hükmü uygulanacaktır. Bu hükme göre "…Menkul malın değeri ilamda yazılı olmadığı veya ihtilaflı bulunduğu takdirde İcra Müdürü tarafından haczin yapıldığı tarihteki rayice göre takdir olunur." Bu

---

290 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararına konu olan bir olayda (YHGK 22.06.2005, 2005/4-309 E., 2005/391 K. www.kazancı.com) Yerel Mahkeme, 1997 model Porche marka aracın aynı model ve nitelikte 0 km. yeni bir araç ile değiştirilmesine ve davacıda bulunan aracın davalı tarafından geri alınmasına karar vermiş; 4. HD, yerel mahkemenin kararını "……Bu hükmün infazı HUMK.nun 388. maddesi karşısında güçlükler yaratır. 1997 model bir aracın aradan 4-5 yıl geçtikten sonra "0" km. yenisinin bulunması olanaklı değildir. Şu durumda, davacının seçenekli istemleri arasında aracın değeri de bulunduğuna göre davacının aracı kullanmakla edindiği yarar da gözetilerek aracın bedeline hükmedilmelidir." gerekçesiyle bozmuştur. Hukuk Genel Kurulu ise, yerel mahkemenin değiştirme yönünde olan direnme kararını "……1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 381-388 maddelerine aykırı bir hükmün varlığından da söz etmek olanaklı değildir. Aracın modelinin eski olması, yasal seçimlik haklarından birini kullanan davacının bu isteminin karşılanmamasına neden olarak gösterilemez. Kanun ve yönetmelik tüketici tercihini ön planda tutmakta; değiştirme hakkının kullanılması durumunda bu hakkın yerine getirilmesini sınırlayan herhangi bir hüküm getirmemektedir. - Diğer taraftan, infaz aşamasında hükme konu malın bulunamaması halinde, İcra ve İflas Kanunu'nun 24. maddesinin uygulanma olanağının varlığı da unutulmamalıdır. - 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 4949 sayılı yasayla değişik 24/4. maddesinde; "... Menkul malın değeri ilamda yazılı olmadığı veya ihtilaflı bulunduğu takdirde İcra Müdürü tarafından haczin yapıldığı tarihteki rayice göre takdir olunur" hükmü yer almaktadır. -Bu açık hükmün varlığı karşısında, kararın infazının güçlüğünden de söz edilemez. -Ayrıca, gerek 4077 sayılı Kanunun ilk şeklinde gerekse 4822 sayılı Kanunla değişik halinde kullanım bedelinin düşülmesine yönelik bir hükme de yer verilmemiştir." gerekçesiyle onamıştır.; Aynı yönde, YHGK, 4.3.2009, E. 2009/4-11, K. 2009/99 (www.kazanci.com); YHGK, 1.7.2009, E. 2009/4-246, K. 2009/297 (www.kazanci.com).

durumda tüketici, 2005 model bir aracın haciz tarihindeki rayiç değerini para olarak alacaktır.

Bu şekilde ortaya çıkan bir uyuşmazlıkta değiştirme hakkının kullanılması, dönme hakkının kullanılmasına benzer sonuçlar ortaya çıkarmaktadır. Tüketici dönme hakkını kullansaydı, aracı satın aldığı tarihten itibaren faiziyle birlikte verdiği parayı talep edebilecekti, satıcı da tüketiciden kullanması sebebiyle bir bedel talep edebilecekti. Değiştirme hakkını kullanınca, aracın haciz tarihindeki bedelini talep edebilmekte ancak kullanım karşılığı olarak herhangi bir para ödememektedir. Bu son durumda tüketici aracı satın alırken ödediği paradan daha az bir para alacaktır. Ancak araç ayıplı olmasaydı da bu sonuç ortaya çıkacaktı. Yani araç ayıplı olmasaydı da tüketicinin elinde, bu aracı satın alırken ödediği değerden daha düşük değerde bir araç olacaktı. Bu sebeple, tüketici, aracı satın alırken ödediği miktardan daha az miktarda para alması sebebiyle herhangi bir zarara uğramış olmamaktadır.

Dolayısıyla otomobillerin değerinin sürekli olarak düştüğü dikkate alındığında bu husus sorun teşkil etmemelidir. Ancak bu noktada hesaplama şu şekilde olmalıdır: Araç ayıplı olmasaydı, tüketicinin elinde olan araç, örneğimize göre 7 yıldır kullanılmış bir araç olacaktı. Bu durumda aynı niteliklere sahip 7 yıldır kullanılmış bir aracın değeri ne ise, tüketiciye ödenmesi gereken para o miktarda olmalıdır, kanaatindeyiz. Çünkü tüketiciye 2005 model 0 km. bir aracın bedeli verilirse, bu durumda tüketici sebepsiz zenginleşmiş olacaktır. Tüketiciye verilecek miktar, bu şekilde hesaplanırsa, Yargıtayın, tüketiciden kullanım bedeli adı altında bir para alınmamasına ilişkin içtihadı doğru olacaktır.

Değiştirme hakkının kullanılması durumunda, satıcının stoklarında 2005 model bir araç varsa, durum nasıl olmalıdır? Örneğin 2010 yılına gelindiğinde, araçtaki ayıp sebebiyle tüketiciye 2005 model 0 bir araç verildiğinde, tüketici, malın ayıplı olmasından yararlanmış olmayacak mıdır? Bir başka deyişle, araç ayıplı olmasaydı tüketicinin elinde alırken 20.000 TL. ödediği ancak bugün itibariyle ayıpsız olarak 15.000 TL. değerinde bir araç olacaktı. Bu sebeple, böyle bir durumda da tüketicinin haksız yere zenginleşmesine engel olmak için elindeki aracı 5 yıldır kullanmış olması sebebiyle makul bir bedelin tüketiciden talep edilmesinin yerinde olacağı kanaatindeyiz.

b. Ayıplı Malın Onarımını Talep Hakkı

Tüketici, diğer üç seçimlik hakkın yanı sıra, malın ücretsiz olarak onarımını isteme hakkına da sahiptir[291].

Onarım hakkı da değiştirme hakkı gibi, aynen ifa talebinin devamı niteliğindedir[292].

Satıcı, tüketiciyi onarım hakkını kullanması yönünde zorlayamaz. Tüketici yasal sınırlar içinde kalmak kaydıyla dilediği hakkı seçmekte serbesttir. Bununla birlikte tüketici bir kere onarım hakkını seçmişse, onarım yapıldıktan sonraki dönemde malda bir takım bozuklukların ortaya çıkması halinde, diğer seçimlik haklarını kullanabilmesi için TKHK m.13 gereğince bazı şartların gerçekleşmesi gerekmektedir[293].

Tüketici satımına konu olan malların, endüstriyel mallar olduğu dikkate alındığında, onarım hakkı kullanıldığında, onarımın çoğunlukla üretici veya ithalatçılar tarafından kurulan servis istasyonları tarafından gerçekleştirildiği görülmektedir. Bu noktada, alıcının garantiden doğan hakkını mı yoksa ayıptan doğan hakkını mı kullandığı sorusu gündeme gelebilir. Uygulamada, tüketicinin TKHK m.13 çerçevesinde garanti kapsamında onarım talep ettiği kabul edilerek, ayıptan doğan diğer haklarını kullanabilmesi, garanti belgesine ilişkin yönetmelik m.14'te bazı şartlara tabi tutulmuştur. Bu durumda, tüketicinin, satıcının "ayıba karşı

---

291 Roma hukukunun etkisiyle ve hukuk politikasının bir sonucu olarak, Borçlar Kanununda ayıba karşı tekeffül hükümleri arasında, alıcıya sözleşmeden dönme, bedel indirimi ve ayıplı malın ayıpsız misliyle değiştirilmesi hakları tanınmış, ancak onarım hakkı tanınmamıştı. Ancak satım konusu malların niteliklerindeki değişmesi ve ticari hayatta ortaya çıkan gelişmeler sebebiyle, alıcıya onarım hakkı tanınmaması bir eksiklik olarak hissedilmeye başlanmış; bu eksiklik de tip sözleşmelerdeki genel işlem şartlarıyla ve satılan malla birlikte verilen garanti belgeleriyle giderilmeye çalışılmıştır. Borçlar Kanununda kabul edilen irade özgürlüğü ilkesi de tarafların onarım konusunda anlaşmalarına imkan tanımıştır. Zamanla ayıba karşı tekeffülde, onarım hakkının tanınmasında, tüketicilerin korunması düşüncesi de önemli katkıda bulunmuştur, bkz. Arbek, s. 40.

292 Ayıbın giderilmesi (Onarım ve Değiştirme) hakkının yenilik doğuran hak olduğu görüşünde bkz. Kaeser, s. 116; Eser sözleşmesindeki ayıbın giderilmesi (Onarım-Nachbesserungsrecht) hakkının yenilik doğuran hak olduğu görüşünde bkz. Gauch, Werkvertrag, No. 1700-1701, No. 2443 ve Koller, Nachbesserungsrecht, No. 6.

293 6098 sayılı Borçlar Kanunu ile onarım hakkı da seçimlik haklar arasında düzenlenmiştir; İsviçre Borçlar Kanununun değiştirilmesine ilişkin Tasarıda, kanun bir onarım hakkı öngörülmüş ancak bu hak EJPD (Eidgenössische Justiz und Polizeidepartment) tarafından kaldırılmıştır, bkz. Basler Komm./Honsell, Art. 205, No.5.

tekeffül sorumluluğu" kapsamında onarım talebinde bulunmasının pratik olarak mümkün olmadığı sonucuna varılmaktadır.

c. Alman Hukukunda Değiştirme ve Onarım Hakkı

Alman Hukukunda değiştirme ve onarım hakkı, ayıbın giderilmesi talebi (Nacherfüllung) kavramı altında düzenlenmiştir. Aynen ifa talebi, ifa talebinin değiştirilmiş halidir. Alıcının öncelikle ayıbın giderilmesini (onarım) veya ayıpsız mal teslim edilmesini (değiştirme) talep etmek zorundadır. Bu durum parça satışında, şahsileştirilmiş eşyanın yerine bir başka malın geçebileceği anlamına gelir. Bir diğer değişiklik, ayıbın giderilmesi talebinin ilke olarak asli ifa talebi ile aynı zamanaşımına tabi olmayıp ayıp zamanaşımına tabi olmasındadır. Ayıbın giderilmesi talebi, ifa talebinin değiştirilmiş hali olduğu için, herhangi bir başka şarta tabi değildir. Alıcı, öncelikle herhangi bir süre tanımak zorunda değildir ve talep, satıcının ayıptan sorumlu olup olmamasından bağımsızdır[294].

Ayıbın giderilmesi talebi, ayıbın önemsiz olduğu hallerde de mevcuttur. Önceki kanun döneminde, alıcı, ayıbın önemsiz olması durumda, ayıba karşı tekeffül hükümlerine gidememekteydi (Önceki BGB §459 Abs.1 S.2). Yeni düzenlemede, ayıp önemli olmasa bile, alıcı ayıbın giderilmesini talep hakkına sahiptir. Ayıbın önemsiz olması, yalnızca dönme hakkının kullanılamaması ve ifa yerine tazminatın istenememesi sonucunu doğurur[295].

İfa talebi, ayıpsızlığın mevcut olması gereken zamanda yani hasarın intikali anında, ayıbın giderilmesi talebine dönüşür. Hasarın intikali anından önce, aynen ifa talebi, tabi olduğu zamanaşımı ile - pek çok olayda 30 yıl- ve ifa ihlaline bağlanan hukuki sonuçlarla mevcuttur. Bu durum, her şeyden önce, satıcı alıcıya ayıplı mal teslim edecekse, alıcının bunu sözleşmeye aykırı davranış teşkil etmeden reddedebilmesi ve bedel talebine karşı sözleşmenin ifa edilmediği def'ini ileri sürebilmesi (BGB §320) anlamına gelir. Önceki düzenlemede, alıcının hasarın intikalinden önce malı reddetme imkanına mı sahip olduğu yoksa alıcının yalnızca

---

294 Haas, Das neue Schuldrecht, V, No. 143; Reinicke ve Tiedtke, No. 408 vd.; Fikentscher ve Heinemann, §71, No. 857 vd.

295 Reinicke ve Tiedtke, No. 457; Haas, Das neue Schuldrecht, V, No. 144.

malı teslim alıp ayıp hükümlerine mi başvurabileceği hususu çok tartışmalıydı. Alman Federal Mahkemesi ve doktrinin bir kısmı, hasarın intikali anından önce alıcıya reddetme hakkını tanırken, bazıları, alıcıyı sözleşmenin akdedilmesi anından itibaren tekeffül talepleri ile sınırlamaktaydı[296].

Alman Hukukunda yeni düzenleme artık, alıcının hasarın intikalinden önceki dönem için, ayıptan doğan haklarla sınırlandırılması için bir imkan vermemektedir. Alıcı BGB §433 Abs.1 S.2'ye göre, hukuki ve maddi ayıptan ari bir mala ilişkin sınırsız bir talep hakkına sahiptir. Buradan çıkan sonuç, alıcının, talebine uygun olmayan bir malı ifa olarak kabul etmek zorunda olmadığıdır. Önceki dönemde savunulan ve tekeffül taleplerini, ifa talebinden farklı olarak anlayan ve tekeffül taleplerinin satım sözleşmesinin akdedilmesiyle birlikte başlatılması gerektiğini düşünen görüş; ayıpta asli hukuki yolun ayıbın giderilmesi talebi olması ve ayıbın giderilmesi talebinin de ifa talebinin değiştirilmiş halinden başka bir şey olmaması sebebiyle artık mümkün değildir. Hasarın intikali anına kadar varlığını sürdüren ifa talebi yanında, ondan farklı bir ayıbın giderilmesi talebine yer yoktur. Hasarın intikalinden önce yalnızca ifa talebi mevcuttur ve bu talep de mutad zamanaşımı süresine tabidir. Ayıbın giderilmesi talebi ilk olarak hasarın intikali ile birlikte ortaya çıkar. Bu talep ise, BGB §438'de düzenlenen özel zamanaşımı süresine tabidir. İfa talebinde olduğu gibi, sonraki ifa talebinde de satıcının o ana kadarki ifa etmemeden sorumlu olup olmadığı önem taşımaz. Diğer ayıp hakları da kural olarak, ayıbın giderilmesi için tanınan sürenin başarısız geçmesinden sonra mevcuttur[297].

Ayıbın giderilmesinin iki şekli vardır: Onarım ve değiştirme. Maddi ayıplar genellikle bir parçanın değiştirilmesi veya eksik parçanın takılması suretiyle giderilebilir. Onarımın alıcının ayıpsız mal talebine uygun olması gerekir. Onarımdan sonra yalnızca az miktarda bir ayıp kalsa da, ayıbın giderilmesi talebi bu şekilde ifa edilmiş olmaz[298].

---

296 Haas, Das neue Schuldrecht, V, No. 145; ayrıca bkz. Fikentscher ve Heinemann, §71, No. 833 ve Schurholz, ss. 53-54.

297 Reinicke ve Tiedtke, No. 403; Haas, Das neue Schuldrecht, V, No. 146-147.

298 Barbara Grunewald, **Kaufrecht**, Tübingen 2006, §9, No. 32; Haas, Das neue Schuldrecht, V, No. 149.

Olayların çoğunda, maddi ayıp değiştirme ile ortadan kaldırılır. Misli mallarda, durum kural olarak böyledir. Satışın parça veya cins satışı olması, bu konuda herhangi bir önem taşımaz[299].

Ayıbın giderilmesinin iki şekli olan onarım ve değiştirme her olayda birlikte mümkün olmaz. Kendine özgü mallarda, örneğin zarar görmüş bir tabloda, değiştirme gerçekleştirilemez. Aynı şekilde, şahsileştirilmiş olarak satılmış ikinci el araçta da değiştirme mümkün değildir. Diğer taraftan, uygun fiyata satılan endüstriyel mallarda genellikle onarım mümkün değildir. Bu gibi hallerde, değiştirme veya onarım hakkı, BGB §275 Abs. 1'e göre imkansızlık sebebiyle kullanılamaz, bu sebeple ayıbın giderilmesi talebi diğeri ile sınırlı olur ve alıcının herhangi bir seçim hakkı olmaz[300].

Değiştirme ve onarım arasındaki seçim hakkı alıcıya aittir (BGB §439 Abs. 1). Bununla birlikte, alıcının seçtiği hakkın yerine getirilmesi, ancak orantısız ve makul olmayan masraflar yapılarak mümkünse, satıcı, alıcının seçim hakkını BGB §275 Abs.2 ve 3 saklı kalmak üzere reddedebilir (BGB §439 Abs.3, S. 1). Bunu yaparken, özellikle malın ayıpsız halindeki değeri, ayıbın önemi ve alıcı için önemli bir dezavantaj olmaksızın diğer yola başvurulup başvurulamayacağı hususları dikkate alınır (BGB §439 Abs. 3, S.2). Bu durumda alıcının talebi ayıbın giderilmesinin diğer şekli ile sınırlandırılmış olur, satıcının yukarıda bahsedilen şartlar altında bu şekli de reddetme hakkı saklıdır (BGB §439 Abs. 3, S.3).

D. Tazminat İsteme Hakkı

1. Seçimlik Haklar Kullanılmaksızın Sözleşmeye Aykırılık Nedeniyle Tazminat İsteme Hakkı

Borçlar Kanununda, ayıplı ifa halinde alıcının tazminat istemi, bağımsız bir seçimlik hak olarak düzenlenmemiştir. Ancak bugün doktrinde hakim görüş, alıcının

---

299 Misli olmayan mallarda ise, bazı özel durumlarda değiştirme mümkündür: misli olmayan mal yeni üretilmiş ve BGB §651'e göre teslim sözleşmesine (Liefervertrag) satım hukuku uygulanmaktaysa, aynı malın yenisinin üretilmesi ve teslimi yoluyla ayıbın giderilmesi sağlanmış olur, bkz. Haas, Das neue Schuldrecht, V, No. 150.

300 Haas, Das neue Schuldrecht, V, No. 152, s. 200.

seçimlik haklarını kullanmaksızın sadece tazminat isteyebileceği yönündedir[301]. Tüketicinin Korunması Hakkunda Kanunda da tüketicinin seçimlik haklarından birini kullanmaksızın yalnızca tazminat isteyebileceği düzenlenmemiştir. Ancak Borçlar Kanununa tabi sözleşmeler yönünden, diğer seçimlik haklar kullanılmaksızın BK m.96 çerçevesinde tazminat talep edilebileceği kabul edildiğinde, seçimlik haklar kullanılmaksızın yalnızca zararın tazminini isteme, tüketici işlemleri için de kabul edilecektir[302].

BK m.96'ya göre tazminat isteme hakkı, tüketici için ek bir güvence oluşturmaktadır. Zira süresi içinde muayene ve ihbar külfetlerini yerine getirmeyen alıcı, malı kabul etmiş sayılır ve ayıp sebebiyle doğan seçimlik haklardan yararlanamaz. Ancak sözleşmeye aykırılık sebebiyle BK m.96 çerçevesinde tazminat isteme hakkına sahiptir[303].

BK m.96 çerçevesinde istenecek tazminattan yalnızca satıcının sorumludur[304].

Ayıp durumunda BK m.96'ya göre tazminat istenebilmesi için satıcının kusurlu olması gerekir. Buradaki kusur, malın ayıplı olmasına ilişkin bir kusur olmayıp, sözleşmenin kuruluşu anında, ayıbın varlığını bilme veya ayıba ilişkin ihmali bilgisizlik şeklindeki kusurdur. Satıcının, kural olarak eşyanın niteliğine ilişkin olarak muayene yükümlülüğü yoktur[305]. Ancak satıcı uzman kişi ise, aydınlatma yükümlülüğü olduğu halin gerekleri çerçevesinde kabul edilebilir. Muayene ve aydınlatma yükümlülükleri, her olayın özelliğine göre, güven ilkesinden, örf ve adetten ve ticari teamülden çıkarılabilir. Örneğin, hakim fikre göre ticari satışta, bilgi açısından avantajlı olma, devredenin sözleşme öncesi sorumluluk veya sözleşmenin müspet ihlali sebebiyle sorumluluğuna sebep olabileceğinden, satıcının aydınlatma yükümlülüğü olduğu kabul edilir[306].

---

301 Bu görüşler için bkz. yukarıda § 2, III; karş. Yavuz, Borçlar Özel, s. 158.

302 Zevkliler ve Aydoğdu, s. 131; Gümüş, s. 166.

303 Zevkliler ve Aydoğdu, s. 135.

304 Zevkliler ve Aydoğdu, s. 135; Tiryaki, s. 114.

305 Bkz. Reinicke ve Tiedtke, No. 567; Mü-Ko/Westermann, §437, No. 28.

306 Basler Komm./Honsell, Vorb Zu Art. 197-210, No. 6.

Ayıpsız ifa yükümlülüğü, satıcının, kusurlu davranıp davranmamasından; kendisi tarafından satılan teknik aletlerin yapım veya üretim hatası taşıdığını tespit edebilecek durumda olup olmamasından bağımsız olarak mevcuttur. Örneğin bir süpürgenin, yalnızca deneme amacıyla kullanılmasının yeterli olmadığı, ayrıca parçalarına da ayrılmasının gerekli olduğu hallerde satıcı, süpürgedeki bozukluğu tespit edemeyecektir. Bu gibi durumlarda satıcının ayıpsız ifa yükümlülüğü mevcutken, BGB §276 Abs. 1 anlamında ona kusur isnat edilmediği için, ayıp sebebiyle tazminat sorumluluğu olmayacaktır[307].

Satıcı BGB §276'ya göre ve potansiyel olarak BGB §278 ile bağlantılı olarak ayıptan sorumlu tutulmalıysa, her şeyden önce kasıtlı veya kusurlu davranmış veya bir nitelik konusunda garanti vermişse, BGB §437 Nr.3 ve BGB §440'a göre zararın tazmini talebi söz konusu olur. Kusurun şartı, satıcının ayıp bakımından bir özen yükümlülüğü taşımasıdır. Seri halde üretilen endüstri ürünlerindeki yapım ve imalat ayıplarını kontrol etmesi, bir tacirden mutad olarak beklenemez. Üreticinin malın ayıplı olarak üretilmesinde kusuru olması da, satıcının BGB §278 Abs.1 anlamında sorumlu olmasını sağlamaz. Çünkü satıcı, malı yalnızca ayıptan ari biçimde temin etmekle yükümlü olup, ayıpsız bir şekilde üretmekle yükümlü olmadığından, üretici, satıcının ifa yardımcısı değildir[308].

Satıcının hangi şartlar altında, malın ayıbını anlayabilmesi için satım konusu malı muayene etme yükümlülüğü olduğu konusunda net bir şekilde genel bir kriter konulamaz. Özellikle, şu kriterler kullanılabilir: Malın değeri ne kadar yüksekse, satıcıdan o derecede detaylı bir muayene beklenebilir. Deneyimlere göre malın menşeinin güvenilirliğinin az olması, muayene zorunluluğunu gerektirebilir. Bu sonuç, nispeten yüksek zarar potansiyeli için de geçerlidir. Malın türüne göre, ayıbın nispeten kolay belirlenebileceği beklenebilmekteyse, satıcı muayene yükümlülüğü altında olabilir. Buna karşılık seri halde üretilen ucuz teknik ürünlerin büyük bir kısmında, şartlara göre, ayıptan sorumluluk konusunda muayene yükümlülüğü öngörülmez[309].

---

307 Haas, Das neue Schuldrecht, V, No. 43.

308 Reinicke ve Tiedtke, No. 565 vd.; Haas, Das neue Schuldrecht, V, No. 44; Mü-Ko/Westermann, §437, No. 26.

309 Haas, Das neue Schuldrecht, V, No. 45.

Tüketici, ayıplı mal nedeniyle hem maddi hem de manevi tazminat talep edebilir. Satıcı ayıplı mal nedeniyle tüketicinin kişilik haklarına da saldırıda bulunmuş ve kusurluysa, manevi zarardan sorumludur. YHGK, 17.06.2009 tarihli kararında, davacının, satın alıp içtiği içki şişesinde böcek ölüsü olması sebebiyle, "Davacı tarafından satın alınan şişenin orijinal olduğu, bilyalı kapak sistemi nedeniyle imalat aşamasından sonra şişenin içerisine yabancı cisim girmesinin mümkün olmadığı, ürünün ayıplı olduğu anlaşılmaktadır. Manevi zarar, kişilik değerlerinde oluşan objektif eksilme olup; duyulan acı ve çekilen ızdırap kişinin ruhsal bütünlüğünü bozucu etki yaratır. Söz konusu rakının içilmesi nedeniyle davacının vücut bütünlüğünün ve ruh sağlığının bozulduğunun kabulü ile davacı lehine manevi tazminata karar verilmesi" gerektiği sonucuna varmıştır[310].

2. Sözleşmeden Dönme Halinde Tazminat İsteme Hakkı

Borçlar kanununun 205. maddesine göre, sözleşmeden dönme halinde istenebilecek zararlar, doğrudan zarar ve diğer (dolaylı) zarardır.

Satıcı kusurlu olmasa da doğrudan zararlardan sorumludur. Bu halde bir kusursuz sorumluluk hali mevcuttur. Dolaylı zararlardan sorumluluk için ise satıcının kusurlu olması aranır.

Doğrudan zarar ve dolaylı zararın niteliği konusunda doktrinde çok farklı görüşler ileri sürülmektedir. Bu sebeple ortaya çıkan zararın, doğrudan zarar mı yoksa dolaylı zarar mı olduğu savunulan görüşe göre farklılık göstermektedir.

Aşağıda ayrıntılı bir şekilde açıklandığı üzere[311], katıldığımız görüş doğrudan zararın ayıp zararı, dolaylı zararın ise ayıba refakat eden zarar niteliğinde olduğudur.

Bu durumda, böcekli tahıl teslim edilmesi sonucu böceklerin, alıcının stoğundaki diğer mallara da yayılmış olması; hastalıklı hayvanın alıcının diğer hayvanlarına da hastalık bulaştırması; elektrik kaçağı olan bir aracın denenmesi

---

310 Bkz. YHGK, 17.6.2009, E. 2009/4-234, K. 2009/260 (www.kazanci.com); Bununla birlikte Yargıtay, 1998 tarihli bir kararında, pizzadan böcek çıkması durumunda ağır kusur ve ağır zarar koşullarının gerçekleşmediği gerekçesiyle tazminat talebini reddetmişti, bkz. 13. HD, 12.11.1998, E. 7552, K.8981 (Zevkliler ve Aydoğdu, s. 1013, Karar No. 101).

311 Bkz. aşa Bölüm V, § 11 II D, 2.

sırasında elektrik çarpması sonucu sakatlanma veya elektrik kaçağı sebebiyle evin ve eşyaların yanması, ayıplı malın sebep olduğu yaralanmalar sebebiyle uygulanan yanlış tedavi sonucu başka zararlara da uğrama dolaylı zarar; arabayı kullanamadığı için yüksek bir bedelle başka bir otomobil kiralamak zorunda kalma, başka bir mal için ödenen fazladan para, muayene ve ihbar giderleri, yargılama giderleri doğrudan zarar niteliğindedir[312].

Diğer zararların tazmininde, kusurlu olmadığını ispat yükü satıcıya aittir. Alıcı satıcının kusurlu olduğunu ispatlamak zorunda değildir. Satıcı, kusursuzluğunu ispatlayarak sorumluluktan kurtulur.

3. Dönme Hakkı Dışındaki Hakların Kullanılması Halinde Tazminat İsteme Hakkı

TKHK m.4/II'de tüketicinin, seçimlik haklarından biri ile birlikte "ayıplı malın neden olduğu ölüm ve/veya yaralanmaya yol açan ve/veya kullanımdaki diğer mallarda zarara neden olan hallerde imalatçı-üreticiden tazminat isteme hakkı"na sahip olduğu düzenlenmiştir. Bu hüküm ile Kanunkoyucu, üreticinin sorumluluğunu düzenlemeyi amaçlamıştır. Doktrinde, düzenlemenin bu haliyle satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğundan doğan tazminat borcuna teşmil edilemeyeceği, aksinin kabulü halinde, zararı yalnızca ölüm ve/veya yaralanmaya yol açan ve/veya kullanımdaki diğer mallardaki zararlar ile sınırlayan bu hüküm ile tüketiciye, genel hükümlere göre daha elverişli bir hukuki koruma sağlama amacının ortadan kalkmış olacağı haklı olarak ileri sürülmektedir[313]. Bu sebeple, mevcut Tüketicinin Korunması Hakkunda Kanunda tüketicinin ayıptan doğan haklarla birlikte isteyebileceği tazminata ilişkin herhangi bir düzenleme yer almadığını kabul etmek gerekir.

Borçlar Kanununda alıcıya ayıplı mal teslimi sebebiyle üç seçimlik hak tanınmıştı. Bu haklar, sözleşmeden dönme, bedel indirimi ve değiştirme hakkıydı. Sözleşmeden dönme halinde tazminat isteneceği BK m.205/II ve III. fıkraları ile düzenlenmişti. Ancak bedel indirimi ve değiştirme hakkı ile birlikte tazminat istenip

---

312 Bkz. ve karş. Tandoğan, Borçlar Özel, s. 193.

313 Gümüş, s. 120.

istenemeyeceği hususunda kanunda açık bir düzenleme bulunmamaktaydı. Bu sebeple doktrinde bedel indirimi ve değiştirme hakkının seçilmesi halinde de tazminat istenebileceği kabul edilmekle birlikte tazminatın dayanağı konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştü. Bir görüş dönme hakkı dışında bir seçimlik hakkın kullanılması durumunda da tazminatın dayanağının BK m.205/II ve III hükümleri olacağını savunurken [314], diğer görüş diğer seçimlik haklarla birlikte istenecek tazminatın BK m. 96 olduğu yönündeydi [315].

---

[314] Diğer seçimlik haklarla birlikte istenecek tazminatın dayanağının da, BK m.205/II ve III olması gerektiğini savunan görüşe göre, ayıba karşı tekeffül sorumluluğu bir bütün olarak satıcının, satılanın ayıplarından sorumlu olması düşüncesine dayanır. Bu durumda, alıcı hangi seçimlik hakkını kullanırsa kullansın, satıcı kusursuz olsa bile satılanın ayıplarından kaynaklanan doğrudan doğruya zararlardan ve kusurlu olması durumunda da dolaylı zararlardan sorumlu olmalıdır. Alıcının bedel indirimi hakkını kullanabileceği küçük ayıplar, önemli büyüklükteki doğrudan zararlara sebep olabilir. Bedel indirimi seçimlik hakkının kullanılması halinde satıcı, ancak kusurlu ise bu zarardan sorumlu olurken, dönme hakkının kullanılması durumunda satıcının kusursuz da olsa sorumlu olacağını kabul etmeyi haklı gösterecek bir sebep yoktur. Bu tür bir zararın tazmini için alıcının sözleşmeden dönme hakkını seçebileceğini söylemek de yeterli bir çözüm değildir. Hatta, alıcı böyle bir tazminat talep etmek için dönme hakkını kullanmış olmasına rağmen hakim, BK m.202/II gereğince dönme yerine bedel indirimine karar vermiş de olabilir. Bu da alıcının zararına bir durum oluşturur. Kanunkoyucu sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasını çok sıkı kurallara bağlanmış olduğundan, dönme hakkını kullanan alıcının tazminat talep etmesi, ayrıca düzenlenmiştir. Bu sebeple diğer seçimlik hakların kullanılması halinde de aynı şekilde tazminat istenmesini engelleyecek hiçbir haklı gerekçe yoktur. Dolayısıyla BK m. 205/II ve III'ün alıcının dönme hakkı dışındaki seçimlik hakları kullanması halinde de uygulanması gerektiği kabul edilmelidir, bkz. Giger, Art.208, N.56, s. 580; Keller ve Siehr, ss. 94, 96; Serozan, Borçlar Özel, s. 153; Neuenschwander, ss. 78-79; Schubiger, s. 92 vd.; von Büren, BT, s. 41; Rolf Doerig, **Ersatz sogenannter "Mangelfolgeschaeden" aus Kaufvertrag (Art. 208 OR)**, Zürich 1985, s. 177 vd.; Yavuz, Ayıptan Sorumluluk, s. 189 vd.; Yavuz, s. 152; Arbek, s. 59; Şahiniz, ss. 160-161; Aral, Borçlar Özel, ss. 145-146; Değiştirme hakkı açısından BK m. 96'ya veya BK m. 205/II'ye dayanılabileceği yönünde bkz. Tandoğan, Borçlar Özel, s. 199; de lege feranda (olması gereken hukuk) açısından bkz. Furrer, s. 71.

[315] Diğer görüş, dönme hakkı dışında bir seçimlik hakkın kullanıldığı hallerde, bu hakla birlikte istenecek tazminatın dayanağının BK m. 96 olduğu görüşündedir. Bu görüşe göre BK m.205/II'de satıcının kusursuz sorumluluğu düzenlenmiştir. Bu maddedeki kusursuz sorumluluk, ayıplı ifanın en ağır sonucu olan dönme için getirilmiş istisnai bir hükümdür. Bu sebeple diğer hallerde uygulanmamalıdır. BK m.205/II'de yalnızca dönme hakkını kullanan alıcının, satıcının kusursuz sorumluluğuna gidebileceği düzenlenmiş olduğundan, diğer seçimlik hakları kullanan alıcı, bu düzenlemeden yararlanamaz. Ayrıca, indirim ve değiştirme hakkındaki menfaatler dengesi ve ihtilafı ile dönme halindeki menfaatler ihtilafı birbirinden farklıdır. BK m.205/II ve III, dönmenin sonuçlarına ilişkin bir düzenlemedir. İndirim ve değiştirme hakkının kullanıldığı durumlarda sözleşme geçerli olarak varlığını sürdürmektedir. Bu sebeple dönmeye ilişkin hükümler, geçerli olarak varlığını sürdüren bir sözleşmeye uygulanmamalıdır. Bu sebeplerle dönme hakkı dışındaki seçimlik hakların kullanılması halinde alıcı, uğradığı zararın tazminini BK m. 96'ya göre isteyebilir, bkz. Basler Komm./Honsell, Art. 208, No.7; Bedel İndirimi açısından bu görüşte Tandoğan, Borçlar Özel, s. 197.

Yargıtay[316] ve İsviçre Federal Mahkemesi[317] kararları da dönme dışındaki hakların kullanıldığı hallerde, zararın tazmininin BK m.205/II'ye göre değil, BK m.96 vd. hükümlerine göre istenmesi gerektiği yönündeydi.

6098 sayılı Borçlar Kanunu bu konuda açık bir düzenleme getirmiş ve bütün bu tartışmalara son vermiştir. 6098 Türk Borçlar Kanununun 227/II. maddesine göre "Alıcının genel hükümlere göre tazminat isteme hakkı saklıdır.".

Bu düzenleme ile her ne kadar alıcının, herhangi bir seçimlik hak kullanmaksızın yalnızca tazminat isteme hakkı düzenlenmiş gibi görünse de madde gerekçesine bakıldığında alıcının seçimlik hakkın yanında isteyeceği tazminatın dayanağının düzenlendiği görülmektedir. Zira madde gerekçesinde "…alıcının hangi seçimlik hakkı kullanmış olursa olsun, ayrıca satılanın ayıplı tesliminden dolayı uğradığı zararlar için genel hükümlere göre tazminat isteme hakkının saklı tutulduğu belirtilmektedir. Ancak alıcının, satılanın ayıplı olması nedeniyle dönme hakkını kullanmasının sonuçlarının, Tasarının 228. maddesinde düzenlendiği göz önünde tutulursa, onun dönme dışındaki diğer seçimlik hakları ile birlikte, uğradığı zararın giderilmesini, genel hükümlere göre isteyebileceğinde bir duraksama yoktur."

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda değişiklik yapılmasına ilişkin Kanun Tasarı Taslağında da tüketicinin, seçimlik haklarından biri ile birlikte 22/04/1926 tarihli ve 818 sayılı Borçlar Kanunu hükümleri uyarınca tazminat talep edebileceği hükme bağlanmıştır.

Kanunkoyucu her ne kadar diğer seçimlik haklarla birlikte ancak BK m.96'ya dayanarak tazminat istenebileceği görüşünü benimsemiş olsa da kanaatimizce tazminat talebinin dayanağının BK m. 205 olarak belirlenmesi yerinde olurdu. Ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun düzenlenmesinin temel gerekçesi, tüketicinin ifa menfaatini korumaktır. Ayıplı mal teslimi ile bozulan edimler arasındaki denklik ilişkisi ayıp hükümlerinin uygulanması ile yeniden inşa edilmektedir. Ancak bazı

316 19. HD, 28.06.2001, 1069/5025: "Satıcının tekeffülü altındaki satılanın ayıbı anlaşıldığı zaman, alıcı seçimlik hakkına sahiptir. Dilerse satılanı redde hazır olduğunu beyan ederek satımın feshini, dilerse satılanı alıkoyup semenin tenzilini isteyebilir. Şayet uğranılan zarar semenin tenzili ile karşılanmazsa alıcı, semenin tenzili ile birlikte eksik ifa nedeniyle uğradığı zararı BK m.96. maddesi uyarınca isteyebilir." (kazanci.com).

317 BGE 107 II 165; BGE 63 II 401 ff.

hallerde yalnızca seçimlik hakların kullanılması, denklik ilişkisinin kurulması için yeterli olmayabilir. Dolayısıyla, tüketicinin ifa menfaatinin tam olarak sağlanabilmesi için, ayıplı mal teslimi sebebiyle uğramış olduğu zararlarının da tazmini gerekir. Doktrinde eleştirilen bir hüküm olmakla birlikte, dönme hakkının kullanılması durumunda alıcıya doğrudan zararlarının kusursuz olarak tazmini imkanı tanınıyorsa, bu imkan diğer seçimlik hakların kullanılması durumunda da tanınmalıdır. Örneğin değiştirme hakkının kullanılması durumunda, olağan dışı muayene masrafları, ayıplı malın satıcıya nakli, araçtaki ayıp sebebiyle fazla benzin tüketimi sebebiyle uğranılan zararlar gibi ayıp zararları söz konusu olabilir[318]. Bu zararların tazmini de, BK m.205/II'deki tazminat ile aynı amaca hizmet ettiğinden, bunların da kusursuz olarak tazmininin mümkün olması yerinde olurdu.

Diğer seçimlik haklarla birlikte istenecek tazminatın dayanağı BK m.96 olduğuna göre, bu tazminatın tabi olduğu zamanaşımının da kabul edilecek görüşe göre değişecektir. Ayıp hükümleri ile BK m.96 hükmünün özellikli olarak yarıştığı kabul edilirse, tüketici veya alıcı, ancak ayıptan kaynaklanan diğer taleplerde olduğu gibi kısa zamanaşımı süresi içinde ve muayene ve ihbar külfetlerini zamanında ve gereği gibi yerine getirerek tazminat talep edebilecektir. Ancak bizim de katıldığımız görüş kabul edilirse muayene ve ihbar külfetlerinin yerine getirilmesi aranmayacak ve tazminat talebi 10 yıllık zamanaşımına tabi olacaktır.

4. Alman Hukukunda Tazminat İsteme Hakkı

Önceki Alman Medeni Kanununda, tazminat sorumluluğuna ilişkin genel hükümler yalnızca hukuki ayıplar ve maddi ayıptan kaynaklanan ayıbı takip eden zararlar (sözleşmenin müspet ihlali) konusunda uygulama alanı bulmaktaydı ve satıcı, maddi ayıptan kaynaklanan ayıp zararlarında yalnızca nitelik vaadi varsa ve hile söz konusuysa tazminat ödemekle yükümlüydü (Önceki BGB §463). Reformdan sonra, zararın tazmini artık, önceki düzenlemede olduğu gibi ayıbın hile ile gizlenmesi veya vaad edilen niteliğin eksik olması özel şartları altında değil, bilakis genel ifa ihlallerindeki gibi, satıcının ayıptan sorumlu olması şartıyla tanınmıştır (BGB §437, Nr.3; BGB §280 Abs.1 S.2). Reformdan sonra satıcı artık, sorumlu

---

318 Havutçu, Üreticinin Sorumluluğu, s. 35; Atamer, TKHK m.4-Eleştiriler, s. 95, dp.35.

olduğu her yükümlülük ihlalinde zararın tazmini ile sorumludur. Burada da BGB §276 Abs.1 S.1'deki satıcının kastından veya ihmalinden sorumlu olmasına ilişkin temel ilke geçerlidir. Bunun yanı sıra satıcı, BGB §276 Abs.1'e göre bir nitelik için garanti üstlenmişse, ayıp sebebiyle herhangi bir kusuru olmasa da sorumludur[319].

BGB §437 Nr.3 tazminat talebini genel ifa ihlalleri hukukundaki zararın tazmini hükümlerine atıf yaparak düzenlemektedir. Bu hükümler, BGB §280, BGB §281, BGB §283 ve BGB §311 a.Abs.2'dir. BGB §282 burada haksız olarak anılmamaktadır[320]. Burada yedi farklı talep dayanağı söz konusudur: BGB §280

---

319 Haas, Das neue Schuldrecht, V, No. 14; satıcının ayıplar sebebiyle ihmali davranışından bile tazminatla sorumlu tutulacağı kuralı yenidir ancak önceki düzenleme ile bu yeni düzenleme arasında çok büyük bir fark yoktur. Tacirlerin yalnızca ihmali davranışta bulunması, ayıp bakımından özen yükümlülüğü taşımaları anlamına gelir. Ancak seri halde üretilen endüstri mallarında tacirden malları mutad olarak (regelmassig) yapı hataları ve imalat hataları açısından kontrol etmesi beklenemez. Dolayısıyla bu düzenleme ile satıcı için sınırsız yeni bir sorumluluk oluşturulmuş değildir, bkz. Haas, Das neue Schuldrecht, V, No. 15; Tazminat sorumluluğundaki bu genişleme, yönerge tarafından belirlenmiş değildir, çünkü yönerge alıcıya genel olarak zararın tazminini talep hakkı tanımamaktadır, bkz. Baemberger, Roth ve Faust, §437, No. 47; BGB §276'ya göre borçlunun sorumluluğunun üç kaynağı vardır: 1. Borçlunun kusurlu olması, 2. Yasal veya sözleşmesel özel garantiler, ki bunun tipik örneği satıcının nitelik vaadidir. 3. Kusurdan bağımsız tedarik yükümleri, bkz. Serozan, Yeni Alman İfa İhlalleri Hukuku, ss. 234-235.

320 BGB §437 Nr.3'te BGB §282 anılmamıştır. Bu husus, BGB §282'nin alacaklıya, borçlu ifa yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirmiş olmasına rağmen BGB §241 Abs.2 anlamında ifayla ilgili olmayan yan yükümlülüğünü ihlal etmesi halinde ifa yerine tazminat talep etme imkanı tanımasıyla ilgilidir. Ve kanun koyucu bu durumun ayıp halinde ortaya çıkmayacağını varsaymıştır. Ancak bu varsayım her durumda doğru değildir. Satıcı ayıplı ifada bulunmuşsa, gerçi BGB §433 Abs.1 S.2'den doğan yükümlülüğünü ihlal etmiştir ve bu yükümlülük ihlali sonraki ifanın gerçekleşmemesi halinde ifa yerine tazminat talebine imkan vermektedir. Bu taleplerin hepsi, satıcının ayıpsız bir mal teslim etmemesinden veya sonraki ifayı gerçekleştirmemesinden sorumlu olması şartına dayanır. Bu sebeple satıcı sorumlu tutulmayabilirse, ayıpsız bir mal teslim etmeme veya sonraki ifanın gerçekleşmemesine bağlı olan ifa yerine tazminat talebi söz konusu olmaz. Ancak bu halde de satıcı, ayıpla bağlantılı ifayla ilgili olmayan yan yükümlülüklerini ihlal etmiş olabilir, tipik olarak alıcıyı ayıp konusunda uyarma yükümlülüğünü. Satıcı bunu ihlal etmişse, §280 Abs.1'e göre yan yükümlülüğün ihlalinden sorumludur. Satıcının, alıcıyı ayıp konusunda uyarma yükümlülüğünü ihlal etmesi, artık sıklıkla alıcının satıcıya olan güveninin sarsılması ve satıcıdan sözleşmenin ayakta tutulmasını veya icrasına devamını beklememeye sebep olur. Bu da tam anlamıyla BGB §282'de belirtilen durumdur. Bu sebeple tekeffül hukuku çerçevesinde bu hükme başvurmaktan vazgeçilemez. İhlal edilen yan yüküm, ayıbın sonuçlarından korumayı amaçlıyorsa, talep BGB §437 No. 3 yardımıyla yönlendirilmeli ve tekeffül hukukunun özel düzenlemelerine tabi olmalıdır. Çünkü 437'de ayıbın sonuçları kapsamlı olarak düzenlenmiştir ve satıcı, alıcıyı ayıp hakkında bilgilendirmeyi yalnızca kusurlu olarak ihmal etmişse ifa yerine tazminat talebinin normal (uzun) zamanaşımına tabi olması; satıcı ayıpsız ifa yükümlülüğünü kusurlu olarak ihmal

Abs.1'e göre basit tazminat; BGB §280 Abs.1 ve 2, BGB §286'ya göre, ifada gecikme sebebiyle tazminat[321]; BGB §280 Abs.1 ve 3, BGB §281 Abs.1 S.1-2'ye göre ifa yerine tazminat; BGB §280 Abs.1 ve 3, BGB §281 Abs.1 S.3'e göre kötü ifa sebebiyle ifa yerine tazminat; BGB §280 Abs.1 ve 3, BGB §282'ye göre koruma yükümlerinin ihlali sebebiyle ifa yerine tazminat; BGB §280 Abs.1 ve 3, BGB §283'e göre sonraki imkansızlık sebebiyle ifa yerine tazminat; BGB §311 a Abs.2'ye göre başlangıçtaki imkansızlık sebebiyle ifa yerine tazminattır[322].

Alman hukukunda zararın tazmini talebinin, ayıpsız mal teslimi şeklindeki veya sonraki ifa şeklindeki asli edim yükümlülüğünün ihlaline dayanması halinde, zararın tazmininin üç türünü birbirinden ayırt etmek için, önceki hukukta başvurulan ayıp zararı ve ayıbı takip eden zarar daha doğrusu ifa menfaati ve bütünlük menfaati

---

etmişse 438'deki kısa zamanaşımına tabi olmasının tespiti zor olurdu, bkz. Baemberger, Roth ve Faust, §437, No. 124.

321 Gecikmiş ifa sebebiyle zararın tazmini bu şema içine oldukça zor yerleştirilir. Zarar bir kere ortaya çıktı mı, yalnızca iki ihtimal söz konusudur: bu zarar ya sonraki ifa ile giderilir ya da giderilmez. Bu sebeple, hükümet gerekçesinde, alıcının satım konusu malı ayıpları sebebiyle kullanamamasına dayanan zararların, basit zarar olarak kabul etmesi ve neredeyse ifadaki gecikme sebebiyle zararın tazmininin bir anlamı olmadığını kabul etmesi tutarlıdır; Çünkü bu tür zararlar, bir kere meydana geldimi, usulüne uygun sonraki ifaya rağmen, mevcudiyetlerini devam ettirirler. Bu sebeple gecikme sebebiyle zararın tazmini, ifa yerine tazminat ve basit tazminat yanında üçüncü bir kategori değildir. Olayların çoğunda ortaya çıkan zararlar ya ifa yerine zararın tazmini veya basit tazminat kapsamına girer. Gecikme sebebiyle tazminat sonraki ifadaki gecikmeden kaynaklanan zararın tazminine imkan veren ikinci bir raydır. Bu zararlar, geç yapılmış sonraki ifa ile karşılanmadığı için, bunlar birinci rayda basit tazminat kapsamına girer. Sonraki ifada gecikme sebebiyle tazminat talebi, aynı zamanda basit tazminatın kapsamına da giren zararların tazmini için bir diğer imkandır. Bu imkanın pratikteki önemi, satıcı ifanın başlangıçta ayıplı olmasından sorumlu olmadığı için basit tazminatın şartlarına göre sorumlu tutulamamakla birlikte; sonraki ifada gecikmiş olması durumundadır. Ayıbın giderilmesi mümkün olmadığı için sonraki ifa talebi mevcut değilse, gecikme sebebiyle zararın tazmini, başlangıçtan itibaren hiçbir rol oynamaz, bkz. Baemberger, Roth ve Faust, §437, No. 54.

322 Fikentscher ve Heinemann, §46, No. 521; Ayrıca bir ayıbın varlığına bağlı olmayan ve bu sebeple Nr.3'te yer almayıp doğrudan 280 vd.na dayanan zararın tazmini talepleri de söz konusudur. Bu talepler, özel tekeffül hükümlerine, özellikle de zamanaşımına ilişkin 438'e tabi değildir. Dolayısıyla bütün bu tazminat talepleri arasındaki sınıflandırma, tekeffül hukukunun temel problemidir, bkz. Baemberger, Roth ve Faust, §437, No. 48; Serozan, Yeni Alman İfa İhlallerindeki tazminatları dörtlü bir biçimde sınıflandırmaktadır: **1.** Asıl edimle birlikte istenebilecek yalın küçük tazminat, **2.** Süre verildikten sonra aynen ifadan vazgeçilmesi sonucu asıl edimin yerini tutan ifa yerine tazminat (BGB §280, BGB §283, BGB §325), **3.** edimin bir kısmına kavuşan veya kendisine ayıplı bir mal teslim edilen alacaklının, sadece eksik kalmış olan oranda isteyebileceği edim yerine tazminat (BGB §281 Abs.1 2), **4.** sözleşme için boşuna yapılmış olan masrafların ve yatırımların karşılanması istemi (BGB §284), bkz. Serozan, Yeni Alman İfa İhlalleri, ss. 235-236.

ayrımına artık oldukça sınırlı olarak başvurulacaktır, çünkü yeni düzenlemelere göre sınırlandırmanın tamamen farklı bir amacı vardır: Artık belirli bir zararın, vaad veya hile eksikliğinde tazmin edilebilir olup olmadığı üzerinde durulmayacak; zararın tazmini için BGB §280 Abs.1 anlamında sorumluluğa sebep olan yükümlülük ihlalinin yeterli olup olmadığı veya BGB §280 Abs.2 veya BGB §280 Abs.3'teki ek şartların gerçekleşmiş olup olmadığı üzerinde durulacaktır[323].

Basit tazminat (BGB §280 Abs.1) ile ifa yerine tazminat (BGB §280 Abs.3) arasındaki en önemli fark, sonuncunun ilke olarak ancak sonraki ifaya ilişkin sürenin semeresiz kalmasından sonra talep edilebilir olmasıdır. Bu sebeple ikisi arasındaki sınırlandırma için belirleyici olan, söz konusu zararın sonraki ifa ile giderilip giderilemeyeceğidir. Bu durumda ifa yerine zararın tazmininin temel koşulu, satıcıya öncelikle sonraki ifa ile zararın giderilmesi imkanı tanınmasıdır. Ayıbın giderilmesi mümkün değilse, söz konusu zarara ilişkin olarak sonraki ifa için süre tanınması anlamsız olacağından sonuç olarak basit zarar söz konusu olur[324].

Alman Hukukunda ifa yerine zararın tazmini talebi olarak anılan talep, iki farklı şekilde ortaya çıkabilir: Alıcı ayıplı malı elinde tutar ve ayıp sebebiyle ortaya çıkan zararın tazminini talep eder (ifaya eklenen tazminat) veya alıcı ayıplı malı geri verir ve edimin tamamı için tazminat talep eder (ifa menfaatini karşılayan tazminat). Edimin tamamı yerine tazminat, ayıplı malın iadesine sebep olduğu için, BGB §281 Abs.1 Satz.3'te bu durum dönme ile aynı sınırlamaya tabi tutulmuştur; buna göre yükümlülük ihlali önemsizse alıcı ifa menfaatini karşılayan tazminatı talep edemez[325].

İfa yerine tazminat, satıcı ifanın mümkün olduğu en son anda sonraki ifayı gerçekleştirmiş olsaydı, önlenebilecek olan zararları kapsar. İfa yerine tazminatın kapsamına, ifaya eklenen tazminat çerçevesinde, ayıp sebebiyle ortaya çıkan değer azalması veya onarım masrafları girerken; ifa menfaatini karşılayan tazminat çerçevesinde, malın ayıpsız durumundaki değeri veya ikame alımdaki satış bedeli

---

323 Baemberger, Roth ve Faust, §437, No. 52.

324 Tobias Clevinghaus, **Das Verhaeltnis von Rücktritt und Schadensersatz nach neuem Schuldrecht**, Köln 2006 s. 44; Reinicke ve Tiedtke, No. 501; Baemberger, Roth ve Faust, §437, No.53; Büdenbender, Das neue Schuldrecht, IV, No. 60.

325 Baemberger, Roth ve Faust, §437, No.56; Reinicke ve Tiedtke, No. 502; Graf, s. 38.

girer. Zira eğer satıcı mümkün olan en son anda sonraki ifayı gerçekleştirmiş olsaydı bütün bu zararlar ortaya çıkmayacaktı[326].

BGB §280 Abs.1'e göre basit tazminat, mümkün olan en son anda sonraki ifa usulüne uygun olarak yapılmış olsa bile varlığını koruyan bütün zararları kapsar[327]. Bu sebeple bu zararların tazmini için süre tayini koşulunun aranması anlamsız olurdu. İfa yerine tazminat kapsamına girmeyen bütün zararlar, basit tazminat kapsamındadır. Bu sebeple basit tazminat, yalnızca sonraki ifa imkanının hala mevcut olduğu zamanda ortaya çıkan ve ifa yerine tazminat kapsamı dışında olan zararları kapsar. Alıcının bu zaman dilimi içinde malı kullanamamasından kaynaklanan zararlar, bu zaman süresince satım konusu malın alıcının diğer eşyalarına veya alıcıya verdiği zararlar[328], bu zaman süresince satım konusu malın,

---

326 Graf, s. 40; Sonraki ifanın mümkün olduğu en son an, sonraki ifa imkanının sona ermesine bağlıdır. Örneğin sonraki ifa imkansızsa, imkansızlığın başladığı zaman belirleyicidir. Satıcı sonraki ifayı reddederse, def'inin ileri sürüldüğü ana bakılmaz, aksine def'inin şartlarının gerçekleştiği ana bakılır, çünkü def'inin geç ileri sürülmesi, bu an üzerinde etkili olur, bkz. Baemberger, Roth ve Faust, 437, No. 57-58.

327 Basit tazminat talebi de ya satıcının başlangıçta ayıptan ari bir mal teslim etmemesinden kaynaklanır veya BGB §241 Abs.2 anlamında ifayla ilgili olmayan yan yükümlerin ihlalinden kaynaklanabilir. Farklar sorumluluk açısından ve tazmin edilecek zararlar açısından meydana gelir. Birincisi için sorumlu olma kavramı, başlangıçta ayıpsız bir mal teslim etmeme ile yani yükümlülük ihlali ile ilgilidir. Burada durum, aynı yükümlülük ihlaline bağlı olan ifa yerine tazminat talebinden farklı değildir. Basit tazminat kapsamına, yukarıda da açıklandığı üzere, aynı yükümlülük ihlaline bağlı ifa yerine tazminat talebinin kapsamı içinde olmayan tüm zararlar tazmin edilmelidir. Bu zararlar, satıcının mümkün olan en son zamanda yaptığı sonraki ifa ile dahi giderilmesi mümkün olmayan zararlardır. Sonraki ifa başlangıçtan beri imkansız ise, bütün zararlar ifa yerine tazminat kapsamında giderilir ve bu halde basit tazminatın herhangi bir uygulama alanı kalmaz, bkz. Baemberger, Roth ve Faust, §437, No. 139 vd.; ifayla ilgili olmayan yan yükümlerin ihlali halinde satıcının sorumlu tutulabilmesi için ise, satıcı, bilgi verme yükümlülüğünün ihlalinden sorumlu olmalıdır. Bununla yalnızca kusur kastedilir. Kusur çerçevesinde önemli olan satıcının ayıbı bilip bilmediği veya bilmek zorunda olup olmadığıdır, bkz. Baemberger, Roth ve Faust, §437, No. 144.

328 **Ayıplı mal sebebiyle alıcının diğer malları zarara uğramışsa veya alıcı yaralanmışsa, bu zararlar sonraki ifa ile giderilemez.** Dolayısıyla böyle bir durumda sonradan süre tanıma zorunluluğu anlamsızdır. Bir görüşe göre bu zararlar, sonraki ifanın hala mümkün olduğu bir zamanda ortaya çıkarsa, basit tazminat çerçevesinde giderilmelidir. Buna karşılık bu zararlar sonraki ifa imkanının sona ermesinden sonra ortaya çıkarsa, bu zararlar ifa yerine zararın tazmini kapsamında değerlendirilmelidir, çünkü bu zararlar mümkün olan en son anda sonraki ifa gerçekleştirilmiş olsaydı ortaya çıkmayacaktı, bkz. Baemberger, Roth ve Faust, §437, No. 145; Münch.Komm.BGB/Ernst, §280, No. 53; Buna karşılık hükümet gerekçesi, bu zararların daima basit tazminat olarak kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir, bkz. REG.E, BT-Drucks 14/6040; Bu yönde bkz. Brüggemeier, WM, 2002, 1376, 1382; Oetker ve Maultzsch, No. 282; İlk görüşün taraftarları, söz konusu görüşün, bütün zarar türlerine ilişkin olarak tek tip ve kolay

sözleşme gereği sağlaması gereken korumayı sağlayamamasından kaynaklanan zararlar, bu zaman sürecinde satım konusu malın başkalarının mülkiyetine zarar vermesi veya üçüncü kişi ile alıcı arasındaki sözleşme gereği sağlaması gerekli korumayı sağlamaması nedeniyle alıcının üçüncü kişilere karşı sorumlu olduğu zararlar ve alıcının kendi alıcısına karşı ayıptan dolayı sorumlu olması nedeniyle ortaya çıkan masraflar basit tazminat kapsamındadır. Buradan çıkan sonuç, satıcı baştan itibaren sonraki ifayı gerçekleştiremeyecekse basit zararın söz konusu olamayacağıdır. Satıcı sonraki ifa hakkı yoksa, ifa yerine tazminat talebi sonraki sürenin geçmesine bağlı olmaz, böyle bir durumda da fiili olarak ifa yerine tazminat ile basit tazminat arasında herhangi bir fark olmayacaktır[329].

E. Seçimlik Haklardan Birinin Kullanılmasının Diğer Seçimlik Haklara Etkisi ve Değiştirme Hakkı (Ius Variandi)

1. Genel Olarak

Ayıplı mal teslimi durumunda tüketici, sahip olduğu seçimlik haklardan birini kullanması durumunda, artık diğer haklarını kullanamaz. Bu haklardan birinin kullanılması diğer hakları dışlar. Ancak seçimlik haklarından birini tercih eden tüketicinin, daha sonra bu hakkı değil de diğer haklarından birini kullanmak istediği durumlarla karşılaşılabilir. Bu sebeple, birden fazla seçimlik hakka sahip olan tüketicinin, bu haklardan birini kullandıktan sonra, bu beyanını geri alıp diğer seçimlik haklarından birini kullanma imkanına sahip olup olmadığı sorusu üzerinde durulmalıdır.

Bu sorunun cevaplandırılmasına geçmeden önce, seçimlik hakların niteliklerinin ortaya konması gerekir: Bu çalışmada değiştirme ve onarım hakkının,

---

bir sınırlandırma kriteri (zararın mümkün olan en son anda sonraki ifa ile giderilip giderilemeyeceği), kullandığı için net olduğunu; oysa diğer görüşe göre bu tür zararların 280 Abs.1 aracılığıyla tek bir kavram altında toplanmasının, bu zararların 280 Abs.3'teki zararlardan (ayıp zararı) içerik kriterine göre ayrılmasını gerektireceğini, yani bu zarar ayıp zararı mı ayıbı takip eden zarar mı, öncelikle bunun tespitinin gerekeceğini, böyle bir durumda da önceki hukuktan kötü ün sahibi olan sınırlandırma sorunlarının, bu zorluk yeni düzenleme ile tamamen ortadan kaldırıldığı halde, gerçek bir zorunluluk olmaksızın sürdürülmüş olacağını ileri sürmektedir, bkz. Baemberger, Roth ve Faust, §437, No. 60.

329 Baemberger, Roth ve Faust, §437, No. 66.

aynen ifa talebinin devamı niteliğinde olduğu; dönme ve bedel indirimi hakkının[330] ise, yenilik doğuran hak niteliğinde olduğu görüşü kabul edilmiştir[331].

Bu durumda, tüketicinin seçtiği hakkı değiştirip değiştiremeyeceği sorunu, hakların niteliğinden hareketle çözülmelidir.

2. Değiştirme veya Onarım Hakkını Kullanan Tüketicinin Kullandığı Hakkı Değiştirmesi

Değiştirme ve onarım hakkı, aynen ifa talebinin devamı niteliğinde, yani içerik değiştirmiş bir ifa talebidir. Bu sebeple alıcının talep hakkı, ancak ayıpsız ifanın gerçekleşmesi halinde sona erer. Dolayısıyla ifanın gereği gibi yerine getirilmemesi halinde, tüketici diğer seçimlik haklarını her zaman kullanabilir. Bu durum, onarım ve değiştirme hakkının içerik değiştirmiş aynen ifa talebi niteliğinde olmasının bir sonucudur. Ancak böyle bir durum olmaksızın da tüketici kullandığı haktan vazgeçerek diğer haklarını kullanabilir mi?

Tüketicinin değiştirme veya onarım hakkını kullanması durumunda üç farklı olasılık karşımıza çıkmaktadır:

Tüketici, değiştirme veya onarım hakkını kullanmış ancak muhatap malın ayıplı olmadığını ve tüketicinin bu hakka sahip olmadığını ileri sürmüş olabilir.

---

330 Atamer, dönme hakkının ve bedel indirimi hakkının CISG'de de bir yenilik doğuran hak olarak düzenlendiğini söylemenin uygun görünmediği, bu haklarda yenilik doğuran beyanın varolup olmadığı tartışmasına girmeye gerek olmadığını; zira bu haklar yenilik doğuran hak olarak nitelendirildiği anda, bu kavrama ilişkin olarak iç hukukta yapılan bütün tartışmaların CISG kapsamında da gündeme geleceğini, oysa Anlaşmanın otonom yorumlanması ilkesinin bunu aşmak için güzel bir fırsat olduğu görüşündedir, bkz. ss. 332-333; Dönme ve bedel indirimi hakkının CISG kapsamında da yenilik doğuran hak niteliğinde olduğu görüşü için bkz. Atamer, CISG, s. 331, dp. 261'deki yazarlar; s. 333, dp. 272'deki yazarlar.

331 İsviçre Hukukunda satım sözleşmesinin ayıplı ifası halinde alıcının dönme veya bedel indirimi haklarını geri alıp diğerini kullanma imkanının mevcut olduğunu savunan yazarlar mevcuttur; bkz. Honsell, OR BT, s. 97; Basler Komm./Honsell, Art. 205, No.3; Giger, Art. 205, N. 65 vd.; Ancak bu yazarlar, dönme ve bedel indirimi hakkını yenilik doğuran hak niteliğinde kabul etmediklerinden, inceledikleri husus kullanılmış bir yenilik doğuran hakkın değiştirilip değiştirilemeyeceği (ius variandi) değildir. Buna göre, sözleşme teorisi veya kılık değiştirmiş sözleşme teorisini çerçevesinde, muhatap tarafından kabul edilinceye veya hakim tarafından dönme veya bedel indirimine hükmedilinceye kadar, mevcut hukuki durumda bir değişiklik meydana gelmeyeceği için, hak sahibi değiştirme hakkına sahiptir, bkz. Buz, YDH, ss. 461-462.

Tüketici bu hakkı kullanmış ve muhatap tüketicinin talebinin yerinde olduğunu kabul ederek, ifa aşamasına geçmiş olabilir.

Tüketici, değiştirme veya onarım talep etmiş olmasına rağmen, muhatap tarafından ifa gereği gibi yerine getirilmemiş olabilir. Yukarıda da açıklandığı üzere tüketici onarım veya değiştirme hakkını kullanmış ancak bu haklara ilişkin **ifa gereği gibi yerine getirilmemişse**, tüketici diğer seçimlik haklarını her zaman kullanabilir. TKHK Tasarı Taslağı m.2/VIII'de bu husus açıkça belirtilmiştir. Bu durum, onarım ve değiştirme hakkının içerik değiştirmiş aynen ifa talebi niteliğinde olmasının bir sonucudur[332].

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun çerçevesinde tüketici bir kere onarım hakkını seçmişse, artık diğer haklarına başvurabilmesi için TKHK m.13 ve Yönetmelik m.14'teki şartların gerçekleşmesi gerekir. Bu şartlar, maldan yararlanamamanın süreklilik arzetmesi veya tamir için gereken azami sürenin aşılması ya da tamirin mümkün olmadığının anlaşılmasıdır. TKHK m.13, ancak bu şartların gerçekleşmesi halinde tüketiciye diğer seçimlik haklarını kullanma imkanı vermektedir. TKHK m.13'te düzenlenen durumlar, onarım hakkının gereği gibi yerine getirilmediği hallerdir. Kanunkoyucu, gereği gibi ifa etmeme niteliğinde olan bu durumları, özel olarak düzenlemiştir.

Tüketici, onarım veya değiştirme hakkını kullandıktan sonra, muhatabın bu hakkın yerine getirilmesine ilişkin davranışı sona ermeden tüketicinin diğer herhangi bir seçimlik hakkı kullanma imkanı yoktur. Örneğin, tüketici onarım hakkını kullanmış ve muhatap tarafından ayıplı malın onarılması için gerekli çalışmalar başlatılmışsa, tüketici artık bu durumda onarımdan vazgeçerek, değiştirme, dönme veya bedel indirimi haklarından birini seçtiğini beyan edemez. Bunun gibi değiştirme hakkının kullanılması üzerine, değiştirmenin gerçekleştirilmesi için ifa faaliyetlerine

---

[332] Atamer, TKHK m.4-Eleştiriler, s. 93; Atamer, "Taşınır Satımı Sözleşmesi", **Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu Makaleler-Tebliğler**, İstanbul 2012, (Taşınır Satımı), ss. 206-207; Zevkliler ve Aydoğdu, s. 126; Garanti Belgesi Uygulama Esaslarına Dair Yönetmeliğin 14. maddesindeki şartların gerçekleşmesi sebebiyle, araçtan yararlanamamanın süreklilik arzettiğinin kabulünün zorunlu olduğu, bu sebeple davacının ilk tercihini onarım yönünde kullanmış olsa bile, aracın bedelinin iadesini isteme hakkının doğduğu yönünde bkz. 13. HD, 17.10.2006, E. 2006/9885, K. 13695 (Kırmızı, s. 98); YHGK 29.09.2010, E. 2010/13-389, K. 2010/429 (bkz. aşa dp. 333 ve ona ait metin).

başlanmış olması durumunda, tüketici artık bu haktan vazgeçemez. Böyle bir durumda taraflar arasında içeriği onarım veya değiştirme olan bir sözleşme ilişkisinin kurulduğunun kabulü de mümkündür.

Muhatabın, tüketicinin kullandığı hakka sahip olmadığını beyan ettiği olasılıkta, tüketici, herhangi bir sınırlamaya tabi olmaksızın diğer haklarından birini kullanabilecek midir? Bunun gibi, tüketici onarım hakkını kullanmış ancak muhataptan bir cevap gelmemişse, diğer haklarını kullanabilmek için ne yapmalıdır, ne kadar süre beklemelidir?

Alman Hukukunda ayıplı ifa halinde alıcı/tüketiciye tanınan seçimlik haklar, kademeli bir biçimde tanınmıştır. Alıcı/tüketici, öncelikle onarım ve değiştirme haklarına sahiptir. Alıcı/tüketici kural olarak bir süre belirlemeli ve bu süre içinde onarım veya değiştirmenin yerine getirilmesini talep etmelidir; diğer hakların kullanılması, ancak bu süre içinde talebin yerine getirilmemesi halinde mümkündür. Ancak İsviçre-Türk hukukunda alıcı/tüketicinin haklarını kullanmasına ilişkin olarak bu şekilde bir kademeli tercih hakkı olmadığı gibi, onarım veya değiştirme talep etme durumunda da belirli bir süre belirleme zorunluluğu yoktur. Bu durumda, onarım veya değiştirme talep eden tüketicinin, muhataptan bu talebe ilişkin bir cevap gelene kadar makul bir süre beklemesi gerektiği kanaatindeyiz. Makul süre içinde, kullanılan seçimlik hakka ilişkin herhangi bir cevap gelmemişse, tüketici artık seçtiği bu hak ile bağlı olmamalı ve diğer haklarını kullanabilmelidir[333].

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararına konu olan bir olayda[334], aracın onarılması talebi ile dava açan tüketicinin, yargılama sırasında aracın gizli ayıplı olduğunun ortaya çıkmasından sonra, değiştirme hakkını ıslaha gerek olmaksızın kullanabileceği sonucuna varılmıştır.

Uyuşmazlık konusu olayda onarım talebi ile dava açan tüketici, daha sonra ıslah dilekçesi vererek, aracın yenisiyle değiştirilmesini istemiş; Yerel Mahkemece, ıslah talebinin kabulü ile aracın yenisiyle değiştirilmesine karar verilmiştir. Özel daire, Yerel Mahkemenin kararını, "Davacı tüketicinin, ıslah yoluyla dava

---

333 Alıcı, onarım hakkını seçmiş ancak satıcı uygun bir süre içinde onarımı gerçekleştirmeye muktedir değilse, satıcının yeniden seçim hakkını kullanabileceği yönünde bkz. Furrer, s. 65.

334 YHGK 29.09.2010, E. 2010/13-389, K. 2010/429 (Kırmızı, s. 34 vd.).

dilekçesindeki talebini değiştirmesi mümkün olmadığı gibi, ücretsiz onarım yönünde kullandığı tercih hakkını aracın değiştirilmesi şeklinde değiştirmesi de, mümkün değildir." gerekçesiyle bozmuştur. Yerel Mahkeme, "davacının, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 4. maddesinde öngörülen dört seçimlik haktan birini seçmeye zorlanamayacağı, bu dört seçimlik hakka dair tercih hakkını ıslah yoluyla değiştirebileceği; Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun ıslahı düzenleyen hükümlerinde de, seçimlik haklarından birini ıslah yoluyla tercih etme hakkını kullanmasını engelleyen bir hükmün bulunmadığı" gerekçesiyle direnme kararı vermiştir. Hukuk Genel Kurulu, dava sırasında alınan bilirkişi raporunda, **"dava konusu araca yetkili servisi tarafından motorda parça değişim işlemi şeklinde iki kez müdahale yapılmasına rağmen söz konusu arızaya yanlış teşhis konulması dolayısıyla önceki motor arızasının giderilemediği ve bunun sonucun motordaki son hasarın oluştuğu ve hasarın "gizli ayıp" niteliğinde olduğu" belirlendiği**; Somut olayda, "0 km" de alınan aracın garanti süresi içerisinde arızalanması üzerine, davacı yetkili servise başvurmasına rağmen öncelikle arızaya hatalı teşhis konulmak ve davacı yanlış bilgilendirilmek suretiyle arızanın giderilemediği ve böylece dava aşamasına gelindiği anlaşıldığı; belirtilen nedenle davacı/tüketicinin, bu aşamada onarımın gerçekleştirilebileceği düşüncesiyle ücretsiz onarım talebinde bulunduğunun açık olduğu; ancak dava dilekçesinde davacının onarım hakkını kullanmış olması, yargılama sırasında aracın gizli ayıplı olduğunun ortaya çıkmasından sonra davacının bu tercihini aracın ücretsiz değiştirilmesi şeklinde kullanmasına engel olarak gösterilemeyeceği; davacı sözleşmeyi ayakta tutarak malın yenisi ile değiştirilmesini istediğine göre, davalılar, tüketicinin tercihine göre, sorunun çözümlenmesi ile yükümlü olduğu; bu nedenle yenisi ile değiştirilmesini isteme koşulları gerçekleşen araca ilişkin olarak; dava dilekçesinde tercih hakkını ücretsiz onarım yönünde kullanan davacının, ıslaha gerek olmaksızın aracın misliyle değiştirilmesi şeklinde değiştirebileceği sonucuna varmıştır.

Uyuşmazlık konusu olayda tüketici, daha önce iki kere onarım talep etmiş ancak araçtaki bozukluk devam etmiştir. Tüketicinin üçüncü defa dava yoluyla onarım talep etmesi üzerine davalılar, davacının onarım hakkı olmadığı savunmasında bulunmuşlardır. Uyuşmazlık konusu olayda, söz konusu araç daha önce iki kere onarıma girmiş olmasına rağmen arıza giderilmemiştir. Olayda Garanti

Belgesi Yönetmeliği m.13'teki aynı arızadan ikiden fazla gerçekleşmesine ilişkin bir durum da yoktur. Çünkü burada ayrı arızanın tekrar gerçekleşmesi değil, yetkili servisin yanlış müdahalesi sonucu başka bir arızanın ortaya çıkması söz konusudur. Bu durum da zaten, gereği gibi ifa etmeme teşkil eder ki, tüketicinin diğer haklarını kullanmasına imkan vermektedir.

Tüketicinin onarım hakkını seçtiği bir durumda, aynı arızanın üçüncü defa ortaya çıktığı ancak tüketicinin başvurusuna rağmen muhatapların, tüketicinin onarım hakkına sahip olmadığını ileri sürmeleri durumunda da tüketicinin diğer seçimlik haklarının canlandığını kabul etmek gerekir. Bu sebeple Hukuk Genel Kurulu kararına konu olan olayda, davalıların tüketicinin onarım hakkı olmadığını beyan etmeleri dahi, tüketicinin diğer seçimlik haklarını kullanmasına imkan verir.

3. Dönme veya Bedel İndirimi Hakkını Kullanan Tüketicinin Kullandığı Hakkı Değiştirmesi

Dönme ve bedel indirimi hakkı, katıldığımız görüş gereğince yenilik doğuran hak niteliğinde olduğu için, tüketicinin bu haklara ilişkin olarak bir değiştirme hakkı (ius variandi) olup olmadığı incelenmelidir.

Bu durumda incelenmesi gereken sorunun çerçevesi şu şekilde çizilmelidir: Tüketici dönme hakkını kullandıktan sonra, bu haktan vazgeçip aynen ifa (değiştirme ve onarım) veya bedel indirimi isteyebilir mi? Veya bedel indirimi talep eden tüketici bu haktan sonra dönme veya aynen ifa (değiştirme ve onarım) talep edebilir mi?

Klasik görüşe göre [335] yenilik doğuran haklar, bir defa kullanılmakla tükenirler; bu sebeple kullanılmış bir yenilik doğuran hakkın geri alınabilmesi, muhatabın muvafakati ile dahi mümkün değildir. Dolayısıyla bu görüşe göre, alıcı da ayıptan doğan seçimlik haklarından birini kullanınca artık bu hakkını değiştiremez. Buradan hareketle İsviçre Türk Hukukunda [336] klasik görüş taraftarları, hem

---

335 Eren, ss. 63-64; Bucher, OR AT, ss. 36-37; Ahmet M. Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 2011, ss. 21-22; Gauch, Werkvertrag, s. 617, No. 1582.

336 Alman hukukunda, borçlu temerrüdünde eski ve yeni düzenleme ve sonuçları hakkında bkz. Buz, YDH, ss. 455-456.

borçlunun temerrüdünde[337] hem de ayıplı ifa halinde[338] yenilik doğuran hakların bir kez kullanıldıktan sonra artık geri alınamayacağı görüşündedir.

İsviçre Federal Mahkemesi'nin[339] görüşü bu yöndedir. Yargıtay'ın görüşünün de bu yönde olduğunu söylemek mümkündür[340].

Bir diğer görüş ise yenilik doğuran hakkın geri alınamazlığını, yıkılması gereken bir dogma olarak görmekte; bazı durumlarda hak sahibine istisnai olarak bir geri alma veya değiştirme hakkı tanınmasının uygun olacağını savunmaktadır. Bu görüşe göre, yenilik doğuran hakların geri alınmazlığı kuralının altında yatan temel neden, muhatabın ve istisnaen 3. kişilerin menfaatinin korunmasıdır. Bu sebeple, muhatabın veya 3. kişilerin menfaatlerinin korunmasına gerek olmayan, muhatap için bir belirsizlik halinin doğmayacağı durumlarda geri alınmazlık ilkesi reddedilmelidir[341]. Bu durumların başında, **muhatabın yenilik doğuran hakkın kullanılmasına itiraz etmiş olması** gelir. Muhatabın söz konusu hakkın kullanılmasına itiraz etmesi, hak sahibinin gerekli şartlar olmadığı için, bu hakkın kullanılmasının yeni bir durum oluşturamayacağı iddiasında bulunduğu anlamına gelir. Hak sahibinin yenilik doğuran beyanını geri almaktaki amacı da, hakkın kullanılmasından önceki durumu yeniden tesis etmektir. Bu durumda, yenilik

---

337 von Tuhr ve Escher, ss. 153-154; Basler Komm./Wiegand, Art. 107, No.14; Bucher, OR AT, s. 373; von Büren, OR AT, s. 376, dn.65; Oser ve Schönenberger, Art. 107, No. 36; Eren, s. 1072.

338 Schubiger, s. 59; Furrer, s. 64; Yavuz, Borçlar Özel, s. 109.

339 BGE 123 III 22.

340 15. HD, 14.09.1989, E. 4159/K.3540: "Böylece davacılar BK'nun 106. maddede düzenlenen ve borçlunun temerrüdüne dayanan seçimlik haklardan akdin geriye etkili şekilde feshini tercih ederek, iradelerini bu doğrultuda kullanmışlardır. Bu irade beyanı tek taraflı bozucu yenilik doğuran haklardan olup karşı tarafa ulaşmasıyla hüküm doğurur. Seçimlik hakların kullanılmasından sonra rızayı ifsad eden herhangi bir sebep bulunmadıkça artık bundan tek yanlı olarak dönülemez, bkz. (Turgut Uygur**, Açıklamalı-İçtihatlı İnşaat Hukuku Arsa Payı Karşılığı (Kat Karşılığı) İnşaat Sözleşmesi**, 2. Cilt, Ankara 1998, ss. 529-530); Bununla birlikte 15. HD, 12.06.1996, E. 2480, K. 3300 sayılı kararında, Yargıtay, "…yüklenici için en ağır sonuç doğuran ve yüklenicinin karşı çıktığı "fesih" isteminden dönmüş ve "ifa" talep etmiştir. O halde mahkemece yüklenici davalı yararına olan bu istem bir yana bırakılarak feshe ve sonuç olarak tapu iptali ve tescile karar verilmesi mümkün değildir." gerekçesiyle iş sahibinin fesih isteminden dönerek ifayı talep etmesini kabul etmiştir, bkz. (Uygur, ss. 332-333).

341 Gümüş, s. 169; Buz, YDH, s. 443 vd.; Borçlu temerrüdünde, alacaklıya değiştirme hakkı tanınması gerektiği görüşünde Vedat Buz, "Das ius variandi des Glaeubigers bei Verzug des Schuldners - BGE 123 III 16 ff. (Recht 1997/5, ss. 197-202), (Recht 1997), s. 197 vd.; Serozan, Dönme, s. 500 vd.; Daniel G. Glasl, **Die Rückabwicklung im Obligationenrecht**, Zürich 1992, ss. 174-175; Guhl ve Koller, 32, No. 36.

doğuran beyanın geri alınması, muhatabın isteğini gerçekleştirdiği için, mümkün olmalıdır. Örneğin, satıcının, alıcının dönme hakkına sahip olduğunu veya malın ayıplı olduğunu reddettiği hallerde, alıcının dönme beyanı ile bağlı tutulması için bir sebep yoktur. Çünkü bu halde, satıcı kendisini dönme hakkının kullanılmasına hazırlamamış, buna göre hareket etmemiştir. Bu sebeple, böyle bir durumda alıcı, dönme hakkından vazgeçerek diğer haklarını kullanabilmelidir. Böyle bir durumda, satıcının, alıcının dönme beyanını geri alamayacağını iddia etmesi, çelişkili davranış yasağına da aykırılık teşkil eder[342].

Bundan başka, doktrinde bazı yenilik doğuran haklarda, bu hakkın geri alınmasına ve değiştirilmesine imkan tanınması için, muhatabın hakkın kullanılmasına itiraz etmesi şartının da aranmaması gerektiği, muhatap itiraz etmiş olmasa bile **muhatabın hukuken korunmaya değer bir menfaatinin olmadığı hallerde**, hak sahibine yenilik doğuran hakkın kullanılmasına ilişkin beyanını geri alması ve diğer seçimlik hakkını kullanması imkanı verilmesi gerektiği savunulmaktadır[343]. Borçlu temerrüdünde sözleşmeden dönme ve müspet zararın tazminini isteme hakkının yanı sıra ayıplı ifa halinde dönme ve bedel indirimi hakları da bu haklardandır[344].

---

342 Honsell, OR BT, s. 97; Schwenzer, OR AT, No. 3.09; Alfred Koller, "Rechtfolgen unwirksamer Gestaltungserklarungen -Widerruf rechtswirksamer Gestaltungserklarungen" (AJP 2002, s. 84/0-841), (AJP 2002), s. 840 vd.; Görüşün açıklanması konusunda bkz. Buz, YDH, ss. 453-454; Gümüş, s. 169; Atamer, CISG, s. 333.

343 Seçimlik Yenilik Doğuran Haklara sahip olan kişiye değiştirme hakkı tanınması hususunda Alman Hukukunda ileri sürülen gerekçeler hakkında bkz. Buz, YDH, s. 458 vd.

344 Alman Medeni Kanununda 01.01.2002 yılında yürürlüğe giren değişikliklerden önce buna ilişkin bir tartışma yoktu çünkü o zamana kadar ayıplı ifa halinde alıcının sahip olduğu dönüştürme (Wandelung) ve bedel indirimi hakları, yenilik doğuran hak niteliğinde değildi. Bu sebeple alıcı, satıcının kabulüne kadar daha önce kullandığı bir haktan vazgeçip diğer hakkını kullanabilirdi; 01.01.2002 yılında yürürlüğe giren değişikliklerden sonra, sözleşmeden dönme ve bedel indirimi yenilik doğuran hak niteliğinde düzenlenmiştir (BGB §437, BGB §634), Böylece bu değişikliklerden sonra Alman Hukukunda da bu haklar arasında geçişin mümkün olup olmayacağı sorunu ortaya çıkmıştır, bkz. Buz, YDH, s. 455, bkz. Beate Gsell, "Das Verhaeltnis von Rücktritt und Schadensersatz", **JZ,** 2004, ss. 643-649, s. 648; Brüggemeier, WM, 2002, ss. 1379-1380; Peter Derleder, "Der Wechsel zwischen den Glaeubigerrechten bei leistungsstörungen und Maengeln", **NJW,** 2003, Heft 14, ss. 999-1003, (NJW 2003), ss. 999-1000; Böylece bu değişikliklerden sonra Alman Hukukunda da bu haklar arasında geçişin mümkün olup olmayacağı sorunu ortaya çıkmıştır, bkz. Buz, YDH, s. 455.

Doktrinde borçlunun temerrüdü durumunda bu hakkın tanınmasının gerekliliğine ilişkin çeşitli sebepler ileri sürülmüştür:

Borçlunun temerrüdü halinde, müspet zararının tazminini talep eden alacaklının bu beyanını geri alıp diğer seçimlik haklarını kullanma imkanına sahip olmada büyük menfaati vardır. Özellikle borçlunun temerrüde kusuru ile düşmediğini ispat ederek tazminat yükümlülüğünden kurtulması halinde, alacaklıya bir ius variandi tanımak gerekir[345].

Hak sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanması durumunda, muhatabın iade etmesi gereken edim, kusuru olmaksızın imkansızlaşmışsa, muhatap iade borcundan kurtulacaktır. Bu durumda dönme hakkını kullanan kişi, muhataptan bir şey talep edemezken, muhatabın ifa ettiği edimleri iade etmek zorunda kalacaktır. Bu sebeple, hak sahibinin değiştirme hakkı (ius variandi) ile donatılması gerekir[346].

Hak sahibi, seçimlik hakları arasında tercihte bulunurken bir hataya düşmüş olabilir. Kendisi bakımından daha avantajlı bir hak yerine diğerini kullanmış olabilir. Hak sahibi bu gibi hallerde de seçtiği hakkı değiştirebilmelidir.

Bu görüşe göre, bu haklar arasındaki geçiş, muhatabın yenilik doğuran hakkın kullanılmasına herhangi bir itirazı olmasa bile mümkün olmalıdır[347]. Bir başka ifadeyle **muhatabın hukuken korunmaya değer bir menfaatinin olmadığı hallerde**, hak sahibinin yenilik doğuran hakkın kullanılmasına ilişkin beyanını geri alması ve diğer seçimlik hakkını kullanmasını kabul etmek gerekir. Zira, sözleşmeye aykırı davranışıyla güvenini korunmaya değer olmaktan çıkarmış bir borçluya karşı alacaklı, dönme beyanını geri alarak müspet zararının tazminini talep edebilmelidir.

---

345 Bu durumda doktrinde, alacaklının sahip olduğu hak "gerçek olmayan ius variandi" olarak adlandırılmaktadır. Bu görüşe göre borçlu temerrüde kusuru ile düşmemişse aslında alacaklının müspet zararının tazminini talep etme hakkı yoktur. Bu sebeple böyle bir durumda hak mevcut olmadığı için alacaklı bir yenilik doğuran hak kullanmamıştır, bkz. Alfred Koller, "Glaubigerrechte im Falle eines Leistungsverzichts nach Art. 107 Abs. 2 OR", **ZSR,** 1997 (116), ss. 495-507, (ZSR 1997), s. 503; Guhl ve Koller, Bölüm 32, No. 36; ayrıca bkz. Oğuzman ve Öz, s. 543.

346 Serozan, Dönme, ss. 500-501; Josef Eser ve Eike Schmidt, Schuldrecht Band I, Allgemeiner Teil, Teilband 2, Heidelberg 2000, I/2, (I/2), s. 132; Karl Larenz, **Lehrbuch Des Schuldrechts**, Erster Band Allgemeiner Teil, München 1987, (AT), s. 337.

347 Buz, YDH, s. 454 vd.

Bunun gibi, müspet zararın tazmini isteminden vazgeçip sözleşmeden dönme hakkının kullanılması da mümkündür[348].

Bu görüşü kabul edenler içinde de hakim görüş, borçlu temerrüdünde değiştirme hakkını (ius variandi), sözleşmeden dönüp menfi zararının tazminini talep etme veya müspet zararının tazminini talep etme ile sınırlı tutma yönündedir. Bir başka ifadeyle, borçlunun temerrüdü halinde alacaklının sahip olduğu yenilik doğuran hakların geri alınması veya değiştirilmesi imkanı açısından ikili bir ayrım vardır: Aynen ifayı talep etme hakkı; aynen ifadan vazgeçerek sözleşmeden dönme veya müspet zararının tazminini isteme hakkından farklı değerlendirilmektedir[349]. Alacaklı, aynen ifadan vazgeçmiş ise artık bu beyanı ile bağlıdır ve borçlunun temerrüdü üzerine aynen ifadan vazgeçen alacaklının bu beyanını da geri alarak yeniden aynen ifayı talep etmesine izin verilmemelidir[350]. Çünkü aynen ifadan vazgeçme beyanı üzerine muhatap, ifa hazırlıklarına son verir. Kusuru ile temerrüde düşen borçlunun dahi, hala sözleşme ile borçlandığı edimi yerine getirmekle yükümlü olup olmadığını bilmesinde menfaati vardır. Aynen ifadan vazgeçme, sözleşmeyi bir tasfiye ilişkisine dönüştürür. Bu ilişki içinde dönme ile birlikte menfi tazminat istemek veya müspet zararın tazminini istemek tasfiyenin tarzına ilişkin bir husustur. Dönme hakkını kullanan alacaklının bu hakkından vazgeçip tazminat istemesi veya tazminat isteyen alacaklının daha sonra dönme hakkını kullanmak istemesi, sadece tasfiyenin şeklinin değişmesi anlamına gelir. Bu sebeple, alacaklıya

---

348 Serozan, Dönme, ss. 90 vd., 500 vd; Buz, YDH, s. 465.

349 BK m.106'da alacaklıya tanınan seçimlik haklar farklı bir biçimde de sınıflandırılmaktadır: birinci seçimlik hak, aynen ifayı talep etme hakkı ve aynen ifadan vazgeçme hakkı iken ikinci seçimlik hak sözleşmeden dönüp menfi zararının tazminini talep etme ile müspet zararın tazminini talep etme hakkıdır, bkz. Gauch, Schluep ve Emmenegger, No. 2758, No. 2763; karş. Rolf H. Weber, **Berner Kommentar, Band VI/1, 5. Teilband, Die Folgen der Nichterfüllung Art. 97-109 OR**, Bern 2000, Art. 107, No.141 vd.; Huguenin, OR AT, No. 86 vd.; Eren, s. 1070; Buz, YDH, s. 467; Serozan, Dönme, ss. 501-502; Kılıçoğlu, s. 706 vd.

350 Buz, Recht 1997, s. 202; Aynen ifayı talep etme hakkının yenilik doğuran hak, ancak aynen ifayı reddedmekle birlikte ortaya çıkan müspet zararın tazminini isteme veya sözleşmeden dönme hakkı arasındaki seçim hakkının yenilik doğuran yetki olduğu, yenilik doğuran hakkın bağlayıcı etkisinin bu hakların kullanılmasıyla birlikte meydana geldiği ancak yenilik doğuran yetkilerin bağlayıcı etkisinin bir süre sonra gerçekleştiği yönünde bkz. Hans G. Leser, **Der Rücktritt Vom Vertrag**, Tübingen 1973, ss. 261, 278.

bu iki hak arasında değiştirme hakkı (ius variandi) tanımak gerekir[351]. Ancak borçlu seçilen tasfiye şeklinin kesin olduğuna güvenerek bu yönde hazırlıklara başlamışsa, artık alacaklı seçtiği haktan vazgeçip diğer hakkını kullanamaz[352].

Doktrinde ayıplı ifa halinde de aynen borçlu temerrüdünde olduğu gibi muhatabın korunması düşüncesinden hareket etmek gerektiği ve muhatap kullanılan yenilik doğuran hakkın kesin olduğuna güvenene ve bu yeni hukuki duruma hazırlanıncaya kadar alıcının diğer seçimlik hakkını (dönme veya bedel indirimi hakkı) kullanabileceği görüşü savunulmaktadır[353]. Borçlu temerrüdünde yapılan ayrım ayıplı ifa halinde de geçerli olmalıdır. Buna göre, alıcı yalnızca dönme ve bedel indirimi hakları arasında değiştirme hakkına sahiptir; daha önce dönme veya indirim haklarından birini kullanan kişi, daha sonra ayıbın giderilmesi hakkını kullanamamalıdır. Ayıplı ifada bulunmuş bile olsa, muhatap, ifa yükümlülüğünün hala devam edip etmediğini bilmede hukuken korunmaya değer bir menfaate sahiptir[354].

Bu görüşün kabulü halinde dönme hakkını kullanan tüketicinin ius variandi hakkı yalnızca bedel indirimine ilişkin olmaktadır. Bedel indirimi talep etmiş olan tüketici de yalnızca dönme talep edebilecektir.

Seçimlik yenilik doğuran haklarda geçiş imkanını tanıyan bir diğer görüş ise, dönme veya bedel indirimini seçen alıcının bu haktan vazgeçtikten sonra artık yalnızca zararın tazminini talep edebileceğidir[355]. Bu görüşe göre alıcı, satım

---

351 Buz, YDH, s. 466; Leser, ss. 260, 262; Koller, ZSR 1997 I, s. 504; Bucher, AT, s. 371, dn. 168; Dönme beyanını geri alan alacaklının müspet zararının tazminini veya aynen ifa ile birlikte gecikmeden doğan zararını talep edebileceği yönünde bkz. Glasl, Rückabwicklung, s. 174 vd.

352 Leser, s. 278; Buz, Dönme, s. 308.

353 Buz, YDH, s. 469; Gsell, JZ, 2004, ss. 648-649; Derleder, NJW, 2003, ss. 1002-1003: Yazar, ayıplı ifa halinde dönmeden bedel indirimine geçişin veya bunun tersinin mümkün olmadığı, yalnızca BGB §325'ten hareketle, kullanılan hakkın yerine tazminat talep edilebileceği görüşündedir.

354 Buz, YDH, ss. 469-470.

355 Derleder, NJW, 2003, ss. 1002-1003; Alman Medeni Kanununda alıcıya seçimlik hak olarak tanınan ifa yerine tazminat isteme hakkını seçen alıcı da, fark veya mübadele teorisinden birini seçmişse, bu aşamadan sonra bedel indirimi veya dönme hakkına geçmesi, ancak daha önce seçtiği hesaplama şekline aykırılık teşkil etmez ise mümkün olabileceği yönünde bkz. Grunewald, §9 I, No. 94; Haas, Das neue Schuldrecht, V, No. 198.

sözleşmesini dönme veya bedel indirimi ile dönüştürmüşse veya ifa yerine tazminat talep etmişse, ilke olarak bununla bağlıdır. Alıcının dönme hakkını seçtiği hallerde BGB § 325, alıcının zararın tazminini talep hakkına geçiş yapmasına imkan tanımaktadır. Bu halde de, zararın hesaplanmasında, önceden yapılmış dönme beyanı ile çelişen bir durum oluşmamalıdır. Ancak dönme beyanı, satım sözleşmesini tasfiye ilişkisine dönüştürdüğü için alıcı artık bedel indirimi hakkını seçemez[356]. Bu görüş, satıcının ayıbın varlığını reddetmiş olması durumunda da alıcının yalnızca tazminat hakkına geçebileceğini, diğer seçimlik haklarına gidemeyeceğini savunmaktadır. Çünkü satıcının ayıbı reddetmiş olması, tek başına hukuki durumu değiştirmemektedir, dönme veya indirim yenilik doğurucu beyanı ile artık sözleşme dönüşmüştür[357].

Alıcı, bedel indirimini seçmişse, bedel indirimi sözleşmeyi dönüştürdüğü için artık dönme veya ayıbın giderilmesini talep edemez, ancak bedel indirimini seçen alıcı da zararın tazmini talebine geçiş yapabilmelidir. Gerçi BGB § 325'te bu durumdan söz edilmemektedir ancak bu durum, yalnızca bedel indiriminin her sözleşme ilişkisinde başvurulabilir olmamasına ve bu sebeple Borçlar Hukukunun genel kısmındaki bir kuralda yer almamasından kaynaklanır. Ancak menfaat durumu aynıdır[358].

Biz de borçlu temerrüdündeki görüşe paralel biçimde, ayıplı ifa halinde de alıcıya yalnızca dönme ve bedel indirimi arasında bir değiştirme hakkı tanıyan görüşe katılmaktayız. Böylece dönme hakkını kullanmış olan alıcı, bu aşamadan sonra yalnızca bedel indirimi hakkını seçebilecektir.

---

356 Grunewald, §9 I, No. 92; Reinicke ve Tiedtke, No. 591-592; Reformdan önce, dönme ve bedel indirimi yenilik doğuran hak niteliğinde olmadığı için alıcı dönmenin icrasına kadar, daha doğrusu satıcının kabul beyanına kadar veya mahkeme kararına kadar değiştirme hakkına sahipti ve bu sebeple diğer haklarına özellikle bedel indirimine gidebilmekteydi, bkz. Haas, Das neue Schuldrecht, V, No. 194.

357 Grunewald, §9 I, No. 92.

358 Grunewald, §9 I, No. 93; Münc. Komm./Westermann, §437 No. 51; Farklı görüşte bkz. Reinicke ve Tiedtke, No. 596.

II. GARANTİ BELGESİ ÇERÇEVESİNDE DOĞRUDAN SAĞLANAN KORUNMA

A. Garanti Belgesinin Konusu

TKHK ile, Bakanlıkça tespit ve ilan edilen sanayi mallarının satışında, garanti belgesi düzenleme ve bu belgeyi tüketiciye verme zorunluluğu getirilmiştir (TKHK m.13/1)[359]. Garanti belgesinin tekemmül ettirilerek tüketiciye verilmesi sorumluluğu satıcı, bayi veya acenteye aittir (TKHK m.13/I).

Garanti Belgesi TKHK m.13'te düzenlenmiştir. Bu düzenlemede garanti belgesinin tanımı yapılmamıştır. 4077 sayılı Kanuna bağlı olarak Sanayi ve Ticaret Bakanlığının çıkardığı Yönetmelikte ise garanti belgesi, "İmalatçı-üretici veya ithalatçıların, sattıkları, ürettikleri ve/veya ithal ettikleri mallar için düzenlenen ve malın garanti süresi içerisinde meydana gelebilecek arızalarının en az iki yıl süreyle veya özelliği nedeniyle belirlendiği ölçü birimi içerisinde, ücretsiz olarak yenisi ile değiştirilmesinin, tamirinin, **bedel iadesinin** veya bedel indiriminin taahhüt edildiğini ve satıcı ile tüketicinin yükümlülüklerini gösteren belge" olarak tanımlanmıştır (m.4/g).

TKHK m.13/II'de ise "Satıcı; garanti belgesi kapsamındaki malların, garanti süresi içerisinde arızalanması halinde malı işçilik masrafı, değiştirilen parça bedeli ya da başka herhangi bir ad altında hiçbir ücret talep etmeksizin tamir ile yükümlüdür." hükmü yer almaktadır.

Aşağıda ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere, bu düzenlemelerin birlikte değerlendirilmesi sonucu, mevcut düzenleme çerçevesinde tüketicinin garanti belgesi kapsamında kural olarak [360] yalnızca onarım hakkına sahip olduğu sonucuna varılmaktadır.

---

[359] Hangi sanayi mallarının garanti belgesiyle satılmak zorunda olduğunu Sanayi ve Ticaret Bakanlığı, Türk Standartları Enstitüsünün görüşünü alarak belirlemek ve ilan etmekle görevlidir (TKHK m.13/V). İmalatçıların veya ithalatçıların Kanunun garanti belgesi ile satılmasını zorunlu gördüğü mallar dışında kalan mallar için de garanti belgesi vermesi mümkündür, bu durumda ihtiyari üretici garantisinden söz edilir. Zorunlu üretici garantisine ilişkin hükümler, ihtiyari üretici garantisi için de uygulanır, bkz. Havutçu, Üreticinin Sorumluluğu, s. 39.

[360] İstisnai bir durum olarak garanti kapsamında değiştirme hakkı da söz konusu olabilir, bkz. yuk. §4 I.

Garanti belgesi ile satılmak zorunda olan mallar, garanti belgesine ilişkin yönetmeliğe ekli listede gösterilmiştir. 24.04.2001 tarih ve 27914 Sayılı Resmi Gazetede yayınlanan "Garanti Belgesi Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik"ten önce söz konusu listede, tıbbi laboratuar cihazları, asfalt beton kesme makinaları, itfaiye araçları, ambulans gibi tüketim malı niteliğinde olmayan mal grupları yer almaktaydı. Garanti belgesi verme yükümlülüğünün Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda düzenlenmiş olması ve bunun sonucu olarak da garanti ilişkisinin kurulması ancak, tüketici işleminin kurulmasına bağlı olduğundan, söz konusu mal gruplarının bu yönetmelikte yer alması yerinde değildi. Değişiklik yönetmeliği ile bu durum düzeltilmiş ve "4077 sayılı TKHK Gereğince Garanti Belgesi ile Satılması Zorunlu Olan Ürünler Listesi" içinde yalnızca tüketici işlemine konu olabilecek mal gruplarına yer verilmiştir.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'dan önce garanti belgesi verilmesine ilişkin herhangi bir yasal zorunluluk olmamakla birlikte, üreticiler kendi istekleri ile ürünleri için garanti belgesi vermekteydi. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'dan önce, satıcının da garanti belgesini tekemmül ettirme yükümlülüğü yoktu, tekemmül ettirme külfeti, tüketicilerin üzerindeydi. Garanti taahhüdü ile sağlanan koruma, garanti belgesinin belirli süreler içinde üreticiye gönderilip tekemmül ettirilmesi ile işlerlik kazanıyordu. Tüketiciler çoğu zaman, bilgisizlik, ihmalkarlık veya üreticinin adresini belirleyememe gibi sebeplerle garanti belgesini üreticiye göndererek onaylatamıyor ve garanti belgesinin sağladığı imkanlardan yararlanamıyorlardı. 4077 sayılı kanunun bu düzenlemesiyle söz konusu sakınca giderilmiş olmaktadır[361].

B. Garanti Sözleşmesinin Kurulması ve Şekle Tabi Olup Olmadığı

24.04.2011 tarih ve 27914 Sayılı Resmi Gazetede yayınlanan "Garanti Belgesi Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik"in yürürlüğüne kadar, garanti belgesi ile satılması zorunlu olan malların satışında, tüketiciye herhangi bir garanti belgesi verilmemiş olsa bile, uygulamada satış işlemi sonucu verilen fatura garanti belgesi yerine geçmekteydi. Ancak söz

[361] Havutçu, Üreticinin Sorumluluğu, s. 38; TKHK m.13 gerekçesi.

konusu yönetmelik ile, "mala ilişkin faturaların garanti belgesi yerine geçmeyeceği" hükmü getirilmiştir. Bu değişikliğin, tüketicilerin korunması amacıyla yapıldığı ileri sürülmektedir. Ancak bu düzenlemenin tüketicilerin korunmasına hizmet eder bir nitelik taşımadığı kanaatindeyiz:

Bu konuda bir sonuca varılabilmesi için öncelikle, şu soru cevaplanmalıdır: Tüketiciye garanti belgesi verilmemesinin yaptırımı nedir? Tüketici garanti korumasından yararlanamayacak mıdır? Yoksa bu düzenleme yalnızca garanti belgesi düzenlemekle yükümlü kişilerin cezai sorumluluğuna mı yol açar?

Esasen bu düzenlemenin amacı, satıcı, bayi ve acenteleri garanti belgesi düzenlemeye sevk etmek ve düzenlenen garanti belgelerinin tüketicilere verilmesini temin etmektir. Dolayısıyla Garanti belgesi ile satılması zorunlu olan bir mala ilişkin tüketiciye bu belge verilmemişse, belgeyi vermekle yükümlü olan kişilerin Tüketici Hukuku mevzuatı çerçevesinde **cezai sorumluluğu** olacaktır.

Ancak, garanti belgesi düzenlenmesi, tüketici ile üretici arasındaki garanti ilişkisinin kurulmasının geçerlilik şekli değildir. Kanun gereği garanti belgesi ile satılması zorunlu olan bir mal söz konusuysa, tüketici ile üretici arasındaki garanti ilişkisi, satıcı ile tüketici arasında satım sözleşmesinin kurulmasıyla kanundan dolayı doğar. Dolayısıyla bu yönetmelik çerçevesinde garanti belgesi ile satılmak zorunda olan bir malın satışında tüketiciye bu belge verilmemiş olsa bile tüketici, söz konusu malın garanti belgesi ile satılması zorunlu olan bir mal olduğunu ispat ederek garanti korumasından yararlanabilecektir. Bu sebeple, mevcut uygulama çerçevesinde, faturanın garanti belgesi yerine geçmesi, tüketicinin, garanti belgesi ile satılmak zorunda olan bir mal aldığının ispatı anlamına gelmekteydi ve elinde garanti belgesi olmayan tüketici de herhangi bir zorlukla karşılaşmadan garantiden yararlanabilmekteydi. Oysa yeni Yönetmelikteki "Satılan mala ilişkin olarak düzenlenen faturalar garanti belgesi yerine geçmez." şeklindeki hüküm, uygulamada tüketicileri zor durumda bırakabilir, çünkü düzenleme, bu haliyle tüketicinin aleyhine bir şekilde yorumlanabilir niteliktedir. Garanti belgesi olmaksızın üretici firmaya veya yetkili servise başvuran tüketici, "faturanın garanti belgesi yerine geçmediği" gerekçesiyle garantiden doğan korumadan yararlandırılmayabilir. Bu sebeple, tüketicilerin korunması açısından da herhangi bir sorun teşkil etmeyen mevcut

uygulamanın yönetmelik aracılığıyla engellenmesinin, tüketicilerin aleyhine bir durum oluşturacağı kanaatindeyiz. Bu düzenleme, satıcı, bayi ve acentenin yükümlülükleri ile bağlantılı olarak ve yaptırımı da net bir şekilde ortaya konarak yapılmış olsaydı, daha yerinde olurdu kanaatindeyiz.

C. Hukuki Niteliği

Garanti Belgesi, garanti taahhüdü niteliğindedir. Garanti taahhüdü de üretici garantisi ve satıcı garantisi olmak üzere ikiye ayrılır:

Satıcı garantisi, satıcının kendisinin üretmediği, yalnızca sattığı mala ilişkin olarak garanti vermesidir. Ancak günümüzde satıcı garantisine pek sık rastlanmamaktadır[362].

Üretici garantisi, satıcının tekeffül borcundan ve satıcı garantisinden bağımsız olarak üreticinin, tüketiciye, aldığı malın belirli nitelikleri taşıdığına ve bu nitelikleri garanti süresi boyunca koruyacağına veya satın alınan malın malzeme, işçilik veya montaj bakımından hatasız olduğuna ve malzeme, işçilik veya montaj hatası nedeniyle bir arızanın ortaya çıkması halinde, garanti süresi içinde bu arızanın giderileceğine veya başka yollarla telafi edileceğine ilişkin güvence vermesidir[363].

Üretici garantisinin dayanağı sözleşme ilişkisidir. Bu sözleşme, ya üretici ile satıcı arasında yapılmış üçüncü kişi lehine sözleşme olmalı ya da üretici ile alıcı arasında yapılmalıdır[364].

TKHK m. 13/I'de ve Yönetmelik m. 5'te üretici ve ithalatçıların garanti belgesi düzenlemek zorunda oldukları hükme bağlanmıştır[365]. Bu hükümlere göre

---

362 Arbek, s. 136.

363 Havutçu, Üreticinin Sorumluluğu, s. 38.

364 Haas, Das neue Schuldrecht, V, No. 385.

365 Atamer, TKHK ile getirilmiş olan bu zorunlu garanti sistemini, tüketicinin, ayıplı bir mal teslimi halinde satıcıya karşı sahip olduğu hakların, tüketiciyi korumak için yeterli olduğu, ayrıca bu haklar sebebiyle, tüketicinin müteselsilen sorumlu tutulan üreticiye de başvurma imkanı olduğu, Avrupa Topluluğunda bu şekilde bir zorunlu garanti uygulaması olmaması nedeniyle, TKHK m.13'teki zorunlu garanti uygulamasının Gümrük Birliği anlaşması çerçevesinde bir ticaret engeli olarak değerlendirilebileceği gerekçesiyle eleştirmekte, Borçlar Hukukunun irade serbestisi ilkesini zedeleyen bu sistemin kaldırılmasını önermektedir, bkz. TKHK m.4-Eleştiriler, s. 104.

garanti vermekle yükümlü olan kişi, satıcı değildir. Bu garanti kapsamında satıcı yalnızca malın onarımından ve onarımın gerçekleştirilememesi halinde, alıcının diğer taleplerinden, bayi, acente, imalatçı-üretici ve ithalatçı ile birlikte müteselsilen sorumludur. Bu hususlar göz önüne alındığında, Kanun ve Yönetmelikteki garanti taahhüdünün bir tür üretici garantisi niteliğinde olduğu söylenebilir. Ancak TKHK ve ilgili yönetmelikle getirilen üretici garantisi, klasik anlamda, sözleşmesel nitelikte bir üretici garantisi olmayıp, kanundan doğan ve garanti veren dışında, sürüm zincirinde olan herkesi garanti edimiyle yükümlü kılan bir garantidir[366].

Üretici garantisi, tüketici ile satıcı arasında bir satım sözleşmesinin yapılmasını gerekli kılar. Üreticinin verdiği garanti taahhüdü, satıcı ile tüketici arasında kurulan satım sözleşmesinin yanında ortaya çıkar. Satım sözleşmesinin yapılmasıyla birlikte, üretici tarafından düzenlenen ve garanti taahhüdünü içeren garanti belgesi, satılan mal ile birlikte tüketiciye teslim edilir. Ancak üretici garantisi ile, üretici ile tüketici arasında, tüketici ile satıcı arasındaki satım sözleşmesinden bağımsız bir hukuki ilişki kurulur. Garanti belgesinin satıcı tarafından tekemmül ettirilmesi ve tüketiciye teslim edilmesi, üretici garantisini satım sözleşmesinin içeriği haline getirmez[367]. Bununla birlikte üretici garantisine ilişkin hukuki ilişki, bu ilişkinin kurulması, satım sözleşmesinin mevcut olmasına bağlı olduğundan, tali niteliktedir. Ancak her iki hukuki ilişkinin birbirinden bağımsız olması sebebiyle, tüketicinin satım sözleşmesi çerçevesinde sahip olduğu ayıptan doğan seçimlik hakları, üretici garantisinden etkilenmez[368].

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da değişiklik tasarı taslağında, imalatçı ve ithalatçıların, tüketicileri bilgilendirmek amacıyla, ürettikleri veya ithal ettikleri sanayi mallarını satıma sunarken, bu Kanunda tüketiciye tanınmış hakları ve bunların kullanılma koşulları ile süresini açıklayan Bakanlıkça onaylanmış bir garanti belgesi düzenlemek zorunda oldukları düzenlemesi getirilmiştir. Bu düzenlemede yer verilen "…bu kanunda tüketiciye tanınmış haklar, bunların

366 Havutçu, Üreticinin Sorumluluğu, s. 39, dp.47.

367 Aslan ise garanti belgesini satım sözleşmesinin bir şartı olarak görmekte, tarafların satım sözleşmesi ile üstlendiği asli edimler yanında, garanti belgesi ile de bazı feri yükümlülükler altına girdiğini ifade etmektedir, bkz. s. 157.

368 Havutçu, Üreticinin Sorumluluğu, s. 40; Sibylee Früh, **Die rechtliche Bedeutung des Garantiescheins beim Kauf von Konsumgütern**, Zürich 1982, s. 117 vd.

kullanılma koşulları ve süresi" ile tüketicinin, garanti taahhüdü kapsamında sahip olduğu hakların yanı sıra, TKHK m.4 gereğince satıcıya karşı sahip olduğu ayıptan doğan haklar kastedilmektedir. Bu düzenleme yerinde bir düzenlemedir, garanti belgesinin yasal tanımında her ne kadar tüketicinin onarım, değiştirme, bedel indirimi ve bedel iadesi haklarına sahip olduğu belirtilmekteyse de aşağıda ayrıntılı şekilde açıklanacağı üzere, garanti taahhüdü ile tüketiciye genellikle onarım ve değiştirme hakkı tanınmaktadır. Bu durumda tüketicinin ayıba karşı tekeffül sorumluluğu çerçevesinde satıcıya başvurma imkanı da devam etmektedir. Ancak olayların çoğunda tüketiciler, yalnızca garanti taahhüdü ile kendilerine tanınmış haklara sahip olduklarını düşünmekte, dönme veya bedel indirimi haklarını kullanamamaktadırlar. Bu sebeple Taslak ile, TKHK'da tüketiciye tanınmış olan hakların garanti belgesinde açıklanmasının bir koşul olarak aranması isabetli olmuştur[369].

D. Garanti Belgesi ile Sağlanan Korumanın Ayıba Karşı Tekeffül Sorumluluğundan Farkı

Ayıptan doğan hakların sebebi, satıcı ile tüketici arasındaki sözleşme ilişkisi iken, garanti taahhüdünden doğan hakların sebebi, üretici ile tüketici arasındaki yasal borç ilişkisidir. Üretici garantisi, ayıba karşı tekeffül borcundan bağımsızdır. Bu sebeple, ayıp sebebiyle ortaya çıkan onarım hakkı ile üretici garantisi kapsamında olan onarım hakkı da aynı haklar değildir. Bununla birlikte ayıba karşı tekeffül ve garanti belgesi arasındaki ilişkide birlik ve destekleme ilkesi[370] esas alındığından, garanti belgesi ile satılan mallarda kullanılan onarım hakkı, garanti belgesinden doğan onarım hakkı olmaktadır.

Üretici garantisi, tüketicinin ayıp sebebiyle sahip olduğu seçimlik hakları etkilemez, tüketici yalnızca yarışan haklara sahip olur. Ancak tüketici, hem 13. madde kapsamında malın onarımını isteme hem de TKHK m.4 kapsamında satıcıdan örneğin bedel indirimi talep etme hakkına sahip değildir. Garanti taahhüdünden doğan hakkın kullanılması ile amaca ulaşılmışsa, ayıptan doğan haklar sona erer[371].

---

369 Atamer, TKHK m.4-Eleştiriler, s. 105.

370 Bkz. aşa. § 5, II, G, 1.

371 Havutçu, Üreticinin Sorumluluğu, s. 44; Früh, s. 131.

Garanti belgesi, garanti taahhüdü niteliğindedir. Garanti belgesi ile sağlanan koruma ile ayıp sorumluluğu arasındaki temel fark, taahhüdün konusunda görülür. Ayıba karşı tekeffül hükümleri yalnızca, hasarın alıcıya geçmesi anına kadar malda ortaya çıkan ayıplar için uygulama alanı bulur. Garanti Belgesinde ise, maldaki bozukluğun hasarın geçmesi anından önce veya sonra ortaya çıkmış olması, alıcının korumadan yararlanabilmesi konusunda önem taşımaz [372] . Yönetmeliğin 4/g maddesinde, garanti belgesinin tanımında, "malın garanti süresi içinde meydana gelebilecek arızaları"ndan söz edilmektedir. Satım konusu malda ortaya çıkan bir sorunun hem garanti taahhüdü anlamında arıza, hem de ayıp teşkil etmesi mümkündür. Ancak arıza kavramı, ayıp kavramından daha geniştir. Hasarın intikalinden sonra ortaya çıkan bozukluklar da arıza niteliğindeyken, ayıp yalnızca hasarın intikali anında mevcut olan bozukluklardır.

Bundan başka ayıba karşı tekeffül borcunun doğabilmesi için alıcı, maddi şartların yanı sıra muayene ve ihbar külfetlerini de yerine getirmiş olmalıdır. Garanti belgesi ile sağlanan korumada ise, alıcı bu külfetleri yerine getirmek zorunda olmaksızın korumadan yararlanır.

Ayıba karşı tekeffül borcu, satılan malın lüzumlu vasıflarında tekeffül ve vaad edilen nitelikler sebebiyle tekeffül olarak ikiye ayrılır. Satım konusu malın ayıplı olup olmadığı, taraflar arasındaki sözleşmeye göre belirlenir. Buna göre, taraflar arasındaki sözleşmeye uygun olmayan her durum ayıp teşkil eder. Ancak üreticinin, içeriği satım sözleşmesine göre somutlaştırılabilecek ayıp olgusu için garanti verdiğini söylemek mümkün değildir[373].

---

372 Aynı yönde bkz. Yavuz, Ayıptan Sorumluluk, s. 65; Yavuz, garanti belgesi ile ayıp sorumluluğunun birbirinden farklı olması sebebiyle BK m.194 vd. hükümleri, garanti taahhüdüne uygulanmayacağını, ancak bu iki garanti çeşidi arasındaki sıkı bağlılık sebebiyle BK m.194 vd. hükümlerinin en azından kıyas yoluyla akdi garanti hükümlerine de uygulanabileceğini ifade etmektedir, bkz. s. 65; Arbek, ayıbın, hasarın tüketiciye intikalinden önce mevcut olması gerektiği kuralının en önemli istisnasının garanti belgesi ile satılan mallarda olduğunu, çünkü bu mallarda garanti süresinde ortaya çıkan ayıplardan dolayı sorumluluk taahhüdü yer aldığını ifade etmektedir, s. 186; Ancak garanti belgesi ile satılan mallarda, garanti süresindeki arızalardan sorumluluk, ayıba karşı tekeffül sorumluluğu değil, garanti taahhüdünden doğan sorumluluktur, bu sebeple burada herhangi bir istisnai durum yoktur.

373 Havutçu, Üreticinin Sorumluluğu, s. 40.

Türk Hukukundaki düzenleme açısından, garanti belgesi ile satılan mallarda hem 13. madde hem de 4. madde uygulanmaktayken, garanti belgesi ile satılmayan mallarda yalnızca 4. madde uygulama alanı bulmaktadır.

E. Süresi

TKHK m.13'e göre garanti süresi en az iki yıl veya ekteki listedeki ölçü birimi ile belirlenen değer kadardır. Garanti süresi iki yıldan daha uzun olabilir fakat daha kısa olamaz. Süre, malın tüketiciye teslimi tarihinden itibaren işlemeye başlar[374] (Yönetmelik m.6).

Malın azami onarım süresi 20 gündür (24.04.2001 tarih ve 27914 Sayılı Resmi Gazetede yayınlanan "Garanti Belgesi Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik" ile değişik Yönetmelik m.6/IV). Değişiklikten önce, onarım süresi en fazla 30 iş günü idi. Onarım süresinin kısaltılması tüketicinin lehine olmuştur.

Malın arızalanması durumunda, tamirde geçen süre garanti süresine eklenir (Yönetmelik m.6/III).

Onarım süresi, mala ilişkin arızanın servis istasyonuna, servis istasyonunun olmaması durumunda, malın satıcısı, bayii, acentesi, temsilciliği, ithalatçısı veya imalatçı- üreticisinden birine bildirim tarihinden itibaren başlar (Yönetmelik m.6/IV). Yapılan değişiklikle, tüketicinin arıza bildirimini telefon, faks, e-posta, iadeli taahhütlü mektup veya benzeri bir yolla yapmasının mümkün olduğu, ancak

---

374 Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 26.06.2010 tarih, E. 2010/280, K. 2010/9285 K. sayılı kararında (Kırmızı, s. 256 vd.), 15.12.2004 tarihinde satın alınan araçta, 03.08.2008 tarihinde ortaya çıkan arıza nedeniyle tüketicinin tercih hakkını onarım yönünde kullandığı bu sebeple Garanti Belgesi Uygulama Yönetmeliğinin 14. maddesindeki şartlar gerçekleşmeden, alıcının bedel iadesi isteyemeyeceği, yalnızca yapılan onarım sebebiyle ödediği onarım bedelini isteyebileceği kanaatine varmıştır. Ancak garanti süresinin malın teslimi tarihinden itibaren 2 yıl olduğu dikkate alındığında, "onarım bedelinin alıcıya iadesi"ne karar verilmesi, yerinde değildir. Yargıtayın bazı kararlarında, (HGK, 18.02.2004, E. 2004/4-29-83 (Kırmızı, s. 126); 13. HD, 05.04.2010, E. 2009/13454, K. 2010/4377 (Kırmızı, s. 143); ayıbın gizli ayıp niteliğinde olduğu ve ayıbın tüketiciden hile ile gizlediği hallerde de tüketicinin, ithalatçıya veya üreticiye TKHK hükümlerine dayanabileceğine karar verilmiştir. Ancak bu kararlarda varılan sonuç, ayıbın hile ile gizlenmesi sebebiyle TKHK m.4'teki hakların zamanaşımına tabi olmayacağıdır. Dolayısıyla garanti belgesinden doğan hakların tabi olduğu 2 yıllık sürenin, gizli ayıbın olduğu her durumda uzayacağı gibi bir sonuç çıkarılmamalıdır.

uyuşmazlık halinde ispat yükümlülüğünün tüketiciye ait olduğu düzenlemesi getirilmiştir.

Malın arızasının 10 gün içinde giderilememesi durumunda, imalatçı-üretici veya ithalatçı, onarım tamamlanıncaya kadar, benzer özelliklere sahip başka bir malı tüketicinin kullanımına tahsis etmek zorundadır. (Değişiklik Yönetmeliği ile değiştirilmiş Yönetmelik m. 6/V).

F. Garanti Belgesinin Tüketiciye Sağladığı Haklar

Yönetmeliğin 4/g maddesinde Garanti Belgesi: İmalatçı - üretici veya ithalatçıların, sattıkları, ürettikleri ve/veya ithal ettikleri mallar için düzenlenen ve malın garanti süresi içerisinde meydana gelebilecek arızalarının en az iki yıl süreyle veya özelliği nedeniyle belirlendiği ölçü birimi içerisinde, ücretsiz olarak yenisi ile değiştirilmesinin, tamirinin, bedel iadesinin veya bedel indiriminin taahhüt edildiğini ve satıcı ile tüketicinin yükümlülüklerini gösteren belge, olarak düzenlenmiştir.

Yönetmelikteki bu tanım dikkate alındığında, tüketicinin üretici garantisi çerçevesinde de, ayıptan doğan haklarla aynı haklara sahip olduğu gibi bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Ancak Yönetmelik ve TKHK m.13 birlikte değerlendirildiğinde; **üretici garantisi çerçevesinde tüketicinin sahip olduğu asli hakkın onarım hakkı olduğu; onarımın başarılı olmaması durumunda tüketicinin ayıba karşı tekeffülden doğan diğer haklarını kullanabileceği,** sonucu ortaya çıkmaktadır.

Bu hususun net bir şekilde ortaya konabilmesi için konuyla ilgili mevzuatın incelenmesi gerekir:

TKHK m.13'e göre "Satıcı; garanti belgesi kapsamındaki malların, garanti süresi içerisinde arızalanması halinde malı işçilik masrafı, değiştirilen parça bedeli ya da başka herhangi bir ad altında hiçbir ücret talep etmeksizin tamir ile yükümlüdür. - Tüketici onarım hakkını kullanmışsa, garanti süresi içerisinde sık arızalanması nedeniyle maldan yararlanamamanın süreklilik arz etmesi veya tamiri için gereken azami sürenin aşılması veya tamirinin mümkün bulunmadığının anlaşılması hallerinde, 4 üncü maddede yer alan diğer seçimlik haklarını kullanabilir. Satıcı bu

talebi reddedemez. Tüketicinin bu talebinin yerine getirilmemesi durumunda satıcı, bayi, acente, imalatçı-üretici ve ithalatçı müteselsilen sorumludur."(f.2-3)

Yönetmeliğin 1. maddesinde, "Bu Yönetmeliğin amacının; hangi malların garanti belgesi ile satılmak zorunda olduğunu, bunların azami tamir sürelerini…düzenlemek" olduğu belirtilmiştir.

Yönetmeliğin 6. maddesinde "Garanti ve Tamir Süresi"; 13. maddesinde "Ücretsiz Tamir Yükümlülüğü" düzenlenmiştir.

Yönetmeliğin 14. maddesinde "Diğer Yükümlülükler" başlığı altında; tüketicinin onarım hakkını kullanmasına rağmen malın; belli süreler içinde aynı arızanın tekrarlanması veya farklı arızaların meydana gelmesi; tamir için gereken azami sürenin aşılması; arızanın tamirinin mümkün olmaması durumlarında; tüketicinin malın ücretsiz değiştirilmesini, bedel iadesi veya ayıp oranında bedel indirimi talep edebileceği hükme bağlanmıştır. Yönetmelik m.14/son'a göre, tüketicinin onarım ve onarımın gerçekleşmemesi halinde ileri süreceği değiştirme, bedel indirimi ve bedel iadesin taleplerine karşı, satıcı, bayii, acente, imalatçı - üretici ve ithalatçı müteselsilen sorumludurlar.

Bu düzenlemelerden de anlaşıldığı üzere tüketicinin, garanti belgesi çerçevesinde sahip olduğu hak onarım hakkıdır. Üretici garantisinde garanti veren kişi, üretici veya ithalatçı olduğundan, tüketicinin garanti taleplerinin asıl muhatabı da üretici veya ithalatçıdır[375]. Her ne kadar TKHK m.13/II'de "Satıcı; garanti belgesi kapsamındaki malların, garanti süresi içerisinde arızalanması halinde malı işçilik masrafı, değiştirilen parça bedeli ya da başka herhangi bir ad altında hiçbir ücret

---

375 Onarım hakkının kullanılması ile giderilemeyen bir ayıpta alıcı, ithalatçı firma ve satıcıya karşı aracın yenisi ile değiştirilmesi, aksi halde satış bedelinin tahsilini talep etmiş, yerel mahkeme, davalılardan ithalatçı firmanın imalatçı ve satıcı sıfatı bulunmadığından, bu davalı hakkındaki davanın pasif husumet yokluğu sebebiyle reddine karar vermiştir. Yargıtay 14. Dairesi, "kural olarak ayıplı mal satışı ve hatalı üretim hukuksal nedenlerine dayalı olarak açılan davalarda, ayıp ve hatalı üretim hususlarının saptanması durumunda ithalatçının sorumluluğundan söz edilmez ise de, somut olayda ithalatçı firma da garanti belgesini imzalamakla sorumluluk altına girmiş bulunmaktadır." gerekçesiyle yerel mahkeme kararını bozmuştur, bkz. 19. HD, 28.9.2006, E. 2006/3358, K. 2006/8948 (www.kazanci.com.tr); Mevcut TKHK m.4 gereğince ithalatçı da tüketiciye karşı ayıplı maldan ve tüketicinin bu maddede yer alan seçimlik haklarından dolayı müteselsilen sorumlu olduğu için Yargıtayın gerekçesi yerinde olmamakla birlikte vardığı sonuç isabetlidir.

talep etmeksizin tamir ile yükümlüdür." hükmü yer almaktaysa da, satıcının satış sonrası hizmetlerin verilmesini sağlama yükümlülüğü, ancak üretici veya ithalatçının bulunamaması halinde, yani ikinci derecede mevcuttur[376]. TKHK m.15 ve Sanayi Mallarının Satış sonrası Hizmetleri Hakkında Yönetmelikte (m.5, m.14), servis istasyonlarının kurulması ve bu istasyonlar tarafından satış sonrası hizmetlerin verilmesini sağlama yükümlülüğünün üretici ve ithalatçılar için getirilmesi de bu görüşü destekler niteliktedir.

Esasen teknolojik hayattaki gelişmeler dikkate alındığında fiili olarak da bir satıcıdan, sattığı elektronik ürünü tamir edebilmesi beklenemez. Bu noktada garanti belgesi ile satılan bir mal varsa ve tüketici onarım talebinde bulunmuşsa, bu onarım garanti hükümleri çerçevesinde gerçekleşmektedir. Satıcının, garanti belgesi çerçevesinde sağlanan onarım hakkından ikinci derecede sorumlu olması, tüketicinin aleyhine bir durum teşkil etmez. Çünkü servis istasyonlarının olmadığı yerlerde, satıcının onarım yükümlülüğü devreye girmektedir. Yönetmelik m.6/IV'e göre "Malın tamir süresi en fazla 30 iş günüdür. Bu süre mala ilişkin arızanın servis istasyonuna, servis istasyonunun olmaması durumunda, malın satıcısı, bayii, acentesi, temsilciliği, ithalatçısı veya imalatçısı - üreticisinden birine bildirim tarihinden itibaren başlar.

Garanti Belgesine ilişkin yönetmelik hükümleri her ne kadar yalnızca onarım hakkı dikkate alınarak düzenlenmiş olsa da, değiştirme hakkının da, niteliği gereği üreticiden veya imalatçıdan istenmesinin mümkün olduğu dikkate alındığında, tüketicinin garanti ilişkisi kapsamında değiştirme hakkını da kullanabileceğini kabul etmek gerekir.

G. Garanti Belgesi ile Sağlanan Koruma ile Ayıba Karşı Tekeffül Sorumluluğunun İlişkisi

1. Genel Olarak

Avrupa Birliği Komisyonu tarafından hazırlana 15.11.1993 tarihli "Tüketim Malları Garantilerine ve Müşteri Hizmetlerine İlişkin Yeşil Kitap"ta (Grünbuch der

376 Bkz. Havutçu, Üreticinin Sorumluluğu, s. 44; bkz. ve karş. Zevkliler ve Aydoğdu, s. 342.

Kommission vom 15. November 1993 über Verbrauchsgütergarantien und Kundendienst) tüketicilerin etkin olarak korunmasını sağlamak için, ayıba karşı tekeffül hükümleri ile garanti belgelerine ilişkin hükümlerin "birlik ilkesi" esas alınarak, birbirleriyle bağlantılı şekilde uygulanması gerektiğini ileri sürmüştür. Komisyon raporuna göre, uygulamada bu birliğin gerçekleşebilmesi için, bu hükümlerin birbirlerini tamamlayan bütün bir yapıda olmaları ve birbirlerini desteklemeleri gerekir. Bütünlük oluşturma ilkesinden anlaşılması gereken, ayıba karşı tekeffül hükümlerinin ve garanti hükümlerinin aynı zamanda ve birbirleriyle eşit şekilde uygulanmasıdır. Destekleme ilkesi ise, alıcının garantiden doğan haklarından memnun kalmaması halinde, ayıba karşı tekeffül hükümlerinin uygulanmasına imkan tanınmasıdır[377].

Avrupa Birliği Komisyonunun ileri sürdüğü bu görüşler, 1999/44 sayılı Yönergede ve bu yönergeyi esas alarak iç hukuklarını düzenleyen AB ülkelerinin hukuklarında yasalaşmıştır.

BGB §443 Abs.1'e göre "Satıcı veya bir üçüncü kişi, malın niteliğine ilişkin olarak veya malın belirli bir süre belirli bir niteliği muhafaza edeceğine dair (dayanıklılık garantisi) bir garanti üstlenmişse, alıcı, kanuni taleplerine halel gelmeksizin, garanti açıklamasında ve ilgili reklamlarda bildirilen şartlar çerçevesinde, garantiyi veren kişiye karşı garantiden doğan haklara sahiptir.

Garantiden doğan haklar, BGB §443'ün lafzına göre, yasal taleplere halel getirmez[378]. Yani garantiden doğan haklar, BGB §437'deki ayıptan doğan hakların yanında mevcut olabilir. Ancak bu durumun açıklanması gerekir. **Yan yana durduğu söylenen bu haklar, BGB §437 Nr.2 ve 3'teki dönme hakkı ve zararın**

---

377 Arbek, s. 117'den naklen.

378 Doktrinde, bu hükümde geçen "yasal taleplerine halel gelmeksizin" ifadesi, yorum sorunlarına yol açtığı için eleştirilmektedir; metne tam olarak bağlı kalındığında dönme ve bedel indirimi hakkı, talep niteliğinde olmadığı, yenilik doğuran hak olduğu için, sonraki ifa talebi de kanundan değil sözleşmeden doğduğu için bu hükmün kapsamına girmeyecek, bu durumda yalnızca zararın tazmini ve kullanma tazminatı hükmün kapsamında değerlendirilecektir. Ancak bu ifade, Borçlar Hukuku Modernleştirme kanununun hükümet tasarısı gerekçesinde 443/II'ye ilişkin açıklamalar, 443-444'ün sistematik yorumu ve tüketim malları yönergesinin amacı dikkate alındığında "alıcının ayıptan doğan haklarına halel gelmeksizin" şeklinde anlaşılmalıdır, bkz. Horst Hammen**,** "Zum Verhaeltnis der Garantie zu den Maengelrechten aus 437 BGB", NJW, 2003, Heft 36, s. 2589 vd.

tazmini talebinin yan yana olmasından farklıdır. Çünkü dönme hakkı ve zararın tazmini talebi aynı vakıadan (malın ayıplı olması vakıası) ortaya çıkmaktadır. Bu sebeple bu iki hak kural olarak ya aynı zamanda ortaya çıkmıştır ya da çıkmamıştır. Garanti ise, malın ayıplı olması vakıasından ortaya çıkmış bir talep değildir. Dolayısıyla garantiden doğan talep ile söz konusu haklar arasında bu tür bir ilişki yoktur. Bu da alıcının satıcıya karşı, örneğin belirli bir nitelik kararlaştırılmadığı için, satılan malın devir anında objektif olarak ayıpsız olması sebebiyle BGB §437 kapsamında ayıptan doğan herhangi bir hakka sahip değilken, üreticiye karşı dayanıklılık garantisinden doğan haklara sahip olması anlamına gelir[379].

Garanti sorumluluğu, BGB §437'deki ayıp sorumluluğundan bağımsızdır. BGB §443'teki "yasal taleplere halel gelmeksizin" ifadesinden anlaşılması gereken şudur: Garanti sorumluluğu, BGB §434 vd.ndaki olgulara bağlı değildir. Bunun yanı sıra BGB §434 vd.ndaki olgu, garanti sorumluluğunun mevcut olmasından veya olmamasından bağımsız olarak etki göstermektedir, dolayısıyla garanti sorumluluğu, BGB §437'deki ayıp haklarını engellememektedir. Bu durum özellikle, satıcının değil de, üreticinin bir garanti üstlenmiş olması halinde önem taşır, çünkü böyle bir durumda satıcı alıcının ayıptan doğan haklarını, üretici garantisine atıf yaparak reddedemez[380].

2. Türk Hukukunda Garanti Belgesinden Doğan Onarım Hakkı ile Ayıptan Doğan Hakların İlişkisi

a. 4822 Sayılı Kanundan Önceki Durum

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun, 4822 sayılı Kanunla değiştirilmeden önceki 13. maddesinde, tüketicinin, "Garanti süresi içerisinde sık sık arızalanması sonucu maldan yararlanamamanın süreklilik arzetmesi veya tamiri için gereken azami sürenin aşılması hallerinde" malın ücretsiz olarak yenisi ile değiştirilmesini talep edebileceği şeklinde bir düzenleme yer almaktaydı. TKHK 4. maddesinde tüketicinin ayıp sebebiyle sahip olduğu hakları kullanması konusunda, Borçlar Kanunundaki genel düzenlemeler dışında herhangi bir sınırlama olmamasına

379 Hammen, ss. 2588-2589.

380 Hammen, s. 2589.

rağmen 13. maddedeki bu düzenlemeden hareketle Yargıtay, garanti belgesi ile satılması zorunlu olan mallarda ücretsiz değiştirme hakkının doğrudan kullanılıp kullanılamayacağı konusunda birbirinden farklı kararlar vermişti:

Yargıtayın bazı kararları[381], TKHK m.4/II'de bir sınırlama olmadığına göre, tüketicinin -BK 203'teki sınırlamalara uymak kaydıyla- doğrudan ücretsiz değiştirme hakkını kullanabileceği, satıcının da tercih edilen bu talebi yerine getirmekle yükümlü olduğu, ancak tüketici ilk önce ücretsiz onarım hakkını kullanmışsa, ancak 13. maddedeki şartların gerçekleşmesi halinde ücretsiz değiştirme hakkına yönelebileceği yönünde idi.

Yargıtay diğer bazı kararlarında ise[382], "çoğun içinde az da vardır", kuralı gereğince tüketici değiştirme hakkını kullanmış olsa bile, ücretsiz onarıma karar verilmesi gerektiği şeklinde karar vermişti. Yargıtayın bu kararlarında, Kanunun 4. maddesinde tüketicinin haklarını doğrudan kullanabileceği vurgulanmış olsa bile bu hükmün garanti belgesiyle satılmak zorunda olmayan mallar ve hizmetler için geçerli olduğu, garanti belgeli mal ve hizmetler için Kanunun 13. maddesindeki şartların gerçekleşmesi gerekeceğinden, tüketici bu mallarda doğrudan ücretsiz değiştirme hakkını kullanamayıp, diğer haklarından birini kullanabileceği şeklindeki görüş etkili olmuştur. Bu görüşe göre, tüketici ücretsiz değiştirme hakkını ancak, ücretsiz onarım hakkını seçmiş ve 13. maddedeki şartlar da gerçekleşmiş ise, ek olanak olarak sonradan kullanabilirdi.

b. 4822 Sayılı Kanundan Sonraki Durum

aa. Ayıptan Doğan Hakların Doğrudan Kullanılması

4822 sayılı Kanun ile TKHK m.13'teki ifade düzeltilmiş ve böylece uygulamada yaşanan tereddütler giderilmiştir. 4822 sayılı Kanun ile değişik TKHK m.13/III'e göre "Tüketici onarım hakkını kullanmışsa, garanti süresi içerisinde sık arızalanması nedeniyle maldan yararlanamamanın süreklilik arz etmesi veya tamiri için gereken azami sürenin aşılması veya tamirinin mümkün bulunmadığının

---

381 13. HD, 9.10.2000, E. 7535, K. 8117 (Zevkliler ve Aydoğdu, Karar no.40).

382 13. HD, 8.3.1999, E. 528, K. 1657 (YKD 2000/1, C.XXVI, ss. 62-64).

anlaşılması hallerinde, 4 üncü maddede yer alan diğer seçimlik haklarını kullanabilir…".

Buna göre, garanti belgesi ile satılan mallarda da tüketicinin yalnızca Borçlar Kanunundaki sınırlamalara tabi olarak, ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını doğrudan kullanabileceği konusunda bir tereddüt kalmamıştır. Ancak tüketici öncelikle onarım hakkını kullanmışsa, daha sonra diğer seçimlik haklarını kullanabilmesi için Yönetmelikteki şartların gerçekleşmesi gerekir.

bb. Ücretsiz Onarım Hakkı Kullanıldıktan Sonra Diğer Hakların Kullanılmasının Koşulları

Tüketicinin, ücretsiz onarım hakkını kullandıktan sonra, ayıptan doğan diğer haklarını ileri sürülebilmesi, TKHK m.13 ve yönetmelik m.14'te düzenlenen şartların gerçekleşmesine bağlıdır. Buna göre, "Tüketici onarım hakkını kullanmışsa, garanti süresi içerisinde sık arızalanması nedeniyle maldan yararlanamamanın süreklilik arz etmesi veya tamiri için gereken azami sürenin aşılması veya tamirinin mümkün bulunmadığının anlaşılması hallerinde, 4 üncü maddede yer alan diğer seçimlik haklarını kullanabilir…" (TKHK m.13/III).

Maldan yararlanamamanın süreklilik arzetmesi Garanti Belgesi Yönetmeliği m. 14/a'nın yeni düzenlemesinde şu şekilde somutlaştırılmıştır: "Tüketiciye teslim edildiği tarihten itibaren, garanti süresi içinde kalmak kaydıyla, **bir yıl içerisinde en az dört defa** veya imalatçı-üretici ve/veya ithalatçı tarafından belirlenen garanti süresi içerisinde **altı defa** arızalanmasının yanı sıra, bu arızaların maldan yararlanamamayı sürekli kılması"

Değişiklikten önce ise m.14/a: "a) Tüketiciye teslim edildiği tarihten itibaren, belirlenen garanti süresi içinde kalmak kaydıyla, bir yıl içerisinde; aynı arızanın ikiden fazla tekrarlanması veya farklı arızaların dörtten fazla meydana gelmesi veya belirlenen garanti süresi içerisinde farklı arızaların toplamının altından fazla olması unsurlarının yanı sıra, bu arızaların maldan yararlanmamayı sürekli kılması" şeklinde idi.

Yönetmeliğin önceki hali bile, hem TKHK'a aykırı olduğu hem de tüketici aleyhine olduğu gerekçesiyle eleştirilmekteyken[383], yeni düzenleme ile tüketicinin daha da aleyhine bir durum yaratılmıştır:

Yönetmelikte yer alan 1 yıllık süre, yönetmeliğin önceki halinde de eleştirilmekteydi. 4822 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten önce garanti süresi 1 yıldı. Bu sebeple maldan yararlanamamanın süreklilik arzetmesi olgusu 1 yıllık garanti süresine paralel olarak, bu süre içinde arızaların gerçekleşme sayısı esas alınarak belirlenmişti. Ancak 4822 sayılı Kanun ile asgari garanti süresi 2 yıla çıkarılmıştır. Dolayısıyla Yönetmelik m. 14/a'daki 1 yıllık sürenin de 2 yıla çıkarılması gerekirken bu yapılmamıştı. Doktrinde buradaki sürenin 1 yıl olarak değil 2 yıl olarak anlaşılması gerektiği ileri sürülmekteydi[384]. Yapılan değişiklikle bu hususun düzeltilmesi yerinde olurdu, ancak buradaki süreye ilişkin herhangi bir değişiklik yapılmamıştır.

Yapılan yenilikle, aynı arıza ve farklı arıza ayrımları kaldırılmış; bir yıl içinde en az dört defa, iki yıl içinde en az altı defa arızalanma koşulu getirilmiştir. Önceki düzenlemede, bir yıl içinde aynı arızadan üç defa farklı arızadan beş defa meydana gelmesi aranmaktaydı. Bu durumda, aynı arızanın meydana gelmesi durumunda, önceki düzenlemede üç yeterliyken şimdi bu sayı dörde çıkarılmıştır. Tüketici lehine olan durum, farklı arızaların meydana gelmesi durumundaki beş arıza sayısının dörde indirilmiştir olmasıdır. Ancak uygulamada tüketiciler daha çok, aynı arızanın ortaya çıkması durumu ile karşılaşmaktadırlar. Dolayısıyla yapılan değişiklikle, tüketicinin en çok karşılaştığı soruna ilişkin olarak, tüketicinin aleyhine bir düzenleme getirilmiştir.

Kanunda tüketiciye dört seçimlik hak tanınmış olmakla birlikte, onarım hakkı kullanılmaksızın bu hakların doğrudan kullanılması her zaman mümkün olmayabilir. Örneğin otomobillerde, aracın arızalanması üzerine, garantinin sağladığı hakların da

---

383 Yönetmeliğin önceki halinde yer alan "belirlenen garanti süresi içerisinde farklı arızaların toplamının altıdan fazla olması" koşulu daha önceki tebliğlerde yer almamaktaydı. Bu sebeple yapılan düzenleme tüketicinin aleyhine olmuştur; Kanunda 1 yıl gibi bir süre öngörülmemişken Yönetmelikte bu sürenin öngörülmesi ise kanuna aykırılık teşkil etmektedir, bkz. Zevkliler ve Aydoğdu, ss. 346-347.

384 Zevkliler ve Aydoğdu, s. 347.

kaybedilmemesi amacıyla, araç yetkili servise götürülmektedir. Yetkili servis de araçtaki bozukluğu gidermektedir. Bu durumda tüketici, araçtaki bozukluğun ne derece önemli nitelikte olduğunu belirleyecek bilgiye sahip değildir ve yetkili servisin onarımı gerçekleştirmesi ile onarım hakkını kullanmış olmaktadır[385]. Bu durumda, tüketicinin diğer seçimlik haklarını kullanabilmesi için, Yönetmeliğin 14/a maddesine göre **"bir yıl içerisinde; aynı arızanın ikiden fazla tekrarlanması veya farklı arızaların dörtten fazla meydana gelmesi veya belirlenen garanti süresi içerisinde farklı arızaların toplamının altından fazla olması unsurlarının yanı sıra, bu arızaların maldan yararlanmamayı sürekli kılması"** şartlarından birinin gerçekleşmesi gerekecektir. Bu durum ise, tüketicilerin etkin bir biçimde korunmasına engel teşkil etmektedir.

Yönetmelikte, tüketicinin diğer haklarını kullanabilmesi için bir yıl içinde dörtten fazla arızanın meydana gelmesi koşulunun aranması bazı durumlarda hakkaniyete aykırı sonuçlara sebep olabilir. Örneğin, alınan malda ortaya çıkan ilk arıza, çok basit olduğu için tüketici onarım hakkını kullanmıştır. Ancak bu arıza giderildikten bir süre sonra, malda çok önemli bir arızanın ortaya çıkması durumunda artık TKHK m.13 ve Yönetmelik m.14/I, a, kapsamında artık arıza sayısının dörtten fazla olması koşulu aranmamalıdır. Çünkü aksi bir durum, MK.m.2'ye aykırılık teşkil eder.

Sık arızalanma koşulundan bağımsız olarak, malın onarımı için gereken azami sürenin aşılması da tüketicinin ücretsiz onarım hakkından sonra diğer seçimlik haklarını kullanmasına imkan sağlar. Mal, bir kere arızalanmış olsa bile, onarım için gerekli azami sürenin aşılması halinde, tüketici diğer seçimlik haklarını kullanabilir.

---

385 "Davacı, davalıdan 22.02.2009 tarihinde notebook bilgisayar satın aldığını, 26.02.2009 tarihinde touch pad sağ tuşunun çalışmadığını fark ederek cihazın değişimi isteğiyle satın aldığı mağazaya başvurduğunu, tamir için servise gönderildiğini, 10.03.2009 tarihinde aynı kusurun tekrar ettiğini, ancak bir hafta kullanabildiğini ileri sürerek, ödemiş olduğu satış bedelinin dava tarihinden itibaren faizi ile birlikte tahsilini talep etmiştir……Her ne kadar davacı ilk arızadan sonra değişim talebiyle davalıya başvurmuş ise de, davacının tamirden sonra bilgisayarı teslim alarak bir süre kullandığından onarım hakkını kullandığının kabulü gerekir. Bu durumda 4077 sayılı yasanın 4. maddesinde belirtilen diğer seçimlik hakların kullanılabilmesi için aynı yasanın 13/3 maddesi ve Garanti Belgesi Uygulama Yönetmeliğinin 14. maddesinde düzenlenen koşulların gerçekleşmesi gerekir. Somut olayda anılan koşullar da gerçekleşmemiştir. Öyle olunca mahkemece davanın reddine karar verilmesi gerekirken…", bkz. 13. HD, 03.06.2010, E. 2010/323, K. 2010/7576 (Kırmızı, ss. 258-259).

Onarım süresi en fazla 30 iş günüdür. Bu süre mala ilişkin arızanın servis istasyonuna, servis istasyonunun olmaması durumunda, malın satıcısı, bayii, acentesi, temsilciliği, ithalatçısı veya imalatçısı - üreticisinden birine bildirim tarihinden itibaren başlar (Yön.m.6/IV).

Tüketicinin diğer haklarını kullanabileceği bir diğer durum, malın onarımının mümkün olmadığının belirlenmiş olmasıdır. Yönetmeliğin 14/c maddesine göre "Firmanın servis istasyonunun, servis istasyonunun mevcut olmaması halinde sırasıyla satıcısı, bayii, acentesi, temsilciliği, ithalatçısı veya imalatçı-üreticisinden birisinin düzenleyeceği raporla arızanın tamirinin mümkün bulunmadığının belirlenmesi durumlarında, tüketici malın ücretsiz değiştirilmesini, bedel iadesi veya ayıp oranında bedel indirimi talep edebilir." Onarımın mümkün olmadığını belirleme yetkisi, Yönetmelikle servis istasyonuna, bunun mevcut olmaması halinde satıcı, bayii, acente, temsilcilik, ithalatçı veya imalatçı-üreticisine verilmiştir, ancak bu düzenleme tüketicinin aleyhinedir. Zira diğer hakların kullanılmasını istemeyen muhataplar, raporu tüketicinin zararına düzenleme eğiliminde olacaklardır. Tüketiciye, düzenlenen rapora karşı itiraz etme hakkı tanınması da bu sonucu fazla etkilemez. Çünkü tüketiciler, bilgisizlikleri veya olumsuz bir tavırla karşılaşma konusundaki çekingenlikleri sebebiyle çoğu zaman itiraz yoluna başvurmayacaklardır. Bunun yanı sıra hazırlanan raporun büyük olasılıkla taraflı olacağı göz önüne alındığında, öncelikle yapılması gereken raporun tarafsız bir biçimde hazırlanmasının sağlanmasıdır.

Satıcı, tüketicinin diğer seçimlik haklarından birini kullanmasına ilişkin talebini reddedemez. Tüketicinin bu talebinin yerine getirilmemesi durumunda satıcı, bayi, acente, imalatçı-üretici ve ithalatçı müteselsilen sorumludur (TKHK m.13/IV, Yön.m.14/III).

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

SÖZLEŞMEDEN DÖNME HAKKI

§6. SÖZLEŞMEDEN DÖNME KAVRAMI, DÖNME HAKKININ AMACI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

I. SÖZLEŞMEDEN DÖNME KAVRAMI

Doktrinde hakim olan ve bizim de katıldığımız görüşe göre sözleşmeden dönme hakkı, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, ifa edilmemiş edim yükümlülüklerini sona erdiren, daha önce ifa edilmiş edimlerin iadesi borcunu doğuran, varması gerekli, şekle bağlı olmayan bir yenilik doğuran hak niteliğindedir[386].

Roma Hukukunda taraflardan birinin sözleşmeyi tek taraflı irade bildirimi ile sona erdirmesi kural olarak kabul edilmemişti. Yalnızca ayıplı mal satın alan alıcının, satıcıya yönelteceği bir dava ile ayıplı malı iade ederek satış bedelini geri istemesi kabul edilmişti. Actio redhibitoria denen bu dava, bugünkü dönme-fesih haklarının atasıdır[387].

Dönme ile feshin, birbirinden ayrı hukuki kavramlar olduğu, hukuk tarihinin geç zamanlarında, ani edimli ve süreli borç ilişkisi ayrımının fark edilmesine bağlı olarak belirlenmiştir. Ani edimli sözleşmelerin sonradan ortadan kalkması halinde, tarafların amacı ifa öncesindeki duruma geri dönmektir. Oysa sürekli borç ilişkilerinde ifa öncesindeki duruma geri dönmek gereksizdir. Çünkü sözleşmenin sona erdiği ana kadar, alacaklının sözleşmeden beklediği ifa menfaati gerçekleşmiştir, bu sebeple bu zaman dilimi için alacaklının durumdan şikayet etmesi anlamsızdır, üstelik sürekli bir ilişkide vaktiyle ifa edilmiş edimlerin iadesini istemek, boş yere zorluk çıkaracaktır. Bu durumun anlaşılması ile sürekli borç ilişkilerinde, bozucu yenilik doğuran beyanın ancak ulaştığı andan sonrası için etkili

---

386 Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, s. 964; Vedat Buz, **Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme**, Ankara 1998, (Dönme), s. 65; Serozan, Dönme, s. 45 vd.

387 Serozan, Dönme, s. 40 vd.; Öz, Dönme, ss. 25-26.

olması, bu ana kadar ifa edilen edimlere dokunulmaması kabul edilmiştir. İşte sürekli borç ilişkilerini, sözleşmenin ifa edilmiş kısmı geçerli kalmak üzere, ileriye etkili (ex nunc) olarak sona erdiren bu hukuki işleme fesih (Kündigung) denir[388].

Dönme ise, ani edimli borç ilişkilerinde sözleşmeyi sona erdiren tek taraflı hukuki işlemdir. Dönmenin amacı, fesihten farklı olarak, sözleşme öncesi durumu sağlamaktır.

İsviçre-Türk Hukukunda dönme hakkının dava yoluyla kullanılması zorunlu değildir. Hakim görüş çerçevesinde dönme beyanı, satıcıya vardığı anda hüküm ve sonuçlarını doğurur[389]. Bu sebeple mevcut Kanunda alıcının seçimlik haklarından biri olarak satımın feshinin dava edilebileceğinin düzenlenmesi isabetli olmamıştır. 6098 sayılı Kanun ile bu ifade değiştirilmiş ve sözleşmeden dönme hakkının alıcının seçimlik haklarından biri olduğu ifade edilmiştir.

Sözleşmeden dönme hakkının kullanılması, herhangi bir geçerlilik şekline bağlı değildir.

II. SÖZLEŞMEDEN DÖNME HAKKININ AMACI

Sözleşmeden dönmenin ilk ve temel amacı, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde karşılıklı edimler arasındaki fonksiyonel bağı ve dengeyi yeniden kurmaktır. İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde taraflar, elde etmek istedikleri hukuki sonuç için karşılıklı olarak borç altına girerler. Normal olanı, sözleşmenin ifa ile sona ermesidir. Olayların büyük çoğunluğunda da sözleşmeler ifa ile sona erer. Ancak bazı hallerde sözleşme hiç veya gereği gibi ifa edilmez. Bu halde, edim ve karşı edim arasında sözleşmenin kurulduğu anda mevcut olan denge bozulur. İşte

---

388 Öz, Dönme, s. 26; Neuenschwander, s. 95; Larenz, OR AT, s. 30 vd, ss. 415-416; Josef Eser ve Eike Schmidt, **Schuldrecht Band I, Allgemeiner Teil, Teilband 1**, Heidelberg 1995, I/1, (I/1), s. 318 vd., Oğuzman ve Öz, s. 508 vd.; Özer Seliçi, **Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi**, İstanbul, 1977, (Sürekli Borç İlişkileri), s. 115 vd.; Eduard Honegger, **Über das Rücktrittsrecht bei gegenseitigen Vertraegen nach dem schweizerischen Obligationenrecht**, Zürich 1926, s. 27; Feshin haklı olup olmamasına göre ortaya çıkacak hukuki sonuçlar açısından bkz. Şeref Ertaş, "Bir Sözleşmenin Haklı ve Haksız Feshinin Hukuki Sonuçları", Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan, Ankara 2008, s. 391 vd.

389 Yavuz, Borçlar Özel, s. 131.

dönme hakkı da, bozulan bu dengenin yeniden sağlanması için kanunun alacaklıya tanıdığı haklardan biridir[390].

Sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi sebebiyle alacaklıya tanınan hakların tümünün amacı bozulan dengenin yeniden sağlanması olmakla birlikte, edimin ifa edilmesinde bir yararı kalmamış alacaklıya veya borçluya olan güveni sarsılmış olan alacaklıya edimin ifasını talep hakkı tanımak edimler arasındaki dengenin yeniden kurulmasına hizmet etmez.

Sözleşmeden dönme kurumunun amacı, sözleşmenin kurulmasından önceki hukuki durumun (statüs quo ante) yeniden sağlanmasıdır. Bu amaçla, dönme hakkının kullanılması ile taraflar henüz ifa etmedikleri edimleri ifa etme borcundan kurtulmakta, ifa ettikleri edimleri de iade etmekle yükümlü olmaktadırlar[391]. Bununla birlikte sözleşmeden dönme ile sözleşmenin kurulmasından önceki hukuki durumun yeniden eksiksiz bir biçimde oluşturulması çoğu zaman mümkün olmaz.

Bu eksikliği tamamlamak isteyen Kanunkoyucu, sözleşmeden dönen tarafa zararının tazminini talep etme imkanı tanımıştır. Borçlu temerrüdü halinde, alacaklı sözleşmeden dönme hakkı ile birlikte menfi zararının tazminini talep etme hakkına sahiptir[392] (BK m.108/II). Ayıplı ifa halinde sözleşmeden dönme durumunda ise alıcı BK m.205/II ve III kapsamında doğrudan zararlarını ve diğer zararlarını talep edebilir[393]. Bunun yanı sıra, uluslararası hukukta ve buna bağlı olarak ulusal hukuklarda son yıllarda artan eğilim, dönme ile birlikte müspet zararın da istenebilmesi gerektiği yönündedir.

---

390 Serozan, Dönme, s. 41; Buz, Dönme, ss. 65-66.

391 Serozan, Dönme, s. 44; Buz, ss. 65-66; Stephan Hartmann, **die Rückabwicklung von Schuldvertraegen**, Basel-Genf 2005, s. 126, No.299; Felix R. Ehrat, Der Rücktritt vom Vertrag nach Art. 107 Abs.2 OR in Verbindung mit Art. 109 OR., Zürich 1990, s. 28; Franz Schenker, **Die voraussetzungen Und Die Folgen Des Schuldnerverzugs Im Schweizerischen Obligationenrech**t, Freiburg 1988, (Schuldnerverzug), No. 692 vd.; Gauch, Werkvertrag, s. 273, No. 684; Peter Gauch, **Wirkung des Rücktritts und Verjahrung des Rückforderungsanspruchs bei Schuldnerverzug** (Anerkennung der Umwandlungstheorie), Recht 1989/4, ss. 122-128. (Umwandlungstheorie), s. 124; Tunçomağ, C.II, s. 169; C.I, s. 951.

392 Buz, Dönme, s. 79.

393 Ayıptan sorumluluk veya zapttan sorumluluk gibi bazı hukuki sorumluluk sebeplerinde, alacaklının sözleşmeden dönme hakkı ile birlikte müspet zararının tazminini de talep edebildiğine ilişkin olarak bkz. Serozan, Borçlar Genel, §16, No. 14.

III. SÖZLEŞMEDEN DÖNME HAKKININ HUKUKİ NİTELİĞİ

A. Kavram

Reformdan önceki Alman Hukukunda ve Alman Hukukundaki gelişmelerden etkilenen İsviçre Hukukunda, dönme hakkının sebep olduğu ifa ihlaline göre, kullanılan terminolojide farklılık mevcuttu.

İsviçre Hukukunda ve Reformdan önceki Alman Hukukunda, borçlu temerrüdü sebebiyle sözleşmeden dönme "Rücktritt" kavramıyla ifade edilmekteyken, ayıplı ifa durumunda sözleşmeden dönme "Wandelung" kavramıyla ifade edilmekteydi.

Doktrinde bu iki kavramın, hukuki nitelik açısından da birbirinden farklı olduğu kabul edilmekteydi. Bunun sebebi, önceki BGB §465'deki düzenleme idi. Bu düzenlemede alıcının dönme veya bedel indirimi seçimlik haklarından birini kullanması durumunda, dönme ve indirimin, ancak satıcının bu teklifi kabul etmesi ile gerçekleşebileceği hükme bağlanmıştı. Bu anlamda, ayıplı ifa durumunda sözleşmeden dönme hakkının hukuki niteliğini açıklamak üzere sözleşme teorisi, değiştirilmiş sözleşme teorisi ve doğrudan dava teorisi ileri sürülmüştü[394].

B. Dönme Hakkının Hukuki Niteliğine İlişkin Teoriler

Önceki Alman Medeni Kanununun 465. maddesine göre, alıcı dönme veya bedel indirimi seçimlik haklarından birini kullanmışsa, dönme ve indirim, ancak satıcının bu teklifi kabul etmesi ile gerçekleşebilmekteydi. Bu maddeden hareketle dönme ve bedel indirimi hakkının hukuki niteliği konusunda, sözleşme teorisi[395],

---

394 Dagmar Kaiser, **Die Rückabwicklung gegenseitiger Vertraege wegen Nicht- und Schlechterfüllung nach BGB**, Mannheim 1999, s. 7 vd.

395 Sözleşme teorisi, önceki BGB §465. maddesinden hareketle savunulan bir teoridir. Önceki BGB §465'e göre, alıcı dönme veya bedel indirimi seçimlik haklarından birini kullanmışsa, dönme ve indirim, ancak satıcının bu teklifi kabul etmesi ile gerçekleşebilir. Sözleşme teorisi de bu hükme dayanarak, alıcının **dönme** veya **indirim** hakkına ilişkin seçim hakkını kullanmasının tek taraflı olarak sonuç doğurmayacağını, bu haklardan birinin kullanılmasının, satıcıya yöneltilen bir icap niteliğinde olduğunu savunmaktadır. Bu durumda seçimlik hakkın kullanılabilmesi için, tarafların bu konuda anlaşmaları, yani taraflar arasında seçimlik hakkın kullanılmasına ilişkin bir sözleşme meydana gelmesi gerekir. Satıcının bu tür bir sözleşme yapmaktan kaçınması halinde, alıcı mahkemeye başvurarak satıcının kaçındığı beyanda bulunmaya mahkum edilmesini talep

değiştirilmiş sözleşme teorisi[396] ve doğrudan dava (kurma) teorisi[397] ortaya atılmıştır. Bu teoriler çerçevesinde dönüştürme hakkı, yenilik doğuran hak niteliğinde kabul edilmemekteydi. Borçlu temerrüdünde sözleşmeden dönme hakkı ile ayıplı ifa durumundaki dönme hakkı arasındaki en temel fark buydu. Ancak Alman hukukunda yapılan reformla birlikte ayıplı ifada sözleşmeden dönme hakkı da "Rücktritt" kavramıyla ifade edilmiş[398], dolayısıyla her iki durum için de geçerli ve yenilik doğuran hak niteliğini haiz tek bir dönme hakkı düzenlenmiştir[399].

---

edecektir. Mahkeme kararı ile satıcı, kaçındığı kabul beyanında bulunmaya mahkum edilir ve seçimlik hakkın kullanılmasına ilişkin sözleşmenin kurulmasını sağlanır. Ancak mahkemenin verdiği yenilik doğurucu kararın etkisi yalnızca, dönme ve indirim haklarının kullanılması ile sınırlı olup, daha önce ifa edilmiş edimlerin iadesini de sağlamaz. Daha önce ifa edilmiş edimlerin iadesi için alıcının ayrıca bir dava açması gerekir, bkz. Oser ve Schönenberger, Art. 205, No.5-6; Bu görüşün açıklanması için bkz. Gümüş, s. 166; Yavuz, Ayıptan Sorumluluk, s. 136; Buz, YDH, ss. 175-176.

396 Değiştirilmiş sözleşme teorisine göre alıcı ve satıcı, seçim hakkının kullanılması konusunda anlaşmışlarsa sözleşme teorisi uygulanacaktır. Ancak alıcı satıcının muvafakatini sağlayamamışsa, alıcı mahkemeye başvuracak ve mahkemece yenilik doğurucu bir karar verilecektir. Bu görüşe göre, hakimin vereceği karar, yalnızca seçimlik hakkın kullanılmasını sağlayan sözleşmenin kurulmasına yönelik olmayıp, tasfiye sonucuna bağlı iade talebinin de ifasına yönelik olacaktır. Bu görüşün kabulü halinde, alıcı sözleşme teorisinde olduğu gibi öncelikle sözleşmenin kurulması ardından da ifası için iki ayrı dava açmak zorunda kalmayacaktır, bkz. Kaiser, s. 476; Giger, Art. 205, No. 12, s. 506; Larenz, OR BT, ss. 55-56; Gümüş, s. 167; Keller ve Siehr, s. 88; Aral, Borçlar Özel, s. 132; Yavuz, Ayıptan Sorumluluk, ss. 137-138; Buz, YDH, s. 176; Bu yönde bkz. Guhl ve Koller, §42, N.39.

397 Doğrudan dava (kurma) teorisi olarak anılan görüşe göre, Önceki BGB §465 hükmü, yalnızca alıcının sözleşmeden dönme veya bedel indirimini seçmesi durumunda, satıcının seçilen yola muvafakat etmesiyle birlikte alıcının seçim hakkını kaybedeceği şeklinde anlaşılmalıdır. Yoksa alıcının bu hakları kullanabilmesi satıcının muvafakatine bağlı olmadığı gibi hakimin yenilik doğuran kararına da bağlı değildir. Bu teoriye göre alıcı, tek taraflı irade beyanı ile seçim hakkını kullanabilir. Satıcı, kullanılan seçim hakkının kendisine yüklediği yükümlülükleri yerine getirmezse, alıcı dava yoluyla, kullandığı seçim hakkının satıcıya yüklediği yükümlülüklerin ifasını talep edebilir. Bu teori, sözleşme teorisine bir tepki olarak ortaya çıkmıştır. Sözleşme teorisinde alıcının önce satıcının irade beyanı yerine geçen bir mahkeme kararı alması, daha sonra bu kararın ifasına ilişkin bir mahkeme kararı almak zorunda olması, doğrudan dava teorisi taraftarlarınca dolambaçlı bir yol olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir, Görüşün açıklanması için bkz. Yavuz, Ayıptan Sorumluluk, s. 137; Serozan, Dönme, s. 317; Buz, YDH, ss. 176-177.

398 Baemberger, Roth ve Faust, §437, No. 43; Yönergenin 3/2 ve 5. maddelerinde dönme hakkı, bir talep olarak tanınmaktadır. Bununla birlikte Alman Medeni Kanunu'nda bu hakka yenilik doğuran hak niteliği verilmesi de yönerge ile uyum içindedir, zira yönergenin amacı, sözleşmeden dönme konusunda tüketiciye kolaylık sağlamaktır (Yönerge, m.8/2), bkz. Baemberger ve Roth, §437, No. 8.

399 Buz, YDH, ss. 177-178; Baemberger-Roth, §437, No.8; Haas, Das neue Schuldrecht, V, No. 170; Mün-Ko./Westermann, §437, No. 4; Palandt ve Putzo, BGB §437, No. 20 vd.

İsviçre Hukukunda ise, ayıplı ifa sebebiyle sözleşmeden dönme hakkını ifade etmek amacıyla "dönüştürme davası" (Wandelungsklage) ifadesi kullanılmıştır. Dönme hakkının hukuki niteliğine ilişkin Alman Hukukunda ileri sürülen teoriler İsviçre hukukunda da etkili olmuştur[400]. Ancak İsviçre hukukunda da doktrindeki hakim görüş ayıp sebebiyle sözleşmeden dönme hakkının yenilik doğuran hak niteliğinde olduğudur. Kanunda seçimlik hakların dava olarak anılması da bu sonuca etki etmez[401].

6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda da alıcının "dilerse…satımın fesh edilmesini, dilerse satılanı alıkoyup kıymetin noksanı mukabilinde semenin tenzil olunmasını dava eder." şeklindeki eski ifade,alıcının "dönme" ve "satış bedelinde indirim isteme" hakları şeklinde düzenlenerek (m.227/b.1-b.2), bu hakların hukuki niteliğine ilişkin tartışmalara son verilmiş ve bu haklar yenilik doğuran hak niteliğinde düzenlenmiştir.

C. Dönme Hakkının Yenilik Doğuran Hak Niteliğinde Olmasının Sonuçları

Sözleşmeden dönme hakkı, dönme beyanı ile kullanılır. Dönme beyanı ise "hukuki işlem benzeri irade beyanı" niteliğindedir. Çünkü dönme beyanında bulunulması ile doğacak hukuki sonuçlar, doğrudan kanun tarafından belirlenmiştir. Bununla birlikte, hukuki işlem benzeri irade beyanları için de hukuki işlemler bakımından uygulanan kurallar geçerli olduğundan, hukuki işlem benzeri irade beyanı, hukuki sonuçları açısından farklı bir özellik arzetmez[402].

Yenilik doğuran hakların kullanıldığı tek taraflı hukuki işlem, yenilik doğuran işlemdir. Hukuki işlem benzeri irade beyanları da tek taraflı hukuki işlemlerin

---

400 Bu teoriler için bkz. yuk. §6 III, B.

401 Schubiger, s. 59; Furrer, s. 67; Katz; s. 75; Tandoğan, Borçlar Özel, s. 190; Yavuz, Borçlar Özel, s. 104; Yavuz, Ayıptan Sorumluluk, ss. 135, 140; Serozan, Dönme, s. 319 vd.; Bucher, OR BT, ss. 99-100; Buz, YDH, s. 180 vd.; Bu yönde bkz. Becker, Art. 205, No.12.

402 Ehrat, No. 4-5; Buz, Dönme, s. 71; Karş. Basler Komm./Wiegand, Art. 102, No. 7; Wolfgang Wiegand, "Die Leistungsstörungen. Teil 2: Verzug und Schlechterfüllung", **Recht,** 1983, ss. 118-131, (Recht 1983), ss. 120-121.

kapsamına dahil olduğundan, hukuki işlem benzeri niteliğinde olan sözleşmeden dönme beyanı da yenilik doğuran işlemdir[403].

Yenilik doğuran haklar, bir kere kullanılmakla tükenen haklar olduğundan, alıcı seçim hakkını geçerli biçimde kullandıktan sonra seçim hakkı kural olarak sona erer.

BK m.202/II'de, alıcının sözleşmeden dönme hakkını kullandığı ancak durumun bunu haklı göstermediği hallerde, hakime bedel indirimine karar verme yetkisi tanınmıştır. Bu hüküm, dönme hakkının kullanılmasına hakkaniyet düşüncesi ile getirilmiş bir sınırlamadır[404]. Ancak doktrinde dönme hakkının sınırlandırılması amacıyla getirilen bu hüküm, hukuk tekniği açısından isabetsiz olduğu gerekçesiyle ağır biçimde eleştirilmekte ve bu hükmün, dönme hakkının yenilik doğuran hak niteliği ile bağdaştırmanın zorluğuna dikkat çekilmektedir[405]. Bu eleştirilere rağmen, bu düzenleme, 6098 sayılı Kanun ile de değiştirilmemiş, hatta hakime bedel indirimi hakkının yanı sıra onarım hakkına da hükmetme yetkisi tanınmış; Kanunkoyucunun iradesi, söz konusu hükmü bu yönde genişleterek muhafaza etme yönünde olmuştur. Ancak yapılan değişiklikte hakime, dönme hakkı yerine değiştirme hakkına karar verme yetkisi tanınmamıştır. Oysa dönme hakkının sınırlandırılması yöntemi olarak bu hükümden yararlanılacaksa, taraf iradeleri dikkate alındığında hakime onarım hakkına değil değiştirme hakkı yönünde karar verme yetkisi tanınması isabetli olurdu. Çünkü dönme hakkını kullanan tarafın iradesi, ayıplı malı elinde tutmamak yönündedir[406].

Hakimin, halin gereklerinden hareketle dönme hakkı yerine bedel indirimine karar verdiği hallerde, mahkeme kararı yenilik doğurucu niteliktedir[407]. Alıcının

---

403 Ehrat, No. 8; Gauch, Schluep ve Emmenegger, No. 2795; Buz, Dönme, s. 73; Turgut Öz, "Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönmenin Bu Sözleşme Gereğince Kazanılmış Ayni Haklara Etkisi ve Klasik Dönme Kuramı ile Yeni Dönme Kuramının Kısa Bir Karşılaştırmalı Eleştirisi", **MHAD,** 1979-80-81, C. XIII, No. 16, ss. 131-172, (Eleştiri), s. 132.

404 Buz, YDH, ss. 180-181.

405 Bkz. aşa. § 8, II, B, 1b, aa.

406 Atamer, Taşınır Satımı, ss. 210-211.

407 Alıcının dönme hakkı dışında diğer haklardan birini kullanması yönündeki mahkeme kararının yenilik doğurucu nitelikte olmayıp açıklayıcı nitelikte olduğu yönünde bkz. Yavuz, Borçlar Özel, s. 131.

dönme hakkını ulaşması gerekli irade beyanı ile kullandığı hallerde, seçimlik hakkın kullanılması irade beyanı ile gerçekleşir. Ancak mahkemece dönme hakkının koşullarının oluşmadığı gerekçesiyle indirim hakkının kullanılmasına karar verildiği hallerde, bu hakkın kullanılmasına ilişkin olarak bir irade beyanı mevcut değildir; bu durumda indirim mahkeme kararı ile olduğundan ortada yenilik doğurucu bir mahkeme kararı mevcuttur[408]. Ancak hakim dönme yerine bedel indirimi değil de onarım kararı verirse, onarım hakkının niteliği de göz önünde bulundurularak, bu kararın eda kararı olduğunu söylemek gerekir.

Borçlar Kanunundaki bu düzenleme çerçevesinde tüketici, dönme hakkını kullanmış ve somut olayın koşulları çerçevesinde tüketicinin talebi doğrultusunda karar vermek hakkaniyete aykırı olacaksa hakim, bedel indirimine veya onarıma karar verebilecektir.

Yenilik doğuran haklar, muhatabın hukuk alanında oluşturduğu değişikliğin türüne göre, kurucu, değiştirici ve bozucu yenilik doğuran haklar olarak sınıflandırılmaktadır. Ancak bazı yenilik doğuran hakların, bu niteliklerin birden fazlasını bünyesinde barındırması da mümkündür. Sözleşmeden dönme hakkı da bu tür yenilik doğuran haklardandır ve bu hakkın kullanılması ile henüz yerine getirilmemiş edimler için bozucu, daha önce yerine getirilmiş edimler için ise değiştirici yenilik doğuran hak özelliği gösterir[409].

Yenilik doğuran haklar, hukuki durumda bir değişiklik meydana getirdiği için hak düşürücü süreye tabidir. Ancak ayıptan doğan hakların belli bir süre içinde kullanılmasını düzenleyen sürelerin zamanaşımı süresi niteliğinde olduğu, dönme hakkının yenilik doğuran hak olduğu görüşün savunanlar da dahil olmak üzere ağırlıklı olarak kabul edilmektedir[410].

Alman hukukunda ise, BGB §438'de seçimlik haklardan yalnızca onarım ve değiştirme hakkı ile tazminat talep etme hakkının zamanaşımı süresine tabi olduğu hükme bağlanmış; BGB §438/IV ve §V'te dönme ve bedel indirimi bakımından

---

408 Aynı yönde Gümüş, s. 168.

409 Buz, s. 75.

410 Yavuz, Borçlar Özel, s. 110; Ayrıca bkz. aşa.§13, I A.

BGB 218'in uygulanacağı ifade edilmiştir. BGB §218'e göre, dönme ve bedel indirimi haklarının, onarım ve değiştirme haklarının tabi olduğu zamanaşımı süresi içinde kullanılması gerekir. Zamanaşımı süresi dolmuş ve bu durum borçlu tarafından ileri sürülmüşse, dönme ve bedel indirimi beyanları da geçersiz hale gelir. Böylelikle, yenilik doğuran hak niteliğinde olan dönme ve bedel indirimi hakları zamanaşımı süresine tabi kılınmamış olmaktadır.

§7. SÖZLEŞMEDEN DÖNMENİN SÖZLEŞMENİN GEÇERLİLİĞİNE ETKİSİ

I. GENEL OLARAK

Dönme hakkının kullanılmasının sözleşmeye etkisi konusu Borçlar hukukunun en tartışmalı konularından biridir. Genel hüküm niteliğinde olan borçlu temerrüdündeki dönme hakkı esas alınarak yapılan bu tartışmalar sonucunda, dönme hakkının sözleşmeye etkisi ve hukuki sonuçları konusunda doktrinde bir hakim görüş de oluşmamıştır. Bununla birlikte son zamanlarda İsviçre-Türk Hukukunda Dönüşüm teorisi taraftarlarının arttığını söylemek mümkündür.

II. KLASİK DÖNME TEORİSİ

Klasik dönme teorisine göre, dönme işlemi, sözleşme ilişkisi üzerinde doğrudan etkiye sahiptir, sözleşmeyi geçmişe etkili olarak (ex tunc) sanki hiç yapılmamış gibi ortadan kaldırır. Buna göre henüz ifa edilmemiş edim yükümleri kendiliğinden (ipso iure) sona erer, ifa edilmiş edimler hukuki sebepten yoksun hale gelir[411]. İfa edilmemiş yükümlerin yerine getirilmesi talep edildiğinde, edim yükümü sona erdiğinden "hakkın düştüğü (sona erdiği) itirazı" ile karşılaşır[412].

---

411 von Tuhr ve Escher, ss. 155-156; von Tuhr ve Peter, OR AT, s. 493; Oser ve Schönenberger, Art. 109, No.2; von Büren, OR AT, s. 380; Oğuzman ve Öz, s. 553; Feyzioğlu, Akdin Muhtelif Nev'ileri, ss. 293-294; Feyzi Necmettin Feyzioğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C.I, İstanbul 1976, (Genel Hükümler), s. 779; Ulusan, s. 74 vd.; Tunçomağ, C.II, s. 169; Kenan Tunçomağ, **Türk Borçlar Hukuku**, C.I, Genel Hükümler, İstanbul 1976, (C.I) ss. 951-952; Kılıçoğlu, s. 709; Görüşün açıklanması konusunda bkz. Buz, Dönme, ss. 118-119.

412 Serozan, Dönme, s. 544; Yavuz, Borçlar Özel, s. 133.

Bu görüşe göre dönme sonrası tasfiye ilişkisinin niteliği bütünüyle sözleşme dışı bir olgudur[413]. Dönülen sözleşme gereği daha önce ifa edilmiş olan edimler, karşılıklı olarak sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri istenebilir[414]. İade borcunun kapsamı, BK m.63-65'e göre belirlenir[415] ve iade talebinin tabi olduğu zamanaşımı da BK m.66 uyarınca dönme bildiriminin ulaşmasından sonra bir yıldır. Dönme sonrası ortaya çıkan iade borcu, BK m.61/II'de düzenlenen sonradan ortadan kalkan sebebe dayanan iktisapların (causa finitam) tipik bir örneğidir[416]. Bununla birlikte borçlu temerrüdünde dönme ile birlikte istenebilecek menfi zarar, sözleşmesel kusurdan doğmuş olması sebebiyle, sözleşme sorumluluğuna dair esaslara ve BK m.125 gereğince 10 yıllık zamanaşımı süresine tabidir[417].

Dönme üzerine sözleşmenin geçmişe etkili olarak sona erdiğini kabul eden klasik dönme teorisi savunucularından bazılarına göre, ayıplı mal sebebiyle sözleşmeden dönme durumunda, sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalktığı için, alıcının iade borcu açısından sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulanır. Ancak bu durumda, satıcının iade borcu, sebepsiz zenginleşmeye ilişkin iade borcundan daha geniş bir kapsamdadır. Çünkü Kanunkoyucu, BK m.205/II'de satıcının iyiniyetli

---

413 Öz, Dönme, s. 34.

414 Karşılıklı tasfiye ilişkilerinde, sözleşmenin butlanı veya irade sakatlığı durumunda iptali sebebiyle ve klasik dönme teorisinin kabulü durumunda dönme hakkının kullanılması ile, tek zenginleşme mi olacağı yoksa çift zenginleşme mi olacağı da doktrinde tartışmalıdır. Hesap artığı (Saldotheorie) olarak anılan teoriye göre, ifa edilmiş edimlerin oluşturduğu zenginleşmeler birbirine mahsup edilerek iade ilişkisi tek talebe indirilmelidir. Böylelikle, bir tarafın zenginleşmenin kalktığı savunmasında bulunabildiği hallerde, zenginleşmesi hala mevcut olan diğer tarafın, hem daha önce ifa ettiği kendi malından olmuş olması hem de aldığını iade etmek zorunda olması önlenmiş olur, bkz. Serozan, Borçlar Genel, 27, No. 18 vd.; Çift talep teorisi (Zweikondiktionentheorie) ne göre ise, karşılıklı tasfiye ilişkilerinde iki ayrı sebepsiz zenginleşme olgusu olduğu ve iki ayrı iade talebi bulunduğu kabul edilmelidir, zenginleşmesi ortadan kalkan tarafın, buna rağmen verdiğini geri isteyebilmesi de hakkaniyete aykırı değildir, bkz.; von Tuhr ve Peter, OR AT, s. 507; Feyzioğlu, Genel Hükümler, ss. 800-801; Öz, Dönme, ss. 254-255; Turgut Öz, **Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme**, İstanbul 1990, (Sebepsiz Zenginleşme), s. 170.

415 Bu kapsamda klasik dönme teorisini savunanlar, BK m.63 hükmünün temerrüt nedeniyle dönme durumunda da sözleşmenin her iki tarafına da uygulanacağını kabul etmektedir, bkz. İlhan Ulusan, **İyiniyetli Sebepsiz Zenginleşenin İade Borcunun Sınırlanması Sorunu**, İstanbul 1984, s. 78; Tunçomağ, C.I, s. 952.

416 von Tuhr ve Escher, s. 156; von Tuhr ve Peter, ss. 492-493; Bu görüşün açıklanması için bkz. Öz, Dönme, ss. 34-35; Buz, s. 119.

417 Haluk Tandoğan, **Türk Mesuliyet Hukuku**, Ankara 1961, (Türk Mesuliyet Hukuku), s. 505: Buz, Dönme, ss. 110, 275.

olup olmadığına bakmaksızın, almış olduğu bedeli faiziyle birlikte geri ödemesini hükme bağlamış; böylelikle BK m.63'ün sınırlı iade yükümlülüğü tanıyan korumasından uzaklaşmıştır. Bu düzenleme kapsamında satıcı, gerçekten satım bedelinden faiz yoluyla yarar sağlayıp sağlamadığından veya alıcının paradan yoksun kaldığı dönemde bu şekilde bir faiz kaybına uğrayıp uğramadığından bağımsız olarak faiz ödemekle yükümlüdür. Satıcının bedeli geri verme borcu, zenginleşme miktarıyla sınırlanmamış olduğu için, burada sebepsiz zenginleşme borcu bulunmamaktadır. Ancak buradaki borcun sebepsiz zenginleşme istemine benzer nitelikte olduğu kabul edilince, sebepsiz zenginleşme hükümlerinin, buradaki geri verme borcu ile bağdaştığı sürece uygulanmasında bir sakınca olmayacaktır[418].

Bu görüş taraftarları, dönme işleminin yalnızca borçlandırıcı işlemi geçmişe etkili olarak ortadan kaldırdığını ileri sürmektedirler. Bu işleme dayalı olarak yapılan tasarruf işlemi, sebebe bağlı olsa dahi geçerli olmaya devam eder, dolayısıyla karşı tarafa kazandırılmış ayni hak kendiliğinden geri dönmez, yalnızca sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde istenebilir[419].

Klasik görüş, BK m.108'deki ifadeye dayanmaktadır. BK m.108'e göre, dönme üzerine sözleşme geçersiz hale gelir ve karşı tarafın kusurlu olması koşuluyla istenecek tazminat, bu sözleşmenin varlığına duyulan güven sebebiyle uğranılan zarardır. Bir başka deyişle burada, ifa menfaatine olan çıkarın tazminini hedef tutan müspet zarar değil, ancak geçersiz sözleşmeye güvenden ötürü uğranılan zarar olan menfi zarar talep edilebilir[420].

---

418 Ulusan, s. 70; von Tuhr ve Peter, s. 493; Giger, Art. 208, No. 25.

419 von Tuhr ve Escher, ss. 155-156; Oser ve Schönenberger, Art. 109, No. 5; Oğuzman ve Öz, ss. 549, 553; Baur, s. 37; Oysa irade sakatlığı ve gabin nedeniyle sözleşmenin ortadan kalkması halinde, iptal edilen sözleşmeye dayanarak iktisap edilen ayni hakların geçmişe etkili olarak ortadan kalkacağı doktrinde oybirliği ile kabul etmektedir, bkz. von Tuhr ve Peter, OR AT, s. 334, Oğuzman ve Öz, s. 127; Öz, dönme durumunda sözleşmenin geçmişe yürürlü olarak ortadan kalktığını kabul edince, sözleşmeden dönme durumu ile iptal durumu arasında bu şekilde bir fark yaratılmasını çelişkili bulmaktadır, bkz. Öz, Eleştiri, s. 139, dp.15; Klasik teorinin, ayni haklarda geriye etkiyi kabul etmemesinin eleştirisi için bkz. Öz, Eleştiri, s. 141 vd.

Bu görüşün açıklanması için bkz. Öz, Dönme, s. 35; Buz, s. 119; verilmiş olan şeyin istirdatına ilişkin davanın ayni bir dava olmayıp, şahsi bir dava niteliğinde olduğu yönünde bkz. Tandoğan, Türk Mesuliyet Hukuku, s. 504.

420 Öz, Dönme, s. 35.

BUZ, klasik dönme teorisi taraftarlarının, borçlandırıcı işlemin geçmişe etkili olarak ortadan kalktığını ancak tasarruf işleminin geçerli olduğu yönündeki bu teoriyi sebebe bağlılık ilkesi ile çeliştiği gerekçesiyle eleştirmektedir[421].

III. YASAL BORÇ İLİŞKİSİ TEORİSİ

Yasal borç ilişkisi teorisi de dönmenin sözleşme ilişkisini geçmişe etkili olarak ortadan kaldırdığını savunmakla birlikte, dönme sonrası meydana gelen ilişkinin niteliği ve zamanaşımı konusunda klasik teoriden ayrılmaktadır.

Bu görüşe göre[422] dönme hakkının kullanılmasıyla birlikte sözleşme geçmişe etkili olarak sona erer ve taraflar arasında yasal bir borç ilişkisi meydana gelir. Bu borç ilişkisinden, tarafların daha önce elde ettikleri edimlerin iadesi borcu doğar. İade borcunun dayanağı, sebepsiz zenginleşme değildir. Bu borç, BK m.108'de düzenlenen, bu sebeple doğrudan doğruya kanundan doğan özel bir iade borcudur. Dönme ile ortaya çıkan ilişki, sebepsiz zenginleşme ilişkisi değil, yasal borç ilişkisidir. Ancak iadenin kapsamı bakımından sebepsiz zenginleşme kuralları, kıyasen uygulanır. Çünkü BK m.108'de iadenin nasıl gerçekleşeceği düzenlenmemiştir. Bu görüşün klasik dönme teorisine göre yarattığı tek pratik fark, iade borcuna sebepsiz zenginleşmedeki kısa zamanaşımı süresi (1 yıl) nin değil, BK m.125'teki 10 yıllık zamanaşımı süresinin uygulanmasıdır. Zira BK m.125'teki 10 yıllık süre, özel zamanaşımı süresine bağlanmamış her çeşit borç için uygulanacak genel bir kural niteliğindedir[423].

Bu teori, İsviçre-Türk hukukunda ve Alman hukukunda tamamen farklı gerekçelerle savunulmuştur: Bu teorinin İsviçre-Türk Hukukunda kabul edilmesinin

---

421 Buz, ss. 119-120.

422 Herman Becker, **Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht**, I. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183, Bern 1941, Art. 109, No. 4; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, ss. 967-968.

423 Öz, Dönme, s. 36; Yasal borç ilişkisi teorisini savunan Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop'a göre**,** dönme halinde müspet zarar istenebilir, sözleşmeden dönme halinde müspet zararın tazminine imkan veren özel hükümlerin çokluğu bu görüşü kuvvetlendirmektedir, 108. maddenin ifadesine takılarak, sözleşmeyi feshettiğini bildiren alacaklıyı müspet zararın tazmini talebinden yoksun bırakmak, adalete ve sağlıklı bir yorum metoduna uygun olmaz, bkz. ss. 970-971.

amacı, daha önce yerine getirilmiş edimlerin iadesinin, sebepsiz zenginleşmenin 1 yıllık süresine değil sözleşme hukukunun 10 yıllık uzun zamanaşımı süresine (BK m.125) tabi tutmaktır. Bu teorinin Alman Hukukunda savunulmasının sebebi ise, önceki BGB §346 ve 347'dir. Bu düzenlemeler, dönme sonrası tasfiye ilişkisinde tarafların iade borcundan sorumluluklarına ilişkin olarak sebepsiz zenginleşmeden daha ağır bir sorumluluk öngörmüştür. Bu hükümlere göre, iade borçlusu, aldığını geri verirken zenginleşmenin ortadan kalktığı savunmasında bulunamaz. Dönme sonrası tasfiye ilişkisini sebepsiz zenginleşme kurumundan uzaklaştıran bu düzenleme karşısında, dönme sonrası tasfiye, yasadan kaynaklanan bu borç ilişkisi çerçevesinde yapılmalıdır[424].

IV. AYNİ ETKİLİ DÖNME TEORİSİ

Bu teorinin çıkış noktası sebebe bağlılık ilkesidir. Bu teori de klasik dönme teorisi gibi, dönme hakkının kullanılması ile sözleşme ilişkisinin geçmişe etkili olarak ortadan kalkacağı görüşündedir. Ancak klasik teoriden farklı olarak, sözleşmeden dönme yalnızca borçlandırıcı işlemi değil, aynı zamanda tasarruf işlemini de etkiler. Şöyle ki; sebebe bağlılık ilkesi kabul edildiğinde, sözleşmeden dönme üzerine borçlandırıcı işlem geçmişe etkili olarak ortadan kalkar. Bu durumda, borçlandırıcı işlemin ifası için yapılan malın mülkiyetinin devrine ilişkin tasarruf işlemleri de hukuki sebepten yoksun kalarak geçersiz hale gelir. Sebebe bağlılık ilkesinin bir sonucu olarak, hukuki sebep geçmişe etkili olarak ortadan kalkar. Bu durumda, dönme beyanı ile birlikte malın mülkiyeti otomatik olarak satıcıya geri döner, dolayısıyla sanki alıcı, satım konusu mala hiç malik olmamış nazarıyla bakılmalıdır[425]. Bu sebeple daha önce ifa edilmiş edimler, istihkak davası ile talep edilir. Bununla birlikte, daha önce ifa edilmiş edimler, işleme, karışma, birleşme ve

---

424 Buz, ss. 120-121; Öz, Dönme, s. 36, dp. 67.

425 Ayni hakların, baştan geçerli bir borçlanma işleminin sonradan ortadan kalkması halinde kendiliğinden devredene geri dönmeyeceği, sebebe bağlılık ilkesinin geçerli olduğu taşınmaz devirlerinde de bu sonucun geçerli olduğu ve taşınmazlarda bir kere geçerli sayılan tescilin sonradan yolsuz hale geldiğinin kabul edilemeyeceği dolayısıyla böyle bir tescilin ayni düzeltim davasıyla değil, kişisel tescil davasıyla eski haline getirileceği yönünde bkz. Rona Serozan, "Taşınır Eşya Mülkiyetinin Devrinde: Ayni Tasarruf Sözleşmesinin Borçlanma Sözleşmesinden Ayrılığı ve Soyutluğu (Ayrıca: Ayni Hakkın Sona Erme Bakımından Borçlanma Sözleşmesinden Bağımsızlığı) Prof. Dr. Tahir Çağa'nın Anısına Armağan, İstanbul 2000, ss. 397-412, (Ayni Tasarruf Sözleşmesi), ss. 406-407.

iyiniyetli üçüncü kişilerin kazanımı sebebiyle istihkak davası ile istenemiyorsa, sebepsiz zenginleşme davası ile talep edilir[426].

İstihkak davası, zamanaşımı süresine tabi değildir. Ancak istihkak davasının açılamadığı hallerde şahsi nitelikte bir iade talebi söz konusu olur. Bu iade talebinin tabi olduğu zamanaşımı konusunda da, ayni etkili dönme teorisi savunucuları arasında farklı görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre, bu halde iade talepleri sebepsiz zenginleşme hükümlerine tabi olduğundan bir yıllık zamanaşımına süresine tabidir[427]. Bir diğer görüş ise[428], dönme sonrası ortaya çıkan iade borcu, tipik bir sebepsiz zenginleşme olmadığı için, sebepsiz zenginleşmedeki bir yıllık zamanaşımı süresinin uygulanmasının zorunlu olmadığını, iade talepleri bakımından BK m.125'deki 10 yıllık genel zamanaşımı süresinin uygulanması gerektiği görüşündedir.

V. DÖNÜŞÜM (YENİ DÖNME) TEORİSİ

Bu teoriye göre sözleşme, dönme beyanı ile sona ermez, yalnızca içerik değiştirir. Dönmenin olumsuz gücü, sözleşme ilişkisinin salt içeriğine yönelik dolaylı bir güçtür. Dönme işlemi, sözleşme ilişkisini geçmişe etkili veya geleceğe etkili olarak ortadan kaldırmaz, yalnızca sözleşmenin konusunu tersine çevirerek sözleşmeyi bir tasfiye ilişkisi haline getirir. Taraflar arasındaki sözleşmenin kuruluş amacı, karşılıklı edimlerin ifası iken, dönme hakkının kullanılması ile birlikte sözleşmenin amacı değişir ve edim yükümlülüklerinin ve ifa edilmiş edimlerin tasfiyesi amacına dönüşür. Bu sebeple, henüz ifa edilmemiş yükümler için edimin

---

426 Giger, Art. 208, No. 9; Max Keller ve Christian Schöbi, **Das Schweizerische Schuldrecht**, B.I, Allgemeine Lehren des Vertragsrechts, Basel und Frankfurt am Main 1988, s. 278; N. Ehrat, 389 vd., Nr. 480; Markus Knellwolf, "Zur Wirkung des Rücktrittes" ZSR 109 (1990), ss. 389-413, s. 403 vd.; Öz, Dönme, s. 39 vd., Öz, Eleştiri, s. 131 vd.; Buz, ss. 121-122; İstihkak davası hakkında bkz. Kemal T. Gürsoy, Fikret Eren ve Erol Cansel, **Türk Eşya Hukuku**, Ankara 1978, s. 379 vd.

427 Öz, Sebepsiz Zenginleşme, ss. 103-104; Keller ve Schöbi, s. 278.

428 Buz, Dönme, ss. 236-237; Burada içeriği tam olarak düzenlenmemiş kanundan doğan bir borcun olduğunu ve boşlukların, sebepsiz zenginleşme kurallarının değil, sözleşme hukuku kurallarının kıyasen uygulanması suretiyle doldurulacağı, bu sebeple 10 yıllık sürenin uygulanması gerektiği yönünde bkz. Ehrat, No. 602; Knellwolf ise culpa in contrahendodan hareketle 10 yıllık sürenin uygulanması gerektiğini savunmaktadır (Knellwolf, s. 410 vd.).

ifasından kaçınma hakkı, ifa edilmiş yükümler için doğrudan doğruya sözleşmeye dayanan geri verme talebi söz konusu olur[429].

Bu teorinin kabulü ile, dönme ile içeriği tersine çevrilmiş sözleşmeye özgü yorum, savunma, teminat, tazminat, zamanaşımı, ispat yükü ve hasar düzeni de yürürlükte kalır. Bu sebeple zamanaşımı on yıldır (BK m.125) ve iade borcunun kapsamı sebepsiz zenginleşme kurallarına değil, sözleşme kurallarına (BK m.96 vd.) göre belirlenir[430].

Ancak dönme üzerine doğan tasfiye ilişkisinde, iade konusu mal ile bağlantılı yararların ve masrafların karşılanması konusunda ister istemez, sebepsiz zenginleşme, haksız zilyetlik ve kanunda öngörülen diğer tasfiye kuralarından (BK m.192, BK m.205) örnekseme yoluyla yararlanılacaktır. Sözleşmelerin ifası dikkate alınarak düzenlenmiş sözleşme hukuku kurallarının yetersizliği ancak bu şekilde, kanunun değişik tasfiye hükümlerinin senteziyle giderilebilecektir. Ancak klasik dönme kuramındaki gibi sebepsiz zenginleşme kurallarının şematik ve mekanik bir şekilde uygulanması da söz konusu olmayacaktır[431].

Dönme beyanı ile yalnızca borçlandırıcı işlem ortadan kalkar, tasarruf işlemi ve bu işlemle devredilmiş ayni haklar geçerliliğini korur[432].

---

429 Bu teoriyi kabul edenler: Serozan, Dönme, s. 78 vd.; Schenker, Schuldnerverzug, No. 702 vd. Eren, s. 1076 vd.; Seliçi, Sürekli Borç İlişkileri, s. 210; Ayşe Havutçu, **Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müspet Zararın Tazmini**, İzmir 1995, (Müspet zarar), s. 66; Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, s. 48 vd. Gauch, Werkvertrag, s. 274, No. 684a; Gauch, Umwandlungstheorie, s. 124 vd**.;** Gauch, Schluep ve Schmid, B.I, No. 1572 vd.; Schwenzer, OR AT, No. 66.33; Lüchinger, No. 250 vd.; Weber, Art. 109, N.46 vd.; Basler Komm./Wiegand, Art. 109, No.4 vd.; Basler Komm./Honsell, Art. 208, N. 3, s. 1182; Leser, s. 159 vd.; Eser ve Schmidt, I/1, s. 313 vd.; Glasl, Rückabwicklung, s. 90 vd.; Glaettli, Schadenersatz, s. 163 vd.; Hüseyin Hatemi ve K. Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, İstanbul 2011, s. 261; Huguenin, OR BT, No. 330-331; İfa edilmiş edimler açısından bu yönde Yavuz, Borçlar Özel, s. 133.

430 Serozan, Dönme, ss. 545-546; Rona Serozan, "Sözleşme İlişkisinin Çözülmesi: Sözleşme Gereğince Elde Edilmiş Edimi Geri Verme Yükümü", **Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu'na Armağan**, Ankara 2004, ss. 195-207, (Çözülme), s. 199; Yavuz, Borçlar Özel, s. 133; Öz, Dönme, s. 37.

431 Yeni dönme teorisinin bu kadar taraftar toplama sebeplerinden biri de, sebepsiz zenginleşme kurallarını, özellikle BK m.63/I'deki zenginleşmenin eksildiği savunmasını ve kısa zamanaşımı süresini bertaraf etmesidir, bkz. Serozan, Çözülme, s. 199.

432 Buz, Dönme, s. 123; Bu sonucun, ayni hakkın, borçlanma işleminden bağımsızlığı ilkesinden çıktığı yönünde bkz. Serozan, Çözülme, ss. 199-200; Serozan, Ayni Tasarruf Sözleşmesi, s. 406 vd.

İade yükümlülükleri, sözleşmenin içerik değiştirmesinden kaynaklandığı için sözleşmesel niteliktedir.

VI. İSVİÇRE FEDERAL MAHKEMESİNİN VE YARGITAYIN GÖRÜŞÜ

İsviçre Federal Mahkemesi, bu konuya ilişkin ilk kararında yasal borç ilişkisi teorisini benimsemiş görünmektedir[433]. Federal Mahkeme, söz konusu kararda, iade zamanaşımı bakımından sözleşme hukuku kuralları çerçevesinde 10 yıllık süreyi kabul etmişken, iadenin kapsamı bakımından sebepsiz zenginleşme kurallarının uygulanacağını kabul etmiştir. Federal mahkeme, daha sonraki bir kararında[434], ayni etkili dönme teorisini benimsemiş ve eşyanın mülkiyetinin teslimden önce malik olan kişiye ait olacağını belirtmiştir. Ancak Federal Mahkeme, 1988 yılında verdiği bir karardan itibaren[435], dönmenin etkisinin ileriye etkili bir tasfiye ilişkisi kurmak olduğunu kabul ederek dönüşüm teorisini benimsemiştir.

Yargıtayın bu konuya ilişkin kararları incelendiğinde, ayni etkili borç ilişkisini kabul ettiği yönünde bazı kararları olmasına rağmen[436], genel olarak yasal borç ilişkisi teorisini[437] benimsediğini söylemek mümkündür.

VII. GÖRÜŞLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ VE GÖRÜŞÜMÜZ

Bu çalışmada kabul edilen teori, dönüşüm teorisidir. Dönüşüm teorisini savunan yazarların ifade ettiği gibi, dönme hakkının kullanılması ile bir defa geçerli olarak kurulmuş bir sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalkmamalıdır. Sözleşmenin baştan itibaren geçersiz veya iptal edilebilir nitelikte bir sakatlık

433 BGE 60 II 28.

434 BGE 109 II 30.

435 BGE 114 II 152 ff.

436 Yargıtayın, sözleşmesel ilişki sebebiyle daha önce karşı tarafa devredilen mülkiyetin, dönme ile birlikte tekrar devreden kişiye döneceği içtihadında bulunduğu, dolayısıyla ayni etkili dönme teorisini benimsediği kararları da mevcuttur, bkz. 15. HD, 21.4.1993, E. 3812/K. 1871 (kazanci.com): Bu kararda, yüklenicinin edimi ifa etmemesi sebebiyle arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi üzerine, arsanın eski malikine döneceği yönünde karar verilmiştir.

437 YHGK, 02.02.1955, E. 15/K. 14 (kazanci.com.tr); HGK, 17.10.1962; E.14/K. 35 (kazanci.com.tr); Zamanaşımı süresinin 10 yıl olduğuna ilişkin bir açıklama içermeksizin, sözleşmenin hükümsüzlüğünden kaynaklanan geri verme taleplerinin haksız iktisap hükümlerine tabi olduğu yönünde bkz. HGK, 24.11.1999, E.13-967/K. 990 (www.kazanci.com.tr).

taşıması ile başlangıçta geçerli olarak kurulmuş bir sözleşmenin, dönme beyanı ile ortadan kaldırılması farklı hukuki sonuçlara yol açar. Dönme hakkının kullanılması halinde sözleşme ilişkisi geçerli olarak kurulmuş ve bu ilişkiden çeşitli hak ve yükümlülükler doğmuştur. Dönme hakkı da bu yükümlülüklerin ihlali sebebiyle kullanılmaktadır.

SEROZAN'a göre klasik dönme görüşünün en belirgin aksaklığı, sözleşmeye aykırı davranışı ile dönmeye sebep olan ve güveni korunmaya layık olmayan borçlunun, iyiniyetli haksız zenginleşene tanınan hukuki imkanlardan yararlandırılmasıdır[438]. Oysa, iyiniyetli haksız zenginleşenin sorumluluk statüsü, yalnızca güveni korunmaya layık kişiler için uygulanmalıdır[439]. Sözleşmeye aykırı davranan borçlunun, elinde kalanla sınırlı bir geri verme yükümünün olması, sözleşmeden dönen alacaklının çıkarlarına uygun düşmez[440].

İsviçre-Türk hukukunda, taşınmazlara ilişkin tasarruf işlemleri sebebe bağlıdır. Bu sonuç, tescilin sebebe bağlı olduğuna ilişkin kanun hükmünden çıkarılmaktadır. Ancak taşınır devrinin sebebe bağlı olup olmadığı konusunda kanunda açık bir ifade olmadığı için doktrinde taşınır devrinin sebebe bağlılığı konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre taşınır devri sebepten soyut iken[441], diğer bir görüş taşınır devrinin de aynı taşınmaz devri gibi sebebe bağlı [442] olduğunu kabul etmektedir. Taşınır devrine ilişkin tasarruf işleminin sebepten soyut olduğu kabul edildiğinde, sözleşmeden dönme üzerine borçlandırıcı

---

438 İyiniyetli sebepsiz zenginleşenin, iadenin talep edildiği anda, elinde ne kalmışsa onu iade etmekle yükümlül olduğu konusunda bkz. Öz, Sebepsiz Zenginleşme, s. 149.

439 Borçlu, alacaklının sözleşmeden dönebileceğini, en erken sözleşmeye aykırı davrandığı anda bilebilir ve bu zamana kadar iyiniyetli olduğu için, elindeki edimin yararlarını eksiltmiş, tüketmiş veya bir başkasına geçirmiş olmaktan dolayı sorumlu tutulamaz, bkz. Serozan, Dönme, s. 622.

440 Serozan, Dönme, s. 622; Tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmede, sözleşmenin borçlu tarafını iyiniyetli sebepsiz zenginleşenin ayrıcalığından yararlandırmamanın, tam iki taraflı sözleşmedeki denge düşüncesiyle bağdaşmayacağı yönünde bkz. Ulusan, s. 79; Bu sorun, ayıp sebebiyle sözleşmeden dönme durumunda ortaya çıkmaz, çünkü sözleşmeye aykırı davranan borçlunun iade etmekle yükümlü olduğu edim, para borcudur.

441 Öz, Sebepsiz Zenginleşme, s. 196 vd.; Arslanlı, s. 74; M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku, İstanbul 2009, s. 592; Serozan, Ayni Tasarruf Sözleşmesi, s. 400; Öz, Dönme, s. 232 vd.

442 Tandoğan, Borçlar Özel, ss. 95-96; Erol Cansel, "Menkul Mülkiyetinin Geçişinin İlliliği Meselesi ve Ayni Sözleşme Kavramı", **İmre Öktem'e Armağan**, Ankara 1970, ss. 333-358, s. 350; Gürsoy, Eren ve Cansel, s. 716.

işlem geriye etkili olarak ortadan kalkmış olsa bile, tasarruf işlemi geçerliliğini koruyacağından, dönme üzerine ortaya çıkacak olan iade talepleri, sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanacaktır. Bir başka ifadeyle, taşınır devrinin sebepten soyut olduğu kabul edildiğinde, ayni etkili dönme teorisi ile klasik dönme teorisinin arasındaki tek fark, taşınmaz devirlerinde ortaya çıkacaktır. Bunun yanı sıra, bu teori çerçevesinde de iade konusu malların herhangi bir sebeple iadelerinin mümkün olmaması durumunda, sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanacağı kabul edilmektedir. Olayların büyük çoğunluğunda, edimlerin ifası ile sözleşmeden dönme arasında geçen zaman diliminde, satılan malın bir başkasına devredilmesi veya karışma, birleşme gibi bir olay sonucunda istihkak davası ile talep edilememesi olasılığı yüksektir. Oysa sebepsiz zenginleşme hükümleri, bu teori taraftarlarının da kabul ettiği üzere, dönme sonrası tasfiye ilişkisinin yapısına uygun hükümler değildir.

ÖZ, sözleşmenin içerik değiştirmesinin yeni dönme teorisinin bir buluşu olmadığını, değiştirme (tadil) sözleşmesi (Abaenderungsvertrag) ile ilgili olarak, sözleşmenin içeriğinin değiştirilmesinin eskiden beri incelendiğini ifade etmiştir. ÖZ'e göre yeni dönme teorisini savunanların yaptıkları, değiştirme sözleşmesindeki içerik değişimine ilişkin görüşlerin dönmenin sonuçlarına taşınmasıdır, ancak anlaşma durumunda sorun yaratmayan bu kavramı, dönmenin tek yanlı işlem niteliği ile bağdaştırmak zordur[443].

Ancak mevcut bir sözleşmenin içeriğinin değiştiği tek durum, değiştirme sözleşmesi değildir. Değiştirme sözleşmesi, sözleşme özgürlüğü gereğince tarafların anlaşarak mevcut bir sözleşmenin içeriğini değiştirmeleridir. Anlaşma dışında belirli şartların gerçekleşmesi halinde hakim de sözleşmeye müdahale edebilir. Sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması (Clausula rebus sic stantibus) teorisi olarak anılan bu teoriye göre, sözleşmenin yapıldığı andaki şartlarla ifa edileceği zamandaki şartlar arasında edimler arasındaki dengeyi önemli ölçüde bozan bir değişiklik meydana gelmişse ve bu değişiklik önceden öngörülemez nitelikteyse, şartlar aleyhine değişen taraf, hakimden uyarlama talep edebilmektedir[444]. Bu halde de taraflar arasında

443 Öz, Dönme, s. 37, dp.76.

444 Edis, Medeni Hukuka Giriş, s. 312 vd.

herhangi bir anlaşma olmamasına rağmen sözleşmenin içeriği hakimin müdahalesi ile değiştirilmektedir. Dayanağını MK.m.2'de bulan bu teoriye göre sözleşme içeriği değiştirilebildiği gibi, dönme durumunda da sözleşmenin içeriğinin değişmesi mümkündür.

Dönüşüm teorisine yapılan en büyük eleştiri, dönme sonrası tasfiye ilişkisini **sözleşmesel nitelikte kabul etmekle birlikte, bu ilişkiye yerine göre sebepsiz zenginleşme veya haksız zilyedin iade borcuna ilişkin kuralların uygulanacağını kabul etmesidir.** Ancak dönme hakkını açıklayan diğer teoriler incelendiğinde, hiçbir teorinin, dönme sonrası tasfiye ilişkisini, yalnızca uygulanmasını kabul ettiği kurallar çerçevesinde çözümlemediği ve bu kuralların amaca uygun şekilde yorumlanarak ve dönme sonrası tasfiye ilişkisinin özellikleri de dikkate alınarak bu ilişkinin bünyesine uygun hale getirilmeye çalışıldığı görülmektedir. Bu sebeple bu eleştiri, yalnızca dönüşüm teorisi için değil, bütün teoriler için geçerlidir. Bunun sebebi, BUZ'un da haklı olarak ifade ettiği gibi kanunumuzda dönme sonrası tasfiye ilişkisine ilişkin özel düzenlemeler olmamasıdır.

Dönüşüm teorisine yapılan bir diğer eleştiri, sözleşme ilişkisi geçerli olduğuna göre BK m.108'de nasıl olup da menfi zararın tazmininin düzenlendiğini açıklayamamasıdır[445]. Ancak dönüşüm teorisini savunanlar da, dönme beyanı üzerine sözleşme ilişkisinin tamamen ortadan kalktığının kabulü halinde, BK m.108'den doğan menfi zararın tazmini talebinin, sözleşmesel nitelikte olduğunun açıklanamayacağını; menfi zararın tazminine ilişkin talep hakkının sözleşme ihlalinden doğan bir tazminat talebi olarak nitelendirilmesinin, ancak tasfiye ilişkisinin sözleşmesel nitelikte olduğu kabul edilirse mümkün olduğunu ileri sürmektedirler[446]. Dönüşüm teorisi taraftarlarının bir kısmı ise, menfi zarar-müspet zarar ayrımını reddederek dönme üzerine müspet zararın da tazmininin istenebileceğini savunmaktadır [447] . Borçlar hukukunda son yıllarda yaşanan gelişmeler sonucunda Alman Hukukunda dönme ile birlikte müspet zarar talep edilebileceği açıkça düzenlenmiştir. Ancak Türk Borçlar Kanunundaki mevcut

---

445 Öz, Dönme, s. 38; Ehrat, s. 132 vd.; Keller ve Schöbi, s. 277.

446 Schenker, Schuldnerverzug, No.703, No.705; Ayrıca bkz. Daniel G. Glasl, "Zur Wirkung des Rücktritts - eine Replik", **ZSR,** 1991 (110), ss. 265-282, (ZSR 1991), ss. 279, 281.

447 Serozan, Dönme, s. 638 vd.

düzenleme açısından borçlu temerrüdü halinde alacaklı dönme ile birlikte yalnızca menfi zarar isteme hakkına sahiptir[448].

Kanaatimizce, dönüşüm teorisine bu noktada yapılan eleştiri yerinde değildir. Dönme üzerine ortaya çıkan tasfiye ilişkisi, mevcut sözleşme ilişkisinin içeriğinin değişmesi sonucu oluşmuştur, asıl sözleşmenin devamı niteliğindedir ancak asıl sözleşme ile tasfiye ilişkisindeki hak ve yükümler birbirinden tamamen ayrıdır. Taraflar arasındaki asıl sözleşme ilişkisi aynen devam etmemekte, asıl sözleşme ilişkisinden farklı hedefleri olan tasfiye ilişkisi şeklinde devam etmektedir. Dolayısıyla taraflar asıl sözleşme ilişkisinde amaçladıkları ifa menfaatine ulaşamamışlardır. Tasfiye ilişkisinin sözleşmesel nitelikte olduğunun kabulü, tarafların sözleşmeden dönme durumunda, aldıkları edimleri iade etmekle yükümlü oldukları ve bu sebeple de asıl sözleşmeye olan güvenlerinin sarsıldığı sonucunu değiştirmez. Asıl sözleşmeye olan güvenin sarsılması sonucu uğranılan zarar da menfi zarardır. Tasfiye ilişkisinin amacı, sözleşmenin kurulmasından önceki durumun tesis edilmesi olduğuna göre, bu sözleşme olmasaydı ortaya çıkmayacak olan zararların tazmin ve telafisi bu amaçla örtüşür.

§8. SÖZLEŞMEDEN DÖNME HAKKININ SINIRLANDIRILMASI

I. SÖZLEŞMEDEN DÖNME HAKKINI SINIRLANDIRMANIN GEREKLİLİĞİ

A. Sözleşmeden Dönme Hakkını Sınırlandırma Sebepleri

Sözleşmeden dönme, ayıp sebebiyle ortaya çıkan problemi, satım sözleşmesinin unsurlarını tamamen ortadan kaldırarak bertaraf ettiği için, sözleşme

---

448 Sözleşmeden dönme sonrası istenebilecek tazminatın türü, dönmenin sonuçlarına ilişkin olarak benimsenen teoriye bağlı değildir. Bir başka ifadeyle klasik dönme teorisinin savunulması halinde mutlaka menfi zararın, yeni dönme teorisinin savunulması halinde ise mutlaka müspet zararın istenmesi gerektiği gibi bir sonuca varılamaz, bkz. Serkan Ergüne, **Olumsuz Zarar**, İstanbul 2008, ss. 262-263; Dönüşüm teorisini savunmakla birlikte, istenecek zararın türünün menfi zarar olduğu yönünde bkz. Glasl, ZSR 1991, s. 281; Schenker (Schuldnerverzug), No. 705-706; Eren, s. 1079 vd.; Lüchinger, No. 225, 251, 255; Ancak Glaettli, dönme ile birlikte müspet zarar istenemeyeceğini ileri sürenlerin, klasik görüş yanlıları olduğunu, dönüşüm teorisi benimsenecek olursa, dönme ile müspet zararın bir arada bulunamayacağı dogmasının da aşılmış olacağı görüşündedir.

hukuku açısından istenen bir çözüm değildir[449]. Çünkü sözleşmeden dönme, alıcının ayıpsız mal beklentisi ile belirli miktardaki bedeli satıcıya ödeme amacına ters düşmekte, satım sözleşmesiyle hedeflenen amacın gerçekleşmesini engellemektedir.

Sözleşme hukukunda yüzyıllar boyunca egemen olan düşünce, tarafların serbest iradeleri ile yaptıkları sözleşmeyi yine yalnızca anlaşma yoluyla ortadan kaldırabilecekleri, tek tarafın iradesi ile sözleşmeden kurtulma imkanının sadece bazı sınırlı hallerde tanınması gereğidir. Dolayısıyla bir tarafın sözleşmeyi ihlal etmesi halinde, diğer tarafın sözleşme ilişkisini sona erdirme imkanına sahip olması, sözleşme hukukunda geç bir gelişmenin ürünü olarak karşımıza çıkmaktadır[450]. 19. yüzyıl yasalaştırma hareketlerinde ise sözleşmeden dönme imkanı artık genel bir ilke olarak düzenlenmiş olmakla birlikte dönme hakkının kullanılmasına çeşitli yöntemlerle sınırlandırmalar getirilmeye çalışılmıştır. Dönme hakkı, hukuk düzeni içinde önemli bir yere sahiptir ve gerekliliği de tartışmasızdır. Ancak dönme hakkının sınırsız bir biçimde uygulanması da hukuk düzeninin amacına uygun olmayan sonuçların ortaya çıkmasına sebep olmaktadır. Genel olarak dönme hakkının sınırlandırılması sebeplerini şu şekilde açıklamak mümkündür:

Dönme hakkının sınırlandırılmasındaki öncelikli sebep, sözleşme hukukunun en temel kurallarından biri olan pacta sund servanda ilkesidir. Bu ilkeye göre tarafların, serbest iradeleri ile yaptıkları sözleşme ile bağlı kalmaları asıldır; bu sebeple bu bağlılık mümkün olduğu ölçüde devam ettirilmelidir. Bunun yanı sıra dönme sonrası ortaya çıkan tasfiye ilişkisinin getireceği ek maliyetler de dönme hakkının sınırlandırmasının bir diğer sebebidir.

Tasfiyenin gerektirdiği ek maliyetler özellikle ticari satımlarda önem arzetmektedir. Ancak ek maliyetlerin yanı sıra tasfiyenin yapılmasındaki hukuki ve fiili zorluklar da, dönme hakkının sınırlandırılması için sebep teşkil etmektedir.

---

449 Peter Huber, **Irrtumsanfechtung und Sachmaengelhaftung**, Tübingen 2001, (Irrtumsanfechtung), s. 248: Aynı durumun, bedel indirimi için de geçerli olduğu ileri sürülmektedir, bkz. Volkmar Götz, **Sachmaengelbeseitigung beim Kauf**; **Recht der Nachbesserung**, Bielefeld 1960, ss. 23-24.

450 Atamer, CISG, s. 394.

Dönme hakkının sınırlandırılmasını gerektiren son sebep, taraf menfaatlerinin tartılması ve dönme hakkının kullanılması sonucu alıcının elde edeceği menfaat ile satıcının uğrayacağı zararın karşılaştırılmasıdır. Dönme hakkının kullanılması sonucu, satıcının uğrayacağı zarar, alıcının elde edeceği faydadan çok daha fazla olmaktaysa, bu hallerde de dönme hakkı sınırlandırılmaktadır. Ayıbın giderilmesinin mümkün olduğu hallerde onarım ile veya özellikle ticari satışlarda alıcının malı başka şekilde değerlendirme imkanı varsa bedel indirimi ile alıcı yeteri kadar korunabiliyorsa ve edimler arasındaki denklik ilişkisi sağlanabiliyorsa, alıcının dönme hakkını kullanmada bir menfaati yoktur[451]. Bu kriter, ticari satışlarda her iki taraf da tacir olduğu için net bir şekilde uygulanabilir. Ancak bu kriterin tüketici satımlarında uygulanması konusunda daha esnek davranılmalıdır.

B. Sözleşmeden Dönme Hakkının Sınırlandırılma Yöntemleri

1. Genel Olarak

Sözleşme hukuku alanındaki uyumlaştırma projelerine ve yeni tarihli yasa değişikliklerine bakıldığında, dönme hakkının sınırlandırılmasında genellikle üç farklı yöntemin kullanıldığı görülmektedir. İlk yöntem, **borçluya sözleşmeye aykırılığı gidermeyi teklif etme imkanı** tanınarak dönme hakkının sınırlandırılmasıdır. Bir diğer yöntem, dönme hakkının kullanılabilmesini, alacaklı tarafından borçluya bir **süre tanınması** şartına bağlamıştır. Alıcı ancak bu süre içinde sözleşmeye aykırılık giderilmezse dönme hakkını kullanabilecektir. Son yöntem, alacaklıya yalnızca **ayıbın belirli bir ağırlıkta olduğu** hallerde dönme hakkı tanımaktadır[452].

2. Borçluya Sözleşmeye Aykırılığı Giderme İmkanı Tanınması

İsviçre-Türk Borçlar Hukukunda satıcıya yalnızca yerinde satımlarda, alıcıya malın ayıpsız bir benzerini hemen vererek ve uğradığı zararın tamamını gidererek seçimlik haklarını kullanmasını önleme imkanı tanınmıştır. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda bu imkan, bu şekilde bir sınırlandırma yapılmaksızın tüm satım

---

451 Huber, P., Irrtumsanfechtung, ss. 248-249; Atamer, CISG, s. 395.

452 Atamer, CISG, ss. 395-396.

sözleşmeleri için tanınmıştır. Buna göre, "Satıcı, alıcıya aynı malın ayıpsız bir benzerini hemen vererek ve uğradığı zararın tamamını gidererek seçimlik haklarını kullanmasını önleyebilir." (m.227/III).

CISG m. 48'de satıcıya sözleşmeye aykırılığı giderme imkanı tanınmıştır. Bu madde çerçevesinde satıcı sözleşmeye aykırılığı yeni mal teslim ederek veya onarım yoluyla giderebilir.

Tüketim Malları Yönergesinde ise satıcıya böyle bir imkan tanınmamıştır.

3. Alacaklı Tarafından Borçluya Ek Süre Tanınması

İsviçre-Türk Hukukunda bu yöntem, temerrüt sebebiyle sözleşmeden dönme halinde uygulanmaktadır. Ayıplı mal teslimi durumunda ise, aşağıda görüleceği üzere ayıbın ağırlığı önem taşımaktadır.

CISG'de de süre vererek sözleşmeden dönme, yalnızca borcunu ifa etmemiş borçluya karşı tanınmıştır (m.49 f.1 (b)). Yani her ne kadar CISG kapsamında, ifa ihlalleri ayrı ayrı düzenlenmemiş ve yalnızca yükümlülük ihlali kavramı kullanılmış olsa da, bu anlaşma kapsamında alacaklı, yükümlülük ihlalinin, borçlunun temerrüdü şeklinde gerçekleşmiş olduğu hallerde süre tanıyarak sözleşmeden dönme hakkına sahiptir.

Tüketim Malları Yönergesinde, alıcı kural olarak öncelikle malın onarımı veya yenisi ile değiştirilmesi imkanlarını kullanmak zorundadır (m.3, f.3). Bu imkanlardan bir sonuç alınamazsa, sözleşmeden dönme veya bedel indirimi haklarından birini kullanabilir. Alıcının doğrudan dönme veya bedel indirimi hakkını kullanabilmesi yalnızca, onarım veya değiştirme haklarından bir sonuç alınamayacağının daha baştan belli olması halinde mümkündür (m.3, f.5).

Reform sonrası Alman Medeni Kanununda da hem ifa etmeme hem de sözleşmeye aykırı ifa etme durumunda alacaklıya, sonraki ifa için süre tanımak suretiyle sözleşmeden dönme hakkı tanınmıştır (BGB §323)

4. İhlalin Esaslı Olması

Sözleşmeden dönme hakkının temelinde, MK.m.2/I'de düzenlenen güvenin korunması ilkesi yer almaktadır. Bu ilke, hukuken korunmaya değer bir çıkarını gerçekleştirmek üzere buluştuğu kişide bir güven olgusu yaratan kişinin, yarattığı güvenin sonuçlarına katlanması ve yaratmış olduğu güveni artık sarsmaması anlamına gelir. Sözleşme hukukunda temel bir öneme sahip olan güven ilkesi, önce, bir sözleşme ilişkisinin kurulup kurulmadığını, kurulmuşsa geçerli olarak kurulup kurulmadığını, geçerli olarak kurulmuşsa, sözleşmenin konusunu belirlemekte kullanılır[453]. Güven ilkesi, sözleşme kurulup içeriği belirlendikten sonra da edimlerin ifası ve sözleşenlerin birbirlerine karşı davranışlarını değerlendirmede kullanılır. Bu aşamada, güven ilkesinin anlamı ve kapsamı şu şekildedir: Söz veren, her şeyden önce söz verdiği kişiye karşı her zaman sözüne bağlı (sadık) kalacak, söz verilen de söze uygun davranılacağına her zaman güvenebilecektir. Bununla birlikte, sözleşenlerin birbirlerine karşı güvenilebilir kişi olarak kalmalarında, **verilmiş sözlere bağlı kalmanın** yanı sıra, bundan çok daha kapsamlı bir şekilde, verilen söze eşlik eden tüm maddi olgular ve tutumlarla yaratılmış olan **güveni sarsmamak** da etkilidir. Bu kapsamda, her bir sözleşen, karşı yanın çıkarlarını da kollayacak, onun çıkarlarına saygısızlık etmeyecek, onları tehlikeye düşürmeyecektir[454].

İfa ihlalleri hukukunda da, dönme hakkının kullanılıp kullanılamayacağı, güven ilkesinin bu ikinci anlamı dikkate alınarak belirlenir. **Bir ifa ihlali ile karşılaşan taraftan, bu güven ilişkisine devam etmesi artık beklenememekteyse, bu sözleşme tarafına dönme hakkının tanınması gerekir.**

Güven ilkesi çerçevesinde korunan güven, kişinin "korunmaya değer" "haklı güveni"dir. Güvenmek, kişinin iç dünyasına ilişkin bir olgu olarak subjektiftir. Dolayısıyla her kişinin karşısındakinden bekleyeceği fedakarlık farklı düzeyde olacaktır. Ancak güven ilkesi çerçevesinde korunan, söz konusu kişinin subjektif güveni değildir. Söz verilen kişinin güveninin hangi ölçüde korunacağı konusundaki

---

453 Necip Kocayusufpaşaoğlu, **Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı**, İstanbul 1968, (Hata), s. 5 vd.; Edis, Medeni Hukuka Giriş, s. 308 vd.

454 Serozan, Dönme, ss. 245-246; Edis, Medeni Hukuka Giriş, s. 291; Gürpınar, s. 215.

kriter "haklılık"tır[455]. Dolayısıyla borçlusundan her zaman sınırsız bir fedakarlık bekleyen alacaklı, yalnızca "adalet ve hakkaniyet ölçülerine göre beklenebilecek bir çabayı" beklemekte haklı sayılacaktır. Borçlunun edim yükümleri ve bu yükümlülükler sebebiyle sorumluluğu da, güven ilkesinin çizdiği fedakarlık sınırı kapsamında belirlenecektir[456].

İfa ihlallerine bağlanan hukuki sonuçlar farklıdır. Ancak bu farklılık, güven ilkesinin bütün ifa ihlallerinin ortak temelini oluşturduğu gerçeğini değiştirmez. Mevcut ifa ihlaline bağlanacak hukuksal sonuç, güven ilkesi çerçevesinde belirlenir. Bir başka ifadeyle, hukuken önem taşıyan bir ifa ihlalinin bulunup bulunmadığı, eğer mevcutsa bu engel sebebiyle herhangi bir sorumluluğun olup olmayacağı, bir sorumluluk söz konusu olacaksa, bu sorumluluğa hangi sonuçların bağlanacağını belirleyen güven ilkesidir. Karşılıklı çıkarlar ancak bu şekilde dengelenmiş olur[457].

İfa engellerini düzenleyen yedek hukuk kuralları da, güven ilkesinin bir yansımasıdır ve bu ilkenin düzeltici gücüne bağlıdır. Yedek hukuk kurallarına ilişkin olarak güven ilkesinin kural koyma ve düzeltme görevinin iki amacı vardır: İfa engellerine ilişkin yasadaki kurallar yetersiz olduğundan, sıklıkla karşılaşılacak boşlukları dolduracak ve borçlanılmış edimin çevresini yasanın kalıpları dışına çıkarıp genişleterek **ifa ihlali kavramını da genişletmiş** olacaktır. Güven ilkesinin bir diğer amacı, belirli bir ifa ihlalinin ortaya çıkması üzerine, **sözleşmeye bağlı kalmanın beklenebilir bir nitelik taşıyıp taşımadığını**, sözleşmeden dönülüp dönülemeyeceğini belirlemektir.

Temerrüt dışındaki bütün ifa engellerinde ve dolayısıyla ayıplı ifada, sözleşmeden dönme hakkının olup olmadığı, her somut sözleşme ilişkisindeki somut ifa ihlali bakımından güven ilkesi ışığında ulaşılacak değer yargısına göre belirlenir[458]. Bir başka ifadeyle, dönme hakkının kullanılabilmesi için ayıbın belli bir ağırlıkta olmasının şart koşulduğu hallerde, dönme hakkının olup olmadığı konusundaki kriter güven ilkesi olacaktır.

---

455 Kocayusufpaşaoğlu, Hata, ss. 8-9.

456 Serozan, Dönme, s. 247.

457 Serozan, Dönme, s. 248.

458 Serozan, Dönme, s. 250.

II. DÖNME HAKKININ SINIRLANDIRILMASINA İLİŞKİN DÜZENLEMELER

A. Uluslararası Düzenlemelerde

1. CISG'de düzenleniş biçimi

a. Genel Olarak

CISG'de alıcıya sözleşmeden dönme hakkı iki halde tanınmıştır (CISG m.49):

- Satıcının sözleşmeden veya bu antlaşmadan doğan yükümlülüklerinden herhangi birini yerine getirmemesi sözleşmeye esaslı bir aykırılık oluşturuyorsa[459] veya

- Teslim etmeme durumunda satıcı, alıcı tarafından verilmiş ek süre içinde malları teslim etmezse veya verilmiş süre içinde bunları teslim etmeyeceğini açıklarsa.

CISG'de dönme hakkının sınırlandırılmasına ilişkin yöntemlerin üçüne de yer verilmiştir. Teslim etmeme durumunda dönme hakkı ancak ek süre verilmesi şartıyla kullanılabilmekteyken, sözleşmeye aykırılık durumunda -ki bu durumun içine ayıplı mal teslimi de girer- dönme hakkı sözleşmeye aykırılığın esaslı olması halinde kullanılabilir. Bir başka ifadeyle ayıplı mal teslimi durumunda, CISG 49 Abs.1 lit.a'daki şart gerçekleşmişse, alıcı herhangi bir ek süre vermeksizin sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir[460]. Bundan başka, satıcının sözleşmeye aykırılığı

---

459 CISG m.46/2'de, aynen ifanın bir türü olan malın yenisi ile değiştirilmesi talebi de esaslı ihlalin varlığına bağlanmıştır; CISG'de özellikle sözleşmeden dönme ve değiştirme haklarının kullanılmasında, esaslı ihlal şartının aranması, uluslararası satım sözleşmelerinin özellikleri ile açıklanabilir. Zira her iki seçimlik hakkın kullanılması durumunda da alıcıya teslim edilmiş olan malların satıcıya iadesi gerekir ve sınıraşan sözleşmelerde bu şekilde bir tasfiye ilişkisine girmek, pek çok nakliye sorununu ve ekonomik riskleri beraberinde getirir, bkz. Atamer, CISG, s. 292; Held, s. 100; Çetiner, s. 150.

460 Sauthoff, s. 75; CISG sisteminde alıcının ayıptan doğan seçimlik haklarını kullanabilmesi satıcıya bir ek süre tanımış olması koşuluna bağlı olmamakla birliket m. 47 gereğince, alıcı isterse, ayıplı teslim halinde de satıcıya makul uzunlukta bir ek süre tanıyabilir. Bu halde alıcının talebi, yenisi ile değiştirme veya onarıma ilişkin olacaktır, bkz. Atamer, CISG, s. 335.

gidermek suretiyle alıcının seçimlik haklarını kullanmasını engellemesi de mümkündür[461].

b. Esaslı İhlal

Esaslı ihlal kavramı CISG m.25'te düzenlenmiştir[462]. Buna göre, "Taraflardan birinin sözleşme ihlali, diğer tarafı, sözleşme uyarınca beklemekte haklı olduğu şeyden önemli ölçüde yoksun bırakacak bir olumsuzluğa sebep oluyorsa, esaslıdır; meğer ki, böyle bir sonucu sözleşmeyi ihlal eden taraf öngörmemiş ve aynı konum ve koşullar içindeki makul bir kişi de öngöremeyecek olsun."

CISG anlamında **esaslı ihlalin** gerçekleşmesinin koşulları; **sözleşme ihlali;** bu ihlalin bir **olumsuzluğa** [463] sebep olması; bu olumsuzluğun, **karşı tarafı sözleşmeden beklemekte haklı olduğu şeyden önemli ölçüde yoksun bırakıyor olması** ve **bu sonucun makul bir kişi tarafından öngörülebilir** olmasıdır[464].

CISG'deki asıl belirleyici ifade, olumsuzluğa sebep olan sözleşme ihlalinin; karşı tarafın, sözleşme uyarınca beklemekte haklı olduğu menfaatten önemli ölçüde yoksun bırakıyor olmasıdır[465]. Ayıplı ifa durumunda da, sözleşme ihlalinin esaslı olup olmadığının belirlenmesi açısından önemli olan husus da budur.

Kişiler sözleşme akdederken, belirli bir saik ile hareket ederler ve belirli bir menfaat elde etmek isterler. Sözleşme ihlali sebebiyle, bu beklentinin tatmin edilmesi, artık mümkün değilse veya önemli ölçüde engellenmişse, o sözleşmenin ilgili taraf açısından bir önemi kalmamış; o tarafın, sözleşmeyi yapma sebebi konusuz kalmıştır. CISG kapsamında ihlalin esaslı olup olmadığı belirlenirken, ilgili

---

461 Atamer, CISG, s. 395; Held, ss. 123-124.

462 Çetiner, s. 160; CISG'de yer alan esaslı ihlal kavramının belirlenmesinde, Common Law ve bir ölçüde de Fransız Hukuku etkili olmuştur, bkz. Atamer, CISG, s. 293 vd.; Ayıplı mal tesliminin hangi hallerde esaslı ihlal teşkil edeceği konusunda bkz. Sauthoff, s. 77 vd.

463 Burada olumsuzlukla kastedilen, sözleşme tarafının bir zarara uğramış olması değildir, CISG'de zarar m.74'te tanımlanmıştır. Olumsuzluk kriteri, bir ilk filtre olarak düşünülebilir, yükümlülük ihlalinin herhangi bir olumsuz sonucu yoksa, o zaman esaslılık araştırmasına da gerek yoktur, bkz. Atamer, CISG, s. 299; Ayrıca bkz. Schlechtriem, Schwenzer ve Schlechtriem, Art. 25, No. 9.

464 Schlechtriem, Schwenzer ve Schlechtriem, Art. 25, No. 7 vd.; Mü-Ko/Huber, P, Art. 25, No. 6 vd.; Atamer, CISG, s. 297; Erdem, ss. 73-74.

465 Atamer, CISG, s. 300.

tarafın, sözleşmeye ilişkin beklentileri ile elde ettiği şey yani fiili durum kıyaslanmaktadır. Bu sebeple öncelikle belirlenmesi gereken konular, menfaatleri ihlal edilen tarafın hangi beklentilerinin sözleşme uyarınca korunacağı ve bu beklentilerden önemli ölçüde yoksun kalıp kalmadığıdır[466].

Hangi menfaatlerin sözleşme uyarınca korunacağının tespiti için sözleşmenin yorumlanması gerekir. Böylelikle, tarafların ilgili yükümlülüğe nasıl bir önem atfettikleri ve ilgili yükümlülüğün mağdur olan tarafın hangi menfaatlerini korumaya hizmet ettiği belirlenmiş olur. Örneğin bir malın rengi konusunda açık bir düzenleme yapılmış ve bunun önemi de vurgulanmışsa, tarafların renk konusuna özel bir önem verdikleri sözleşmeden çıkarılabilir[467]. Bu halde, farklı bir renkte mal teslimi, sözleşmenin esaslı ihlali teşkil eder.

İhlalin esaslı olduğunun kabulü için aranan bir diğer koşul, sözleşmeyi ihlal eden tarafın, yükümlülük ihlalinin bu tür bir sonucun doğumuna sebep olacağını öngörebilmesi ve aynı konum ve koşullardaki makul bir kişinin de bu sonucu öngörmesinin beklenmesidir. Öngörülebilirlik koşulunun esaslı ihlalin belirlenmesindeki rolü tartışmalıdır. Esasen karşı tarafın sözleşme uyarınca beklemekte haklı olduğu menfaatler ancak karşı tarafın öngörebileceği veya öngörmesi gereken menfaatlerdir[468]. Dolayısıyla öngörülebilirlik değerlendirmesi, zaten karşı tarafın beklemekte haklı olduğu menfaatler tespit edilirken yapılmaktadır. Bu durumda öngörülebilirlik kriteri, yalnızca ihlal edilen yükümlülüğün özel öneminin, ne sözleşmeden ne de sözleşme öncesi görüşmelerden anlaşılamadığı

---

466 Atamer, CISG, s. 300; Held, s. 101.

467 Sözleşmenin yorumlanmasında, sözleşme metni, taraflar arasındaki görüşmeler, aralarındaki alışkanlıklar, teamüller ve tarafların sözleşme kurulduktan sonraki davranışları ve önem taşıyabilecek diğer tüm hususlar dikkate alınacaktır, bkz. Atamer, CISG, ss. 300-301.

468 CISG m. 25'in hazırlanması aşamasında, maddenin ilk ifadesinde taraflardan biri aleyhine önemli bir olumsuzluğun doğması esaslı ihlal için yeterli sayılmış, bu olumsuzluğun, o tarafı sözleşmeden haklı olarak beklediği şeyden yoksun bırakması aranmamıştı. Esaslı ihlal için tamamen objektif bir değerlendirmenin yapıldığı bu halde, öngörülebilirlik kriteri, esaslı ihlal kavramına subjektif bir sınırlama getirdiği için önemliydi. Zira ancak bu şekilde her türlü olumsuz sonuç değil, yalnızca öngörülebilir olanlar esaslı ihlale sebep olmaktaydı. Ancak, "ilgilinin sözleşme uyarınca beklemekte haklı olduğu menfaatlerden önemli ölçüde yoksun kalması" şeklindeki ekleme ile, zaten bir sınırlama getirilmiştir. Zira bu koşulun gerçekleşip gerçekleşmediği araştırılırken, karşı tarafın bakış açısının dikkate alınması da zorunludur, bkz. Atamer CISG, s. 304.

hallerde önem taşır. Çünkü taraflar sözleşmede veya sözleşme görüşmelerinde, açıkça bir yükümlülüğün önemine değinmişlerse, bu yükümlülüğün ihlali her halde esaslı ihlal teşkil edecektir. Çünkü bu halde, öngörülebilirlik kriteri, "ilgilinin beklemekte haklı olduğu şeyden önemli ölçüde yoksunluk" araştırması yapılırken, araştırılmış olacaktır[469].

Ayıplı mal teslimi, CISG anlamında bir sözleşme ihlalidir. Bu sebeple ayıplı mal tesliminin esaslı ihlal teşkil ettiği hallerde alıcı sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Bununla birlikte CISG uygulamasında, sözleşmeye aykırı mal teslimi halinde ihlalin esaslı olup olmadığı belirlenirken CISG m.25'teki şartların yanı sıra mahkeme uygulaması ile de birtakım kriterler getirilmiştir. Buna göre, sözleşmeye aykırı mal teslimi halinde alıcının sözleşmeden dönebilmesi için, sözleşmeye aykırılığın **ciddi** olmasının yanı sıra, sözleşmeye aykırılığın **giderilmesi imkanı** ve sözleşmeye aykırı malın **başka türlü değerlendirilme imkanının** olup olmadığının da araştırılması gerekir.

Sözleşmeye aykırılığın ciddi olup olmadığının belirlenmesinde, malın kullanım amacı, kalite sapmasının boyutu, taraflarca kararlaştırılmış olan özel kullanım amacına uygunluk gibi hususlar dikkate alınır[470]. Örneğin, alıcıya teslim edilen kompresörler, örnek olarak gönderilenden daha fazla elektrik tüketmekte ve daha az soğutmakta ise, sözleşmeye aykırılık objektif olarak ciddidir. Ancak ayıbın objektif olarak ciddi olması, ihlalin esaslı olduğunun kabulü için yalnızca bir önkoşul olup her zaman tek başına yeterli olmayabilir. Çünkü bu şekilde bir ayıbın satıcı tarafından, alıcı için herhangi bir zorluk teşkil etmeksizin, kısa sürede giderilmesi imkanı varsa [471] , ihlal ciddi olmasına rağmen, artık esaslı olarak nitelendirilmeyecektir[472].

---

469 Atamer, CISG, s. 304; Schlechtriem, Schwenzer ve Schlechtriem, Art. 25, No. 14.

470 Atamer, CISG, s. 377.

471 Onarıma katlanmanın alıcıdan beklenebilir olması gerekir. Bunun belirlenmesinde CISG 48 f. 1'den yararlanılabilir. Buna göre, onarım makul olmayan bir gecikmeye sebep olmamalı ve alıcı açısından makul olmayan bir zahmeti beraberinde getirmemelidir, bkz. Atamer, CISG, s. 379; Sauthoff, s. 87; Ayrıca onarım sebebiyle malda önemli bir değer kaybı da meydana gelmemiş olmalıdır, bkz. Held, s. 60; CISG sisteminde, değiştirme hakkının kullanılması için de ihlalin esaslı olması şartı aranmaktadır. Bu sebeple, ayıbın giderilmesi imkanı kapsamında yalnızca onarım hakkının mı değerlendirilmesi gerektiği yoksa değiştirme hakkının da mı ayıbın giderilmesi imkanı kapsamında değerlendirilmesi gerektiği tartışmalıdır, ancak hakim görüş hem

Bunun gibi, ciddi bir sözleşmeye aykırılığın mevcut olduğu hallerde bunun giderilmesi mümkün olmasa bile, teslim edilen malın başka türlü değerlendirilmesi imkanı olup olmadığına bakılması gerekir[473]. Böyle bir halde yine alıcıya sözleşmeden dönemez ve uğradığı zararın tazminini talep eder[474].

c. Borçluya Sözleşmeye Aykırılığı Giderme İmkanı Tanınması

aa. Genel Olarak

Borçluya sözleşmeye aykırılığı gidermeyi teklif etme hakkı CISG m.34, 37 ve 48'de düzenlenmiştir. 34 ve 37. maddelerde malların ve belgelerin vadeden önce teslim edilmiş olması durumunda, 48. maddede ise vade tarihinin geçmiş olması durumunda, satıcının sözleşmeye aykırılığı gidermeyi teklif etme hakkı düzenlenmiştir. CISG m. 48 çerçevesinde, satıcı vade tarihi geçmiş olmasına rağmen sözleşmeye aykırılığı gidererek alıcının seçimlik haklarını kullanmasını engellemektedir. Bu düzenleme, satıcının, vade tarihinde sözleşmeye aykırı mal teslim etmesi halinde de uygulama alanı bulur[475].

CISG. m. 48/I uyarınca satıcı, alıcıyla hiçbir bağlantı kurmadan doğrudan sözleşmeye aykırılığı giderme yolunu seçebileceği gibi, m.48/II uyarınca önce alıcı ile bağlantıya geçerek, onun olurunu alarak da hareket edebilir. Birinci fıkrada

---

onarımın hem de değiştirme hakkının bu kapsamda değerlendirilmesidir, bkz. Held, s. 102 vd.; Schlechtriem, Schwenzer ve Müller-Chen, Art. 48, No. 15; Mü-Ko, Huber, P, Art. 48, No. 9-10.

472 Ancak işlemin kesin vadeli bir işlem olması veya alıcının satıcıya olan güveninin ciddi şekilde sarsılmış olması gibi alıcının sözleşmeden hemen dönmekte haklı bir menfaati varsa, ayıbın giderilmesi imkanının olup olmadığına bakılmaksızın alıcının dönme hakkına sahip olduğu kabul edilir, bkz. Schlechtriem, Schwenzer ve Müller-Chen, Art. 48, No. 15; Atamer, CISG, s. 399; Held, ss. 60-62.

473 Bu husus, ticari satımlarda önem kazanır. Çünkü ticari satımlarda, teslim edilen mal, sözleşmeye aykırı olsa bile, alıcının bu malı başka türlü kullanma imkanı olabilir. Örneğin, İsviçre Federal Mahkemesi, teslim edilen etin iyi kalitede olduğu ancak kararlaştırılandan daha yüksek yağ oranı içerdiği bir olayda, bu etin de piyasada alıcısı olduğu ve alıcının büyük bir zahmete katlanmadan bu eti satmasının mümkün olduğu gerekçesiyle, sözleşme ihlalinin esaslı olmadığına karar vermiştir, bkz. BG 28.10.1998, CISG-Online N.413, bkz. Atamer, CISG, s. 378; Sauthoff, s. 79 vd.; Ancak mesleki olarak işlenmek, kullanmak veya tüketilmek için alınan mallarda, alıcıdan malı tekrar satması ya da düşük kaliteli malı kullanması beklenemez, bkz. Held, s. 102; Schlechtriem, Schwenzer ve Müller-Chen, Art. 46, No. 25.

474 Atamer, CISG, ss. 399-400.

475 Schlechtriem, Schwenzer ve Müller-Chen, Art. 48, No. 4; Atamer, CISG, ss. 347-348.

öngörülen koşulların gerçekleşmesi halinde, alıcının oluru olmasa bile, satıcı sözleşmeye aykırılığı giderme hakkına sahiptir. Buna göre, satıcının aykırılığı gidermesi, alıcı için makul olmayan bir gecikmeye yol açmamalı ve alıcı için, makul olmayan zahmete veya onun tarafından yapılan masrafların satıcı tarafından karşılanmayacağı konusunda bir tereddüte sebep olmamalıdır.

Sözleşmeye aykırılığın giderilmesi sırasında doğacak tüm masraflar satıcı tarafından karşılanır. Bundan başka, satıcı alıcının sözleşmeye aykırılık sebebiyle uğradığı zararları da tazmin eder.

Satıcı, sözleşmeye aykırılığı giderme hakkını kullanıp sonuca ulaşırsa, alıcının sözleşmeye aykırılık sebebiyle sahip olduğu seçimlik hakları düşer. Satıcı, sözleşmeye aykırılığı giderme konusunda başarılı olamazsa, alıcı herhangi bir sınırlamaya tabi olmaksızın seçimlik haklarını kullanabilir[476].

CISG m. 48/II'ye göre, "Satıcı, alıcıdan, ifayı kabul edip etmeyeceğini kendisine açıklamasını talep ederse ve alıcı makul bir süre içinde bu talebe cevap vermezse, satıcı, talebinde gösterdiği süre içinde ifayı gerçekleştirebilir. Alıcı bu süre içinde, satıcının ifası ile bağdaşmayacak bir hukuki imkana başvuramaz." Satıcı birinci fıkraya göre sözleşmeye aykırılığı giderme hakkına sahip olmasa da, ikinci fıkra uyarınca giderme hakkını kazanabilir[477].

bb. Borçlunun Sahip Olduğu Sözleşmeye Aykırılığı Giderme Hakkının Alacaklının Dönme Hakkı ile İlişkisi

CISG m.48/I, satıcıya sözleşmeye aykırılığı giderme hakkını "49. madde saklı kalmak üzere" tanımıştır. Satıcının sözleşmeye aykırılığı giderme hakkının bu şekilde kaleme alınması, çeşitli tartışmalara sebep olmuştur.

Maddedeki ifade tarzından, alıcının sözleşmeden dönme hakkının mutlak önceliği olduğu şeklinde bir sonuca varmak mümkündür. Böyle bir sonuç kabul

---

476 Schlechtriem, Schwenzer ve Müller-Chen, Art. 48, No. 22-23; Atamer, CISG, s. 348 vd.

477 Buna karşılık azınlık görüşü, ikinci fıkranın, yalnızca 1. fıkranın somutlaştırılması amacına hizmet ettiği, bu sebeple birinci fıkradaki şartların gerçekleşmemiş olması halinde, alıcının kendisine yöneltilen beyana cevap vermemesi halinde, satıcının aykırılığı giderme hakkını kazanamayacağını savunmaktadır, bkz. Atamer, CISG, ss. 350-351.

edilirse, alıcının dönme hakkını kullanmak istediği durumlarda, satıcı artık sözleşmeye aykırılığı giderme hakkını kullanamayacaktır.

CISG sisteminde dönme hakkı, yalnızca esaslı bir ihlalin varlığı halinde tanınmıştır. Bu noktada, onarım veya değiştirme yoluyla kolayca giderilebilecek bir sözleşmeye aykırılığın, esaslı ihlal sayılıp sayılamayacağı sorunu doğar. Onarım veya değiştirme ile kolayca giderilebilecek bir aykırılık da esaslı sayılabiliyorsa, alıcının dönme hakkı önceliklidir. Kolaylıkla giderilebilen aykırılıklar, esaslı ihlal değildir denirse, alıcı dönme hakkını ancak satının sözleşmeye aykırılığı giderme hakkından sonra kullanabilir[478].

Bu konuda üç farklı görüş ileri sürülmüştür:

Bir görüşe göre, CISG m. 48/I öncelikle uygulanmalı ve bu hüküm uyarınca sözleşmeye aykırılığın giderilmesinin mümkün olması durumunda, ihlalin esaslı olmadığı kabul edilmelidir. Bu görüş, CISG.m.48'deki ön koşulları, CISG.m.49 uyarınca ihlalin esaslı olup olmadığının belirlenmesinde doğrudan değerlendirmeye almaktadır. Ancak bu görüşün kabulü halinde, CISG.m.48/I'deki , "CISG.m.49. madde saklı kalmak üzere" ifadesinin bir anlamı kalmamaktadır[479].

Bu konudaki bir diğer görüş, her zaman m.49'un öncelikle uygulanması gerektiğini savunmaktadır. Bu görüşe göre, ihlalin esaslı olup olmadığının belirlenmesinde m.48 f.1 hiç dikkate alınmamalı ve yalnızca ihlalin sonuçlarının ciddiyetine göre bir değerlendirme yapılmalıdır. Bu görüşün kabulü, satıcının düzeltme hakkını aşırı sınırlandırılmaktadır. Çünkü bu durumda satıcıya yalnızca esaslı olmayan ihlallerle sınırlı olarak bir düzeltme hakkı tanınmaktadır.

Bu konudaki uzlaştırıcı üçüncü görüş, ihlalin etkilerini ön plana almaktadır. İhlal başlangıçta çok ciddi değilse ve alıcının zaten dönme hakkı yoksa, bir problem yoktur; satıcının sözleşmeye aykırılığı giderme hakkını kullanması mümkündür. Buna karşılık, ihlalin sonuçlarının tek başına esaslılığı kabul etmeye yetecek kadar ciddi olduğu durumlarda, satıcının düzeltme hakkını kullanmak istemesi, bu ihlalin esaslı sayılmasını engelleyememelidir. Bu iki uç arasında kalan durumlarda ise,

---

478 Atamer, CISG, s. 352.

479 Atamer, CISG, s. 353.

esaslı bir ihlalin var olup olmadığının değerlendirilmesinde, sözleşmeye aykırılığın giderilmesi imkanının olup olmadığı dikkate alınmalıdır[480].

Uzlaştırıcı görüş, taraf menfaatlerini dengelediğinden bu görüşün yerinde olduğu kanaatindeyiz.

2. Tüketim Malları Yönergesinde Düzenleniş Biçimi

Tüketim malları Yönergesinde, ayıplı mal teslimi durumunda tüketiciye dört seçimlik hak tanınmıştır. Bunlar, onarım, değiştirme, bedel indirimi ve dönme hakkıdır. Ancak Yönergenin sistemine göre tüketici, malın ayıplı olması durumunda tercih ettiği herhangi bir hakka başvuramamaktadır. Tüketici, öncelikle malın ücretsiz onarımı veya yenisi ile değiştirilmesi haklarından birini kullanmalıdır. Tüketicinin indirim veya dönme hakkını kullanabilmesi için Yönergede düzenlenen şartlardan birinin gerçekleşmiş olması gerekir. Görüldüğü gibi Yönergede, ayıplı mal teslimi durumunda başvurulabilecek hukuki yollar kademeli olarak tanınmıştır[481].

Yönergede üç halde tüketicinin indirim veya dönme hakkını kullanabileceği ifade edilmiştir. Bu haller, tüketicinin onarım ve değiştirme hakkına sahip olmaması, satıcının onarım veya değiştirmeyi uygun bir süre içinde gerçekleştirmemesi ve onarım veya değiştirmenin tüketici için uygun olmayan sonuçlar doğuracak olmasıdır (Yönerge m. 3/V).

Tüketicinin, onarım veya değiştirme hakkını talep edemeyeceği hallerden ilki, bu hakların kullanılmasının imkansız veya orantısız olmasıdır. Bir hukuki yol, alternatif hukuki yollarla karşılaştırıldığında satıcıya uygun olmayan masraflar yüklüyorsa, orantısızdır. Bu hakkın, satıcıya aşırı masraf yükleyip yüklemediğinin tespitinde, malın ayıpsız halindeki değeri, sözleşmeye aykırılığın önemi ve tüketici için önemli derecede olumsuz bir durum olmaksızın alternatif hukuki yollara başvurma imkanının olup olmadığı dikkate alınır (Yönerge m. 3/III).

Bu durumda, onarım veya değiştirme hakkının kullanılması imkansız ise veya bu hakların kullanılması durumunda diğer alternatif hukuki yollara nazaran satıcı

---

480 Atamer, CISG, s. 354.

481 Zerres, s. 322; Höffe, s. 211 vd.

uygun olmayan masraflar yapmak zorunda kalacaksa, tüketici onarım veya değiştirme hakkını kullanamaz.

Bu halin dışında, onarım veya değiştirmenin uygun bir süre içinde yapılamaması halinde tüketici, bedel indirimi veya dönme hakkını kullanabilir. Yönergede bu durum, "Onarım veya değiştirme, tüketim malının türü ve tüketicinin tüketim malına ihtiyaç duymadaki amacı dikkate alındığında, uygun bir süre içinde ve tüketici için önemli derecede kabul edilemez bir durum olmaksızın gerçekleştirilmelidir (Yönerge m. 3/III)." şeklinde ifade edilmiştir. Bu düzenleme çerçevesinde, onarım veya değiştirmenin uygun bir süre içinde yapılamayacağının veya tüketici için uygun olmayan sonuçlar doğuracağının aşikar olduğu hallerde, tüketicinin bu hakları kullanmaksızın doğrudan indirim veya dönme hakkına başvurabilecektir[482].

Sözleşmeye aykırılığın önemsiz olduğu durumlarda da tüketici dönme hakkını kullanamaz. (Yönerge m.3/VI)

Bu düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde ortaya çıkan sonuç, dönme hakkının birkaç noktada sınırlandırılmış olduğudur. Buna göre, dönme hakkı ancak şu hallerde kullanılabilir: Önemli ayıplarda;

- Ayıbın onarım veya değiştirme hakkı ile giderilmesi mümkün değilse;
- Ayıbın onarım veya değiştirme hakkı ile giderilmesi mümkün ancak aşırı masrafı gerektiriyorsa;
- Ayıbın onarım veya değiştirme hakkı ile giderilmesi mümkün olmakla birlikte, ayıbın uygun süre içinde giderilemeyeceği veya giderilse bile tüketici için uygun olmayan sonuçlar doğuracağı aşikar ise,
- Ayıp uygun süre içinde giderilememiş veya onarım veya değiştirme hakkı, tüketici için uygun olmayan sonuçlara yol açmışsa,

tüketici dönme hakkını kullanabilir.

---

482 Erlüle, s. 428.

B. Ulusal Düzenlemelerde

1. İsviçre-Türk Hukukunda Düzenleniş Biçimi

a. Genel Olarak İsviçre-Türk Hukukunda Dönme Hakkına İlişkin Olarak Borçlar Kanununda Yer Alan Sınırlamalar

İsviçre-Türk Hukukunda dönme hakkını sınırlandırmak için farklı sözleşmeye aykırılıklarda farklı yöntemlere başvurulduğu görülmektedir. Temerrüt sebebiyle sözleşmeden dönme için kural olarak süre tayini gerekir (BK m.106). Eser sözleşmesinde iş sahibinin sözleşmeden dönmesi ihlalin önemli olması koşuluna bağlanmıştır (BK m.360). Kira sözleşmesinde de henüz ifa sürecine girilmemiş bir zamanda kiracının sözleşmeden dönmesi, ihlalin önemli olması şartına bağlanmışken, ifa sürecindeki kira sözleşmesinde önemli bir sözleşmeye aykırılığın ortaya çıkması halinde önce kiraya verene ayıbın giderilmesi için bir süre tanınması koşulu aranmaktadır (BK m.250)[483].

b. Ayıptan Doğan Dönme Hakkına İlişkin Borçlar Kanununda Yer Alan Sınırlamalar

aa. Mevcut Borçlar Kanununda Yer alan Sınırlamalar

BK m.202/I'de, malın ayıplı olması halinde alıcıya dönme ve bedel indirimi hakları arasında seçim hakkı tanınmıştır. BK m.202/II'de ise, halin icabının dönmeyi haklı göstermediği hallerde, hakime bedel indirimine karar verme yetkisi tanınmıştır[484].

Dönme hakkının sınırlandırılması amacıyla getirilmiş olan ve 6098 sayılı Kanunda da muhafaza edilen bu düzenleme, İsviçre-Türk Hukukuna özgü bir

---

483 Serozan, Dönme, s. 324 vd.

484 Tüketicinin satın aldığı mobilyalara ilişkin dönme hakkını kullandığı bir uyuşmazlıkta, yerel mahkemece, eşyalardaki ayıbın dönmeyi haklı göstermediği gerekçesiyle, bedel indirimine karar verilmiş; Yargıtay, yerel mahkeme kararını, "…Her ne kadar yasada "Tüketicinin sözleşmeyi sona erdirmesi, durumun gereği olarak haklı görülemiyorsa, bedelden indirim ile yetinilir." hükmü mevcut ise de somut olayda dava konusu edilen satıma konu eşya mobilya olup her zaman göz önünde bulunan ve umulan faydadan ziyade estetik amaçlı olarak kullanılması hedeflenen bir mal olduğundan tüketicinin ayıplı eşyanın görüntüsüne katlanmasını beklemek doğru değildir..." gerekçesiyle bozmuştur, bkz. 13. HD, 1.2.2005, E. 2004/12508, K. 2005/1188 (www.kazanci.com), Yargıtay kararında geçen ifade BK m.202/II'deki düzenlemedir.

düzenlemedir ve türünün tek örneğidir. Diğer hukuk sistemlerinde dönme hakkının, yalnızca esaslı ayıpların mevcudiyeti halinde tanınması veya dönme hakkının kullanılabilmesi için ayıbın giderilememesinin koşul olarak aranması gibi, daha çok maddi hukuka özgü sınırlandırmalar getirilmiştir[485].

Bu düzenlemede kullanılan yöntem ise, hukuk tekniği açısından farklıdır. Dönme hakkının kullanılması süre, esaslı olma gibi herhangi bir önkoşula bağlanmamış yani maddi hukuk alanında bir sınırlama getirilmeyerek, dönme ve bedel indirimi arasındaki seçim hakkı kural olarak korunmuş ancak hakime, satıcının lehine olarak müdahale etme imkanı tanınmıştır. **Bu düzenleme çerçevesinde alıcı her ne kadar seçim hakkına sahipmiş gibi görünse de, bu hak yalnızca şeklen mevcuttur.** Çünkü ayıp önemli olmadığı sürece, sözleşmeden dönme hakkı kullanılmış olsa bile, hakim daima bedel indirimine hükmedecektir. Cins satımının söz konusu olduğu hallerde ise, alıcının dönme hakkını kullanması üzerine hakim bedel indirimine hükmederse, alıcı, malın yenisi ile değiştirilmesi hakkını da kaybetmiş olacaktır[486].

Bu düzenleme irade özerkliği ilkesine de aykırıdır. Dönme hakkının bir önkoşula bağlanması, bu hakkın kullanımının sınırlandırılması açısından gereklidir ancak dönme hakkının kullanılamadığı hallerde hangi seçimlik hakkın kullanılacağı konusunda karar verme hakkı yine alıcıda olmalı, alıcı bu konuda özgür iradesiyle karar vermelidir[487]. Bu sebeplerle, doktrinde haklı olarak, bu hükmün Borçlar Kanunundan çıkarılarak dönme hakkının kullanılmasının ayıbın esaslı olması şartına bağlanması gerektiği ifade edilmektedir[488].

---

485 Bucher ve Buz, s. 173.

486 Bu hükmün, kanun koyucunun öngörmediği başka sonuçları da vardır; öncelikle bir dönme davasında hakime bedel indirimine karar verme hakkı tanındığı sürece, alıcıya da davasını değiştirme imkanı tanınmalıdır. Bundan başka, söz konusu hüküm, yargılama masrafları konusunda da alıcının mağduriyetine sebep olmaktadır, bkz. Bucher ve Buz, s. 175 vd.; Giger, Art 205, No.57; Honsell ise, alıcı dönme talep etmesine rağmen mahkeme bedel indirimine karar vermişse, dava masraflarının tümünün satıcıya yüklenmesinin haklı olmadığı, masrafların, davanın ne oranda kazanıldığı ve kaybedildiği dikkate alınarak paylaştırılması gerektiği görüşündedir, bkz. Basler Komm./Honsell, Art.205, N.7, s. 1175.

487 Atamer, CISG, s. 396, dp. 618.

488 Bucher ve Buz, s. 175; Atamer, CISG, s. 396, dp. 618.

Ancak 6098 sayılı Kanunda, alıcıya dönme, bedel indirimi, onarım ve değiştirme hakları arasında seçim hakkı tanınmış bununla birlikte yine Borçlar Kanununa paralel olarak dönmenin haklı olmadığı durumlarda, hakime dönme yerine bedel indirimine veya onarıma karar verme yetkisi tanınmıştır. Esasen doktrindeki eleştiriler çerçevesinde bu düzenlemenin tamamen kaldırılması daha doğru olurdu. Ancak kanunda bu hükmün korunması tercih edildiğinde de hakime, onarım ve indirim haklarının yanı sıra değiştirmeye karar verme hakkının da tanınması yerinde olurdu[489]. Kanunkoyucunun bu noktada CISG'deki sistemden etkilendiğini söylemek mümkündür. Bu sistemde alıcının dönme ve değiştirme haklarını kullanması aynı koşullara bağlanmıştır. Çünkü uluslararası ticari satışlarda, malların iade edilmesi ve yenilerinin gönderilmesi, oldukça maliyetli olmaktadır. CISG'deki sistem, uluslararası ticari satışların bu özelliği dikkate alınarak getirilmiştir. Oysa Tüketim malları yönergesine ve bu yönergeyi esas alan BGB'ye baktığımızda alıcının ve tüketicinin öncelikle kullanması gereken hakları onarım ve değiştirmedir[490]. Bu

---

489 Alman Hukukundaki düzenleme dikkate alındığında, değiştirme hakkı ve onarım hakkı, tali ifa (Nacherfüllung) başlığı altında bir arada düzenlenmiş ve aynı koşullara tabi tutulmuştur. Gerçekten somut olayın koşulları çerçevesinde, her iki seçimlik hak da sözleşmeyi ayakta tutma sonucunu hedeflemektedir. Örneğin, az bir masraf ve zamanla giderilebilecek bir ayıp söz konusu olduğunda, onarım hakkının seçilmesi yerindeyken, tüketiciyi mağdur edecek derecede uzun bir zamanda giderilebilecek ayıplarda, değiştirme hakkının kullanılması yerinde olurdu. Böylelikle her iki halde de taraflar arasındaki sözleşme ilişkisinin devamı sağlanmış olurdu. Kanunkoyucu, CISG'de benimsenen değiştirme hakkının da esaslı ihlallerde tanınması gerektiği görüşünden hareket etmiş olabilir. Önceki Borçlar kanununda, ayıp sebebiyle malın değerindeki azalma, satış parasına eşitse, alıcı yalnızca sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmekteyken (BK m.202/II), Tasarıda bu halde tüketiciye dönme veya değiştirme haklarından birini kullanma imkanı tanınması da bu yorumu desteklemektedir. Ancak daha önce de açıklandığı gibi, dönme hakkı ve değiştirme hakkı, nitelikleri itibariyle birbirinden farklı haklardır. Değiştirme hakkı, aynen ifa talebinin kılık değiştirmiş şekli olarak nitelendirilmektedir. Buna karşılık değiştirme hakkının kullanıldığı hallerde dönme hakkında olduğu gibi, nakliye masrafları söz konusu olmaktadır. Ancak ticari satımlarda önem taşıyan bu masraflar tüketici satımları veya ticari satımlar dışındaki diğer satımlar için büyük bir sorun teşkil etmez. Bundan başka değiştirme hakkında, dönme hakkında olduğu gibi bir tasfiye ilişkisi de söz konusu değildir. Bu sebeple, dönme hakkının sınırlandırılmasında hakime takdir hakkı tanıma yöntemi, benimsendiyse, hakimin onarım ve bedel indirimi haklarının yanı sıra değiştirme hakkına da karar verme yetkisi tanınması yerinde olurdu.

490 Rupert Doehner, **Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie**, Baden-Baden 2004, s. 219; Kanunkoyucunun dönme ve değiştirme hakkının kullanılmasını aynı koşullara tabi tutma iradesi, 6098 sayılı Kanunun 227/son maddesinden de anlaşılmaktadır. Bu düzenlemeye göre "satılanın değerindeki eksiklik satış bedeline çok yakın ise alıcı, ancak sözleşmeden dönme veya satılanın ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesini isteme haklarından birini kullanabilir.". Mevcut Borçlar Kanununda, alıcıya bu durumda yalnızca sözleşmeden dönme hakkı tanınmıştı.

sebeple ticari satışlar dışındaki satışlarda dönme hakkını kullanamayan alıcıya değiştirme hakkı tanınmasında bir sakınca bulunmamaktadır.

Hakimin hangi hallerde dönme yerine bedel indirimine karar vermesi gerektiği, Yargısal içtihatlarda net olarak ortaya konamamıştır, bu konuda oldukça az genellikle de eski tarihli kararlar vardır. Federal Mahkeme bir kararında[491], eşya kullanılamaz durumda ise veya yüksek onarım maliyetlerine rağmen ayıp tam olarak giderilemeyecekse, dönmenin haklı olduğuna karar vermiştir. Yargısal içtihatlarda, birahanede bozuk şarap verilmesi[492], bisikletin kötü demirden yapılmış olması[493], 1964 model yerine 1963 model araç teslim edilmesi[494] durumunda, dönme hakkının kullanılacağı kabul edilmiştir. Ayıp önemliyse veya alıcı için subjektif olarak önemli bir nitelik vaad edilmişse, indirim değil dönme hakkı kullanılır. Dönme hakkının kullanılması, satıcı için ölçüsüz zorluklar getirmemelidir. Dönme talebinin haklı bir sebep olmaksızın geciktirilmesi de BK m.202/II'nin uygulanmasına sebep olabilir[495].

bb. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Yer Alan Sınırlamalar

6098 sayılı Kanunun 227. maddesinde, alıcının seçimlik haklarını sınırlayan düzenleme şu şekildedir: "Satıcı, alıcıya aynı malın ayıpsız bir benzerini vererek ve uğradığı zararın tamamını gidererek seçimlik hakları kullanmasını önleyebilir.- Alıcının sözleşmeden dönme hakkını kullanması halinde, durum bunu haklı göstermiyorsa hakim, satılanın onarılmasına veya satış bedelinin indirilmesine karar verebilir. - Satılanın değerindeki eksiklik satış bedeline çok yakın ise alıcı, ancak sözleşmeden dönme veya satılanın ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesini isteme haklarından birini kullanabilir."

6098 sayılı Kanunda da dönme hakkının kullanılması bir önkoşula bağlanmamış ve eski düzenlemeye paralel bir biçimde, somut olayın koşullarının dönme hakkının kullanılmasını haklı göstermediği hallerde hakim tarafından onarım veya bedel indirimine karar verilebileceği düzenlenmiştir.

---

491 BGE 124 III 456 ff.

492 BGE 20, 499.

493 BGE 24 II 69.

494 BGE 94 II 35.

495 Basler Komm./Honsell, Art. 205, N.7, ss. 1174-1175.

Alıcının seçim hakkını kullanmasına getirilen en genel sınırlama, satıcıya; ayıpsız malın benzerini vererek ve alıcının uğradığı zararın tamamını gidererek seçimlik hakları kullanmasını önleme hakkı tanınmasıdır. Önceki Borçlar Kanununda bu hak başka yere gönderilmek suretiyle satılan mallar dışında tanınmışken, 6098 sayılı Kanunda bu konuda bir sınırlama yapılmamıştır. Günümüzün ulaşım imkanları dikkate alındığında, bu sınırlandırmanın kaldırılmış olması yerindedir. Önceki Kanun döneminde de doktrinde, bu sınırlamanın lafzına göre yorumlanmaması gerektiği, önemli bir külfet ve gecikme olmaksızın ayıpsız bir malın gönderilmesinin mümkün olduğu hallerde de satıcıya satılanı değiştirme hakkının tanınması gerektiği ileri sürülmüştür[496].

cc. Ayıp Sebebiyle Dönme Hakkının Kullanılmasının Haklı Olmadığını Tespite Yarayan Kriterler

Mevcut durumun dönme hakkının kullanılmasını haklı gösterip göstermediğinin tespiti için çeşitli kriterlerden hareket etmek mümkündür.

Mal ayıplı olmasına rağmen, alıcı bu malla sözleşme ile güttüğü amacı gerçekleştirme imkanına sahipse, BK m.202/II gereğince dönme hakkını kullanamaz. Örneğin, ayıplı olduğunu bilseydi bile yine o şeyi satın alacak olan alıcı, artık indirim ile yetinmek durumundadır. **Ticari satışlarda ise, mal ayıplı olmasına rağmen, alıcı tarafından kullanılabilecek durumdaysa veya alıcının** ayıplı satılanı başkasına satma imkanı varsa hakim, durumun gereklerinden hareketle dönme hakkı yerine bedel indirimine karar verebilir[497].

Dönmenin satıcı aleyhine oluşturacağı zarar ile alıcıya sağlayacağı yarar arasında açık bir oransızlık olup olmadığı da dönme hakkının kullanılmasında dikkate alınan kriterlerden biridir. Örneğin, mal alıcı için kullanılabilir durumda ve geri gönderme masrafları da çok ise veya özel sipariş olarak yapılmış olduğu için

---

496 Giger, Art. 206, No. 21; Tandoğan, Borçlar Özel, s. 199; Yavuz, Ayıptan Sorumluluk, s. 114.

497 Örneğin, fırıncıya satılan un veya deri imalatçısına satılan deriler, kararlaştırılmış nitelikten daha düşük olmakla birlikte, alıcı bu unu ve deriyi işleyerek, kendisinin olağan faaliyet sınırları içinde olan, ikinci kalite mal imalatında da bulunabilmekteyse, indirim yoluna gidilmesi, alıcının menfaatlerinin korunması bakımından yeterli olur, bkz. Yavuz, Borçlar Özel, s. 111.

başkası tarafından kullanılması mümkün olmayan bir mal söz konusu ise, hakim bedel indirimine hükmedebilir[498].

Satım konusu mal, vaad edilen niteliklere sahip değilse veya bu niteliklerde eksiklik varsa, alıcının dönme hakkını seçmesi kural olarak engellenmemelidir. Çünkü, böyle bir durumda alıcının söz konusu niteliklere özel bir önem verdiği, satım sözleşmesini bu niteliklerin varlığı koşuluyla akdettiği açıktır[499].

2. Alman Medeni Kanununda Düzenleniş Biçimi

Alman hukukunda da, ayıplı ifa halinde, alıcının sahip olduğu seçimlik haklar, ayıbın giderilmesi (Nacherfüllung), bedel indirimi, dönme ve zararın tazminidir. Ayıbın giderilmesi, onarım veya değiştirme şeklinde gerçekleştirilir. Dolayısıyla Alman hukukundaki ayıbın giderilmesi (Nacherfüllung) kavramı, Türk-İsviçre Hukukundaki onarım ve değiştirme haklarını kapsar. Giderilebilir bir ayıp söz konusuysa, alıcı kural olarak süre tayin ederek[500], öncelikle ayıbın giderilmesini talep etmelidir. Giderilebilir ayıplar için belirlenen sürenin faydasız geçmesi halinde, giderilemeyen ayıplarda ise süre belirlemeksizin doğrudan dönme veya indirim hakkı ve bu haklarla birlikte veya tek başına tazminat hakkı kullanılabilir.

BGB §323 Abs.1'e göre alıcı dönme hakkını kullanabilmek için bir süre tayin etmelidir. Buna karşılık Yönerge Art.3 Abs.5'e göre, tüketici, satıcının uygun bir süre içinde sorunu çözememesi halinde sözleşmeden dönebilir; yani Yönergeye göre tüketicinin bir süre tayin etmesi zorunlu değildir. Buna rağmen Alman Kanunkoyucusu, süre tayini zorunluluğunun Yönerge ile uyum içinde olduğu

---

498 Tandoğan, Borçlar Özel, s. 188; Yavuz, Borçlar Özel, s. 111.

499 Oser ve Schönenberger, Art. 205, No. 12; Yavuz, Borçlar Özel, s. 112

500 Süre tayininin gerekmediği istisnai haller BGB §440'da ve bu düzenlemenin atfıyla BGB §281 Abs.2 ve BGB §323 Abs.2'de düzenlenmiştir. Bu durumlar, borçlunun edimi ciddi ve kesin biçimde reddetmesi, iki tarafın menfaatlerinin karşılaştırılması durumunda tazminat taleplerinin derhal ileri sürülmesinin haklı olduğu özel durumlar (BGB §281 Abs.2), alıcının sözleşmedeki ifa menfaatinin edimin vaktinde ifasına bağlı olduğu hallerde borçlunun, edimi sözleşmede belirlenen zamanda veya belirli süre içinde yerine getirmemesi (BGB §323 Abs.2), satıcının, sonraki ifanın her iki türünü de BGB §439 Abs.3'e göre reddetmesi, alıcının hak ettiği ifa tarzının alıcıya uygun olmaması, alıcının hak ettiği tarzın başarısızlığa uğramasıdır. Bundan başka BGB §326 Abs.5'e göre sonraki ifa imkansız ise veya BGB §275 Abs.2 veya 3'e göer satıcının sonraki ifayı reddetme hakkı olması durumunda da süre tayinine gerek yoktur, bkz. Baemberger, Roth ve Faust, §437, No. 14.

algısına sahipti. Tartışma taslağında (Diskussionsentwurf) açıkça vazgeçtiği süre tayini zorunluluğunu, dönme hakkının kullanılmasında daha yüksek bir eşik oluşturmak için yeniden düzenledi. Hükümet taslağına göre (Regierungsentwurf), süre belirlenmesi zorunluluğu, tüketicinin durumunu kötüleştiren bir şey değildir, çünkü sürenin somutlaştırılması tüketicinin menfaatinedir. Alıcı süre tayinini ihmal ederse, duruma göre süre tayini gereksiz kabul edilebilir, en azından bundan önceki, süre tayinine bağlı olmayan sonraki ifaya ilişkin talep, uygun sürenin tayininde ölçü olarak dikkate alınabilir[501]. Doktrinde buna katılmanın mümkün olmadığı ileri sürülmektedir. Tüketicinin durumu bu düzenleme ile kötüleştirilmiştir, çünkü tüketici, uygun süreyi kendisi tanımamışsa, uygun bir sürenin geçmesinden sonra sözleşmeden dönemez. Süre tayini tüketiciyi, hükümet gerekçesinde belirtildiği gibi, sürenin uzunluğuna ilişkin güvensizlikten de kurtarmaz, çünkü tanınan süre de yalnızca uygun olması halinde bağlayıcıdır. Bu sebeple, alıcının süre tayin etmesine ilişkin kural, Yönergeye aykırıdır[502].

Şüpheli olan Alman Medeni Kanunundaki kuralın Yönergeye uygun olarak yorumlanıp yorumlanamayacağıdır. Yorum, yalnızca uygun bir boşluk varsa mümkündür, aksi halde hükmün yönergeye aykırı içeriği satış sözleşmesinin tarafları arasındaki ilişki için bağlayıcıdır. Çünkü yönerge 3. kişilere etkili değildir. Bununla birlikte BGB §323 Abs.2 Nr.3'te bu nitelikte bir boşluk mevcuttur. Bu düzenleme, yalnızca süre tayininin gereksiz olduğunu açıklamakla kalmaz, aynı zamanda alıcıya derhal dönme hakkı da tanır. BGB §323 Abs. 2 Nr.3'ün Yönergeye uygun yorumundan hareketle, tüketici satışlarında, tüketicinin sonraki süreyi tanımasının zorunlu olmadığı sonucuna varılmalıdır. Ancak yönergeye uygun bu yorum yalnızca tüketici satışları ile sınırlandırılmalıdır. Dolayısıyla tüketici satışlarında alıcının satıcıdan sonraki ifayı talep etmesi ile uygun bir süre başlamış olur; alıcı -süre tayinindeki gibi- ya sonraki ifanın bir türünü önceden belirler veya kararı satıcıya bırakır. Diğer satış sözleşmelerinde ise süre tayini zorunluluğu devam eder[503].

---

501 RegE, BT-Drucks 14/6040, s. 222.

502 Baemberger, Roth ve Faust, §437, No. 17; Doehner, Die Schuldrcechtsreform vor dem Hintergrund der Verbrauchergüterkauf-Richtlinie, 2004, s. 248 vd.; Mü-Ko/Lorenz Vor. §474 No. 20.

503 Baemberger, Roth ve Faust, BGB §437, No. 19, No. 21.

BGB §323 Abs.5 S.2'ye göre, yükümlülük ihlali yani ayıp önemsizse dönme hakkı kullanılamaz[504]. Önceki kanun döneminde, alıcı beklemekte haklı olduğu şeyi tam anlamıyla elde etmemiş olsa bile, önemsiz ayıba, "Kanunkoyucu önemsiz hukuka aykırılıklarla ilgilenmez" (minima non curat praetor) ilkesi gereğince katlanmak zorundaydı. Bir başka ifadeyle ayıbın önemsiz olması durumunda, satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğu yoktu. Alıcı, vaad edilmiş nitelikte bir eksiklik olmadıkça, ne dönme ne de bedel indirimi talep edebilirdi. Yeni düzenlemede ise alıcı önemsiz ayıp nedeniyle sözleşmeden dönemez ve ifa yerine tazminatı da isteyemez (BGB §281 Abs.1 S.3). Buna karşılık bedel indirimi hakkı ve ifaya eklenen tazminat ayıbın önemsiz olması halinde de istenebilir. Ayıbın önemsiz olması halinde de, edim ve karşı edim arasındaki bozulan denklik ilişkisi yeniden sağlanmalıdır, denklik ilişkisi yalnızca sözleşmeden dönme hakkı ile sağlanmaz, diğer seçimlik haklar da bu amaca hizmet eder[505]. Bu sebeple Alman Medeni Kanununda yapılan bu değişiklik yerinde olmuştur.

Hükmün anlamı, önemsiz durumlarda, satıcının sonraki ifa ile yükümlü olduğu ve bunu yerine getirmediği hallerde bile sözleşmeden dönmenin engellenmesidir. Önemsiz durumlar kavramı (Bagatellfaellen) ile alıcının ifa menfaatinin aslında zedelenmediği veya bir zorlukla karşılaşmaksızın giderilmesi mümkün ayıpların söz konusu olduğu durumlar kastedilir[506]. Bu duruma örnek olarak satın alınan aracın elektrik lambasının bozuk olması gösterilir[507].

Yeni Alman Medeni Kanununda da ayıbın ne zaman önemsiz olduğu, açıkça düzenlenmemiştir. Bu konuda eskiden olduğu gibi, ayıbın önemini, teamüllere ve

---

504 Serozan, Yeni Alman İfa Engelleri Hukuku, s. 238; Aynı şekilde kötü ifa halinde, edim yerine tazminat talep edilebilmesi için de yükümlülük ihlalinin önemli olması şartı aranır. Yükümlülük ihlalinin önemsiz olduğu hallerde alıcı edimin tamamı yerine tazminat talep edemez (BGB §281 Abs.1 Satz. 3). Ancak alıcı böyle bir durumda BGB §281 Abs.1 gereğince edimin yanında zararın tazminini talep edebilir. Önceki BGB §459 Abs.1 S.2 çerçevesinde, satıcının hilesi durumunda, önemsiz ihlallerin de ayıp teşkil edip etmeyeceği tartışmalı idi. Bunun lehinde olanlar, Önceki BGB §463'te hilenin ve nitelik vaadinin eş tutulmasını örnek göstermekteyken, bu görüşe karşı olanlar Önceki BGB §459'un bu tür bir eş tutmayı içermediğinden ve tarihi kökenlerinden hareket etmekteydi. Yeni düzenlemeye göre, BGB §323 Abs.5 S.2'nin hile durumunda da uygulanacağı kabul edilmelidir, bkz. Baemberger, Roth ve Faust, §437, No. 27.

505 Haas, Das neue Schuldrecht, V, 172.

506 RegE, BT-Drucks 14/6040, ss. 140, 187.

507 Baemberger, Roth ve Faust, §437, No. 26.

somut olayın koşullarına göre takdir eden Alman Federal Mahkemesi içtihatları geçerlidir. Ayıbın önemsiz olup olmadığının belirlenmesinde, önceki BGB §459 Abs.1 S.2 ve önceki BGB §634 Abs.3'e ilişkin yorumlara ve kararlara başvurulacaktır. Özellikle ayıbın kolay ve az bir ücretle giderilebilir olup olmadığı önem taşır. Yüksek Eyalet Mahkemesinin (OLG) bir kararında, ayıbın giderilme masraflarının satış bedelinin % 3'üne tekabül ettiği bir durumda ayıbın önemsiz olduğu kabul edilmiştir[508]. Alman Federal Mahkemesi içtihatlarına göre binek arabalarda yakıtın % 13 oranında daha fazla tüketiliyor olması, artan yakıt fiyatları ve çevre bilinci karşısında önemsiz bir ayıp olarak kabul edilemez[509]. Bununla birlikte, Alman Doktrininde, Alman Federal Mahkemesinin ayıbın önemsiz olduğuna ilişkin içtihadının, satıcının araçların yakıt tüketimine ve maksimum hızına ilişkin yanlış beyanları bakımından gözden geçirilmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Burada yakıt tüketiminde % 10 sınırının aşılması veya % 5'den daha az maksimum hıza ilişkin değerler, elbette önemlidir ancak aracın ticari değerini cüzi miktarda etkilemektedir. Bu değerlerin ayıbın önemi konusunda sınır kabul edilmesi, önceki Kanun döneminde önemsiz ayıplarda, ayıptan doğan hakların kullanılamaması ve böylelikle edimler arası denklik ilişkisindeki bozulmanın da düzeltilmeden kalması ile açıklanabilir. Yeni Kanunda indirim hakkı, ayıbın önemsiz olması durumunda da tanındığı için ve önemli olma yalnızca dönme hakkı konusunda önem taşıdığı için, önemsizlik sınırının, öncelikle alıcının menfaatlerinin ağır biçimde ihlal edildiği haller olarak belirlenmesinin, yerinde olacağı ifade edilmektedir[510].

Birden çok ayıp varsa, bu ayıplar birlikte değerlendirilmelidir, çünkü önemsiz sayılan bir tek ayıp, diğer ayıplarla bir araya geldiğinde önemli bir yükümlülük ihlali teşkil edebilir. Satıcının eşyaya ilişkin bir garanti üstlendiği hallerde, garanti üstlenilen konuda ortaya çıkan yükümlülük ihlalinin önemsiz olduğundan söz edilemez[511].

---

508 OLG Düsseldorf NJW RR 2004, 1060, 1061.

509 NJW 1996, 1337-1338.

510 Haas, Das neue Schuldrecht, V, No. 173; Palandt ve Putzo, §437, No. 23.

511 Baemberger, Roth ve Faust, §437, No. 26; İkinci el araç satımında, aracın model yılının sözleşmede belirlenmiş olması durumunda, bu belirlemenin BGB 434 I anlamında nitelik kararlaştırması teşkil ettiği; model yılının aracın değerinin belirlenmesinde etkili olması sebebiyle, satıcının yükümlülük ihlalinin önemsiz olduğuna dayanamayacağı, dolayısıyla

Ticari satışlarda ayıbın önemli olup olmadığı tek bir mala bakılarak değil, bütün ticari ilişkiye bakılarak değerlendirilmelidir. Bu sebeple tek satıştaki ayıp (Einzelgegenstaenden) yalnızca, ya ticaretin devamını önemli derecede zorlaştıracak nitelikteyse ya da girişimin değerini önemli ölçüde ihlal etmesi halinde dönme hakkı verir[512].

Alıcı, satım sözleşmesi ile ayıpsız bir malın teslimini talep etme hakkına sahip olduğu için, BGB §437 Abs.1 Nr.1 ve BGB §439'dan kaynaklanan ayıbın giderilmesi (Nacherfüllung) talebi, aynen ifa talebinin bir uzantısıdır. Asli ifa talebi ve sonraki ifa talebi birbirinden farklıdır. Hiç ifa etmeme durumundan farklı olarak ayıplı ifadaki özellik, satıcının önceden ifa denemesinde bulunması ve alıcının bu sebeple ayıplı malın maliki olmasıdır. Bu sebeple, ayıbın giderilmesi (sonraki ifa) talebi, BGB §439'un özelliklerine tabidir, BGB §442 ve BGB §445'teki hallerde ileri sürülemez ve BGB §438 Abs.1 Nr.3'e göre teslimden itibaren 2 yıl içinde zamanaşımına uğrar. Böylelikle ayıbın giderilmesi talebi, ayıpsız edime yönelmiş bir edim yükümlülüğünün sonucu olan ifa talebinin değiştirilmiş halidir[513].

III. TÜKETİCİ İŞLEMLERİNDE DÖNME HAKKININ SINIRLANMASI

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun tüketiciye ayıp sebebiyle başvurabileceği dört seçimlik hak tanımıştır. Tüketici bu dört seçimlik haktan istediğini kullanabilir.

Tüketicinin, kendisine tanınan seçimlik haklarından herhangi birine başvurma imkanı bulunur ve tüketici de bunlardan birini tercih ederse, satıcı onun tercih ettiği talebi yerine getirmekle yükümlüdür ve tüketiciyi başka bir seçeneği tercih etmeye doğrudan veya dolaylı olarak zorlayamaz[514]. Bu sebeple tüketici dönme hakkını kullanmışsa, satıcı bu talebe uymakla yükümlüdür. Ancak TKHK m.30 gereğince

---

alıcının süre belirlemek zorunda olmaksızın sözleşmeden dönebileceğine karar verilmiştir, bkz. OLG Nürnberg NJW, 2005, 2019-2020.

512 Baemberger, Roth ve Faust, §437, No. 28.

513 Frank Waeltermann, Die Maengelhaftung im neuen Schuldrecht, Münster 2003, ss. 45-46.

514 Zevkliler ve Aydoğdu, s. 126.

Borçlar Kanunundaki hükümler tüketici işlemlerinde de uygulanır. Bu sebeple 6098 sayılı Kanun çerçevesinde satıcının derhal değiştirme teklif ederek diğer seçimlik hakların kullanılmasını engelleme hakkı, tüketici işlemlerinde de uygulanacaktır. Bunun gibi, durumun dönme hakkının kullanılmasını haklı göstermediği hallerde hakime bedel indirimine (6098 s.Kanun kapsamında bedel indirimi veya onarıma) karar verme yetkisi tanıyan hüküm de, tüketici işlemlerinde uygulanacaktır. Ancak bu noktada durumun dönmeyi haklı gösterip göstermediği hususu, işlemin tüketici işlemi olduğu dikkate alınarak belirlenmelidir.

§9. TÜKETİCİNİN SAHİP OLDUĞU DÖNME HAKKININ MUHATABI

I. TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUNDA YER ALAN DÜZENLEME ÇERÇEVESİNDE DÖNME HAKKININ MUHATABI

Günümüzde ticaret hayatındaki zincirleme satım ilişkileri sonucu, tüketicinin karşı karşıya kaldığı satıcı, o malın ilk satıcısı değildir. Satıcılar, sattıkları malları genellikle, üreticiden veya başka satıcılardan (ara satıcılar) alırlar. Dolayısıyla satıcılar üretimleriyle hiçbir ilgileri olmayan ve nitelikleri hakkında bilgi sahibi de olmadıkları ve esasen bilgi sahibi olmalarının kendilerinden beklenemeyeceği malların satışında, tüketicilere karşı ayıp sebebiyle sorumlu olurlar. Bu sonuç esasen satıcının satım sözleşmesine taraf olmasının bir sonucudur. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun yürürlüğe girmesinden önce ayıplı mal sebebiyle tüketiciye karşı yalnızca satıcı sorumluydu. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile tüketiciye daha güçlü bir koruma sağlamak amacıyla; tüketicinin sahip olduğu, sözleşmeden dönme, malın ayıpsız misliyle değiştirilmesi, ayıp oranında bedel indirimi ya da ücretsiz onarım isteme haklarından, imalatçı-üretici, satıcı, bayi, acente, ithalatçı ve 10 uncu maddenin beşinci fıkrasına veya 10/B maddesinin dokuzuncu fıkrasına göre kredi verenlerin, ayıplı maldan ve tüketicinin bu maddede yer alan seçimlik haklarından dolayı müteselsilen sorumlu oldukları; ayıplı malın neden olduğu zarardan dolayı birden fazla kimse sorumlu olduğu takdirde bunların müteselsilen sorumlu olduğu düzenlenmiştir (TKHK m.4/III).

Ayıplı mal sebebiyle tüketiciye karşı sorumlu olan kişilerin kimler olacağı konusunda Avrupa Ülke Hukuklarında tek tip bir düzenleme bulunmamaktadır. Fransa, Belçika ve Lüksemburg hukuklarında alıcıya, satıcının yanı sıra sürüm zincirindeki diğer kişilere de başvurma imkanı tanınmaktayken, çoğu ülke, tüketicilere, üçüncü kişilere karşı doğrudan başvuru hakkı vermemiştir.

1993 yılında yayınlanan Yeşil Kitapta, tüketiciye, sadece üreticiye karşı, tali olarak ve sınırlı bazı seçimlik haklar için başvuru imkanı verilmesi teklif edilmiştir. Bu teklifte, tüketicinin, yalnızca satıcıya başvurusunun imkansız veya kendisinden beklenemez olduğu hallerde üreticiye başvurabileceği ve seçimlik haklardan yalnızca onarım ve değiştirmeyi talep edebileceği düzenlenmiştir[515].

1999/44 sayılı Yönergede ise, tüketiciye, satıcı dışındaki üçüncü kişilere doğrudan başvuru hakkı vermeyen ülkelerin çoğunlukta olması nedeniyle, buna ilişkin herhangi bir düzenleme yapılmamış; Yönergenin 12. maddesi ile Avrupa Topluluğu komisyonuna, 7.7.2006 tarihine kadar, üreticiye doğrudan başvuru hakkı verilmesi gerekip gerekmediği konusunda Avrupa Parlamentosu ve Konseyine bir rapor sunacağı düzenlenmiştir[516]. Ancak bu hususta bir rapor bugüne kadar sunulmamıştır.

TKHK m.4/III düzenlemesi ile Türk hukukunda hakim olan "sözleşmelerin nispiliği ilkesi" bertaraf edilmiştir. Nispilik ilkesine göre, sözleşmeden doğan ifa talepleri ve sözleşmeye aykırılık durumunda ortaya çıkan talepler, yalnızca sözleşmeye taraf olan kişiye karşı ileri sürülebilir, sözleşme tarafı olmayan kişiler, bu taleplerden sorumlu değildir[517]. Bu sebeple TKHK m.4/III hükmü, mukayeseli hukuktaki gelişmeler ışığında değerlendirildiğinde, sözleşme hukukunun ilkelerini ihlal eden ve amacı çok aşan bir düzenleme olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira sözleşmeye yabancı bir kişiye karşı, sözleşmeden dönme hakkının kullanılması veya bu kişiden bedel indirimi istenmesi, sözleşme hukukunun genel ilkelerine aykırıdır.

---

515 Atamer, TKHK m.4- Eleştiriler, s. 97.

516 Atamer, TKHK m.4- Eleştiriler, s. 97.

517 TKHK na ilişkin yasama faaliyetlerinde, nisbilik ilkesine aykırı bu düzenlemenin getirilmesinde, mukayeseli hukuktaki gelişmelerin etkili olup olmadığı konusunda bir bilgi bulunmamaktadır, bkz. M. Yeşim Atamer, "Tüketici Satım Sözleşmelerine İlişkin TKHK m.4- Eleştiriler ve Revizyon Teklifleri", **BATİDER,** 2007, C. XXIV, S.1, ss. 81-106, (TKHK m.4- Eleştiriler), s. 96.

Bunun gibi, tüketicinin bağlı kredi veren bankadan malın onarımını talep etmesi de uygulanabilir bir hüküm değildir. Bu sebeple, tüketicinin ayıp sebebiyle sahip olduğu hakların muhatabı belirlenirken, hangi haklar için kime başvurulabileceğinin iyi belirlenmesi gerekir[518].

TKHK m.4'teki düzenlemede, satıcı dışında, ayrıca 10 uncu maddenin beşinci fıkrasına veya 10/B maddesinin dokuzuncu fıkrasına göre kredi verenler, tüketicinin sahip olduğu seçimlik haklardan müteselsilen sorumlu tutulmuştur. TKHK m.10/V'e göre "Kredi verenin, tüketici kredisini, belirli marka bir mal veya hizmet satın alınması ya da belirli bir satıcı veya sağlayıcı ile yapılacak satış sözleşmesi şartı ile vermesi durumunda satılan malın veya hizmetin hiç ya da zamanında teslim veya ifa edilmemesi halinde kredi veren tüketiciye karşı satıcı veya sağlayıcı ile birlikte müteselsilen sorumlu olur."[519].

Söz konusu düzenlemede bağlı tüketici kredisi düzenlenmiştir[520]. Bağlı krediyi veren kurum, diğer sorumlular ile birlikte müteselsilen sorumludur. Bu

---

518 Tüketicinin seçimlik haklarının muhatabı belirlenirken, başvurulabilecek kişilerin çevresini daraltmak ve bu kişilere karşı ileri sürülebilecek talepleri azaltmak gerektiği yönünde bkz. Atamer, TKHK m.4- Eleştiriler, s. 97.

519 Kanunun 4822 sayılı Kanun ile değiştirilmeden önceki halinde, kredi kurumu, "belirli bir mal veya hizmetin sağlanması koşulu ile" kredi verilmiş olması durumunda da tüketiciye karşı sorumlu tutulmaktaydı. Bu düzenleme doktrinde haklı olarak eleştirilmiş; bu tür satımlarda, tüketici dilediği yerden önceden belirlenen malı satın aldığı, bu sebeple mal veya hizmetin kimden sağlanacağına müdahale etmeksizin yalnızca mal veya hizmeti zikreden kredi kuruluşunun sorumlu tutulmasının adalete uygun bir çözüm olmadığı ileri sürülmüştür, bkz. Oğuz Sadık Aydos, **Bağlı Kredi**, s. 125. TKHK da 4822 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle "belirli bir mal veya hizmetin sağlanması koşulu ile…" şeklindeki düzenleme, "belirli marka bir mal veya hizmetin sağlanması koşulu ile…" şeklinde değiştirilmiştir. Bu düzenleme de Direktifte öngörülen, "kredi veren ile satıcı veya sağlayıcı arasında, tüketici kredisinin kullanılacağı sözleşmeden önce bir sözleşmenin varlığı" koşulunu aramadığı için eleştirilmektedir, bkz. Oğuz Sadık Aydos, "Bağlı Kredi Verenin Ayıplı Mal Nedeniyle Sorumluluğu" Haluk Konuralp Anısına Armağan, C.III, Ankara 2009, S. 119-141 (Bağlı Kredi), ss. 125-126.

520 Bağlı tüketici kredisinin niteliği konusunda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmektedir Bu görüşler için bkz. Hasan Ozanoğlu, **Tüketicinin Korunması Açısından Taksitle Satım Sözleşmesi**, Ankara 1999, s. 107 vd.; Ancak bizim de katıldığımız görüşe göre, bağlı kredi sözleşmesi, üç taraflı sözleşme yapılanması şeklinde bir araya gelmiş kendine özgü bir sözleşmedir. Satım sözleşmesi ve para ödüncü sözleşmeleri birbiriyle sıkı bir bağlantı içindedir. Satım sözleşmesi, kredi sözleşmesi ve kredi verenle satıcı arasındaki çerçeve sözleşmenin kuruluşları sırasında, bu sözleşmelerdeki edimlerden birinin geçerli olarak doğmasını engelleyen bir sebep varsa, bu durum diğer edimin de geçerli olarak doğmasını engelleyecektir (genetik bağlılık). Bunun gibi sözleşmelerin devamı sırasında da, tarafların yerine getirmesi gereken

sebeple ayıplı mal teslimi halinde tüketici, bağlı kredi veren kuruma karşı da ayıptan doğan haklarını ileri sürebilecektir. Ancak, ayıptan doğan hakların niteliği gereği, alıcı bütün seçimlik haklarının hepsi için kredi verene başvuramaz. Örneğin, malın onarımını veya değiştirilmesini talep eden tüketicinin, kredi verene başvurmasının pratik bir önemi olmayacaktır. Ancak bedel indirimi veya dönme talep eden tüketici, kredi verene başvurarak, ödemeleri durdurma veya yaptığı ödemelerin iadesini isteyebilir. Bedel indirimi isteyen tüketici, indirilecek miktarın ödemediği taksit miktarını aşması durumunda, indirilecek miktara kadar ödediklerinin iadesini talep edecek; dönme halinde ise, BK m.205 çerçevesinde tasfiye olacak ve tüketici, ödemediği kısmı ödeme borcundan kurtulacak; ödediği kısmın ise iadesini talep edecektir [521].

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda alıcının, öncelikle satıcıya başvurması ve satıcıya karşı yapılan başvurunun sonuçsuz kalması, kredi verene başvurulması için bir koşul değildir. Alıcı, söz konusu haklar için doğrudan kredi veren kuruma başvurabilir[522].

II. TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUNDA DEĞİŞİKLİK YAPILMASINA İLİŞKİN TASARI TASLAĞI ÇERÇEVESİNDE DÖNME HAKKININ MUHATABI

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda değişiklik tasarı taslağında da, bu hususlar dikkate alınarak, malın ayıplı olması halinde tüketicinin, yalnızca yenisi ile değiştirme ve onarım haklarını doğrudan imalatçıya veya ithalatçıya karşı kullanabileceği hükme bağlanmıştır. Bu hükme göre, "…Ancak, ücretsiz onarım veya malın ayıpsız misli ile değiştirilmesi hakları imalatçı veya ithalatçıya karşı da kullanılabilir, bu hakların yerine getirilmesi konusunda satıcı, imalatçı ve ithalatçı müteselsilen sorumludur. İmalatçının veya ithalatçının, malın kendisi tarafından

edimlerin varlığı sürdürmesi, diğer tarafın edimin varlığına bağlıdır (yapısal bağlılık). Bağlı kredi ilişkisinde, her üç sözleşme arasında ekonomik, işlevsel ve hukuki anlamda bir bağlantı vardır. Satım sözleşmesi ile ödünç sözleşmesi arasında "ekonomik bütünlüğün" olmasının sonucu ise, alıcının satım sözleşmesinden doğan haklarını, kredi kullandıran bankaya karşı da ileri sürebilmesi ve taksitle satım sözleşmesine ilişkin hükümlerin, kredi sözleşmesine de uygulanabilmesidir. bkz. Ozanoğlu, s. 111 vd.

521 Ozanoğlu, ss. 133-134; Aydos, Bağlı Kredi, s. 134.

522 Ozanoğlu, ss. 134-135.

piyasaya sürülmesinden sonra ayıbın doğduğunu ispat edebildiği hallerde sorumluluğu söz konusu olmaz…" "Tüketicinin, ücretsiz onarım veya malın ayıpsız misli ile değiştirilmesi haklarından birini seçmesi durumunda bu talep, malın niteliği ve tüketicinin bu malı kullanma amacı dikkate alındığında, makul sayılabilecek bir süre içinde ve tüketici için ciddi sorunlar doğurmayacak şekilde gerçekleştirilmelidir. Her halükarda bu süre, talebin satıcıya, imalatçıya veya ithalatçıya yöneltilmesinden itibaren otuz günü geçemez. Aksi takdirde tüketici diğer seçimlik haklarını kullanmakta serbesttir.".

Nitelikleri gereği yalnızca onarım ve değiştirme hakkı üretici ve ithalatçıya karşı kullanılabilecek haklardır. Üretici ile tüketici arasında bir sözleşme ilişkisi olmadığından, tüketicinin üreticiye karşı dönme veya bedelde indirim haklarını kullanması düşünülemez. Çünkü tüketici, üreticiye bir ödemede bulunmamıştır. Buna karşılık, üretici, malı üreten ve o malı gereği gibi onarabilecek kişi olduğundan ve onarım ve yenisi ile değiştirme hakkının üreticiden istenmesi anlamlıdır [523] . Dolayısıyla tasarı taslağındaki düzenleme bu yönden isabetlidir.

Esasen burada, tüketicinin ayıp hükümleri çerçevesinde imalatçı ve ithalatçıya karşı ileri sürebileceği haklar ile garanti hükümleri çerçevesinde yine aynı kişilere karşı ileri sürebileceği haklar arasında paralellik kurulmuştur. Tüketici dilerse ayıp hükümleri çerçevesinde, dilerse garanti hükümleri çerçevesinde imalatçıdan veya ithalatçıdan onarım veya değiştirme talep edebilir.

Tasarı taslağında ayrıca, imalatçının veya ithalatçının, ayıbın malın kendisi tarafından piyasaya sürülmesinden sonra doğduğunu ispat edebildiği hallerde sorumlu olmayacakları da hükme bağlanmıştır. Böylelikle üretici yalnızca, kendi sorumluluk alanında doğan ayıplardan sorumlu tutulmuş olmaktadır. Bu halde, piyasaya ayıplı mal sürülmesi ile ayıp sebebiyle tüketicinin ifa menfaatinin zedelenmesi arasında illiyet bağı vardır. Üreticinin piyasaya ayıplı mal sürmesi şeklindeki hukuka aykırı fiili, üreticinin sözleşmesel sorumluluğuna yol açmaktadır. Bu kapsamda üretici, yalnızca malın objektif olarak sahip olması gereken veya ambalajında, etiketinde, kullanma klavuzunda veya reklam ve ilanlarında yer alan özellikleri taşımaması halinde ayıptan sorumludur. Çünkü bu ayıplar üreticinin

---

523 Atamer, TKHK m.4-Eleştiriler, s. 99.

sorumluluk alanında doğmuştur. Üretici, satıcının mala ilişkin olarak yaptığı ek vaatlerden sorumlu tutulamaz[524].

TKHK tasarı taslağı m.14/ XVIII ile, "Tüketici kredisinin münhasıran belirli bir malın veya hizmetin tedarikine ilişkin bir sözleşmenin finansmanı için verildiği ve bu iki sözleşmenin objektif açıdan ekonomik bir birlik oluşturduğu hallerde bağlı kredi sözleşmesi söz konusu olur. Ekonomik birliğin varlığı;

a) Satıcı veya sağlayıcının tüketici için krediyi finanse ettiği,

b) Üçüncü bir tarafça finanse edilmesi durumunda kredi verenin kredi sözleşmesinin imzalanması veya hazırlanması ile ilgili olarak satıcı veya sağlayıcının hizmetlerinden yararlandığı veya belirli bir mal veya hizmetin verilmesinin kredi sözleşmesinde açıkça belirtildiği,

durumlarda kabul edilir."

TKHK Tasarı Taslağı m.14/XX ile "Bağlı kredilerde, malın veya hizmetin hiç ya da gereği gibi teslim veya ifa edilmemesi halinde satıcı, sağlayıcı ve kredi veren tüketicinin satım sözleşmesinden dönme veya bedel indirimi hakkını kullanması halinde müteselsil olarak sorumludur. Ancak, kredi verenin sorumluluğu kullanılan kredi miktarı ile sınırlıdır. Kredi veren ile müteşebbis arasındaki rücu ilişkisi saklıdır." hükmü getirilmiştir.

524 Atamer, TKHK m.4-Eleştiriler, ss. 98-99.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

TÜKETİCİNİN AYIPLI MAL NEDENİYLE SÖZLEŞMEDEN DÖNME HAKKININ KOŞULLARI

§10. AYIPLI MAL NEDENİYLE SÖZLEŞMEDEN DÖNME HAKKININ KOŞULLARI

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında satıcının ayıplı mal sebebiyle sorumlu tutulabilmesi için bazı maddi ve şekli koşulların gerçekleşmesi gerekir. Maddi koşullar, yalnızca lüzumlu vasıflar yönünden önem taşır. Çünkü zikir ve vaad edilen ayıplar açısından, satıcının zikir ve vaad ettiği niteliğin satılan malda olmaması ile maddi koşullar oluşmuş sayılır. Ancak şekli koşullar, her iki tür ayıp yönünden de sorumluluğun şartıdır[525].

Tüketicinin ayıptan doğan hakları kullanabilmesi için gerekli olan maddi koşullar; satılanın ayıplı olması, bu ayıpların en geç yarar ve hasarın intikali anında mevcut olması, ayıbın esaslı olması olarak ifade edilmektedir[526]. Bu koşullar, ayıp sebebiyle dönme hakkının kullanılmasında da aranır, ancak dönme hakkının kullanılabilmesi için ayıbın esaslı olması yeterli değildir, ayrıca ayıbın tüketiciden sözleşmeye devamı beklenmeyecek derecede önemli olması gerekir.

I. MADDİ KOŞULLAR

A. Ayıp Sayılan Bir Eksikliğin Varlığı

1. Mevcut Düzenleme

Yukarıda da ifade edildiği gibi ayıba karşı tekeffül borcu, lüzumlu vasıflardaki ayıp sebebiyle veya zikir ve vaad edilen niteliklerdeki ayıp sebebiyle ortaya çıkabilir. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun da BK m.194'ten hareketle yapılan bu ayrımı benimsemiştir. Buna göre, zikir ve vaad edilen niteliklerdeki ayıp

---

525 Zevkliler ve Aydoğdu, s. 110 vd.

526 Yavuz, Ayıptan Sorumluluk, s. 43.

TKHK m.4'te "Ambalajında, etiketinde, tanıtma ve kullanma klavuzunda ya da reklam ve ilanlarda yer alan veya satıcı tarafından bildirilen nitelik veya niteliği etkileyen niceliğine aykırılık" olarak, lüzumlu vasıflardaki ayıp, "…standardında veya teknik düzenlemesinde tespit edilen nitelik veya niteliği etkileyen niceliğine aykırı olan ya da tahsis veya kullanım amacı bakımından değerini veya tüketicinin ondan beklediği faydaları azaltan veya ortadan kaldıran… eksiklikler" olarak ifade edilmiştir.

Bu düzenlemede ifade edildiği gibi lüzumlu vasıflardaki ayıp, "standardında veya teknik düzenlemesinde tespit edilen nitelik veya niceliğe aykırılık" şeklinde de ortaya çıkabilir. Standart tanımı, 4822 sayılı Kanunla yapılan değişikle kanundan çıkarılmıştır. Ancak 4077 sayılı Kanunun değişiklikten önceki halinde ve 4703 sayılı kanunda "Standart: Üzerinde mutabakat sağlanmış olan, kabul edilmiş bir kuruluş tarafından onaylanan, mevcut şartlar altında en uygun seviyede bir düzen kurulmasını amaçlayan, ortak ve tekrar eden kullanımlar için, sembol, ambalajlama, işaretleme, etiketleme ve uygunluk değerlendirmesi işlemleri hususlarından biri veya birkaçını belirten ve uyulması ihtiyari olan düzenleme"dir. Teknik düzenleme ise TKHK m.3/o'da "Bir ürünün ve hizmetin, ilgili idari hükümler de dahil olmak üzere, özellikleri, işleme ve üretim yöntemleri, bunlarla ilgili terminoloji, sembol, ambalajlama, işaretleme, etiketleme ve uygunluk değerlendirilmesi işlemleri hususlarından biri veya birkaçını belirten ilgili Bakanlık tarafından Resmi Gazetede yayımlanarak mecburi uygulamaya konulan standartlar dahil olmak üzere uyulması zorunlu olan her türlü düzenleme" olarak tanımlanmıştır.

Standart, ihtiyari olan standart anlamındayken, Teknik düzenleme, zorunlu olan her türlü düzenlemeyi, özellikle zorunlu standardı ifade etmektedir. Standart, ihtiyari standart anlamına geldiği için, düzenlemenin, lüzumlu vasıflardaki ayıba karşılık gelen kısmında, standart ifadesinin yer almaması yerinde olurdu. Zira satıcı yalnızca zikir ve vaad etmişse, malın ihtiyari olan standarda uygun olmamasından sorumludur ki bu durumda lüzumlu vasıflardaki ayıp olarak değil, zikir ve vaad edilen vasıflardaki ayıp olarak nitelendirilir[527].

[527] Zevkliler ve Aydoğdu, s. 111.

TKHK m.4'te de açıkça ifade edildiği gibi maldaki ayıp maddi olabileceği gibi hukuki veya ekonomik de olabilir. Bu sınıflandırmanın, satıcının ayıp sebebiyle sorumlu olup olmamasına ilişkin olarak bir etkisi yoktur. Yalnızca ortaya çıkan durumun ayıp olup olmadığının belirlenmesinde kolaylık sağlar.

Alıcı, satım konusu malı kabul etmişse, malın hasarın intikali anında ayıplı olduğunu ispat etmekle yükümlüdür. Çünkü malın, ihtirazi kayıt ileri sürmeksizin kabul edilmesi durumunda ayıpsız olduğu varsayılır[528]. Ancak alıcı, ayıp iddiası sebebiyle ihtirazi kayıt ileri sürmüşse, malın ayıpsız olduğunu ispat yükü satıcıdadır[529]. Alıcının sözleşmeye aykırılık sebebiyle malı reddetmesi durumunda ise, ayıp hükümleri değil, hiç ifa etmemeye ilişkin hükümler uygulanır.

2. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Değişikliğe İlişkin Tasarı Taslağındaki Düzenleme

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da değişikliğe ilişkin tasarı taslağında "Satıcı malı satım sözleşmesine uygun olarak tüketiciye teslim etmekle yükümlüdür. Sözleşmeye konu malın tüketiciye teslimi anında, taraflarca kararlaştırılmış olan örnek ya da modele uygun olmaması veya objektif olarak sahip olması gereken özellikleri taşımaması halinde sözleşmeye aykırı, dolayısıyla ayıplı olduğu kabul edilir. Özellikle;

a) Ambalajında, etiketinde, tanıtma ve kullanma kılavuzunda, reklam ve ilanlarında yer alan,

b) Satıcı tarafından bildirilen veya teknik düzenlemesinde tespit edilen niteliğe aykırı olan,

c) Normal olarak aynı cins malların kullanım amacına uygun olmayan,

ç) Tüketicinin makul olarak beklediği faydaları azaltan veya ortadan kaldıran,

maddi, hukuki veya ekonomik eksiklikler içeren mallar ayıplıdır." hükmü yer almaktadır.

---

528 von Tuhr ve Escher, ss. 32-33; Bucher, OR BT, 93.

529 Basler Komm./Honsell, Art. 197, No. 12.

Sözleşmede kararlaştırılmış özellikler kavramına, tarafların üzerinde açıkça anlaşmış oldukları niteliklerin yanı sıra, bir malın objektif olarak sahip olması beklenen asgari özellikleri de dahildir. Bu özelliklerin taraflar arasında zımnen kararlaştırılmış olduğu kabul edilir. Malın ambalajında, etiketinde, tanıtma ve kullanma klavuzunda veya reklam ve ilanlarında yer alan niteliklerin de, taraflarca kararlaştırılmış olduğu kabul edilmektedir. Çünkü, kamuya yapılmış olan bu bildirimlerin, satıcı ve alıcı tarafından bilindiği ve bu bilgi ışığında sözleşmenin kurulduğu varsayılmaktadır.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da değişiklik tasarı taslağı ile yapılmak istenen bir diğer değişiklik, malın montajının satıcı tarafından veya onun sorumluluğu altında gerçekleştirildiği durumlarda, malın gereği gibi monte edilmemesinin de sözleşmeye aykırı ifa olarak kabul edilmesidir. Değişiklik tasarı taslağına göre, malın ayıplı olup olmadığı, tüketiciye teslim edildiği ana göre belirlenir. Ancak monte edilmeden satılan mallarda, satım konusu şey, tek tek monte edilmesi gereken parçalar olmayıp, bir bütün olarak alınmış eşyadır, örneğin bir dolaptır veya bir masadır. Bu sebeple, malın montajının, satıcı tarafından veya onun sorumluluğu altında başka bir kişi tarafından yapıldığı durumlarda, tek tek parçaların her biri ayıpsız olmasına rağmen, montaj sonrasında malın bütünü ayıplı ise, sözleşmeye aykırılık vardır. Bunun gibi, montajın tüketici tarafından yapılmasının kararlaştırılmış olduğu hallerde, yanlış montajın, montaj talimatındaki bir yanlışlık veya eksiklikten kaynaklanması durumunda da sözleşmeye aykırı bir ifa söz konusudur[530].

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da değişikliğe ilişkin tasarı taslağında, 1999/44 sayılı Yönergenin 5. maddesine paralel olarak, "Teslim anından itibaren altı ay içinde ortaya çıkan ayıpların, teslimde var olduğu kabul edilir. Bu karine, malın veya ayıbın niteliği ile bağdaşmıyor ise uygulanmaz." hükmü getirilmiştir. Tüketicinin ayıptan doğan haklarını kullanabilmesi, ayıbın teslim anında varolduğunu ispat etmesi koşuluna bağlıdır. Ancak özellikle malın ayıp nedeniyle hasar gördüğü veya telef olduğu durumlarda bu hususun ispatı oldukça zordur. Bu sebeple tasarı taslağında, teslimden itibaren 6 ay için ispat yükü ters

---

530 Atamer, TKHK m.4-Eleştiriler, s. 85.

çevrilmiştir. Satım konusu malda herhangi bir sorun varsa, bu sorunun 6 ay içinde ortaya çıkmasının hayatın olağan akışına uygun olduğundan hareketle, bu süre içinde malda herhangi bir bozukluk ortaya çıkması halinde, bu bozukluğun sebebinin teslim anında mevcut bir ayıp olduğu karine olarak kabul edilmiştir. Satıcı her zaman, bu karinenin aksini ispat ederek, ayıptan sorumlu olmaktan kurtulabilir[531]. Bununla birlikte taslakta, bu karinenin malın veya ayıbın niteliği ile bağdaşmadığı hallerde uygulanmayacağı da belirtilmiştir. Zira doğası gereği çabuk bozulan, çürüyen veya yok olan mallar için veya ayıbın tüketicinin kullanım hatasından doğmasının çok daha olası olduğu hallerde, satıcının ispat yükü altında olması hükmün amacını aşar. Bu sebeple bu hüküm gereğince hakim, malın veya ayıbın niteliğine göre, ayıbın teslim anında mevcut olduğuna ilişkin ispat yükünün tüketicide olduğuna karar verebilecektir[532].

B. Ayıbın Önemli Olması

Satıcının maldaki ayıptan sorumlu tutulabilmesi için ayıbın önemli olması bir unsur olarak aranmaktadır. Ancak bu unsur yalnızca lüzumlu vasıflar açısından aranmaktadır. Zikir ve vaad edilen özelliklerde eksiklik olması durumunda, ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun doğması için ayıbın önemli olması aranmaz[533].

Doktrinde GÜMÜŞ, ayıbın önemli olması kavramını, ayıbın esaslı olması şeklinde nitelendirmekte, ayıbın önemli olmasını farklı bir anlamda kullanmaktadır. GÜMÜŞ'e göre, ayıp nedeniyle alıcının sözleşmeye devam etmesinin kendisinden beklenemediği hallerde önemli ayıp söz konusudur[534].

Mevcut Yasal düzenleme çerçevesinde bakıldığında bu ayrım yerindedir. Çünkü ortada iki farklı durum mevcuttur. Ayıbın esaslı olması, alıcının ayıptan doğan haklarını kullanabilmesi için aranacak unsur iken, ayıbın önemli olması, hangi hakların kullanılabileceğinde belirleyici olmaktadır. Esaslı ayıp, sözleşme konusunun değerini veya kullanma elverişliliğini ortadan kaldıran veya önemli biçimde azaltan

---

531 Atamer, TKHK m.4-Eleştiriler, s. 88.

532 Atamer, TKHK m.4-Eleştiriler, s. 88.

533 Honsell, §10, s. 81; Huguenin, OR BT, No. 274.

534 Gümüş, s. 134.

ayıptır. Alıcının, ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kullanabilmesi için, ayıbın esaslı olması gerekir. Bununla birlikte ayıp esaslı olmakla birlikte, önemli değilse alıcı yine seçimlik haklara sahip olmakla birlikte, seçimlik haklarını kullanmasına sınırlama getirilmiştir. Borçlar Kanununda istisna sözleşmesinde ve satım sözleşmesinde, tekeffülden doğan dönme hakkının kullanılması için ayıbın belli bir ağırlıkta olması koşulunun arandığı görülmektedir. Borçlar Kanununun 202. maddesinin II. fıkrasına göre "Hakim, alıcının satılanı ret davası üzerine hal icabı satımın feshini muhik göstermiyorsa semenin tenzili ile iktifa edebilir." Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da ayıbın önemli olmasına ilişkin bir düzenleme olmamakla birlikte, Borçlar Kanunundaki düzenlemeler, TKHK m.30'un atfı gereğince tüketici işlemlerinde de uygulanır.

BK m. 194'te, satılanın değerini veya maksut olan menfaatini ortadan kaldıran veya önemli şekilde azaltan ayıplardan sözedilmektedir.

Ayıbın önemli olup olmadığı belirlenirken, tarafların iradeleri, ilgili çevrede hakim olan teamüller ve somut olayın özellikleri dikkate alınmalıdır. Fransız MK.m.1641'de, "satıcının… alıcının bilmesi durumunda satılanı hiç iktisap etmeyeceği ya da daha düşük satım parası ödeyeceği" ayıplardan sorumlu olduğu düzenlenmiştir. İsviçre-Türk hukukunda da bu kriterden yararlanılmaktadır[535]. Bu sebeple önlenemez küçük kalite eksiklikleri, kolay giderilebilir vasıf eksiklikleri, BK m.194 anlamında ayıp olarak kabul edilmez ve satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğuna yol açmaz[536]. Kolayca belirlenebilen ve çok cüzi bir masrafla giderilmesi mümkün olan ayıplar, önemli ayıp niteliğinde değildir. Önlenmesi mümkün olmayan küçük ölçüdeki kalite eksiklikleri, bir makinanın vidalarının eksik olması, yeni araçtaki küçük vernik kusurları ve kitabın bazı sayfalarının kıvrık olması önemli olmayan ayıplara örnek gösterilebilir[537].

Ancak kanaatimizce bu sonuç eleştiriye açıktır. Ayıbın önemli olup olmadığında kullanılan kriterlerin, alıcıya dönme ve bedel indirimi hakkı tanıyan durumlar olduğu göze çarpmaktadır. Dolayısıyla bu bakış açısı altında, ayıp

---

535 Yavuz, Ayıptan Sorumluluk, s. 75.

536 Tandoğan, Borçlar Özel, s. 173; Gümüş, s. 125.

537 Honsell, §10, s. 82; Basler Komm./Honsell, Art. 197, No. 13; Yavuz, Ayıptan Sorumluluk, s. 75.

önemliyse alıcı sözleşmeden dönebilir veya bedel indirimi talep edebilir. Ancak bu yaklaşımın, tekeffül teorisinin bir sonucu olduğu kanaatindeyiz. Oysa artık doktrinde ve yeni kodifikasyonlarda kabul gören teori ifa teorisidir. Bu teori kapsamında, alıcı ayıplı bir ifayı, ifa olarak kabul etmek zorunda olmadığı gibi, ayıplı ifayı kabul etmesi halinde ise, aynen ifa talebinin devamı niteliğinde olan onarım ve değiştirme haklarına sahip olmaktadır. Dolayısıyla önemsiz ayıplarda da satıcının tekeffül sorumluluğunun mevcut olduğu kabul edilmelidir. Çünkü ayıbın önemsiz olduğu hallerde de, edimler arasındaki denklik ilişkisi az da olsa bozulmaktadır. Ayıba karşı tekeffül hükümlerinin temel amacı da edimler arasındaki dengeyi yeniden sağlamaktır. Nitekim Alman Hukukunda yapılan reformdan sonra, önemsiz ayıpların varlığı halinde de satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğu kabul edilmiştir; ayıbın önemli olması yalnızca dönme hakkının ve ifa yerine tazminatın istenmesi konusunda bir koşul olarak aranmaktadır (BGB §437/I, Nr.2-3; BGB §281/I). Dolayısıyla Alman Hukukunda önemsiz ayıplarda da alıcı, onarım, değiştirme ve bedel indirimi haklarına sahiptir. Ancak mevcut düzenleme çerçevesinde, ayıbın belirli bir ağırlıkta olması, ayıp sorumluluğunun bir koşulu olmaktadır.

Önceki Alman Medeni Kanunu §459 Abs.1 S.2'de, önemsiz ayıplar, ayıp kavramının dışında tutulmaktaydı, ayıbın önemsiz olması halinde alıcının herhangi bir hakkı yoktu. Reformdan sonra ayıbın önemli olması, ayıptan sorumluluğun şartı olmaktan çıkarılmıştır. Yeni düzenlemede, olması gereken nitelikten uzaklaşma önemsiz de olsa, bu durum ayıp teşkil eder. Bu durum, nitelik vaadi için daha önce de bu şekildeydi. Reformla birlikte ayıp ve vaad edilen niteliklerdeki eksiklik arasındaki fark kaldırıldığı için, ayıbın önemli olup olmamasına ilişkin değişiklik de zorunlu hale gelmiştir[538].

Bu değişiklikle birlikte artık ayıbın önemsiz olması halinde de satıcının tekeffül sorumluluğu mevcut olmakla birlikte alıcının hakları sınırlandırılmıştır. Buna göre, ayıbın önemsiz olması halinde alıcı dönme ve edimin tamamı yerine tazminat haklarını kullanamayacak yalnızca sonradan ifa, bedel indirimi ve ifaya eklenen tazminat talep etme haklarını kullanabilecektir. Alıcı öncelikle ayıbın giderilmesi talebine sahiptir. Bundan sonra -kural olarak başarısız geçen bir süreden

538 Haas, Das neue Schuldrecht, V, No. 130.

sonra-, indirim hakkı ve ifaya eklenen tazminat hakları vardır. Küçük ayıplarda alıcı yalnızca ifaya eklenen tazminat isteyebilir, edimin tamamı yerine tazminat isteme hakkı (BGB §281 Abs.1 S.3) yoktur. Önemsiz ayıplarda, yükümlülük ihlali önemli olmadığı için dönme hakkı da yoktur (BGB §323 Abs. 5 S.2). Çünkü önemsiz bir ayıp sebebiyle sözleşmenin ortadan kalkması, orantısız olurdu. İfa yerine tazminat ile de ekonomik açıdan, dönme ile elde edilen sonucun aynısına ulaşıldığı için, önemsiz ayıplarda ifa yerine tazminat talep etme hakkı da yoktur[539].

Doktrinde geçici ayıpların da önemli ayıp niteliğinde olmadığı ifade edilmektedir [540] . Ancak bu görüşün kabulü halinde, tüketiciye onarım hakkı tanınmasının hiçbir anlamı kalmayacaktır, çünkü onarım hakkının kullanıldığı her durumda, maldaki ayıp geçici niteliktedir. Bu sebeple, geçici nitelikteki ayıpların önemli ayıp olduğu kanaatindeyiz.

C. Ayıbın Hasarın İntikali Anından Önce Mevcut Olması

Ayıba karşı tekeffül borcunun doğması için, ayıbın malın yarar ve hasarının alıcıya geçtiği anda varolması gerekir. İsviçre-Türk Borçlar Kanununda, buna ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak satıcının yalnızca hasarın geçmesi anına kadar satılanda mevcut olan ayıplar sebebiyle sorumlu olduğu Alman Medeni Kanununda açıkça düzenlenmiştir[541]. BGB §434 Abs.1'de açıkça yer verilen bu koşul, bizim hukukumuz bakımından da kabul edilmektedir.

1999/44 tarihli Yönergede, hasarın geçme anı konusunda bir düzenleme olmamakla birlikte, satıcının, malın tüketiciye teslimi anında var olan ayıplardan sorumlu olacağı düzenlenmiştir(m.3/1). Bu düzenleme çerçevesinde, malın teslimi anına kadar oluşan hasara satıcı katlanacağından, Yönergede de, açıkça düzenlenmemiş olmakla birlikte, hasarın intikali anının, malın teslimi olarak belirlendiği görülmektedir[542].

---

539 Haas, Das neue Schuldrecht, V, No. 131; Bamberger ve Roth, §434, No.3; Önceki hukuktan farklı olarak, önemsiz ayıplarda alıcının haklarının sınırlandırılması, şimdi hukuki ayıplarda da geçerlidir, bkz. Haas, V, No. 132, s. 196.

540 Yavuz, Ayıptan Sorumluluk, s. 75.

541 CISG m. 36/I'de de satıcının, hasarın alıcıya geçmesi anında mevcut olan ayıplardan, bu ayıplar daha sonra ortaya çıkmış olsa bile sorumlu olacağı düzenlenmiştir.

542 Atamer, TKHK m.4-Eleştiriler, s. 86.

Türk-İsviçre hukukunda ise hasar ve yararın, alıcıya geçme anı, satışın türüne göre farklılık gösterir. Parça satışında hasar sözleşmenin akdedilmesi ile geçmekteyken, cins satışında malın ayrılması veya gönderme anında geçmektedir[543]. Bununla birlikte 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile bu durum değişmiştir. Kanunun 208/I. maddesine göre, "Kanundan, durumun gereğinden veya sözleşmede öngörülen özel koşullardan doğan ayrık haller dışında, satılanın yarar ve hasarı taşınır satışlarında zilyetliğin devri, taşınmaz satışlarında ise tescil anına kadar satıcıya aittir."

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Tasarısı Taslağı'nda da malın, tüketiciye teslimi anında gereken özellikleri taşımaması halinde ayıplı olduğu kabul edilmiştir. Bu taslak çerçevesinde malın ayıplı olup olmadığı, malın tüketiciye teslim edildiği ana göre belirlenecektir. Bu düzenleme ile, BK m.183'ten farklı olarak, tüketici satımlarında hasar ancak malın teslimi ile tüketiciye geçmektedir[544]. Bu durumda, tüketici satımları açısından, satıcının işyerinde teslim alınan mallar dışında, her halde gönderilecek değil, götürülecek borcun mevcut olduğu kabul edilecek, mal tüketicinin adresine ulaşana kadar ortaya çıkan bozukluklardan satıcı sorumlu olacaktır[545].

Malın teslimi, zilyetliğin devri şekillerinden biridir. Teslimden başka, o mal üzerinde iktidari sağlayan araçların teslimi, malın yeni zilyedin fiili hakimiyetine bırakılması, kişinin temsilcisine teslim, hükmen teslim, zilyetlik havalesi, malı temsil eden senetlerin teslimi de zilyetlik devrini sağlar[546]. Bu durumda Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda değişikliğe ilişkin kanun tasarısı taslağındaki düzenleme, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunundaki düzenlemeye göre tüketicinin lehinedir, çünkü 6098 sayılı Kanuna tabi sözleşmelerde hasar, zilyetliğin teslim

---

543 Basler Komm./Honsell, Art. 197, No. 11.

544 Atamer, TKHK m.4-Eleştiriler, s. 86.

545 Atamer, TKHK m.4-Eleştiriler, s. 86; Alman Medeni Kanununda da, gönderme borcunun söz konusu olduğu durumlarda, edim hasarının malın ilk bağımsız taşıyıcıya teslimi ile alıcıya geçeceğini kabul eden BGB §447'nin tüketici satımlarında uygulanmayacağı kabul edilmiştir. Böylelikle Alman Hukukunda da, tüketici satımı söz konusu olduğunda, taşıma sırasında malın uğradığı hasara her halükarda satıcı katlanacaktır.

546 Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, s. 62 vd.; Şeref Ertaş, **Eşya Hukuku**, Ankara 2008, No. 2232 vd.

dışındaki şekillerden biriyle devredildiğinde de alıcıya geçmekteyken, TKHK tasarı taslağına göre yalnızca teslimle geçmektedir.

Ayıbın hasarın intikalinden önce mevcut olması gerektiğine ilişkin bu kural hem malın lüzumlu nitelikleri için hem de vaad edilen niteliklerinde geçerlidir. Bu sebeple, geleceğe ilişkin olguların BK m.194 anlamında nitelik vaadi teşkil etmeyeceği ifade edilmektedir. Geleceğe ilişkin vaadler, bir garanti taahhüdünün konusunu teşkil eder[547]. Ancak vaad, hasarın geçmesinden önce varolan bazı olguları da kapsıyorsa, nitelik vaadi olarak kabul edilebilir.

Pek çok olayda ayıp, hasarın geçişi anında nüve olarak mevcuttur, yalnızca daha sonra alenileşir veya malın zarar görmesine veya ziyaa uğramasına sebep olur[548]. Ancak bu durum ayıba karşı tekeffül hükümlerinin uygulanması için yeterlidir. Önceden fark edilseydi kolayca giderilebilecek olan küçük bir ayıbın büyük bir zarara sebep olması halinde satıcı kusurluysa, zararın tümü için sorumludur. Örneğin, bir makinedeki ayıplı termostat sebebiyle alıcının fabrikası yanarsa, satıcı kusurlu olması şartı ile bu zarardan sorumludur. Ancak bozukluk ilk olarak hasarın intikalinden sonra ortaya çıkmışsa, satıcının ayıp hükümleri çerçevesinde herhangi bir sorumluluğu olmaz. Ancak maldaki bozukluk satıcının kusurlu davranışı sebebiyle ortaya çıkmışsa, BK m.96'ya göre sorumlu olur[549].

Mal alıcı tarafından kabul edilmiş olduğu için, ifanın doğru ve ayıpsız olduğu varsayılır. Bu sebeple malın, hasarın alıcıya geçtiği anda ayıplı olduğunu ispat yükü alıcıdadır. Satıcı yalnızca malın teslim edildiğini ispatlamak zorundadır[550]. Malın ayıplı olduğunu ispat konusunda teknik incelemelerden yararlanılabilir. Ayıbın, satılanın tesliminden kısa bir süre sonra ortaya çıktığı hallerde, malın hasarın geçmesi anında ayıplı olduğunun ispatı kolaydır[551].

---

547 Yavuz, Ayıptan Sorumluluk, s. 65; Satım konusu malın kalite düşüklüğünden satıcının sorumlu olacağı kararlaştırılmışsa, OR.97 vd.na göre sözleşmenin müspet ihlaline dayanan bir talep olacağı yönünde bkz. Huguenin, OR BT, No. 282.

548 Basler Komm./Honsell, Art. 197, No. 11; Huguenin, OR BT, No. 281; karş. Zevkliler ve Gökyayla, ss. 104-105.

549 Bucher, OR BT, s. 92; Honsell, §10, s. 81.

550 Bucher, OR BT, s. 93.

551 Yavuz, Ayıptan Sorumluluk, s. 92.

Bununla birlikte Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda değişikliğe ilişkin tasarı taslağında, bu hususta ispat yükünü satıcıda bırakan bir düzenleme getirilmiştir. Buna göre, "…Teslim anından itibaren altı ay içinde ortaya çıkan ayıpların, teslimde var olduğu kabul edilir. Bu karine, malın veya ayıbın niteliği ile bağdaşmıyor ise uygulanmaz." Bu düzenleme, Tüketim Malları Yönergesinde ve Alman Medeni Kanununun tüketim mallarına ilişkin hükümlerinde (BGB §476) de yer almaktadır.

BGB §323'de "edimin muaccel olması", dönmenin bir koşulu olarak aranmaktadır. Burada mucceliyet ile kastedilen BGB §271 anlamında yalnızca ifa anının geçmiş olması değildir; burada muacceliyet kavramı, ifanın yapılabilir (Durchsetzbarkeit) olmasını da kapsar. BGB §323 Abs.4'e göre, dönmenin koşullarının gerçekleştiği açıksa, alıcı muacceliyetten önce de sözleşmeden dönebilir. Bu durumlardan biri, alıcının satıcıya sonraki ifa için süre tanımak zorunda olmadığı haldir (BGB §440). Bir diğer hal ise, satıcının, sonraki ifaya geç başlamış olması sebebiyle, süre sonuna kadar bunu gerçekleştiremeyeceğinin açık olduğu hallerdir[552].

D. Tüketicinin Ayıbın Varlığını Bilmeden Malı Edinmiş Olması

TKHK m.4/V'e göre "Ayıplı malın neden olduğu zararlardan sorumluluğa ilişkin hükümler dışında, ayıplı olduğu bilinerek satın alınan mallar hakkında yukarıdaki hükümler uygulanamaz." Bu durum BK m. 197'de de "Satıcı, alıcının satım zamanında malumu olan ayıptan mesul olmaz." şeklinde düzenlenmiştir.

BK m.197'e göre "Satıcı, alıcının satım zamanında malumu olan ayıptan mesul olmadığı gibi satılanı kafi derecede muayene etmekle fark etmiş olacağı ayıptan da ancak bunun mevcut olmadığını temin etmiş ise mesul olur."

BK m.197'deki düzenlemeden hareketle, alıcının malı teslim almadan önce muayene etmesi gerektiği şeklinde bir sonuç çıkarılmamalıdır. Çünkü kaynak kanunda bu hüküm, "yeterli dikkatin gösterilmesi halinde bilinmesi gereken ayıplar" şeklinde düzenlenmiştir. Malı gereği gibi muayene etmeyen alıcı, zaten ayıptan doğan haklarını kaybedeceği için, "yeterli derecede muayene etme" veya kaynak

552 Baemberger, Roht ve Faust, §437, No. 13.

kanundaki ifadesiyle "yeterli dikkat" kavramına çok fazla bir anlam yüklenmemelidir. Bu aşamada alıcı malı muayene etmek zorunda değildir, yalnızca malın seçiminde olağan dikkati göstermesi beklenir. BK m.197 de kaynak kanuna uygun olarak yorumlanmalıdır[553].

Bu noktada incelenmesi gereken husus, açık ayıp ve gizli ayıp kavramlarıdır. Doktrinde açık ayıp, detaylı bir incelemeye gerek olmadan, ilk bakışta görülebilen nitelik eksiklikleri olarak; gizli ayıp ise, sözleşmenin kurulması veya satılan malın teslim alınması zamanında alıcının bilmediği ve mal üzerinde yeterli dikkati sarfetse bile bilemeyeceği nitelik eksiklikleri olarak tanımlanmaktadır[554].

Doktrinde GÜMÜŞ tarafından yapılan bir başka ayrıma göre ise, maldaki ayıp bu açıdan öncelikle aşikar ayıp ve aşikar olmayan ayıp olarak ikiye ayrılmalıdır. Aşikar ayıp, alıcının satım sözleşmesi kurulurken, alıcının -muayene boyutuna varmayan- olağan bir incelemesi ile fark edebileceği ayıplardır. TBK m.222 (BK m.197)'deki düzenleme aşikar ayıba ilişkindir. Aşikar olmayan ayıp ise, olağan bir inceleme ile fark edilemeyen ayıplardır. Aşikar olmayan ayıplar da kendi içinde açık ayıp ve gizli ayıp olmak üzere ikiye ayrılır. Bir ayıbın aşikar olup olmadığını belirlemedeki kriter, ayıbın muayene derecesine ulaşmayan olağan bir dikkatin gösterilmesi sonucu belirlenebilir olmasıdır. Açık ayıp ve gizli ayıp ayrımındaki kriter ise, ayıbın alıcıya yüklenen muayene külfeti ile belirlenebilir olup olmadığıdır[555].

Satıcı, aşikar ayıplardan sorumlu değilken, aşikar olmayan ayıplardan bu ayıpların alıcı tarafından bilinmiyor olması ve bilinmesinin gerekmemesi şartıyla sorumludur. Bir başka ifadeyle alıcı sözleşmenin yapıldığı sırada veya teslim aldığı

---

553 Yavuz, Ayıptan Sorumluluk, ss. 83-84; 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 222. maddesinin ikinci fıkrasında da "Satıcı, alıcının satılanı yeterince gözden geçirmekle görebileceği ayıplardan da, ancak böyle bir ayıbın bulunmadığın ayrıca üstlenmişse sorumlu olur." hükmü getirilmiş; böylelikle ifade Türkçeleştirilmiş ancak içerik olarak herhangi bir değişiklik yapılmamış, aynı kavram kullanılmıştır. Bu durumda, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununudaki bu hüküm de kaynak kanuna göre anlamlandırılmalıdır, bkz. Atamer, Taşınır Satımı, ss. 200-201.

554 Yavuz, Ayıptan Sorumluluk, s. 81.

555 Gümüş, ss. 133-134; Oktay-Özdemir ise, açık ayıp, muayene ile ortaya çıkabilen ayıp ve gizli ayıp şeklinde bir ayrım yapmaktadır, bkz. s. 45 vd.

sırada malın ayıplı olduğunu biliyor veya bilmesi kendisinden beklenebiliyorsa[556], bu ayıp sebebiyle satıcı sorumlu tutulamaz. Alıcının satılandaki ayıbı bildiğini satıcı ispatlamakla yükümlüdür[557].

TKHK m4'te de açıkça ifade edildiği gibi, tüketici malı edindiği sırada malın ayıplı olduğunu biliyorsa, maldaki ayıp sebebiyle satıcının sorumluluğuna başvuramaz[558]. Ancak ayıplı malın neden olduğu zararlardan sorumluluk yani üreticinin sorumluluğu, tüketici malın ayıplı olduğunu bilse bile devam eder.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Tasarısı Taslağı m. 4/XI'e göre "…Tüketicinin, sözleşmenin akdi anında malın kendisine bildirilen ayıbından haberdar olduğu veya haberdar olmamasının mümkün olmadığı hallerde, sözleşmeye aykırılık söz konusu olmaz. Tüketicinin kendisine bildirilenin dışındaki ayıplara karşı bu maddede belirtilen hakları saklıdır. Bu hallere ilişkin ispat yükü satıcıya aittir."hükmü getirilmiştir[559]. Söz konusu düzenlemenin gerekçesi, tüketicinin ayıbı bildiğini ispat etmekle yükümlü olan satıcının, olayların çoğunda bu durumu ispat edemeyeceği düşüncesidir. Bu sebeple sözleşmenin kurulması sırasında net bir şekilde görünen ve herhangi bir muayene yapılmadan hemen göze batan bir ayıbın varlığı halinde tüketici, daha sonra bu ayıbı bilmediğini ileri süremeyecektir. Bu düzenlemenin temelinde, 1999/44 sayılı Yönergenin 2/3. maddesi vardır[560].

---

556 Alıcının ayıbın varlığını bilmemesinin haklı olup olmadığı, alıcının teknik bilgi ve yeteneği, ayıbın niteliği, satılanın teslim alındığı ortam ve satım konusunun nitelikleri ve özellikleri dikkate alınarak belirlenir, bkz. Yavuz, Ayıptan Sorumluluk, s. 84 vd.

557 Yavuz, Ayıptan Sorumluluk, ss. 81-82; Alıcı, satıcının bilgi vermesi sebebiyle, satılan maldaki ayıpları öğrenmiş olabilir. Böyle bir durumda, maldaki ayıpların malın kullanılmasında ne gibi etkiler meydana getireceğinin, alıcı tarafından değerlendirilebiliyor olması gerekir, bkz. Yavuz, Ayıptan Sorumluluk, s. 83.

558 Aslan'a göre, TKHK m.4/VI'daki "Satışa sunulacak ayıplı mal üzerine ya da ambalajına, imalatçı veya satıcı tarafından tüketicinin kolaylıkla okuyabileceği şekilde "özürlüdür" ibaresini içeren bir etiket konulması zorunludur. Yalnızca ayıplı mal satılan veya bir kat ya da reyon gibi bir bölümü sürekli olarak ayıplı mal satışına, tüketicinin bilebileceği şekilde tahsis edilmiş yerlerde bu etiketin konulma zorunluluğu yoktur. Malın ayıplı olduğu hususu, tüketiciye verilen fatura, fiş veya satış belgesi üzerinde gösterilir." hükmü sebebiyle BK m.197'nin tüketici işlemlerinde uygulanma olanağı kalmamıştır. Tüketicinin, satın aldığı malın ayıplı olduğunu bildiği veya bilmesi gerektiği satıcı tarafından ve ancak TKHK m.4/VI'ya göre fatura, fiş gibi satış belgelerinde açıkça yazılmak suretiyle ispatlanabilir, bkz. Aslan, s. 134; N. Yavuz, Ayıplı İfa, s. 75.

559 Bu konuda ispat yükünün satıcıda olması MK.m3'teki iyiniyetin karine olarak mevcut olduğu yönündeki kuralın bir yansımasıdır, bkz. Atamer, TKHK m.4-Eleştiriler, s. 88.

560 Atamer, TKHK m.4-Eleştiriler, s. 87.

Tüketicinin sözleşmenin kurulması anında bildiği veya bilmesi gereken ayıplardan başka bir ayıp, daha sonra ortaya çıkarsa, satıcının bu ayıplar için ayıba karşı tekeffül sorumluluğu mevcuttur. Örneğin, galeriden satın alınan ikinci el arabanın lastiklerinin aşınmış olması, kaportasında kullanıma bağlı olarak çeşitli yıpranmalar olması normaldir ve bu durumların tüketici tarafından bilinmesi gerekir. Bu sebeple satıcının, bu hususlara ilişkin ayıba karşı tekeffül sorumluluğu yoktur. Ancak aracın frenlerinin tutmaması, aracın ikinci el olmasından kaynaklanan bir durum olmadığından ayıplı ifa teşkil eder. Zira araba, benzer durumda ikinci el bir arabanın objektif olarak sahip olması gereken bütün özellikleri taşımalıdır[561].

II. ŞEKLİ KOŞULLAR - MUAYENE VE İHBAR KÜLFETİ

A. Mevcut Düzenlemelere Göre Muayene ve İhbar Külfeti

1. Muayene Külfeti

İsviçre-Türk Hukukunda, alıcının muayene ve ihbar külfetlerini yerine getirmiş olması, ayıptan doğan hakları kullanabilmesinin şekli koşuludur. Muayene ve ihbar, külfet niteliğindedir. Bu sebeple yerine getirilmemesi durumunda herhangi bir tazminat borcu doğmaz, yalnızca tüketicinin ayıptan doğan haklarını kullanamamasına sebep olur[562].

Muayene külfetinin doğması için, satılanın alıcı tarafından teslim alınması gerekir. Muayene külfeti alıcının, satılanda fiilen ve doğrudan doğruya tasarruf edebilecek duruma girmiş olması ile doğar. Dolayısıyla satılanın taşıyıcıya teslim edilmiş olması, satılan malı temsil eden belgelerin alıcıya verilmesi veya çeşit satımında satılanın ayırt edilmiş olması, muayene külfetinin doğması için yeterli değildir[563].

Borçlar Kanununa tabi sözleşmelerde alıcı, malı teslim aldıktan sonra örf ve adete göre imkan hasıl olur olmaz muayene etme külfetindedir (BK m.198/I).

---

561 Atamer, TKHK m.4-Eleştiriler, s. 87.

562 Basler Komm./Honsell, Art. 201, No.2; Guhl ve Koller, §42, No. 25; Yavuz, Ayıptan Sorumluluk, s. 107.

563 Yavuz, Ayıptan Sorumluluk, s. 107.

Muayenenin kapsamı ve yoğunluğu, genel örf ve adet ve ticari teamüle göre belirlenir. Bu durumda muayene süresi, malın niteliğine ve ayıbın türüne farklı olacaktır. Malı uygun süre içinde muayene eden alıcı, ayıbı derhal satıcıya bildirmelidir. Malda adi bir muayene ile ortaya çıkarılamayacak bir ayıp varsa, süre daha uzun olacaktır (BK m.198/II).

Alıcı, normal bir muayene ile ortaya çıkarılamayan ayıpları araştırmak zorunda olmadığı gibi, şüphelenmeyi gerektiren özel durumlar olmadıkça, kural olarak muayeneyi uzman bir kişiye yaptırmak zorunda da değildir. Bu durum özellikle tacir olmayan alıcılar için geçerlidir. Tacir olmayan alıcıdan, kendisi gerekli uzmanlığa sahip olmasa bile, muayeneyi uzman bir kişiye yaptırması beklenmez. Tacir olmayan alıcılar için muayene külfeti, ortalama dikkate sahip bir alıcının yaptığı kontrolle ortaya çıkarılabilen ayıplarla sınırlıdır[564].

Malı muayene etme külfeti tüketiciye aittir. Tüketici, muayeneyi kendisi yapabileceği gibi, muayenenin özel bir mesleki bilgi veya uzmanlığı gerektirdiği hallerde, malı 3. bir kişiye de muayene ettirebilir. Bununla birlikte yukarıda da açıklandığı gibi tüketicinin böyle bir yükümlülüğü yoktur.

Muayene masrafları, satılan malın teslim alınması (kabz) masraflarındandır. BK m. 185'e göre teslim alma masraflarına alıcı katlandığı için muayene masraflarına da alıcı katlanır. Bununla birlikte alıcı, ayıp sebebiyle sözleşmeden döndüğü hallerde muayene masraflarının da tazminini isteyecektir[565] (BK m.205/II). Katıldığımız görüş gereğince alıcı, seçimlik haklarla birlikte BK m.96 gereğince tazminat isteme hakkına da sahip olduğu için, indirim, değiştirme veya onarım hakkını kullandığında da muayene masraflarını tazmin ettirebilir.

Tüketici satılan malı muayene etmek amacıyla ambalajını açabilir[566]. Tüketim mallarında malın bir kısmının tüketilmesi de muayenedir. Satılan makinenin

---

564 Basler Komm./Honsell, Art. 201, No. 5; Giger, Art. 201, No.48; Furrer, ss. 49-50.

565 Basler Komm./Honsell, Art. 201, No. 5; Yavuz, Ayıptan Sorumluluk, s. 112.

566 Yavuz, muayene amacıyla ambalajın açılmasının malın değerini önemli surette azaltmamak kaydıyla olabileceğini, orijinal ambalaj ile satılan mallarda ise ambalajın açılmasının malın değerini önemli derecede azaltacağını ifade etmiştir, bkz. Ayıptan Sorumluluk, s. 111; Ancak malın ayıplı olup olmadığının belirlenmesi için ambalajın açılmasının gerektiği hallerde, bu durum malın değerinde önemli bir azalmaya sebep olsa bile, yapılan davranış malın muayenesi niteliğindedir.

çalıştırılması, arabanın kullanılması gibi satılan maldan yararlanmayı ve malı kullanmayı gerektiren eylemler de muayene kapsamındadır.

TKHK m.4'te, tüketicinin, ayıptan doğan haklarından yararlanabilmesi için malı muayene etmesi gerektiği açıkça düzenlenmemiştir. Bu sebeple bir görüşe göre, tüketici satımlarında muayene külfeti yoktur[567]. Bir diğer görüş ise, bu durumda BK m.198'in uygulanacağı, bu sebeple muayene külfeti olduğu görüşündedir[568].

Esasen şekli koşullardan önemli olan ihbar külfetidir. Çünkü alıcı ayıp ihbarında bulunmuşsa, malı muayene etmiş demektir, ancak alıcı herhangi bir bildirimde bulunmamışsa, malı muayene etmesi tek başına herhangi bir hukuki sonuç meydana getirmez. Dolayısıyla TKHK m.4'e göre malın teslimi tarihinden itibaren 30 gün içinde ayıbın satıcıya ihbar edilmesi durumunda, tüketicinin malı muayene edip etmediği hususu üzerinde durulmayacak, ayıp ihbarında bulunulduğuna göre, bu ayıpların belirlenebilmesi için muayene külfetinin gerçekleştirildiği kabul edilebilecektir.

2. Bildirme Külfeti

Malı muayene eden alıcı, malda bir ayıp tespit etmişse, bu ayıbı satıcıya bildirmelidir. Ayıp ihbarı mevcut ayıbı somutlaştıracak şekilde yapılmalıdır. "Satım konusu mal ayıplıdır." gibi genel olarak yapılan bir bildirim, ihbar niteliğinde değildir. Alıcı ayıp ihbarı ile birlikte seçimlik haklarını kullanmak zorunda değildir. Muayene ve ihbar külfetlerini yerine getirmişse, zamanaşımı süresi içinde her zaman seçimlik haklarını kullanabilir[569].

TKHK m.4/II'de tüketicinin malın tesliminden itibaren 30 gün içinde ayıbı satıcıya bildirmekle yükümlü olduğu hükme bağlanmıştır. BK m. 198/I'de ise, alıcının örf ve adete göre imkan bulunur bulunmaz malı muayene etme ve bir ayıp varsa bunu bildirme külfeti getirilmiştir. Bu durumda Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda yer alan düzenleme ilk bakışta, tüketicinin aleyhine gibi görünmektedir. Ancak TKHK m.4/II'de yer alan 30 günlük ihbar süresi, açık ayıplar

---

567 Aslan, ss. 136-137.

568 Zevkliler ve Aydoğdu, s. 121.

569 Basler Komm./Honsell, Art. 201, No. 10 Gümüş, s. 154.

içindir. Teslimden sonraki 30 günlük süre geçtikten sonra ortaya çıkan gizli ayıplar için bu süre uygulanmaz, gizli ayıplar 2 yıllık zamanaşımı süresi içinde olmak kaydıyla daha sonra da ileri sürülebilir[570] (TKHK m. 4/IV). Bu durumda Borçlar Kanununda yer alan genel hükümlere göre, ayıp ortaya çıktıktan sonra derhal ayıbın ihbarı gerekir (BK m.198/II, III). Ancak gizli ayıplarda da, ayıp ihbarının zamanaşımı süresi içinde yapılmış olması gerekir.

TKHK m.4/IV, c.son'a göre "Ancak, satılan malın ayıbı, tüketiciden satıcının ağır kusuru veya hile ile gizlenmişse zamanaşımı süresinden yararlanılamaz. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda bu konuda açık bir düzenleme yer almamakla birlikte BK m.200'deki "Alıcıyı iğfal etmiş olan satıcı, ayıbın kendisine vaktinde ihbar edilmemiş olduğunu ileri sürerek mesuliyetten kurtulamaz." şeklindeki düzenleme, tüketici satımları açısından da uygulama alanı bulacaktır.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunundaki düzenleme ise şu şekildedir: "Ağır kusurlu olan satıcı, satılandaki ayıbın kendisine süresinde bildirilmemiş olduğunu ileri sürerek sorumluluktan kısmen de olsa kurtulamaz.- Satıcılığı meslek edinmiş kişilerin bilmesi gereken ayıplar bakımından da aynı hüküm geçerlidir."

Ağır kusur kavramı, hileyi de kapsadığı için yeni düzenlemede hile kavramına yer verilmemiştir. Yeni düzenlemedeki ikinci fıkra ise, Borçlar Kanununa tabi sözleşmeler ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna tabi sözleşmeler açısından önem taşımaktadır. Bu düzenleme çerçevesinde, ayıp, "satıcılığı meslek edinmiş kişilerin bilmesi gereken ayıp" kapsamında değerlendirilebildiği ölçüde, alıcının veya tüketicinin ayıp ihbarında bulunmaması, satıcıyı ayıp sorumluluğundan kurtarmayacaktır.

Ayıp ihbarının süresinde yapılıp yapılmadığının belirlenmesinde gönderme anı esas alınmalıdır[571].

---

570 Zevkliler ve Gökyayla, ss. 106-107; Ticari satışlarda, alıcı, TTK.m.23/b.3 gereğince, ayıbın açıkça belli olması durumunda 2 gün, açıkça belli olmaması durumunda malı teslim aldıktan sonra 8 gün içinde; gizli ayıp durumunda ise BK m. 198 hükmü gereğince ayıbın ortaya çıkmasından itibaren makul süre içinde ayıp ihbarında bulunması gerekir, bkz. Oktay-Özdemir, s. 53; Yavuz, Ayıptan Sorumluluk, s. 109.

571 İhbar külfetinin, bilgi açıklaması niteliğinde olduğu; ihbar beyanına, irade açıklamasına ilişkin kuralların kıyasen uygulanmasının mümkün olduğu; buna göre, ihbar beyanının satıcıya süresinde ulaşıp ulaşmadığının belirlenmesinde, irade beyanına ilişkin kurallar çerçevesinde,

Muayene ve ihbar külfetinin yerine getirilmemesinin hukuki sonucu, kabul faraziyesidir. Bu külfetleri yerine getirmeyen alıcı, malı kabul etmiş sayılır ve ayıptan doğan talep ve dava haklarını kaybeder[572]. Ancak Yargıtayın yerleşik içtihadına göre, alıcı muayene ve ihbar külfetinde bulunmamış olmasına rağmen, satıcı ihbar süresi geçtikten sonra alıcının bildirdiği ayıpların varlığını kabul etmiş ve bunların giderilmesi taahhüdünde bulunmuş ise, alıcı ayıptan doğan haklarını kullanabilir, çünkü aksinin kabulü MK.m.2'ye aykırılık teşkil eder[573].

BK m.207/II gereğince, zamanaşımı süresi içinde ihbar külfetini yerine getirmiş olan alıcı, satıcının kendisine bir dava açması durumunda, malın ayıplı olduğunu defi olarak ileri sürebilir.

B. Ayıba Karşı Tekeffül Sorumluluğunda Muayene ve İhbar Külfetinin Gerekli Olup Olmadığı ve Ulusal ve Uluslararası Kodifikasyonlardaki Düzenlemeler

İsviçre-Türk Hukukunda, yukarıda açıklanan maddi koşullar gerçekleşmiş olsa bile, tüketicinin, ayıba karşı tekeffül sorumluluğuna başvurabilmesi için muayene ve ihbar şekli koşullarını da gerçekleştirmiş olması gerekir. Ancak ticari olmayan satışlarda muayene ve ihbar külfetine yer verilmesinin gerekli olup

---

varma anının esas alınması gerektiği yönünde bkz. Basler Komm./Honsell, Art. 201, No. 10; Giger, Art. 201, No. 91; Gümüş, s. 155; Tandoğan, Borçlar Özel, s. 181; Yavuz, Ayıptan Sorumluluk, ss. 113-114.

572 İhbarın içeriğini ve zamanında yapıldığını ispat yükü alıcıya aittir, Basler Komm./Honsell, Art. 201, N. 14, s. 1167.

573 "…Yargıtay'ın istikrar kazanmış uygulamasına ve öğretiye göre, alıcı yasal süre içerisinde ayıp ihbarında bulunmadığı halde, satıcı ihbar süresi geçtikten sonra alıcının bildirdiği ayıpların varlığını kabul etmiş ve bunların giderilmesi taahhüdünde bulunmuş ise, artık bu ayıplardan dolayı tekeffül altında bulunduğu; dolayısıyla, alıcının, ancak süresi içinde ihbarda bulunmuş olması koşuluyla kendisine tanınan, Borçlar Kanunu'nun 202. maddesindeki seçimlik hakları, süresinde bir ihbarı bulunmamasına rağmen, satıcının bu kabul ve tekeftülü nedeniyle kullanabileceği kabul edilir. - Somut olayda, satıma konu makinelerin 23.03.1992 tarihinde sipariş konfirmesine ve üretim koşullarına uygun şekilde alıcıya tesliın edildiğine ilişkin tutanak düzenlenmiş ve bu tutanak alıcının yetkilisince imzalanmış ise de, ayıp ihbarına ilişkin yasal sürelerin geçmesinden çok sonra, Kasım 1992 tarihine kadar uzanan dönem içerisinde, davacı satıcı şirketin, alıcı davalı şirkete, makinelerdeki ayıpların varlığını kabul ettiğini açıkça gösterecek ve bunların giderilmesini taahhüt ettiğini ortaya koyacak nitelikte bir çok yazı gönderdiği anlaşılmaktadır. - Bu durumda, artık, satıcı, ayıp ihbarının süresi içerisinde olmadığı gerekçesiyle, bu ayıplar nedeniyle tekeffülünün bulunmadığını ileri süremez; böyle bir iddia, M.K. nun 2. maddesindeki iyiniyet kurallarına da aykırı düşer.", bkz. YHGK, 26.3.2003, E. 2003/19-184, K. 2003/200 (www.kazanci.com).

olmadığı, öteden beri tartışmalara yol açmıştır. Muayene ve ihbar külfetinin gerekli olduğunu savunanların[574] yanı sıra, bu külfetlerin alıcıyı ağır bir yük altında bıraktığı ve mağdur ettiği, bu sebeple olmaması gerektiğini savunanlar da mevcuttur[575].

BUCHER/BUZ, muayene ve ihbar külfetini eleştirdikleri makalede, BK m.198'in kaynağını ve getirilme sebeplerini ayrıntılı biçimde incelemiş, sonuç olarak muayene ve ihbar külfeti öngören bu hükmün tamamen Ticaret hukukuna ilişkin mülahazalarla ve ticari satımlar düşünülerek konulduğunu[576], İsviçre-Türk Borçlar Kanununun Kıta Avrupası hukuk sistemleri içinde adi satım sözleşmeleri bakımından ihbar külfeti öngören tek kanun olduğunu tespit etmişlerdir[577]. Bunun sebebi, İsviçre Hukukunun, Borçlar hukuku ve Ticaret hukukunu ayırmama ve tek bir kanun içinde düzenleme tercihidir[578].

---

574 Muayene ve ihbar külfetlerinin gerekliliğini savunan görüşe göre; ayıba karşı tekeffül hükümleri, satıcının borcunu ifa ederek, borcundan tamamen kurtulduğunu düşündüğü bir anda, sözleşme hükümlerini yeniden çekişme konusu yapma imkanı vermektedir. Böyle bir durum, satıcının uzun bir süre belirsiz bir durumda kalmasına sebep olur, oysa satıcı, malın kabul edilip edilmediğini veya ayıplı mal sebebiyle alıcının bir talebine muhatap olup olmayacağını çabuk bilmek ister. Bu husus, satıcının, kendi satıcısına zamanında başvurabilmesi için de önemlidir. İhbar külfeti de bu noktada devreye girer ve ticari işlem güvenliğinin korunmasını sağlar, fiili ve hukuki ilişkileri çabucak açıklığa kavuşturmayı hedefler. Bundan başka alıcının konjonktüre göre satıcı aleyhine spekülasyon yapmasını önlemek için de ayıptan doğan hakların olabildiğince çabuk bir biçimde kullanılması gereklidir; bkz. Yavuz, Ayıptan Sorumluluk, s. 105; BGE 88 II 365.

575 Bu görüşe göre, ihbar külfeti ile, alıcının maldaki ayıplara ilişkin şikayette bulunup bulunmayacağının bir an önce belirlendiği, böylece alıcının satıcı aleyhine spekülasyon yapmasının önlendiği savunması, alıcının seçimlik haklarını zamanaşımı süresi içinde istediği zaman kullanılabilmesi sebebiyle yerinde değildir. Ayrıca böyle bir durumda spekülasyon ihtimali, yalnızca ticari nitelikteki çeşit satımları ile sınırlı biçimde karşımıza çıkabilir. İhbar külfetinin, satıcıya, kendisine malı temin eden kişiye karşı başvurma imkanı sağladığı savunması da bu külfetin varlığını haklı göstermeye yetmez, çünkü satıcının kendi satıcısına yapacağı ihbar olayların çoğunda gecikmiş bir ihbar olacaktır. Ancak çeşit satımında ayıp ihbarında bulunma şartı, vazgeçilmez bir nitelik taşır. Çünkü alıcı, malı değiştirme hakkına, teslimden sonra kısa bir süre için sahip olmalıdır; bkz. Bucher ve Buz, s. 150 vd.; Bununla birlikte Bucher ve Buz, çeşit satımında, alıcının değiştirme hakkına sahip olması sebebiyle ayıp ihbarında bulunma şartının vazgeçilmez bir nitelik taşıdığını; bunun gibi daha sonra fark edilen gizli ayıplarda da, satıcının genellikle kendisinin bilemeyeceği bu tür ayıpların alıcı tarafından fark edildiğinden haberdar olmasında büyük menfaati olduğunu ileri sürmektedir, bkz. ss. 154-155.

576 Alman Ticaret Kanununun 377. maddesinde, BK m.198 ile aynı içerikte bir hüküm yer almaktadır, bu hükme göre muayene ve ihbar külfeti sözleşmenin her iki tarafının, özellikle de alıcının tacir olduğu hallerde mevcuttur. Bu hüküm, eski İsviçre Borçlar Kanununun etkisinde kalarak kaleme alınmış bir hükümdür, bkz. Bucher ve Buz, s. 162 vd.

577 Bucher ve Buz, s. 169.

578 Ancak Türk Hukukunda hem Borçlar Kanunu hem de Ticaret Kanunu mevcut olduğundan ve TTK.m.25'te de ticari satım sözleşmeleri için özel bir düzenleme olduğundan, Türk Borçlar

İhbar külfetinin gerekliliğini savunanlar, satıcının, malın kabul edilip edilmediğini veya ayıplı mal sebebiyle alıcının bir talebine muhatap olup olmayacağını bir an önce öğrenmesinde menfaati olduğunu ileri sürerler. Bu gerekçede, alıcı dönme hakkını kullanırsa, satıcının malı geri almak zorunda kalacağı ve onu başka şekilde kullanmak için gerekli girişimlerde bulunma imkanına sahip olması gereği göz önünde tutulmak istenmiş olabilir. Ancak ihbar külfeti, satıcının alıcının hangi hakkı kullandığını bilmesini sağlayamaz çünkü ihbar külfeti, tüketiciye yalnızca ayıbın var olduğunu satıcıya bildirme ödevi yüklemektedir. Yoksa tüketici, ayıp ihbarı ile birlikte hangi seçimlik hakkı kullandığını da bildirmek zorunda değildir. Bu durumda, tüketicinin, kullandığı seçimlik hakkı satıcıya bildirmesinden önceki ayıbı ihbar zorunluluğu anlamını yitirmektedir.

Bunun yanı sıra ihbar külfeti, tüketiciyi seçimlik hakları kullanmak konusunda çabuk hareket etmeye zorlamamaktadır. Tüketici 2 yıllık zamanaşımı süresi içinde olmak kaydıyla seçimlik haklarını istediği zaman kullanabilecektir. Bunun tek sınırı MK. m.2/II'deki hakkın kötüye kullanılması yasağıdır. Örneğin malın ayıplı olduğu, çok erken bir zamanda belirlenmiş olmasına rağmen, tüketici uzun bir süre seçimlik haklarını kullanmamışsa, artık bu hakları kullanmasının hakkın kötüye kullanılması itirazı ile karşılaşması mümkündür[579].

Olayların çoğunda, ayıbın ne zaman tespit edildiği hususu da tartışmalı olacağından, bu andan itibaren işleyecek ihbar süresinin ne zaman sona erdiğinin belirlenmesi de problem teşkil eder.

Ulusal düzenlemelere bakıldığında adi satım sözleşmelerinde, satıcının ayıba karşı tekeffül sebebiyle sorumluluğuna gidilebilmesi için muayene ve ihbar külfetinin ya hiç düzenlenmediği ya da oldukça sınırlı bir biçimde düzenlendiği görülmektedir[580].

Kanununun içine adi satımlarda uygulanmak üzere muayene külfetinin alınması yerinde olmamıştır, bkz. Atamer, TKHK m.4-Eleştiriler, s. 91, dn. 23.

579 Atamer, TKHK m.4-Eleştiriler, s. 92; K. Emre Gökyayla, "Hakkın Geç Kullanılması Dürüstlük Kuralına Aykırı Mıdır?", **MÜHFD 2001/1 Aydın Aybay Armağanı**, s. 409 vd.; Bucher ve Buz, s. 149.

580 Fransız ve İtalyan Medeni Kanunlarında, açık ayıplar için herhangi bir muayene ve ihbar külfeti yoktur, gizli ayıplar için, Fransız Medeni Kanununda ihbarda bulunma zorunluluğu yoktur, ancak ayıba karşı tekeffülden doğan davanın kısa bir süre içinde açılması gerekir. İtalyan

1999/44 sayılı Yönergede de muayene külfetine hiç yer verilmediği, ayıbın belirlenmesinden itibaren 2 aylık bir ihbar süresi öngörülmesinin de üye ülkelerin tercihine bırakıldığı görülmektedir. Alman Medeni Kanununda da, ne tüketici satışları için ne de Alman Medeni Kanununa tabi diğer satışlar için ihbar külfeti öngörülmüştür.

Uluslararası Ticari Satım Sözleşmelerine ilişkin Viyana Sözleşmesinde ise, muayene ve ihbar külfetleri ayrı maddelerde düzenlenmiştir. CISG Art. 38'e göre, alıcının malı, hal ve şartlara göre mümkün olan kısa bir süre içinde muayene etmesi veya ettirmesi gerekir. Ancak bu hükmün ikinci ve üçüncü fıkrasında, birinci fıkrada muayene için öngörülen kısa süre uzatılmıştır. Buna göre, malın taşınması gerekiyorsa, muayene, malın kararlaştırılan yere ulaşması anına bırakılabilir (2). Alıcı, muayene fırsatı bulamadan malı başka bir üçüncü kişiye iletmiş veya göndermiş ve bu durum sözleşmenin kurulduğu anda satıcı tarafından biliniyor veya bilinmesi gerekiyorsa da, muayene süresi, malın belirlenen yere vardığı ana kadar uzar.

CISG Art. 39'a göre, alıcı, malda tespit ettiği veya gerekli olan muayenenin yapılması halinde tespit edebileceği sözleşmeye aykırı durumları, makul bir süre içinde satıcıya bildirmelidir, aksi halde sözleşmeye aykırılığa dayanamaz. Bununla birlikte CISGm. 40 ve m.44'te, ihbarın zamanında yapılmaması sebebiyle ortaya çıkacak olan hak düşümü sonucu yumuşatılmıştır.

CISG m.40'a göre, satıcının bildiği veya bilmesi gereken ve alıcıya bildirmediği sözleşmeye aykırı durumlar bakımından, alıcının muayene ve ihbarda bulunmaması, alıcının ayıplı ifa nedeniyle sahip olduğu hakları ortadan kaldırmaz. BK m.198 ile karşılaştırıldığında, bu düzenleme oldukça alıcının yararına bir hüküm içermektedir. Çünkü alıcının normal bir muayene ile tespit edebileceği ayıplar, aynı zamanda satıcının da bildiği veya bilmesi gereken ayıplardır. Bu durumda, alıcı

Medeni Kanununda ise, alıcı gizli ayıbı tespit ettikten sonra sekiz gün içinde satıcıya bildirmelidir, ancak bu kısa süre, alıcının ayıbı bildiği hususunun satıcı tarafından ispat edilmesi gerektiği hükmü ile yumuşatılmıştır. Alman Medeni Kanununun önceki halinde ve 01.01.2002 yılında yapılan değişikliklerden sonra, ayıptan doğan hakların kullanılması için muayene ve ihbar külfeti öngörülmemiştir, bkz. Bucher ve Buz, s. 157 vd., ss. 162-163.

muayene ve ihbar külfetlerini yerine getirmemiş olsa da ayıptan doğan haklarını kullanabilecektir[581].

CISG.m.44'te de, makul bir mazereti olan alıcının, tüm haklarını kaybetmeyeceği, sınırlı da olsa, satıcıya karşı bazı haklar ileri sürebileceği düzenlenmektedir. Buna göre, ayıp ihbarında bulunmamış olan alıcı, bedel indirimi ve tazminat (kar mahrumiyeti hariç) talep edebilir.

Uluslararası Ticari Satım Sözleşmesine ilişkin Viyana Sözleşmesindeki muayene ve ihbar külfetine ilişkin düzenleme, BK m.198 ile karşılaştırıldığında, BK m.198'in daha ağır sonuçlar oluşturduğu görülmektedir. Türk-İsviçre Hukukuna tabi tacir olmayan alıcının, CISG'in uygulandığı bir uluslararası satım sözleşmesinin tarafı olan alıcının tabi olduğu rejimden daha ağır, katı ve elverişsiz bir rejime tabi tutmak adil değildir[582].

İsviçre'de OR Art.201'in ticari satımlar ile sınırlandırılmasını öngören Borçlar Hukukunun değiştirilmesine ilişkin yasa taslağı, EJPD (Eidgenössische Justiz und Polizeidepartment) tarafından geri çekilmiştir[583]. Dolayısıyla İsviçre Borçlar Kanununda da alıcının ayıptan doğan haklarını kullanabilmesi, hala ayıp ihbarında bulunmuş olma koşuluna bağlıdır.

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda da muayene ve ihbar yükümlülüğü aynen muhafaza edilmiştir. Bununla birlikte 6098 sayılı TBK m.225'te "Ağır kusurlu olan satıcı, satılandaki ayıbın kendisine süresinde bildirilmemiş olduğunu ileri sürerek sorumluluktan kısmen de olsa kurtulamaz. - **Satıcılığı meslek edinmiş kişilerin bilmesi gereken ayıplar bakımından da aynı hüküm geçerlidir.**" şeklinde bir düzenleme yapılmıştır. Hükmün birinci fıkrasında, önceki düzenlemeden farklı olarak satıcının kastının yanı sıra ağır kusurlu olduğu hallerde de ihbarın zamanında yapılmadığını ileri süremeyeceği düzenlenmiştir.

TBK m.225'in ikinci fıkrası ise mevcut Borçlar Kanununda yer almayan yeni bir düzenlemedir. Madde gerekçesinde "Maddenin ikinci fıkrası, 818 sayılı Borçlar

---

581 Bucher ve Buz, s. 162.

582 Bucher ve Buz, s. 162.

583 Basler Komm./Honsell, Art. 201, No.1.

Kanununun 200'üncü maddesinde yer verilmeyen yeni bir hükümdür. Bu hükme göre, satıcılığı meslek edinmiş bir kişi, bilmesi gereken ayıpların alıcı tarafından kendisine süresinde bildirilmemiş olduğunu ileri sürerek sorumluluktan kurtulamayacaktır.-Ayrıca, fıkrada kullanılan "bilmesi gereken" şeklindeki ibare, satıcılığı meslek edinmiş kişilerin her türlü ihmalini kapsamaktadır." şeklinde bir açıklama yer almaktadır. Buna göre, satıcı, satıcılığı meslek edinmiş bir kişi ise ve hafif ihmali sebebiyle ayıbın varlığını belirleyememişse, alıcının muayene ve ihbar külfetlerini yerine getirmediğini ileri süremez. Bu durumda, ticari satışlar dışındaki satışlarda[584] -ki bu satışların büyük bir kısmını da tüketici satışları oluşturmaktadır- muayene ve ihbar külfetinin uygulama alanı oldukça daraltılmıştır.

TBK m.225/II'de yer alan düzenlemenin sonucu ile ulusal ve uluslararası düzenlemelerdeki gelişmeler çerçevesinde, Kanunkoyucunun muayene ve ihbar külfetini kaldırmamış olması, doktrinde haklı olarak eleştirilmektedir[585].

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Tasarı Taslağında ise, tüketicinin ihbar külfeti kaldırılmıştır. Dolayısıyla tasarı taslağı yasalaşırsa, tüketici ayıp ihbarında bulunmaksızın, ayıptan doğan haklarını kullanabilecektir.

---

584 Ticari satımlarda muayene ve ihbar külfeti, gereklidir. Bu sebeple TBK m. 225/II hükmünün, her iki tarafın da tacir olduğu satışlara uygulanması yerinde olmaz, bkz. Atamer, Taşınır Satımı, ss. 204-205.

585 Atamer, Taşınır Satımı, s. 201 vd.

BEŞİNCİ BÖLÜM

TÜKETİCİNİN AYIPLI MAL NEDENİYLE SÖZLEŞMEDEN DÖNME HAKKININ SONUÇLARI

§11. AYIPLI MAL NEDENİYLE SÖZLEŞMEDEN DÖNME HAKKININ SONUÇLARI

I. GENEL OLARAK

Dönme hakkının kullanılması ile taraflar arasında bir tasfiye ilişkisi doğar. Dönme hakkının, daha önce ifa edilmemiş edimler üzerinde borçtan kurtarıcı, daha önce ifa edilmiş edimlerin de iadesini sağlayıcı etkisi vardır[586].

Tasfiye ilişkisinin kapsamında taraflar, daha önce birbirlerinden ifa olarak aldıkları edimleri ve bu edimlerden elde ettikleri yararları iade etmekle yükümlüdürler. Bunun yanı sıra alıcı, sözleşmeye aykırı ifa sebebiyle bir zarara uğramışsa, satıcıdan bu zararın tazminini de talep edecektir.

Dönme beyanının satıcıya ulaşması ile birlikte dönülen sözleşmeden doğan asli edim yükümlülükleri ortadan kalkar. Dönmenin henüz ifa edilmemiş edimler üzerindeki borçtan kurtarıcı etkisi, hem sözleşmeden dönen alıcı için hem de satıcı için söz konusudur. Bunun gibi dönme üzerine ortaya çıkan iade borcu da her iki taraf için geçerlidir. Her iki taraf da daha önce ifa edilmiş edimleri iade etmekle yükümlüdür. Bir başka ifadeyle, kişinin dönme hakkına sahip olup olmaması veya dönmeye sebep olmuş olması, iade borcunun tespitinde rol oynamaz. Yalnız sözleşmeden dönme hakkına sahip olan taraf değil, dönme hakkına bağımlı tutulmuş taraf da verdiklerini geri isteyecektir. Zira karşılıklı ifa edilmiş edimlerin iadesi, nötr bir sorundur[587]. Ancak zararın tazmini kural olarak isnad edilebilirliğin varlığına bağlı olan subjektif bir sorundur. İadede amaç, yalnızca tarafların malvarlıklarındaki

---

586 Ehrat, No. 473; Buz, Dönme, s. 152.

587 Serozan, Dönme, s. 553; Tandoğan, Türk Mesuliyet Hukuku, s. 504; Buz, Dönme, s. 161; Glasl, Rückabwicklung, ss. 131-132; Hartmann, s. 126, N. 299; Gauch, Schluep ve Emmenegger, B.II, No. 2805-2806; Schenker, Schuldnerverzug, No. 694; von Tuhr ve Escher, s. 155.

karşılıklı kaymaların telafi edilmesi iken, tazminatın amacı, bu malvarlıklarındaki azalmaları veya gerçekleşmeyen artışları telafi etmektir. Dolayısıyla iki kurumun amaçları farklıdır[588].

Dönme sebebiyle henüz yerine getirilmemiş edimlerin ifasından kaçınma hakkının hukuki niteliği konusunda farklı görüşler ileri sürülmektedir[589]. Ancak bizim de katıldığız görüşe göre, henüz ifa edilmemiş edimlerin ifasından kaçınma hakkı, itiraz niteliğindedir. Çünkü henüz ifa edilmemiş edim yükümlülükleri, yenilik doğuran hak niteliğinde olan dönme hakkının kullanılması ile sona ermektedir. Bir hakkın sona ermesi de yalnızca bir itirazın konusunu teşkil edebilir[590].

İfa edilmiş edimler yönünden geri verme talebinin dayanağı ise sözleşmedir[591].

Dönme hakkının kullanılması ile ortaya çıkan temel sorun, daha önce ifa edilmiş edimlerin iadesi ve bu edimler sebebiyle ortaya çıkan yararlar ve masraflar noktasında ortaya çıkmaktadır. Doktrinde, bu edimlerin iadesine ilişkin talep haklarının münhasıran ayni, sebepsiz zenginleşme veya sözleşmesel bir talep olarak

---

588 CISG'de bu ayrım yapılmış ve iade ile tazminatın nasıl bir arada olabileceği sorunu da tutarlı bir şekilde çözülmüştür, bkz. Atamer, CISG, s. 418.

589 Ayni etkili dönme teorisini savunmasına rağmen, defi hakkı niteliğinde olduğu görüşünde bkz. Keller ve Schöbi, s. 277; Dönüşüm teorisini savunanlar arasında da henüz ifa edilmemiş edimlerin ifasından kaçınma hakkının niteliği konusunda farklı görüşler mevcuttur. Kaçınma hakkının bir def'i hakkı niteliğinde olduğunu ileri sürenler olduğu gibi (Sürekli defi hakkı olduğu görüşünde bkz. Serozan, Dönme, s. 547); bu hakkın bir itiraz niteliğinde olduğunu (von Tuhr ve Escher, s. 155; Weber, Art. 109, No. 59; Schenker Schuldnerverzug, No. 694; Leser, s. 223 vd.; Glasl, Rückabwicklung, s. 167 vd.; Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 77) savunanlar da vardır.

590 Dönmenin sözleşmenin geçerliliği üzerindeki etkisi konusunda hangi görüşün kabul edildiği, henüz ifa edilmemiş edimin ifasından kaçınma hakkının itiraz olarak nitelendirilmesinde önem taşımaz, bkz. Buz**,** Dönme, ss. 154-155.

591 Serozan, Dönme, ss. 544-545; Klasik dönme görüşü savunucuları ise, daha önce ifa edilmiş edimlerin dönme üzerine hukuksal nedenlerini (causa) kaybetmiş sayılarak, sebepsiz zenginleşme talebi ile geri istenebileceği görüşündedirler, bkz. Tandoğan, Türk Mesuliyet Hukuku, s. 405, s. 504; Kaniti, s. 87, dp. 161; Ayni etkili dönme görüşü savunucuları ise, hukuki sebebe bağlılık ilkesi çerçevesinde, borçlandırıcı işlemin geçersiz olmasının, tasarruf işlemini de geçersiz kılacağını, bu sebeple, daha önce ifa edilmiş edimlerinin iadesini ilişkin talep hakkının ayni nitelikte bir talep hakkı olduğu görüşündedirler, bkz. Buz, Dönme, s. 167: Keller ve Schöbi, s. 278; Ehrat, Nr. 480 vd.

nitelendirmenin mümkün olmadığı; çünkü haksız zilyetliğe ilişkin hükümlerin, sebepsiz zenginleşme hükümlerinin ve sözleşme hükümlerinin dönme sonrası tasfiye ilişkisi dikkate alınarak konulmuş hükümler olmadığı ileri sürülmektedir[592].

Hukuk sistemlerinde sözleşmeden dönme hakkı, genel hüküm niteliğinde olan borçlu temerrüdü esas alınarak incelenmiştir. Dolayısıyla dönme sonrası tasfiye ilişkisi çerçevesinde ortaya çıkan iade borçlarına ilişkin tartışmalar ve getirilen çözümler de borçlu temerrüdünde sözleşmeden dönme durumu için geçerlidir. Çünkü satım sözleşmesinde ayıp sebebiyle sözleşmeden dönme durumunda, iade konusu edimin imkansızlaşması durumu (BK m.204) ve iade konusu edimden elde edilen yararların tazmini ile bu mala yapılan masrafların talep edilmesi (BK m.205) konusunda açık hükümler mevcuttur. Hatta doktrinde, borçlunun temerrüdü sebebiyle sözleşmeden dönmesi durumunda, ayıba karşı tekeffül hükümlerinin ve bu arada taksitle satımlara ilişkin hükümlerin, uygun düştüğü ölçüde uygulanması öngörülmektedir.

Dönme sonrası tasfiye ilişkisi çerçevesinde en çok tartışılan konu, iade imkansızlığıdır. Temel sözleşme tipi olan satış sözleşmesi çerçevesinde düşünüldüğünde, iade imkansızlığı yalnızca satıcının asli edimi açısından söz konusu olabilir, çünkü alıcının asli edimi bir miktar paranın ödenmesidir ve para borcunda imkansızlık söz konusu olmaz. Borçlu temerrüdünde, sözleşmenin ifa ile değil de dönme ile sona ermesi, iade borçlusunun (alıcı) hukuki alanındaki bir sebepten kaynaklanmakta iken, ayıp durumunda dönmenin sebebi, iade alacaklısı (satıcı) olmaktadır.

Bu sebeple ayıp sebebiyle ortaya çıkan tasfiye ilişkisindeki sorunlar, esas itibariyle Borçlar Kanunumuzdaki ayıp sorumluluğuna ilişkin özel düzenlemeler çerçevesinde incelenecek, borçlu temerrüdü sebebiyle dönmeye ilişkin tartışmalar yeri geldikçe inceleme konusu yapılacaktır.

---

592 Buz, Dönme, s. 163, s. 223; Serozan, Dönme, s. 554.

II. SATICININ BORÇLARI

A. Genel Olarak

Borçlar Kanununun 205. maddesinde, (6098 sayılı TBK m.229), alıcının ayıp sebebiyle sözleşmeden dönmesinin satıcıya getirdiği yükümlülükler düzenlenmiştir. Bu yükümlülükler, satış bedelini faiziyle birlikte iade etme borcu, alıcının mala yaptığı masrafların tazmini borcu ve alıcının ayıplı mal sebebiyle uğradığı zararının tazmini borcu dur.

B. Bedeli Faiziyle Birlikte İade Etme Borcu

Sözleşmeden dönme halinde satıcı, satış bedelini faiziyle birlikte iade etmekle yükümlüdür (BK m.205/I)[593]. Satıcının satış bedelini ele geçirdiği anda, iade yükümünü hesaba katacak durumda olup olmadığı, Kanunkoyucu tarafından önemsiz bir olgu olarak değerlendirmiş ve dikkate alınmamıştır[594].

Katıldığımız dönüşüm teorisi çerçevesinde satım bedelinin iadesi talebi sözleşmesel niteliktedir[595].

Faizin hangi andan itibaren işletilmeye başlanacağı hususunda kanunda bir hüküm yoktur. Dönme hakkının kullanılması durumunda, faizin dönme hakkının

---

593 13. HD bir kararında, "Sözleşmeden dönen taraf, ancak menfi zararını isteyebilir. Satış bedeli dışındaki istemler müspet zarar olup, bunları isteyemez." şeklinde karar vermiştir, bkz. 13. HD, 09.10.2003, E. 8441, K. 11576 (Yavuz, Özsunay'a Armağan, s. 123). Ancak ödenmiş olan satış bedelinin geri istenmesi, bir iade sorunudur, zarar sorunu ile ilgisi yoktur. Dolayısıyla bedel iadesi menfi zarar kalemleri içinde değildir. Bunun yanı sıra, doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre BK m.205/III çerçevesinde, dönme ile birlikte müspet zararın istenmesi de mümkündür, bkz. Atamer, CISG, s. 417, dp. 725; Yavuz, Özsunay'a Armağan, ss. 123, 142.

594 Serozan, Dönme, s. 571.

595 Ancak doktrinde bu talebin dayanağına ilişkin olarak da farklı görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre, satım bedelinin iadesi talebi, sebepsiz zenginleşmeye dayanmaktadır, bkz. Keller ve Siehr, s. 88; buna karşılık bir diğer görüş, satıcının faiz ödeme yükümlülüğünün; satıcı, satım bedelinden faiz elde etmemiş ve alıcı da satım bedelini ödemesi sebebiyle faiz kaybına uğramış olmasa bile mevcut olmasından hareketle; BK m. 205/II kapsamında bedel iadesinin, sebepsiz zenginleşmeye dayanmadığını, burada condictio ob causam finitam'a (hukuki sebebin sonradan ortadan kalkması)'na benzer bir durum olması sebebiyle sebepsiz zenginleşme hükümlerinin kıyasen uygulanması gerektiği görüşündedir, bkz. Basler Komm./Honsell, Art. 208, No. 2; Giger, Art. 208, No.25-26; Ulusan, s. 70; von Tuhr ve Peter, OR AT, s. 493.

kullanıldığı tarihten itibaren; para borcunun ifa edildiği tarihten itibaren veya dava tarihinden itibaren işletilip işletilemeyeceği soruları akla gelir.

Karşılaştırmalı hukuka baktığımızda, Uluslararası Ticari Satım Sözleşmelerine İlişkin Viyana Sözleşmesinde, satıcının, bedeli geri ödeme borcu altında olduğu hallerde, bu meblağın kendisine ödendiği tarihten itibaren faizini de ödemesi gerektiği hükme bağlanmıştır (CISG m.84/I).

Önceki BGB §347 C.3'teki, alınan paraya, alındığı tarihten itibaren faiz işleyeceğine ilişkin düzenleme yeni Alman Medeni Kanununda kaldırılmış, faizin bu şekilde otomatik olarak işletilmesi yerine, faizin bu miktarda bir tutar ile faiz elde etmenin mutad ekonomik kurallara göre mümkün olup olmadığı dikkate alınarak belirleneceği düzenlenmiştir[596].

İsviçre doktrininde faizin, paranın fiili olarak verildiği günden itibaren işletilmesi gerektiği kabul edilmektedir[597].

Yargıtay'ın bu konudaki görüşü[598], bedel iadesi durumunda, daha önce davalılara ihtar çekilerek mütemerrit duruma düşürülmedikleri hallerde, dava

---

596 Rolland, Das neue Schuldrecht, IV, No. 76.

597 Basler Komm./Honsell, Art. 208, N.2.

598 "…B.K.'nun 101. maddesi uyarınca muaccel bir borcun borçlusu alacaklının ihtarı ile mütemerrit olur. Davacının dava açılmadan önce davalıları ihtar çekerek mütemerrit duruma düşürdüğü iddia ve ispat edilmemiştir. Bu nedenle dava tarihinden itibaren faize karar verilmesi gerekirken, mahkemece bu yön göz ardı edilerek, davalıya yapılan ödeme tarihinden itibaren faize hükmedilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir." Bkz, 13. HD, 19.12.2006, E. 2006/13194, K. 2006/16511 (www.kazanci.com); Aynı yönde 19. HD, 27.3.2008, E. 2008/560, K. 2008/3086 (www.kazanci.com); Bu karara yazılan karşı oy yazısında, "Aracın iadesinin gerçekleşmemesi halinde BK'nun 205. madde hükmüne göre satıcının semeni ödeme borcu doğmayacaktır. Aracın iadesi için davacı "tevdi mahalli" tayinini dahi gerçekleştirmemiştir. Aracın iadesi borcunu yerine getirmeyen davacı için faizi dava tarihinden itibaren yürütmek ise hem aracın kullanılması ve hem de faize hak kazanma sonucunu sağlayacağından (Venire Contra Factum Probbrium) çelişkili davranış sonucundaki yasağın ihlaline olanak tanımak anlamını ortaya çıkarıp hakserlik ve denkserlik kurallarını da ihlal eden durumun BK'nun 192 ve 205. madde hükümlerine aykırı olup, hukuken himaye görmemelidir… Aracı kullanan alıcının davalı satıcıyı temerrüde düşürmesi dava ile olamayacaktır. Zira fesih; ancak mahkeme kararı ile oluşan ve aracın iadesi anında doğacak ve oluşan bir sonuçtur. Feshinin hüküm tarihi ile oluştuğu açıktır." gerekçesiyle itiraz edilmiştir. Ancak sözleşmeden dönme, dönme beyanının muhataba vardığı anda gerçekleşir. Ayrıca nasıl ki satıcı, alıcının kullanımı karşısında, kullanma bedeli talep edebilmekteyse, alıcının da satım bedeli için faiz talep edebilmesi gerekir.

tarihinden itibaren faize hükmedilmesi gerektiği yönündedir. Ancak Yargıtay bu kararlarında, temerrüt faizi üzerinde durmaktadır. Oysa dönme sonucu bedelin faiziyle iadesi borcundaki faiz, anapara faizi niteliğindedir. Bu sebeple, söz konusu faizin işlemeye başladığı tarihin belirlenmesinde, davalının temerrüde düştüğü tarih önem taşımaz.

Esasen dönme sonucunda, malın alıcısı, kullanması karşılığı uygun bir tazminat ödediğine göre parayı alan kişi de aldığı tarihten itibaren faiz ödemelidir[599]. Üstelik dönmenin amacına ulaşmak, ancak bu şekilde mümkün olabilir. Aksi halde tarafların, sözleşme hiç yapılmamış gibi bir konuma getirilmesi mümkün olmayacaktır. Bununla birlikte, nasıl ki tüketicinin veya alıcının ödemesi gereken kullanma tazminatının hesaplanmasında, normal bir kira bedelinden daha düşük bir bedelin ödenmesi gerektiği ifade edilmekteyse[600], dönme hakkının kullanılması durumunda da faiz miktarından belirli oranda bir indirim yapılması mümkündür.

Sözleşmede herhangi bir açıklık olmaması durumunda, satıcının ödemekle yükümlü olduğu faiz miktarı, 3095 sayılı Kanun çerçevesinde belirlenen faiz oranı uygulanarak bulunur[601].

Dönme sonrası ortaya çıkan tasfiye borç ilişkisinde de BK m.81 gereğince taraflar iade borçlarını aynı anda ifa etmekle yükümlüdürler. Ancak İsviçre Federal

---

599 13. HD, 04.06.2009, E. 2009/1552, K. 2009/7751 K. Sayılı kararına (Ruhi, ss. 283-284) konu olan uyuşmazlıkta, Yerel Mahkemece, araç satım sözleşmesinin feshine, aracın ekipmanları ile birlikte davalıya verilmesine, satış bedelinin dava tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte davacıya verilmesine, 2.000 TL. değer kaybının davalıya verilmesine karar vermiş, ancak Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, Yerel Mahkemenin kararını, "Davaya konu araç davacı yedinde olup, davacı aracı, davalı taraf da satış tarihinden itibaren davacı tüketicinin ödemiş olduğu satış bedelini kullanmıştır. Hal böyle olunca aracın iadesi nedeniyle davalı kullanma bedeli, davacı tüketici de ödenen tutar yönünden aracın iade tarihine kadar faiz isteyemez." Gerekçesiyle hükmün düzeltilerek onanmasına karar vermiştir. Bu durumda, davacı tüketici ayıplı araç sebebiyle sözleşmeden dönmesi sonucu olarak satış bedeli sebebiyle herhangi bir faiz isteyemediği gibi, bir de aracın değer kaybı sebebiyle 2.000 TL. ödemek durumunda bırakılmıştır. Ancak satıcının ayıptan sorumluluğunun sebep sorumluluğu niteliğinde olduğu dikkate alındığında, araçta kullanma sebebiyle ortaya çıkan değer kaybının alıcıya yüklenmesi yerinde değildir. Dönme hakkının kullanılmasına sebep olan durum ayıplı mal teslimidir. Satılan malın ayıp sebebiyle yok olması durumunda dahi alıcı, malı iade etmeksizin ödediği bedeli geri alabildiğine göre, malda oluşan değer kaybının alıcıya yüklenmemesi gerekir.

600 Bunun sebebi, normal bir kira bedelinin, doğal olarak kar unsurunu da içermesidir. Ancak dönme halinde alıcı, satılan malı satıcıyı faydalandırma amacıyla kullanmamaktadır.

601 Yavuz, Borçlar Özel, s. 136; Zevkliler ve Gökyayla, s. 111, dp. 259.

Mahkemesi, alıcı bakımından ödemezlik def'inin sağladığı korumayı yeterli bulmayarak, alıcıya, satım bedeli faiziyle birlikte iade edilinceye kadar, satım konusu mal üzerinde hapis hakkı tanımaktadır. Bu zaman dilimi içinde alıcı, malın uğradığı zararlardan rehinli alacaklı gibi sorumlu tutulur (MK. m.945)[602].

C. Alıcının Mala Yaptığı Masrafların Tazmini Borcu

BK m.205/I gereğince sözleşmeden dönme durumunda alıcı, satım parasını faiziyle birlikte talep etme hakkının yanı sıra mahkeme masraflarını ve mala yaptığı masrafları da talep etme hakkına sahiptir. Burada mahkeme masrafları ile ifade edilmek istenen husus, alıcı ve üçüncü kişi arasındaki mahkeme masraflarıdır. Alıcı, satılan malı bir üçüncü kişiye temlik etmiş ve bu kişi de maldaki ayıp sebebiyle alıcıya dava açmışsa, alıcı üçüncü kişi karşısında davalı olması sebebiyle ortaya çıkan mahkeme masraflarını da satıcıdan talep edebilecektir[603]. Bu maddede düzenlenen mahkeme masrafları inceleme konumuz dışındadır. Zira alıcının bir malı üçüncü bir kişiye satması durumunda satıcı ile alıcı arasındaki sözleşme, tüketici satışı niteliğinde olmayacaktır.

Satıcı, alıcının satılana ilişkin olarak yaptığı bakım ve koruma giderleri sebebiyle alıcıya karşı sorumludur[604]. Doktrindeki hakim görüşe göre alıcı, satılana yaptığı zorunlu ve faydalı masrafların yanı sıra lüks masrafları da satıcıdan talep etme hakkına sahiptir[605]. Buna karşılık diğer görüşe göre, alıcı yalnızca zorunlu ve faydalı masraflarını talep edebilir. Bu görüşte olan ve klasik dönme teorisini savunan yazarlardan bir kısmı, iade talebinin dayanağının sebepsiz zenginleşme olmasından hareketle bu sonuca varmaktadırlar. Bu görüşe göre BK m.64 çerçevesinde, iyiniyetli zenginleşen zorunlu ve yararlı giderleri isteyebilir, lüks masrafları ise isteyemez

---

602 BGE 109 II 26; Tandoğan, Borçlar Özel, s. 192; Gümüş, s. 176.

603 Yavuz, Borçlar Özel, s. 136; Bu husus, BK m. 205/II'deki "tam zapt halindeki gibi" şeklindeki ifadeden de anlaşılmaktadır, bkz. Basler Komm./Honsell, Art. 208, No.2; Aral, Borçlar Özel, s. 140; Gümüş, s. 176.

604 Tandoğan, Borçlar Özel, ss. 191-192; Yavuz, Borçlar Özel s. 142; Buz, Dönme, s. 230-231.

605 Ulusan, s. 71-72; Giger, Art.208, No.40; Serozan, Dönme, ss. 571-572; Furrer, s. 68; Jaeger, s. 103; Yavuz, Ayıptan Sorumluluk, s. 173; Arbek, s. 56.

ancak, satılana zarar vermemek kaydıyla söküp alma hakkı vardır[606]. Ancak klasik dönme görüşünü savunanların bir diğer kısmı, BK m.205 çerçevesinde yapılan masraflara ilişkin herhangi bir ayrım yapılmaksızın satıcı için tazmin yükümlülüğü öngörüldüğü, bu sebeple burada BK m.64'ü uygulamanın pratik bir yararı olmadığı, alıcının geri vereceği mal için yapmış olduğu tüm giderleri alabilmesinin mümkün olduğu görüşündedirler[607].

Satılanın bakımı, onarımı gibi satılanın korunmasına ilişkin masraflar, gümrük ve nakil masrafları, depolama giderleri, satılanın muayenesi için yapılan masraflar, alıcının mala yaptığı masraflardır. Ancak alıcının satılanla ilgili yaptığı masrafları ispatlaması gerekir[608].

D. Alıcının Ayıplı Mal Sebebiyle Uğradığı Zararının Tazmini Borcu

1. Karşılaştırmalı Hukukta Dönme Hakkı ile Birlikte İstenecek Tazminata İlişkin Düzenlemeler

a. Genel Olarak

Sözleşmeden dönme halinde tazminat istenip istenemeyeceği veya istenebilecek tazminatın niteliği her hukuk sisteminde birbirinden farklı bir şekilde düzenlenmiştir. İsviçre-Türk hukukunda alacaklı dönmeyle birlikte menfi zararının tazminini de talep edebilmekteyken, önceki Alman Medeni Kanununda, alacaklıya sözleşmeden dönme ile sözleşmenin ifa edilmemesinden doğan zararın tazmini (müspet zarar) arasında bir seçim hakkı tanınmıştı (Önceki BGB 325,326). Yeni Alman Medeni Kanununda ise sözleşmeden dönen alacaklı, dönme ile birlikte müspet zararının veya menfi zararının tazminini talep etme konusunda bir seçimlik hakka sahiptir. Bu düzenlemeye göre, alacaklı dönme ile birlikte sözleşmenin ifa

---

606 Alıcının yalnızca zorunlu ve faydalı masrafların giderimini talep edebileceği yönünde bkz. Basler Komm./Honsell, Art. 208, N.2, s. 1181; Aral, Borçlar Özel, s. 140; bu yönde bkz. Becker, Art.208, No.5; Gümüş, s. 176; Tunçomağ, II, s. 171.

607 Bkz. Ulusan, ss. 71-72.

608 Yavuz, Borçlar Özel, s. 137.

edilmemesi nedeniyle uğradığı zararın tazminini veya sözleşmenin ifa edileceğine duyduğu güven nedeniyle uğradığı zararın tazminini talep edebilir[609].

Doktrinde, bu gelişmeler çerçevesinde İsviçre-Türk Hukukunda da dönme ile birlikte müspet zararın talep edilebilmesinin mümkün olması gerektiği savunulmaktadır. Bu görüşün yerinde olup olmadığının belirlenebilmesi için öncelikle İsviçre-Türk Hukukundaki sistemin ve dönme ile birlikte müspet zararın tazmininin talep edilebileceğini düzenleyen ulusal ve uluslararası düzenlemelerin incelenmesi gerekir.

b. Alman Medeni Kanunundaki Durum

aa. Önceki Alman Medeni Kanunundaki Düzenleme

Alman hukukunda 2001 yılında yapılan reform çalışmalarından önce borçlu temerrüdünde, alacaklıya sözleşmenin ifa edilmemesinden doğan zararın tazminini talep hakkı ile sözleşmeden dönme hakkı arasında bir seçim hakkı tanınmıştı (BGB §325, BGB §326). Önceki kanun döneminde, sözleşmeden dönme ile birlikte zararın tazminini talep etme imkanı tanınmamaktaydı. Sözleşmeden dönen alacaklı, yalnızca borç ilişkisinin tasfiyesi çerçevesinde hak sahibi olmakta, bunun dışında herhangi bir zarara uğramışsa bu zararın tazminini talep edememekteydi. Önceki BGB §325 Abs.1'e göre, "Bir tarafın karşılıklı sözleşmeden doğan edim yükümlülüğü, onun sorumlu olduğu bir durum sebebiyle imkansız hale gelirse, diğer taraf ifa etmeme sebebiyle zararın tazminini talep edebilir veya sözleşmeden dönebilir…" Bunun yanı sıra Önceki BGB § 326'da dönme hakkı, borçlunun ifa ihlalinden sorumlu olması koşuluna bağlanmıştı.

bb. Yeni Alman Medeni Kanunundaki Düzenleme

Alman Hukukunda 2001 yılında yapılan değişikliklerle, bütün ifa ihlalleri, "yükümlülük ihlali" kavramı altında toplanmıştır. Zararın tazminine ilişkin temel norm olan BGB §280/I'de, borçlunun sorumlu olduğu her yükümlülük ihlalinin tazminat talebine sebep olacağı hükme bağlanmıştır Bununla birlikte, BGB §280

---

609 Clevinghaus, s. 67; Buz, Dönme, ss. 241-242.

Abs.2'de temerrüt zararlarının tazmini için ve BGB §280 Abs.3'te ifa yerine tazminat için ek koşullar öngörüldüğünden, BGB §280. maddede, yükümlülük ihlaline, ihlalin sorumluluğu gerektirip gerektirmemesine ve zarara göre, farklı zarar türlerinin tazmini farklı koşullara tabi tutulmuştur.

Alman Hukukunda edimin gereği gibi ifa edilmemesi halinde, ifa yerine tazminat talep edilebilmesi için yükümlülük ihlalinin önemli olması şartı aranmaktadır (BGB §281 Art.1 S.3). Edimin gereği gibi ifa edilmemesi (kötü ifa) halinde, dönme hakkının kullanılması da aynı şekilde yükümlülük ihlalinin ağır olması koşuluna tabidir (BGB §281 Abs.1 Satz.3, BGB §323 Abs.5 satz. 2).

İfa yerine tazminat talebi ile sözleşmeden dönme talebi, kusur dışında aynı koşullara tabi olmasının yanı sıra sonuçları itibariyle de aynıdır. Zira alıcı edim yerine tazminat isteme hakkını kullanırsa, BGB §281 Abs. 5'e göre borçlu kendisi tarafından daha önce ifa edilmiş edimleri, dönmenin sonuçlarına ilişkin kurallara göre (BGB §346-BGB §348) geri isteyebilir[610].

İfa yerine tazminat talep etme hakkı, yalnızca ifanın kesin olarak gerçekleşmemesi sebebiyle ortaya çıkan zararlarda söz konusu olur, daha doğrusu zararın denklik menfaatini (Aquivalenzinteresse) bozması ölçüsünde, ifa yerine tazminat ifanın yerine geçer. İfanın kesin olarak gerçekleşmeyeceği haller, borçlunun edimi artık yerine getiremeyeceği (örneğin BGB §275 Abs.1-3'e göre edimden kurtulmanın gerçekleştiği zamanda) veya alacaklının ifa yerine zararın tazminini talep etmesi sebebiyle (BGB §281 Abs.4) borçlunun artık borcunu ifa etmeye yetkili olmadığı hallerdir. BGB §323, BGB §324'e göre sözleşmeden dönülmüş olması durumu da bu hallerden birini teşkil eder[611].

Önceki düzenlemeden farklı olarak alacaklı, sözleşmeden dönmüşse, yalnızca tasfiye ilişkisinden doğan talepleri değil, bunun yanında zararın tazminini de talep edebilir (BGB §325). Dolayısıyla alacaklı hem sözleşmeden dönebilir hem de aynı zamanda edim yerine zararın tazmini olarak BGB §281'e göre ikame işlemden

---

610 Werner G. Elb, **Schuldrechtsmodernisierung**, Köln 2002, ss. 46, 47.

611 Edimle ilgisi olmayan bir yan yükümlülüğün ihlalinden sonra beklenemezlik gerekçesiyle ifanın bundan böyle kabul edilmemesi halinde (BGB §282) de borçlu artık borcunu ifa etmeye yetkili değildir, bkz. Egon Lorenz, **Einführung in Karlsruher Forum 2005**, s. 41.

kaynaklanan **masraf fazlasını** ve **yoksun kalınan karı** veya BGB §284 çerçevesinde boşa yapılan masrafları talep edebilir[612]. Reform süreci içinde, alacaklının dönme ile birlikte zararını da talep edebilmesi gerektiği düşüncesi sebebiyle alacaklıya zararının tazmini imkanı da tanınmıştır. Alman Medeni Kanunundaki düzenlemeye göre alacaklı ya müspet zararını ya menfi zararının tazminini talep edebilir.

Kanunkoyucu BGB §325'teki bu düzenleme olmadan da; yalnızca kullanılmış dönme hakkı yanında zararın tazminini talep yasağına ilişkin eski BGB §325'in kaldırılması ile de aynı amaca ulaşabilirdi. Ancak önceki hukuk farklı tanımladığı için, dönmenin yanında tazminatın talep edilebilme ihtimali, BGB §325 aracılığıyla bir kere daha açıkça tespit edilmiştir[613].

c. İsviçre-Türk Hukukundaki Durum

aa. Genel Olarak

Dönme hakkına ilişkin olarak İsviçre-Türk Borçlar Kanunundaki temel norm, borçlunun temerrüdüne ilişkin BK m.106 vd.dır. Bu hükme göre borçlunun temerrüdü halinde alacaklıya tanınan haklar, aynen ifa ve gecikme tazminatını talep etmek veya aynen ifadan vazgeçmektir. Alacaklı, aynen ifadan vazgeçme hakkını kullanmışsa, yine iki hakkı vardır. Müspet zararının tazminini talep edebilir veya sözleşmeden dönüp menfi zararının tazminini talep edebilir[614].

---

612 Oetker ve Maultzsch, No. 278; Reinicke ve Tiedtke, No. 592.

613 Elb, s. 64.

614 Bkz. Honegger, s. 40 vd.; Eren, s. 1070; Oğuzman ve Öz, s. 539; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, s. 954 vd.; Alman hukukunda, 2002 değişikliğinden önce borçlu kanuni süre içinde borcunu ifa etmezse, alıcıya ifa talebinde bulunma hakkı tanınmamış, yalnızca sözleşmeden dönme veya ifa etmeme sebebiyle zararın tazminini isteme hakkı tanınmıştı (Önceki BGB §326 Abs.1 S.2). Ancak bu durum uygulama açısından anlamsızdı, çünkü olayların çoğunda, alıcının çoğunlukla alıcının sürenin geçirilmesinden sonra da edimi elde etmesinde yararı vardı. Bu sebeple alacaklıya başarısız geçen süreden sonra da bir ifa talebi tanınmalıydı. Süre tayini, yalnızca dönme ve zararın tazmini ile ilgili olup, ifa talebi ile ilgili olmadığından, borçlunun süre tayininden sonraki ifa talebini de hesaba katması gerekir. Bununla birlikte borçlu da bir zamanda artık yalnızca zararın tazmininden sorumlu olduğu ve bu zamandan sonra edimin kendisini ifa etmek zorunda olmadığını kabul edebilmelidir. Bu sebeple BGB §281 Abs.4'te ifa talebinin, alıcının edim yerine fiili olarak zararın tazminini istediği anda ortadan kalkacağı düzenlenmiştir. Bu kural, net ve taraflar için belirlenebilir bir zamanı düzenlediğiden alıcının ve borçlunun menfaatlerini koruyan bir niteliktedir, bkz. Werner G. Elb, **Schuldrechtsmodernisierung**, Köln 2002, ss. 45, 46.

Temerrüt durumu ile ayıplı ifa durumu birbirinden tamamen farklı iki yükümlülük ihlalini oluşturur. Bilindiği gibi temerrüt, borçlunun muaccel olan borcunu ifa etmemesidir. Ayıplı ifa halinde ise, borçlu borcunu ifa etmiştir ancak bu ifa sözleşmeye uygun bir ifa değildir. Bu sebeple temerrüt durumunda karşı edim alacaklının eline geçmemişken, ayıplı ifa durumunda karşı edim alacaklının elindedir.

İki yükümlülük ihlali arasındaki bu temel farkı ortaya koyduktan sonra her iki hal için dönme hakkının kullanılması durumunda ortaya çıkacak durumun incelenmesi gerekir.

aaa. Borçlu Temerrüdüne İlişkin Düzenleme

Temerrüt halinde karşı edim alacaklının eline geçmemiştir. Ancak alacaklı kendi edimini ifa etmiş olabilir veya o da henüz kendi edim borcunu ifa etmemiş olabilir. Alacaklı kendi edimini ifa etmiş olup olmamasından bağımsız olarak aynen ifa ve gecikme tazminatı isteyebilir. Alacaklı bu hakkından vazgeçerse, müspet zararının tazminini veya sözleşmeden dönüp menfi zararının tazminini isteyebilir.

Sözleşmeden dönme hakkını tercih eden alacaklı, edimini daha önce ifa etmişse, tasfiye borç ilişkisi gereğince kendi ediminin iadesini talep etme hakkına sahiptir. Dönme hakkını kullandığı anda edimini henüz ifa etmemişse, ifa yükümlülüğünden kurtulur. Dönme hakkının kullanılması, alacaklıya daha önce ifa ettiği kendi ediminin iadesini isteme imkanını sağlaması, özellikle alacaklının ediminin para borcundan başka bir borç olduğu hallerde önem taşır.

Alacaklının müspet zararının tazminini istemesi durumunda, zararın nasıl hesaplanacağı konusunda iki teori geliştirilmiştir. Mübadele teorisine göre, zarar yalnızca ifa edilmeyen edim dikkate alınarak hesaplanır, ortaya çıkan tazminat miktarı ifa edilmeyen edimin yerine geçer ve hükmedilecek tazminatla alacaklının edimi mübadele edilir[615]. Fark teorisine göre ise, alacaklı müspet zararının tazminini talep ettiğinde kendi edimini yerine getirmekten kurtulur; alacaklının zararı, ifa edilmeyen edimin değeri ile kendi ediminin değeri arasındaki fark olarak

[615] Mübadele teorisini savunlar için bkz. von Tuhr ve Escher, s. 105; Oser ve Schönenberger, Art. 107, No. 22; ayrıca bkz. Arslanlı, ss. 447-448.

hesaplanır[616]. Bu teori, borçlunun yükümlülüğünün yanı sıra alacaklının ifa yükümlülüğünü de ortadan kaldırır[617].

Öncelikle belirtmek gerekir ki, fark teorisinin uygulanıp uygulanamayacağı tartışması temerrüt durumunda önem taşır. Zira bu tartışmaların temelinde alacaklının verdiğini geri alması sorunu yatmaktadır. Ayıp durumunda ise alacaklının verdiği edim kural olarak para olduğundan bu tartışmalar önem taşımamaktadır. Bununla birlikte İsviçre-Türk hukukunda temel ifa ihlallerinden biri olan temerrüt durumundaki tartışmalara, ayıplı ifada uygulanması gereken kurallar açısından yol gösterici olacağından, kısaca değinilecektir.

Son yıllarda doktrinde fark teorisi ile mübadele teorisinin uzlaştırılması ve birlikte uygulanması gerektiği savunulmaktadır. Ancak bu noktada da hangi hallerde alacaklının tam bir seçim hakkına sahip olacağı konusunda farklı görüşler ileri sürülmektedir[618]. Bu görüşler çerçevesinde fark teorisi de kendi içinde üç gruba ayrılmaktadır. Sınırlı fark teorisi, mutlak fark teorisi, nisbi fark teorisi[619].

Sınırlı fark teorisine göre[620], alacaklı müspet zararının fark teorisine veya mübadele teorisine göre hesaplanması konusunda tercih hakkına sahiptir. Ancak müspet zararın fark teorisine göre hesaplanabilmesi için alacaklının kendi edimini henüz ifa etmemiş olması gerekir. Alacaklı edimi daha önce ifa etmişse, müspet zarar yalnızca mübadele teorisine göre hesaplanabilir. Bu gün için doktrindeki hakim görüş, sınırlı fark teorisidir. Esasen bu teori, alacaklının ediminin ifa edildiği

---

616 Bu görüşte bkz. Bucher,OR AT, s. 380 vd.; Gauch, Schluep ve Emmenegger, B.II, No.2776; Eren, ss. 1073-1074; Glaettli, Schadenersatz, s. 92 vd.; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, s. 870; Mübadele teorisinin sözleşme adaletini sağlamaya elverişli olmadığı ve BK m.98/II (TBK m.114/II)'nin atfı göz önünde tutularak hakimin mübadele teorisi ile bağlı sayılmaması gerektiği ve somut olayda sözleşme adaletine uygun olan zarar tespiti ve giderim miktarının belirlenmesinin hakime bırakılması gerektiği yönünde bkz. Hatemi ve Gökyayla, s. 264.

617 Ayan, s. 231.

618 Bkz. Elisabeth Glaettli, "Zum Schadenersatzanspruch bei Rücktritt - eine These zu den Glaeubigerbehelfen bei Leistungsstörungen in zweisetigen Vertraegen", **SZJ 1997/93**, ss. 233-243, (Rücktritt), ss. 238-239.

619 Bu görüşlerin açıklanması için bkz. Havutçu, Müspet Zarar, s. 89 vd.; Ayan, s. 232, dp. 274.

620 Bucher, OR AT, s. 381; Giger, Art. 214, No. 43; Schenker, Schuldnerverzug, No. 676; Wiegand, Recht 1983, s. 131; Hartmann, Rückabwicklung, s. 15, No.24 - s. 296, No. 739; Havutçu, Müspet Zarar, s. 91.

durumlarda da müspet zararın tazmini istemesini engellemediği için tercih edilmesi gereken görüştür.

Mutlak fark teorisine göre[621], mübadele teorisi hiçbir şekilde uygulama alanı bulamaz. Alacaklı kendi edimini ifa etmiş olsa da olmasa da fark teorisi uygulanmalıdır. Bir başka ifadeyle, alacaklı kendi edimini ifa etmiş olsa bile, fark teorisi uygulama alanı bulmalıdır. Çünkü edimler arasındaki karşılılık ilişkisi nedeniyle, alacaklının aynen ifadan vazgeçmesi ile alacaklının kendi edim yükümü de ortadan kalkar. Dolayısıyla alacaklı edimini daha önce ifa etmişse, geri alabilir, ifa etmemişse bu edimi ifa etmeye hakkı yoktur. Bu görüş, alacaklıya dönmede olduğu gibi verdiğini geri alma, bunun yanı sıra müspet zararının tazminini isteme hakkı tanımaktadır.

Nisbi fark teorisinin[622], mutlak fark teorisinden tek farkı, alacaklıya müspet zararının fark teorisine veya mübadele teorisine göre istemesi konusunda tercih hakkı tanımasıdır. Bu teoriye göre de alacaklı, kendi edimini ifa etmiş olup olmamasından bağımsız olarak müspet zararının fark teorisine göre hesaplanmasını talep edebilir. Bunun yanı sıra alacaklı tercih ederse zararının mübadele teorisine göre hesaplanmasını da talep edebilir. Bu görüşte de dönmeye özgü bir sonuç olan

---

621 Bu görüşün açıklanması için bkz. Schenker, Schuldnerverzug, N. 676; Havutçu, Müspet Zarar, s. 89.

622 Glaettli, Rücktritt, s. 239 vd.; Koller, OR AT, 55, No. 149; Bölüm 46, No. 27; Guhl ve Koller, s. 258, No. 29; Weber, Art. 107, No. 200; De lege ferenda olarak bu görüşte bkz. Ergüne, s. 259 vd., s. 267; Bu görüş 2002 yılında yapılan Reform sonucunda Alman Hukukunda yasal olarak tercih edilmiş görüş olmuş, sözleşmeden dönen alacaklıya, müspet zararını (BGB §280) veya borçlunun davranışları sonucunda boşa çıkan masraflarını (BGB §284) talep etme konusunda seçimlik bir hak tanınmıştır; Ancak bu görüş İsviçre/Türk hukukuna yabancı olan, dönme ile birlikte müspet zararın tazminini isteme imkanını tanıdığı için eleştirilmektedir, bkz. Buz, Dönme, s. 265 vd.; Serozan ise, alıcının ayıplı mal teslimi sebebiyle sözleşmeden dönmesi durumunda müspet zararının tazminini talep edebileceğinin BK m.205/II-III'te açıkça düzenlendiğini, ayıptan ve zapttan sorumluluk durumunda tanınan bu imkanın borçlu temerrüdünde de tanınması gerektiğini ifade etmektedir, s. 236; Serozan, BK Tasarı, s. 49; Atamer, Borçlar Kanununda yapılan değişikliklerde, sözleşmeden dönme durumunda alıcıya menfi zarar veya müspet zarar arasında tercih yapma hakkını tanınmamış olmasını eleştirmektedir, bkz. (Taşınır), ss. 197-198; Nisbi fark teorisi, İsviçre doktrininde mutlak fark teorisi olarak anılmaktadır. Ancak bu görüşte alacaklının isterse mübadele teorisine de başvurabileceği kabul edildiği için, bu görüş Alman hukukundaki ayrıma uygun olarak nisbi fark teorisi olarak adlandırılmıştır, bkz. Ayan, s. 232, dp. 274; ayrıca bkz. Glaettli, Schadenersatz, s. 93, dp. 489 ve ona ait metin.

verilenin geri alınması sonucuna müspet zararın tazmini talebiyle birlikte ulaşılmaktadır. Bu görüşün savunucuları, sınırlı fark teorisinin uygulanması halinde, edimini ifa etmemiş olan alacaklının fark teorisinin uygulanmasını talep etme hakkı bulunurken, edimini iyi niyetli olarak ifa etmiş olan alacaklının bundan mahrum kalmasının hakkaniyete uygun olmadığını ileri sürmektedirler.

Hangi görüşün uygulanacağı, alacaklının daha önce ifa ettiği edimin iadesini talep edip edemeyeceği açısından önem taşır. Bu sebeple, alacaklının edim borcunun para borcu olduğu hallerde sorun yoktur.

ÖRNEK 1: Tacir A, tacir B ile iş makinelerinin 50.000 TL.ye satılması konusunda sözleşme yapar. Ancak B, parayı verdiği halde, A iş makinelerini teslim etmez. Bu durumda alacaklı B'nin edim borcu para borcu olduğundan, B dönme hakkını kullanırsa, verdiği parayı faiziyle birlikte geri alacak ve bu sözleşmeyi yapması sebebiyle uğradığı zararların tazminini talep edebilecektir. B, müspet zararının tazmini hakkını kullanırsa, makinelerin değerinin tazminini yani ödediği 50.000 TL.yi ve bu makinelerin teslimi borcu zamanında ifa edilseydi elde edeceği karı ve ödemeyecek olduğu cezai şartları talep edebilecektir. Bu arada malın piyasa fiyatı yükselmiş ve B artık bu malları piyasadan 50.000 TL.ye değil de 60.000 TL.ye temin edebilecekse, bu miktarı da müspet zarar kapsamında talep edebilecektir. Böylelikle B, sözleşme zamanında ifa edilseydi hangi durumda olacak idiyse o duruma getirilmiş olacaktır.

Bu tartışmanın önemi, alacaklının ediminin paradan başka bir şey olması durumunda ve bu edimin değerinin artmış olması durumunda ortaya çıkar:

ÖRNEK 2: Tacir A, tacir B ile iş makinelerinin 50.000 TL.ye satılması konusunda sözleşme yapar. Tacir A, iş makinelerini teslim ettiği halde, B 50.000 TL.lik borcunu zamanında ifa etmeyerek temerrüde düşer.

Alacaklı tacir A, bu durumda aynen ifadan vazgeçerse, müspet zararının tazminini talep edebileceği gibi sözleşmeden dönme hakkını da kullanabilir.

A, sözleşmeden dönerse, B'ye teslim ettiği makinelerin iadesini ve bu sözleşmeyi akdetmesi sebebiyle yaptığı diğer masrafların tazminini talep edebilir.

A, müspet zararının tazminini talep ederse hangi sonuca ulaşılacağı fark teorisine ilişkin olarak kabul edilen teoriye göre değişecektir: Sınırlı fark teorisine göre, A, edimi daha önce ifa ettiği için artık müspet zarar, mübadele teorisine göre hesaplanmalıdır. Bu durumda A, B'den makinelerin bedelini ve akdettiği diğer sözleşmeler sebebiyle ödemek zorunda olduğu cezai şartı ve yoksun kaldığı karı talep edebilir. Mutlak fark teorisine göre, mübadele teorisi uygulama alanı bulmaz, A daha önce ifa ettiği edimin iadesini ve diğer müspet zararlarını isteyebilir. Böylelikle dönmenin sonucu olan, "edimin geri alınması" sonucuna ulaşılmış olur. Nisbi fark teorisine göre, A mübadele teorisini veya fark teorisini tercih etme hakkına sahiptir.

Katıldığımız görüş sınırlı fark teorisidir. Mutlak fark teorisinin veya nisbi fark teorisinin tercih edilmesi halinde, alacaklı hem daha önce ifa ettiği edimin iadesini hem de müspet zararının tazminini talep edebilecektir. İsviçre-Türk Borçlar Kanununun sistematiğine uyan görüş ise sınırlı fark teorisi olmaktadır. Zira mevcut yasal düzenleme çerçevesinde alacaklının dönme ile birlikte müspet zararının tazminini talep edebilmesi mümkün değildir, ancak bu yönde bir çözüm olması gereken hukuk bakımından savunulabilir[623].

Müspet zararın tazmininin istenmesi halinde, sözleşme ilişkisi ortadan kalkmamıştır. Dolayısıyla alacaklı müspet zararı talep etmekle, elde edemediği ifaya olan menfaatinin tazminat aracılığı ile sağlanmasını amaçlamaktadır. Sınırlı fark teorisi de bu amacı sağlamaktadır. Bu teori çerçevesinde, edimini henüz ifa etmemiş alacaklı, karşı taraf edimini ifa etmediği için, artık edimini ifa etmekle yükümlü olmayacak, kendi edim yükümü çıktıktan sonra kalan kısmı müspet zarar olarak talep edebilecektir. Esasen bu kuralın **kanuni bir uyarlama kuralı** olduğunu söylemek de mümkündür. Zira kanunkoyucu, borçlunun edimini ifa etmemesi üzerine, alacaklıya bir seçim hakkı tanıyarak söz konusu edim yerine zararın tazminini seçme imkanı sunmuştur. Bu noktada sözleşme ilişkisi, dönme halinde kabul ettiğimiz görüş gereğince tasfiye borç ilişkisine dönüşmüş de değildir.

---

623 Havutçu, Müspet Zarar, s. 91; Buz, Dönme, s. 269.

Nisbi fark teorisini savunan yazarlar, edimini daha önce iyiniyetle ifa eden kişinin kötü bir duruma düşürüldüğünü, bu sebeple, bu kişiye de edimini geri alma hakkı ile birlikte müspet zararının tazminini isteme hakkı tanınması gerektiğini savunmaktadırlar. Ancak kanaatimizce, para borçlusunun temerrüde düştüğü hallerde, alacaklı kendi edimini henüz ifa etmemişse ve **alacaklının edimi değer kazanmışsa, bu değer artışı, alacaklının talep edeceği tazminattan indirilmelidir.** Zira tazminat hiçbir zaman bir zenginleşme aracı olamaz. Karşı tarafın yaptığı hukuka aykırı davranış sebebiyle, zarar gören kişi, bazı masraflardan kurtulmuşsa veya bu fiil sebebiyle bir kazanç elde etmişse bu zarar miktarından indirilir. Bu sebeple, edimini daha önce ifa etmiş alacaklı ile edimini henüz ifa etmemiş alacaklı arasında da bir fark ortaya çıkmaz. Öncelikle tespit edilmesi gereken husus, edimini öncelikle ifa eden kişilerin de mübadele teorisine göre, müspet zararının tazminini talep etme hakkı olduğudur. Bunun yanı sıra bu kişilerin, edimlerini geri alamamaları akdettikleri sözleşme ilişkisinde, kendi edimlerini öncelikle ifa etme yükümü altına girmelerinden veya sözleşmede bu yönde bir hüküm olmamakla birlikte fiilen daha önce ifa etmelerinden kaynaklanmaktadır. Zira bu kişiler, edimlerini daha önce ifa ederek, karşı edimin ifa edilmemesi riskini de üstlenmiş olmaktadırlar.

Bu sebeple, alacaklı bu noktada bir seçim hakkı yapmalı, malın iadesini istiyorsa dönme hakkını kullanmalı, diğer zararlarının tazminini istiyorsa müspet zararının tazmini hakkını kullanmalıdır.

bbb. Ayıplı İfaya İlişkin Düzenleme

Sözleşmeden dönme halinde satıcının tazminat ödeme borcu, BK m.205/II ve III'te düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre satıcı, alıcının uğradığı doğrudan zararları kusuru olmasa bile tazmin etmekle yükümlü iken dolaylı zararları, kendisinin kusursuz olduğunu ispat edemezse tazmin etme yükümlülüğü altındadır.

Bu düzenleme, doktrinde değişik sebeplerle eleştirilmektedir. Eleştiriler, doğrudan zarar ve dolaylı zarar kavramlarının kapsamının belirlenmesindeki zorluklar ve bu konuda bu güne dek herhangi bir yerleşik görüşün oluşmadığı; sözleşmeye aykırılık durumunda satıcının kusursuz sorumluluğunun öngörülmesinin,

tazminat sorumluluğunda kusur ilkesini benimseyen Borçlar Kanunu sistemine aykırı olduğu ve doğrudan zarar-dolaylı zarar ayrımına ilişkin bu düzenlemenin bir yanlışlık sonucu İsviçre Borçlar Kanununa girdiği ve kaldırılması gerektiği noktalarında toplanmaktadır[624]. Ancak bu düzenlemeye 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda da herhangi bir değişiklik yapılmaksızın yer verilmiştir. 6098 Sayılı TBK m. 228'in atfıyla m.217'nin gerekçesinde, doğrudan zararın menfi zarar, dolaylı zararın müspet zarar niteliğinde olduğu belirtilmişse de kanunların yorumlanmasında gerekçeler bağlayıcı değildir. Bu sebeple, Mevcut Borçlar Kanunu döneminde bu konuya ilişkin olarak yapılan tartışmaların tümü, 6098 sayılı Kanun döneminde de devam edecektir.

Bu sebeple çalışmamızda doğrudan zarar ve dolaylı zarar kavramlarının, diğer bazı zarar türleri ile ilişkisi ve doktrinde doğrudan zararın ve dolaylı zararın hukuki niteliğine ilişkin görüşler, ayrıntılı olarak incelenmiştir.

d. Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Anlaşmasındaki (CISG) Durum

CISG'de "dönme sonrası tasfiye" ile "sözleşmeye aykırılık nedeniyle tazminat talep etme hakkı" iki ayrı başlıkta ve birbirinden tamamen bağımsız olarak düzenlenmiştir. Dönme hakkını düzenleyen CISG m.81/I'de tazminat hakkı saklı tutulmuştur[625]. Bu hükme göre "Sözleşmenin ortadan kaldırılması, tazminat yükümlülüğü saklı kalmak kaydıyla her iki tarafı da sözleşme ile üstlendikleri yükümlülüklerden kurtarır…"

Tazminata ilişkin CISG m.74'e göre, "Taraflardan birinin sözleşmeyi ihlali halinde ödenecek tazminat, mahrum kalınan kar dahil olmak üzere, ihlalden dolayı diğer tarafın uğradığı zararın toplamına eşittir. Söz konusu tazminat, ihlal eden tarafın sözleşmenin kurulması sırasında sözleşme ihlalinin muhtemel sonucu olarak

---

624 Atamer, Taşınır Satımı, s. 214 vd.; Çiğdem Kırca, "Kaldırılması Gereken Bir Ayırım: Satım Sözleşmesinde Satılanın Zaptı ve Satılan Malın Ayıplı Olması Sebebiyle İstenebilecek Tazminat Açısından Yapılan Doğrudan Zarar-Dolaylı Zarar Ayırımı", **Ali Naim İnan'a Armağan**, Ankara 2009, ss. 433-458, (Doğrudan Zarar-Dolaylı Zarar), s. 433 vd.

625 Atamer, CISG, s. 417; Sauthoff, s. 105 vd.

öngördüğü veya o tarihte bildiği veya bilmesi gerektiği veriler ışığında öngörmesi gerektiği zararı aşamaz.".

CISG sistemindeki tazminat hakkı ile alacaklının, borçlunun sözleşmeye uygun hareket etmiş olsaydı, içinde bulunacağı malvarlığı durumuna sokulması amaçlanmaktadır. Bu sebeple, zararın tespitinde alacaklının mevcut malvarlığı ile sözleşme ihlali olmasaydı sahip olacağı farazi malvarlığı arasındaki fark dikkate alınacaktır. Bu tazminat türü İsviçre-Türk Hukukundaki müspet zarara karşılık gelmektedir. Zira zararın miktarı belirlenirken ifa menfaati esas alınmaktadır[626].

Ancak CISG'de zarar, müspet veya menfi zarar olarak sınıflandırılmamıştır. CISG 81/I'in dönme durumunda tazminat talebini saklı tutan hükmü karşısında, sözleşmeden dönen alıcı da müspet zararının tazminini talep edebilmektedir. Ancak CISG'de dönme ile birlikte menfi zararın talep edilebileceğine ilişkin bir düzenleme olmamakla birlikte, doktrinde alıcının dönme ile birlikte menfi zararının karşılanmasını tercih edebileceği kabul edilmektedir[627]. Bu durumda, zarar miktarı, sözleşme hiç kurulmamış olsaydı alıcının malvarlığının içinde bulunacak olduğu durum ile şu an içinde bulunduğu arasındaki fark esas alınarak hesaplanacaktır. Bununla birlikte müspet zarar ile menfi zararın birlikte istenme imkanı yoktur.

Görüldüğü gibi, CISG'de açıkça müspet zarar menfi zarar ayrımı yapılmamış olsa da bu sözleşme kapsamında da zararın niteliğinin tespitinde bu kavramlar kullanılmaktadır. Zararın niteliğini tespit etmenin önemi, iki zarar türünün bir arada istenememesinden kaynaklanmaktadır.

Dönme ile birlikte istenecek tazminatın kapsamı bakımından CISG'deki sistem ile Alman Medeni Kanunundaki sistem hemen hemen aynıdır. Yalnızca Alman Medeni Kanununda alacaklının dönmenin yanı sıra müspet zararının tazmini veya menfi zararının tazmininden birini seçebileceği açıkça düzenlenmiş olmasına rağmen, CISG'de alıcının menfi zararının tazmini isteyebileceği hükme bağlanmamıştır.

---

626 Schlechtriem, Schwenzer ve Stoll-Gruber, Art. 74, No. 2; Atamer, CISG, s. 427; Sauthoff, s. 106.

627 Schlechtriem, Schwenzer ve Stoll-Gruber, Art. 74, No. 2; Atamer, CISG, s. 427.

CISG'te tam tazmin ilkesi geçerlidir. Daha açık bir ifadeyle, amaç alacaklının uğramış olduğu zararın tamamını tazmin etmektir. Bu sebeple, tazminatın kapsamına ifa menfaatinin yanı sıra alacaklının diğer malvarlığına ilişkin bütünlük menfaatleri de girer[628]. İsviçre-Türk Hukukunda yer alan ayıplı mal teslimi durumunda doğrudan zararlar için kusursuz sorumluluk, dolaylı zararlar için kusur sorumluluğu şeklindeki ayrıma CISG'de yer verilmemiştir[629].

e. Hukuk Sistemlerinin Karşılaştırılması ve Değerlendirilmesi

Görüldüğü gibi Alman Medeni Kanunundaki düzenlemenin temelinde, önceki Medeni Kanunda alacaklının dönme hakkını kullanması durumunda, uğradığı zararların tazminini istemesi hakkı tanıyan bir düzenlemenin olmaması gelmektedir. Alman Medeni Kanunundaki yeni düzenleme ile sözleşmeden dönen alacaklıya, dönme ile birlikte müspet zararının veya menfi zararının istenmesi konusunda seçim hakkı tanınmıştır. Bu düzenlemenin İsviçre-Türk hukukundan farklı olan yönü, alacaklının müspet zararının tazminini talep ettiği hallerde de kendi edimini geri alma yetkisi tanımasıdır. Zira katıldığımız görüş gereğince İsviçre- Türk hukukunda müspet zararının tazminini isteyen alacaklı, artık daha önce ifa etmiş olduğu edimin iadesini talep edememekteyken, Alman Hukukunda alacaklı hem daha önce ifa ettiği edimin iadesini talep edebilmekte, hem de müspet zararının tazminini talep edebilmektedir.

Bu noktada yine, dönme ile birlikte müspet zararın tazmininin talep edilebilmesinin, sözleşmeden dönen tarafın ediminin paradan başka bir şey olduğu ve bu malın geri alınmasının dönme hakkını kullanan taraf için önemli olması durumunda önem taşıdığının belirtilmesi gerekir.

---

628 CISG m.5 gereğince ölüm ve yaralanma sebebiyle doğacak zararlar CSIG kapsamında değerlendirilmez, bkz. Atamer, CISG, s. 426.

629 Atamer, CISG, s. 426.

2. Ayıplı İfa Durumunda Dönme Hakkının Kullanılması Halinde Dönme ile Birlikte İstenecek Tazminatın Kapsamı

a. Doğrudan Zarar ve Dolaylı Zararın Kapsamının Belirlenmesi

aa. Doğrudan Zarar ve Dolaylı Zarar Kavramlarının Diğer Zarar Kategorileri ile İlişkisi

aaa. Genel Olarak

Doğrudan zarar ve dolaylı zarar kavramlarının birbirinden ayırt edilmesi, Borçlar Hukuku Doktrinindeki en tartışmalı konulardan biridir[630]. Bu zarar türlerinin tanımlanması için doktrinde pek çok görüş ileri sürülmüştür. Çalışmamızda öncelikle doğrudan zarar ve dolaylı zarar kavramlarının diğer zarar türleri ile ilişkisi incelenecek, ardından doğrudan zarar ve dolaylı zararı birbirinden ayırdetmeye yarayan görüşler incelenerek, daha sonra kabul ettiğimiz görüş çerçevesinde bir değerlendirme yapılacaktır.

bbb. Doğrudan Zarar ve Dolaylı Zarar Kavramlarının Müspet Zarar ve Menfi Zarar ile İlişkisi

Müspet zarar, alacaklının tam ve doğru bir ifaya olan menfaatidir. Müspet zarar ile borçlunun, borçlanmış olduğu edimi vaktinde veya gereği gibi ifa etseydi alacaklının içinde bulunacağı ekonomik durum sağlanmaya çalışılır[631].

Müspet zarar kalemleri, fiili zarar ve yoksun kalınan kardan oluşur. Tazmini gereken müspet zararın temel unsurunu, ifa edilmeyen edimin ekonomik değeri teşkil eder. Edimin ifa edilmemesi sebebiyle ikame alım için yapılan masraflar veya yeni bir sözleşme kurulması için yapılan masraflar da müspet zarar kapsamında yer alır. Bundan başka, yükümlülük ihlaline aykırı davranış ile uygun illiyet bağı içinde

---

630 BK m. 192 ve BK m.205'te yer alan doğrudan zarar dolaylı zarar ayrımının, bir yanlışlık sonucu Kanunda yer aldığı, İsviçre Kanunkoyucusunun böyle bir ayrım yapmak şeklinde bir amacı bulunmadığı yönünde bkz. Kırca, Doğrudan Zarar-Dolaylı Zarar, s. 434 vd.; Fischer, s. 84 vd., 153 vd.; Atamer de, ayıp ve zapt durumunda ortaya çıkan doğrudan zararlar için kusursuz sorumluluk öngörülmesini, tazminat borcunu kusura bağlayan Borçlar Kanunu sistemine yabancı olduğu gerekçesiyle eleştirmektedir, bkz. Atamer, Taşınır Satımı, 214 vd.; ayrıca bkz. Bucher, OR BT, s. 103.

631 Eren, s. 1073; Hatemi ve Gökyayla, s. 262.

bulunan diğer zararlar da müspet zarardır. Örneğin, alacaklı tarafından yapılan dava giderleri, seçim hakkının kullanılması için yapılan masraflar, ifa edilmeyen edimin kullanma amacına göre yoksun kalınan kar, üçüncü kişilere ödenen tazminat ve cezai şartlar, alacaklının seçim hakkını kullanmasına kadar kendi edimi için yaptığı bakım ve muhafaza masrafları, para borçlarında gecikme faizi ve munzam zarar, müspet zarar kalemi içinde yer alır[632].

Menfi zarar, sözleşmenin kurulduğuna, kurulacağına veya geçerli olduğuna dair haklı güveni boşa çıkan alacaklının borçludan talep edebileceği zarardır[633]. BK m.108/II anlamında menfi zarar ise, alacaklının sözleşmeyi yaptığı için uğradığı, sözleşmeyi yapmamış olsa idi uğramayacağı zarardır[634]. Menfi zarar, alacaklının malvarlığının sözleşmeden dönmeden sonra içinde bulunduğu durum ile bu sözleşme yapılmamış olsaydı içinde bulunacağı durum arasındaki farktan oluşur[635].

Menfi zarar da müspet zarar gibi, fiili zarar ve yoksun kalınan kar kalemlerinden oluşur. Menfi zarar, herşeyden önce boşa giden masrafları kapsar. Doktrinde fiili zarar şeklinde ortaya çıkan menfi zarar kalemlerine örnek olarak; sözleşmeyi kurma masrafları, örneğin noter, haberleşme, seyahat masrafları; sözleşmenin ifa edileceği düşüncesi ile yapılan harcamalar, örneğin depo kiralama masrafları, satım bedelinin ödenmesi amacıyla başkasından ödünç para alınması halinde yapılan masraflar; yargılama giderleri, dönülen sözleşmenin tasfiyesi amacıyla yapılan masraflar (edimlerin iadesi vs.), alacaklının sözleşmeden dönmesi

---

632 Havutçu, Üreticinin Sorumluluğu, ss. 74-75.

633 Menfi zarar, güven zararı olarak da ifade edilmektedir. Ancak güven zararı, menfi zarara göre daha üst bir kavramdır. Güven zararı, sözleşme ilişkisinin mevcut olup olmamasından bağımsız olarak, güvenin boşa çıkması sebebiyle ortaya çıkan zararları ifade eden bir üst kavramdır. Menfi zarar ise, sözleşmenin söz konusu olduğu hallerde, sözleşmenin kurulamaması veya geçersiz olması sebebiyle boşa çıkan güven zararlarıdır, bkz. Kırca (Doğrudan Zarar-Dolaylı Zarar), s. 448, dp.73; Güven Sorumluluğu ile ilgili olarak bkz. Gürpınar, s. 210 vd.

634 BK m.108/II'deki menfi zararın, dar anlamda güven zararı olmadığı zira bu zararın yaratılan güvenin boşa çıkmasından değil, geçerli olarak kurulan bir sözleşmenin borçlu tarafından kusurlu bir davranışla ihlal edilmesinden kaynaklandığı yönünde bkz. Aral, Kötü İfa, s. 167; Kırca, s. 448, dp. 74.

635 Buz, ss. 240-241, ÖZ, s. 284; Oğuzman ve Öz, s. 555; Keller ve Schöbi, s. 279; Schenker, No. 744; Gauch, Schluep ve Emmenegger, B.II, No. 2899; Bucher, AT, s. 342; Ehrat, Nr.591; Kırca, Doğrudan Zarar-Dolaylı Zarar, s. 448 vd.; Ergüne, s. 38 vd.; Hatemi ve Gökyayla, s. 262; Karahasan, BG C.I, s. 86 vd.

nedeniyle üçüncü kişilerle yaptığı sözleşmeleri ifa edememesi yüzünden ödemek zorunda kaldığı tazminat ve cezai şartlar[636] sayılmaktadır.

Yoksun kalınan kar, alacaklının malvarlığının aktifinde çoğalma veya pasifinde azalma imkanının kaybedilmiş olmasıdır. Yoksun kalınan kar, kaçırılan fırsat olarak da adlandırılmaktadır. Yoksun kalınan kar şeklinde ortaya çıkan tipik menfi zarar kalemi, dönülen sözleşme yapıldığı için başka bir sözleşme yapma fırsatının kaçırılması sebebiyle ortaya çıkan zarardır[637]. Bunun yanı sıra alacaklının sözleşme konusu edimi borçluya vermeseydi ondan elde edeceği yararlar da menfi zarar niteliğindedir [638] , ancak bu zarar unsuru BK m.205'te zaten açıkça düzenlenmiştir.

Örneğin, yükleniciye 3000 TL.ye bir taşınmazın onarımı işini ısmarlayan iş sahibi, bu sözleşmenin kurulmuş olması sebebiyle aynı işi 4000 TL.ye yapacağını söyleyen yüklenicinin önerisini reddederse ve daha sonra sözleşmeden dönmesi sebebiyle bu işi 5000 TL.ye yaptırmak zorunda kalırsa, iş sahibinin menfi zararı, işi yaptırdığı 5000 TL. ile bu sözleşme olmasaydı bu işi yaptırabileceği 4000 TL. arasındaki 1000 TL.lik farktır. Bu olayda iş sahibinin müspet zararı ise, iş yaptırdığı fiyat olan 5000 TL. ile dönülen sözleşmede kararlaştırılmış fiyat olan 3000 TL arasındaki fark olan 2000 TL.dir[639]. Ancak müspet zarar durumunda sözleşme ayakta olduğundan, yani alacaklı kendi edimini ya ifa ederek (mübadele) ya da karşı tarafın tazminat borcundan düşerek (fark teorisi) yerine getirdiğinden, böyle bir durum söz konusu olamayacaktır.

---

636 Buz, s. 243 vd.; Keller ve Siehr, s. 90; Keller ve Schobi, s. 279; Schenker, Nr. 750; Eren, s. 1079 vd.; Bucher, OR AT, ss. 342-343.

637 13. HD, 25.05.1993, E. 2955/K. 4544 (Karahasan, BG C.I, ss. 86-87, dp. 62 f.) Zarar gören, akdedilen bu sözleşmenin geçerliliğine güvenmemiş olsaydı, bundan sonra artık telafisi mümkün olmayan karlı başka bir sözleşme yapacak olduğunu ispat ederse, yoksun kalınan karını menfi zarar olarak isteyebilir, Basler Komm./Honsell, Art. 208, N. 8; Ancak doktrinde, yoksun kalınan karın kesin bir şekilde ispatının zor olduğu ve hakimin ispat konusunda aşırı taleplerde bulunmaması gerektiği, olayların normal akışı ve zarar görenin aldığı önlemler dikkate alınarak, zararın hakkaniyete uygun bir biçimde belirlenmesi gerektiği ifade edilmektedir, bkz. Buz, Dönme, s. 253; Schenker, No. 754; Aksi görüş ise, menfi zarar ve müspet zarar kalemi olarak kazanç kayıplarının arasındaki farkın dikkatle belirlenmesi gerektiği, bu sebeple daha iyi sözleşme yapma fırsatını kaçırdığını ileri süren alacaklının, bunun somut ve belirli bir fırsat olduğunun ispat etmesinin gerektiğini savunmaktadır, bkz. Öz, Dönme, s. 290, dp.101.

638 Buz, s. 246.

639 Öz, Dönme, ss. 289, 290.

Yoksun kalınan kar (kaçırılan fırsat), müspet zarar kalemleri içinde de geniş yer tutan bir zarar türüdür. Örneğin, ısmarlanan malın teslim edilmemesi üzerine bu malın başkasına satılmasıyla elde edilecek kar kaybı, müspet zarar niteliğindedir. Bu sebeple, menfi ve müspet zarar kalemleri arasındaki farkın dikkatlice tespit edilmesi gerekir[640].

Yoksun kalınan karın BK m.205/III'e göre tazmin edileceği yani dolaylı zarar niteliğinde olduğu konusunda doktrinde görüş birliği vardır[641].

Konunun CISG'de nasıl düzenlendiğine bakıldığında, alıcıya dönme + tazminat hakkı tanınmışken, ifa yerine tazminat hakkı tanınmadığı görülür. ATAMER, bu konuda CISG'ın mantığı içinde bir çözüm üretmek gerektiğini ifade etmektedir. ATAMER'e göre, CISG, dönmenin yanı sıra müspet zararın tazminine zaten imkan tanımaktadır. Sözleşmeden dönme hakkının kullanılabilmesi için sözleşme ihlalinin esaslı olması gerekir. Oysa alıcıya, sözleşmeden dönmeksizin, karşı edimden vazgeçip müspet zararının tazminini talep hakkı verilirse, bu esaslılık koşulu dolanılmış olacaktır. Bu sebeple doktrinde ifa yerine tazminat talebinin de – CISG'de düzenlenmemiş olmakla birlikte- ancak sözleşmeden dönme talebine ilişkin koşulların varolması halinde ileri sürülebileceği ifade edilmektedir[642].

Kötü ifadan kaynaklanan bazı zararlar, menfi zarar-müspet zarar ayrımına tabi olmaksızın tazmini gereken zararlardır. Menfi-müspet zarar ayrımı, her durumda uygulanması gereken bir ayrım değildir. Zira bu ayrım, alacaklının ifaya olan menfaatini mi yoksa güven zararını mı isteyebileceği noktasında önem taşır. Ancak öyle bazı zarar türleri vardır ki hem menfi zararın istenebildiği hem de müspet zararın istenebildiği hallerde bu zarar türünün yanında istenebilir. Ayıba refakat eden zararlar bu tür zararlardandır. Örneğin, teslim edilen hasta hayvanın alacaklının diğer hayvanlarına da hastalık bulaştırması sebebiyle doğan zarar, hem menfi zararın istenebildiği hallerde hem de müspet zararın istenebildiği hallerde tazmin edilir[643].

---

640 Öz, s. 290, dp. 101.

641 Basler Komm./Honsell, Art. 208, No. 8; Schwenzer, OR AT, 14.27.

642 Atamer, CISG, ss. 451, 452; Mü-Ko/Huber, P., CISG Art. 74, No. 9.

643 Oğuzman ve Öz, s. 454; Öz, Dönme, ss. 292-293; bu yönde bkz. Lüchinger, No. 382.

Bunun yanı sıra, hile sebebiyle sözleşme iptal edildiğinde, yakıt tüketiminin çok az olduğu söylenerek bize satılan aracın aslında vaat edilenin iki katı yakıt tüketiyorsa ve alıcı da hile sebebiyle sözleşmeden dönmüşse, alıcının fazladan ödediği yakıt bedelini talep edemeyeceği söylenemez. Burada da müspet zarar ve menfi zarar ayrımı dışında kalan bir zarar türü söz konusudur. İrade sakatlıklarında ve yetkisiz temsilde, sözleşmenin geçersizliği sebebiyle zarara uğrayan tarafın, hakkaniyet gerektiriyorsa, hakimin zarar gören taraf lehine daha fazla tazminata hükmedebileceğine ilişkin düzenleme, doktrinde, müspet zararın tazmininin de mümkün olduğu şeklinde yorumlanmaktadır. Oysa, temel kural, menfi zararın ve müspet zararın bir arada istenemeyeceğidir. Bu sebeple sözleşmenin geçersizliği sebebiyle zararın tazmininin istendiği hallerde menfi zarar kısmını aşan tazminatın müspet zarar niteliğinde olduğu söylemenin yerinde olmadığı kanaatindeyiz.

ccc. Doğrudan Zarar ve Dolaylı Zarar Kavramlarının Ayıp Zararı ve Ayıba Refakat Eden Zarar ile İlişkisi

Öncelikli sorun teşkil eden husus, ayıbı takip eden zararların hem müspet-menfi zarar kavramları, hem de doğrudan-dolaylı zarar kavramları içindeki yerinin belirlenmesidir.

Ayıp zararı, nedenselliği yoğun ve yakın cevher zararıdır. Alışverişle doğrudan bağlantılı kayıplar bu zarar kapsamında değerlendirilir[644].

Ayıbı takip eden zararlar, satım konusu edimin ayıplı olması sebebiyle, alıcının edim menfaati dışında kalan, satılan mal dışındaki diğer hukuki varlıklarında ortaya çıkan zararlardır[645]. Hasta bir hayvan teslim edilmesi sonucu alıcının sürüsüne hastalık bulaşmışsa; zehirli yem atı öldürmüşse; ayıplı termostat yangına sebep olmuşsa (BGE 90 II 86); bitki büyütme hormonu, bağcının üzümlerine zarar vermişse; su yerine oksijen ve su karışımı teslim edilmiş ve şişenin açılmasıyla bu karışım patlamışsa (patlayıcı gaz); limonata şişesinin içinde amonyak olması

644 Serozan, Borçlar Özel, s. 151.

645 Basler Komm./Honsell, Art. 208, No. 9; Neuenschwander, s. 36; Kırca, Ürün Sorumluluğu, s. 87 vd.

sebebiyle alıcının yemek borusu yanmışsa veya limonata şişesinin patlaması sonucu bir çocuk yaralanmışsa, ayıbı takip eden zarar mevcuttur[646].

Ayıbı takip eden zararların, doğrudan zarar mı yoksa dolaylı zarar mı olduğu konusunda doktrinde görüş birliği yoktur. Bir görüş, ayıbı takip eden zararın doğrudan zarar olduğunu savunmaktayken[647], diğer bir görüş, bu zararların dolaylı zarar kapsamında ve ancak satıcının kusuru varsa tazmin edilmesi gerektiğini savunmaktadır[648]. Bu konudaki üçüncü bir görüş, ayıbı takip eden zararların illiyet bağının yoğunluğuna göre, doğrudan zarar veya dolaylı zarar niteliğinde olabileceğini ileri sürmektedir[649]. Ayıbı takip eden zararlar bakımından iki temel kategoride değerlendirilen bu görüşler de –aşağıda daha ayrıntılı açıklanacağı üzere- doğrudan zarar ve dolaylı zararın kapsamı konusunda birbirinden farklılık arzetmektedir.

bb. Doğrudan Zarar ve Dolaylı Zararın Kapsamının Belirlenmesine İlişkin Görüşler

Sözleşmeden dönme halinde satıcının tazminat ödeme borcu BK m.205/II ve III'te düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre satıcı, alıcının uğradığı doğrudan zararları kusuru olmasa bile tazmin etmekle yükümlü iken dolaylı zararları, kendisinin kusursuz olduğunu ispat edemezse tazmin etme yükümlülüğü altındadır.

Ayıplı ifa sebebiyle sözleşmeden dönme halinde istenebilen doğrudan zarar ve dolaylı zarar kavramlarının kapsamı konusunda doktrinde görüş birliği yoktur.

---

646 Basler Komm./Honsell, Art. 208, No. 9; Satın alınan malın tekrar satıldığı durumlarda, alıcının üçüncü kişilere tazminat ödemesi durumunda, sorumluluk menfaati ihlal edilmiş olmaktadır, bu menfaatin ihlali sebebiyle ortaya çıkan zararlar da BK m. 205/III kapsamında tazmin edilmelidir, bkz. Basler Komm./Honsell, Art. 208, N. 10; Ayıbı takip eden zarar kavramının, dogmatik bir yapı olduğunu ve hukuki bir sonuç doğurmadığı gibi, BK m.205'teki zararın tazmini problemine ilişkin olarak da maddi bir çözüm tarzı getirmediği, bu sebeple bu kavramın gerekli olmadığı yönünde bkz. Doerig, s. 98.

647 Giger, Art. 208, No. 35, No. 38.

648 Serozan, Borçlar Özel, s. 151; Havutçu, Üreticinin Sorumluluğu, s. 36; Kırca, s. 457.

649 Neuenschwander, s. 80; Fischer, s. 274 vd, s. 290; Doerig, s. 97; Schubiger, s. 77; Keller ve Siehr, s. 90; Aral, Borçlar Özel, s. 142; Bu sınırlandırmanın, ayıbı takip eden zararların çoğunda, malın alıcı veya üçüncü kişi tarafından kullanımından başka hiçbir şeyin gerekli olmaması sebebiyle anlamsız olduğu yönünde bkz. Basler Komm./Honsell, Art. 208, No. 9.

KIRCA'nın yaptığı gibi[650], bu görüşleri temel kategorilerde toplamak, görüşlerin net bir şekilde açıklanması konusunda kolaylık sağlayacaktır.

Birinci kategoride, sözleşme sona erse bile, müspet zararın tazmininin istenebileceğini kabul eden yazarlar vardır. İkinci gruptaki yazarlara göre, sözleşme sona erdiği için artık müspet zararın tazmini istenemez. Bu sebeple doğrudan zarar ve dolaylı zarar kapsamında istenebilecek tazminat yalnızca menfi zararlara ilişkin olabilir. Üçüncü kategori ise, doğrudan zarar-dolaylı zarar ayrımını, menfi müspet zarar ayrımından ve ayıp zararı-ayıba refakat eden zarar ayrımından bağımsız olarak yalnızca illiyet bağının yoğunluğuna göre yapılması gerektiği yönündedir. Dördüncü kategoride ise, kusursuz sorumluluk borçlar hukukunun sistemine aykırı olduğu için dar yorumlanmalı ve doğrudan zararın kapsamı, sisteme uygun bir biçimde yalnızca alıcının, sözleşme konusu edimi elde etme menfaati ve bunu gerçekleştiren yan masraflarla sınırlı tutulmalıdır.

Doğrudan zarar dolaylı zarar kapsamında, sözleşme sona erse bile müspet zararın tazmininin de isteneceği görüşünde olan yazarlar da kendi içinde dört gruba ayrılmaktadır:

OSER/SCHÖNENBERGER'e göre, doğrudan zarar, menfi zarardır[651]. Bu durumda dolaylı zararlar da müspet zarar niteliğinde olmaktadır. Yazar bu sonuca, zapta ilişkin hükmün getirilme amacı ve lafzından hareketle varmaktadır[652].

Bir görüşe göre doğrudan zarar, menfi zararın fiili zarar şeklindeki kısmı, dolaylı zarar ise fiili zarar ve yoksun kalınan kar olarak her türlü müspet zarardır[653].

---

650 Kırca, Doğrudan Zarar - Dolaylı Zarar, s. 438 vd.

651 Oser ve Schönenberger, Art. 195, No. 7-8, Art. 208, No. 5-6.

652 TBK m. 229'un gerekçesinde, doğrudan zarar ve diğer zararlar ibarelerine verilecek anlam hakkında TBK m.216. maddesinin (TBK m.217 olmalıydı) gerekçesinin göz önünde tutulması gerektiği belirtilmiştir. 217. maddenin gerekçesinde de, alıcının, "olumsuz (doğrudan) zararlar"ı, satıcının bir kusuru olmasa da giderilmesini isteyebileceği, "olumlu (dolaylı) zarar niteliğindeki zararlar"ın ise ancak satıcının bir kusuru varsa giderilmesini isteyebileceği ifade edilmiştir. Böylelikle 217. maddenin gerekçesinde doğrudan zararın, olumsuz (menfi) zarar, dolaylı zararın olumlu (müspet) zarar olduğu açıklanmıştır. Bununla birlikte, Kanun metninde bu konuya ilişkin olarak herhangi bir açıklama bulunmamaktadır. Kanun gerekçelerinin, metnin yorumlanmasında araç olarak kullanılmaları mümkündür ancak metnin gerekçede açıklandığı şekilde yorumlanması zorunlu değildir. Bu sebeple, Kanunkoyucunun bu konuda metin içinde herhangi bir görüşten yana olarak açık bir düzenleme getirmesi yerinde olurdu, bu yönde bkz. Kırca, Doğrudan Zarar-Dolaylı Zarar, s. 455.

Müspet zarar, sözleşmenin hiç veya gereği gibi ya da vaktinde ifa edilememesinden doğan zarardır. Menfi zarar ise, sözleşmenin kurulamaması veya geçersiz olması sebebiyle ortaya çıkan zarardır[654].

Bir diğer görüşe göre ise, doğrudan zarar, menfi zararın bir kısmından oluşur. Doğrudan zarar niteliğinde ortaya çıkan bu menfi zarar kısmı da, illiyet bağının yakınlığına göre tespit edilir. Uygun illiyet bağına göre ayıplı teslimin ilk ve yakın sonucu ortaya çıkan menfi zararlar, doğrudan zarar niteliğindedir. Uzak menfi zararlar ve müspet zararlar ise dolaylı zarar niteliğindedir. Bu kapsamda yoksun kalınan kar da yakın zarar olmadığından dolaylı zarar niteliğindedir[655].

Bu kategoride yer alan bir diğer görüş, hem doğrudan zararın hem de dolaylı zararın, müspet zarar niteliğinde olduğunu ileri sürmektedir[656]. Bu görüşe göre, ayıp sorumluluğu, sözleşmeye aykırılıktan kaynaklanan bir sorumluluktur ve sözleşmeye aykırılığın temel sonucu BK m. 96'da düzenlenen müspet zararın tazminidir. Bu çerçevede zararın doğrudan mı yoksa dolaylı mı olduğunun belirlenmesinde, illiyet bağının yoğunluğu kriterine başvurulmalıdır. Doğrudan zarar, ayıpla çok yoğun bir bağlantı içinde olan zararlardır. Dolaylı zararlar ise, ayıp ile yakın bağlantı içinde olmayan zararlardır.

---

653 von Büren, OR BT, s. 42; Giger, Art. 195, No. 34; Art. 208, No. 35; Yavuz, Borçlar Özel, s. 140; Yavuz, Ayıptan Sorumluluk, s. 175 vd.; Tunçomağ, C.II, ss. 171-172; Edis, ss. 118-119; Kırca, bu görüşü savunan yazarların temel yanılgısının menfi zararın kazanç kaybını kapsamayacağını kabul etmeleri olduğunu; oysa kazanç kaybının da menfi zarar olarak nitelendirilebileceğini belirtmektedir, bkz. Doğrudan Zarar-Dolaylı Zarar, s. 443; Bu görüşte de ayıbı takip eden zararlar, fiili zarar niteliğinde olduğundan doğrudan zarardır, bkz. Giger, Art. 208, No. 35, No. 38;Yoksun kalınan karın ilke olarak doğrudan zarar niteliğinde olacağı yönünde bkz. Katz, ss. 75-76.

654 Yavuz, Borçlar Özel, s. 140.

655 Keller ve Siehr, ss. 62-63, ss. 90-91; Aral, Borçlar Özel, s. 141 vd.; Aral, Kötü ifa, ss. 176, 178; Fadıl Yıldırım ve Veysel Başpınar, "Doktrin ve Uygulama Açısından Türk-İsviçre Hukukunda Doğrudan Doğruya ve Dolaylı Zarar Ayrımı", **Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan**, Ankara 2008, ss. 1093-1125, s. 1105 vd.; Bu görüş kapsamında da, ayıbı takip eden zararlar ayıplı mal tesliminin ilk ve yakın sonucu ise, doğrudan zarar niteliğindedir, bkz. Keller ve Siehr, s. 90; Aral, Borçlar Özel, s. 142; Yıldırım ve Başpınar, ss. 1105-1106.

656 Becker, Art 195, No. 1, 2, 6; Art. 208, No. 1, 5; Neuenschwander, ss. 78-80; Kısmi zaptta sözleşmenin sona ermesi hali hariç, tüm zararların müspet zarar niteliğinde olduğu yönünde bkz. Fischer, s. 274 vd., 292 vd.

Sözleşme sona erdiği için artık müspet zararın tazmininin istenemeyeceği, doğrudan zarar ve dolaylı zarar kapsamında yalnızca menfi zararların istenebileceği görüşünde olan yazarlar da kendi içinde farklı alt görüşlere ayrılmaktadır:

Doğrudan zarar ve dolaylı zararın ancak menfi zarar şeklinde olabileceğini kabul eden görüşlerden biri, bu zararları birbirinden ayırmak için illiyet bağının yoğunluğu kriterini kullanmaktadır. Buna göre, ayıplı mal tesliminin ilk ve yakın sonucu olan zararlar doğrudan zarar iken, dolaylı zarar kapsamında alıcının yalnızca BK m.205/II kapsamına girmeyen menfi zararları istenebilir. Buna göre, menfi zararın doğrudan zarar mı dolaylı zarar mı olduğunun tespiti konusunda uygun illiyet bağına göre karar verilmeli; ayıplı mal tesliminin ilk ve yakın sonucu ortaya çıkan zararlar doğrudan zarar iken, ayıplı ifaya eklenen başka olaylar sonucu ortaya çıkan zararlar, dolaylı zararlardır[657].

KOLLER tarafından savunulan bir diğer görüşe göre ise, ayıplı mal teslimi sonucu ortaya çıkan zararlar ile menfi zararlar kastedilir. BK m.205/II anlamında doğrudan zarar niteliğinde olan menfi zararlar ise, fiili zarar (damnum emergens)dır[658]. Alıcının, sözleşmenin varlığına güvenerek, başka bir kazandırıcı işlem yapmadığı için elde edemediği kazançlar, doğrudan zarar kapsamına girmez[659].

---

657 Schönle ve Higi, Art. 195, No. 67 vd., 78; Schubiger, s. 74; Furrer, s. 26, s. 68; Doerig, s. 57, s. 60 vd.; Bu görüş kapsamında da ayıbı takip eden zararlar, illiyet bağının yoğunluğuna göre doğrudan zarar niteliğinde olabilir, bkz. Doerig, s. 60 ve Schubiger, s. 77.

658 Koller, BK m.205/II kapsamında istenebilecek zararların menfi zararı gerekçesi olarak, BK m.205/II kapsamında satıcıdan istenebileceği düzenlenen "mahkeme masrafları" ve "mala yapılan masraflar"ın, menfi zarar niteliğinde olduğunu; zapt durumunda alıcının zapt sebebiyle ortaya çıkan doğrudan zarar kavramı ile, sözleşmenin zapttan dolayı sona ermesi sebebiyle ortaya çıkan zararların kastedildiğini, bunların da menfi zarar niteliğinde olduğunu; bedel indirimi hakkının kullanılması durumunda, kanunkoyucunun 205/II'ye benzer bir sebep sorumluluğu öngörmediğini, çünkü bedel indirimi durumunda, sözleşme ilişkisi devam etmekte olduğundan, herhangi bir menfi zararın ortaya çıkmadığını göstermektedir, bkz. Alfred Koller, "Der Papageien-Fall, Ein alternativer Lösungsvorschlag zu BGE 133 III 257." **Leistungsstörungen Nicht- und Schlechterfüllung von Vertraegen**, St. Galen 2008, 1-13, (Der Papageienfall), ss. 4-5; BK m.205/II kapsamında istenebilecek zararın, yalnızca menfi zararın fiili zarar şeklinde ortaya çıkan kısmı olduğu yönünde bkz. Lüchinger, No. 986.

659 Koller, Der Papageienfall, s. 6; Böylece Koller'e göre, BK m.205/II anlamındaki doğrudan zarar kavramı, mahkeme masraflarını, ayıplı mala yapılan masrafları, sözleşmeden dönme sonucu ortaya çıkan masrafları, ayıbın tespiti için yapılan masrafları, ayıplı malın iade edilemediği

Üçüncü kategori ise, doğrudan zarar-dolaylı zarar ayrımını, menfi müspet zarar ayrımından ve ayıp zararı-ayıba refakat eden zarar ayrımından bağımsız olarak yalnızca illiyet bağının yoğunluğuna göre yapılması gerektiği yönündedir. Bu görüşe göre doğrudan zarar kavramı, ayıplı malın normal tahsis amacına uygun olarak kullanılmasıyla meydana gelen ilk zararlardır. Bu görüşe göre, satım konusu kremin ayıbı yüzünden alıcının vücudunda deri hastalıklarının oluşması doğrudan zarardır. Dolaylı zarar ise, ayıplı ifaya başka olayların eklenmesi sonucunda ortaya çıkan zararlardır[660].

Dördüncü kategorideki yazarlar, görüşlerini özellikle ayıp sorumluluğu açısından ileri sürmektedirler. Bu görüşe göre, doğrudan zarar dolaylı zarar ayrımında, ayıba ilişkin hükmün sözünü ve amacını dikkate alarak bir sonuca varmak gerekir. Doğrudan zarar, ayıplı eşya ile doğrudan bağlantılı alışveriş çıkarının kaybı şeklinde ortaya çıkan ayıp zararıdır. Dolaylı zarar ise, nedenselliği gevşek, uzak refakat zararı, ayıbı takip eden zarardır[661]. Bu görüşe göre doğrudan zarar, ayıplı ifa ile yoğun bir illiyet bağı olan, zaman bakımından da ayıplı ifa olayına yakın düşen cevher zararıdır. Ayıplı mal teslimi ile edimler arasındaki denklik ilişkisi bozulduğundan, kusursuz sorumluluk doğrudan doğruya bu bozukluk sebebiyle ihlal edilen ifa menfaatinin sağlanmasını kapsar. Satıcının bu zarardan sorumluluğu, **yalnızca alıcının ifa menfaatini, malvarlığını arttırma çıkarını karşılar. Ayıplı malın kendisinde oluşan zararların yanı sıra alıcının ayıp sebebiyle boşuna yaptığı masraflar ve gereği gibi yararlanmadan yoksun kalması da bu zarar kapsamındadır**[662]. Buna göre ayıplı mal sebebiyle yapılan giderler, harçlar, vergiler,

---

hallerde malın imhası için yapılan masrafları, sorumluluk menfaatini kapsar, bkz. Der Papagienenfall, ss. 6-7.

660 Ergüne, ss. 66-67.

661 Basler Komm./Honsell, Art. 208, No. 6; Serozan, Borçlar Özel, s. 151; Havutçu, Üreticinin Sorumluluğu, s. 36; Kırca ise Doğrudan zarar- dolaylı zarar ayrımının kaldırılarak tüm zararlar açısından kusur sorumluluğunun kabul edilmesi gerektiği ancak mevcut düzenleme bakımından, zapt ve ayıp durumunda tazmini istenecek zararın, müspet zarar niteliğinde olduğu, ayıbı takip eden zararların ise müspet veya menfi zarar olarak nitelendirilemeyeceğini, bu durumda doğrudan zararın karşı edimin elde edilmesi menfaatine ilişkin olarak yapılan yan masraflar (sözleşme kurma, noter, gümrük, taşıma, yükleme masrafları gibi) olabileceği, dolaylı zararın ise ayıbı takip eden zararlar olacağı görüşündedir, bkz. Doğrudan Zarar-Dolaylı Zarar, ss. 450, 453, 455 vd.

662 Serozan, İÜHFM 2003, s. 347; Havutçu, Üreticinin Sorumluluğu, ss. 35-36.

taşıma giderleri, ikame alımı için ödenen fazla para, malın kullanılamaması sebebiyle uğranılan kayıplar (yoksun kalınan kullanma çıkarı) doğrudan zarara örnek teşkil eder[663]. Bozuk fren yüzünden kaza yapan arabanın zarara uğraması ayıp zararıdır. Bunun gibi, az yakıt tüketme özelliği nedeniyle alınan araç, aşırı yakıt tüketiyorsa, fazladan yapılan yakıt masrafı, ayıplı aracın kullanılamaması sebebiyle uğranılan zarar da bu kapsamdadır[664]. Esasen sözleşmeden dönme durumunda önem taşıyan husus da budur. Zira sözleşmeden dönme durumunda, ayıplı malın kendisinde oluşan zararlar önem taşımaz, çünkü tasfiye ilişkisi çerçevesinde ayıplı mal iade edilecektir[665]. Ayıplı malda, alıcının kusuru olmaksızın meydana gelen hasarlara da satıcı katlanır. Oysa, ayıp sebebiyle boşa yapılan masraflar ve yararlanmadan yoksun kalma, ayıp zararı niteliğindedir. Bu görüş kapsamında dolaylı zarar, satılan malın ayıbı ile doğrudan ilgili olmayıp, alıcının edim konusu mal dışında kalan diğer malvarlığı ve kişi varlığı değerlerinde ortaya çıkan her türlü zarardır. Bu zarar alıcının yoksun kalınan karından ve bütünlük menfaatlerinin ihlalinden oluşturur. Yetersiz alkol sebebiyle satılamayan antifriz sebebiyle kaçırılan kar kaybı dolaylı zarar niteliğinde olduğu gibi, antifrizdeki bu problem sebebiyle motorun bozulması veya alıcının zarar görmesi de bu niteliktedir[666]. Sobadaki ayıp sebebiyle çıkan yangında alıcının eşyalarının yanması ayıbı takip eden zarardır. Bu tür zarar kapsamına, şeye verilen zarar, kişiye verilen zarar ve diğer zararlar girer[667].

---

663 Ancak Yargıtay, yoksun kalınan kullanma çıkarını, dolaylı zarar olarak nitelendirmektedir. 13. HD.nin kararına konu olan olayda, kendisine ayıplı araç teslim edilen tüketici, ayıp sebebiyle sözleşmeden dönmüş ve günlük işlerini yapmak için kiraladığı araç bedelinin satıcıdan tahsilini istemiştir. 13. HD, satıcı BK m.202/III gereğince kusurlu olmadığını kanıtlayamadığından, tüketicinin bu zararını tazmin etmesi gerektiği kanaatine varmıştır, bkz. 13. HD, 04.05.2009, E. 9676/K. 6001 (N. Yavuz, Tüketici, ss. 251-252).

664 Serozan, İÜHFM 2003, s. 347; Havutçu, Üreticinin Sorumluluğu, ss. 35-36.

665 Aynı yönde bkz. Gümüş, s. 178.

666 Serozan, Borçlar Özel, s. 150; Huguenin'e göre, ilk bakışta bu görüşün, illiyet bağının yakınlığını dikkate alan görüşe göre, netliği sebebiyle hukuki güvenlik sağlayacağı düşünülebilir, ancak ayıp zararı olarak ifade edilen zararın, esas itibariyle satış bedelinin iade edilmesiyle zaten giderilecektir, bu sebeple, doğrudan zarar kavramının pratik anlamda içi boşaltılmış olacak ve tekeffül hukukunda da yine BK m.96'daki kusur sorumluluğuna gelinecektir, bkz. No. 337; Ancak bedel iadesi dışında ifa menfaatine ilişkin olarak saydığımız bu hususlar sebebiyle bu görüşe katılmak mümkün değildir.

667 Serozan, İÜHFM 2003, s. 347; Yıldırım ve Başpınar, ss. 1110-1111.

Dönme hakkının amacı, durumun eski haline getirilmesidir. Asli edimlerden ve yan taleplerden oluşan sözleşme, dönme beyanının muhataba ulaşmasıyla tasfiye ilişkisine dönüşür. Bu durum, BK m.205/II ve III'ün uygulama alanına girer. Burada satım konusu mal ve bedel, elde edilen yararlar ve faiz, sözleşme, nakliye ve dava masrafları, bunun yanı sıra malın muayenesi sebebiyle yapılan masraflar söz konusudur. Bundan başka ayıp zararı da doğrudan zarar kapsamında anılır. Ayıp zararı, ayıp sebebiyle doğrudan satım konusu malın kendisinde oluşan zarardır, örneğin bozuk fren sebebiyle aracın zarar görmesi, çalışmayan termostat sebebiyle makinanın zarar görmesi gibi. Satım bedeli yabancı para olarak kararlaştırılmışsa ve bu arada yabancı para düşmüşse, kıymet kaybı da doğrudan zarara dahildir.

cc. Federal Mahkemenin ve Yargıtayın Görüşü

İsviçre Federal Mahkemesi, papağan kararı olarak anılan kararına kadar, doğrudan zararın menfi zararın fiili zarar şeklindeki kısmı, dolaylı zararın ise her türlü müspet zarar olduğu görüşündeydi[668]. Ancak söz konusu karar[669] ile Federal Mahkeme bu görüşünden vazgeçmiş görünmektedir:

İsviçre Federal Mahkemesi de, bir kararında, zararın doğrudan doğruya mı yoksa dolaylı zarar mı olduğunun, illiyet bağının uzunluğuna göre tespit edilmesi gerektiğine karar vermiştir. Bu karara konu olan olay şu şekildedir: Papağan yetiştiricisi ve satıcısı olan A, B ile 6 tane Müler/amazon cinsi papağanın satışı konusunda anlaşmıştır. Sözleşme konusu papağanların alıcıya tesliminden sonra, bu altı papağanın yanı sıra alıcının diğer papağanları da ölmüştür. Bunun üzerine alıcı, sözleşmeden dönmüştür. Yerel Mahkeme, satıcı tarafından teslim edilen papağanların öldürücü bir virüs taşıdığı ve bu virüsün kuşların ölümüne sebep olduğuna ilişkin bilirkişi raporunu dikkate alarak, dönmenin haklı olduğuna ve satış bedelinin geri verilmesi gerektiğine ancak satıcının herhangi bir kusuru olmadığından alıcının yalnızca doğrudan zararlarının tazminini isteyebileceğine, bu kapsamda da satıcının sözleşmenin tasfiyesi ve zarar sebebinin tespiti sebebiyle ortaya çıkan 2.000 Frank tutarındaki masrafları isteyebileceğine, ancak alıcının

668 BGE 79 II 376 ff.

669 BGE 133 III 257.

kendisine ait olan kuşların ölümü sebebiyle herhangi bir tazminat talep edemeyeceğine hükmetmiştir. Yerel mahkemenin bu kararı üzerine Federal Mahkeme, 208/II'deki sebep sorumluluğunun bu zararları da kapsadığına, **başka bir zarar sebebi araya girmeksizin doğrudan doğruya ayıplı olmanın ortaya çıkardığı zararların doğrudan zarar olduğunu,** bu sebeple alıcının diğer kuşlarının hastalanıp ölmesinin doğrudan zarar olarak kabulünün gerektiği ve satıcının kusuru olmasa da bu zararları tazmin etmesi gerektiğine karar vermiştir[670].

Yargıtayın bu konuya ilişkin kararlarına bakıldığında, dönmeye bağlı tazminat taleplerini hem doğrudan hem de dolaylı zarar için menfi zarar kalemleri ile sınırladığı görülmektedir[671].

YARGITAY 13. Hukuk dairesi bir kararında[672], aracın ayıplı olması sebebiyle sözleşmeden dönen alıcının, ayıplı aracı kullanmadığı için araç kiralamak zorunda kalması sebebiyle doğan zararının, kusurlu olmadıklarını kanıtlayamayan davalılar tarafından karşılanması gerektiğine karar vermiştir. Katıldığımız görüş gereğince buradaki zarar ayıp zararı niteliğindedir. Bu sebeple böyle bir durumda davalıların kusurlu olup olmadıklarının araştırılmasına gerek olmadan alıcının araç kiralamak suretiyle uğradığı zararının tazmini gerekmektedir. Dolayısıyla Yargıtayın kararı sonuç itibariyle doğru olmakla birlikte zararın türü konusundaki nitelendirme hatalı olmaktadır.

---

670 Koller, Der Papageienfall, s. 2; Yıldırım ve Başpınar, s. 1115 vd.

671 13. HD, 9.10.2003, 8441/11576 (www.kazanci.com)

672 13. HD, 4.5.2009, 2008/9676 E., 2009/6001 K. (www.kazanci.com), "…Uyuşmazlık davacı alıcının ayıplı araç satışı nedeniyle, günlük işlerini yapmak için kiralamak zorunda kaldığı araç bedellerinin talep edilip edilemeyeceği hakkındadır.Mahkemece, davacı alıcının malın ayıplı olduğunu bilmesine rağmen kendisine araç tahsisi için talepte bulunması gerektiği, davacının bu konuda talepte bulunduğunu kanıtlayamadığı, davacının sözleşmeden dönme hakkını kullandığını, sözleşmeden dönen tarafın müspet zarar kapsamında olan araç yoksunluk tazminatı istemeyeceği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. …BK 202 maddesi yollamasıyla BK'nun 205. maddesinin 2. fıkrası; "... Satıcı, bunlardan maada alıcıya ayıplı mal teslim etmesinden doğrudan doğruya tevellüt etmiş olan zararı da ayrıca tazmin etmeye mecburdur.", 3. fıkrası "... Satıcı kendisine hiçbir kusur isnat edilemeyeceğini ispat etmedikçe, alıcının diğer her türlü zararlarını tazmin etmeye mecburdur." düzenlemesini getirmiştir. Bu yasal düzenleme doğrultusunda davalı hiçbir kusuru olmadığını kanıtlamadıkça oluşan davacı zararından sorumludur. Davalılar, toplanan delillerle kusurlu olmadıklarını kanıtlayamadıklarından tüketicinin ihtiyacını karşılamak için araç kiralamak zorunda kalmasından doğan zararı da karşılamakla yükümlüdür (**Tüketicinin Korunması Hukuku** Prof. Aydın Zevkliler ve Arş. Görevlisi Murat Aydoğdu 2004 Baskı sayfa 133).

Yargıtay bir başka kararında[673], tüketicinin, televizyonun ayıplı çıkması sebebiyle, evdeki eski televizyonunun onarımını yaptırmak zorunda kaldığını, bu sebeple bedel iadesi ile birlikte onarım ücretini de talep ettiği uyuşmazlıkta, söz konusu onarım ücretinin, TKHK m.4/II'deki ayıplı malın neden olduğu zararlardan olmadığı, bu sebeple talep edilemeyeceğine karar vermiştir. Yargıtay, tüketicinin talep ettiği onarım ücretini, TKHK m.4/II kapsamında yani üreticinin sorumluluğu kapsamında değerlendirmiştir. Oysa olayda BK m.205/II ve III kapsamında doğrudan zarar veya dolaylı zararın tartışılması gerekir.

TKHK m.4'te kanunkoyucu satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğu sebebiyle tazminat ödeme yükümü ile üreticinin sorumluluğundaki tazminat ödeme yükümlülüğünü birbirine karıştırmıştır. Esasen bu fıkrada düzenlenmesi gereken alıcının, malın ayıplı olması sebebiyle sahip olduğu seçimlik haklarla birlikte tazminat isteme hakkına da sahip olduğudur[674]. Nitekim TKHK'da değişiklik yapılmasına ilişkin Kanun Tasarısı Taslağında bu husus düzeltilmiş ve "…Tüketici bu seçimlik haklarından biri ile birlikte 22/04/1926 tarihli ve 818 sayılı Borçlar Kanunu hükümleri uyarınca tazminat talep edebilir." hükmü getirilmiştir.

Ancak hükümde ayıplı mal sebebiyle satıcının tazminat yükümlülüğü değil üreticinin sorumluluğu düzenlenmiştir. Ancak TKHK m.30 gereğince bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde, genel hükümler uygulanır. Bu sebeple TKHK m.4/II'de her ne kadar doğrudan ve dolaylı zarar kavramları düzenlenmemiş olsa da,

---

673 4. HD, 8.6.2009, E. 2009/5597, K. 2009/771 (www.kazanci.com): "…4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Yasa'nın ayıplı mal başlıklı 4/2. maddesi gereğince tüketicinin, seçimlik haklarından biri ile birlikte ayıplı malın neden olduğu ölüm ve/veya yaralanmaya yol açan ve/veya kullanımdaki diğer mallarda zarara neden olan durumlarda, üreticiden tazminat isteme hakkı da bulunmaktadır. Davacı, satın aldığı televizyonun ayıplı çıkması nedenli ile evdeki eski televizyonu onartıp izlediğini belirterek 50,00 YTL onarım ücretinin ödetilmesini de istemişse de bu onarım ücreti yukarıda açıklanan ayıplı malın neden olduğu ödenmesi gereken zararlardan değildir…".

674 Borçlar Kanununa tabi sözleşmelerin ayıplı ifası durumunda, alıcının değiştirme ve indirim seçimlik hakları ile birlikte tazminat talep edebileceği kanunda düzenlenmemiş olmasına rağmen, doktrinde alıcının bu haklarla birlikte tazminat da isteyebileceği kabul edilmektedir, Tazminatın dayanağının BK m. 96 olacağı ileri sürenler olduğu gibi (bkz. Becker, zamanaşımı süresi olarak ayıp zamanaşımı süresi uygulanacağı vurgusuyla, bkz. Art. 205, N.2); bu hususta BK m.205/II ve III'ün kıyasen uygulanması gerektiğini ileri sürenler de vardır, bkz. Schubiger, s. 91; Yavuz, Borçlar Özel, s. 152; Tandoğan, Borçlar Özel, s. 199.

sözleşmeden dönme durumunda BK m.205/II ve III'teki düzenleme uygulama alanı bulacaktır.

Ancak burada otomobilin kullanılamaması sebebiyle başka bir otomobil kiralanmasından farklı bir durum söz konusudur. Eski televizyonun onarım ücretinin tamamının tazmini durumunda, tüketici zenginleşmiş olacaktır. Bu sebeple onarım ücretinden belirli bir indirim yapılmalıdır.

dd. Görüşlerin Değerlendirilmesi ve Görüşümüz

BK m.205/II ve III'de düzenlenen zararın niteliğine ilişkin görüşlerden, doğrudan zararın ayıp zararı, dolaylı zararın ise ayıba refakat eden zarar niteliğinde olduğu görüşüne katılıyoruz.

Doğrudan zarar dolaylı zarar ayrımının, müspet zarar ve menfi zarar kavramları dikkate alınarak yapılması da yerinde değildir. Zira doğrudan zarar ve dolaylı zarar kavramları, müspet zarar-menfi zarar ayrımının dışında kalan özel bir zarar türüdür[675]. Ayıplı ifa veya daha geniş anlamda gereği gibi ifa etmeme durumunda, borca aykırı davranış sonucunda ortaya çıkan zararların tümü, menfi zarar-müspet zarar ayrımından bağımsız olarak tazmin edilir. Doğrudan zarar ve dolaylı zarar olarak ortaya çıkan zarar türlerinin, bazı durumlarda olumlu zarar şeklinde ortaya çıkması mümkündür. Örneğin, satım konusu arabanın, taahhüt edilenden daha fazla yakıt tüketmesi, olumlu zarar niteliğindedir. Ancak bazı hallerde ayıplı ifa sonucunda ortaya çıkan zararın, menfi zarar ya da müspet zarar olarak nitelendirilmesi mümkün olmaz. Çalışmamızda dolaylı zarar olduğunu kabul ettiğimiz ayıba refakat eden zararlarda durum bu şekildedir. Örneğin, çamaşır makinesindeki bozukluk sebebiyle evde çıkan yangın sonucunda ev eşyalarının yanması durumunda ortaya çıkan zarar, alıcının ifa menfaatinin zarar görmesi söz konusu olmadığından müspet zarar olmadığı gibi, sözleşmenin hüküm ifade edeceğine ilişkin güvenin boşa çıkarılması sebebiyle ortaya çıkan bir zarar da olmadığından menfi zarar da değildir[676]. Bir başka ifadeyle bu tür zararlar, hem ifanın gereği gibi daha doğrusu ayıpsız bir şekilde yapılması halinde ortaya

675 Ergüne, s. 64; Öz, Dönme, s. 292; Honsell, OR BT, s. 106.

676 Öz, Eser, s. 293; Ergüne, s. 65.

çıkmayacak olan hem de alıcı bu sözleşmeyi akdetmeseydi ortaya çıkmayacak olan zararlardır. Bu sebeple ayıbı takip eden zararlar, menfi zarar veya müspet zarar kavramı dışında ayrı bir kategori olarak değerlendirilmelidir[677]. Bu sebeple, bu kavramların nitelendirilmesi açısından müspet zarar-menfi zarar ayrımına ihtiyaç yoktur.

Doğrudan zarar dolaylı zarar ayrımını illiyet bağının yoğunluğuna göre yapılması, beraberinde pek çok zorluğu getirmektedir. Şöyle ki, illiyet bağının yoğunluğu kriterinin, açık ve şüpheye yer vermeyecek bir ölçüt olmadığı ve bu sebeple hukuki güvenliğin önemli ölçüde zedelendiği, bu görüşü savunanlar tarafından[678] da kabul edilmektedir[679]. Bunun yanı sıra, illiyet bağının yoğunluğu kriterinin kullanılması durumunda, kusursuz sorumluluk çerçevesinde tazmin edilmesi gereken zararın kapsamının genişlemesi gibi bir durum da ortaya çıkmaktadır. İsviçre Federal Mahkemesinin kararında, alıcının diğer kuş varlığının yok olması da doğrudan zarar olarak kabul edilerek satıcı tarafından tazmini sağlanmıştır. Ancak ayıplı mal teslimi sebebiyle ifa menfaati dışında ortaya çıkan zarar miktarı her somut olayda değişmektedir. Bu sebeple örneğin, satılan elektrik sobasındaki bozukluk sebebiyle çıkan yangında, tüketicinin evinin ve ev eşyalarının büyük bir bölümünün yanması, uygun illiyet bağı kapsamında doğrudan zarar olarak kabul edilirse, satıcı kusursuz olsa bile bu zararı tazmin etmekle yükümlü olacaktır[680].

---

677 Weber, Art. 97, No. 213; Basler Komm./Honsell, Art. 208, N. 9; Kırca, Doğrudan Zarar-Dolaylı Zarar, s. 453; ayrıca bkz. Aral, Kötü İfa, s. 178.

678 Schönle ve Higi, Art. 195, No. 71.

679 Kırca, Doğrudan Zarar-Dolaylı Zarar, s. 458; Giger, Art. 195, No. 30.

680 Doktrinde, Borçlar Hukukunun temel sorumluluk sisteminin kusura dayandığı, satım sözleşmesi açısından bu esası ortadan kaldıracak bir sebep olmadığı gibi, buradaki kusursuz sorumluluğunu tarihi ve sistematik hiçbir dayanağının da olmadığı, günümüz sorumluluk sistemlerinde satıcının kendisinin üretmediği bir malın ayıplı olmasını sebep olduğu zararlardan, kusursuz sorumlu olmasının hakkaniyete aykırı olduğu ileri sürülmektedir, bkz. Kırca, Doğrudan Zarar-Dolaylı Zarar, s. 453 vd; Kırca, Ürün Sorumluluğu, s. 31; Esasen bu husus, daha çok üreticinin sorumluluğu dikkate alınarak açıklanmaktadır. Üreticinin sorumluluğunun konusu da ayıbı takip eden zararlardır. Dolayısıyla satıcının kusursuz sorumluluğunun hakkaniyete aykırı olduğu yönündeki bu görüşe, ayıbı takip eden zararlar açısından katılmaktayız. Ayıp zararı olarak nitelenen zararlarda ise, satıcının kusursuz sorumlu olmasının, alıcının ifa menfaatini koruma amacına hizmet ettiğinden yerinde olduğu kanaatindeyiz. Ancak satıcı, ayıbı takip eden zararlardan, kusuru varsa sorumlu tutulmalıdır. Bu açıdan bakıldığında, illiyet bağının

Bu görüşe yapılabilecek bir diğer eleştiri, sorumluluk hukukunda doğrudan zarar dolaylı zarar ayrımının artık terk edilmiş olduğudur. Gerçekten, günümüzde hakim olan uygun illiyet bağı teorisi çerçevesinde, bir zarar zarar verici fiilin uygun sonucu ise, bir başka ifadeyle zarar verici fiil ile zarar arasında uygun illiyet bağı bulunduğu sürece, bütün zararlar tazmin edilir. Dolayısıyla artık doğrudan zarar dolaylı zarar ayrımı yapmaya gerek yoktur[681]. Ortaya çıkan zarar, fiilin uygun sonucu değilse, fiille zarar arasında illiyet bağı yoktur. Bu durumda, zarar gören bu zarardan sorumlu değildir. Uygun illiyet bağı içinde olan bütün zararların doğrudan zarar kapsamında olduğu kabul edildiğinde, dolaylı zarar kategorisi içinde değerlendirilecek bir zarar kalmamaktadır. Kanunkoyucunun, BK m.205/III'teki düzenlemesini anlamsız kılan bu şekildeki bir yorum kabul edilemez. Bunun yanı sıra bu görüşe göre, dolaylı zarar, ayıplı ifa ile zarar arasına başka olayların girmesi sonucu ortaya çıkan zarardır. Bu görüşün kabulü halinde varılan sonuç şudur: Birden çok olay zararın doğmasına sebep olmuştur ve zararı doğuran olaylardan biri de ayıplı ifadır. Ancak ayıplı ifa dışındaki olaylar, ayıplı ifa ile zarar arasındaki illiyet bağını kesecek yoğunlukta değildir. Kanaatimizce Kanunkoyucu, BK m.205/III'teki düzenlemeyi, yalnızca, birden çok olayın zarara sebep olması durumunu dikkate alarak getirmemiştir.

Doğrudan zararı ayıp zararı olarak nitelendiren görüş kapsamında, BK m. 205/II'deki kusursuz sorumluluk, doğrudan doğruya mübadele amacının ihlali ile bağlantılı olan ifa menfaatini kapsamakta, doğrudan mübadele amacı ile ilgili olmayan bütünlük menfaatinin ihlali sebebiyle ortaya çıkan zararlar, ayıba refakat eden zarar niteliğinde kabul edildiği için satıcı bu zararlardan yalnızca kusuru varsa sorumlu tutulmaktadır[682].

Ayıba karşı tekeffül borcunda, ifa menfaatinin sağlanmasına yönelik seçimlik haklar, satıcının kusuruna bağlı olmaksızın kullanılabilir. Bu noktada, seçimlik hakkın kullanılması ile tekrar tam olarak kurulamayan ifa menfaatinin sağlanmasına

---

yoğunluğu ölçütü, satıcının, illiyet bağının yoğunluğuna göre, ayıbı takip eden zararlardan da kusursuz biçimde sorumlu tutulmasına sebep olduğundan isabetli değildir.

681 Kırca, Doğrudan Zarar-Dolaylı Zarar, s. 458; Yıldırım ve Başpınar, s. 1101.

682 Havutçu, Üreticinin Sorumluluğu, s. 36.

yönelik tazminatın talebi için, seçimlik haklardaki sisteme paralel bir biçimde satıcının kusurunun aranmaması yerindedir.

Bunların yanı sıra bu görüşün kabulü halinde, doğrudan zarar-dolaylı zarar ayrımı objektif bir kritere dayandırılmış olacak, böylece her olayda somut olayın özelliğine göre değerlendirme yapma gereği kalmadığı gibi benzer olaylarda, farklı hukuki sonuçlara varmak gibi bir tehlike de bertaraf edilmiş olacaktır.

Bunun yanı sıra ayıbı takip eden zararlar, BK m. 96'da düzenlenmiş olan sözleşmenin müspet ihlali ile benzer nitelik taşır. BK m.96'daki sorumluluk kusur sorumluluğudur. BK m. 205/III'te de kusur sorumluluğu söz konusudur. Ayıp sorumluluğu bir tarafa bırakılırsa, sözleşme hukukunda her yerde, ifa etmeme, kötü ifa veya yan yükümlerin ihlali sebebiyle zararın tazmini için kusur şartı aranır. Bu durum, örneğin istisna sözleşmesi, iş sözleşmesi ve vekalet için geçerlidir. Kira hukukunda da ayıbı takip eden zararlar yalnızca kusurlu olma halinde tazmin edilir (Art. 259 e). Satım sözleşmesi için de farklı bir sonuç geçerli olmamalıdır. Ayıbı takip eden zararların, BK m. 205/III'e göre tazmini kabul edildiğinde, bu sonuca kendiliğinden ulaşılır. Bir diğer argüman, ürün sorumluluğu kanununun kusurdan bağımsız sorumluluğu, üretici ve ithalatçı için düzenlemiş olmasıdır. Bu kanuni durum karşısında, Borçlar hukukunun, satıcının ayıbı takip eden zararlardan sorumluluğunu, kusursuz sorumluluk olarak düzenlediği kabul edilemez. Üretici olmayan ve herhangi bir kusuru da olmayan satıcıyı, ayıbı takip eden zararlar için kusursuz sorumluluğa tabi tutmak anlamsız olurdu. Örneğin, akaryakıt taciri, yıllardan beri büyük bir rafineriden satın aldığı dizel yakıtı satmaktadır. Zararlı bir katkı maddesi içeren bir teslim, bir nakliye işinde kamyonun motoruna zarar verir. Araştırma yükümlülüğü ve de araştırma imkanı olmayan akaryakıt taciri, hakim fikre göre sebep sorumluluğuna tabidir. Bundan da anlaşılacağı üzere, küçük ayıplar, çoğu zaman çok büyük zararlara sebep olabilir. Şamandıra şalteri olayında, çok cüzi bir değeri olan bozuk bir şamandıra şalteri (Schwimmerschalter), alıcının fabrikasında büyük bir yangın hasarına sebep olmuştu. Oysa bu görüş kabul edilirse, bu zararlar BK m. 205/III çerçevesinde ancak satıcının kusurlu olması durumunda tazmin edilecektir[683].

---

683 Basler Komm./Honsell, Art. 208, No. 9.

b. Doğrudan Zararının Tazminini Talep Hakkı

Ayıplı mal teslimi sebebiyle, alıcının uğradığı doğrudan zararlar için kusursuz sorumluluk esası getirilmiştir[684].

BK m.205/II'de, satıcının, mahkeme masrafları ve mala yapılan masrafların yanı sıra, doğrudan doğruya ayıplı mal teslim edilmesinden doğan zararı da tazmin etmekle yükümlü olduğu düzenlenmektedir. Kanunkoyucunun, masrafları ve doğrudan zararı ayrı ayrı belirtmiş olması, ayıplı mal sebebiyle söz konusu olan mahkeme masrafları ve mala yapılan diğer masrafların doğrudan zarar niteliğinde olmadığı anlamına gelmez[685]. Söz konusu masraflar da doğrudan zarar niteliğindedir. Bununla birlikte masraf niteliğinde olmayıp da doğrudan zarar kapsamında olan zararlar da söz konusu olabilir. Kanunkoyucu bu ihtimali de dikkate alarak, satıcının doğrudan zararlardan sorumlu olacağını açıkça belirtmiştir.

Ayıplı mal sebebiyle yapılan giderler, bildirim masrafları, taşıma ve depolama masrafları, gümrük masrafları, ikame alımı için yapılan fazla ödemeler, doğrudan zarar örnekleridir[686].

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, 2005 tarihli bir kararında[687], aracın ayıplı olması sebebiyle sözleşmeden dönme durumunda, araç bedeli olarak faturada yazılı miktara hükmedilmesi gerekirken, davacının bankaya ödediği miktarın araç bedeli olarak kabul edilip bu miktara göre hüküm kurulmasının doğru olmadığı gerekçesiyle yerel mahkeme kararını bozmuştur. Söz konusu davada, davacı, sözleşmenin feshi, araç bedelinin tahsili ile maddi ve manevi tazminata hükmedilmesini istemiştir.

---

684 Kusursuz sorumluluğun, satıcının, sattığı malı tanıması gerektiği, bu sebeple satıcının ayıplı mal sebebiyle alıcının uğradığı doğrudan zararları kusuru olmasa bile tazmin etmesi gereğinin hem hakkaniyete hem de akla uygun olduğu yönünde bkz. Yavuz, Borçlar Özel, s. 138; Ancak satıcının doğrudan zararlar sebebiyle kusuru olmaksızın sorumlu tutulması doktrinde ciddi biçimde eleştirilmektedir. Bununla birlikte, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda da bu hususta bir değişiklik yapılmamıştır.

685 Yavuz, Borçlar Özel, s. 137; Koller, Der Papageien Fall, s. 3.

686 Giger, Art. 208, N. 40 vd; Basler Komm./Honsell, Art. 208, No. 6; Keller ve Siehr, s. 90; Tandoğan, Borçlar Özel, s. 193; Yıldırım ve Başpınar, s. 1106.

687 19. HD, 18.3.2005, E. 2004/6888, K. 2005/2857 (www.kazanci.com).

İade edilmesi gereken bedelin, faturada veya sözleşmede yazılı miktar olduğu konusunda tereddüt yoktur. Ancak alıcının bu aracın bedelini finanse edebilmek için harcadığı paranın, maddi zarar olarak tazmin edilip edilemeyeceği hususu üzerinde durmak gerekir. BK m.205/II'de düzenlenen kusursuz sorumluluk, alıcının ifa menfaatinin yeniden sağlanması amacına yöneliktir. Alıcı, satım konusu aracı alabilmek için bankadan kredi çekmiş ve bu kredi sebebiyle de faiz ödeme borcuna girmişse, **alıcının ifa menfaati ancak bu zararın tazmini ile sağlanabilir.** Nasıl ki, sözleşmeden dönme durumunda alıcının yaptığı depolama ve taşıma masraflarının da doğrudan zarar kapsamında tazmini gerekiyorsa, araba alımı için çekilen kredi sebebiyle ödenen kredinin de bu kapsamda tazmini mümkün olmalıdır.

Satım parasının yabancı para olarak kararlaştırıldığı hallerde, kur değişikliği sebebiyle uğranılan kayıpların, doğrudan zarar kapsamında olduğu ifade edilmektedir. BK m.83/III'teki düzenleme yabancı para borcunun vadesinde ödenmemesi halinde alacaklıya bu borcu, vade veya fiili ödeme günündeki rayice göre Türk Parası ile ödenmesini isteme imkanı veren düzenleme, alıcının dönme hakkını kullanması üzerine, satıcı alıcı tarafından kendisine verilen süre içinde satım parasını iade etmemesi durumunda uygulama alanı bulacaktır[688].

13. HD'nin kararına konu olan bir olayda, davacı, 5.1.1999 tarihinde devraldığı dairenin, 17.08.1999 tarihinde oturulamayacak hale geldiğini ileri sürerek, ayıp sebebiyle sözleşmeden dönme, satış bedelinin, taşıma giderlerinin, kira parasının ve taşınan eşyadaki hasar bedelinin tahsilini talep etmiştir[689]. Burada satış bedeli, iadenin konusudur.

Katıldığımız görüş gereğince, ayıp sebebiyle boşa yapılan masraflar ve yararlanmadan yoksun kalma, ayıp zararı niteliğindedir. Bu sebeple söz konusu olaydaki zarar doğrudan zarar niteliğindedir ve satıcı, bu zararı kusuru olmasa bile tazmin etmekle yükümlüdür. Bu görüş kapsamında dolaylı zarar, satılan malın ayıbı ile doğrudan ilgili olmayıp, alıcının edim konusu mal dışında kalan diğer malvarlığı ve kişi varlığı değerlerinde ortaya çıkan her türlü zarardır. Bu zarar alıcının yoksun kalınan karından ve bütünlük menfaatlerinin ihlalinden oluşturur.

---

688 Karş. Yavuz, Borçlar Özel, s. 137, dp.235.

689 13. HD, 9.10.2003, 2003/8441, 2003/11576 (Yavuz, Özsunay'a Armağan, s. 123).

c. Dolaylı Zararının Tazminini Talep Hakkı

BK m.205/son'a göre, satıcı kendisine hiçbir kusur isnad edilemeyeceğini ispat etmedikçe, alıcının diğer her türlü zararını tazmin etmeye mecburdur. Buradaki kusur, bir culpa in contrahendo sorumluluğu değil, sözleşmenin kötü ifasına ilişkin bir kusurdur. Satıcının sorumlu olması için, kast veya ağır ya da hafif ihmal şeklindeki her türlü kusuru yeterlidir[690].

Dolaylı zarara örnek olarak, gaz tesisatındaki çatlak sebebiyle evin kilerine dolan gazın patlaması sonucunda evin yıkılması, elektrik işletmesinin çırağı tarafından yanlış bağlantı yapılması sonucu, suya geçen elektrik akımına kapılan ineğin ölmesi gösterilebilir[691].

Dolaylı zararların tazmini için satıcının kusurlu olması aranmakla birlikte, bu düzenlemede de BK m.96'dakine benzer bir kusur karinesi öngörülmüştür. Buna göre alıcı, satıcının kusurlu olduğunu ispatlamak zorunda değildir, dolaylı zararı tazmin yükümlülüğünden kurtulmak isteyen satıcı, kusursuz olduğunu ispatlamakla yükümlüdür.

Satıcının, satılan malın ayıplı olduğunu bildiği veya meslekten satıcı olması sebebiyle bilmesi gerektiği hallerde kusurlu olduğu kabul edilir. Borçlunun yalnızca hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin BK m.99/I, bu halde de uygulama alanı bulur ve satıcı yalnızca hafif kusuruyla verdiği zararlar için sorumluluktan kurtulabilir.

YILDIRIM/BAŞPINAR, TKHK m.4/A/III'te, "Sağlayıcı, bayi, acente ve 10 uncu maddenin beşinci fıkrasına göre kredi veren, ayıplı hizmetten ve ayıplı hizmetin sebep olduğu her türlü zarardan ve tüketicinin bu maddede yer alan seçimlik haklarından müteselsilen sorumludur. Sunulan hizmetin ayıplı olduğunun bilinmemesi bu sorumluluğu ortadan kaldırmaz." hükmüne ve m.4/III, c.5'teki "…Satılan malın ayıplı olduğunun bilinmemesi bu sorumluluğu ortadan kaldırmaz." hükmüne dayanarak; bu düzenlemeden önce satıcıyı tüm zararlardan sorumlu tutmak için onun kusurlu olması gerektiğini, TKHK 4/II ile böyle bir ayrıma ve bu konudaki

690 Yavuz, Borçlar Özel, s. 139; Doerig, s. 157 vd.

691 BGH NJW, 1959, s. 38: Yıldırım ve Başpınar, s. 1107.

tartışmalara son verildiğini, buna göre satıcının, kusurlu olup olmadığına bakılmaksızın ayıplı malın sebep olduğu her türlü zarardan sorumlu olduğunu ifade etmiştir[692]. Kanaatimizce bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun ilgili maddesinin amacı, tüketicinin seçimlik haklarından ve bir zarara uğramışsa bu zararın tazmininden sorumlu olan kişilerin belirlenmesidir. Hükümde geçen ayıplı olduğunun bilinmemesi sorumluluğu ortadan kaldırmaz, şeklindeki ifade, Borçlar Kanununda da yer alan ve ayıba karşı tekeffül sorumluluğu için kusurun aranmadığını belirten bir ifadedir. Bu durum Borçlar Kanununda da belirtilmiş olmasına rağmen, BK m.205/III'te alıcının sözleşmeden dönmesi halinde dolaylı zararının tazmini için satıcının kusurlu olması gerektiği hükme bağlanmıştır. Kanun koyucu, seçimlik hakların kullanılmasında ve doğrudan zararın tazmininde satıcının kusurlu olmasını aramazken, dolaylı zararların tazmini için kusur aramaktadır. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda hüküm olmayan hallerde Borçlar Kanunu hükümleri uygulama bulur. Bu sebeple kanaatimiz, TKHK m.4 ile satıcının sorumluluğuna ilişkin olarak herhangi bir düzenleme değişikliği olmadığı yönündedir.

Bununla birlikte burada üzerinde durulması gereken husus, tüketicinin zararın tazminini satıcı dışında birinden istediği hallerde de satıcının kusurunun incelenmesi gerektiğidir.

Satıcıdan dolaylı zararın tazmininin talep edilebilmesi için satıcının kusurlu olması gerekir. Satıcı, malın ayıplı olduğunu bilerek sözleşme yaptığı hallerde kusurludur. Ancak kural olarak satıcının sattığı malın ayıplı olup olmadığını araştırma yükümlülüğü yoktur. Bu sebeple, satıcının yalnızca maldaki ayıbı bilmemesi kural olarak kusurlu bir davranış olarak kabul edilemez. Bununla birlikte satıcının, somut olaydaki özel uzmanlığı, işlem hayatındaki genel uygulama, ticari teamüller ve dürüstlük kuralı gereğince malı alıcıya teslim etmeden önce inceleme yükümlülüğü varsa ve satıcı bu yükümlülüğünü yerine getirmemişse, kusurlu sayılır[693].

---

692 Yıldırım ve Başpınar, s. 1109.

693 Gümüş, s. 180; Basler Komm./Honsell, Art. 208, No. 10.

II. ALICININ BORÇLARI

A. Malın İadesi Borcu

1. Genel Olarak

BK m.205/I'e göre sözleşmeden dönme halinde alıcı, satıcıya satılanı ve satılandan sağladığı menfaatleri iade etmekle yükümlüdür.

Tekeffül hakkı çerçevesinde, satıcı dönmenin sonucu olarak ayıplı malı geri almak zorundadır. Bu sorun genellikle, sökülmesi durumunda bir işe yaramayacak, maddi değeri olmayan mallarda ortaya çıkacaktır. Örneğin, çatıya döşemek için alınan kiremitlerin veya duvara döşenen fayansların ayıplı olması durumunda, bu kiremitlerin veya fayansların sökülmesi ancak kırılması suretiyle mümkün olacaktır. Sonuçta ayıplı kiremitlerin ve fayansların başka bir şekilde kullanılması mümkün olamayacağı gibi bir de söküm masrafı söz konusu olacaktır. Alman Federal Mahkemesi (BGH) bu soruyu en azından, alıcının malın geri alınmasında özel bir menfaati olduğu hallerde olumlu cevaplandırmaktadır. Alıcının satım konusu malı kabulünü tersine döndürmek için için genellikle, BGB §346 Abs.1'e göre, satıcının geri alma yükümlülüğünün mevcut olduğu kabul edilmelidir[694].

Bu çalışmada benimsenen görüş gereğince satıcının satılanın geri verilmesine ilişkin talebi kişisel nitelikte ve sözleşmesel bir taleptir. Dönme üzerine taraflar arasındaki sözleşme, geriye etkili olarak ortadan kalkmayıp tasfiye ilişkisine dönüştüğünden, geri verme yükümlülüğü de sözleşmesel niteliktedir ve bu sebeple BK m.125 gereğince 10 yıllık zamanaşımına tabidir[695].

---

694 Baemberger, Roth ve Faust, §437, No. 45.

695 Yavuz, Borçlar Özel, s. 141; Ayni etkili dönme teorisi taraftarları, dönmenin tasarruf işlemi üzerinde de doğrudan etkili olduğunu; bu sebeple dönme sonrası ortaya çıkan iade taleplerinin ayni nitelikte olduğu, dönme beyanının karşı tarafa ulaşmasıyla birlikte, devredilmiş malın mülkiyetinin otomatik olarak ilk sahibine geri döneceği, dolayısıyla iade alacaklısının iadeyi istihkak davası ile talep edebileceği görüşündedir, bkz. Buz, Dönme, s. 164 vd.; Öz, Dönme, S. 39 vd.; Keller ve Schöbi, s. 278; Ehrat, No. 480 vd.; Giger, Art. 208, No.9; Buna karşılık, klasik görüş taraftarları, dönmenin sözleşmeyi geçmişe etkili olarak ortadan kaldırdığını, ancak tasarruf işleminin bundan etkilenmeyeceğini, bu sebeple iade taleplerinin dayanağının sebepsiz zenginleşme olduğu görüşündedir, bkz. von Tuhr ve Escher, ss. 155-156; von Tuhr ve Peter, OR AT, s. 493; Oser ve Schönenberger, Art. 109, No.2; von Büren, OR AT, s. 380; Oğuzman ve Öz, s. 553; Feyzioğlu, Akdin Muhtelif Nev'ileri, ss. 293-294; Bu farklılık, bir kısım yazarların,

Ayıp sebebiyle sözleşmeden dönme (Wandelung) ile borçlu temerrüdünde sözleşmeden dönme (Rücktritt), birbiri ile akrabadır. Önceden İsviçre Hukukundaki hakim görüş borçlu temerrüdünde dönme durumunda geriye etkiyi kabul etmekteydi. Buna karşılık BGE 114 II 152'den itibaren, dönme ileriye etkili tasfiye ilişkisi olarak nitelendirilmiştir. İstihkak talebi ile birlikte ileri sürülen ZGB §938 vd.ndaki yan taleplere ilişkin kuralın, ZGB §934'teki özel duruma uygun olarak düzenlenmiş olması, dönüşmeye ve dönmeye uygun olmaması, geri alma talebinin borçlandırıcı niteliğine delildir. Ayrıca, alıcının dönme beyanı ile birlikte mülkiyetin satıcıya intikali, ticari satışlarda oldukça elverişsiz sonuçlara sebep olur. Çünkü böyle bir durumda, girişimci ile sözleşme yapan taraf için hukuki bir güvensizlik ortaya çıkacaktır. Bu sebeplerle, ileriye etkili tasfiye borç ilişkisi yapısı tercih edilmelidir[696]

Dönme üzerine oluşan tasfiye ilişkisinde BK m.81 hükmü gereğince ifa edilmiş edimlerin iadesi açısından aynı anda ifa kuralı geçerlidir[697].

Dönme hakkı sahibi olan alıcı, ayıplı malı iade etmekte temerrüde düşerse, karşı taraf ona iade borcunu ifa etmesi için bir süre tanır. Bu sürenin yararsız geçmesi üzerine, OR 107/II'nin kıyasen uygulanması sonucu, sözleşmeden dönme geçersiz hale gelir. Bu durumda, dönme hakkı sahibi alıcı, bedel indirimi ve zararın tazmini haklarını kullanabilir[698].

Malın satıcıya iade edilmesi, dönme anında satım konusunun bulunduğu yerde yapılır. Çünkü, dönme sonucu ortaya çıkan malın geri verilmesi yükümlülüğü, aranacak borç niteliğindedir[699]. Bu durum, dönme hakkının kullanılmasının alıcı için

---

menkullerin devrinde soyutluk görüşünü, diğerlerinin ise sebebe bağlılık görüşünü benimsemesinden kaynaklanmaktadır, bkz. Buz, Dönme, s. 165 vd.

696 Basler Komm./Honsell, Art. 208, N.3, s. 1182.

697 Gümüş, ss. 174-175.

698 Hartmann, s. 314, No. 778; tayin edilen ek süre içinde iade konusu malı iade etmeyen dönme hakkı sahibi alıcının, zararın tazmini talebinde de bulunamayacağı yönünde bkz. Giger, Art. 208, No. 12; temerrüt durumunda da dönme hakkı sahibinin iade yükümlülüğünü tayin edilen ek süre içinde yerine getirmemesi halinde, dönmenin etkisiz hale geleceği ve dönme hakkı sahibinin yalnızca zararın tazminini isteyebileceği yönünde bkz. Bucher, OR AT, s. 378; Ancak iade borcunun kusurlu olarak geciktirilmesi durumunda dönmenin etkisiz hale geleceği ve dönme hakkı sahibinin aynen ifayı veya ifa etmeme sebebiyle tazminat isteyebileceği yönünde bkz. Glasl, Rückabwicklung, s. 195.

699 Basler Komm./Honsell, Art. 208, N. 2, s. 1181.

bir masrafı gerektirmemesi kuralı ile de uyum içindedir. Satım konusunun bulunduğu yerden satıcının yerleşim yerine veya başka bir yere taşınması masraflarına da satıcı katlanır[700].

Alman Hukukunda reformdan önceki düzenleme çerçevesinde, geri alma yükümlülüğünün ifa yeri tartışmalıydı. Alman Federal Mahkemesi, maldaki ayıp sebebiyle dönme hakkına yönelmiş olan alıcının, mümkün olduğunca sanki sözleşme ilişkisine hiç girmemiş gibi tutulmasında takdire değer bir menfaati olduğu için, malın sözleşmeye uygun olarak bulunduğu yerin ifa yeri olarak kabul edilmesi gerektiğini savunmaktaydı. Federal Mahkeme, alıcının çatıya kapladığı ayıplı kiremitlerin geri verilmesindeki ifa yerini evin çatısı olarak kabul etmişti[701]. Federal Mahkeme ayrıca, satıcının söküm yükümlülüğü olduğunu da kabul etmekteydi. Ancak bu durum, önceki düzenleme çerçevesinde, kusurdan bağımsız dönme çerçevesinde fiili olarak satıcının kısmi tazmin yükümlülüğüne sebep olduğu gerekçesiyle şüpheli karşılanıyordu. Bununla birlikte yeni düzenlemede, Federal Mahkemenin görüşü daha da ileri gidilerek kabul edilmiştir: Geri almanın ifa yeri, sözleşmeye uygun olup olmadığından bağımsız olarak malın bulunduğu yerdir; satıcının kendisi tarafından veya alıcı tarafından monte edilen mal, satıcı tarafından sökülmelidir. Çünkü eğer satıcı, onarım veya değiştirme şeklindeki sonraki ifayla yükümlüyse, BGB §439 Abs.2'den çıkan sonuç, Tüketim Malları Yönergesinde de açıklandığı üzere, satıcının bu ifayı kaçınılmaz olarak malın bulunduğu yerde yapması gerektiğidir; buradan hareketle satıcı söküm işlemini de malın bulundu yerde yapmalıdır. Artık satıcı, sorumluluktan bağımsız bir sonraki ifa talebi çerçevesinde bir yükümlülük taşıyorsa, bu yükümlülük yalnızca, ona dönme çerçevesinde de aynı yükümlülüğünün yüklenmesi halinde tutarlı olur. Hükümet de bu sebeple, Federal Mahkemenin bilinen içtihadı aracılığıyla dönme ve sonraki ifa arasındaki çelişkilerden kaçınmayı uygun görmüştür[702].

---

700 Tandoğan, Borçlar Özel, s. 192.

701 BGHZ 87, 104, 109 ff.

702 Baemberger, Roth ve Faust, §437, No. 45.

2. Satılan Malın İadesinin Mümkün Olmamasının İade Borcu Üzerine Etkisi

a. İsviçre-Türk Hukukundaki Durum

Satılan şey, ayıp sebebiyle veya kaza sonucunda yok olsa veya hasara uğrasa bile, alıcı dönme hakkını kullanabilir. Bu durumda alıcı, yalnızca satılandan elinde kalanı geri vermekle yükümlüdür[703] (BK m.204/I). Bu düzenleme ile dönme hakkını kullanan alıcı, iyiniyetli sebepsiz zenginleşenle aynı konuma getirilmiştir[704].

6098 sayılı Borçlar Kanununun 228/III. maddesinde, mal alıcıya yüklenebilen bir sebep yüzünden yok olmuşsa veya alıcı malı başkasına devretmişse veya şeklini değiştirmiş ise, alıcının yalnızca bedel indirimi hakkını kullanabileceği hükme

---

703 Benzer bir düzenleme CISG m. 82'de yer almaktadır. Maddenin birinci fıkrasında, alıcının malı teslim aldığı andaki duruma yakın bir durumda iade edemeyecek olması halinde ikame mal talep etme ve dönme hakkının düşeceği belirtildikten sonra ikinci fıkrada bu hükmün istisnalarına yer verilmiştir. Buna göre, iade imkansızlığı alıcının bir eyleminden veya eylemsizliğinden kaynaklanmıyorsa; mallar m.38 gereğince yapılan muayene sonucunda ziya veya hasara uğramışsa veya alıcı, malı iade etmesi gerekeceği konusunda habersiz olduğu bir dönemde malı satmış, tüketmiş veya başka şekilde kullanmışsa, iade imkansızlığına rağmen alıcı dönme veya ikame mal talep etme haklarını kullanabilecektir. İstisnalar incelendiğinde, genel ilkenin yalnızca malın iadesinin alıcının sorumlu olduğu sebeplerle imkansızlaşması halinde uygulandığı sonucuna varılmaktadır, bkz. Atamer, CISG, s. 358 vd.

704 Gümüş, s. 174; Dönmenin hukuki niteliğine ilişkin teorilerden klasik dönme teorisi çerçevesinde, dönme sonrası ortaya çıkan iade yükümlülüklerine sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulanır ve bu kapsamda eğer taraflar iyiniyetliyse, iade etmeleri gereken edimlerden ellerinde ne kaldıysa onu iade etmekle yükümlüdürler, bkz. Ulusan, ss. 78-79; Ayni etkili dönme görüşünde olan bazı yazarlar ise, dönme hakkı kullanılıncaya kadar malın maliki olan iade borçlusunun, casum sentit dominis ilkesi gereğince edimin bu sırada imkansızlaşmasının sonuçlarına katlanacağı görüşündedir, bkz. Ehrat, No. 533; Ayni etkili dönme görüşünde olan Buz ise, iade borçlusunun, dönme hakkı sahibi olup olmamasından ve iade imkansızlığının dönme hakkının kullanılmasından önce veya ortaya çıkmış olmasından bağımsız olarak, iadesi imkansızlaşan edimin değerini ödemekle yükümlü olduğu görüşündedir, Dönme, bkz. s. 188 vd.; Dönüşüm teorisi taraftarlarından bazıları, dönme beyanından önce ve sonra ortaya çıkan iade imkansızlıklarında BK m.117'nin uygulanacağı görüşündedir, bkz. Serozan, Dönme, s. 608 vd.; Dönüşüm teorisini savunanlardan bazıları ise, iade konusu edimin dönme hakkının kullanılmasından sonra imkansızlaşması durumunda sorunun BK m. 96 ve BK m.117'ye çözüleceği görüşündeyken, dönme hakkının kullanılmasından önce imkansızlaşması durumunda, "casum sentit dominus" ilkesi gereğince iade borçlusunun hasara kendisinin katlanacağını ileri sürerler ve iade borçlusunu iade konusu edimin değeri ile sorumlu tutmaktadırlar, bkz. Schenker, No. 725, No. 735 vd.; Gauch, Schluep ve Emmenegger, B.II, No. 2807; Dönüşüm teorisini savunan Glasl ise, iade imkansızlığının dönme hakkının kullanılmasından önce veya sonra ortaya çıkmasından bağımsızı olarak iade borçlusunun iadesi imkansızlaşan edimin değerini ödemekle yükümlü olduğu görüşündedir, bkz., Rückabwicklung, s. 149 vd.

bağlanmıştır. BK m.204 2. cümlede, malın alıcının kusuruyla yok olması, devredilmesi veya şeklinin değiştirilmesinden sözedilmektedir.

Bu düzenlemedeki kusur ifadesi, teknik anlamda kusur kavramı olarak kullanılmamıştır. Dönmeden önce henüz bir geri verme yükümlülüğü olmadığından, alıcının davranışlarını teknik anlamda kusur olarak nitelendirmek mümkün değildir. Alıcı ayıbın farkına varana kadar, teslim aldığı malın kendi mülkiyetinde olduğunu kabul etmekte haklıdır ve malın maliki olduğu için de mal üzerinde dilediği gibi tasarrufta bulunabilir. Bu sebeple malın yok olmasında, kusur için geleneksel anlamda şart koşulan kınanabilir bir yükümlülük ihlali eksiktir[705].

Bir görüşe göre buradaki kusur, iyi bir aile babasından beklenen özenin veya bir kişinin kendi işlerinde gösterdiği özenin gösterilmemesi anlamına gelmektedir[706].

Bir diğer görüşe göre ise, buradaki kusur, alıcının malın yok olması ile uygun illiyet bağı içinde olan her türlü davranışı anlamına gelir. Buna göre, düzenlemede malın başka birine devredilmesi ve malın değiştirilmesi de, malın alıcının kusuru sonucu yok olması ile aynı sonuca tabi kılınmıştır. Dönme hakkının kullanılmasına engel teşkil eden bu sebepler kusura bağlı değildir. Buradan hareketle, alıcının ayıplı malın fiili ve hukuki her türlü farklılaşmasından, bu farklılaşma kendi davranışları sonucu ortaya çıkmışsa sorumlu olduğu sonucuna varılmaktadır[707].

6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda ilgili hükümdeki ifade, "alıcıya yüklenebilen bir sebep yüzünden…" şeklinde değiştirilmiştir. Bu durumda kanunda artık kusur kelimesine yer verilmediğinden, Türk hukuku açısından ikinci görüşün kabul edilmesi ve maldaki kötüleşmenin alıcının davranışları ile uygun illiyet bağı içinde olmasının, hükmün uygulanması için yeterli olacağı kanaatindeyiz.

---

705 Oser ve Schönenberger, Art. 207, No. 5; Giger, Art. 207, No. 14; Gauch, Werkvertrag, s. 620, No. 1594; Serozan, Dönme, s. 465.

706 Serozan, Dönme, s. 465; Gauch, Werkvertrag, s. 620, No. 1595; Hartmann'a göre, bu hükümde "kusur" kelimesi kullanıldığı için, yalnızca malın yok olmasına sebep olmak, dönme hakkının ortadan kalkması için yeterli olmayacaktır; bu hükümdeki kusur, alıcının onun konumundaki bir kişiden mutad olarak beklenen özeni göstermemiş olması olarak anlaşılması gerekir, bkz. Hartmann, ss. 195-196, No. 478-479.

707 Giger, Art. 207 OR, No. 18; Basler Komm./Honsell, Art. 207, No. 2; Tandoğan, Borçlar Özel, s. 189.

BK m.204/I'deki kuralın dayanağı Roma Hukukunda varolan "mortuus redhibetur" ilkesidir. Bu ilkeye göre, iade imkansızlığının kaynağı satılandaki ayıpsa, satılanın geri verilmesi imkansızlaşmış olsa bile alıcı yine de dönme hakkını kullanabilir. Daha sonra Pandekt hukukçuları, bu imkanı, dönme hakkı sahibi yararına genişletmişler ve kaynağı ne olursa olsun, kusursuz iade imkansızlıklarının hepsinde, alıcıya bu imkanı tanımışlardır[708]. Orada hasta bir köle alıcısı, köle hastalık sebebiyle ölmüşse sözleşmeden dönebilmekteydi. Bu düzenleme, BK m.204/I'in 1. kısmının doğru halidir. Zira satılanın ayıpları sebebiyle yok olması veya hasara uğraması durumunda, alıcının yok olan satılanı iade etme borcu olmaksızın veya elinde kalanı iade ederek dönme hakkını kullanması, satıcının ayıplardan sorumlu olmasının bir sonucudur[709].

Ancak BK m.204/I'deki cümle caiz olmayan bir şekilde genelleştirilmiş ve ziyanın ayıptan kaynaklanmadığı durumları da kapsamına almıştır. Buna karşılık, Art. 1647 Code Civil ve Art. 1492 Code Civil'e göre, kaza sebebiyle hasara uğrama riskine alıcı katlanır. Bu çözüm, yerindedir. Zira bu düzenlemelerde, ayıp ve kaza sonucu telef olma arasındaki nedensellik bağı eksikliği dikkate alınmaktadır. Buna

---

708 Serozan, Dönme, s. 466; Basler Komm./Honsell, Art. 207, N. 1, s. 1179; Önceki BGB §350'de de bu kurala yer verilmişti.

709 Yargıtay kararına konu olan bir uyuşmazlıkta davacı, davalıdan satın aldığı seramiklerin döşendikten sonra kirli beyaz renk aldığını bildirerek, ödediği bedel ile seramiklerin döşenmesi için yaptığı işçilik giderlerinin ödenmesini istemiştir. Yargıtay, davacının seramikleri söküp yerine yeniden seramik döşeteceğini iddia etmediğini ve davalıdan aldığı seramikleri kullandığının açık olduğu, bu sebeple Yerel Mahkemece BK m. 202/II gereğince, bedel indiriminin mümkün olup olmadığının incelenmesi gerekirken, satışa konu seramiklerin davacının yedinde bırakılarak bedelinin tahsiline karar verilmesinin usul ve yasaya aykırı olduğuna karar vermiştir, bkz. 13. HD, 3.6.2003, E. 2003/2803, K. 2003/7304 (Yavuz, Özsunay'a Armağan, s. 121 vd); Yavuz, söz konusu kararın dayanağının, BK m. 202/II değil, BK m. 204/son olması gerektiğini ifade etmiştir, bkz, Yavuz, Özsunay'a Armağan, s. 142; Söz konusu kararda Yerel Mahkeme, davalının, döşeme sırasında kullanılan derz malzemesinin derhal silinmesi gerektiği yönünde davalının davacıya bir uyardıa bulunduğunun ispat edilemediği ve davacının kusuru bulunmadığı gerekçesiyle davanın kabulüne karar vermiştir. Bu sebeple, kanaatimizce dava konusu olayda, davalı satıcının ayıp sebebiyle bir sorumluluğu bulunmamaktadır. Çünkü ayıp sorumluluğundan söz edebilmek için, ayıbın hasarın intikali anıda mevcut olması gerekir. Burada davalı satıcının sorumluluğunun dayanağı, aydınlatma yükümlülüğünün ihlalidir, bu sebeple davalı satıcı, davacının zararından sorumludur.

göre mal ayıpsız halde olsaydı da alıcının riziko alanında ziyaa uğrayacaktı[710]. Dolayısıyla burada rizikoyu satıcıya yüklemek için dahili sebep eksiktir[711].

Bu kural, yarar ve hasarın sözleşmenin kurulması ile alıcıya geçmesi kuralının bir istisnası niteliğindedir[712]. Bu sebeple doktrinde bu hüküm, hukuk politikası açısından isabetsiz olduğu gerekçesiyle eleştirilmektedir. Satım sözleşmesi kapsamında yarar ve hasar, parça satışlarında sözleşmenin kurulmasıyla, cins satışlarında ise kural olarak ayırt etme ile alıcıya geçmektedir. 6098 sayılı Kanuna göre ise taşınır satışlarında zilyetliğin devri ile birlikte alıcıya geçmektedir (6098 s. K. m.208/I). Ancak bu hüküm çerçevesinde, alıcı, malın ayıpla hiçbir ilgisi olmayan bir kaza sonucu telef olması halinde sözleşmeden dönerek, hasarı tekrar satıcıya yükleme imkanına sahip olmaktadır. Bu halde, aslında hasarın intikali kuralları çerçevesinde rizikoyu taşımak zorunda olan alıcı, hasara sebep olan olayla hiçbir ilgisi olmayan bir ayıp sebebiyle bu rizikodan kurtulmuş olmaktadır[713]. Bu durumda, aslında rizikoyu taşımak zorunda olan alıcı, bu ilke nedeniyle, malın ayıplı olmasını bir lütuf olarak algılayacaktır[714]. Örneğin satım konusu aracın kilometre sayacı ile

---

710 Borçlu temerrüdünde de benzer bir durum vardır. Alacaklı, borçlunun temerrüdü sebebiyle sözleşmeden dönmüşse ve borçlunun daha önce ifa ettiği edimin iadesi, borçlunun bir fiili veya onun dışındaki bir olay sebebiyle imkansızlaşmışsa, borçlu edimin imkansızlaşmasında kusuru olmadığını ileri sürerek, iade borcundan kurtulabilmeli midir? Bu soruya olumlu cevap verilirse, kusursuz da olsa temerrüde düşen borçlu, edimini gereği gibi ifa eden borçludan daha iyi bir konumda olacaktır. Çünkü, borçlu sözleşmeyi ifa etseydi, sözleşme ilişkisi ifa ile sona ermiş olacak ve bu hasara kendisi katlanacaktı. Bu sebeple, kendi edimini yerine getirmeyerek, kusursuz da olsa temerrüde düşen borçlu ödüllendirilmemeli, kendi edimini yerine getirerek sözleşmenin ifa ile sona ermesini sağlayan borçludan daha elverişli bir konumda olmamalıdır, bkz. Buz, Dönme, ss. 191-192.

711 Basler Komm./Honsell, Art. 207, No.1, s. 1179; farklı görüşte bkz. Giger, Art. 207, No. 36.

712 Yavuz, Borçlar Özel, s. 168; 13. HD, bir kararında, satıcının, malların iadesini kabul ettiğine göre, artık satılan malların bedelini değil, malların mevcut hali ile değerinde bir azalma varsa bu bedeli isteyebileceğine karar vermiştir, bkz. 13. HD, 8.3.2007, E. 2006/15803, K. 2007/3054 (www.kazanci.com), Ancak mevcut Kanuni düzenleme karşısında, satıcı malların değerinde bir azalma olsa bile bunu isteyememelidir.

713 Honsell, OR BT, ss. 100-101; Buz, Dönme, ss. 200-201; Serozan, Dönme, s. 466 vd.; Glasl, Rückabwicklung, s. 155, dn. 362; Önceki BGB §350'de de İsviçre-Türk Hukukundaki gibi malın hasara veya ziya uğraması rizikosu satıcıya yüklenmişken, yeni BGB §346 Abs. 2, b.3'te, dönme sebebiyle iade borçlusunun, malın hasara veya ziya uğraması halinde değer tazmini ile yükümlü olduğu hükme bağlanmış, böylece sözleşmeye aykırılığın hasarın intikalini engellemeyeceği ilkesi benimsenmiştir, bkz. Atamer, CISG, s. 360, dp. 421.

714 Hartmann'a göre malın kaza sebebiyle yok olması durumunda alıcı yalnızca malı ayıbı bilmeksizin edindiği durumlarda, dönme hakkını kullanarak değer azalmasını satıcının üzerinde

oynanmış, ancak araba teslim edildikten sonra bir sel felaketinde telef olmuşsa, alıcının bu ayıp nedeniyle dönme hakkını herhangi bir sınırlama olmaksızın kullanabilmesi adaletsizdir. Çünkü mal ayıpsız bir şekilde teslim edilmiş olsaydı, bu rizikoyu alıcı taşıyacaktı.

Hasarın intikali kurallarının yanı sıra "Zarara zarar gören katlanır" (Casum sentit dominus) ilkesi gereğince malın kaza sebebiyle yok olmasına, malın malikine katlanır. Dönme hakkı sahibi olan alıcı da teslim aldığı malın maliki olduğu için, kaza sebebiyle malın yok olmasına veya hasara uğramasına katlanmalıdır[715].

Mevcut BK m.204/I'deki kaza halinde sorumluluğu satıcıya yükleyen kurala ilişkin olarak yapılan bir diğer eleştiri, hasarın, mal alıcının etki alanındayken meydana gelmiş olmasıdır. Devir ile mal alıcının etki alanına girer ve bu andan itibaren alıcı mal üzerinde dilediği gibi tasarrufta bulunabilir. Ayrıca alıcı hangi tehlikelere maruz kalabileceğini de bilebilir. Buna karşılık satıcı, satım konusu mal üzerinde artık herhangi bir etkiye sahip değildir. Bu sebeple, hasar riskinin satıcıya yüklenmesi haklı değildir[716]. Ayrıca kaza sonucu ortaya çıkan hasarın, sözleşmeyi ihlal eden satıcının üzerinde bırakılmasının, karşılıklı dönme talepleri arasındaki sinallagma ilişkisini bozduğu da bu hükme yapılan eleştiriler arasındadır. Dolayısıyla alıcı satım konusu malı iade edemiyorsa, satış bedelini de talep edememelidir[717].

---

bırakabilir. Kaza sebebiyle ortaya çıkan hasara satıcının katlanması yönündeki bu hükmün gerekçesi, alıcının, teslim edildiği şekliyle mülkiyetine sahip olmak istemediği bir mal için risk taşımak zorunda olmaması olarak açıklanabilir. Alıcı, fiili olarak teslim edilen ayıplı mala değil, söz verilen ayıpsız mala sahip olmak istiyordu. Bu sebeple riskin satıcıya yüklenmesi, alıcıyı, devralmaya razı olmadığı bir mal konusunda riski taşımak zorunda olmaktan kurtarır. Bu kural, sözleşme özgürlüğünün korunmasına hizmet eder, dolayısıyla bu durumda riskin satıcının üzerinde bırakılması; alıcının ayıbı bilmesi durumunda teslim aldığı malı devralmayacağı ve hasara uğrayan malın, satıcının yükümlülük ihlali sebebiyle alıcının zilyetliğinde bulunmakta olduğu şeklindeki iki hususun birlikte değerlendirilmesi sonucu haklı görülür: bkz. Hartmann, ss. 180-181, No. 438.

715 Glasl, s. 211; Huguenin, OR BT, No. 324; karş. Gauch, Schluep ve Emmenegger, B.II, No. 2807; Schenker, No. 737; bu eleştirinin haklı olmadığı yönünde bkz. Hartmann, s. 183, No. 445 vd.

716 Glasl, s. 211; Leser, s. 193; Bu eleştirinin haklı olmadığı yönünde bkz. Hartmann, s. 182, No. 443-444.

717 Leser, s. 193; Bu eleştirinin haklı olmadığı yönünde bkz. Hartmann, s. 185, No. 451.

Kanaatimizce BK m.204/I'e yapılan eleştiriler haklıdır. Satım konusu malın ayıplı olması, alıcıyı bulunduğu konumdan daha iyi bir konuma getirmemelidir. Satım konusu malda herhangi bir ayıp olmasaydı ve mal kaza sonucunda telef olsaydı, bu hasara alıcı katlanacaktı. Dolayısıyla, mal ayıp sebebiyle değil de kaza sebebiyle yok olmuş veya hasara uğramışsa, artık hukuki sonuçta bir değişiklik yapılmamalı, bu hasara yine alıcı katlanmalıdır.

Doktrinde isabetsiz olan bu hükmün uygulanması konusunda çeşitli görüşler ileri sürülmüştür[718]. Bir görüşe göre BK m.204/I'deki "ayıp sebebi ile yahut kazaen…" ifadesindeki "yahut"un "ve" olarak anlaşılması ve bu şekilde yalnızca ayıptan kaynaklanan iaede imkansızlığının dönme hakkını etkisizleştirmeyeceğini; böyle bir kural düzeltme yoluna girmek istemeyenlerin, BK m.202/II'deki dönme hakkı yerine bedel indiriminin uygulanması gerektiğine ilişkin kuralla da bu sonuca ulaşılabileceğini ileri sürmüştür[719]. Bir diğer görüş ise, açık düzenleme karşısında bu isabetsiz düzenlemenin düzeltici bir şekilde yorumlanamayacağı, olması gereken açısından, bu kural terk edilip, değer tazmini karşılığında dönmeye cevaz verilmesi gerektiğini savunmaktadır[720].

Ancak 6098 sayılı Kanunun, BK m.204'e karşılık gelen 228. maddesinde birtakım değişiklikler yapılmış olmasına rağmen[721], doktrinde çok eleştirilen bu konuya ilişkin herhangi bir değişiklik yapılmamıştır. Bu durumda söz konusu hükmün **ancak dönmenin haklı göstermediği hallerde hakimin bedel indirimine karar verebileceği yolundaki düzenleme ile aşılması mümkündür.**

İade borcu doğduktan sonra satılan mal, telef olursa veya hasara uğrarsa hangi hükümlerin uygulanması gerekir?

---

718 Şahiniz, bu hükmün ayıplı mal teslim eden satıcı karşısında alıcıyı koruma düşüncesi ile kanuna konmuş özel bir hüküm niteliğinde olduğu, bu sebeple de adaletsiz olmadığı görüşündedir, bkz. s. 151.

719 Serozan, Dönme, s. 467.

720 Basler Komm./Honsell, Art. 207, No.1, s. 1179.

721 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 228.maddesinde, satılanın ayıptan, beklenmedik halden veya mücbir sebepten dolayı yok olmasının yanı sıra **ağır biçimde hasara uğraması** durumunun da alıcının dönme hakkını engellemeyeceği hükme bağlanmıştır. Bu düzenlemenin karşıt anlamından, satılanın hafif biçimde hasara uğraması durumunda alıcının dönme hakkını kullanamayacağıdır. Bu sonuç ise haklı olarak eleştirilmektedir, bkz. Atamer, Taşınır Satımı, s. 212.

İade borcunun doğumundan sonra yani dönme hakkının kullanılmasından sonra malın, alıcıya yüklenemeyen bir sebeple bozulması veya değer kaybetmesi halinde, bir görüşe göre BK m.204/II'nin genişletici yorumu ile, alıcının elinde kalanı iade ile yükümlü olduğu sonucuna varılmaktadır. Bu görüşe göre, BK m.204/II çerçevesinde, dönme hakkının kullanılmasından önce alıcıya yüklenemeyen bir sebeple malın yokolması, dönme hakkının kullanılmasına engel olmadığına göre, malın dönme hakkının kullanılmasından sonra yokolması durumunda da aynı sonuca varmak gerekir[722]. Ancak adaletsiz sonuçlara yol açtığı hemen hemen oybirliği ile kabul edilen BK m.204/II hükmünün, dönme öncesi iade imkansızlığında dahi uygulamaktan kaçınmak gerekirken, bu kuralın dönme sonrası iade imkansızlığına da teşmil edilmesinden kaçınmak gerektiği görüşüne katılıyoruz[723].

Katıldığımız görüş gereğince dönme beyanı üzerine sözleşme ilişkisi ortadan kalkmayıp tasfiye ilişkisine dönüşür. Dönme beyanı üzerine kurulan tasfiye borç ilişkisi de sözleşmesel nitelikte olduğundan, bu ilişkide uygulanacak temel kurallar da sözleşme hukuku kurallarıdır [724] . Dolayısıyla, alıcının dönme hakkını kullanmasından sonra iade borcunun imkansızlaşması durumunda BK m.117 hükmü uygulanmalıdır[725]. Buna göre, iade borcunun ifası imkansızlaşmışsa, alıcı malı iade edemediği için karşı edimin yani semenin iadesini de isteyemeyecektir. Bu durumda dönme hakkı da etkisizleşmiş olacaktır. Bu durumda alıcı, fiilen onarım veya değiştirme talep edemeyeceğinden bedel indirimi hakkına yönelmesi mümkündür. Dönme hakkı kullanıldıktan sonra malın, alıcıya yüklenebilen sebeplerle aynen iade edilememesi halinde, malın değerinin BK m.96 gereğince nakden tazmin edilmesi gerekir[726].

---

722 Hartmann, s. 191, No. 467; Guhl ve Koller, Bölüm 42, No. 43.

723 Serozan, Dönme, s. 608, dn. 96.

724 Serozan, Dönme, s. 603.

725 Serozan, Dönme, ss. 476, 608.

726 Dönme hakkı kullanıldıktan sonra malın, değiştirme, karışma, birleşme gibi sebeplerle veya tüketilmesi veya yerine başka bir mal ikamesi gibi sebeplerle aynen iade edilememesi halinde, nakden tazmin edilmesi gerektiği, alıcının satılan malın iade anındaki piyasa değerini ödemek zorunda olduğuna ilişkin olarak, bkz. Edis, s. 111; Yavuz, Borçlar Özel, s. 177.

Yargıtay kararına konu olan bi olayda[727] davacı, *"....satın almış olduğu aracın ayıplı olduğunu ileri sürerek, öncelikle ödemiş olduğu **bedelin iadesin**i, bu talebinin kabul edilmemesi halinde ise aynı model ayıpsız bir araçla **değiştirilmesini** talep etmiş, 28.11.2006 tarihli ıslah dilekçesi ile de, dava konusu araçla dava açıldıktan sonra 19.09.2006 tarihinde trafik kazası geçirdiğini, kaza sonucu aracın tam hasarlı olduğu kabul edilip pertotal işlemine tabi tutularak aracın trafikten kaydının silindiğini, sigorta şirketi tarafından da kendisine 21.870,00 YTL hasar tazminatı ödendiğini, bu nedenle aracın iadesi mümkün olmadığından dava dilekçesinde talep etmiş olduğu 26.945,00 YTL araç bedelinden sigorta şirketince ikinci el araç bedeli olarak ödenen 21.870,00 YTL mahsup edilerek, bakiye 5.075,00 YTL'nin ihtar tarihinden itibaren yasal faizi ile birlikte ödetilmesini talep etmiştir."* Yargıtay, bu uyuşmazlıkla ilgili olarak *"...Dava konusu olayda, davacı tercih hakkını öncelikle bedel iadesi, olmadığı takdirde aracın yenisi ile değiştirilmesi olarak kullanmışsa da, daha sonra 19.09.2006 tarihli ıslah dilekçesi ile……**satış bedelinden sigorta şirketinden almış olduğu tazminat miktarını mahsup ederek kalan 5.075,00 YTL'nin ödetilmesini istemiştir.** Pertotal işlemi nedeniyle satışa konu olan aracın iadesi mümkün olmadığına, davacının da talebini, az yukarıda belirtilen, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 4. maddesinde kendisine tanınan seçimlik haklardan olan **"ayıp oranında bedel indirimi"** olarak ıslah etmiş olmasına göre, davacının ıslah dilekçesindeki talebi dikkate alınarak, satış konusu aracın ayıplı değeri ile ayıpsız değeri arasındaki farkın bilirkişi aracılığıyla belirlenerek, tespit edilecek miktarın, ıslah dilekçesindeki talep aşılmamak suretiyle ödetilmesine karar verilmesi gerekirken, ıslah dilekçesi ve satış konusu aracın iade imkanının kalmadığı gözardı edilerek yazılı şekilde aracın iade edilmesi koşuluyla ödenen bedelin davalılardan tahsiline karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir."* şeklinde hüküm tesis etmiştir.

Alıcının ıslah dilekçesi dikkate alındığında, alıcının talebi dönme hakkının kullanılması yönündedir. Alıcı, ıslah dilekçesi ile, artık malın iadesi imkansızlaştığından dava dilekçesindeki terditli talebini değiştirerek, yalnızca dönme hakkını kullanmıştır. Ancak Yargıtay kararında, alıcının ıslah dilekçesi ile bedel

---

[727] 13. HD, 24.09.2007, E. 2007/5987, K. 2007/10970 (www.kazanci.com).

indirimi talep ettiği ifade edilmiştir. Bu durumda, dönme hakkının kullanılmasından sonra alıcıdan kaynaklanan bir sebeple iade imkansızlaşmış olduğundan, alıcının iade borcunun BK m.96 çerçevesinde nakden tazmin borcuna dönüştüğü kabul edilerek, dönme hakkının kullanıldığının kabulü gerekirdi. Ancak Yargıtay, burada iade borcunun, alıcıdan kaynaklanan bir sebeple imkansızlaşması sebebiyle BK m.204/II çerçevesinde bedel indirimine gidilmesi gerektiği yönünde karar vermiş görünmektedir.

b. Alman Hukukundaki Durum

Alman Hukukunda Borçlar Hukuku reformundan önce mal, dönme hakkının kullanılmasından önce dönme hakkı olan tarafın kusuru sebebiyle telef olmuşsa dönme mümkün olmuyordu (Önceki BGB §351). Buna karşılık mal, dönme hakkının kullanılmasından önce kaza sonucu telef olmuşsa dönme hakkını kullanmak mümkündü (Önceki BGB §350 Abs.I). Böylece kaza sebebiyle telef olma riski, iade alacaklısına, satıcıya geçmekteydi[728].

Borçlar hukuku reformu ile bu durum değişmiştir. BGB §346'ya göre, edimin iadesi herhangi bir sebeple imkansızlaştığında, kural olarak, edimin yerine tazmin edilecek değer, sebepsiz zenginleşme hukukunda geçerli nesnel piyasa değeri olmayıp, edimin sözleşmede kararlaştırılmış öznel parasal karşılığı olur. Bu hüküm gereğince, iade konusu malın hasar görmesi riskine iade borçlusu -ayıplı ifa durumunda dönme hakkını kullanan alıcı- katlanır[729]. İade borçlusu değer tazmini yükümlülüğünü, onun dönme hakkı sahibi veya dönme muhatabı olmasından ve hasar veya ziyadan sorumlu olup olmamasından bağımsız olarak taşır[730]. Bir başka ifadeyle, eski düzenlemeden farklı olarak, iade borçlusu, malın yok olmasından sorumlu olmasa bile kural olarak, değer tazmininden sorumludur. Böylece kaza riskinin paylaşımında ortaya çıkan yeni durumda, bu riski iade borçlusu taşır.

---

728 Haas, Das neue Schuldrecht, V, No. 202.

729 Serozan, Çözülme, s. 200; Serozan, Yeni Alman İfa İhlalleri Hukuku, s. 239.

730 Haas, Das neue Schuldrecht, V, No. 202; Hatta edim konusu şeyin kasıtlı olarak yok edilmesi bile, artık dönme hakkının ortadan kalkmasına yol açmaz, bkz. Clevinghaus, s. 54.

BGB §346 Art.2'de düzenlenen, zararın tazmini yükümlülüğü değildir, aksine bu hüküm iade alacaklısına geri verme konusu olan eşyanın değerini sağlar[731].

Kural, iade edilecek malın hasara uğraması riskine iade borçlusunun katlanması olmakla birlikte, üç istisnai halde, hasar riski iade alacaklısına yüklenir.

BGB §346 Abs.3'e göre:

1. Dönme hakkına temel teşkil eden ayıp ilk olarak malın işlenmesi veya değiştirilmesi sırasında ortaya çıkmışsa,

2. Alacaklı, hasardan veya ziyadan sorumlu ise veya zarar zaten alacaklının kendisinde de oluşacak idiyse,

3. Kanuni dönme hakkında, dönme hakkına sahip olan kişi, kendi işlerinde göstermesi gereken özeni göstermiş olmasına rağmen hasar veya ziya yine de meydana gelmişse,

değer tazmini yükümlülüğü ortadan kalkar.

Bu sistemde, değer tazmini sorumluluğunun ortadan kalkması için gereken şartlar gerçekleşmişse, dönme borçlusu yalnızca kendisinde kalan zenginleşmeyi iade etmekle yükümlüdür (BGB §346 Abs.3,S.2).

Eşyanın kullanımdan dolayı normal yıpranması, BGB §346 Abs.2 S.2 Nr.3 anlamında, malın kötüleşmesi değildir. Çünkü alıcının, satım sözleşmesi sebebiyle bu kullanıma hakkı vardır. Alıcı yalnızca kendisine faydası dokunan şeylerin karşılığını ödemekle yükümlüdür, bu anlamda kullanma avantajı için de değer tazmini ile yükümlüdür. Zira alıcı, satıcının satım parasından sağladığı veya sağlayabilecek olduğu yararlar için de karşılık almaktadır[732].

Değer tazmini sorumluluğunun ortadan kalkacağı durumlar, BGB §346 Art.3'te düzenlenmiştir. Bu durumlardan biri de zararın iade alacaklısında da ortaya

---

731 Alıcı, geç olan veya hiç olmayan bir iade (Rückgewaehr) sebebiyle ortaya çıkan zararların tazminine ancak 346/4'e göre zararın tazmini talebi ile ulaşabilir, bkz. Clevinghaus, s. 54.

732 Haas, Das neue Schuldrecht, V, No. 203.

çıkacak olmasıdır. Zarar iade alacaklısında da ortaya çıkacaktı ise, değer tazmini sorumluluğu ortadan kalkar[733].

B. Satılandan Elde Ettiği Menfaatlerin İadesi Borcu

1. Malı Semerelendirmek Suretiyle Elde Ettiği Menfaatleri İade Borcu

BK m.205/I'e göre alıcı, satıcıya satılan ile beraber ondan sağladığı menfaatleri de iade etmekle yükümlüdür.

Hakim görüşe göre alıcının elde ettiği menfaatler kapsamına, yalnızca elde ettiği semereler değil, malın bizzat alıcı tarafından kullanılmış olması da dahildir. Bu görüşe göre alıcı, satım konusu malı bizzat kullanmak suretiyle elde ettiği ekonomik menfaat karşılığı uygun bir tazminat ödemekle yükümlüdür[734]. Tüketici satımlarında daha çok malın kullanılması suretiyle menfaat sağlanması söz konusu olur. Çünkü tüketici işlemi, bir malın nihai kullanım amacıyla edinildiği işlemdir.

BK m.192/I b.1 gereğince zapt durumunda alıcı elde ettiği ve elde etmeyi ihmal ettiği menfaatleri geri vermekle yükümlü iken, ayıp durumunda yalnızca elde ettiği menfaatleri geri vermekle yükümlüdür. Doktrinde ayıp durumunda zapttaki düzenlemeden ayrılmanın temel nedeninin, ayıplı malın kullanılmasının ayıbın artmasına sebep olabileceği düşüncesi olduğu ileri sürülmektedir[735].

Doktrindeki bir diğer görüşe göre, ayıp durumunda da alıcı elde etmeyi ihmal ettiği semereleri de iade etmekle yükümlüdür. Bu görüşe göre, her iki halde de menfaatler durumu ve normun koruma amacı aynıdır, bunun yanı sıra kanun her zaman açık bir ifade tarzı kullanmamaktadır, bu sebeple bir boşluğun olduğu kabul

---

733 Clevinghaus, s. 55; Bu çözümün eleştirisi için bkz. Buz, Dönme, s. 194; bu çözümün yerinde olmadığı yönünde bkz. Leser, s. 201, dn.171.

734 Keller ve Siehr, s. 89; Giger, Art.208, No.22; Basler Komm./Honsell, Art. 208, No.4, s. 1142; Tandoğan, Borçlar Özel, ss. 191-192; Serozan, Dönme, ss. 595-596; Buz, Dönme, s. 223; Aral, Borçlar Özel, s. 139.

735 Giger, Art. 208, N.19-20, s. 567; Becker, Art. 208, No.2; Buz, Dönme, s. 225, dn.339; Aral, Borçlar Özel, s. 139; Ayıp hükümleri çerçevesinde sözleşmeden dönme durumunda da alıcının elde etmeyi ihmal ettiği semerelerden sorumlu olacağı görüşünde Basler Komm./Honsell, Art. 208, No.4.

edilmeli ve BK m. 192'nin kıyasen uygulanması ile doldurulmalıdır, bu duruma hiçbir şekilde uymayan MK.996 vd. hükümleri ise uygulanmamalıdır[736].

Bu görüşe göre alıcı, satılanda mevcut ayıbı bildiği veya bilmesi gerektiği andan itibaren kötüniyetli zilyet durumuna düşer ve MK.m.995 hükmü çerçevesinde, satılandan elde etmeyi ihmal ettiği semereleri de geri verme yükümlülüğü altına girer. Ancak alıcıdan, satılanı, satılanın durumunu kötüleştirecek veya ayıpları arttıracak şekilde kullanması beklenemeyecektir[737]. Bu görüşün kabulü halinde karşılaşılacak ilk problem, hangi ayıpların, satılan malın durumunu kötüleştireceğinin her durumda kesin bir şekilde belirlenemeyeceğidir. Bunun yanı sıra bu görüşün kabulü, aynı zamanda ayıbın artmayacağı ve satılanın kötüleşmeyeceği her durumda alıcının ayıplı malı kullanarak veya başka bir şekilde semere elde etmek zorunda olduğunun kabulü anlamına gelir. Bu sonuç ise ayıp hükümlerinin niteliği ile bağdaşmaz. Tüketicinin korunması açısından bakıldığında da bu sonucun uygun olmadığı görülmektedir.

Bizim de katıldığımız görüşe göre, alıcı yalnızca fiilen elde ettiği semereleri iade etmekle yükümlüdür, elde etmeyi ihmal ettiği semereler için herhangi bir iade borcu bulunmamaktadır. Bu sebeple, kanuni düzenleme aynen uygulanmalıdır.

Alman Hukukunda ise borçlu, uygun ekonomik koşullar karşısında, mümkün olmasına rağmen herhangi bir yarar elde etmemişse, BGB 347'ye göre bunun yerine alacaklıya karşı değer tazmini ile yükümlüdür. Kanuni dönme hakkının söz konusu olduğu hallerde, menfaatler bakımından borçludan beklenen yalnızca kendi işindeki özeni göstermesidir[738].

Elde edilen semerelerin aynen mevcut olması halinde, satıcı bu semerelerin aynen iadesini talep edebilir, aynen iadesi mümkün olmayan semerelerin ise değerinin ödenmesi gerekir[739].

---

736 Basler Komm./Honsell, Art. 208, No.4.

737 Yavuz, Borçlar Özel, s. 142.

738 Elb, s. 66.

739 Ayni etkili dönme teorisini savunanlar, talep hakkının ayni nitelikte olduğunu ileri sürmektedir, bkz. Buz, Dönme, s. 229; Ehrat, No.551; Katıldığımız görüş gereğince elde edilen menfaatlere ilişkin talep hakkı da sözleşmesel niteliktedir.

BK m.205/I gereği alıcının geri vermek zorunda olduğu menfaatler, malın teslim alınması ile iade edilmesi anı arasında gerçekleşen menfaatler toplamıdır[740].

2. Malı Kullanmak Suretiyle Elde Ettiği Menfaatleri İade Borcu

a. İsviçre-Türk Hukukunda

Sözleşmeden dönme durumunda, alıcı iade borcunun yanı sıra elde ettiği menfaatleri de satıcıya iade etmekle yükümlüdür. Alıcının elde ettiği menfaatler kapsamına, yalnızca elde ettiği semereler değil, malın bizzat alıcı tarafından kullanılmış olması da dahildir. Örneğin, ayıplı bir otomobilin alıcı tarafından kullanılmış olması durumunda, dönme hakkını kullanan alıcı, bu kullanma sebebiyle elde ettiği menfaat karşılığı olarak uygun bir tazminat ödemelidir. Ancak alıcı, satın aldığı malı kullanmamışsa, kullanmamış olması sebebiyle herhangi bir sorumluluğu söz konusu olmaz. Alıcının satılanı kullanmış olduğu konusundaki ispat yükü satıcıya aittir[741].

Doktrinde bu tazminatın miktarı belirlenirken taksitli satımlara ilişkin BK m.223/II'deki düzenlemeden yararlanılabileceği ifade edilmektedir. Bu hükme göre, satıcı "her halde münasip bir kira bedeli" talep edebilir. Doktrinde haklı olarak alıcının buna ilişkin tazminat yükümlülüğünün, normal bir kira bedelinden daha düşük bir şekilde değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Zira normal bir kira bedeli, doğal olarak kar unsurunu da içermektedir. Ancak dönme halinde alıcı, satılan malı satıcıyı faydalandırma amacıyla kullanmamaktadır[742].

Satım konusu mal, kiraya verilen bir mal değilse, kullanma sebebiyle ödenecek tazminatın belirlenmesi daha da zordur. Bir mobilya takımı veya bir makinenin iadesinde, bu mallar kiraya verilen mallardan olmadığı için bu tür bir zorlukla karşılaşılır. Bu gibi durumlar için Alman doktrin ve uygulamasında bir yöntem geliştirilmiştir. Bu yöntemde, bir malın değerini, onun kullanım ömrünün

---

740 Edis, s. 112; Yavuz, Borçlar Özel, s. 141.

741 Şahiniz, s. 155.

742 Buz, Dönme, s. 228; Giger, Art. 208, N.22-23; Glasl, Rückabwicklung, ss. 159-160.

belirlediği noktasından hareket edilmektedir. Buna göre, ödenen satış bedeli, olası kullanım süresine bölünür ve sonuç fiili kullanım süresi ile çarpılır. Malın alıcı tarafından fiilen kullanıldığı sürenin, malın kullanım ömrüne olan oranının malın değerindeki karşılığı; alıcının ödeyeceği tazminat miktarıdır. Örneğin değeri 1000 TL. ve kullanım ömrü 5 yıl olan bir malı bir yıl kullanan alıcının ödemesi gereken kullanma tazminatı, 1000 TL./5 = 200 TL. olmaktadır. Bu yöntem, İsviçre/Türk Hukuku için de uygulanabilir[743]. Alman Hukukunda Borçlar Hukuku Modernleştirme Yasası, bu hesap yöntemine değinmemiştir. Ayıplı mal teslimi durumunda satış bedeli, ayıp sebebiyle oluşan değer azalması çıkarıldıktan sonra kalan miktar üzerinden hesaplamaya konu edilir[744].

b. Alman Hukukunda

BGB §346 Abs.1'de de sözleşmeden dönme hakkı olan tarafın[745], teslim aldığı edimi geri verme ve elde ettiği yararları iade etme borcu olduğu kabul edilmiştir. 346 Abs.1'deki dönen tarafın, yalnızca teslim aldığı edimi geri vermekle kalmayıp elde ettiği yararları da iade etmek zorunda olması, yeni bir düzenlemedir. Önceki BGB'de bu sonuç, Önceki BGB §347 Satz.2 BGB ile dolaşık bir şekilde, malik ve zilyet arasındaki ilişkide geçerli olan hükümler aracılığıyla düzenlenmişti[746].

Menfaatler ile kastedilen, elde edilen ürünler ve kullanım avantajıdır, örnek olarak arabanın kullanılması gibi. Eşyanın tüketilmesi, yarar kavramı içinde değildir.

BGB §346 Abs.1, yararlanmanın tabi haliyle iadesini düzenler ancak, kural olarak yararlanmanın doğası gereği iade edilemeyeceği istisnai haller vardır. Bu gibi

---

743 Buz, Dönme, ss. 228-229; Şahiniz, s. 154.

744 Rolland, Das neue Schuldrecht, IV, No. 78, dp. 83.

745 Önceki BGB §346 vd. yalnızca sözleşmesel dönme hakkı için geçerli olup, ancak özel düzenlemeler mevcutsa (Önceki BGB §327, BGB §467 BGB) yasal dönme hakkı için de uygulanmaktaydı, Yeni BGB 346 vd. ise hem sözleşmesel hem de yasal dönme hakkı için uygulama alanı bulur, bkz. Elb, s. 65.

746 Elb, s. 65; Önceki düzenlemenin geniş kapsamlı bir değişikliğe uğramaksızın, yeni hukuka aktarıldığı, 346 Abs.1'in, eski 347 Satz.2 a.F, 987 Abs.1'e uygun olduğuna ilişkin olarak bkz. Rolland, Das neue Schuldrecht, IV, No. 76.

hallerde iade talebi yerine değer tazmini talebi geçer (BGB §346 Abs. 2 Satz.1 Nr.1). Değer tazmini talebi, önceden geri verilebilir nitelikte olan yararların, daha sonraki bir zamanda örneğin bir taşınmazdan elde edilen ürünlerin tüketilmesi veya yanması sebebiyle artık geri verilemez hale gelmesinden kaynaklanır. BGB §346 Abs. 2, Nr.2 ve Nr.3'te, teslim alınan malın, çeşitli sebeplerle iade edilemeyeceği hallerde borçlunun değer tazmini ile yükümlü olduğu düzenlenmiştir. BGB §346 Abs.2 Nr.2'ye göre, "Teslim alınan malın tüketilmesi, devredilmesi, takyit edilmesi, işlenmesi veya şeklinin değiştirilmesi sebebiyle, borçlu malın iadesi veya menfaatlerin geri verilmesi yerine değer tazmini ile yükümlüdür." BGB §346 Abs.2 Nr.3'e göre "Teslim alınan mal bozulduysa veya ziyaa uğradıysa, borçlu malın iadesi veya menfaatlerin geri verilmesi yerine değer tazmini ile yükümlüdür. Ancak, uygun kullanım sonucu ortaya çıkan kötüleşmelerde bu hüküm uygulanmaz."

Bu düzenlemelerde yalnızca teslim alınan maldan söz edildiği için, bu düzenlemeler, elde edilen menfaatlere ilişkin durumları kapsamaz. Ancak BGB §346 Abs.2 Nr.2 ve Nr.3; *Nr.3'teki "uygun kullanım sonucu ortaya çıkan kötüleşmeler, dikkate alınmaz"* şeklindeki menfaatler kavramına uymayan sınırlandırma hariç olmak üzere kıyasen elde edilen menfaatlere de uygulanır[747]. Dolayısıyla, elde edilen menfaatlerin, tüketilmesi, devredilmesi, takyit edilmesi, işlenmesi, şeklinin değiştirilmesi veya menfaatlerin bozulması ya da ziyaa uğraması sebebiyle menfaatleri iade edemeyen borçlu, **değerini tazmin etmelidir.**

C. Malı Özenle Saklama Borcu

Dönme hakkının kullanılmasından sonra, malın satıcıya iade edilmesine kadar geçen süre içinde alıcı, satım konusu malı özenle saklama borcu altındadır. Bu sonuç, taşınır rehnine ilişkin MK.m.945 hükmünün kıyasen uygulanması sonucu ortaya çıkmaktadır[748].

747 Rolland, Das neue Schuldrecht, IV, No. 77.

748 Tandoğan, Borçlar Özel, s. 192; Gümüş, s. 176.

§12. DÖNME SEBEBİYLE ORTAYA ÇIKAN İADE BORÇLARININ İFA ZAMANI VE İFA YERİ

BK m.81'de düzenlenen ödemezlik (akdin ifa edilmediği) def'i, karşılıklı sözleşmelerden dönme halinde ortaya çıkan geri verme borçlarında da uygulama alanı bulur. Zira dönme üzerine taraflar arasındaki sözleşme ilişkisi sona ermez, yalnızca tasfiye ilişkisine dönüşür. Tasfiye çerçevesinde ortaya çıkan geri verme borçları da birbirleriyle karşılıklılık ilişkisi içindedir. Bu sebeple geri verme borçlarının da aynı anda ifa edilmesi gerekir[749].

Tarafların iade borçlarının da karşılıklı ve aynı anda ifası gerektiğinden bir taraf, kendi iade borcunu ifa etmeden veya ifasını teklif etmeden karşı taraftan ifayı talep ederse, diğer taraf ödemezlik defini ileri sürebilir.

İade borçlarının ifa yeri, edimlerin niteliğinden hareketle belirlenmelidir. Bir miktar paranın iadesinde, iade borcu, iade alacaklısının ikametgahında ifa edilir. Ayıplı malın iadesinin ifa yerinin neresi olduğu konusunda ise görüş birliği yoktur. Kanaatimizce ayıp sebebiyle sözleşmeden dönme halinde ayıplı malın iade yeri, dönülen sözleşme gereği edimlerin mübadele edildiği yer olmalıdır[750]. Örneğin bir çamaşır makinesi, tüketicinin evinde teslim edilmişse, dönme sonrası da satıcıya iade edileceği yer burası olmalıdır. Ancak satış mağazasından alınan bir mal söz konusuysa, tüketici bu malı mağazada iade etmelidir. Bununla birlikte, tüketici söz konusu malın iadesi sebebiyle yaptığı masrafları, satıcıdan talep edebilir (BK m.205/II).

---

749 Yavuz, Borçlar Özel, s. 142; Klasik dönme teorisi taraftarları da, satım sözleşmesinin geçmişe etkili olarak ortadan kalkacağının kabul edilmesi halinde de BK m.81 hükmünün kıyasen uygulanacağı görüşündedirler, zira BK m.81 yalnızca sözleşmelere değil, sözleşme dışı karşılıklı tasfiye ilişkilerinde de uygulama alanı bulur, bkz. Buz, Dönme, s. 233.

750 Buz, Dönme, s. 234; İade yerinin, sözleşmeden dönme anında malın bulunduğu yer olduğu yönünde bkz. Öz, Dönme, s. 256.

§13. DÖNME HAKKININ KULLANILMASININ VE DÖNME SONUCU ORTAYA ÇIKAN İADE YÜKÜMLÜLÜKLERİN TABİ OLDUĞU ZAMANAŞIMI

I. TÜRK HUKUKUNDA

A. Genel Olarak

BK m.207'ye göre[751], "Satıcı daha uzun bir müddet için kefalet etmemiş ise, satılanı ayıba karşı tekeffülden mütevellit her türlü dava, satılandaki ayıp daha sonra ortaya çıksa bile alıcıya teslim vukuundan itibaren bir sene geçmekle sakıt olur."

6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun "Zamanaşımı" başlıklı 231. maddesine göre, "Satıcı daha uzun bir süre için üstlenmiş olmadıkça, satılanın ayıbından doğan sorumluluğa ilişkin her türlü dava, satılandaki ayıp daha sonra ortaya çıksa bile, satılanın alıcıya devrinden başlayarak iki yıl geçmekle zamanaşımına uğrar…".

Yenilik doğuran haklar, hak düşürücü süreye tabidir[752]. Bununla birlikte ayıba karşı tekeffülden doğan hakların tabi olduğu sürenin zamanaşımı süresi olduğu, seçim hakkının yenilik doğuran hak niteliğinde olduğunu savunanlar da dahil olmak üzere ağırlıklı olarak kabul edilmektedir[753].

---

751 OR Art. 210'a eklenen bir fıkra ile (Art. 210 Abs. 1 bis), kültür mallarına ilişkin olarak ayıptan doğan dava haklarının alıcının ayıbı öğrendiği tarihten itibaren 1 yıl ve her durumda 30 yıllık zamanaşımına tabi olduğu düzenlenmiştir.

752 Zamanaşımı süresi ile hak düşürücü süre arasındaki farklar için bkz. Ergin Akçay, **Türk Borçlar Kanununa Göre Zamanaşımı**, İstanbul 2010, s. 12 vd.

753 Giger, Art. 210, No. 9; Basler Komm./Honsell, Art. 210, No. 2; Keller ve Siehr, ss. 100-101; Furrer, s. 86 vd.; Yavuz, Borçlar Özel, s. 121; Aral, Borçlar Özel, s. 149; Tandoğan, Borçlar Özel, s. 200; Eser sözleşmesinde BK m.262'te ayıplı ifadan doğan yenilik doğuran hakların, kural dışı yoldan özel hükümle zamanaşımı süresine bağlandığı görüşünde bkz. Öz, Dönme, ss. 128-129; Eren, s. 1241; BK m.207'deki sürenin, dönme ve bedel indirimi bakımından hak düşürücü süre, ayıbın giderilmesini talep bakımından zamanaşımı süresi olduğu yönünde bkz. Buz, YDH, s. 397 vd.; Dönme, indirim ve ayıbın giderilmesi haklarını yenilik doğuran hak niteliğinde kabul eden bir diğer görüşe göre buradaki sürenin hak düşürücü süre olduğu yönünde bkz. Eser sözleşmesi için bkz. Koller, Nachbesserungsrecht, No. 386-387; Kanunun yenilik doğuran hakkı zamanaşımına tabi tuttuğu hallerde, burada esasen yenilik doğuran hakkın zamanaşımına tabi tutulmasının değil, bu hakkın kullanılmasından doğan talep (alacak) hakkının zamanaşımına tabi tutulmasının söz konusu olduğu ve seçimlik hakların, zamanaşımı süresi dolmadan önce kullanılması halinde de sonucun değişmeyeceği yönünde bkz. Eser sözleşmesine ilişkin olarak bkz. Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, s. 227; Ayıba karşı tekeffülden doğan alacak hakkının zamanaşımına tabi olduğu yönünde bkz. Eren, s. 1241.

Muayene ve ihbar külfetlerini yerine getirmiş olan alıcı, seçimlik hakkını, bir yıllık süre içinde istediği bir zaman kullanabilir[754].

Ayıba karşı tekeffül sorumluluğunda sürenin kısa olmasının gerekçeleri şu şekilde belirtilmektedir: Zamanaşımı süresi kısa olması, hukuki durumun bir an önce netleşmesini sağlar. Ayrıca eşyanın uzun bir süre kullanılmasından sonra, ayıbın hasarın geçtiği anda mı yoksa daha sonra mı ortaya çıktığının belirlenmesi oldukça zordur. Bu sebeple zamanaşımı süresinin kısa tutulması yerindedir[755].

Doktrinde ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun kusursuz sorumluluk olması ve alıcıya elverişli bir hukuki konum sağlaması karşısında, zamanaşımı süresinin kısa tutulmasının yerinde olduğu ifade edilmektedir[756]. Ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun amacı, ifa menfaatinin ve edimler arasındaki dengenin yeniden sağlanmasıdır ve ayıptan doğan haklar tazminat niteliğinde değildir. Bu sebeple ayıp sorumluluğunda kusurun aranmaması yerindedir. Dolayısıyla tekeffül sorumluluğunun kusursuz sorumluluk niteliğinde olmasının, zamanaşımı süresinin kısa olmasına gerekçe olarak gösterilemeyeceği kanaatindeyiz.

Ayıp daha sonra ortaya çıkmış olsa bile, zamanaşımı süresi malın alıcıya teslîminden itibaren başlar. Bu sebeple ayıbın öğrenilmesinin, zamanaşımı süresinin işlemeye başlaması açısından herhangi bir etkisi yoktur[757]. Zira alıcının maldaki ayıbı öğrenme zamanının tespiti pek çok zorluğu beraberinde getirir. Ancak malın hangi tarihte teslim edildiği bellidir.

---

754 Buna karşılık doktrinde bu konuda bir kanun boşluğunun olduğu ve MK.m.2'ye dayanarak önceki BGB §466'daki çözümün, İsviçre-Türk Borçlar Hukukunda da uygulanması gerektiği şeklinde bir görüş de vardır. 2002 değişikliği ile yürürlükten kaldırılan Önceki BGB §466'ya göre, alıcı, satıcıya karşı ayıbın varlığını iddia ederse, satıcı malı geri almaya hazır olduğunu bildirerek, belirleyeceği süre içinde alıcıdan, kendisine dönme talebinde bulunup bulunmayacağını bildirmesini talep edebilir. Bu halde dönme ancak sürenin sonuna kadar istenebilir, bkz. Bucher ve Buz, ss. 153-154; Aral, Borçlar Özel, s. 137; Huguenin, OR BT, No. 300.

755 Gümüş, s. 193; İsviçre Hukukunda, mevcut sürenin çok kısa kaldığı olayların da mevcut olduğu, bu sebeple olması gereken hukuk açısından mal gruplarına göre farklı süreler belirlenmesi gerektiği ileri sürülmektedir, bkz. Basler Komm./Honsell, Art. 210, No.1; İsviçre'de Yönergeye uygun olarak zamanaşımı süresinin 2 yıla çıkarılmasına ilişkin değişiklik kanunlaşmamıştır.

756 Basler Komm./Honsell, Art. 210, No.1; Gümüş, s. 193.

757 BGE 89 II 409; Basler Komm./Honsell, Art. 210, N. 4, s. 1189; Keller ve Siehr, s. 101; Huguenin, OR BT, No. 299.

Satılanın tesliminden anlaşılması gereken, satılan malın, sözleşmenin ifası amacıyla alıcının tasarrufu altına (hakimiyet alanına) konulmasıdır. Teslim ile alıcı satılan üzerinde, satılanın niteliklerini gözden geçirebilecek şekilde fiili yetki kazanmış olmalıdır[758].

Doğal olarak, malın ayıplı olduğuna ilişkin ayıp ihbarının da bu bir yıllık süre içinde yapılması gerekir. Bu anlamda ayıbın açık veya gizli olması önem taşımaz. Bir başka ifadeyle maldaki ayıp ister açık ayıp olsun ister gizli ayıp, malın tesliminden itibaren 1 yıl içinde alıcının maldaki ayıbı ihbar edip, seçimlik haklarını kullanması gerekir[759].

Alıcının sahip olduğu seçimlik hak, yenilik doğuran hak niteliğinde olsa da zamanaşımı süresine tabi olduğundan, BK m.125 vd. hükümleri, BK m.127 hariç, Borçlar Kanununa ve bu arada özel bir düzenleme bulunmadığı sürece Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna tabi satım sözleşmelerinde ayıp zamanaşımı hakkında da uygulama alanı bulur. Bu hükümlerin arasında, zamanaşımının durmasına ve kesilmesine ilişkin hükümler de vardır. Örneğin, satıcının malın ayıplı olduğunu kabul etmesi ve bu ayıpları gidereceğini taahhüt etmesi, zamanaşımını kesen bir sebeptir[760] (BK m. 133/b.1).

Alıcının kullandığı seçimlik hakka ilişkin olarak zamanaşımının kesilmesi veya durması, diğer seçimlik haklar bakımından da zamanaşımını keser veya durdurur[761]. Seçim hakkının kanun hükmüyle sınırlandırıldığı haller için de bu durum geçerlidir. Ancak başlangıçta seçim hakkının kullanıldığı ayıptan başka bir ayıp için seçim hakkının kullanılması durumunda, bu ayıp için zamanaşımı süresinin kesilmesi veya durması söz konusu olmaz[762].

---

758 Yavuz, Borçlar Özel, s. 122; Keller ve Siehr, s. 101.

759 Gümüş, s. 194.

760 Becker, Art. 210, N. 1; Giger, Art. 210, No. 16; Yavuz, Borçlar Özel, s. 122.

761 Gauch, Schluep ve Emmenegger, B.II, No. 3397; Gümüş, s. 196; Keller ve Siehr, s. 101; Tandoğan, Borçlar Özel, s. 201; Yavuz, Ayıptan Sorumluluk, s. 157; Aral, Borçlar Özel, s. 149; Zira ayıptan doğan seçimlik haklar eklenen tazminat talebi ile birlikte kök hak benzeri bir yapıda tek bir genel talep hakkı oluşturur, bkz. Basler Komm./Honsell, Art. 210, No. 4.

762 Yavuz, Borçlar Özel, ss. 123-124.

B. Alıcının Ayıplı İfa Def'i

1. Ayıplı İfa Def'inin Hukuki Niteliği Konusunda İleri Sürülen Görüşler

BK m.207/I. c.2'ye göre ayıba karşı tekeffül zamanaşımı geçmiş olmasına rağmen, alıcının satım bedelini henüz ödemediği hallerde, belirli şartlar altında satıcının satım bedelinin ödenmesi talebi üzerine, ayıba ilişkin defi hakkı saklıdır. Bu şartlar, alıcının zamanaşımı süresi ve ihbar süresi içinde ayıbı satıcıya ihbar etmiş olmasıdır[763].

Burada düzenlenen def'i hakkının sürekli defi olduğu kabul edilmektedir[764]. Ancak defi hakkının kullanılmasının sonuçları konusunda farklı görüşler mevcuttur. Esasen bu konudaki farklı görüşler, sürekli def'i hakkının niteliğine ilişkin görüş farklılıklarından kaynaklanmaktadır:

Bir görüşe göre sürekli def'i hakkı, teknik anlamda bir def'i olmayıp yenilik doğuran haktır. Ayıp def'i de sürekli def'i olduğundan, yenilik doğuran hak niteliğindedir. Satıcının, satış bedeline ilişkin olarak açtığı davada alıcının ayıp def'ini ileri sürmesi durumunda, hakimin satıcının davasını reddeden kararının kesinleşmesi ile birlikte, zamanaşımı süresi geçmiş olmasına rağmen, taraflar arasındaki satım sözleşmesi dönme hakkı kullanılmış gibi bir tasfiye ilişkisine dönüşür. Dolayısıyla alıcı elindeki ayıplı malı iade etmek zorundadır. Alıcı, satım konusu mala masraf yapmışsa, Art.208 Abs.2'deki tekeffül talepleri, zamanaşımına uğramış olmasına rağmen bu masrafları defi olarak ileri sürebilir. Bu durumda alıcı yaptığı masraflar tazmin edilene kadar, malı iade etmekten imtina edebilir[765].

---

763 Bkz. Basler Komm./Honsell, Art. 210, No. 6; Gümüş, s. 198.

764 Gümüş, s. 198.

765 Bu görüşü savunanların hukuki dayanağı, Alman Medeni Kanununun bazı hükümlerinde, sürekli bir def'iye maruz kalan bir alacak hakkının, ortadan kalkmış bir alacak gibi değerlendirilmesidir. BGB §390'a göre, sürekli bir def'iye maruz kalan bir alacak, takas edilemez. BGB §813 Abs.1 S.1'e göre, sürekli bir def'i hakkına sahip olan borçlu, def'iyi ileri sürmeyip borcunu ifa ederse, daha sonra sebepsiz zenginleşme davası ile ifa ettiği edimlerin iadesini talep edebilir. İsviçre/Türk Borçlar Kanununda bu şekilde bir hüküm yer almamakla birlikte, doktrinde sürekli def'i hakkı sahibinin, ifa ettiği edimleri sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre talep edebileceği savunulmaktadır. Alman Medeni Kanunundaki bu düzenlemelerden hareket eden yazarlar, sürekli def'ilerin yenilik doğuran hakların bir türü olduğu görüşündedir. Bu görüş

Ayıp def'inin niteliğine ilişkin bir diğer görüş, bu def'inin, ayıbın giderilmesi def'i olduğu yönündedir. Buna göre, satıcı ancak mevcut ayıpları gidererek alıcının ileri sürdüğü def'iyi hükümden düşürerek, alacağını yeniden talep etme hakkına sahip olacaktır[766]. Doktrinde bu görüşün, sürekli def'iyi geçici def'i düzeyine indirdiği ve hakimin vereceği red kararının kesin hüküm niteliğini de ortadan kaldırdığı ileri sürülmekte, ayrıca bu görüş ayıbın objektif olarak giderilemez olduğu hallerde havada kaldığı gerekçesiyle eleştirilmektedir[767].

Bu konudaki üçüncü görüş, alıcının def'i hakkını ileri sürerken hangi seçimlik hakkı kullandığını da satıcıya bildirmesi gerektiği yönündedir. Bu görüşe göre, sürekli def'i hakkı, alıcının sahip olduğu seçimlik haklarını zamanaşımına uğrasalar bile satıcıya karşı ileri sürebilme imkanı yaratan bir kurumdur[768].

2. Görüşlerin Değerlendirilmesi ve Görüşümüz

Ayıp def'inin sürekli def'i ve yenilik doğuran hak olduğu görüşüne çeşitli sebeplerle katılmamaktayız. Zamanaşımı süresi içinde dönme hakkını kullanan alıcının bu hakkı, BK m.202'deki sınırlamalar çerçevesinde engellenebilmekteyken, zamanaşımı süresini geçiren def'i hakkı sahibi alıcıya, hiçbir inceleme yapmaksızın dönme hakkının tanınması çelişki teşkil eder.

Bu görüş doktrinde diğer bazı yazarlar tarafından şu gerekçelerle eleştirilmektedir:

Ayıplı ifa halinde alıcı zamanaşımı süresi içinde yenilik doğuran hak niteliğinde olan dönme veya bedel indirimi haklarından birini kullanabilir. Bu haklar alıcıya satım sözleşmesini tek taraflı bir irade beyanı ile tamamen veya kısmen ortadan kaldırma yetkisi vermektedir, bu yetki aktif bir yetkidir. Ancak zamanaşımı süresinin dolması ile birlikte, alıcının sahip olduğu aktif yetki ortadan kalkar,

---

çerçevesinde sürekli bir def'iye maruz kalan alacak, eksik borç bile değildir, bkz. Serozan, Dönme, s. 52 vd.; Basler Komm./Honsell, Art. 210, No. 7, s. 1191; Gümüş, s. 199; Bu görüşün açıklanması için bkz. Buz, YDH, s. 95.

766 Buz, YDH, s. 98, dn. 29.

767 Gümüş, s. 199.

768 Yavuz, Ayıptan Sorumluluk, s. 165; N. Yavuz, Ayıplı İfa, s. 51; Serozan, Borçlar Özel, ss. 156-157.

dolayısıyla alıcı artık tek taraflı olarak satıcının satım bedeline ilişkin hakkını ortadan kaldırma imkanına sahip değildir. Ancak kanunkoyucu zamanaşımı süresinin geçmesinden sonra da alıcıyı tamamen korumasız bırakmamış ve alıcıya pasif bir yetki tanıyarak satım bedelini ödemekten kaçınma hakkı tanımıştır. **Ayıplı ifa def'inin yenilik doğuran haklar gibi sonuç doğurup satım bedeli alacağını ortadan kaldıracağı kabul edilirse, dönme ve bedel indirimi bakımından öngörülen zamanaşımı süresi tamamen anlamsız hale gelir.** Yenilik doğuran hak olarak nitelendirilen dönme ve bedel indirimi hakkı, zamanaşımı süresine tabi tutulmuşken, yenilik doğuran hak olduğu iddia edilen def'i hakkının herhangi bir süre sınırlamasına tabi tutulmamış olması büyük çelişki teşkil eder[769].

Sürekli def'i hakkının yenilik doğuran hak olduğu görüşüne bu eleştirileri yönelten BUZ, **söz konusu def'inin ayıbın giderilmesi def'i olarak anlaşılması gerektiğini** kabul etmektedir. Bu görüşe göre, alıcının sürekli def'i hakkını ileri sürerek satım bedelini ödemekten kaçınması halinde satıcı, mevcut ayıpları gidererek alıcının ileri sürdüğü def'iyi hükümden düşürecek ve alacağını yeniden dava yoluyla elde etme hakkına sahip olacaktır[770].

Bu noktada BUZ, sürekli definin yenilik doğuran hak olarak kabul edilmesi halinde, aynen dönme ve bedel indirimi gibi alacağı ortadan kaldıracağı, ancak alacağı ortadan kaldıran bu haklar süreye tabi iken defi hakkının süreye tabi olmaksızın kullanılmasının yaratacağı çelişkiye dikkat çekmektedir. Ancak BUZ'un görüşü de kanaatimizce şu noktalarda eleştiriye açıktır:

Nasıl ki dönme ve bedel indirimi hakkı belirli bir süre içinde kullanılmak zorunda olan haklarsa, ayıbın giderilmesi üst başlığı altında incelenen değiştirme ve onarım hakkı da bu süre için kullanılması gereken haklardır. Yani BUZ'un "ayıplı ifa def'inin satım bedeli alacağını ortadan kaldıracağı kabul edilecek olursa, dönme ve bedel indirimi hakları bakımından öngörülen bir yıllık sürenin tamamen anlamsız

---

769 Buz, YDH, s. 100.

770 Buz, YDH, s. 98, dn.29; Buz'un bu görüşü ise, sürekli def'iyi geçici def'i düzeyine indirdiği, def'i üzerine verilen davanın reddi kararının kesin hüküm niteliğini de ortadan kaldırdığı ayrıca ayıbın objektif olarak giderilemediği durumları dikkate almadığı gerekçesiyle eleştirilmektedir, bkz. Gümüş, s. 199.

hale geleceği" yönündeki tespiti, onarım ve değiştirme hakları açısından da geçerlidir.

Ancak zaten def'i hakkının amacı da, alıcının süresi içinde kullanmadığı haklarının sonuçlarına, bu def'iyi ileri sürerek ulaşmasıdır. Örneğin, ölüme bağlı tasarrufların iptalinde iptal def'i, iptal edilebilir bir ölüme bağlı tasarrufa karşı hak düşürücü süre içinde iptal davası açmamış olan mirasçının, kendisine karşı vasiyetnamenin ifası amacıyla açılan davada, bu def'iyi ileri sürerek, vasiyetnamenin ifasından kaçınması sonucunu doğurur (MK. m.559/II). Bunun gibi, sebepsiz zenginleşmenin, zenginleşenin bir alacak hakkı kazanması şeklinde ortaya çıktığı durumlarda, aleyhine zenginleşilen kişi zamanaşımı süresi dolmuş olsa bile, kendisinden bu borcun ifası istendiğinde sebepsiz zenginleşme def'inde bulunarak bu borcun ifasından kaçınabilecektir.

Dolayısıyla BUZ'un dönme ve bedel indirimi hakları açısından bir yıllık sürenin tamamen anlamsız hale geleceği yönündeki eleştirilerine katılmıyoruz.

Kanaatimizce ayıp def'inin kullanıldığı hallerde, alıcı aynen zamanaşımı süresi içinde imiş gibi tüm seçimlik haklarını kullanma imkanına sahiptir. Çünkü def'i hakkının amacı budur. Bu noktada biz de, alıcının ayıp def'i ile birlikte kullandığı hakkı da açıklaması gerektiği yönündeki görüşe katılıyoruz.

Burada Kanunkoyucunun, alıcıya tanıdığı bu def'i hakkı ile, satıcının zamanaşımı def'inde bulunma hakkını ortadan kaldırdığı da düşünülebilir. BUZ'un haklı olarak ifade ettiği gibi, ayıplı ifa defi, kanunkoyucunun kararsızlığının bir ürünüdür[771]. Bu noktada kanunkoyucu alıcıyı korumayı tercih etmiştir. Esasen bu tercih, tüketicinin korunması açsınıdan da yerinde bir tercihtir.

Ayıp def'inin hukuki niteliğinin belirlenebilmesi için öncelikle ayıptan doğan seçimlik hakların niteliğinin tespit edilmesi gerekir. Ayıptan doğan haklar, birbirinden farklı hukuki niteliklere sahiptir. Dönme ve bedel indirimi, yenilik doğuran hak niteliğindeyken onarım ve değiştirme hakkı, aynen ifanın devamı niteliğindedir. Bu sebeple, ayıp def'inin hukuki niteliği de kullanılan hakka göre

771 Buz, YDH, s. 99, dn. 29.

değişiklik gösterecektir. Dönme ve bedel indirimi haklarının kullanılması durumunda, ayıp def'i sürekli def'i niteliğinde olacakken, onarım ve değiştirme hakkının kullanılması durumunda geciktirici def'i niteliğinde olacaktır. Çünkü, onarım ve değiştirme hakkının kullanılması durumunda, alıcının bedeli ödemekten kaçınma hakkı belli bir süre ile sınırlıdır.

Geciktirici def'i, talep edilen alacağın, geçici bir süre için bastırılmasını sağlayan def'idir. Geçici def'iler, belirli bir sürenin dolmasıyla veya alacağı talep eden kişinin bazı fiilleri ile birlikte ortadan kalkar[772].

3. Ayıp Def'ini Kullanma Tarzı

BK m.207/c.2'de, "...Fakat alıcının, satıcı tarafından aleyhine ikame edilen davaya karşı satılanın tesliminden itibaren bir sene geçmeksizin ihbar ettiği ayıptan dolayı defi hakkı sene geçmekle sakıt olmayıp devam eder." hükmü yer almaktadır.

6098 sayılı Borçlar Kanununda da "Alıcının satılanın kendisine devrinden başlayarak iki yıl içinde bildirdiği ayıptan doğan def'i hakkı, bu sürenin geçmiş olmasıyla ortadan kalkmaz." hükmüne yer verilmiştir. Böylece bu def'inin mutlaka satıcı tarafından açılan bir davada ileri sürülmesi gerekip gerekmediğine ilişkin tartışmalara son verilmiştir.

Ayıp def'inin satıcının hangi taleplerine karşı ileri sürülebileceği konusunda da farklı görüşler mevcuttur:

Bir görüşe göre bu def'i yalnızca satıcının satılanı konu edinen satım sözleşmesinden doğan taleplerine karşı ileri sürülebilir. Örneğin satım bedelinin ödenmesi talebi veya bedeli ödenmemiş satılanın geri verilmesi talebine karşı alıcı bu def'iyi ileri sürebilir[773].

Bir diğer görüş ise, alıcının bu def'i ayıplı satılana ilişkin satım sözleşmesi dışındaki başka hukuki ilişkiler sebebiyle satıcının sahip olduğu alacaklara karşı da ileri sürülebileceği yönündedir. Bu görüşe göre, BK m.207/I, c.2'nin ifadesi, bu

---

772 Buz, YDH, s. 93.

773 Becker, Art. 210, No. 5, s. 135; Gümüş, s. 200.

şekilde bir yorum yapmaya uygundur. Bu konuda BK m.118/III hükmünün bir sınırlama getirdiği kabul edilerek, satıcının alacağı, alıcının ayıptan doğan hakları zamanaşımına uğramadan önce muacceliyet kazanmışsa, alıcının bu alacaklara karşı da ayıp def'ini ileri sürebileceği kabul edilebilir[774].

Biz de alıcının, satıcının diğer hukuki ilişkilerden doğan alacaklarına karşı da def'i hakkını kullanabileceği görüşüne katılmaktayız. Bu görüş, ancak alıcının kullandığı hak çerçevesinde satıcıdan herhangi bir para alacağı varsa uygulama alanı bulabilir. Çünkü alacakların takas edilebilmesi için, aynı türden olması gerekir.

4. Ayıp Def'ine İlişkin Alman Hukukundaki Düzenleme

Alıcı, satım bedelinin tamamını veya bir kısmını henüz ödememişse, dönme hakkı, ayıbın giderilmesi talebinin zamanaşımına uğramış olması sebebiyle etkisizleşmiş olsa bile, alıcı satım bedelini ödemeyi reddedebilir (BGB §438 Abs. 4 S.2). Ayıbın giderilmesi talebinin zamanaşımına uğraması ve bu sebeple dönme hakkının etkisizleşmesi; satıcının, daha uzun bir zamanaşımına tabi olan satım bedelini talep hakkını, malın ayıplı olmasına rağmen, kullanabileceği sonucunu doğurmaz. Eski düzenlemeden farklı olarak, alıcının satım bedelini ödemekten kaçınma hakkı, alıcının ayıbı zamanaşımı süresi içinde satıcıya bildirmiş olmasına bağlı değildir. Ayıp sorumluluğunda zamanaşımı süresinin uzatılması ile ihbar külfetinin artık çok büyük bir anlamı kalmamıştır[775].

Alıcı, dönme hakkının ortadan kalkmasından sonra satım bedelini ödemekten kaçınma imkanından faydalanırsa, şu sorun ortaya çıkar; dönme hakkı etkisiz olduğu için satım konusunu elinde tutma hakkına sahip olsaydı, satış bedelini satıcıya haksız olarak vermemiş olurdu. Bu haksız sonuç, BGB §438 Abs.4 S.3 tarafından engellenmiştir. Bu düzenleme ile satıcıya sözleşmeden dönme hakkı tanınmıştır. Satıcıya dönme hakkı tanınması, bir yenilik olarak karşımıza çıkar. Bu düzenleme, şimdiye kadar mevcut olan ve açık kanuni bir düzenleme olmaksızın yalnızca yetersiz bir şekilde düzeltilebilen bir sorunu ele almıştır. Alıcının hem satım bedelini

---

774 Basler Komm./Honsell, Art. 210, No. 7; Tandoğan, Borçlar Özel, s. 202; Yavuz, Borçlar Özel, s. 130.

775 Haas, Das neue Schuldrecht, V, No. 339.

ödemekten kaçınması hem de malı iade etmemesi makul olmadığı için, hakim görüş satıcıya, satış bedelinin ödenen kısmını iade ederek malın iadesini aynı anda talep etme hakkı tanımaktaydı. Satıcının dönme hakkının açıkça düzenlenmesi yerinde olmuştur. Alıcı, kısmi bir ödeme yaptıysa, satıcı "kısmi ödemenin iadesi" veya "kısmi ödemeyi alıkoyup malı alıcıda bırakma"dan hangisinin uygun olduğuna karar verecektir. Alıcının herhangi bir seçim hakkı yoktur, o yalnızca satım bedelinin bakiye kısmını ödemekten imtina edebilir, yoksa önceden yaptığı ödemenin iadesini talep etme hakkı yoktur. Çünkü aksi halde satıcıya ait olan bir hakkı kullanmış olurdu, oysa ki alıcı sonraki ifa talebinin zamanaşımına uğramasıyla, satıcının iradesinin aksine olarak sözleşme ilişkisinin tasfiyesini sağlama imkanını kaybetmiştir.

Alman Medeni Kanununun 320. maddesindeki düzenleme de ayıplı ifa durumunda uygulama alanı bulur. BGB §320'ye göre, "karşılıklı bir sözleşme ile yükümlülük altına giren kişi, önce ifa ile yükümlü değilse, karşı edim ifa edilinceye kadar kendi borçlandığı edimin ifasını reddedebilir. …… (Abs.1). Taraflardan birinin kısmi ifada bulunması halinde, kısmi ifanın reddi, özellikle ifa edilmeyen kısmın önemsiz olması sebebiyle duruma göre dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecekse, karşı edim reddedilemez (Abs.2).".

BGB §439 Abs.1'den kaynaklanan soraki ifa talebi, BGB §433 Abs.1 S.2'den doğan ayıpsız ifa talebinin devamı niteliğindedir ve bu sebeple sinallagma ilişkisi içinde yer alır. Alıcının sonraki ifayı talep hakkı olduğu sürece, BGB §320'ye göre satış bedelini ödemekten kaçınabilir. Ancak BGB §320 Abs.2'de bazı sınırlamalar vardır. Buna göre, ayıp BGB §281 Abs.1, S.3, BGB §323 Abs.5 S.2 anlamında önemli ise, alıcı genelde satış bedelinin tamamını ödemekten kaçınabilir. Çünkü alıcı dönme hakkına sahip olduğu sürece, satıcı sonraki ifayı gerçekleştirmezse, alıcının satış bedelinin tamamını alıkoyması, dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmeyecektir. BGB §320 Abs.2'ye göre satış bedelinin tamamının alıkonulması mümkün değilse, alıcı satış bedelinin yalnızca ayıba bağlı değer azalmasına veya onarım ücretine tekabül eden kısmını alıkoyamamalıdır. Çünkü BGB §320 yalnızca alacaklının önce ifaya bağlı rizikosunu azaltmayı amaçlamaz, ayrıca satıcı üzerinde baskı oluşturmayı

da amaçlar. Küçük ayıplarda, ayıba bağlı değer azalmasından veya onarım ücretinden daha fazla bir miktarın alıkonulması, sıklıkla bir zorunluluk olacaktır[776].

II. ALMAN MEDENİ KANUNUNDA AYIPTAN DOĞAN HAKLARIN TABİ OLDUĞU ZAMANAŞIMI

BGB §438'e göre zamanaşımı, ilke olarak 2 yıldır. Alman hukukunda önceden 30 yıllık zamanaşımına tabi olan hukuki ayıpların, büyük bir kısmı da 2 yıllık zamanaşımına tabi tutulmuştur. Ayıp zamanaşımı 2 yıl iken, normal zamanaşımı süresi 3 yıl olarak düzenlenmiştir (BGB §195). Bu süre diğer sözleşmesel taleplere ve haksız fiilden doğan taleplere uygulanan süredir.

2 yıllık zamanaşımı süresi, ayıptan kaynaklanan tazminat talepleri de dahil olmak üzere bütün ayıptan doğan haklar için geçerlidir. Ancak tazminat talepleri ile yarışan haksız fiil taleplerinin zamanaşımı, genel zamanaşımı süresine tabidir. Esasen tazminat taleplerinin ayıp zamanaşımına tabi kılınması kural olarak zorunludur, çünkü olayların büyük çoğunluğunda dönme ve bedel indiriminin hukuki sonuçlarına, tazminat talepleri ile ulaşılabilmektedir.

Bu durumda alıcının satım konusu mal dışındaki mallarında ortaya çıkan zararlar sebebiyle sözleşmesel tazminat talebi, zararın ayıptan mı yoksa koruma yükümlülüğünün ihlalinden mi kaynaklandığına göre farklı zamanaşımına tabi olacaktır. Bu sonucun kabul edilmesi gerekmekle birlikte, bu farklılık haklı değildir. Olayların çoğunda farklılığın pratikteki anlamı, yarışan haksız fiil taleplerinin normal zamanaşımına tabi olması ile azalmaktadır, çünkü alıcı ayıptan kaynaklanan zararlarda genellikle normal zamanaşımına tabi bir talep hakkına sahip olmaktadır[777].

Dönme ve bedel indirimi, yenilik doğuran hak niteliğinde olduğu ve BGB §194 Abs.1'e göre yalnızca talepler zamanaşımına uğrayabildiği için, zamanaşımına uğramaz. Ancak ayıptan doğan talepler için zamanaşımı kuralı uygulanmakta olduğundan, yenilik doğuran haklar da, diğer haklarla aynı zaman diliminde kullanılabilecek şekilde sınırlandırılmalıdır. Bu sonuç, BGB §218 ile sağlanır. BGB

---

776 Baemberger, Roth ve Faust, §437, No. 164.

777 Haas, Das neue Schuldrecht, V, No. 306.

§438 çerçevesinde ayıbın giderilmesi talebi zamanaşımına uğramışsa, alıcı, zamanaşımından doğrudan etkilenmeyen dönme hakkını hala kullanabilir. Ancak satıcı, ayıbın giderilmesi talebinin zamanaşımına uğradığını ileri sürerse, dönme hakkı BGB §218 Abs.1 S.1'e göre etkisiz hale gelir. Alıcı ve satıcı, ayıbın giderilmesi talebinde olduğu gibi, dönme hakkı bakımından da aynı hukuki konumdadır. Zamanaşımı def'i, kanuni bir süre olmaksızın, sözlü yargılamanın sonuna kadarki süreçte ileri sürülebilir[778].

Bedel indirimi hakkı da yenilik doğuran hak niteliğinde olduğu için, zamanaşımı benzeri bir kurala burada da ihtiyaç vardır. BGB §218'de yalnızca dönme hakkından söz edilmiş, bedel indiriminden söz edilmemiştir ancak buna rağmen bu düzenleme, dönme yerine bedel indirimi hakkı kullanılabildiği için ve bedel indirimi de dönme ile ayın hukuki şartlara tabi olduğu için, BGB §441 ve BGB §438 Abs.4 aracılığıyla bedel indirimi için de uygulanabilir niteliktedir. Ancak bu durumu açığa kavuşturmak için BGB §438 Abs.5'te bu husus açıkça belirtilmiştir. Buna göre sonraki ifa talebi zamanaşımına uğramış ve satıcı da bunu ileri sürüyorsa, bedel indirimi hakkı etkisizleşir. Bedel indirimi hakkının etkisizleştiği durumlarda, zamanaşımı süresi geçmiş olmasına rağmen alıcı, satım bedelinin bakiye kısmını, bedel indirimi hakkı etkili olsaydı ne kadarını ödemekten kaçınabilecekse, o derecede ödemekten kaçınabilir[779].

III. TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN AÇISINDAN DÖNME HAKKININ TABİ OLDUĞU ZAMANAŞIMI

TKHK m.4/IV e göre "Bu madde ile ayıba karşı sorumlu tutulanlar, ayıba karşı daha uzun bir süre ile sorumluluk üstlenmemişlerse, ayıplı maldan sorumluluk, ayıp daha sonra ortaya çıkmış olsa bile malın tüketiciye teslimi tarihinden itibaren iki yıllık zamanaşımına tabidir. Bu süre konut ve tatil amaçlı taşınmaz mallarda beş yıldır. Ayıplı malın neden olduğu her türlü zararlardan dolayı yapılacak talepler ise üç yıllık zamanaşımına tabidir. Bu talepler zarara sebep olan malın piyasaya sürüldüğü günden başlayarak on yıl sonra ortadan kalkar. Ancak, satılan malın ayıbı,

778 Haas, Das neue Schuldrecht, V, No. 336; Brüggemeier, s. 1380.

779 Haas, Das neue Schuldrecht, V, No. 340 vd.

tüketiciden satıcının ağır kusuru veya hile ile gizlenmişse zamanaşımı süresinden yararlanılamaz[780].

Sürenin 2 yıl olarak belirlenmesi tüketicinin korunması açısından isabetli olmuştur. Zira ayıp sorumluluğunda zamanaşımı süresinin malın tesliminden itibaren başlatılması bir zorunluluk olmakla birlikte, alıcı ve tüketiciler için olumsuz bir durumdur. Zamanaşımı süresinin uzatılması ile bu olumsuz durum, bertaraf edilmiş olur. Günümüzde malların karmaşık ve teknolojik pek çok özelliklere sahip olması, maldaki ayıbın tüketiciler açısından tespitini zorlaştırmaktadır. Bu sebeple, tüketicinin olağan bir kullanımla maldaki ayıbı kısa süre içinde tespit etmesinin mümkün olamayacağı pek çok durumla karşılaşılması olasıdır.

Bu hükümde, ayıplı maldan sorumluluk 2 yıllık zamanaşımına tabi tutulmuşken, ayıplı malın neden olduğu zararlardan sorumluluğun üç yıllık zamanaşımına tabi olduğu düzenlenmiştir. Aslında Kanunkoyucu burada üreticinin sorumluluğu çerçevesinde tazminat talebi ve ayıba karşı tekeffülden doğan tazminat talebi olmak üzere iki ayrı sorumluluktan doğan tazminata ilişkin zamanaşımı süresini düzenlemiştir.

Kanundaki "Ayıplı malın neden olduğu her türlü zararlar" ifadesi, mevcut haliyle hem bütünlük menfaatinin ihlalinden hem de ifa menfaatinin ihlalinden doğan zararları kapsar görünmektedir. Zira Kanunkoyucunun, üreticinin sorumluluğunu düzenlemeyi amaçladığı m. 4/III sonda, zarar "…ayıplı malın neden olduğu ölüm ve/veya yaralanmaya yol açan ve/veya kullanımdaki diğer mallarda zarar" ile sınırlandırılmışken, burada zarar açısından herhangi bir sınırlandırma yapılmamıştır. Bu durumda, tüketicinin sözleşmeden dönme ve diğer seçimlik hakları kullanması, malın tesliminden itibaren 2 yıllık zamanaşımına tabi iken, üreticinin sorumluluğundan kaynaklanan tazminat taleplerinin yanı sıra ifa menfaatinin ihlalinden kaynaklanan tazminat taleplerinin de, 3 yıllık zamanaşımına tabi olduğu gibi bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Ancak nasıl ki ayıplı mal teslimi sebebiyle

---

780 Yönergenin 5/1 maddesine göre satıcı 3. maddeye göre, tüketim malının tesliminden itibaren 2 yıl içinde ortaya çıkan sözleşmeye aykırılıktan sorumludur. Ulusal hukuklarda 3/2. maddeden doğan talepler için bir zamanaşımı süresi öngörülmüşse, bu süre, teslimden itibaren iki yıllık süreden daha kısa olamaz.

tüketicinin sahip olduğu seçimlik haklar 2 yıllık zamanaşımı süresine tabi ise, ifa menfaatinin ihlalinden kaynaklanan tazminat taleplerinin de aynı süreye tabi olması gerekir. Çünkü her iki halde de amaç, ifa menfaatinin yeniden sağlanmasıdır. Aksi halde tüketicinin ayıba karşı tekeffül sebebiyle sahip olduğu seçimlik hakları zamanaşımına uğramış olsa bile, tüketici, tazminat talep edebileceği gibi bir sonuç ortaya çıkmaktadır[781]. Örneğin, otomobilin yakıt sarfiyatının, belirtilenden fazla olması durumunda, tüketici 2 yıllık zamanaşımı süresi geçtiği için seçimlik haklarını kullanamamaktayken, üç yıllık süre dolmadan açacağı tazminat davası ile ekonomik kaybınının telafi edilmesini talep edebilecektir.

Bu arada bütünlük menfaatinin ihlalinden kaynaklanan ve tüketicinin ayıp hükümleri çerçevesinde tazminini talep ettiği zararların da (BK m.205/III), 2 yıllık zamanaşımı süresine tabi olması gerekir. Çünkü söz konusu sorumluluğun dayanağı ayıba karşı tekeffül sorumluluğudur.

Hükümde zamanaşımı süresinin başlangıcına ilişkin herhangi bir açıklık yoktur. Üreticinin sorumluluğundan kaynaklanan tazminat taleplerinin, zararın ve sorumlunun öğrenildiği tarihten itibaren işlemeye başlaması gerekir[782]. Ayıba karşı tekeffülden kaynaklanan tazminat taleplerindeki zamanaşımı ise, malın teslimi tarihinden itibaren işletilmelidir.

Kanunda 3 yıllık zamanaşımı süresine tabi olan tazminat talepleri, aynı zamanda, malın piyasaya sürüldüğü günden başlayarak 10 yıllık hak düşürücü süreye[783] tabi tutulmuştur. Esasen bu süre, üreticinin sorumluluğu ile ilgilidir. Fakat Kanunkoyucu, üreticinin sorumluluğu ile ayıba karşı tekeffül sorumluluğunu aynı madde içinde düzenlemeyi amaçladığından, üreticinin sorumluluğuna ilişkin zamanaşımı süresinin, ayıptan sorumlulukta da uygulanması gibi bir sonuç ortaya çıkmıştır. Bu durumda, tüketicinin ayıba karşı tekeffülden doğan hakları

---

781 Havutçu, Üreticinin Sorumluluğu, s. 134; Kırca, s. 246.

782 Üreticinin sorumluluğunu, sözleşme ile ilişkilendirmek ve zamanaşımı süresinin başlangıcını malın tüketiciye teslim edildiği tarih olarak kabul etmek amaca aykırı olacaktır, bkz. Havutçu, Üreticinin Sorumluluğu, s. 134.

783 Bu sürenin hak düşürücü süre olduğuna ilişkin olarak bkz. Havutçu, Üreticinin Sorumluluğu, s. 135.

zamanaşımına uğramamış olduğu halde, malın piyasaya sürülmesinden itibaren 10 yıl geçtiği için tüketici satıcıya karşı bile tazminat davası açamayabilir[784].

TKHK Tasarı Taslağı ile ayıptan sorumluluğa ilişkin olarak "Kanunlarda veya taraflar arasındaki sözleşmede daha uzun süreli bir sorumluluk öngörülmeyen hallerde, ayıplı maldan sorumluluk, ayıp daha sonra ortaya çıkmış olsa bile, malın tüketiciye teslim tarihinden itibaren iki yıllık zamanaşımı süresine tabidir." hükmü getirilmiştir. Böylece Tasarı Taslağının yasalaşması durumunda, ayıplı mal tesliminden doğan bütün talepler, 2 yıllık zamanaşımına tabi olacaktır[785].

TKHK m. 4/III son cümle'ye göre, "…satılan malın ayıbı, tüketiciden satıcının ağır kusuru veya hile ile gizlenmişse zamanaşımı süresinden yararlanılamaz.". Bu düzenleme Borçlar Kanunuda yer alan "Satıcı, alıcıyı iğfal etmiş ise bu bir senelik müruru zamandan istifade edemez." (BK m.207) hükmüne paralel bir düzenlemedir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunundaki düzenleme "Satıcı, satılanı ayıplı olarak devretmekte ağır kusurlu ise, iki yıllık zamanaşımı süresinden yararlanamaz." (TBK m.231/II) şeklindedir.

Doktrinde ve uygulamada, böyle bir durumda ayıptan doğan hakların BK m.125'teki genel zamanaşımı süresine tabi olacağı kabul edilmektedir[786].

Bu düzenlemede her ne kadar, satıcının ağır kusuru ve hilesinden söz edilmekteyse de, teknik servislerin ağır kusuru ve hilesi de, zamanaşımı def'inin ileri sürülmesini engeller. Uygulamada bu sorunla karşılaşılması olasılığı oldukça fazladır. Çünkü satın aldığı malda bir sorun olan tüketici, bu malı yetkili servise götürmektedir. YHGK, 2005 tarihli bir kararında[787], "...Davalı üretici ve ithalatçı firmalar onarımı yetkili servis istasyonları eliyle yaptırmaktadır. Bu istasyonlar

---

784 Havutçu, Üreticinin Sorumluluğu, s. 135.

785 TKHK Tasarı Taslağında üreticinin sorumluluğuna ilişkin olarak "Bu maddeden kaynaklanan talepler, zarar görenin zararı, üründeki hatayı ve imalatçının kim olduğunu öğrendiği veya öğrenebileceği tarihten itibaren üç yıl içinde zamanaşımına uğrar ve her halükarda hatalı ürünün piyasaya sürüldüğü tarihten itibaren on yıl içinde düşer." hükmü getirilmiştir.

786 BGE 107 II 231; Basler Komm./Honsell, Art. 210, No. 3; Tandoğan, Borçlar Özel, s. 203; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Genel, Bölüm 36, N. 36, s. 409; Akçay, s. 94; 19. HD, 17.10.2003, E. 2003/1215, K. 2003/10021; 19. HD; 9.7.2003, E. 2002/10788, K: 2003/7552.

787 YHGK 5.10.2005, E. 2005/4-487, K. 2005/553 (www.kazancı.com).

satılan araçların teknik özellikleri itibariyle arıza ve ayıbı doğru ve tam teşhis edebilecek, en kısa sürede ve tam anlamıyla giderebilecek elemanlar bulundurmak zorundadır. Deneme yanılma ile aracı tamire çalışan ve sorunun çözümünden uzak biçimde parça değişikliği yoluna giden servis çalışanlarının serviste bulundurulmasının sonuçlarının tüketiciye mal edilmesi düşünülemez. -Kaldı ki, üretim hatasının varlığını rahatlıkla tespit edebilecek nitelikte olması gereken servisin tüketiciyi sonuç alınamayan tamirlerle oyalaması ve arızanın belli periyotlarla tekrarlaması karşısında hilenin (hatta yasal değişiklikle ayrıca ağır kusurun da) varlığı belirgin olmakla davada zamanaşımının varlığından da söz edilemez. " şeklinde karar vermiştir[788].

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda öngörülen zamanaşımı süresi, kısaltılamaz, ancak bu sürenin uzatılması mümkündür.

IV. DÖNME SONUCU ORTAYA ÇIKAN İADE YÜKÜMLÜLÜKLERİNİN TABİ OLDUĞU ZAMANAŞIMI

Alıcının sahip olduğu seçimlik haklardan birini kullanması sonucu, kullanılan bu seçimlik hak sebebiyle, her seçimlik hakkın özelliğine göre, alıcı satıcıya karşı ileri sürebileceği bazı talep haklarına sahip olur. BK m.207'de ayıba karşı tekeffülden doğan her türlü davanın, satılandaki ayıp daha sonra ortaya çıksa bile malın alıcıya teslim edildiği tarihten itibaren 1 yıllık süreye tabi olduğu hüküm altına alınmıştır. Tüketici satımları açısından bu süre 2 yıldır. Tüketicinin seçim hakkını kullanacağını bildirmesinin veya sahip olduğu seçimlik haklardan birini kullanmasının, bu süreye tabi olduğu hususunda herhangi bir tereddüt yoktur. Ancak, alıcının bu zamanaşımı süresi içinde, kullandığı seçimlik hak sebebiyle kendisi lehine doğan hakları da kullanması gerekip gerekmediği konusunda iki şekilde yorumlanabilir:

Bir görüşe göre, kanunda düzenlenen zamanaşımı süreleri içinde alıcının seçim hakkını kullanacağını bildirmesi veya seçimlik hakkını kullanması, satıcının ayıp sebebiyle sorumluluğu için yeterlidir. Seçimlik hakkın kullanılması sebebiyle

---

788 Aynı yönde bkz. YHGK 18.02.2004, E.2004/4-29, K. 2004/83 (www.kazancı.com); YHGK 25.02.2004, 2004/ 4-84 E., 2004/99 K. (www.kazancı.com).

ortaya çıkan talepler, genel zamanaşımı süresine tabidir[789]. Bir diğer yorum, alıcının, kanunda öngörülen özel zamanaşımı süreleri içinde hem seçimlik hakkını kullanması hem de bu hakkın kullanılmasından kaynaklanan talepleri de aynı süre içinde ileri sürmesi gerektiği şeklindedir[790].

Federal Mahkeme, borçlu temerrüdü sebebiyle sözleşmeden dönme durumunda, daha önce ifa edilen edimlerin iadesine ilişkin talepleri, 10 yıllık genel zamanaşımına tabi tutmaktadır[791].

Birinci yorum tarzı, ayıba karşı tekeffül kurumunun niteliğine daha uygun düşmektedir. Zira ikinci yorum tarzı benimsendiğinde, özellikle dönme durumunda, alıcının satıcıya karşı sahip olduğu talep hakları, özel zamanaşımı süresine tabi olmakta iken, satıcının alıcıya karşı sahip olduğu talep hakları genel zamanaşımı süresine tabi olur. Aynı hukuki durumdan doğan taleplerin farklı zamanaşımına tabi olması ise kabul edilemez. BK m.207'deki ifade de, bu düzenlemenin yalnızca alıcının seçim hakkını ya da seçimlik hakkını kullanmasının kısa zamanaşımı süresine tutulduğu sonucunun kabulü için uygundur[792].

Bu durumda, dönme sonucu ortaya çıkan iade talepleri, BK m.125'teki 10 yıllık zamanaşımına tabidir. Bu süre, iade taleplerinin muaccel olduğu andan itibaren işlemeye başlar. İade taleplerinin muaccel olduğu anın ise dönme hakkının kullanıldığı an olduğu kabul edilmektedir[793].

---

789 Mü-Ko/Westermann, §438, No. 4.

790 Kanundaki "her türlü dava" ifadesinin, dönme üzerine ortaya çıkan iade taleplerine BK m. 125'teki genel zamanaşımı süresinin uygulanmasına engel teşkil ettiği yönünde bkz. Buz, YDH, s. 399, dp. 15.

791 Gauch, Umwandlungstheorie, s. 124; BGE 60 II 27 ff; BGE 114 II 152.

792 Yavuz, Borçlar Özel, ss. 134-135.

793 Buz, Dönme, s. 235, s. 275 vd.; Şahiniz, s. 149; iade talebinin meydana geldiği anda muaccel olduğu, sözleşmeden dönme durumunda, iade talebinin meydana geldiği anın, ifa zamanı ya da dönme beyanının yapıldığı an olarak kabul edilebileceği yönünde bkz. Hartmann, ss. 305-306, No. 757.

SONUÇ

"Taşınır Satımında Ayıplı Mal Nedeniyle Tüketicinin Sözleşmeden Dönmesi" başlıklı bu çalışmada, ayıplı ifa sebebiyle tüketicinin sahip olduğu haklar ve dönme hakkının diğer haklarla ilişkisi, Türk Hukuku, Alman Hukuku, Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Anlaşması (CISG) ve Tüketim Mallarının Satımı ve Bu Mallara İlişkin olarak Verilen Garantilerin Belirli Yönlerine İlişkin 1999/44/AT sayılı Yönergedeki düzenlemeler çerçevesinde incelenmiştir. Bu inceleme sonucunda varılan başlıca sonuçlar şu şekildedir:

- Ayıp, çok genel olarak, mevcut niteliklerin, olması gereken niteliklerden sapması olarak tanımlanabilir. Satım sözleşmesine konu olan mal, satıcı tarafından vaat edilen veya sözleşmeyle izlenen amaç gereği kendisinde bulunması gereken lüzumlu nitelikleri taşımıyorsa, ayıplıdır. Lüzumlu vasıflardaki eksikliğin ayıp olarak nitelendirilebilmesi için önemli olması gerekir. Bu sebeple önlenemez küçük kalite eksiklikleri, kolay giderilebilir vasıf eksiklikleri, BK m.194 anlamında ayıp olarak kabul edilmez ve satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğuna yol açmaz. Ancak kanaatimizce bu sonuç eleştiriye açıktır. Olması gereken açısından önemsiz ayıplarda da satıcının tekeffül sorumluluğunun mevcut olduğu kabul edilmelidir. Çünkü ayıbın önemsiz olduğu hallerde de, edimler arasındaki denklik ilişkisi az da olsa bozulmaktadır.

Alman hukukunda ayıbın giderilmesi talebi, ayıbın önemsiz olduğu hallerde de mevcuttur. Ayıbın önemsiz olması, yalnızca dönme hakkının kullanılamaması ve ifa yerine tazminatın istenememesi sonucunu doğurur.

- İsviçre-Türk Hukukunda aliud ifa ve eksik ifa, ayıp olarak değerlendirilmez. Eksik ifa ile kararlaştırılan maldan başka bir malın teslim edilmesi anlamına gelen aliud ifa durumunda tüketici, borcun ifa edilmemesine ilişkin hükümler (BK m.96 vd.) çerçevesinde satıcıya başvuracaktır. Ancak çeşit satımında, aliud ifanın ve ayıplı ifanın birbirinden ayrılmasının her zaman çok kolay olmadığı gerekçesiyle doktrinde aliud ifa halinde de ayıba karşı tekeffül hükümleri uygulanması gerektiği görüşü ileri sürülmüştür.

Kanaatimizce, ayıplı ifa ile aliud ifanın birbirinden ayrılmasının zor olduğundan hareketle, çeşit satımında ayıp hükümlerini uygulamak doğru bir yaklaşım değildir. Hukuk sistemimizde geçerli olan sistem, ifa ihlallerinin çeşitli türlere ayrılması ve her birine farklı hukuki sonuçlar bağlanmasıdır. Ayıplı ifa ve aliud ifa da, bu sistem içinde farklı ifa ihlalleri olarak düzenlenmiştir ve farklı hukuki koşullara tabi oldukları gibi hukuki sonuçları da farklıdır. Bu durum, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda da değişmemiştir. Esasen birbirine çok benzeyen ifa ihlallerinin farklı hukuki sonuçlara bağlanmış olması, olması gereken hukuk (de lege feranda) açısından eleştirilmesi gereken bir durumdur. Zira bu sistem, yeni Ulusal ve Uluslararası kanunlaştırma hareketlerinde terk edilmekte, tüm ifa ihlalleri, "yükümlülük ihlali" gibi genel bir başlık altında toplanmakta; ihlalin yaptırımı da ihlalin türüne göre değil ağırlığına göre belirlenmektedir. Ancak mevcut kanuni düzenleme çerçevesinde, her iki ifa ihlaline farklı hukuki sonuçlar bağlanmıştır. Bu durumda yapılması gereken, ifa ihlalinin türünü tespit ederek, ilgili kanuni düzenlemenin uygulanmasıdır.

Alman hukukunda yapılan reformla aliud ifa ve eksik ifa, maddi ayıp olarak kabul edilmiştir (BGB §434 Abs.3). Böylece aliud ifanın ve ayıplı ifanın birbirinden ayrılması konusundaki problemler ortadan kalkmıştır. Ayrıca her iki ifa ihlali aynı hukuki sonuçlara tabi kılınmıştır.

- Ayıplı ifa aynı zamanda BK m.96 anlamında sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesi halidir. Ancak ayıplı ifa halinde, ayıba karşı tekeffül hükümlerinin yanı sıra BK m.96'nın uygulanıp uygulanamayacağı doktrinde tartışmalıdır. Katıldığımız görüş gereğince, BK m.96 ile ayıba karşı tekeffül sorumluluğu birbirinden bağımsız olarak yarışır. Bu görüşe göre alıcı, ayıba karşı tekeffül sorumluluğu için gerekli olan muayene ve ihbar külfetlerini yerine getirmemiş olsa ve ayıp sorumluluğuna ilişkin zamanaşımı süresi geçmiş olsa bile, BK m.96 gereğince tazminat talep edebilmelidir. Yargıtay'a göre ise, alıcı ancak muayene ve ihbar külfetlerini zamanında yerine getirmişse ve BK m.207'de düzenlenen zamanaşımı süresi henüz geçmemişse BK m.96'ya göre tazminat talep edebilir.

Katıldığımız görüş gereğince, ayıp hükümleri ile hata hükümleri yarışır. Alıcının seçimlik olarak bu hükümlerden birine başvurabilir. Yargıtay'ın ve İsviçre

Federal Mahkemesinin görüşü de bu yöndedir. Bununla birlikte İsviçre Federal Mahkemesi, 2001 yılında verdiği bir kararda, alıcının ayıba karşı tekeffül hükümlerine dayanmasının, aynı zamanda irade sakatlığı taşıyan sözleşmeye icazet verdiği anlamına geldiği, bu sebeple alıcının artık, irade sakatlığı olgusuna dayanan herhangi bir talep hakkını ileri süremeyeceği yönünde bir karar vermiştir. Bu karar doktrinde, ayıp hükümleri ile irade sakatlığı hükümleri arasında tanınan yarışma imkanını fiili olarak ortadan kaldırdığı ve alıcıya daha sağlam bir hukuki koruma sağlama amacını engellediği için eleştirilmektedir. Sonuç itibariyle ayıp hükümleri ile irade sakatlığı hükümleri arasında yarışmanın varlığı kabul edildikten sonra, bu hükümlerin pratikte yarışmalı olarak uygulanması engellenmemelidir.

- Ayıba karşı tekeffül hükümleri ile genel sözleşmeye aykırılık hallerinin ayrı ayrı düzenlenmesi, Kara Avrupası hukukunun sistemidir. Uluslararası Satım Sözleşmelerine ilişkin Birleşmiş Milletler Anlaşması'nda (CISG) ise ayıba karşı tekeffül sorumluluğunu genel sözleşmeye aykırılık kuralları içinde düzenleyen Common Law sistemi esas alınmıştır. Bu sisteme göre önemli olan, sözleşmenin ihlal edilmiş olup olmadığıdır. Sözleşmedeki vaadin, hangi sebeple yerine getirilmediği önem taşımaz. Sözleşmedeki vaad yerine getirilmediyse, sözleşme ihlali mevcuttur. Hukuki olgu sözleşmeye aykırılık olarak belirlendiğinde de her türlü alt olgu, bu kavram içinde değerlendirilebilir. Böyle bir sistemde, farklı hükümler arasındaki yarışma sorunu ortadan kalktığı gibi, zamanaşımı süreleri veya kusurun aranıp aranmaması gibi sorunlarla da karşılaşılmaz.

Bu sistemde sözleşmeye aykırılık, kural olarak her durumda sorumluluk doğurur. Ancak hangi yaptırımın uygulanacağı konusunda ihlalin ağırlığı önem taşır. Bir başka ifadeyle Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Anlaşması, hukuki olgu aşamasında yapmadığı alt ayrımları, hukuki sonuç aşamasında yaparak, sözleşmeye aykırılığın türü ne olursa olsun, ihlalin ağırlığına göre alıcıya, aynen ifa, bedel indirimi, dönme veya tazminat haklarını tanımaktadır. Alıcının, bu haklardan hangisine veya hangilerine sahip olduğu konusunda belirleyici olan kriter "esaslı ihlal"dir.

- Tüketici, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında onarım, değiştirme, dönme ve bedel indirimi seçimlik haklarına sahiptir.

Onarım ve değiştirme hakkı, aynen ifa talebinin devamı niteliğindedir. Tüketici, sözleşmenin kurulmasından itibaren aynen ifayı talep hakkına sahiptir. Bu hak, asli niteliktedir. Satıcı malı teslim etmediği sürece tüketicinin, bu talep hakkı devam eder. Günümüzde hakim görüş haline gelen İfa Teorisi çerçevesinde tüketici, ayıplı bir malı ifa olarak kabul etmek zorunda da değildir. Tüketici, malı ifa olarak kabul etmezse borcun ifa edilmemesine ilişkin hükümlere başvurabilir. Satıcının malı teslim etmesinden sonra ise bu talebin içeriği değişir. Satıcı ayıplı bir mal teslim etmişse, tüketicinin halen aynen ifayı talep etme hakkı vardır ancak artık bu talep, asli ifa talebi değil, tali ifa talebidir (Nacherfüllüngsanspruch) ve adı artık aynen ifa talebi değil, değiştirme veya onarım olmaktadır. Bu halde, değiştirme ve onarım talebi, aynen ifa talebinin devamı niteliğinde olduğundan, bir başka ifadeyle içerik değiştirmiş bir ifa talebi olduğundan, katıldığımız görüş gereğince yenilik doğuran hak niteliğinde değildir. Bu sebeple, tüketici, değiştirme veya onarım talep etmiş olmasına rağmen, ifanın gereği gibi yerine getirilmemesi halinde, diğer seçimlik haklarını her zaman kullanabileceği gibi borçlu temerrüdü hükümlerine de başvurabilir. Bedel indirimi ve dönme hakkının kullanılması ise, yenilik doğurucu hak niteliğindedir.

- Tüketicinin, kendisine tanınan seçimlik haklardan herhangi birine başvurma imkanı bulunur ve tüketici de bunlardan birini tercih ederse, satıcı onun tercih ettiği talebi yerine getirmekle yükümlüdür. Satıcı, tüketiciyi başka bir seçeneği tercih etmeye doğrudan veya dolaylı olarak zorlayamaz. Bu sebeple tüketici dönme hakkını kullanmışsa, satıcı bu talebe uymakla yükümlüdür. Ancak TKHK m.30 gereğince Borçlar Kanunundaki hükümler tüketici işlemlerinde de uygulanır. Bu sebeple 6098 sayılı Kanun çerçevesinde satıcının derhal değiştirme teklif ederek diğer seçimlik hakların kullanılmasını engelleme hakkı, tüketici işlemlerinde de uygulanacaktır. Bunun gibi, durumun dönme hakkının kullanılmasını haklı göstermediği hallerde hakime bedel indirimine (6098 sayılı Kanun kapsamında bedel indirimi veya onarıma) karar verme yetkisi tanıyan hüküm de, tüketici işlemlerinde uygulanacaktır. Ancak bu noktada durumun dönmeyi haklı gösterip göstermediği hususu, işlemin tüketici işlemi olduğu dikkate alınarak belirlenmelidir.

BK m.202/II'de yer alan ve alıcının sözleşmeden dönme hakkını kullandığı ancak durumun bunu haklı göstermediği hallerde, hakime bedel indirimine karar verme yetkisi tanıyan hüküm doktrinde, hukuk tekniği açısından isabetsiz olduğu gerekçesiyle ağır biçimde eleştirilmekte ve bu hükmü, dönme hakkının yenilik doğuran hak niteliği ile bağdaştırmanın zorluğuna dikkat çekilmektedir. Bu eleştirilere rağmen, bu düzenleme, 6098 sayılı Kanun ile de değiştirilmemiş, hatta hakime bedel indirimi hakkının yanı sıra onarım hakkına da hükmetme yetkisi tanınmıştır. Ancak yapılan değişiklikte hakime, dönme hakkı yerine değiştirme hakkına karar verme yetkisi tanınmamıştır. Oysa dönme hakkının sınırlandırılması yöntemi olarak bu hükümden yararlanılacaksa, taraf iradeleri dikkate alındığında hakime onarım hakkına değil, değiştirme hakkına karar verme yetkisi tanınması isabetli olurdu. Çünkü dönme hakkını kullanan tarafın iradesi, ayıplı malı elinde tutmamak yönündedir.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Tasarı Taslağında, 1999/44 sayılı Yönergedeki düzenlemenin aksine, seçimlik haklar arasında bir kademelendirme yapılmamıştır. Yönergenin 3. maddesine göre tüketici öncelikle yalnızca, sözleşmeye uygun ifayı isteme hakkına sahiptir. Sözleşmeye uygun ifa talebi de, onarım ve yenisi ile değiştirme hakkının kullanılması ile olur. Tüketicinin dönme veya bedel indirimi isteme hakkı, ancak onarım veya değiştirme talebinin, satıcı tarafından yerine getirilmemesi veya getirilememesi halinde söz konusu olur. Bu kademelendirmenin temelinde, sözleşmeyi ayakta tutma düşüncesi vardır.

- Dönme ve bedel indirimi hakkı, katıldığımız görüş gereğince yenilik doğuran hak niteliğinde olduğu için, tüketicinin bu haklara ilişkin olarak bir değiştirme hakkı (ius variandi) olup olmadığı incelenmelidir. Borçlu temerrüdünde yapılan ayrım ayıplı ifa halinde de geçerli olmalıdır. Buna göre, alıcı yalnızca dönme ve bedel indirimi hakları arasında değiştirme hakkına sahiptir. Daha önce dönme veya indirim haklarından birini kullanan kişi, daha sonra ayıbın giderilmesi hakkını kullanamamalıdır. Ayıplı ifada bulunmuş bile olsa, muhatabın, ifa yükümlülüğünün hala devam edip etmediğini bilmede hukuken korunmaya değer bir menfaati vardır.

• Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile tüketiciye daha güçlü bir koruma sağlamak amacıyla; tüketicinin sahip olduğu, sözleşmeden dönme, malın ayıpsız misliyle değiştirilmesi, ayıp oranında bedel indirimi ya da ücretsiz onarım isteme haklarından, imalatçı-üretici, satıcı, bayi, acente, ithalatçı ve 10 uncu maddenin beşinci fıkrasına veya 10/B maddesinin dokuzuncu fıkrasına göre kredi verenlerin, ayıplı maldan ve tüketicinin bu maddede yer alan seçimlik haklarından dolayı müteselsilen sorumlu oldukları; ayıplı malın neden olduğu zarardan dolayı birden fazla kimse sorumlu olduğu takdirde bunların müteselsilen sorumlu olduğu düzenlenmiştir (TKHK m.4/III).

TKHK m.4/III düzenlemesi ile Türk hukukunda hakim olan "Sözleşmelerin Nisbiliği İlkesi" bertaraf edilmiştir. Nisbilik ilkesine göre, sözleşmeden doğan ifa talepleri ve sözleşmeye aykırılık durumunda ortaya çıkan talepler, yalnızca sözleşmeye taraf olan kişiye karşı ileri sürülebilir. Bu sebeple TKHK m.4/III hükmü, mukayeseli hukuktaki gelişmeler ışığında değerlendirildiğinde, sözleşme hukukunun ilkelerini ihlal eden ve amacı çok aşan bir düzenleme olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira sözleşmeye yabancı bir kişiye karşı, sözleşmeden dönme hakkının kullanılması veya bu kişiden bedel indirimi istenmesi, sözleşme hukukunun genel ilkelerine aykırıdır.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Tasarı Taslağında da, bu hususlar dikkate alınarak, malın ayıplı olması halinde tüketicinin, yalnızca yenisi ile değiştirme ve onarım haklarını doğrudan imalatçıya veya ithalatçıya karşı kullanabileceği hükme bağlanmıştır.

• Yönetmeliğin 4/g maddesinde Garanti Belgesi: İmalatçı - üretici veya ithalatçıların, sattıkları, ürettikleri ve/veya ithal ettikleri mallar için düzenlenen ve malın garanti süresi içerisinde meydana gelebilecek arızalarının en az iki yıl süreyle veya özelliği nedeniyle belirlendiği ölçü birimi içerisinde, ücretsiz olarak yenisi ile değiştirilmesinin, tamirinin, bedel iadesinin veya bedel indiriminin taahhüt edildiğini ve satıcı ile tüketicinin yükümlülüklerini gösteren belge, olarak düzenlenmiştir. Yönetmelikteki bu tanım dikkate alındığında, tüketicinin üretici garantisi çerçevesinde de, ayıptan doğan haklarla aynı haklara sahip olduğu düşünülmektedir. Ancak Yönetmelik ve TKHK m.13 birlikte değerlendirildiğinde; üretici garantisi

çerçevesinde tüketicinin sahip olduğu asli hakkın onarım hakkı olduğu; onarımın başarılı olmaması durumunda tüketicinin ayıba karşı tekeffülden doğan diğer haklarını kullanabileceği, sonucu ortaya çıkmaktadır. Garanti Belgesine ilişkin yönetmelik hükümleri her ne kadar yalnızca onarım hakkı dikkate alınarak düzenlenmiş olsa da, değiştirme hakkının da, niteliği gereği üreticiden veya imalatçıdan istenmesinin mümkün olduğu dikkate alındığında, tüketicinin garanti ilişkisi kapsamında değiştirme hakkını da kullanabileceğini kabul etmek gerekir.

- Tüketici işlemi, "Mal veya hizmet piyasalarında tüketici ile satıcı-sağlayıcı arasında yapılan her türlü hukuki işlem"dir. Bu işlemin tarafı olan kişiye de tüketici denir. Ayıplı malın, tüketici sıfatına sahip alıcısı tarafından başka bir kişiye satılmış olması durumunda malı satın alan kişi, ilk satıcı karşısında tüketici sıfatına sahip değildir. Çünkü tüketici ile malı sattığı kişi arasındaki sözleşme, tüketici sözleşmesi niteliğinde değildir. Bunun doğal sonucu ise, malı tüketiciden satın alan kişinin, ilk satıcıya karşı TKHK m.4'ten kaynaklanan haklarını ileri sürememesidir. Ancak ikinci satışın garanti süresi içinde yapılmış olması durumunda, üretici garantisi devam etmektedir. Çünkü garanti malı takip eder. Bununla birlikte TKHK m.13 çerçevesinde garanti kapsamında onarım hakkı kullanılmış olmasına rağmen belirli şartların gerçekleşmesi halinde tüketici, dördüncü maddedeki hakları kullanabilmektedir. Böyle bir durumda ikinci alıcının ayıba karşı tekeffül hükümleri çerçevesinde başvurabileceği kişi, onun karşısında satıcı sıfatını taşıyan ilk alıcıdır. Esasen tüketici işleminin tarafı olan ve tüketici sıfatına sahip olan kişi de bu kişidir.

Yargıtay kararlarında ise bu husus üzerinde hiç durulmadan ikinci alıcının da, TKHK m.4'ten doğan haklarını kullanabileceğinin kabul edildiği görülmektedir. TKHK m.13'teki koşulların gerçekleşmesi halinde, her ne kadar tüketicinin dördüncü maddeden doğan seçimlik haklarını kullanabileceği belirtilmişse de, ayıptan doğan hakların kullanılmasını, garanti belgesi ile birlikte düşünmek gerektiği kanaatindeyiz. Söz konusu malı tüketiciden alan ikinci alıcı, ilk satıcıya karşı dönme ve bedel indirimi haklarına sahip değildir. Ancak onarım ve değiştirme hakları, niteliği gereği üreticiye karşı da ileri sürülebilecek haklardan olduğundan, onarım talebinin gereği gibi yerine getirilmemesi halinde değiştirme hakkının kullanılabilmesinin dayanağının, yine garanti belgesi olduğu kabul edilmelidir.

• Sözleşmeden dönme halinde tazminat istenip istenemeyeceği veya istenebilecek tazminatın niteliği her hukuk sisteminde birbirinden farklı şekilde düzenlenmiştir. İsviçre-Türk hukukunda alacaklı dönmeyle birlikte menfi zararının tazminini talep edebilmekteyken, Alman hukukunda sözleşmeden dönen alacaklı, dönme ile birlikte müspet zararının veya menfi zararının tazminini talep etme konusunda bir seçimlik hakka sahiptir.

Doktrinde, bu gelişmeler ışığında İsviçre-Türk Hukukunda da dönme ile birlikte müspet zararın talep edilebileceği savunulmaktadır. Ancak mevcut yasal düzenleme çerçevesinde alacaklının dönme ile birlikte müspet zararının tazminini talep edebilmesi mümkün değildir, bu yönde bir çözüm yalnızca olması gereken hukuk bakımından savunulabilir.

BK m.205/II ve III'de düzenlenen zararın niteliğine ilişkin görüşlerden, doğrudan zararın ayıp zararı, dolaylı zararın ise ayıba refakat eden zarar niteliğinde olduğu görüşüne katılıyoruz. Ayıplı mal sebebiyle yapılan giderler, bildirim masrafları, taşıma ve depolama masrafları, gümrük masrafları, ikame alımı için yapılan fazla ödemeler, doğrudan zarar örnekleridir.

• BK m.205/I'e göre sözleşmeden dönme halinde alıcı, satıcıya satılanı ve satılandan sağladığı menfaatleri iade etmekle yükümlüdür. Bu menfaatlerin kapsamına, satım konusu malın kullanılması sebebiyle elde ettiği menfaatler de dahildir.

Özellikle otomobil satışlarında karşılaşılan bir sorun, aynı model aracın, satıcının stoklarında olmamasının tüketicinin değiştirme hakkını kullanmasını etkileyip etkilemeyeceğidir. Yargıtay'ın bu konudaki yerleşik içtihadı, Kanunun ve Yönetmeliğin, tüketicinin tercihini ön planda tuttuğu, bu sebeple, tüketicinin değiştirme hakkını kullanabileceği yönündedir. Yargıtay bu kararlarında, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda kullanım bedelinin düşülmesine yönelik bir hükme yer verilmediğinden, tüketiciden bu ad altında herhangi bir bedel alınmaması gerektiğini ifade etmektedir.

Örneğin, 2005 model 0 km. bir araçtaki bozukluk sebebiyle tüketicinin değiştirme hakkını kullanması durumunda, satıcının stoklarında 2005 model 0 km.

araç bulunmamaktaysa, ki olayların büyük çoğunluğunda, bu niteliklere sahip bir araç olmayacaktır, İİK.24/4 hükmü uygulanacaktır. Bu hükme göre "…Menkul malın değeri ilamda yazılı olmadığı veya ihtilaflı bulunduğu takdirde İcra Müdürü tarafından haczin yapıldığı tarihteki rayice göre takdir olunur." Bu durumda tüketici, 2005 model bir aracın haciz tarihindeki rayiç değerini para olarak alacaktır.

Bu şekilde ortaya çıkan bir uyuşmazlıkta değiştirme hakkının kullanılması, dönme hakkının kullanılmasına benzer sonuçlar ortaya çıkarmaktadır. Tüketici dönme hakkını kullansaydı, aracı satın aldığı tarihten itibaren faiziyle birlikte verdiği parayı talep edebilecekti, satıcı da tüketiciden kullanması sebebiyle bir bedel talep edebilecekti. Değiştirme hakkını kullanan tüketici, aracın haciz tarihindeki bedelini talep edebilmekte ancak kullanım karşılığı olarak herhangi bir para ödememektedir. Bu noktada hesaplama şu şekilde olmalıdır: Araç ayıplı olmasaydı, tüketicinin elinde olan araç, örneğimize göre 7 yıldır kullanılmış bir araç olacaktı. Bu durumda aynı niteliklere sahip 7 yıldır kullanılmış bir aracın değeri ne ise, tüketiciye ödenmesi gereken para o miktarda olmalıdır, kanaatindeyiz. Çünkü tüketiciye 2005 model 0 km. bir aracın bedeli verilirse, bu durumda tüketici sebepsiz zenginleşmiş olacaktır. Yargıtay'ın, tüketiciden kullanım bedeli adı altında bir para alınmamasına ilişkin içtihadı, ancak tüketiciye verilecek miktar bu şekilde hesaplanırsa doğru olacaktır.

- Tekeffül hakkı çerçevesinde, satıcı dönmenin sonucu olarak ayıplı malı geri almak zorundadır. Bu sorun genellikle, sökülmesi durumunda bir işe yaramayacak, maddi değeri olmayan mallarda ortaya çıkacaktır. Örneğin, çatıya döşemek için alınan kiremitlerin veya duvara döşenen fayansların ayıplı olması durumunda, bu kiremitlerin veya fayansların sökülmesi ancak kırılması suretiyle mümkün olacaktır. Sonuçta ayıplı kiremitlerin ve fayansların başka bir şekilde kullanılması mümkün olamayacağı gibi bir de söküm masrafı söz konusu olacaktır. Bu noktada söz konusu masraflara satıcı katlanacaktır.

- Satılan şey, ayıp sebebiyle veya kaza sonucunda yok olsa veya hasara uğrasa bile, alıcı dönme hakkını kullanabilir. Bu durumda alıcı, yalnızca satılandan elinde kalanı geri vermekle yükümlüdür (BK m.204/I).

Bu kural, yarar ve hasarın sözleşmenin kurulması ile alıcıya geçmesi kuralının bir istisnası niteliğindedir. Bu sebeple doktrinde bu hüküm, hukuk politikası açısından isabetsiz olduğu gerekçesiyle eleştirilmektedir. Bu hüküm çerçevesinde alıcı, malın ayıpla hiçbir ilgisi olmayan bir kaza sonucu telef olması halinde sözleşmeden dönerek, hasarı tekrar satıcıya yükleme imkanına sahip olmaktadır. Bu halde, aslında hasarın intikali kuralları çerçevesinde rizikoyu taşımak zorunda olan alıcı, hasara sebep olan olayla hiçbir ilgisi olmayan bir ayıp sebebiyle bu rizikodan kurtulmuş olmaktadır. Kanaatimizce BK m.204/I'deki düzenlemeye yöneltilen eleştiriler haklıdır. Satım konusu malın ayıplı olması, alıcıyı bulunduğu konumdan daha iyi bir konuma getirmemelidir. Satım konusu malda herhangi bir ayıp olmasaydı ve mal kaza sonucunda telef olsaydı, bu hasara alıcı katlanacaktı. Dolayısıyla, mal ayıp sebebiyle değil de kaza sebebiyle yok olmuş veya hasara uğramışsa, artık hukuki sonuçta bir değişiklik yapılmamalı, bu hasara yine alıcı katlanmalıdır.

Ancak 6098 sayılı Kanunun, BK m.204'e karşılık gelen 228. maddesinde birtakım değişiklikler yapılmış olmasına rağmen, doktrinde çok eleştirilen bu konuya ilişkin herhangi bir değişiklik yapılmamıştır. Bu durumda söz konusu hükmün ancak dönmenin haklı göstermediği hallerde hakimin bedel indirimine veya onarıma karar verebileceği yolundaki düzenleme ile aşılması mümkündür.

KAYNAKÇA

Akçay, Ergin. Türk Borçlar Kanununa Göre Zamanaşımı, İstanbul 2010.

Antalya, Gökhan. Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2012.

Aral, Fahrettin. Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2006.

Aral, Fahrettin. Türk Borçlar Hukukuna Göre Kötü İfa, Ankara 1985.

Arbek, Ömer. **Satım Konusu Ayıplı Malın Tamir Edilmesi**, Ankara 2005.

Arslanlı, Halil. **Ticari Bey**, C.I, İstanbul 1955.

Aslan, İ. Yılmaz. **Tüketici Hukuku**, İstanbul 2006.

Atamer, M. Yeşim. "Taşınır Satımı Sözleşmesi", **Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu Makaleler-Tebliğler**, İstanbul 2012, ss. 187-223.

Atamer, M. Yeşim. "Tüketici Satım Sözleşmelerine İlişkin TKHK m.4 - Eleştiriler ve Revizyon Teklifleri", **BATİDER,** 2007, C. XXIV, S.1, ss. 81-106, (TKHK m.4-Eleştiriler), ss. 81-106.

Atamer, M. Yeşim. **Uluslararası Satım Sözleşmesine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları**, İstanbul 2005.

Ayan, Serkan. **İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü**, Ankara 2008.

Aydos, Oğuz Sadık. "Bağlı Kredi Verenin Ayıplı Mal Nedeniyle Sorumluluğu" **Haluk Konuralp Anısına Armağan**, C.III, Ankara 2009, ss. 119-141.

Aydos, Oğuz Sadık. **Ürün Sorumluluğu**, Ankara 2009.

Baehler, Katja. **Das Verhaeltnis von Sachgewaehrleistungs-und allgemeinem Leistungsstörungsrecht**, Basel-Genf-München 2005.

Bamberger, Heinz Georg ve Roth Herbert. **Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**, Band 1, 1-610 - CISG, München 2007.

Basler Kommentar Zum Schweizerischen Privatrecht, Honsell, Heinrich, Nedim Peter Vogt ve Wolfgang Wiegand (Hrsg. OR I, Art. 1-529, Basel 2007.

Becker, Herman. **İsviçre Medeni Kanun Şerhi, Borçlar Hukuku**, II. Bölüm, Çeşitli Sözleşme İlişkileri: Madde 184-551, Çev. Suat Dura, Bern 1934.

Becker, Herman. **Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht**, **I. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183,** Bern 1941.

Brüggemeier, Gert. "Das neue Kaufrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches-Eine kritische Bestansaufnahme", **WM,** 2002, 1376-1387.

Bucher, Eugen ve Vedat Buz. Mağdur Edilen Alıcı, **Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan**, Ankara 2004, ss. 146-178.

Bucher, Eugen. **Schweizerisches Obligationenrecht**, AT ohne Deliktsrecht, Zürich 1988 (AT).

Bucher, Eugen. **Schweizerisches Obligationenrecht, BT,** Zürich 1988.

Buz, Vedat. "Das ius variandi des Glaeubigers bei Verzug des Schuldners - BGE 123 III 16 ff", **Recht,** 1997/5, ss. 197-202.

Buz, Vedat. "İrade Sakatlığı ile Malul Bir Satım Sözleşmesinde Alıcının Ayıba Karşı Tekeffül Hükümlerine Başvurmasının Satım Sözleşmesine İcazet Verme Anlamına Gelip Gelmeyeceği Sorunu", **Prof. Dr. Fikret Erene Armağan**, Ankara 2006, s. 299.

Buz, Vedat. **Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme**, Ankara 1998.

Buz, Vedat. **Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar**, Ankara 2005.

Canaris, Claus Wilhelm. "Die Nacherfüllung durch Lieferung einer mangelfreien Sache beim Stückkauf", **JZ,** 17/2003, ss. 831-838.

Cansel, Erol. "Menkul Mülkiyetinin Geçişinin İlliliği Meselesi ve Ayni Sözleşme Kavramı", **İmre Öktem'e Armağan**, Ankara 1970, ss. 333-358.

Clevinghaus, Tobias. **Das Verhaeltnis von Rücktritt und Schadensersatz nach neuem Schuldrecht**, Köln 2006.

Çetiner, Bilgehan. **Die Sachmaengelhaftung des Verkaeufers im UN-Kaufrecht und im neuen deutschen Schuldrecht**, Frankfurt am Main 2006.

Dauner-Lieb, Barbara, Thomas Heidel ve Gerhard Ring. **Das neue Schuldrecht**, Heidelberg 2002.

Derleder, Peter. "Der Wechsel zwischen den Glaeubigerrechten bei leistungsstörungen und Maengeln", **NJW,** 2003, Heft 14, ss. 999-1003.

Doehner, Rupert. **Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie**, Baden-Baden 2004.

Doerig, Rolf. **Ersatz sogenannter "Mangelfolgeschaeden" aus Kaufvertrag (Art. 208 OR),** Zürich 1985.

Donou, Antonios. **Erfüllung und Nacherfüllung**, Frankfurt am Main 2006.

Edis, Seyfullah. **Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri**, Ankara 1993.

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

Ehrat, Felix R. **Der Rücktritt vom Vertrag nach Art. 107 Abs.2 OR in Verbindung mit Art. 109 OR.**, Zürich 1990.

Elb, Werner G. **Schuldrechtsmodernisierung**, Köln 2002.

Erdem, Ercüment. "Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (Viyana Satım Sözleşmesi)" **Milletlerarası Ticaret Hukuku ile İlgili Makaleler**, İstanbul 2008, ss. 25-138.

Eren, Fikret. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul 2009.

Ergüne, Serkan. **Olumsuz Zarar**, İstanbul 2008.

Erlüle, Fulya. "Tüketim Mallarının Satımı Sözleşmesi ve Bu mallara ilişkin olarak Verilen Garantiler Hakkında Yönerge", **Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan**, Ankara 2004, s. 419.

Ertaş, Şeref. "Bir Sözleşmenin Haklı ve Haksız Feshinin Hukuki Sonuçları", **Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan**, Ankara 2008, ss. 391-399.

Ertaş, Şeref. **Eşya Hukuku**, Ankara 2008.

Esser Josef ve Schmidt, Eike. **Schuldrecht Band I, Allgemeiner Teil, Teilband 1**, Heidelberg 1995.

Eser, Josef ve Eike Schmidt. **Schuldrecht Band I, Allgemeiner Teil**, **Teilband 2,** Heidelberg 2000.

Faust, Florian. "Grenzen des Anspruchs auf Ersatzlieferung bei der Gattungsschuld", **ZGS,** 7/2004, ss. 252-258.

Feyzioğlu, Feyzi N. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C.I, İstanbul 1976.

Feyzioğlu, Feyzi Necmettin. **Borçlar Hukuku, İkinci Kısım, Akdin Muhtelif Nevileri, C.I**, İstanbul 1980.

Fikentscher, Wolfgang ve Andreas Heinemann. **Schuldrecht**, Berlin 2006.

Fischer, Willi. **Der unmittelbare und der mittelbare Schaden im Kaufrecht**, Zürich 1984.

Früh, Sibylee. **Die rechtliche Bedeutung des Garantiescheins beim Kauf von Konsumgütern**, Zürich 1982.

Furrer, Rolf. **Beitrag zur Lehre der Gewaehrleistung im Vertragrecht**, Zürich 1973.

Gauch, Peter, Walter R Schluep, Jörg Schmid ve Susan Emmenegger. **Schweizerische Obligationenrehct Allgemeiner teil, Band I**, Zürich-Basel-Genf 2008.

Gauch, Peter, Walter R. Schluep, Jörg Schmid ve Susan Emmenegger. **Schweizerische Obligationenrehct Allgemeiner Teil, Band II**, Zürich-Basel-Genf 2008.

Gauch, Peter. “Sachgewaehrleistung und Willensmaengel beim Kauf einer mangelhaften Sache - Alternativitaet der Rechtsbehelfe und Genehmigung des Vertrages”, **Recht,** 2001, ss. 184-194.

Gauch, Peter. **Der Werkvertrag**, Genf 2011.

Gauch, Peter. “Wirkung des Rücktritts und Verjahrung des Rückforderungsanspruchs bei Schuldnerverzug (Anerkennung der Umwandlungstheorie)”, **Recht,** 1989/4, ss. 122 -128.

Giger, Hans. **Berner Kommentar, 2. Abteilung-Die einzelnen Vertragsverhaeltnisse, 1. Teilband Kauf und Tausch-Die Schenkung, 1. Abschnitt Allgemeine Bestimmungen - Der Fahrniskauf Artikal 184-215 OR.**, Bern 1979.

Glaettli, Elisabeth. “Zum Schadenersatzanspruch bei Rücktritt - eine These zu den Glaeubigerbehelfen bei Leistungsstörungen in zweisetigen Vertraegen”, **SZJ 1997/93**, ss. 233-243.

Glaettli, Elisabeth. **Zum Schadenersatz wegen Nichterfüllung nach Art.97 Abs.1 und 107 Abs.2 OR**, Zürich 1998.

Glasl, Daniel G. “Zur Wirkung des Rücktritts - eine Replik”, **ZSR,** 1991 (110), ss. 265- 282.

Glasl, Daniel G. **Die Rückabwicklung im Obligationenrecht**, Zürich 1992.

Gökyayla, K. Emre. “Hakkın Geç Kullanılması Dürüstlük Kuralına Aykırı Mıdır?” **MÜHFD 2001/1 Aydın Aybay Armağanı**, ss. 409-420.

Götz, Volkmar. **Sachmaengelbeseitigung beim Kauf; Recht der Nachbesserung**, Bielefeld 1960.

Graf, Friedrich. **Kauf - und Werkvertrag, Sondervertriebsformen**, Berlin 2005.

Grunewald, Barbara. **Kaufrecht**, Tübingen 2006.

Gsell, Beate. “Das Verhaeltnis von Rücktritt und Schadensersatz”, **JZ,** 2004, ss. 643-649.

Guhl, Theo, Alfred Koller, Anton K. Schneyder ve Nicolas Jean Druey. **Das Schweizerische Obligationenrecht**, Zürich 2000.

Gümüş, Mustafa Alper. **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, İstanbul 2008.

Gürpınar, Damla. **Sözleşme Dışı Yanlış Tavsiyede Bulunma**, **Öğüt ve Bilgi Vermeden Doğan Hukuki Sorumluluk**, İzmir 2006.

Gürsoy, Kemal T., Fikret Eren ve Erol Cansel. **Türk Eşya Hukuku**, Ankara 1978.

Haas, Lothar, Dieter Medicus, Walter Rolland, Schaefer Carsten. **Das neue Schuldrecht**, München 2002.

Hammen, Horst. "Zum Verhaeltnis der Garantie zu den Maengelrechten aus 437 BGB", **NJW,** 2003, Heft 36, s. 2588 vd.

Hartmann, Stephan. **Die Rückabwicklung von Schuldvertraegen**, Basel-Genf 2005.

Hatemi, Hüseyin ve K. Emre Gökyayla. **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, İstanbul 2011.

Havutçu, Ayşe. "İfa Engelleri ve İfa Engellerine Bağlanan Hukuki Sonuçlar", **Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan**, İstanbul 2011, ss. 317-337.

Havutçu, Ayşe. **Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müspet Zararın Tazmini**, İzmir 1995.

Havutçu, Ayşe. **Üreticinin Sorumluluğu**, Ankara 2005.

Heinemann, Andreas ve Thomas Pickartz. "Die Nacherfüllung beim Stückkauf", **ZGS,** 4/2003, ss. 149-156.

Held, Regine. **Die Rechtsbehelfe des Kaeufers nach deutschem Kaufrecht und nach UN-Kaufrecht im Fall der Lieferung mangelhafter Ware**, Berlin 2005.

Honegger, Eduard. **Über das Rücktrittsrecht bei gegenseitigen Vertraegen nach dem schweizerischen Obligationenrecht**, Zürich 1926.

Honsell, Heinrich. “Die Konkurrenz von Sachmaengelhaftung und Irrtumsanfechtung-Irrungen und Wirrungen”, **SJZ,** 103 (2007), s. 137.

Honsell, Heinrich. **Schweizerische Obligationenrecht, BT,** Bern 2006.

Höffe, Sibylle. **Die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie 1999/44/EG und ihre Auswirkungen auf den Schadensersatz beim Kauf**, Frankfurt am Main 2002.

Huber, Peter. **Irrtumsanfechtung und Sachmaengelhaftung**, Tübingen 2001.

Huber, Ulrich. “Die Schadensersatzhaftung des Verkaeufers wegen Nichterfüllung der Nacherfüllungspflicht und die Haftungsbegrenzung des 275 Abs. 2 BGB neuer Fassung”, **Festschrift für Peter Schlechtriem,** 2003, ss. 521-567.

Huguenin, Claire. **Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, Zürich 2008.

Huguenin, Claire. **Obligationenrecht Besonderer Teil**, Zürich 2008.

İnal, Tamer. **Borca Aykırılık ve Sonuçları**, İstanbul 2004.

Jaeger, Theodor. **Die Haftung des Verkaeufers für die Maengel der Fahrniskaufsache nach dem schweizerischen Obligationenrecht**, Zürich 1911.

Jaeggi, Peter. “Die Zusicherung von Eigenschaften der Kaufsache” **Festschrift zum 70. Geburtstağ von Theo Guhl**, Zürich 1950.

Kaeser, Andreas Christian. **Die Abtretung von Gewaehrleistungsansprüchen bei Kauf- und Werkvertrag**, Zürich 2000.

Kaiser, Dagmar. **Die Rückabwicklung gegenseitiger Vertraege wegen Nicht- und Schlechterfüllung nach BGB**, Mannheim 1999.

Kaniti, Salamon. **Akdin İfa Edilmediği Def’i**, İstanbul 1962.

Karahasan, Mustafa Reşit. **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I**, İstanbul 2003.

Katz, Hans Peter. **Sachmaengel beim Kauf von Kunstgegenstaenden und Antiquitaeten**, Zürich 1973.

Keller, Alfred. **Haftpflicht im Privatrecht**, Bern 2002.

Keller, Max ve Christian Schöbi. **Das Schweizerische Schuldrecht, B.I, Allgemeine Lehren des Vertragsrechts**, Basel und Frankfurt am Main 1988.

Keller, Max ve Kurt Siehr. **Kaufrecht**, Zürich 1995.

Kılıçoğlu, Ahmet M. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 2011.

Kırca, Çiğdem. "Kaldırılması Gereken Bir Ayırım: Satım Sözleşmesinde Satılanın Zaptı ve Satılan Malın Ayıplı Olması Sebebiyle İstenebilecek Tazminat Açısından Yapılan Doğrudan Zarar-Dolaylı Zarar Ayırımı", **Ali Naim İnan'a Armağan**, Ankara 2009, ss. 433-458.

Kırca, Çiğdem. **Ürün Sorumluluğu**, Ankara 2007.

Kırmızı, Mustafa. **Tüketici Hukuku**, 2011.

Klauser, Peter. **Die werkvertragliche Maengelhaftung und ihr Verhaeltnis zu den allgemeinen Nichterfüllungsfolgen**, Zürich 1973.

Knellwolf, Markus. "Zur Wirkung des Rücktrittes", **ZSR,** 109 (1990), ss. 389-413.

Kocayusufpaşaoğlu, Necip. **Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı**, İstanbul 1968.

Kocayusufpaşaoğlu, Necip, Hüseyin Hatemi, Rona Serozan ve Abdülkadir Arpacı. **Necip Kocayusufpaşaoğlu- Borçlar Genel**, İstanbul 2008.

Koller, Alfred. "Der Papageien-Fall, Ein alternativer Lösungsvorschlag zu BGE 133 III 257." **Leistungsstörungen Nicht- und Schlechterfüllung von Vertraegen, St. Galen 2008**, 1-13.

Koller, Alfred. "Glaubigerrechte im Falle eines Leistungsverzichts nach Art. 107 Abs. 2 OR", **ZSR,** 1997 (116), ss. 495-507.

Koller, Alfred. "Rechtfolgen unwirksamer Gestaltungserklarungen -Widerruf rechtswirksamer Gestaltungserklarungen", **AJP,** 2002, ss. 84/0-841.

Koller, Alfred. **Das Nachbesserungsrecht im Werkvertrag**, Zürich 1995.

Koller, Alfred. **Schweizerisches Obligaitonenrecht Allgemeiner Teil, OR AT,** Bern 2009.

Kramer, Ernst A. "Abschied von der aliud-Lieferung?", **Festschrift für Heinrich Honsell zum 60. Geburtstag**, Zürich-Basel-Genf 2002, ss. 247-261.

Kramer, Ernst A. "Bundesgericht, 14.12.2000, BGE 127 III 83 ff., Berufung" **AJP 2001**, Heft 12, ss. 1454-1456.

Kulaklı, Emrah. **Ürün Sorumluluğu ve Ayıp Kavramı**, 2009.

Kurşat, Zekeriya. **Borçlar Hukuku Alanında Hile Kavramı**, İstanbul 2003.

Larenz, Karl. **Lehrbuch Des Schuldrechts, Erster Band Allgemeiner Teil**, München 1987.

Larenz, Karl. **Lehrbuch Des Schuldrechts, Zweiter Band Besonderer Teil, 1. Halbband**, München 1986.

Leser, Hans G. **Der Rücktritt Vom Vertrag**, Tübingen 1973.

Lorenz, Egon. **Einführung in Karlsruher Forum**, 2005.

Lüchinger, Niklaus. **Schadenersatz im Vertragsrecht**, Freiburg 1999.

Lüthi, Rolf. **Die Rechtsnatur und Stellung der Sachgawaehrleistungspflicht beim Spezieskauf im System des Schweizerischen Obligationenrechtes**, Bern 1955.

Menghini, Elvezio G. **Die Zusicherung von Eigenschaften nach Art. 197 des schweizerischen Obligationenrechts**, Freiburg 1949.

Merz, Hans. **Sachgewaehrleistung und Irrtumsanfechtung, Festschrift zum 70. Geburtstag von Theo Guhl**, Zürich 1950, s. 87-107.

Münchener Kommentar Zum Bürgerliches Gesetzbuch, Band 2, AT, §241-432, München 2007.

Münchener Kommentar Zum Bürgerliches Gesetzbuch, Band 3, BT 1, 433-610, Finanzierungsleasing, Heizkosten V, Betriebskosten V, CISG, 4. Auflage, München 2004.

Neuenschwander, Markus. **Die Schlechterfüllung**, Bern 1971.

Oetker, Hartmut ve Felix Maultzsch. **Vertragliche Schuldverhaeltnisse**, Berlin Heidelberg 2007.

Oğuzman, M. Kemal, Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir, Eşya Hukuku, İstanbul 2009.

Oğuzman, M. Kemal ve Turgut Öz. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I,** İstanbul 2011.

Oktay-Özdemir, Saibe. "Yargıtay Kararları Işığında Ticari Satış Sözleşmesinde Ayıp Kavramı ve Ayıba Bağlı Hakları Kullanmak İçin Uyulması Gereken Külfetler", **Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, C.I**, İstanbul 2007, ss.39-58.

Oser ve Schönenberger. **Borçlar Hukuku, İkinci Kısım, Madde 41-109 (TBK m. 41-108)**, Çev. Recai Seçkin, Ankara 1950.

Oser ve Schönenberger. **İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, Akdin Muhtelif Nev'ileri (İsviçre BK 184/393 - Türk BK 182/385), Fasikül I,** Çev. Prof. Dr. Kemal Fikret Arık, Ankara 1966.

Ozanoğlu, Hasan. **Tüketicinin Korunması Açısından Taksitle Satım Sözleşmesi**, Ankara 1999.

Öz, Turgut. "Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönmenin Bu Sözleşme Gereğince Kazanılmış Ayni Haklara Etkisi ve Klasik Dönme Kuramı ile Yeni Dönme Kuramının Kısa Bir Karşılaştırmalı Eleştirisi", **MHAD,** 1979-80-81, C. XIII, No. 16, ss. 131-172.

Öz, Turgut. **İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi**, İstanbul 1989.

Öz, Turgut. **Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme**, İstanbul 1990.

Özel, Çağlar. "Tüketicinin Korunması Açısından Ayıplı Maldan Doğan Sorumluluk Kapsamında Yapımcının Sorumluluğu", **Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan**, İstanbul 2000, ss. 771-819.

Öztan, Bilge. **İmalatçının Sorumluluğu**, Ankara 1982.

Palandt, Otto. **Bürgerliches Gesetzbuch**, München 2006.

Pedrazzini, Mario M. **Obligationenrecht-Besondere Vertragsverhaeltnisse, 7. Band, 1. Hb, Werkvertrag, Verlagsvertrag, Lizenzvertrag**, Basel 1977.

Reinicke, Dietrich ve Klaus Tiedtke. **Kaufrecht**, München 2004.

Ring, Gerhard. **Das Neue Schuldrecht**, Heidelberg 2002.

Ruhi, Ahmet Cemal. **Sözleşmeler Hukuku**, 2011.

Sauthoff, Elisabeth. **Die Annaeherung der Schadenersatzhaftung für Lieferung mangelhafter Ware an das UN-Kaufrecht**, Berlin 2007.

Schenker, Franz. **Die voraussetzungen Und Die Folgen Des Schuldnerverzugs Im Schweizerischen Obligationenrecht**, Freiburg 1988.

Schenker, Otto. **Die Zusicherung von Eigenschaften beim Kauf**, Bern 1949.

Schlechtriem, Peter ve Ingeborg Schwenzer, (Hrsg.). **Kommentar zum Einhetlichen UN-Kaufrecht-CISG, 4. Aufl**, München 2004.

Schmidlin, Bruno. **Berner Kommentar, Band VI/1, 2. Teilband, Unterteilband 1 b, Maengel des Vertragsabschlusses, Kommentar zu Art. 23-31 OR**, Bern 1995.

Schönle, Herbert ve Peter Higi. **Obligationenrecht, Teilband V 2 a, Kauf und Schenkung, Zweite Lieferung, Art. 192-204 OR**, Zürich 2005.

Schubiger, Alfred. **Verhaeltnise der Sachgewaehrleistung zu den Folgen der Nichterfüllung oder nicht gehörigen Erfüllüng**, Bern 1957.

Schurholz, Martina. **Die Nacherfüllung im neuen Kaufrecht**, Baden-Baden 2005.

Schwenzer, Ingeborg. **Schweizerisches Obligationenrcht, Allgemeiner Teil**, Bern 2009.

Seliçi, Özer. **Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi**, İstanbul, 1977.

Seliçi, Özer. **İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu**, İstanbul 1978.

Serozan, Rona. "Yeni Alman İfa Engelleri Hukuku (Türk Hukukunda Bilimsel Kaynak Olarak Yararlanılabilecek Yenilikler", **İÜHFM,** 2000, C.LVIII, S.1-2, ss. 231-248.

Serozan, Rona. "BK Tasarısı'nın Eksiklik ve Aksaklıklarının, İfa ve İfa Engelleri Hukuku Alanından Örneklerle Sergilenmesi", **HPD,** 2006, S. 6, ss. 38-47.

Serozan, Rona. "Parça Borcu-Çeşit Borcu; aşılması gerekli bir ayırım.", **MHAD,** 1969, C.III, S. 5, ss. 211-238.

Serozan, Rona. "Sözleşme İlişkisinin Çözülmesi: Sözleşme Gereğince Elde Edilmiş Edimi Geri Verme Yükümü**"**, **Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu'na Armağan**, Ankara 2004, ss. 195-207.

Serozan, Rona. "Taşınır Eşya Mülkiyetinin Devrinde: Ayni Tasarruf Sözleşmesinin Borçlanma Sözleşmesinden Ayrılığı ve Soyutluğu (Ayrıca: Ayni Hakkın Sona Erme Bakımından Borçlanma Sözleşmesinden Bağımsızlığı), **Prof. Dr. Tahir Çağa'nın Anısına Armağan**, İstanbul 2000, ss. 397-412.

Serozan, Rona. **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, İstanbul 2006.

Serozan, Rona. **Sözleşmeden Dönme**, İstanbul 1975.

Serozan, Rona. "Tüketiciyi Koruma Kanununun Artıları ve Eksileri", **İÜHFM,** 2003, C. LXI, S.1-2, s. 345.

Şahiniz, C. Salih. **Tacirler Arası Ticari Satımlarda Satıcının Ayıplı İfadan (Ayıplı Mal Tesliminden) Sorumluluğu**, Ankara 2008.

Şenocak, Zarife. "Borçlar Kanunu'nun 96 vd. ve 194 vd. Maddeleri Açısından "aliud"un (başka şeyin) Teslimi", **BATİDER,** 1989, C. XV, S.1, ss. 113-135.

Şenocak, Zarife. **Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı**, Ankara 2002.

Tandoğan, Haluk. **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.II**, İstanbul 1987.

Tandoğan, Haluk. **Türk Mesuliyet Hukuku**, Ankara 1961.

Tandoğan, Haluk. **Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini**, Ankara 1963.

Tandoğan, Haluk. **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.I/1**, İstanbul 1990.

Tekinay, Selahattin Sulhi, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu ve Atilla Altop. **Tekinay Borçlar Hukuku-Genel Hükümler**, İstanbul 1993.

Tiftik, Mustafa. "Borç Sözleşmelerinin İptali", **BATİDER,** 2006, C.XXIII, S. 3, ss. 55-97.

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

Tunçomağ, Kenan. **Türk Borçlar Hukuku, C.I, Genel Hükümler,** İstanbul 1976.

Tunçomağ, Kenan. **Türk Borçlar Hukuku, C.II, Özel Borç İlişkileri**, İstanbul 1977.

Ulusan, İlhan. **İyiniyetli Sebepsiz Zenginleşenin İade Borcunun Sınırlanması Sorunu**, İstanbul 1984.

Uygur, Turgut. **Açıklamalı-İçtihatlı İnşaat Hukuku Arsa Payı Karşılığı (Kat Karşılığı) İnşaat Sözleşmesi, 2. Cilt**, Ankara 1998.

Vito, Roberto. **Schweizerisches Haftpflichtrehct**, Zürich 2002.

von Büren, Bruno. **Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil**, Zürich 1964.

von Büren, Bruno. **Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil**, Zürich 1972 (OR BT).

von Tuhr, Andreas ve Arnold Escher. **Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts**, Zürich 1974.

von Tuhr, Andreas ve Hans Peter. **Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Erster Band**, Zürich 1979.

Waeltermann, Frank. **Die Maengelhaftung im neuen Schuldrecht**, Münster 2003.

Weber, Rolf H. **Berner Kommentar, Band VI/1, 5. Teilband, Die Folgen der Nichterfüllung Art. 97-109 OR**, Bern 2000.

Wiegand, Wolfgang. "Die Leistungsstörungen. Teil 2: Verzug und Schlechterfüllung", **Recht,** 1983, ss. 118-131.

Winiger, Otto. **Zusicherung und Haftung nach Art. 197 ff. des Schweizerischen Obligationenrechtes**, Bern 1952.

Yavuz, Cevdet. **Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu**, İstanbul 1989.

Yavuz, Cevdet. **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, İstanbul 2002.

Yavuz, Nihat. **Ayıplı İfa**, Ankara 2010.

Yavuz, Nihat. **Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi**, 2010.

Yıldırım, Fadıl ve Veysel Başpınar. "Doktrin ve Uygulama Açısından Türk-İsviçre Hukukunda Doğrudan Doğruya ve Dolaylı Zarar Ayrımı", **Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan**, Ankara 2008, ss.1093-1125.

Yıldırım, Mustafa Fadıl. "Satım Sözleşmesindeki ayıba Karşı Tekeffül Hükümleri ile İrade Sakatlığı Hali Olarak Hile (BK m.28) Hükmü Arasındaki İlişki" **Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan**, Ankara 2006, ss. 965-985.

Zerres, Thomas. **Die Bedeutung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie für die Europaeisierung des Vertragsrechts**, 2007.

Zevkliler, Aydın ve Murat Aydoğdu. **Tüketicinin Korunması Hukuku**, Ankara 2004.

Zevkliler, Aydın ve K. Emre Gökyayla. **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Ankara 2010.